


TYDSKRIFTE

MERENSKY-BIBLIOTEEK	
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA	
08-03-1983	
Klasnommer	340
Registernommer	

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TYDSKRIFTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
1996-01-20
VAKKODE 340
.....
.....



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


1982-01-17
nummer..... 340
-ternommer....

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE
ROMEINS-HOLLANDSE REG
JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

1981

WETSKOONLEK

FAKULTEIT REGSGELEERDHEID



1981

DATUM

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

DIE BUTTERWORTH-GROEP

Suid-Afrika

BUTTERWORTH EN KIE (SA) (EDMS) BPK
Galestraat 152-154 Durban 4001

Engeland

BUTTERWORTH & CO (PUBLISHERS) LTD
88 Kingsway London WC2B 6AB

Australië

BUTTERWORTHS PTY LTD
271-273 Lane Cove Road North Ryde NSW 2113

Kanada

BUTTERWORTH & CO (CANADA) LTD
2265 Midland Avenue Scarborough Ontario M1P 4S1

Nieu-Seeland

BUTTERWORTHS OF NEW ZEALAND LTD
31-35 Cumberland Place Wellington

VSA

BUTTERWORTHS (PUBLISHERS) INC
10 Tower Office Park Woburn Boston Mass 01801

Gedruk deur
HAYNE & GIBSON BEPERK
NATAL

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

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

REDAKTEUR ADJ VAN RENSBURG

REDAKSIEKOMITEE

Professor AC Cilliers <i>Universiteit van Port Elizabeth</i>	Professor D Pont erelid
Professor JY Claasen <i>Universiteit van die Oranje-Vrystaat</i>	Professor B Ranchod <i>Universiteit van Durban-Westville</i>
Professor LI Coertze erelid	Meneer ID Schäfer <i>Universiteit Rhodes</i>
Professor FA de Villiers <i>Universiteit van Bophuthatswana</i>	Doktor NJ van der Merwe <i>Justisie-Opleiding</i>
Professor JC de Wet erelid	Professor JD Van der Vyver <i>Universiteit van die Witwatersrand</i>
Professor MG Erasmus <i>Universiteit van Zoeloeland</i>	Professor CFC van der Walt <i>Potchefstroomse Universiteit vir CHO</i>
Professor R Feenstra erelid	Professor JC van der Walt <i>Randse Afrikaanse Universiteit</i>
Professor DJ Joubert <i>Universiteit van Pretoria</i>	Professor ADJ van Rensburg <i>Universiteit van Suid-Afrika</i>
Professor WA Joubert erelid	Professor P Warmelo erelid
Professor J Labuschagne <i>Universiteit van Fort Hare</i>	Professor AH van Wyk <i>Universiteit van Stellenbosch</i>
Professor I Leeman <i>Universiteit van Kaapstad</i>	Professor GG Visagie <i>Universiteit van Wes-Kaapland</i>
Professor DJ McQuoid-Mason <i>Universiteit van Natal</i>	Professor DP Visser <i>Universiteit van die Noorde</i>

VIER EN VEERTIGSTE 1979

DURBAN
BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK
1981

Register

Opgestel deur

TB Floyd

A ARTIKELS	BLADSY
BOULLE, LJ: Federation and consociation - conceptual links and current constitutional models	236
DEVENISH, GE: The protection of the dignity and reputation of the state president	136
DU PLESSIS, JV: Werkersdeelname in die bestuursorgane van 'n maatskappy	380
HIEMSTRA, VG: Dronkenskap ná Chretien of: Die losgemaakte remkabel.	349
KEMP, KJ: Aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur wilde diere	358
LABUSCHAGNE, JMT: Nie-konsensuele geslagsmisdade: 'n misdaadstematiese herwaardering	18
MYBURGH, AC: Inheemse reg as reg.	229
OTTO, JM: Eiendomsvoorbehoud en opskortende voorwaardes by die koopkontrak	255, 396
SCOTT, S: Pacta de non cedendo	148
TAITZ, J: Jurisdiction and forum conveniens - a reply	372
VAN ROOYEN, JH: Aspekte van reg en geregtigheid met betrekking tot gevangenes	1
VAN WYK, DH: Westminsterstelsel - requiescat in pace? of: kan 'n luiperd sy kolle verander?	105
VILJOEN, HP: Die aard van die tugreg - die Nederlandse siening	33
VISSER, PJ: Die aard van persoonlikheidsnadel by skending van die fisies-psigiese integriteit	120
B AANTEKENINGE	
BERTELSMANN, W: Noodtoestand: die regverdigingsgrond en die skulduitsluitingsgrond.	413
BERTELSMANN, W: Poging en boni mores.	297
CRONJÉ, DSP en VAN DER SPUY, P DE W: Die aanwending van eiendomsreg tot sekerheidstelling by roerende sake	168
DAVIS, DM: A salutary warning to the taxplanner	53
DAVIS, DM: Influx control - the silence is finally broken!	287
ELLIS, AG: Vrywillige dronkenskap - 'n nuwe dag	175
ERASMUS, MG: Nog geloof in geloofsbriefe?	281
GOOSEN, H en VORSTER, JP: Die toelaatbaarheid van bekennisse afgelê aan polisie-offisiere.	428
JOOSTE, HS: Die beginsel van eenparige instemming	59
KOK, L: Pogingsmisdade - 'n bewys van "de minimis lex curat"?	66
LABUSCHAGNE, JMT: Interstaatlike verdrag en wetsuitleg	292
LABUSCHAGNE, JMT: Strafoplegging as misdaadelement	173

MQEKE, RB: The customary law of defamation of character with specific reference to the law of Xhosa-speaking peoples of Transkei and Ciskei	425
RABIE, A: Administrative law reform and environmental law	46
SPIRO, E: Joint Custody	163
VAN DER VYVER, JD: Regsekerheid	269
VAN WYK, AJ: Die "duisterheid" van deelneming en poging	74
VISSER, PJ: Vrywillige dronkenskap en deliktuele aanspreeklikheid in die lig van S v Chretien 1981 1 SA 1097(A)	423

C VONNISSE

Air-Kel h/a Herkel Motors v Bodenstien 1980 3 SA 917 (A) deur NJJ Olivier	210
Botha v Lues 1981 1 SA 687(O) deur J Neethling	183
Burger v Rautenbach 1980 4 SA 650(K) deur S Scott	187
Christian League of South Africa v Rall 1981 2 SA 821(O) deur JD van der Vyver	305
Goldberg v Buytendag Boerdery Beleggings (Edms) Bpk 1980 4 SA 775(A) deur S Bedil	314
HMBMP Properties (Pty) Ltd v King 1981 1 SA 906(N) deur AJ Kerr	435
Jefta v Williams 1981 3 SA 678(C) deur PJ Visser	437
Kecley v Minister of Defence 1980 4 SA 695(T) deur DH van Wyk	189
Magua v Kahn 1981 1 SA 1239(W) deur S Scott	317
Margo v Seegers 1980 3 SA 708(W) deur PR Owens	96
Mayer v Williams 1981 3 SA 348(A) deur T Noble	441
Ngcobo v Associated Engineering Ltd t/a Glacier Bearings 1980 3 SA 646(D) deur JY Claasen	192
Oceanair (Natal) (Pty) Ltd v Sher 1980 SA 317(D) deur AJ Kerr	88
S v Adams 1981 1 SA 187(A) deur S Stoker	326
S v Du Toit 1981 2 SA 33(C) deur T Noble	328
S v Katsikaris 1980 3 SA 580(A) deur C Visser	331
Shell and BP South Africa Petroleum Refineries (Pty) Ltd v Osborne Panama SA 1980 3 SA 653(D) deur J Neethling	78
Sizani v Minister of Police 1980 3 SA 1205(SOK) deur CFC van der Walt	81
Soane v Lyle 1980 3 SA 183(D) deur GJ Pienaar	195
Soja (Pty) Ltd v Tuckers Land and Development Co (Pty) Ltd 1981 3 SA 314(A) deur FW Mostert	321
Swart v Swart 1980 4 SA 364(O) deur AH Barnard en A van Aswegen	199
Titus v Shield Insurance Co Ltd 1980 3 SA 119(A) deur SE van der Merwe	94
Tuckers Land and Development Co (Pty) Ltd v Hovis 1980 1 SA 645(A) deur AJ Kerr	91
Vitoria v Union National South British Insurance Co Ltd 1980 4 SA 406(T) deur JY Claasen	207
Vitoria v Union National South British Insurance Co Ltd 1980 4 SA 406(T) deur J Neethling en JM Potgieter	204
Wasserman v Sackstein 1980 2 SA 536(O) deur DSP Cronjé	85

D BOEKE

BEINART, B en VAN WARMELO, P: DG van der Keessel: Praelectiones ad Ius Criminale deur JC de Wet	457
BOSMAN, F en HOSTEN, WJ: Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Reg en Regsleer deur ADJ van Rensburg	216
COLMAN, G: 22 Quaint Cases in the South African Law deur GC Kachelhoffer	222
CORBETT, MM, HAHLO, HR en HOFMEYR, G: The Law of Succession deur NJ Wiechers	218
FEENSTRA, R: Inleidende Hoofdstukke betreffende de Romeinsrethelike Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht deur P van Warmelo	225
FEENSTRA, R, DUYNSTEE, M (medewerker) en SCHWAB, W (medewerker): Catalogue des Imprimés de la Collection Meijers de la Bibliothèque de l'Université de Leyde deur S Scott	224
FINCHAM, C en VAN RENSBURG, W: Bread upon the Waters The Developing Law of the Sea deur GN Barrie	102
GALL, HC: Bronnen van de Nederlandse Codificatie Personen- en Familierecht 1798-1820 deur AH van Wyk	338
HIEMSTRA, VG: Suid-Afrikaanse Straffproses 3e uitg deur AJ Middleton	444
HOCKLEY, HE: Mars: The Law of Insolvency in South Africa 7e uitg deur DF Waters en RD Jooste deur E de la Rey	348
HOSTEN, WJ: Coldfeet versus the Law deur G Carpenter	345
HOSTEN, WJ, EDWARDS, AB, NATHAN, C en BOSMAN, F: Introduction to South African Law and Legal theory (hersiense uitg) deur ADJ van Rensburg	216
JAMES, PS: Introduction to English Law deur PR Owens	101
KERNICK, LA: Administration of Deceased Estates deur AH Barnard	346
KOYANA, DS: Customary Law in a Changing Society deur BJ van Niekerk	344
MEYEROWITZ, D: 1978 Cumulative Supplement to the Law and Practice of Administration of Estates (5e uitg) deur AH Barnard	346

MYBURGH, AC (red): Indigenous Criminal Law in Bophuthatswana deur DP Visser	214
SPRUIT, JE (red): Maior Quinque Viginti Annis: Essays in Commemoration of the sixth Lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht deur J Scott	453
STRAUSS, SA (red): Aspects of Legislation for Health Service Personnel deur AH Barnard	347
VAN DER MERWE, SE: Handleiding tot Artikels 112 en 115 van die Strafproseswet deur JC Ferreira	100
VISSER, PJ en VAN DER WESTHUIZEN, JFG (medewerker): Die Reg insake Wapens en Ammunisie deur AJ Middleton	221
WIECHERS, NJ en VORSTER, I: Boedelbereddering 'n Praktiese Handleiding deur MB Cronjé	342

E WETGEWING

		a 7D	193
(a) <i>Bophuthatswana</i>	BLADSY	Wet 56/1955	
Grondwet van Bophuthatswana		a 22(1)	186
a 28	147	Wet 17/1956	274
		Wet 28/1956	
(b) <i>Suid-Afrika</i>		a 1	193
Ordonnansie 25/1965(T)	257	Wet 34/1956	
Ordonnansie 21/1966(N)	179	a 1(1)	207
Ordonnansie 16/1969(T)		a 1(1)(a)	206, 210
a 57A	321, 325	a 1(1)(b)	208
Ordonnansie 15/1970(T)		a 1(3)	207
a 13	321	Wet 3/1957	427
Wet 41/1925	288	Wet 23/1957	
Wet 46/1926		a 15	24
a 70 dec (2)	61	Wet 44/1957	
Wet 23/1927		a 2(3)	190 ev
a 14(1)	23	a 3	190
Wet 38/1927		a 3(i)(b)	190 ev
a 11(1)	427	a 21	190 ev
Wet 9/1933		Wet 7/1958	
a 9	331	a 5	431
Wet 21/1935	47	Wet 62/1958	
Wet 24/1936		a 7	53
a 2	85	a 7(3)	53, 57 ev, 228
Wet 42/1937	47	a 10(1)(k)(vi)	53 ev, 55
Wet 47/1937		a 103	53, 56 ev
a 33	189	a 103(1)	53, 54 ev, 59
Wet 29/1942		a 103(1)(b)	54
a 11	307	a 103(4)	55
Wet 36/1942		Wet 59/1959	
a 5(1)(d)	258	a 6(1)	376
Wet 25/1945		a 9	378 ev
a 10(1)	288	a 26(1)	374, 377
a 10(1)(a)	289 ev	Wet 32/1961	
a 10(1)(b)	291	a 2	270, 305
a 10(1)(c)	288 ev	a 6(5)	278
a 38(3)	291	a 7(5)	145
Wet 8/1947	145	a 9(3)	139
Wet 44/1949		a 10	139, 145
a 11A	191	a 10(1)(a)	139
a 15	191	a 11	139
a 22	190 ev	a 13	137, 138 ev
Wet 30/1950		a 16	138, 143
a 1	116	a 16(1)	137
Wet 44/1950		a 16(3)	137
a 9(1)(b)	274	a 20	137
Wet 37/1953		a 25	137
a 5(3)(b)	163	a 33(1)(a)	137
a 5(5)	163	a 40(1)	110
Wet 48/1953		a 47	137
a 7	193, 194	a 55(d)	114
a 7(2)	193, 194	a 59(2)	273, 278
a 7A(1)-(9)	194	a 102(1)	246
a 7A(2)	192, 194	Wet 16/1963	
a 7A(4)	192, 194	a 4	429

BLADSY

Wet 91/1963	
a 2	141
Wet 34/1964	
a 1	335
a 1(iii)	335
a 2(1)	333, 335
a 3(2)	335
a 24(1)	335
Wet 23/1965	
a 4	336
a 7	336
Wet 25/1965	
a 16	441
Wet 45/1965	47, 51
Wet 36/1966	305, 326
Wet 83/1967	
a 2(1)	73
Wet 88/1967	47, 52
Wet 31/1968	110
Wet 51/1968	246
Wet 70/1968	
a 62	273
Wet 68/1969	
a 12(1)	435
Wet 71/1969	99, 257
Wet 26/1970	110
Wet 50/1970	427
Wet 70/1970	
a 3(c)	256 ev
Wet 21/1971	110
Wet 56/1972	
a 21	307
Wet 58/1973	47
Wet 61/1973	
a 199(1)	63
a 199(3)	63
a 200-203	63
a 202	63
a 204(3)	65
a 208	384
a 208(1)	383
a 220	384
a 242	65
a 242(2)	66
a 242(4)	65
a 361(1)	198
a 361(3)	198
Wet 70/1973	193
Wet 42/1974	305
Wet 2/1975	305
Wet 57/1976	47
Wet 112/1976	
a 1	373
a 7	373
a 26A	373
a 27	373
a 31	373
Wet 51/1977	
a 1(1)	428
a 40(1)	186
a 77	352
a 78	352
a 78(1)(a)	353
a 78(6)	176 ev
a 79	352
a 208	441
a 217(1)(a)	428 ev
a 217(1)(b)	429

BLADSY

a 334	428
a 335	433
Wet 84/1977	193
a 5	193
Wet 91/1977	248
Wet 120/1977	330
Wet 45/1979	
a 3	110
Wet 70/1979	163
a 3	199
a 4	200, 201
a 4(1)	200, 201
a 4(2)	200, 201
a 4(2)(b)	199, 200
a 7	201, 202
a 7(2)	201 ev
a 8	203
a 9	201
a 10	201, 203 ev
Wet 94/1979	
a 1(g)	193
Wet 75/1980	
a 5(1)(e)	258
Wet 94/1980	110
Wet 101/1980	
a 8	147
a 16	107
a 37(1)	107
GK R1111/1.12.1961	
reg 2(1)	331
reg 3(1)(a)	331 ev
reg 3(9)	332
GK R2080/31.12.1965	
reg 109	2
Prok 363/29.12.1967	190
Prok 295/1978	
reg 14	145
reg 15	145

F GESELEKTEERDE TEKSTE

C 4 54 3	399
6 29 3	306
D 1 5 7	306
1 5 26	306
1 9 7 1	306
4 2 1	19
5 4 3	306
5 4 50	306
6 1 27 5	90, 93
18 1 25 1	411
18 1 50	322
18 1 80 3	261, 262 ev, 322, 397 ev
19 1 11 2	411
19 1 30 1	411
19 2 54 1	315
19 2 56	315
20 1 135	322
41 2 38 1	399
43 26 20	399
44 4 2 4	89
44 4 14	90, 93
44 7 42	322
45 3 26	322
48 5 30 9	19
48 6 3 4	19
50 16	231, 306

	BLADSY		BLADSY
I 1 4 pr	306	4 2	157
2 1 30	90, 93	4 2 1	149, 158, 160
2 1 32	90	4 2 2	158
2 14 2	306	4 2 11	158
3 1 8	306	4 2 14	158
3 15 14	322	4 2 26	158
Bartolus		Van der Keessel	
<i>ad Cod</i>		<i>Praelectiones ad Grotius</i>	
1 14 4 n21	293	3 14 29	267
Boehmer		<i>Praelectiones ad Ius Criminale</i>	
<i>Meditationes in CCC</i>		48 5 25	19, 20
119 1	20	<i>Thes Selectae ad Gr</i>	
119 3	19	1 3 4	306
119 4	21	Van der Linden	
119 5	20	<i>Koopmans Handboek</i>	
119 6	20	1 16 4 2	442
Brusselius		2 1 5	329
<i>De Conditionibus</i>		Van Leeuwen	
1 1 1	259	<i>Censura Forensis</i>	
Carpzovius		1 5 23 9	21
<i>Verhandeling der Lyfstraffelijke Misdaden</i>		1 5 23 10	19
68 5	19	RHR	
Damhouder		4 36 5	20
<i>Practycke in Crimineele Saken</i>		4 37 6	442
92 4	19	Voet	
92 5	19	<i>Commentarius</i>	
92 7	20	1 5 5	306
92 8	20	2 14 20	149, 159, 160
95 11	20	13 5	4
Grotius		18 1 24	261 ev, 399
<i>Int</i>		18 1 26	261 ev, 396 ev
1 3 4	306	18 6 5	397
3 3 47	322, 324	19 1 27	316
3 19 11	315	19 2 16	315
Hoppius		22 6 4	329
<i>Commentatio Succincta ad Institutiones</i>		28 7 1	259
<i>Justinianaeas</i>		39 5 12	306
4 18 4	20	45 1 19	322, 324
Huber		48 5 2	20
<i>HR</i>		G SLEUTELWOORDE	
3 4 40	399	aanranding	
Leyser		compensatio	439
<i>Meditationes ad Pandectas</i>		in die inheemse strafreg	232
9 634 2	20	opset 82, 181, 350 ev, 353, 423	
9 634 12	19	provokasie	439
9 634 24	21	selfverdediging	81 ev
Matthaeus		actio iniuriarum	133 ev, 183, 425
<i>De Criminibus</i>		actio legis Aquiliae	78
48 3 5 8	20	actio libra in causa	178 ev, 352, 355
Moorman		actio Pauliana	152
<i>Verhandelingen over de Misdaden</i>		actus non facit reum nisi mens sit rea	329
2 16 6	21	administratiefreg	43 ev
Püttmann		audi alteram partem 52, 280, 311, 373	
<i>Elementa Iuris Criminalis</i>		inheemse	232
1 40 575	21	inperkingsbevel	278 ev
1 41 589	20	instromingsbeheer	287 ev
Sandé		omgewingsreg	46 ev
<i>De Actionum Cessione</i>		agnategroep	232 ev
5 4	86	animus vicini nocendi	187
<i>De Prohibita Rerum Alienatione</i>		animus accipiendi	211
4 1 1	149, 157, 160	animus domini	365
4 1 2	157	animus furandi	329
4 1 3	157	animus iniuriandi 82, 183 ev, 437 ev	
4 1 6	157	animus manendi	191
4 1 7	157	animus transferendi	211
4 1 9	157	annus luctus	20

	BLADSY
appel	
teen administratiewe besluit	51 ev
arbeidsverhoudinge	
skakelkomitee	192 ev
swart-	192 ev
werkekomitee	192 ev, 389
werkersdeelname in bestuursorgane van 'n maatskappy	380 ev
arrestasie	
onregmatige	183 ev
sonder lasbrief	186
attornment	210 ev
audi alteram partem-reël	280, 311, 373
redes vir besluit	52
autrefois acquit/convict	271
bankier	335 ev
bekentenis	
afgelê voor polisie-offisier	428 ev
bewyslas	431
op bandopname	432 ev
belediging	122 ev, 439
bemoeiing met kontraktuele verhouding	78 ev
bestorwe boedel	
eiendomsreg	197 ev
bewyslas	
bekentenis	431
belastingvermydingskema	55
geregtelike hersiening	50
in inheemse bewysreg	232
noodtoestand	328
ongeldigheid van ondergeskikte wetgewing	275 ev
onregmatigheid	183 ev
selfverdediging	81 ev
toerekeningsvatbaarheid	353, 355 ev
vaderskap	441
weerlegbare regsvermoede	371
weerleggingslas	177, 184 ev
bewysreg	
bekentenis	428 ev
genoegsaamheid van bewys t a v seksuele gemeenskap	441 ev
korroborasie	441 ev
toelaatbaarheid van getuienis	94 ev, 232
versigtighedsreël	441 ev
bewys van vaderskap	441 ev
boedelbelaasting	53 ev, 57
boedelbeplanning	53 ev, 228
boni mores	76, 80, 186, 301, 304, 440
borgkontrak	88 ev
burgerskap	190 ev
capitis diminutio	374 ev
condictio indebiti	329
condictio sine qua non	208
constitutio possessorium	169 ev, 210
contra bonos mores	69, 186
contra fiscum-reël	55 ev
contra-spolie	84
crimen injuria	26
crimen laesae venerationis	138 ev
culpa	140, 298, 329
curator ad litem	
by aborsie	305 ev
locus standi by aanstelling	312 ev
ongebore vrug	305 ev
de minimis non curat lex	66 ev, 76, 301
derdeparty-cis	307
diefstal	62

	BLADSY
in die inheemse strafreg	232
poging tot	66 ev
diensplig	189 ev
dignitas	124 ev
diligens paterfamilias	209
diskresie	
appel teen besluite	51 ev
beheer oor uitoefening van	48, 50 ev, 232
geldigheid van besluite	278 ev
hersiening van besluite	50 ev, 232
ongebonde	9, 12, 16
doelmatigheidsbeginsel	269
dolus	70 ev, 140, 183, 298, 329
dolus eventualis	355
domisilie	190 ev
eenparige instemming	59 ev
egskeiding	
onderhoud	201
onherstelbare verbrokkeling	199 ev
ooreenkoms	163
op aanvraag	199
eiendomsorgang	158, 210 ev, 396 ev
eiendomsreg	
as sekerheidsstelling	168 ev, 255 ev, 396 ev
beperkte	158
in die inheemse sakereg	233
op boedelgoedere	198 ev
vermoede van	169
eie-riktig	84
emphyteusis	315
emptio rei speratae	400
erfpacht	315
erfreg	
inheemse	234
ongebore vrug	306, 308
estoppel	88 ev, 295
exceptio doli generalis	88 ev
exceptio doli generalis	
as verweer	88 ev, 94
estoppel	89 ev
exceptio doli mali	90
facta probanda	84
fama	125
ferae naturae	365
fideicommissarius	
aard van sy reg	85 ev
fideicommissum	85 ev
fiducia cum creditore	168
fiscus	55 ev
forum conveniens	375 ev
forum non conveniens	375, 378 ev
futuræ actionis spes	86
geloofsbrief	
VVO	281 ev
geregtelike hersiening	50 ev, 232
geregtighedsbeginsel	4 ev, 269
geslagsmisdaad	
nie-konsensuele	18 ev, 232
verkragting	18 ev, 76, 232
gevangene	
regte	2 ev
rehabilitasie	2, 13, 15 ev
sekerheidsgevangene	2 ev
studievoorregte	2 ev
voorregte	2 ev
grondwet	
afskaffing van senaat	107, 113 ev

afsonderlike ontwikkeling	110, 117 ev, 244
afsonderlike verteenwoordiging	110
benoemde lede van volksraad	107, 113 ev
federasie	237 ev
kabinetstelsel	108, 112, 117
kiesstelsel	109 ev, 114, 117, 244
konosiasie	113, 237 ev
konvensies	109
nuwe grondwet vir SA	112, 146 ev, 236 ev, 245 ev
parlementêre soewereiniteit	109, 111 ev, 117
partystelsel	109, 117
presidentsraad	107, 110, 115 ev, 245
provinsiale stelsel	110, 244, 247
raad van kabinette	112 ev, 245 ev
staatspresident	110, 112, 136 ev
stemreg	110
trias politica-leerstuk	271, 295
tuislande (nasionale state)	110, 244
uitvoerende president	146 ev, 247
Westminsterstelsel	105 ev, 245, 252, 254
hereregte	256
hoorsêreël	
spontane verklaring	94 ev
huurkontrak	169, 259
terugtrede	314 ev
huurkoopkontrak	
aard	398, 401 ev, 406 ev
ciendomsvoorbehoud	168 ev, 255 ev, 323, 396 ev
naturalia	257
verdiskontering	211 ev
huwelik	
in die inheemse reg	233
ignorantia facti excusat, ignorantia juris	
non excusat	328 ev
inclusio unius est exclusio alterius	66
incola	376
in fraudem legis	65
inheemse reg	
as ongespesialiseerde reg	229 ev
benadering tot	229
bruikbaarheid van regsteorie	231 ev
inkomstebelasting	
verwydering van	53 ev, 228
inperkingsbevel	
buitengewone regsinstelling	280
geldigheid	278 ev
instromingsbeheer	
geldigheid van ondergeskikte wetge- wing	290 ev
verblyfpermit	289
verkryging van regte	288 ev
interdik	87, 187 ev, 324
iudicia bonae fidei	93 ev
iudicis est ius dicere sed non dare	291, 434
ius in personam ad rem acquirendam	211
ius in re	211
jurisdiksie	
doctrine of effectiveness	376
forum conveniens	375 ev
kontrak	
formaliteit	88 ev
gesimuleerde	170 ev
in die inheemse reg	233 ev
kontrakbreuk	91 ev, 151, 158, 324, 398
ontbindende voorwaarde	398

opskortende voorwaarde	96 ev, 256 ev, 266 ev, 321 ev, 396 ev
repudiasie	91 ev, 435 ev
skadevergoeding	151, 158 ev, 324, 404, 437
skuldvernuwing	153, 171
spesifieke nakoming	93, 188
stilsywende beding	93, 271
strafbeding	158
terugtrede	91, 314, 324, 398, 435 ev
uitleg van	97 ev, 271, 404 ev
werking teenoor derdes	78 ev, 150 ev
koopkontrak	
ciendomsvoorbehoud	168 ev, 255 ev, 323, 396 ev
emptio rei speratae	400
gesimuleerde	170 ev
kontantkoop	260
kredietkoop	171
naturalia	257
opskortende voorwaarde	96 ev, 256 ev, 266 ev, 321 ev, 396 ev
risiko	257, 261
kousaliteit	71, 79, 207, 299
conditio sine qua non-toets	208
in inheemse strafreg	232
kwaadwillige vryheidsberowing	185 ev
lasgewing	318 ev
herroeping van opdrag	320 ev
vergoeding van lashebber	319 ev
laster	122 ev, 184, 425 ev, 437 ev
animus iniuriandi	437 ev
bevoorregte geleentheid	437
compensatio	437 ev
genoegdoening	438, 441
in die inheemse reg	425 ev
provokasie	437 ev
rixa	437 ev
waarheid en openbare belang	437
legaliteitsbeginsel	4, 11 ev, 17
lewering	268
wyses van	168 ev, 210 ev
lex commissoria	99, 314, 398
likwidasie	
doel van likwidasieproses	197 ev
eenaar van insolvente boedel	198 ev
invloed op retensiereg	195 ev
lis alibi pendens	375 ev
locus standi	50, 52, 194, 312 ev
maatskappy	
akte van oprigting	61, 385
bestuursorgane	59 ev, 383 ev, 387 ev
eenparige instemming	59 ev
likwidasie	195 ev
notules van vergadering	64 ev
private	388, 390
publieke	384, 387, 390 ev
spesiale besluit	61 ev
statute	60 ev, 384 ev, 388
vertrouensverhouding	62, 394
wederregtelike besluit	62
werkersdeelname in bestuursorgane	380 ev
malum in se	413, 416
malum prohibitum	413, 416
medepligtigheid	77
elemente van	74 ev
selfstandige misdaad	76, 297 ev
menseregte	108
betekenis	6 ev
inperkingsbevel	278 ev
instromingsbeheer	287 ev
regte van gevangene	2 ev
mens rea	139 ev, 329 ev

	BLADSY
middellike aanspreeklikheid	81
minagting van die hof	232
misdadaad	
actio libera in causa	178 ev, 352, 355
dwang	420 ev
formeel omskrew.	177, 300, 424
gevolgs-	177, 299, 423
handeling	71, 75, 177 ev, 299 ev
kousaliteit	71, 177, 232, 299
kranksinnigheid	176 ev, 352 ev
nalatige besering tydens dronkenskap	354 ev
nalatigheid	76, 232, 329 ev
noodtoestand	232, 326 ev, 350, 413 ev
noodweer	302 ev, 420
opset	70 ev, 175, 181 ev, 232, 329 ev, 350 ev, 420, 424
outomatisme	423 ev
prosedure aard van	173 ev
regsdwaling	328 ev
regsgoedere	75 ev, 414 ev
spesifieke intent	175 ev, 351, 357, 423
strafbedreiging	299
strafoplegging as misdadaadelement	173 ev
toerekeningsvatbaarheid	76, 178 ev, 351 ev, 423 ev
tugbevoegdheid	232
versari in re illicita	176, 354
vrywillige dronkenskap	175 ev, 349 ev
wederregtelikheid	66 ev, 76, 299
moord	415, 423
opset	175, 350, 354
poging tot	75 ev, 175, 181, 299, 350 ev, 415, 423
nalatige wanvoorstelling	78, 80
nasciturus-fiksie	233, 305 ev
nasionale state (tuislande)	110, 244
ne bis in idem	41
nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet	337
non omne quod licitum honestum est	305
nulla poena sine culpa	14
nullum crimen sine lege	14, 298, 301
obligationes faciendi	188
ombudsman	50
omgewingsreg	46 ev
omissio per commissionem	367
ondergeskikte wetgewing	
geldigheid	275 ev, 289 ev
omgewingsreg	47 ev
onderhoud	
by egskeiding	202 ev
ongebore vrug	307
ongebore vrug	
curator ad litem	305 ev
nasciturus-fiksie	305 ev
reg op lewe	305, 310 ev
regsubjektiwiteit	305 ev
onregmatige daad	
aanspreeklikheidsbegrensing	79 ev
bydraende nalatigheid	204 ev, 207 ev
compensatio	437 ev
duty of care	79 ev
genoegdoening	124, 132, 135, 438, 441 ev
handeling	208, 359 ev
in die inheemse reg	234
kousaliteit	79, 207 ev
middellike aanspreeklikheid	81
nalatigheid	204 ev, 369 ev, 425

	BLADSY
noodtoestand	84
noodweer	81 ev, 440
onregmatigheid	79 ev, 81 ev, 183 ev, 208 ev, 359 ev
opset	82, 183 ev, 425, 437 ev
provokasie	437 ev
regverdigingsgrond	81, 84, 185 ev, 440
rixa	437 ev
skade	207 ev
skade veroorsaak deur wilde diere	358 ev
skuldlose aanspreeklikheid	370 ev
suiwer ekonomiese verlies	78 ev
teenoor ongebore vrug	307 ev
toerekeningsvatbaarheid	82, 439
vrywillige dronkenskap	423
onregmatige vryheidsberowing	183 ev
oorlas	84, 363
oproerige byeenkoms	274
pactum adjectum	259, 397 ev
pactum antichresis	188
pactum de non cedendo	148 ev
pactum reservati domini	258 ev, 323, 401
pandgewingsooreenkoms	187 ev
pandreg	212
besitlose	168 ev, 258
universitas rerum	187 ev
vestiging	187 ev
parlement	
debat	141 ev
oorspronklike wetgewende bevoegdheid	273
privilegie	141
reëls van prosedure	141
soewereiniteit	109, 112, 117
parlementêre wetgewing	
geldigheid	273 ev
peregrinus	376
persona iuris	308
persoonlikheidsnadeel	120 ev
persoonlikheidsreg	81, 120 ev, 184 ev, 234, 425, 437
per vim stuprum	19
poging	
de minimis non curat lex	66 ev, 76, 301
elemente van	74 ev, 300
in inheemse strafreg	232
opset	71 ev, 76
selfstandige misdadaad	74 ev, 297 ev
uitoering- en voorbereidingshandelinge	69 ev, 301 ev
wederregtelikheid	66 ev, 76, 300
possessor civilis	213
privaatreg	35, 43 ev, 233
procurator in rem suam	153
professionele etiek	303 ev
promesse	332
prosesreg	232
provinsiale ordonnansie	
geldigheid	274
provinsiale raad	
oorspronklike wetgewende bevoegdheid	274
publickreg	35, 43 ev, 46, 50
qui prior in tempore potior in iure	86
reg	
aard van regsreëls	34 ev
as kultuurverskynsel	230
objektiewe	34 ev, 43 ev
sanksie	34 ev, 37 ev, 44, 49 ev

	BLADSY		BLADSY
regsdwaling		omskrywing van	38
in die strafreg	328 ev	verband met tugreg	37 ev
by verryking	329	stuprum qualificatum	20 ev, 26 ev
regsekerheid	197 ev	stuprum violentum	19 ev
fundamentele beginsel	269 ev	toesig en beheer	
inhoud van beginsel	270 ev	gesamentlike	163 ev
regsfilosofie		traditio brevi manu	210
Bybelse beskouing	5 ev	trust	54, 85
irrasionalisme	272	tugreg	232
naturalisme	7 ev	aard van	33 ev
natuurreg	6, 293	verband met strafreg	37 ev
positivisme	5	uitleg van wette	
pragmatisme	272	analogiese	271
realisme	272	bedoeling van wetgewer	61
sosiologiese rigting	5 ev	beperkende	57, 140
regspersoon	233	contra fiscum-reël	55 ev
regstaat	111, 192	ciusdem generis-reël	58
regsubjektiwiteit		ekstensiewe	57
ongebore vrug	305 ev	gewone betekenis van woorde	191 ev
regsvertenwoordiging	311	inclusio unius est exclusio alterius	66
rehabilitasie	2, 15 ev	onversoenbare botsing van wette	290 ev
reisigerstjek	331 ev	vermoede van konstante betekenis van	
rei vindicatio	87, 94, 170	dieselfde woord	271
res fungibiles	261	volkeregtelike verdrae	292 ev
res gestae	95	ultra vires	274, 277, 284, 289 ev, 311
res indicata	271	universitas rerum	188
res singularis	188	verdiskontering	211 ev
retensiereg	195 ev	verhandelbare dokument	
rule of law	110 ev, 292	oordraagbaarheid	336
saaklike ooreenkoms	170, 188 ev, 210 ev,	promesse	332
	323, 402	reëlmatige houer	336
saakwaarneming	234	reisigerstjek	331 ev
salus reipublicae	415	wissel	332 ev
sedisie	17	verjaring	256, 271, 324, 435 ev
sessie	86 ev, 210 ev, 324	verkragting	18 ev, 77
pactum de non cedendo	148 ev	verryking	
simplex stuprum	20 ev	condictio indebiti	329
skade		in die inheemse reg	234
affektiewe	123 ev, 135	"ten koste van"-vereiste	196 ev
beperking van	207 ev, 437	verryking-vereiste	196 ev
nie-vermoëns	121	versari in re illicita	176, 354
staatspresident	110, 112	verteenwoordiging	
bedanking	145 ev	herroeping van opdrag	318 ev, 320 ev
beskerming van waardigheid en		undisclosed principal	318 ev
reputasie	136 ev	vergoeding van verteenwoordiger	319 ev
vise-	107, 113, 116, 147	volkeregtelike verdrae	
staatsreg		by wetsuitleg	292 ev
belangstelling in	106	staatlike bindingskrag	293 ev
in die inheemse reg	231 ev	voogdy	
ontwikkelings in die	106 ev, 236 ev	buite-egtelike kind	312
stare decisis-beginsel	271, 302	gesamentlike	163
status		hof as oppervoog	313
belang daarvan in inheemse privaatre-		huweliks-	233
reg	233	vrederegter	428 ev
verandering	306	vredesbeampte	428 ev
straf	38, 173 ev	vrugafdrywing	415
as openbare genoegdoening	232	curator ad litem	305 ev
doel van	2, 13 ev, 38 ev	poging tot	75 ev
dood-	356	reg op lewe	310 ev
gevangenis-	27 ev	tydstip van lewensvatbaarheid	310
onderskeid van maatreël	40 ev	wette	305, 311 ev
sanksie	34 ev, 37 ev, 44, 49 ev	VVO	
strafversagting	179 ev, 329, 351, 356 ev	geloofsbriewe	281, 283 ev
strafbare manslag	182, 351, 356, 423	prosedure in algemene vergadering	281 ev
strafreg		weddenskapsooreenkoms	
algemene beginsels	74 ev, 298 ev	afdwingbaarheid	317
in die inheemse reg	232	newe-ooreenkoms	317 ev
		Westminsterstelsel	106 ev, 245, 252, 254

Aspekte van reg en geregtigheid met betrekking tot gevangenes*

Jan H van Rooyen

BA LLB MCL

Professor van die Straf- en Prosesreg aan die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

It is submitted that all scientific labour rests on certain presuppositions. It is further submitted that academics should state their presuppositions explicitly and also indicate the consequences thereof. Especially when the concepts of "justice" or "human rights" are involved, the value system (and its underlying presuppositions) against which the rules of law in question are to be measured, should be stated clearly.

The presupposition of a naturalistic (materialistic) point of departure is that everything is matter and that everything is the product of the *impersonal plus time plus chance*. Upon such a foundation no meaningful view of human rights can be constructed. Against this, the Biblical presupposition is presented of a personal Creator-God who created man in His image. With such a universal, the particulars also have meaning, and there is a solid foundation for concepts of human rights.

Next, the South African legal position is sketched. Our prison law distinguishes between prisoners' rights and their privileges. Regarding the latter, the commissioner of prisons has virtually an absolute discretion. Two case studies are presented: the histories relating to (a) study privileges and (b) reading material for security prisoners ("political" prisoners).

After the concept of the image of God (*imago Dei*) in man is examined, it is submitted that the content of our prisoners' rights does not reflect this adequately.

The requirement that the authorities should also be under law, is analysed as a Biblical requirement. Some implications of this are indicated: (i) clear and comprehensive rules and (ii) control by an independent judicial arbiter. Also in these respects our present system falls short.

The retributive basis of justice requires *inter alia* that only the truly guilty be punished. Depriving whole categories of people, e.g. "security prisoners," of their rights or privileges because of abuse by a few persons does not conform to principles of justice.

In accordance with the Biblical concept of grace, no one may be "written off" as beyond rehabilitation. Since most security offenders will eventually be released back to society again, they ought to be allowed post-matric study privileges while in prison.

In conclusion it is suggested that we should move away from a system of virtually absolute discretion towards a system of maintaining legality and justice, and that the content of prisoners' rights be expanded to accord fully with the Biblical concept of "man created in the image of God."

* Intreerede as professor van straf- en prosesreg aan die Universiteit van Suid-Afrika, Pretoria, gelewer op 17 Julie 1980.

1 INLEIDING

1 1 Voorgeskiedenis

Onder blyke van groot belangstelling is daar gedurende Junie 1980 'n vereniging vir die bevordering en handhawing van menseregte in Suid-Afrika gestig. Dit het gevolg op 'n belangrike internasionale kongres oor menseregte wat in Januarie 1979 by die Universiteit van Kaapstad gehou is. In verskeie lande het die belangstelling in menseregte uitgekling om ook gebiede wat voorheen verwaarloos was, te dek. Een van hierdie gebiede is dié ten opsigte van regte van gevangenes.¹ Daar is tekens dat hierdie nuwe belangstelling ook sy spore in Suid-Afrika gaan nalaat.²

'n Faktor wat ongetwyfeld meegehelp het om die belangstelling in die regte van gevangenes in Suid-Afrika gaande te maak, is die lotgevalle van ná-matriekstudievoorregte van sekerheidsgevangenes (die sogenoemde "politieke" gevangenes). Regulasie 109 van die gevangenisregulasies (GK R2080 van 31 Desember 1965, soos gewysig) maak daarvoor voorsiening dat gevangenes in die diskresie van die kommissaris van gevangenisgevangenes gedurende hul vrye tyd in gevangenskap verder mag studeer. Heelparty sekerheidsgevangenes het dan ook hul tersiêre opleiding deur instellings soos Unisa voortgesit.

Vroeg in 1978 is egter 'n beleidsverandering deur die minister van gevangenisgevangenes in die parlement aangekondig:³ sekerheidsgevangenes word in beginsel ná-matriekstudievoorregte ontnem. Drie redes is vir hierdie beleidsverandering gegee: (a) Sekerheidsgevangenes misbruik hul studiegeleenthede deur studiemateriaal vir opruiende geskrifte, aanhitsing en smokkelary na buite te gebruik; (b) die departement se personeeltekort bemoeilik die toepassing van behoorlike beheermaatreëls; en (c) gevangenes wat wel ná-matriekstudievoorregte verwerf het, het na hul vrylating hul ondermynende bedrywighede plaaslik voortgesit of na die buiteland uitgewyk en dit vandaar voortgesit.⁴ Die minister het ook verklaar dat sekerheidsgevangenes nie vir rehabilitasie vatbaar is nie.⁵

Op Robbeneiland alleen is daar tans ongeveer 492 gevangenes weens misdade teen die staat.⁶

¹ Daar word in hierdie bydrae primêr aandag geskenk aan *gevonnisde* gevangenes en nie onverhoorde aangehoudenenes kragtens die een of ander sekerheidsmaatregel nie.

² Onlangse bydraes in Suid-Afrikaanse regtydskrifte sluit in: Huber 1978 *SASK* 229; Van Wyk 1979 *SASK* 52; Van Niekerk 1979 *SASK* 55; Nairn 1979 *SASK* 58; Taitz 1979 *SASK* 66 en Rudolph 1979 *SALJ* 640. Op 5 Junie 1980 is 'n simposium "Focus on Prison," waaraan onder andere twee regters deelgeneem het, by die Universiteit van Natal in Durban gehou. Mbt die beskerming van menseregte in 'n administratiewe staat, verwys Gellhorn in die verslag *Human Rights: The Cape Town Conference* (1979) 177 181 e.v. spesifiek na die regte van gevangenes. Vgl. in die algemeen die uitstekende bydrae van Zellick "The Case for Prisoners' Rights" in Freeman (red) *Prisons Past and Future* (1978).

³ *Kyk* 1978 (15) *Hansard* kolom 6986 (Afr).

⁴ 1978 (2) *Hansard* vraekolom 102 (Afr).

⁵ *Debates of the Standing Committee on the Appropriation Bill: Vote 24 - "Prisons"* (standing committee 6-79) kolom 778.

⁶ 1980 (12) *Hansard* vraekolom 733-734 (Eng).

Op grond van vrae wat ná die minister se verduideliking gevra is, blyk dit dat slegs *vier* gevangenes op Robbeneiland hul ná-matriekstudievoorregte in 1977 misbruik het. Dit blyk ook dat, gedurende die tien jaar voor 1978, slegs *tien* sekerheidsoortreders ná hul vrylating weer weens oortredings teen die staatsveiligheid veroordeel is; *nie een* van dié tien het egter ná-matriekkwalifikasies in die gevangenis verwerf nie! Gedurende dieselfde tien jaar het sewe en veertig oud-sekerheidsgevangenes die land verlaat, van wie slegs *twalf* ná-matriekkwalifikasies in die gevangenis verwerf het.⁷

Gedurende 1978 is verdere pogings aangewend om inligting te bekom met betrekking tot die feitlike grondslag vir die minister se verduideliking. Die volgende vrae is per brief aan die kommissaris van gevangenis gestel:

1 Hoeveel sekerheidsgevangenes te Robbeneiland het gedurende 1977 ná-matriekstudievoorregte geniet?

2 Hoeveel sekerheidsgevangenes in alle inrigtings het jaarliks gedurende die afgelope 10 jaar (a) ná-matriekstudievoorregte gehad; (b) ná-matriekkwalifikasies behaal?

3 (a) Hoeveel sekerheidsgevangenes is jaarliks gedurende die afgelope 10 jaar vrygelaat?

(b) Hoeveel van hierdie gevangenes wat jaarliks vrygelaat is, het (toe hulle nog in die gevangenis was) (i) ná-matriekstudievoorregte gehad; (ii) ná-matriekkwalifikasies behaal?

4 (a) Hoeveel sekerheidsgevangenes is jaarliks gedurende die afgelope 10 jaar opgeneem?

(b) Wat was die daaglikse gemiddelde aantal sekerheidsgevangenes jaarliks gedurende dieselfde tydperk?

Die kommissaris het geantwoord dat, aangesien sy departement "geen belang daarby het" om die verlangde gegewens te laat publiseer nie, hy nie geneë is om dit beskikbaar te stel nie.

Gedurende 1979 is verhoë, sonder sukses, deur verskillende instansies aan die gevangenisowerhede gerig om die beleidsverandering in herooringing te neem. 'n "Gevangenes-opvoedingskomitee" is in die lewe geroep en het gepoog om 'n afvaardiging onder leiding van aartsbiskop Denis Hurley van Durban na die minister te stuur, wat egter geweier het om hulle te woord te staan.⁸

Vroeg in 1980 het die minister in die parlement in antwoord op 'n vraag verklaar dat hy nie in dié stadium bereid is om die ná-matriekstudievoorregte weer toe te staan nie.⁹ Drie maande later kondig hy egter aan dat daar besluit is om ná-matriekstudievoorregte vir kwalifiserende

⁷ 1978 (18) *Hansard* vraekolom (847-848) (Afr).

⁸ *Pretoria News* (1979-12-18).

⁹ 1980 (1) *Hansard* vraekolom 15 (Eng).

sekerheidsgevangenes weer in te stel.¹⁰ Dié besluit is allerweë verwelkom, alhoewel die wete natuurlik daar is dat die beleid te eniger tyd wéér verander kan word.

1 2 Fokuspunte

Die hele verloop van die ná-matriekstudievoorregte-geskiedenis het sekere algemene vrae oor reg en geregtigheid met betrekking tot gevangenes in Suid-Afrika skerp na vore gebring. Kernpunte wat in hierdie bydrae kortliks beskou sal word, sluit in:

- die aanvaarbaarheid van die huidige *onderskeid* tussen en *inhoud* van sogenoemde “regte” en “voorregte” in die Suid-Afrikaanse gevangenisreg;
- die toepassing van die *legaliteitsbeginsel* in die gevangenisopset;
- die vereistes van *geregtigheid* by die ontneming van regte en voorregte; en
- aspekte van *rehabilitasie* binne gevangenisverband.

In hierdie bydrae word met betrekking tot sekerheidsgevangenes die volgende aannames gemaak: (a) hulle is behoorlik skuldig bevind en gevonnissen weens misdade teen die staat; (b) hulle “verdien” die opgelegde gevangenisstraf (maar nie byvoorbeeld die doodstraf nie); (c) die meeste van hulle sal mettertyd na die gemeenskap terugkeer.

1 3 Geregtigheid: voorveronderstellings en waarde-oordele

Hierdie bydrae handel nie net oor reg (“law”) nie, maar ook oor geregtigheid (“justice”). By geregtigheid gaan dit oor (a) die *inhoud* van regsreëls, asook (b) die *prosessuele toepassing* van regsreëls.¹¹ Die massa literatuur oor hierdie moeilike onderwerp in die regsfilosofie val buite die bestek van hierdie bydrae. Hahlo en Kahn – en ander skrywers – konkludeer dat “possibly only a religious basis can give a genuine foundation for the absolute ideals of justice, and religion is based on revelation and faith.”¹² Hosten et al dui aan dat geregtigheid neerkom op ’n aanvaarbare verhouding tussen ’n regsreël en die waardestelsel wat as norm gekies is om die regsreël te evalueer. Onreg (“injustice”) bestaan wanneer die regsreël, alhoewel dit self formeel geldig is, met die betrokke waardestelsel bots.¹³ Die waardestelsel vervul as’t ware die rol van ’n Hoër Reg – ’n Reg bokant die reg.

¹⁰ 1980 (13) *Hansard* kolom 6129–6130 (Eng). Die minister het terselfdertyd aangekondig dat daar voortaan ’n Engels- en ’n Afrikaanstalige koerant aan dié gevangenis se biblioteek beskikbaar gestel sal word – *ibid*.

¹¹ Voet 1 3 5 sluit ook sowel die materiële inhoud as die formele aanwending daarvan by sy definisie in.

¹² Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 30. Vgl ook Hosten et al *Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) 22, veral vn 117; en vgl in die algemeen die verslag van die Sprocas-regskommissee *Law, Justice and Society* (1972) en Oosthuizen *The Ethics of Illegal Action* (1973).

¹³ Hosten et al *supra* 22. So ook talle ander skrywers. Vgl o.a. Lloyd *The Idea of Law* (1964) 122 *ev*.

Van der Vyver konstateer dat “[a]lle wetenskaplike arbeid . . . op ’n *geloofsuitgangspunt* [berus], hoewel alle geloofsuitgangspunte [vanselfsprekend] nie aan die Christelike belydenis georiënteer is nie . . . [E]lke wysgerige stelsel [berus] op ’n bepaalde uitgangspunt of *presuppositum* . . .”¹⁴ Heel dikwels word die betrokke uitgangspunte of voorveronderstellings egter nie uitdruklik vermeld nie. In dié verband praat Dugard – in sy intreerede, meer as nege jaar gelede gelewer – van “inarticulate premisses.”¹⁵ Hy kritiseer die Suid-Afrikaanse regbank vir sy oënskynlike positivistiese benadering ten opsigte van sekere sensitiewe regsgebiede, toon aan dat daar nie werklik “objektiewe positivisme” kan bestaan nie maar dat regters deur hul versweë uitgangspunte of voorveronderstellings beïnvloed word, en bepleit dat die hele proses na die oppervlak gebring en bewustelik hanteer moet word.¹⁶

In hierdie intreerede wil ek graag bepleit dat ook *akademici* hul voorveronderstellings en waardeestelsels moet openbaar en aantoon welke invloed dit op hul (wetenskaplike) beskouings uitoefen. Hierdie bydrae gaan dan ook spesifiek poog om nie ’n bleek, “neutrale” akademiese benadering te handhaaf nie, maar is gebaseer op definitiewe voorveronderstellings en waardes, wat dan ook kortliks uiteengesit sal word.

2 ’N BYBELSE GRONDSLAG

Montgomery illustreer die belangrikheid van ’n mens se filosofiese vertrekpunte met die volgende anekdote:

“Once upon a time a hare of philosophical temperament invited a politically orientated fox to dinner. During the entrée the hare presented an interesting argument on the relativity of all law and morals, stressing that each beast, in the final analysis, has a right to his own legal system. The fox did not find this argument entirely convincing on the intellectual level, but was much impressed with it practically. For dessert he ate the hare: *lapin à la crème!*”¹⁷

Hedendaagse voorstanders van ’n nie-positivistiese “Hoër Reg”-benadering baseer hul waardeestelsels gewoonlik op ’n sosiologies-georiënteerde grondslag. So betoog Dugard dat daar ’n behoefte is om gelei te word deur “accepted traditional legal values,”¹⁸ te wete “the jural postulates which form part of our legal heritage and are designed to foster the basic political and legal ideal of modern Western society – the well-being

¹⁴ In Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* (1972) 1.

¹⁵ Dugard 1971 *SALJ* 181 187.

¹⁶ *Ibid* passim. ’n Belangrike onlangse studie toon duidelik aan dat regterlike beamptes sterk deur “verskuilde faktore” (soos hul agtergrond, persoonlike lewensfilosofie, ens) beïnvloed word – Hogarth *Sentencing as a Human Process* (1971, herdruk 1974) (geresenseer in 1979 *SASK* 307). Op grond van sy bevindinge konkludeer hy dat “the judicial process is not as uniform and impartial as many people would hope it would be. Indeed, it would appear that justice is a very personal thing” (365). Kyk in die algemeen ook Bottomley *Criminology in Focus: Past Trends and Future Prospects*, (1979) (geresenseer in 1979 *SASK* 304), waarin ’n deurlopende tema is dat subjektiewe waardes (*values*) ’n sentrale rol in die kriminologie speel, net soos in ander sosiale wetenskappe, en dat dit openlik erken moet word eerder as om ’n valse beeld van “wetenskaplike objektiwiteit” te probeer voorhou.

¹⁷ Montgomery *The Law Above the Law* (1975) 17–18.

¹⁸ Dugard supra 195.

and free development of the individual.”¹⁹ Insgelyks verklaar Van Niekerk dat Gustav Radbruch sy natuurregbenadering op ’n algehele toewyding aan die waarde en waardigheid van die mens toegespits het, “using as a foundation his *a priori* attachment to certain idealistic values.”²⁰ Dié idealistiese waardes word ontleen aan die Westerse kultuur en die kultuur van “beskaafde” nasies.²¹

Hierdie siening bring ’n mens by die kernvraag na die *sin en betekenis* van die hele menseregte-beskouing. Dit sluit aan by die groter vraag na die betekenis van die lewe – ’n vraag waarmee die filosoferende of nadenkende (menseregte-) juris wel in die een of ander stadium te kampe sal hê.²² Macnamara merk in dié verband op:

“The topic of meaning in life can be approached in either of two frames of mind: it can be seen as an abstract, purely intellectual exercise, or it can be examined as something at the core of life that must both be *reflected on* and – plainly – *felt in the heart*.”²³

Die skrywer van hierdie bydrae gaan kortliks ’n siening wat hy as bevredigend in sy eie hart ervaar, weergee. Daar word onmiddellik erken dat hierdie beskouing *nie* die eindresultaat van ondersoek en nadenke daarstel nie: dit is in werklikheid ’n *begin*. Waar die skrywer ’n sekere benadering bó ander verkies, kom dit nie neer op ’n arrogante afskrywing van andersdenkendes nie. Inteendeel, daar word erken dat, veral in die menseregteveld, kragte gesnoer en samewerking, waar moontlik, gesoek moet word.²⁴

Die benadering in hierdie bydrae volg grootliks dié van Francis A Schaeffer en sy medewerkers.²⁵ Uit die aard van die saak kan slegs ’n baie kursoriese oorsig gegee word.

¹⁹ id 197.

²⁰ Van Niekerk 1973 *SALJ* 234 240.

²¹ id 257 vn 99; vgl ook id 249 (par no 5). Zylstra het tydens die 1979-Kaapse mense-regtekongres gewys op die gevare verbonde aan so ’n benadering en het ’n meer fundamentele benadering bepleit – kyk *Human Rights: The Cape Town Conference* (1979) 46 vir ’n kort opsomming van sy standpunt.

²² Vir ’n beskouing oor die noodsaak vir elke juris om oor (regs-)filosofie na te dink, kyk Du Plessis 1980 *De Jure* 22.

²³ In Macnamara (red) *Meaning in Life* (1977) 165.

²⁴ Vgl in dié verband die pleidooi van Forsyth 1980 *SALJ* 103 112 (“Changing South Africa requires in my view the abilities and efforts of all men of good will; we ought not to be divided”) na aanleiding van ’n afwysing van die hele substantiewe menseregte-benadering deur Davis 1980 *SALJ* 94.

²⁵ Vir doeleindes van hierdie bydrae moet eerstens na Schaeffer se trilogie *The God who is There* (1968), *Escape from Reason* (1968) en *He is There and He is not Silent* (1972) verwys word (daar is ’n studiehandleiding, *Introduction to Francis Schaeffer* (1974), beskikbaar). Van besondere belang met betrekking tot menseregte is Schaeffer en Koop *Whatever Happened to the Human Race?* (1979), asook Schaeffer *Back to Freedom and Dignity* (1973). Die vraag na waardes en die betekenis van die lewe word meesterlik behandel deur Guinness *The Dust of Death* (1973) en Sire *The Universe Next Door: A Guide to World Views* (1976). Die volgende is, binne die huidige verband, ook waardevol: Schaeffer se *Two Contents: Two Realities* (1974), *No Final Conflict* (1975), *Genesis in Space and Time* (1972), en *How Should We Then Live? – The Rise and Decline of Western Thought and Culture* (1976); asook Middelman *Pro-existence* (1974), Montgomery supra 17–18, Anderson *Morality, Law and Grace* (1972) en Lewis *The Abolition of Man* (1943). Versamelings opstelle wat verskillende sienings reflekteer, is te vinde in Macnamara supra en in Macnamara (red) *World Views* (1980).

In die eerste plek moet gewys word op sekere konsekwensies van 'n *naturalistiese* (in teenstelling met 'n Bybels-teïstiese) beskouing. Drie aanhangers van dié wêreldbeskouing het die konsekwensies van hul siening uitgestippel, te wete Monod, Skinner en Blackham. Die Franse molekuleêre bioloog, Jacques Monod, aan wie die Nobelprys in 1965 toegeken is, staan in die middelpunt van die Darwiniaans-naturalistiese lewensbeskouing, waarvolgens onder andere die mens die resultaat is van die *onpersoonlike* plus *tyd* plus *kans*. Monod werk self die logiese konsekwensies van sy standpunt soos volg uit:

Chance *alone* is at the source of every innovation, of all creation in the biosphere. Pure chance, absolutely free but blind, is at the very root of the stupendous edifice of evolution . . . If [man] accepts this message – accepts all it contains – then [he] must at last wake out of his millenary dream; and in doing so, wake to his total solitude, his fundamental isolation. Now does he at last realise that, like a gipsy, he lives on the boundary of an alien world. A world that is deaf to his music, just as indifferent to his hopes as it is to his sufferings or his crimes."²⁶

Nog 'n konsekwente Darwiniaans-naturalistiese wetenskaplike is *BF Skinner*, die bekende behavioristiese sielkundige. Hy toon aan dat sy beskouings ernstige implikasies met betrekking tot menseregte het. Skinner postuleer²⁷ 'n totaal-deterministiese mensbeskouing: alle menslike gedraging is òf vooraf bepaal deur oorerflikheid òf onmiddellik bepaal deur die omgewing. Dit het tans vir die mens moontlik geword om sy eie evolusiegang oor te neem en dit deur grootskaalse manipulasie te beheer ten einde menslike oorlewing te verseker. Idees omtrent mense-regte en menswaardigheid is egter 'n struikelblok en moet daarom afgeskaf word. Hy verklaar:

"What is being abolished is autonomous man – the inner man, the homunculus man . . . , the man defended by the literatures of freedom and dignity."²⁸

Skinner is dan ook uiters ongeduldig teenoor diegene wat hom wil teenstaan op grond van bygelowige en onwetenskaplike begrippe soos menseregte – wat geen uiteindelijke geldigheid of waarheid sou bevat nie en maar bloot een van die toevallige produkte van evolusie sou wees en wat "afgeskaf" moet word wanneer dit in die pad raak. Hy betoog:

"A literature of freedom may inspire a sufficiently fanatical opposition to controlling practices to generate a neurotic if not psychotic response. There are signs of emotional instability in those who have been deeply affected by the literature."²⁹

Skinner konkludeer dat *oorlewing* die *enigste* werklike waarde is.³⁰ Hy kan egter nie *uit hoofde van sy lewensbeskouing* (die onpersoonlike plus tyd plus kans) aantoon wáárom die oorlewing van die menslike ras nou juis van waarde is nie. Schaeffer lewer die volgende kommentaar:

"Skinner does not seem to notice that he has got himself into a logical box. Ultimately, what he is saying reduces to whatever is, is right, and, if whatever is,

²⁶ Monod *Chance and Necessity* (vert 1971) 112 172–173 (oorspronklik *Le Hazard et la Nécessité* (1970)), aangehaal in Schaeffer *Back to Freedom and Dignity* (1973) 11–12.

²⁷ Skinner *Beyond Freedom and Dignity* (1971).

²⁸ id 200.

²⁹ id 165.

³⁰ id 31.

is right, then there is no value over against which one can judge anything as good or bad. If it is, it is good. And if everything that is, is good, then any concept of bad is either illogical or trivial . . . [A] man like Skinner . . . has [no] reason why the survival of the race is desirable.³¹

Die skyn-waarde, oftewel futiliteit, van menseregte-idees wat, volgens die aannames van die naturalistiese lewensbeskouing, nes die mens self bloot 'n produk van die onpersoonlike plus tyd plus kans is, word treffend beskryf deur nog een van die aanhangers van dié wêreldbeskouing, HJ Blackham:

“On [these] assumptions, life leads to nothing, and every pretence that it does not, is a deceit. If there is a bridge over a gorge which spans only half the distance and ends in mid-air, and if the bridge is crowded with human beings pressing on, one after the other they fall into the abyss. The bridge leads nowhere, and those who are pressing forward to cross it are going nowhere . . . *It does not matter where they think they are going, what preparations for the journey they may have made, how much they may be enjoying it all.*”³²

Ingevolge die naturalistiese wêreldbeskouing is die mens nie kwalitatief verskillend van die nie-mens nie: alles is bloot materie, en die mens is maar net 'n ander rangskikking van molekules as die nie-mens.³³ Die mens het geen unieke waarde of waardigheid nie – al *dink* hy miskien so, soos Blackham supra dan ook insien. “Menseregte” is sinneloos!

Teenoor die voorgaande wêreldbeskouing met sy voorveronderstellings en konsekwensies moet die Bybelse wêreldbeskouing gestel word. Uit die aard van die saak kan 'n verdediging of apologie vir hierdie beskouing nie binne die bestek van hierdie bydrae gegee word nie.³⁴ Dit dien egter wel gekonstateer te word dat dit 'n lewensbeskouing is met die volle konsekwensies waarvan 'n gelowige mens betekenisvol en hoopvol kan saamleef. Sir Julian Huxley, 'n ateïs, het byvoorbeeld verklaar dat 'n mens beter funksioneer indien hy optree asof God bestaan!³⁵

In die volgende afdelings word die huidige regsposisie met betrekking tot gevangenesregte eers geskets en daarna word aandag geskenk aan sommige van die implikasies van 'n Bybelse wêreldbeskouing vir dié onderwerp.³⁶

³¹ Schaeffer *Back to Dignity* (1973) 39.

³² Blackham et al *Objections to Humanism* (1967), aangehaal in Schaeffer en Koop supra 123–124.

³³ Schaeffer en Koop supra 124.

³⁴ Vir inleidende studie is Schaeffer en Koop supra, Guinness supra en Sire supra besonder nuttig, waarna die Schaeffer-trilogie supra (in limine) met vrug bestudeer kan word. Van besondere historiese belang vir juriste is die beroemde bewysreggeleerde Simon Greenleaf se “The Testimony of the Evangelists” (1903), herdruk in Montgomery supra 91 e.v.

³⁵ Kyk Schaeffer en Koop supra 139–140.

³⁶ Daar moet natuurlik nie uit hierdie bydrae afgelei word dat geïmpliseer word dat byvoorbeeld ateïste nie hoë morele standaarde kan handhaaf of in menseregte kan glo nie, of dat byvoorbeeld alle Christene hieraan voldoen nie. Feit is dat baie mense of nie die konsekwensies van hul voorveronderstellings deurdink nie, of nie daarvolgens leef of kan leef nie. Vir 'n pleidooi dat Christene 'n omvattende wêreldbeskouing moet deurdink, vgl Runia 1970 *Christianity Today* 851.

3 DIE HUIDIGE REGSPOSISIE

Met betrekking tot die Suid-Afrikaanse regsposisie ten opsigte van die regte van gevangenes, word in hierdie afdeling volstaan met 'n paar opmerkings, geknoop aan die onlangse appèlhofbeslissing in *Goldberg v Minister of Prisons*.³⁷

Ingevolge bestaande reg word in *Goldberg* onderskei tussen (a) regte en (b) voorregte. "Regte" omvat dít wat noodsaaklik vir fisiese voortbestaan is, byvoorbeeld voedsel, kleding, akkommodasie en mediese sorg, terwyl byvoorbeeld biblioteek- en studeerfasiliteite bloot "voorregte" is. 'n Gevangene is nooit *geregtig* op voorregte nie; die kommissaris van gevangenis het, prakties gesproke, feitlik 'n absolute diskresie omdat die huidige stand van ons administratiewe reg nie voorsiening maak vir werklik betekenisvolle regterlike hersiening van 'n sogenaamde "suiwer administratiewe diskresie" nie.³⁸ In die area van "voorregte" is die woord van die kommissaris as't ware wet.

Die appellante (almal sogenaamde "politieke" of sekerheidsgevangenes) in *Goldberg* het gegrief gevoel oor die kommissaris se weiering om hulle toegang te gee tot leesstof wat aktuele nuus bevat (behalwe nuus met betrekking tot sport, familie en vriende). Hulle het onder andere gekla omdat die volgende tydskrifte waartoe hulle toegang vergun is, eers vooraf "gesensor" is deurdat alle aktuele nuus verwyder is: *Rooi Rose, Darling, Fair Lady, SA Garden and Home, Huisgenoot, Farmers' Weekly, Landbouweekblad, Readers' Digest, Photography and Travel, Top Sport, Public Works Construction* en *Transport!* In die lig van die huidige stand van ons reg, het hulle pleidooie misluk.

Die appèlafdeling was egter nie eenparig nie. Appèlregter Corbett het 'n indrukwekkende minderheidsuitspraak gelewer:

"It is said that a prisoner has no right to study or to access to libraries or to receive books: that these facilities are privileges not rights, comforts not necessities. To my mind, this is an oversimplification. To test the proposition, suppose that an intellectual, a university graduate, were sentenced to life imprisonment and while in gaol was absolutely denied access to reading material - books, periodicals, magazines, newspapers, everything; and suppose further that there was no indication that this deprivation was in any way related to the requirements of prison discipline or security or the maintenance of law and order within the prison and that, despite his protests to the gaol authorities, he continued to be thus denied access to reading material. Could it be correctly asserted that in these circumstances he would be remediless? That all that he could do was to fret for the comforts which he was denied? I venture to suggest that it could not be so asserted and that he would not be remediless."³⁹

Hierdie betoog, alhoewel nie deur die meerderheid aanvaar nie, is (in die woorde van een kommentator) gebaseer op "unassailable reasoning"⁴⁰ en is van groot belang vir toekomstige ontwikkelinge met betrekking tot die regte van gevangenes.

³⁷ 1979 1 SA 14 (A). Vir 'n vollediger oorsig van die regsposisie, kyk 1979 SASK 52-66 (vier bydraes) en 1979 SALJ 640.

³⁸ Vgl die bydraes in die vorige voetnoot passim.

³⁹ *Goldberg* supra 41F-H.

⁴⁰ Nairn 1979 SASK 58 63.

4 DIE AARD VAN DIE MENS

Ingevolge die Bybelse wêreldbeskouing bestaan daar 'n ewige, onmeetbare dog persoonlike God. Hierdie God het die mens in 'n afsonderlike skeppingsdaad na Sy beeld geskape. Die mens het gevolglik 'n uniekheid, 'n *mens*-heid wat hom onderskei van nie-mens. Die implikasies hiervan vir die mens se waardigheid en vir menseregte is verreikend. Schaeffer verklaar:

“[W]e can see that *all* people are . . . to be distinguished from nonman and that therefore we . . . must look on others as having great value . . . Any person, no matter who he or she is – a stranger or a friend, a fellow believer or someone who is still in rebellion against God, anyone of any age, before or after birth – *any and every person is made after the likeness of God.*”⁴¹

Oor die imago Dei, die goddelike beeld, is al baie geskrywe – veel meer as waarna hier verwys kan word. Die goddelike beeld behels onder andere kennis en die uitbouing van kennis: die mens is, na Gods beeld, met intellektuele vermoëns bedeed. Calvin stel dit soos volg:

“[T]he swiftness with which the human mind glances from heaven to earth, scans the secrets of nature, and, after it has embraced all ages, with intellect and memory digests each in its proper order, and reads the future in the past, clearly demonstrates that there lurks in man a something separated from the body.”⁴²

Hy wys voorts daarop dat die mens nie maar net 'n dierlike bestaan voer nie, maar dat hy die lig van intelligensie besit.

Die Bybel verduidelik ook dat die mens geskend is. Die sondeval het naamlik verskeie abnormaliteite meegebring: die mens is van God, van homself, van sy medemens, en van die natuur vervreem. Dit is egter van deurslaggewende belang om te besef dat die uniekheid en waardigheid van die mens nie deur die sondeval vernietig is nie, aangesien dit *op die Skepping* berus. Die beeld van God is nie totaal in die mens uitgewis nie.⁴³

Die implikasies van voorgaande beskouings vir die regte van gevangesenis is tweërlei. Eerstens: aangesien die fundamentele regte van die mens op sy geskiedenis na die beeld van God berus, behoort die *inhoud* van hierdie regte daarmee ooreen te stem.⁴⁴ Ten einde die “mens”-heid van die mens van die dier te onderskei, behoort hierdie regte méér te omvat as die blote fisiese waarop byvoorbeeld 'n dierebeskermingsvereniging sou aandring (voedsel, kleding, akkommodasie en mediese sorg). Daar word met eerbied ter oorweging gegee dat ons Suid-Afrikaanse regsposisie, soos hierbo kortliks uiteengesit, in hierdie opsig nog te kort

⁴¹ Schaeffer en Koop supra 158.

⁴² Calvin *Institutes of the Christian Religion* 1 15 (1536; 1962-vertaling deur H Beveridge).

⁴³ Vgl Stob in 1974 *Calvin Theological Journal* 133 143; Schaeffer en Koop supra 153–155. Kyk Genesis 9:6 en Psalm 8; vgl ook die breedvoerige bespreking deur Murray getiteld “Man in the Image of God” in 2 *Collected Writings of John Murray* (1977) 34 ev.

⁴⁴ “The basic Judaeo-Christian doctrine of man made in the image of God implies that others have a duty to treat him in the way which best befits his status” – Anderson *Liberty, Law and Justice* (1978) 57.

skiet: die inhoud van ons gevangenes se "regte" (onderskei van sy "voorregte") gee nie voldoende inhoud aan die imago Dei nie. (Regter Corbett se aanhaling supra verdien alreeds in dié stadium 'n her-lees!)

Tweedens kan gevra word of ons *benadering* tot die regte van gevangenes genoegsaam rekening hou met die imago Dei-aard van die mens. Daar is twee radikaalverskillende benaderings moontlik met betrekking tot die regte van gevangenes. Aan die een kant kan 'n gevangene beskou word as "regteloos" – behalwe vir daardie regte wat noodsaaklik is ten einde fisies te bly leef. Enigiets wat verder gaan, is dan 'n blote geskenk van die owerhede, waarop hy nie geregtig is nie. Hierteenoor staan die beskouing dat 'n gevangene 'n gewone regsobjek bly en dat hom deur sy gevangensetting slegs sodanige regte ontnem word as wat streng gesproke deur die feit van gevangensetting genoodsaak word: die ontneming van regte is dus streng funksioneel. Volgens laasgenoemde benadering sou die reg om op eie onkoste en in vrye tyd te studeer, nie deur gevangensetting per se opgeskort word nie (dissiplinerings in 'n geval waar 'n persoon sy studiebevoegdheids misbruik, sou vanselfsprekend goorloof wees).

Van die twee benaderings hier genoem, skyn slegs die tweede in ooreenstemming met die imago Dei-perspektief te wees. Daar word gevolglik met eerbied betoog dat ons Suid-Afrikaanse benadering – wat met die eerste ooreenstem – ook in dié opsie te kort skiet.

5 LEGALITEIT

Ingevolge die Bybelse beskouing beteken die begrip "legaliteit" primêr "na die orde van God se wet": dit vereis met ander woorde 'n *regte* (in Bybelse sin) manier van doen deur menslike instellings.⁴⁵ Die implikasies hiervan is eerstens dat menslike reg aan God se geregtigheidsbeginsels moet voldoen, en tweedens dat die staat ook regsgebonde is.

Laasgenoemde aspek is belangrik indien in ag geneem word dat ook die staat radikaal deur die sondeval geaffekteer is: die staat en sy funksionaris is ook gevalle en geneig tot alle kwaad. Een van die funksies van reg in die algemeen is om as "algemene genademiddel" te geld, dit wil sê om as 'n beperkende invloed ten opsigte van die gevalle mensdom te geld en sodoende die uiterste konsekwensies en uitwerking van die sondeval teë te hou. Dit is gevolglik duidelik dat ook die staat "onder die reg" behoort te wees: *princeps legibus solutus NON est!*⁴⁶

⁴⁵ Kyk Du Plessis *Die Juridiese Relevansie van Christelike Geregtigheid* LLD-proefskrif PU vir CHO (1978) 689. Vgl ook Marshall Feb 1980 *Third Way* 9; Dengerink *The Idea of Justice in Christian Perspective* (1978).

⁴⁶ Du Plessis supra 209–210 788. Vgl ook Wiechers 1967 *THRHR* 309 320: "[Dit is] 'n aanvaarde beginsel dat die administrasie se aktiwiteite deur regterlike instansies gekontroleer moet word ten einde 'n maksimum regsnaewing en beskerming van die individu se vryhede en regte te verseker." Vgl voorts deurgaans die briljante bydrae van Gellhorn in die verslag supra 181 ev.

Juis omdat ook die owerheidsmens radikaal deur die sondeval geaffekteer is, is dit nie verbasend nie dat hy homself gedurig probeer outonoom maak, homself probeer verhef bó die reg: maksimum-owerheidsvryheid, regsongebondenheid, en absolute diskresionêre magte word gesoek. Uiteindelik bly daar van 'n Christelike legaliteitsvisie niks meer oor nie.⁴⁷ Wiechers waarsku soos volg:

“[D]ie opvatting dat sommige diskresies in 'n regs-vrye gebied uitgeoefen mag word . . . druis lynreg teen die begrip van die regstaat en die regsgebonde staats-administrasie in.”⁴⁸

Die voorgaande bring twee belangrike implikasies mee: Eerstens word bostaande beginsels misken wanneer 'n sogenoemde “administratiewe diskresie” wat prakties absolutisties en feitlik onhersienbaar is, aan 'n amptenaar of aan amptenare toegeken word: dit kom neer op 'n verwydering van beheermaatreëls van mense wat wel goeie en opregte mense mag wees, maar wat, synde gevalle en feilbare sondaars, nogtans onder sodanige beheermaatreëls geplaas behoort te word. Vergelyk die opmerking van Taitz:

“It is unrealistic and unjust . . . to place such blind faith in the innocence, competence and integrity of public officials . . . Recent political events have indicated, once again, that public officials are subject to the same prejudices and temptations as ordinary citizens.”⁴⁹

Duidelik geformuleerde, afdwingbare regsreëls met betrekking tot gevangenesregte – as't ware 'n “Bill of Rights” – sou nie slegs legaliteit *daarstel* nie, maar sou ook betekenisvol tot die *instandhouding en bewaring* van legaliteit bydra.

'n Tweede implikasie is dat die beskikbaarheid van en toegang tot 'n onafhanklike (onpartydige) en objektiewe regterlike arbiter tesame met billike prosessuele en bewysregtelike reëls voorvereistes vir die behoorlike handhawing of afdwinging van legaliteit is.⁵⁰ Die uiteindelijke

⁴⁷ Du Plessis supra 793.

⁴⁸ Wiechers *Administratiefreg* (1973) 231.

⁴⁹ Taitz 1979 *SASK* 63 66. Vgl Psalm 146: 3 – “Vertrou nie op prinse, op die mensekind, by wie geen heil is nie.” Daar word natuurlik nie geïmpliseer dat 'n regterlike beampte 'n element van onfeilbaarheid sou meebring nie – dit is bloot 'n addisionele beveligingsmeganisme (maar nogtans 'n baie belangrike een).

⁵⁰ Vgl Rushdoony *Institutes of Biblical Law* (1973) passim; Du Plessis supra 70; Wiechers supra 232–233. Du Plessis 824 wys daarop dat die sogenaamde “reëls van natuurlike geregtigheid” (bv *audi alteram partem* en *nemo iudex in re sua*) ten nouste met die Bybelse geregtigheidsimperatief verband hou. Vgl ook *Motaung v Makubela* 1975 1 SA 610 (O). Die owerheid in Suid-Afrika handhaaf eienaardige dubbele standaarde in hierdie opsig. Aan die een kant, bv, bevestig VVO-ambassadeur Riaan Eksteen op 25.5.1979 oor SATV minister RF (Pik) Botha se mening dat “the *audi alteram partem* principle underlies all civilized legal systems” en bekla sekere partye tot die Inligting-skandaal gedurende 1979 hulle oor die vrystelling van “ongetoetsde getuënis,” maar aan die ander kant word wetgewing gehandhaaf wat mense hul vryheid ontnem sonder dat hulle enige van hierdie basiese regte gehad het, bv die Wet op Terrorisme 83 van 1967. In opdrag van 'n voormalige minister van justisie skryf 'n amptenaar, met betrekking tot die stelling dat die geregtigheidsbeginsel *audi alteram partem* soos 'n goue draad deur die Bybel loop, dan ook dat “[in] the Minister's readings of the Bible he has never come across this golden thread!” (Brief gedateer 2.11.1978.)

en finale beslissing oor die regte van persone binne 'n gevangenis-opset mag nie aan belanghebbendes, soos gevangenisbeamptes, oorgelaat word nie. Met eerbied, ons stelsel skiet ook hier te kort. Die *howe* behoort die effektiewe arbiters te wees.⁵¹

6 GERECHTIGHEID

Tydens een van die debatte in die volksraad met betrekking tot die afskaffing van studievoorrage vir sekerheidsgevangenes as 'n kategorie het die volgende woordewisseling plaasgevind: Minister: "Ons het gevind dat sommige van hierdie mense die studiegeleentheid wat hulle gehad het . . . misbruik." Opposisielid: "Maar hulle kon dit seker nie almal misbruik het nie." Minister: "Ons het 'n besluit geneem in hierdie verband omdat die mense nie rehabiliteerbaar is nie." Opposisielid: "Straf hulle almal vir die sondes van 'n paar!"⁵²

Slegs 'n paar opmerkings hoof hier oor die begrip "gerechtigheid" ("justice") as sodanig gemaak te word.⁵³ Die grondslag van straf lê in die beginsel van vergelding,⁵⁴ 'n gerechtigheidsbeginsel ingevolge waarvan

⁵¹ Vgl in die algemeen met betrekking tot die beheer van administratiewe diskresie Allen *The Borderland of Criminal Justice* (1964); Culp Davis *Discretionary Justice* (1968); Orland *Justice, Punishment, Treatment* (1973) en Pennock en Chapman (reds) *Due Process* (Nomos XVIII 1977). In wyer verband, mbt die "rule of law" in die algemeen, vgl Dugard *Human Rights and the SA Legal Order* (1978), Mathews *Law, Order and Liberty in SA* (1971), Van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in SA* (1975) en Van der Vyver *Seven Lectures on Human Rights* (1976). Ivm menseregte in die algemeen, kyk die verslag *Human Rights: The Cape Town Conference* (1979). Kyk ook Hermann en Haft (reds) *Prisoners' Rights Source Book* (1973); Zellick "The Case for Prisoners' Rights" in Freeman (red) *Prisons Past and Future* (1978) 105; en Fogel "The Justice Model for Corrections" in Freeman op cit 151. Daar word natuurlik nie betoog dat gevangenes oor beuselagtighede die gevangenisadministrasie hof toe moet kan neem nie. Een maanlike benadering sou wees om 'n behoorlike groep fundamentele *regte* uit te werk wat slegs deur 'n hofbevel in hoogs uitsonderlike gevalle opgeskort kan word. *Privileges* sou in so 'n stelsel onderworpe gemaak kon word aan 'n "gebonde" diskresie waarvan die sogenaamde "jurisdiksionele feite" altyd deur 'n hof toetsbaar sou wees. Vgl Wiechers supra 231-232 298 ev. Vgl veral ook Culp Davis op cit vir voorstelle dat die owerhede se interne reëls en riglyne duidelik en beskikbaar moet wees (wat natuurlik hersiening sal vergemaklik). In hierdie verband is regter Corbett se kritiek met betrekking tot die onbesikbaarheid van die sogenaamde "reëls" met betrekking tot sensorskap van leesstof in die *Goldberg*-saak supra 45 opmerkingswaardig. Gellhorn sê ivm administratiewe besluitnemers: "An adjudicator's knowledge that he must explain his judgments has had markedly beneficent consequences in prison administration, for the adjudicator is thus reminded he is performing a grave act that should be based on conclusions related to evidence. A lesser requirement leaves too great room for whim, malice, or plain stupidity" - verslag supra 182.

⁵² 1978 (15) *Hansard* kolom 7018 (Afr).

⁵³ Daar is natuurlik 'n noue verband tussen hierdie en die vorige afdeling.

⁵⁴ Dit word ter oorweging gegee dat slegs vergelding (ook die "gerechtigheidsteorie" genoem) aan straf 'n bevredigende morele grondslag verskaf. Dit beteken geensins dat die ander strafteorieë betekenisloos is nie. Hulle moet eerder gesien word as *doelstellings* met/tydens straf. So is dit bv moontlik om op die grondslag en binne die perke van die vergeldingsteorie *terselfdertyd* algemene afskrikking (*general deterrence*), onttrekking (*incapacitation*) en rehabilitasie te bereik. Die vergeldingsteorie impliseer ook geensins strafsugtigheid nie: oorwegings soos genade en strafekonomie

(a) daar 'n bestaande reël (norm) is waaraan 'n strafbepaling gekoppel is wat oortree moet word voordat straf toegemeet mag word (die nullum crimen sine lege-beginsel); (b) slegs diegene wat werklik skuldig is gestraf mag word (nulla poena sine culpa); en (c) die straf nie swaarder moet wees as wat die oortreder "verdien" nie (die "oog om oog en tand om tand"-beginsel stel 'n perk op straf: nie méér as 'n oog om 'n oog en nie méér as 'n tand om 'n tand nie).

'n Aantal praktiese implikasies vloei uit die geregtigheds- of vergeldingsbeginsel voort:

- Daar moet *konkrete regsreëls* wees wat dit vir elke gevangene duidelik maak wat sy verpligtinge is; dié reëls moet behoorlik onder sy aandag gebring word en hy behoort gereeld toegang daartoe te hê.⁵⁵

- Die verantwoordelikheid van gevangenes om die reëls te gehoorsaam, is 'n *persoonlike* verantwoordelikheid. Rushdoony stel dit só:

"[G]uilt cannot be shifted to others or passed on to the people around a man. Guilt is non-transferable. A disposition or nature can be inherited, but not guilt. Man inherits from Adam the total depravity of his nature, but his guilt before God is entirely his own, even as Adam had to bear his own guilt. This distinction between guilt and nature is fundamental to Biblical doctrine and law . . . Since the law deals with guilt and punishes the guilty, the non-transferable nature of guilt . . . is of central importance."⁵⁶

- Alle mense is geregtig op geregtigheid, ook gevonnise oortreders. Die geregtighedsbeginsel word nie opgeskort wanneer die tronkdeure toegesluit word nie. Deuteronomium 1:17 stel dit só: "Julle mag in die gereg nie partydig wees nie; julle moet klein sowel as groot aanhoor." Waar sommige "politieke" gevangenes geen geregtigheid teenoor hul slagoffers betoon het nie, is dit juis in die teken van Bybelse geregtigheid dat die owerheid nie insgelyks optree nie, maar Bybelse geregtigheidstandaarde deurgaans handhaaf.

Die gevolgtrekking is duidelik. 'n Gevangene wat die reëls oortree het, mag gedissiplineer word; dié een wat sy studieregte misbruik het, mag sy studieregte ontnem word. Maar ingevolge 'n Bybelse geregtighedsbegrip mag 'n *hele kategorie* mense nie hul regte ontnem word bloot omdat *sommiges* daardie regte misbruik het, oftewel die reëls met betrekking tot die uitoefening daarvan oortree het, nie. Dit sou geen geregtigheid daarstel nie, maar wel onreg.

speel ook 'n rol. Strafeconomie vereis dat die grootste moontlike aantal rasionele oogmerke met of tydens straf nagestreef moet word, binne die grense van vergelding. Kyk in verband met die geregtigheidsteorie (vergelding) Armstrong "The Retributivist Hits Back" in Grupp (red) *Theories of Punishment* (1971); Lewis "The Humanitarian Theory of Punishment" in Grupp op cit; Morris *The Future of Imprisonment* (1974); Rabie en Strauss *Punishment - An Introduction to Principles* (1979); die sg *Rumpfj-verslag* RP 69/1967 en die sg *Viljoenverslag* RP 78/1976. Vgl ook in die algemeen Allen supra.

⁵⁵ Wat die inhoud van die reëls betref, is die voorgaande dele van hierdie referaat steeds relevant.

⁵⁶ Rushdoony supra 270 (my beklemtoning). Vgl ook Deut 24:16. (Goddelike genade, weerspieël in Christus wat as Lam van God vrywillig die wêreld se sondes op homself geneem het, is natuurlik nie nou ter sprake nie.) Vgl verder die klem wat op menslike verantwoordelikheid geplaas word deur Fuller *The Morality of Law* (1964) 162 ev.

7 REHABILITASIE

Slegs agt en dertig van die huidige sogenoemde sekerheidsgevangenes dien lewenslange gevangenisstraf uit. Die res – meer as 450 – sal die een of ander tyd vrygelaat word en hulle weer in die gemeenskap bevind.⁵⁷

Hoewel vergelding die grondslag van straf is, behoort rehabilitasie-moontlikhede nog steeds *tydens straf* beskikbaar gestel te word – ook binne gevangenisverband.⁵⁸

Daar word dikwels gesê dat “rehabilitasie” van sekerheidsgevangenes baie moeilik is.⁵⁹ Dit is seker so. Desnieteenstaande mag ’n mens, ingevolge die Bybelse begrip van genade – God wat op vrymagtige wyse genadiglik kan ingryp in menslike tyd en ruimte – egter nooit ’n *hele kategorie* gevangenes *afskryf* as “onrehabiliteerbaar” nie.⁶⁰

Baie van die sekerheidsgevangenes is intelligent genoeg om baat te kan vind by verdere formele studie binne die Suid-Afrikaanse opvoedkundige stelsel.⁶¹ Dit is voorts moontlik dat frustrasie as gevolg van ontnemede studiegeleenthede tot groot verbittering by intelligente langtermyn-gevangenes kan lei,⁶² wat rehabilitasie in die wiele sal ry en wat aldus uiteindelik individuele voorkoming (dit wil sê voorkoming van herhaling van die misdadige gedrag) wanneer die gevangene hom weer in die gemeenskap bevind, kan skaad.

Wanneer vrygelate sekerheidsgevangenes hulle weer in die gemeenskap bevind, is hulle soms aan sekere wetlike inperkings onderhewig (byvoorbeeld ingevolge die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950) en kan hulle gevolglik nie oor ’n wye veld werk soek nie. Vir baie mag ongeskoolde arbeid, vanweë hul intelligensie en aanleg, nie aangewese wees nie. Indien hulle geen studieregte in die gevangenis gehad het nie, is hulle ook nie toegerus vir geskoolde betrekkings nie.

Wanneer ’n intelligente vrygelate gevangene aldus verbitterd, ingeperk en ongekwalifiseerd is, word herintegrasie baie bemoelik, indien nie volslae onmoontlik gemaak nie.

Hoewel die “geregtigheidsmodel” ten aansien van straf nie *gedwonge* behandeling binne gevangenisverband ter nastrewing van rehabilitasie-

⁵⁷ Kyk 1980 (10) *Hansard* vraekolom 628 (Eng).

⁵⁸ Kyk vn 54 supra. Vgl ook Goldberg en Morris 1976 *CILSA* 26 ev en Morris supra.

⁵⁹ ’n Minister van gevangenisne het gesê dat dit onmoontlik is – kyk teks supra by vn 52. Die beskikbare statistiek steun hom egter nie – kyk teks supra by vn 7.

⁶⁰ So ’n houding sou ook ’n onaanvaarbare rol kan speel met betrekking tot die hantering van sekerheidsgevangenes en moet gevolglik ook om dié rede afgewys word. Vgl die verslag *Prisons and Prisoners in England Today* (1978) 44: “[T]here is a real danger that this group [dws die ‘gevaarlike’ langtermyners] will be implicitly ‘written off’ as human beings with a capacity for growth and change.”

⁶¹ Studie vind natuurlik nie in die plek van die normale gevangenisprogram plaas nie, maar na-uurs, nadat die gevangenes hulle daaglikse verpligtinge afgehandel het.

⁶² “When a confined person’s environment appears to take on malevolent or even persecutory characteristics, we find not only adverse, but severely debilitating physical and psychological effects” – McKay et al *The Effects of Longterm Incarceration* (1979) 51. Vgl id 53 vir die standpunt dat toegang tot “sensory and cognitive stimulation” fundamenteel vir die welsyn van langtermyn-gevangenes is.

oogmerke aanvaarbaar vind nie,⁶³ is dit aan die ander kant duidelik dat uitgebreide fasiliteite ter selfverbetering en rehabilitasie tydens gevangenisstraf beskikbaar gestel behoort te word⁶⁴ sodat die gevangenisdepartement nie selfverbeterings- en rehabilitasiepogings verhinder nie – en dit sluit ná-matriekopleiding in, wat in die teenswoordige samelewing 'n noodsaaklikheid geword het en nie as 'n blote luuksheid beskou moet word nie. Reël 77(1) van die VVO se *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and Related Recommendations* (1955), wat deur Suid-Afrika onderskryf word, bepaal dan ook dat “[p]rovision shall be made for the further education of all prisoners capable of profiting thereby,” en reël 77(2) lees: “So far as practicable, the education of prisoners shall be integrated with the educational system of the country so that after their release they may continue their education without difficulty.”

8 SLOT

In hierdie bydrae het die skrywer sy eerste tree gewaag in die rigting van 'n algemene Bybelse menseregtebeskouing. Die belangrike rol van voorveronderstellings en wêreldbeskouings is kortliks aangedui. Daar is in ietwat meer besonderhede aandag geskenk aan 'n klein onderafdeling met betrekking tot die regte van 'n klein onderafdeling van Suid-Afrika se gevangenisbevolking,⁶⁵ te wete studie- en leesgeleenthede vir sekerheidsgevangenes. Daar word terdeë besef dat die laaste woord oor reg en geregtigheid met betrekking tot gevangenes nie gespreek is nie. Trouens, daar is nie méér gedoen as om 'n paar kontoere van 'n Bybelse reg- en geregtigheidsperspektief uit te stippel nie. Verdere werk, uitbouing en verfyning is noodsaaklik.⁶⁶ Voorlopig word dus slegs die volgende aanbevelings gedoen:

a Dat in beginsel besluit word om weg te beweeg van 'n stelsel van feitlik absolute, ongebonde diskresie, na 'n omvattende stelsel vir die daarstelling en handhawing van legaliteit en geregtigheid binne ons gevangenisstelsel.⁶⁷

b Vir so 'n stelsel is die daarstelling van 'n omvattende menseregte-handves vir gevangenes noodsaaklik.

⁶³ Kyk supra vn 54 met besondere verwysing na Lewis en Morris se werke, asook Goldberg en Morris supra vn 58.

⁶⁴ Kyk teks supra by vn 58. Afgesien van enige utilitêre waarde van studie, moet dit, in die lig van die aard van die mens (supra handel), as van waarde op sigself gesien word. Vgl aanbeveling nr 1 van 'n Australiese interdepartementele komitee: “[T]he main aim of education for prisoners is the value (intellectual, emotional or social) which arises from the learning activities” – verslag *Prisoner Education in South Australia* (1978) 42.

⁶⁵ Volgens die jongste jaarverslag van die kommissaris van gevangenis, is die huidige daaglikse gemiddelde getal gevangenes in Suid-Afrika se ongeveer 250 gevangenis 98 292. In een jaar word 274 001 gevonnisde gevangenes tot ons gevangenis toegelaat. Kyk RP 36/1980.

⁶⁶ Die aanbring van verbeteringe sal nie die “doen van geregtigheid *ad infinitum*” waarborg nie en gevolglik sal “weer en weer om reformasie en vernuwing” geroep moet word: “Semper reformandum!” was trouens een van die krete van die Hervorming. Vgl Du Plessis supra 773.

⁶⁷ Hierdie aanbeveling moet in die konteks van hierdie bydrae gelees word. Kommentaar word nie noodwendig gelewer op die departement van gevangenis se normale interne dissiplineringsprosedures nie.

c Die inhoud van sodanige handves behoort in ooreenstemming te wees met die Bybelse beskouing van die mens as geskape na die beeld van God.

Vergelykende studie toon aan dat soortgelyke ontwikkelinge reeds in ander lande aan die gang is.⁶⁸ Wat studiegeleenthede betref, is dit onder andere in Engeland blykbaar amptelike beleid om ook persone wat weens sedisie tot gevangenisstraf gevonniss is, aan te moedig om verder te studeer.⁶⁹ Die solisiteur-generaal van Kanada het onlangs voorgestel dat die volgende beginsels algemeen moet geld:

- "Deprivation of liberty resulting from sentence to imprisonment constitutes the punishment. Thus an inmate *retains all the rights and responsibilities of anyone else*, except those taken away by statute as the necessary consequence of incarceration.

- Every effort should be made to strengthen family and community ties outside the institutions, and to *lessen those aspects of imprisonment which tended towards the physical or mental deterioration of inmates*.

- Corrections should try to bring about 'positive change' in offenders through *opportunities and incentives* as well as *fairness in applying rules and regulations*.⁷⁰

Hierdie bydrae moet nie gesien word as 'n aanval op die Suid-Afrikaanse gevangenis-owerhede nie. Trouens, ek is bewus daarvan dat dié departement met talle probleme worstel waarvan hulle nie self die oorsaak is nie en het groot waardering vir talle aspekte van die werk wat deur hulle verrig word. Met betrekking tot die gevangenis-owerhede moet die insig van LM du Plessis met betrekking tot die bevrydende waarde wat erkenning van menseregte en die daarstelling van oopheid, toeganklikheid, legaliteit en doeltreffende meganismes vir geregtigheid vir die betrokke owerheidsinstelling self meebring, gestel word: "[H]ierdie ware vryheid neem die plek in van die angsvalligheid wat gewoonlik met die skepping van 'n (skyn-) 'ruimte' vir gesags-funksionering-deur-dwang gepaard gaan."⁷¹

Ten slotte moet gemaak word dat 'n té maklike en gemaklike absolute tweespalt tussen ons en sekerheidsgevangenes – "ons" teenoor "hulle" – nie getrek kan of mag word nie:

"The reality is that both the offender *and* the law-abiding community need to change and can change, a perception which is at the heart of some recent thinking about the society of crime and punishment."⁷² □

⁶⁸ Kyk bv Huber 1978 *SASK* 229; Van Wyk 1979 *SASK* 52; Van Wyk Mei 1979 *Codicillus* 8. Vgl voorts die omvattende bibliografiese werk deur Levine *Standards of Care in Adult and Juvenile Correctional Institutions* (US Dept of Justice 1980).

⁶⁹ Kyk supra vn 5 kolom 780.

⁷⁰ Mei 1979 *Liaison* 14 (my beklemtoning). Hoewel die daarstelling van handveste van menseregte en die skeiding van staatsmagte met regbanke wat werklik funksioneer, nie onderskat moet word as middel ter bereiking van geregtigheid nie, moet ook erken word dat sodanige verbeteringe nie *noodwendig* die *doen* van geregtigheid kan *waarborg* nie: "Geregtigheid is immers primêr . . . geen saak van slegs instellings nie maar van die bekeerde en lewende menslike hart in 'n religieuse *rigting tot* die doen aan die naaste" – Du Plessis supra 820.

⁷¹ Du Plessis supra 779. Vgl ook die verslag supra vn 60 passim.

⁷² verslag supra vn 60 70.

Nie-konsensuele geslagsmisdade : 'n misdaadsistematiese herwaardering

JMT Labuschagne

MA DPhil LLD

Professor van die Inheemse Reg aan die Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Under the influence of English law, but contrary to our common law, various non-consensual sexual crimes are nowadays in South Africa classified under a single crime, namely rape. Absence of consent, real or juridically presumed, is used as common denominator.

In this article the systematic structure of non-consensual sexual crimes is historically and comparatively analysed and criticised. It is submitted that the following crimes should be distinguished from the crime of rape, namely crimes respectively based on:

- 1 elimination of the victim's resistance;
- 2 sexual immaturity of the victim;
- 3 the victim's inability to resist as a result of mental illness, unconsciousness or otherwise;
- 4 fraud of the doer; and
- 5 exploitation of a position of authority by the doer.

Die Suid-Afrikaanse misdaadsistematiek is sterk histories-kasuïsties gefundeer. 'n Gemeenskaplike deler of delers, dikwels meer histories-kasuïsties as prinsipiële-wetenskaplik bepaal, word gebruik om sekere strafbare handeling of gevolge onder een dak tuis te bring. 'n Goeie voorbeeld hiervan is die misdaad "verkragting." Afwesigheid van toestemming is as gemeenskaplike deler gebruik en daarvolgens het al die nie-konsensuele, en ook sekere nie-konsensuele-gejuridifiseerde geslagsmisdade, 'n plek onder die dak van die verkragtingsmisdade gekry.

In hierdie artikel word 'n alternatiewe sistematiek vir die nie-konsensuele geslagsmisdade ondersoek.

1 HISTORIES

In die Romeins-Europese fase van die gemeenregtelike ontwikkeling van die nie-konsensuele geslagsmisdade, wat 'n sterk Romeins-regtelike ondertoon het, kan daar misdaadsistematies twee misdade onderskei word:

1 1 Verkragting (*stuprum violentum; per vim stuprum*)

Die gemeenregtelike verkragtingsmisdaad was essensieel 'n geweldsmisdaad.

Dit was 'n *meerhandelingsmisdaad*,¹ in besonder 'n tweehandelingsmisdaad, wat bestaan het uit (a) gewelddadige (b) geslagtelike gemeenskap. Van die slagoffersy gesien, is dit basies 'n wilslamleggingshandeling.

In die lig van die doel van die onderhawige ondersoek is dit nodig om die inhoud van die begrippe "gewelddadig" en "wilslamlegging" nader toe te lig.

1 1 1 *Verkragtingsgeweld*

Die geweld kan bestaan uit geweldstoevoeging of -bedreiging. Eersgenoemde spreek vir sigself² en daar word vervolgens slegs aan laasgenoemde aandag gegee.

Volgens Carpzovius³ word verkragting gepleeg as die slagoffer

"door wapenen en dreygementen gedwongen, zicht ter vermydinge van 't gevaar aan des onteerers wellust overgawe."

Van Leeuwen⁴ skryf in dieselfde trant:

"Inque eam stupri violenti poenam incurrit, non tantum qui ipsemet stuprum violentum infert, sed qui minis armis metum incutiendo foeminam ad libidem, et sui ipsius prostitutionem compellit."

Boehmer⁵ verklaar dat dreigemente met die dood of ernstige liggaamlike letsel verkragting kan daarstel. Hy voer dan 'n gedetailleerde bespreking oor sekere ander dreigemente wat volgens hom verkragting kan daarstel.⁶ Van der Keessel⁷ stem met Boehmer saam en beweer dat die dreigement van so 'n aard moet wees dat dit 'n constans puella tot geslagtelike gemeenskap sou dwing.

1 1 2 *Slagofferwilslamlegging*

Die Romeinsregtelike geweldsbegrip is in terme van slagofferwilslamlegging uitgedruk. Ulpianus omskryf geweld (*vis*) as "necessitas imposita contraria voluntati."⁸

Damhouder⁹ onderskei tussen "schoffieringe" wat "ghewillighe" en "by forse" is. Gewelddadige *stuprum* ("schoffieringe") is volgens

¹ Sien my bespreking van die roofsak *S v Elbrecht* 1977 4 SA 165 (K) in 1978 *De Jure* 168.

² Sien *D* 48 5 30 9; 48 6 3 4; Mommsen *Römisches Strafrecht* 652.

³ *Verhandeling der Lyfstraffelyke Misdaeden* (Van Hogendorp se versorging en vertaling) hfst 68 5. Vgl ook Leyser *Meditationes ad Pandectas* 9 634 12.

⁴ *Censura Forensis* 1 5 23 10.

⁵ *Meditationes in CCC* 119 3. Vgl ook sy *Observatio* II op Carpzovius *Rerum Criminalium* Qu 75.

⁶ Sien verder in dié verband Strauss *Toestemming tot Benadeling in die Strafreg en die Delikterege* (proefskrif UNISA 1961) 168 172-174.

⁷ *Praelectiones ad Ius Criminale* 48 5 25.

⁸ *D* 4 2 1.

⁹ *Practycke in Crimineele Szaken* hfst 92 4-5.

hom raptus (“ontschaecken”) wat ook “vrouwen-kracht”¹⁰ genoem word. Dit is duidelik uit die onderskeid wat hy maak dat verkragting teen die slagoffer se wil moes geskied het.

Dat slagofferwilsteenstrydigheid, en gevolglike wilslamlegging, ’n vereiste vir verkragting was, word feitlik algemeen aanvaar.¹¹

Puttmann¹² stel dit treffend:

“Qui cum muliere invita et reluctantante corpus miscet, stupri violenti reus est.”

Wat vereis is, is ’n aktief-strydende slagofferswil wat lamgelê word.¹³

1 2 Stuprum qualificatum

’n Groot hoeveelheid strafbare geslagshandelinge is in die Romeinse reg onder die begrip stuprum gehuisves.¹⁴ In die Romeins-Europese periode word benewens stuprum violentum onderskei tussen simplex stuprum en verswarende stuprum of stuprum qualificatum.¹⁵

Voet¹⁶ wys op die volgende strafbare handelinge waarvoor die straf vir stuprum verskerp word:

a geslagtelike gemeenskap met ’n immaturam seu necdum viripotentem virginem;¹⁷

b geslagtelike gemeenskap deur ’n voog of kurator met sy pupil en ook deur ’n onderwyser of ’n ander persoon aan wie se sorg die onderrig van die slagoffer opgedra is;¹⁸

c geslagtelike gemeenskap deur ’n bewaarder met ’n vroulike gevangene of deur ’n gevangene met ’n bewaarderes;¹⁹

d geslagtelike gemeenskap met ’n mens capta;²⁰

e geslagtelike verkeer met ’n eerbare vrou wat deur die dader dronk gemaak is met die doel om haar willekeurige te misbruik;

f verleiding van ’n meesteres deur ’n slaaf;

g verleiding van ’n non;

h verleiding van ’n weduwee in die annus luctus;

i verleiding van ’n Christen deur ’n Jood of vice versa;

j verleiding van meer as een meisie op ongeveer dieselfde tyd; en

¹⁰ hfst 95 1.

¹¹ Vgl Voet 48 5 2; Van Leeuwen *RHR* 4 36 5; Boehmer 119 1; Leyser 9 634 2.

¹² *Elementa Iuris Criminalis* 1 41 589.

¹³ Hoppius *Commentatio Succincta ad Institutiones Justinianaeas* 4 18 4 praat van stuprum wat involuntarium seu violentum is.

¹⁴ Vgl Mommsen 494; Rein *Das Kriminalrecht der Römer* 858 ev.

¹⁵ Sien my artikel “Enkele Strafregtelike Aspekte van Ontug met Jeugdige Meisies” 1974 *Speculum Juris* 40 41–43.

¹⁶ 48 5 2. Sien verder in die algemeen Carpozovius hfst 62.

¹⁷ Sien ook Damhouder hfst 92 7 en 95 11; Matthaeus *De Criminibus* 48 3 5 8; Boehmer 119 6; Van der Keessel 48 5 25.

¹⁸ Sien ook Damhouder hfst 92 8; Matthaeus 48 3 5 8; Van der Keessel 48 5 25.

¹⁹ Sien ook Van der Keessel 48 5 25.

²⁰ Sien ook Boehmer 119 5.

k verleiding van 'n meisie van 'n hoër stand deur 'n persoon van 'n laer stand.

Van Leeuwen,²¹ na bespreking van simplex stuprum, sê die volgende:

“Caeterum propter stuprum qualificatum, quod in aliud, praeter simplex voluntarium stuprum, crimen, ex gravioribus circumstantiarum qualitatibus incurrit, stupratorem etiam criminaliter puniri constat, veluti si idem cum diversis puellis praetextu sponsaliorum, omnibus ac singulis promissorum, fuerit commissum.”

Dieselfde geld as 'n meisie se tutor of curator haar onteer of as 'n man geslagtelike gemeenskap het met 'n impubes.

Moorman²² sê dat hy

“noch maar ten aanzien van de onteringe, die vrywillig geschied en zonder geweld word in het werk gesteld, aanmerken, dat dezelve in de volgende gevallen zekerlyk strafbaar is:”

a 'n voog wat 'n “onmundig” meisie wat aan sy sorg toevertrou is, onteer;

b “Schoolmeesters en anderen” wat diegene wat aan hulle onderrig en tug onderworpe is, onteer;

c 'n “cypier” of “provoost” wat 'n gevangene onteer, en ook geslagtelike verkeer deur gevangenes onderling;

d 'n persoon wat 'n “onzinnige” onteer of “een meisje dronken maakt en zich daar mede vleesselyk vermengt;” en

e hy wat met groot beloftes en geskenke 'n meisie bedrieg en “tot zijn wille brengt.”

Verskeie skrywers wys daarop dat geslagsomgang met 'n slapende vrou ook strafbaar is.²³

Dit blyk derhalwe dat verskeie vorme van nie-konsensuele geslagsverkeer as verskyningsvorme van stuprum qualificatum strafbaar was. Stuprum qualificatum was egter nie tot nie-konsensuele geslagsomgang beperk nie. Een van die nie-konsensuele vorme van geslagsomgang, naamlik verkragting of stuprum violentum, het in die Romeins-Europese fase van ons regsontwikkeling misdaadsistematies reeds 'n afsonderlike plek verwerf.

2 GEWYSDEREGTELIKE ONTWIKKELING

Die Suid-Afrikaanse howe het, klaarblyklik onder Engelsregtelike invloed, die verkragtingsmisdadde verbreed en verskeie van die gemeenregtelike “stuprum-misdade” daarin opgeneem. Afwesigheid van slagoffertoestemming, psigies of juridies, het die gemene deler geword.

²¹ *Censura Forensis* 1 5 23 9.

²² *Verhandelingen over de Misdaden* 2 16 6.

²³ Vgl Boehmer 119 4; Leyser 9 634 24; Püttmann 1 40 575.

Dit moet ten aanvang gestel word dat toestemming en submitisie nie sinonieme is nie. Regter Coleridge sê treffend:²⁴

“There is a difference between consent and submission; every consent involves a submission, but it by no means follows that a mere submission involves consent.”²⁵

Met afwesigheid van toestemming, hoewel soms gejuridifiseerd, as grondslag, word die volgende verskyningsvorme van verkragting in ons praktyk aangetref:

2 1 Gewelddadige en leedbedreigingsverkragting

Soos reeds gemeld, was verkragting in die Romeins-Europese reg ’n geweldsmisdaad. Geweld, in dié verband, veronderstel ’n aktiefstrydende slagofferswil en die uitkakeling daarvan, of die vroegetydige uitkakeling van ’n strydbare slagofferswil. Genoemde wilsteenstrydigheid of wilsuitskakeling is prinsipiële ’n verskyningsvorm van die breëre begrip “afwesigheid van toestemming.”

Gewelddadige of leedbedreigende (waaronder gewelddadige) geslagsomgang sluit nie in alle gevalle toestemming uit nie. Daarvan getuig die verskynsel van masochistiese geslagsbevrediging.²⁶

Die aard van leedbedreiging word baie wyd deur die Suid-Afrikaanse houe gestel.

In *S v Volschenk*²⁷ sê regter Kennedy:

“On the accused’s own evidence in our view he admitted threatening the complainant with prosecution if she did not consent to intercourse and if, under those threats, she submitted, then that is rape.”

In dié saak is bedreiging met vervolging dus as voldoende beskou.

In die Rhodesiese gewysde *R v D*²⁸ stel hoofregter Quènet die toepaslike reël ook baie wyd:

“[W]here the facts show an accused person has induced fear in the mind of his victim which disables her from exercising a free choice . . . he . . . is guilty of rape.”

2 2 Geslagsomgang met ’n meisie onder die ouderdom van 12 jaar

Toestemming van ’n meisie onder die ouderdom van 12 jaar word nie vir die doeleindes van verkragting as geldig beskou nie. Die blote feit

²⁴ *R v Day* (1841) 9 C and P 722 724.

²⁵ Vgl ook Koh “Consent and Responsibility in Sexual Offences” 1968 *Criminal Law Review* 81; *S v S* 1971 2 SA 591 (A) 596: “Tog moet gewaak word teen ’n veronderstelling dat afwesigheid van weerstand aan die vrou se kant toestemming aandui.” Dit kan soms gevaarlik vir ’n vrou wees om weerstand te bied, want “in some men only the resistance of the women makes them potent” – Allen *A Textbook of Psychosexual Disorders* 275.

²⁶ Vgl De River *Crime and the Sexual Psychopath* 38; Amir “Victim Precipitated Forcible Rape” 1967 *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 493; Koh 87; Hughes “Consent in Sexual Offences” 1962 *Modern Law Review* 684.

²⁷ 1968 2 PH H283 (D). Vgl *S v R* 1971 1 SA 246 (RA).

²⁸ 1969 2 SA 591 (RA) 592.

van geslagsomgang is voldoende om verkragting daar te stel.²⁹ Ek het reeds in 'n ander artikel op die onwerklikheid van so 'n benadering gewys.³⁰

Ten aansien van die Engelse reg sê Smith en Hogan:³¹

"No doubt it is also rape to have intercourse with a child too young to understand the nature of the act; but there is no fixed age limit below which consent is impossible as a matter of law. It is a question of fact in each case . . ."

Hierbenewens bestaan daar in die Engelse reg 'n afsonderlike misdad wat bestaan in geslagsomgang met 'n meisie onder die ouderdom van 13 jaar.³²

Ten aansien van dié verskyningsvorm van verkragting het ons howe derhalwe nóg die Engelse nóg die Romeins-Europese reg nagevolg.

Sowel in die Suid-Afrikaanse³³ as in die Engelse reg³⁴ is dit verder 'n misdad om geslagsomgang met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar te hê. Die feit dat sy toegestem het, is geen verweer nie.³⁵

2 3 Geslagsomgang met geesteskrankes

'n Vrou is 'n idioot, 24 jaar oud, doof, feitlik stom en haar linkerarm asook 'n gedeelte van haar linkerbeen is verlam. Met genoemde vrou word geslagtelik verkeer. Dit is kortliks die feite in die saak *R v Kalil Katib*.³⁶ Regter Fawkes verduidelik die reg soos volg aan die jurie:³⁷

"I shall direct you that if you are satisfied that the girl is in such a state of idiocy as to be incapable of expressing consent or dissent, and that the prisoner had or attempted to have connection without her consent, you should find him guilty of rape or of the attempt, but a consent produced by mere animal instinct is sufficient consent to prevent the act from constituting a rape or an attempt at rape."

Die regter beroep hom op die Engelse reg en volg die reël gestel in die Engelse saak *R v Barrat*³⁸ woordeliks na.

In 'n latere saak³⁹ het die hof bevind dat die slagoffer "an idiot without any human intelligence and thus incapable of giving any consent" was. Regter Hoexter verduidelik die reg soos volg:

"if . . . a man has unlawful intercourse with a woman who is so devoid of reason that she cannot exercise any judgment at all on the question whether she will consent to or dissent from such intercourse, the man is in law guilty of rape."

²⁹ *Socout Ally v R* 1907 TS 336 338; *R v Z* 1960 1 SA 739 (A) 742.

³⁰ "Enkele Strafregtelike Aspekte van Ontug met Jeugdige Meisies" 1974 *Speculum Juris* 40 e.v.

³¹ *Criminal Law* 327. Vgl ook *R v Howard* 1965 3 All ER 684 685.

³² a 5 van die Sexual Offences Act 1956.

³³ a 14(1) van die Ontugwet 23 van 1927.

³⁴ a 6(1) van die Sexual Offences Act 1956.

³⁵ *R v M* 1959 3 SA 332 (A).

³⁶ 1904 ORC 1.

³⁷ 2.

³⁸ 12 Cox CC 498 500. Vgl ook *R v Fletcher* 10 Cox CC 248.

³⁹ *R v Ryperd Boesman* 1942 1 PH H63 (SWA).

Probleemskeppend is artikel 15 van die Ontugwet⁴⁰ wat 'n misdaad op die periferieë van hierdie verskyningsvorm van verkragting skep. Dié artikel lui soos volg:

“Iemand wat –

- (a) met 'n vroulike idioot of swaksinnige ontug pleeg of probeer pleeg in omstandighede wat nie op verkragting neerkom nie; of
- (b) met so 'n vrouspersoon 'n onsedelike of onbehoorlike daad pleeg of probeer pleeg; of
- (c) so 'n vrouspersoon uitlok of aanlok om 'n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg,

is, wanneer bewys word dat daardie persoon gewet het dat die vrouspersoon 'n idioot of swaksinnige was, aan 'n misdryf skuldig.”⁴¹

Anders as in die Romeins-Europese reg word daar in die Suid-Afrikaanse reg misdaadsistematies tussen grade van geesteskrankheid onderskei. So 'n benadering is onnodig.

2 4 Geslagsomgang met ander weerstandonmagtiges

In *R v Ryperd Boesman*⁴² sê regter Hoexter dat dit verkragting is om geslagsomgang te hê met 'n slapende vrou⁴³ of 'n vrou wat onder invloed van verdowingsmiddels is.⁴⁴

In *R v H*⁴⁵ het K geslagsomgang met 'n besope vrou gehad. Appèlregter Schreiner argumenteer soos volg:⁴⁶

“The position is more difficult in cases where the woman has been defrauded into consenting and more difficult still when her mind is affected by the accused's threats or fraud, by a pre-existent disability, such as that produced by mental disease, hypnosis, drugs or intoxicating liquor. In such cases there may be, and in the case of intoxication there certainly is, a wide range of degrees of disability. At the end of the scale, if the woman is insensible from any cause she clearly cannot be a consenting party, nor is it easy to see how the impression could arise that she was consenting. At the other end of the scale is the case where the woman is only slightly affected by liquor. It may be that her judgement, moral as well as intellectual, is in a measure impaired, but it would be going too far to say in such cases that, although by words or conduct she could convey the impression of consent, such impression was really false, and consent must be taken to have been absent. It is no doubt reprehensible for a man to have connection with a woman if he has reason to think that her consent to intercourse is in any degree the result of her having taken intoxicants, and it is certainly more reprehensible if he has induced her to take the intoxicants with the object of making her more pliant. But the law does not make such conduct the offence of rape.”

Appèlregter Schreiner, wat die uitspraak van die hof lewer, verkies om die begrip afwesigheid van toestemming nie nader te omskryf nie.

⁴⁰ 23 van 1957.

⁴¹ Vgl ten aansien van die Engelse reg a 7(1) van die Sexual Offences Act 1956. Vgl in die algemeen my artikel “Die Geestesranke as Misdadslagoffer” 1980 *SASK* 132.

⁴² 1942 I PH H63 (SWA).

⁴³ Vgl *R v C* 1954 4 SA 117 (O).

⁴⁴ Vgl ten aansien van die Engelse reg *R v Mayers* 12 Cox CC 311; *R v Young* 14 Cox CC 114; *R v Camplin* 169 ER 163.

⁴⁵ 1958 3 SA 420 (A).

⁴⁶ 421.

Hy verduidelik dat as 'n vrou "insensible" as gevolg van drankinname is, toestemming duidelik afwesig sal wees; maar hy wys verder daarop dat dit nie die enigste geval is waar toestemming as gevolg van drankinname afwesig kan wees nie.

"But when, in any particular case, this stage has been reached must in my view remain a question of fact and cannot usefully be made the subject of further definition."⁴⁷

Appèlregter Steyn, met wie appèlregter Van Blerk saamstem, sê in 'n afwykende uitspraak dat daar twee geopperde sienswyses is:

"[Die] een is dat die vrouspersoon geestelik so onmagtig moet wees dat sy geen uiting aan 'n weiering of toestemming kan gee nie; die ander is dat dit voldoende is dat haar dronkenskap so ver gevorder het dat sy nie meer kan beseef wat sy doen nie, al sou sy nie onbewus wees van wat plaasvind nie en al sou sy nog in staat wees tot uiterlike gedrag of die uitspraak van woorde wat toestemming sou te kenne gee."

Hy kom tot die slotsom dat laasgenoemde sienswyse ons reg verteenwoordig.⁴⁸

Hoe dit ook al sy, misdaadsistematies vorm sodanige geslagsomgang 'n verskyningsvorm van verkragting.

2 5 Geslagsomgang deur bedrog

In *R v Mahomed Rahanan*⁴⁹ het die beskuldigde die slagoffer wysgemaak dat hulle getroud is. Onder dié indruk stem sy toe tot geslagsgemeenskap. In sy uitspraak beroep regter Russell hom op artikel 159 van die BTPC⁵⁰ en bevind dat daar geen "false or fraudulent misrepresentation of the nature and quality of the act" was nie. Nieteenstaande die verwysing na die BTPC moet, in die lig van ons gemenerereg, toegegee word dat ons nie hier met verkragting te doen het nie.

W bring 'n getroude vrou onder die indruk dat hy 'n verlegging van haar baarmoeder kan herstel deur met haar geslagtelike gemeenskap te voer.⁵¹ Regter Pittman bevind dat die slagoffer bekend was met die aard van geslagtelike gemeenskap en in elk geval slegs bedrieg is ten opsigte van die deur die dader beoogde resultaat. W is gevolglik onskuldig bevind aan verkragting.

K, 'n toordokter, bring 'n vrou onder die indruk dat hy, deur met haar geslagtelike gemeenskap te hê, haar van onvrugbaarheid sal genees.⁵² Regterpresident Quênet bevind dat

"the misrepresentation did not relate to what was intended, but only as to the results which would follow."

⁴⁷ 422.

⁴⁸ 423.

⁴⁹ 1929 SR 17.

⁵⁰ Hierdie artikel lui soos volg: "Rape is the act of a man having carnal knowledge without the consent of a woman who is not his wife: Provided that nothing shall be deemed to be consent which is either extorted by threats or fear of bodily harm, or obtained by impersonating the woman's husband or, by falsely and fraudulently misrepresenting the nature and quality of the act . . ."

⁵¹ *R v Williams* 1931 1 PH H38 (OD).

⁵² *R v K* 1966 1 SA 366 (RA).

Die woorde "what was intended" beteken, gelees in die uitspraakverband, "misrepresentation as to the act."⁵³ K word, gemeenregtelik korrek, aan verkragting onskuldig bevind.

In *R v C*⁵⁴ sê waarnemende regter Grobler:

"Ek is van mening dat die regsbeginsels soos uiteengesit in Gardiner en Lansdown, . . . juis is, want ek beskou dat dit nie gesê kan word dat 'n persoon wat gemeenskap verkry met 'n vrou deur valslik voor te gee dat hy haar man is, daarop kan aanspraak maak dat sy ingestem het om met hom geslagsverkeer te hê nie. Die toestemming van 'n vrou wat verhoed dat vleeslike gemeenskap met haar verkragting vorm, verg nie alleen 'n gemoedstoestand van bereidwilligheid om die daad te doen nie, maar vereis die gewilligheid om dit met die betrokke man te doen."⁵⁵

Uit ons regspraak kan die volgende reëls onttrek word: geslagtelike gemeenskap verkry deur bedrieglike voorstelling kan toestemming vir doeleindes van verkragting uitsluit (a) as die slagoffer ten opsigte van die aard van die handeling mislei is; of (b) as sy bedrieg word ten aansien van die dader se identiteit.

Daar kan ten slotte genoem word dat een vorm van geslagsomgang deur bedrog wat in die Romeins-Europese reg as *stuprum qualificatum* gestraf is, misdada sistematies in *crimen injuria* opgegaan het. In *R v Youngleson*(2)⁵⁶ sê regter Price:

"I have come to the conclusion, after a study of the numerous authorities, that when a married man pretends to an unmarried woman that he is unmarried, induces her to become engaged to him and cohabits with her, he commits the crime of *crimen injuria*."⁵⁷

2 6 Geslagsomgang deur uitbuiting van 'n magsverhouding

In *S v S*⁵⁸ het S, 'n polisiekonstabel, geslagsgemeenskap gehad met 'n vrou wat in arres en onder sy beheer was. Uit die uitspraak blyk nêrens dat S die klaagster hoegenaamd gedreig of op 'n ander wyse beïnvloed het nie, en ook nie dat sy geslagsomgang uitdruklik geweier het of weerstand gebied het nie. Die hof bevind:⁵⁹

"Weliswaar het die klaagster in die onderhawige saak nooit uitdruklik aan die appellant gesê dat sy weier om met hom gemeenskap te hou nie maar vanweë die verhouding tussen hulle – 'n verhouding van bewaarder en gevangene – kon sy wel gemeen het, soos sy ook sê dat sy gemeen het, dat dit vergeefs sou wees om aan hom te sê dat sy beswaar maak. Ook kan met veiligheid aanvaar word

⁵³ Sien 367 van die verslag.

⁵⁴ 1952 4 SA 117 (O). Vgl ook *R v Aaron* 1913 NHC 86.

⁵⁵ Vgl a 1(2) van die Sexual Offences Act 1956: "A man who induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband commits rape." Die Engelse reg is in dié verband dus enger as ons reg. Vgl Van Oosten en Labuschagne "Bedriegtelike Voorstellings en Toestemming in die Strafreë" 1977 *De Jure* 80 86 e.v.

⁵⁶ 1948 1 SA 822 (W) 825.

⁵⁷ Vgl ook *Howard v R* 1917 NPD 192; *R v Henning* 1933 2 PH H209 (T); *R v Stander* 1939 TPD 22.

⁵⁸ 1971 2 SA 591 (A).

⁵⁹ 596.

dat sy gevrees het dat indien sy sou probeer om hom te dwarsboom, hetsy deur hom met geweld teë te staan of deur hom te probeer oorreed om van sy plan af te sien, hy haar sou aanrand of op een of ander wyse straf."

En verder:⁶⁰

"Maar in elk geval is die getuienis in die onderhawige saak, in sy geheel gesien, en veral teen die agtergrond dat die klaagster 'n gevangene onder die beheer van appellant was, voldoende om te bewys dat appellant ten volle besef het dat sy nie tot geslagsverkeer instem nie maar slegs sy gewetlose bevele uitvoer. Hy het van sy oorheersende gesag gebruik gemaak om sy wil op haar af te dwing en hy het dit doelbewus gedoen. Dit is derhalwe bewys dat die klaagster verkrag is."

Hierdie beslissing kan onder geeneen van die bestaande verskyningsvorme van verkragting tuisgebring word nie. Dit wil voorkom of nog 'n vorm van die gemeenregtelike stuprum qualificatum, naamlik uitbuiting van 'n magsverhouding vir doeleindes van geslagsverkeer, besig is om 'n plek onder die hedendaagse verkragtingsmisdad te verwerf.

3 REGSVERGELYKEND

In hierdie verband word kortliks aandag gegee aan die posisie in die Noorweegse en Nederlandse regstelsels.

3 1 Noorweegse reg

Hier is verskeie misdade ter sprake.

3 1 1 Verkragting

Artikel 192(1) van die Noorweegse Strafkode⁶¹ bepaal dat enigeen wat deur gebruikmaking van geweld of deur verwekking van vrees vir lewe of gesondheid 'n ander dwing tot ontugtige omgang,⁶² skuldig is aan 'n misdryf en strafbaar is met gevangenisstraf van een tot tien jaar. Sowel 'n man as 'n vrou kan slagoffer en dader wees.⁶³

Daar word twee handelinge vereis:

a Daar moet geweldstoevoeging of vreesverwekking ten aansien van lewe of gesondheid wees: Artikel 192(4) bepaal dat as die slagoffer doodgaan of ernstig beseer word na liggaam of gesondheid, 'n swaarder straf as die voorgeskrewe opgelê kan word.⁶⁴ Die oordra van venetiese siekte word beskou as 'n ernstige besering aan die liggaam of 'n ernstige benadeling van die gesondheid.⁶⁵

⁶⁰ 597.

⁶¹ Verwysings na die Noorweegse Strafkode is verwysings na Schjoldager se vertaling opgeneem in die *American Series of Foreign Penal Codes*.

⁶² Andenaes *Das Norwegische Strafrecht in Das Ausländische Strafrecht* (onder redaksie van Mezger e a) bd 4 390 gebruik die woorde "unzüchtiger Umgang." In Schjoldager se vertaling word "indecent relations" gebruik.

⁶³ Andenaes 389.

⁶⁴ Sels lewenslange gevangenisstraf - a 192(4).

⁶⁵ a 192(4).

Schjoldager vertaal artikel 9(1) van die Noorweegse Strafkode soos volg:

“By serious injury to body or health this Code means injury whereby somebody loses, or suffers substantial impairment of sight, hearing, speech or reproduction, becomes disabled, seriously disfigured, or unable to continue his work, or suffers critical or protracted illness or mental disease.”

Artikel 9(2) voeg by dat indien die midsaad gepleeg word teenoor 'n swanger vrou en die foetus daardeur vernietig of beskadig word, dit geag word gepleeg te gewees het met toevoeging van 'n ernstige besering aan die liggaam of gesondheid.

b Daar moet ontugtige omgang wees: Oor die vraag wat ontugtige omgang beteken, vat Andenaes die Noorweegse regspraak soos volg saam:⁶⁶

“In Zusammenfassung der Rechtsprechung kann gesagt werden, dass ‘unzüchtiger Umgang’ sowohl den natürlichen Beischlaf, als auch reibende Bewegungen zwischen einem entblössten Geschlechtsteil und einem – in der Regel entblössten – Teil des Körpers einer anderen Person umfasst.”

3 1 2 *Ontugtige omgang deur dreigemente*

Artikel 191(1) bepaal dat enigeen wat 'n ander deur dreigemente tot ontugtige omgang oorhaal, skuldig is aan 'n misdad en strafbaar is met gevangenisstraf van 3 maande tot 6 jaar.

Artikel 191(2) bepaal verder dat vervolging, behalwe as dit in die openbare belang is, slegs sal geskied op aanvraag van die slagoffer.

Indien die dreigement van so 'n aard is dat dit vrees vir lewe of gesondheid inboesem, geld artikel 192(1). Wat die aard van die dreigemente vir doeleindes van artikel 191(1) moet wees, is nie duidelik nie. Die woorde van die artikel het 'n baie wye trefkrag en dit kan blykbaar enige dreigement wees. Die dreigement moet in elke geval van so 'n aard wees dat dit die slagoffer tot ontugtige omgang oorhaal.

3 1 3 *Ontugtige omgang met geesteskrankes, bewusteloses en ander onmagtiges*

Enigeen wat ontugtige omgang het met 'n persoon wat kranksinnig of bewusteloos is of om 'n ander rede nie in staat is om die handeling te weerstaan nie, is skuldig aan 'n misdad en strafbaar met tot 5 jaar gevangenisstraf.⁶⁷

Bewusteloosheid sluit ook hipnose, koorsdelirium, uitputting en epilepsie in.⁶⁸ Kranksinnigheid sluit ook opvallende verstandelike verdraagtheid in.⁶⁹

⁶⁶ 390.

⁶⁷ a 193(1). Vgl ook a 193(2) t a v straftoemeting.

⁶⁸ Andenaes *The General Part of the Criminal Law of Norway* 258.

⁶⁹ *ibid* 252.

3 1 4 *Ontugtige omgang deur bedrog*

Kragtens artikel 194(1) van die Noorweegse Strafkode is enigeen wat 'n ander onder die skyn van 'n huwelik tot die voer van geslagtelike gemeenskap mislei, skuldig aan 'n misdadig en strafbaar met gevangenisstraf van een tot ses jaar. Openbare vervolging kan slegs op aanvraag van die slagoffer ingestel word.⁷⁰

Artikel 198(1) is 'n meer algemene bepaling in dié verband. Schjoldager vertaal dit soos volg:

“Anybody who, by especially underhand conduct or abuse of a dependency-relation, deceives another into indecent relations, shall be punished by imprisonment up to one year, but up to two years if the deceived person is under eighteen years of age or under twenty-one years of age and subject to the authority or supervision of the offender.”

3 1 5 *Ontugtige handeling⁷¹ met jeugdiges*

Daar bestaan drie misdade in dié verband

- a ontugtige handeling met kinders onder 14 jaar,⁷²
- b ontugtige handeling met kinders onder 16 jaar,⁷³ en
- c ontugtige handeling met kinders onder 18 jaar.⁷⁴

Sowel 'n seun as 'n dogter kan slagoffer van dié misdade wees, ongeag die geslag van die dader.

3 1 6 *Uitbuiting van 'n afhanklikheidsverhouding vir ontugtige omgang*

Tot 4 jaar gevangenisstraf word opgelê:

a indien 'n persoon ontugtige omgang het met 'n ander deur uitbuiting van sy openbare posisie;⁷⁵

b indien 'n geneesheer, onderwyser, predikant of gesaghebber sy posisie teenoor die slagoffer uitbuit vir die doeleindes van ontugtige omgang;⁷⁶

c indien 'n persoon ontugtige omgang het met iemand wat onder sy gesag of toesig in 'n gevangenis, werkkolonie, hospitaal, armhuis, verbeteringskool of soortgelyke inrigting is;⁷⁷ of

⁷⁰ a 194(2).

⁷¹ Die woorde “ontugtige handeling” word gebruik en nie die gangbare “ontugtige omgang” nie. Andenaes *Das Norwegische Strafrecht* 392, gee die rede hiervoor: “Eine ‘unzüchtige Handlung’ mit einer Person kann jegliche Berührung des Körpers des andern sein, in der Absicht, seinen Geschlechtstrieb zu befriedigen. Der Oberste Gerichtshof hat diesen Ausdruck auch einen Fall bezogen, in dem eine solche Berührung nicht vorlag.”

⁷² a 195(1).

⁷³ a 196(1).

⁷⁴ a 197(1).

⁷⁵ a 199(1).

⁷⁶ a 199(1).

⁷⁷ a 199(2).

d indien 'n persoon ontugtige omgang het met 'n deskendent, 'n stiefkind, 'n pleegkind, aangename kind of 'n pupil wat onder sy gesag of toesig is.⁷⁸

3 2 Nederlandse reg

In die Nederlandse reg bestaan daar ook verskeie misdade in die onderhawige verband:

3 2 1 *Verkragting en aanranding van die eerbaarheid*

Artikel 242 van die Nederlandse Strafwetboek skep dié misdaad en bepaal:

“Hij die door geweld of bedreiging met geweld eene vrouw dwingt met hem buiten echt vleeschelijke gemeenschap te hebben, wordt, als schuldig aan verkrachting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren.”

Vir verkragting word daar derhalwe twee handelingse vereis, naamlik:
a geweld of geweldsbedreiging, en
b geslagsomgang.

Die begrip “geweld” moet ook geles word in die lig van artikel 81 van die strafwetboek:

“Met het plegen van geweld wordt gelijkgesteld het brengen in een staat van bewusteloosheid of onmacht.”⁷⁹

Die slagoffer se weerstandvermoë moet deur die geweld of geweldsbedreiging gebreek word.⁸⁰

Artikel 246 van die Nederlandse Strafwetboek bepaal:

“Hij die door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingse, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren.”

3 2 2 *Vleeslike gemeenskap en die pleeg van ontugtige handelingse met 'n vrou wat bewusteloos is of in onmag verkeer*

Artikel 243 van die strafboek bepaal soos volg:

“Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met eene vrouw van wie hij weet dat zij in staat van bewusteloosheid of onmacht verkeert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren.”

Die begrippe “bewusteloosheid of onmacht” word nie in die wetboek omskryf nie. Die Hoge Raad het dit egter soos volg uitgelê:⁸¹

“De woorden ‘bewusteloosheid of onmacht’ in art 243 Sr zijn niet alternatief gesteld, doch daaraan ligt dezelfde gedachte ten grondslag, te weten, dat het slachtoffer fysiek weerloos is, welke weerloosheid zich zowel met behoud als met verlies van het bewustzijn kan voordoen, alsook dat het fysiek buiten machte zijn der vrouw om zich te verzetten, het kenmerkende is van het in dit artikel omschreven misdrijf.”⁸²

⁷⁸ a 199(3).

⁷⁹ Vgl Hoge Raad 21 Junie 1943 NJ 1943 559.

⁸⁰ Vgl Rammelink se verwerking van Noyon-Langemeijer se *Het Wetboek van Strafrecht* deel 3 736.

⁸¹ 21 Junie 1943 NJ 1943 559.

⁸² Vgl Hoge Raad 30 Aug 1909 W 8903.

Volgens Van Bemmelen en Van Hattum,⁸³ ondersteun deur 'n beslissing van die Hoge Raad,⁸⁴ bestaan daar 'n leemte in artikel 243:

“Aan deze categorieën behoorden te worden toegevoegd de personen, die op grond van hun gebrekkige ontwikkeling of zedelijke storing hunner geestvermogens geen inzicht hebben in de betekenis van ontuchtige handelingen.”⁸⁵

Artikel 247 van die strafwetboek maak die pleeg van ontugtige handeling met 'n persoon wat in 'n staat van bewusteloosheid of onmag verkeer, strafbaar.

3 2 3 *Vleeslike gemeenskap met, en ontugtige handeling gepleeg teenoor jeugdiges*

Vleeslike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar is strafbaar met gevangenisstraf tot 'n maksimum van 12 jaar.⁸⁶ Ook bepaal artikel 245 van die strafwetboek:

“Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met een vrouw die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien heeft bereikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren.”

Artikel 247 maak ook strafbaar die pleeg van ontugtige handeling met persone onder die ouderdom van 16 jaar. 'n Vrou wat buite-egtelik met 'n seun onder die ouderdom van 16 jaar geslagtelike gemeenskap het, kan skuldig bevind word aan oortreding van dié artikel. Hierdie bewering word gegrond op 'n Hoge Raad-beslissing van 19 Maart 1946⁸⁷ waarin gesê word:

“Het hebben van vleeschelijke gemeenschap buiten echt is te beschouwen als een ontuchtige handeling.”

3 2 4 *Uitbuiting van 'n gesagsverhouding*

Artikel 249(1) van die strafwetboek stel strafbaar enigeen wat ontug pleeg met sy minderjarige kind, stiefkind of pleegkind, sy pupil, 'n minderjarige aan sy sorg, opleiding of toesig toevertrou of sy minderjarige bediende of ondergeskikte.⁸⁸

Artikel 249(2) stel ook strafbaar:

“1 de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijne waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen; 2 de bestuurder, geneeskundige, onderwijzer, beampte, opzichter of bediende in eene gevangenis, rijkswerkinrichting, opvoedingsgesticht, weeshuis, ziekenhuis, krankzinnigen-gesticht of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen.”

4 KONKLUSIE EN AANBEVELINGS

Uit die bogaande bespreking het geblyk dat die Suid-Afrikaanse howe geleidelik van ons gemenerereg weg ontwikkel het en die verkrachtingsmisdaad, met afwesigheid van toestemming – reël of normatief

⁸³ *Hand- en Leerboek van Het Nederlands Strafrecht* deel 2 466.

⁸⁴ 21 Junie 1943 NJ 1943 559. Vgl egter R Emmelink 740.

⁸⁵ Vgl R Emmelink 243.

⁸⁶ a 244 van die Nederlandse Strafwetboek.

⁸⁷ NJ 1946 209.

⁸⁸ Vgl ook a 248ter(1) en a 250.

(gejuridifiseerd) – as grondslag, uitgebrei het. In die Noorweegse en Nederlandse regstelsels, daarenteen, bestaan daar 'n verskeidenheid van afsonderlike misdade.

Die misdaadsistemativering van die huidige Suid-Afrikaanse reg het byvoorbeeld tot gevolg dat 'n persoon wat 'n vrou deur sekere bedrieglike voorstellings tot geslagsomgang oorhaal, 'n bedrieër dus, misdaadsistematies oor dieselfde kam as 'n persoon wat geslagsomgang met geweld afdwing, 'n geweldenaar dus, geskeer word. Die agterliggende persoonlikhede (die dadertipes) wat gestraf moet word, verskil hemelsbreed. Die wetenskaplike sin van 'n balans tussen gedragsmotivering (die dader-in-wording) en gedragskorreksie (straftoemeting) kan deur so 'n wyse van misdaadsistemativering versteur word.

Indien daar 'n sinvolle gemeenskaplike deler by sekere strafbare optredes bestaan, kan hulle in 'n enkele misdaad (strafregsnorm) saamgesnoer word en die belangrikheid van die vraag of geweld aangewend is en of dit op 'n bedrieglike wyse geskied het, kom eers by straftoemeting ter sprake. In geval van strafbare nie-konsensuele (meermale nie-konsensueel-gejuridifiseerde) geslagsdade bestaan daar nie so 'n sinvolle deler nie. Afwesigheid van toestemming is as deler onrealisties omdat toestemming in sekere gevalle in werklikheid wel aanwesig is en dan gebruik gemaak moet word van 'n juridifisering of veronderstelling dat toestemming afwesig is. Werklikheidsomseiling kan begrip en vooruitgang net oneer aandoen.

Die Noorweegse en Nederlandse benadering is suiwerder en meer aanvaarbaar. Sonder om in detail op die inhoud van die misdade in te gaan, word aan die hand gedoen dat die volgende geslagsmisdade sinvol afsonderlik behoort te bestaan, naamlik geslagsmisdade met as grondslag:

- a slagofferwilslamlegging;
- b geslagsonrypheid;⁸⁹
- c weerstandsonmagtigheid as gevolg van geesteskrankheid, bewusteloosheid of dergelike (navorsing kan miskien in die geval aan die lig bring dat dit wenslik is om in dié verband mindere misdade te skep);
- d bedrog; en
- e gesags- of magsuitbuiting.

Daar kan ten slotte bygevoeg word dat die betrokke misdaad-omskrywings, soos in die Noorweegse reg, albei geslagte behoort te beskerm en dat die geslagshandeling moet bestaan uit 'n geslagsbevredegingshandeling en nie noodwendig uit geslagsomgang nie. □

⁸⁹ Sien my artikel "Enkele Aspekte van Ontug met Jeugdige Meisies" 1974 *Speculum Juris* 40 53.

Die aard van tugreg — die Nederlandse siening

HP Viljoen

BA LLD

Mede-professor van die Staats- en Volkereg aan die Universiteit van Pretoria

SUMMARY

In this article it is endeavoured to probe the nature of disciplinary law in the Netherlands. By disciplinary law is meant the law relating to disciplinary action, taken against servants of the state, members of professional organisations and voluntary associations, etc.

Disciplinary law is group law. Group in this sense is distinct from society at large. While the society at large, through the state, is concerned with a great variety of objectives for the furtherance of the common weal, each group within society (eg the family, church, political party, professional organisation, sports club, etc) is concerned only with its own limited objective(s). Group, for purposes of the application of disciplinary law, consists of a number of people bound by emotional ties and united by a common purpose. Some writers also consider voluntary membership as a prerequisite.

Disciplinary law differs from criminal law but also has much in common with it. The group reacts with punishment when its rules are broken just as society at large (through its courts) reacts when its norms are violated.

Disciplinary law is sometimes part of public law (criminal law or administrative law) and sometimes part of private law, depending on the nature of the group in which it is applied. With the increasing state interference in disciplinary action taken by certain groups, especially where the activities of the group is considered to be of common interest to the society at large (eg the medical profession), administrative law is playing an increasingly important role.

It is suggested that the ideas and theories relating to disciplinary law in the Netherlands are also valid for South Africa.

INLEIDING

In teenstelling met die Suid-Afrikaanse reg waarin nog maar weinig aandag aan die fenomeen "tugreg" bestee is, is daar heelwat oor die onderwerp in die Nederlandse reg geskryf. Ek hoop om met hierdie ondersoek na die stand van die tugreg in Nederland 'n positiewe bydrae te maak tot die ontwikkeling van die tugreg in Suid-Afrika.

In die Nederlandse reg is die tugreg al 'n wees genoem wat tevergeefs na sy ouers soek. Professor AAM van Agt (die huidige eerste minister)

het selfs beweer dat die naam tugreg ongeskik is om welke deel van die reg dan ook te spesifiseer.¹

'n Ondersoek na die aard van die tugreg lei 'n mens onvermydelik tot 'n besinning oor 'n paar algemene begrippe. Na aanleiding van die twyfel oor die bestaan van tugreg hierbo uitgespreek, moet 'n mens eerstens vra of tugreg deel uitmaak van die reg in objektiewe sin ("law").

WAT IS DIE REG?²

Oor dié vraag is daar seker al meer geskryf as oor welke ander onderwerp in die hele regs wetenskap. In die artikel sal daar nie gepoog word om iets nuuts tot die onderwerp toe te voeg nie. Daar sal slegs 'n paar algemene riglyne gestel word aan die hand van 'n paar bekende skrywers se standpunte.

Die reg bestaan uit reëls of norme wat menslike gedraginge voor-skrif, dit wil sê hoe mense moet optree of nie moet optree nie.³ Die reg is hierin egter nie uniek nie aangesien ander normstelsels soos die moraal en godsdien dit ook doen. Om die reg van hierdie ander normstelsels te onderskei, word gewoonlik gesê dat die reg voorskryf wat die gevolg is as die voorskrif nie nagekom word nie. Daar word dus 'n sanksie (byvoorbeeld straf of nietigheid van die handeling) aan die nie-nakoming van die norm of voorskrif gekoppel. Omdat die nie-nakoming van die voorskrifte van etiek, godsdien ensovoorts egter ook deur sanksies getref word (byvoorbeeld die druk van publieke opinie, gewetenswroeging, ensovoorts), word gewoonlik bygevoeg dat die sanksie die gesag van die owerheid, in welke vorm dan ook, moet hê.⁴ Hahlo & Kahn stel dit kort en bondig soos volg:

"Authority and, in the last resort, force are of the very essence of law."⁵

Daar moet egter op gewys word dat 'n sanksie gekoppel aan die nie-nakoming van 'n norm nie 'n sine qua non is vir die bestaan van die norm as 'n regsreël nie. Soos Van Warmelo⁶ aandui, bestaan daar wel regsreëls waarvan die nie-nakoming nie deur sanksies getref word nie. Die volkereg is 'n gebied van die reg waar daar meestal nie sanksies voorgeskryf word of waar daar nie 'n orgaan of organe bestaan wat sanksies kan afdwing nie. Dit noop GE Langemeijer⁷ om te sê dat die volkereg seker een van die mees onvolmaakte dele van die reg is. Behalwe

¹ Pre-advies 1971 *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging* deel I tweede stuk 63 (voortaan afgekort as *Handelingen NJV*).

² Om verwarring met reg in subjektiewe sin ("right") te voorkom, sal die bepaalde lidwoord "die" voor "reg" geskryf word waar dit in objektiewe sin gebruik word.

³ Kyk in die algemeen J van Kan *Inleiding tot de Rechtswetenschap* 9de druk deur JH Beekhuis 1 ev; LJ van Apeldoorn *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht* 17de hersiene druk deur JCM Leyten 17 ev; vir die Suid-Afrikaanse reg kyk Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 3 ev en Van Warmelo *Regsleer, Regswetenskap, Regsfilosofie* (1973) § 15 29 ev.

⁴ Van Apeldoorn 28.

⁵ 4.

⁶ § 34.

⁷ *Inleiding tot de Studie van de Wijsbegeerte des Rechts* 3de hersiene druk 325.

die voorbeeld van die volkereg en sommige leges imperfectae,⁸ wat miskien as uitsonderinge beskou kan word, kan 'n mens egter konstateer dat die sanksie, gerugsteun deur die owerheid, by nie-nakoming van voorskrifte waarskynlik die belangrikste (formele) onderskeid is tussen die reg aan die een kant en ander normstelsels aan die ander kant. Vir doeleindes van hierdie artikel is dit van groot belang.

Die reg is dus die geheel van die in die gemeenskap geldende gedragsreëls aan die nie-nakoming waarvan sanksies gekoppel word wat deur die owerheid gerugsteun word. Daar word onmiddellik toegegee dat die definisie van die reg, soos die meeste ander definisies in die regs-wetenskap, vatbaar is vir kritiek en teenspraak. Dit word sonder aanspraak op volledigheid gegee; slegs as aanknopingspunt vir 'n bespreking van die aard van die tugreg.

Die reg in objektiewe sin word verder onderverdeel in die privaatreëls en die publiekereg. Daaroor is ook al veel geskryf en die bedoeling is nie om uitsluitend te gee oor enige geskille wat daar aangaande die aard van dié twee afdelings van die reg mag bestaan nie. Daar kan volstaan word met 'n omskrywing van publiekereg as die geheel van regsreëls wat toepassing vind waar die owerheid of een van sy organe in 'n dwingende verhouding teenoor sy onderdane of ander owerheidsorgane te staan kom. Die privaatreëls beheers dan alle ander regsverhoudings.

GEMEENSAP EN GROEP

Hierbo is gesê dat die reg gedragsreëls is wat in die gemeenskap geld. Die volgende begrip wat ons aandag verlang is gemeenskap. Daaronder verstaan ons normaalweg 'n groep mense wat deur 'n bepaalde verbondenheid in 'n verhouding tot mekaar staan waardeur hulle van ander groepe onderskei word.⁹ Normaalweg dink 'n mens hier aan die inwoners van 'n bepaalde land wat 'n gemeenskap vorm. Maar die mens is nie alleen inwoner of burger van 'n bepaalde land nie; hy leef ook in groter of kleiner samelewingsverbande. Behalwe in die geval van die asosiale kluisenaar, is die mens normaalweg lid van 'n gesin en soms ook lid van 'n kerk, politieke party, professionele orde, sosiale vereniging of sportklub. As lid van byvoorbeeld 'n kerk of sportklub maak 'n mens deel uit van 'n bepaalde groep. Die groep onderskei homself van ander groepe deur die verskillende doelstellings wat nagestreef word. By die grootste groep, die staatsgemeenskap,¹⁰ is die doelstellings gekompliseerd. Normaalweg word van die algemene belang gepraat wat beskerm en bevorder moet word. Die belange is veelvuldig en van uiteenlopende

⁸ Kyk Van Warmelo § 35.

⁹ WF Prins 1953 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 537 542-543.

¹⁰ Daar bestaan seker groter identifiseerbare groepe soos die Europese Gemeenskap, maar waarskynlik ontbreek dit nog by die lede daarvan aan 'n emosionele verbondenheid om dit as 'n groep te laat kwalifiseer, in dié sin waarin die begrip hier gebruik word.

aard en neem steeds toe namate die mag van die staat toeneem.¹¹ Daarteenoor staan die individuele of private belange. Volgens die opvattinge van die liberale individualisme van die vorige eeu sou die eie belang op die lange duur saamval met die gemeenskapsbelang. Die teorie is later verkeerd bewys.¹² Tussen die algemene belang en die individuele belang het die groepsbelang veral in hierdie eeu na vore getree as 'n figuur waarmee die reg rekening moes hou. Die groep, in teenstelling met die staatsgemeenskap, het eng begrensde doelstellings en streef normaalweg net een belang of een soort belang na. Dit het dan verder die gevolg dat die lede nouer inskakel by die groep en hulle meer verbonde voel aan die groep as aan die staatsgemeenskap waarvan hulle terselfdertyd lede is.¹³

Oor wat 'n groep is (in die sin waarin die woord hier gebruik word) bestaan daar nie altyd eensgesindheid in die Nederlandse reg nie. Daar is juriste soos Röling¹⁴ wat die begrip wyd opneem en byvoorbeeld alle belastingbetalers as 'n groep beskou. WPJ Pompe¹⁵ kritiseer die voorbeeld omdat daar volgens hom tussen die belastingbetalers geen doelgemeenskap bestaan nie. Daar word ook onderskei tussen sogenaamde "plus-groepen" en "minus-groepen."¹⁶ Plus-groepe is sogenaamde standsgroepe byvoorbeeld medici en advokate waarvoor die "noblesse oblige" geld. Dit beteken dat lidmaatskap van die groep nie alleen regte en voorregte meebring nie maar ook positiewe verpligtinge soos byvoorbeeld om die eer van die stand te beskerm.¹⁷ Dit is nie belangrik of die verpligtinge deur die staat opgelê word (soos by die amptenarekorps) of dat dit kragtens kontrak gereël word nie. Soms word die handhawing van die groepsdoelstelling as 'n saak van openbare belang deur die staat beskou en dan word die gedragsnorme van die groep by wyse van wetgewing erken of vasgelê, byvoorbeeld by advokate en medici. Hoe meer die algemene welsyn by die nalewing van die groepsgedragsreëls ter sprake kom, hoe meer gaan die wetgewer hom bemoei met die sanksionering van oortredinge binne die groep.¹⁸

Die minus-groepe bestaan uit mense wat onvrywillig deur die dwingende mag van die staat in groepe byeengebring is, byvoorbeeld dienspligtiges en gevangenes. Daar bestaan binne elkeen van dié groepe ook 'n gemeenskaplike doel wat nageleef moet word en die gedragsreëls om dit te bereik word deur die owerheid voorgeskryf.

Groepe kan verder van mekaar onderskei word na gelang van die gelykheid of ongelykheid van die lede teenoor mekaar. So is daar groepe waarvan die lede mekaar se gelykes is, byvoorbeeld advokate en lede van vrywillige verenigings. Ander groepe ken weer hiërargiese verhoudings, byvoorbeeld die militêre en die amptenare. Die mate van

¹¹ JF Taat *Beskouwingen over Tuchtrect* (1948) proefskrif Leiden 4.

¹² Kyk BVA Röling in sy pre-advies 1936 *Handelingen NjV* deel 1 eerste stuk 18.

¹³ Taat 4.

¹⁴ 47.

¹⁵ 1936 *Handelingen NjV* deel 2 202.

¹⁶ Kyk by Prins 543-545 en Röling 32-33.

¹⁷ Taat 27.

¹⁸ Van Agt 26-27 en JA Schuering 1942 *Nederlands Juristenblad* 249 253.

vrywilligheid waarmee lede by 'n groep aansluit verskil ook, byvoorbeeld mense wat na goeie by 'n groep aansluit soos 'n vrywillige vereniging en daarteenoor dienspligtiges en gevangenes wat heeltemal onvrywillig lede van 'n groep uitmaak.¹⁹

Daar is myns insiens nog 'n tussenkategorie van semi-vrywillige groepe. Vir die uitoefening van sekere ambagte en beroepe is lidmaatskap van 'n vakbond of professionele orde verpligtend. Dit geld nie alleen vir Nederland nie maar ook vir Suid-Afrika en vele ander lande. 'n Mens kan wel redeneer dat die opleiding vir die ambag of die studie vir die beroep vrywillig is, maar het 'n mens eenmaal die opleiding of studie voltooi, het jy nie 'n keuse of jy lid van die groep wil word of nie, wil jy ten minste jou brood op dié wyse verdien.

Groep, in die sin waarin dit hier gebruik word, beteken dus 'n aantal mense verbind deur 'n emosionele verbondenheid en verenig deur gemeenskaplike doelstellings.²⁰ Sekere skrywers beskou vrywilligheid van toetrede tot die groep as 'n belangrike, indien nie deurslaggewende nie, faktor by die bepaling van wat 'n groep is.²¹

Die gemeenskap en die verskillende groepe binne die gemeenskap het almal ten doel die beskerming van die belange van hul lede. Ten einde die belange te beskerm en die doelstellings van die groep te bevorder en ook om die goeie orde binne die groep te handhaaf, bestaan daar sekere reëls en voorskrifte wat nagevolg moet word.²² Indien die reëls van die gemeenskap oortree word, gaan die gemeenskap reageer deur die oortreder te straf of sekere maatreëls teen hom te neem.²³ Die geheel van regsreëls wat die reaksie van die gemeenskap teen die oortreder reël, noem ons die strafreg. Die verskillende groepe gaan ook reageer wanneer hulle reëls of norme oortree word, ook deur die oortreder te straf of maatreëls teen hom te neem. Dié reaksie word regtens gereël deur wat algemeen as die tugreg bekend staan.²⁴

Tug het te make met orde, dissipline en opvoeding. Volgens Prins²⁵ dui tug op 'n toestand van orde of reëlmaat of op die handhawing van orde. Oor wat die tugreg presies is, bestaan verskillende opvattinge in die Nederlandse reg. Die heersende opvatting²⁶ is dat dit groepsreg is, dit wil sê, die geheel van reëls wat net binne 'n bepaalde groep (soos hierbo omskrywe) geld, wat voorskryf hoe daar binne die groep opgetree moet word, en met welke sanksies die nie-nakoming van die voorskrifte besoek sal word. Omdat die sanksies dikwels 'n strafkarakter het, sien vele skrywers 'n verband tussen tugreg en strafreg.

¹⁹ Van Agt 17-19 en in die algemeen Taat 19-20.

²⁰ Van Agt *ibid*; Taat 3; Prins 542 en LHKC van Asch van Wijck 1942 *Nederlandsch Juristenblad* 345 351.

²¹ Th W van den Bosch en FF Langemeijer in *Tuchtrecht* (1975) 127; contra Schuering 254-255.

²² Ch J Enschedé en A Heijder *Beginnelsen van Strafrecht* (1974) 5-6.

²³ natuurlik deur sy instellings wat spesiaal vir dié doel daargestel is naamlik sy hele regsprekende apparaat.

²⁴ Schuering 249 en Van Agt 10.

²⁵ 539.

²⁶ Van Agt 17.

Röling²⁷ definieer tugreg as “. . . het recht dat dient om de goede orde te handhaven in een bepaalden kring tot het bereiken van een bepaald doel.” Prins²⁸ definieer dit as “groeps-sanctie-recht, voortgekomen uit of geschapen voor een personenkring, die zich als een eenheid aftekent binnen het grotere geheel van ‘de burgerij’ in de meest neutrale betekenis van dit woord.” Taat²⁹ beskou dit as groepstrafreg.

In teenstelling hiermee staan die gevolgtrekking waartoe Van Agt in sy pre-advies kom:³⁰

“Het tuchtrecht bestaat niet. Het gebruik van de generieke benaming ‘tuchtrecht’ voor de bonte verscheidenheid van regelingen die in het pre-advies vermeld zijn, dient te vuur en te gewaard te worden bestreden. Het heeft al te veel verwarring van geesten gebragt.”

Hy kom tot dié gevolgtrekking onder andere omdat die kategorieë van mense vir wie die reëls geld wat normaalweg tugreg genoem word, soveel van mekaar verskil, soos reeds hierbo aangetoon is.

VERGELYKING MET STRAFREG

Hierbo is gewys op enkele pogings om tugreg te definieer. Veral in die lig van Taat se siening van tugreg as groepstrafreg, ontstaan die vraag nou: hoe verskil tugreg van strafreg? Strafreg, soos die naam aandui, is die geheel van reëls wat bepaal welke gedraginge deur die staat gestraf sal word en waaruit die straf sal bestaan. Die staat tree op as handhawer van die openbare regsorde en verstoring daarvan word gestraf. Die straf verteenwoordig die reaksie van die gemeenskap teen die skending van die algemeen geldende norme.³¹

Die ooreenkoms tussen strafreg en tugreg is daarin geleë dat beide dien tot beskerming van sy eie groep en beide reageer met straf of maatreëls teen gedraginge wat die orde of welsyn van die groep versteur of bedreig.³²

Straf speel dus 'n deurslaggewende rol in beide sisteme. Oor die doel van straf bestaan daar verskillende teorieë soos die absolute en die relatiewe teorie. Volgens die absolute teorie het straf geen ander doel as om straf te wees nie; omdat misdaad verwerplik is, moet dit gestraf word. Die relatiewe teorie daarenteen het as uitgangspunt dat straf ander doeleindes nastreef, byvoorbeeld beskerming van die gemeenskap en voorkoming van misdaad.³³ Dit is egter nie in ooreenstemming met die doel van hierdie artikel om enigsins volledig op die teorieë in verband met straf in te gaan nie. Dit is wel belangrik vir die doel van die bespreking

²⁷ 7.

²⁸ 548.

²⁹ 7.

³⁰ 63.

³¹ AD Belinfante in sy pre-advies, *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht* XXXVI 11-12.

³² Taat 3; Röling 48-49 en Van Agt 60 ev.

³³ JM van Bemmelen *Ons Strafrecht* deel 1 (1975) 29 ev.

om daarop te wys dat die doel van straf aanvanklik was om leed aan die dader toe te voeg.³⁴ In die huidige eeu is strawwe egter meer gehumaniseer en het die aksent verskuif van leedtoevoeging na rehabilitasie as doel van straf.³⁵

Taat wys in sy proefskrif³⁶ op die menings van verskillende Duitse en Franse skrywers wat die verskil tussen strafreg en tugreg soek in die doel van straf. Volgens hulle is die doel by strafreg vergelding terwyl die vergeldingsgedagte by tugreg ontbreek. Taat stem nie hiermee saam nie en wys daarop dat dit geen verskil aan die wese van vergelding maak nie of die gewraakte handeling in stryd is met die norme deur die groepstrafreg gestel dan wel met die norme van die staatstrafreg. Volgens hom sal slegs die vorm van vergelding verskil.

GE Langemeijer³⁷ gaan ook in op die verskille tussen strafreg en tugreg. Hy vra die vraag, en daarmee dring hy deur tot die wese van die probleem: waarom word die foute van die advokaat of die geneesheer deur 'n tugregter bereg terwyl die foute van die bestuurder van 'n voertuig (om nou maar voorbeelde te noem) deur 'n strafregter bereg word?³⁸ Volgens hom moet dit in die aard van die sanksies gesoek word en gaan dit hier om die verdere vraag waarom daar vir 'n bepaalde kring van tekortkominge andersoortige sanksies geld as vir andere. Die antwoord lê volgens hom daarin dat vir tugregtelike vergelding dié tekortkominge in aanmerking kom wat getuig van 'n tekort aan eienskappe waarvan die beoefenaar van 'n beroep meer as 'n gemiddelde mate moet besit. Voorbeelde van sulke eienskappe is uiterste sorgvuldigheid by die medikus en onvoorwaardelike waarheidsliefde by die rekenmeester.

Die duidelikste verskil tussen strafreg en tugreg lê myns insiens in die verskil in die wese en struktuur van die staatsgemeenskap aan die een kant en dié van die groep aan die ander kant. In beide word die wese en struktuur bepaal deur die doelstellings maar juis hierin lê die groot verskil. In die staat is dit geweldig gekompliseerd en hang dit nou saam met die algemene welsyn van die inwoners. Die inhoud van die gemeenskapsdoelstellings verander ook van tyd tot tyd en vermeerder steeds in die moderne welvaartstaat. Binne die groep bestaan daar 'n nouer verbondenheid juis vanweë die meer beperkte, besondere doelstellings.³⁹ Veral by die professionele groepe vind mens 'n eksklusiwiteit wat die groep onderskei van die gemeenskap. Dit verklaar ook waarom 'n mens hier met 'n begrip soos die eer van die stand te make kry wat by die

³⁴ Van Bemmelen 21-22.

³⁵ *ibid.*

³⁶ 39 *ev.*

³⁷ in 'n bydrae in *Tuchtrecht* (1975) 1-10.

³⁸ op 4. Dit sou natuurlik meer korrek gewees het om by te voeg dat die foute van die advokaat of dokter soms deur beide regters bereg word, maar dit verander nie aan die kern van die probleem nie. Op die probleem van konkurrensie tussen straf- en tugreg sal later teruggekom word.

³⁹ Taat 4 *ev.*

gemeenskap ontbreek.⁴⁰ Wanneer die burger van die staat of die lid van die groep bereg word vir 'n misdryf, sal die regter (hetsy die strafregter hetsy die tugregter) rekening moet hou met die verskillende doelstellinge en, daaruit voortvloeiend, die verskillende norme wat geskend is.

STRAF EN MAATREËL

In die Nederlandse reg word tans klem gelê op die verskil tussen strawwe en maatreëls.⁴¹ Terwyl strawwe opsetlike leedtoevoeging ten doel het, beoog maatreëls eerstens beskerming van die gemeenskap of groep en verbetering en opvoeding van die "oortreder." Waar die maatreël tog leed meebring, is dit in ieder geval nie die primêre doel nie.⁴²

In die tugreg bestaan die verskil tussen straf en maatreël ook, alhoewel dit nie altyd maklik is om die grens tussen die twee te trek nie. Taat⁴³ wys op die verskil in die eise wat aan die staatsburger aan die een kant en die groepslid aan die ander kant gestel word. Van die staatsburger word in die algemeen geëis dat hy hom sal weerhou van bepaalde handeling. By pleging van die handeling stel hy homself strafbaar. Die straf neem dus die sentrale posisie in. Die groep straf ook sekere gedraginge van sy lede maar stel daarnaas positiewe eise, naamlik dat sy lede ook sekere pligte sal vervul en reeds by versuim om die pligte te vervul kan die groep beveiligingsmaatreëls neem (byvoorbeeld om die eer van die stand te beskerm). Hier kom die maatreël te pas.

Die onderskeid tussen straf en maatreël in die tugreg kan miskien die beste soos volg geïllustreer word: ontslag of uitstoting uit die groep is die uiterste sanksie wat tot beskikking van die groep staan. By ernstige oortreding of misdryf deur die lid sal hy as straf deur die groep uitgestoot word. Aan die ander kant, ontbreek by die lid die kwaliteite om sy pligte as lid na behore te vervul, kan die groep hom ook uitstoot. Die uitstoting dien dan as maatreël ter beveiliging van die groep. In eersgenoemde geval kan die lid 'n verwyte gemaak word, in laasgenoemde geval nie.⁴⁴ Nou moet daar toegegee word dat die ontbreking van die kwaliteite wat van 'n groepslid verwag word, dikwels by bewys van die (kriminele) oortreding van die lid sal blyk. Die gebrek aan kwaliteit is dan 'n sekondêre afleiding wat uit die pleeg van die misdryf gemaak word. Daar is egter handeling van die groepslid wat nie as krimineel aangemerkt kan word nie maar wat tog so 'n ernstige skending van die groepsnorme is dat sy voortgesette lidmaatskap nie geduld kan word nie. So sal die medikus wat altyd onder die invloed van sterk drank is wanneer hy sy pasiënte besoek, deur die groep uitgestoot word. Die norm wat hier geskend is, is daarin geleë dat die lid die vertroue wat in die mediese beroep gestel word (deur

⁴⁰ Kyk by OAC Verpaalen in sy pre-advies 1971 *Handelingen NJV* deel 1 derde stuk 29 ev en P Boeles in *Tuchtrect* (1975) 61-63.

⁴¹ Van Bemmelen 23.

⁴² *ibid.*

⁴³ 45 ev.

⁴⁴ Van Agt 61; Taat 57 en CMO van Nispen tot Sevenaer in 1935 *Tijdschrift voor Strafrecht* deel XLV 17 19.

die mense daarbuite) in gevaar gebring het. Schuering⁴⁵ wys daarop dat dit vir die betrokke nie veel verskil sal maak of sy uitstoting 'n straf dan wel 'n maatreël is nie maar die feit bly staan dat die grondslag van die twee verskil en dit bevredig die regsgevoel.

CONCURSUS VAN STRAFREG EN TUGREG

Die handeling wat 'n dader strafbaar stel in 'n gereghof en dié wat aanleiding gee tot 'n tugaksie is nie altyd dieselfde nie. Die "tuchtrechtelijke feit" (soos dit in die Nederlandse reg genoem word) sal die strafreg dikwels onverskillig laat.⁴⁶ Hier dink 'n mens byvoorbeeld aan onbehoorlike gedrag deur 'n lid wat die vertrouwe in die beroep skaad maar wat nie op kriminele gedrag neerkom nie. Soms sal die strafregtelike feit weer geen gevolg vir die lid as lid van die groep hê nie, byvoorbeeld 'n skuldigbevinding aan die nalatige bestuur van 'n voertuig deur 'n lid van 'n professionele orde. Die handeling kan egter beide 'n skending van die gemeenskapsnorm en die norm van die groep inhou en dan gaan beide die staat en dié groep reageer met straf of maatreël. Die dader staan dan as 't ware tweemaal "tereg" vir dieselfde handeling. Op die oog af lyk dit na 'n skending van die prosesreël "ne bis in idem" naamlik dat niemand tweemaal op dieselfde aanklag bereg mag word nie.

Subjektief gesien, kan dit verswarend op die dader inwerk. Dink byvoorbeeld aan die chirurg wat deur nalatige optrede die dood van sy pasiënt veroorsaak. Hy kan strafregtelik vervolg word en na skuldigbevinding en vonnis deur die hof kan die groep waarvan hy lid is besluit om hom tydelik te skors of hom uit die groep te stoot. Vir hom kom dit daarop neer dat hy tweemaal vir dieselfde handeling gestraf is.

Beskou 'n mens die saak egter objektief en word daar rekening gehou met die belange wat geskaad is, lyk die hele aangeleentheid nie so onbillik nie. By herhaling word daarop gewys dat wanneer 'n gedraging die norme van die gemeenskap skend, die gemeenskap (deur middel van sy regterlike organe) gaan reageer deur die dader te straf en sodoende die regsorde weer te herstel. Is die dader ook 'n lid van 'n bepaalde groep en is die gewraakte handeling terselfdertyd 'n skending van die norme van die groep, dan sal die groep reageer en die regsorde daarbinne herstel deur die delinkwente lid te straf of maatreëls teen hom te neem.⁴⁷

Van die groepslid word verwag om bo en behalwe die norme van die gemeenskap ook die norme van sy groep na te lewe. As lid van 'n groep word daar dikwels positiewe verpligtinge op hom gelê wat nie op ander lede van die gemeenskap van toepassing is nie. Indien die groepslid 'n strafregtelike handeling verrig het en daardeur ook die norme van sy groep geskend het, kan hy nie die verweer van "ne bis in idem" opwerp

⁴⁵ 251-252.

⁴⁶ Röling 44.

⁴⁷ Röling 75-76 en Schuering 249. Die ideaal in dié geval sal wees dat die strafregter en tugregter respektiewelik rekening sal hou met die straf of maatreël wat deur die ander regter opgelê is.

wanneer sy groep reageer en hom straf nie. Die verskil in doelstellings van die gemeenskap en groep het tot gevolg dat hier verskillende norme geskend is en daarom reageer beide groepe om weer hulle onderskeie regsordes te herstel.⁴⁸ Die amptenaar, advokaat, medikus, ensovoorts, moet dan rekening daarmee hou dat hy as lid van 'n bepaalde groep meer verantwoordelikhede dra as iemand daarbuite en dat 'n misstap aan sy kant hom tweemaal strafbaar kan stel.

Bostaande lyk myns insiens die bevredigendste verklaring vir die bestaan van twee sisteme van beregting vir dieselfde oortreding. Hoe dit egter in die praktyk werk, is nie so maklik om te bepaal nie. Dit hang natuurlik saam met die groot verskeidenheid van groepe waarin tugregspraak van toepassing is. Ook die tugproses en strafproses toon verskille wat ooreenstem met die verskil in die wese en struktuur van groep en gemeenskap. Waar die staat optree as beskermmer van die gemeenskaplike belang, is die proses formeel en gaan dit gepaard met 'n verfynde sisteem van beskerming van die beskuldigde teen partydigheid en 'n moontlik foutiewe skuldigbevinding. In die tugreg verskil die prosedure van groep tot groep. By sommige is die tugproses formeel en toon dit groot ooreenkomst met die strafproses. Die advokatetugproses is 'n voorbeeld hiervan.⁴⁹ 'n Belangrike faktor hier is die onafhanklikheid en onpartydigheid van die persoon of orgaan wat die tugregspraak moet lewer. By ander groepe is die proses informeel en word daar dikwels deur die lede van die groep self reg gesprek, byvoorbeeld by privaatregtelike vrywillige verenigings. In dié groepe kom summiere beregting ook soms voor.⁵⁰

By die tugstraf of -maatreël neem die opvoedende werking daarvan 'n belangriker plek in as by die strafreg. Die rede daarvoor moet volgens Taat gesoek word in die aard van die tugreg as groepsreg met die gepaardgaande positiewe pligte vir elke groepslid.⁵¹ Sowel Taat⁵² as Prins⁵³ ontken egter die opvoedende werking van tugstraf wanneer dit bestaan uit die uitstoting van die lid uit die groep. Indien die moontlikheid van rehabilitasie en hertoelating tot die groep egter bestaan, lyk dit my of die lid tog opgevoed word deur uitstoting omdat hy dan by hertoelating beter sal weet hoe om op te tree ten einde nie weer uitgestoot te word nie.

Verskillende skrywers waarsku teen die neiging om strafregtelike bepalings onder die vaandel van tugreg te laat vaar.⁵⁴ Dit gebeur soms dat misdrywe wat eintlik deur die strafregter bereg moet word, op tugregtelike wyse beoordeel word.⁵⁵ Die gevaar hieraan verbonde is dat sekere beginsels van die strafreg (byvoorbeeld geen straf sonder skuld nie)

⁴⁸ Kyk HAJ Gijsen in sy pre-advies 1936 *Handelingen NJV* eerste stuk 43.

⁴⁹ Kyk in die algemeen W Schenk *Twintig Jaar Hof van Discipline* (1975) 16-32.

⁵⁰ Prins 553.

⁵¹ 48-49.

⁵² *ibid.*

⁵³ 553.

⁵⁴ Prins 541 en Van Agt 63-64. Kyk ook A Bockwinkel in 1947 *Nederlandsch Juristenblad* 509 510.

⁵⁵ Schuering 254 noem dit "oneigenlijk tuchtrecht."

in sommige gevalle versak kan word.⁵⁶ Aan die ander kant pleit Rölöng daarvoor dat die optrede van die strafregter spaarsaam moet wees.⁵⁷ Hy beklemtoon die belangrikheid van die regter as 'n verpersoonliking van die geregtigheidsideaal; sy uitsprake moet die bestaande regsoortuiging bevestig. Dit sou strydig met hierdie beeld wees indien die regter hom besig sou hou met futiliteite en alledaagshede. Daarom behoort oortredings (in teenstelling met misdrywe⁵⁸) en selfs ligte misdrywe nie voor die strafregter te kom nie maar voor die tugregter op voorwaarde dat die reaksie van die groep, soos gekonkretiseer in die uitspraak van die tugregter, voldoende is.

Waar die tugfeit 'n swaarder misdryf uitmaak, vind 'n mens dat die verskillende samelewingsverbande gaan reageer en in die lig van wat hierbo gesê is, is dit begryplik en korrek. Rölöng stel egter voor dat die strafregter ná die tugregter optree sodat hy met die groepsreaksie rekening kan hou.⁵⁹

Dit is natuurlik nie bevorderlik vir die respek vir die regterlike gesag indien die strafregter en die tugregter verskillende uitsprake gee nie, wat dan ook soms gebeur. Dit is egter onvermydelik aangesien die reëls van bewys in die strafreg en die tugreg verskil, veral waar die tugproses informeel gereël word. Waar die twee stelsels nader aan mekaar beweeg, byvoorbeeld by advokatetugreg, vervaag die verskille egter.

PRIVAATREG OF PUBLIEKREG?

Op voorwaarde dat voldoen word aan die omskrywing van "groep" soos hierbo uiteengesit, lyk die afleiding geregverdig dat die reëls wat binne so 'n groep geld om gedraging van lede te reël, deel uitmaak van die reg in objektiewe sin. Dit geld nie alleen waar die staat die reëls toepas nie maar ook binne private groepe waar die reëls die sanksionering van die staat, op welke wyse ook al, geniet.

Die vraag ontstaan egter of die reëls deel van die privaatreëls of die publiekreg uitmaak. Rölöng⁶⁰ wys op die verskillende teorieë wat daar oor die tugreg bestaan na gelang van die verskillende groepe waarin tug uitgeoefen word. So vind tuguitoefening oor 'n amptenaar sy grondslag in laasgenoemde se verhouding tot die staat as diensheer en maak dit kennelik deel uit van die administratiewe reg. Tuguitoefening oor ander werknemers sal weer privaatreëls uitmaak.

Volgens Schuering⁶¹ is publieke tugreg alle vorms van groepsanksies deur die owerheid ingestel en uitputtend gereël. Soms gebeur dit dat die

⁵⁶ Kyk ND Jörg en C Kelk *Strafrecht met Mate* (1977) 50.

⁵⁷ 100 e.v. Kyk ook Prins 549 wat na tugstrafreg verwys as 'n verlengstuk van strafreg vir minder belangrike oortredings.

⁵⁸ Kyk Rölöng 95-97; oortreding is volgens hom nie so ernstig as misdryf nie.

⁵⁹ 104; Gijzen 43-47, aan die ander kant, stel egter voor dat beide instansies onafhanklik van mekaar hulle eie belange moet behartig.

⁶⁰ 31.

⁶¹ 252-254.

owerheid sy sanksie verleen aan reeds bestaande tugregreëls en dit aldus tot publieke tugreg verhef. Private tugreg is alle tugreg wat nie deur die owerheid ingestel en georganiseer is nie en kom in eindelose variasies voor.

Enschedé en Heijder⁶² wys op die besondere vorms wat die tugreg kan aanneem: soms is dit 'n verskyningsvorm van privaatreëg (soos wanneer tug op 'n lid van 'n vereniging toegepas word), soms van die strafreg (soos in die geval van militêre tug), soms van die administratieweg (byvoorbeeld in die geval van tug op amptenare) en soms 'n mengsel van die drie.

Ook Jörg en Kelk⁶³ toon aan dat tugreg in sowel die privaatreëtelike as publiekregtelike sfeer kan geld. In eersgenoemde geval is die basis van die verhouding kontraktueel en in laasgenoemde geval is dit gefundeerd op 'n wetlike reëling.

'n Mens kan dus nie sê dat tugreg uitsluitend deel van die publiekreg of die privaatreëg uitmaak nie. Dit kan deel van enige van die twee wees afhangende van die aard van die groep waarbinne tug uitgeoefen word. Binne die gesin, kerk en vrywillige vereniging is tuguitoefening kennelik privaatreëtelik van aard. Militêre tug is weer strafregtelik van aard en tuguitoefening op amptenare maak deel uit van die administratieweg. Daar is egter tussengevalle of skakerings van die duidelik omlynde gevalle: tuguitoefening op advokate en medici het sy basis in die privaatreëg maar weens die vertroue wat die gemeenskap in die beroepe stel en gevolglik die toenemende owerheidsbemoedienis daarmee, kan die vraag gestel word of dit nie alreeds deel van die administratieweg uitmaak nie. Veral die formele wyse waarop advokate-tuguitoefening in Nederland gereël is met 'n "hof van discipline" waarvan die lede benoem deur die kroon die meerderheid uitmaak, lei tot 'n positiewe antwoord op die vraag.⁶⁴ Namate die owerheid dus deur middel van wetgewing al meer die tuguitoefening in private groepe gaan reël, hetsy deur nuwe bepalings in te voer hetsy deur bestaande bepalings in wetgewing te inkorporeer, sal tugreg al meer onder die administratieweg ressorteer.

GEVOLGTREKKINGS

Uit die voorgaande kan die volgende gevolgtrekkings oor die aard van die tugreg gemaak word, in ieder geval soos dit in Nederland geëvalueer word. Ek doen aan die hand dat die filosofiese grondslag kerngesond is en dat dieselfde siening aangaande die aard van tugreg ook hier te lande behoort te geld.

Tugreg is deel van die reg in objektiewe sin aangesien 'n mens te make het met reëls wat menslike gedraginge binne 'n groep voorskryf en reël. Aan die nie-nakoming van die reëls word sanksies geheg wat deur die groep self of deur die owerheid, op welke wyse dan ook, afdwing word.

⁶² 14.

⁶³ 49.

⁶⁴ Kyk Schenk 9-11.

Tugreg is groepsreg. Die groep of samelewingsverband vorm dus die milieu waarbinne dié deel van die reg sy toepassing vind. Aan die groep word sekere vereistes gestel voordat die reëls wat daarin geld as tugreg aangemerkt kan word. Dit moet duidelik begrens wees en daar moet 'n mate van emosionele verbondenheid tussen die lede onderling bestaan. Die begrensing vind sy weerklank in die doelstellings van die groep. Die groep onderskei hom van die gemeenskap in die staat deurdat die staat omsien na die algemene belang terwyl die groep slegs die bevordering van sy eie beperkte belange ten doel het.

Tugreg verskil van die strafreg in sommige opsigte maar toon ook groot ooreenkomste daarmee. Beide het die bewaring van die orde ten doel. Sowel die gemeenskap as die groep pas straf en maatreëls toe maar by die groep speel die maatreël 'n belangriker rol as die straf terwyl dit andersom is in die gemeenskap. By straf speel die idee van vergelding 'n belangrike rol terwyl by die maatreël die opvoedende of remediërende rol daarvan voorop staan. Tugstraf of -maatreël het dikwels ten doel om die groep self te suiwer.

Tugreg kan deel van die publiekreg wees maar ook deel van die privaatreë, afhangende van die aard van die groep waarin dit toepassing vind. By sommige groepe, soos amptenare, word tug deur die owerheid uitgeoefen en is dit duidelik administratiefregtelik van aard. By groepe soos vrywillige verenigings waar die owerheid geen sanksie verleen nie, is dit privaatreëtelik van aard. Die belange wat sommige groepe, byvoorbeeld advokate en geneeshere, nastreef is egter so verweef met die algemene belang van die gemeenskap dat die staat as handhawer van die gemeenskaplike belang geroepe is om hom met die tuguitoefening binne die groep te bemoei. By sodanige groepe verskuif die klem van die privaatreëtelike na die publiekregtelike aard van die tugreg. □

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof D J Joubert
 Sameroeper Publikasiefondskomitee
 Vereniging Hugo de Groot
 Posbus 1263
 PRETORIA
 0001

Aantekeninge

ADMINISTRATIVE LAW REFORM AND ENVIRONMENTAL LAW

We are today living in the administrative state in which more and more activities of its citizens are being regulated by governmental and other statutory bodies. Not only are the activities of individuals subjected to governmental control; the government has taken on the role of providing in the needs of its citizens and is increasingly acting as entrepreneur. Whereas the maintenance of foreign affairs and of internal law and order used to be regarded as the only legitimate business of the state, the government has now come to be regarded as the distributor of the benefits of the welfare state. In this process the state has accumulated enormous power and has inter alia also become responsible for environmental conservation and pollution control. We have in fact witnessed a complete reversal of the laissez faire philosophy of the previous century, to such an extent that a liberal reaction against the extensive administrative regulation of activities in today's state can be discerned.

The activities of some government departments and administrative bodies – at central, provincial and local level – and of other statutory administrative bodies such as ESCOM, the Atomic Energy Council, ISCOR, the National Transport Commission, National Parks Board, Lake Areas Development Board etcetera, are of crucial importance to the environment. Most of the important decisions relating to the environment in South Africa are made by such governmental and other administrative bodies. Apart from the vital task of enforcement of environmental legislation which is entrusted to these bodies, many of them are directly responsible for the management of natural resources. It should, therefore, be clear that adequate conservation of natural resources, pollution control and land use planning is dependent to a very large degree on these bodies. It has, however, become evident that there are many shortcomings in the performance – or lack of performance – by these bodies and that the attention should be directed towards remedying these shortcomings. It is significant that the environmental legislation which has come to be regarded as the most important of the past decade, has been an administrative reform statute, i.e. the United States National Environmental Policy Act.

It must at the outset be realized that the role of the law as regards environmental conservation is rather restricted. No law – and for the present purposes we are dealing only with public law – can ultimately succeed if it is not approved of and supported by a substantial majority

of the citizens of the country, or at least by the influential groups in society. One can judge for oneself whether we have arrived at this stage as far as environmental conservation is concerned, but the point is that reliance should be placed primarily on means other than the law to inform and educate people towards an environmental sensitivity. The creation and stimulation of a conservation ethic, although vital to the success of environmental law, can nevertheless not primarily be undertaken by the law itself. The law, if it can play any role at all towards the establishment of a conservation ethic, can be used only to a very limited extent: witness for instance the tragic history of soil erosion control in our country.

Moreover, law in the books is not necessarily the same as law in the field. Studies in the area of the sociology of law have indicated that because law as enacted fails to be adequately applied in practice, the law is experiencing a serious crisis. It may be a relatively easy matter to enact environmental legislation, but it is quite a different thing to adequately provide for its implementation. If the necessary infrastructure of funds, equipment, personnel etcetera is not provided, one cannot realistically expect the law to succeed. Examples of this shortcoming in South Africa are numerous; to name but a few, reference can be made to the lack of effective enforcement of nature and soil conservation legislation and of air pollution control legislation. The failure to apply the Weeds Act 42 of 1937 as far as the threat to indigenous flora is concerned in areas that are not agriculturally significant, is yet another example. This point has been emphasized over and over again, but it bears repetition in view of its overall importance.

Another problem related to the enforcement of environmental legislation is of a somewhat different nature. Not only must restrictive legislation be enforced; powers that have been granted to effect environmental conservation, must also be used. In short, where provision has been made for the initiative to be taken by subordinate legislators or by bodies entrusted with conservation, this must be done. Some examples are the following: Enabling legislation frequently makes provision for the making of regulations, for example local authorities can have smoke control regulations issued in terms of the Atmospheric Pollution Prevention Act 45 of 1965 or they can have sea-shore control regulations issued in terms of the Sea-shore Act 21 of 1935. However, if they fail to have effective regulations promulgated, the purpose of the enabling legislation will likewise be frustrated. The National Parks Act 57 of 1976 makes provision for the creation of new national parks, but if the need for more parks exists – as I believe it does – and they are not established, the legislation will have only limited success. The same applies to the creation of more marine sanctuaries and reserves in terms of the Sea Fisheries Act 58 of 1973 and to the reservation of land for natural areas in terms of the Environmental Planning Act 88 of 1967. This latter act also makes provision for the drafting and approval of guide plans which can play a very important role as far as the environment is concerned. Whether this

potentially effective tool will be used, however, depends largely upon the initiative of the responsible minister and his department.

From what has been stated so far, it would seem that the lack of effective environmental control cannot in most instances be traced to the law, *per se*, but that it could rather be traced to inadequate implementation of potentially effective legislation. There certainly are shortcomings in our environmental legislation, but these can be eliminated relatively easily simply by amending the provisions in question or by enacting new legislation to fill existing gaps. The real problems become apparent when legal provisions are applied to a given situation or when they fail to be applied. The following may serve as examples: Should False Bay have been opened to trawlers in the way in which it has been done; should not the number of seals that are being killed have been smaller or should not the various quotas for fish that may be caught commercially along our coast be reduced; should not at least some endangered species such as the cheetah, leopard, serval, brown hyaena, aardwolf, and hunting dog (to name but some carnivores) be included in the list of protected wild animals in the Transvaal? What about the proposed garden route freeway controversy? To that can be added the Sandy Bay controversy, the Lake St Lucia controversy, the building of controversial dams and the controversy over the proposed mining of coking coal in the Kruger National Park. Should the Koeberg nuclear power station have been built at its present location, in fact, should it have been built at all? ESCOM has also been criticized because of the environmentally insensitive placing of its power lines. Conservationists can no doubt add to these examples from their own experience. These problems arise by and large not so much because we don't have adequate environmental legislation, but because the governmental body in question has exercised its power, its discretion, without the necessary sensitivity towards the environment.

While dealing with the implementation of environmental legislation and problems connected therewith, it may at this juncture be relevant to refer to the dualistic assignments which some government departments have. On the one hand they are supposed to conserve a given natural resource, but at the same time they are commissioned to stimulate the exploitation of that resource. The department of agriculture and fisheries, for example, stimulates the commercial exploitation of marine resources, while at the same time being responsible for its conservation; it stimulates farming, but is also responsible for soil conservation. The department of water affairs, forestry and environmental conservation stimulates the use of timber, but is also responsible for the conservation of indigenous flora; it is concerned with the building of some environmentally controversial dams, but is also responsible for water pollution control and for environmental conservation. The various provincial departments of nature conservation are concerned with the conservation of wild animals, but are also responsible for the killing of certain so-called problem animals. The Atomic Energy Council is responsible for ionizing radiation control, but is also the body which stimulates the use of nuclear energy.

It is realized that we are in certain of the above-mentioned instances dealing with difficult issues where overlapping necessarily occurs, but the fact remains that in principle exploitation and conservation are concepts that can hardly be reconciled by the same authority.

As far as the enforcement of environmental legislation is concerned, reference should also be made to the fragmentation of the roles of various official bodies that are responsible for the conservation of aspects of the same natural resource. Nature conservation, i.e. the conservation of fauna and flora, for example, is entrusted to the National Parks Board, four different provincial departments of nature conservation, the department of water affairs, forestry and environmental conservation and the department of agriculture and fisheries. It might be questioned whether it would not have been more satisfactory if these functions could rather have been exercised by a single national department of nature conservation.

One may well ask what role the law should then play as far as environmental conservation is concerned. First of all, its basic task is to provide a basis for control by the granting of the necessary powers to administrative authorities to exercise this control. We are all familiar with the position in South Africa. If powers are in the opinion of the government required by an administrative body, the cabinet through parliament will see to it that those powers are granted. Obtaining the necessary powers for environmental conservation accordingly is not really a problem – given a sufficient concern for the environment. However, although our environmental legislation does in fact grant many extensive powers to administrative authorities, it is doubtful whether conservation really does rank as a priority as far as the government is concerned.

The law can furthermore play a role in prescribing sanctions in cases where its provisions have not been complied with. The sanction which has been applied almost consistently, is the criminal sanction. Several distinct shortcomings make the penal sanction an ineffective one in a number of instances in which it is applied, for example in the case of nature conservation and of littering. The current literature in criminal law theory and practice indicates a move away from relying primarily upon the criminal sanction. Alternative sanctions and remedies are being considered and applied, which sanctions and remedies may be less costly and more effective than the penal sanction. Most popular today – also reflected in South African environmental legislation – seems to be a reliance upon administrative regulatory mechanisms, i.e. a permit, or licence, or registration system in terms of which, for example, a licence is required before a particular (usually commercial) activity can be pursued. The administrative body in question should then only grant the relevant licence if it is convinced that the applicant's activity will, from a particularly environmental point of view, be satisfactory and will not be unduly harmful. Only when the activity in question is pursued without the required licence, or where the conditions of the licence are not complied with, does the perpetrator commit an offence and does the criminal

sanction come into the picture. This is a far more effective method of control than relying solely upon the criminal sanction. It does, however, present difficulties in that there is usually inadequate provision for the control of the administrative body in question. Examples of this type of regulation in South Africa are presented by industrial air and water pollution control, pesticide control and radiation control.

A related method of control is presented by the issuance of administrative precepts by a particular body. The failure to comply with such precepts will amount to an offence, but, most important, the body in question is itself then empowered to undertake the required action and to recover the costs from the transgressor. South African law makes use of this method of control for example in the case of soil conservation, smoke control, marine oil pollution control and weeds control.

A further role which the law should play, is to make adequate provision for the control of the exercise of powers, especially discretionary powers, by administrative bodies. As has been indicated earlier, this is where most of our real problems seem to lie, i e the fact that very little can be done if an administrative decision or action in terms of existing legislation is deemed wrong or unsatisfactory on its merits by conservationists, or where the administrative body in question failed to take action where environmental considerations would indicate a necessity for such action. To be sure, extensive internal review, i e review by a higher body in the same administrative hierarchy, is usually available, but such review, not being exercised by an independent body, reduces its value so substantially as to make it almost useless.

The establishment of a parliamentary ombudsman for the environment, i e a form of parliamentary control, would certainly be an improvement on the present lack of adequate control of administrative bodies. However, since the ombudsman normally can make only recommendations and has no executive power, this method of control also suffers from serious limitations.

The most important form of external control of administrative actions in South Africa is that effected by our lawcourts through judicial review. It is, however, a form of control which suffers from several crucial shortcomings:

a The applicant for review must establish that he has *locus standi*, i e a direct personal interest in the outcome of the decision, before he will be allowed access to the court. The interest in question is interpreted very strictly and is tantamount to requiring proof almost of a private law right. This is undesirable in the field of public law, where the public interest, rather than private interests, is at stake.

b Even if *locus standi* is established, the applicant has a very onerous burden of proof, since relevant information to prove his case is frequently unobtainable. The administrative body in question usually has most of the information in its possession, and is usually not compelled to disclose it.

c Moreover, court proceedings are frequently drawn out over a long period and are very costly. Private individuals or even conservation organisations usually do not possess sufficient funds to meet the costs involved.

d Even if all the above-mentioned burdens are somehow overcome, perhaps the most serious shortcoming is that a court which reviews a particular administrative action, can only adjudicate on the procedural regularity or the legality of the action in question; it cannot rule on the merits of that action. And it is invariably the merits rather than the legality of administrative actions which is the subject of environmentalists' objections.

The remedy by which the merits of a decision or an action are to be controlled, is that of appeal. But this remedy, unlike judicial review, is not a common law remedy which is generally available. It is only available if special provision for it has been made in legislation. It is, in fact, an exceptional remedy. We have some examples of provision for appeals in our environmental legislation, for example in terms of the Atmospheric Pollution Prevention Act 45 of 1965. These appeals, however, are not to the law courts, but to specially constituted administrative appeal tribunals. Once again, such appeals are only provided for in certain exceptional cases; generally speaking, there are no appeals against administrative action as far as the environment is concerned – not even to administrative tribunals.

It is, of course, possible to establish an environmental appeal tribunal which could be empowered to hear appeals generally on the merits, by anyone, against administrative actions relating to the environment. Provision for such a tribunal and such an appeal would afford a most valuable general remedy to fill the presently existing gap, provided the tribunal is constituted in such a way that its members and its decisions would be independent. Its establishment, however, is hardly likely, since it would provide a rather strict control of administrative action and ultimately of the government; the establishment of such a tribunal would in all probability be viewed by the government as being too radical. It may, moreover, be difficult to provide a criterion according to which the tribunal would have to test administrative action from an environmental perspective. The weighing of environmental, economic, social, technological and other factors, and their balancing against each other is a notoriously difficult, albeit vital and necessary, task. Perhaps the criterion could be phrased in such a way that the tribunal would be empowered to assess whether due consideration was given by the administrative body in question to the relevant environmental issues which are involved. But then we will require a general statement in legislation in terms of which a duty is placed upon administrative authorities to consider environmental issues in their decision-making and in their actions. The fact that there is not presently such a general duty on administrative bodies, by the way, is a serious shortcoming, since there is no way in which governmental action can be tested against an environmental

background. To be sure, the duty to merely *consider* relevant environmental issues is not a very onerous one, and does not curtail the power of administrative bodies, but it does at least provide some measure of relief in that some attention would then have to be given to the environment, when administrative bodies undertake actions which may be potentially harmful to the environment. The best method to ensure that the necessary attention was in fact given, would be to require administrative bodies to give reasons – in public and in advance of the action – for their actions, at least for certain specified major actions. The giving of such reasons is not presently an obligation of administrative bodies; only where it has been specifically provided for in legislation, will it be required. However, even if the giving of reasons for actions were to be required, this would still not provide for all instances, because it would not normally cover the case of inaction. The frustrations of conservationists frequently relate to inaction by governmental bodies as far as environmental conservation is concerned.

A similar result to that which has just been discussed, can be achieved through the introduction of environmental impact assessment legislation, more or less along the lines of the United States National Environmental Policy Act. This subject was discussed at length during a symposium (“Shaping our Environment”) which was held in Pretoria during August 1979, and I would therefore resist the temptation to deal again with this interesting legislation (cf 1976 *THRHR* 40). Suffice it to state that the introduction of environmental impact assessment legislation which would compel an advance study and public disclosure of the potential environmental impact of proposed governmental administrative action, is of the greatest importance and can have tremendous significance as far as a reform of especially administrative decision-making as regards the environment, is concerned. Our courts will certainly not follow the American courts in judging the merits of the proposed governmental action, but they can at least ensure that environmental factors are considered in advance and that the potential environmental impact of proposed actions be made public before the action is proceeded with.

Finally, the law should make provision to afford locus standi to any interested person in order to grant him a fair opportunity to comment or to make recommendations relating to the environment, to the administrative body in question, before the body arrives at its decision. In other words, I am pleading for public participation in the decision-making process. Whereas impact assessment legislation would reveal publicly the potential impact of proposed governmental action, the meaningful involvement of the public and of conservation organizations in the decision-making and planning process, would ensure a valuable contribution and public acceptance of the ultimate decision. The involvement of the public in the drafting of guide plans in terms of the Environment Planning Act 88 of 1967 provides a good example, at least theoretically, of such provision for public participation in the planning process.

The fact that governmental administrative bodies have the power through their decisions, actions and inaction to profoundly affect the

environment in South Africa, involves an awesome responsibility on their part towards citizens and towards the environment. Unfortunately our law allows very little scope for concerned citizens and organizations to ensure that this responsibility is in fact satisfactorily discharged.

ANDRÉ RABIE
University of Stellenbosch

A SALUTARY WARNING TO THE TAXPLANNER

There surely can be no two sections of the Income Tax Act which are more important to the taxplanner than section 103 and section 7. Whenever a tax saving plan is devised, cognisance must be taken of section 103(1) of the act, namely the general provision against tax avoidance in terms of which the secretary for inland revenue is entitled under certain circumstances to ignore the legal effects of any transaction, operation or scheme, entered into for the purpose of avoiding, reducing or postponing any taxable income, although the transaction, operation or scheme is valid for all other purposes. Likewise the temptation to create a second taxpayer by selling (usually on loan) or by donating assets to a child or, alternatively, by creating a trust in which a child or children of the taxpayer are beneficiaries, often will be prevented by section 7(3) of the act by which it is provided that

“income shall be deemed to have been received by the parent of any minor child, if by reason of any donation, settlement or other disposition made by that parent of that child –

- (a) it has been received by or it has accrued to, or in favour of that child or has been expended for the maintenance, education or benefit of that child; or
- (b) it has been accumulated for the benefit of that child.”

In the light of the above, the case of *Ovenstone v SIR* 1980 2 SA 721 (A) is of extreme interest to the taxpayer, for in it the appellate division had to consider both these important sections of our tax law.

1 Section 103

The facts in respect of section 103 were briefly as follows: O was a member of a family which controlled a group of public companies which were interested mainly in the fishing industry in South West Africa. He was a director of these companies and as a result thereof he derived income in the form of salaries, director's fees, interest and most particularly dividends. Prior to 1969 these dividends which emanated from his South West African companies were exempt from income tax by reason of section 10 (1)(k)(vi) of the Income Tax Act. In 1966 it was suggested to O that he should establish a trust for the benefit of his four children, that he should sell shares in the S company to the trust at a price equal to their end value and that the purchase price should be paid to him out of the dividends received by the trust on the shares. Apart from the benefit to the children, the purpose of the scheme was to save estate duty that

would otherwise become payable on O's death, especially as it was anticipated that the shares in company S would appreciate in value in the future. In 1968 a trust deed to conform to this particular purpose was signed. The trust was actually constituted by O's mother as the donor, by donating R100 to it. The beneficiaries were his four children and the whole of the income of the trust was payable to them. They were then to get the capital on his death. The trustees were himself, his brother and O Holdings (Pty) Ltd. Nothing further was done with respect to the plan until March 1969, which was roughly two years from the time that the scheme had been first mooted and decided upon. In 1969 it became apparent that parliament was about to repeal section 10(1)(k)(vi) of the Income Tax Act, and as a result thereof he would have to pay substantial tax on dividends received from the S Company. Consequently O caused a further company SH (Pty) Ltd, to be registered in South West Africa. He was sole director and shareholder, holding its only two issued shares of R1 each. Thereafter, he sold his shares in the S company to SH (Pty) Ltd at their fair market value. The purchase price was credited to his loan account in SH (Pty) Ltd, the loan carrying no interest and being unsecured. He then sold his two shares in and the loan account with SH (Pty) Ltd to the trust for some R700 000. This amount was credited to his loan account with the trust. In effect it was to be paid off from the dividends received by the trust from SH (Pty) Ltd. The contract was verbal, as was the previous contract, and the loan was unsecured and interest free. SH (Pty) Ltd paid dividends to the trust out of the dividends it had received from the S company and between 1970 and 1973 almost R250 000 worth of dividends were distributed from the S company to the SH company and ultimately to the trust. The income of the trust was distributed to O's four children, who were the trust beneficiaries, who in turn lent it back to the trust to be used for reducing O's loan account. The secretary for inland revenue ignored the scheme and taxed O on the dividends which had been received in respect of the S shares.

In respect of section 103(1), the section that had been invoked by the secretary for inland revenue, the court relied on the interpretation thereof which had been developed by the appellate division in the earlier case of *SIR v Geustyn, Forsyth and Joubert* 1971 3 SA 567 (A). In this case the court suggested that before the section could be invoked the following requirements had to be present:

1 1 There had to be a transaction, operation or scheme which had been entered into or carried out by the taxpayer.

1 2 Its effect must have been to avoid the taxpayer's liability for income tax.

1 3 Having regard to the circumstances under which the scheme was entered into or carried out, either of the criteria of normality prescribed in paragraphs (i) and (ii) of section 103 (1) (b) must have been lacking.

1 4 The avoidance of such tax liability must have been one of the main purposes of the scheme. The test in this regard is subjective, depending upon the taxpayer's intention or purpose in entering into or carrying out the scheme.

Ovenstone's case hinged around requirement 4 and as the onus is cast on the appellant in these matters (section 103(4) of the Income Tax Act) he had to argue that the avoidance of tax was not the sole or one of the main purposes of the scheme.

The essence of appellant's argument was that he had discharged the onus cast upon him by showing that the scheme was implemented in 1966 in order to save estate duty. Although the implementation of the scheme was delayed it was never abandoned. Further extensions took place in respect of the scheme some three years after its initial creation, but all these developments had to be viewed as part of one scheme of which the main purpose when it had commenced was that of saving estate duty.

The courts in considering this argument referred to the fact that

"it is only when [the scheme] is implemented or carried out that it becomes a practical reality concerning the *fiscus*; in particular, it is only then that its purpose and effect of the taxpayer's liability for income tax arises for consideration" (732A).

In this regard Trollip JA could conclude that

"even if the purpose or effect of the scheme when it is formulated is not to avoid liability for tax, it may have that effect or that may become one of the taxpayer's main purposes when he subsequently carries it out, thereby rendering s 103(1) applicable if its other requirements are fulfilled" (732E).

The court was of the opinion that whilst the original scheme had as its main purpose the saving of estate duty, the sudden and unexpected announcement in parliament in 1969 that dividends received from South West African companies would be taxed (parliament deleted section 10(1)(k)(vi) of the Income Tax Act by Act 89 of 1969 so that, with the exemption having been abolished, any taxpayer ordinarily resident in South Africa would be liable for normal tax on dividends received from all South West African companies), had galvanised the taxpayer to expedite this scheme and to refine it so as to obtain tax relief in respect of the dividends. As such the secretary for inland revenue was entitled to invoke section 103(1).

A review of the case might reveal that on the equities the case was decided correctly, but the appellate division is not a court of equity and, particularly in the light of the fact that the presumption in our law as regards tax is that of *contra fiscum*, it is submitted that the approach of the court must be treated with considerable caution. As such it is argued that in this case the appellate division adopted an unfairly wide interpretation of section 103(1). The words of the section are "entered into or carried out," and whilst one must agree that these words do not mean to conceive of or to formulate or plan, but rather to implement, to activate or to translate from theory into practical reality, once the scheme, as in

the *Ovenstone* case, has moved from the drawing board into the realm of reality, then it is submitted that such a scheme has been "entered into or carried out." The fact that the score of the scheme is then enlarged at a later date surely cannot mean that until the enlarging of the scheme it was merely a theoretical concept in the mind of the taxpayer or his adviser.

The courts' attitude to the interpretation of section 103 has been an inconsistent one. In attempting to develop an argument as to why the court did not need to adopt the *contra fiscum* rule in respect of section 103 the court in *Glen Anil Development Corporation v SIR* 1975 4 SA 715 (A) referred to the *contra fiscum* rule and stated that it was but a specific application of the general rule of interpretation that legislation which places a burden upon the subject should in the case of ambiguity be interpreted in favour of the subject. However, the judge went on to say (727):

"In any event I do not understand the rule to be that every provision of a fiscal statute, whether it relates to the tax imposed or not, should be construed with due regard to any rules relating to the interpretation of fiscal legislation. Sec 103 of the Act is clearly directed at defeating tax avoidance schemes. It does not impose a tax, nor does it relate to the tax imposed by the Act or to the liability therefor or to the incidence thereof, but rather to schemes designed for the avoidance of liability therefor. It should, in my view, therefore, not be construed as a taxing measure but rather in such a way that it will advance the remedy provided by the section and suppress mischief against which the section is directed."

The attempt by the court in the *Glen Anil* case to distinguish between a tax avoidance section and a purely fiscal measure is, it is submitted, totally unsatisfactory, for section 103, even if it does not impose a tax directly, is clearly a fiscal measure. There is ample authority for the point of view that a taxing statute *per se* must be interpreted strictly. Steyn *Die Uitleg van Wette* 4th edition 115 submits with regard to fiscal legislation:

"By die uitleg van sulke wette [taxation laws] geld die reël dat die uitleg wat teen die *fiscus* gaan, gevolg moet word."

The author quotes an impressive array of authorities to support his point of view. The appellate division in *CIR v George Forest Timber Co Ltd* 1924 AD 516 stated that

"If the person sought to be taxed comes within the letter of the law, he must be taxed, however great the hardship may appear to the judicial mind to be. On the other hand, if the Crown, seeking to recover the tax, cannot bring the subject within the letter of the law, the subject is free, however apparently within the law the case might otherwise appear to be."

This approach was concerned in *CIR v Simpson* 1949 4 SA 678 (A) when the court stated that

"in a taxing act one has to look merely at what was clearly stated. There is no equity about a tax, there is no presumption as to a tax. Nothing is to be read in, nothing is to be implied. One can only look fairly at the language used."

In addition the decision in the *Glen Anil* case does not refer at all to the early appellate division case of *CIR v King* 1947 2 SA 196 (A) in

which the court, as has been mentioned already, interpreted a similar provision in a restrictive manner. Schreiner JA stated in *King's* case:

"I do not read Section 90 [now section 103] as a penalty section or as widening the net beyond the scope of the Act. It seems to aim at a truer or a fairer determination of the liability to the taxes imposed by the Act and their due payment when so determined."

As such it was submitted that the *Glen Anil* case cannot be considered to be satisfactory support for an extensive interpretation of section 103, which seemingly is now being adopted by the South African courts.

In *SIR v Gallagher* 1978 2 SA 463 (A) the court in interpreting section 103(1) adopted a restrictive interpretation of the section. In this case the court, having examined the evidence placed before it by the taxpayer, concluded that Gallagher's essential purpose was to save estate duty by pegging the growth of the estate for estate duty purposes, and indeed the court accepted the point that Gallagher had been advised by his attorney that there could be no tax savings on such a scheme. As such the court held that the avoidance of income tax liability could not be construed as being the sole or one of the main purposes of the scheme. Thus the taxpayer who had initiated the scheme to save estate duty, and who was thus fortunate to have a yearly income tax saving as a result of the scheme, was able to defeat section 103(1) on the arguments given above. At the time of the *Gallagher* case one wondered whether the appellate division had adopted a new policy to cut down the ambit of section 103 and thus to give effect to the spirit of the *contra fiscum* rule. The *Ovenstone* case not only answers this speculation in the negative, but in effect the court has now widened the section, so much so that even if the scheme is effected with purely non taxation advantages in mind, subsequent income tax saving will be deemed by virtue of the said interpretation of section 103 to be a main purpose of the scheme at the time it was effected. This must be the result of the interpretation in the *Ovenstone* case of the word "effected" which is an extremely extensive form of interpretation.

2 Section 7(3)

With regard to this section of the case the facts were as follows: O was the joint managing director of BV Ltd, a company which was registered in South Africa. Sometime before the tax year which ended February 1969 he was offered 250 000 shares at 50 cents each in BV Ltd by way of a private placing. He took up 130 000 of them himself and placed the remainder with his four children (25 000 each), two of whom were minors, and with the group engineer (20 000). To enable them to take up the shares he lent the required amount of money (R12 500) to each of his children at the same rate of interest that the bank would charge him for borrowing the money to enable him to make these loans (the initial rate was $8\frac{1}{2}\%$ per annum). It was envisaged that the loans with interest would be paid out of the dividends received on the shares. O described the loans as a "family transaction" and they were made without security since the children had no assets of their own. They all

took up and paid for the shares and in addition O's mother donated some 5 000 shares in BV Ltd to each of his sons. During the tax year ending February 1969 O's two minor children received R6 000 in dividends from BV Ltd in respect of their shares. During the following tax year one of the children ceased to be a minor and the other received R5 800 in such dividends. In each of these tax years the secretary for inland revenue, relying on section 7(3), added those dividends to O's taxable income.

The secretary for inland revenue maintained that section 7(3) applied because O's loan to each of the minor children was a "disposition" made by him "by reason of which the dividends were received by them." O conceded that the dividends were received "by reason of the disposition" but argued that the loans made could not be considered to be dispositions within the meaning of the act. O argued that the word "disposition" had to be construed *eiusdem generis* with the other two words in the section, namely "donation" and "settlement." Thus its meaning could be restricted to a disposition of property made under a unilateral contract or one with an element of gratuity contained in it. The court referred to the intention of the legislature in respect of section 7 of the act and concluded that

"[t]he transactions the Legislature seems to have had in mind in enacting ss (3)-(6) are those in which a taxpayer seeks to achieve tax avoidance by donating, or disposing of income-producing property to or in favour of another under the therein specified conditions or circumstances, thereby diverting its income from himself without his replacing or being able to replace it" (736C).

The court was clearly lifting the veil in this transaction because, whilst such evidence does indicate somewhat of a lack of precision in the arrangements, the fact was that the loan was repayable in interest at the same rate charged by banks. The court rejected this part of the transaction by stating:

"[H]aving regard to Appellant's business standing, wealth and relationship to his bank, that rate might well have been a special low rate of interest" (741A).

However, the fact remained that as O was charging such an interest rate as was levied by the bank, he was ensuring neither a profit nor a loss to his patrimony. In other words, he was not in effect disposing of property of his in a gratuitous manner. All he was doing on the face of it was to loan money to his children at a rate which ensured that he was not out of pocket, a scheme which surely must come under the ambit of a commercial transaction.

It is submitted that the court was not consistent in this case. It stated that in order for section 7(3) to be invoked there had to be an appreciable element of gratuitousness. O appears to have discharged the onus in this respect for he had shown that an interest at a commercial rate was being levied on the loan. Nonetheless, the court, it appears, was prepared to accept that even a small degree of gratuitousness was sufficient for section 7(3) to be invoked.

The test that the court adopted in respect of section 7(3) was not altogether novel or surprising if one looks at the principle per se. The courts in 13 SATC 206 and 15 SATC 241 as well as in *Estate Dempers v SIR* 1977 3 SA 410 (A) (in respect of s 7(5)) had already adopted this view. Yet in the light of cases such as *CIR v Berold* 1962 3 SA 748 (A) and *COT v Barnett* 1959 2 SA 713 (FC) in which the courts had adopted a wider interpretation, O should have been extremely careful to observe all the commercial formalities so as not to allow the court the opportunity to bring the scheme within the ambit of section 7(3). In other words, whilst the *Ovenstone* case did not introduce a new measure of principle and indeed followed the line of previous cases, the fact that there had been two significant cases, namely the *Berold* and *Barnett* cases, which had deviated from this principle, should have been sufficient warning for the taxpayer to be extremely careful in devising the plan to get around the provisions of section 7(3).

The *Ovenstone* case thus essentially has good and bad news in it for the taxplanner. Section 103(1) has clearly been made a wider and more formidable section as far as taxpayers are concerned. But on the other hand section 7(3) has been placed clearly within the framework of gratuitousness and liberality. As such it would seem possible to circumvent the section, but in order to do so a great degree of care will need to be taken to ensure that a contract between the minor children and the taxpayer takes place at arm's length and observes all the formalities of a normal commercial transaction. It is here that a salutary lesson can be learnt both for the taxpayer and the taxplanner from the *Ovenstone* case and the result thereof.

DENNIS M DAVIS
University of Cape Town

DIE BEGINSEL VAN EENPARIGE INSTEMMING

Die beginsel van eenparige instemming het al 'n paar keer in Suid-Afrikaanse hofsake ter sprake gekom en verskeie aspekte daarvan is al bespreek, maar die beginsel is nog nie ten volle ontwikkel en omskryf nie. Die doel met hierdie aantekening is om die verskillende aspekte van die beginsel van eenparige instemming, soos dit in die beslissings en in artikels bespreek is, uit te lig en omvattend te formuleer. Soos uit die hieropvolgende bespreking sal blyk, het die howe nie altyd klem gelê op die tipe vergadering wat ter sprake is nie maar eerder op die bestaansreg en regswerking van die beginsel gelet.

1 Formele besluite en formalisme

Toe die beginsel van eenparige instemming die eerste keer in *Silver Garbus v Teichert* 1954 2 SA 98 (N) 102H geopper is, het die hof eenvoudig op grond van 'n Engelse uitspraak in *Re Express Engineering Works Ltd* 1920 1 Ch 446 beslis dat 'n formele besluit nie nodig is nie as al die aandeelhouders instem met wat gedoen is.

Dieselfde benadering word gehandhaaf toe die hof in *Majola Investments v Uitzigt Properties* 1961 4 SA 705 (T) 712D die geldigheid oorweeg van die magtiging aan een direkteur om tjeks namens die maatskappy te teken. Die feit dat die partye daartoe ooreengekom het, was nie in geskil nie. Die argument was egter dat die magtiging nie vervat was in 'n formele besluit wat op 'n behoorlik saamgestelde vergadering geneem was nie. Die hof beroep hom weer eens op 'n Engelse beslissing, *Re Bonelli's Electric Telegraph Co* 25 LT 526; LR 12 Eq 246 258, waarin die regter beslis het dat indien al die persone wie se instemming vereis word ten einde 'n handeling geldig te verrig, inderdaad hulle instemming betuig het "with full knowledge of all that they were doing," dan is dit nie nodig dat hulle dit "under the same roof" hoef te doen nie. Met ander woorde, hulle hoef nie almal bymekaar te wees nie, maar kan hulle instemming op verskillende plekke en tye betuig. Regter Roper kom tot die slotsom dat die uitspraak in die *Bonelli*-saak "appears to be in accordance with common sense" en beslis op daardie grondslag dat die gewraakte handeling waaroor dit in die *Majola*-saak gegaan het, wel reëlmatig was.

In die *Bonelli*-saak is daar twee aspekte aangesny. Eerstens, dat 'n formele vergadering nie nodig is nie en, tweedens, dat die instemming met "full knowledge" moet geskied. Dit blyk myns insiens uit die redenasie van die hof dat regter Roper eintlik net die eerste aspek in gedagte gehad het toe hy sy beslissing gegee het. Hy het die tweede beginsel oopgelaat en ek kom weer later daarop terug.

In *Sugden v Beaconhurst Dairies (Pty) Ltd* 1963 2 SA 174 (OK) 182A volg die hof dieselfde redenasie. Die direkteure van 'n maatskappy verkoop onroerende goed van die maatskappy aan 'n derde party wat 'n hoër aanbod gemaak het as die tweede party wat reeds vroeër 'n koop-ooreenkoms met die direkteure gesluit het. Die tweede party eis lewering van die eiendom ingevolge die koopkontrak. Die eerste verweer in die saak was dat die besluit van die direkteure nie geldig was nie omdat dit nie deur 'n besluit van die ledevergadering gemagtig was nie. Hierdie argument is 'n derde aspek van die beginsel van eenparige instemming en ek kom weer later daarop terug. Die tweede verweer was dat daar in elk geval geen behoorlike besluit van die direkteure was nie omdat die besluit nie op 'n formele vergadering geneem is nie. Op grond van die beslissings in die *Silver Garbus*- en *Majola*-saak beslis regter O'Hagan dat as die twee direkteure van die maatskappy tot 'n handeling ooreengekom het (daar was net twee direkteure), dit nie nodig is om die ooreenkoms in 'n formele besluit van die direksie te beliggaam nie.

In *Gohlke & Schneider v Westies Minerale Bpk* 1970 2 SA 685 (A) 692F-694D gaan dit om die magte van die lede van 'n maatskappy om af te wyk van die bepalinge van die statute deur onderling tot iets ooreen te kom waar die statute 'n besluit van die algemene vergadering vereis. Appèlregter Trollip redeneer dat aangesien die maatskappy en sy lede ingevolge die statute kontraktueel gebind is, daar geen rede is waarom hulle nie onderling kan ooreenkom om af te wyk van die bepalinge van

die statute nie, solank hulle binne die bepalings van die akte bly. Hy beslis dan dat as die toestemming van al die lede van 'n maatskappy verkry is, daardie toestemming net so geldig is asof so 'n besluit op 'n algemene vergadering geneem is. Hy definieer dit as "the principle of unanimous assent" en beslis dat die beginsel nou as gevestigde reg beskou moet word.

Die regter beslis egter verder dat die beginsel alleen geld waar gewone besluite vereis word en waar die besluit reëlmatic binne die perke van die akte geneem kan word. Hy sê egter nie waarom die beginsel nie op spesiale besluite van toepassing is nie en of die beginsel nog sal geld as die wet, en nie die statute nie, 'n gewone besluit vereis.

Die beginsel wat dus hier tot gevestigde reg verhef word, is bloot dat waar al die lede van 'n bepaalde liggaam tot iets instem, daardie eenparige instemming dieselfde krag het as 'n formele besluit wat op 'n behoorlik byeengeroepe en saamgestelde vergadering geneem is. Die rede vir die standpunt is dat dit gesonde verstand is; die effek daarvan is dat 'n streng formalisme verwerp word en hierdie standpunt word nagevolg in *Advance Seed Co Bpk v Marrok Plase Bpk* 1974 4 SA 127 (NK) 133C.

Daar is egter nog 'n paar aspekte van die beginsel wat nadere beskouing vereis.

2 Die hoedanigheid waarin besluit word

Ek keer eerstens terug na die *Sugden*-saak waar die eerste verweer was dat die verkoop van die grond deur die direkteure aan die eiser onreëlmatic was omdat dit plaasgevind het "sonder die goedkeuring van die maatskappy op 'n algemene vergadering," soos vereis in artikel 70dec(2) van die Maatskappywet van 1926. Die hof beslis by monde van regter O'Hagan dat aangesien die artikel ter beskerming van die aandeelhouders ingevoeg is, en al die aandeelhouders ook direkteure was, die beslissing van die direkteure net so geldig was asof die besluit op 'n algemene vergadering geneem is met voldoening aan al die formaliteite. Die regter stel hom op die standpunt dat daar by die interpretasie van 'n wet gevolg gegee moet word aan die bedoeling van die wetgewer. Deur egter aan 'n besluit van 'n direkteurs-vergadering dieselfde krag te wil gee as aan dié van 'n algemene vergadering, stel hy homself lynreg teenoor die reël dat "the words of a statute never should in interpretation be added to or subtracted from, without almost a necessity" (*Bhyat v Commissioner for Immigration* 1932 AD 125 129).

'n Soortgelyke situasie ontstaan in *Dublin v Diner* 1964 1 SA 799 (D) 801D waar die toekenning van aandele bevraagteken word aangesien daar nie 'n formele vergadering was nie. Regter Miller bevind dat alhoewel die aandeelhouders in hulle optrede nie spesifiek aangedui het dat hulle ook as direkteure optree nie "it would be artificial in the extreme" om nie hulle ooreenkoms ook in daardie hoedanigheid te erken nie. Met hierdie argument teen gekunsteldheid weêrlê regter Miller myns

insiens ook die beswaar wat hierbo teen regter O'Hagan se beslissing in die *Sugden*-saak ingebring is.

Die verdere kenmerk van die beginsel wat in hierdie twee sake gestel is, is dus dat as al die direkteure en al die aandeelhouers van 'n maatskappy dieselfde persone is, 'n eenparige besluit in een hoedanigheid geneem, byvoorbeeld as aandeelhouers, ook geld as 'n besluit in die ander hoedanigheid geneem, byvoorbeeld as direksie en andersom.

3 Wederregtelike besluite en handeling

Die beginsel van eenparige instemming het ook in die strafsaa *S v De Jager* 1965 2 SA 612 (A) 625F ter sprake gekom. De Jager en een van sy mede-direkteure, direkteure van 'n beleggingsmaatskappy, is aangekla van diefstal van maatskappybates. Hulle verdediging was dat hulle optrede nie diefstal kon wees nie aangesien al die aandeelhouers daartoe ingestem het. Met verwysing na die aard van 'n maatskappy en die vertrouensposisie wat die direkteure beklee, beslis die hof dat die optrede strydig is met sekere beginsels in ons maatskappyereg naamlik dat 'n direkteur nie maatskappybates vir sy persoonlike doeleindes kan awend nie. Die optrede kan dus nie deur die direkteure op 'n direksievergadering of deur die lede in algemene vergadering gemagtig word nie. Gevolglik kon die aandeelhouers dit ook nie deur eenparige instemming magtig nie.

Appèlregter Trollip het in die *Gohlke*-saak dieselfde standpunt ingeneem met sy uitspraak dat "anything done in contravention of such a condition . . . is *ultra vires* and void, and it cannot be validated by the unanimous assent of the shareholders."

In *Quadrangle Investments Ltd v Witind Holdings Ltd* 1975 1 SA 572 (A) 581 oorweeg die hof die vraag of 'n dividendverklaring in stryd met 'n bepaling van die maatskappy se akte, welke bepaling ook in die statute vervat kon wees, geldig is omdat al die aandeelhouers daartoe ingestem het. Appèlregter Trollip, in opvolging van sy beslissing in die *Gohlke*-saak, kom tot die slotsom dat:

a die magtiging van die dividend-verklaring alleen deur 'n spesiale besluit kan geskied en dat sodanige besluit nie deur eenparige instemming vervang kan word nie; en

b 'n onreëlmatige optrede nie deur die eenparige instemming van die aandeelhouers geratifiseer kan word nie.

Ek is van mening dat die appèlhof hiermee finaal beslag gegee het aan hierdie aspek van die beginsel van eenparige instemming, naamlik dat die direkteure of lede van 'n maatskappy nie deur eenparige instemming 'n handeling wat in stryd met die reg is, kan magtig nie; of deur eenparige instemming 'n besluit kan neem wat hulle nie op 'n formele vergadering kan neem nie.

4 Spesiale besluite

'n Verdere aspek van die beginsel wat reeds in twee van die bogenoemde sake te berde gekom het maar myns insiens nie bevredigend beslis is nie, is die vraag of 'n maatskappy deur eenparige instemming kan handel waar die wet 'n spesiale besluit vereis. Dit het naamlik te berde gekom in die *Gohlke*- en die *Quadrangle*-saak en in beide gevalle beslis appèlregter Trollip dat dit nie kan geskied nie, maar hy motiveer nie sy beslissings nie.

Hierdie standpunt word ook deur Beuthin 1974 *SALJ* 2 gehuldig in 'n artikel oor die beginsel van eenparige instemming, maar hy baseer sy bevinding op die vereiste van registrasie van die besluit, maw die formaliteitsvereistes wat nagekom moet word na die besluit. Hy verloor egter uit die oog dat 'n reëlmatige besluit nie onreëlmatig kan word op grond van iets wat daarna gebeur of nie gebeur nie. Die besluit kan hoogstens sy werking of regsrag verloor. Dieselfde lot kan egter ook 'n spesiale besluit tref wat met voldoening aan al die vereistes op 'n algemene vergadering geneem is maar nie daarna by die registrateur geregistreer is nie.

Cilliers, Benade en De Villiers *Maatskappyereg* 3e uitg 20 21 stel dit dat, vanweë die gedagte onderliggend aan hierdie beginsel, hulle nie die siening kan deel dat die beginsel nie by spesiale besluite toegepas kan word nie, mits die besluit soos vereis deur artikels 200-203 van die wet by die registrateur geregistreer word.

Henochsberg *On the Companies Act* 3e uitg (1975) 353-354 volg dieselfde redenasie maar beroep hom meer spesifiek op die beginsel dat die meerdere die mindere insluit - 'n besluit deur eenparige instemming het 'n groter meerderheid van stemme as die minimum persentasie deur die wet voorgeskryf - en kom tot die slotsom dat 'n spesiale besluit wel deur eenparige instemming geneem kan word. Heel tereg wys hy egter op sekere formele vereistes wat nie deur die eenparige instemming aangetas word nie, naamlik:

a as daar nie die vereiste kennisgewing ingevolge die bepalings van artikel 199(1) gegee is nie, moet daar 'n sertifikaat ingevolge artikel 199(3) verstrek word;

b 'n spesiale besluit is alleen geldig na registrasie daarvan by die registrateur van maatskappy ingevolge die bepalings van artikel 200; en

c hieruit volg dat die besluit, hetsy deur stemming op 'n formele vergadering, hetsy deur eenparige instemming, op skrif gestel moet wees. Aangesien die besluit ingevolge die bepalings van artikel 202 na ses maande verval as dit nog nie geregistreer is nie, is dit ook geïmpliseer dat die opskrifstelling en ondertekening van die besluit gedateer moet wees.

Ek wil die siening van die laasgenoemde twee werke deel. Volgens artikel 199(1) is 'n besluit 'n spesiale besluit as dit onder andere geneem is met 'n voorgeskrewe meerderheid op 'n vergadering waar minstens 'n

voorgeskrewe persentasie lede teenwoordig is en aan beide hierdie vereistes word voldoen as die lede eenparig tot die besluit instem.

Die slotsom is dus dat appèlregter Trollip, so kom dit my voor, foutief beslis het en dat die beginsel van eenparige instemming wel by spesiale besluite ook kan geld.

5 "Ten volle bewus" en deurdag

Die laaste keer wat die beginsel in die hof ter sprake gekom het, was in *L Taylor & Kie (Edms) Bpk v Grabe* 1976 3 SA 75 (T) 78D toe die hof beslis het dat om te voldoen aan die beginsel van optrede deur eenparige instemming, die een party moet bewys dat die ander party "ten volle bewus" was van alles wat gedoen gaan word en dat sy inderdaad daartoe ingestem het. Die uitdrukking "ten volle bewus" herinner 'n mens aan die frase "with full knowledge" soos gebesig in die *Bonelli*-saak en die gevoel is onvermydelik dat die hof die saak te sterk gestel het. By 'n gewone, formele besluit word vereis dat die vergadering moet weet waaroor daar gestem word (*Jooste Op 'n Punt van Orde* 3e uitg (1979) 78 par 13) en sy wil duidelik en ondubbelsinnig te kenne gee (*Everett v Griffiths* 1924 1 KB 941). Daar is geen rede waarom strenger vereistes by die beginsel van eenparige instemming gestel moet word nie.

Dit is dieselfde standpunt as wat deur Larkin ingeneem word (1977 *SALJ* 17).

In sy reeds genoemde artikel wys Beuthin daarop dat 'n besluit deur eenparige instemming moontlik nie so weldeurdag sal wees as een wat op 'n formele vergadering en na behoorlike bespreking aangeneem is nie. In informele situasies is lede moontlik meer vatbaar vir beïnvloeding as op vergaderings, en die omstandighede leen hom meer tot maneuvring deur die voorsteller (8). Dit gaan dus hier meer om die raadsaamheid as om die geldigheid van die besluit. Dit mag waar wees, maar dan is dit ook waar dat lede in informele gesprekke miskien groter vrymoedigheid sal hê om hulle standpunte te stel en sake desnoods te kritiseer as op 'n vergadering. In 'n ontspanne atmosfeer kan daar 'n vryer uitruiling van gedagtes wees as op 'n formele vergadering. Hoe dit ook sy, beide metodes het sy voordele en gevare. As die besprekings op 'n vergadering reëlmatig verloop het en daar op reëlmatige wyse gestem is, word die besluit aanvaar as 'n geldige besluit sonder om navraag te doen of al die lede die besluit met sy implikasies verstaan het, of lede hulleself vrylik uitgespreek het, of hulle dalk deur 'n dominerende persoonlikheid beïnvloed is, en so meer. So is dit ook onnodig om by die werking van eenparige instemming op al die implikasies in te gaan, solank die lede duidelik weet waartoe hulle ingestem het en inderdaad daartoe ingestem het.

6 Notules

Beuthin wys verder daarop dat dit weens die gebrek aan notules vir nuwe lede moeilik sal wees om vas te stel wat vroeër besluit is. Die probleem geld ook vir die betrokkenes wat dalk later hulle eie ooreenkomste wil kontroleer (Beuthin 10). Benewens die praktiese aard van die

probleme wat hier geopper word, kry dit ook 'n juridiese kenmerk as gevolg van die feit dat die notule prima facie bewys is van wat gedoen en besluit is (*Re Fire Proof Doors* 1916 2 Ch 142). Artikel 204 van die Maatskappywet 1973 vereis dat notules van ledevergaderings gehou moet word en artikel 242 vereis dat notules van direkteursvergaderings gehou moet word. Hierdie notuleboeke is toeganklik vir onderskeidelik lede en direkteure. Dieselfde artikels stel ook sekere vereistes waaraan die notules moet voldoen. Die rede vir die aanhou van notuleboeke is voor-die-hand-liggend, onder andere deurdat artikels 204(3) en 242(4) bepaal dat die notules bewys sal wees van wat besluit is. Verder moet die doel met notules tuisgebring word onder die beginsel van openbaarmaking wat, volgens Cilliers, Benade en De Villiers, grondliggend is aan die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing, deurlopend van aard is en van toepassing is op die maatskappy dwarsdeur sy bestaan. Hierdie notulevereistes is egter net van toepassing op formele vergaderings en besluite. As eenparige instemming nou 'n reëlmatige grond vir optrede is, sonder dat die bewoording van dit waartoe ingestem is, genotuleer word, sou dit beteken dat die lede of direkteure van 'n maatskappy die wet sou kon ontwyk deur net eenvoudig nie 'n vergadering te hou nie. Hulle verkry net die eenparige instemming van alle betrokkenes op 'n informele wyse. In daardie geval sal handeling deur eenparige instemming in fraudem legis wees volgens die dictum in *Lawson & Kirk v SA Discount and Acceptance Corporation* 1938 CPD 180. In die lig hiervan behoort enige besluit deur eenparige instemming gemeem, genotuleer te word.

Slot

Die beginsel van eenparige instemming wat in 'n verskeidenheid situasies en sowel met betrekking tot direksievergaderings as algemene vergaderings geopper is, is deur die howe in 'n reeks uitsprake oorweeg en deur skrywers ontleed. Na oorweging daarvan kan die saak soos volg opgesom word:

7 1 Die beginsel van eenparige instemming beteken dat alle betrokke stemgeregtigdes tot die besluit toegestem het, nie noodwendig in 'n formele vergadering nie, en nie noodwendig op 'n tyd en plek toe almal bymekaar was nie.

7 2 'n Formalisme ter wille van sigself word verwerp en 'n formele besluit is nie nodig as dieselfde effek bereik kan word deur eenparige instemming nie.

7 3 Eenparige instemming tot 'n besluit deur die betrokke stemgeregtigdes wat in een hoedanigheid optree, sluit ook hulle toestemming in 'n ander hoedanigheid in, byvoorbeeld as direkteure of lede van 'n algemene vergadering.

7 4 Handeling of besluite in stryd met die reg kan nie deur eenparige instemming regmatig gemaak word nie.

7 5 Die beginsel geld ook ten opsigte van spesiale besluite, maar die registrasie-vereistes wat vir spesiale besluite gestel word, moet nog nagekom word.

7 6 Daar kan nie 'n hoër graad van insig en deurdagtheid by die betrokkenes verwag word in die geval van eenparige instemming as in die geval van 'n gewone besluit nie.

7 7 Besluite deur eenparige instemming moet gewoonweg genotuleer word.

As daar nou in aanmerking geneem word dat artikel 242(2) van die Maatskappywet 1973 daarvoor voorsiening maak dat 'n skriftelike besluit deur die direkteure onderteken, beskou word as die notule van 'n vergadering en dat 'n direkteur, soos Larkin tereg daarop wys, nie die magtiging van 'n besluit of eenparige instemming nodig het solank hy binne die perke van sy bevoegdheids handel nie, dan is daar twyfel of die beginsel van eenparige instemming hoegenaamd bestaansreg het ten opsigte van direkteurshandelinge. Hier kan daar goed sonder die beginsel klaargekom word.

By algemene vergaderings is die situasie egter anders. Daar is nie 'n gelykluidende bepaling aan artikel 242(2) ten opsigte van algemene vergaderings nie en die onvermydelike implikasie, gebaseer op die reël *inclusio unius est exclusio alterius*, is dus dat so 'n ondertekende besluit nie geldig is as die besluit van 'n algemene vergadering nie. In hierdie leemte word nou voorsien deur die erkenning van die beginsel van eenparige instemming onderworpe aan die vereistes soos hierbo opgesom.

HS JOOSTE

Voorheen van die Port Elizabethse Technikon

POGINGSMISDADE — 'N BEWYS VAN "DE MINIMIS LEX CURAT"?

Die teorie dat 'n poging tot die pleging van 'n misdaad as 'n onvoltooide misdaad strafbaar is, het al dikwels grondige kritiek uitgelok. Dit is egter seker dat die laaste woord oor pogingsmisdade nog nie gespreek is nie. Die subjektiewe benadering wat al hoe meer in die praktyk inslag vind, asook die kwessie van ondeugdelike poging, ontlok voortdurend interessante polemieke van sowel akademici as praktykgerigte juriste. In die onlangse beslissing *S v Kgogong* 1980 3 SA 600 (A) is gelding verleen aan die stelreël "*de minimis non curat lex*" as 'n beginsel wat ten aansien van die misdaad diefstal wederregtelikheid uitsluit en nie bloot by straftoemeting van belang is nie. Die motivering hiervoor is veral op praktiese oorwegings gegrond. Aan die hand van hierdie beslissing ontstaan die vraag watter implikasies dié praktiese beginsel vir die misdaad poging tot diefstal in die praktyk en teorie inhou.

'n Illustrasie van die groot onderskeid tussen die stammisdade en die pogingsmisdade aan die hand van *S v Kgogong* kan myns insiens veel bydra tot begripshelderheid met betrekking tot die analise van die pogingsmisdade en moontlik ook met betrekking tot misdadelementologie in die algemeen.

Kgogong het 'n vel papier met sekere aantekeninge daarop "gesteel." Die appèlhof kom egter tot die gevolgtrekking dat die vel papier waarde-loos was of dat die waarde daarvan in ieder geval onbenullig was. Die moontlike toepassings van die stelreël "de minimis non curat lex" word bespreek en vervolgens word die appèl teen die skuldigbevinding ge-handhaaf. In effek kom die beslissing daarop neer dat daar soveel gesag aan die betrokke stelreël verleen word dat dit inderdaad wederregtelikheid uitsluit. (Hoewel die hof dit nie nodig gevind het om te beslis of al die "ander" elemente van diefstal teenwoordig was nie, word dit arguments-halwe vir doeleindes van hierdie bespreking so aanvaar.)

Op die oog af kom dit voor asof poging tot diefstal van 'n waardelose stukkie papier eweneens, net soos die stammisdaad, onder die trefwydte van de minimis non curat lex behoort te val – dit is immers dieselfde onbenullige objek (die stukkie papier) waarop die dader hom telkens toespits en daar is in geeneen van die gevalle die vooruitsig dat die eienaar enige noemenswaardige skade sal ly nie. So eenvoudig is dit egter nie en dit is juis hier waar die onderskeid tussen stammisdaad en pogings-misdaad op die voorgrond tree.

Indien die wederregtelikhedsvraag by die pogingsmisdaad in 'n geval soos hierdie beoordeel moes word met verwysing na die handeling van die dader, en indien sy wilskerigheid, wat die wederregtelikhedsvraag betref, slegs relevant sou wees vir sover dit die willekeurigheid van die uiterlike optrede (of late) konstitueer, sou poging tot diefstal van 'n waardelose stukkie papier ook onder die trefwydte van de minimis non curat lex moes val, onafhanklik van die subjektiewe beskouing en dwaling van die dader. Volgens die beginsel in *S v Kgogong* dat die de minimis-reël wederregtelikheid uitsluit, sou dit dan ook in alle gevalle van poging tot diefstal op ongeveer dieselfde grondslag wederregtelikheid uitsluit.

Dit is egter nie nodig om baie diep in die praktyk of teoretiese besprekings te delf om tot die gevolgtrekking te kom dat die weder-regtelikhedsvraag by poging aan die hand van ander gegewens beoordeel word as die wederregtelikhedsvraag by die stammisdaad nie. Hierdie feit blyk veral uit die subjektiewe benadering tot poging wat tot 'n groot hoogte in die Suid-Afrikaanse praktyk inslag gevind het. Die konsekwensie van die subjektiewe benadering (veral in geval van die toepassing van die "volvoeringsmetode" en in die geval van ondeugdelike poging) is dat die dader skuldig bevind kan word aan poging sonder dat sy uiterlike, willekeurige optrede prima facie enige skyn van wederregtelikheid, of van die wederregtelike veroorsaking van 'n bepaalde gevolg, het.

'n Interessante vraag is of Kgogong nie dalk aan poging tot diefstal skuldig bevind moes gewees het nie. Indien dit bo redelike twyfel seker is dat Kgogong onder die indruk was, of dit as 'n moontlikheid voorsien het dat dit 'n waardevolle dokument was wat hy "gesteel" het, wil dit voorkom of hy 'n ondeugdelike poging tot diefstal gepleeg het. Daarenteen sou dit in die lig van *S v Palmos* 1979 2 SA 82 (A) nie poging tot diefstal kon wees nie, indien Kgogong bewus was van die feit dat die dokument waardeloos of van onbenullige waarde vir die eienaar was en hy bloot

van mening was dat hy ook onder daardie omstandighede diefstal sou pleeg. Die appèlafdeling het in *S v Kogong* egter nie juis aan dié vraag aandag gegee nie. 'n Paar kriptiese opmerkings wat hiermee verband hou, word wel as kritiek op die verhoorlanddros se bevindinge gemaak (604), maar dit is duidelik dat die hof nie werklik oorweging geskenk het aan die vraag of Kogong wel onder 'n dwaling verkeer het wat moontlik sou kon lei tot 'n skuldigbevinding aan ondeugdelike poging tot diefstal nie.

By die wederregtelikhedsvraag het ons te doen met 'n normatiewe waardeoordeel wat gevel word met verwysing na menslike gedraginge en, in sommige gevalle, die gevolge daarvan. Talle akademiese dispute het al gewentel om die vraag watter menslike gedraginge die voorwerp van die wederregtelikheidsoordeel vorm. Daar is geredeneer oor die kwessie of die (straf)reg goeie gedrag of goeie bedoelings voorskryf en afhangende van die standpunte van die betrokke skrywers is die onderskeid tussen skuld en wederregtelikheid voorgestaan of verwerp. Die Duitse regsfilosowe het 'n breë literatuur opgebou waarin die (straf-)regsnorm deur sommige as "Bewertungsnorm" beskou is en deur andere as "Bestimmungsnorm." (Sien Van der Westhuizen *Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strafrecht* proefskrif UP (1979) 371-436 vir 'n omvattende en insiggewende bespreking van standpunte in dié verband.)

Die teorie behoort wyd genoeg te wees om daarvoor voorsiening te maak dat enige vorm van menslike gedrag vir die onregmatigheidsvereiste in aanmerking kan kom. Dit is immers vir die wetgewer moontlik om 'n misdaad te skep met verwysing na 'n bepaalde vorm van menslike gedrag en ter uitsluiting van enige ander vorm daarvan as 'n vereiste vir wederregtelikheid. Dienooreenkomstig kan die wetgewer 'n misdaad skep met verwysing na blote finale wilsvorming om 'n ander misdaad te pleeg, sonder die vereiste dat enige uiterlike gedraging (in die sin van 'n positiewe dadigheid of 'n late) ter uitvoering of volvoering van hierdie wilsbesluit moet geskied het. (In Labuschagne 1980 *De Jure* 124 se terminologie sou die misdaad in hierdie geval behels dat die misdaadimpuls die dader se gedragsbeheermeganismes – of miskien in hierdie geval eerder wilsbeheermeganismes? – moes oorwin het, sonder dat dit uitdrukking hoef te gevind het in 'n misdaadgerigte fisieke doen of nie-doen.)

So 'n misdaad sou dan nog meer subjektief wees as die "subjektiewe" pogingsmisdad wat alreeds in die praktyk erken is. Hoewel die wetgewer aan gegronde kritiek onderwerp sou kon word indien so 'n blote besluit om 'n misdaad te pleeg tot 'n misdaad verhef sou word, sou dit nogtans nie beteken dat die wetgewer nie daarin geslaag het om 'n misdaad te skep nie – daar is sekerlik niks inherent onmoontlik aan die bestaan van so 'n misdaad nie. Besluitvorming is immers 'n vorm van (innerlike) menslike gedrag wat aan die hand van norme (morele, etiese en sekerlik ook juridiese norme) beoordeel kan word. Dit is egter opmerklik dat so 'n subjektiewe misdaad nie sou voldoen aan die handelingsvereiste wat tans in die misdaadleer hier te lande gepropageer word nie. Indien 'n menslike gedraging, in teenstelling met 'n enger "juridiese handeling," vereis sou word, sou hierdie probleem egter nie ontstaan nie.

Beskou ons die pogingsmisdaad van naderby, kom ons gou tot die besef dat die pogingshandelinge, veral in die geval van 'n subjektiewe benadering, maar ook in die geval van 'n meer objektiewe benadering, slegs met verwysing na 'n subjektiewe dadersfaktor as wederregtelik aangemerkt kan word. 'n Volkome objektiewe benadering sou lei tot 'n negering van die pogingsmisdaad of tot die onhoudbare gevolg dat 'n pogingsmisdaad gepleeg word (te wete dat ten minste aan die wederregtelikhedsvereiste voldoen word) telkens wanneer 'n persoon se uiterlike gedrag die boodskap dra van die moontlike pleging van 'n bepaalde misdaad.

Die menslike gedraginge wat aan die hand van strafregnorme beoordeel word by die wederregtelikhedsvraag, sluit dus in die geval van pogingsmisdade meer in as blote uiterlike, waarneembare handelinge wat willekeurig verrig word. Naas die handelingsvereiste in sy huidige eng omskrewe vorm, is daar by pogingsmisdade dus 'n verdere vereiste met betrekking tot innerlike "gedrag" van die dader waarsonder geen pogingshandeling as wederregtelik aangemerkt kan word nie.

Besluite word soms vinnig en soms na 'n lang tydperk van oorweging geneem. Sodra 'n besluit geneem is om 'n bepaalde daad te verrig, is die subjek se wil gerig op die verrigting van daardie daad. Die besluitvormingsproses bereik dus finaliteit wanneer die subjek sy wil uiteindelik rig op die verrigting van dié bepaalde daad. ('n Teenbesluit kan natuurlik weer later geneem word.) In daardie stadium mag die dader se wil gerig wees op die verrigting van verskeie moontlike uiterlike handelinge, afhange van die verloop van sake, ten einde 'n bepaalde gevolg te bereik wat onafhanklik van sy eie optredes is (bv die veroorsaking van 'n persoon se dood), of wat sal uitloop op 'n bepaalde uiterlike handeling van die dader self (bv die voer van geslagsgemeenskap ter oortreding van 'n bepaling van die Ontugwet). Benewens dit wat die subjek direk beoog, kan daar ook verskeie ander gevolge of handelinge wees waarop hy sy wil met sekerheids- of moontlikheidsbewussyn rig.

Nadat die subjek sy besluit finaal geneem het, verrig hy soms 'n wye reeks handelinge waardeur uitvoering gegee word aan dit waarop sy wil gerig is. Hierdie handelinge kan onder andere 'n groot verskeidenheid van uiterlike gedraginge insluit wat prima facie geen verband hou met enige misdaad waarop die subjek se wil gerig is nie. Nogtans stel hierdie optredes die begin van die volvoering van die bepaalde misdaad waarop sy wil gerig is, daar.

Beskou ons nou die dader wat poog om 'n misdaad te pleeg en wat pas begin het met die uitvoering daarvan se uitwendige gedraginge objektief, sal dié gedrag (op sigself) van die dader in baie gevalle nie as "onredelik," "contra bonos mores," of "gemeenskapskadelik" gebrandmerk kan word nie. Selfs al word die feit in berekening gebring dat die uiterlike gedraginge van die dader te alle relevante tye willekeurig is, sal die handelinge nog nie ingevolge enige objektiewe wederregtelikhedsmaatstaf as wederregtelik aangemerkt kan word nie. Nietemin het dit al dikwels geblyk dat "uitvoeringshandelinge" nie noodwendig objektief

beskou 'n verband hoef te toon met die misdaad waarop die poger se wil gerig is nie (vgl in die besonder ondeugdelike poging). Aangesien dit by poging ook nie gaan om die werklike veroorsaking van 'n bepaalde gevolg nie, kan die handeling as sodanig ook nie as wederregtelik gebrandmerk word in die lig van 'n bepaalde gevolg wat ingetree het as gevolg daarvan nie. Kortom, dit is duidelik dat 'n faktor wat geleë is in die psige van die dader 'n belangrike rol speel by die vraag of sy gedrag inpas by die misdaadomskrywing van die pogingsmisdade en inderdaad materieël wederregtelik is. (Vgl die Duitse begrippe "Tatbestandsmässigkeit" en "Rechtswidrigkeit." Van der Westhuizen 489-493 gee 'n insiggewende bespreking hiervan en die nut van hierdie benadering blyk veral uit die kritiek op die oordrewe legalistiese benadering van Oos-Duitse juriste (409).)

Hierdie subjektiewe faktor is al omskryf as die motief van die dader, sy kwade geestesgesindheid, of sy opset. Analiseer ons egter dié psigiese faktor, blyk dit dat daar van 'n pogingsmisdade geen sprake kan wees as die dader se wil nie gerig is op die pleging van 'n daad of die veroorsaking van 'n gevolg (of 'n kombinasie hiervan) wat inpas by 'n misdaadomskrywing en materiële wederregtelikheid nie. Dit is immers nie 'n poging tot moord om 'n vuurwapen per ongeluk af te vuur nie, al veroorsaak jy daardeur byna die dood van 'n mens. Eweneens is dit nie poging tot moord wanneer hy die wederregtelike, dodelike aanval van 'n moordenaar probeer stuit deur as enigste uitweg te poog om hom te dood nie.

By die wederregtelikhedsvraag ten aansien van pogingsmisdade val die klem dus op die wilsgerigtheid van die dader, hoewel een of ander graad van uitvoering steeds in praktyk en teorie as voorvereiste vir wederregtelikheid gestel word. In hierdie verband is dit nie werklik die "motief" (in die sin van oogmerk of dryfveer) van die dader wat relevant is nie, aangesien dié term nie die nodige semantiese waarde het om die wilsgerigtheid (ook in die eventualis-sin) soos hierbo omskryf, aan te dui nie. Om bloot te beweer dat die dader se kwade geestesgesindheid sy uitvoeringshandeling tot wederregtelikheid kleur, is eweneens onbevredigend vanweë die vaagheid en algemeenheid van die stelling. Semanties is die beste term om hier te gebruik "opset," aangesien dit veral in regstaal die nodige semantiese waarde verkry het om op wilsgerigtheid te dui. "Opset" slaan dan in hierdie verband nie op dolus as skuldvorm nie, maar slegs op die wilsgerigtheid van die dader soos reeds omskryf. (Vgl in hierdie verband Botha "Die Rol van Dolus en Opset in die Strafreë" 1980 *SALJ* 277.)

Vir sover dit die wederregtelikhedsvraag by pogingsmisdade betref, hoef die dader se wil nie gerig te wees op die wederregtelikheid van sy gedrag, of selfs die wederregtelikheid van die stammisdade nie. Dit is egter wel 'n vereiste dat dit wat hy in sy wil opgeneem het (dws waarop sy wil gerig is) moet inpas by 'n misdaadomskrywing en materiële wederregtelikheid. (Indien die dader se voorstellings waar was en hy daarin geslaag het om sy wil ten uitvoer te bring, sou hy dus wederregtelik

opgetree het.) Ten opsigte van die wederregtelikheidsoordeel is dit dan irrelevant of die dader beheer kon uitgeoefen het oor hierdie besluitnemingsproses wat op die gemelde wilsgerigtheid uitgeloop het, aangesien sy wilsbeheervermoë slegs relevant sal wees ten opsigte van die toerekeningsvatbaarheidsvereiste en die skuldvraag. Solank die vereiste wilsgerigtheid bloot werklik bestaan, kan daar dus 'n wederregtelike poging wees.

Verwysende na die wederregtelikheidsmoment, is "poging tot moord" in der waarheid "poging tot wederregtelike manslag," soos moord en strafbare manslag verskyningsvorme van wederregtelike manslag is. Die vereistes wat in die Suid-Afrikaanse positiewe reg gestel word alvorens 'n strafregtelike skuldverwyf die poger tref, is egter van so 'n aard dat slegs "poging tot moord" en nie "nalatige" poging tot wederregtelike manslag nie, strafbaar gestel word.

Normaalweg word geleer dat dolus die skuldvorm is wat vir die pogingsmisdad vereis word. Dit blyk egter dat die poger steeds strafregtelik verwyf kan word vir sy pogingsmisdad al het hy gemeen dat sy pogingshandelinge, selfs in samehang met sy gewraakte wilsgerigtheid, regmatig was – dit is bloot 'n vereiste dat hy toerekeningsvatbaar moet wees en dolus ten opsigte van die stammisdad moet hê. (Tov die huidige positiefregtelike benadering tot dolus in geval van formeel-omskrewe misdade, sien *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A).) Hierdie oneigenlike vorm van dolus wat nie volgens die normale dogmatiese beginsels op die pogingsmisdad self betrekking het nie, maar wel op die stammisdad, is 'n voorbeeld van 'n "tusseninskuldvorm" wat in der waarheid 'n praktiese billikheidsbenadering beliggaam, waarin die klem nie op 'n strak-dogmatiese, psigologiese skuldbeskouing val nie, maar wel op die verwyfbaarheid van die dader. Skuld is natuurlik normatief van aard en selfs al hang die bestaan en omvang daarvan baie nou saam met spesifieke psigologiese faktore, kan veel aan begripshelderheid gewen word deur voortdurend in gedagte te hou dat dit by die skuldvraag gaan om die verwyfbaarheid van die dader. (Vgl Van der Merwe "Die Verband tussen Mens Rea en Skuld" 1976 *SALJ* 280 veral op 288 en Botha "Culpa – A Form of Mens Rea or a Mode of Conduct?" 1977 *SALJ* 29, veral op 33. Dit gaan egter hier om juridiese norme soos Van der Merwe leer en nie om morele norme soos Botha beweer nie.)

Dit is geen wonder nie dat diegene wat vaskleef aan 'n psigologiese opsetskuld-begrip wat op alle misdadelemente betrekking moet hê en die dogmatiese siening dat handeling, kousaliteit en gevolg die enigste faktore is wat bepalend is ten opsigte van wederregtelikheid, besondere probleme ondervind met die analise van die pogingsmisdad en telkens moet terugval op vae begrippe soos motief, of onbevredigende oplossings soos die strafbaarstelling van onvoltooide misdade.

'n Substansiële gedeelte van die psigologiese "opset" (wilsgerigtheid) om die stammisdad te pleeg, is dus onontbeerlik alvorens 'n wederregtelike poging voorhande kan wees. Dit beteken egter nie dat wederregtelikheid en skuld oorvleuel nie. Waar die wederregtelikheidsvraag

gaan om die kwessie of die dader hom vergryp het teen die wil van die wetgewer soos gepositieer in materiële strafregnorme (Van der Westhuizen 478-489 formuleer dit as die skending van 'n publiekregtelike subjektiewe reg), gaan dit by die skuldvraag om die vraag of 'n strafregtelike skuldverwyf die dader hiervoor tref. Ooreenkomstig die huidige positiewe reg sal hy in die geval van 'n wederregtelike poging om 'n misdad te pleeg, wel strafregtelik verwyf word indien hy toerekeningsvatbaar was en ook wederregtelikheidsinsig gehad het in dit waarop sy wil gerig was en met die uitvoering waarvan hy begin het - hy moes trouens ook die wederregtelikheid van die stammisdad in sy wil opgeneem het. (Aldus die positiewe reg. Van der Westhuizen 368-370, met verwysing na *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A), werp egter twyfel op die uitgangspunt dat psigologiese opset, insluitende wederregtelikheidsbewussyn, altyd tot 'n strafregtelike verwyf sal aanleiding gee. Redelikheid en billikheid behoort immers altyd die deurslag te gee en dit geld vir al die elemente van die misdad. Vgl mutatis mutandis Van der Merwe "Die Aard en Rol van Redelikheid by Aanspreeklikheid ex Delicto" 1975 *SALJ* 174.)

Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat dit by die pogingsmisdad in die eerste plek gaan om dit waarop die dader se *wil* gerig is en die wederregtelikheid daarvan, en dat die feit dat dit vir hom onmoontlik mag wees om werklik uitvoering aan sy wil te gee, irrelevant is. (Indien die dader weet dit is onmoontlik, is sy wil egter bloot 'n wens en voldoen dit nie aan die wilsgerigtheid wat vereis word vir 'n wederregtelike pogingsmisdad nie.) Dienooreenkomstig kan die dader die nodige wederregtelikheidswil hê al is sy poging ondeugdelik, indien dit waarop sy wil gerig is wel 'n misdad uitmaak. In 'n geval van ondeugdelike poging word daar nie voldoen aan die wederregtelikheidsvereiste van die stammisdad nie en enige "wederregtelikheidsbewussyn" ten aansien van die stammisdad is dus bloot wederregtelikheidswaan. Dit verander egter niks aan sy wederregtelikheidswil nie en dit is dan ook die grondslag van die strafregtelike verwyf wat die poger tref.

Dit is dus duidelik dat die vraag of Kogong skuldig is aan 'n pogingsmisdad nie bloot op grond van die de minimis non curat lex-beginsel op dieselfde grondslag saam met die oordeel ten opsigte van die stammisdad beslis kan word nie.

Indien Kogong die waardelose stukkie papier "gesteel" het, moet na sy wilsgerigtheid gekyk word. Was hy onder die indruk dat die papier (moontlik) 'n waardevolle dokument was, en het hy dit aldus in sy wil opgeneem, het hy die nodige wilsgerigtheid gehad en uitvoering daaraan gegee, sodat 'n wederregtelike poging tot diefstal voorhande was. Het hy daarbenewens die insig gehad dat dit waarop sy wil gerig was (nl diefstal van 'n waardevolle dokument) regtens ongeoorloof was en het hy dit ook aldus in sy wil opgeneem, het hy eweneens die nodige wederregtelikheidswil ten opsigte van die stammisdad gehad om aanleiding te gee tot 'n strafregtelike skuldverwyf ten aansien van sy poging tot diefstal. (Kogong was klaarblyklik toerekeningsvatbaar. Tov die vraag wanneer 'n

dader iets in sy wil opgeneem het, vgl die moontlik aanvegbare benadering wat in *S v Dladla* 1980 1 SA 1 (A) goedkeurend uit die Nederlandse strafregleer aangehaal is.)

Dit sou dus gepas gewees het indien die appèlhof in *Kgogong* se saak die kwessie van 'n moontlike ondeugdelike poging ook bespreek het aangesien dit prima facie uit die hofverslag blyk dat daar waarskynlik voldoende getuienis in dié saak gelewer is om *moontlik* 'n skuldigbevinding aan poging tot diefstal te regverdig.

Hierdie benadering tot poging slaan 'n psigologiese skuldbegrip finaal die nek in. Die skuldvraag behels immers 'n normatiewe oordeel om vas te stel of dit redelik en billik is om die dader aanspreeklik te hou (te straf in geval van die strafreg) vir sy optrede. Die feit dat psigologiese faktore in oorweging geneem word by die oorweging van die skuldvraag, maak nie van skuld 'n psigologiese begrip nie. Waar die wilslement tradisioneel slegs by die willekeurighedsvraag en die vraag of daar "opsetskuld" is, geïdentifiseer is, noop die aard van die pogingsmisdaad die akademikus om die wilslement as 'n beoordeelbare menslike gedraging wat deur die wetgewer in 'n misdaadoms krywing opgeneem kan word, te aanvaar – selfs waar dit wyer strek as die daarstelling van blote willekeurigheid van die uiterlike gedrag.

'n Deeglike begrip van die misdaadelementologiese bou van die pogingsmisdaad sal ook begripshelderheid meebring ten opsigte van misdade waarby die bestaan van 'n besondere "opset" deel vorm van die misdaadoms krywing (bv aanranding met die opset om ernstig te beseer) en statutêre misdrywe waar die wilslement op 'n wyer grondslag as blote willekeurigheid van 'n uiterlike gedraging in 'n misdaadoms krywing opgeneem is. (Vgl Die Wet op Terrorisme 83 van 1967 a 2(1). Sien ook Jescheck 1975 *CILSA* 112, veral op 116, waar aangetoon word dat misdaadelementologiese probleme tov pogingsmisdade en ander misdade waar 'n spesifieke opset vereis word, gelei het tot 'n drastiese omwenteling in die Duitse strafregleer.)

Kom hierdie benadering en die erkenning van ondeugdelike poging (tot diefstal) as 'n misdaad neer op die noodwendige negering van die de minimis non curat lex-beginsel soos dit in *S v Kgogong* aanvaar is? Beslis nie. In sommige gevalle mag dit bloot prima facie so lyk. Die misdaadoms krywing van diefstal en dié van poging tot diefstal verskil egter in sekere wesenlike opsigte van mekaar. Gevolglik kan 'n geval wat op 'n onbenulligheid neerkom met verwysing na die misdaad diefstal (waar die klem by die wederregtelikhedsvraag op die "objektiewe" faktore val), moontlik geensins 'n onbenulligheid wees met verwysing na die misdaad poging tot diefstal (waar die klem by die wederregtelikhedsvraag op die wilsgerigtheid van die dader val) nie.

Indien die beslissing in *S v Kgogong* ten opsigte van die gelding van die stelreël de minimis non curat lex dus korrek is, kan dit oplaas wel volkome versoen word met die erkenning van pogingsmisdade – selfs waar ondeugdelike poging voorhande is.

L KOK

Kantoor van die Prokureur-Generaal Transvaal

DIE “DUISTERHEID” VAN DEELNEMING EN POGING

Dit is jammer dat 'n skrywer soms verplig word om aan een van sy lesers te verduidelik wat met sekere stellings bedoel word. Die rede kan natuurlik daarin geleë wees dat die skrywer aanvanklik nie sy denke helder kon oordra nie, of dit kan wees dat die leser, om die een of ander rede, die vanselfsprekende uit die oog verloor het. Misverstand is dan sy voorland. 'n Voorbeeld hiervan vind ons in 1980 *THRHR* 312 waar Bertelsmann skrywer hiervan se stellings in 1977 *De Jure* 162 en 1980 *THRHR* 195 afkam en tegelykertyd die geleentheid te baat probeer neem om Van der Merwe se standpunte in sy *Praelectionum ad Juris Poenalis Principa Compendium* (hierna die *Compendium* genoem) met 'n steelhou by te kom. In die poging om die verkondigde standpunte as foutief af te maak, begaan Bertelsmann myns insiens 'n aantal ernstige flaters:

Waar Bertelsmann in die eerste plek aanvoer dat in genoemde twee aantekeninge betoog is dat medepligtigheid, en in dieselfde asem ook poging, uitlokking en begunstiging, sonder verwysing na 'n bepaalde ander misdaad reeds 'n besondere misdaad is, tas hy heeltemal mis. In 1980 *THRHR* 195 198 verklaar skrywer juis:

“In beide gevalle is aksessoriteit die enigste besondere vereiste wat aanwesig moet wees *alvorens die misdaad as voltooid beskou kan word*” (my kursivering).

Ons reg ken nie medepligtigheid en poging as ongepresiseerde misdade in abstracto nie, en daar is ook nie betoog dat dit die geval is nie. Wat wel aangevoer is, is dat 'n medepligtige of poger steeds dader is van 'n besondere medepligtigheds- of pogingsmisdad, welke misdaad omskryf word met verwysing na dit wat die dader bevorder het of probeer doen het. Van der Merwe in die 1980 uitgawe van *Compendium* 107(1) som die posisie myns insiens raak op:

“Die feit dat daderskap, medepligtigheid en poging nie op sigself as besondere misdade aan te merk is nie, beteken nie dat hierdie dinge nie steeds die pleging van 'n besondere misdaad deur dader, medepligtige en poger postuleer nie . . . Omdat die besondere medepligtigheds- of pogingsmisdade legio is, is gerieflikheidshalwe van die genus-begrip medepligtigheds- en pogingsmisdad gepraat.”

Dat Bertelsmann ongelukkig nie die betoog gesnap het nie, blyk veral uit sy stelling op 312–313:

“Medepligtigheid moet begin presies waar daderskap ophou. Twee begrippe wat so onmiddellik aan mekaar grens kan nie op verskillende vlakke tuishoort nie. Daarom is dit so moeilik om te sien hoedat medepligtigheid 'n besondere misdaad kan wees terwyl daderskap dit nie is nie.”

Daderskap, en net so ook poging en medepligtigheid, is steeds die resultaat van die aanwesigheid van algemene en besondere voorvereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid in 'n besondere geval. Die feit dat 'n persoon 'n handeling verrig het, maak hom nog nie dader nie, tensy die ander voorvereistes vir sy aanspreeklikheid aanwesig is. Omdat hy 'n misdaad bedink, is hy nog nie poger nie, tensy die ander voorvereistes vir aanspreeklikheid aanwesig is. Die sogenaamde algemene beginsels van die strafreg is eenvoudig algemene voorvereistes vir strafregtelike verantwoordelikheid, met ander woorde vir daderskap. Omdat daderskap beswaarlik sigself as voorvereiste kan omvat, moet dit duidelik wees dat

dit geen sin het om daderskap as algemene beginsel van die strafreg aan te merk nie, te meer daar daderskap begripsmatig steeds ook die aanwesigheid van besondere voorvereistes postuleer.

Alhoewel dit moeilik is om Bertelsmann se gedagtegang deurgaans te volg, wil dit uit sinsnedes soos

“ ’n strafregtelike verbod verwys gewoonlik, hetsy uitdruklik of by implikasie, alleen na die dader en na die voltooide misdaad” (313)

voorkom asof hy in ’n strik getrap het deur die handelingselement van ’n misdaad met die begrip daderskap te verwar. ’n Betrokke verbod toon gewoonlik aan welke handeling as voorvereiste vir daderskap in ’n betrokke geval diens doen, maar handeling en daderskap is vir die juris nou eenmaal nie kongruente begrippe nie. Tereg verklaar Van der Merwe *Compendium* 107(1):

“Daar is dus geen sprake daarvan dat medepligtigheid, poging en daderskap begrippe op verskillende vlakke is nie. . . . Waar . . . die misdade moord, medepligtigheid aan moord en poging tot moord seer sekerlik deel van ons strafregstelsel uitmaak, kan die daderskap van die beskuldigde by ’n skuldigbevinding aan moord of medepligtigheid aan moord of poging tot moord nie misken word nie.”

Wanneer daar eenmaal eenstemmigheid daaroor is dat medepligtigheid en poging nie misdade in abstracto is nie, behoort daar nie meer enige geskilpunt tussen skrywer en Van der Merwe enersyds en Bertelsmann andersyds, te bestaan nie. Laasgenoemde gee self op 313 te kenne dat hy nie veel in geskil het met so ’n standpunt nie. Dit is egter nodig om die lug te suiwer deur te wys op enkele ander mistastinge wat uit Bertelsmann se bydrae blyk:

Waar Bertelsmann aanvoer dat poging tot moord nie ’n selfstandige bestaan naas moord as misdaad het nie, omdat, so beweer hy, in beide gevalle ’n aantasting van dieselfde regsgoed voorhande sou wees, verloor hy ’n belangrike aspek uit die oog. In die strafreg is dit nie die privaatbelang, soos verteenwoordig deur regsgoedere, wat vooropgestel word nie, maar wel die algemene belang. Van der Merwe *Compendium* 107(2) stel dit myns insiens in perspektief waar hy verklaar:

“Die aantasting van ’n regsgoed kan hoogstens substraat wees van die gemeenskapskadelike van ’n handeling. Ook mag dit gerieflik wees om misdade in te deel met verwysing na dergelike substrate, maar substraat moet nie tot onregmatigheidskriterium vervorm word nie. Om poging tot moord as misdaad te ontken, is nie alleen strydig met die werklikheid nie, maar ook is die gemeenskapskadelike by poging tot moord nie identies met dié by moord nie. By poging tot moord is die afkeurenswaardige van die optrede, die gemeenskapskadelike, geleë in die manifestasie van die voorneme, die wilsinhoud, om ’n mens te dood, terwyl by moord dit om die daadwerklike neem van ’n lewe gaan. Die substraat of regsgoed waarom dit gaan, is by poging tot moord derhalwe nie dieselfde as by moord nie, eenvoudig omdat in eersgenoemde geval nog geen inbreuk op die lewe gemaak is nie.”

As dié standpunt nie opgaan nie, is die skuldigbevinding aan poging tot vrugafdrywing, waar die foetus nie meer lewe nie, in *R v Davies* 1956 3 SA 52 (A) onhoudbaar. In daardie geval het die regsgoed, naamlik die lewende vrug, wat by vrugafdrywing ter sprake kom, nie eers meer bestaan nie.

Waar Bertelsmann (315) verklaar dat poging tot moord nie 'n selfstandige misdaad kan wees nie, omdat opset op al die elemente van die misdaad moet slaan en "die opset by poging tot moord daarop gerig moet wees dat 'n ander mens se dood nie intree nie," begaan hy verskeie flaters. Eerstens, anders as wat Bertelsmann te kenne gee, ontken skrywer hiervan juis dat opset op al die elemente van 'n misdaad slaan. So kan 'n persoon se opset beswaarlik op opset of toerekeningsvatbaarheid as misdaadelemente gerig wees. En hoe gemaak in geval van 'n misdaad met skuldelement pro parte opset en pro parte nalatigheid - 'n moontlikheid geopper in *Ngwenya* 1979 2 SA 96 (A) 100?

In die tweede plek blyk dit duidelik uit die misdaadoms-krywing van poging tot moord (sien 1977 *De Jure* 162 163) dat die opset juis moet slaan op die verwesenliking van 'n ander misdaad, in hierdie geval moord. Die wil is dus, anders as wat Bertelsmann op 315 betoog, nie gerig op poging tot moord nie, maar wel op moord. Anders gestel, 'n persoon poog nie om te poog om iemand te probeer doodmaak sonder om hom te dood nie. Had Bertelsmann besef dat poging tot moord 'n besondere misdaad daarstel, sou hy meer noukeurig op die misdaadoms-krywing gelet het en sou sy betoog ad absurdum agterweë kon bly.

'n Verdere dwaling wat Bertelsmann begaan, is om aan te voer dat 'n voorbereidingshandeling wat wel "aan die opsetsvereistes voldoen," nie strafbare poging daar kan stel nie (315). Hy het voorwaar 'n vindingryke voorbeeld bedink, maar myns insiens sal 'n juiste aanwending van die boni mores as onregmatigheidskriterium spoedig aan die lig bring dat onregmatigheid in die betrokke geval ontbreek. Immers, de minimis non curat lex. Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd I 320 moet gelyk gegee word dat die aanwending van hierdie stelreël getuig van afwesigheid van onregmatigheid. Die boni mores, synde die regsdoortuiging van die gemeenskap, verg immers nie dat onbenullighede met strafregtelike optrede besoek moet word nie.

Bertelsmann op 315 ondervind blykbaar moeilikheid met die begrip boni mores as algemene onregmatigheidskriterium. 'n Mens moet daarteen waak om nie deur 'n simplisties-letterlike vertaling van dié term in die waan te verkeer dat enkel 'n sedemaatstaf voorhande is nie. Sien skrywer hiervan se bydrae in 1975 *THRHR* 383. Vgl Van der Merwe 1975 *SALJ* 174; Boberg 1975 *SALJ* 361 364 en *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A).

Dit is baie interessant dat Bertelsmann soveel moeite doen om poging nie as 'n selfstandige misdaad te wil sien nie, maar uitlokking wel. Soos reeds hierbo aangetoon, moet daarteen gewaak word om privaatregtelike regsgoedere tot heilige koeie van die strafreg te verhef en aldus die publiekregtelike akker te oorbewei. In die strafreg staan die gemeenskaplikskadelike en nie die individueel nadelige nie, voorop.

Die praktiese belang daarvan om poging om 'n besondere misdaad te pleeg en medepligtigheid aan 'n besondere misdaad as selfstandige misdade aan te merk, blyk uit die noodsaaklikheid daarvan om in

gepaste gevalle 'n persoon wat poog om medepligtig te wees aan die pleging van 'n bepaalde misdaad, te straf. Om met 'n voorbeeld te volstaan: A oorreed 'n meisie om na 'n kamer te gaan en probeer om B, 'n bekende wellusteling, te beweeg om ook na die betrokke kamer te gaan, wetende dat B die meisie dan sal verkrag. B weier om na die kamer te gaan. Daar word aan die hand gedoen dat A skuldig is aan poging tot medepligtigheid aan verkragting. Indien medepligtigheid tot verkragting nie 'n eie besondere misdaad is nie, omdat, soos Bertelsmann op 313 betoog, deelneming 'n element van ons strafreg is en nie 'n misdaad nie, sal A moet vry uitgaan, omdat geen misdaad voorhande is wat hy probeer pleeg het nie. Die resultaat kan nie onderskryf word nie.

In aansluiting by bogenoemde moet nog na die volgende verwys word: Indien B wel by die dame in die kamer kom, haar aanval, maar dan sy Moses teëkom voordat hy in sy doel slaag, omdat sy 'n karatekenner is, ontstaan die vraag of A nou vry moet uitgaan. B het nie verkragting gepleeg nie, slegs poging tot verkragting. Indien poging tot verkragting 'n besondere misdaad is, is A aanspreeklik as medepligtige aan poging tot verkragting. As poging egter slegs 'n "element" van die misdaad is en nie 'n misdaad self nie, moet A vry uitgaan, omdat daar nie aan die aksessoriteitsvereiste voldoen is nie. Indien 'n persoon in die feitestel van *R v W* 1969 1 SA 1 (A) die hande van die lyk vasgehou het, menende dat sy leef en weerstand sal bied, moet hy skuldig bevind word aan poging tot medepligtigheid aan verkragting. Raadpleeg verder *Marita Barnard* 22/49/78 (streekhof: Pretoria) vir 'n geval waar 'n beskuldigde skuldig bevind is as medepligtige aan poging tot vrugafdrywing.

AJ VAN WYK
Streeklanddros, Kimberley

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1980 toegeken is aan:

AD BOTHA

(Regsadviseur, Lewensversekeringsmaatskappy)

Die Butterworth-prys – regsboeke ter waarde van R100 – 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 eerste substansiële bydrae 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 redaksiekomitee behartig die beoordeling aan die einde van die kalenderjaar. Die redaksiekomitee 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.

Vonnisse

SHELL AND BP SOUTH AFRICAN PETROLEUM REFINERIES (PTY) LTD v OSBORNE PANAMA SA 1980 3 SA 653 (D)

Suiwer ekonomiese verlies – deliktuele aanspreeklikheid weens bemoeïing met 'n kontraktuele verhouding

Die probleem van deliktuele aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies (dit wil sê vermoënskade wat nie die gevolg van persoonlikheidskrenking of saakbeskadiging is nie) het in die jongste tyd meermale die aandag van die regspraak geniet. In *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) het die appèlhof onomwonde erkenning aan nalatige wanvoorstelling as deliktuele aksiegrond verleen. (Sien hieroor Neethling en Potgieter 1980 *De Rebus* 179–182. Terloops kan opgemerk word dat hoofregter Rumpff se voorstel (829) dat die uitdrukking “nalatige wanvoorstelling” deur “nalatige wanbewering” vervang behoort te word, vatbaar is vir kritiek. Wanbewering slaan naamlik net op misleiding deur woorde terwyl gedrag of optrede ook 'n verkeerde indruk kan skep.) Verder het die appèlhof in *Hefer v Van Greuning* 1979 4 SA 952 (A) 958–959 in beginsel aanvaar dat die actio legis Aquiliae beskikbaar is vir die eienaar van 'n saak teen 'n ander wat die saak onregmatig besit, hou of gebruik indien die eienaar skade ly bloot as gevolg van die feit dat die daadwerklike beheer en gebruik waarop hy as eienaar geregtig is, hom ontnem word. Die saak self hoef nie beskuldig te wees nie. Dan is daar die belangrike beslissing in *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N). Hier was A 'n bedrag geld aan

B verskuldig. A stuur die bedrag per tjek oor die pos. Onderweg word die tjek gesteel en weens A se nalatigheid is die dief in staat om die tjek te wissel en met die geld te verdwyn. Die hof stel A deliktueel teenoor B aanspreeklik. Uit hierdie uitsprake blyk duidelik dat die regspraak in beginsel nie gekant is teen die erkenning van Aquiliese aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies sonder “physical injury to person or property” nie (vgl. nietemin *Combrinck Chiropraktiese Kliniek (Edms) Bpk v Datsun Motor Vehicle Distributors (Pty) Ltd* 1972 4 SA 185 (T)).

Hierdie houding blyk ook uit die onderhawige beslissing. Die verweerder se skip het die eisers se meerboei (SBM) op 'n nalatige wyse beskadig. Dit het tot gevolg gehad dat die aflaaï van die tenkskip (die Mobil Petroleum) waarvan die tweede eiser die huurder en bevragter was, verdraag is en dat die tweede eiser bygevolg meer lêgeld aan die verhuurder ingevolge die ooreenkoms tussen hulle moes betaal vir die vertragingstydperk. Die tweede eiser vra 'n verklarende bevel dat die verweerder vir die verhoogde lêgeld aanspreeklik is. Regter Howard verklaar:

“This is a claim for the recovery of pure economic loss, in the sense that the damages suffered by the second plaintiff do not arise from physical injury to its property. As already indicated, the tanker *Mobil Petroleum*

was not owned by the second plaintiff, sustained no physical damage, and was not within sight of the SBM when the collision occurred. It may be accepted in the light of the evidence that a reasonably foreseeable consequence of the collision and the damage to the SBM was economic loss (on account of delays and liability for demurrage) to the owners or charterers of vessels intending to discharge their cargoes at the SBM. However, according to my understanding of the law, that is not sufficient to render the defendant delictually liable to compensate the second plaintiff for its loss. A further requisite for liability is the existence of a duty of care owed by the defendant to the second plaintiff as charterer of the *Mobil Petroleum*. This refers of course to the policy-based aspect of the 'duty of care' concept, by means of which the scope of delictual liability is judicially controlled. It is concerned with whether the defendant's conduct was unlawful or wrongful (onregmatig) *vis-à-vis* the second plaintiff as charterer of the *Mobil Petroleum*, and not with the questions of fault (skuld) or causation. Cf *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 (3) SA 824 (A) at 832-834"

en verder

"In the present case the second plaintiff was merely a time charterer of a vessel which was neither damaged nor exposed to any risk of damage resulting from the defendant's negligence. Moreover, it has not been shown that the defendant should have foreseen the possibility of loss (on account of delay and liability for demurrage) to the second plaintiff specifically. In the light of the evidence this kind of loss was only contemplated in relation to an unascertained class of potential victims, namely the owners or charterers of vessels intending to discharge oil at the SBM, and it is only because the second plaintiff is a member of that class that its loss was reasonably foreseeable. From the defendant's point of view the class was unascertained because its membership depended on variables such as how many ships had joined or were committed to joining the queue and how long the SBM would be out of commission as a result of the collision."

Gevolglik besluit die regter dat die verweerder geen "duty of care" teenoor die eiser gehad het nie en dat die eis faal.

Hierdie uitspraak verg nadere beskouing. In eerste instansie is dit baie belangrik om daarop te let dat mens hier met die nalatige bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding deur 'n derde te make het. Die nalatige optrede van die verweerder het naamlik 'n verswaring van die kontraktuele verpligtinge van die tweede eiser teenoor die verhuurder van die Mobil Petroleum teweeggebring. Voor die beslissing in casu was die algemene standpunt van die regspraak dat die nalatige bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding deur 'n derde nie ageerbaar is nie (sien by *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd* 1956 1 SA 577 (A); *Nkabinde v SA Motor and General Ins Co Ltd* 1961 1 SA 302 (N); *Kruger v Strydom* 1969 4 SA 304 (NK)). Nou aanvaar regter Howard myns insiens in beginsel dat die derde wel aanspreeklikheid kan opdoen mits aan die vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid voldoen word.

Die belangrikste vereiste vir aanspreeklikheid, en terselfdertyd die belangrikste faktor om die vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid in die onderhawige verband te temper, is volgens die regter dié van onregmatigheid. Onregmatigheid word bepaal met verwysing na die vraag of daar 'n regsplig ("duty of care") op die verweerder gerus het om sorgsaam teenoor die tweede eiser op te tree. Hierdie vraag op sy beurt word beantwoord aan die hand daarvan of skade aan die tweede eiser spesifiek redelikerwys voorsienbaar was. So-danige benadering is myns insiens vatbaar vir kritiek. Redelike voorsienbaarheid het hoegenaamd geen rol te speel by die vraag na die vasstelling van die regsplig by onregmatigheid nie aangesien onregmatigheid *ex post facto* beoordeel word.

Die funksie wat voorsienbaarheid tradisioneel vervul by die bepaling van die Engelsregtelike "duty of care" behoort uit ons reg geweerd te word (sien hr Rumpff se bespreking in die *Trust Bank*-saak 833-834). Onregmatigheid word basies bepaal aan die hand van die boni mores of redelikhedskriterium. Dié kriterium behels 'n afweging van die belange van die botsende partye. By hierdie afwegingsproses is die gemeenskapsbelang ook relevant en kan veral beleids-oorwegings 'n belangrike rol speel (sien Neethling en Potgieter 179-180). Beleids-oorwegings wat al met betrekking tot aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies in ag geneem is, blyk uit die volgende dictum in die *Greenfield*-saak (916-917):

"Looking at the facts in the plaintiff's . . . claim it is important that the extent of the potential loss is finite. Nor is it necessary in such a situation for a defendant to speculate as to the identity of the possible claimant. It is a case of a single loss occurring but once and hardly likely to bring in train a multiplicity of actions. The loss, moreover, is a direct and not indirect economic consequence of the defendant's negligence. If I may borrow from the language of an American decision (*Rozny v Marnul* (1969) 43 III at 54, 250 NE 2d at 656): 'The situation is not one fraught with an overwhelming potential liability'. Trying to balance the individual interests of the claimant against the broader ones of the community I am unable to perceive that the imposition of liability in a case such as this is likely to prove socially calamitous."

Die voorgaande beteken egter nie dat die toets van redelike voorsienbaarheid van skade aan die betrokke eiser geen funksie het by die vasstelling van aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies nie. Soos in casu blyk (en ook met betrekking tot nalatige wanvoorstelling: sien Neethling en Potgieter 181-182), kan dié toets 'n belangrike rol speel, maar dan by die vraag na aanspreeklikheidsbegrensing of toerekenbaarheid van

skade, dit wil sê die vraag vir welke gevolge van sy onregmatige en nalatige optrede die dader aanspreeklik gehou moet word.

In hierdie verband kan met redelike sekerheid aanvaar word dat die benadeling van 'n besondere persoon redelikerwys voorsienbaar is indien sy *identiteit* op die oomblik van die dader se onregmatige en nalatige optrede reeds *vasstaan*, of indien die dader op daardie oomblik *gewees* het wie deur sy optrede benadeel *gaan* (nie *kan* nie) word (vgl *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK) 705-706; Neethling en Potgieter 182 ivm nalatige wanvoorstelling). Hierdie opvatting blyk ook uit die onderhawige uitspraak. Regter Howard beklemtoon naamlik die feit dat die ekonomiese verlies van die tweede eiser nie redelikerwys voorsienbaar was nie omdat die Mobil Petroleum nie *in sig* van die meerboei was toe die verweerder die botsing laat plaasvind het nie. Hieruit kan die afleiding gemaak word dat indien die Mobil Petroleum wel op daardie tydstip *in sig* van die verweerder was en die verweerder dus *gewees* het dat die eienaar of huurder van dié tenkskip deur 'n botsing met die meerboei benadeel kon word, benadeling van die tweede eiser as redelikerwys voorsienbaar beskou sou word en dat sy eis dienooreenkomstig waarskynlik sou geslaag het. Dié slotsom noop die verdere afleiding dat die verweerder se optrede wel onregmatig *vis-à-vis* die tweede eiser was. Van toerekenbaarheid van skade aan 'n dader kan daar tog eers sprake wees indien onregmatigheid reeds *vasstaan*. Om die benadeling van die tweede eiser om regspolitieke oorwegings as regmatig te bestempel, gaan nie op nie. Die gevaar van 'n "multiplicity of actions" wat "socially calamitous" kan wees, was beslis uitgesluit. Dit sou tog slegs die posisie gewees het indien die benadeling van 'n groot aantal huurders of eienaars van skepe wat die meerboei wou gebruik, op

die oomblik van die botsing in bogenoemde sin redelikerwys voorsienbaar was.

Mens kan dus tot die slotsom geraak dat 'n aksie gegrond op die nalatige bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding deur 'n derde slegs om beleidsoorwegings afgewys behoort te word indien die verweerder inderdaad 'n te wye aanspreeklikheid sal oploop (waarmee bedoel word dat in die geval van 'n "multiplicity of actions" elkeen van die eise beslis sal slaag omdat, afgesien van ander aanspreeklikheidsvereistes, elkeen van die eise ook redelikerwys voorsienbaar is). Wanneer dit die geval sal wees, sal

van die betrokke omstandighede afhang. Waar byvoorbeeld slegs 'n enkele eis (of benadeling) redelikerwys voorsienbaar is terwyl daar 'n element van spekulاسie bestaan oor die identiteit van ander moontlike eisers (hulle behoort met ander woorde tot "an unascertained class of potential victims"), behoort die eerste eis nie eens regspolitieke oorwegings te faal nie. Aanspreeklikheid met betrekking tot die ander moontlike eisers word in sodanige geval deur redelike voorsienbaarheid as aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf uitgesluit.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

SIZANI v MINISTER OF POLICE 1980 3 SA 1205 (SOK)

Aanranding – bewys van opset – bewyslas ten opsigte van verweer van selfverdediging

In hierdie geval, in 'n dispuut tussen die litigante wat ontspring het uit die feit dat eiser deur 'n polisieman met laasgenoemde se diensrewolwer geskiet is om redes wat niks met sy diensaktiwiteit as polisieman te make gehad het nie, het twee aspekte vir beslissing na vore getree. Eerstens moes uitgemaak word of die polisieman, soos laasgenoemde in sy verweerskrif beweer, die eiser uit selfverdediging verwond het. Tweedens, indien bevind sou word dat daar nie uit selfverdediging gehandel is nie, moes beslis word oor die middellike aanspreeklikheid van die eerste verweerder vir die aanranding wat deur die polisieman gepleeg is.

Wat die eerste vraag betref, beslis die hof by monde van regter Kanne-meyer dat selfverdediging nie bewys is nie (1209G-H). Hierna gee die tweede vraag vir die hof geen probleme nie aangesien daar sonder meer beslis kon word dat sodanige aanranding so klaarblyklik nie uit die polisieman se diensaktiwiteit voortgespruit het of in die loop van sy diensverrigting begaan

is nie, dat sy werkgewer nie vir die gevolge daarvan middellik aanspreeklik gehou kan word nie (1210B-E).

Laasgenoemde aspek van die uitspraak verdien sonder meer instemming, maar met betrekking tot die hof se hantering van die eersgenoemde aspek moet op 'n moontlike knelpunt gewys word. Alvorens regter Kanne-meyer op die getuienis beslis het dat selfverdediging nie bewys is nie, het hy dit naamlik 'n geskikte geleentheid gevind om oor die ligging van die bewyslas ten opsigte van selfverdediging in siviele verrigtinge te besin (1207C-D). Juis oor sy siening hiervan moet bedenkinge geopper word.

Die hof stel ten aanvang die welbekende reël van die strafreg, te wete dat die staat in 'n strafsak die bewyslas dra om 'n verweer van selfverdediging, indien dit deur die verweerder geopper is, te weerlê (1207D-E). Nadat die hof daarop gewys het dat hierdie kwessie nog nie met betrekking tot siviele gedinge deur die appèlafdeling besleg is nie (1207E), gaan regter Kannemeyer

voort om aan te toon dat daar nie uit beslissings van ander afdelings wat al hieroor uitspraak gegee het, 'n eenselwige standpunt blyk nie.

Enersyds is daar die standpunt van die Noord-Kaapse afdeling (*Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK) 301 en *Brown v Hoffman* 1977 2 SA 556 (NK) 556) wat inhou dat die bewyslas op die eiser rus om te bewys dat die verweerder onregmatig en animo injuriandi opgetree het toe hy die eiser beseer het. Waar die verweerder selfverdediging pleit, erken hy dus eintlik dat hy die eiser beseer het maar ontken hy dat dit as onregmatig beskou moet word en stel die eiser tot die bewys daarvan.

Andersyds is daar die standpunt wat reeds vroeër (*Ntanjana v Vorster and Minister of Justice* 1950 4 SA 398 (K) 405) deur die Kaapse hof ingeneem is, te wete dat die verweerder die bewyslas ten opsigte van sy verweer van selfverdediging dra. In hierdie kader val ook die goedberedeneerde uitspraak van 'n volbank van die Natalse afdeling in *Sayed v Potgieter* 1979 3 SA 354 (N).

In die onderhawige saak skaar regter Kannemeyer hom by die standpunt wat in *Wessels v Pretorius* supra ingeneem is (1209F). Die verskil tussen die twee benaderingswyses wat hierbo gestel is, lê volgens regter Kannemeyer in die wyse waarop die kwessie rakende die bewys van die onregmatigheid van die verweerder se gedraging hanteer word (1207G-H). Hiermee is geen fout te vind nie.

Die hof neem die definisie van aanranding, synde 'n onregmatige, opsetlike aantasting van die persoon van 'n ander, as uitgangspunt. 'n Bewering van aanranding veronderstel dienooreenkomstig reeds dat die gewraakte gedraging as onregmatig en opsetlik getipeer kan word (1207H).

Vervolgens verklaar regter Kannemeyer dat die opsetvraag in die onderhawige soort geval uitgemaak

kan word op grond van die verweerder se erkenning dat hy die eiser geskiet het en die ander getuienis:

“ . . . the question of intention is resolved by the fact that the second defendant admits that he fired a shot at the plaintiff and from the evidence it is clear that he did so intentionally” (1207H).

Hoe die hof kan bevind dat die verweerder die opset gehad het om die eiser aan te rand alvorens vasgestel is of daar van onregmatigheid sprake is, val moeilik in te sien. Indien die geykte beskouing oor opset, as die verwyrt wat 'n dader tref omdat hy sy wil op die bewerkstelling van die gewraakte gevolg gerig het (wilsgerigtheid) wel wetende dat daardeur inbreuk op die regte van 'n ander gemaak word (onregmatigheidsbewussyn) (*Maisel v Van Naeren* 1960 4 SA 836 (K) 840 849-850; *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA (A) 403) gehandhaaf word, is dit onduidelik hoe daar oor opset uitspraak gegee kan word sonder om eers te bevind dat onregmatigheid – wat vry algemeen as geleë in regskenning beskou word (Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) par 21) – aanwesig is. Indien 'n mens andersom te werk sou gaan, is dit onduidelik waarop die dader se onregmatigheidsbewussyn dan sou berus. Al wat regter Kannemeyer dus waarskynlik met die aangehaalde frase bedoel, is dat die getuienis onomstootlik aantoon dat die verweerder sy wil daarop gerig het om die eiser se persoon aan te tas.

Voorts sê regter Kannemeyer dat die verweerder se bewering dat hy uit selfverdediging (noodweer) gehandel het toe hy die eiser geskiet het, eintlik beteken dat die verweerder beweer dat hy sodoende regmatig opgetree het en dus geen aanranding qua aanranding begaan het nie (1207 in fine). Die erkenning deur die verweerder in sy verweerskrif dat hy die aanranding gepleeg het, moet gevolglik beskou word as niks meer as

'n erkenning dat hy die gewraakte handeling verrig het nie (ibid).

Die vraag waaroor dit hier gaan is watter van die volgende twee sienings aanvaar moet word, dié van regter Kannemeyer dat:

“. . . a plea of self-defence does not seek to justify what is *prima facie* an unlawful act, it says that the plaintiff, not the defendant, acted unlawfully” (1209E),

of die siening uitgedruk deur regter Didcott in die *Sayed*-saak (supra 356) dat:

“The plaintiff in litigation such as the present is not required to prove anything in order to stake a claim to the general right [di die reg op sy fisiese integriteit – *Stoffberg v Elliott* 1923 CPD 148]. By law it belongs to him already. The defendant, on the other hand, must rely on some peril and the ensuing occasion for self-defence as the particular circumstances which generate the special right and vest him with it.”

Uit die feit dat regter Kannemeyer nie met regter Didcott se siening van die korrekte benadering tot hierdie kwessie wil akkoord gaan nie, kan natuurlik nie afgelei word dat regter Kannemeyer se standpunt neerkom op 'n ontkenning van die mens se basiese reg op die integriteit van sy liggaam nie. Wat hy eintlik sê is dat hierdie argument ewe goed vir die verweerder (selfverdediger) as vir die eiser (die beseerde) geld. Hiermee moet saamgestem word.

Dat die geykte siening van die effek van die aanwesigheid van 'n regverdigingsgrond op die vraag na die onregmatigheid van 'n veroorsaakte gevolg is om aan te toon dat gevolge wat met die eerste oogopslag as regskenkend voorgekom het, ex post facto in die lig van al die omstandighede as regmatig aangemerkt moet word, gee regter Kannemeyer geredelik toe (1208G). Wanneer dit eger by selfverdediging ('n vorm van noodweer) kom, geld volgens hom ander oorwegings (1208 in fine 1209

E-F). Die rede hiervoor is volgens hom daarin geleë dat daar in 'n selfverdedigingsituasie tussen die botsende aansprake van die beweerde aanvaller en die verdediger gekies moet word (1209 heelbo). Hierdie standpunt van regter Kannemeyer kom baie akademies voor in die tipe feitestel wat voor die hof gedien het. Voor die hof staan 'n klaarblyklik beseerde eiser en 'n onbeseerde verweerder. Oor die mens op wie se fisiese integriteit daar klaarblyklik inbreuk gemaak is, kan dus geen twyfel bestaan nie. Die verweerder erken dan ook dat hy die eiser doelbewus beseer het. Indien 'n mens se *fisiese integriteit* in ons regsgemeenskap wel so hoog aangeslaan word as wat hierbo aan die hand van verskillende uitsprake gesê is, wat graag aanvaar word, kan 'n mens nie anders as om in die onderhawige geval te konkludeer dat daar minstens *prima facie* ook op die beseerde se *reg op sy fisiese integriteit* inbreuk gemaak is nie. En indien dit so is, sal enigiemand wat daardie aantasting van die beseerde se fisiese integriteit teweeggebring het, moet kan aantoon waarom dit wat met die eerste oogopslag regskenkend voorkom in die betrokke omstandighede nie as sodanig aangemerkt kan word nie. Hierdie benadering is ook die wat in *Ntanjana v Vorster* supra en *Sayed v Potgieter* supra gevolg is.

Uit die voorgaande is dit duidelik dat 'n verweerder wat 'n pleit van selfverdediging opper die onregmatigheid van die gevolge wat hy teweeggebring het in geskil stel. Dat dit by selfverdediging, soos by al die gevalle waar privaatregtelike onregmatigheid in geskil is, om 'n afweging van die botsende belange van die betrokkenes gaan, is 'n fundamentele eienskap van die privaatregerrein. Op daardie terrein gaan dit naamlik juis om die afgrensing van reghebbendes se aansprake op regsobjekte (in casu die fisiese integriteit) teenoor mekaar, om deur die handhawing van 'n dinamiese ewewig tussen daardie werklik of

potensieel botsende belange 'n ordelike lewe in die gemeenskap moontlik te maak. Om dus, soos regter Kanne-meyer doen (1209 heelbo), selfverdediging anders te gaan behandel omdat dit kwansuis juis daarby om 'n afweging van die botsende belange van die betrokkenes sou gaan, is niks anders as 'n *petitio principii* nie.

'n Vraag wat voorts in die onderhawige verband gestel kan word, is of selfverdediging nie in wese 'n *remedie* is wat (uiteraard) as 'n verweer gepleit word nie. Indien dit wel as 'n remedie beskou moet word, spreek dit eintlik vanself dat die bewyslas ten opsigte van die *facta probanda* vir sukses daarmee op die verweerder moet rus (kyk *Pillay v Krishna* 1946 AD 946 952; Hoffmann *The South African Law of Evidence* 2e uitg (1970) 346; Schmidt *Die Bewysreg* (1972) 27; Joubert *The Law of South Africa* bd 9 par 570; *Phipson on Evidence* 12e uitg (1976) par 91 e v).

Die buiteregtelike remedie van eierigting word, aangesien die beginsel is dat niemand die reg in eie hande behoort te neem nie, slegs in uitsonderingsgevalle toegelaat (McKerron *The Law of Delict* 7e uitg (1971) 234; Van der Walt op cit par 55). Geoorloofde eierigting kom as remedie ter sprake in verskillende tipes omstandighede. Een voorbeeld daarvan word aangefre in verband met oorlas ("nuisance") (Hall *Maasdorp's Institutes of South African Law* bd II *The Law of Property* 10e uitg (1976) 92; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 130). 'n Verdere terrein waarop eierigting binne streng perke toegelaat word, is by kontraspolie, waar die gespolieerde deur sy eie ingreep sy fisiese beheer oor die saak mag herwin (Van der Merwe op cit 93 94; Hall 20 vn 51). Noodtoestandshandeling is eweneens gevalle van geoorloofde eierigting (Van der Walt op cit par 28 29 55; McKerron op cit 74; Jolowicz, Lewis en Harris *Winfield and Jolowicz on Tort* 9e uitg (1971) 646).

Dat noodweersoptrede, waarvan selfverdediging 'n verskyningsvorm is, eweneens wesenlik 'n vorm van geoorloofde eierigting is, kan myns insiens nie geloënstraf word nie. (In dieselfde rigting dink Van der Walt skynbaar waar hy sê (op cit par 29): "It seems as if a law of the survival of the fittest prevails in such circumstances.") Kyk ook Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 3e uitg (1976) 75. Die beswaar wat teen hierdie siening geopper is in Winfield and Jolowicz op cit 642, naamlik dat selfverdediging nie as 'n remedie beskou kan word nie omdat dit op voorkoming eerder as herstel van nadeel gerig is, hou nie steek nie.) Aangesien 'n verweer van selfverdediging dan niks anders is as 'n beroep op die buiteregtelike remedie van eierigting nie, behoort die bewyslas ten opsigte van selfverdediging op die verweerder te rus. (Met hierdie slot-som sou ook in die Anglo-Amerikaanse reg instemming betuig word - Street *The Law of Torts* 6e uitg (1976) 77; 17 ALR 2d 600; Prosser *Law of Torts* 4e uitg (1971) 109.)

Dit beteken dat die bewyslas ten opsigte van selfverdediging op die verweerder rus omdat hy wesenlik op 'n remedie steun, al is dit 'n remedie wat eers ter sprake kom wanneer die eiser 'n *prima facie*-saak op grond van aanranding daargestel het.

'n Mens kan dienoooreenkomstig die hoop uitspreek dat die appèlafdeling, wanneer die geleentheid hom voordoen, duidelik die bewyslas ten opsigte van selfverdediging in sivilregtelike litigasie op die verweerder wat daarop steun, sal plaas.

CFC VAN DER WALT
Die Potchefstroomse Universiteit vir
 CHO

WASSERMAN v SACKSTEIN 1980 2 SA 536 (O)

Fideicommissum – aard van die fideicommissarius se reg

In hierdie saak het die regsposisie van 'n fideicommissarius weer eens ter sprake gekom. Die feite van die saak is nie vir hierdie bespreking van veel belang nie en sal net kortliks weergegee word. Die applikant se ouers het 'n gesamentlike testament gemaak waarin hulle onder andere bepaal het dat as sy vader eerste sterf die restant van hul boedel aan trusteees bemaak sou word. Die kapitaal van die trust moes dan tien jaar na die dood van die testatrix aan die uiteindelijke begunstigdes uitbetaal word. Die applikant, een van die uiteindelijke begunstigdes, se vader is inderdaad eerste dood en sy moeder is in 1971 oorlede. Die applikant is in 1976 gesekwestreer en hy het nou onder andere aansoek gedoen om 'n verklarende bevel dat sy belang in die trustkapitaal nie in die kurator van sy insolvente boedel vestig nie.

Die hof bevind dat die testament 'n fideicommissum tot stand gebring het met die trusteees as die fiduciarii en die uiteindelijke begunstigdes as die fideicommissarii (539-540). Die vraag voor die hof was of die applikant by die dood van sy vader gevestigde regte verkry het welke regte deel van sy involente boedel sou uitmaak en in sy kurator sou setel, en of sy regte eers na verloop van tien jaar na sy moeder se dood in hom sou vestig. In laasgenoemde geval sou die regte nie deel van sy insolvente boedel uitmaak nie want artikel 2 van die Insolvensiewet 24 van 1936 sluit spesifiek die voorwaardelike regte van 'n fideikommissêre erfgenaam of legataris uit van die goed wat in 'n insolvente boedel val.

Regter Smuts is van mening dat dit van die bedoeling van die testateurs sal afhang wanneer die uiteindelijke begunstigdes gevestigde regte sal verkry (540D-E). Die regter meen dat

dit natuurlik moontlik is dat die fidusiêre eiendomsreg in die trustee gevestig kan word en dat daar terselfdertyd 'n gevestigde belang in die goed aan die fideicommissarius gegee kan word. Dit volg egter nie dat omdat die fiduciarius geen voordeel uit die goed trek en die fideikommissaris wel bevoordeel word hangende die vervulling van 'n voorwaarde wanneer die goed aan die fideikommissaris sal toekom, dat die fideikommissaris 'n gevestigde belang in die goed verkry nie. Daar mag in hierdie omstandighede aanduidings in die testament wees wat daarop dui dat die fideikommissaris voor vervulling van die voorwaarde geen gevestigde reg verkry nie (541C-E). Die hof ontleed vervolgens die bepaling van die testament en bevind dat die fideikommissaris in casu inderdaad nie sodanige gevestigde regte verkry het nie (541F-543G).

Regter Smuts bespreek dan die verdere argument van die advokaat van die respondent ter ondersteuning van sy standpunt dat die applikant gevestigde regte in die trustkapitaal verkry het. Die advokaat het naamlik aangevoer dat

“a fideicommissary heir under a conditional *fideicommissum* has, as a matter of law, a vested personal right to claim delivery of the bequeathed inheritance or legacy from the fiduciary *a morte testatoris* which right is subject to a resolute condition” (543H).

Vir hierdie standpunt is gesteun op Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 3e uitg (1977) 312-315. As gesag vir hul standpunt verwys Van der Merwe en Rowland na *Barnhoorn v Duenhage* 1964 2 SA 486 (A). Volgens regter Smuts is hierdie saak egter nie steun vir die opvatting dat die fideikommissaris die houër van 'n reeds bestaande reg is nie.

"It has consistently been the view of not only Roman-Dutch writers but also of South African Courts that a fideicommissary heir under a conditional *fideicommissum* has merely a *spes*" (544A).

Die hof beroep hom op *Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 AD 491 en Voet 71 13.

In die *Barnhoorn*-saak het A 'n plaas aan B bemaak met 'n fideicommissum ten gunste van C. Voor afloop van die fideikommissêre termyn gee C aan D 'n opsie om die plaas te koop binne ses maande na B (of sy vrou) se dood. Toe D die opsie uitoefen, weier C transport en voer aan dat hy voor verlening van die opsie reeds sy "rights as fideicommissary heir" aan sy kinders gesedeer het. Met 'n beroep op die stelreël *qui prior in tempore, potior in iure* bevind die hof dat die kinders se regte eerste gevestig het en D se eis misluk derhalwe.

Die aard van die reg van die fideikommissarius word nie in besonderhede bespreek nie. Trouens dit is nie baie duidelik wat die appèlhof se siening oor die aard van sy reg is nie. Met verwysing na Sandé (*De Actionum Cessione* 5 4) sê waarnemende appèlregter Hoexter dat die fideikommissaris se "fideicommissary rights" gesedeer kan word. Hy gaan dan voort:

"Another point which was raised for the first time in this Court was that the fideicommissary rights of the first respondent to the farm *Zamenkomst*, having been registered against the title deeds of that farm, constituted a real, though contingent, right which could be transferred only by means of a notarial cession duly registered. The answer is that the document signed by the first respondent did not pass transfer of the first respondent's real right but passed only a personal right to claim transfer of the farm *Zamenkomst* on the death of the first respondent's mother. A cession of such a personal right need not be notarially executed" (494E-G).

Kort hierna sê die regter weer dat die

"... personal right which was conferred on the minors by the cession was prior in time to the personal right conferred on the late *Barnhoorn* by the option..." (494H).

Uit regter Hoexter se verwysing na Sandé lei regter Smuts in die *Wasserman*-saak af dat die appèlhof van mening is dat die fideikommissaris net 'n spes het. Sandé sê naamlik dat nie net 'n aksie nie maar ook 'n *furtae actionis spes* ("expectation of a future action") gesedeer kan word. Regter Smuts meen dan dat die latere verwysings na "personal right" gesien moet word in die lig van wat in die voorafgaande paragraaf gesê is omtrent die sessie van sy spes deur die fideikommissaris. Die hof in die *Barnhoorn*-saak het dus nie bedoel om aan die fideikommissaris meer as net 'n spes toe te ken nie (544H). Regter Smuts gaan dan voort:

"It is to my mind inconceivable that the Appellate Division would... have departed from the view that a fideicommissary heir has only a *spes* in the case of a conditional *fideicommissum* without discussing the matter fully and without reference to any of the authorities that have in the past expressed that view" (544H-545A).

Soos reeds hierbo gesê, blyk dit nie duidelik uit die *Barnhoorn*-saak wat die aard van die reg van die fideikommissaris is nie. Om bloot uit die verwysing na Sandé deur die appèlhof af te lei dat die fideikommissaris net 'n spes het (terwyl later wel van 'n vorderingsreg sprake is), is vir kritiek vatbaar. Dit is veral so as 'n mens na De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg (1978) 228 vn 18 en Lubbe "Die Oordrag van Toekomstige Regte" 1980 *THRHR* 117 se ontleding van Sandé 5 4 kyk. Volgens hierdie skrywers het Sandé nie te maak met 'n spes nie maar met 'n voorwaardelike (dit wil sê 'n bestaande) vorderingsreg. Trouens hierdie skrywers redeneer oortuigend

“. . . dat die verwagting van 'n toekomstige reg [nie] effektiewelik oorgedra kan word voor die materialisering van die reg in die vermoë van die sedent nie” (Lubbe 128; sien ook De Wet en Yeats 228 vn 18).

'n Mens kan jou wel verbind om 'n reg wat in die toekoms mag ontstaan, oor te dra maar die werklike oordrag kan nie voor ontstaan van die reg plaasvind nie.

Hoe dit ook al sy, is dit jammer dat daar nog nie sekerheid oor die aard van die reg van die fideikommissaris is nie. In die verband kan verwys word na die beslissing in *Van der Merwe v Registrateur van Aktes* 1975 4 SA 636 (T) waar regter Eloff in navolging van Van der Merwe en Rowland beslis het dat die fideikommissaris 'n persoonlike reg het (638B-C). 'n Mens kan net hoop dat as hierdie aangeleentheid weer die aandag van die appèlhof geniet die standpunt in *Van der Merwe* se saak nagevolg sal word. (Sien verder Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn *The Law of Succession in South Africa* (1980) 326 wat ook aan die hand doen dat die fideikommissarius eerder die houer van 'n persoonlike reg as 'n spes is. Sien ook Beinart “Fideicommissum and Modus” 1968 *Acta Juridica* 157 211 vn 316.)

As gekyk word na die beskerming wat 'n fideikommissaris geniet, kan beswaarlik tot 'n ander gevolgtrekking gekom word. So kan sy “reg” in die geval van onroerende goed teen die titelaktes van die goed geregistreer word; hy kan 'n interdik verkry om 'n dreigende vervreemding af te weer; hy kan sekuriteit van die fiduciarius eis; hy kan sy “reg” sedeer en waar die fiduciarius die fideikommissêre goed vervreem en hy nie sodanige vervreemdingsbevoegdheid het nie kan die fideikommissaris, by vervulling van die fideikommissêre voorwaarde, die goed in sekere omstandighede met die rei vindicatio opvorder van die persoon aan wie dit vervreem is (sien

in die algemeen Van der Merwe en Rowland 304 e v; Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn 326 e v asook Beinart 206.) Dit is duidelik dat dit uitsonderlike bevoegdheids is om aan die houer van 'n blote spes te verleen.

Volgens Van der Merwe en Rowland is 'n reg onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde of 'n voorwaardelike reg nie bestaanbaar nie. Die voortbestaan van 'n reg kan wel aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe gestel word en die ontstaansoomblik van 'n reg kan van 'n opskortende voorwaarde afhanklik gestel word. In laasgenoemde geval bestaan tot vervulling van die voorwaarde geen reg nie (257-258). Volgens hierdie skrywers is die vorderingsreg van die fideikommissaris dus onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde.

“By nie-vervulling van die fideikommissêre voorwaarde word die ontbindende voorwaarde, waaronder die *fideicommissarius* se reg gebuk gaan, vervul en vind dienooreenkomstig 'n uitwissing van die *ius in personam* plaas” (312-313).

Myns insiens is daar geen basiese beswaar teen die opvatting dat 'n reg onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde wel 'n werklik bestaande reg is nie (sien De Wet en Yeats 135-136 227-228; Hahlo en Kahn *The Union of South Africa The Development of its Laws and Constitution* (1960) 485-486). Uit die regsmiddels wat die fideikommissaris het, blyk dan ook juis dat sy reg aan 'n opskortende voorwaarde onderworpe is. So kan hy 'n interdik eis om 'n dreigende regs-krenkende handeling deur die fiduciarius af te weer maar hy kan nie 'n eis om skadevergoeding instel as die fiduciarius die fideikommissêre eendom onregmatiglik beskadig nie.

Skadevergoeding kan eers uit die fiduciarius se boedel geëis word na vervulling van die fideikommissêre voorwaarde (of na afloop van die fideikommissêre termyn). Gevolglik kan nie gesê word dat die fideikommissaris 'n reg onderworpe aan 'n

ontbinde voorwaarde het nie – 'n reg onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde is ten volle afdwingbaar terwyl die reg van 'n fideikommissaris, soos ons so pas gesien het, dit nie is nie.

Daar word dus aan die hand gedoen dat die fideikommissaris reeds voor die tyd stip waarop die goed na hom moet gaan 'n persoonlike reg het om te eis dat die fiduciarius hom tydens die voortbestaan van die fideicommissum soos 'n egte fiduciarius sal gedra, en dat die volle werking van hierdie reg opgeskort is totdat die fideikommissêre voorwaarde vervul is. Die reg verval eenvoudig indien die fideikommissaris sterf terwyl die voorwaarde nog hangende is, en sy reg is ook nie opeisbaar voor vervulling van die voorwaarde nie. Dit verklaar dan ook waarom geen reg op die fidei-

kommissaris se erfgename vererf indien hy sterf nie.

Ten slotte kan net daarop gewys word dat Beinart beweer dat 'n fideikommissaris 'n saaklike reg oor onroerende fideikommissêre goed het as die bepaling van die fideicommissum teen die titelakte van die betrokke goed geregistreer is (211). Die skrywer wys ook daarop (172 vn 116) dat De Groot 2 47 4 die reg van 'n fideikommissaris 'n "eigendoms ver-wacht" noem en dat Van der Keessel *Praelectiones* op Gr 2 47 1, 4 van die reg as 'n "jus in rem expectati dominii" praat. Dit is egter vanselfsprekend dat al hierdie aspekte nie in 'n vonnisbespreking ondersoek kan word nie.

DSP CRONJÉ
Universiteit van Suid-Afrika

OCEANAIR (NATAL) (PTY) LTD v SHER 1980 1 SA 317 (D)

The exceptio doli, estoppel, and statutes on formalities in contract

Important questions relating to the *exceptio doli*, the relationship between estoppel and the *exceptio*, and fraud are raised by the decision in *Oceanair (Natal) (Pty) Ltd v Sher* 1980 1 SA 317 (D). The action was brought in 1979 against one of four co-sureties, the plaintiff creditor claiming enforcement of a deed of suretyship dated 31 July 1961 (319A) which contained a clause stipulating that "this suretyship shall remain in full force as a continuing security . . . until the creditor shall have agreed in writing to cancel this suretyship" (319E). The defendant pleaded *inter alia* that late in 1961 or early in 1962 the plaintiff and defendant orally agreed that in certain eventualities, which came about ten months thereafter, defendant would cease to be liable to plaintiff in terms of the said deed of suretyship (319G–320B). In the event of the oral agreement being held invalid defendant sought to raise

an *exceptio doli generalis* and to plead estoppel (320C–321H).

On the *exceptio doli* the court (Howard J) said (324F–H):

"The second exception is directed against the alternative defence based on the *exceptio doli* (set out in paras 8 to 10 of the plea) substantially on the ground that, because the alleged oral variation of the suretyship contract is invalid, the plaintiff's conduct in seeking to enforce his rights pursuant to the contract cannot be held to be unconscionable or impermissible, and that under the circumstances there is no room for the operation of this equitable defence. In my view the decision in *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Pty) Ltd* 1977 2 SA 425 (A) at 434F–H, on which [counsel for the excipient (plaintiff)] relies, is direct authority for upholding this exception on the ground stated above. (See also *Barkhuizen NO v Jackson* 1957 3 SA 57 (T) at 59 and *Da Mata v Otto* NO 1971 1 SA 763 (T)

at 772-773.) [Counsel for respondent (defendant)] tried to distinguish the *Aris Enterprises* case *supra* on the facts. There are differences but I do not think that they are such as to render the decision inapplicable."

The controversy to which *Barkhuizen's* and *Da Mata's* cases are relevant is a long standing one: see the present writer's *The Principles of the Law of Contract* 3rd ed (1980) 137-142. (This work is referred to hereinafter as *Contract*.) Is the *Aris Enterprises* case decisive on the point? In it two leases of movable property (a third was no longer in issue) had expired by effluxion of time. At 433E Trollop JA said that

"the nub of the real dispute can be circumscribed thus: on termination of the leases plaintiff, as the lessor of the appliances, was entitled in terms of clauses 9 and 10 to their return from the defendant, unless defendant proved that the verbal agreement between them and Jacobs barred such recovery. Now for that agreement to operate as such a bar, defendant had to show that it was an effective or enforceable agreement. In my view, for reasons that follow, it failed to do so."

The reason why defendant failed was that the oral agreement which purported to be an option could not give rise to an *exceptio doli*, not because it was informal, but because the price was neither fixed nor ascertainable: 433F-434F. As Trollop JA said at 434B-C "plaintiff could not have been compelled to enter upon the discussion or to agree to any amount." The agreement, therefore, did not fall within the reference to an "informal contract" in *D 44 4 2 4* (quoted in *Contract* 137). Further the three earlier appellate division cases referred to in *Aris Enterprises* at 434G-H, are concerned with different legal situations. The first (*Union Government v Vianini Ferro-Concrete Pipes (Pty) Ltd* 1941 AD 43 50) deals with a plea relating to "a prior oral agreement" (per Watermeyer JA at 50); the second (*Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund* 1976 3 SA

16 (A) 28E-H) deals with propositions concerning a contention that the terms of a contract are unfair and specifically leaves open the question of subsequent conduct or supervening circumstances (28F); while the third (*Universal Stores Ltd v OK Bazaars* (1929) Ltd 1973 4 SA 747 (A) 762H) concerns the exercise of a statutory right. It follows, it is said with respect, that the *Aris Enterprises* case is not conclusive on the issue raised in the *Oceanair* case, above. In parenthesis it may be mentioned that if the appellate division had intended to settle the question it would surely have discussed *D 44 4 2 4* and *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282 292-293 296 which latter is still the leading authority. In the result it is suggested, with due respect, that the *exceptio doli* should have been held to be available in the *Oceanair* case, above.

Turning to the question of estoppel, it may be noted that the plaintiff in the *Oceanair* case excepted to this defence on three grounds. The only one dealt with by the court alleged that estoppel is "an aspect of the *exceptio doli*" (325B, per Howard J). At 325E-F Howard J said:

"[T]he doctrine of estoppel by conduct as recognised in South African law is derived from the principles underlying the *exceptio doli*. (See *Waterval Estate and Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd* 1905 TS 717 at 722; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428 at 434-435; *Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947 1 SA 514 (A) at 534-535; *Credit Corporation of SA Ltd v Botha* 1968 4 SA 837 (N) at 846C-D; *Oakland Nominees (Pty) Ltd v Gelria Mining & Investment Co (Pty) Ltd* 1976 1 SA 441 (A) at 452A-B). It would therefore be illogical to uphold the defence of estoppel *stante* the finding that in the circumstances of this case the defendant is precluded from relying upon the *exceptio doli* itself as a defence."

With respect, instead of saying that the doctrine of estoppel "is derived from the principles underlying the

exceptio doli" (italics added) it would be more correct to say, as Trollip J did in *Connock's SA Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Ko-operatiewe Maatskappy Bpk* 1964 2 SA 47 (T) 49A that the doctrine "migrated to this country on the authority of a passport that it approximated the *exceptio doli mali* of Roman Law" and that it "has now become naturalised and domiciled here as part of our law" "[h]owever doubtful the validity of that passport might originally have been." (Ibid. See also The Hon Mr Justice PJ Rabie in Joubert (ed) *The Law of South Africa* vol 9 par 369.) The doctrine of estoppel by representation is founded on *Pickard v Sears* (1837) 6 Ad & E 469; 112 ER 179 and *Freeman v Cooke* (1848) 2 Exch 654; 154 ER 652 in which there is no reference to the *exceptio doli* or to any other Roman law institution. (As to the origin of the doctrine of estoppel by representation see the present writer's *The Law of Agency* 2nd ed (1979) 97 notes 3 to 5. This work is referred to hereinafter as *Agency*.)

What similarities and what differences are there between estoppel by representation and the *exceptio doli*? The main similarity is that both the *exceptio doli generalis* and estoppel by representation require an investigation into the equity or inequity of the institution of the action in the circumstances existing at the time the action is brought. (On the *exceptio doli generalis* see Sohm *The Institutes* 3rd ed (1907) impression of 1935 280 adopted in *Zuurbekom Ltd v Union Corporation* 1947 1 SA 514 (A) 535-536 (quoted in *Contract* 107-108) and on estoppel see the authorities in *Agency* 117-119.) The main differences are the following. First, the *exceptio doli* can only be raised as a defence whereas there are circumstances in which estoppel is used by the plaintiff (*Agency* 99-100; with the quotation at 100 from professor Williston compare *Halsbury's Laws of England* 4th ed vol 16 par 1501). Second, the *exceptio*

doli of Roman law differed from the fictions employed by the praetor. Estoppel resembles a fiction rather than the *exceptio doli* (*Agency* 100-101). Third, the *exceptio doli* can be raised even though the plaintiff did nothing to induce the defendant to adopt the position in which he finds himself (eg, an *exceptio doli* raised by a bona fide possessor not yet compensated for improvements: *I* 2 1 30 and 32; *D* 6 1 27 5, 44 4 14) whereas when estoppel is asserted it must be shown that the estoppel-denier's action or inaction is one of the factors which induced the estoppel-asserter to act or to refrain from acting (*Agency* 117-119; as to inaction "inducing" the estoppel-asserter to act or refrain from acting see *Contract* 187).

It will be remembered that a number of cases were cited as authority for the proposition in the *Oceanair* case (325E-F) quoted above. In the first (*Waterval Estate and Gold Mining Co Ltd* 722) Curlewis J said that the doctrine of estoppel in pais is "analogous" to the *exceptio doli* and "an extended interpretation" of the principles underlying it. The learned judge also said (ibid):

"The application of the maxim of Roman law, *Nemo contra suum factum venire debet*, would create the same legal consequences as estoppel in English law."

The second case (*Baumann's*) is the main authority in our law for the adoption of the principle in *Pickard v Sears*, above, and *Freeman v Cooke*, above. In the law of agency the operation of this principle clearly indicates that the analogy with the *exceptio doli* breaks down and that the fiction of Roman law provides a better basis of comparison: see *Agency* 97-101. The third and fourth cases (*Zuurbekom Ltd* 534-535 and *Credit Corporation of SA Ltd* 846C-D) cite the first or second cases or both, but, while adding weight to the proposition that the principle of estoppel has been

received into our law, do not go so far as to prove that estoppel is derived from the *exceptio doli*. The fifth case (*Oakland Nominees (Pty) Ltd* 452A-B) mentions "the broad concept of the *exceptio doli*" (per Holmes JA) under the heading (line 1 of the page) "South African law of estoppel in regard to ownership." Estoppel in regard to ownership in South African law is special rather than general (*Agency* 121-123) so the citation of the *Oakland Nominees* case in the *Oceanair* case suffers from the fact that the statement referred to (in *Oakland Nominees*) is in general terms and is related to a branch of the law not in issue in the case in question (*Oceanair*). It is therefore suggested, with due respect, that the court in the *Oceanair* case should not have held that the defence of estoppel stood or fell with the *exceptio doli* but should have examined it as a separate issue.

There was another reason why the court did not examine the question of estoppel. At 325G Howard J said:

"In any event, I am firmly of the opinion that it is neither equitable nor competent to give indirect effect to the invalid oral agreement by allowing the plea of estoppel to stand."

For this point of view the court relied on *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 411 412. With respect, the *Trust Bank* decision does not support the proposition: see *Con-*

tract 139-140 where it is pointed out that a litigant relying on the *exceptio doli* (the same can be said of one raising estoppel) does not seek to "get round" legislation. Seeking the enforcement of an agreement known to be illegal differs from recognising termination. Oral termination of a formal contract has long been recognised to be within the law: see the authorities in *Contract* 135 note 277. In the *Oceanair* case it was the provision in the deed relating to termination which called in question oral termination. If one is to turn to analogous situations termination by performance merits consideration. Here the legislature will indicate its view when it considers section 25(2) of the draft bill "To regulate and amend the law relating to disposals of land; and to provide for incidental matters" published in Government Gazette No 6450 dated 18 May 1979. If it adopts the proposal it will adhere to the Roman law principle (*Contract* 478-481) and provide an argument against that put forward in the *Oceanair* case, above. Another factor, mentioned in *Contract* 138, is that if an *exceptio doli* (the same holds for estoppel) is refused fraud is encouraged rather than discouraged. All authorities are agreed that one of the objects of the legislature is to discourage fraud.

AJ KERR
Rhodes University

TUCKERS LAND AND DEVELOPMENT CORPORATION (PTY) LTD v HOVIS 1980 1 SA 645 (A)

Anticipatory breach of contract - repudiation - iudicia bonae fidei - exceptio doli

There has long been controversy over the basis of the cause of action and the remedies available in cases of anticipatory breach of contract. For example, if a seller undertakes to deliver on 30 June, on what grounds can he be sued before that date for

delivery (i.e. specific performance), or cancellation of the contract and restitution, or damages, whichever is appropriate. The question came before the appellate division in *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A). The facts

were given by Jansen JA, with whom the other members of the court concurred, at 650D-G:

"The respondent bought two erven from the appellant, a township developer, in a proposed township, 'Klippoortjie Residential Township.' The erven were demarcated as Nos 95 and 97 on a plan of the township (No DB 310/1). The contract was stipulated to be 'suspensive and subject to the due proclamation of the township.' Meanwhile, however, the respondent had to make certain payments. After having paid a considerable sum, the respondent became aware that the appellant had run into difficulties in obtaining proclamation and as a result thereof had prepared a new plan (No DB 310/5) for submission to the proper authorities. On this plan the respondent's erven had disappeared, being superseded by a 'school site.' The respondent wanted his money back, and eventually sued for R2 639,19 in the Witwatersrand Local Division. The Court (*per* Coetzee J) gave judgment for the respondent. The appellant, however, still maintains that the respondent is not entitled to claim a return of monies before, at the earliest, the Townships Board has approved of the new plan. Hence this appeal."

The appeal was dismissed (654F) and the respondent recovered his R2 639,19.

The first important point to be noted is that the decision is clear authority for the existence of a cause of action before the due date for performance where there has been an anticipatory breach. At 652D Jansen JA said:

"It could be said that it is now, and has been for some time, felt in our domain, no doubt under the influence of the English law, that in all fairness there should be a duty upon a promisor not to commit an anticipatory breach of contract, and such a duty has in fact often been enforced by our Courts."

Another important point, one that, so far as the present writer is aware, has not before been brought before the appellate division, is that it has

now been decided in our law, as it has in English law (see the present writer's *The Principles of the Law of Contract* 3 ed (1980) 339 - this work is referred to hereinafter as *Contract*), that a party aggrieved by an anticipatory breach is not deprived of his action merely because it is theoretically possible that a change of mind by the party repudiating, coupled perhaps with a theoretically possible, but unlikely, change in circumstances, may bring it about that performance on the day originally set in the contract could be forthcoming. As Jansen JA expressed it at 653H:

"An argument was raised along the lines that, before actual approval of the new plan, it could not be said that the appellants would not deliver erven 95 and 97. It was possible, for example, so it was argued, that the new plan would not be approved and that the appellant could submit a further plan upon which the erven would reappear. But on the evidence this was such a remote possibility that a reasonable person in the position of the respondent would not have considered this to be material."

Earlier, at 653D-E, the learned judge of appeal had re-affirmed the test in *Universal Cargo Carriers Corporation v Citati* 1957 2 QB 401 at 436 per Devlin J, which reads:

"The test of whether an intention is sufficiently evinced by conduct is whether the party [repudiating] has acted in such a way as to lead a reasonable person to the conclusion that he does not intend to fulfil his part of the contract."

It is suggested that, as in the case of apparent agreements, so here, the inference must not only be a reasonable one but also a necessary one: *Van Ryn Wine & Spirit Co v Chandos Bar* 1928 TPD 417 at 423-424, quoted in *Contract* 7. If so, the proposition that a party does not repudiate if he fails to perform because he has forgotten the existence of the obligation (*Contract* 336), stands. In circumstances in

which forgetfulness is a possible inference repudiation is not a necessary inference (*Contract* 7).

The cause of action in anticipatory breach has frequently been recognised; but the granting of a remedy before the due date of performance has not occurred very often, possibly because it usually takes so long to bring action that the date of performance is normally past when the court is called upon to decide. The decision in the *Tuckers Land and Development Corporation* case, above, shows that in appropriate cases a remedy may be granted before the due date for performance. (In *Tuckers'* case the remedy granted was cancellation and restitution.) This strengthens the suggestions made in *Contract* 344–346 that our courts may be expected to follow authorities elsewhere which suggest that specific performance may be asked for before the due date of performance if the circumstances are such that the court is not likely to exercise its discretion to refuse the order.

The decision in *Tuckers'* case is, with respect, to be welcomed; but, again with respect, it may be wondered whether the reference to *iudicia bonae fidei* at 652E is as clear as it might be. There Jansen JA, speaking of the duty on the promisor not to commit an anticipatory breach of contract, said:

“It would be consonant with the history of our law, and also legal principle, to construe this as an application of the wide jurisdiction to imply terms conferred upon a court by the Roman law in respect of *iudicia bonae fidei*. It would not then be inapt to say, elliptically, that the duty flows from the requirement of *bona fides* to which our contracts are subject, and that such duty is implied in law and not in fact.”

The main difficulty here is the reference to implied terms. It seems to be clear from what is said at 651E–F 652A–B that the reference is to residual provisions read into contracts.

(The word “residual” is used with the meaning given in *Contract* 211–213 229f.) If there is a residual provision to the effect that each party promises not to commit an anticipatory breach of contract it is, as in the case of all other residual provisions, alterable at the will of the parties. It may be that the court meant to indicate that parties are free to agree, expressly or impliedly, that neither may sue if the other commits an anticipatory breach, but this is not clear. Further, it does not seem to be correct to say (as at 651E–F) that in Roman law the effect of classifying a *iudicium* as *bonae fidei* was to read a provision into the contract. HF Jolowicz *Historical Introduction to the Study of Roman Law* 2 ed (1952) 218–219; F Schulz *Classical Roman Law* (1951, reprint of 1961) 35–36; RW Lee *The Elements of Roman Law* 4 ed (1956) 435–436; WW Buckland *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* 3 ed by P Stein (1966) 678–680; and JAC Thomas *Textbook of Roman Law* (1976) 93–94, all agree that in a *iudicium bonae fidei* the words *ex fide bona* were added to the *intentio* of the formula, with the result that the praetor instructed the *iudex* “to ascertain what the defendant ought to do or to give *ex bona fide* and to condemn accordingly.” Lee *loc cit*. On this interpretation the decision rests with the *iudex*; no provision is read into the contract; it is not open to the parties to agree otherwise, expressly or impliedly.

One of the consequences of the insertion of the words *ex fide bona* in the *intentio* was that the *iudex* had to allow the *exceptio doli* even though it had not been expressly mentioned in the formula: see Jolowicz, Lee, Buckland, and Thomas, all *loc cit*. The effect of allowing the *exceptio doli* in the circumstances referred to in *Inst* 2 1 30 and 32, *D* 6 1 27 5 and 44 4 14, discussed in *Contract* 139–140, was to postpone the plaintiff’s action. A jurist advising a prospective plain-

tiff in Rome would explain that although all the normal requirements of the rei vindicatio were met the action could not be brought until such time as the prospective plaintiff compensated the bona fide possessor and thus ensured that the exceptio doli could not be raised. This, it is suggested, gives a lead that can be of service in accommodating the doctrine of anticipatory breach in our law. What happens in cases of anticipatory breach is that the law allows the aggrieved party to bring his action earlier than he would otherwise have been entitled to do. The effect, as in the case of an exceptio doli, is to allow a departure from the normal time at which the action can be brought (earlier in the case of anticipatory breach, later in the Roman law example of the exceptio doli referred to above).

The formulary procedure had long been obsolete in Justinian's day.

The frequent references to the exceptio doli generalis and to iudicia bonae fidei in the *Corpus Iuris Civilis* (e.g. *Inst* 4 6 28-30) show the importance of retaining the principle enshrined in a procedure even though the procedure itself may no longer be in use. As the appellate division in *Tuckers's* case has emphasised the importance of iudicia bonae fidei for us in our present day law, and as the exceptio doli generalis inheres in such iudicia, it seems to be clear that the statement in *Avis Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Pty) Ltd* 1977 2 SA 436 (T) (on which see also *Contract* 138), that "In a fully developed system of law such an instrument [the exceptio doli generalis] has no meaningful *raison d'être* and, if anything, is a superfluous anachronism" (per Coetzee J at 438A-B) ought not to be followed.

AJ KERR
Rhodes University

TITUS v SHIELD INSURANCE CO LTD 1980 3 SA 119 (A)

Spontane verklaring – toelaatbaarheidstoets – vereistes vir toelaatbaarheid

Die relevante feite is soos volg: Die eiser eis vergoeding van 'n motorvoertuigversekeraar vir beserings wat hy as gevolg van 'n botsing met die versekerde se motor opgedoen het. Na bewering het die versekerde ongeveer dertig minute na die botsing teenoor 'n konstabel 'n verklaring ten aansien van die punt van die botsing gedoen. Die versekerde, alhoewel beskikbaar, word nie as getuie geroep nie (123F-G). In die lig van die beslissing in *Union and South West Africa Insurance Co Ltd v Quntana* 1977 4 SA 410 (A) bevind die hof a quo dat hierdie verklaring nie as 'n middellike erkenning teen die motorvoertuigversekeraar toelaatbaar is nie omdat daar in hierdie geval geen identiteit van belang tussen versekerde en versekeraar is nie. Die hof

a quo bevind voorts dat die verklaring ook nie deel van die res gestae is nie en dus ook nie op hierdie grondslag as 'n uitsondering op die hoorsêreël toegelaat kan word om die waarheid van die inhoud daarvan (die punt van die botsing) te bewys nie. In appèl word ten behoeve van die appellant (eiser) betoog dat die versekerde se verklaring wel as deel van die res gestae (beter gestel: 'n spontane verklaring as uitsondering op die hoorsêreël) toelaatbaar behoort te wees (121A-H 126G-H).

Appèlregter Miller lewer die eenparige uitspraak van die hof. Op 124H-125A bevestig hy die toepaslikheid van *Union and South West Africa Insurance Co Ltd v Quntana* 426E-F: die versekerde se verklaring kan nie as

'n middellike erkenning toelaatbaar wees nie, maar moontlik as 'n res gestae-verklaring. Die werklike regs-vraag is soos volg: is die verklaring in geskil – om Schmidt *Die Bewysreg* (1972) 347 360 se benadering en terminologie te gebruik – toelaatbaar as 'n “gelyktydige en spontane verklaring” wat 'n afsonderlike uitsondering op die hoorsêreël is?

In sy uitspraak betreffende hierdie toelaatbaarheidsvraag dek appèlregter Miller die volgende terreine:

1 Is die ortodokse (en ou Engels-regtelike) vereiste van gelyktydigheid of Wigmore se vereiste van spontaneïteit die deurslaggewende toelaatbaarheidsfaktor?

2 Is die byvoeglike naamwoord “spontaan” 'n akkurate omskrywing van die werklike vereiste waaraan die verklaring moet voldoen?

3 Geld daar 'n vereiste dat bewys moet word dat die oorspronklike verklaarder nie as getuie beskikbaar is nie?

Ten aansien van vraag 1 vergelyk en ontleed appèlregter Miller die beslissings in *S v Qolo* 1965 1 SA 174 (A) en *S v Tuge* 1966 4 SA 565 (A) vir sover beide hierdie uitsprake aandag skenk aan die vraag of die vereiste van gelyktydigheid of dan wel die vereiste van spontaneïteit deurslaggewend vir toelaatbaarheid is. Sy slotsom is dat dié twee uitsprake die graad van gelyktydigheid ondergeskik stel aan die graad van spontaneïteit van die verklaring (127E). Die graad van gelyktydigheid bly egter steeds belangrik omdat die bewys van 'n hoë graad van gelyktydigheid spontaneïteit kan bewys (127E–H 129H).

Wat vraag 2 betref, wys appèlregter Miller daarop dat die byvoeglike naamwoord “spontaan” nie eintlik 'n akkurate omskrywing van die werklike maatstaf is nie. Wanneer bevind word dat 'n verklaring “spontaan” is vir die doel om dit as uitsondering op die hoorsêreël toe te

laat, word daar in werklikheid bedoel dat die verklaarder die verklaring gedoen het (128G–H):

“ . . . at a time when the effect upon him of the shocking occurrence to which it related was still operative thus rendering it unlikely, according to common human experience, that he would at the time of making the statement have concocted it, or attempted to reconstruct the occurrence in his mind . . . there is no special virtue in the word ‘spontaneous.’ ”

Hierdie benadering word onderskryf. Die grondliggende gedagte van die vereiste dat die verklaring “spontaan” moet wees, is eintlik niks anders as 'n betroubaarheidstoets nie. Hierdie toets wentel wesenlik om die vraag of dit onwaarskynlik is dat versinning aanwesig is. Appèlregter Miller beslis soos volg oor die toelaatbaarheid van die versekerde se verklaring (129H–130A):

“ . . . a period of 30 minutes represents an appreciable interval during which there would obviously be ample opportunity for reflection and there are insufficient indications in this case to warrant a reasonably confident conclusion that the statement was spontaneous in the sense in which the word is used in the context of the exception.”

In die lig van hierdie bevinding verval die noodsaaklikheid om uitsluitel oor vraag 3 hierbo te gee. Nogtans ag appèlregter Miller dit nodig om daarop te wys dat die vereiste dat daar bewys moet word dat die oorspronklike verklaarder nie as getuie beskikbaar is nie, verwerp moet word (130E–132A). In *S v Qolo* 181A en *S v Tuge* 573G het die appèlhof die bewys van die nie-beskikbaarheid van die oorspronklike verklaarder as 'n vereiste vir die toelaatbaarheid van 'n spontane verklaring gestel. Sowel Hoffmann *The South African Law of Evidence* 2e uitg (1970) 101 as Schmidt op cit 363 vermeld hierdie vereiste sonder enige kritiek. Appèlregter Miller toon egter aan dat hierdie vereiste nie in die

Anglo-Amerikaanse bewysreg aangeref word nie. Volgens hom is daar ook geen geldige rede vir so 'n vereiste nie (131H). Hy wys daarop dat in 'n geval soos die onderhawige hierdie vereiste 'n onlogiese en onbevredigende resultaat kan hê (131H):

"The plaintiff would for obvious reasons rarely be disposed to call the declarant as a witness, physically available as he might be, and if the insurer did not call him the plaintiff would be deprived of perhaps the most vital evidence of the truth if he could not call the person to whom the spontaneous statement was made merely because the declarant could not be shown to be unavailable."

Appèlregter Miller se rigtinggewende opmerking moet verwelkom word. Die beskikbaarheid of nie-

beskikbaarheid van die oorspronklike verklaarder is irrelevant; sy verklaring is toelaatbaar omdat dit betroubaar is en die betroubaarheid van die verklaring is nie afhanklik van die vraag of hy afwesig is nie. Trouens, 'n mens sal 'n sterk betoog kan lewer dat 'n buite-geregtelike spontane verklaring waarskynlik 'n groter waarheidswaarborg bevat as dit wat die oorspronklike verklaarder 'n paar weke of maande later as getuie in die hof mag verklaar.

Die uitspraak van die appèlhof in *Titus v Shield Insurance Co Ltd* plaas die toelaatbaarheid van 'n spontane verklaring op 'n rasonale grondslag.

STEPH E VAN DER MERWE
Die Randse Afrikaanse Universiteit

MARGO v SEEGER 1980 3 SA 708 (W)

Suspensive condition – contract of sale of land – sole benefit of the purchaser

A contract for the sale of land will usually be made dependent on the purchaser securing a bank guarantee for the purchase price or a loan from a financial institution. The parties would normally stipulate a time within which the above must be completed. The following is an example of such a clause:

"This agreement of sale shall be subject to the suspensive condition that the purchaser is able to raise a loan upon the security of a first mortgage bond to be passed over the property for Rx within sixty days after the date of acceptance. Should such loan not be procured as aforesaid, this sale shall be automatically cancelled and of no further force or effect."

In the past, the courts have refused to allow a seller to rely on the strict letter of the suspensive condition thereby preventing him from declaring the agreement cancelled due to an unfulfilled term of the suspended agreement which was of little or no

consequence to the seller. The courts achieved this by interpreting the clause as being in the sole interest of the purchaser and therefore capable of being waived by him. For example, if a purchaser undertook to arrange a Land Bank loan within sixty days, the courts have quite fairly refused to allow the seller to rely on this unfulfilled term as a ground for considering the contract cancelled.

The judgment handed down in *Margo v Seegers* is an unacceptable extension of this principle which was enunciated in *Wacks v Goldman* 1965 4 SA 241 (A). The commendable spirit of safeguarding the interests of the purchaser has led to the unfortunate result of stabbing the seller in the back. The agreement in *Margo v Seegers* provided that the

" . . . agreement of sale shall be subject to the suspensive condition that the purchaser . . . is able to raise a loan upon the security of a first mortgage

bond to be passed over the property for the sum of not less than R60 000 at prevailing building society rates and conditions within sixty days after the date of acceptance of this offer (which time may be extended by the seller at the seller's sole option for a further period of fifteen days). Should such loan not be procured as aforesaid this sale shall be automatically cancelled and of no further force nor effect . . ." (710H-711A).

This clause is a model of clear and unequivocal draftmanship stating the intention of the parties. There is a condition which suspends the working of the obligation. The parties clearly intended the obligations under the agreement to be suspended until the purchaser obtained a loan within a certain time. Should such loan not be obtained within sixty days, the agreement would cease to bind the parties unless the seller chose to extend the period by another fifteen days. On the facts of the case the purchaser procured a loan on the sixty first day. The seller elected not to extend the prescribed period and thereby relied on the non-fulfilment of the condition to sever the juristic bond between them. Goldstone AJ gave the following interpretation to this clause:

"It was clearly intended for the sole benefit of the applicant and was capable of being waived by him . . ." (712E).

The effect of the judgment is to strip the time limit set for the fulfilment of the condition of its normal function and, notwithstanding the clear language of the agreement, force the seller to send a notice of demand and rescission if he desired to set aside the agreement.

The judgment, in my opinion, appears flawed on three separate grounds.

Firstly, to accept as a general rule that this type of clause is for the sole benefit of the purchaser is more than unsatisfactory. The suspensive condition serves as an escape clause which reflects sound business sense on the part of both parties. A purchaser

will seldom have sufficient financial backing to permit himself to enter into an agreement requiring payment of a large sum of money within a fairly short period. To secure his position, the purchaser needs the backing of a financial institution. In the event of this support not being forthcoming, the purchaser would have to be freed of his obligations under the contract. The seller for his part, would be foolish in the extreme if he parted with the ownership of his land without some expedient and certain mechanism which guaranteed the purchaser's compliance with the bargain. It is of little financial comfort to the property seller to know that the law will allow him to take transfer on failure by the purchaser to meet the purchase price. The seller needs some form of security and would require it to be furnished within a definite time so that if the buyer is unable to secure a bank guarantee or a loan, he (the seller) may seek an alternative buyer. A tardy purchaser could cause the seller loss of sleep, time and money. The suspensive clause is an excellent method of achieving some certainty as to the possible future run of events. This suspensive condition is, then, of potentially equal importance to both seller and buyer.

Secondly, the basic principles of contracting freedom and the rules concerning interpretation of contracts would have to melt away with the morning mist if one was to allow Goldstone AJ's interpretation. The parties expressly refer to the agreement being subject to a suspensive condition. The contract even stipulates an "automatic cancellation" which, while this obviously flows from the existence of a suspensive condition not being fulfilled within the stipulated time, is clear proof that the parties meant what they said and said what they meant. And what could be a clearer indication that the condition was not intended for the sole benefit of the purchaser, than the stipulation

allowing the seller the right to extend the period from sixty days to seventy-five days? If the purchaser was entitled to waive the time clause (?) as being for his sole benefit, it would be meaningless to grant the seller a right to allow an extension. The judge refers to *Palm Fifteen (Pty) Ltd v Cotton Tail Homes (Pty) Ltd* 1978 2 SA 872 (A) as marking his point of departure by accepting the proposition enunciated in this case that a court will not consider itself bound by

“ . . . the designation given by the parties to this contract, but will have regard to the contract as a whole and give effect to what it regards as the true import . . . ” (quoted at 711G).

Goldstone AJ, in search of the true intention of the parties, ignored completely the unambiguous expression of this intention. In looking for shadows, the flesh was ignored.

Thirdly, it is submitted that the authority relied upon is not in *pari materiae*. It is true that both *Wacks v Goldman* and *Van Jaarsveld v Coetzee* (1973 3 SA 241 (A)) contain wide statements which, if taken out of context, offer some support for the judge's proposition. In *Van Jaarsveld v Coetzee* the seller attempted to rely on the suspensive condition because the purchaser, instead of producing a Land Bank loan as mentioned in the agreement, secured a bank guaranteed cheque for the required amount. The relevant section of the agreement reads as follows:

“ . . . R20 000 is betaalbaar gelyktydig met registrasie van transport in die koper se naam, by wyse van 'n landbanklening waarvoor die koper aansoek sal doen, en die volle toekenning waarvan 'n voorvereiste en voorwaarde waarvan die voortbestaan van hierdie ooreenkoms afhanklik is . . . ” (711H).

The court found:

“Die voorwaarde is duidelik genoeg bedoel om slegs ten voordeel van eiseres te strek . . . ” (712D).

In this case there was no time limit, although there was clearly a sus-

pensive clause. However, the “voorwaarde” mentioned above referred not to the suspensive condition as a whole (i.e. the acquisition of a loan) but to that term which stipulated the Land Bank as the future source of a loan.

“In die gewone loop van sake kan dit 'n verkoper nie skeel waar die koper die geld vandaan kry waarmee hy die koopprys betaal nie . . . ” (244C).

There is a world of difference between not producing a guarantee or a loan by a specific day and producing the promised loan but from a source other than that specified in the contract. *Van Jaarsveld v Coetzee* reflects an interpretation of a term of a contract and is not a statement on the suspensive condition as a whole.

Wacks v Goldman, as authority, is much nearer the mark although it is submitted that there are decisive distinguishing features between the two cases. The case is relevant in so far as the contract of sale was (by virtue of clause twelve) made conditional on the acquisition of a first mortgage bond within thirty days. On the thirty first day the seller purported to cancel the contract on the grounds of failure to provide the necessary security. Firstly, it is clear that Vieyra J considered the problem a factual question as to the true intention of the parties. Although his construction of the condition is, in my opinion, somewhat confusing, it appears that he envisaged two situations. Either the purchaser stipulated for a *lex commissoria* in the event of failure to obtain a loan, which could be waived by the purchaser, or there was a suspensive condition which

“ . . . whether or not it was inserted for the buyer's benefit, . . . also enures for that of the seller . . . ” (388E).

If the court finds a suspensive condition, it must bind both parties. Otherwise it is a *lex commissoria* to the sole benefit of the purchaser. In the *Wacks* case clause twelve of the contract empowered the seller to

cancel the contract in the event of the failure to furnish a guarantee by the purchaser. This must have served as cogent evidence that the parties did not intend to insert a suspensive condition in clause twelve, but rather that the thirty day clause served as a *lex commissoria* for the sole benefit of the purchaser since otherwise the right to cancel in clause twelve would be superfluous. In contrast, the *Margo v Seegers* contract allowed no such right of cancellation to adhere to the seller. Moreover, the seller had the right to extend the sixty day period; this is almost irrebuttable proof that the clause concerned could not have been intended to be for the sole benefit of the purchaser.

Leal v Johnston 1978 4 SA 706 (W), also relied on by Goldstone AJ, may be dealt with swiftly. The reference to the "sole benefit" situation was clearly obiter (see 711D). Moreover the argument employed by the court in the application of the "sole benefit" principle was most unsatisfactory and rather taints Hart AJ's unquestioning acceptance of such a suspensive clause being solely for the benefit of the purchaser. The court had to decide whether a contract which purported to be subject to a suspensive condition which stipulated that a loan upon the security of a first mortgage bond had to be obtained by a certain date and in which the amount of the loan and the date by which it had to be obtained was left blank, could be valid in terms of Act 71 of 1969. Thus the question was whether the parties had failed to put a material term in writing. Hart AJ appeared to be of the opinion that since this condition was for the sole benefit of the purchaser and could be waived, it could not be a material term. This is in itself an untenable argument. The right of one party to waive a right cannot derogate from its materiality. Be that as it may, of importance to us when evaluating the weight of this case as authority, is that not only was

the aforementioned statement made obiter but also was there a dearth of discussion on the position in general of a clause for the sole benefit of one party. Hart AJ simply satisfied himself with a quotation from *Wacks v Goldman* which he apparently found to be of automatic application. That the finding in *Wacks v Goldman* was based primarily on an interpretation of the contract rather than on any presumption that every apparent suspensive clause regarding the securing of a loan in a contract of sale of land is for the sole benefit of the purchaser, was discussed above.

The desire on the part of our courts to shield the purchaser from sharp business practice by a seller has led to a clouding of the difference between a suspensive or resolute condition which must bind both contracting parties and a *lex commissoria* in favour of the purchaser. The latter may be waived by the purchaser, the former cannot. The courts are naturally free to interpret a claim referring vaguely to "a condition" as being something other than a suspensive condition or even to ignore an express reference to a "suspensive condition" where there are conflicting terms which indicate a contrary intention. But when the parties expressly refer to the contract as being subject to a suspensive condition which will automatically cancel the contract after a certain period, and if there is no reason from the contract itself to doubt its being an accurate representation of the parties' intention, the courts are bound to give effect to the express words. To ignore them is tantamount to ignoring the bargain, a course which, happily, is foreign to our courts. In the absence of economic duress, unconscionable conduct or any other unlawful conduct on the part of the seller, the suspensive condition must bind the purchaser as well as the seller.

PR OWENS
University of South Africa

Boeke

HANDLEIDING TOT ARTIKELS 112 EN 115 VAN DIE STRAFPROSESWET

deur SE VAN DER MERWE

Butterworth, Durban 1980; xv en 116 bl; prys R12,43 (sagteband)

Artikels 112 en 115 van die Strafproseswet 51 van 1977 het 'n algehele hervorming van die pleitprosedures in die strafhowe van Suid-Afrika teweeggebring. 'n Sterk inkwisitoriese proses is in hierdie stadium van die strafverhoor ingevoer. Soos gewoonlik gebeur, het die nuwe prosedure aanleiding gegee tot 'n groot aantal hooggeregshofuitsprake waarvan sommige selfs botsend is. Skrywers oor die strafprosesreg het ook 'n vrugbare teelaarde in die nuwe wetgewing en gewysdes gevind soos blyk uit die veelvuldige artikels in regstydskrifte in hierdie verband. 'n Sistematiese versameling en bespreking van die beskikbare gegewens het 'n dwingende noodsaaklikheid geword. Hierdie behoefte het Van der Merwe op 'n voortreflike wyse bevredig.

Die skrywer laat die klem val op 'n praktiese bespreking en sistematiese samevatting van die vertolkings en riglyne wat in die uitsprake voorkom. Sy oogmerk hiermee is om die regspreker, praktisyn en staatsaanklaer van 'n handleiding tot die praktiese toepassing van artikels 112 en 115 te voorsien. Soos reeds hierbo gemeld het die skrywer in sy doelstelling geslaag, maar die student van die strafproses- en bewysreg kan veral ook groot waarde put uit die bespreking van die invloed van die nuwe prosedure op ons reg betreffende erkennings en bekentenisse.

Van der Merwe se benadering tot die vertolking en toepassing van die artikels is myns insiens suiwer. Tog wil ek enkele aspekte noem wat verdere besinning verg:

1 Soms gebeur dit dat 'n beskuldigde tydens pleitverduideliking iets "erken" wat tot sy voordeel op die hoofaanklag is, maar tot sy nadeel is op die alternatiewe aanklag of op 'n aanklag wat 'n geoorloofde uitspraak op die hoofaanklag is. Daar kan myns insiens nie met die volgende stelling van Van der Merwe saamgestem word nie:

"[I]ndien die aanklaer passief sou bly, sal dit neerkom op aanvaarding van hierdie 'erkenning' en sal hy daaraan gebonde wees" (62).

Die sogenaamde erkenning het geen effek op die hoofaanklag nie en kan nie eers as 'n erkenning op die hoofaanklag aangemerkt word nie, want 'n erkenning deur 'n beskuldigde ten gunste van homself is onbestaanbaar. Dit sal onbillik teenoor die staat wees om te verhoed dat die hoofaanklag bereg word net omdat die aanklaer nie beswaar aanteken deur bekend te maak dat die besondere erkenning "nie as deel van die staat se saak aanvaar word nie" (62). Die aanklaer kan kwalik so te werk gaan want hy wil moontlik die erkenning op die alternatiewe aanklag benut as die omstandighede dit vereis.

2 Van der Merwe beweer dat die beskuldigde by die pleitverduideliking gewaarsku behoort te word dat hy niks hoef te sê nie (95). Hy voeg by dat dit as 'n ernstige leemte in die wet beskou moet word dat geen voorsiening daarvoor gemaak is dat die beskuldigde ingelig moet word dat hy nie op vree van die hof hoef te antwoord nie. Myns insiens het die wetgewer doelbewus nie so 'n bepaling in artikel 115 ingevoeg nie, want as die skema en doel van die artikel betrag word, is dit duidelik dat die bedoeling juis is om die beskuldigde aan te moedig om sy verweer reeds in die pleitstadium te openbaar. As die hof nou elke beskuldigde tydens die pleit waarsku dat hy niks hoef te sê nie, is ek oortuig dat feitlik alle beskuldigdes sal swyg en sodoende sal artikel 115 kragteloos gemaak word.

Die werk is voorsien van 'n uitgebreide inhoudsopgawe wat gedeeltelik vergoed vir die afwesigheid van 'n alfabetiese register en wat hoofsaaklik die doel van 'n register dien. Verder bevat dit 'n lys van gewysdes, 'n lys van afkortings, 'n bibliografie en drie bylaes wat respektiewelik die

prosedure in die geval van 'n pleit van skuldig, 'n pleit van onskuldig en 'n voorlopige ondersoek skematies uiteensit. Die drukwerk en algemene versorging van die werk is uitstekend. Slegs enkele drukfoute is bespeur: "ontmontlik" vir "onmoontlik" (72); "aginst" vir "against" (90) en op 79 is die aanhaling nie egalig, dieper na regs, op die bladsy geplaas nie.

Met *Handleiding tot Artikels 112 en 115 van die Straffproseswet* het Van der Merwe 'n diens aan die praktisyn in die strafhof bewys. Hierdie boek word aanbeveel vir gebruik deur almal wat gemoeid is met strafsake, en studente sal die prosedure in verband met die pleite van skuldig en onskuldig baie makliker begryp as hulle die boek benut.

Miskien kan die outeur dit oorweeg om in 'n tweede uitgawe al die pleite in 'n strafsake te betrek en terselfder tyd aan te dui of die ander pleite, dit wil sê ander pleite as skuldig en onskuldig, nie maar net spesiale verwerre is nie.

JC FERREIRA SC

Kantoor van die Advokaat-Generaal

INTRODUCTION TO ENGLISH LAW

by PHILIP S JAMES

*10th edition; Butterworths, London 1979; pp 582; price R24,90 (hard cover)
R15,40 (soft cover)*

Introduction to English Law is one of the well known and well respected general textbooks on the English law. While primarily intended as the first doorway for the law student to the body of law, it is clearly of great potential use to any South African lawyer who requires a sound framework of the English law. First published in 1950, continued demand for professor James's work has allowed the tenth edition to appear in 1979. The structure of the book follows

the standard pattern of dividing the law into public and private law and further subdividing it into administrative, criminal, contract, tort, property, succession and family law. Over and above these, there are special chapters on welfare law, revenue law, trusts and particular contracts. The introductory section deals with sources of law, administration of law, procedure and evidence and personality, status and capacity.

The book runs to five hundred and eighty two pages which makes it shorter than many of the standard works covering just one of professor James's chapters. This in itself cannot derogate from its usefulness to a reader looking for the general picture rather than the individual brush strokes. What might well discourage an otherwise willing buyer is the absence of footnotes. Even the most elementary references, whether it be to case law, writer or statute, are always of interest. No doubt professor James has managed to include in the body of the text reference to some leading cases and thereby achieved a very readable work uncluttered by lengthy footnotes. But many readers will look with disappointment for guidance to the standard authority on any particular point of law.

Professor James has extended *Introduction to English Law* to include a very brief discussion of the Unfair Contract Terms Act 1977 as well as a resumé of the Employment Protection (Consolidation) Act 1978 and the Consumer Credit Act 1974. The weighting of the various sections of the law will probably suit the South African lawyer since very little space is allocated to the introductory section

dealing with the nature of law and administration of law. While the traditional areas of the law have been as adequately covered as is possible in a general work of this nature, the author has managed to include such burgeoning topics as welfare law and consumer credit. One would expect, in any future editions, that professor James might be able to find more space than three pages for quasi-contract, a topic which has enjoyed the attention of academics and the courts in no small way over the last ten years. Finally it should be mentioned that in allocating space to the major sections of the law, the author allowed only forty-five pages to criminal law resulting in a very brief glance at the general principles and a cursory discussion of specific crimes. In vol 23 of the *Modern Law Review* JMA Barker ended his review of the fourth edition by saying ". . . criticism which may be made of this new edition can only be in a minor key when it is considered how well written the volume is and what a fund of interesting and stimulating information it contains . . ."

PR OWENS

University of South Africa

BREAD UPON THE WATERS THE DEVELOPING LAW OF THE SEA

by CHARLES FINCHAM and WILLIAM VAN RENSBURG

Turtledove Publishing, Jerusalem 1980; pp 249 (obtainable from Juta, Cape Town)

The authors of this work are doctor Charles Fincham, a former South African ambassador to Israel and professor Bill van Rensburg, previously of this country's department of planning and at present professor at West Texas University. Both of them at various stages represented South Africa at the Third United Nations Law of the Sea

Conference (UNCLOS III) and both have had an abiding interest in the "new" law of the sea as it has been emerging at UNCLOS III - surely the greatest international legal conference of all time.

They have succeeded in presenting a classical introduction to the law of the sea. If this sounds like a sweeping

statement, I am sure that a reading of the work bears me out. The authors have succeeded in presenting an immensely readable general overview of all the important topics pertaining to the "new" law of the sea and have in the process proved their highly professional international experience in dealing with the law of the sea and related matters – political, military, economical, scientific, ecological, administrative etcetera. All this they have done in a style which commends itself to the lawyer, the politician, the diplomat and the inquisitive man-in-the-street.

The content is logically set out and the work progresses from ambassador Pardo's now famous speech in the United Nations general assembly in 1967 to the legal status of islands; archipelagoes, straits, the high seas; the continental shelf; the economic zone; the deep sea-bed; the Sea-Beds Authority; oil and gas deposits; the living resources of the oceans; pollution; scientific research; military aspects and an assessment of how the final package, the long awaited comprehensive treaty, will be put together. This treaty now appears to be certain to be signed and sealed this year.

The authors succinctly set out the principal features of the new body of codified maritime law, features which include:

Recognition that countries have an exclusive right to all the oil, natural gas, fish and other riches found within a distance of 200 miles from their

coastline, although in certain circumstances they may have to share these with landlocked countries without access to the sea.

Established rights of free passage and overflight for all nations through the straits and archipelagoes of the world.

An obligation on all treaty signatories to curb the pollution of the oceans both by their vessels and from their own shores.

An agreement giving the United States and other Western industrial countries, which alone have the technology for mining the ocean floor, a veto over all important decisions taken by the proposed international sea-beds authority which will regulate deep sea mining.

Only time will tell whether the authors' sentiments that the new treaty will come "in the fullness of time, to express such a formidable consensus that no respectable State would wish to be seen to go against it," are correct.

It is ironic that this country, which due to political considerations has not been able to attend the latest sessions of UNCLOS III, should produce the authors of what will surely be regarded as one of the best general introductions to the new law of the sea yet produced.

GEORGE N BARRIE
Rand Afrikaans University

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20–25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

Forthcoming

The Law of Contract in South Africa

by **PROF RH CHRISTIE** QC MA LLB (CANTAB)

Originally planned as a third edition of **WESSELS: THE LAW OF CONTRACT IN SOUTH AFRICA** this book developed into an entirely new work. The book is a complete and thorough exposition of the general principles of the law of contract as developed and currently applied by the courts in South Africa.

Since Sir John Wessels's time the courts in South Africa and to a lesser extent in Zimbabwe, have so developed the general principles of the law of contract that it is no longer necessary to draw, as Wessels drew, on nineteenth and early twentieth century English, American and continental sources nor is reference to the old Roman and Roman-Dutch sources of our law necessary except where our modern cases do not cover the ground or it is suggested that they need reconsideration.

The book is thus true to its title and reflects the law as developed and currently applied in South Africa. The author has worked on the principle that questions which have not arisen for decision in South Africa and which do not appear to be covered by the old authorities are better omitted to avoid giving the false impression that principles or rules evolved in other countries are part of our law when they have not yet been considered by our courts.

The author covers all the relevant South African and Zimbabwean cases to the end of 1979.

Contents:

CHAPTERS: 1 Historical introduction - 2 Agreement - 3 Formalities - 4 Conditional contracts - 5 The terms of the contract - 6 Parties to the contract - 7 Misrepresentation and fraud - 8 Duress and undue influence - 9 Mistake - 10 Illegality - 11 Performance - 12 Variation and discharge - 13 Mora and breach - 14 Remedies for breach.

Available from your nearest bookseller or direct from the publishers.



BUTTERWORTHS & CO
PO BOX 792 DURBAN 4000

Westminsterstelsel – requiescat in pace? of: kan 'n luiperd sy kolle verander? *

DH van Wyk

B Iur et Art LLM LLD

Professor van die Staats- en Volkereg aan die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

It has become fashionable in recent times to suggest that South Africa finds itself in the throes of constitutional change. Equally popular is the suggestion that our constitutional heritage, invariably referred to as "the" Westminster system of government, is outdated and incapable of meeting complex South African needs. Especially after the formidable series of amendments to the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961 during the 1980 session of parliament, the idea has widely been propagated that as far as South Africa is concerned, the Westminster system is dead and buried. Such an allegation rests on the assumption that the abolition of the senate, the provision for appointed members of parliament and the prolongation of the period during which a minister need not be an elected member of parliament, go to the heart of the Westminster system. The full truth of the matter can of course only be determined after it has been established what is the core of the Westminster system. The answer is by no means self-evident.

In a nutshell the Westminster system is parliamentary democracy as it developed in England and the United Kingdom in the course of the past millenium! This implies first a parliament consisting of the nominal head of state, a hereditary upper house and a freely elected lower house, based on universal suffrage; second an executive represented in and checked by parliament; third a sovereign legislature, and fourth a "winner-takes-all" electoral system. A brief survey of the South African constitutional system since 1910 shows that all these features were always present, especially in respect of the white population. Various non-Westminster features were also to be found all along: the provincial system, non-universal suffrage, entrenched constitutional provisions, and a nominated upper house.

The crucial question is whether the process of constitutional change or development presently going on, as reflected by the constitutional amendments of 1980 and the institution of the president's council, warrants a conclusion that the Westminster system in South Africa is gradually being phased out. The answer is likely to be negative. Some cosmetic changes may take place. Essentially, however, any government claiming a right to self-determination of "its" people, can hardly hope to find a more comfortable partner than the Westminster system as it survived in South Africa. The greatest danger does not lie in the overt killing of the system. The cabinet system, electoral system and sovereignty of parliament contain sufficient strength in themselves to ensure their existence for time to come. The danger lies in the subtle and inadvertent

* Intreerede gehou op 19 Maart 1981 aan die Universiteit van Suid-Afrika.

demolition of a system that has proved itself to be the mother of all modern parliamentary systems. The challenge of the future lies not so much in the creation of new institutions to accommodate aspirations, but in establishing the extent to which existing and proven institutions may be used or adapted to meet the constitutional needs of South Africa.

1 Op enkele maande na een en twintig jaar gelede het die bekende Britse staatsregtelike, wyle professor Stanley de Smith, hom in 'n intreerede voor die London School of Economics in 'n stadium die volgende wysheid laat ontval:

"Walter, be wise, avoid the wild and new!
The Constitution is the game for you."

Dié aanhaling was skynbaar tekenend van die gesindheid wat daar selfs in die vroeë sestigerjare nog in Britse regsringe teenoor die staatsreg geheers het. Trouens, 'n wesenlike gedeelte van professor De Smith se intreerede het juis die vraag probeer beantwoord waarom daar so "slightly" van die staatsreg gepraat word, en waarom bewerings soos die volgende oor die vak gemaak word:

"... it is far too easy... the student is fed on a diet of soft vagueness, conducing to intellectual flabbiness and other regrettable forms of degeneration."

Met groot oortuiging gaan hy egter voort om aan te toon dat daar veel meer in die staatsreg steek as wat oppervlakkig geoordeel word. As aktuele gebiede wat ondersoek regverdig, sonder hy byvoorbeeld die kiesreg, polisiebevoegdhede met betrekking tot openbare vergaderings en vreemdelingereg uit.

Professor De Smith se waardering van die situasie in Brittanje is nie heeltemal ontoepaslik op Suid-Afrika nie. Anders gestel: tot baie onlangs sou professor De Smith se rede net so goed in Suid-Afrika gelewer kon gewees het. Danksy die unieke maar onopgeloste Suid-Afrikaanse staatsregtelike opset het Aspoestertjie in die jongste tyd soveel aandag begin geniet dat sy gevaar loop om 'n prinses te word. En dan gaan dit in Suid-Afrika nie net oor onderafdelings soos kiesreg en vreemdelinge nie, maar oor die konstitusie self, of om dit beeldsprakig te stel, oor Aspoestertjie se hart en hand.

Dit is hier waar ek graag wil aanknoop. Veel is die afgelope jaar of so oor die doelmatigheid of nie van die sogenaamde Westminsterstelsel as konstitusionele model vir die Republiek van Suid-Afrika geskryf en gesê. Soos verwag kan word waar al wat leef en beef (en êrens moet die SAUK ingesluit word) stuiwers in die armbeurs wil werp, het die bespreking om die Westminsterstelsel wyd en syd getrek. Hier en daar het waarheid en perspektief wel geseëvier; oor die algemeen was die oefening egter een van onkunde en verwarring. Foutiewe afleidings is dikwels gemaak en valse verwagtings (om 'n uitdrukking te gebruik wat in die politiek deesdae nogal dikwels voorkom) is geskep.

'n Bewering dat die Westminsterstelsel in Suid-Afrika nou dood is, is byvoorbeeld deesdae gewild.¹ Na die vyf wysigings van die Grondwet van

¹ Die Schlebush-kommissie van ondersoek na die grondwet het in sy tussentydse verslag sy woorde versigtig gekies en gesê "... dat die Westminsterstelsel van regering, sonder aanpassing, nie 'n oplossing bied vir die staatkundige probleme van die Republiek nie" (RP 68/1980 4).

die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961 wat gedurende die 1980-sessie van die parlement aangeneem is, is so 'n opvatting te verstane. Veral die afskaffing van die senaat van 1 Januarie 1981² af kon goedskiks daartoe aanleiding gegee het dat waarnemers sê: "Westminsterstelsel in Suid-Afrika — requiescat in pace."

Of die Westminsterstelsel in Suid-Afrika egter werklik sy swanesang gesing het, of selfs net 'n wesenlike terugslag gekry het of met toekomstige uitwissing bedreig word, is 'n ope vraag. Dat daar iets soos 'n Westminsterstelsel in Suid-Afrika tot stand gekom het, word populêr — en wetenskaplik — wel aanvaar; en toegegee, met 'n groot mate van reg. Kan daar egter werklik beweer word dat daar tans in Suid-Afrika van die Westminsterstelsel wegbeweeg word, of anders, dat 'n wegbeweeg van die Westminsterstelsel 'n voorvereiste vir staatsregtelike verandering, vrede, stabiliteit en akkommodering van 'n sogenaamde plurale bevolking³ is? Die antwoord hang natuurlik enersyds af van wat onder Westminsterstelsel verstaan word, en andersyds of die struikelblokke in die weg van 'n nuwe Suid-Afrika hoegenaamd met die Westminsterstelsel in verband gebring kan word. Verder moet ook gevra word of die jongste stappe wat gedoen is, soos die afskaffing van die senaat, benoemde volksraadslede, die verlenging van die tydperk wat 'n minister nie 'n verkose lid van die parlement hoef te wees nie, en die instelling van 'n presidentsraad en 'n vise-staatspresidentsamp, nou reeds as 'n wegbeweeg van die Westminsterstelsel beskou kan word.

2 Die soektog na 'n antwoord begin by die Westminsterstelsel self, en kan aan die hand van die volgende stelling behandel word:

Die uitdrukking Westminsterstelsel of -model is verdag en moet omsigtig hanteer word.

Die volgende redes kan hiervoor aangevoer word:

² Sien wet 101 van 1980 a 16 gelees met a 37(1).

³ Die pad is met semantiese slaggate besaai. Dit het gebruiklik geword om na die Suid-Afrikaanse gemeenskap as "pluraal" te verwys. In die staatsteorie het *pluraal* egter ook 'n ander betekenis: vgl by Wiechers "Grondslae vir Politieke Ontwikkeling in Suid-Afrika" *Gedenkbundel HL Swanepoel* (1976) 103–104. Volgens hom beteken "pluralisme" "eenheid in 'n vrywillige verskeidenheid" (104). Die uitdrukking "plural society" word gewoonlik aan Furnivall toegeskryf wat in *Colonial Policy and Practice* New York (1956) 304 die volgende omskrywing gee: "There is a plural society, with different sections of the community living side by side, but separately, within the same political unit. Even in the economic sphere there is a division of labour along racial lines." Sien ook Connor "Ethno-national v Other Forms of Group Identity" in Rhodie *Intergroup Accommodation in Plural Societies* Londen (1979) 71–72; Irvine "Plural Societies and Constitution-making" in Benyon *Constitutional Change in South Africa* Pietermaritzburg (1978) 94 e v; Maritz "Ontwikkeling in Plurale Samelewings" 1980 *Koers* 164 e v. Die ironie is egter dat Furnivall se definisie en verdere verduideliking van "plural society" (a w 306 e v) op 'n tipiese koloniale situasie gemodelleer is, en as sodanig meer op 'n voor-afsonderlike-ontwikkeling-Suid-Afrika van toepassing is as op 'n Suid-Afrika waarin die regering doelbewus en ook statutêr probeer om die verskillende gemeenskappe "complete social units" te maak! Sien ook Lijphart (sien vn 8) 36 se waarskuwing: "It is necessary to conclude that the chances for consociational democracy decrease as the degree of pluralism of plural societies increases."

2 1 Eerstens is dit 'n uitdrukking wat aan die Britse of "Westminsterstaatsreg" self eintlik vreemd is.⁴ De Smith⁵ verwys hierna en onderskei wyslik tussen 'n wye en eng betekenis van die begrip. In die wye sin van die woord kan die Westminstermodel volgens hom al die hooftrekke van die Britse konstitusie omvat. Dit spreek vanself dat sommige van dié trekke in geen ander sogenaamde Westminsterkonstitusie herhaal word nie. Voorbeelde is die Britse koningskap en die House of Lords. Wanneer De Smith oor die Westminsterstelsel in die enger sin van die woord praat, noem hy eenvoudig 'n aantal eienskappe wat na sy mening 'n soort grootste gemene deler is:

- die staatshoof staan nie effektief aan die hoof van die regering nie;
- die werklike hoof van die regering is 'n eerste minister wat in beheer is van 'n kabinet bestaande uit ministers wie se aanstelling en ontslag omtrent uitsluitlik in die hande van die eerste minister lê;
- 'n parlementêre regering, dit wil sê ministers wat lede van die wetgewende liggaam (parlement) is;
- verantwoordelike regering: ministers is gesamentlik en afsonderlik verantwoordelik teenoor die wetgewer, wat deur De Smith betekenisvol as "fully elected and representative" bestempel word.⁶

De Smith beklemtoon egter dat dit nooit bewustelik die bedoeling van koloniale wetsopstellers in Whitehall was om Westminsterstaatsreg oor te plant nie.⁷ Die raamwerk is uiteraard gebruik, maar na omstandighede van 'n gegewe geval is 'n konstitusie opgestel wat die betrokke kolonie die beste sou pas. Vandaar byvoorbeeld die aanwesigheid van 'n "bill of rights" in menige statebondskonstitusie — 'n verskynsel wat aan die Britse konstitusie totaal vreemd is.

2 2 'n Tweede rede waarom die idee van Westminsterstaatsreg met omsigtigheid hanteer moet word, is geleë in die feit dat selfs moderne Brittanje nie heeltemal aan die vereistes wat gewoonlik vir die Westminsterstelsel gestel word, voldoen nie. Arend Lijphart maak die interessante waarneming dat bepaalde gebruike in die praktyk die teorie van parlementêre kabinetsregering weerspreek.⁸ Hierby kan 'n mens voeg dat die Britse toetrede tot die Europese Ekonomiese Gemeenskap op sigself sekere tradisionele aspekte van die Westminstergedagte in die gedrang bring.

3 Suid-Afrika — of ten minste gedeeltes van die huidige Republiek van Suid-Afrika — het 'n lang koloniale verbintenis met Brittanje gehad. Miskien het dit daartoe bygedra dat 'n betreklik suiwer vorm van West-

⁴ Vgl De Smit's *The New Commonwealth and its Institutions* Londen (1964) 77: "The Westminster Model is a term that will never appear in a legal dictionary, and the political scientist may also prefer to handle it circumspactly."

⁵ t a p.

⁶ a w 78.

⁷ t a p.

⁸ Lijphart "Majority Rule v Democracy in Deeply Divided Societies" in Rhodie *Intergroup Accommodation* 30.

minsterstaatsreg uiteindelik hier posgevat het.⁹ Hier hoef nie op die geskiedenis ingegaan te word nie. Wat wel gesê kan word, is dat honderd jaar Britse bewind in die Kaap, sestig jaar in Natal, en byna tien jaar in gans Suid-Afrika onder Milner en sy nakomelinge voldoende was om te verseker dat die Nasionale Konvensie van 1908-1909 die Britse regering sou versoek het om 'n konstitusie vir die toekomstige Unie van Suid-Afrika aan te neem wat sterk "Westminstertrekke" bevat het.¹⁰

Wat verder ook gesê moet word omdat dit dikwels oor die hoof gesien word, is dat namate die Unie ontvoog is, sekere aspekte van sy staatsreg meer outentiek Westminster geword het. Nie net is die soewereiniteit van die Unieparlement sedert 1931 'n voor-die-hand-liggende voorbeeld nie, maar ook die posisie van die kabinet wat gedurende die eerste jare van Unie onder regstreekse beheer van die Britse kabinet was sover dit sy verhouding tot die koning betref het.¹¹

Dit is egter ironies dat die Westminster-geaardheid van ons konstitusie eers in die loop van die sewentigerjare sistematies onder die aandag begin kom het. Boulle wys daarop dat die Theron-kommissie van ondersoek na die kleurlinge in 1976 vir die eerste keer spesifieke melding maak van die Westminster-geaardheid van ons konstitusie.¹² Boulle gaan dan verder en gee sy eie, en na my mening sover die beste, uiteensetting van wat onder Westminsterstelsel verstaan kan word.¹³ Benewens die vier eienskappe wat De Smith noem, en wat almal met die uitvoerende gesag te doen het, noem Boulle ook

- parlementêre soewereiniteit;
- konstitusionele gebruike (konvensies);
- 'n tweekamer parlement¹⁴ (en hier kan bygevoeg word die wyse waarop dié parlement werk!);
- die partystelsel, wat 'n regstreekse gevolg is van
- die kiesstelsel, dit wil sê enkellid kiesafdelings¹⁵ in teenstelling met een

⁹ McWhinney "Equality Before the Law in Canadian Constitutional Law" in Koopmans *Constitutional Protection of Equality* Leyden (1975) 58-59 verwys na 'n "intellectual attitude of mind" wat die ontwikkeling van die Britse Ryk gekenmerk het en daartoe gelei het dat atipiese verskynsels nie in vroeëre koloniale konstitusies inslag gevind het nie.

¹⁰ Vir 'n goeie oorsig van al die gebeure wat tot Uniewording gelei het, sien Brand *The Union of South Africa* Oxford (1909) hfst II en III; Thompson *The Unification of South Africa* Oxford (1960).

¹¹ Sien bv Nathan *The South African Commonwealth* Johannesburg (1919) 11-12; VerLoren van Themaat *Staatsreg* 2e uitg (1967) 239.

¹² "The Second Republic: Its Constitutional Lineage" 1980 *CILSA* 1.

¹³ a w 2-8.

¹⁴ Tegnies bestaan die parlement natuurlik uit die staatshoof en die wetgewende kamer(s). Voor die afskaffing van die senaat was dit die volksraad en die senaat, sedert 1-1-81 is dit die volksraad wat saam met die staatspresident die parlement uitmaak: Grondwet 32 van 1961 a 24(1).

¹⁵ Die uitwerking van dié stelsel is in die reël tweepartyvorming. Die Suid-Afrikaanse en Britse geskiedenis bewys dit. Ofskoon daar op gegewe oomblikke (of selfs vir langer tye) meer as twee politieke partye in die parlement verteenwoordig mag wees, is die neiging duidelik tot tweeparty polarisasie.

of ander vorm van proporsionele verteenwoordiging.¹⁶

Hierby kan 'n mens voeg dat die oorspronklike Westminsterstelsel 'n eenheidstelsel is in teenstelling met die een of ander verbinding van state of gebiede.

Interessanter en belangriker nog is Boule se versameling Suid-Afrikaanse staatsregtelike eienskappe wat nie eie is nie, of selfs heeltemal vreemd is, aan die Westminstermodel. Die eerste twee noem hy tereg nie-fundamenteel:

- 'n gekodifiseerde konstitusie in die vorm van wet 32 van 1961 en verskillende ander wette soos die Grondwet van die Nasionale State 21 van 1971, die Wet op Burgerskap van die Nasionale State 26 van 1970, die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap 44 van 1949 en die Wet op die Suid-Afrikaanse Indiërraad 31 van 1968; en
- 'n instelling soos die staatspresidentskap wat nie dieselfde aansien geniet as die Britse koningskap nie.¹⁷

Wesenlike afwykings van die Westminstermodel is egter die volgende:¹⁸

- stemreg: dit is bekend dat sver dit die hoogste liggame in die Republiek betref, slegs blankes tans stemreg het en tot dié liggame verkies kan word¹⁹ (let wel: die presidentsraad is geen verkose liggam nie);
- afsonderlike verteenwoordiging van swartes en gekleurdes (oorspronklik het swartes en gekleurdes in die Kaap op grond van 'n gemeenskaplike kieserslys gekwalifiseerde stemreg gehad wat egter tussen die jare 1936 en 1968 oor die boeg van afsonderlike kieserslyste gaandeweg beëindig is);
- afsonderlike politieke instellings binne dieselfde konstitusionele eenheid vir verskillende "etniese"²⁰ groepe (die vernaamste hiervan is ongetwyfeld die stelsel van wetgewende vergaderings wat vir die sogenaamde nasionale state²¹ (of tuislande) ontwikkel is);
- die provinsiale stelsel; en
- die gelding van die sogenaamde "rule of law" in Suid-Afrika.

¹⁶ Vir ander verwysings na die Westminstermodel sien Lijphart a w 29; Cloete "Enkele Implikasies van die Erika Theron-verslag vir die Toekomstige Staatkundige Ontwikkeling van Suid-Afrika" 1977 *Politikon* 137 153-155; Nieuwoudt "The Structuring of Political Change in South Africa" 1977 *Politikon* 166 169; Vosloo "Consociational Democracy as a Means to Accomplish Peaceful Political Change in South Africa: An Evaluation of the Constitutional Change Proposed by the National Party" 1977 *Politikon* 15 e v; Vorster "The Transkeian Constitution" 1976 *Politikon* 85; Booysen 1979 *De Jure* 300; Wiechers a w 105; Worrall in Benyon *Constitutional Change in South Africa* 134; Potgieter *Die Nuwe Konstitusionele Bedeling* Aktualiteitsreeks nr 15 Potchefstroom 4; Vosloo *Pro-Nat* Augustus 1976 4 e v.

¹⁷ a w 8.

¹⁸ a w 9-30.

¹⁹ Grondwet a 40(1)(a) gelees met Kieswet 45 van 1979 a 3.

²⁰ 'n term wat met groot huiwering gebruik word vanweë die vaagheid daarvan enersyds en die gerieflike dekmantel wat dit kan bied vir rassisme andersyds. Oor etnisiteit, sien Connor in *Intergroup Accommodation* 64-67.

²¹ Ingevolge wet 94 van 1980 is die benaming swart state na nasionale state verander (voorheen was dit bantoetuislande). 'n Mens staan wel effens verstom oor die gemak

Oor laasgenoemde moet miskien 'n paar woorde gesê word, al is dit net ter illustrasie van die bewering dat daar in die Suid-Afrikaanse staatsreg wesenlike afwykings van die Westminstermodel bestaan. In den brede veronderstel die "rule of law" of regstaatgedagte bepaalde regswaardes of normatiewe struktuurprinsipes in die taal van Van Eikema Hommes.²² Die uitwerking van dié waardes en beginsels op die konstitusionele bestel mond veral uit in die effektiewe deelname van die individu aan die staatsorganisasie, en die optimale beskerming van die individu teen die staat met sy groot mag. Die "rule of law" kan in dié sin as een van die teenhangers van parlementêre soewereiniteit gesien word.²³ Waar die geskrewe en verskanste Amerikaanse grondwet byvoorbeeld veronderstel is om individuele regte te beskerm, is die "rule of law" in Brittanje en Suid-Afrika veronderstel om so beperkend op die gemoed van die wetgewer in te werk dat hy nie onbillike, onredelike, diskriminerende of selfs net onnodige wetgewing maak nie; en op die gemoed van die uitvoerende gesag dat hy in die uitoefening van die bevoegdheid wat hy aan wetgewing ontleen, die individu se posisie so min moontlik aantast of beswaar.²⁴ Dit mag die totale aanslag wees, of 'n verskeidenheid redes, wat daartoe aanleiding gee dat die "legal spirit" wat Dicey met die "rule of law" in Brittanje verbind het, wesenlik anders in Suid-Afrika werk. Om 'n betreklik onlangse voorbeeld te gebruik: dit is te betwyfel of daar in Brittanje wetgewing bestaan wat 'n minister magtig om 'n koerant om welke rede ook al te sluit. Selfs as daar sulke wetgewing sou bestaan, sal 'n minister nie heelhuids met 'n blote bewering dat die koerant rewolusie aangeblaas het daarvan afkom nie.²⁵

Vir die verdere verloop van hierdie rede is die volgende twee gevolgtrekkings van belang:

- om te beweer dat Suid-Afrika 'n Westminster tipe konstitusie het, is 'n breë veralgemening wat enersyds bloot hooftrekke van die staatsregtelike bestel tipeer, en andersyds wetenskaplik net gekwalifiseerd gebruik kan word; en
- 'n bewering dat daar in Suid-Afrika van die Westminsterstelsel af wegbeweeg word of moet word, is nutteloos as daar nie terselfdertyd presies aangetoon word watter eienskap van die stelsel in die slag moet bly nie of hoe wesenlik dié eienskap is nie. As dit nie gedoen word nie,

waarmee die wetgewer name wat geensins selfverklarend is nie, gee en verander. Wat maak bv van Kwazulu meer 'n nasionale staat as Transkei, of anders; waarom word Transkei nie ook "nasionale staat" genoem nie? Dit is na my mening 'n achilleshiel van die Suid-Afrikaanse stelsel dat veral op sensitiewe terreine dikwels nuwe name vir instellings of ampte gegee word in die waan dat die betrokke amp of instelling daardeur meer aanvaarbaar word, of selfs verbeter word.

²² Sien "De Materiële Rechtsstaatidee" 1978 *TSAR* 43.

²³ Dit word selfs deur die vader van die "rule of law" beklemtoon: Dicey *Introduction to the Law of the Constitution* 10e uitg Londen (1959) 406 e.v.

²⁴ Sien oor die algemeen Boule a.w. 29-30.

²⁵ Sien bv *Beeld* 81-01-26 1: "Swart Koerante het Ondermyn."

sou politieke munt moontlik uit die bewering geslaan kan word, maar wetenskaplik is dit van twyfelagtige waarde.

4 Daarmee land 'n mens onvermydelik by die vraag: wyk die staatsregtelike verandering waaraan daar tans in Suid-Afrika gewerk word van die Westminsterstelsel af? Of anders gestel: bestaan daar 'n vooruitsig op staatsregtelike vernuwning wat verder van die Westminsterpatroon sal afwyk as wat reeds die geval is?

'n Goeie beginpunt by die beantwoording van dié vraag is die staatsregtelike ontwikkelings (en beloftes wat gemaak is) sedert die vorige algemene verkiesing van Oktober 1977 wat oor die boeg van onder andere 'n nuwe bedeling gegooi is.

Die eerste konkrete stap het op 3 April 1979 gekom toe die regeringsvoorstelle vir 'n nuwe bedeling in die vorm van 'n konsepgrondwet gepubliseer is.²⁶ Na afloop van die parlamentsitting waartydens die voorstelle gepubliseer is, is die gekose komitee oor die konstitusie in die Schlebusch-kommissie van ondersoek na die grondwet ongeskep. Al wat staatsregtelik en staatkundig van naam is, het òf by wyse van publikasie op die konsepgrondwet gereageer òf voor die kommissie getuig, en in sommige gevalle albei.²⁷ Die konsepgrondwet is met gemengde gevoelens ontvang — om dit min of meer sag te stel — en daar het sindsdien genoeg water in die see geloop om te verseker dat die konsepgrondwet nooit in onveranderde vorm die uiteindelijke konstitusie van die “nuwe” Suid-Afrika gaan wees nie.

Ofskoon daar nie hier op die konsepgrondwet ingegaan kan word nie, het een uitstaande kenmerk daarvan nie die wakende oog van die wetenskaplikes ontglip nie. In meer as een kommentaar word daarop gewys dat die konsepgrondwet die ewolusionêre lyn van ons staatsregtelike ontwikkeling bly handhaaf.²⁸ Dit moet as 'n bemoedigende teken beskou word, want as daar een stelsel is wat 'n duisendjarige ewolusionêre ontwikkeling deurgaan het, is dit die Westminstermodel. Dit is selfs 'n vraag of dié kenmerk nie net so inherent aan die Westminstermodel is as die oppergesag van die parlement en die kabinetstelsel nie.

Die kommentare op die konsepgrondwet bring een indruk sterk na vore, naamlik dat die sogenaamde nuwe bedeling of tweede Republiek (om Boule se uitdrukking te gebruik) in sy hart net so sterk Westminster klop as die huidige bedeling.²⁹ Parlementêre regering word grondliggend behou — moontlik selfs op die vlak van die staatspresident en die raad

²⁶ Staatskoerant 6386 van 79-04-03.

²⁷ Sien bv Booyen 1979 *De Jure* 298, 1980 *De Jure* 12; Vorster en Viljoen 1979 *TSAR* 201; Boule “The Government’s Constitutional Proposals and the Possible Transition to Consociational Democracy” in Slabbert en Opland *South Africa: Dilemmas of Evolutionary Change* Grahamstad (1980) 14; Worrall “The South African Government’s 1977 Constitutional Proposals” in Benyon *Constitutional Change* 127. Sien ook Vosloo 1979 *Politikon* 15 e v; Jacobs 1979 *THRHR* 252.

²⁸ Booyen 1979 *De Jure* 300; Boule 1980 *CILSA* 33.

²⁹ Boule a w 1 sê wel dat die 1977-voorstelle (waaruit die konsepgrondwet kom) minstens die basis van 'n korttermyn-konstitusie gaan wees.

van kabinette;³⁰ die blanke volksraad behou soewereiniteit;³¹ die kiesstelsel bly skynbaar onveranderd, so ook die partystelsel en die implikasie daarvan, wat gewoonlik onder die betiteling “wenner-kry-alles” deurgaan.

Klaarblyklike afwykings kom natuurlik ook voor, soos die ooglopende pogings om ’n konsosiasie à la Lijphart te skep.³² ’n Voorbeeld is die “grand coalition”-gedagte wat die raad van kabinette ten grondslag lê.

Oor die konsepgrondwet en die moontlike uitwerking daarvan kan egter bloot gespekuleer word, alhoewel die konsep skynbaar nog steeds amptelik as regeringsvoorstel dien.

Van groter onmiddellike belang is die sigbare nadraai van die Schlebusch-kommissie. Dit is bekende geskiedenis dat die kommissie gedurende 1980 ’n tussentydse verslag uitgebring het waarin veral twee aanbevelings van groot belang gemaak is, naamlik dat die senaat afgeskaf word en dat ’n presidentsraad onder die voorsitterskap van ’n vise-staatspresident ingestel word.³³ Dié aanbevelings is sonder meer deur die regering aanvaar, gedurende 1980 nog in wetgewing gegiet en op 1 Januarie 1981 van krag gemaak. Afgesien hiervan is die grondwet ook gedurende 1980 gewysig om voorsiening te maak dat ’n minister een jaar lank sy amp kan beklee sonder om lid van die volksraad te wees. Verder is voorsiening gemaak vir twaalf addisionele volksraadslede, vier deur die staatspresident benoem en agt op ’n proporsionele grondslag volgens politieke party verkies deur die lede van die volksraad.³⁴

Hierdie ontwikkelinge verdien kommentaar in die lig van ons Westminstervraagstuk.

4 1 Die afskaffing van die senaat word skynbaar as verteenwoordigend gesien van al die stille beweginkies weg van Westminster. Dit is ’n misplaaste verteenwoordiger. Jare lank al is daar in Brittanje ’n debat oor die voortbestaan van die House of Lords (hulle “senaat”) aan die gang. Selfs Bagehot kon honderd en tien jaar gelede eintlik aan geen beter rede vir die bestaan van die House of Lords dink as die rustige hersienende funksie daarvan nie.³⁵ Teenswoordig is daar regstreekse dreigemente van die Arbeidersparty dat hulle die House of Lords sal afskaf as hulle aan die bewind sou kom. Daar word skertsend gesê dat die Westminsterstelsel daarmee heen sal wees as hulle dit sou doen.

³⁰ Sien hieroor Worrall in *Constitutional Change* 129: die staatspresident stap volgens hom maar net in die skoene van ’n eerste minister.

³¹ klousule 26(1) van die konsepgrondwet.

³² Sien hieroor veral Vosloo 1979 *Politikon* 23 e v. Oor sy “consociational democracy” sien Lijphart in *Intergroup Accommodation* 33 e v, en voorts ook Boule 1980 *CILSA* 30 e v.

³³ RP 68/1980 5. Die aanbeveling oor die afskaffing van die senaat word reeds in 1977 eksplisiet by Nieuwoudt aangetref: 1977 *Politikon* 166.

³⁴ Die vergroting van die volksraad is ook ’n aanbeveling van die Schlebusch-kommissie: RP 68/1980 6. Die aanvanklike aanbeveling was dat 20 lede deur die staatspresident benoem word op proporsionele grondslag volgens die partye, maar dié getal is weens sterk politieke druk verminder. Sien verder wet 101 van 1980 a 17.

³⁵ Bagehot *The English Constitution* (1928-herdruk van die 1872-uitg) Oxford 94-103. Oor die voortbestaan van die House of Lords vgl De Smith *Constitutional and Administrative Law* 3e uitg Londen (1977) 286-287 300-302; Lovell *English Constitutional and Legal History* New York (1962) 528 e v.

4 2 Ook die bepaling oor ministers³⁶ kan nie sonder meer as 'n wegbeweeg van die Westminstermodel gesien word nie. Die Westminstergebruik dat 'n minister by die eerste die beste geleentheid 'n setel in die laerhuis moet bekom³⁷ (behalwe as hy 'n lord is) word wel aangetas met bepaalde implikasies vir die eerste minister sover dit ministeriële verantwoordelijkheid betref, maar so lank as wat die vereiste bestaan dat 'n minister uiteindelik lid van die parlement moet word, is die Westminsterbeginsel nog nie daarmee heen nie. Die beginsel word wel moontlik met 'n mate van minagting behandel, want die horlosie word teruggedraai tot die sewentiende eeu, vóór die ontwikkeling van verantwoordelike regering toe ministers hulle posisies aan die koning te danke had, en nie aan die vertroue wat die laerhuis in hulle het nie.³⁸ In daardie stadium was die meeste, selfs al die lede van die kabinet of die "committee,"³⁹ adel of lords en wel lede van die parlement. Uit dié hoek gesien, moet die beginsel dat 'n minister 'n jaar lank nie lid van die parlement hoef te wees nie, met agterdog bejeën word.

4 3 Wat egter met algehele wantroue begroet moet word, is die gedagte van benoemde en onregstreeks verkose volksraadslede. Nooit in die geskiedenis van die Westminstermodel het 'n nie-verkose lid sy plek in die House of Commons ingeneem nie. Dit is waar dat beïnvloeding, wanpraktyke, 'n onontwikkelde kiesstelsel en wat nog die koning en ander invloedrykes tot in die negentiende eeu in staat gestel het om hulle aanhangers in die House te kry, maar soos Lovell dit met nadruk stel "[they] had to stand for election like anybody else."⁴⁰ Die enigste historiese analogie vir benoemde lede in 'n verkose liggaam word in die koloniale verlede van die negentiende eeuse Kaap en Natal gevind.⁴¹

Selfs al sou enige historiese of ander beswaar teen benoemde en onregstreeks verkose volksraadslede met die een of ander argument ondervang word, is daar een onomstootlike beginsel van die Westminstermodel waarop dié ongelukkige skuif egter onherroeplik aan skerwe spat. Dit is een van die beginsels wat tot die "Glorious Revolution" van 1689 en die daaropvolgende "Act of Settlement" van 1701 gelei het, en wat neerslag gevind het in artikel 55(d) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika:

" 'n Persoon is nie bevoeg om as lid van die Volksraad verkies of benoem te word of sitting te neem nie as hy 'n winsbetrekking onder die Republiek beklee."

Ministers is een van die kategorieë wat van die werking van dié bepaling uitgesluit word, en ten regte ook. Dit is egter nie die belangrike punt nie. Die *beginsel* agter artikel 55(d) is belangrik, en dít voer terug na die "Glorious Revolution" en die "Act of Settlement." Die koning

³⁶ wet 70 van 1980.

³⁷ De Smith *Constitutional and Administrative Law* 152.

³⁸ Sien Holdsworth *A History of English Law* bd x (1966-herdruk) Londen 468-481.

³⁹ Sien Holdsworth a w 474 oor terminologie. De Smith *Constitutional and Administrative Law* 144 voeg nog 'n benaming by: "Junto."

⁴⁰ Lovell a w 236.

⁴¹ Vgl hieroor Hahlo & Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* Kaapstad (1960) 52 65.

het naamlik werklik lede van die House of Commons “gekoop” of “ge-place” om sý beleid deurgevoer te kry. Die House het in opstand gekom daarteen, en dit as ’n aantasting van sy eie posisie beskou. Dit is te verstane as in gedagte gehou word dat dit een van die hoof- en tradisionele funksies van die House is om belasting te hef en geld beskikbaar te stel. Die basis daarvan lê in die *verteenwoordigende* geaardheid van die House. Dat iemand wat nie ’n verteenwoordiger van die kiesers is nie sitting in die House sou neem, is nie net ondenkbaar nie, maar so ’n persoon sou per definisie ’n winsbetrekking onder die kroon beklee as hy uit staatsfondse besoldig sou word vir sy “lidmaatskap” van die House. In Suid-Afrika het die parlement verlede jaar die lidmaatskap van twaalf sulke lede van die volksraad gemagtig. Regtens mag hulle posisie onaanvegbaar wees. Op die Westminsterbeginsel af is dit onhoudbaar en onverdedigbaar. Dit geld soveel te meer wanneer een van dié lede ’n minister sou wees.

Die verweer dat ’n benoemde senator ’n minister kon wees en dat ’n mens hier geen nuwe beginsel het nie, is klaarblyklik sonder grond. Eerstens het die senaat nooit ’n verteenwoordigende grondslag gehad nie. Tweedens was dit, soos die House of Lords, ’n afsonderlike element van die parlement, met ’n spesifieke funksie. Daarenteen het die laerhuis histories tot ’n uitsluitlik en ten volle verteenwoordigende liggaam ontwikkel. Die verdere verweer dat benoemde lede ’n mate van deskundigheid in die volksraad kan bewerkstellig, werk in twee rigtings selfverdoemend: ener syds werp dit ’n ernstige refleksie op die gehalte van ’n politieke stelsel wat nie op eie sterkte deskundiges kan trek nie; andersyds laat dit die vraag ontstaan waarom die senaat dan afgeskaf *moes* word. As daar ooit ’n plek vir kundiges was — sonder die nodigheid om oor verkiesing en verteenwoordiging bekommerd te wees — was dit in die Suid-Afrikaanse senaat. As daar weer na die Britse eweknie gekyk word, is dit opvallend een van die min maar sterk regverdigings wat vandag nog vir die voortbestaan van die House of Lords aangevoer word: sy kundigheid.⁴²

Niemand sal twyfel dat die Suid-Afrikaanse senaat in sy toentertydse vorm en samestelling uitgedien was nie. Is die kind egter toe nie dalk saam met die badwater uitgegooi nie? Die manier waarop die senaat saamgestel is, was van meet af aan verkeerd, en moes noodwendig lei tot baantjies vir politieke ouboete (uitsonderings was daar wel). Verskeie ander wyses kan egter bedink word waarop die senaat saamgestel kon gewees het om ’n deursnitgroep van kundiges te betrek. Weliswaar het die Schlebusch-kommissie in sy verslag te kenne gegee dat sy aanbeveling dat die senaat afgeskaf moet word nie daarop dui dat ’n eenkamerstelsel die patroon vir Suid-Afrika moet word nie.⁴³ Was dit in die lig hiervan nodig om die traumatiese ingrepe in die hart van ons verteenwoordigende stelsel te maak waarna hierbo verwys is?

4 4 Vervolgens moet ’n paar woorde ook oor die presidentsraad gesê word.⁴⁴ Oor sekere sake is reeds helderheid verkry:

⁴² Vgl De Smith *Constitutional and Administrative Law* 292. Bagehot het dit in die 19e eeu reeds ingesien: a w 103–104.

⁴³ RP 68/1980 5.

⁴⁴ Sien wet 101 van 1980 a 34 (die nuwe a 102–106 van die grondwet).

- die presidentsraad is nie maar net 'n opvolger van die senaat nie — trouens, die presidentsraad is nie deel van die parlement nie;
- die presidentsraad het geen selfstandige uitvoerende of wetgewende bevoegdheide nie;
- lede van die presidentsraad word na goeie dinge deur die regering aangestel (met die uitsondering van die vise-staatspresident);
- as onderhandelingsliggaam⁴⁵ het die presidentsraad gevolglik geen verteenwoordigende basis nie;
- die presidentsraad is in eerste en laaste instansie 'n adviserende ondersoekliggaam vir die uitvoerende gesag en by name die eerste minister en die kabinet;
- die vise-staatspresidentsamp het geen logiese plek in die staatsregtelike struktuur nie (dit word enigsins bevestig deur die plasing daarvan op die voorranglys: dit volg ná dié van die eerste minister).

Hieruit vloei belangrike implikasies voort:

- eerstens kan die werk van die presidentsraad kwalik regstreekse invloed op staatsregtelike verandering in Suid-Afrika uitoefen — selfs al sou die presidentsraad deur die regering met die grootste agting behandel word, is daar ten minste twee buffers tussen 'n aanbeveling van die raad en enige gevolggewing daaraan: die regering self en die partykongresse (ofskoon laasgenoemde volgens sommige waarnemers toenemend 'n kleiner rol in die staatkundige prosesse speel);⁴⁶
- tweedens sal die presidentsraad self doelbewus aan 'n legitimitiebasis moet bou om geloofwaardigheid aan sy werk te gee. Sover dit die blankes betref, is dit nie 'n ernstige probleem nie. Wat die Kleurling- en Indiërbevolking van Suid-Afrika betref, is dit egter 'n akute saak. Een van die groot gevare wat ontwyk sal moet word, is vervreemding van die gekleurde⁴⁷ lede van die raad van die gekleurde bevolking bloot op grond van die status en ander voordele wat aan lidmaatskap van die raad verbonde is.

Die presidentsraad sou histories gesien binne die raamwerk van die Westminstermodel met die curia regis of koningsraad van weleer vergelyk kon word.⁴⁸ Trouens, van die presidentsraad word ook verwag om met

⁴⁵ *Beeld* 81-02-02 4 sê bv dat die presidentsraad “'n nuwe tydperk van onderhandeling oor die kleurgrens heen [inlei] soos die land nog nie tevore ervaar het nie.” Dit is 'n verdagte stelling. Ervaring met die vroeë fases van die verteenwoordigende kleurlingraad toe die meerderheid lede ook benoem is, behoort enige regering baie versigtig te maak vir “aangestelde” leiers.

⁴⁶ Die eerste minister het bv vroeg gedurende 1981 reeds 'n aanduiding gegee dat hy na die kongresse van sy party, en desnoods na die (blanke) kiesers sal gaan indien die presidentsraad aanbevelings maak wat drasties van regeringsbeleid afwyk.

⁴⁷ “Gekleurde” is die tegniese begrip wat deur die Bevolkingsregistrasiewet 30 van 1950 a l gebruik word, en sluit Sjinese en Asiate (Indiërs) in.

⁴⁸ 'n Goeie uiteensetting oor die curia regis is by Holdsworth *A History of English Law* bd x 456 e v te vinde. Sien ook Lovell a w 62-64.

die nodige aanpassings te vermag wat die Tudor-weergawe van die curia gedoen het:

“Acting as a whole, or through its committees, or through commissions it appointed, it carried England through the transition from medieval to modern conditions”

om die woorde van Holdsworth te gebruik.⁴⁹

Nodeloos om te sê dat die analogie tussen die presidentsraad en die curia nie te ver deurgetrek moet word nie. Die voorbeeld word egter gebruik om aan te toon dat selfs die gedagte van ’n adviserende staats-hoofraad nie so nuut is nie.

5 Voorbeelde in die trant hierbo sou vermenigvuldig kon word. Ek moet egter afsluit. Dit doen ek by wyse van ’n paar gevolgtrekkings en stellings.

5 1 Sover dit die Westminsterstelsel self betref, is dit duidelik dat dit ’n begrip met verskeie kante is wat, om dit betekenisvol te gebruik, gespesifiseer moet word.

5 2 Dit doen die Westminsterstelsel ’n onreg aan om dit veral met die gedagte van een mens een stem te assosieer. Dit is maar een van die aspekte daarvan.

5 3 Die Westminsterstelsel manifesteer hom in Suid-Afrika baie sterk in die blanke politiek, waar hy so te sê onherroepelik ingebed is sover dit kabinetsregering, wetgewende soewereiniteit, kiesstelsel en partystelsel betref. Dit is histories en polities te verklaar. Die voordele van die Westminsterstelsel (“spoils”) het dit by name vir die Afrikaner met sy blanke getalle-oorwig moontlik gemaak om hom polities te verskans. Dit hou egter terselfdertyd een van die grootste gevare vir die basiese beginsel van die stelsel, naamlik vrye demokrasie, in omdat ’n faktor wat deur die oermodel misken word, in Suid-Afrika tot basis van die model gemaak word, naamlik ’n bepaalde kultuurverband.

5 4 In die lig hiervan is dit moeilik te voorsien dat enige staatsregtelike verandering noemenswaardig aan dié strukture wat die huidige blanke politieke magsbalans bewaar, kan verander. Soos aangetoon is dit die sterkste Westminsterelemente, aangevul deur die grootste antitesis: die stelsel van rasseklassifikasie.

5 5 Soos die oervoorbeeld van die Westminstermodel, Brittanje, het Suid-Afrika ook ’n evolusionêre staatsregtelike geskiedenis. Dit is ooglopend die voorneme om dié ontwikkelingslyn te behou. ’n Tweeledige woord van bekende raad moet miskien in hierdie stadium weer beklemtoon word:

5 5 1 oor ’n tydperk van duisend jaar het die Westminstermodel deur evolusie, weliswaar dikwels baie pynlik, daarin geslaag om politieke probleme wat nie so vreemd is aan dié waarmee Suid-Afrika worstel nie, op te los. Een van die belangrike lesse wat uit dié geskiedenis geleer word, is dat die wortels van die Engelsman se demokratiese sin en verantwoor-

⁴⁹ a w 457.

delikheid in sy ervaring met *plaaslike* bestuur gelê het.⁵⁰ Is die tyd in Suid-Afrika nie dringend ryp dat plaaslike bestuurswese en die rol wat dit in die staatsregtelike ontwikkeling kan speel, grondig ondersoek en ontwikkel moet word nie?

5 5 2 Die Britse (Westminster-) stelsel het oor die tydperk van duisend jaar ingrypende, selfs rewolusionêre veranderings ondergaan as daar aan *uitwerking* gemeet word. Die vorms en raamwerke is egter behou. Die grondstruktuur van die Suid-Afrikaanse staatsreg, wat Westminster-gefundeerd is, verkeer reeds onder geweldige druk as gevolg van strukture en instellings wat vanweë die beleid van afsonderlike ontwikkeling en oorjare geskep is. Om ter wille van korttermynnoogmerke die stabiliteit van die grondstrukture te ondermyn deur byvoorbeeld die senaat af te skaf en die verteenwoordigende basis van die volksraad — hoe gebrekkig dit ook al mag wees as gevolg van blote blanke stemreg — te verswak, kan op die langtermyn rampspoedig wees.

5 6 Die groot probleem in Suid-Afrika is nie om die groot probleem bloot te lê nie, maar om 'n oplossing daarvoor te vind. Een of twee voorstelle word gemaak:

5 6 1 As dit die gedagte is dat 'n bestel waaraan "almal" deel het 'n demokratiese inslag moet hê, is dit dringend noodsaaklik dat begrip vir demokrasie vinnig en sterk by al die Suid-Afrikaanse bevolkingsgroepe (ook die blankes) ingeskerp word. In dié proses sal krities na die betekenis en wenslikheid van die huidige vorm van rasseklassifikasiewetgewing en wetgewing wat politieke betrokkenheid oor die kleurgrens heen verbied, gekyk moet word.

5 6 2 Woorde en uitdrukkings om gestalte te gee aan politieke beleidsrigtings moet aan hulle konstitusionele realiseerbaarheid getoets word. Dit is byvoorbeeld na my mening logies en staatsregtelik onmoontlik om aan die een kant 'n staatsregtelike bedeling te hê waarin almal betekenisvolle seggenskap het, maar waarin mag bloot *verdeel* word. Betekenisvolle seggenskap beteken ook seggenskap in laaste instansie, en dit is per definisie *gedeelde* seggenskap. Is dit anders, behou een groep altyd die finale sê ten koste van ander.

5 6 3 Ek sou graag aan die presidentsraad 'n voorstel maak. Dit is dat hy by die regering aanbeveel om die presidentsraad met ingang 1 Januarie 1982 in die nuwe senaat van die Republiek van Suid-Afrika om te skep. Goeie redes kan hiervoor aangevoer word:

Eerstens is dit 'n gevestigde Westminsterbeginsel dat die hoërhuis geen finansiële bevoegdhede het nie, en ook slegs 'n beperkte verdragende

⁵⁰ Vgl Bagehot a w 255 e v; Holdsworth a w 135-136; Lovell a w 17: "Its [plaaslike bestuur se] influence on the emerging constitution, moreover, was not only at the level of local administration; it was also a source for certain later developments in central government, notably for the initiation of Parliament." Sien ook Hahlo & Kahn a w 65, wat moontlik met 'n mate van (onbedoelde) neerhaling daarna verwys dat selfs in Natal "ultimate representative institutions, in sound colonial manner, had their roots in local government."

bevoegdheid by ander wetgewing — die senaat sal gevolglik geen bedreiging of destabiliserende invloed inhou nie.

Tweedens gaan dit volgens alle berigte baie gebalanseerd, verantwoordelik en waardig in die presidentsraad toe. Daar is geen rede om te vermoed dat dit anders sal wees as die presidentsraad senaat word nie.

Derdens sal so 'n stap die voordeel inhou dat terwyl die senaat gedurende die sessie van die parlement aan al die gewone parlementêre werksaamhede deelneem, dit gedurende die reses as 'n grondwetlike ondersoekliggaam kan konstitueer en daar geen nodigheid vir 'n proliferasie van adviesliggame of komitees sal bestaan nie.

Vierdens kan die huidige wyse van samestelling onveranderd behou word. Die hoërhuis is geen verteenwoordigende liggaam nie, en om dit onder huidige omstandighede te laat benoem deur die staatspresident (effektief die regering) hou minder gevaar van kleinpolitiek in as om dit soos onder die ou bedeling op proporsionele wyse deur die politieke verteenwoordigers in die volksraad en die provinsiale rade te laat verkies. As daar weer na die Westminstertradisie verwys mag word, kan opgemerk word dat dit vir twee eeue reeds gebruik is dat die regering persone tot die adelstand verhef om vir hulle sitting in die House of Lords te verskaf.

Vyfdens kan so 'n senaat onmiddellik op 'n baie sterker legitimiteit reken bloot vanweë sy verband met die parlement.

Sesdens sal so 'n stap die inherente maar tydelike dinamiek van die presidentsraad as instrument tot grondwetvorming endosseer, andersyds regverdiging verleen aan die tydelike nodigheid van 'n buite-parlementêre liggaam as proefmodel vir meerrassige konstitusionele evolusie.

Laastens kan dit 'n noemenswaardige katalisator wees vir die skepping van onderlinge vertroue, 'n voorvereiste vir enige soliede konstitusie.

Die skepping van die nuwe senaat hoef geensins in die weg te staan van enige bestaande politieke beginsels of ideale nie, behalwe partisie. Die nuwe senaat kan na my mening slegs beter en met groter gesag die werk doen wat die presidentsraad met 'n groot geloofwaardigheidsagterstand veronderstel is om te doen. As daar een positiewe en verdienstelike gevolg van die instelling van die presidentsraad was, dan is dit dat dié raad reeds nou bewys het dat 'n nuwe senaat kan werk.

5 7 Ten slotte: die subtitel van die rede is: kan 'n luiperd sy kolle verander?⁵¹ Sover dit die Westminsterstelsel en die blankes betref, behoort die antwoord na die voorafgaande duidelik negatief te wees — dit sou selfmoord beteken. Die hoofitel was: Westminsterstelsel — requiescat in pace? Sover dit die gekleurde (en swart) bevolking van Suid-Afrika betref, is die antwoord lank reeds positief. Trouens, vir die meeste van hulle het hy nog altyd in vrede gerus. □

⁵¹ Dié gesegde kom uit Jeremia 13: 23.

Die aard van persoonlikheidsnadeel by skending van die fisies-psigiese integriteit

PJ Visser

BA LLD

Senior Lektor in die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

In this article the nature of personal loss in cases of physical injuries is examined. It is proposed that personal loss is the injurious change in the legally protected highly personal interests of an individual, which change does not influence his economic position.

In defamation (which is examined by way of analogy) personal loss is mainly of an objective nature because a person whose good name has been violated, need not suffer any unhappiness. No mental reaction is required to complete the loss which the plaintiff suffers. There can, of course, exist an *affective loss* which relates to the personal unhappiness of the individual concerned, but such affective loss only plays a secondary role.

Where a person is physically injured, a distinction should be drawn between an injury which directly affects the feelings of the injured person and one which (like defamation) has an objective basis and only affects the mind indirectly through mental reaction to the physical injury. Examples of losses which fall into the first category are physical pain and nervous shock. Here the loss is essentially experienced in the mind and if the mind does not function properly, no loss exists. Examples of losses which fall into the second category, are disfigurement, loss of expectation of life and loss of the amenities of life. The feelings (unhappiness or affective damage) only come into play with regard to the injured person's reaction to his loss. This implies that the consciousness of the particular person involved is not a prerequisite for the existence of the loss. It is consequently wrong to argue that a permanently unconscious person cannot suffer loss of amenities or of expectation of life. Affective loss does not form the basis of personal loss in such cases.

All this does not imply that a permanently unconscious person should receive large sums of money as compensation for loss of amenities of life. A clear distinction should be observed between the question whether a person suffers loss and the question whether such loss can be compensated for in money. Where a permanently unconscious person suffers a loss of amenities, such loss can obviously not be made good by compensation, but the loss can form the basis of a notional award which serves as objective satisfaction for the wrong done to the injured person.

1 ALGEMEEN

Die oogmerk met hierdie artikel is om helderheid te probeer verkry oor die vraag waarin die wese van 'n persoonlikheidsnadeel, en meer bepaald in verband met die fisies-psigiese integriteit van die mens, geleë

is. Dit is opvallend dat daar in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur feitlik geen poging aangewend word om die begrip "persoonlikheidsnadeel" in algemene terme te omskryf, sodat die aard daarvan duidelik blyk nie. Gewoonlik word lig op die begrip gewerp by wyse van voorbeelde. Hierdie praktyk is onbevredigend want dit kan, veral in die konteks van die fisies-psigiese integriteit van die mens, aanleiding gee tot talle probleme. Hierdie probleme kan slegs deur 'n duidelike teorie oor die aard van 'n persoonlikheidsnadeel opgelos word. Eén voorbeeld hiervan is die probleem of daar sprake van 'n persoonlikheidsnadeel kan wees in die geval van iemand wat as gevolg van 'n breinbesering in 'n voortdurende toestand van bewusteloosheid verkeer, of weens so 'n besering 'n persoonlikheidsverandering ondergaan het wat verhoed dat hy enige onaangename sensasie ervaar.¹

In hierdie artikel word op die Suid-Afrikaanse reg gekonsentreer. Daar sal egter ook terloops na die sienings van skrywers oor ander regstelsels verwys word indien sodanige sienings kan bydra tot die verkryging van 'n duideliker begrip van die betrokke aangeleentheid. Alvorens die bespreking 'n aanvang neem, is dit nuttig om te meld dat die term "persoonlikheidsnadeel" in die algemeen verwys na skade wat as nie-vermoënskade tipeerbaar is. "Skade" is die versamelbegrip met "vermoënskade" en "nie-vermoënskade" die twee wedersyds uitsluitende deelbegrippe. Nie-vermoënskade kan omskryf word as die nadelige verandering van die deur die reg beskermde hoogs persoonlike belange van 'n regsobjek, welke verandering nie sy ekonomiese posisie raak nie.²

2 PERSOONLIKHEIDSREGTE, PERSOONLIKHEIDSNADEEL EN DIE BEWUSSYN VAN DIE MENS

Uit die omskrywing van 'n persoonlikheidsnadeel blyk dit dat 'n mens te doen het met persoonlikheidsbelange of persoonlike interesse. Indien hierdie persoonlikheidsbelange geobjektiveer word, is hulle in der waarheid regsgoedere of regsobjekte wat die voorwerp van die betrokke persoonlikheidsregte uitmaak.³ 'n Aantasting van 'n persoonlikheidsreg word prakties bewys onder andere deur getuienis wat dui op die feitelike versteuring of benadeling van die betrokke persoonlikheidsbelang of persoonlike interesse.⁴ Die besondere persoonlikheidsregte wat in ons reg erken word, gee reeds 'n aanduiding van die verskillende vorme wat persoonlikheidsbelange kan aanneem; daar word naamlik onderskei

¹ Sien by *Steenkamp v Minister of Justice* 1961 1 PH J9; *Scheepers v African Guarantee and Indemnity Co Ltd* 1962 3 SA 657 (OK); *Roberts v Northern Assurance Co Ltd* 1964 4 SA 531 (D); *Gerke v Parity Insurance Co Ltd* 1966 3 SA 484 (W).

² Vgl ook Stoll "Consequences of Liability" in *International Encyclopaedia of Comparative Law* (1971) bd XI hfst 8 18.

³ Sien Joubert "Die Realiteit van die Subjektiewe Reg en die Betekenis vir 'n Realistiese Begrip daarvan vir die Privaatreg" 1958 *THRHR* 12 98; *Hoffa v SA Mutual Fire & General Insurance Co Ltd* 1965 2 SA 944 (K) 954E.

⁴ Neethling *Persoonlikheidsreg* (1979) 152 e v.

tussen 'n persoonlikheidsreg op die fisies-psigiese integriteit,⁵ die reputasie,⁶ die eer,⁷ en die privaatheid.⁸

Gestel daar word gekonstateer dat 'n bepaalde handeling op een van die vermelde persoonlikheidsregte inbreuk maak, waarin sou die persoonlikheidsnadeel dan geleë wees? Die antwoord op hierdie vraag kan verkry word deur 'n ondersoek wat daarop gemik is om vas te stel of 'n persoonlikheidsnadeel geleë is in 'n konkrete, objektief vasstelbare versteying van die persoonlikheidsbelange in verband met byvoorbeeld die liggaam, eer, ensovoorts sonder meer, en of daar benewens enige sodanige versteying, noodwendig ook 'n inbreuk op die gevoelslewe (welke inbreuk hom in 'n leedgevoel manifesteer) teenwoordig moet wees. Alvorens hierdie vraag behoorlik beantwoord kan word, is dit nodig om deur middel van 'n eenvoudige model 'n teoretiese basis te lê vir 'n beter begrip van die menslike bewussyn. Algemeen menslike ervaring met betrekking tot die aard van die menslike bewussyn bring aan die lig dat daar ten minste twee grade of vlakke van bewussyn bestaan:

a Elementêre bewussyn: Hierdie graad van bewussyn (waaroor die boonste niveaus van die diereryk ook beskik) beteken dat die mens, net soos byvoorbeeld honde en perde, bewus is van wat om hom aangaan. Die vermelde diere is ook bewus van hul eie ledemate en weet dat dit 'n deel van hulleself is.⁹

b Selfbewussyn: Die mens beskik, benewens die voorafgaande graad van bewussyn wat sekere diere ook het, ook oor hierdie graad van bewussyn. As gevolg van sy selfbewussyn is die mens nie slegs bewus van dinge buite hom en van sy eie ledemate nie, maar ook van homself as 'n entiteit afsonderlik van die res van die heelal.¹⁰

In die lig van die voorafgaande uiteensetting is dit redelik om te verwag dat 'n nadelige inwerking op die hoogspersoonlike menslike interesse (persoonlikheidsbelange) op die een of ander manier verband moet hou met die menslike bewussyn aangesien laasgenoemde in 'n sekere sin die kern van die mens uitmaak. Alle regsteorieë hieroor (soos later sal blyk) akkommodeer egter nie die sentrale feit van die menslike selfbewussyn nie, en ontkoppel in bepaalde gevalle hoogspersoonlike belange van die menslike bewussyn. Alvorens verder op die fisies-psigiese belange van die mens ingegaan word, is dit nodig om kortliks te verwys na die persoonlikheidsnadeel in gevalle van laster en belediging aangesien dit 'n gepaste analogie met gevalle van liggaamsaantasting toon.

3 PERSOONLIKHEIDSNADEEL BY LASTER EN BELEDIGING

In gevalle van laster is onregmatigheid geleë in die skending van die eiser se persoonlikheidsreg op sy goeie naam en sodanige regskenking

⁵ Neethling 40 84 e v.

⁶ Neethling 42 124 e v.

⁷ Neethling 148 e v.

⁸ Neethling 172.

⁹ Sien ook Bucke *Cosmic Consciousness* (1966) 1.

¹⁰ Bucke 2.

word aangeneem wanneer die eiser se aansien in die gemeenskap daal weens die onredelike optrede van die verweerder.¹¹ Die nadeel-element is volgens Van der Merwe en Olivier¹² daarin geleë dat die aansien van die eiser in die gemeenskap werklik gedaal het. Dit wil uit die voorafgaande uiteensetting voorkom asof die regs krenking en die persoonlikheidsnadeel saamval. Sodanige indruk sou egter op 'n wanopvatting berus aangesien die persoonlikheidsnadeel slegs 'n feitlike voorwaarde vir die regs krenking vorm. Die krenking van die reg op die goeie naam behels meer as blote persoonlikheidsnadeel en word geïdentifiseer deur die resultaat van 'n diagnostiese ondersoek na die versteuring van die betrokke persoonlikheidsbelang (die goeie naam) in die lig van die relevante regsnorm wat enige onredelike versteuring van die betrokke belang verbied.¹³ Daar kan nie met Van der Merwe en Olivier¹⁴ saamgestem word waar hulle meen dat die "omvang van die regs krenking" in gevalle van laster die kwantum van vergoeding moet bepaal nie. 'n Regs krenking het geen "omvang" nie en kan dus met die kwantum van vergoeding niks te make hê nie aangesien onregmatigheid 'n regs feit is wat of bestaan of nie. Daar moet ook hier beklemtoon word dat die blote feit van verminderde aansien in die gemeenskap nie uitsluitlik op 'n persoonlikheidsnadeel dui nie aangesien die menslike reputasie ook 'n vermoëns-komponent het wat in gegewe omstandighede geldelike verliese kan meebring.¹⁵

Om by die meer "ideële" aspek van die daling van die eiser se aansien (die "ware" persoonlikheidsnadeel) uit te kom, is dit nodig om verder te gaan en na die moontlike affektiewe skade te vra. Affektiewe skade word ook gevoelskade genoem¹⁶ omdat dit verwys na die gevoelsreaksie van die eiser op die regs krenking wat hy te beurt geval het. Die kern van affektiewe skade lê dus in 'n gevoel van verontregting by die eiser.¹⁷ Dit is belangrik om in te sien dat dit affektiewe skade is wat verband hou met die gevoelens (emosies) en bewussyn van die eiser in gevalle van laster. Alhoewel die goeie naam aanvaar word as 'n persoonlikheidsgoed is dit in werklikheid die gevoelsreaksie by die eiser wat die wese van die persoonlikheidsnadeel uitmaak indien nadelig op die betrokke regs goed ingewerk word. Nou moet onmiddellik toegegee word dat affektiewe skade (wat ook as "sentimental loss" beskryf kan word) volgens ons regspraktyk nie by 'n lastergeding deur die eiser bewys hoef te word nie. Die reg konsentreer net op die objektiewe daling van die aansien van die eiser in die gemeenskap en doen nie navraag na die gevoel van ver-

¹¹ Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 398.

¹² Van der Merwe en Olivier 446 vn 4.

¹³ Neethling 12.

¹⁴ a w 447.

¹⁵ Vgl by *Gelb v Hawkins* 1950 2 PH J20 (W).

¹⁶ Stoll "Empfielt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schäden?" in *Verhandlungen des 45 Deutschen Juristentages* bd I deel 1 154.

¹⁷ Sien Ehlers *Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht* (1977) 18.

ontregting van die eiser nie.¹⁸ Nietemin kan die feit nie weggedeneer word nie dat die logiese ratio vir die toestaan van 'n genoegdoeningseis in gevalle van laster, geleë is in die affektiewe skade wat die eiser weens die laster ervaar.¹⁹ Aanduidings hiervan kan ook gevind word uit 'n oorsig van omstandighede wat as "verswarend" of "versagend," na gelang van die geval, beskou word in die bepaling van die kwantum van die genoegdoeningsbedrag, byvoorbeeld tartende herhaling van die lasterlike bewerings²⁰ (wat dan onder andere die eiser se gevoel van verontregting laat toeneem); bewustheid by die verweerder van die onwaarheid van sy lasterlike bewerings²¹ (wat onder andere sy morele blaamwaardigheid *tot kennis van die eiser* vererger); die reputasie van die eiser as 'n nie-eerbare persoon²² (wat vermoedelik sy gevoel van verontregting verminder); en die geestelike onstabieleit van die verweerder²³ (wat ook die eiser in 'n mindere mate verbitterd laat). Al hierdie omstandighede kan dus beskou word as faktore wat ook 'n invloed uitoefen op die omvang van die affektiewe skade wat die eiser ly. Opsommenderwys kan dus verklaar word dat die reg by noodwendige implikasie skadebewustheid in gevalle van laster veronderstel, maar dat die aanwesigheid daarvan slegs 'n kwantum-faktor is wat nie aanvanklik deur die eiser bewys hoef te word nie.²⁴

Vervolgens kan kortliks aandag gegee word aan persoonlikheidsnadeel by belediging. Die kern van die nadeel in gevalle van 'n aantasting van die dignitas is geleë in die krenking van die gevoelens van die individu.²⁵ Die vereiste word ook gestel dat die eiser beledig moes gevoel het weens die optrede van die verweerder.²⁶ Hierdie tipering van die nadeel by belediging maak dit duidelik dat die reaksie, skadebewustheid of skadegevoel by die benadeelde die wese van die betrokke persoonlikheidsnadeel vorm. Aangesien 'n mens hier met suiwer gevoelsskade te doen het, kan gesê word dat die wese van die nadeel in "affektiewe" skade geleë is. Dit is nie streng semanties korrek om die term "affektief" hier te gebruik nie aangesien dit veronderstel dat 'n ander regsgoed primêr aangetas is; die aantasting van die piëteitsgevoel,

¹⁸ McKerron *Law of Delict* (1971) 170 e.v.

¹⁹ Vgl by die volgende dictum in *McCarey v Associated Newspapers* 1965 2 QB 86 104-105: "The natural grief and distress which he may have felt as having been spoken of in defamatory terms, and . . . any kind of high-handed, oppressive, insulting or contumelious behaviour . . . which increases the mental pain and suffering . . . and may constitute injury to the plaintiff's pride and self-confidence: those are proper elements to be taken into account." McKerron 207 betrek ook die gevoelens van die belasterde persoon: "The plaintiff is entitled to general damages for the wrong done to him by the violation of his right to retain his good name and fame untarnished and the consequent injury to his feelings."

²⁰ *Mograbi v Miller* 1956 4 SA 239 (T); *Pont v Geyser* 1968 2 SA 545 (A).

²¹ *Geyser v Pont* 1968 4 SA 67 (W).

²² *Black v Joseph* 1931 AD 132.

²³ *Clark v Marais* 1908 EDC 311; *Vaughan v Ford* 1953 4 SA 486 (SR).

²⁴ Vgl ook Grebe *Eenige Rechtsvergelijkende Beskouwingen over der Vergoeding van Onstof-felike Schade bij Niet-nakoming van Overeenkomsten en bij Onrechtmatige Daad* (1935) 47-48 wat hierdie aspek duidelik uitlig.

²⁵ Van der Merwe en Olivier 450-451.

²⁶ Neethling 151.

waardigheidsgevoel of selfrespek van 'n persoon²⁷ is egter sodanig nou aan sy gevoel verbonde dat die betrokke persoonlikheidsnadeel as regstreekse "affektiewe" skade bestempel kan word. Die woord "regstreekse" word gebruik omdat affektiewe skade gewoonlik die sekondêre gevoelsreaksie van die benadeelde op die primêre regskenking is, terwyl dit by belediging in werklikheid die kern van die persoonlikheidsnadeel uitmaak. 'n Komplikasie ten aansien van hierdie uiteensetting is moontlik die feit dat daar soms vereis word dat die kommunikasie aan die eiser *objektief* beledigend moes gewees het,²⁸ welke sienswyse straks vertolk kan word as sou 'n subjektiewe (leedgevoelde) krenking nie werklik ervaar hoef te word nie. Die vereiste van die objektief-beledigende aard van die kommunikasie hou egter verband met die onregmatigheidslement en beteken dat die beledigende handeling benewens die nadelige inwerking op die regsobjek (die eergevoel), ook normstrydig²⁹ moet wees.³⁰

Uit hierdie bespreking van die relevante probleem in verband met persoonlikheidsregte op die fama en die dignitas,³¹ het dit geblyk dat daar in beide gevalle, van affektiewe skade, in die betekenis van veral 'n gevoel van verontregting, sprake is. Die basiese verskil tussen die twee gevalle is egter dat by aantastings van die reg op die fama die nadeelvereiste in die praktyk volkome objektief beoordeel word maar dat daar tog regtens in aanmerking geneem word dat daar by die eiser 'n gevoel van verontregting bestaan; by belediging, aan die ander kant, kan belange soos die piëteitsgevoel, kuisheidsgevoel, ensovoorts kwalik tot "objektiewe" regsgoedere losstaande van die gevoelslewe verhef word – "affektiewe". skade in die vorm van 'n "regstreekse" veroorsaking van 'n gevoel van verontregting maak hier die wese van die nadeel uit. Vervolgens moet breedvoerig aandag geskenk word aan die vraag waarin 'n persoonlikheidsnadeel in verband met die fisies-psigiese integriteit geleë is.

²⁷ Sien by *R v Umfaan* 1908 TS 62; *R v Olakawa* 1958 2 SA 357 (K); *Schoeman v Fourie* 1941 AD 125.

²⁸ Neethling 152.

²⁹ Die norm wat relevant is, is om nie deur onredelike (contra bonos mores) optrede 'n ander (subjektief) te beledig nie. Neethling 152.

³⁰ Vgl in die algemeen *Jackson v NICRO* 1976 3 SA 1 (A) 12H.

³¹ Die nadeel by krenkings van die reg op privaatheid kan op dieselfde wyse as by die reg op fama ontleed word en daar sal tot dieselfde gevolgtrekking geraak word as in die geval van aantastings van die fama. In verband met die bewussyn van die eiser kan ook terloops gewys word op Amerasinghe "The Protection of Corpus in Roman-Dutch Law" 1967 *SALJ* 333 se opmerking m b t persoonlikheidsnadeel by 'n aantasting van liggaamlike vryheid: "(I)niuria depends on damage to feelings and such damage cannot be experienced unless there is awareness of the wrong. The general principle is that there must be knowledge for this purpose . . . but modern decisions have taken the view that subsequent knowledge is sufficient if the plaintiff feels the injury on getting to know of it. The awareness becomes necessary to complete the requirement of sentimental damage but it does not constitute part of the unlawful factum of the iniuria as such." Daar bestaan blykbaar uitsonderings op die algemene vereiste van affektiewe skade: *R v Holliday* 1927 CPD 395; *R v Van Tonder* 1932 TPD 90; *R v Daniels* 1938 TPD 312. In die geval van infantes en kranksinniges word "sentimental hurt" ook nie vereis nie: *D* 47 10 3 1; Voet *Commentarius ad Pandectas* 47 10 4.

4 PERSOONLIKHEIDSNADEEL IN VERBAND MET DIE FISIES-PSIGIESE BELANGE

Daar word in die algemeen onderskei tussen die fisiese en psigiese sye van die menslike liggaam.³² Dit is egter nie 'n onderskeid wat te ver gevoer kan word nie aangesien die fisiese liggaam en die psige (gevoelens en bewussyn) deur die brein en senustelsel aan mekaar verbind is.³³ Die hoogs persoonlike belange wat in verband met die regsgeod genaamd "fisies-psigiese integriteit" bestaan, kan gevind word deur na te gaan welke soorte persoonlikheidsbenadelings in die praktyk geïdentifiseer word.³⁴ Uit 'n oorsig van hierdie soorte benadeling blyk dit dat die betrokke persoonlike belange die volgende insluit: vryheid van pyn en lyding wat vereenselwig word met 'n fisiese benadeling van die liggaam; vryheid van ontsteltenis en ongelukkigheid³⁵ weens misvorming van die liggaam; die belang om oor die fisiese en psigiese vermoë te beskik om die alledaagse sowel as besondere lewensgenietinge te kan ervaar; die belang om die natuurlik verwagte lewenspan te voltooi; asook vryheid van ernstige emosionele skokke en gepaardgaande psigologiese siektes. 'n Oorsigtelike ondersoek van hierdie belange bring reeds aan die lig dat 'n aantasting daarvan op die volgende wyses kan plaasvind:

a 'n *Direkte gevoelskrenking of inwerking op die emosies en die bewussyn deur pyn weens fisiese beserings en senuskok*: Die skade bestaan hier slegs in die bewussyn waar dit ervaar word.³⁶ 'n Mens kan jou nouliks voorstel dat affektiewe skade in hierdie verband los van die primêre gevoelskrenking kan bestaan.³⁷ Indien dit hoegenaamd bestaanbaar is, sou dit feitlik onskeibaar van die pyn, lyding en senuskok self wees. Daar kan in die algemeen verklaar word dat die aard van die persoonlikheidsnadeel wat hier ter sprake is, om die sogenaamde elementêre bewussyn draai wat vroeër bespreek is.

b *Indirekte gevoelskrenking of prikkeling van die emosies in gevalle van misvorming, verlies aan lewensgenietinge en verkorte lewensverwagting*: Reeds volgens 'n mens se naëwe ervaring van hierdie nadele, is dit duidelik dat alhoewel dit hier om hoogs persoonlike belange gaan, die nadeel deels "objektief" is aangesien dit nie slegs bestaan uit 'n emosionele gewaarwording soos in die geval van pyn en skok nie. Die bewussyn van die benadeelde speel hier 'n sekondêre rol vir sover dit net die meganisme is waardeur hy die betrokke nadele beleef. Affektiewe skade vorm met ander woorde net 'n komponent van die betrokke persoonlikheidsnadele aangesien dit die objektiewe nadeel met die bewussyn of psige verbind; affektiewe skade bestaan hier in die feit dat die benadeelde dink oor, en

³² Sien bv Neethling 84.

³³ Sien *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A) 779B.

³⁴ Sien bv Van der Merwe en Olivier 242-244.

³⁵ d w s affektiewe skade.

³⁶ *Sigourney v Gillbanks* 1960 2 SA 552 (A). Vgl ook Deutsch "Schmerzengeld und Genugtuung" 1969 *Juristische Schulung* 197 200: "Der schwere Schock ist Verletzung und Schäden zugleich."

³⁷ Ehlers 19.

reageer op die objektiveerbare benadeling wat hy ly. By misvorming, byvoorbeeld, is dit nie die verskrompelde ledemaat of die sny aan die gesig wat die affektiewe skade vorm nie, dit is alleen maar die bron van sodanige skade.³⁸ In gevalle van verlies aan lewensgenietinge en lewensverwagting bestaan die betrokke verlies ook nie primêr in die bewussyn nie omdat dit tog objektief bepaalbaar is sonder om navraag te doen na die emosies van die benadeelde.³⁹ Hierdie persoonlikheidsnadele hou ook verband met die selfbewussyn van die benadeelde waarna vroeër verwys is. Die selfbewussyn kom hierdeur ter sprake dat dit hier gaan om die verskynsel dat die mens homself en sy lotsbestemming objektief kan betrag en oor homself kan filosofer. Die persoonlikheidsnadeel wat hier ter sprake is, kan in 'n sekere sin as 'n "hoëre" persoonlikheidsnadeel beskryf word teenoor byvoorbeeld pyn wat dan as 'n "laere" vorm van persoonlikheidsnadeel sal geld. Die term "hoëre" word gebruik om aan te dui dat die betrokke persoonlikheidsnadeel 'n hoëre belewingsvorm veronderstel. 'n Dier het byvoorbeeld geen reputasie wat geskend kan word nie en kan ook nie 'n verlies aan lewensgenietinge ly nie. 'n Dier kan egter net soos die mens pyn ervaar. 'n Verdere verskil tussen 'n direkte gevoelskrenking en indirekte gevoelskrenking (affektiewe skade) is geleë in die feit dat by pyn ensovoorts die werklike belewenis van die eiser (afhangende natuurlik van die objektiewe bewysbaarheid daarvan en ander algemene deliktuele vereistes) die deurslaggewende faktor by die bestaan en omvang daarvan is, terwyl by affektiewe skade die eiser vanselfsprekend nie toegelaat kan word om deur sy reaksie op die benadeling self die omvang van sy nadeel te bepaal nie; 'n deursnee-maatstaf moet gebruik word.⁴⁰ Werklike bewys van die bestaan van die affektiewe skade word nie vereis nie en, net soos in die geval van byvoorbeeld laster en privaathedskrenking,⁴¹ sou die aanwesigheid daarvan sonder meer aanvaar kan word.

5 TEORIEË IN VERBAND MET DIE AARD VAN 'N PERSOONLIKHEIDSNADEEL

Die voorafgaande uiteensetting berus hoofsaaklik op algemene waarneming. Vervolgens moet ook 'n *regsteorie* in verband met die aard van 'n persoonlikheidsnadeel geformuleer word. Die Engelse skrywer

³⁸ Greebe 34.

³⁹ Verlies aan lewensverwagting word byvoorbeeld m bv aktuariële tabelle, ens bewys, terwyl verlies aan lewensgenietinge ook uiterlik maklik kenbaar is.

⁴⁰ Van der Merwe en Olivier 192 vn 99 stel dit so: "Daar ongelukkigheid van benadeelde tot benadeelde, selfs met betrekking tot dieselfde persoonlikheidskrenking, kan verskil, werk die houe met die graad van ongelukkigheid wat hulle meen dat die gemiddelde benadeelde in 'n besondere geval sal ondervind." Die skrywers beperk dié maatstaf nie net tot die tipe persoonlikheidsnadeel ter sprake nie, maar wil dit skynbaar verkeerdelik toepas op alle persoonlikheidsnadele i v m die liggaam. Dat so 'n houding verkeerd is, blyk juis uit die woord "ongelukkigheid" wat hulle gebruik: "ongelukkigheid" is 'n beskrywing vir affektiewe skade en dit staan juis op die agtergrond by pyn en skok.

⁴¹ Sien hierbo.

Ogus⁴² bespreek in hierdie verband drie teorieë wat as uitgangspunt gebruik kan word:

5 1 Abstrakte of objektiewe teorie

Volgens hierdie teorie word die menslike persoonlikheid gesien as 'n kombinasie van 'n aantal ekonomiese en nie-ekonomiese bates.⁴³ 'n Persoon se lewe, liggaamlike of geestelike vermoëns en vryheid van pyn is alles bates, net soos byvoorbeeld sy huis, aandele en motorvoertuig. 'n Nadelige inwerking op enigen van die nie-ekonomiese bates van die persoon lei tot 'n skadevergoedingsaksie ("skade" word hier gebruik in die wye sin soos aanvanklik aangedui) waarby die besondere waarde van die persoonlike belang as basis vir die berekening van "damages" gebruik word. Die waarde van die betrokke persoonlikheidsbelang word objektief bepaal, met ander woorde, sonder verwysing⁴⁴ na die "social, psychological or moral attitudes of the victim." Daar moet dus aangeneem word dat die bewussyn en gevoel van die eiser geen rol speel nie en dat 'n persoonlikheidsnadeel ook vir alle persone gewoonlik presies dieselfde verlies behoort te beteken. Dit is nie moeilik om redes te vind waarom hierdie simplistiese en gekunstelde teorie verwerp behoort te word nie: Die uitgangspunt daarvan berus op 'n opvallende miskenning van die werklikheid en kom nie net neer op 'n ontkenning van die verskillende grade van bewussyn nie, maar ook van die wese van hoogs persoonlike belange.

5 2 Persoonlike teorie

Hierdie teorie verwerp die abstrakte siening van persoonlikheidsbelange en heg waarde aan sowel die persoonlike omstandighede van die eiser, as sy bewussyn en gevoelens. Hiervolgens is die aard van 'n hoogs persoonlike belang sodanig dat dit nie "waardeer" kan word sonder inagneming van die gevoelens van die benadeelde nie.⁴⁵

Die persoonlike teorie sien die kern van 'n persoonlikheidsnadeel as 'n verlies aan geluk. Volgens hierdie teorie ontstaan daar 'n sogenaamde negatiewe geluksbalans by die eiser weens die betrokke onregmatige daad. As die krag van hierdie teorie realisme is, is sy swakheid geleë in 'n te subjektivistiese benadering wat swaar steun op die affektiewe skadebegrip en die bestaan van skade vereenselwig met die bestaan van affektiewe skade.

5 3 Persoonlik-funksionele teorie

Die persoonlik-funksionele teorie aanvaar (soos die benaming aandui) die uitgangspunt van die persoonlike teorie dat die subjektiewe ongelukkigheid (in die bewussyn) van die benadeelde, die wese van 'n persoonlikheidsnadeel vorm. Die teorie gaan egter verder vir sover daar by die kompensasie van 'n nadeel rekening gehou word met die bedrag

⁴² *The Law of Damages* (1973) 171-218.

⁴³ Ogus 172 195. Vgl ook Munkman *Damages for Personal Injury and Death* (1973) 17 24.

⁴⁴ Ogus 172.

⁴⁵ Ogus 195.

geld wat die eiser redelikerwys sal kan troos en help om sy ongelukkigheid te laat verdwyn. Hierdie teorie blyk eerder 'n kompensasië-teorie⁴⁶ te wees as 'n skade-teorie: Die kar word naamlik voor die perde gespan deurdat die teorie impliseer dat 'n nadeel net bestaan vir sover dit deur 'n geldbedrag gekompenseer kan word.

Die verskille tussen die abstrakte, persoonlike en persoonlik-funksionele benaderings word soos volg deur Ogus opgesom:⁴⁷

"In short, the differences between these approaches may be summarized by asserting that the award is measured in (i) by the extent of the injury, in (ii) by the extent of the *loss of happiness* and in (iii) by the extent to which money can provide the plaintiff reasonable solace."

Hierdie formulering bevestig die gevolgtrekking hierbo dat die betrokke teorieë eerder gerig is op die ratio vir kompensasië en die berekening van 'n skadevergoedingsbedrag as die wese van 'n nadeel; nietemin werp dit tog meer lig op die wese van 'n persoonlikheidsnadeel.

5 4 Gemodifiseerde abstrakte teorie

Ogus erken nie hierdie as 'n selfstandige teorie nie, maar dit blyk meer in ooreenstemming te wees met die praktyk van die Engelse reg as die werklik abstrakte benadering. Volgens hierdie teorie sou persoonlike belange steeds dieselfde as vermoënsbelange gesien word, dit wil sê, sonder dat die bewussyn of gevoelens van die benadeelde betrek word. Nietemin kan subjektiewe elemente ter sprake kom deurdat daar na die besondere omstandighede van die eiser gekyk word om die omvang van sy persoonlikheidsnadeel te bepaal. Dit word geïllustreer in die geval van 'n besondere tipe persoonlikheidsnadeel soos verlies aan lewensgenieting: X, 'n bejaarde persoon wat albei sy bene verloor, se nadeel sal hiervolgens nie van dieselfde omvang wees as dié van Y, 'n olimpiese atleet wat ook albei sy bene verloor nie. Deur die inagneming van die persoonlike omstandighede van die eiser word weggebreek van die beskouing dat 'n persoonlikheidsnadeel by alle mense dieselfde is, en word daar dus 'n meer realistiese teorie aangehang. Die gemodifiseerde abstrakte teorie het eintlik slegs betekenis vir die bepaling van die *omvang* van 'n persoonlikheidsnadeel en nie vir die bepaling van die *bestaan* daarvan nie.

Welke van die voorafgaande teorieë behoort aanvaar te word? Na my mening is geeneen van die teorieë hierbo uiteengesit volkome bevredigend nie. Die abstrakte teorie is nie aanneemlik nie aangesien dit nie die bewussyn, denke en gevoelens van die benadeelde betrek nie, terwyl die twee persoonlike teorieë op hul beurt net konsentreer op affektiewe skade en dus té subjektivisties van aard is.

Ek doen die volgende middeweg aan die hand: Wat betref 'n persoonlikheidsbenadeling op die vlak van 'n primêre gevoelskrenking veroorsaak deur pyn, fisiese lyding en skok, verskaf die persoonlike teorie die enigste logiese verklaring vir erkenning van die bestaan van die persoonlikheidsnadeel. In sodanige gevalle is die kern van die nadeel

⁴⁶ d w s 'n teorie wat verduidelik hoe nie-vermoënskade deur geld gekompenseer of goedgemaak word.

⁴⁷ Ogus 195-196.

juis in die bewustelike ondervinding daarvan geleë en is 'n subjektiewe uitgangspunt in orde. Wat die ander vorme van persoonlikheidsnadeel soos verlies aan lewensgenietinge, misvorming en verminderde lewensverwagting betref, is dit duidelik dat die betrokke nadeel nie in eerste instansie in die bewussyn van die benadeelde setel nie. Sodanige benadeling is nie byvoorbeeld soos pyn wat net bestaan indien dit inderdaad ervaar word nie. Verlies aan lewensgenietinge is objektief kenbaar en die bewussyn kom net ter sprake by die daaruit voortvloeiende affektiewe skade. Die bewussyn is weliswaar onontbeerlik vir affektiewe skade, maar soos aangetoon, is die posisie hier waarskynlik dieselfde as dié wat bestaan by laster en privaatheidskrenking,⁴⁸ naamlik dat sodanige affektiewe skade nie bewys hoef te word nie en die bestaan daarvan sonder meer vermoed word. Dit blyk dat, in die lig van die *bewussynsaspek*, 'n persoonlikheidsnadeel omskryf kan word as 'n werklike of veronderstelde gevoelskrenking as gevolg van 'n versteuring van die deur die reg beskermde hoogspersoonlike belange. "Werklike" gevoelskrenking dui dan eerstens op die gevalle van pyn en skok, en tweedens op affektiewe skade, terwyl "veronderstelde" gevoelskrenking verwys na dié gevalle waar die objektiewe deel van die nadeel wel bestaan, maar daar nie affektiewe skade kan wees nie aangesien die bewussyn uitgeskakel is.

6 PERSOONLIKHEIDSNADEEL BY BEWUSTELOOSHEID EN PERSOONLIKHEIDSVERANDERING IN ONS REGSPRAAK

In die pas gestelde omskrywing van 'n persoonlikheidsnadeel as 'n werklike of veronderstelde gevoelskrenking, is die kwessie van bewusteloosheid aangeraak. Dit is hierdie probleem van bewusteloosheid en, in samehang daarmee, gevalle van persoonlikheidsverandering, wat besondere eise stel aan enige teoretiese konstruksie van die aard van 'n persoonlikheidsnadeel.

Daar is nie juis probleme in ons reg met betrekking tot pyn en bewusteloosheid nie, aangesien aanvaar word dat pyn nie bestaan indien dit nie inderdaad bewustelik ervaar word nie.⁴⁹ Die gevalle wat egter die probleme verskaf, is dié waar die bewussyn van die eiser geheel of gedeeltelik uitgeskakel word deur 'n breinbesering en daar oor 'n toekening vir byvoorbeeld 'n verlies aan lewensgenietinge besluit moet word. Daar is in die regspraak aanduidings van 'n funksionele benadering, want in *Steenkamp v Minister of Justice*⁵⁰ word verklaar:

"On the other hand it does not seem to me proper to award such an amount as would provide more than could be usefully employed in alleviating his unhappy position . . ."

Uit hierdie dictum moenie afgelei word dat 'n persoonlikheidsnadeel net bestaan indien dit kompenseerbaar is nie; dit neig eerder in die rigting van 'n realistiese kompensasieteorie.⁵¹

⁴⁸ Sien hierbo.

⁴⁹ *Sigourney v Gillbanks* hierbo.

⁵⁰ 1961 1 PH J9 26.

⁵¹ d w s 'n teorie wat probeer verklaar hoe 'n persoonlikheidsnadeel in feite goedgemaak word.

In *Scheepers v African Guarantee and Indemnity*⁵² het die eiser breinbeserings opgedoen en die hof het by die toekenning van algemene skadevergoeding spesifiek gemeld dat die eiser bewus was dat daar 'n verandering in sy persoonlikheid plaasgevind het en dat dit as faktor in ag geneem moes word.

Die beslissing in die *Steenkamp*-saak, waar 'n funksionele siening betreffende die kompensasië van 'n persoonlikheidsnadeel aanvaar is, is uitdruklik verwerp in *Roberts v Northern Assurance*.⁵³ Die hof aanvaar die posisie soos uiteengesit in *Wise v Kaye*⁵⁴ naamlik:

“[L]ack of awareness of the injuries done to a plaintiff, though relevant to exclude an award of damages in respect of pain and matters such as worry, anxiety and anguish, which depend for their existence on an awareness in the victim and can only exist by being felt or thought or experienced, were otherwise irrelevant.”

In casu het die hof in ieder geval ook bevind dat die eiser tog 'n mate van insig in sy eie toestand openbaar het.⁵⁵

Die verwerping van die *Steenkamp*-saak was egter van korte duur want in *Geldenhuis v South African Railways and Harbours*⁵⁶ is die beginsel daarin vervat, herbevestig. Hierdie bevestiging is egter nie van veel waarde nie aangesien dit voorkom asof die betrokke eiser nie breinbeserings opgedoen het wat sy bewussyn uitgeskakel het nie.

Die belangrikste beslissing in hierdie verband is gelewer in *Gerke v Parity Insurance*.⁵⁷ In hierdie saak het die eiser sodanige breinbeserings opgedoen dat hy nooit weer sy bewussyn sou herwin nie en hy was gevolglik totaal onbewus van die toestand waarin hy verkeer het. Die hof ondersoek die Engelse reg en kom tot die gevolgtrekking dat daar hoofsaaklik 'n abstrakte (objektiewe) benadering aanvaar word, maar dat subjektiewe oorwegings tog 'n rol by die kwantum van die vergoeding speel.

By monde van regter Ludorf⁵⁸ stel die hof dan die volgende beginsels vir ons reg:

“In my judgment a similar approach is appropriate in a case like the one before me. I would say that the test (a) is objective in that something falls to be awarded for what has been called loss of happiness even in a case where the victim has been reduced to a state in which he has never realised and will never realise that he has suffered this loss; (b) is, however, subjective, in the sense that the Court, in fixing *quantum*, will have regard to any relevant data about the individual characteristics and circumstances of the plaintiff which tend to show the extent and degree of the deprivation; (c) is subjective, also, in the sense that any realisation which the plaintiff has, or did have or will have, of what he has lost, is most material and important. This is the true compensable suffering (as distinct from pain) which will carry far heavier damages than the somewhat artificial and notional award referred to in (a) above.”

⁵² 1962 3 SA 657 (OK).

⁵³ 1964 4 SA 531 (D) 540E-F.

⁵⁴ 1962 1 All ER 257 (CA).

⁵⁵ op 542H van die verslag.

⁵⁶ 1964 2 SA 230 (K) 235C.

⁵⁷ 1966 3 SA 484 (W).

⁵⁸ op 494D van die verslag.

Alhoewel hierdie beslissing al die skyf van heftige kritiek was,⁵⁹ is dit in die algemeen deur ons regspraak nagevolg: In *Qunta v Bay Passenger Transport*⁶⁰ het die hof uitdruklik die *Gerke*-beslissing aanvaar en toegepas. Ook in die beslissing *Quantana v Union and SWA Insurance*⁶¹ waar die eiser weens sy beserings kranksinnig geraak het, het die hof met goedkeuring na die vorige saak verwys en 'n aansienlike bedrag vergoeding toegeken, alhoewel die eiser hoegenaamd nie van sy toestand bewus was nie.

By die ontleding van die betrokke probleem is dit belangrik om in gedagte te hou dat die *bestaan* van 'n persoonlikheidsnadeel nie met die *kompenseerbaarheid* daarvan verwar moet word nie. Daar is sekerlik eenstemmigheid oor die feit dat die persoonlikheidsnadeel van 'n persoon wie se bewussynsvlak sodanig verminder is dat hy geen of min insig in sy eie toestand het, nie met geld gekompenseer kan word nie. Die benadering van die Duitse reg in so 'n geval is om te werk met objektiewe genoegdoening, dit wil sê die simboliese herstel van die nadeel deur vergelding van die onreg.⁶²

In hul bespreking van hierdie aangeleentheid stel Van der Merwe en Olivier hulle op 'n funksionele benadering:⁶³

“Die inkonsekwente van hierdie houding (dit wil sê, om 'n onderskeid tussen direkte en indirekte gevoelskrenkings te maak) is dat waar pyn en lyding nie ondervind is nie, geen eis daarvoor ingestel kan word nie, maar genoegdoening nietemin toegeken word vir verlies van 'n lewensgenieting, welke verlies ook nie ondervind word nie . . . Waar die benadeelde nie ongelukkig is nie en/of nie gelukkig (of minder ongelukkig) gemaak kan word deur geld nie, verval die ratio vir die toekenning van genoegdoening . . .”

Daar kan nie met hierdie mening saamgestem word nie. Daar is herhaaldelik hierbo daarop gewys dat pyn 'n direkte gevoelskrenking verteenwoordig, terwyl verlies aan lewensgenietinge 'n indirekte gevoelskrenking meebring. Dit is in werklikheid Van der Merwe en Olivier wat inkonsekwent is aangesien hulle betoog dat die verlies aan “subjektiewe” geluk bepalend is vir (die bestaan van?) persoonlikheidsnadeel maar dan met goedkeuring verklaar dat ons howe werk met die graad van ongelukkigheid wat hulle meen die gemiddelde benadeelde (dus 'n objektiewe toets) in 'n besondere geval sal ondervind.⁶⁴ Hierdie toets kan in orde wees by affektiewe skade, maar dit is sinloos om navraag te doen na byvoorbeeld die omvang van pyn wat die redelike man in die posisie van die benadeelde sou ervaar; dit is immers die eiser wie se ervaring van belang is en die pyn wat die redelike man sou ervaar, het net bewysregtelike waarde.

Luntz⁶⁵ meen blykbaar dat die toets vir die bestaan van 'n persoonlikheidsnadeel slegs is of die benadeelde positief ongelukkig is. Gevolglik

⁵⁹ Sien hieronder.

⁶⁰ Corbett en Buchanan *The Quantum of Damages in Bodily and Fatal Injury Cases* bd II 368 371.

⁶¹ Corbett en Buchanan bd II 680 682.

⁶² Lieberwirth *Das Schmerzensgeld* (1961) 29.

⁶³ Van der Merwe en Olivier 192.

⁶⁴ Sien by *Marshall v Southern Insurance Association Ltd* 1950 2 PH J6.

⁶⁵ Luntz “Damages in Cases of Brain Injury” 1965 *SALJ* 10.

is dit volgens hom logies dat indien die eiser as gevolg van 'n brein-besering bewusteloos is, hy nie "ongelukkig" kan wees nie. Hierdie uiteensetting van die aard en bestaan van 'n persoonlikheidsnadeel is te simplisties.

Selfs indien argumentsonthalwe aanvaar word dat "ongelukkigheid" 'n vereiste vir die bestaan van 'n persoonlikheidsnadeel is, is dit duidelik dat die toets vir sodanige nadeel behoort te wees of 'n gevoel van gelukkigheid of tevredenheid nou by die eiser ontbreek. Word die bewussyn van die eiser deur 'n besering uitgeskakel, kan daar nie eenvoudig verklaar word dat die eiser nie minder gelukkig as voorheen is nie. Per slot van rekening is daar in so 'n geval *geen* geluk positief by die beseerde aanwesig nie. Streng genome behoort die afwesigheid van geluk dus op die aanwesigheid van die persoonlikheidsnadeel te dui. Selfs as hierdie redenasie foutief is, bly dit steeds spitsvondig om te praat van geluk of ongelukkigheid wanneer die meganisme om sodanige geluk of ongeluk te ervaar, naamlik die bewussyn, uitgeskakel is. In sodanige gevalle is dit sinloos om te beweer dat die eiser nie "ongelukkig" is nie aangesien die meganisme vir die bestaan van geluk, die bewussyn en gevoelens van die eiser, nie funksioneer nie. Uit die voorafgaande blyk dit dat die "ongelukkigheids"-toets talle slaggate vir sy aanhangers skep. Om 'n persoonlikheidsnadeel by liggaamlike beserings geheel en al in terme van affektiewe skade (ongelukkigheid) te wil omskryf, kan nie korrek wees nie.

In sy ontleding van die *Gerke*-saak⁶⁶ benader Erasmus⁶⁷ ook die probleem uit die oogpunt van die funksie van die aksie weens pyn en leed. Met 'n beroep op die appèlhof⁶⁸ verklaar Erasmus dat daar by die aksie weens pyn en leed 'n "suiwer subjektiewe" uitgangspunt aangetref word. Die basis vir hierdie standpunt is glo te vind in die saak van *Hoffa v SA Mutual Fire and General Insurance*.⁶⁹ Die beroep op die *Hoffa*-saak as gesag vir 'n "subjektiewe" standpunt is egter onvanpas, soos blyk uit die volgende passasie uit die uitspraak van regter Van Winsen:⁷⁰

"Whether the basis of a money award is to compensate the unhappiness flowing from the injury with the happiness resulting from the possession of money – a subject . . . more suitable for discussion in any essay on Aristotelean ethics than in a judgment of a court of law – or is one which has its origin in custom, perpetuated by the judicial practice, or whether it is in its essential nature a penalty directed against the wrongdoer, are matters not calling for a decision in this case . . . Without becoming embroiled in the controversy as to whether the measure of his compensation is to be determined upon an objective or subjective basis, it is clear from a consideration of our judgments that slight pain or a slight loss of amenities attracts slight compensation and *vice versa*. The damages awarded therefore bear a direct relationship to the personal sufferings of the injured party and are intended for his personal benefit. The damages awarded to him are in a certain sense analogous to the *solatium* which is awarded under the *actio injuriarum* to someone as a salve to his wounded feelings."

⁶⁶ vn 57 hierbo.

⁶⁷ "Genoegdoening vir die Verlies van Lewensgenieting" 1976 *TSAR* 238 239.

⁶⁸ *Government of the Republic of SA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A).

⁶⁹ 1965 2 SA 944 (K).

⁷⁰ op 954G–955A van die verslag.

Uit hierdie dictum kan die volgende afleidings gemaak word:

a Regter Van Winsen wil hom uitdruklik nie uitspreek oor die vraag of 'n "subjektiewe" of "objektiewe" benadering gevolg moet word nie.

b Hoe groter die verlies ("loss") is wat die eiser ly, des te groter sal die bedrag vergoeding wees wat hy ontvang. Regter Van Winsen voeg niks by wat aandui dat slegs die ongelukkigheid van die eiser 'n aanduiding van die omvang van sy verlies is nie.

c Die basiese doel van die vergoedingsbedrag is om as *kompensasie* vir die benadeelde te dien. Op hierdie vanselfsprekende waarheid hoef nie verder ingegaan te word nie aangesien die kompensasiedoel tog nie 'n invloed het op die bestaan of omvang van 'n persoonlikheidsnadeel nie.

d Die vergoeding wat met die aksie weens pyn en leed verhaal word, is, volgens regter Van Winsen, in 'n sekere sin analoog aan die solatium ingevolge die *actio iniuriarum* ter salwing van die gewonde gevoelens van die benadeelde. In welke "sin" die vergoeding dieselfde is, verduidelik regter Van Winsen ongelukkig nie. Dit is in ieder geval nie duidelik hoe hierdie analogie as gesag vir 'n volkome subjektiewe beskouing kan geld nie. Soos reeds aangetoon⁷¹ hoef "gewonde gevoelens" in gevalle van byvoorbeeld laster en privaathedskrenking nie bewys te word voordat die *actio iniuriarum* toegestaan word nie. Die analogie met die *actio iniuriarum* lewer in hierdie verband dus nie veel van betekenis op nie.

Ter samevatting van die probleme omtrent persoonlikheidsnadeel by bewusteloosheid sowel as die ander beginsels wat in hierdie artikel ontwikkel is, kan die volgende gesigspunte geopper word:

1 'n Persoonlikheidsnadeel het te doen met 'n versteuring van die hoogspersoonlike belange van die eiser, welke belange nie op geld waardeerbaar is nie. Hierdie belange kan altyd op die een of ander wyse na die bewussyn, gevoelens en psige van die mens herlei word.

2 Persoonlikheidsbelange kan verdeel word in belange wat *direk* met die bewussyn of gevoelens te make het (byvoorbeeld die belang om vry van pyn, fisiese lyding en psigiese siektes te wees) en daardie belange wat *indirek* met die bewussyn of gevoelens te doen het (byvoorbeeld die belang om nie belaster te word nie en die belang om die normale lewensgenietinge te ervaar).

3 Die persoonlikheidsnadeel in gevalle van 'n aantasting van belange wat direk met die bewussyn verband hou, word *ex natura* deur 'n direkte gevoelsprikkeling daargestel. Die bestaan van die bewussyn is dus 'n noodsaaklike vereiste vir die bestaan van die nadeel.

4 By sekere vorme van persoonlikheidsnadeel kan gesê word dat dit indirek met die bewussyn te doen het. By 'n daling van die goeie aansien of 'n verlies aan lewensgenietinge, byvoorbeeld, setel die nadeel nie slegs in die bewussyn van die benadeelde nie: by 'n verlies aan lewensgenietinge kan objektief, sonder verwysing na die gevoelens van die eiser, waar-

⁷¹ Sien hierbo.

geneem word of hy inderdaad die vermoë het om die lewe normaal te geniet of nie. Die verband met die bewussyn word net gevorm deur affektiewe skade, dit wil sê die reaksie van die benadeelde op die skade, of, met ander woorde, sy persoonlike ongelukkigheid. In so 'n geval het die persoonlikheidsnadeel 'n objektiewe en subjektiewe element. Die uitskakeling van die bewussyn skakel net die subjektiewe element (of affektiewe skade) uit en nie die objektiewe element nie. Die bewustelose persoon met breinbeserings geniet tog immers nie die normale lewe nie en neem nie deel aan die normale aktiwiteite waaraan hy gewoon is nie: hoe kan dan gesê word dat geen verlies bestaan nie? As 'n persoon byvoorbeeld slegs vir 'n tyd bewusteloos is en later bykom, word daar nie getwyfel dat ook die tyd wat hy bewusteloos was in ag geneem moet word by die bepaling van sy kompensasië nie.⁷² Hieruit blyk duidelik dat die bestaan van die bewussyn nie 'n noodsaaklike vereiste vir die bestaan van persoonlikheidsnadeel is nie. By 'n indirekte gevoelskrenking beteken die uitskakeling van die bewussyn slegs die uitskakeling van affektiewe skade en niks meer nie.

5 Die algemene fout wat in die ondersoek van persoonlikheidsnadele by bewusteloosheid begaan word, is om die *bestaan* van die nadeel te vereenselwig met die *kompenseerbaarheid* daarvan. Uit 'n regsvergelende studie blyk dit dat niemand daaraan twyfel dat 'n persoonlikheidsnadeel nie sinvol gekompenseer kan word waar die benadeelde permanent bewusteloos, kranksinnig, ensovoorts is nie.⁷³ In sodanige gevalle tree die objektiewe genoegdoeningsfunksie in die Duitse reg⁷⁴ na vore en dit is ook die geval in sowel Australië⁷⁵ as Suid-Afrika.⁷⁶ Die nie-kompenseerbaarheid van die nadeel beteken dus nòg dat dit afwesig is nòg dat die reg dit moet ignoreer.

6 Om in alle gevalle die wese van 'n persoonlikheidsnadeel te probeer herlei na "ongelukkigheid" is 'n oordrewe vereenvoudiging van die probleem en bring in werklikheid nie 'n oplossing mee nie.

7 Die bewusteloosheid van 'n eiser kan wel 'n kwantum-faktor wees aangesien die objektiewe genoegdoening wat toegeken word nie naastenby dieselfde behoort te wees as "volle" kompensasië nie. □

⁷² bv Corbett en Buchanan bd II 756 760 769 771.

⁷³ Visser *Kompensasië en Genoegdoening volgens die Aksie weens Pyn en Leed* (LLD-diss Unisa 1980) 72-80.

⁷⁴ bv Remé *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz* (1962) 88. Objektiewe genoegdoening dui op die herstel van die regsorde deur die vergelding van die onreg wat die eiser aangedoen is.

⁷⁵ Sien Luntz *Assessment of Damages for Personal Injury and Death* (1974) 100.

⁷⁶ Vgl die *Gerke*-saak hierbo op 494F van die verslag.

The protection of the dignity and reputation of the state president

GE Devinish

BSc LLB

Senior Lecturer in Public Law at the University of Western Cape

"For – admittedly very infrequently – he may be compelled to make a personal decision which in the nature of things is bound to be unpopular with a section of people and the constitutional propriety of which will not be obvious to some."¹

OPSOMMING

Volgens konvensie en volgens artikel 16 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, behoort die staatspresident oor die algemeen op te tree op advies van sy uitvoerende raad. Artikel 13 van die grondwet beskerm die waardigheid en reputasie van die staatspresident deur hom immuun te maak teen politieke aanvalle. Aangesien hy nie te doen het met partypolitieke twispunte nie, en terwyl hy op advies van sy uitvoerende raad moet optree, word die politieke debat in normale omstandighede nie aan bande gelê deur die beperking vervat in artikel 13 nie.

Artikel 13 gee die staatspresident feitlik 'n onaantasbare posisie. Die onskendbaarheid van 'n staatshoof is heeltemal versoenbaar met 'n oorerflike, konstitusionele monargie. Die staatspresident se posisie is egter nie heeltemal soortgelyk aan dié van 'n konstitusionele monarg nie, aangesien eersgenoemde posisie nog steeds deur politici bekleed word. Om nou onskendbaarheid aan sulke persone toe te ken, kan tot anomalieë lei.

Sedert die instelling van die staatspresidentskap kon die pers sonder moeilikheid of teenkating voldoen aan die letter en die gees van artikel 13 van die grondwet gedurende die dienstermyn van die eerste drie bekleërs van dié hoë pos. Die tekortkominge van artikel 13 het egter aan die lig gekom nadat mnr BJ Vorster staatspresident geword het. Na sy dramatiese en omstrede perskonferensie ter verdediging van sy posisie in die "inligtingsdebakel" het die latente anomalie inherent aan artikel 13 duidelik geblyk.

Die inligtingskandaal was die katalisator wat die konsekwensies van die verborge swakhede in die werking van artikel 13 onthul het. Dit het uitloop op 'n konstitusionele dilemma waarin die hoë pos van staatspresident ongelukkig, maar onvermydelik, nadelig aangetas is.

Ten spyte van die probleme veroorsaak deur artikel 13 van die grondwet, maak die konsepgrondwet en die Vyfde Wysigingswetsontwerp van die RSA-Grondwet 1980 voorsiening vir die onvoorwaardelike beskerming van die waardigheid en reputasie van die voorgestelde uitvoerende president en die nuut ingestelde vise-president onderskeidelik.

INTRODUCTION

The consequences of Mr BJ Vorster's involvement in his capacity as prime minister in affairs of the department of information, prior to his

¹ Kahn "Violating the Dignity or Injuring the Reputation of the State President" 1964 *SALJ* 144 146.

election as state president, necessitates a careful examination and reappraisal of section 13 of the Republic of South Africa Constitution Act,² particularly in the light of the fact that the draft Constitution Bill³ provides for an executive president and retains in clause 13 a provision identical to section 13, which affords the state president wide protection in regard to his dignity and reputation.

The Erasmus commission was initially confronted by a series of anomalies posed by the fact that the then state president, whose dignity and reputation was inviolate, was testifying before it during its investigation of alleged irregularities regarding events in which he had played a part, whilst it had in fact been appointed by that same state president to whom it was required to report concerning these irregularities.

In spite of this constitutional paradox, the commission decided to hear and evaluate Mr Vorster's evidence, holding that, like other witnesses, he was a "debtor to justice." The assessment of Mr Vorster's evidence both by the commission and by the government detracted from the dignity of his office.

THE CONSTITUTIONAL POSITION AND STATUS OF THE STATE PRESIDENT

Section 16 of the constitution demarcates the constitutional parameters within which the state president must act. Section 16(1) states:

"The executive government of the Republic in regard to any aspect of its domestic or foreign affairs is vested in the State President, acting on the advice of the Executive Council."

Section 16(1) is, however, qualified by section 16(3) which contains certain provisions according to which the state president is not necessarily obliged to act on the advice of the executive council.⁴ These exceptions are the following:

- a the exercise of his powers under section 20, in so far as it relates to the appointment of ministers;
- b the convening or proroguing of parliament in terms of section 25;
- c the dissolution of the senate simultaneously with the house of assembly in terms of section 33(1)(a);
- d the dissolution of the house of assembly in terms of section 47; and
- e where such conduct is justified by the constitutional conventions relating to the exercise of his functions as state president.

Despite the exceptions stipulated by section 16(3) the actual discretion accorded to the state president is in practice very marginal since the operation of the constitutional conventions and of "practical considerations hedge the discretion in."⁵

² 32 of 1961.

³ GG 6386 1979-04-03.

⁴ Wiechers *VerLoren van Themaat Staatsreg* (1967) 270.

⁵ Dr HF Verwoerd *House of Assembly Debates* (1961-01-30) col 344 and Kahn *The New Constitution* (1962) 23.

The manifest intention of section 16 is that the office of state president should be constitutionally removed from the controversy inherent in party politics. The state president is therefore intended to personify the dignity and unity of the South African nation. In practice, however, the national party's consistent practice of electing former politicians to this high office has meant that the incumbents could not be completely removed from party politics, especially where such persons had held sensitive and contentious portfolios. (Mr CR Swart was minister of justice; Mr BJ Vorster was both minister of justice and prime minister.)

Section 13 of the constitution which contains "strong echoes of the *crimen laesae venerationis*"⁶ makes an inroad into press freedom,⁷ but since the state president is not involved in controversial party politics or in the formulations of policy, public debate is not in the ordinary course of events inhibited thereby. The prime minister and ministers of state are responsible to parliament and the nation for the formulation of policy and its execution, although executive government is formally vested and carried out in the name of the state president. Political criticism and attack is therefore levelled at the executive and not at the head of state.

Section 13 was an innovation which had no counterpart in the South Africa Act nor even in the constitutions of the old republics.⁸ In practice, however, the person of the monarch and his or her representative (the governor-general) fell outside the ambit of party political controversy during the eventful and sometimes turbulent history of the Union of South Africa, with the possible exception of sir Patrick Duncan's refusal to grant general Hertzog a dissolution after his defeat in the house of assembly on the issue of South Africa's participation in the second world war.⁹

THE INTERPRETATION AND SCOPE OF SECTION 13

Section 13 reads as follows:

"Any person who commits any act which is calculated to violate the dignity or injure the reputation of the State President or an Acting State President, shall be guilty of an offence . . ."

It is necessary to establish whether section 13 completely precludes the public media from making an adverse comment on the conduct of the state president or concerning his conduct in his previous capacity as a politician in circumstances where public debate on such sensitive issues may be in the public interest. Kahn expressed the following opinion in this regard:¹⁰

⁶ 1964 *SALJ* 144.

⁷ Strauss, Strydom and Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1968) 163.

⁸ Kahn *The New Constitution* 21: "But it is not unknown on the Continent. Thus the Dutch Wetboek van Strafrecht contains a series of articles dealing with offences against the Royal dignity, including intentional defamation of the King, Queen, heir and the throne, a member of the Royal family or regent; while the German Strafgesetzbuch makes punishable inter alia defamation of the President, the Republic, the flag, the legislative organs and the courts."

⁹ Wiechers *Staatsreg* 158. See also Le May "Parliament, the Constitution and the 'Doctrine of the Mandate'" 1957 *SALJ* 33.

¹⁰ 1964 *SALJ* 145.

“At first blush, though it applies only to an existing, not a past State President or past Acting President (and the latter post is ad hoc and only temporarily filled – section 11) section 13 does seem very widely couched. For instance, if it is so expressly decided by the electoral college, a State President will become eligible for re-election (section 10(1)(a)). But then, unlike the case where the candidate is not the existing incumbent, he will be protected by section 13, which could have the effect of limiting public discussion on his merits for re-election. (The election itself, it is true, must be without debate – section 9(3).) *The same applies to any public desire that the State President be removed under section 10.* This desire could hardly be safely manifested, otherwise than at the late stage of an inquiry by a joint committee of the two Houses into the matter, and before that committee, where parliamentary privilege could cover the situation.”¹¹

Reputation has been defined as “that character for moral or social worth to which (a person) is entitled amongst his fellow-men” and by dignity is meant “that valued and serene condition in his social or individual life which is violated when (a person) is, either publicly or privately, subjected by another to offensive or degrading treatment.”¹² Assuming that these definitions can be used in interpreting section 13, would it be possible, provided the language used was not offensive or degrading, for newsmedia to debate a state president’s previous conduct in his capacity as a politician or in his capacity as head of state and to call for his resignation?

It is submitted that even a restrained discussion of his conduct as a politician and of the question whether he had been responsible for errors of judgment during his premiership, would detract from his reputation. A fortiori any discussion relating to allegations of improper conduct would undoubtedly adversely affect both his reputation and dignity. Had a corresponding provision existed in the South Africa Act in 1939, public discussion and debate on the merits of sir Patrick Duncan’s controversial decision to refuse general Hertzog a dissolution after his defeat in the house of assembly would in all probability have been inhibited. It is submitted that the public interest justified the full ventilation of the merits of Duncan’s decision. Consequently the traditional practice of isolating the governor-general from party political controversy was justifiably departed from and the matter was critically and exhaustively ventilated in the press.

There is uncertainty whether section 13 requires mens rea for the offence. In *S v Beyleveld*¹³ it was held, apparently obiter,¹⁴ that it is sufficient to establish only that the act of the accused was likely to injure or violate the state president’s reputation or dignity.¹⁵ The view expressed by Wiechers¹⁶ is preferable:

“Dit sou egter meer in ooreenstemming met die algemene reëls van ons strafreg wees om artikel 13 so te interpreteer dat skuld ’n element van die misdadaad behoort te wees.”

¹¹ italics added.

¹² De Villiers *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* (1899) 24.

¹³ 1964 1 SA 269 (T).

¹⁴ 1964 *Annual Survey of SA Law* 4.

¹⁵ Milton and Fuller *South African Criminal Law and Procedure* vol 3 (1971) 54.

¹⁶ Wiechers *Staatsreg* 265.

Strydom¹⁷ contends that section 13 does not impose an absolute prohibition and that the magnitude of the punishment points away from such an interpretation. He opines that mens rea is required but either dolus or culpa will suffice.

On the authority of *R v Roux*¹⁸ it was argued in *S v Beyleveld* that to constitute the offence the injury must be serious or gross, as is the position with the offence of *crimen laesae venerationis*, which is only committed where there is a gross or aggravated attack on dignity or reputation. It was, however, held that the offence under section 13 was not a statutory form of this crime and consequently the court implicitly rejected the principle of *R v Roux*. In the light of the uncertainty that exists in regard to the mental element of this offence, it would therefore be extremely precarious *under normal circumstances* for the news media, even if the noblest of motives, like serving the national interest were intended, to discuss the previous conduct of a state president and his fitness for office during his period of office.

Prima facie section 13 is so wide that it

“may prove a damper on writers of history, political science and constitutional law . . . Must any controversial action of a state president in his political past be veiled from discussion in new writings? And what of future publication of existing works that were first issued at a time before the appointment of the present head of state and which are critical of him?”¹⁹

Section 13 virtually gives the state president a sacrosanct position. Inviolability of the head of state is completely compatible with a hereditary constitutional monarchy as is found in Denmark, Sweden, Norway and the United Kingdom. In practice the state president's position is not completely analogous to that of a constitutional monarch since the former position has consistently been occupied by politicians. The granting of inviolability to such persons who occupy the office of state president can and must inevitably, in the long run, lead to constitutional and political anomalies. Section 13 would in practice have worked well if the office of state president had been occupied by persons who had in their previous capacities stood aloof from party politics, such as judges.

Although the matter is not free from doubt, it is submitted that our courts would, in the light of the judgments in *Publications Control Board v William Heinemann Ltd*²⁰ and *R v Banting*,²¹ keep the interpretation of section 13 within reasonable bounds because this provision creates an offence and limits freedom of speech. Consequently genuine scholarship and literature would probably be viewed in a different perspective to party political commentary.

Also the reality of the political situation requires that the ambit of the offence be circumscribed.²² Should an incumbent of the office of state

¹⁷ In a note on the *Beyleveld* case 1964 *THRHR* 314.

¹⁸ 1936 AD 271 284.

¹⁹ Kahn 1964 *SALJ* 146.

²⁰ 1965 4 SA 137 (A) 160.

²¹ 1916 TPD 578 584.

²² Milton and Fuller 54 n 8: “Nevertheless it seems that some limitations on the ambit of the offence will have to be determined.” See also 1964 *Annual Survey of SA Law* 5.

president be nominated for a second term of office, public debate on the merit of such a step would be essential and consequently justified. Furthermore it can be argued that should an incumbent act unconstitutionally or in an improper way the protection afforded by section 13 would be forfeited, thereby permitting a frank and open debate on the conduct of the state president. It is submitted that the defences of truth, public benefit and fair comment which can be raised in regard to defamation could by analogy be raised as defences in regard to a contravention of section 13.

PARLIAMENTARY DEBATE

In parliament, a state president's conduct in his previous capacity, for example as prime minister, and all related matters may, subject to the rules of parliamentary debate, be debated and, if necessary, commented on.²³ The relevant standing order²⁴ reads as follows:

"No member may use the State President's name irreverently or for the purpose of influencing this house in its deliberations."

The speaker of the house of assembly, Mr JJ Loots, held that the house of assembly could debate the factual findings and evidence concerning the former state president's administrative handling of his department in his capacity as prime minister but that all criticism had to be levelled against the previous administration and not against Mr Vorster, who was the incumbent of the state presidency²⁵ at the time. In accordance with the above ruling the speaker decided that it was not permissible for dr AL Boraine MP to suggest in the assembly that the prime minister and his cabinet should consider asking Mr Vorster to resign from the state presidency.²⁶

With the exception of the control exerted by the speaker in regard to the enforcement and interpretation of the above standing order no action could be brought against members of parliament in regard to what was said during parliamentary debates on the state president's evidence before the Erasmus commission and related matters, since section 2 of the Powers and Privileges of Parliament Act²⁷ provides for complete freedom of debate in parliament. Since there is uncertainty in regard to the exact scope of section 13, the speaker's ruling in the assembly does provide some guidance. If the speaker construed dr Boraine's suggestion voiced in the assembly, where parliamentary privilege prevails, to be contrary to his (the speaker's) interpretation of the said relevant parliamentary standing order which has an import similar to section 13, a fortiori a statement voiced by the public media or by a politician calling for the resignation of the state president would very probably be construed by our courts as an infringement of section 13.

²³ The Powers and Privileges of Parliament Act 91 of 1963. See also Lidderdale *Erskine May's Parliamentary Practice* (1976) 78.

²⁴ *Standing Orders* vol 1 (public business 1965) standing order 115.

²⁵ *House of Assembly Debates* Second session (1978-12-07) col 36.

²⁶ *ibid* col 266.

²⁷ 91 of 1963.

THE NEWS MEDIA AND THE OFFICE OF THE STATE PRESIDENT

It is the unequivocal intention of the Republic of South Africa Constitution Act that the state president be "above politics and a symbol of the dignity and pride of the nation."²⁸ Since the inception of the state presidency the press has had no difficulty or objections complying with both the letter and spirit of section 13 of the constitution during the terms of office of the first three occupants of this high office. The limitation inherent in section 13 was not commented on in the press and attention had only been drawn to it by Kahn.²⁹ The inherent anomaly latent in the practical operation of this section only became manifest when the fourth occupant assumed office as head of state.

Shortly after Mr Vorster became state president, Mr Justice Mostert made his dramatic disclosures concerning the former department of information as a result of which the Erasmus commission of inquiry³⁰ was appointed. Although Mr Vorster's role in the affairs of the department was of crucial importance, it is submitted that section 13 prohibited public debate on this matter and on the constitutional dilemma of the state president whose own conduct was subject to investigation, but was immune from public criticism. The position had become untenable since the national interest required that every aspect of the events surrounding the former department of information be investigated and publicly ventilated.

In a frank editorial³¹ in *The Cape Times* the nature of the state president's quandary was analysed and the cabinet urged to advise the state president to vacate the presidency temporarily until the Erasmus commission had reported and parliament had considered the report. The suggestion was echoed in other quarters, notably by Mr JD du P Basson MP in a speech delivered in his electoral division of Bezuidenhout on 22 November 1978.

In parliament, in reply to a question,³² the prime minister stated that he had considered whether the editorial of *The Cape Times* supra should be referred to the state law advisers, but after careful thought he had decided not to proceed with it. The minister of police, also in reply to a question,³³ indicated that Mr Basson's speech had been investigated and referred to the attorney-general who had declined to prosecute.

Although the Erasmus commission found in its first report that the former prime minister's integrity was unblemished, many political questions arose from those sections of the report dealing with his activities while he was still prime minister.³⁴

²⁸ Kahn *The New Constitution* 21. See also *Hansard Senate Debates* (1961-04-17) col 3157.

²⁹ 1964 *SALJ* 14.

³⁰ Commission of Inquiry into Alleged Irregularities in the Former Department of Information appointed on 1978-11-03.

³¹ "A Constitutional Dilemma" *The Cape Times* (1978-11-16).

³² *House of Assembly Debates* (1979-02-07) question 1.

³³ *House of Assembly Debates* (1979-02-07) question 6.

³⁴ par 10.337.

There was a need for public debate on the former prime minister's *political* responsibility in regard to the affairs of the defunct information department — for example, was there a disintegration of prime ministerial control in regard to the erstwhile department of information? The former state president was, however, constitutionally debarred from replying to both the parliamentary debate and public discussion in the press by virtue of his position.

When parliament convened at the beginning of February 1979 the official opposition took the unprecedented step of opposing a motion of congratulation to the new state president.³⁵ In addition the official opposition decided to boycott official engagements in which the state president participated and when he was made an honorary citizen of the city of Johannesburg twenty-one city councillors, members of parliament and provincial councillors boycotted the reception.³⁶ The above actions may have contravened section 13.

On 23 March 1979 the state president took the unprecedented step of addressing a press conference in defence of his position in the "information debacle." This was a course of conduct embarked on without prior consultation with the cabinet and was followed by a repudiation by dr CP Mulder. In his statement Mr Vorster took both dr Rhoodie and dr Mulder to task in such a way as to provoke a response from the latter person and in so doing he probably also anticipated the findings of the Erasmus commission. In his response dr Mulder by implication impugned the credibility of the former head of state over his involvement when he was prime minister in the establishment and funding of *The Citizen* newspaper. The state president who should at all times be above party political controversy had now become embroiled in a bitter altercation with a former member of his cabinet who virtually accused him of mendacity. It is submitted that Mr Vorster's conduct was unconstitutional. Convention and the fundamental constitutional rule contained in section 16 of the constitution require that the state president must act on the advice of his executive council. Furthermore it is a "hallmark of responsible government"³⁷ that the state president should act on the advice of his ministers since the latter alone are responsible to parliament and can be called to account there. The state president can be called to account by the process of impeachment contained in the constitution, but is immune from public criticism, even in parliament.

Mr Vorster's understandable desire to defend himself against the reckless charges made by dr Rhoodie should have been done in the name of the political head of government, the prime minister, or better still, by the prime minister himself. It can be argued that the uniqueness of the situation justified Mr Vorster's defending his integrity in his personal capacity and not his capacity as state president.

³⁵ *House of Assembly Debates* (1979-02-05) col 19.

³⁶ *Die Burger* (1979-02-14).

³⁷ Hahlo and Kahn *The Union of South Africa The Development of its Laws and Constitution* (1960) 130.

Professor AC Cilliers endeavoured to justify the then state president's action in a letter to *Die Burger*, using the following argument:³⁸

"Mr Vorster se reaksie was nie die uitoefening van sy bevoegdheids as hoof van die uitvoerende gesag of selfs optrede in 'n 'politieke saak' nie, dit was op die feite in 'n groot mate die persoonlike verweer van 'n persoon wat moontlik gruwelik belaster is deur iemand anders wie se verregaande bewerings en beskuldigings nog nie in 'n hof getoets kon word nie omdat hy die gereg ontvlug . . . Nêrens in ons grondwet of ons gemene reg, of in die toepaslike konvensies is 'n fundamentele konstitusionele beginsel vervat dat die staatshoof hom teen lasterlike of soortgelyke verklarings mag verweer alleen op advies van die kabinet nie."

Assuming that this argument has merit, the personal decision of Mr Vorster, even if it was constitutionally correct, was by its very nature highly contentious and it is submitted that, taking into account both the spirit and constitutional nature of his office, it would have been wiser and more discreet for him to have acted with the prior knowledge and consent of the executive, thereby mitigating the contentious element inherent in the defensive action he deemed necessary, but still obtaining the desired effect in such a way that the constitutional propriety of his conduct would have been unassailable. It is submitted that his decision was an error of judgment,³⁹ which is unprecedented in our constitutional history. The impression created by Mr Vorster during his press interview was that he did not seek expert advice on the constitutionality of this proposed course of action nor did he acquaint himself with all the constitutional and legal implications of his conduct. The reporter of the *Cape Argus*, Tos Wentzel, summed up the position as follows:⁴⁰ "He gave the impression that he had not checked closely on what the constitutional position was, but he was prepared to face the consequences." The following extract from the report of the statement made by Mr Vorster during his interview also tends to indicate that he was not au fait with the exact constitutional significance of his conduct: "Such statements were rarely issued, but he was of the opinion that such circumstances had arisen."⁴¹ As indicated above the state president's conduct was unprecedented, not merely rare, in our constitutional history. In the words of *Die Burger*:⁴² "Dit was 'n besluit wat ongeëwenaard is . . ." There is no completely analogous event in British or the commonwealth constitutional history. Edward VIII's personal statement after his abdication does have some resemblance, but it was sui generis. King Edward was bound to act on the advice of his ministers. The constitutional crisis could only be resolved by his abdication. It could also be argued that the former state president exercised the reserve power which vests in the head of state by virtue of his prerogative. An emergency situation could justify the exercise of such a reserve power. However, the situation in which Mr Vorster found himself, although it constituted an acute constitutional conundrum, was not

³⁸ *Die Burger* (1979-03-28).

³⁹ See the letter of Mr van der Riet of Stellenbosch University in *Die Burger* (1979-03-31).

⁴⁰ *The Cape Argus* (1979-03-23).

⁴¹ *ibid.*

⁴² 1979-03-24.

an emergency situation.⁴³ South African constitutional law is primarily based on British constitutional law⁴⁴ and section 7(5) of our constitution stipulates:

“The constitutional conventions which existed immediately prior to the commencement of this Act shall not be affected by the provisions of this Act.”

The state president's position is therefore analogous to that of the British monarch and consequently the British textbooks on constitutional law provide some guidance and authority. De Smith⁴⁵ explains that the queen does not have the right to defend herself in public:

“The smallest indiscretion or verbal lapse may be the subject of adverse comment to which she will be unable to reply on her own behalf.”

Although our constitution protects the dignity and reputation of the state president it “does not give the state president any immunity in law.”⁴⁶ An examination of Mr Vorster's controversial statement to the press indicates that he probably anticipated the findings of the Erasmus commission, which is an offence according to the regulations promulgated in terms of the Commissions Act.⁴⁷ It is therefore further submitted that his conduct was not only unconstitutional but also *prima facie* illegal.⁴⁸

Subsequent to Mr Vorster's news statement the opposition English language newspapers cast discretion to the winds and debated his role in the “information affair” with frankness and demanded his resignation. An editorial⁴⁹ in *The Cape Argus* stated:

“But it is clear from the evidence before the commission that the covert and contemptible *Citizen* project was kept going by the Government for at least nine months with Mr Vorster's knowledge.”⁵⁰

Circumstances had therefore rendered section 13 totally inoperative. The official opposition abortively set into motion the procedure set out in section 10 of the constitution for the impeachment of the state president. Certain newspapers that had openly and frankly discussed the conduct of the state president adopted the approach that Mr Vorster had by his own conduct forfeited the protection afforded by section 13.

THE RESIGNATION OF THE STATE PRESIDENT

Mr Vorster resigned as state president on 3 June 1979. His resignation followed the tabling in the house of assembly of the third and final report of the Erasmus commission. The commission found that Mr Vorster had to share, with dr CP Mulder, the responsibility for the latter's irregular actions in the defunct department of information.

⁴³ See Mr van der Riet's letter in *Die Burger* (1979-03-31).

⁴⁴ Wiechers *Staatsreg* 62.

⁴⁵ *Constitutional and Administrative Law* (1977) 97.

⁴⁶ Kahn *The New Constitution* (1961) 21.

⁴⁷ 8 of 1947. See Proc 295 of 1978 regs 14 and 15.

⁴⁸ See article by B Bamford SC in *The Cape Argus* (1979-03-24).

⁴⁹ “He Must Resign” *The Cape Argus* (1979-03-23). See also the editorial of *The Cape Times* (1979-03-28).

⁵⁰ italics added.

The report states that the former prime minister knew everything about the basic financial arrangements for the department's funds and that he was consulted about the secret funds as well as the projects themselves. Since he did not reveal the irregularities that were brought to his attention, concealed them from the cabinet, and delayed for a considerable period taking purposeful steps to put an end to this wrong state of affairs, he was jointly responsible for the fact that the irregularities continued. The report stated further:⁵¹

"In his statement to the Press on March 22, 1979, Mr Vorster reproached dr Mulder for remaining silent when his colleagues in the cabinet were accused by the parliamentary opposition and certain newspapers of being implicated in these irregularities.

In essence, however, a similar reproach can be directed to Mr Vorster, in the commission's judgment.

For more than a year Mr Vorster, together with dr Mulder, kept his knowledge of irregularities in the administration of the country from his cabinet colleagues at a time when the press and parliamentary opposition were already making serious insinuations and accusations of maladministration against the government.

During this period every innocent member of the cabinet had, because of the collective responsibility of the cabinet, to bear the stigma of public accusation without knowing all the facts."

The commission said that when its first report was prepared, it had no certainty as to when Mr Vorster became aware of the state financing of *The Citizen*. For this reason the commission gave the former prime minister the benefit of the doubt in the report and found that he had become aware of the implications of *The Citizen* project only at the end of November. The commission was naturally mindful of the fact that a much earlier knowledge could have had serious implications for Mr Vorster and, in all fairness, it was not prepared to make speculative findings on such an important aspect.

The "information scandal" had provided the catalyst that precipitated the consequences of the latent flaws inherent in the operation of section 13. The result was a constitutional dilemma in which unfortunately, but inevitably, the high office of state president was detrimentally affected.

THE DRAFT CONSTITUTION BILL AND THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA CONSTITUTION FIFTH AMENDMENT ACT

The draft Constitution Bill⁵² makes provision for an executive president. However, clause 13, like its counterpart in the existing constitution, furnishes unqualified protection for the dignity and reputation of the state president.

Since, according to the draft bill, the state president is to be both the head of state and the head of government and consequently will be involved in decision-making and the formulation of policy, the operation

⁵¹ chapter III pars 3.59 and 3.60.

⁵² GG 6386 (1979-04-03).

of clause 13 could give rise to a *continuous untenable situation*, because political debate will be inhibited by the executive president's immunity from public criticism. Clause 13 creates a most unfavourable impression which facilitates a dictatorial construction of the powers of the new executive state president. The draft Constitution Bill creates a parliamentary-presidential executive similar to the constitution of France. However, the French president is not sacrosanct.

Section 8 of the Republic of South Africa Constitution Fifth Amendment Act⁵³ affords the vice-president, who is also the chairman of the president's council, protection of his dignity and reputation. This provision could also result in an anomalous situation since the chairman could by virtue of his office become involved with political issues and yet be immune from political criticism and attack.

CONCLUSION

The unqualified constitutional protection of the dignity and reputation of the state president in the existing constitution is not essential. It is a constitutional anachronism since it was introduced into a constitution converting South Africa from a monarchy to a republic, although the provision is more suited to a constitutional monarchy than to a republic where the state president is invariably a former politician. Its presence merely compounded the dilemma in which the previous incumbent of the state presidency found himself as a result of the "information scandal." It did not effectively protect the office of state president from controversy and subsequent loss of esteem: if anything it enhanced the controversy surrounding this high office. In the light of the recent controversy surrounding section 13, the insertion of a corresponding provision to protect the reputation and dignity of an executive president is difficult to comprehend.

The Constitution of Bophuthatswana provides for an executive president. Section 28 furnishes him with protection, subject to a qualification that permits free public debate. It reads as follows:

"Subject to the provisions of the declaration of fundamental rights and the right of free political expression, any person who commits any act which is calculated to violate the personal dignity or injure the reputation of office of the president, shall be guilty of an offence and liable on conviction to a fine not exceeding ten thousand rand or imprisonment for a period not exceeding ten years."

It is doubtful whether even such a qualified protection is essential. If it is, however, considered desirable, the relevant section in the constitution of Bophuthatswana provides a useful guide. □

⁵³ 101 of 1980.

Pacta de non cedendo

Susan Scott

BA LLD

Mede-professor van die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The question of the validity and effect of a pactum de non cedendo (an agreement prohibiting cession) is a complex one. The problems encountered in answering this question are closely related to the fundamental approach to the concept of cession. After referring to the position of pacta de non cedendo in France, Holland and Germany, the author analyses the position in South Africa.

As an introduction to the discussion of the South African case law, the author gives a short exposition of the views of Sande and Voet on this matter. From an analysis of the judgments on pacta de non cedendo, it emerges that although the courts profess to rely on Sande and Voet as authority for their views on the validity and effect of pacta de non cedendo, they do not follow the subtle distinctions made by these authors and do not apply their views consistently. The effect of the courts' approach is that the views of Sande and Voet are applied with regard to the validity of an agreement restraining a person from disposing of his property freely, but when it comes to the effect of such an agreement, the views of Sande and Voet are ignored and the German approach is adopted.

Although, in view of the historical background of cession, it is very difficult to put forward a generally acceptable solution to the problem, the author suggests that emphasis should be placed on the aspect of cession relating to the law of obligations, which would mean that both the validity and effect of pacta de non cedendo should be determined with reference to the principles of the law of obligations. If this approach is found to be unacceptable, it is suggested that Roman-Dutch authority should be adhered to strictly; i.e. both as regards the validity and the effect of pacta de non cedendo. The author rejects the concurrent application of Roman-Dutch and German law principles with regard to the validity and the effect, respectively, of pacta de non cedendo. These two legal systems differ fundamentally in their approach to the nature and consequences of cession.

1 INLEIDING

Uit 'n onlangse beslissing van die appèlhof¹ blyk dit dat daardie hof my kritiek² op die Suid-Afrikaanse howe se benadering tot pacta de non cedendo³ onaanvaarbaar vind.⁴ Hierdie uitspraak en ook 'n vroeëre een⁵

¹ *MTK Saagmeule (Pty) Ltd v Killyman Estates (Pty) Ltd* 1980 3 SA 1 (A).

² Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (1977) 280 e.v.; Scott *The Law of Cession* (1980) 118 e.v.

³ 'n Pactum de non cedendo is 'n ooreenkoms wat 'n beperking op die sedeerbaarheid van andersins sedeerbare regte plaas. Dit kan verskillende vorms aanneem: dit kan 'n algehele verbod op oordrag plaas, dit kan bepaal dat die reg slegs na nakoming van sekere formaliteite oorgedra mag word of dit kan bepaal dat die reg slegs met die toestemming (mondeling of skriftelik) van die skuldenaar mag geskied.

⁴ *MTK Saagmeule v Killyman Estates* supra 11F.

⁵ *Vawda v Vawda* 1980 2 SA 341 (T).

het my daartoe genoop om weer eens die hele aangeleentheid grondig te ondersoek. Voordat ek met my bespreking voortgaan, wil ek graag toegee dat my interpretasie van Sande⁶ en Voet⁷ met betrekking tot die geldigheid van sessieverbiedende ooreenkomste vanweë die afwesigheid van 'n causa, soos die hoofregter tereg aantoon, moontlik verkeerd is. Ek volstaan egter met my kritiek teen die howe se metode om by die vasstelling van die *geldigheid* van sodanige ooreenkomste Romeins-Hollandse reg toe te pas, maar wat die *effek* daarvan betref Romeins-Hollandse reg te negeer en Duitse reg, en dan die reg van die Duitse Pandektiste, toe te pas.⁸ Uit 'n nadere ondersoek het dit egter geblyk dat ons hier met 'n komplekse probleem te doen het waarvoor daar nie 'n eenvoudige oplossing is nie. Die basiese vraag wat hier beantwoord moet word, is of 'n sessieverbiedende ooreenkoms geldig is, en indien wel, of dit werking teenoor derdes het.

Die probleme wat ondervind word by die beantwoording van hierdie vraag, hou verband met die fundamentele benadering wat tot sessie as regsfiguur gevolg word. Basies is daar twee moontlike benaderings, met nuanseverskille daarbinne,⁹ te wete 'n sakeregtelike benadering waarvolgens sessie die oordrag van 'n vermoënsobjek is, dus waarvolgens sessie 'n vermoënsverskuiwing meebring,¹⁰ en 'n verbintenisregtelike benadering waarvolgens sessie 'n vervanging van skuldeisers is.¹¹ Volgens eersgenoemde benadering word die eiendomsreg van 'n onliggaamlike saak deur sessie oorgedra¹² en volgens laasgenoemde benadering word die persoonlike reg self oorgedra.¹³ Hierdie fundamentele verskil in benaderingswyse beïnvloed verskeie aspekte van sessie¹⁴ en in die besonder is dit van belang by die vasstelling van die geldigheid van 'n sessieverbiedende ooreenkoms.

Indien 'n sakeregtelike benadering gevolg word, word die vraag na die geldigheid en effek van sodanige ooreenkoms beantwoord aan die hand van een van die basiese beginsels van die sakereg met betrekking tot eiendomsreg, naamlik dat 'n eienaar vryelik oor sy eiendom mag beskik¹⁵

⁶ *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 1 1; 4 2 1.

⁷ *Commentarius* 2 14 20.

⁸ Oor die geldigheid van *pacta de non cedendo* verwys die howe na Sande en Voet en wat die effek daarvan betref verwys hulle na Windscheid en Dernburg. Sien by *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates Ltd* 1920 AD 600 615-617.

⁹ In die Nederlandse reg word daar klem op die dubbele karakter van sessie geplaas. Sien Wiarda *Cessie of Overdracht van Schuldvorderingen op Naam* (1937) 82 e v.

¹⁰ Dit is die posisie in Frankryk. Sien Scott *Sessie* 12.

¹¹ Dit is die posisie in Duitsland. Sien Scott *Sessie* 67.

¹² Hierdie benadering word ook in die Suid-Afrikaanse reg gevolg. Sien Scott *Cession* 1.

¹³ Scott *Cession* 10.

¹⁴ Sien by Scott *Cession* 5 e v oor die aard van die oordragshandeling; Scott *Cession* 52 e v oor die rol van kennisgewing aan die skuldenaar.

¹⁵ Planiol en Ripert *Treatise on The Civil Law I* deel 2 12e uitg (1939) 387 392; Colin en Capitant *Traité de Droit Civil II* (1959) 99; Carbonnier *Droit Civil* 3 8e uitg (1975) 111; Suijling *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* 5 (1940) 85; a 137 van die *BGB*; *Vawda v Vawda* supra 346C: "Agreements which take away from the owner the free right of dealing with his property are of no effect . . ."

en dat dit in die openbare belang is dat goedere nie uit die handelsverkeer onttrek moet word nie.¹⁶

Wanneer 'n verbintenisregtelike benadering gevolg word, word hierdie vraag deur een van die basiese beginsels van die verbintenisreg beheers, naamlik dat dit partye in beginsel¹⁷ vrystaan om deur ooreenkoms die inhoud van hulle vorderingsreg te bepaal. 'n Ander belangrike beginsel wat hier 'n rol speel, is die feit dat kontrakte in beginsel nie teenoor derdes werking het nie.

Vervolgens sal die posisie met betrekking tot *pacta de non cedendo* in enkele Europese regstelsels kortliks ontleed word.

2 DIE REGSPOSISIE IN ENKELE EUROPESE REGSTELSLS

2 1 Frankryk

In Frankryk word die oordrag van persoonlike regte as 'n sake-regtelike aangeleentheid beskou en die vereistes vir die oordrag word onder die titel aangaande verkoop ("de la vente") behandel.¹⁸ In beginsel geld die reël dat alle vorderingsregte oordraagbaar is.¹⁹ By wyse van uitsondering is daardie regte wat nie vir beslaglegging vatbaar is nie, onoordraagbaar.²⁰ Hieronder word goed wat vanweë 'n privaat handeling nie vir beslaglegging vatbaar is nie, gereken.²¹

Die toelaatbaarheid van 'n verbod op oordrag wat tot gevolg sal hê dat goed vanweë 'n privaat handeling nie vir beslaglegging vatbaar is nie, en dus ook nie sedgeerbaar is nie, word in die gedeelte oor "les biens en générale" behandel en spesifiek onder die afdeling "la propriété inaliénable."²² Die uitgangspunt is dat 'n persoon in beginsel vryelik oor sy goed mag beskik.²³ Hierdie reël word getemper in die geval waar 'n eienaar in 'n skenkingskontrak of 'n testamentêre bemaking 'n beperking op die vervreembaarheid van goed plaas.²⁴ Die geldigheid van sodanige

¹⁶ Planiol-Ripert *Treatise* 392; Carbonnier *Droit Civil* 3 111 e v; *Vawda v Vawda* supra 346F: "For there is here no *causa* upon which such a pact can be supported, and utility, which is the mother of all good and equity, demands that those pacts shall not be valid which impede all commerce and take away from an owner the power of alienating his own property, unless we have some interest in it."

¹⁷ Wiarda *Schuldvorderingen* 367; Carbonnier *Droit Civil* 4 9e uitg (1976) 35; Suijling *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* 2 (1934) 111; Meijers *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Toelichting) (1954) 211.

¹⁸ Carbonnier *Droit Civil* 4 480: "Le C.C. a réglementé la cession de créance au titre de la vente (a. 1689 s.), en considérant la créance comme un bien, et sa cession (ou transport) comme une vente;" Scott *Sessie* 12 e v.

¹⁹ Ripert en Boulanger *Traité de Droit Civil II* (1957) 608: "Mais en principe, toute espèce de créance peut faire l'objet d'une cession;" Dalloz *Répertoire de Droit Civil II* 2e uitg (1977) par 83.

²⁰ Ripert-Boulanger *Droit Civil* 608: "Par exception, certaines créances sont *incessible* : ce sont celles qui ont été indiquées précédemment comme étant insaisissables."

²¹ Ripert-Boulanger *Droit Civil* 598: "Biens insaisissables en vertu d'actes privés."

²² Carbonnier *Droit Civil* 3 111 e v.

²³ a 545 van die *Code Civil*; Carbonnier *Droit Civil* 3 111: "La propriété inaliénable, dérogeant au principe politique de la libre circulation des biens (a. 537, al. 1), a toujours un caractère exceptionnel."

²⁴ Ripert-Boulanger *Droit Civil* 598; Carbonnier *Droit Civil* 3 112.

beperking is van die volgende vereistes afhanklik:²⁵ die beperking moet van 'n tydelike aard wees,²⁶ en die onvervreembaarverklaring moet deur 'n ernstige en geldige belang geregverdig wees.²⁷ Oor die effek van sodanige ooreenkoms is daar twee moontlike benaderings.²⁸ Volgens die een is die ooreenkoms geldig en is 'n vervreemding in stryd daarmee nietig. Volgens die regspraak kan die persoon in wie se belang die verbod gemaak is, hom teenoor derde verkrygers daarop beroep.²⁹ Dit is aan die ander kant moontlik dat die derde veranderde omstandighede mag pleit, byvoorbeeld dat die omstandighede wat 'n genoegsame belang aan die vervreemder verskaf het, verdwyn het.³⁰ Die persoon wat verbied is om te vervreem, mag hom ook daarop beroep dat die belang van die skenker of erflater moet swig voor sy eie groter belang, byvoorbeeld dat hy die saak moet vervreem om sy kinders se opvoeding te kan bekostig.³¹

Volgens die tweede benadering is sodanige klousule nietig en kan die begiftigde of die legataris die saak vervreem. Die derde verkryger kan die nietigheid van die klousule teen die persoon in wie se guns die verbod gemaak is, opper.³² Hierdie benadering geniet egter weinig aanhang en word nie deur die regspraak gevolg nie.

Uit bostaande bespreking is dit duidelik dat die pasbespreekte beginsels 'n baie beperkende invloed op die geldigheid van 'n pactum de non cedendo het. In die eerste plek is hierdie reëling slegs van toepassing op die skenker (sedent) en die begiftigde (sessionaris) wat so 'n beperkende ooreenkoms aangaan. Verder sal die skenker (sedent) slegs 'n verbod op sessie teenoor die begiftigde (sessionaris) kan plaas indien die beperking vir 'n bepaalde tyd geld en hy (die skenker) 'n ernstige en geldige belang by die verbod het.

Wat 'n verbod op sessie tussen die skuldenaar en die skuldeiser betref, word die ooreenkoms deur die gewone beginsels van die kontraktereg beheers. Dit staan die partye dus in beginsel vry om enige beding, onderhewig aan die gewone beginsels wat by kontrakte geld, te maak.³³ Verbreking van die ooreenkoms om nie te sedeer nie, sal dus slegs tot 'n eis om skadevergoeding aanleiding gee³⁴ en die skuldenaar sal nie in

²⁵ Ripert-Boulanger *Droit Civil* 598; Carbonnier *Droit Civil* 3 112.

²⁶ Carbonnier *Droit Civil* 3 112: "Que l'inaliénabilité soit établie à titre *temporaire*, non pas à perpétuité, ni même pour une durée trop longue."

²⁷ Carbonnier *Droit Civil* 3 112: "Que l'inaliénabilité soit justifiée par un intérêt sérieux et légitime."

²⁸ Carbonnier *Droit Civil* 3 112.

²⁹ *ibid.*

³⁰ Carbonnier *Droit Civil* 3 113.

³¹ *ibid.*

³² *ibid.*

³³ Carbonnier *Droit Civil* 4 35: "C'est une théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa *propre loi*, se crée sa propre obligation: si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu; le contrat est le principe de la vie juridique; la volonté individuelle, le principe du contrat." Colin-Capitant *Droit Civil II* 306.

³⁴ a 1143 van die *Code Civil*: "Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et

'n posisie wees om die sessie ongedaan te maak nie.³⁵ Die ooreenkoms tussen die skuldenaar en die skuldeiser dat laasgenoemde nie mag sedeer nie, is dus nie bindend teenoor derdes nie, behalwe waar die beginsels van die actio Pauliana ter sprake kom.³⁶

2 2 Nederland

In Nederland waar sessie in navolging van die Franse sisteem³⁷ as 'n sakeregterlike aangeleentheid en wel as die oordrag van die eiendomsreg van 'n vorderingsreg³⁸ beskou word, word algemeen aanvaar dat 'n pactum de non cedendo tussen die skuldenaar en die skuldeiser deur wie die reg geskep word, geldig is.³⁹ Daar word ook aanvaar dat hierdie ooreenkoms werking teenoor derdes het en dat die saak self onoordraagbaar is. Daar word geen beperking op die geldigheid van die ooreenkoms gestel in die sin dat die skuldenaar 'n belang by die onoordraagbaarheid moet hê nie.

Oor die motivering vir die geldigheid van sodanige ooreenkomste bestaan daar verskil van mening. Wiarda⁴⁰ lê klem op die dubbele aard van sessie en verklaar dat 'n verbod op sessie van 'n bestaande reg vanuit 'n sakeregterlike oogpunt beskou, ongeldig is, met ander woorde dat sodanige ooreenkoms tussen die sedent en die sessionaris ongeldig is aangesien dit bots met die basiese reëls van die sakereg dat 'n eienaar in beginsel vryelik oor sy eiendom mag beskik en dat dit in stryd met die openbare belang is om sake deur ooreenkoms buite die handelsverkeer te plaas. Vanuit 'n verbintenisregterlike oogpunt beskou, met ander woorde wat die verbinteniskeppende ooreenkoms tussen die skuldenaar en die skuldeiser betref, wys Wiarda daarop dat dit partye by 'n verbintenis vrystaan om die inhoud van hulle verbintenis na goëddunke te bepaal.⁴¹ Volgens hom is dit by 'n pactum de non cedendo die bedoeling van die partye dat die hoëspersoonlike band wat 'n verbintenis voor die ontpersoonliking⁴² daarvan gehad het, herleef, en dat die vorderingsreg self deur die ooreenkoms onoordraagbaar word. Vanweë die klem wat hy op die verbintenisregterlike aspek van sessie plaas, is sy siening oor die geldigheid van die pactum de non cedendo in ooreenstemming met

intérêts s'il y a lieu." Sien ook Carbonnier *Droit Civil* 4 243; Colin-Capitant *Droit Civil II* 527.

³⁵ a 1165 van die *Code Civil*: "Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121." Sien verder Carbonnier *Droit Civil* 4 197 e.v.

³⁶ a 1167 van die *Code Civil*: "Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droits." Sien verder Carbonnier *Droit Civil* 4 557.

³⁷ Vir die agtergrond van die Nederlandse Wetboek in hierdie verband, sien Wiarda *Schuldvorderingen* 54 e.v.

³⁸ a 639, 668(1).

³⁹ Suijling *Inleiding* 5 85; Suijling *Inleiding* 2 20, 31; Wiarda *Schuldvorderingen* 365 e.v.; Van Creveld *Cessie van Schuldvorderingen* 2e uitg (1953) 19 e.v.; Pitlo *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 2 7e uitg (1977) 235; Meijers *Toelichting* 211.

⁴⁰ *Schuldvorderingen* 366.

⁴¹ Wiarda *Schuldvorderingen* 367.

⁴² Wiarda *Schuldvorderingen* 74 e.v.; Van Creveld *Cessie* 17.

die Duitse benadering¹³ aangesien die Duitsers sessie as 'n suiwer verbintenissregtelike aangeleentheid benader.

Van Creveld⁴⁴ se uitgangspunt is dat 'n verbod op sessie in die verbintensskeppende ooreenkoms in beginsel moontlik is. Wanneer hy sy standpunt motiveer, wys hy daarop dat 'n mens hier met 'n aangeleentheid te doen het wat suiwer die belange van die betrokke twee partye, die skuld-eiser en die skuldenaar, raak, en dat die openbare belang nie daardeur geraak word nie. Hy wys voorts daarop dat die ratio vir die ontoelaatbaarheid van onvervreembaarverklaring in die algemeen, in die belang van die handelsverkeer geleë is en dat hierdie ratio nie ter sprake behoort te wees by uitstaande vorderingsregte nie. Hy veroordeel dan ook die volkome gelykskakeling tussen liggaamlike en onliggaamlike sake, 'n standpunt wat onder andere tot gevolg het dat die beperking op onvervreembaarverklaring van liggaamlike sake sonder meer ook op onliggaamlike sake van toepassing gemaak word.⁴⁵ Vanweë die feit dat 'n mens by sessie basies met 'n verhouding tussen twee persone te doen het, is hy dus van mening dat die beding tot onoordraagbaarheid geldig is en ook dat dit werking teenoor derdes het. Die motivering vir die standpunt dat dit teenoor derdes geld is nie duidelik nie, alhoewel dit wil voorkom asof hy ook grootliks deur die Duitse benadering beïnvloed is.⁴⁶

Wiarda wys verder op verskillende aspekte van 'n verbod op sessie wat van belang is. In die eerste plek wys hy daarop dat geargumenteer kan word dat 'n sedent wat nie mag sedeer nie 'n persoon as procurator in rem suam kan aanstel en sodoende die verbod kan omseil.⁴⁷ Hy toon egter aan dat sodanige handeling meestal as 'n gesimuleerde handeling beskou sal kan word en as sodanig behandel kan word. Uit die bedoeling van die partye kan ook blyk dat 'n verbod op sessie 'n verbod op onherroeplike volmag impliseer.⁴⁸

Die sessieverbiedende ooreenkoms kan by sluiting van die kontrak gemaak word of ook daarna. As dit daarna gemaak word, vind 'n wysiging van die oorspronklike materiële inhoud van die ooreenkoms deur middel van skuldvernuwing plaas.⁴⁹ Die enigste beperking op latere wysiging is dat dit nie tot benadeling van skuldeisers mag strek nie.

Die verbod op sessie kan vóór sessie opgehef word deur uitdruklike ooreenkoms tussen die partye, of stilswyend, byvoorbeeld wanneer die skuldenaar tot die sessie toestem. Die sessieverbod kan ná sessie ook

⁴³ Sien die bespreking oor die Duitse reg hieronder.

⁴⁴ *Cessie* 19 e v.

⁴⁵ Hierdie gelykskakeling het dan ook die gevolg dat die onvervreembaarverklaring van vorderingsregte in Frankryk en ook in die Romeins-Hollandse reg (sien bespreking hieronder) op dieselfde grondslag as die onvervreembaarverklaring van liggaamlike sake behandel word.

⁴⁶ Van Creveld *Cessie* 25: "Aanvaardt men met mij de rechtsgeldigheid van het beding, dan moet men dit, wil het enige betekenis hebben, als aan de cessie inhaerent beschouwen, d w z dat de schuldenaar alleen aan de bepaald aangewezen schuldeiser behoeft te voldoen;" Pitlo *Zakenrecht* 235; Meijers *Toelichting* 211.

⁴⁷ Wiarda *Schuldvorderingen* 369.

⁴⁸ Wiarda *Schuldvorderingen* 370.

⁴⁹ *ibid.*

opgehef word met die effek dat die eiendomsreg met terugwerkende krag oorgaan vanaf die oomblik waarop die sessiehandeling verrig is.⁵⁰

Wiarda is ook van mening dat die verbod op sessie uitdruklik of stilswyend tot stand kan kom. 'n Verbod is stilswyend opgelê wanneer die aard van die vorderingsreg sodanig is dat dit op onoordraagbaarheid dui.⁵¹

Waar die ooreenkoms waarin 'n pactum de non cedendo opgeneem is, in 'n skriftelike stuk vervat is en die verbod op sessie nie uit die skriftelike stuk blyk nie, word die sessionaris aan wie in stryd met die verbod gesedeer word nie daardeur getref nie.⁵²

Dit is duidelik dat, wat 'n bestaande reg betref, 'n pactum de non cedendo tussen 'n sedent en sessionaris volgens die Nederlandse reg volkome ongeldig is.⁵³ Die onderliggende gedagte is dat dit in stryd met die openbare belang is om 'n saak aan die handelsverkeer te onttrek.⁵⁴ Dit beteken dat die verbinteniskeppende ooreenkoms om nie te sedeer nie in die omstandighede as ongeoorloof geag word.⁵⁵

2 3 Duitsland⁵⁶

Die Duitsers benader sessie as 'n verbintenisregtelike aangeleentheid⁵⁷ en verwerp uitdruklik die gedagte van "Eigentum an Forderungen."⁵⁸ Om die geldigheid en afdwingbaarheid van sessieverbiedende ooreenkoms te teenoor derdes⁵⁹ te regverdig, argumenteer hulle soos volg: wanneer die reg geskep word, kom die skuldeiser en skuldenaar ooreen dat die reg onoordraagbaar sal wees en dus word die reg as 'n onoordraagbare reg in die lewe geroep.⁶⁰ Dit beteken dat 'n pactum de non

⁵⁰ Wiarda *Schuldorderungen* 371.

⁵¹ Wiarda *Schuldorderungen* 371-372. In ons reg sal hierdie waarskynlik eerder as 'n geval van onoordraagbaarheid vanweë 'n delectus personae beskou word as 'n stilswyende verbod op sessie.

⁵² Wiarda *Schuldorderungen* 372. Hierdie reëling is in ooreenstemming met a 405 van die *BGB*. Nienaber *The Law of SA* 2 par 354 is van mening dat 'n beroep op 'n pactum de non cedendo deur die sessionaris afgeweer kan word met 'n beroep op estoppel. Dit sal waarskynlik in dieselfde omstandighede wees as dié hierbo uiteengesit. Sien ook Meijers *Toelichting* 211.

⁵³ Wiarda *Schuldorderungen* 367; Pitlo *Zakenrecht* 235.

⁵⁴ Van Creveld *Sessie* 19; Pitlo *Zakenrecht* 235.

⁵⁵ Pitlo *Zakenrecht* 235.

⁵⁶ Die posisie in Switserland stem in 'n groot mate met dié in Duitsland ooreen. Vir 'n bespreking daarvan sien Guhl *Das Schweizerische Obligationenrecht* 6e uitg (1972) 238-240; Von Tuhr *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts* 2 3e uitg (1974) 346-347.

⁵⁷ Scott *Sessie* 67.

⁵⁸ Scott *Sessie* 106 c v.

⁵⁹ A 137 van die *BGB* wat in die algemeen die saaklike werking van ooreenkoms te oordraagbare regte onoordraagbaar maak, kortwiek, beïnvloed nie die verbintenisregtelike krag daarvan nie: "Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt."

⁶⁰ Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* 1 11e uitg (1976) 454; Fikentscher *Schuldrecht* 6e uitg (1976) 309.

cedendo slegs kan voorkom wanneer die reg geskep word,⁶¹ dat die reg nie op die sessionaris oorgaan⁶² wanneer dit in stryd met die ooreenkoms gesedeer word nie en dat iedereen hom op die ongeldigheid van die ooreenkoms kan beroep.⁶³ 'n Pactum de non cedendo kan slegs tussen die oorspronklike skuldeiser en skuldenaar aangegaan word en nie byvoorbeeld tussen 'n sedent en sessionaris nie.⁶⁴ As algemene reël moet die ooreenkoms uitdruklik geskied⁶⁵ en dit geld teenoor iedereen en nie slegs teenoor die skuldeiser nie. Verder kan die ooreenkoms nie eensydiglik herroep word nie: albei partye het deur ooreenkoms die onoordraagbaarheid geskep en albei moet dit ook ophef.⁶⁶ Waar die sedent in stryd met die ooreenkoms sedeer, kan die skuldenaar deur sy uitdruklike toestemming⁶⁷ aan die sessie gevolg gee of hy kan aan die sessionaris betaal. Dit word dan beskou asof die sedent deur te sedeer 'n aanbod tot herroeping van die verbod gemaak het en asof die skuldenaar deur sy toestemming of betaling die aanbod aanvaar het,⁶⁸ met ander woorde dit kom op stilswyende herroeping neer. Omdat die uitgangspunt is dat dit partye vrystaan om die inhoud van hulle reg deur ooreenkoms te bepaal, is alle pacta de non cedendo tussen skuldeiser en skuldenaar geldig en word daar nie vereis dat die skuldenaar 'n belang by die ooreenkoms hoef te hê nie.⁶⁹ In die Duitse wetboek word daar egter 'n beskermingsmeganisme aan die sessionaris gebied: wanneer die reg wat as onoordraagbare reg geskep is in 'n skriftelike dokument beliggaam is, die sessionaris die dokument ter insae gehad het en die feit dat die reg onoordraagbaar is, nie uit die dokument blyk nie, kan die skuldenaar hom nie teenoor die sessionaris op die onoordraagbaarheid van die reg beroep nie.⁷⁰

Alhoewel daar verskil van mening⁷¹ bestaan oor die vraag of 'n verbod op sessie 'n verbod op verpanding insluit, wil dit voorkom asof 'n verpanding van die vorderingsreg en 'n "Überweisung zur Einziehung" ingevolge die *Zivilprozessordnung* wel toelaatbaar is.⁷²

⁶¹ of moontlik daarna as dit as 'n skuldvernuwing beskou word, soos Wiarda dit beskou.
⁶² Fikentscher *Schuldrecht* 309; Soergel en Siebert *Bürgerliches Gesetzbuch* 2 17e uitg (1967) 505.

⁶³ Soergel-Siebert *Schuldrecht* 505; Larenz *Lehrbuch* 454.

⁶⁴ 'n Verbintenissekkende ooreenkoms is wel moontlik, maar dan het dit nie werking teenoor derdes nie. Sien bespreking hieronder en a 137 van die *BGB*.

⁶⁵ Larenz *Lehrbuch* 454. Soergel-Siebert *Schuldrecht* 505 is egter van mening dat dit ook stilswyend kan geskied.

⁶⁶ Soergel-Siebert *Schuldrecht* 505; Fikentscher *Schuldrecht* 309.

⁶⁷ Larenz *Lehrbuch* 454.

⁶⁸ Larenz *Lehrbuch* 455; Soergel-Siebert *Schuldrecht* 505.

⁶⁹ Dit is maklik verklaarbaar aangesien ons hier nie met 'n sakeregtelike beperking op die vrye beskikking van sake binne die handelsverkeer te make het nie, maar met die beginsel dat partye vry is om deur middel van ooreenkoms die inhoud van hulle reg te bepaal.

⁷⁰ a 405 van die *BGB*: "Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen . . . dass die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste."

⁷¹ Larenz *Lehrbuch* 454.

⁷² Soergel-Siebert *Schuldrecht* 505; Fikentscher *Schuldrecht* 309.

Hierbo het ons die gevalle bespreek waar die sessieverbiedende ooreenkoms tussen die skuldeiser en skuldenaar werking teenoor derdes het. Ooreenkomstig die beginsel dat dit die partye in beginsel vrystaan om die inhoud van hulle verbintenis te bepaal, staan dit die sedent en die sessionaris ook vry om 'n sessieverbiedende ooreenkoms aan te gaan.⁷³ Hierdie ooreenkoms het egter nie teenoor derdes werking nie⁷⁴ en nienakoming gee slegs tot 'n eis om skadevergoeding op grond van kontrakbreuk aanleiding.⁷⁵

3 SUID-AFRIKAANSE REG

In die Suid-Afrikaanse reg word die Romeins-Hollandse benadering gevolg, naamlik dat sessie die oordrag van 'n onliggaamlike saak⁷⁶ is. So beskou, word die vraag na die geldigheid en effek van *pacta de non cedendo* beheers deur die basiese reël van die sakereg dat daar geen beperking op 'n persoon se reg om vryelik oor sy eiendom te beskik, geplaas behoort te word nie.⁷⁷ Hierdie beginsel bring ons dan by die toepassing van die beginsels soos deur Sande en Voet uiteengesit.

Sande se verhandeling oor beperkings op vervreemding van sake dien as uitgangspunt vir die howe⁷⁸ se benadering tot hierdie aangeleentheid. Die eerste probleem wat hier ontstaan, is die feit dat Sande in die inleidende hoofstuk van sy verhandeling uitdruklik na liggaamlike sake verwys.⁷⁹ Dit kan dus wees dat hierdie bespreking van hom nie op regte as onliggaamlike sake van toepassing is nie. Sande verwys na die algemene beginsel dat dit elke persoon vrystaan om sy eiendom te gebruik soos hy wil en wys dan daarop dat 'n persoon se reg om vryelik oor sy goed te beskik aan bande gelê kan word, onder andere deur ooreenkoms.⁸⁰ Uit Sande se bespreking van laasgenoemde blyk dit duidelik dat hy reedsbestaande eiendom in gedagte het.⁸¹ Sande onderskei verder tussen die geval waar iemand 'n ooreenkoms met 'n ander aangaan dat daardie persoon nie sy eiendom mag vervreem nie en die geval waar die eienaar tydens die vervreemding van sy eiendom 'n beperking op die verdere vervreemding plaas. Hy sê dan dat die ooreenkoms in die eerste geval ongeldig is vanweë 'n gebrek aan 'n *causa* en dat *utilitas* bepaal dat sodanige ooreenkomste wat die handelsverkeer strem en wat 'n eienaar se

⁷³ Fikentscher *Schuldrecht* 69.

⁷⁴ Fikentscher *Schuldrecht* 46.

⁷⁵ Fikentscher *Schuldrecht* 245.

⁷⁶ Scott *Cession* 1 e v.

⁷⁷ *Vawda v Vawda* supra 346C.

⁷⁸ *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates* supra 615; *Trust Bank of Africa v Standard Bank of South Africa* 1968 3 SA 166 (A) 189D-G; *Vawda v Vawda* supra 346E; *MTK Saagmeule v Killyman Estates* supra 11F.

⁷⁹ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* (Argumentum instituti Operis, ejusque partitio): "Dominium vulgo definiri solet, esse jus de re corporali statuendi, ut si quis velit, nisi jure prohibeatur." Hy bespreek dus die beperkings wat op die eiendomsreg van liggaamlike sake geplaas kan word.

⁸⁰ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4: "De Conventionali alienationis prohibitionem."

⁸¹ In die inleidende paragraaf van die vierde gedeelte praat hy van die eienaar wat sy saak vervreem – dit veronderstel volgens my reedsbestaande eiendom.

reg om vryelik oor sy goed te beskik, sonder 'n causa van hom wegneem, ongeldig is.⁸² Hierdie reël word egter getemper deur die beginsel dat sodanige ooreenkomste wel geldig is as die persoon wat die ooreenkoms maak 'n belang het by die feit dat die eienaar nie sy goed mag vervreem nie.⁸³ Sande noem dan voorbeelde van gevalle waar so 'n belang wel bestaan. Byvoorbeeld: waar 'n persoon 'n verband oor 'n plaas het, kan dit vir die verbandhouer van belang wees dat die eienaar nie sy plaas sal vervreem aan iemand wat kwelsugtig of prosessiek is nie.⁸⁴

Om hierdie gedeelte op *pacta de non cedendo* van toepassing te maak, moet verskeie probleme oorbrug word. In die eerste plek verklaar Sande in sy inleiding dat sy verhandeling slegs op liggaamlike sake van toepassing is. In die tweede plek is dit duidelik dat dit op reeds-bestaande eiendom van toepassing is. Dit beteken dat hierdie gedeelte, indien die eerste beswaar oorbrug is, slegs ter sprake kom waar die skuldenaar, nadat die kontrak reeds gesluit is, met die sedent ooreenkom dat laasgenoemde nie die saak mag vervreem nie en waar die skuldenaar 'n belang by die verbod het.

In die tweede situasie wat Sande onderskei, naamlik waar 'n eienaar by vervreemding van sy eiendom 'n voorwaarde dat die goed nie verder vervreem mag word nie daaraan heg, word die ooreenkoms wat die vervreembaarheid van die saak beperk, as geldig beskou.⁸⁵ Hier wil dit egter voorkom asof daar 'n teenstrydigheid in Sande se argument is: In paragraaf 4 1 6 sê hy dat sodanige ooreenkomste sonder meer geldig is, maar dan gaan hy in paragraaf 4 1 7 voort en sê dat die belang van die persoon wat die ooreenkoms maak in sodanige geval nie te streng geïnterpreteer moet word nie, aangesien elke persoon wat kan sê dat hy nie sou vervreem het as die verbod nie geldig was nie, 'n genoegsame belang by die saak het. Hierdie tweede situasie wat Sande noem, dek ook die geval waar 'n sedent 'n ooreenkoms met die sessionaris aangaan dat laasgenoemde nie die saak mag vervreem nie.⁸⁶

In paragraaf 4 1 9 noem Sande die geval waar 'n persoon sy goed oordra of skenk en sonder meer verbied dat dit vervreem mag word. Sodanige ooreenkoms is volgens hom ook geldig. Met hierdie bespreking handel Sande dus die geldigheid van sodanige ooreenkomste af.

In hoofstuk 4 2 behandel hy die effek van ooreenkomste wat die vervreembaarheid van sake aan bande lê. Ter inleiding onderskei Sande weer tussen 'n ooreenkoms waarvolgens een persoon 'n ander persoon verbied om sy eiendom te vervreem en 'n ooreenkoms waarvolgens 'n eienaar by vervreemding van sy eiendom 'n beperking op die verdere vervreemding daarvan plaas. In die eerste geval is die ooreenkoms van

⁸² Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 1 1.

⁸³ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 1 2.

⁸⁴ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 1 3.

⁸⁵ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 1 6.

⁸⁶ Dit is interessant om daarop te let dat 'n sessieverbiedende ooreenkoms tussen 'n sedent en 'n sessionaris volgens hierdie uiteensetting van Sande moontlik is. In geen ander regstelsel is dit egter moontlik nie.

geen waarde nie tensy 'n strafbeding⁸⁷ in die ooreenkoms vervat is of tensy die ander persoon 'n belang by die ooreenkoms het.⁸⁸ Die effek van sodanige ooreenkoms is dat dit geldig is, en wanneer dit by 'n bona fide kontrak gevoeg is of deur 'n stipulasie versterk is,⁸⁹ gee dit aanleiding tot 'n aksie vir vergoeding van die belang van die persoon dat die goed nie in stryd met die ooreenkoms vervreem word nie. Oor die vraag of eiendomsreg in so 'n geval tog oorgaan ten spyte van die ooreenkoms waarvolgens die eienaar verbied word om dit oor te dra, wys Sande daarop dat daar verskil van mening onder die doctores bestaan.⁹⁰ Hy verklaar dan dat die korrekte standpunt is dat die eiendomsreg wel oorgaan en dat die persoon wat sy belofte verbreek het, aanspreeklik is vir die verlies van die persoon teenoor wie hy die onderneming gemaak het.⁹¹

In paragraaf 4 2 12 bespreek Sande die geval waar die eienaar by vervreemding van sy eiendom byvoorbeeld deur middel van 'n koopkontrak, 'n voorwaarde in die koopkontrak opneem dat die koper nie die saak aan iemand anders as die verkoper mag vervreem of verkoop nie. By verbreking van die voorwaarde is die koper dan op grond van die koopkontrak vir skadevergoeding teenoor die verkoper aanspreeklik. Alhoewel daar aansienlike verskil van mening onder die juriste⁹² was oor die effek van sodanige ooreenkoms op die oorgang van die eiendomsreg, is Sande van mening dat eiendomsreg wat in stryd met sodanige voorwaarde oorgedra is, nie op die koper oorgaan nie, mits die verbod in die vervreemdingsooreenkoms vervat is of die voorwaarde bygevoeg is tydens die oordrag en nie daarna nie.⁹³ Dit wil dus voorkom asof die koper in hierdie geval 'n beperkte eiendomsreg verkry wat hy nie verder kan oordra nie. Alhoewel al Sande se argumente nie oortuigend nie, vind ek dit onnodig om nou daarop in te gaan. Soos reeds hierbo aangetoon, behoort hierdie geval slegs ter sprake te kom by 'n pactum de non cedendo tussen die sedent en sessionaris. Dit beteken in effek dat die sessionaris 'n beperkte reg van die sedent verkry deurdat die reg by oordrag onoordraagbaar gemaak word.⁹⁴

Voet se behandeling van die aangeleentheid is aansienlik korter as dié van Sande, maar uit sy bespreking is dit duidelik dat hy ook na bestaande eiendom verwys.⁹⁵ Hy sê nie uitdruklik dat dit slegs op liggaamlike sake van toepassing is nie, dog uit sy bespreking wil dit voorkom asof hy dit tog tot sodanige sake wil beperk.⁹⁶ Hy toon aan dat ooreen-

⁸⁷ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 2 1.

⁸⁸ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 2 2.

⁸⁹ *ibid.*

⁹⁰ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 2 11.

⁹¹ *ibid.*

⁹² Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 2 14.

⁹³ Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 2 26.

⁹⁴ Soos reeds hierbo aangetoon, word hierdie moontlikheid nie in ander regstelsels aangetref nie.

⁹⁵ Voet *Commentarius* 2 14 20 verwys na die eienaar se saak wat impliseer dat die saak reeds bestaan.

⁹⁶ Voet *Commentarius* 2 14 20 praat deurgaans net van 'n saak ("res") en waar hy 'n voorbeeld gee verwys hy na lewering ("traditio") van die saak.

komste waarvolgens 'n eienaar hom die bevoegdheid ontnem om oor sy eiendom te beskik, ongeldig is, behalwe as die ander party 'n belang daarby het. Verder verklaar hy uitdruklik dat sodanige ooreenkomste nie die saak self affekteer nie,⁹⁷ maar slegs tot 'n aksie vir skadevergoeding⁹⁸ aanleiding gee. Alhoewel Voet nie dieselfde onderskeidings as Sande maak nie en hom slegs besig hou met die eerste geval waarna Sande verwys, stem hy en Sande in hoofsaak ooreen wat betref die geldigheid en effek van 'n ooreenkoms waarvolgens 'n eienaar onderneem om nie sy saak te vervreem nie. Voet bespreek dus glad nie die geval waar die eienaar by vervreemding van sy saak 'n voorwaarde aan die kontrak heg dat die saak nie verkoop mag word nie.

As ons nou kyk na die toepassing van hierdie gesag in die howe, vind ons die volgende:

In *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates*⁹⁹ beslis hoofregter De Villiers dat die rede vir die ongeldigheid van 'n pactum de non cedendo gesoek moet word in die beginsels wat kontrakteervryheid aan bande lê.¹⁰⁰ Hy verwys dan na Sande en Voet wat die beginsel stel dat ooreenkomste wat 'n eienaar se bevoegdheid om vryelik oor sy eiendom te beskik, aan bande lê, ongeldig is. In sy toepassing van hierdie beginsel op sessie, wys die regter voorts daarop dat dit slegs van toepassing is waar die skuldenaar geen belang by die ooreenkoms het nie:¹⁰¹

“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.”

Hier moet daarop gewys word dat Sande en Voet se stellings slegs op bestaande eiendom betrekking het. As egter aangevoer word dat die pactum de non cedendo aangegaan word *nadat* die reg reeds geskep is en ons dus met bestaande eiendom te doen het, val die skuldenaar binne die eerste kategorie deur Sande genoem en moet hy 'n belang by die ooreenkoms hê, aangesien ons dan met 'n geval te doen het waar 'n oordraagbare reg deur ooreenkoms onoordraagbaar gemaak word. Selfs hier sou 'n mens klem op die verbintenisregtelike aspek kon lê en sê dat 'n nuwe onoordraagbare reg deur skuldvernuwing geskep word.

Om die geldigheid van sodanige ooreenkomste te bepaal, verwys hoofregter De Villiers dus na Sande en Voet, maar wanneer dit gaan oor die afdwingbaarheid daarvan teenoor derdes, negeer hy hulle standpunte en volg hy die Duitse benadering met verwysing na Windscheid en Dernburg.

Sy motivering vir die onoordraagbaarheid van die reg is soos volg:

“The stipulation against cession is part and parcel of the agreement creating the right, and the right is limited by the stipulation.”¹⁰²

⁹⁷ Voet *Commentarius* 2 14 20: “. . . cum enim pactum res non afficiat . . . aut rem ipsam afficerent . . .”

⁹⁸ Voet *Commentarius* 2 14 20 in fin: “. . . sed quod vel ad id, quod interest, vel ad poenam, (si quae conventioni adjecta sit) personalis actio paciscenti danda foret.”

⁹⁹ supra.

¹⁰⁰ 614.

¹⁰¹ 615.

¹⁰² 617.

Aan die een kant gebruik die regter dus Sande en Voet se sakeregte-
like argumente om die geldigheid van pacta de non cedendo te bepaal
terwyl hy die vereiste behou dat die skuldenaar 'n belang by die
ooreenkoms moes gehad het, en aan die ander kant gebruik hy die Duitsers
se verbintenisregtelike verklaring vir die onoordraagbaarheid om die
effek van sodanige ooreenkoms teenoor derdes te bepaal.

In *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa*¹⁰³ wil dit
voorkom asof appèlregter Botha tog 'n onderskeid wil maak, met ander
woorde dit lyk asof hy sê dat Sande en Voet se stellings toepassing vind
in alle ander gevalle waar die reg nie as onoordraagbare reg geskep
is nie:

"The rule of our law is that all rights *in personam*, subject to certain exceptions
based principally upon the personal nature of the rights, not here relevant, can be
freely ceded, but an owner's rights of free disposal of his property may be restricted
by a *pactum de non cedendo*. The effect of such a *pactum* depends upon the circum-
stances. Voet, 2 14 20 and Sande, *Restraints*, 4 1 1, and 4 2 1, point out that an
agreement whereby an owner deprives himself of the free right to deal with his
own property, is without effect unless the other contracting party has an interest
in the restriction, and Windscheid, *Pandektenrechts*, 8th ed., p 358, note 5, refers
to the fact relied upon by *Seuffert* that also in the case of corporeals a contractual
prohibition against alienation does not render the alienation void. These principles
do not, however, apply where the right is created with a restriction against aliena-
tion, and the restriction is contained in the very agreement recording the right,
for in such a case the right itself is limited by the stipulation against alienation
and can be relied upon by the debtor for whose benefit the stipulation was made.
(*Paiges v Van Rhyn Gold Mines Estates Ltd*, 1920 AD 600 at pp 615 and 617, and see
Windscheid, op cit, para (C) and note 5, and *Dernburg, Pandekten*, 7th ed, vol II,
p 141)."¹⁰⁴

Hieruit is die afleiding myns insiens geregverdig dat die regter van
mening is dat waar die reg (deur ooreenkoms) as onoordraagbare reg
geskep is, sodanige ooreenkoms sonder meer geldig is en dat die persoon
in wie se guns die ooreenkoms gemaak is hom daarop kan beroep. Die
bedoeling moet egter nie eng opgeneem word in die sin dat slegs die
skuldenaar hom daarop kan beroep nie, maar dat iedereen hom daarop
kan beroep aangesien ons met 'n wesenlik onoordraagbare reg te doen
het. Dit is vir my ook duidelik dat die regter hier nie 'n belang by die
ooreenkoms aan die kant van die skuldenaar vereis nie.¹⁰⁵ Die geldigheid
en effek van 'n *pactum de non cedendo* tussen sedent en sessionaris moet
dus steeds in ooreenstemming met die stellings van Sande en Voet beoor-
deel word. Hier is daar myns insiens 'n duidelike wegbeweg van die
sakeregte- gedagte dat ons by sessieverbiedende ooreenkomste met 'n
ooreenkoms te doen het wat die eienaar se reg om vryelik oor sy goed te
beskik aan bande lê in die rigting van die verbintenisregtelike benadering
dat dit die partye in beginsel vrystaan om die *inhoud* van hulle reg deur
ooreenkoms te bepaal.

¹⁰³ *supra*.

¹⁰⁴ 189D-G.

¹⁰⁵ Ek stem dus saam met die bevinding van r King in *Italrafo SpA v Electricity Supply
Commission* 1978 2 SA 705 (T) 711A en verskil met w rp Boshoff in *Vawda v Vawda*
supra 346H.

In *Vawda v Vawda*¹⁰⁶ pas waarnemende regter-president Boshoff die beginsels soos in die *Paiges-* en *Trust Bank*-saak uiteengesit, toe. Alhoewel hy die beginsel stel dat regte wat deur ooreenkoms as onoordraagbare regte geskep is, beperk is, gaan hy tog voort deur klem op die sakeregtelike beginsel te lê en pas hy die vereistes van Sande en Voet by die bepaling van die geldigheid van sodanige ooreenkomste toe. Hy verwerp regter King¹⁰⁷ se interpretasie van die *Trust Bank*-saak dat die skuldenaar nie 'n belang by die ooreenkoms hoef te hê nie.¹⁰⁸ Verder bevind hy ook dat die ooreenkoms bindend teenoor derdes is en dat die sessionaris dus geen regte verkry nie.¹⁰⁹ Hier vind ons dus ook 'n dubbele standaard: aan die een kant word die Romeins-Hollandse reg toegepas om die geldigheid van die ooreenkoms te bepaal en aan die ander kant die Duitse reg om die effek daarvan te bepaal.

Soos ek reeds gesê het, verwerp die appèlhof in *MTK Saagmeule v Killyman Estates*¹¹⁰ my kritiek op die interpretasie wat deur die houe aan Sande en Voet gegee word. Wat die *causa* betref, moet ek die hoofregter gelyk gee,¹¹¹ maar soos ek reeds aangetoon het, vind ek nog steeds die gedeeltelike en onsuivere toepassing van die beginsels van twee verskillende regstelsels met uiteenlopende benaderings, onaanvaarbaar.

Die effek van die huidige benadering van die houe is dat die geldigheid van *pacta de non cedendo* bepaal word aan die hand van wat Voet en Sande sê oor ooreenkomste wat 'n persoon se reg om vryelik oor sy eiendom te beskik, aan bande lê. (Die fynere onderskeidings wat Sande maak, word nie bespreek nie, alhoewel hulle moontlik kan voorkom.) Wat die effek van sodanige ooreenkomste betref, word die standpunte van albei skrywers geïgnoreer en word die Duitse benadering aanvaar. Alhoewel dit moeilik is om 'n oplossing aan die hand te doen, wil dit my voorkom asof die enigste uitweg is om klem op die verbintenisregtelike aspek van sessie te lê en te bepaal, soos wat daar myns insiens in die *Trust Bank*-saak gedoen word, dat waar die reg as onoordraagbare reg geskep word, dit onoordraagbaar is, en dat die skuldenaar nie 'n belang by die ooreenkoms hoef te hê nie.

Deur dus klem op die verbintenisregtelike aspek van sessie te plaas, soos wat die Nederlanders ook doen, word die geldigheid en effek van 'n sessieverbiedende ooreenkoms dogmaties suiwer verklaar. Die hele probleem word as verbintenisregtelike aangeleentheid behandel en nie gedeeltelik met verwysing na sakeregtelike beginsels en gedeeltelik met verwysing na verbintenisregtelike beginsels nie.

¹⁰⁶ supra.

¹⁰⁷ in *Italtrafo SpA v Electricity Supply Commission* supra 711A.

¹⁰⁸ 346H.

¹⁰⁹ 347A.

¹¹⁰ supra.

¹¹¹ alhoewel ek tog van mening is dat Sande en Voet wat albei sterk deur die Romeinse reg beïnvloed was, hulle ook in hierdie gedeeltes deur Romeinsregtelike terminologie laat beïnvloed het.

Aan die ander kant, as 'n mens daarop aandrings dat Romeins-Hollandse reg toegepas moet word, moet die beginsels soos deur Sande en Voet uiteengesit, sowel wat die geldigheid as die effek van sessieverbodende ooreenkomste betref, suiwer toegepas word. Die benadering waarvolgens klem op die verbintenisregtelike aspek van sessie gelê word, is myns insiens meer aanvaarbaar as die sakeregtelike benadering van Sande en Voet. Hoe dit ook al sy, die een of die ander stelsel moet toegepas word en nie 'n mengsel van twee uiteenlopende stelsels nie. □

THE GENERAL PRACTICE SECTION OF THE
AMERICAN BAR ASSOCIATION INVITES FOREIGN LAWYERS
TO BECOME ITS INTERNATIONAL ASSOCIATES

The International Association affiliation is a category within the American Bar Association (ABA) expressly tailored to meet the interests of lawyers who have been admitted in good standing before the bar of any jurisdiction outside the United States.

Associates are elected to that status by the board of governors of the ABA upon application therefor and payment of the annual association dues then in effect for associates. International associates are qualified to become members of the Committee on International Associates. The Committee accommodates and balances through its activities, the interests of American attorneys in matters of foreign legal practice as well as those of foreign attorneys in issues of American law and practice.

Questions or requests for membership may be addressed to:

Dawn White, Membership Chairperson
ABA Committee on International Associates
1607 New Hampshire Avenue, N.W.
Washington, DC 20009

Aantekeninge

JOINT CUSTODY

1 Introduction

By joint custody is meant a custody exercised by both parents (or by a parent and a third person) jointly over a minor child, and a joint custody order has a corresponding meaning. There seems to be, on the part of the courts, a reluctance to make joint custody orders.

2 Comparative law

2 1 *South African law*

2 1 1 *Statute law* The South African legislator knows of a joint guardianship. Subject to any order of court, the father of a minor to whom the sole guardianship of the minor has not been granted under the Matrimonial Affairs Act 37 of 1953, or the Divorce Act 70 of 1979, or upon whom a children's court has not conferred the exclusive right to exercise any parental powers in regard to the minor, is not entitled by testamentary disposition to appoint any person as the guardian of the minor in any other manner than to act jointly with the mother (s 5(3)(b) of the Matrimonial Affairs Act). Such joint guardianship includes, it is considered, joint custodianship. Where a guardian has been appointed to a minor by the father to act jointly with the mother, the court or judge may, upon the application of the mother or the guardian, made after the death of the testator, make such order in regard to the guardianship as the court or judge may deem in the interests of the minor (s 5(5); see also Spiro "Joint Guardianship of Parents" 1970 *Acta Juridica* 1 et seq).

2 1 2 *Case law* In *Heimann v Heimann* 1948 4 SA 926 (W) the parties had applied to incorporate their agreement on the custody and maintenance of their eleven years old son in the divorce decree. The agreement provided principaliter for the joint custody of the parents, but in the event of a refusal by the court to make an order for joint custody, for the custody of the wife alone. The husband had given evidence that he was satisfied that his wife was a good mother and that there was no likelihood of any disagreement between his wife and himself. Murray J, however, thought that it was desirable that there should be one parent directly responsible for the child and gave an order in terms of the alternative prayer. *Heimann's* case was followed in *Edwards v Edwards* 1960 2 SA 523 (D) 524-525 where there was also an agreement (not, however, made an order of court) for sharing equally the custody of a son, now fourteen years old, and the parties subsequently could not agree on the school to which to send the boy. It seemed to Jansen J a "legal impossibility" that

the "legal" custody, involving, as it did, the privilege and responsibility of taking certain decisions in regard to, for example, the education of the child, could be shared equally between two individuals. A single individual should so decide, for if the responsibility were shared between two individuals, there would be the continuing possibility of a deadlock arising over every triviality. In the absence of an order of court, the custody pertained to the father by common law, and the wife's application for an interference with the husband's choice of school, which was not proved to be capricious or vitiated by unreason, was dismissed.

However the paramount consideration in custody matters is not the right of a parent or its exercise, but the interests of the child (see *Spiro Law of Parent and Child* 3rd ed (1971) and supplement (1979) 240), and what the interests of the child demand, depends on all the circumstances, there being no room for any rigid rule of thumb.

2 2 *English law*

2 2 1 *Statute law* There are now various acts of parliament in England dealing with custody orders.

Under the Guardianship Act 1973 both parents of a legitimate child have the same rights and authority over him (c 29 s 1(1)). (In matters of the welfare of the child either spouse may apply to court if agreement cannot be reached — s 1(3).)

The Children Act 1975 (c 72 s 85(3)) provides that where two or more persons have a parental right or duty jointly, any one of them may exercise or perform it in any manner without the other or others if the other or, as the case may be, one or more of the others have not signified disapproval of its exercise or performance in that manner. If two persons have a parental right or duty vested in them jointly by a custodianship order, but cannot agree on its exercise or performance, either of them may apply to an authorized court which may make such an order regarding the exercise of the right of performance of the duty as it thinks fit (s 38). From the death of a person who has a parental right or duty jointly with one other person or jointly with two or more other persons, that other person has the right or duty exclusively or those other persons have it jointly (s 85(4)); in other cases that right or duty lapses, but without prejudice to its acquisition by another person under a statute (s 85(5)).

Joint parental rights and duties are thus well known to the English legislator. But there is a distinction between legal custody and actual custody. The former means so much of the parental rights and duties as relate to the person of the child (including the place and manner in which his time is spent — s 86). Actual custody of a child consists of the actual possession of his person whether or not that possession is shared with one or more other persons (s 87(1)).

The definitions contained in the Children Act 1975, set out above, have not been extended to the powers of the divorce court to make orders for the custody and education of children (*Cretney Principles of Family Law* 3rd ed London (1979) 439).

Legal custody cannot now be given to more than one person (Guardianship of Minors Act 1971 (c 3) s 11 (A), inserted by s 37 of the Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 (c 22); see also Cretney 462 (custody orders under the Guardianship of Minors Acts 1971 and 1973), 477 (orders of the divorce courts) and 485 (orders in the magistrates' courts)).

But when the court makes an order giving legal custody to one person, it may order that a parent of the minor who is not given the legal custody of the minor shall retain all or such as the court may specify of the parental rights and duties comprised in legal custody (other than the right to the actual custody of the minor) and shall have those rights and duties jointly with the person who is given the legal custody of the minor.

2 2 2 *Case law* In *Jussa v Jussa* 1972 2 All ER 600 (FamD) the court was of the opinion that it had jurisdiction under section 9 of the Guardianship of Minors Act 1971 (c 3) to make a so-called split order, that is an order dividing the responsibility for the children between spouses either by a joint order for custody with care and control to one spouse or an order for custody to one spouse only with care and control to the other, if there was a reasonable prospect that the parties would co-operate. As there were two unimpeachable parents who could be reasonably contemplated as capable of co-operating with each other in the interests of the children whom they both loved, there could be no serious objection to an order for joint custody, there being many advantages to the children from that order (full benefit of their mixed inheritance): it was again the welfare of the children that was the paramount consideration. A similar order was made by the court of appeal in *Dipper v Dipper* 1980 2 All ER 722 (CA) where, on appeal, the judge's order on care and control was upheld, but the order on custody was varied to the effect that both parents were to have custody jointly. There was no opposition to an order for joint custody (725a per Roskill LJ), and this was a case where indeed the father — now to become joint custodian — had an intent to play an active part in his children's lives (731c per Ormrod LJ).

In conclusion, reference may be made to a recent practice direction of the family division (1980 1 All ER 784) as regards orders for the care and control of a child and joint (legal) custody orders under section 41 of the Matrimonial Causes Act 1973 (c 18). The direction is prefaced by the statement that such orders are sought more often now than formerly and that variations of practice had been noticed in different parts of the country. The achievement of uniformity of approach was consequently the objective of the direction.

2 3 *Law of the Federal Republic of Germany*

2 3 1 *German Civil Code* There have been changes in the parental power as the result of the Parental Power Amendment Act of 18 July 1979 (Federal Gaz I 1061), in force since 1 January 1980. The distribution of the parental power after a divorce of the parents is regulated in §1671 of

the civil code and falls within the jurisdiction of the family court. Before the change referred to, the first sentence of §1671(4) read as follows:

“The parental power shall as a rule be transferred to one parent.”

It now reads:

“The parental care” – “care” is now substituted for “power” – “is to be transferred to one parent alone.”

The difference of the wording speaks for itself. A split order remains permissible: if the welfare of the child (or now: his financial interest) so demands, the financial care may be transferred to the other parent (now: wholly or in part).

For the sake of completeness it may be mentioned that a common suggestion of the parents (now: a suggestion agreed upon by the parents) shall be disregarded by the family court (now: by the court) only if the welfare of the child makes it necessary. As it is added now, if a child of more than fourteen years of age makes a different suggestion, then the court has to consider what is best for the welfare of the child, due regard being had to the obligations of the child vis-à-vis his parents and sisters and brothers.

2 3 2 *Interpretation.* Whether on the strength of the provisions of the code, set out above, joint custody could be granted to both parents was and is controversial, it being an additional problem whether the new wording of §1671(4) (the first sentence), in as much as it amounts to a general prohibition of joint custody being given to both parents after their divorce, violates the Federal Constitution of 23 May 1949. It is not possible here to deal with the matter, except for the discussion of a recent, well reasoned judgment of the Kammergericht which is very instructive indeed (commented on by the presiding judge of the Kammergericht Meuller-Webers in 1980 *Berliner Anwaltsblatt* 135-139).

The parents were divorced in 1967, and in 1968 the mother was granted the custody of their daughter, now fourteen years old. Subsequently, the parents exercised the parental power over her jointly, the daughter having a room available at each parent's home. Because of certain difficulties they had experienced, the parents now applied for joint custody.

The first question to be answered was whether the court could award custody in the face of §1671(4), the first sentence, as amended. Was that provision, i.e. the prohibition of the award of joint custody to parents, consistent with article 6(2) of the Federal Constitution of 23 May 1949, reading as follows:

“Care and education of children are the natural right of the parents and their foremost duty. The State supervises the exercise of such right and duty.”

The 18th civil senate of the Kammergericht, which was seised of the matter in the course of review proceedings, had itself to decide this question as the duty to refer cases which violated the constitution to the Federal Constitution Court in terms of its article 100(1) did not apply in

Berlin. According to the senate, the general prohibition of the award of joint custody to both parents does indeed violate article 6(2) of the Federal Constitution as experience does not show that the welfare of a child is always at jeopardy if, after a divorce, both parents exercise joint custody. Only if parents, hostile to each other, cannot agree on the custody of their children, is there scope for the supervisory activity of the state.

If, then, the prohibition of the award of joint custody to both parents, contained in §1671(4), the first sentence, of the civil code, did not prevent the court from awarding such custody, was it the best for the welfare of the child so to do? In the present case both parents were teachers and pre-eminently suited to educate the child properly. Moreover, for the last twelve years the joint exercise of the custody by the parents did achieve the welfare of the child, without any frictions and problems having been incurred. Nor did the reports of the welfare officials contain any unfavourable remarks.

Nevertheless, the senate appealed to the legislator to consider whether it should not be specifically enacted that it was permissible to make, after a divorce, in exceptional cases, orders providing for the retention of joint custody by both parents.

Sooner or later the Federal Constitution Court will have to decide the issue. Should it endorse the view of the Kammergericht, the command to make an order after a divorce which best promotes the welfare of the child (§1671(2) of the civil code as amended) would be relegated from first to second place, the first place appertaining to the continuing responsibility of the parents which is immune from a general prohibition of joint custody of the parents; the court would be left with a strictly supervisory jurisdiction.

3 Conclusion

As regards South African law, and for that matter also English law, the position would on a proper assessment of the problem appear to be: if parents, after having been divorced, want to obtain or retain the joint custody over their minor children and if, on the particular facts, such custody is not against the children's interests, it must necessarily be in their interests and should, on application, be awarded by the court. That order is, as may as well be pointed out, always subject to variation on good cause being shown (see Spiro 288).

The question may be asked what the position is if the application of a divorced parent for custody is not for joint custody, but such order would, on all the facts, be in the interests of the minor concerned. The interests of the child, as mentioned, being the paramount consideration, the court has here, in my submission, no alternative but to make an order for the joint custody of both parents over their child.

ERWIN SPIRO
Member of the Cape Town Bar
Kammergerichtsanwalt

DIE AANWENDING VAN EIENDOMSREG TOT SEKERHEIDSTELLING BY ROERENDE SAKE

Die vraag of 'n mens jou eiendomsreg kan aanwend om saaklike sekerheid te verskaf, het al verskillende kere in ons howe ter sprake gekom (sien bv *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302; *Goldinger's Trustee v Whitelaw and Son* 1917 AD 66; *Boland Bank Bpk v Joseph* 1977 2 SA 82 (D); *Delpont v Strydom* 1977 3 SA 325 (O); *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) en *Parton and Colam v GM Pfaff (SA) (Pty) Ltd* 1980 4 SA 485 (N)).

Die aanwending van eiendomsreg om sekerheid te verkry of te verskaf is nie onbekend aan ons reg nie. Reeds in die Romeinse reg vind 'n mens die *fiducia cum creditore* waarvolgens 'n skuldenaar 'n saak ter versekering van sy skuld in eiendom aan sy skuldeiser oorgedra het. Terselfdertyd is dan afgespreek dat eiendomsreg van die saak by aflossing van die skuld aan die skuldenaar teruigoedra sal word. Dit is belangrik om daarop te let dat die saak dikwels in beheer van die skuldenaar-oordraer gelaat is (sien Feenstra *Romeinsrechterlike Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht* (1976) 101).

Die twee bekendste gevalle waar eiendomsreg vandag vir die daargestelling van saaklike sekerheid aangewend word, is eiendomsvoorbehoud en eiendomsoordrag tot sekerheidstelling. Ons het met eiendomsvoorbehoud te doen as 'n saak aan 'n persoon oorhandig word met die bedoeling dat eiendomsreg op hom sal oorgaan, alhoewel dit nie dadelik sal geskied nie, maar in 'n later stadium as 'n bepaalde voorwaarde vervul word. Die funksie van eiendomsvoorbehoud is slegs om saaklike sekerheid aan die oordraer te verskaf. Onder eiendomsoordrag tot sekerheidstelling word verstaan dat 'n skuldenaar eiendomsreg van 'n saak waarvan hy reeds eienaar is, en wat in sy besit is, by wyse van *constitutum possessorium* aan sy skuldeiser oordra om vir die skuldeiser as sekuriteit te dien vir 'n vordering wat hy teen die skuldenaar het. By uitwissing van sy skuld verkry die skuldenaar weer eiendomsreg van die saak. Eiendomsoordrag tot sekerheidstelling is algemeen bekend in Duitsland en Nederland (sien Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* in drie bande (1963 1965 1970); Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* 8e uitg (1975) 562; Pitlo *Het Zakenrecht* 7e uitg (1977) 431; Asser-Van Oven *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht* bd 3 *Zakenrecht* 3e deel 10e uitg (1978) 117). Dit is met hierdie vorm van sekerheidstelling waarmee bogenoemde vonnisse te doen het.

Terwyl eiendomsvoorbehoud geredelik in ons reg aanvaar is en daaglik by die huurkoopkontrak gebruik word, is ons howe huiweriger om eiendomsoordrag tot sekerheidstelling te erken. Die rede vir hierdie houding is nie moeilik om te verklaar nie. Dit is naamlik so dat besitlose pandreg nie in ons reg erken word nie (*Lighter and Co v Edwards* 1907 TS 442; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302; *Goldinger's Trustee v Whitelaw and Son* 1917 AD 66). Die rede hiervoor is dat die publiseiteitsvereiste van die sakereg hier nie nagekom word nie, en derdes gevolglik benadeel kan word omdat besit van die saak deur die skuldenaar 'n valse skyn van kredietwaardigheid skep. Aan die ander kant is daar 'n behoefte in ons

praktyk dat 'n persoon sy roerende sake moet kan beswaar ten einde krediet te verkry sonder om besit van die sake prys te gee. Dit is in dié verband dat eiendomsvoorbehoud nuttig te pas gekom het alhoewel dit ook die nadeel het dat die publiseitsvereiste nie nagekom word nie en dat derdes derhalwe tot hul nadeel met 'n verkryger onder eiendomsvoorbehoud mag onderhandel. Aan die ander kant moet 'n mens onthou dat besit in die moderne gekompliseerde ekonomiese verkeer weinig publiseitswaarde het. In ons reg bestaan wel die weerlegbare vermoede dat die besitter van 'n roerende saak eienaar daarvan is (*Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 308; *Gleneagles Farm Dairy v Schoombee* 1949 1 SA 830 (A) 836), maar in baie gevalle word hierdie vermoede nie deur die ekonomiese werklikheid gerugsteun nie. 'n Mens dink hier veral aan twee gevalle waar die besitter van 'n roerende saak nie die einaar daarvan is nie, naamlik by die huurkoopkontrak en by die huur van roerende sake ("leasing") wat in toenemende mate in ons praktyk voorkom. Juis vanweë die gewildheid van hierdie kontrakte en die waardevolle sake, soos motors, wat die voorwerp daarvan vorm, kan die vraag niet reg gestel word of beskerming verleen behoort te word aan 'n voornemende skuldeiser wat hom sonder meer daarop verlaat dat die sake wat die skuldenaar in sy beheer het aan hom behoort, en op grond daarvan aan die skuldenaar krediet verleen. Wat eerder gedoen kan word, is om die skuldeiser die geleentheid te gee om vas te stel of die skuldenaar wel eienaar van die saak is deur die een of ander openbare publikasiestelsel. Dit is nie in alle gevalle prakties uitvoerbaar nie, maar dit kan ten minste by belangriker sake, soos motorvoertuie, aangewend word.

Verder moet in gedagte gehou word dat eiendomsvoorbehoud 'n baie beperkter aanwendingsgebied het as wat 'n besitlose pandreg sou hê. Van eiendomsvoorbehoud kan net gebruik gemaak word as die skuldeiser eienaar is van die saak wat as sekuriteit moet dien. Die betrokke saak kom met ander woorde beswaard in die besit van die skuldenaar. Dit was nog glad nie in sy boedel nie maar sal eers later daarin kom. Van besitlose pandreg daarenteen sou gebruik gemaak kon word as die skuldenaar eienaar van die betrokke saak is. 'n Mens kan dit ook anders stel deur te sê dat die skuldeiser by eiendomsvoorbehoud deur sy eie saak en by besitlose pandreg deur 'n ander se saak sekerheid geniet. Hieruit volg dat eiendomsvoorbehoud slegs in samehang met eiendomsoordrag moontlik is terwyl besitlose pandreg oor 'n baie wyer gebied aangewend sou kon word omdat 'n skuldenaar enige saak van hom as sekuriteit sou kon aanbied vir 'n skuld wat hy aangaan (sien Cronjé "Eiendomsvoorbehoud en Besitlose Pandreg" 1979 *De Jure* 228 233-234).

Uit bogenoemde sake blyk egter dat skuldenaars in toenemende mate poog om roerende sake in eiendom by wyse van *constitutum possessorium* oor te dra ten einde besitlose sekerheid aan hul skuldeisers te verskaf. Dit bring ons by die vraag of eiendomsoordrag tot sekerheidstelling deur ons reg erken word.

'n Mens moet daarop wys dat sowel eiendomsvoorbehoud as eiendomsoordrag tot sekerheidstelling die funksie van 'n besitlose pandreg

vervul en 'n mens kan met reg die vraag stel of hierdie twee regsfigure wel sou ontstaan het in 'n regstelsel wat besitlose pandreg erken. Daar kan verder weinig twyfel wees dat eiendomsoordrag tot sekerheidstelling dieselfde nadele as besitlose pandreg het. Dit volg dus dat as besitlose pandreg nie in 'n regstelsel erken word nie, eiendomsoordrag tot sekerheidstelling ook nie aanvaar behoort te word nie.

Die vraag wat nou bespreek moet word, is hoe die aangelcentheid deur die howe benader word. Dit sal gedoen word met verwysing na veral *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) en *Parton and Colam v GM Pfaff (SA) (Pty) Ltd* 1980 4 SA 485 (N).

In die *Vasco Dry Cleaners*-saak verkoop V 'n droogskoonmakery onder eiendomsvoorbehoud aan K. Ten einde hom in staat te stel om die uitstaande deel van die koopprys aan V te betaal, verkoop K van die droogskoonmaakmasjinerie aan D vir die presiese bedrag wat hy (K) nog aan V verskuldig is. Terselfdertyd verkoop D die masjinerie, wat vir die bedryf van K se onderneming onontbeerlik is, terug aan K met voorbehoud van eiendomsreg. K bly deurgaans in besit van die masjinerie en kon eiendomsreg dus net by wyse van *constitutum possessorium* oordra. K verkoop en lewer toe die hele onderneming, insluitende die masjinerie, aan P wat onbewus is van die transaksie tussen K en D. K versuim om D te betaal en D stel sy rei *vindicatio* teen P in. Hy slaag in die hof a quo, P appelleer en die appèl slaag.

Dit is duidelik dat dit die oogmerk van D en K was om aan D saaklike sekerheid te verskaf terwyl K in besit van die saak bly. Ten einde te bepaal of eiendomsreg op D oorgegaan het, is die wesenlike vraag volgens waarnemende appèlregter Hoexter

“not so much whether, if the contract were a genuine agreement of sale, transfer of ownership of the machinery could be effected by means of a *constitutum possessorium*. The question was rather whether, having regard to all the attendant circumstances, the true transaction between . . . [D] and [K] was one of sale or pledge. And in this single inquiry not the least important circumstance was the suspicious feature that the contract was so framed that in terms thereof the only way in which ownership of the machinery could have been transferred to the plaintiff was by the device of *constitutum possessorium*” (615C-D).

Die hof gaan voort:

“The true inquiry . . . was whether, despite the clear warning signal conveyed by a *constitutum possessorium* as a vital cog in the machinery of the contract, the underlying transaction was one of sale or pledge” (615E-F).

(Sien ook *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 308-309 313; *Goldinger's Trustee v Whitelaw and Son* 1917 AD 66 83; *Boland Bank Bpk v Joseph* 1977 2 SA 82 (D) 85B en *Trust Bank van Afrika v Western Bank* 1978 4 SA 281 (A) 300A-B).

Op die feite van hierdie saak beslis die appèlhof dat die partye nie werklik die bedoeling gehad het om 'n koopkontrak aan te gaan nie, en meer bepaald dat hulle nie die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie. Daar was met ander woorde geen saaklike ooreenkoms tussen hulle nie (613 620).

In die *Parton*-saak het V naaimasjiene op krediet aan K verkoop en gelewer. K kan nie die koopsom in een bedrag betaal nie en versoek V om hom toe te laat om dit in paaiemente te doen. V is daartoe bereid mits die masjiene dan op huurkoop aan K verkoop word. 'n Mens moet daarop let dat eiendomsreg op grond van die kredietkoop op K oorgegaan het. Waar die kredietooreenkoms dus nou deur 'n huurkoopkontrak vervang word, en K in besit van die sake wil bly, kan eiendomsreg net by wyse van constitutum possessorium aan V teruggedra word. K word gelikwyder en V vra 'n hofbevel aan vir die teruggawe van die masjiene ingevolge artikel 84(1) van die Insolvensiewet 24 van 1936. Die likwidateurs van K staan die aansoek teen op grond daarvan dat die huurkoopkontrak en daaropvolgende lewering van die masjiene aan V 'n skyntransaksie is om 'n besitlose sekerheidsreg vir V te skep. V se aansoek slaag in die hof a quo en die likwidateurs se appèl na die volbank word van die hand gewys.

Ook hier is dit duidelik dat die transaksie tussen V en K daarop gemik was om saaklike sekerheid aan V te verskaf terwyl K in besit van die saak gebly het. Dit word ook so deur die hof aanvaar. Op bladsy 490E stel regter Shearer dit soos volg:

“The fact that financial accommodation on one side and security on the other were involved are, in the circumstances of the present case, not only consistent with, but supportive of, a *bona fide* agreement which was intended by the parties to novate the earlier agreement.”

Die hof bevind met ander woorde dat die novasie-ooreenkoms tussen V en K eg was en dat die partye ook inderdaad die bedoeling gehad het om eiendomsreg by wyse van constitutum possessorium oor te dra. Ook in hierdie saak beklemtoon die hof egter dat die wesenlike vraag is “whether . . . the true transaction was one of sale or pledge” (489B).

Uit bostaande sake is dit duidelik dat ons howe nie sekerheidstelling as sodanig as regsgrond vir eiendomsoordrag erken nie. Die vraag is steeds of daar 'n egte koopkontrak tussen die partye bestaan, en as bevind word dat dit wel die geval is, is dit aanvaarbaar dat eiendomsreg tussen die partye oorgegaan het en dat die skuldeiser gevolglik ook besitlose saaklike sekerheid geniet. Verder is dit ook duidelik dat sodra daar 'n bedoeling is om besitlose saaklike sekuriteit aan 'n skuldeiser te verskaf, die howe sodanige transaksie met 'n baie kritiese oog sal beskou. Dit mag in 'n gegewe geval baie moeilik wees om op die feite vas te stel wat die ware toedrag van sake is, en 'n mens sou selfs kon redeneer dat die *Vasco Dry Cleaners*- en *Parton*-saak na die ander kant toe beslis kon gewees het. Die feit bly egter staan dat sekerheidstelling op sigself nie as regsgrond vir eiendomsoordrag aanvaar word nie.

Dit mag in dié verband nuttig wees om na die Nederlandse reg te verwys waar eiendomsoordrag tot sekerheidstelling wel aanvaar word. Artikel 1198 van die *Burgerlijk Wetboek* bevat 'n uitdruklike verbod op besitlose pandreg. Teen die begin van die eeu het daar egter 'n behoefte aan 'n besitlose pandreg ontstaan. Die praktyk het die verbod van artikel 1198 probeer omseil deur die aangaan van 'n fiktiewe koop op grond

waarvan die skuldenaar die eiendomsreg van 'n roerende saak constituto possessorio aan die skuldeiser oorgedra het. In die koopkontrak is dan beding dat die skuldeiser die saak by voldoening van die skuld weer aan die skuldenaar sal verkoop en terugoordra. Voor 1929 was hierdie transaksies onaanvaarbaar vir die howe as synde skynhandelinge wat op omseiling van artikel 1198 neergekom het. In 1929 het die Hooge Raad egter in twee beslissings eiendomsoordrag tot sekerheidstelling onomwonde erken (die sogenaamde Bierbrouwerij-arrest en die Autobussen-arrest — sien 1929 NJ 616 en 1096 respektiewelik). Die Hooge Raad is van mening dat dit nie nodig is om van fiktiewe of gesimuleerde transaksies gebruik te maak nie en beslis dat 'n ooreenkoms tot sekerheidstelling as sodanig 'n geldige titel vir eiendomsoordrag ingevolge die Nederlandse stelsel is. Alhoewel die Hooge Raad nog nooit in soveel woorde erken het dat 'n mens by "zekerheidseigendom" nie meer met ware eiendomsreg te doen het nie, pas hulle merendeels die reëls van pandreg daarop toe. Byvoorbeeld in geval van insolvensie van die skuldenaar is die regposisie van die "zekerheidseigenaar" (skuldeiser) dieselfde as die van 'n pandhouer, met ander woorde hy is nie geregtig op die volle opbrengs van die saak wat as sekerheid dien nie, maar net tot die omvang van sy vordering (sien Pitlo 434; Asser-Van Oven 122; Brahn *Fiduciaire Eigendomsoverdracht en Eigendomsvoorbehoud* (1978) 77). Verskeie skrywers is dan ook van mening dat dit meer realisties sou wees om te erken dat 'n mens hier in werklikheid met 'n besitlose sekerheidsreg te doen het en nie met die eiendomsregfiguur nie (sien Pitlo 437; Asser-Van Oven 124). In die *Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek* word dan ook voorsiening gemaak vir 'n besitlose pandreg terwyl eiendomsoordrag tot sekerheidstelling verbied word (sien artikels 3 9 2 2 en 3 4 2 2).

Dit is duidelik dat die regposisie in Nederland geheel en al verskil van dié in Suid-Afrika en dat eiendomsoordrag tot sekerheidstelling dáár 'n heeltemal ontwikkelde regsfiguur is. Ons kan terloops daarop wys dat dieselfde vir die Duitse reg geld (sien in die algemeen Serick passim). Dit is belangrik om daarop te let dat ook waar die hof bevind dat daar 'n ware koop is (soos in die *Parton*-saak) en die skuldeiser as't ware saaklike sekuriteit as 'n nuwe-effek verkry, hy volle eiendomsreg verkry. Hy word met ander woorde nie by insolvensie van die skuldenaar soos 'n pandhouer behandel nie (sien verder Van der Merwe *Sakereg* (1979) 487-488 en Sonnekus *Sakereg Vonnisbundel* (1980) 108).

Afgesien van dogmatiese besware wat teen aanwending van die eiendomsregfiguur vir saaklike sekerheidsdoeleindes mag bestaan, lyk dit in elk geval nie of ons howe daartoe geneë is nie. Die behoefte aan 'n saaklike besitlose sekerheidsreg wat in ons praktyk bestaan, sal dus langs ander weë bevredig moet word. Die notariële verband mag moontlik as fondament dien waarop in dié verband voortgebou kan word, maar 'n bespreking van hierdie moontlikheid val uit die aard van die saak buite die bestek van hierdie aantekening.

DSP CRONJÉ
P DE W VAN DER SPUY
Universiteit van Suid-Afrika

STRAFOPLEGGING AS MISDAADELEMENT

Die problematiek in dié verband kan aan die hand van die volgende voorbeelde geïllustreer word:

a A neem sonder toestemming B se motor. Hy (A) verdwyn en word nooit weer opgespoor nie.

b C word aangekla van 'n misdaad, skuldig bevind en gevonnissen tot 5 houes met 'n rottang. Die houe word toegedien. 'n Hoër hof stel C se skuldigbevinding later ter syde.

c D word ter dood veroordeel en tereggestel. Dit blyk later dat 'n ander persoon die misdaad gepleeg het waarvoor D tereggestel is.

d 'n Sekere optrede is strafbaar. E het as gevolg van sodanige optrede gevangenisstraf uitgedien. Die wetgewer skrap terugwerkend die wet wat sodanige optrede strafbaar stel.

e Ter komplisering van d: E is ten tyde van die herroepende wet nog in die gevangenis en word summier vrygelaat.

f F is aan 'n sekere misdaad skuldig bevind. Sy verweer was dat hy ten aansien van die regsposisie gedwaal het. Die hof het egter sy verweer verwerp. G is onder soortgelyke omstandighede gestraf. Hy appelleer egter en die appèlhof beslis dat sy verweer geldig is en dat die hof in die verlede verkeerd beslis het.

Die sleutelvraag is: in welke van bogenoemde gevalle is 'n misdaad gepleeg?

Die antwoord op dié vraag sny tot in die kern van die misdaadaard; eintlik sny dit tot in die siel van menswees, van die menslike aard dus. Daarom is dit ter beantwoording van dié vraag nodig om die een en ander te sê oor die wesensaard van 'n misdaad.

Misdade, soos alle norme, word deur die mens geskep. Dit is 'n produk van die menslike gees; dit ontspring uit die mens se begeerte (en sy taak) om die natuur (wat jou medemens insluit) ordelik te beheers. Die natuur, as 'n fenomeen buite die menslike gees, prikkel en dwing die menslike gees tot normskepping, dus ook misdaadskepping. Sonder die menslike gees kan misdade nòg geskep word nòg bestaan.

Vir die doeleindes van dié bespreking is die volgende konsekwensie van genoemde gedagtegang van deurslaggewende belang: 'n misdaad en misdaadpleging kan nooit van die menslike gees ontkoppel word nie; dit kan nooit ontmens word nie. Die vraag of 'n persoon 'n misdaad gepleeg het, kan nooit aan die hand van reëls of formules buite die menslike gees beantwoord word nie; die vraag of 'n misdaad gepleeg is, word nie beoordeel aan die hand van eksakte, bomenslik onfeilbare maatstawe nie. Die vraag of 'n persoon 'n misdaad gepleeg het, begin by die skepping van die betrokke misdaad deur die mens en sluit af by die beslissing van 'n mens (of mense). 'n Misdaad het, soos die menslike gees self, 'n prosessuele aard (vgl my artikel "Klagtesplitsing en die Organiese Aard van die Misdaadinhoud" 1980 *De Jure* 356). Die misdaadinhoud kan gevolglik net in die lig van genoemde prosessuele aard sinvol omskryf word en

omdat dit deel is van die menslike geestesproses is dit nie absoluut voorspelbaar en seker nie. Die misdaadwerklikheid is hiervolgens 'n menslike geesteswerklikheid ('n werklikheid van die menslike gees). Die ontstaan, ontknoping en verwerkliking van misdaadpleging is 'n gevolg van menslike geestesprosesse.

Vanuit hierdie basis beredeneer, is die antwoord op die gestelde vraag ten aansien van die hipotetiese voorbeelde noodwendig die volgende:

Ad a: A pleeg nie 'n misdaad nie, want die prosessuele kant van die misdaadinhoud ontbreek nog. Indien 'n mens sou sê dat A 'n misdaad pleeg, soos die algemene opvatting lui (vgl Van der Westhuizen *Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strofreg* (1979 LLD-proefskrif Universiteit van Pretoria)), sou jy aan die misdaadinhoud 'n eksakte en onfeilbare inhoud, wat buite die mens se gees bestaan, gee, en dit is, soos hierbo genoem, in stryd met die elementêre menslike werklikheid. Die prosessuele kant van die misdaadinhoud (die prosedures, bewysreëls) word ook deur die mens geskep. Voordat 'n bevoegde persoon of liggaam verklaar het dat A aanspreklik is en 'n skendingsanksie in werking stel, het A nog nie 'n misdaad gepleeg nie.

Ad b en c: In 'n onlangse saak het die geval soos uiteengesit in voorbeeld b hom voorgedoen. Die beskuldigde was 'n 11-jarige seun. In genoemde saak (*S v Khubeka* 1980 4 SA 221 (O) 223) sê regter Smuts:

“Ten slotte wil ek sê dat ek dit verontrustend vind dat dit nodig geag was om 'n kindjie van 11 jaar aan te kla van diefstal in die onderhawige omstandighede. Ook vind ek die vonnis van vyf houe vir 'n kind van 11 jaar skokkend onvanpas. Die houe is natuurlik alreeds toegedien omdat houe opgelê ingevolge art 294 nie aan outomatiese hersiening onderhewig is nie en gevolglik nie opgeskort word hangende hersiening nie. Kyk art 308(1) van Wet 51 van 1977. Die feit dat die skuldigbevinding tersyde gestel word, is gevolglik slegs vir die kindjie van belang in soverre dat dit tot gevolg het dat daar nie 'n vorige veroordeling van diefstal van 12 beeste teen hom opgeteken sal wees nie.”

In der waarheid het C en D, in bogenoemde voorbeelde, misdade gepleeg en is hulle inderdaad daarvoor gestraf. Daar moet in gedagte gehou word dat, soos hierbo genoem, misdade deur die menslike gees gegenerer word en nooit daarbuite tree nie; en die menslike gees is feilbaar en slegs dieselfde menslike gees kan dié feilbaarheid regstel vir sover dit menslikerwys regstelbaar is. Toe die straf opgelê en voltrek is, is die misdaadproses onherroepbaar (menslik onherstelbaar) voltooi. In geval b, soos ook in genoemde saak, kan 'n deel van die straf, naamlik die bestaan van 'n vorige veroordeling wat onder andere by 'n moontlike latere misdaadpleging 'n invloed op die omvang van die straf kan uitoefen, wel ongedaan gemaak word. Die aard van 'n misdaad is so dat daar nie krediete opgebou kan word nie; indien die seun (in genoemde saak) later 'n misdaad pleeg, kan hy nie sê dat hy reeds, geheel of gedeeltelik, gestraf is nie. Verkeerde bestraffing gee nie 'n vrypas tot die pleeg van 'n verdere misdaad om gelyk te kom met die gemeenskap nie. In geval c is daar nie 'n moontlikheid van 'n regstelling nie.

Dié twee voorbeelde toon aan dat daar versigtig omgegaan moet word met genoemde onherroeplike strawwe, indien hulle hoegenaamd bestaansreg het.

Ad d tot f: Die effek van dié drie voorbeelde is presies dieselfde as dié genoem in b en c: dit wat regstelbaar is, kan reggestel word en selfs die wetgewer en die howe kan, ook volgens hulle eie mening, faal.

Die konklusie uit bogenoemde bespreking is onvermydelik: strafoplegging is 'n misdadelement of -voorwaarde. Dié konklusie spruit noodwendigerwys uit die misdaad, soos hierbo beskryf: menslike feilbaarheid is deel van die menslike gees en gevolglik ook van genoemde gees se produkte, en die misdaad bestaan en -pleging is en bly onvermydelik 'n produk van die menslike gees. Indien die konklusie in sommige van die gevalle teen 'n mens se regsgevoel indruis, lê die fout nie in die analise van die werklikheid of in die werklikheid self nie, maar in 'n mens se regsgevoel. Daar moet voortdurend teen gewaak word dat 'n mens se regsgevoel 'n struikelblok in die weg van begrip word.

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

VRYWILLIGE DRONKENSAP — 'N NUWE DAG

Die so noodsaaklike huwelik tussen teorie en praktyk het sedert *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) cum suis onherstelbare verbroekeling in die gesig gestaar wat betref strafregtelike aanspreeklikheid waar vrywillige dronkenskap in die prentjie kom. Vanweë die dramatiese ommekeer in *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) is dit egter gerade om opnuut te besin oor die rol van vrywillige dronkenskap in ons strafreg.

In laasgenoemde saak was die relevante feite soos volg: Die beskuldigde is onder andere aangekla van moord en het ook tereggestaan op vyf aanklagtes van poging tot moord. Die aanklagtes het voortgespruit uit 'n partytjie waar die beskuldigde en ander genooide (en ongenooide) gaste teenwoordig was. Hoe langer die partytjie geduur het, hoe rumoeriger (en gevaarliker) het dit geraak. Die beskuldigde is weldra gevra om te loop. Hy het gery, maar op pad huis toe omgedraai en teruggekeer. Onder die invloed van drank het hy met sy Volkswagen Combi tussen 'n groep mense wat op die partytjie was en wat in die straat voor die huis gestaan het, ingery. Een is gedood en vyf beseer. Die hof a quo (1979 4 SA 871 (D)) bevind dat die nodige opset vir moord nie bewys is nie en gevolglik dat nóg moord nóg poging daartoe aanwesig is. Omdat die beskuldigde se toestand toe te skryf was aan vrywillige drankinname, betoog die staat in appèl onder invloed van *S v Johnson* dat die beskuldigde minstens aan aanranding skuldig moet wees. Volgens hierdie benadering kan vrywillige dronkenskap nooit (behalwe as dit tot kranksinnigheid lei) 'n volkome verweer wees nie, maar kan dit slegs, ooreenkomstig die leer van "specific intent," in gepaste gevalle moord na strafbare manslag of aanranding met die opset om ernstig te beseer na "gewone" aanranding omtower, om slegs twee voorbeelde te noem. Waar 'n "specific intent"-misdad nie voorhande is nie, kan vrywillige dronkenskap hoogstens strafversagend werk. Voorts word aangevoer dat 'n beskuldigde hom

onder die gesketste omstandighede selfs nie op onwillekeurigheid of ontoerekeningsvatbaarheid kan beroep nie. (Sien bv *S v Kelder* 1967 2 SA 644 (T); *S v Russell* 1968 3 SA 273 (N); *S v Johnson* supra; *S v Johnson* 1970 3 SA 535 (K) – om slegs enkele gewysdes ter ondersteuning van dié gedagte te noem.)

In *S v Johnson* 1968 1 SA 201 (A) 204 het die hof, ooreenkomstig die benadering van die hof a quo in *S v Chretien*, die beskuldigde aan strafbare manslag skuldig bevind ten spyte van 'n bevinding dat hy "bloot meganies en soos 'n outomaat opgetree het" en dus nie 'n willekeurige handeling kon verrig het nie. Die ratio was dat 'n groot deel van die gemeenskap nie genocë sou neem met die feit dat beskonkenes strafregtelik voordeel uit hulle toestand moet put nie. Die geweldige toename van misdaad, veral aanranding, gepleeg onder die invloed van drank, dra grootliks tot vermelde benadering by.

Oor die regs wetenskaplike verantwoordbaarheid van ons regspraak insake vrywillige dronkenskap voor *S v Chretien* laat Van der Merwe *Praelectionum ad Iuris Poenalis Principia Compendium* (1980) 44 hom soos volg uit:

"'n Slagting onder die algemene beginsels van ons strafregwetenskap was aan die orde van die dag. Hieruit het onverantwoordbare Engelsregtelike kasuïstiek en terminologie, verouderde *versari*-geïnspireerde gemeenregtelike gedagtegeange en selfs, by geleentheid, 'n onhoudbare wetregtelike *non sequitur* scëvierend en grotesk na vore getree. Die tragikomiese was egter dat 'n onvermoë (of was dit slegs 'n onwilligheid?) om die grondbeginsels van die strafregwetenskap te hanteer, moes vader staan vir die resulterende chaos."

In *S v Chretien* het die appèlhof nou 'n nuwe rigting ingeslaan deur korte mette te maak met die uitgangspunt dat vrywillige dronkenskap nooit 'n volkome verweer kan wees nie. Nie alleen word tans geleer dat hierdie verweer in gepaste omstandighede, byvoorbeeld waar ontoerekeningsvatbaarheid uit die drankiname resulteer, kan slaag nie, maar ook word die rug gekeer op die "specific intent"-benadering by dronkenskap. Die hof beklemtoon dat die graad van dronkenskap steeds as uitgangspunt geneem moet word. Ek wil hierdie benadering onderskryf. Die effek van dronkenskap kan immers, na gelang die graad van bedwelming, verskillend wees: So kan dronkenskap kranksinnigheid tot gevolg hê; waar dit nie dié effek het nie, kan dit die willekeurigheid van die besopene se gedraginge of sy toerekeningsvatbaarheid of selfs net skuld aan sy kant uitsluit. Dit is ook moontlik dat die graad van dronkenskap bloot verminderde toerekeningsvatbaarheid tot gevolg het. Hierdie moontlikhede word nou om die beurt nader betrag.

Kranksinnigheid

Die beskuldigde wat kranksinnig dronk word ('n toestand van delirium tremens dus) is nog altyd konsekwent in ons reg behandel. Steeds is geleer dat sodanige persoon geen strafregtelike verantwoordelikheid opdoen nie (vgl *R v Holliday* 1924 AD 250; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 115 e v en gesag daar aangehaal). Hierdie benadering geniet ook die imprimatur van die wetgewer (sien a 78(6) van die

Strafproseswet 51 van 1977). Omdat *S v Chretien* nie die bestaande posisie hier affekteer nie, is dit onnodig om kranksinnigheid in hierdie konteks verder te bespreek.

Willekeurigheid

Van groot belang vir ons strafregpleging en -wetenskap is dat hoofregter Rumpff dit in *S v Chretien* 1106E onomwonde stel dat

“iemand wat papdronk is en wat onbewus is van wat hy doen, nie aanspreeklik [is] nie omdat ’n spierbeweging in dié toestand gedoen nie ’n strafregtelike handeling is nie.”

(Wat die feitevraag betref of ’n persoon inderdaad onwillekeurig opgetree het, moet steeds in gedagte gehou word dat aan die beskuldigde, soos in *S v Trickett* 1973 3 SA 526 (T) verduidelik, ’n weerleggingslas opgelê word.) Hoewel daarmee akkoord gegaan kan word dat ’n spierbeweging in sodanige toestand nie strafregtelik as handeling kwalifiseer nie, moet nietemin daarop gewys word dat onwillekeurigheid van een besondere gedraging nie noodwendig die handelingselement ooreenkomstig ’n misdadoms-krywing negatiewe nie. So durf, by die suiwer gevolgs-misdaad, anders as by die formeel omskrewe misdaad, voorafgaande willekeurige gedragings nie buite rekening gelaat word nie:

Wat die suiwer gevolgs-misdaad betref, dien *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) as ’n goeie voorbeeld. Dadelik moet ek daarop wys dat ek nie akkoord gaan met die bevinding in die *Johnson*-saak dat daar geen willekeurige handeling aan die kant van die beskuldigde was omdat hy soos ’n outomaat opgetree het toe hy die oorledene met die emmer doodgeslaan het nie. By ’n suiwer gevolgs-misdaad soos strafbare manslag of moord, sal daar altyd ’n voorafgaande, willekeurige handeling gevind kan word wat kousaal verbind is met die ingetrede verbode gevolg. Niemand sal dit tog betwyfel nie dat die *koop* of die *drink* van die drank ook handeling van die beskuldigde was wat kousaal verbind is met die relevante gevolg, die dood van die man in die sel. Soos Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 28 aantoon, kan

“nie alleen die gevolge van ’n oorsaak onbeperk wees nie, maar ook die oorsake van ’n gevolg. Daarom gaan dit steeds net om die oorsaak en gevolg wat relevant is vir strafregtelike verantwoordelikheid . . .”

Die “slaan met die emmer,” synde ’n onwillekeurige gedraging, is dus vir die gebied van die strafreg irrelevant. Dieselfde redenasie kan mutatis mutandis toegepas word op die bekende sake van *R v Dhlamini* 1955 1 SA 120 (T) en *R v Mkize* 1959 2 SA 260 (N). Hierdie benadering verhoed egter nie dat die beskuldigdes in die voormelde drie beslissings vry uitgaan nie. Die ratio vir hulle vryspraak lê egter nie in die afwesigheid van ’n strafregtelik relevante handeling nie, maar in die ontbreking van ’n ander element van die misdaad, te wete skuld.

Interessantheidshalwe kan op die benadering van De Wet en Swane-pool in hierdie verband gewys word. Hoewel hulle die uitsprake in *Dhlamini* en *Mkize* as juis aanvaar (sien a w 51), is dit nietemin eienaardig

dat hulle by die bespreking van die *actio libera in causa* (sien a w 116) leer dat 'n motorbestuurder

“wat weet dat hy nog ver moet ry met 'n vrag passasiers en dan 'n klomp drank verswelg in die hoop dat hy sy bestemming sal bereik voordat die drank hom vang”

en wat dan in 'n dronk toestand sy passasiers verongeluk, strafregtelike aanspreeklikheid nie kan ontduik nie. Voormelde skrywers aanvaar blykbaar dat die bestuur van die voertuig en die daaropvolgende gedraginge strafregtelik irrelevant (d w s onwillekeurig) is, want hulle sê voorts:

“Die gewraakte daad hier is nie die omsmyt van die kar nie, maar die drink van die drank of die aanvang van die reis.”

As die vermelde bestuurder dan wel aanspreeklikheid opdoen met verwysing na sy willekeurige optrede vóór bereiking van 'n toestand van outomatisme, dan toon dit immers, anders as wat geleer word in *Dhlamini* en *Mkize*, dat outomatisme nie 'n voorafgaande relevante gedraging by die gevolgs misdadigheid kan uitsluit nie. Op 'n latere aanklag van strafbare manslag sal dit die beskuldigde dus nie baat om op sy toestand van outomatisme te steun nie. Ook die *drink* van die drank of die *aanvang* van die reis is strafregtelik relevante handeling wat kousaal verbind is met die ingetrede verbode gevolg.

Dronkenskap wat outomatisme tot gevolg het, behoort, ooreenkomstig die suiwer benadering in *S v Chretien*, ook geen probleem op te lewer wat formeel omskrywe misdade betref nie. Laat ons 'n aanklag van “dronkbestuur” as voorbeeld neem: Was die beskuldigde so dronk dat hy nie die vereiste handeling ooreenkomstig die misdadoms skrywing (hier die bestuur) kon verrig nie, moet hy vry uitgaan. So stel hoofregter Rumpff dit in *S v Chretien* 1105G ondubbelsinnig dat die regsdoelstelling van die gemeenskap (waarop ook in *S v Johnson* en soortgelyke gewysdes gesteun is)

“nie vereis dat van die suiwer regsdoelstelling afgesien moet word nie en dat die beskuldigde 'n straf moet ondergaan bloot omdat hy vrywillig 'n toestand bereik het waarin hy juridies nie kan handel nie . . .”

Hiervolgens sal 'n beskuldigde in 'n feitestel soortgelyk aan dié in *S v Russell* 1968 3 SA 273 (N) vry kan uitgaan. Die beskuldigde het in dié saak onder andere tereggestaan op 'n aanklag van bestuur onder die invloed van drank. As gevolg van persoonlike probleme het hy hom die dag van die voorval “thoroughly drunk” gedrink. Volgens die getuigenis het die beskuldigde wat self geen voertuig besit het nie, op die ingewing van die oomblik in 'n geparkeerde motor geklim en weggeery. Hy is later voorgekeer en toe die motordeur oopgemaak is, het hy uitgeval. Alhoewel die hof die probleem vanuit 'n toerekeningsvatbaarheidsoogpunt benader het, is dit te betwyfel of die beskuldigde ooit tot 'n willekeurige handeling in staat was (vgl 1969 *THRHR* 88 e v). (Vir doeleindes van hierdie bespreking word uitgegaan van die veronderstelling dat die voormelde beskuldigde nie willekeurig opgetree het nie.)

'n Beswaar wat na dese moontlik geopper sal word, is die oënskynlike “onregverdigheid” (vgl bv die aanhaling deur die hof in *S v Kelder* 647

uit die uitspraak van die landdros) wat daarin geleë sou wees dat met 'n persoon wat hom so dronk drink dat hy sy bewussyn verloor, sagter gewerk word as met een wat, alhoewel baie dronk, darem nog weet wat hy doen. Die antwoord is natuurlik dat dit onregverdiger en juridies onsuiver is om 'n beskuldigde te straf vir iets wat hy strafregtelik *nie gedoen* het nie. So 'n resultaat word ook beswaarlik deur die diverse padverkeersordonnansies beoog. Immers, om te betoog dat wat 'n misdaad soos dronkbestuur betref, die wetgewer onmoontlik kon bedoel het om sodanige "oortreders" te verskoon, kom eenvoudig neer op 'n aanvaarding dat die wetgewer onwillekeurige gedraginge strafbaar gestel het. So 'n vergesogte uitleg van die padverkeersordonnansies sou nie alleen in stryd met die gemenerereg wees nie, maar ook bots met ons howe se hantering van die verweer van outomatisme op 'n aanklag van nalatige bestuur. (Vgl *S v Naidoo* 1971 3 SA 605 (N) waar die hof nie geskroom het om 'n beskuldigde wat onder andere aangekla is ingevolge die Natalse Padverkeersordonnansie 21 van 1966 dat hy in die bestuurderssitplek van 'n voertuig waarvan die enjin aangeskakel was, gesit het, terwyl hy onder die invloed van drank was, onskuldig te bevind nie, omdat dit geblyk het dat hy nie die vereiste handeling (die sit) kon verrig nie, daar hy geslaap het.) Wil 'n mens dus 'n beskuldigde soos Russell op wetenskaplik aanvaarbare grondslag aan die pen laat ry, kan dit slegs geskied deurdat die wetgewer dit byvoorbeeld 'n misdaad maak om vrywillig in 'n toestand van algehele dronkenskap te beland. In *S v Chretien* 1105H het die hof dit egter onnodig gevind om die vraag te bespreek of dronkenskap wat aanleiding gee tot ongeoorloofde gedraginge, deur wetgewing strafbaar gestel behoort te word. Steeds moet egter in gedagte gehou word dat, anders as in *Russell* se geval, 'n verwyt die beskuldigde dalk gemaak kan word met verwysing na sy optrede voor bereiking van onwillekeurigheid en hy derhalwe, in gepaste omstandighede, aan ondeugdelike poging tot dronkbestuur skuldig bevind kan word. Hoewel hierdie benadering analoog aan die bekende *actio libera in causa*-gedagtegang is, dien beklemtoon te word dat kousaliteit by formeel omskrewende misdade, soos dronkbestuur, nie in die prentjie kom nie.

Verminderde Toerekeningsvatbaarheid

Die belang daarvan om by die oorweging van die strafregtelike aanspreeklikheid van 'n beskuldigde die *graad* van sy dronkenskap as uitgangspunt te neem, blyk nie net uit die feit dat verskillende misdaadselemente deur drankiname genegatiewer kan word nie, maar ook uit die soms dun skeidslyn tussen ontoerekeningsvatbaarheid en verminderde toerekeningsvatbaarheid. In *S v Chretien* 1104H beklemtoon die hof die "groot verskeidenheid van gevalle" waarin daar wel 'n handeling plaasgevind het, maar

"waarby die vraag ontstaan tot watter mate die besopene die erns van wat hy doen besef het en tot watter mate sy inhibisies verminder is. Iemand kan as 'erg besope' beskryf word maar tog so optree dat hy skynbaar rasioneel optree. Hy mag self vergeet het wat hy gedoen het maar sy gees het wel sy handeling beheer, al is dit dan dat sy inhibisies erg deur drank verminder is. Dan kom toerekeningsvatbaarheid wel ter sprake."

Ek moet dit beklemtoon dat die regter dit klaarblyklik nie het oor 'n geval waar die beskuldigde verwyet word vir sy optrede alvorens ontoerekeningsvatbaarheid (of verminderde toerekeningsvatbaarheid) intree nie. Tref 'n verwyet wel die beskuldigde onder sulke omstandighede, is latere ontoerekeningsvatbaarheid (of verminderde toerekeningsvatbaarheid) immers irrelevant. Waar ter sake, dit wil sê in die afwesigheid van 'n voorafgaande verwyet, het verminderde toerekeningsvatbaarheid altyd verminderde straf tot gevolg. Waar dronkenskap dus hierdie uitwerking het, kan dit vanselfsprekend nooit 'n strafverswarende omstandigheid wees nie. Dit beteken nie dat 'n persoon wat hom dronk drink, wel wetende dat hy nog moet bestuur, en dan in 'n toestand van verminderde toerekeningsvatbaarheid 'n ongeluk maak, nie swaarder gestraf moet word as die nugter persoon wat vir 'n oomblik sy konsentrasie verloor met dieselfde rampspoedige resultaat nie. Dit is egter nie die dronkenskap wat strafverswarend werk nie, maar die groter verwyet wat eersgenoemde tref met verwysing na die gebeure toe hy nog nugter was. Die kwantum van drank verorber is egter seer seker van belang by die bepaling van die omvang van vermelde verwyet. Ook by misdade waar dronkenskap 'n misdadaelement is, kan dronkenskap as sodanig geen strafverswarende effek hê nie, want as die enigste straf wat op dié tipe misdaad kan volg altyd "swaarder" sal wees, is dit nie duidelik met verwysing na watter ander straf, die term "strafverswarend" hier gebruik word nie (sien by *S v Kelder* 647, asook *S v Wilson* 1968 4 SA 477 (A)).

Ontoerekeningsvatbaarheid

In die lig van *S v Chretien* 1105G is dit tans duidelik dat 'n beskuldigde wat ontoerekeningsvatbaar dronk is, vry moet uitgaan. Weer dien beklemtoon te word dat die hof dit in *S v Chretien* nie het oor gevalle waar 'n verwyet 'n persoon tref vanweë sy handeling voor drankiname en die latere resulterende ontoerekeningsvatbaarheid derhalve irrelevant is nie. Die probleem is egter dat terminologie wat neig om die skeidslyn tussen onwillekeurigheid en ontoerekeningsvatbaarheid te benewel in ons praktyk aan die orde van die dag is. So word terme soos "papdronk," "smoordronk" en "willoos dronk" na willekeur in ons regspraak gebruik om sowel ontoerekeningsvatbaarheid as onwillekeurigheid te omskryf. Ook die uitdrukking dat 'n persoon so dronk is dat hy "onbewus is van wat hy doen," word meermale met verwysing na 'n toestand van ontoerekeningsvatbaarheid gebesig, terwyl dit myns insiens beter beskrywend is van 'n toestand van onwillekeurigheid. (Vgl by *S v Chretien* 1105H en 1106E. Hiermee word egter nie te kenne gegee dat die woordkeuse, in teenstelling met die aangebode getuienis, deurslaggewend is nie.) Onwillekeurigheid veronderstel immers 'n toestand waar die verstand opgehou het om die liggaamsbewegings te beheers. Staan hierdie toestand vas, verval die nodigheid van enige ondersoek na die toerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde. Willekeurigheid vereis nie 'n rasionele of oorwoë besluit nie, met die gevolg dat kranksinniges, kleuters en beskonkenes byvoorbeeld kan handel. Die vermoë om sodanige besluit te kan neem, speel egter 'n belangrike rol by die vraag na die toerekenings-

vatbaarheid van die voormelde persone. Ongetwyfeld kan dronkenskap sodanige vermoë in 'n mindere of meerdere mate aantas. Volgens *S v Chretien* 1106F is iemand ontoerekeningsvatbaar dronk

“[i]ndien [hy] 'n handeling verrig (meer as 'n onwillekeurige spierbeweging) maar so besope is dat hy nie besef wat hy doen nie of dat hy die ongeoorlooftheid van sy handeling nie besef nie . . .”

Van groot belang is egter dat hoofregter Rumpff (1106F) beklemtoon dat 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid as gevolg van drankinname nie ligtelik sal slaag nie:

“Maar ek wil herhaal dat 'n hof alleen op grond van getuienis wat dit regverdig tot die konklusie, of redelike twyfel, sal kom, dat wanneer iemand inderdaad 'n handeling (of omissie) begaan het wat 'n misdad is, hy dermate besope was dat hy nie toerekeningsvatbaar is nie.”

Skuld

Dronkenskap kan die skuldelement, in teenstelling met willekeurigheid en toerekeningsvatbaarheid, direk negatiewer. *S v Jassane* 1973 4 SA 658 (T) kan dien as 'n illustrasie hiervan: Die beskuldigde het tereggestaan op 'n aanklag van aanranding met die opset om te moor. Hy het die klaagster met 'n byl en klippe aangerand omdat hy onder die indruk verkeer het dat sy 'n bese gees (tokkelossie) was. Hy was ten tyde van die aanranding onder die invloed van drank, maar nie ontoerekeningsvatbaar dronk nie. Die hof aanvaar (664D) dat die drank saam met ander faktore 'n rol gespeel het en dat die gesamentlike effek daarvan was dat die beskuldigde 'n waandenkbeeld gevorm het. Tereg bevind die hof dan ook (662C) dat die beskuldigde se wil nie gerig was op die doodslag van 'n menslike wese nie, maar wel op dié van 'n tokkelossie. Vanweë die afwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn, ontbreek opset om te moor derhalwe. Tog word onder die invloed van *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) geleer dat die beskuldigde hom nie in sy verweer op hierdie omstandigheid kan beroep nie. Hy word skuldig bevind aan gewone aanranding omdat die effek van vrywillige drankinname kwansuis slegs sou wees om die “specific intent” wat hom in die klagstaat ten laste gelê is, te negatiewer. In die lig van *S v Chretien*, veral 1103, moet dit duidelik wees dat 'n dergelike benadering nie meer houdbaar is nie. So verklaar hoofregter Rumpff (1103C):

“Selfs gewone aanranding vereis die opset om aan te rand en as so 'n opset nie bestaan nie (of nie bewys is nie) kan daar geen skuldigbevinding aan gewone aanranding wees nie.”

Waar die beskuldigde as gevolg van drankmisbruik verkeerdelik meen dat sy optrede geregverdig is (waar m a w met 'n sogenaamde putatiewe regverdigingsgrond te doene gekry word) ontbreek wederregtelikheidsbewussyn en derhalwe ook opset. Aan die vereiste van wederregtelikheidsbewussyn sal egter wel voldoen word indien aangetoon word dat die beskuldigde die moontlikheid voorsien het dat die handeling (of gevolg) onregmatig is, ten spyte van die feit dat hy onder die invloed van drank was (vgl Van der Merwe en Olivier 129 e v).

In *S v Chretien* het die hof a quo bevind (sien 1102H van die appèl-hofverslag) dat, hoewel die beskuldigde toerekeningsvatbaar was, hy nogtans so dronk was dat "he may have believed something which no sober person would have believed." Die beskuldigde het naamlik geglo dat die mense op wie hy afdgepyl het, sou padgee. Gevolglik het die hof a quo bevind dat daar geen opset om te moor aanwesig was nie. Die appèlhof gaan egter verder en verklaar (1104A) dat 'n hof

"volgens ons reg wel [kan] bevind dat 'n persoon weens invloed van drank 'n bepaalde gevolg nie voorsien het nie wat hy wel sou voorsien het indien hy nugter was, en dat hy dus ook aan 'n minder ernstige misdaad skuldig is."

Hierdie benadering is nie 'n bevestiging van die ou "specific intent"-gevalle nie. By laasgenoemde gevalle was, in die afwesigheid van 'n beginselgrondslag, 'n *vermindering* van "besondere opset" na "gewone opset" en selfs 'n *verandering* van skuldvorm (opset na nalatigheid) voorhande. Sodra bevind is dat 'n "specific intent" genegatieweer is, het 'n bevinding van "gewone" opset of nalatigheid, na gelang van die geval, outomaties gevolg. Heel anders is die posisie tans. Waar iemand nou teregstaan op byvoorbeeld 'n aanklag van moord, kan getuienis van dronkenskap moontlik toon dat die beskuldigde nie die ingetrede gevolg voorsien het nie, dog dit slegs behoort te voorsien het. Die beskuldigde sal dan skuldig bevind kan word aan strafbare manslag. 'n Skuldigbevinding aan strafbare manslag sal natuurlik slegs kan volg nadat 'n selfstandige ondersoek getoon het dat nalatigheid aanwesig is. Waar die aanklag een is van aanranding met die opset om ernstig te beseer, sal 'n skuldigbevinding aan "gewone" aanranding nou nie sonder meer volg omdat "specific intent" nie bewys is nie. So 'n bevinding sal slegs kan volg na 'n selfstandige ondersoek waarin bevind is dat die beskuldigde inderdaad die vereiste opset vir aanranding kon vorm (sien *S v Chretien* 1103C).

Konklusie

Die beslissing in *S v Chretien* moet hartlik verwelkom word, nie slegs omdat dit ons reg suiwer van uitheemse drogbeelde nie, maar ook omdat ons hoogste hof so treffend die onlosmaaklike verbondenheid tussen teorie en praktyk bevestig het.

AG ELLIS
Justisie-Opleiding

U het geregtigheid liefgehad en ongeregtigheid gehaat . . .

Hebreërs 1:9

Vonnisse

BOTHA v LUES 1981 1 SA 687 (O)

Onregmatige arrestasie – animus iniuriandi as vereiste – bewyslas ten opsigte van onregmatigheid – onregmatigheid as vereiste

Die relevante feite in hierdie saak is kortliks soos volg. Appellant is deur respondent, 'n verkeersinspekteur, gearresteer op grond van 'n vermoede dat appellant sy voertuig onder invloed van drank of verdowingsmiddels bestuur het. Appellant stel 'n aksie teen respondent in op grond van onregmatige arrestasie. In die landdroshof word bevind dat die arrestasie regmatig was. Dié bevinding word in casu bekragtig.

'n Paar aspekte van dic beslissing verg nadere beskouing:

1 Waarnemende regter Kotzé (689 A–E) is van mening dat dit nog geen uitgemaakte saak is dat animus iniuriandi (in die sin van wilsgerigtheid met onregmatigheidsbewussyn) 'n aanspreeklikheidsvereiste vir onregmatige arrestasie is nie. Myns insiens kan met redelike sekerheid aanvaar word dat animus iniuriandi nie vereis word nie. Trouens, in verreweg die meeste beslissings word dié vereiste van die actio iniuriarum geheel en al genegeer (sien in casu 689D; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1979) 117–118 en die regspraak waarna daar verwys word). Die beslissings wat wel op die teendeel dui, is nie baie oortuigend nie. In byvoorbeeld *Whittaker and Morant v Roos and Bateman* 1912 AD 92 word dolus (122) of animus iniuriandi (130–131) onomwonde as vereiste vir onregmatige vryheidsberowing gestel. Nietemin is die verweerders aanspreeklik gehou nieëntoestande die feit dat hulle bona fide geglo het dat hulle

optrede geregverdig was (vgl 129) en opset weens gebrek aan onregmatigheidsbewussyn bygevolg by hulle ontbreek het (vgl *Smith and Lardner-Burke v Wonesayi* 1972 3 SA 289 (RA) 302). In *Thompson v Minister of Police* 1971 1 SA 371 (OK) 374 word ook verklaar:

“[I]n respect of the wrongful arrest . . . the animus injuriandi or dolus is an essential element.”

Die hof skyn egter slegs lippediens aan hierdie vereiste te bewys aangesien regter Eksteen van mening is (374) dat

“the plaintiff need only prove the arrest itself and the onus will then be on the person responsible to establish that it was legally justified”—

met ander woorde, slegs die bewys van 'n regverdigingsgrond sal die verweerder van aanspreeklikheid vrywaar. Oor die vraag of bewys van die afwesigheid van animus iniuriandi ook hierdie effek het, word niks geref nie.

Die negering van die opsetvereiste in tradisionele sin by onregmatige arrestasie (vryheidsberowing) moet in eerste instansie aan Engelsregtelike invloed toegeskryf word. Met die gemeenregtelike grondslac van die actio iniuriarum strook dit beslis nie. Nietemin kom daar in hierdie gevalle besondere oorwegings te pas wat goed begrypplik 'n afwyking van die gemeenregtelike posisie regverdig. Veral twee faktore maak hierdie gevalle buitengewoon. Eerstens moet in gedagte gehou word dat dit meestal

staatsamptenare is wat by onregmatige vryheidsberowing betrokke is. So gesien, staan die betrokkenes in 'n verhouding van volslae ongelukkigheid teenoor mekaar: aan die een kant die magtige, gesiglose staatsorganisasie met sy onweerstaanbare dwangmiddels en feitlik onbepaalde finansiële vermoë en aan die ander kant die feitlik weerlose enkeling – die ongelukkige slagoffer van die ongetwyfeld onregmatige optrede van die staatsvertegenwoordigers. Tweedens word by hierdie gevalle van onregmatige staatsoptrede juis dié regsgoed aangestas wat vir die individu, naas sy lewe, die waardevolste is, naamlik sy vryheid, sy fisies-psigiese integriteit (vgl in casu 695B). Geen wonder nie dat regter Myburgh in *Smit v Meyerton Outfitters* 1971 1 SA 137 (T) 140 verklaar het:

“Dit is ondenkbaar dat 'n onskuldige gearrester word, en dat die verweerder vry kan gaan met die ver skoning dat hy 'n fout begaan het.”

Billikheid en regverdigheid eis dus dat die staat aanspreeklik gehou word, selfs al ontbreek dit hom aan onregmatigheidsbewussyn en bygevolg animus iniuriandi (sien ook Van Rensburg en Neethling 1973 *THRHR* 303–304).

2 Regter Kotzé (689G–693A) beslis dat in die geval van onregmatige arrestasie die onus (bewyslas) op die eiser rus om aan te toon dat die arrestasie onregmatig was. Die eiser moet gevolglik nie alleen die feit van vryheidsberowing bewys nie, maar ook die onregmatigheid daarvan as onontbeerlike aanspreeklikheidsvereiste. Dit beteken dat waar 'n verkeersinspekteur op grond van statutêre magtiging ampshalwe verplig is om 'n bestuurder te arresteren wat hy op redelike gronde daarvan verdink nie sober te wees nie, die eiser (bestuurder) sukses kan behaal weens onregmatige arrestasie slegs indien hy kan bewys dat redelike gronde vir verdenking ontbreek het (691D–E).

Soos die regter self aantoon (690A), is daar egter verskeie provinsiale beslissings wat 'n teenoorgestelde houding inneem (sien ook *Persoonlikheidsreg* 116 vn 5). In byvoorbeeld *Ingram v Minister of Justice* 1962 3 SA 225 (W) 227 word verklaar:

“All interferences with the liberty of the citizen are prima facie odious and it is for the person responsible to establish why in the particular circumstances such interference is legally justified.”

Die mening is dus dat elke vryheidsberowing prima facie onregmatig is en dat dié onregmatigheid slegs by bewys van die aanwesigheid van 'n regverdigingsgrond deur die verweerder opgehef word (vgl in casu 691F–692G).

Vir sover hierdie beslissings te kenne gee dat die *bewyslas* om aanwesigheid van regmatigheid te bewys op die verweerder rus, is hulle waarskynlik verkeerd. Daar kan hoogstens 'n *weerleggingslas* op die verweerder rus nadat die eiser hom gekwyd het van sy bewyslas om prima facie onregmatigheid daar te stel. (Hierdie beskouing geld ook by laster. In *Marais v Richard* 1981 1 SA 1157 (A) 1166 verklaar appèlregter Jansen: “By laster bestaan die onregmatigheid in die krenking van die goeie naam en publikasie van 'n lasterlike bewering oor 'n ander sal *prima facie* as onregmatig beskou word. Trouens, publikasie daarvan skep die ‘vermoede’ dat dit onregmatig en met opset geskied het en dit plaas 'n weerleggingslas op die verweerder.”) Daarom het regter Kotzé reg vir sover hy die bewyslas op die eiser plaas (vgl weer die opmerkings in casu 692A–G). Andersins is die benadering in die *Ingram*-saak en soortgelyke beslissings egter te verkies en wel om die volgende oorwegings. In eerste instansie is hierdie benadering in ooreenstemming met die algemene teoretiese beskouing dat

“interference with a legally protected interest, e.g. the object of a subjective right, is prima facie wrongful. The existence of a recognized ground of

justification conclusively rebuts the prima facie inference of wrongfulness" (Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 40).

Dit behoef geen betoog nie dat die liggaamlike vryheid die objek van 'n persoonlikheidsreg is ('n aspek van die reg op die fisiese integriteit of corpus – sien *Persoonlikheidsreg* 42 111 e v, en in casu 690G). Daarom behoort iedere vryheidsberowing in beginsel onregmatig te wees tensy die verweerder die aanwesigheid van 'n regverdigingsgrond bewys. (Soos gesê, is die bewyslas op die eiser om prima facie onregmatigheid daar te stel, dit wil sê die feit van vryheidsberowing te bewys. Daar rus dan 'n weerleggingslas ("voortgangsverpligting") op die verweerder om dié afleiding van onregmatigheid te weerlê.) Regverdigingsgronde wat by vryheidsberowing te pas kan kom, is noodweer, noodtoestand, toestemming en tugbevoegdheid. Die belangrikste regverdigingsgrond in hierdie verband is egter statutêre of amptelike bevoegdheid (sien in die algemeen *Persoonlikheidsreg* 114–116) wat ook in casu ter sprake is. Nou val dit nie in te sien nie waarom die verweerder byvoorbeeld in die geval waar toestemming tot vryheidsberowing as verweer geopper word, die onus van bewys daarvan op hom het (vgl *Donono v Minister of Prisons* 1973 4 SA 259 (K) 263), terwyl die eiser in die geval van die uitoefening van 'n statutêre bevoegdheid die afwesigheid van regmatigheid moet bewys. In beginsel behoort albei regverdigingsgronde tog oor dieselfde kam geskeer te word. Maar meer nog: waar die uitoefening van 'n statutêre bevoegdheid as 'n verweer teen aanranding geopper word, stel die appèlhof in *Matlou v Makhubedu* 1978 1 SA 946 (A) 959 (sien ook *Sizani v Minister of Police* 1980 3 SA 1205 (SOK) 1208) hom onomwonde op die standpunt dat "die bewyslas ten opsigte van die regmatigheid van die aanranding en arrestasie . . . op die verweerder [rus]."

Dienooreenkomstig behoort, in die geval waar die uitoefening van 'n statutêre bevoegdheid by vryheidsberowing ter sprake kom, die onus op die verweerder te rus om die aanwesigheid van die regverdigingsgrond te bewys (te meer omdat die liggaam (by aanranding) en die liggaamlike vryheid (by vryheidsberowing) maar net twee aspekte van dieselfde persoonlikheidsreg, te wete die reg op die fisiese integriteit of corpus, is. In *Sigaba v Minister of Defence and Police* 1980 3 SA 535 (Tk) 544 545 stel die hof dit so:

"In a civil case where the respondent justifies an arrest and detention by pointing to a statutory provision which he avers empowered him to effect the arrest and detention, the onus of establishing that the arrest and detention fell within the ambit of the authorising section of the statute is upon the respondent who relies upon such statutory authority"

en

"The onus of proving lawful authority for an arrest is upon him who claims to have it."

In hierdie verband moet ook daarop gewys word, soos blyk uit minstens sommige van die regspraak wat regter Kotzé as steun vir sy standpunt aanhaal (691F), dat hy nie duidelik onderskei tussen onregmatige en kwaadwillige vryheidsberowing of arrestasie nie. Anders as in die geval van onregmatige vryheidsberowing waar die verweerder self of iemand wat as sy verteenwoordiger of dienaar optree, sonder enige regverdiging hoe genaamd die gewraakte gevolg te weegbring, geskied kwaadwillige vryheidsberowing onder die dekmantel van 'n geldige *judisiële proses*. Die verweerder gebruik met ander woorde die staat se regsmašjinerie op onbehoorlike wyse, hetsy deur middel van 'n geregsdienaar wat op eie diskresie handel, hetsy deur middel van 'n geldige lasbrief uitgereik deur 'n regterlike beampte, om die eiser sy vryheid te ontnem. So beskou, word die daad

van vryheidsberowing nie deur die verweerder self of sy dienaar of verteenwoordiger verrig nie, maar deur die staatsmasjinerie deur middel van 'n geldige judisiële proses. In *Newman v Prinsloo* 1973 1 SA 125 (W) 127 stel die hof dit so:

“Stated shortly, the distinction is that in wrongful arrest, or false imprisonment, as it is sometimes called, the act of restraining the plaintiff's freedom is that of the defendant or that of his agent for whose actions he is vicariously liable, whereas in malicious arrest the interposition of a judicial act, between the act of the defendant and the apprehension of the plaintiff, makes the restraint on the plaintiff's freedom no longer the act of the defendant but the act of the law.”

(Sien in die algemeen *Persoonlikheidsreg* 119.)

Aangesien dit die geval is, moet die eiser die volgende bewys om met 'n aksie op grond van kwaadwillige vryheidsberowing te kan slaag: dat die verweerder die vryheidsberowing aangestig het; dat die vryheidsberowing sonder redelike gronde geskied het; en dat daar “malice” of animus iniuriandi by die verweerder aanwesig was (sien *Persoonlikheidsreg* 119–120). Die rede waarom die bewyslas in hierdie gevalle op die eiser rus, is klinkklaar. Omdat die vryheidsberowing onder die dekmantel van 'n geldige judisiële proses geskied het, is die vryheidsberowing oënskynlik regmatig. Daarom is die onus op die eiser om die teendeel aan te toon. In die geval van onregmatige vryheidsberowing daarenteen is daar nie sprake van oënskynlike regmatigheid nie – die dekmantel van 'n geldige judisiële proses ontbreek – maar juis van prima facie onregmatigheid. Daarom moet die verweerder die regmatigheid van die vryheidsberowing bewys.

3 Die regter beklemtoon dat die basiese toets vir onregmatigheid in ons reg die boni mores of redelikeheidsmaatstaf is (695A–E). In ooreenstemming hiermee leer hy tereg dat die

statutêre bevoegdheid om 'n persoon sonder 'n lasbrief te arresteer wat op *redelike gronde* daarvan verdink word dat hy 'n in die eerste bylaag van die wet bedoelde misdryf gepleeg het (artikel 22(1) Wet 56 van 1955 – nou artikel 40(1) Wet 51 van 1977), in ooreenstemming met die redelikeheidskriterium is. In die huidige verband is die vraag slegs

“of, volgens suiwer objektiewe maatstaf, en inaggenome al die tersaaklike feite en omstandighede, 'n redelike man sodanige gronde van verdenking sou gekoester het om, verstaanbaar, tot uitoefening van sy arrestasiebevoegdheid oor te gaan” (695G).

(Sien ook *Minister of Police v Mthale* 1973 3 SA 542 (N) 545.) Hierdie beskouing onderstreep die waarheid dat die regverdigingsgronde eintlik geen eie bestaansreg het nie maar hoogstens hulpmiddels is by die beantwoording van die vraag of die gewraakte optrede redelik dan wel contra bonos mores of onregmatig was (sien *Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK) 301–302).

In verband met die onregmatigheidstoets moes die regter (693A–694E) ook die vraag beantwoord of die vereiste van “absence of reasonable and probable cause” wat met betrekking tot kwaadwillige vryheidsberowing (vervolging) geld, ook op onregmatige arrestasie van toepassing is. Hierdie vereiste by kwaadwillige vervolging beteken eerstens dat die verweerder nie redelike gronde vir verdenking gehad het nie en tweedens dat hy ook nie in die skuld van die eiser geglo het nie (sien in casu 693A–C en in die algemeen *Persoonlikheidsreg* 121–122 131 e.v.). Regter Kotzé se opmerkings verdien volle instemming (693H–694C):

“Wat ook al die posisie by kwaadwillige vervolging . . . mag wees . . . bestaan daar geen regverdiging om die subjektiewe geloof van die arresteerder tot *selfstandige* element van die onregmatigheidskriterium in geval van beverde onregmatige arrestasies te verhef

nie. Onregmatigheid is 'n objektief beskoude eienskap wat die handeling tipeer en indien die handeling eenmaal onregmatig bevind word kan die dader se beste geloof denkbaar dit nie regmatig maak nie. Hierby word nie bedoel om te sê dat die dader se subjektiewe kennis of geloof nooit 'n rol kan speel by die bepaling van die onregmatigheid van die arrestasie nie. Soos weldra aangetoon sal word, is die onregmatigheidskriterium hier ter sprake 'n redelikheidsstoets en meer bepaald in die onderhawige geval of daar redelike gronde vir verdenking bestaan het en in gepaste omstandighede kan, bv, aangetoon word dat die arresteerder oor private inligting of kennis beskik het wat hom, nie teenstaande die objektief beoordeelde redelike gronde, laat besef of glo het dat die gearresterde in werklikheid onskuldig is. In so 'n geval sal sy handeling, nie teenstaande die skyn van regmatigheid, in werklikheid onregmatig wees omrede daar dan geen werklike redelike gronde vir verdenking bestaan het nie. Dit, egter, beteken nie dat daar in elke

saak getuienis omtrent die arresteerder se geloof of denke geveerg moet word nie."

Wat hier ter sprake is, is myns insiens die *motief* van die dader. Alhoewel motief nooit 'n handeling onregmatig kan maak as die redelikheid daarvan reeds bepaal is nie, kan motief tog as 'n faktor in aanmerking kom wanneer dit nog om die vraag na die redelikheid al dan nie van die gewraakte optrede gaan. Daarom verklaar die regter tereg dat die *wete of besef* van die verweerder dat die gearresterde, nie teenstaande die objektief beoordeelde redelike gronde, inderdaad onskuldig is, sy optrede onregmatig maak. Die arrestasie geskied dan slegs met 'n kwelsugtige motief of animo (*vicini*) nocendi en is bygevolg onredelik (vgl *Persoonlikheidsreg* 135-136).

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

BURGER v RAUTENBACH 1980 4 SA 650 (K)

Pandreg – universitas rerum – besitsoordrag

Applikant en respondent het in Februarie 1980 'n pandoreenkoms aangegaan ingevolge waarvan respondent 300 oie wat op sy plaas geloop het asook alle ander vee wat hy mag "besit" het, aan applikant in pand sou gee. In die ooreenkoms het die respondent applikant gemagtig om besit van die vee op die plaas te neem en om 'n skaapwagter aan te stel om beheer oor die vee uit te oefen. Toe applikant in Julie 1980 op die plaas kom om besit van die vee te neem, het respondent hom belet of verhinder om dit te doen. Applikant het toe by die hof aansoek gedoen om 'n dringende bevel. 'n Bevel nisi ten gunste van applikant is toegestaan en op die keerdag is die finale bevel deur respondent bestry terwyl applikant op bekragtiging daarvan aangedring het. Die bevel wat gevra is, lui soos volg: dat

"(a) die respondent verbied word om applikant te verhinder om alle vee die eiendom van die respondent wat vandag op die plaas De Heuwel, in die distrik van Wolseley is of was, in besit te neem waarookal dit mag wees; (b) die respondent verbied word om die vee op die gemelde plaas De Heuwel te verwyder of te vervreem."

Regter Vos verwys (652D-E) na die vereistes vir 'n interdik soos uiteengesit in *Setlogelo v Setlogelo* 1914 AD 221 227:

"(a) a clear right; (b) an injury committed or reasonably apprehended; (c) the absence of similar protection by any other ordinary remedy . . ."

Die regter beskou die reg op besit wat die applikant aan die kontrak ontleen as voldoende om aan die vereiste van 'n "clear right" te voldoen (653F-G). Die "clear right" in die omstandighede is dus die applikant se persoonlike

reg op prestasie uit hoofde van die kontrak. Die benadeling van die applikant is volgens die regter geleë in die feit dat hy 'n pandooreenkoms het, maar nie besit nie. Aangesien besit noodsaaklik is vir die vestiging van pandreg, is die applikant se benadeling na sy mening ooglopend (654C). Wat die laaste vereiste betref, bevind die regter eenvoudig "dat 'n finale bevel die enigste beveiliging van die pandhouer se besit sal uitmaak" (654D). Gevolglik word 'n finale bevel met koste toegestaan.

Verskeie aspekte van hierdie beslissing is interessant en behoort uitgelig te word. In die eerste plek bevat die pandgewingsooreenkoms, wat vermoedelik deur die partye self, en nie deur 'n juris nie, opgestel is, die volgende eienaardige beding:

"Ek verklaar hiermee dat mnr Burger besit van die ooie/vee kan neem op die gemelde plaas en om sy besitsreg te vestig, hy 'n skaapwagter kan aanstel om op die gemelde plaas beheer oor die ooie/vee te neem. Eiendomsreg sal te selfder tyd oorgaan."

Alhoewel die respondent dus beweer dat hy die vee in pand gee, blyk 'n bedoeling om eiendomsreg daarvan aan die applikant oor te dra uit hierdie verklaring. Dit mag egter wees dat die opsteller nie bewus was van die betekenis van hierdie beding nie en dat hy slegs bedoel het dat 'n pandreg gevestig sou word wanneer die applikant besit van die vee neem, of dat hierdie beding bedoel is om 'n pactum antichresis te wees, met ander woorde dat die applikant die saak mag gebruik.

Die regter se uiteensetting van die verpanding van 'n universitas rerum is duidelik, asook die onderskeid wat hy maak tussen die verpanding van 'n universitas rerum en 'n res singularis (652H-653D).

'n Aspek wat nie deur respondent se advokaat geopper is nie, maar wat myns insiens vermelding verdien, is die feit dat die applikant in hierdie

saak wel 'n ander gewone regsmiddel as 'n interdik tot sy beskikking gehad het, naamlik 'n eis vir spesifieke nakoming van die kontrak. Daar moet dadelik op gewys word dat dieselfde resultaat met albei remedies bereik kon word, naamlik dat die respondent gedwing word om applikant in besit van die verpande goedere te stel. Die enigste oorweging wat by 'n eis vir spesifieke nakoming 'n verskil sou kon maak, is die feit dat die howe nie geneë is om onder sekere omstandighede, soos by obligationes faciendi, spesifieke nakoming te gelas nie (sien De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 191). Daar kan geargumenteer word dat die toestaan van 'n interdik waar 'n ander gewone regsmiddel beskikbaar is uit 'n prosessuele oogpunt onsuiver is, maar aan die ander kant wil dit voorkom asof die optrede van die regter tog aanvaarbaar behoort te wees, aangesien die resultaat wat applikant beoog het daardeur bereik is en koste terselfdertyd bespaar is.

'n Laaste interessante aspek wat nie uitdruklik in die beslissing vermeld word nie, maar wat by implikasie geraak word, is die kwessie van die waarde van die saaklike ooreenkoms. Teoretici aanvaar die bestaan en nut van 'n saaklike ooreenkoms by die oordrag van eiendomsreg en ook ander saaklike regte. (Sien Van der Merwe *Sakereg* (1979) 201; De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 4; Cronjé "Die Saaklike Ooreenkoms by die Eiendomsoordrag van Roerende Sake" 1978 *THRHR* 227 e.v.; Susan Scott "Sessie en die Saaklike Ooreenkoms" 1979 *TSAR* 48 e.v. Vgl veral die indringende bespreking van Asser-Beekhuis *Zakenrecht Algemeen Deel* (1975) 148 e.v.) Dit wil uit *Air-keel* (Edms) *Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 (A) voorkom asof die appèlhof nou ook hierdie begrip aanvaar het. Oor die waarde van die saaklike ooreenkoms is al baie bespiegel. Die behoud daarvan word deur die teoretici bepleit, terwyl die

praktykgerigte juriste die begrip as waardeloos beskou (sien Asser-Beekhuis *Zakenrecht Algemeen Deel* (1975) 149). Die saaklike ooreenkoms kan kortliks gedefinieer word as 'n ooreenkoms wat nie op die ontstaan van 'n verbintenis gerig is nie, maar op die voldoening daaraan deur middel van die oordrag van 'n saak (eiendoms-oordrag) of die vestiging, wysiging of tenietgaan van 'n saaklike reg (Asser-Beekhuis *Zakenrecht Algemeen Deel* (1975) 148). Wanneer die reg oorge-dra word, moet die oordraer die bedoeling hê om oor te dra en die ontvanger moet die bedoeling hê om te ontvang. Hoe min waarde aan hierdie ooreenkoms geheg word, blyk uit die beslissing onder bespreking, aangesien die oordraer nie meer die bedoeling het om die saak in pand oor te dra nie, maar deur die hof gedwing word om dit te doen. 'n Ander geval waaruit ook blyk dat hierdie ooreenkoms in die praktyk weinig waarde het, is waar 'n verkoper van grond weier om oordrag te gee, maar deur die hof met die tussenkoms van die balju gedwing word om registrasie te bewerkstellig. (Sien Kerr *The Law of Contract* (1980) 414 en a 33 van die akteswet 47 van 1937.) As 'n mens ook in hierdie gevalle die saaklike ooreenkoms as 'n noodsaaklike vereiste beskou, sou geargumenteer moet word dat die saaklike ooreenkoms saaklike gebondenheid tot gevolg het. Dit beteken dat die ooreenkoms bindend is in die sin dat wanneer die aangegane wilsverklarings een maal gemaak is, dit nie weer ongedaan gemaak kan word nie (sien Wiarda *Cessie of Overdracht van Schuldvorderingen op Naam* (1937) 118). Alhoewel ek

my nie nou hieroor wil uitlaat nie betwyfel ek dit egter of die trustee van 'n insolvente boedel aan so 'n aangegane wilsverklaring gebonde sal wees. Dit beteken dat die pandgewer in die onderhawige beslissing gebonde is aan sy wilsverklaring in die pand-gewingsooreenkoms dat die pandhouer besit van die verpande vee mag neem. Hierdie argument sal egter ten opsigte van die oordraggewer van onroerende goed geld slegs as hy inderdaad 'n soortgelyke wilsverklaring in die koopkontrak gemaak het. Aan die ander kant sou moontlik geargumenteer kon word dat die balju of die registrateur van aktes die bedoeling om oor te dra namens die onwillige oordraggewer vorm. Laasgenoemde argument is egter uiters geforseerd.

Vir die vestiging van pandreg of die oordrag van eiendomsreg skyn die saaklike ooreenkoms as afsonderlike vereiste in die praktyk dus weinig waarde te hê. Dit is ook die ervaring van die Nederlandse regspraktyk soos duidelik blyk uit die woorde van Asser-Beekhuis *Zakenrecht Algemeen Deel* (1975) 149:

“Aan de ene kant staan de theoretici, die aan het begrip zakelijke overeenkomst blijven vasthouden, aan de andere kant de praktijkjuristen, vooral afkomstig uit het notariaat, die het begrip als waardeloos beschouwen . . . De voornaamste argumenten, die door deze schrijvers tegen het gebruik van het begrip worden aangevoerd, bestaan hierin, dat zij het begrip niet goed definieerbaar achten, terwijl zij het verder als overbodig beschouwen.”

SUSAN SCOTT
Universiteit van Suid-Afrika

KEELEY v MINISTER OF DEFENCE 1980 4 SA 695 (T)

Burgerskap – diensplig – pligte van voormalige burger

Hierdie kort uitspraak van regter Theron is veral om twee redes van belang. In die eerste plek werp dit 'n

betreklik ontstemmende lig op die militêre dienspligtigheid van voormalige Suid-Afrikaanse burgers. Twee-

dens is dit, sover vasgestel kan word, die eerste keer dat die obskure artikel 22 van die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap 44 van 1949 in 'n beslissing van ons howe ter sprake kom.

Die feite van die saak het 'n mate van publisiteit in die openbare pers geniet. Brian Keeley is as Suid-Afrikaanse burger gebore. Nadat hy in 1968 gematrikuleer het, is hy opgeroep en het hy inderdaad militêre opleiding ondergaan. Na sy aanvanklike sogenaamde nege maande het hy selfs 'n drie-weke-kamp en verskeie Saterdagparades bygewoon.

Sy belangstelling in karate laat hom teen die einde van 1973 die trekpad vat, en soos verwag kan word, beland hy kort voor lank in Japan. Daar tref Cupido hom met een slag, en in 1975 trou hy met die Japannese meisie Toshi Ohashi. Wat vir hom een groot bron van vreugde moet wees, word egter sover dit sy verhouding met sy vaderland betref, een groot nagmerrie. Vir nege maande gedurende 1975 keer hy alleen na Suid-Afrika terug en probeer onverpoosd maar tevergeefs 'n toegangspermit vir sy vrou kry. Ten einde raad keer hy na Japan terug waar hy hom in dié netelige posisie bevind dat hy as gevolg van sy Suid-Afrikaanse burgerskap geen werkspermit kan bekom nie.

So ongelukkig was hy uiteindelik nie, want toe hy eers vasgestel het dat sy oupa aan vaderskant 'n Ierse burger was, slaag hy daarin om Ierse burgerskap en 'n Japannese verblyfsvergunning te verkry – met gepaardgaande kansellasie van sy Suid-Afrikaanse paspoort en verlies van burgerskap.

Soos tye verander, verander gesindhede ook en in 1980 word Keeley en sy gesin in Suid-Afrika toegelaat, met dien verstande dat mevrou Toshi Keeley se verblyfpermit driemaandeliks hernu word vir 'n maksimumtydperk van een jaar.

Skaars het die gesin egter in April 1980 voet aan wal gesit, of die immer teenwoordige Suid-Afrikaanse weermag snuffel hulle uit en gelas Keeley om hom vir drie maande diensplig in die operasionele gebied gereed te maak. Sy verweer dat hy nie meer 'n Suid-Afrikaanse burger is nie val op dowe ore. Vandaar die uitspraak.

Die SAW beroep hom hoofsaaklik op twee artikels van die Verdedigingswet 44 van 1957 en artikel 22 van die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap 44 van 1949. Die twee artikels van die Verdedigingswet is artikel 3(1)(b) wat bepaal dat elke burger, behoudens die bepalings van die wet, tussen sy sewentiende en vyf-en-estigste jaar verplig kan word om diens in die SAW te verrig, en artikel 21 ingevolge waarvan elkeen wat op of na 31 Desember 1973 'n lid van die burgermag is of daarvan geword het, vir 10 jaar sedert die jaar waarin hy met sy opleiding begin het, diensplig is. Volledigheidshalwe kan bygevoeg word dat artikel 2(3) van die wet die staatspresident magtig om die bepalings van die wet ook na nie-Suid-Afrikaanse burgers (vreemdelinge) uit te brei mits sulke vreemdelinge vir vyf jaar in die Republiek gedomisilieer is en mits hulle aangedui het dat hulle voornemens is om Suid-Afrikaanse burgers te word. Indien 'n vreemdeling aandui dat hy nie van plan is om burgerskap te aanvaar nie, moet hy om diensplig vrygestel word (sien prok 363 van 29 Desember 1967).

Die hof vind dit redelik maklik om op grond van artikels 3 en 21 toegepas op die feite tot die volgende gevolgtrekking te kom:

“Clearly the provisions of s 21 are applicable to all persons, whether citizens of the Republic or non-citizens. In the instant case the loss of applicant's citizenship is irrelevant. The applicant was a citizen of the Republic of South Africa when he was called up and allotted to the Citizen Force, consequently in my view the importance of his citizenship or the loss thereof disappeared” (697G-H).

Dit is 'n twyfelagtige bevinding, en wel om die volgende redes: Eerstens dui alles in die Verdedigingswet daarop dat diensplig primêr op Suid-Afrikaanse burgers van toepassing is. Die uitbreiding daarvan na vreemdelinge is 'n uitsonderingsprosedure wat aan die diskresie van die hoogste uitvoerende liggaam in die staat oorgelaat word. Tweedens is dit uit artikel 2(3) duidelik dat vreemdelinge slegs dienspligtig gemaak kan word indien hulle vir 'n bepaalde minimumtydperk in Suid-Afrika *gedomisilieer* was, iets wat met 'n besliste animus manendi gepaard moet gaan. Sulke vreemdelinge is ook slegs dienspligtig *asof* hulle Suid-Afrikaanse burgers is; onlangse wysigings aan die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap is duidelik daarop gerig om vreemdelinge binne twee jaar verpligtend te naturaliseer met die oog op diensplig (sien bv a 11A van Wet 44 van 1949).

Die gevolgtrekking kan kwalik ontwyk word dat *burgerskap* die grondslag vir militêre diensplig is. Anders gestel: om vas te stel of 'n persoon op *enige gegewe oomblik* dienspligtig is, moet gevra word of hy 'n Suid-Afrikaanse burger is, of, as alternatief, of hy aan die bepalings van proklamasie 363 van 1967 voldoen. Dit kan tot klaarblyklik ongewenste en onbillike resultate lei – soos in die geval onder bespreking – indien 'n persoon dienspligtig geag kan word bloot omdat hy in 'n stadium 'n Suid-Afrikaanse burger *was*. Trouens, dit kan tot staatsgevaarlike resultate lei: gestel Keeley het vrywillig burgerskap van die Duitse Demokratiese Republiek aanvaar. Hy sou outomaties ingevolge artikel 15 van die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap sy burgerskap verloor het, maar ingevolge die hof se redenasie in die geval Keeley sou hy steeds dienspligtig gebly het. Die SAW sou hom moontlik daaraan kon troos dat die departement van binne-landse sake nooit sonder meer 'n burger van die DDR in Suid-Afrika sal toelaat nie. Dit sou egter bloot 'n

gerieflike omseiling van die argument wees. Burgerskap veronderstel 'n element van trou aan die Republiek. Dit is moeilik om te dink dat iemand in Keeley se posisie 'n besondere lojaliteit teenoor sy oud-vaderland sou koester. Om so iemand as dienspligtig te beskou, is nie net juridies onhoudbaar nie, maar ook aanmatigend.

Die tweede grond waarop die hof beslis dat Keeley se dienspligtigheid voortduur, is in artikel 22 van die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap te vinde. Die artikel bepaal dat wanneer iemand ophou om ingevolge die wet 'n Suid-Afrikaanse burger te wees, hy nie onthef word van enige verpligting, plig of aanspreeklikheid in verband met enige handeling aangegaan voordat hy opgehou het om 'n burger te wees nie. Die Afrikaanse teks is geteken. Die Engelse teks, wat deur die hof gebruik is, verwys na 'n "obligation, duty or liability in respect of any act done" (eie beklemtoning).

As die woorde van albei tekste hulle gewone betekenis dra (vgl *Ebrahim v Minister of the Interior* 1978 1 SA 665 (A) 678; *National Screenprint v Minister of Finance* 1978 3 SA 501 (C) 507; *Santam Versekeringsmaatskappy v Roux* 1978 2 SA 856 (A) 864; *Du Plessis v Joubert* 1968 1 SA 585 (A) 594-595; *Union Government v Mack* 1917 AD 731 739; Steyn *Die Uitleg van Wette* 4e uitg (1977) 4 e v) is dit duidelik dat die woorde versoen kan word, en dat hulle nie vertolk kan word om verpligte, eensydige en onvrywillige verpligtinge soos dié wat ingevolge die Verdedigingswet opgehoop word, in te sluit nie. Tensy die verband anders aandui (*National Screenprint*-saak) word die gewone betekenis van 'n woord in die woordeboek gevind. Die Afrikaanse *aangaan/aangegaan* van artikel 22 beteken volgens die woordeboeke: ('n ooreenkoms) *sluit* of iets *onderneem* (Van Schaik se *Verklarende Woordeboek* 7e uitg (1980)), *reël*, *ooreenkom* (*Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 7e uitg (1969)), *deelnemer*

word aan, sluit (*Woordeboek van die Afrikaanse Taal*). Die Engelse ekwivalent van aangaan is *conclude, make, enter into* (Kritzinger, Steyn, Schoonees en Cronjé *Groot Woordeboek* 9e uitg (1963)), *conclude, contract, incur (debts), enter into* (Bosman, Van der Merwe, Hiemstra *Tweetalige Woordeboek* 7e uitg (1969)). Die Engelse betekenis van *done* (die woord van artikel 22) is volgens *The Shorter Oxford English Dictionary* (1973) *performed, executed, finished, ended, settled*, en volgens Funk & Wagnall se *Standard Dictionary completed, finished, ended, agreed*.

Ofskoon 'n wye interpretasie van die Engelse teks moontlik ruimte mag laat vir spekulasie, is dit by 'n saamlees van die Afrikaanse en die Engelse teks duidelik dat artikel 22 nie gemik was op onvrywillige verpligtinge nie. Nodeloos om te sê dat militêre diensplig by uitstek 'n voorbeeld van 'n onvrywillige verpligting is.

Waarop artikel 22 werklik slaan, is moeilik om vas te stel. Al wat vasstaan, is dat dit ons burgerskapswet

uit die negentiende-eeuse Engelse Nationality Act, via die 1914 British Nationality Act, en die Britse Nasionaliteit in die Unie Wet van 1926 binnegekom het.

Die ironie is egter dat die British Nationality Act van 1948 geen spoor meer van die ekwivalent van artikel 22 bevat nie. Dit is jammer dat dié obskure bepaling van die burgerskapswet nader getrek is om die reeds sware las wat die Verdedigingswet met sy oewerlose bepalings op indiwidue plaas, verder te vergroot.

Dat die SAW gretig en versigtig is om enige moontlike kandidaat vir diensplig in die hande te kry in 'n poging om die "totale aanslag" die hoof te bied, is begryplik. Dit word egter ter oorweging gelaat dat 'n swaar verpligting ten behoeve van die vaderland – soos diensplig – inherente grense het wat ter wille van die regstaatidee eerbiedig moet word.

DH VAN WYK
Universiteit van Suid-Afrika

NGCOBO v ASSOCIATED ENGINEERING LTD t/a GLACIER BEARINGS 1980 3 SA 646 (D)

Werkgewer en werknemer – Wet op Reëling van Swart Arbeidsverhoudinge 48 van 1953 – vraag of 'n skakelkomitee bestaan – meerderheid swart werknemers verlang werkekomitee – werkgewer verplig tot instelling van so 'n komitee kragtens artikels 7A(2) en 7A(4) van die wet

Hierdie saak handel oor 'n aansoek deur die swart werknemers van die respondent, eerstens vir 'n bevel dat geen skakelkomitee in die respondent se inrigting bestaan nie en tweedens, indien aldus bevind sou word, 'n bevel om respondent te verplig om die masjinerie, soos vervat in artikels 7A(2) en 7A(4) van die Wet op Reëling van Swart Arbeidsverhoudinge, in werking te stel. Dié artikels handel oor die instelling van 'n werkekomitee.

As agtergrond kan vermeld word dat artikel 7 van gemelde wet 'n voorbeeld is van die nuwe benadering wat tans aan die orde van die dag is om 'n meer werkbare stelsel vir die swart werknemer daar te stel. Soos Van Jaarsveld en Coetzee *Arbeidsreg* (1979) 126 dit stel, het die oorspronklike stelsel nie juis aanklank in die praktyk gevind nie. Na die ontwrigtende stakings deur swart werknemers, veral in Natal, het die parlement in 1973 die eerste stappe gedoen

om die stelsel te verbeter. In 1973 alleen het daar 246 stakings plaasgevind (Van Jaarsveld en Coetzee 126 vn 4). 'n Meer bevredigende konsultasie- en bedingingsmeganisme vir die voorkoming en beslegting van geskille word nou vir die swart werknemer in wetgewing beliggaam (De Kock *Industrial Laws of South Africa* (1979) 634 A; 1973 *Annual Survey of South African Law* 322-324). Die wysigingswette van die Wet op Reëling van Swart Arbeidsverhoudinge 70 van 1973 en 84 van 1977 het in artikel 7A-F vir die eerste keer spierkrag aan swart werknemersgroepe verleen om oor diensvoorwaardes met hulle werkgewers te beding en om nie net as geleibuis vir werknemersversoeke te dien nie. Volledigheids-halwe kan vermeld word dat die Wysigingswet op Nywerheidsversoening 94 van 1979, in artikel 1(g), met die wysiging van die omskrywing van "werknemer" in artikel 1 van die Nywerheidsversoeningwet 28 van 1956, vir die eerste keer die geleentheid aan swart werknemers bied om lede van 'n geregistreerde vakvereniging te word. Dit is 'n logiese patroon wat deurgetrek word omdat die bedingingsmasjinerie van die Wet op Reëling van Swart Arbeidsverhoudinge steeds beperkend werk in die sin dat dit tot 'n inrigting of 'n enkele werkgewer beperk is.

Die feite van die saak was soos volg: In 1973 is 'n skakelkomitee by respondent kragtens die ou artikel 7 in die lewe groep. Gemelde skakelkomitee was met verminderde bevoegdheids bekleed en kon slegs aanbevelings aan die betrokke werkgewer voorlê. Die komitee kon nóg onderhandelings met die werkgewer voer nóg enige ooreenkoms met hom aangaan. Die konstitusie van gemelde skakelkomitee het daarom net daarvoor voorsiening gemaak dat dit as konsultasie-forum kon dien.

Op 1 September 1977 is artikel 7 ekstensief gewysig deur artikel 5 van

wet 84 van 1977. Die relevante gedeelte van artikel 7(2) lui soos volg:

"Die funksie van 'n skakelkomitee is om - (a) waar daar nie 'n koördinerende skakelkomitee ten opsigte van die betrokke inrigting of inrigtings bestaan nie, te onderhandel en ooreenkomste aan te gaan met die werkgewer met betrekking tot die lone of die ander diensvoorwaardes van die betrokke werknemers . . ." (my kursivering).

Geen stappe is egter gedoen om die doelstellings in die konstitusie van die bestaande skakelkomitee te wysig sodat dit met die bepalings van die gewysigde artikel 7(2) ooreenstem nie. In die betrokke inrigting was daar verskillende nie-statutêre skakelkomitees vir elke bevolkingsgroep wat by die respondent werksaam was. Die respondent was begerig dat verteenwoordigers uit elk van hierdie komitees 'n oorkoepelende komitee, bestaande uit al die bevolkingsgroepe, moes vorm. Artikel 7(2) bepaal daarenteen duidelik dat swart skakelkomitees net namens swart werknemers mag onderhandel. Die werkgewer het egter geweier om met die swart skakelkomitee te onderhandel. Respondent se standpunt was dat die swart skakelkomitee "a communication committee and not a negotiating committee" is (649G-H) en baseer sy standpunt op die konstitusie van die skakelkomitee. Die hof het myns insiens egter tereg beslis dat dié houding lynreg bots met die gewysigde bevoegdheids wat die wysigingswet in artikel 7 aan skakelkomitees gee (649H).

As gevolg van hierdie standpunt het applikante reeds vroeër 'n draai in die hof gemaak. (Sien *Mabaso v Associated Engineering Ltd* 1979 3 SA 498 (D).) Die uitgangspunt van applikante was toe dat die skakelkomitee opgehou het om te funksioneer en hulle het 'n hofbevel aangevra dat die werkgewer dié feit ingevolge artikel 7D aan die inspekteur moet berig. Sodanige kennisgewing is vir die organisatoriese ontplooiing van

die werknemers van wesenlike belang, want slegs indien daar nie 'n skakelkomitee in 'n inrigting bestaan nie, mag 'n werkekomitee gestig word. Gemelde aansoek faal weens die aansoekers se gebrek aan locus standi.

In die saak onder bespreking was die applikante se standpunt dat geen skakelkomitee bestaan nie; klaarblyklik weens die suggestie van regter Kumleben in die *Mabaso*-saak dat die toe dienende aansoek eerder ingeklee moes gewees het

“... to obtain a declaratory order on the question whether the liaison committee has ceased to exist...” (499-500).

Omdat meer as twintig swart werknemers by die respondent in diens was en die meerderheid van die swart werknemers 'n werkekomitee wou kies, wou die applikante die werkgewer verplig om 'n werkekomitee in te stel. (Sien artikel 7A(1)-(9) oor die instelling van werkekomitees.) Die hof, by monde van regter-president James gee die applikante gelyk:

“In my judgment the effect of all this is that the respondent never recognised the existence of a Black liaison committee with the right to carry out the functions laid down in s 7(2) as amended and that when the applicants representing the Black employees finally accepted that the respondent would not agree to a liaison committee having the powers laid down under the Act and accordingly refused to have anything more to do with it, the liaison committee ceased to exist” (651H).

'n Bevel is verder ook verleen dat uitvoering gegee moet word aan die bepalings van artikel 7A(2) en 7A(4) wat 'n verpligting op die werkgewer plaas om die stappe te doen wat nodig is ten einde 'n werkekomitee daar te stel.

Eerstens is hierdie uitspraak klaarblyklik in konflik met die *Mabaso*-saak. In laasgenoemde saak is deur regter Kumleben bevind dat dieselfde werknemers as in die *Ngcobo*-saak nie locus standi gehad het om hulle

werkgewer te verplig om stappe te doen soos wat ingevolge artikel 7 van hom vereis word nie. Regter Kumleben het bevind dat die werknemers nie so 'n reg het nie. Dié reg volg nie outomaties uit die statutêre plig wat aan die werkgewer opgelê is nie; ook nie uit die strafsanksie wat aan so 'n versuim gekoppel is nie (500F-501C). In die *Ngcobo*-saak was regter-president James egter bereid om so 'n reg te erken en is wesenlik dieselfde remedie verleen as wat in die *Mabaso*-saak geweier is. In die *Ngcobo*-saak was afwesigheid van locus standi wel oorspronklik geopper, maar om die een of ander rede laat vaar (651F). Indien regter Kumleben gelyk gehad het en regter-president James tot dieselfde beslissing sou gekom het, sou die werknemers duidelik in 'n doodloopstraat beland het en sou van die hele ratio van die Wet op Reëling van Swart Arbeidsverhoudinge niks tereg gekom het nie.

Of daar inderdaad 'n remedie aan werknemers beskikbaar is, moet afgelei word van die bedoeling van die wetgewer (*Madrassa Anjuman Islamia v Johannesburg Municipality* 1917 AD 718 723 728; *Da Silva v Coutinho* 1971 3 SA 123 (A) 134-139). In die *Da Silva*-saak word veral daarop klem gelê of sodanige versuim die doelstellings van die wet sal fnuik:

“Seen against the scheme of the Act, it becomes plain that performance of this duty is crucial to the achievement of the purpose of the Act and that its breach may result in total failure of the Act...” (138E-F).

Daarom skyn die *Mabaso*-saak foutief te wees.

Tweedens, omdat die kern van die saak wentel om die bevoegdheids van werknemers om te kan beding en ooreenkomste met hulle werkgewers te kan sluit, en 'n werkekomitee nie groter magte daartoe as 'n skakelkomitee verleen word nie, sou 'n beter prosedure gewees het om die werkgewer te verplig om sodanige

bevoegdheid van die bestaande skakelkomitee te erken. Waar die konstitusie van so 'n komitee nie vir sulke magte voorsiening maak nie, het die wysigingswet wat hierdie magte aan hulle verleen, by implikasie die konstitusie dienoooreenkomstig aangevul (*National Industrial Council of the Printing and Newspaper Industry v Copystat Services*

(Pty) Ltd 1980 3 SA 631 (W) 638G–H). Normaliter behoort die konstitusie slegs gewysig te word om die magte soos deur die gewysigde artikel 7 verleen, te inkorporeer.

JY CLAASEN
Universiteit van die Oranje-Vrystaat

SOANE v LYLE 1980 3 SA 183 (D)

Retensiereg – die invloed van insolvensie op – eiendomsreg op boedelgoedere

Die klem val in hierdie saak op die problematiek rondom die handhawing van 'n retensiereg op sake wat in 'n insolvente boedel val. Die verweerder in 'n reël 33(1)-aansoek ingevolge die hooggeregshofreëls het erken dat die eiser 'n retensiereg gehad het op onroerende sake wat in die insolvente boedel van 'n gelikwiderde maatskappy geval het. Die retensiereg het voortgespruit uit verbeterings wat die eiser op die gelikwiderde maatskappy se onroerende saak voor likwidasië aangebring het. Die betrokke saak is deur die eiser gekoop en ten volle betaal, maar die eiser het ten tyde van likwidasië nog nie transport daarvan ontvang nie. Ten tyde van die aanbring van die verbeterings was die eiser 'n regmatige okkupeerder.

Die verweerder, wat die onroerende saak gekoop het van die likwidateur van die insolvente maatskappy, het die eiser se retensiereg op die saak voor likwidasië erken, maar voer aan dat die eiser se retensiereg deur die likwidasiëproses beëindig is en derhalwe nie teen die verweerder as regsopvolger opgewerp kan word nie. Die verweerder steun in dié verband veral op die gesag van *Walker v Syfret* 1911 AD 141 waar die appèlhof op 166 beslis het dat 'n likwidasiëbevel

“crystallises the . . . position; the hand of the law is laid upon the estate and at once the rights of the general body of creditors have to be taken into consideration.”

Dit was gemene saak dat die eiser nie 'n eis teen die insolvente boedel ingedien het ten opsigte van vergoeding vir verbeterings nie en dat die likwidateur die eiser nooit sy besit van die saak ontnem het nie. Na aankoop van die saak uit die insolvente boedel het die verweerder die eiser kennis gegee om dit te ontruim, waarna die eiser op 'n retensiereg aanspraak gemaak het.

Die eiser steun op appèlhofuitsprake in die sake *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Anglo American (OFS) Housing Co Ltd* 1960 3 SA 642 (A) en *Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze* 1970 3 SA 264 (A), en voer aan dat die likwidasiëbevel geen invloed op die retensiereg het nie en dat dit 'n kenmerk van 'n saaklike reg is dat dit teenoor derdes afdwingbaar is.

Regter Hefer gee uitspraak ten gunste van die eiser en dui aan dat die feit dat die eiser se besit nooit deur die likwidateur beëindig is nie, van kardinale belang is; dat die eiser se retensiereg nooit verval het nie en dat gemelde retensiereg teen die verweerder afdwingbaar is. Op 188 verklaar die regter:

“That being the case, I am firmly of the view that the plaintiff retained his right of retention all along.”

Ek wil vervolgens twee aspekte van die regter se uitspraak kortliks bespreek, naamlik:

- 1 Die invloed van insolvensie op 'n gevestigde retensiereg.
- 2 Wie is die eienaar van die boedelgoedere voor afhandeling van die likwidasiëproses?

1 *Die invloed van insolvensie op 'n gevestigde retensiereg.* Die vraag ontstaan eerstens of die regter se handhawing van die retensiereg na afloop van die likwidasiëproses teenoor regsopvolgers nie in stryd is met die doelstelling van likwidasië nie, soos uiteengesit deur die appèlhof in *Walker v Syfret* (supra), welke gewysde ter ondersteuning van die verweerder se saak aangevoer is.

In *Rand Bank Bpk v Regering van RSA* 1974 4 SA 764 (T) 768 word in navolging van *Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze* (supra) beslis dat die twee vereistes vir die bestaan van 'n retensiereg die volgende is:

- “ . . . (i) die aanspraakmaker op die retensiereg moet in besit wees en verloor sy reg wanneer hy besit verloor;
 (ii) daar moes verryking van die eienaar gewees het deur die besteding van geld of geldwaarde, soos arbeid, aan die saak waarvoor die retensiereg gehou word.”

Dit is gemene saak dat die eiser deurentyd in besit van die onroerende saak was en nooit deur die likwidateur sy besit van die saak ontnem is nie. Of die verweerder in omstandighede soos hierdie, waar 'n tussenpersoon, te wete die insolvente boedel of likwidateur, figureer, ten koste van die eiser verryk is deur die aanbring van die verbeterings, is 'n vraag waaroor daar tans uiteenlopende menings gehuldig word.

De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg (1971) 296-308 huldig die standpunt dat die eiser slegs op verryking kan steun indien die verweerder *ten koste van* die eiser verryk is, met ander woorde, soos hy dit verstaan, indien daar 'n vermoënsverskuiwing uit die boedel van die verarmde na die boedel van die verrykte was en daar nie 'n regsverhouding bestaan het ingevolge

waarvan die vermoënsverskuiwing in werklikheid 'n prestasie aan 'n tussenpersoon was nie. Van der Walt huldig hierteenoor die standpunt dat dit slegs van belang is dat daar 'n direkte vermoënsverskuiwing uit die boedel van die verarmde na die boedel van die verrykte is en dat dit nie saak maak watter agterliggende regsverhouding daar mag bestaan nie (“Die *Conditio Indebiti* as *Verrykingsaksie*” 1966 *THRHR* 221-222; sien ook in hierdie verband *Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd* 1968 3 SA 563 (T)).

In hierdie feitekomples sal, volgens De Vos se konstruksie, die insolvente boedel as tussenreghebbende figureer, en derhalwe sal die verweerder nie *ten koste van* die eiser verryk wees nie. Aangesien een element van die handhawing van 'n retensiereg, naamlik dat die verweerder ten koste van die eiser verryk moet wees, ontbreek, kan die eiser dus nie op 'n retensiereg teenoor die verweerder aanspraak maak nie.

Dat De Vos se standpunt ten opsigte van die *ten koste van*-vereiste spesifiek in die geval van retensieregte nie deur die howe toegepas word nie, blyk uit appèlregter Botha se uitspraak in *Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze* (supra) waar hy onder meer verklaar:

“Retensieregte vir bewaring en verbetering van die saak is saaklike regte en ontstaan nie uit ooreenkoms nie. Hulle is gefundeer op die beginsel in *Dig* 50 17 206 dat *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum*. Waar daar geen verryking vir die eienaar van die saak is nie, kan geen sodanige retensiereg tot stand kom nie” (271C).

Die regter vervolg:

“Verryking vind nie slegs plaas waar daar 'n vermeerdering van bates is nie, maar ook waar daar 'n nie-vermindering van bates is waar vermindering andersins waarskynlik sou plaasgevind het” (271E).

Myns insiens is dit 'n sirkelredenasië. Die verweerder sal slegs verryk wees indien hy die saak sonder retensiereg van die eiser ontvang, en hierdie verryking van die verweerder bring dan mee dat die eiser 'n retensiereg het – maar solank die verweerder 'n retensiereg het, is die eiser nie verryk nie!

Vir doeleindes van hierdie bespreking wil ek nie verder ingaan op die verrykingsaspek nie, behalwe om daarop te wys dat, indien De Vos se standpunt nagevolg word, dit die problematiek van die regsopvolger uit die insolvente boedel sal ondervang. Die insolvente boedel staan uiteraard in die onderhawige feitestel tussen die aanspraakmaker op die retensiereg en die verkryger uit die insolvente boedel, sodat die verrykte, indien daar van verryking sprake is, die insolvente boedel is en nie die derde wat die saak na afloop van die likwidasiëproses verkry nie.

Ek wil aan die hand doen dat die houe se siening van retensieregte, en die afdwingbaarheid daarvan na voltooiing van die likwidasiëproses, die gevolg het dat die doelstellings van die likwidasiëproses (en boedelbereddering in die algemeen) omseil word. Die implikasie van die *Soane*-beslissing is dat 'n skuldeiser van die boedel wie se vorderingsreg deur 'n retensiereg verseker is, nie 'n eis teen die insolvente boedel *hoef* in te dien nie en derhalwe nie onderhewig gestel word aan die nadele wat uit sodanige indiening mag voortvloei nie. Sodanige skuldeiser sal veel beter vaar indien hy op grond van sy retensiereg, wat kragtens die *Soane*-beslissing nie tot niet gaan as gevolg van die likwidasiëproses nie, die persoon wat die saak uit die insolvente boedel verkry en wat heel dikwels nie bewes sal wees van die retensiereg alvorens hy die okkupeerder sy besit van die saak wil laat ontnem nie, aanspreeklik hou vir vergoeding ten opsigte van verbeterings: vergoeding wat eintlik

van die insolvente boedel geëis moes word, maar ten aansien waarvan geen eis ingedien is nie.

'n Retensiereg dien volgens Van der Merwe *Sakereg* (1979) 501 ter versekering van 'n vorderingsreg wat een persoon teenoor 'n ander persoon ten opsigte van 'n bepaalde saak verkry, in casu die vorderingsreg wat die regmatige okkupeerder teenoor die eenaar van die saak verkry vir verbeterings aangebring. Wanneer die eenaar insolvent raak, het die regmatige okkupeerder die remedie dat hy 'n eis teen die insolvente boedel kan instel. Sy retensiereg op die saak beveilig dan sy vorderingsreg tot tyd en wyl sy eis deur die kurator erken is. Na my mening gaan die retensiereg van die okkupeerder laastens tot niet sodra sy eis deur die likwidateur erken is. Van der Merwe (511) dui aan dat 'n retensiereg, net soos enige ander saaklike sekerheidsreg, verval indien die skuldvordering waarvan dit afhanklik is, uitgewis word. Waar die regmatige okkupeerder egter in gebreke gebly het om 'n eis teen die insolvente boedel binne die voorgeskrewe tyd in te dien, behoort sy vorderingsreg teenoor die insolvente boedel, en daarmee saam sy retensiereg wat ter beskerming van die vorderingsreg dien, tot niet te gaan by afhandeling van die likwidasiëproses.

Die uitspraak in die saak van *Walker v Syfret* (supra) en latere regspraak wat op dieselfde beginsels gesteun het, dui aan dat die likwidasiëproses daarop gemik is om regsekerheid te bewerkstellig en die boedel finaal te beredder tot voordeel van regsopvolgers. Die kriterium wat Bouwer *Die Beredderingsproses van Bestorwe Boedels* 2e uitg 49 ten opsigte van bestorwe boedels formuleer, kan ook op insolvente boedels toegepas word, naamlik:

“Vanaf die oomblik wat hy aangestel is tot by voltooiing van sy taak, behoort die eksekuteur [kurator, likwidateur] se

handeling doelgerig af te stuur op die uitvoering van sy primêre funksie wat in *The Heirs Hiddingh v De Villiers, Denysen and others* (5 SC 298 op bl 308) soos volg saamgevat word: "It is laid down that his duty is to liquidate the estate. But an estate is liquidated when it is reduced into possession, cleared of debts and other immediate outgoings, and so left free for enjoyment by the heirs" (my kursivering).

Dit kan beslis nie tot bevordering van regsgerigheid en die voordeel van eiendomsverkrygers uit 'n insolvente boedel dien indien 'n retensiereg steeds na afhandeling van die likwidasiëproses van die boedel teen die eiendom gevestig bly nie.

2 *Wie is die eienaar van die boedelgoedere voor afhandeling van die likwidasiëproses?* In die onderhawige uitspraak verwys regter Hefer op 186 terloops na die kwessie van eienaarskap van die boedelbates. Kragtens artikel 361(3) van die Maatskappywet 61 van 1973 kan die hof in die finale likwidasiëbevel uitdruklik bepaal dat die geheel of enige gedeelte van die eiendom van die gelikwideerde maatskappy, roerend of onroerend, die likwidateur in sy amptelike hoedanigheid toeval.

Artikel 361(3) lui so:

"As dit om die een of ander rede dienstig blyk, kan die Hof in die likwidasiëbevel of in 'n latere bevel gelas dat al of 'n deel van die goed, sowel onroerend as roerend (insluitende vorderingsregte), wat aan die maatskappy, of namens hom aan trustees, behoort, op die likwidateur in sy amptelike hoedanigheid oorgaan, en daarna gaan die goed of die deel daarvan in die bevel vermeld aldus oor, en die likwidateur kan, na die vrywaring gegee is (as daar is) wat die Hof gelas, in sy amptelike hoedanigheid 'n aksie of ander geregtelike stappe instel of verdedig met betrekking tot daardie goed of wat nodig is om in te stel of te verdedig ten einde doeltreffend die maatskappy te likwideer en sy goed terug te vorder" (my kursivering).

Voorts bepaal artikel 361(1) dat die bewaring en beheer van die

eiendom by die meester van die hooggeregshof berus tot tyd en wyl 'n likwidateur deur die hof aangestel is.

In hierdie verband sê regter Hefer die volgende:

"It does not appear from the papers that such an order was ever made in the instant case and there is accordingly no reason for finding that the company's assets or the property that had been sold but not transferred to the plaintiff vested in the liquidator" (186E).

Die vraag wie die eienaar van boedelgoedere, hetsy in 'n bestorwe of insolvente boedel, is, is in die verlede telkens deur die howe onbeantwoord gelaat (sien Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 3e uitg (1977) 8). In die saak *Commissioner for Inland Revenue v Estate Crewe* 1943 AD 656 slaan die hof die teorie dat die erfgename van 'n bestorwe boedel onmiddellik eienaar word van die boedelbates by afsterwe die nek in deur te verklaar:

"But this cannot mean that the heirs are vested with ownership of specific assets in the estate, for what is vested in the heirs is the right to claim from the deceased's executors at some future time, after confirmation of the liquidation and distribution account, satisfaction of their claims under that account" (692).

Hierdie argument wat by bestorwe boedels geld, kan des te meer op insolvente boedels van toepassing gemaak word, waar daar by die maak van die likwidasiëbevel meestal nog geen regsopvolgers ten aansien van die boedelbates bestaan nie en die boedelbates beslis nog nie in eiendomsreg op regsopvolgers kan oorgaan nie.

Die hof maak in die *Estate Crewe*-uitspraak asook in daaropvolgende uitsprake geen melding van wie die eienaar van boedelbates voor afhandeling van die beredderings- of likwidasiëproses sou wees nie, en hierdie leemte in ons regspraak word ook in die *Soane*-beslissing aan gevoel.

'n Eenvoudige oplossing vir hierdie kwelvraag sou wees om maar weer eens die (ou) koei uit die sloot te gaan graawe en die boedel as regs-persoon te erken, welke regs-persoon dan eienaar van die boedelbates word en bly tydens die beredderings- of likwidasiëproses. Hierdie standpunt is alreeds by verskeie geleenthede in ons regsliteratuur geopper, onder andere deur Murray 1959 *SALJ* 371; 1962 *SALJ* 37; Van der Merwe en Rowland a w 10; Van Zyl onge-

publiseerde klasaantekeninge; *Nathan's Estate v CIR* 1948 3 SA 866 (N).

Dit sal verwelkom word indien die hof finaal uitsluitel oor die kwessie van eienaarskap van boedelbates oor afhandeling van die likwidasiëproses sal gee, aangesien wesenlike probleme op die gebied van die insolvensiereg en erfreg daardeur uit die weg geruim sal kan word.

GJ PIENAAR

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SWART v SWART 1980 4 SA 364 (O)

Egskedding – Wet 70 van 1979 – onherstelbare verbrokkeling van die huwelik – rol van gedrag by vasstelling van onderhoud deur hof – koste

Hierdie is die eerste gerapporteerde vonnis wat sekere aspekte van die Wet op Egskedding 70 van 1979 in diepte behandel. In die lig van die sonderlinge afwesigheid van pre-sedente oor die vertolking van hierdie wet wat voortdurend in die praktyk toegepas word, word hierdie uitspraak verwelkom (sien 367C).

Eerstens bespreek regter Flemming kortliks die begrip huweliksverbrokkeling. Alhoewel hy van mening is dat verbrokkeling van die huwelik "onvoorspelbaar en ondefinieerbaar" (368B) is, dui hy tog later 'n metode aan met behulp waarvan bepaal kan word of 'n besondere huwelik onherstelbaar verbrokkel het al dan nie:

"Ek meen dus dat vroegstens gesê kan word dat *verbrokkeling aanwesig is wanneer een van die eggenote nie langer 'n huweliks-verhouding met die ander eggenoot wil handhaaf nie*. Die vraag na die rede vir daardie besluit sal dan ontstaan. Die antwoord op daardie vraag mag die gedrag van een of beide partye betrek. Indien wel sal oorweeg moet word of daardie gedrag (of die afwesigheid van sulke gedrag) in verband met veral versoeningsvooruitsigte . . . 'n effek op die uiteindelijke Hofbevel het" (368D-E) (ons kursivering).

Hierdie metode, die volgende stelling van die regter op 368F: "Die

verbrokkeling van die huwelik en die redes daarvoor is nie objektief meetbaar nie en skep feitelike vrac" en die (misleidende) frase, in die eerste sin van die kopstuk: "Verbrokkeling van 'n huwelik . . . is *aanwesig* wanneer een van die eggenote nie langer 'n huweliksverhouding met die ander eggenoot wil handhaaf nie" (ons kursivering) mag met die eerste oog-opslag die indruk wek dat die regter 'n suiwer subjektiewe maatstaf voorstel om huweliksverbrokkeling te bepaal. Indien dié indruk korrek sou wees, sou dit beteken dat repudiasie van die huwelik deur een van die gades as 'n egskeddingsgrond erken word. Egskedding op aanvraag sou met ander woorde dan in ons reg moontlik wees. So 'n vertolking van die uitspraak is strydig met die bedoeling van die wetgewer soos dit uit artikel 3 blyk. By aandagtige deurlees van die uitspraak is dit egter duidelik dat die regter glad nie so 'n vertolking van die wet voorstaan nie.

Die werklikheid is ongetwyfeld dat omstandighede wat in een huwelik vir die betrokke gades onhoudbaar is en tot die onherstelbare verbrokkeling daarvan lei, in 'n ander huwelik geen probleme veroorsaak nie. Artikel 4(2)(b) wat bepaal dat owerspel deur

die een gade *wat vir die ander gade onaanvaarbaar* is op onherstelbare huweliksverbrokkeling kan dui, onderstreep die feit. Op 368A-B skets regter Flemming dan ook dié tipe situasie. Klaarblyklik is hierdie feit die rede waarom die regter nie 'n suiwer objektiewe vasstelling van huweliksverbrokkeling kan aanvaar nie. 'n Suiwer objektiewe maatstaf sou tot gevolg kon hê dat bepaalde egskedingsgronde, gemeet aan sekere omskrewe situasies, ontstaan en dit sou die bogenoemde realiteit negeer. Dit is ook duidelik in stryd met die bedoeling van die wetgewer, soos dit uit artikel 4(2) blyk.

Dat die regter ook nie 'n suiwer subjektiewe benadering voorstaan nie blyk in die eerste plek duidelik uit sy formulering van die metode om huweliksverbrokkeling te bepaal (368D-E). Hy kyk na die rede vir die besluit van een van die gades om 'n egskeding te vra en oorweeg die effek van die partye se gedrag om die vooruitsig op 'n versoening te bepaal. Tweedens sê die regter uitdruklik dat

“die objektiewe karigheid en oorkombaarheid van die redes waarom op die aanvra van 'n egskeding besluit is, 'n oortuiging mag bevorder dat die huwelik gered mag word” (368F-G).

Die benadering van die regter waarvolgens hy 'n balans tussen subjektiewe en objektiewe faktore handhaaf by die bepaling van huweliksverbrokkeling, is nie teenstrydig met die wet nie. Artikel 4(1) stel 'n wesenlik objektiewe maatstaf, naamlik

“dat die huweliksverhouding tussen die partye by die huwelik so 'n toestand van verbrokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie.”

Hierdie maatstaf sluit egter nie die moontlikheid uit nie dat subjektiewe faktore wel in ag geneem kan word om te bepaal of daar in elke bepaalde geval verbrokkeling plaasge-

vind het of nie. Dit blyk byvoorbeeld uit die gebruik van die woorde “tussen die partye” en “tussen hulle” in artikel 4(1). Ook artikel 4(2)(b) maak die subjektiewe gesindheid van die eiser deurslaggewend om huweliksverbrokkeling te bepaal.

'n Mens moet met regter Flemming saamstem vir sover hy wel subjektiewe faktore in ag neem om te bepaal of 'n betrokke huwelik verbrokkel het. Soos hierbo gesê, negeer 'n suiwer objektiewe maatstaf nie slegs die werklikheid nie, maar dit sou ook kon lei tot 'n te strakke toepassing van die maatstaf om huweliksverbrokkeling te bepaal. Dit sou naderhand kon meebring dat 'n juridiese definisie van die begrip “normale huweliksverhouding” ontstaan. So 'n definisie sou dan uit 'n lys van kenmerke van 'n normale huweliksverhouding bestaan wat sou meebring dat wanneer een of meer van die kenmerke in 'n bepaalde huwelik ontbreek, die huwelik outomaties as verbrokkel en dus ontbindbaar beskou word. Dus sou 'n huwelik wat volgens die partye inderdaad nie verbrokkel het nie, deur egskeding ontbind kon word. 'n Mens kan aanvaar dat hierdie juis een van die belangrikste oorwegings is waarom die wetgewer nie gepoog het om 'n woordoms krywing van die begrip normale huweliksverhouding te gee nie.

'n Suiwer subjektiewe maatstaf, daarteenoor, sal ook onaanvaarbare gevolge hê. So 'n benadering kom inderdaad daarop neer dat die vraag na huweliksverbrokkeling 'n suiwer feitlike vraag is wat nie aan die hand van enige algemeen geldende maatstaf beoordeel kan word nie. Hierdie gevolg is duidelik strydig met die bedoeling van die wetgewer wat wel 'n algemene maatstaf in artikel 4 stel. Verder sou die enigste manier om so 'n benadering toe te pas wees om 'n volledige en indringende ad hoc-ondersoek na die toestand van elke huwelik in te stel. Die Suid-Afrikaanse

Regskommissie het reeds in hulle verslag op die praktiese onuitvoerbaarheid van so 'n metode gewys. In die afwesigheid van volledige ad hoc-onderseke sou 'n bloot subjektiewe benadering meebring dat egskeiding op aanvraag verleen word. Die huwelik word egter in Suid-Afrika steeds as 'n maatskaplike instelling beskou wat deur die reg beskerm moet word (*Viljoen v Viljoen* 1968 3 SA 581 (A) 590). Om hierdie rede kan repudiasie nie as egskeidingsgrond aanvaar word nie: die gemeenskapsbelang by die huwelik as instelling sou daardeur in die gedrang kom.

Die ewewig tussen die sogenaamde objektiewe en subjektiewe faktore wat by die vasstelling van huweliksverbodding in ag geneem moet word, moet klaarblyklik behou word. Onses insiens blyk die bedoeling van die wetgewer in hierdie verband uit artikel 4. Artikel 4(1) bepaal dat onherstelbare verbodding van 'n huwelik die egskeidingsgrond is. Hierdie egskeidingsgrond is die objektiewe toestand van die huwelik, naamlik dat daar nie meer 'n normale huweliksverhouding tussen die gades bestaan nie. Om vas te stel of daar in 'n bepaalde huwelik, objektief gesien, 'n normale huweliksverhouding tussen die partye bestaan al dan nie, word ook subjektiewe faktore in aanmerking geneem. Dit blyk duidelik die bedoeling van die wetgewer te wees uit die voorbeelde van onherstelbaar verbodde huwelike wat hy in artikel 4(2) aandui. Regter Flemming benader die probleem skynbaar anders. Hy wil aan die hand van subjektiewe faktore bepaal of daar verbodding aanwesig is en dan objektiewe faktore gebruik om te besluit of die verbodding onherstelbaar is (368F-G). Dit is nietemin te verwelkom dat hy sowel subjektiewe as objektiewe faktore in ag neem en daardeur duidelik 'n balans tussen al die faktore soek.

Die belangrikste deel van die uitspraak handel oor die rol van die

gades se gedrag by die toepassing van artikel 7(2) met betrekking tot die vasstelling van die onderhoudspelig en die omvang van die onderhoud. Daar is aan die hof voorgelê dat gedrag slegs as 'n faktor by onderhoud in ag geneem kan word indien dit ernstig is. Regter Flemming behandel twee stappe by die oorweging van gedrag as 'n faktor by die onderhoudskwessie: eerstens moet bepaal word of die gedrag regtens relevant is en tweedens moet

“'n objektiewe maatstaf, naamlik billikheid, [bepaal] welke van daardie gedrag 'n invloed by die onderhoudskwessie moet hê” (368H).

In ooreenstemming met artikel 7(2) wat bepaal dat gedrag slegs 'n faktor is “vir sover dit op die verbodding van die huwelik betrekking het,” beslis regter Flemming:

“Vir sover onderhoud tussen die partye in gedrang kom, moet 'n geheelbeeld deurgaans voor oë gehou word en daarvolgens so ver moontlik deurgedring word na die gedrag, indien enige, wat werklik veroorsakend van die verbodding was” (368G).

Die regter gebruik vervolgens die billikheid as maatstaf om te bepaal welke juridies relevante gedrag in ag geneem moet word. Hy werp die Engelsregtelike benadering, naamlik dat slegs gedrag wat “obvious and gross” is, in ag geneem kan word (*Wachtel v Wachtel* 1973 1 All ER 829 (CA) en die sake wat daarop volg) omdat hy van mening is dat so 'n bedoeling nie uit die wet afgelei kan word nie en dat so 'n benadering nie prakties of logies is nie (370A). Deur middel van 'n vergelyking van die bewoording van artikels 7, 9 en 10 kom die regter tot die gevolgtrekking dat artikel 7(2) nie gerig is slegs op ernstige gedrag nie. (Artikel 7(2) betrek “gedrag vir sover dit op die verbodding van die huwelik betrekking het,” artikel 9 “enige wesenslike wangedrag” en artikel 10 “gedrag vir sover dit ter sake is.”) Die regter verwys na twee wenslikheidsoorweg-

ings ten gunste van 'n uitleg dat slegs ernstige gedrag relevant behoort te wees, soos onder andere deur Hahlo en Sinclair in hulle byvoegsel tot *The South African Law of Husband and Wife* 45 en 46 uiteengesit, en konkludeer dat dit nie 'n wysigende uitleg van artikel 7 regverdig nie (370D).

Regter Flemming onderskei die benadering in die Engelse reg naamlik dat slegs gedrag wat "obvious and gross" is, in aanmerking geneem word, eerstens op grond van die feit dat die ooreenstemmende artikel in die Engelse Matrimonial Causes Act van 1973 handel oor 'n bevel wat gerig is op die herverdeling van bates en koopkrag van die gades en nie op onderhoud nie, en tweedens omdat so 'n bevel 'n gade se vervullingsinteresse "having regard to the conduct" beoog (372D-F). Artikel 7(2) daarenteen verg slegs 'n bevel betreffende onderhoud "wat die hof billik ag." Hy beslis gevolglik dat die hof se taak slegs is

"om te besluit wat in al die omstandighede billik is waarby die gedrag van die partye in aanmerking geneem kan word sonder om ten koste van billikheid 'n beperking in te lees" (372H).

Die voordeel van die Engelsregtelike benadering is die feit dat die invloed van gedrag op die finansiële gevolge van egskedding in die regte perspektief geplaas word. Die regs-kommissie het reeds in hulle verslag daarop gewys (par 3 3) dat hierdie ontwikkeling in Engeland die wenslike gevolg het dat die skuld van die partye 'n baie ondergeskikte rol speel. Die soepeler maatstaf van billikheid soos deur regter Flemming uiteengesit laat ruimte vir minder ernstige gedrag om in aanmerking geneem te word sodat skuld gevolglik 'n te groot rol kan speel. Dit sal alles daarvan afhang welke vertolking aan die billikheid in hierdie verband gegee word. Die regter self sê:

"Aanvoeling van billikhede . . . mag wel daartoe lei dat artikel 7(2) so toegepas word dat in die praktyk slegs

'n *ernstige* oorwig van 'skuld' die billikheid kan versteur wat deur ander oorwegings gedikteer word . . ." (371D).

Ons meen dat vir sover die maatstaf van "obvious and gross" gedrag ook maar op billikheidsoorwegings gebaseer is, die uiteindelijke ontwikkeling in Suid-Afrika ook sal wees dat die billikheid sal veroorsaak dat slegs ernstige gedrag in dié verband relevant sal wees. So 'n ontwikkeling is onses insiens in ooreenstemming met die gees van die wet waarin die grondslag van die onderhoudsplig na egskedding verander is. Onderhoud is nie meer gebaseer op die skuldige gedrag van die onderhoudspligtige gade nie, maar eerder op die ekonomiese realiteit. Gedrag kan slegs as 'n billikheidsfaktor die ekonomiese situasie beïnvloed.

Vervolgens ontleed die regter die feite ten einde te bepaal watter gedrag van die partye juridies relevant is. Die regter kom tot die gevolgtrekking dat "geeneen van die partye se gedrag 'obvious and gross' [is] nie" (375D). Aangesien hy reeds bevind het dat die gedrag nie "obvious and gross" hoef te wees ten einde as juridies relevant aangemerkt te word nie, kan dit egter nogtans in ag geneem word. Slegs gedrag wat op die verbokkeling van die huwelik betrekking het, is relevant, en daarom is gedrag 'n onveranderlike faktor vir sover dit by 'n wysigingsbevel van onderhoud na die egskedding ter sprake mag kom. Dit is gevolglik onwenslik dat gedrag as 'n faktor weer volledig by 'n aansoek om wysiging van die onderhoudsbevel ondersoek moet word. Daarom behoort gedrag so "akkuraat moontlik aangedui [te] word" (375F). Alhoewel die gedrag self onveranderlik is, kan die invloed daarvan op ander faktore genoem in artikel 7(2) wel as gevolg van gewysigde omstandighede verander. Die enigste praktiese wyse waarop die mate van verwytbaarheid van gedrag geboekstaaf kan word, is om rekenkundig daaraan uitdrukking

te gee en die hof meen dat die verweerder in die onderhawige geval 60% van die verwytbare gedrag aan die dag gelê het (of moontlik tweederdes of selfs 80%). Die bedoeling is egter nie dat hierdie rekenkundige vasstelling die omvang van die bedrag onderhoud persentueel moet bepaal nie (bv dat die eiseres slegs 60% onderhoud sal kry nie (375G)). Vir sover al die faktore wat in artikel 7(2) vermeld word by 'n aansoek om wysiging van onderhoud weer oorweeg moet word, skyn hierdie benadering die enigste praktiese oplossing van die probleem te wees.

Laastens bepaal die regter volgens billikheid welke invloed die juridies relevante gedrag as een van die faktore vermeld in artikel 7(2) op die onderhoudsbevel moet hê (376B). Hy beskou die feit dat die "verbrokkeling van die huwelik tot so 'n groot mate deur verweerder se optrede veroorsaak is" "as 'n gewigtige negatiewe faktor" teenoor die vermoë van die eiseres om haarself te onderhou (378A). Hierdie uitlating is die enigste wat spesifiek op die invloed van die gades se gedrag op die uiteindelijke onderhoudsbevel betrekking het. Die regter maak sy uiteindelijke bevinding omtrent welke gevolg die billikheid dikteer in die lig van 'n geheelbeeld van al die faktore vermeld in artikel 7(2). Betreffende die relatiewe gewig van die onderskeie faktore is die regter van mening dat

"die noodsaak aan billikheid dit onmoontlik [maak] om af te lei dat enige van die toelaatbare oorwegings altyd oorheersende gewig moet dra" (376G).

Die uiteindelijke slotsom waartoe regter Flemming kom, is eerstens dat die

"verweerder nie 'n betaling ten aansien van die dag tot dag onderhoud [van die eiseres] moet maak nie" (378F).

Tweedens is hy egter van mening dat die billikheid verg dat die verweerder 'n bydrae tot die toekomstige mediese koste van die eiseres moet maak. Die eiseres het so 'n bevel as 'n alternatief

in haar bedes gevra en die billikheids-oorwegings wat die regter tot hierdie bevel beweeg blyk uit bladsye 377-378.

Die uiteindelijke bevel, naamlik dat verweerder 50% en in sommige gevalle 100% van die eiseres se toekomstige mediese koste moet dra, is 'n eienaardige "onderhoudsbevel." Alhoewel die bevel klaarblyklik 'n onderhoudsbevel kragtens artikel 7(2) is, sê regter Flemming:

"Die bevel . . . is nie bedoel as 'n 'nominale' onderhoudsbevel of as 'n kapstok vir 'n wysigingsaansoek nie maar bloot omdat dit billik geag word dat die besondere risiko afgeweer word" (378G-H).

Die vraag ontstaan of die regter met hierdie opmerking bedoel dat die eiseres nie in staat moet wees om later kragtens artikel 8 aansoek te doen om wysiging van die bevel nie. Indien dit die bedoeling sou wees, sal dit waarskynlik geen effek hê nie aangesien artikel 8 baie duidelik van toepassing is op alle onderhoudsbevele ingevolge die wet. 'n Bevel kragtens artikel 7(2) is 'n onderhoudsbevel en indien dit eenmaal uitgereik is, verleen artikel 8 aan beide partye die reg om later om wysiging daarvan aansoek te doen indien daar "voldoende rede daarvoor bestaan." 'n Mens kan waarskynlik met veiligheid aanvaar dat die regter nie bedoel het om die bevel onveranderbaar te laat nie aangesien hy vroeër in die uitspraak juis met die oog op latere wysiging die gedrag van die gades rekenkundig geboekstaaf het.

Die toepassing van artikel 10 met betrekking tot 'n kostebevel is die laaste aspek wat deur die eiseres en verweerder in geskil geplaas is en waaroor die hof moes beslis. Artikel 10 bepaal dat 'n kostebevel ten gunste van die "suksesvolle party" gegee moet word tensy die hof "met inagneming van die vermoëns van die partye en hulle gedrag vir sover dit ter sake is dit billik ag dat 'n ander bevel verleen moet word." Regter Flemming merk tereg op dat 'n

egskeidingsbevel eintlik nie meer ten gunste van een van die partye verleen behoort te word nie, maar vind dit onnodig om in hierdie geval daarvoor te beslis (379A). Hy pas vervolgens artikel 10 toe. In die eerste plek bepaal hy dat die eiseres die suksesvolle litigant is omdat die geskilpunt eintlik oor onderhoud gehandel het en die eiseres in dié verband geslaag het. In die tweede plek beskou hy as gedrag wat ten opsigte van koste ter sake is die feit dat die verweerder geen onderhoud aan die eiseres aangebied het nie en dat die eiseres se koste onregverdig deur die ver-

weerder veroorsaak is. In die derde plek oorweeg hy die finansiële vermoëns van die partye en bevind dat die feit dat die verweerder 'n miljoenêr is, nie die eiseres se eis om koste steun nie, aangesien sy self nie in haar daaglikse leefwyse benadeel sou word deur 'n bydrae tot die koste te maak nie. Met inagneming van al bogenoemde bevindings, reik die regter 'n kostebevel ten gunste van die eiseres uit.

AH BARNARD
ANNÉL VAN ASWEGEN
Universiteit van Suid-Afrika

VITORIA v UNION NATIONAL SOUTH BRITISH INSURANCE CO LTD 1980 4 SA 406 (T)

Bydraende nalatigheid – versuim om veiligheids gordel te dra

In hierdie saak het die interessante vraag ter sprake gekom of 'n eiseres wat beserings opgedoen het in 'n motorongeluk wat uitsluitlik aan die nalatigheid van iemand anders te wyte was, bydraend nalatig was bloot omrede sy versuim het om 'n veiligheids gordel te dra as gevolg waarvan haar beserings vergroot is.

Ten aanvang wys waarnemende regter Spoelstra daarop dat die vraag na die eiseres se nalatigheid beantwoord moet word met verwysing na die gedrag van die redelike man. Hy verklaar:

“She would be considered negligent if a reasonable man in the same circumstances would have foreseen the likelihood of harm to himself and would have fastened the seat belt to protect himself against such harm” (411E).

Regter Spoelstra besluit dat die versuim om 'n veiligheids gordel te dra in casu nie nalatig was nie. Hy verduidelik soos volg:

“In our law, as I understand it, a defendant who alleges contributory negligence on the part of a plaintiff in a motor collision case, must prove that, having regard to all the surrounding circumstances and to the prevailing traffic conditions in particular, a reasonable man in the position of the plaintiff would have recognised the possibility of a collision as a real one. A mere distant, notional or theoretical possibility does not suffice. The potential of harm arising from the dangerous situation must be so actual that it would be unreasonable not to guard against it.

Motor collisions do occur. That much is common knowledge. It is also well known that they occur when least expected and even to people whose driving has conformed at all material times with that of the reasonable man. However, more often than not, they are caused by the careless and inconsiderate manner in which the motor cars involved are driven. Driving in accordance with the high standard set by the reasonable man does not remove all risk. It is still possible that some day,

along some road, some grossly negligent driver may spring a trap from which even the reasonable man cannot escape. That is a chance the reasonable man takes. By applying his mind to his driving and by taking such precautions as the occasion demands, a reasonable man will expect little else than the enjoyment of a long and happy driving career. Should his passenger view his chances of reaching the end of their journey in safety more gloomily? When travelling with a competent and careful driver, the risk of becoming involved in a collision becomes so remote that, in my view, a reasonable man would not consider such a possibility as a real and likely one, unless the circumstances prove otherwise. No hard and fast rule can be laid down. Each case will have to be decided on its own facts" (413A-E).

Die bevinding dat die versuim om 'n veiligheidsgordel te dra in hierdie omstandighede nie nalatigheid daarstel nie, is onses insiens vatbaar vir kritiek.

Die tradisionele toets vir nalatigheid behels die vraag na die redelike voorsienbaarheid en die redelike voorkombaarheid van skade in die algemeen (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430; sien in die algemeen Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 76 e v). Ten einde vas te stel of skade redelikerwys voorsien- en voorkombaar is, het onder meer die volgende riglyne reeds in die regspraak uitgekristalliseer:

"The sort of circumstances . . . which the Courts often look to in cases such as this in deciding what degree of foreseeability must be proved by the plaintiff before a defendant can be held responsible for the resultant damage are these: (1) How real is the risk of the harm eventuating? (2) If the harm does eventuate, what is the extent of the damage likely to be; and (3) what are the costs or difficulties involved in guarding against the risk?" (*Sien Lomagundi Sheet Metal and Engineering (Pty) Ltd v Basson* 1973 4 SA 523 (RA) 524-525. Sien in die algemeen Van

der Walt 76 e v.)

Die hof moet gevolglik in sekere gevalle die waarskynlikheid van die intrede van die skadestigtende gebeurtenis opweeg teen die waarskynlike erns en omvang van die nadeel indien die gebeurtenis sou plaasvind (*Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 477; *Santam Insurance Co Ltd v Nkosi* 1978 2 SA 784 (A) 792) ten einde te bepaal of die skade as redelikerwys voorsienbaar bestempel kan word. Dit beteken dat waar die omvang en erns van die skade waarskynlik baie groot sal wees indien die gebeurtenis plaasvind - al is die kans dat die gebeurtenis sal intree, gering - die skade as redelikerwys voorsienbaar beskou word (sien in die algemeen Van der Walt 79 e v en die regspraak waarna hy daar verwys). Waar dit die geval is, moet verder bepaal word of, en indien wel, welke stappe die redelike man sou gedoen het om die skade te voorkom. Hierdie besluit hang onder andere af van die koste en moeilikheidsgraad verbonde aan sodanige stappe.

Om terug te keer na die onderhawige saak. By die bepaling of die versuim om 'n veiligheidsgordel te dra nalatig is, neem die regter slegs die waarskynlikheid dat 'n motorongeluk sal intree in ag sonder om ook te vra wat die waarskynlike erns en omvang van die skade (beserings) sal wees indien 'n ongeluk wel plaasvind. Dit behoeft vandag geen betoog nie dat die versuim om 'n veiligheidsgordel tydens 'n motorbotsing te dra meesal veel ernstiger beserings - of selfs die dood - tot gevolg het as wat andersins die geval sou wees. Gesien in hierdie lig, al is die kans dat 'n motorongeluk sal plaasvind in die algemeen gering (soos regter Spoelstra bevind het (413A-E)), is die skade nogtans redelikerwys voorsienbaar weens die waarskynlike erns en omvang van die skade. Die verdere konsekwensie is dat die redelike man

beslis stappe sou gedoen het (sy veiligheids gordel sou aangesit het) om die skade te beperk – soveel te meer omdat die aansit van ’n gordel geen koste nie en weinig moeite meebring. Die slotsom is dus dat die versuim om in die onderhawige omstandighede ’n veiligheids gordel te dra op nalatige gedrag neerkom. (Hierdie gevolgtreking word verder gerugsteun deur die feit dat die nie-nakoming van die *statutêre verpligting* om ’n veiligheids gordel te dra waarskynlik sterk aanduidend van nalatigheid is (sien in die algemeen Van der Walt 83–84 oor die nie-nakoming van statutêre verpligtinge).)

Die vraag ontstaan nou of sodanige nalatige optrede *bydraende nalatigheid* vir doeleindes van artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 daarstel. Hieroor bestaan daar verskil van mening in die regspraak.

In *King v Pearl Insurance Co Ltd* 1970 1 SA 462 (W) het regter Colman in eksepsiestadium beslis dat die nalate van die eiseres om ’n valhelm te dra onderwyl sy die bromponie bestuur het wat in ’n botsing met ’n motor betrokke was, *nie* op bydraende nalatigheid neerkom nie. Die regter grond sy uitspraak hoofsaaklik op die argument dat slegs nalatigheid met betrekking tot *die skadestigtende gebeurtenis*, anders as nalatigheid met betrekking tot *die skade self*, vir doeleindes van die wet in aanmerking kom. Daarenteen staan die hof in *Bowkers Park Komga Co-operative Ltd v SAR & H* 1980 1 SA 91 (OK) besonder krities teenoor hierdie benadering. Regter Addleson (97E) beskou regter Colman se standpunt as “both artificial and unnecessary on the plain wording of the section [a 1(1)(a)].” Volgens hom blyk onomwonde uit die artikel self dat dit by bydraende nalatigheid om skuld met betrekking tot die skade gaan en nie om skuld ten aansien van die skadestigtende gebeurtenis nie. Daarom kan ’n eiser se

bydraende nalatigheid met betrekking tot sy skade in beginsel altyd tot ’n vermindering van skadevergoeding aanleiding gee al kan hy nie vir die skadestigtende gebeurtenis verwyrt word nie. In casu (410C–F) wou regter Spoelstra nie vir een van die benaderings kant kies nie. Onses insiens is die opvatting in die *Bowkers*-saak egter te verkies (sien ook Boberg 1980 *SALJ* 204 e v; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 160 vn 46; Van der Walt 90). Toegepas op die feite in casu beteken dit dat die eiseres se nalatigheid weens haar versuim om ’n veiligheids gordel te dra in berekening gebring moet word by die bepaling van die bedrag skadevergoeding wat aan haar toegestaan word – natuurlik slegs vir sover haar bydraende nalatigheid inderdaad tot die vermeerdering van haar skade bygedra het. Uit die aard van die saak het die verweerder se nalatigheid op die volle omvang van die skade betrekking. Die eiseres, daarenteen, kan net verwyrt word vir die skade wat ingetree het weens haar versuim om ’n veiligheids gordel te dra. Daarom kan artikel 1(1)(a) net aanwending vind met betrekking tot laasgenoemde skade. ’n Voorbeeld kan ter illustrasie dien: A ly R10 000 skade weens ’n motorbotsing wat uitsluitlik aan B se nalatigheid te wyte is. Daar word bewys dat A se skade slegs R6 000 sou beloop het indien hy nie medewerkend nalatig was weens sy versuim om ’n veiligheids gordel te dra nie. (A se versuim het dus bygedra tot die R4 000 vermeerdering van die skade.) Hieruit volg dat, wat die R6 000 betref, B alleenlik daarvoor aanspreeklik is. Die orige R4 000 is weens A se medewerkende nalatigheid ingevolge artikel 1(1)(a) aan verdeling onderworpe (sien Van der Merwe en Olivier 160 vn 46 en Boberg 206).

J NEETHLING
JM POTGIETER
Universiteit van Suid-Afrika

**VITORIA v UNION NATIONAL SOUTH BRITISH INSURANCE
CO LTD 1980 4 SA 406 (T)**

Nalatigheid – “skuld” in artikel 1(3) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 – nalatigheid wat slegs tot die quantum van skade bydra – versuim om veiligheids gordel te dra

Hierdie is die vierde saak waarin botsende menings uitgespreek word oor die vraag of nalatige optrede wat slegs tot die quantum van skade bygedra het, en nie tot die feit van skade nie, as medewerkende nalatigheid ingevolge die Wet op Verdeling van Skadevergoeding beskou moet word. In *King v Pearl Insurance Co Ltd* 1970 1 SA 462 (W) het regter Colman bevind dat die versuim van 'n ligtemotorfiets-ryer om 'n valhelm te dra, nie bygedra het tot die botsing nie, daarom nie medewerkende skuld in die gemenerereg sou wees nie en daarom ook nie medewerkende nalatigheid ingevolge artikel 1(1) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding kon wees nie. Hierna het die ongerapporteerde saak van *Sparg v AA Mutual Insurance Association Ltd* No 1517/1978 (OK) gevolg waarin waarnemende regter Solomon bevind het:

“It cannot in my view, be said that conduct on the part of the plaintiff which did not contribute to the event giving rise to a claim, would have the effect of depriving plaintiff of damages arising from the sole negligence of the driver of the insured vehicle.”

'n Ommeswaai kom in *Bowkers Park Komga Co-operative Ltd v SAR & H* 1980 1 SA 91 (OK). Regter Addleson stem nie met die vorige uitsprake saam nie:

“In so far as the learned Judge sought to base his conclusion on the necessity for there being a causal connection between the plaintiff's negligence and ‘the event’ (the accident) I am respectfully constrained to disagree with that conclusion . . . If there is found to be a causal connection between any negligent acts or omissions on the part of the plaintiff and that damage, then in my view it is open to a Court to hold that such acts or omissions contribute

‘fault’ as contemplated by s 1(1) of the Act” (97H).

In die onderhawige saak word bydraende nalatigheid weer geopper omdat eiseres nie haar veiligheids gordel gebruik het nie. Die hof systap die probleem deur te bevind dat dit nie nalatigheid daarstel om nie 'n veiligheids gordel te dra nie. In 'n obiter dictum verklaar waarnemende regter Spoelstra dat hy nie oortuig is dat die hof in die *King*-saak die woord “skuld” verkeerd geïnterpreteer het nie en spreek hy twyfel daaroor uit of ons deliktereg 'n persoon kan verplig om sy skade wat nog nie gerealiseer het nie, te beperk.

'n Mens het geglo dat die beste mening uiteindelik in die *Bowkers Park Komga*-saak geseëvier het, maar die obiter-mening van waarnemende regter Spoelstra sal weer 'n gefladder in die duiwehok veroorsaak wat nie tot rus sal kom alvorens die appèlhof oor hierdie regspunt uitsluitel gegee het nie. Dat die beste mening in die *Bowkers Park Komga*-saak gehuldig is, word onderskryf deur Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 90 93 vn 56; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 4e uitg (1980) 160; Boberg 1980 *SALJ* 204–207; Erasmus en Gauntlett *The Law of South Africa* (Joubert red) bd 7 par 29.

Alhoewel dit slegs 'n obiter dictum van waarnemende regter Spoelstra is, moet daar teen sy benadering wal gegooi word. Op die feite soos deur die partye ooreengekom in die *Vitoria*-saak kan die volgende opmerkings gemaak word:

Eerstens spreek die obiter dictum van 'n verwarring tussen medewerkende skuld en die reël dat 'n eiser sy

skade moet beperk. Hierdie twee begrippe is verskillend. (*The Law of South Africa* bd 7 par 27).

Verder is dit foutief om vir nalatigheid te toets voordat die onregmatigheid al dan nie (ook in die wye sin waarop ek hieronder terugkom), bepaal is. (*S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) 436).

Onderliggend aan die uitsprake in die *King*-, *Sparg*- en *Vitoria*-sake is 'n foutiewe moraliteitsoorweging dat 'n "onskuldige" eiser se vordering beperk sal word. Indien die eiser op skuldige wyse bygedra het tot hierdie skade (in die breëre sin van vermoënsbenadeling en persoonlikheidsbenadeling) is hy duidelik juridies medeverantwoordelik daarvoor en sal dit skreidende onregverdig wees as die verweerder die totale skadelas moet dra.

Deur 'n eiser slegs daardie gedraginge toe te reken wat kousaal verbind is met die feit van skade en nie die gedraginge wat kousaal verbind is met die quantum van skade nie, is om weer lewe te blaas in die "laaste geleentheidsreël" wat uitdruklik deur artikel 1(1)(b) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding afgeskaf is. Volgens gemelde reël is die party wat die laaste geleentheid gehad het om die feit van skade/"event"/botsing te voorkom naamlik ten volle aanspreeklik vir alle skade wat daaruit voortgevloei het.

Die reg aangaande die onregmatige daad is daarop gerig om skade wat onregmatig en skuldig veroorsaak is, te herstel. Die gebeurtenis/"event"/botsing is slegs sprekend van die handelingselement met betrekking tot een van die partye. As sodanig is dit irrelevant vir die privaatreë maar eers relevant as 'n regskenking daaruit resulteer. Sodra 'n regskenking voor hande is, vra die reg wat dit veroorsaak het. Indien op die oorsaaklikheid van die skadepos ingegaan word, sal gevind word dat die handeling van die verweerder (die veroorsaking

van die botsing) *asook* die handeling van die eiser (die versuim om 'n veiligheids gordel te dra) bygedra het tot die skadepos. Die kousaliteitsvraag is tweeledig. Eerstens behels dit 'n feitlike vraag wat aan die hand van die *conditio sine qua non*-toets beantwoord word (*Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 33-34). Indien die botsing nie plaasgevind het nie sou die skade nie ingetree het nie. Maar indien die eiser 'n veiligheids gordel gedra het, sou die skade nie Rx oorskry het nie. Met ander woorde die verweerder se handeling is 'n *conditio sine qua non* vir die skadepos tot by Rx en die eiser se handeling (*omissio*) is 'n *conditio sine qua non* vir die skadepos ho Rx. Maar dit is nie vir die hof nodig "[to] embark upon the impossible task of determining degrees of causation" nie (*South British Insurance Co Ltd v Smit* 1962 3 SA 826 (A)). Slegs indien die gedraging kousaal verbonde is aan die skadepos as sodanig word die verdeling ooreenkomstig die skuldafwykinge van die partye bepaal. Die juridiese kousaliteitsleer is moeiliker. Van der Walt *Delict* 102-104 se benadering is meer bevredigend waar hy nóg die "direct consequence" nóg die voorsienbaarheidstoets as enigste maatstaf stel. Die hof moet in die totaal van omstandighede

"determine whether a reasonable close or direct relationship existed between the relevant factually related cause and consequence" (Van der Walt *Delict* 104).

Sekerlik voldoen sowel die commissio van die verweerder as die *omissio* van die eiser aan hierdie toets.

Op die gebied van aanspreeklikheid vir 'n *omissio* is daar klaarheid in ons reg na die uitsprake van *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1961 4 SA 727 (T); *Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd* 1973 3 SA 69 (A); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A).

Of daar 'n regsplig op 'n persoon rus om in bepaalde omstandighede

deur positiewe optrede skade te voorkom, moet volgens die norme van die objektiewe reg bepaal word. Waar daar geen duidelike uitgekristalliseerde norme bestaan nie, moet volgens die algemene maatstaf van objektiewe redelikeheid besluit word of daar so 'n regsplig bestaan. In die totaal van omstandighede waarin die botsing plaasvind, word alle faktore wat volgens die gemeenskapsopvatting mag dui op 'n regsplig, in ag geneem (Van Rensburg 1976 *THRHR* 175-176). 'n Faktor wat 'n rol kan speel, is byvoorbeeld waar 'n statuut 'n persoon verplig om 'n veiligheidsgordel te dra (Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad* 33-51; McKerron *The Law of Delict* 7e uitg (1971) 25). Hoewel 'n persoon streng genome nie teenoor homself onregmatig kan optree nie, is ek van mening dat die vraag of hy deur sy skuldige versuim tot sy eie skade bygedra het, eers beantwoord kan word as dit blyk dat die versuim "onregmatig" (in 'n wye sin) was, dit wil sê dat daar in die omstandighede 'n "regsplig" op hom gerus het om te handel. Pas 'n mens nou die genoemde norme met betrekking tot die onregmatigheid van 'n late op die eiseres toe, dan blyk dit myns insiens ongetwyfeld dat daar in die omstandighede 'n regsplig op haar gerus het om haar veiligheidsgordel vas te maak en dat haar versuim in die omstandighede "onregmatig" was.

Eers wanneer onregmatigheid bevind is, ontstaan die vraag na skuld. Streng genome kan 'n persoon natuurlik ook nie skuld ten aansien van sy eie skade hê nie - sy dit dan net omdat hy nie onregmatig teenoor homself kan optree nie, en skuld veronderstel 'n onregmatige gedraging. Die Wet op Verdeling van Skadevergoeding noodsaak egter 'n ietwat losse gebruik van die term "skuld" en 'n mate van aanpassing van die nalatigheidstoets. Ietwat simplisties word die toets soos volg geformuleer: Sou die redelike man in

die plek van die verweerder benadeling van 'n ander voorsien en voorkom het? (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A)). In casu word die vraag dan of die redelike man in die plek van die eiseres benadeling van haarself sou voorsien en voorkom het.

In die lig van die aanvaarde feite in die *Vitoria*-saak, naamlik dat algemeen gesproke die dra van veiligheidsgordels 'n wyse en verstandige maatreël is; dat dit beserings of ernstige beserings voorkom; dat die dra daarvan wetlik verpligtend is; dat sedert 1965 intensiewe propaganda deur die Nasionale Verkeersveiligheidsraad vir die dra van veiligheidsgordels gemaak is; en dat eiseres bewus moes gewees het van die voordele van die veiligheidsgordel en sy besluit het om dit te negeer, vergeet het of nie daaraan gedink het nie, is die bevinding van nienalatigheid klaarblyklik foutief. Die redes vir die bevinding was dat eiseres in 'n motor geklim het wat deur 'n redelike man bestuur is (411H); dat die betrokke bestuurder nie nalatig bestuur het nie en nie growwe nalatige optrede van die versekerde voertuig se bestuurder voorsien het nie (412H); dat eiseres nie 'n botsing as 'n werklikheid voorsien het nie (413B); en dat "[a] mere distant, notional or theoretical possibility does not suffice. The potential of harm arising from the dangerous situation must be so actual that it would be unreasonable not to guard against it" (143B-C).

Natuurlik *vertrou* elke insittende dat hy nie in 'n botsing (wat nie net deur die growwe nalatigheid van 'n ander veroorsaak kan word nie) betrokke sal raak nie. Nogtans sal die diligens paterfamilias vandag sekerlik sy veiligheidsgordel aansit. Dit sal hy doen, nie omdat hy 'n botsing as "so actual" voorsien nie, maar omdat hy wel die moontlikheid daarvan sal voorsien, wat glad nie so ver verwyder is dat dit as bloot teoreties beskou kan

word nie. Daarom was die eiseres myns insiens nalatig.

Omdat die eiseres "onregmatig" en "skuldig" tot die quantum van haar skade bygedra het, sou 'n verdeling ingevolge artikel 1(1)(a) van die Wet

op Verdeling van Skadevergoeding 'n billike en regverdige beslissing gewees het.

JY CLAASEN
Universiteit van die Oranje-Vrystaat

AIR-KEL h/a MERKEL MOTORS v BODENSTEIN 1980 3 SA 917 (A)

Eiendomsoorgang van roerende goed – lewering by wyse van "attornment"

Doornhoek (D) het op 1977-02-21 'n vrugmotor aan Botes (B) verkoop wat dit op sy beurt (ook op 1977-02-21) weer by Air-Kel h/a Merkel Motors (MM) vir 'n ander voertuig (onderworpe aan die voorwaarde dat verdere finansiële reëlings getref sou word – wat op 1977-03-28 wel gebeur het) ingeruil het. Daadwerklike beheer oor die vrugmotor is egter nooit aan B of MM oorgedra nie, aangesien dit reeds vóór 1977-02-21 in die beheer van VV Panceelkloppers (VV) geplaas is. B het tydens die verkoop 'n kennisgewing van verandering van eiendomsreg (ingevolge a 42 van die Ordonnansie op Padverkeer 21 van 1966) aan MM oorhandig. 'n Dag of twee later het MM VV mondelings meegedeel "dat die betrokke voertuig, TBC 5987, aan Merkel Motors behoort." 'n Derde, Bodenstein (X), het as vonnisskuldeiser van D op die vrugmotor beslag laat lê. Tydens die beslaglegging "het mnr Van Vreden [van VV aan die geregsbode] gesê die trok is oorgeneem deur Merkel Motors." In 'n tussenpleitgeding het MM as aanspraakmaker beweer dat eiendomsreg deur B aan hom oorgedra is en dat die beslaglegging dus opgehef moes word. Die landdroshof het MM gelyk gegee, maar in appèl is beslis dat daar geen lewering aan MM plaasgevind het nie. In 'n verdere appèl is MM se betoog eweneens van die hand gewys.

By die beantwoording van die vraag of eiendomsreg op MM oorgegaan het terwyl die voertuig in die

fisiese beheer van VV was, het die hof verskeie belangrike aspekte aangesny:

1 Die *facta probanda* vir die oordrag van eiendomsreg van roerende sake is 'n saaklike ooreenkomstige plus lewering. Die oorspronklike betekenis van lewering as *oorhandiging* is uitgebrei om ook *besitsoordrag* (wat wesenlik nog steeds die "verskuiwing van een persoon na 'n ander van die regstreekse daadwerklike beheer van die saak teweegbring") te omvat.

2 Middellike besit (waar een persoon besitter is sonder dat hy self oor daadwerklike beheer beskik, maar 'n ander as detentor dit wel namens hom doen) kom egter wel voor. Dit skep die moontlikheid van besitsoordrag by wyse van blote ooreenkoms. In hierdie verband is lewering by wyse van *constitutum possessorium* en *traditio brevi manu* aan die Suid-Afrikaanse reg bekend. Waar 'n *derde* egter in beheer van die saak is (en bly) kan besitsoordrag geldig by wyse van "attornment" plaasvind.

3 Appèlregter Jansen stel as geeykte reg dat besitsverskuiwing in die geval van middellike besit by wyse van "attornment" die wilsooreenstemming van drie partye, naamlik van die oordraer, die ontvanger en van die derde, wat as houer optree, vereis. Die wilsverklaring van die houer kom daarop neer dat hy instem om in die toekoms namens die nuwe verkryger te hou.

4 Appèlregter Jansen bespreek voorts die vraag of *Caledon en Suidwestelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel* 1972 1 SA 270 (A) enige wysiging in die geykte posisie rakende "attornment" aangebring het. Hy betwyfel die korrektheid van die standpunt van Van der Merwe en Neethling 1973 *THRHR* 86-87, Cronjé 1976 *THRHR* 245 262, Silberberg *Law of Property* 172 en Van der Merwe *Sakereg* 221 dat in die *Caledon*-beslissing afgesien is van die gestelde vereiste dat die derde nog steeds in beheer van die saak moes wees in die stadium wanneer oordrag van regte plaasvind.

5 Daar word voorts verduidelik wat die begrip "sessie" by die oordrag van regte in die geval van 'n huurkoopkontrak inhou: eerstens, 'n saaklike ooreenkoms om die eiendomsreg oor te dra (die *animus transferendi*) en te ontvang (die *animus accipiendi*), en tweedens die normale sessie van die vorderingsregte uit die huurkoopkontrak. Voordat eiendomsreg egter kan oorgaan, moet daar lewering – in hierdie geval by wyse van "attornment" – wees.

6 In die *Caledon*-beslissing (waar dit gegaan het oor die oorgang van eiendomsreg by die sessie (of verdiskontering) van 'n huurkoopkontrak) was die *ratio decendi* dat

"... in plaas van werklike oordrag... 'n wilsverklaring van die besitter [dit is die derde as houër] verwag [word] dat hy namens die toekomstige sesionaris sal besit" (274H-275A).

Hierdie stelling word in die *Air-Kel*- gewysde soos volg geïnterpreteer: "Wat wel 'n ontwikkeling in die reg is, is dat deur hierdie beslissing aanvaar word dat by die soort lewering ter sprake, die houër by voorbaat 'n effektiewe wilsverklaring kan doen dat hy bereid is om namens 'n moontlike toekomstige verkryger te hou" (924E-F).

Die implikasie hiervan is dat die derde (meestal 'n huurkoopkoper) vooraf kontraktueel toestem tot sessie van vorderingsregte en oordrag van eiendomsreg aan 'n persoon of instelling

(van wie se identiteit hy nie noodwendig bewus hoef te wees nie) op enige latere tydstop. Al wat kragtens die *Caledon*-beslissing vir eiendoms-oorgang verder vereis word, is dat die derde in die stadium van eiendoms-oorgang (meestal by verdiskontering van die huurkoopkontrak) nog steeds in beheer van die saak moet wees (vergelyk 4 hierbo). Uit hierdie benadering vloei egter 'n paar vrae voort:

6 1 Geld hierdie by voorbaat-toestemming ook vir verdere sessies en eiendomsorgange, of moet die derde as houër weer eens toestem as die ontvanger self weer wil oordra?

6 2 Wat is die regsgevolge as die sessie gekanselleer word; kan eiendomsreg regtens gesproke geldig terug na die oorspronklike oordraer bloot kragtens die by voorbaat-toestemming oorgedra word? As dit nie die geval sou wees nie, en die derde weier byvoorbeeld om toestemming te gee of het verdwyn, kan dit tot wesenlike benadeling van die oorspronklike oordraer lei waar 'n buitestaander as vonnisskuldeiser op die saak beslag laat lê. Om in 'n tussenpleitgeding te kan slaag, sal die oorspronklike oordraer moet bewys dat hy oor 'n *ius in re*, en nie bloot 'n *ius in personam* ad rem adquirendam nie, beskik: *Mayet v Mall* 1959 3 SA 811 (N) 816; Jones & Buckle *Civil Practice of the Magistrates' Court in South Africa* 7e uit (1979) vol II 351. Aangesien die oorspronklike ontvanger in die reël reeds kragtens die kansellasië-ooreenkoms vergoeding sou ontvang het, sal hy nie as aanspraakmaker optree nie, en sou die oorspronklike oordraer in so 'n geval dus in die tussenpleitgeding onsuksesvol wees.

Op grond van onder andere hierdie twee voorbeelde word ter oorweging gegee dat die eenmalige by voorbaat-toestemming van die derde as houër vir alle verdere eiendomsorgange (en sessies) voldoende behoort te wees.

6 3 Die standpunt dat dit 'n konstitutiewe vereiste vir eiendomsoorgang is dat die derde wat by voorbaat toegestem het op die tydstip wanneer eiendomsoorgang plaasgevind het, houer moes wees, kan by geleentheid tot probleme aanleiding gee: in beginsel kan eiendomsreg waar die saak byvoorbeeld aan 'n (bona fide) derde verpand is of daarop deur die geregsbode beslag gelê is, nie oorgaan nie. So 'n standpunt sou impliseer dat toestemming van die aanvanklike houer irrelevant is waar hy van sy beheer afstand gedoen het. Sou dit egter die gevolg kan hê dat die persoon wat nou in beheer is (byvoorbeeld die geregsbode) toestemming tot eiendomsoorgang kan gee? So 'n benadering kan wesenlike gevolge by die kanselliasie van 'n verdiskonterings-ooreenkoms, in die geval waar die saak op daardie tydstip deur die geregsbode beheer word, inhou.

7 In die *Caledon*-gewysde is in 'n obiter dictum (275A), as *moontlike* alternatief tot die (by voorbaat-) toestemming, die volgende stelling gemaak:

“Wanneer die koper geen nadeel ondervind deur 'n sessie nie kan selfs met reg gevra word of die besitter kan weier om sy wil te wysig en of kennisgewing van die sessie aan die koper nie voldoende behoort te wees om lewering te laat plaasvind nie. Deur sessie en so 'n kennisgewing sou die sessionaris tog in staat gestel word om die mag uit te oefen oor die saak wat die sedent as eienaar gehad het. Dit is immers hierdie instaatstelling om daardie mag uit te oefen wat 'lewering' is.”

Die hof weier in die *Air-Kel*-beslissing om hom oor die korrektheid (al dan nie) van hierdie stelling uit te spreek, maar aanvaar dit vir doeleindes van die geskil *in casu* (vir die soort geval waar daar 'n saaklike ooreenkoms plus 'n sessie van vorderingsregte teen die houer was). Die hof het in die lig van die bovermelde regsposisie die volgende vereiste vir eiendomsoorgang na MM gestel:

a òf 'n verklaring van VV dat hy namens MM sal hou;

b òf, as die kennisgewing soos na verwys in die *Caledon*-gewysde wel relevant is, benewens die saaklike ooreenkoms tussen B en MM, 'n sessie van D se vorderingsregte (waaronder die reg om die vragmotor op te eis) aan MM.

Wat a betref, het die hof beslis (nieteenstaande die stelling van VV aan die geregsbode “dat die trok oorgeneem is deur Merkel Motors”) dat daar nie voldoende aanduiding was dat VV ingestem het om namens MM te hou nie.

Wat b betref, het die hof eweneens MM se betoog van die hand gewys, en wel omdat daar geen uitdruklike opdrag van D of B aan VV was om die vragmotor namens MM te hou nie. Daar was ook geen getuienis van enige sessie van D (of B) se reg om die vragmotor van VV op te eis nie.

Dit wil voorkom of die kennisgewing soos bedoel in die *Caledon*-beslissing in die *Air-Kel*-gewysde so geïnterpreteer is dat dit neerkom op 'n uitdruklike opdrag aan die derde, as houer, deur die oordraggewer (in sy hoedanigheid as reghebbende om die saak te kan opeis) en/of 'n uitdruklike sessie van alle vorderingsregte (waaronder die reg om die saak te kan opeis) aan die ontvanger.

Dit wil verder voorkom asof die hof vereis dat die opdrag aan die derde, as houer, deur die oordraggewer moet plaasvind; blykbaar is hierdie vereiste nie so in die *Caledon*-beslissing gestel nie.

Daar kan met stelligheid beweer word dat die moontlikheid van kennisgewing om lewering te bewerkstellig, in die toekoms die aandag van die regspraak sal geniet. Volgens Delpont & Olivier *Sakereg Vonnisbundel* (1981) 289 bestaan daar drie standpunte oor die kennisgewing-vereiste:

a dat dit geen funksie vervul nie en dus nie 'n vereiste behoort te wees

nie (Van der Merwe en Neethling 1973 *THRHR* 90; Van der Merwe *Sakereg* 224);

b dat as traditio wel magsverkryging behels, die eiendomsontvanger saam met die sessie kontrole oor die saak verkry (Delport *Lewering en Registrasie* 131);

c dat dit bloot kennisgewing deur die oordraggewer aan die houer is van die sessie aan die ontvanger van 'n vorderingsreg wat hy teenoor die houer het; as die houer dan nie sy verpligtinge teenoor die sessionaris nakom nie, kan laasgenoemde (wat eienaar op grond van die sogenaamde "sessie van eiendomsreg" geword het) sy eiendomsreg uitoefen by nie-nakoming deur die houer van sy verpligtinge (Cronjé "Eiendomsoorgang en Verdiskontering" 1976 *THRHR* 245 263). Dit sluit aan by die standpunt dat die kennisgewing nie 'n konstitutiewe vereiste vir besitsoordrag (en eiendomsoordrag) is nie en dat consensus tussen oordraer en ontvanger voldoende geag word: vergelyk hier die stelling van Drion *WPNR*

3773 125 127: "besit en eigendom kunnen dus zonder directe kennisgeving aan den derde overgaan" (soos aangehaal in die *Air-Kel*-beslissing 925F-G).

8 Die hof vind dit nie nodig om hom uit te spreek oor die standpunt van Cronjé *Eiendomsvoorbehoud by 'n Huurkoopkontrak van Roerende Sake* (1977) 330 ev dat die huurkoopkoper possessor civilis (in teenstelling tot die uitgangspunt van die *Caledon*-beslissing dat hy bloot detentor is) is nie.

9 Dit moet nou as aanvaarde reg beskou word dat die geldigheid van die onderliggende kontrak vir doeleindes van eiendomsoorgang irrelevant is: daar word verklaar dat "ons 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag volg . . ." (923H). Die kousale stelsel wat die aanwesigheid van 'n geldige *iusta causa* veronderstel, het sodoende finaal gesterf. Dit spreek egter vanself dat die saaklike ooreenkoms wel geldig moet wees.

NJJ OLIVIER

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

The work of a judge is in one sense enduring and in another sense ephemeral. What is good in it endures. What is erroneous is pretty sure to perish. The good remains the foundation on which new structures will be built. The bad will be rejected and cast off in the laboratory of the years . . . I sometimes think that we worry ourselves overmuch about the enduring consequences of our errors . . . In the end they will be modified or corrected or their teachings ignored.

Benjamin N Cardozo THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 178-179

Boeke

INDIGENOUS CRIMINAL LAW IN BOPHUTHATSWANA

geredigeer deur AC MYBURGH

Van Schaik, Pretoria 1980; xii en 118 bl; prys R7,75 plus AVB

Hierdie werk van professor Myburgh en sy medewerkers is 'n poging om, deur middel van 'n behandeling van algemene beginsels enersyds en besondere misdade andersyds, die strafreg van die Tswana soos dit was voor enige Westerse invloed, weer te gee. Uit die inleiding blyk dat 'n deeglike en omsigtige werkswyse gevolg is en dit is my mening dat die outeurs grootliks in hul gestelde doel geslaag het. Dit is egter onvermydelik dat sekere vrae rondom 'n werk van hierdie aard sal ontstaan en dit is nodig, meen ek, om die belangrikste van hierdie vrae te identifiseer en te probeer beantwoord.

Ten eerste sal die deursnee-juris – dit wil sê die juris met weinig of geen kennis van (en dus min simpatie vir) inheemse reg – waarskynlik vra of die optekening van inheemse reg hoegenaamd enige nut of relevansie het. Die antwoord hierop is dat inheemse reg lewende reg is – dwarsdeur Afrika en ook suidelike Afrika. (Enigeen wat dit ontken kan slegs 'n oppervlakkige kennis van stedelike swart gemeenskappe hê – om nie van landelike gebiede te praat nie.) As deel van die regsworklikheid eis hierdie regstelsels dan ook dat hul huidige en toekomstige plek in die breë regsorde met groter presisie bepaal word as wat tans die geval is. Dit is egter voor-die-hand-liggend dat hierdie plekbepaling slegs sinvol gedoen kan word indien die inhoud van

hierdie regstelsels bekend is; en daarom is informele “restitutions” van inheemse reg van die grootste belang.

Ander, geldiger, vrae doen sigself egter ook voor. So kan gevra word na die wenslikheid van 'n “humanitiese” benadering ten opsigte van inheemse reg: het dit nou werklik nut om die veranderinge wat deur wetgewing, akkulturasie en spontane verandering aan die inheemse reg teweeggebring is, te ignoreer en “suiwer” inheemse reg daar te stel? Persoonlik meen ek dat *ars gratia artis* te maklik in ons deel van die wêreld afgemaak word as van weinig nut. Die nut van hierdie tipe navorsing is natuurlik nie altyd so duidelik nie, maar dit beteken nie dat daar geen nut is nie. In die onderhawige geval is die nut waarskynlik dat die “gees” van Tswana-strafreg slegs weergegee kan word deur die strafreg in min of meer oorspronklike vorm te beskryf – dit wil sê sonder die fragmentasie en distorsie wat Westerse invloed meebring. Sonder hierdie basiese werk kan die mate van akkulturatiewe en ander verandering ook nie gemeet word nie. Tog sou sodanige beswaar nie hier heeltemal onvanpas wees nie en ek meen dat die byvoeging van 'n gedeelte waarin die mate waarin inheemse strafreg nog hedendaags aanwending geniet, uiteengesit word, van groot waarde sou wees.

Vanweë die feit dat die poliserende moondhede in Afrika oor die algemeen alle verantwoordelikheid om

die openbare orde te handhaaf oorge- neem het, is inheemse strafreg in die meeste Afrikalande afgeskaf en selfs na onafhanklikwording is hierdie toedrag van sake gehandhaaf omdat gevoel is dat 'n enkele strafregstelsel noodsaak- lik is vir goeie orde. (Sien Allott "The Future of African Law" in *African Law: Adaptation and Development*, red Kuper & Kuper (1965) 229; Agbede "Conflict of Tort Laws in Northern Nigeria - an Analysis of the Rule in *Benson v Ashiru*" 1972 *Nigerian Law Journal* 103; Phillips "The Future of Customary Law in Africa" in 1955 *Journal of African Administration* 151 en a 20 van wet 38 van 1927.) Nou kan die optekening van inheemse strafreg in Bophuthatswana teen bogenoemde agtergrond as 'n irrelevante en regressiewe oefening beskryf word. Dit is egter nie die geval nie - om handelinge wat tradisioneel as straf- baar beskou is te identifiseer en te beskryf, is van groot belang by die bestudering van inheemse deliktereg en dit kan verder slegs bydra tot die algehele begrip van Tswana-reg- denke. Die outeurs dui ook aan dat hierdie werk slegs 'n deel is van 'n omvattende ondersoek na die hele Tswanareg.

Benewens hierdie algemene vraag- tekens wat teenoor die werk geplaas kan word, sou enkele meer spesifieke besware ook geopper kon word. Die eerste is die inkleding van die stof in 'n "Westerse/Kontinentale" sistema- tiek: Daar bestaan naamlik tradisio- neel geen inheemse regs wetenskap nie - slegs inheemse regs kennis. Dus sou beweer kon word dat pogings om inheemse reg in 'n vreemde siste- matiese vorm in te forseer kunsmatig en dus ongeldig is. Hiermee kan nie saamgestem word nie. Sistematiek is maar net 'n analise en verklaring van die regs werklikheid. As 'n inheemse regstelsel hom leen tot verklaring deur middel van 'n sistematiek van Westerse oorsprong, kan daar geen rede op aarde wees waarom daardie regstelsel nie op so 'n wyse toeganklik

gemaak moet word nie. En dit is duidelik uit die onderhawige werk dat die Tswanastrafreg hom wel daartoe leen. (Hier kan terloops ver- meld word dat alle regsreëls per slot van sake deur mense genereer word, en, as toegelaat word vir kulturele en omgewingsfaktore, vind 'n mens dat mense oral min of meer soortgelyk reageer op soortgelyke stimuli. Daar kan dus verwag word dat basiese regs norme nie soveel van plek tot plek en van tyd tot tyd verskil as wat dikwels aangeneem word die geval is nie.)

'n Verdere vraag is een wat sentreer om die volgende opvatting: Inheemse Afrikareg is minder geartikuleerd as Westerse reg; dit leen hom eintlik nie tot optekening nie. So verklaar Nekam "Experiences in African Customary Law" *Third Melville J Herskovitz Memorial Lecture* Edinburgh Univer- sity (1966):

"As a theoretical exercise it would, I suppose, be possible to articulate in the terms of rules the legal values of each community and to present these rules in the form of systems, just as all the flexibility of language and style could perhaps be reduced, if one were so inclined, into rules and into a system. In this sense there obviously are rules behind customary law, even though these rules are never consciously spelled out - there is also a system behind it although it is never consciously spelled out."

Diegene wat hierdie siening aanhang sou moontlik kon voel dat hierdie betreklik beknopte werk slegs (in die woorde van Holleman) "gedehi- dreerde" inheemse reg, die geraamte sonder die vleis, weergee. Dit mag so wees, maar dan sou 'n mens glad nie inheemse reg kon opteken nie - solank daar maar 'n bewustheid is dat baie van die subtiliteite van inheemse reg in die optekening verlore kan gaan en dat 'n werk soos die onderhawige nie as die laaste woord beskou moet word nie, maar slegs as 'n gids, kan dié beswaar nie veel gewig dra nie.

Die werk is onteenseglik 'n belangrike bydrae tot die inheemse regsletteratuur en daar kan slegs gehoop word dat al hoe meer navorsing ten aansien van die inheemse reg op hierdie wyse bekendgestel sal word. Daar kan met vrymoedigheid gesê word dat hierdie werk, nie slegs vir beoefenaars van die inheemse reg

nie, maar ook vir ander juriste uiters interessante leesstof bied.

Die boek is taalkundig goed versorg, die tipografiese afwerking is netjies en dit is voorsien van 'n nuttige woorde-lys en register.

DP VISSER

Universiteit van die Noorde

INLEIDING TOT DIE SUID-AFRIKAANSE REG EN REGSLEER

Afrikaanse bewerking deur FRANCIS BOSMAN en WJ HOSTEN

INTRODUCTION TO SOUTH AFRICAN LAW AND LEGAL THEORY

Revised Reprint

deur WJ HOSTEN, AB EDWARDS, CARMEN NATHAN en
FRANCIS BOSMAN

Afrikaanse uitgawe, 1979; revised reprint 1980; Butterworth, Durban; xv en 1002 bl, en xv en 948, onderskeidelik; prys R45,00 plus R1,80 AVB

Toe die eerste (Engelse) druk van hierdie omvangryke werk in Maart 1977 verskyn het, was dit seker nie te voorsien dat daar teen 1980 al 'n Afrikaanse en 'n hersiene Engelse herdruk uit die oorspronklike werk sou ontspruit het nie. Die aanduidings is dat die boek vinniger verkoop het as wat die uitgewers en die skrywers verwag het en, toe die Afrikaanse vertaling eenmaal gereed was, is die geleentheid gebruik om ook 'n verbeterde Engelse druk voor te berei. Die Afrikaanse en nuwe Engelse weergawe stem, op 'n paar voetnote na, ooreen, en kan dus gerieflik saam bespreek word.

Die eerste Engelse druk is deur professor HJ Erasmus in die *Tydskrif* (1977 THRHR 405) en deur my in *Codicillus* (1977 (2) *Codicillus* 41) geresenseer. Die meeste opmerkings wat toe gemaak is, geld steeds vir die huidige weergawes, behalwe dat kleiner foutjies (soos die verkeerde gebruik van "damage" en "damages") blykbaar uitgeskakel is. Sover ek kan

vasstel, is die belangrikste verdere wysigings die volgende: in hoofstuk XI is paragrawe 8.2 en 8.3 wat onderskeidelik oor outeursreg en patentereg handel, oorgeskryf in die lig van die nuwe wette wat intussen op hierdie gebiede van krag geword het; in hoofstuk XII is afdeling 2.11 herskryf met die oog op meer onlangse staatsregtelike ontwikkelinge in Suidwes-Afrika (Namibië); hoofstuk XIV bevat 'n nuwe afdeling (2.2.9) wat die onafhanklikwording van Bophuthatswana dek, terwyl daar in dieselfde hoofstuk ook 'n kort afdeling (4.3) oor die Wet op die Indiër-Nywerheidsontwikkelingskorporasie 50 van 1977 ingevoeg is; in hoofstuk XVI is die afdelings oor voorverhoorprosedure in die landdroshof (2.5.2) en tenuitvoerlegging van landdroshofvonnisse (2.5.6) grondig hersien in die lig van die nuwe skuldinvorderingsprosedure wat op 1.1.1979 in werking getree het; en in dieselfde hoofstuk is afdeling 3 wat die strafprosesreg behandel, in die geheel oorgeskryf

na aanleiding van die nuwe strafproseswet wat sedert 22-7-1977 geld.

'n Werk van hierdie aard gee natuurlik nie voor om 'n tot op die jongste bygewerkte weergawe van die reg te bied nie. Nietemin vind ek dit baie jammer dat selfs die Engelse weergawe wat in Mei 1980 uitgegee is, slegs in 'n voetnoot verwys na die nuwe egskedingswet 70 van 1979 wat reeds in April 1979 deur die parlement aanvaar is en op 1 Julie dieselfde jaar in werking getree het. Myns insiens sou dit selfs geregverdig gewees het om die publikasie van die Afrikaanse weergawe 'n maand of wat terug te gehou het om vir hierdie belangrike ontwikkeling voorsiening te maak. Dit is amper onvergeeflik om jou leser in 1980 nog op te saal met 'n uiteensetting van die ou egskedingsreg wat totaal irrelevant geword het vanweë die feit dat die grondslag van ons egskedingsreg geheel en al verander het. So 'n uiteensetting kan nie eens dien om 'n mens 'n beter begrip van die nuwe egskedingsreg te gee nie; daarvoor was die breuk met die vorige bedeling té radikaal.

Net so vind ek dit jammer dat, buiten vir 'n terloopse verwysing in voetnoot 290 van hoofstuk IX, die exceptio non adimpleti contractus bespreek word asof *BK Tooling v Scope Precision Engineering* 1979 1 SA 391 (A) nooit plaasgevind het nie. Eintlik sou ek in die Engelse weergawe ook graag *Tuckers Land and Development Corporation v Hovis* 1980 1 SA 645 (A) by die bespreking van repudiëring wou gesien het. Hierdie twee appèlhofuitsprake verteenwoordig seker die belangrikste ontwikkelinge op die gebied van die algemene beginsels van die kontraktereg die afgelope tiental jare.

Klaarblyklik was die skrywers daarop uit om die Afrikaanse en Engelse weergawes van die werk so eners moontlik te hou. Die rede hiervoor is nie vir my duidelik nie. Met die

meer as 'n jaar tydsverloop tussen die publikasie van die onderskeie weergawes bring dit noodwendig mee dat die latere uitgawe verouderd sal wees. Miskien moet die skrywers hierdie aangeleentheid weer oorweeg.

Ek het voorheen aan die hand gedoen dat hierdie groot werk in enkele los bande opgedeel word (1977 (2) *Codicillus* 42). My sienswyse hieroor is by die deurgaan van die nuwe weergawes daarvan, net bevestig. Die eerste vier hoofstukke is uitstekend geskik as handboek vir kursusse soos regsleer en regsgeiedenis. Die volgende ses hoofstukke gee 'n baie goeie uiteensetting van die grondbeginsels van die privaatreë. Na my wete word dit reeds by sommige universiteite as "kernaantekeninge" by die studie van die privaatreë gebruik. Hoofstuk IX gee byvoorbeeld so 'n volledige (en, terloops, baie goeie) uiteensetting van die kontraktereg as wat 'n dosent denklik maar as agtergrondinligting vir sy privaatreë III-studente nodig kan hê. Met hierdie hoofstuk as basis kan die dosent sy onderrig toespits op die probleemgebiede van die kontraktereg. By so 'n dieptestudie moet die student dan geleer word om van die primêre bronne van die reg gebruik te maak sodat hy later self sy weg deur die gekompliseerde probleme van die praktyk kan vind. Op die oomblik is al die privaatreëhoofstukke egter nie ewe volledig nie. Sommige daarvan (byvoorbeeld hoofstuk VII oor die sakereg en hoofstuk VIII oor die erfreg) is maar effens "dun" en sal bygewerk moet word.

Met hoofstuk XI het ek nie raad nie. Of daar behoefte aan nog 'n inleidende werk oor die handelsreg bestaan, val te betwyfel.

Die oorblywende hoofstukke sou as goeie inleidende werk oor die publiekreg kan dien.

Een ding is duidelik: die werk het fisiek te groot geword om in sy huidige vorm te bly voortbestaan.

Geen mens se arms en hande kan dit hou om die groot massa te hanteer nie.

Laastens 'n paar algemene indrukke:

- Die taalgebruik in en redaksionele versorging van sowel die Afrikaanse as die Engelse weergawe van die werk is puik.

- Die werk is te omvangryk om as handboek vir studente in kursusse soos inleiding tot die regs wetenskap te dien.

- Die werk bied uitstekende leesstof vir die praktisyn of akademikus wat behoefte het aan 'n duidelike bondige

uiteensetting van die gebiede van die reg waarmee hy lanklaas te doen gehad het. Die volledige verwysings na handboeke en tydskrifartikels sal so 'n persoon dan in staat stel om sonder veel moeite te kom op die spoor van enige gedetailleerde inligting wat hy nodig mag hê.

- *Introduction to South African Law and Legal Theory* en sy Afrikaanse eweknie gaan nog lank 'n onmisbare deel van ons Suid-Afrikaanse regs-literatuur vorm.

ADJ VAN RENSBURG
Universiteit van Suid-Afrika

THE LAW OF SUCCESSION

deur MM CORBETT, HR HAHLO en GYS HOFMEYR
waaraan toegevoeg is 'n

APPENDIX ON THE CONFLICT OF LAWS

deur ELLISON KAHN
Juta, Kaapstad 1980; lvi en 739 bl; prys R57,50

In die 1980 *South African Journal of Science* verklaar Alan Menter (431): "Book reviews frequently fall into two categories, caustic or kind."

Wanneer 'n mens 'n boek opneem waarin professore Hahlo en Kahn 'n aandeel gehad het, is dit onmoontlik om enigsins snydend of sarkasties te wees. Toe ek my regstudies begin het, was daar heelwat minder regsboeke voorhande as tans en was ek bevoorreg om ingelei te word in die wonderwêreld van die regs wetenskap aan die hand van Hahlo en Kahn se omvattende *The Union of South Africa The Development of its Laws and Constitution*, asook Hahlo se *The South African Law of Husband and Wife*. Later sou ek tot my verbasing agterkom dat professore Hahlo en Kahn ook meesters is op ander vakgebiede – ek dink hier slegs aan die handelsreg. In ons tyd van spesialisasie waarin die mindere ligte

van ons slegs 'n beperkte gebied van die regs wetenskap bemeester (of so troos ons onself!) is so 'n uitgebreide kennis iets waaroor 'n mens slegs verbaas kan staan. In die woorde van Harold Ellis in die 1980 *British Medical Journal* (1079) kan ons dan beaam:

"What a remarkable man this author must be to have got all this into print; he must be an extraordinarily knowledgeable and industrious fellow, and I doff my hat to him."

By die deurlees van hierdie werk word dit duidelik dat die skrywers baie moeite gedoen het. In die voorwoord word dan ook gemeld:

"Occasionally, we may have quoted too many old cases, but we felt that it was better in this respect to err on the side of abundance rather than miserliness."

Daar is baie min sake oor die erfreg wat nie in hierdie werk voorkom nie. Ongelukkig is dieselfde deeglikheid nie op te merk wanneer daar na die beskikbare literatuur verwys word nie. Op 'n gebied van die privaatreg waar daar nie baie gepubliseer word nie, sou 'n mens verwag dat die skrywers alle bydraes sou raadpleeg. Twee proefskrifte oor die erfreg wat in die onlangse verlede verskyn het, word egter glad nie vermeld nie. Dit is Colin Cilliers se *The Power of a Testator to Dispose of the Property of Another* (wat met groot vrug gebruik kan word by die bespreking van onderwerpe soos eleksie en boedel-samesmelting) en my eie *Die Uitleg van Testamente met besondere verwysing na Coniecturae*. Die skitterende artikelreeks van CJ Rowland "Aspects of the Law governing Contingencies for which the Testator has not Provided" (1972 *THRHR* 315 en 1973 *THRHR* 63 147 247) verskyn ook slegs as 'n voetnoot op 494. In hierdie reeks kom Rowland na 'n deeglike ondersoek van die reël van "necessary implication" tot die gevolgtrekking dat dit 'n fiksie is "namely that the court concerned is merely interpreting when it is in fact modifying the words before it" (1973 *THRHR* 276) en dat "in the interest of legal certainty and consistency, the fiction will have to be discarded" (1973 *THRHR* 277). In my proefskrif het ek die hoop uitgespreek dat Rowland se sienswyse deur ons howe nagevolg sal word en dat hierdie leerstuk nie meer in die weg sal staan van 'n ruimere soeke na die bedoeling van die testateur nie. Die skrywers verklaar egter (201):

"Certain it is that the courts are not readily persuaded that a clause has to be read into a will as a matter of necessary implication."

Ek sou in so 'n geval 'n duideliker standpuntname verkies het, waardeer 'n regsverkering van hierdie aard ook sou kon help met regsontwikkeling in gevalle waar dit nodig mag wees. In

die werk onder bespreking vind ek te veel "restatement of the law" en te min indringende kommentaar. Waar daar ook nog kritiek is, word dit baie sagkens gestel. Volgens regter Corbett (een van die skrywers van die werk) in *Aubrey-Smith v Hofmeyr* 1973 1 SA 655 (K) kan woorde wat per abuis in 'n testament ingevoeg is, weggelaat word om aan die bedoeling van die testateur gevolg te gee. Woorde wat per abuis uitgelaat is, mag egter nie ingevoeg word om die juiste bedoeling van die testateur weer te gee nie. In hierdie saak het die testatrix nagelaat om 'n erfgenaam aan te wys in haar testament. Regter Corbett weier om 'n invoeging van haar man as erfgenaam toe te laat, maar kom deur interpretasie tog tot die gevolgtrekking dat die egenoot die erfgenaam is. Die geforscerde onderskeid wat in hierdie saak gemaak is tussen die weglating van woorde en die byvoeging daarvan is myns insiens onoortuigend. Die beste benadering kom voor in *Ex parte Van der Spuy* 1966 3 SA 169 (T) en *Botha v The Master* 1976 3 SA 597 (OK). Die skrywers wil egter nie onversoerbare met mekaar versoen en verklaar (508):

"In so far as the judgments in *Ex parte Van der Spuy* and *Botha v The Master* lay down the general proposition that our courts have jurisdiction to rectify a will by the insertion of words and phrases that were by mistake omitted, they are irreconcilable with the line of cases culminating in *Aubrey-Smith*. On the facts, however, they were correctly decided even if one subscribes to the principles asseverated by Mr Justice Corbett in *Aubrey-Smith*, for it has never been doubted, and indeed was reaffirmed by Mr Justice Corbett in *Aubrey-Smith*, that the courts can by way of correcting patent errors add or substitute words in a will . . ."

Moontlik is die skrywer van hierdie hoofstuk geïnhibeer deur die feit dat die regter in die *Aubrey-Smith*-saak een van sy mede-outeurs is.

Stellings word soms in die werk gemaak asof dit geen kommentaar behoef nie, terwyl die stellings inderdaad nie korrek is nie. Ek gee slegs enkeles met 'n kort aantekening daarby:

"[The law of succession] consists of two branches: testamentary succession and intestate succession" (1).

Wat van erfopvolging volgens kontrak?

"... there always is an heir" (2).

Dit is tog moontlik dat 'n testateur slegs legatarisse vir sy boedel kan aanwys.

"A will may be defined . . ." (30).

Dit sou gepas gewees het om hier te meld dat die Wet op Testamente 7 van 1953 self geen beskrywing van 'n testament bevat nie.

"[W]here a specific thing has been bequeathed by the testator and cannot be found amongst his possessions after his death, ademption by alienation will be presumed" (96).

Die enigste gesag waarna daar verwys word vir hierdie eienaardige stelling is die 1961 *Harvard Law Review*. Ek dink ons reg het geen behoefte aan so 'n vermoede nie en dat die gewone toets by adempsie hier gevolg moet word. Die vraag is tog altyd of die vervreemding onder dwingende omstandighede plaasgevind het al dan nie.

"It is submitted that the approach taken by Schreiner JA [in *Moses v Abinader* 1951 4 SA 537 (A) waar dit gegaan het oor die herlewing van hereroepe testamente] is correct . . ." (100).

By hierdie kwessie sou 'n volledige motivering meer duidelikheid kon bring.

"... fideicommissum, from which our law of trusts has been developed and which retains much common ground with trust . . ." (403).

Hieroor is daar heelwat geskryf deur sommige van ons skrywers en daar kon met veel vrug van die geskifte gebruik gemaak gewees het.

"It also explains why in the interpretation of a will the courts will try harder to unravel the testator's subjective intention from its objective manifestation, than in the interpretation of a contract" (463).

Dat dit ten ene male nie waar is nie, blyk duidelik uit die uitspraak van regter Sutton in *Ex parte Stephens* 1943 CPD 397 waar hy verklaar (402):

"The expressed intentions of a testator, it is to be observed, may well differ from what he actually intended, but the Court may look only to the testator's intentions as expressed."

Daar is 'n baie kort hoofstuk oor die intestate erfreg. Vanweë die feit dat 'n groot getal boedels tans nog intestaat vererf, sou 'n uitgebreider behandeling van hierdie aspek gewens gewees het.

Sekere resensies bevat talle verwysings na die drukwerk van die boek. Oor die prys van die werk word ook soms uitgewei. Ek weerhou my hiervan en haal liever aan uit Harold Ellis "The Art (or Science) of Book Reviewing" 1980 *British Medical Journal* (1079):

"I hardly ever mention the price of the book - unless to comment in those rare cases where it is surprisingly cheap. Being an unworldly academic, I do not think it is for me to argue with the publisher about the price he charges. Presumably he wishes to make his book as cheap as he possibly can compatible only with his making some sort of profit, because he knows that he can easily price himself out of the market. After all, I would rather have a first-class book which I can own for ever than a first-class meal, at the same price, whose pleasures are only transient and which is far less good for me. No, in my opinion, the price of the book is the concern of the purchaser and not the reviewer. It is he, and not I, who needs to decide whether or not he can afford it.

I also never enumerate a list of typographical errors in my reviews. I certainly state in no uncertain terms that a book is riddled with mistakes (usually associated with the related

phenomenon of illustrations, especially x-ray films, being upside down), and by and large such a book should be carefully avoided. If the authors have not checked the typography, they are equally likely to have been careless with their references and with the accuracy of their material. I do indeed make a note of any errors I come across (and I am sorry to say that careless proof-reading and slack production are becoming yet another 'English disease') and post the list to the authors. They are always grateful for such help and it is amazing how the same minor but annoying slip can go unnoticed in

edition after edition of standard textbooks."

Moontlik sou sekere van ons rensiesies toeneem in gehalte as ons van hierdie leidrade gebruik sou maak.

Ten slotte wil ek graag meld dat ek die boek verwelkom as 'n toevoeging tot die literatuur oor die erfreg. As die skrywers 'n ander benadering geopenbaar het as om bloot die reg weer te gee, sou ek persoonlik meer nut uit die boek gevind het.

NJ WIECHERS
Universiteit van Suid-Afrika

DIE REG INSAKE WAPENS EN AMMUNISIE

deur PJ VISSER

in medewerking met brig JFG VAN DER WESTHUIZEN

JP van der Walt & Seun, Pretoria 1980; 307 bl; prys R18,00 plus AVB

Hierdie boek is geskryf met die oog op die behoeftes van die praktisyn wat met regsprobleme betreffende wapens en ammunisie gekonfronteer word. Derhalwe is die werk hoofsaaklik tot die bespreking van die vernaamste bron van die reg in hierdie verband, die Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969, beperk. Aandag word egter ook aan ander relevante wetsbepalings geskenk, byvoorbeeld die artikels in die wild- en natuurbe-
waringswetgewing wat op vuurwapens betrekking het. Die boek is aangevul deur twee bylaes bevattende die teks van die Wet op Wapens en Ammunisie en die regulasies wat ingevolge hierdie wet uitgevaardig is. Hierdie bylaes beslaan 70 bladsye. Die bespreking van die relevante wetsbepalings word voorafgegaan deur 'n kort geskiedkundige oorsig van die maatreëls wat in hierdie verband in Suid-Afrika gegeld het voor die inwerking-treding van die huidige wet.

Alhoewel die meeste van die betrokke wetsbepalings nie veel uitlegprobleme oplewer nie, is die relevante regspraak sorgvuldig bespreek. Die

begrip "besit" geniet besondere aandag by die bespreking van artikel 2 van die wet, welke artikel handel oor die wederregtelike besit van 'n vuurwapen. Die skrywer se benadering in hierdie verband is analities en krities en is op sigself 'n verdienstelike bydrae tot die strafregliteratuur in verband met die besitsbegrip, nie net in verband met vuurwapens nie, maar in die algemeen.

'n Merkwaardige eienskap van hierdie boekie is die noukeurige aandag wat geskenk word aan die administratiewe aspekte van wapenlisensiering wat volledig in die derde hoofstuk behandel word. Ofskoon dit in die normale verloop van sake nie veel probleme oplewer nie, het die diskresionêre staatsbeheer oor die besit van vuurwapens heelwat belangrike morele implikasies. Dit is dus belangrik dat nie net die praktisyn wat met die regsprobleme in hierdie verband gemoed is nie, maar ook ander mense kennis moet dra van die prosedures en maniere waarop die betrokke diskresie uitgeoefen word. Die bespreking van die faktore wat by die

oorweging van aansoeke om vuurwapenlisensies 'n rol speel, is dus te verwelkom. Aandag word selfs aan beleidsoorwegings geskenk. So noem die skrywer dat by oorweging van aansoeke vir lisensies vir .22-gewere vir doeleindes van selfverdediging, daar pertinent oorweeg word of 'n rewolwer of 'n pistool nie dieselfde doel kan dien nie aangesien die .22-geweer by uitstek die wapen is wat deur wilddiewe gebruik word.

By sy ontleding van die artikels van die wet poog die skrywer om konsekwent analities en krities te wees. Sy kritiek is in die algemeen weldeurdag en waardevol. Soms skemer daar egter 'n miskien oorbodige klaskamerhumor deur by die voorbeelde wat hy gebruik om die punte wat hy maak toe te lig. Byvoorbeeld,

na ontleding van die vraagstuk of die nalatige besering van 'n ander deur middel van 'n vuurwapen tot die onbevoegdverklaring van die lisensiehouer kan lei, maak die skrywer die punt dat die vuurwapen as *wapen* gebruik moes gewees het en voeg dan by dat "[d]ie wetgewer . . . beswaarlik [k]an bedoel dat X wat nalatiglik sy olifantgeweer op Y laat val sodat laasgenoemde sterf, onbevoeg verklaar kan word aangesien gemelde olifantgeweer net sowel 'n baksteen kon gewees het." Die reg word egter sorgvuldig en noukeurig behandel, en vir enigen wat in die reg insake wapens en ammunisie belangstel, is hierdie boekie 'n nuttige handleiding.

AJ MIDDLETON
Universiteit van Suid-Afrika

22 QUAIN CASES IN THE SOUTH AFRICAN LAW

by GEORGE COLMAN

Juta & Co Ltd, Cape Town 1980; pp x and 115; price R6,75 plus GST

The author of this humorous and most entertaining book did not, as he suggests in the preface, limp along in the path trodden by the "master" — the "master" being AP Herbert, whose *Misleading Cases in the Common Law* inspired him to write this book. *Quain Cases* is original in that it has a South African context and does not deal with the real world of the administration of justice in the Republic. Although reference is made to a number of South African and English cases, the fictional character of the "cases" discussed, makes it a waste of time to try to identify the judges, litigants and witnesses conjured up by the author. These fictional cases are identified by means of the letters SAQC and USAQC. In seeking out the "interstices of law" and exaggerating them, the intention of the author is to be playful, not critical, to entertain, not to expose.

The judges in *Quain Cases*, as their counterparts in real life, are fearless and outspoken. In *Badger v Quail* 1947 SAQC 902, Ageterskot JP warns:

"An authority is no more persuasive by reason of its having been written in what Gibbon called 'the decent obscurity of a learned tongue.' And it is no less persuasive by reason of the fact that its author was an English judge."

In another case the same judge referred to the Publication and Entertainment Act as the "Pubent Act" and pointed out that the girl was clad in one of those dreary anti-aphrodisiac uniforms approved by the headmistresses of girls' schools. In the caption to the photograph he could find nothing lascivious or interesting and although he did find some four-letter words (and one of them is "love") he saw nothing in it which could bring a blush to the cheek of

even a judge of appeal. Puddle J, referring to a witness who was known never to overlook anything relevant, or to commit any error of fact, logic or principle, remarked:

“She was indeed (if I may say this with respect) rather like my learned Brother Bunion J, who is said (by himself), never to have been correctly reversed on appeal.”

Even the celebrated Agterskot JP is not above criticism. In referring to one of his lengthy judgments, Turkey J says:

“It is a judgment which I have never been able to understand, despite the many hours which I have spent admiring the galaxy of citations with which the pages are spattered, and wrestling with the clotted verbiage of its almost interminable sentences, I sometimes wonder (with profound respect for some of my learned judicial colleagues) whether obscurity in expression is always a mark of profundity in thought.”

In *Cuspidor v Ant*, Capricorn J bemoans the fact that the newspaper report is likely to deal more fully with Mr Clavicle's argument than with his judgment:

“But I have long accepted the fact that I shall never achieve the sort of Press coverage that is enjoyed by my learned Brother Bunion J. Somehow, there is little that falls from his lips that is not reported in the Press; it is as if there were an invisible Boswell constantly at his side. Nor is posterity denied the benefit of any particle of his wisdom. All his judicial utterances go into the Law Reports.”

Referring to Lord Atkin in *Liveridge v Anderson* 1942 AC 206 (HL) at 245, Turkey J expounds the Humpty Dumpty doctrine:

“But as the art of statutory draftsmanship advances, the Humpty Dumpty doctrine gains relevance. The draftsman of the Terrorism Act could indeed justly boast that ‘terrorism in South

Africa means just what I choose it to mean – neither more nor less.’ And why not? A sovereign legislature is no slave to the lexicographers. It can define its statutory terms as it pleases.”

On another occasion Turkey J made a statement which I am sure is not unacceptable to the legal fraternity:

“Ambiguity is a stranger to the mathematician, the handmaid of politicians and the lawyer's bread and butter and cake.”

A few other interesting observations made in *Quaint Cases* are:

“The costs, like the autumn leaves in Vallombrosa, and the cigarette ends in a railway waiting room, will lie where they fall.”

As far as the hearsay rule is concerned:

“The rule is riddled with exceptions, as a piece of Gruyère cheese is riddled with holes. But it remains a rule just as Gruyère remains a cheese.”

On the frailty of women:

“Such is the lamentable frailty of women that no man can be so rich in incontrovertible information as to be able to swear that he is either the progenitor or the progeny of another man.”

On the utterances of judges:

“In any event, he did not say it from the Bench; and what judges say off the Bench is seldom of any weight or value. Who cares how fast a dismounted jockey runs?”

The above few remarks and extracts must suffice as it is not possible to do justice to this type of publication in a book review. In conclusion I can only state that any person interested in the humorous side of the intricacies of the law is sure to find this a delightful book and, at the price, a worthwhile acquisition.

GC KACHELHOFFER
University of South Africa

CATALOGUE DES IMPRIMES DE LA COLLECTION MEIJERS
DE LA BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE LEYDE

deur ROBERT FEENSTRA

in samewerking met MARGUERITE DUYNSTEE en
WERNER SCHWAB

*Presse Universitaire de Leyde, Tjeenk Willink, Zwolle 1980; xxiv en 479 bl;
prys f83,20*

Op 10 Januarie 1980 het die regs-fakulteit van die Universiteit van Leiden die herdenking van Eduard Maurits Meijers se honderdste geboortedag gevier. Meijers was professor van privaatreë en internasionale privaatreë aan hierdie fakulteit van 1910 tot 1950. Ten spyte daarvan dat hy nooit die leerstoel in Romeinse reg en regs-geskiedenis beklee het nie, word hy alom as een van die vermaardste regshistorici van die eerste helfte van die twintigste eeu beskou. Hy is op 25 Junie 1954 te Leiden oorlede. Sedert die aanvang van sy loopbaan het hy begin met die versameling van boeke en manuskripte met die oog op sy regshistoriese studies. Na sy dood is hierdie omvangryke versameling deur die universiteitsbiblioteek van Leiden aangekoop en word dit in die "Juridisch Studiecentrum Gravensteen" gehuisves. Die verskyning van hierdie katalogus van die Meijers-versameling het dan ook met die honderdjarige herdenking saamgeval.

Die katalogus bevat die titels van al die werke in hierdie versameling van die universiteitsbiblioteek van Leiden. Die katalogus is in hoofsaak op die plasing van die boeke in die Meijerssaal in die Gravensteen en op Meijers se eie katalogisering gebaseer. Die versameling is in die volgende afdelings verdeel: I Romeinse reg; II Kanonieke reg, Romeinse reg, Teologie, Universiteite en Geskiedenis van

enkele regsbeginnels; III Geskiedenis van die Italiaanse reg; IV Geskiedenis van die Switserse reg; V Geskiedenis van die Spaanse reg; VI Geskiedenis van die Franse reg; VII Geskiedenis van die Belgiese en Franse reg (wat die gebied van die huidige België dek); VIII Geskiedenis van die Duitse, Oostenrykse en Skandinawiese reg, asook die Germaanse reg; IX Geskiedenis van die Nederlandse reg; X-XI Geskiedenis van die Europese lande en die Ooste; XII Geskiedenis van die Engelse, Skotse, Walliese en Ierse reg; XIII Nie-juridiese werke en XIV Ongekatalogiseerde oordrukke.

Onder elk van die afdelings word dan 'n alfabetiese lys van werke en outeurs met volle besonderhede gegee. Aan die einde hiervan word 'n alfabetiese lys van outeurs gegee, met verwysing na die bladsy in die katalogus waar die volledige besonderhede aangegee word.

Die samestellers van hierdie katalogus moet gelukkigewens word met die suksesvolle afhandeling van dié enorme en ondankbare taak. Die katalogus is van onskatbare waarde, nie slegs vir die regshistoriese navorser in Leiden self nie, maar ook vir elkeen daarbuite wat wil vasstel welke bronne in Leiden beskikbaar is. Regshistorici in Suid-Afrika sal dus ook hierdie werk met vrag kan gebruik.

SUSAN SCOTT
Universiteit van Suid-Afrika

INLEIDENDE HOOFDSTUKKEN BETREFFENDE DE ROMEINSRECHTELIJKE GRONDSLAGEN VAN HET NEDERLANDS PRIVAATRECHT

deur R. FEENSTRA

*Derde hersiene uitgawe; Universitaire Pers, Leiden|Den Haag|Boston|Londen
1980; xxvi en 334 bl; prys nie vermeld nie*

Met die agteruitgang van die universitêre onderwys oor feitlik die ganse wêreld na die tweede wêreldoorlog, is dit bekend dat regsgeëiedenis, en in die besonder, die Romeinse reg, as vakke by die regsopleiding swaar terugslae verduur het. Dit is egter bemoedigend om te sien watter pogings aangewend word om meer lewe in sulke dissiplines in te blaas en veral om die stof op so 'n manier weer te gee dat dit in die smaak van die student sal val. Daar word op hierdie manier gepoog om die weerstand te oorwin en die student darem iets van hierdie belangrike gebiede te leer. Dit is dan ook opmerklik dat daar deur middel van die werk onder bespreking gepoog word om die kennis te verdiep en aan te sluit by ander werke wat by die regsonderrig op hierdie gebiede gebruik word. Soos in die voorwoord van hierdie hersiene uitgawe gestel word, is die Romeinse reg behandel hoofsaaklik in verband met en in navolging van 'n ander studieboek, naamlik Wubbe se verwerking van Kaser se *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch* (1979) en die meer uitvoerige handboeke van dieselfde skrywer oor die Romeinse privaatreë en prosesreg. Dit is ook begryplik, want hierdie boeke kan moeilik deur die student behartig word, hoofsaaklik as die student aan die begin van sy regsopleiding staan en bowendien, soos deesdae maar te dikwels die geval is, nie 'n woord Latyn ken nie. (Vir sover Latynse woorde, sinne en formulae gebruik word, word alles in hierdie werk dan ook vertaal of omskryf.) Ook sluit die werk by verskeie Nederlandstalige leerboeke aan en in die besonder moet vermeld

word De Smidt en andere se *Compendium* en die twee bekende versamelinge van Romeinsregtelike tekste (weer met vertaling) van Spruit en van Feenstra en De Smidt.

In 'n mate kan die titel van die boek onder bespreking as misleidend beskou word, want dit gee baie meer as net die Romeinsregtelike grondslae weer. Dit kan enigermate as 'n weergawe (in slegs ongeveer 300 bladsye) van die Romeinse reg beskou word: sekere gebiede word taamlik kursories behandel (personereg, erfreg, prosesreg en die historiese ontwikkeling van die Romeinse reg); die grootste nadruk word gelê op die sake- en verbintenisreg wat so 'n belangrike rol op die regsontwikkeling uitgeoefen het. Alhoewel gewoonlik taamlik kort, bevat die boek 'n skets van die ontwikkeling van die betrokke gebiede van die reg van die tyd van Justinianus af tot by die totstandkoming van die Nederlandse kodifikasie. Dit is van besondere waarde, nie slegs vir die Nederlandse juris nie. Op hierdie manier maak die leser hoofsaaklik kennis met die ontwikkeling gedurende die Middeleeue en die invloed van die Kanonieke reg en sien 'n mens weer wat 'n betekenisvolle skrywer Hugo de Groot was. Natuurlik word aangesluit by die reg van die Nederlandse kodifikasie en die dogmatiek wat daarop gebaseer is. 'n Mens merk ook die aansluiting by die huidige Duitse teorie en dogma, wat aan die een kant op die Pandektiste van die vorige eeu en aan die ander kant op die huidige Duitse kodifikasie steun. Dit is nie sonder belangstelling dat die Suid-Afrikaanse juris daarvan kennis sal neem nie. Natuurlik is die Romeins-

Hollandse reg wat in Suid-Afrika ingevoer is in 'n groot mate verwater deur die Engelse reg en invloed, en dan kom daar nog die groot invloed van die Pandektiste by asook die opgang wat Duitse (en ook Nederlandse) dogma en teorie in die laaste sestig jaar uitgeoefen het.

Die boek is 'n waardevolle bydrae, en dan nie slegs vir studente nie. Aangesien dit as slegs inleidende hoofstukke betitel word, sal die leser met belangstelling afwag om te sien wat gaan volg. Die werk is baie goed versorg en die resesent kan nie juis foute vind nie, ook al is dit die gewoonte van resesente om eerste op tekortkominge te wys. Iedereen het natuurlik sy eie siening wat die historiese ontwikkeling betref, en die Romeinse reg is self 'n gebied van groot onsekerhede. Die leser sal dus sonder twyfel hier en daar 'n vraagtteken in die kantlyn maak, te meer so omdat die aard van die boek nie die geleentheid gee om diep op alle punte in te gaan nie. Somtyds word 'n punt enigszins kripties gestel.

Wanneer 'n mens 'n boek lees wat boeiend is, is jy geneig om dit self oor te wil skryf en gewoonlik nog baie meer by te voeg as wat reeds in die boek staan. Dit sal dus die resesent gegun word om enkele opmerkinge te maak wat as suiwer subjektiewe beskouings geag moet word.

Dit is met waardering dat die leser daarvan kennis neem dat gewys word op die praktiese geaardheid van die Romeinse reg soos deur die Romeinse skrywers in die algemeen weergegee word. Die uitgangspunt van die Romeinse reg bly maar steeds die prosesmiddels. Ook sal die leser die vergelyking tussen die Romeinse en die moderne (Nederlandse) reg waardeer. Daar word verder ook duidelik gemaak hoe die sistematiek van die Romeinse (hoofsaaklik van Gaius en Justinianus) tot vandag toe as grondslag van die regs wetenskap dien. Uit die aard van die saak is dit nodig om

sekere hedendaagse begrippe en reëls (soos regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid, meerderjarigheid, regspersoon, en so meer) te verduidelik, terwyl dié begrippe nie deur die Romeinse geformuleer is nie, maar tog aansluiting in die Romeinse reg vind.

Daar is reeds gemeld dat die persoonereg bondig weergegee word. Die vraag kom na vore of dit nie uitvoeriger en meer vergelykend behandel moes word nie, juis omdat dit die moderne tendens is om die huwelik, huweliksgoedere- en egskeidingsreg nader aan Romeinse toestande te bring.

Wat die sakereg betref, word die belangrikheid van besit as basis vir eiendomsreg en die verkryging daarvan, skerp na vore gebring, soos trouens ook die ontstaan van verskeie meer moderne begrippe soos "saaklike reg." Dieselfde kan van die gedeelte oor die verbintenisreg gesê word: die sisteem wat gevolg word (byvoorbeeld spesiale hoofstukke oor die koopkontrak, stipulatio en dergelyke regsfigure teen die einde van die afdeling) en ook die uitvoerigheid waarmee sekere onderwerpe (byvoorbeeld die *lex Aquilia*) vergeleke met ander behandel word, is miskien nie gebruikelik nie, maar effektief as 'n mens die opset van die boek in ag neem.

Daar is reeds vermeld dat dit die outeur se doel was om die juridiese agtergrond van die huidige Nederlandse reg kortliks weer te gee. Daar word dus met die Romeinse reg begin en die ontwikkeling word tot in die hede nagegaan. Dit is die resesent se mening dat dit die enigste juiste manier is om enige regstelsel te bestudeer en te verklaar. (Dit is 'n metode wat ongelukkig nie orals nagevolg word nie.) As 'n mens nie weet hoe begrippe of reëls ontwikkel en gegroei (of gekwyn) het nie, en as die sosiale agtergrond nie in gedagte gehou word nie, kan die huidige reg

nie behoorlik begryp word nie. 'n Mens verval andersins te maklik in kasuïstiek en wanbegrip. (Dit is Pauw wat sy kollegas kwalik geneem het omdat hulle so maklik op die billikheid staatgemaak het, omdat hulle die reg nie geken het nie.) Die reg word, as dit só benader word, maklik 'n dogmatiese en teoretiese oefenterrein.

Die opset van die skrywer was dus groot en niemand sal dit betwyfel dat hy in sy doel geslaag het nie, selfs al word 'n punt somtyds te kripties gestel of so weergegee dat die leser (veral die student) seker graag meer besonderhede en verduideliking sou wil hê.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

Briewe

1 Mr Dennis Davis of the University of Cape Town writes:

"I am sorry to trouble you at this late stage in respect of my note on the *Ovenstone* case [1981 *THRHR* 53 (editor)]. However, on re-reading it a couple of days ago I felt it would gain somewhat by the inclusion of the two paragraphs attached hereto, before the last paragraph of the note.

Should a late inclusion prove impossible it will not affect the coherence of my note, but I would greatly appreciate it if the addition could be inserted."

The following paragraphs are to be inserted before the last paragraph:

One final point should be made in respect of *Ovenstone*. In *Joss v SIR* 1980 1 SA 683 (T) the court for the first time introduced the concept of apportionment in dealing with s 7(3), the effect being that in the event of a disposal being partly gratuitous and partly for consideration, the Revenue might only be able to invoke s 7(3) in respect of the gratuitous part of the disposal.

The appellate division considered this aspect with approval, Trollip JA adding "... I see no reason why in those circumstances the income should not be apportioned between the two elements. The words 'by reason of' themselves suggest some apportionment in order to give proper effect to the real cause of the accrual of the income" (740B). It might thus be possible for the taxpayer to pull half his chestnuts out of the fire by relying on apportionment after being confronted by the Revenue determined to invoke s 7(3), but he will only be successful if he can show that such apportionment is possible, presumably by establishing that two elements, one of gratuitousness and one of consideration, exist within the one disposal, which in the final analysis is as much a matter of evidence as it is of the design of the scheme under attack.

2 Prof JGH Combrink, sekretaris van die Taalkommissie van die Suid-Afrikaanse Akademie vir Wetenskap en Kuns, skryf soos volg:

"Op die sitting van Januarie 1981 het die Taalkommissie aandag aan u brief van 22-9-1981 gegee, en my gevra om aan u soos volg te berig:

- 1 Die vorm *gemenereg* word naas *gemene reg* erken.
- 2 Die Taalkommissie erken slegs *regter-president*, *regters-president*. Die spelling in die lys van afkortings in die *Afrikaanse Woordelys en Spelreëls*, is foutief."

[Lees die opmerkings oor die spelling van "gemenereg" in die redaksionele rubriek in 1980 *THRHR* 351. Die tweede punt in professor Combrink se brief is 'n antwoord op my navraag omtrent die spelling van *regter-president* in die lys van afkortings (red).]

Inheemse reg as reg

AC Myburgh

BA LLB DPhil

Emeritus professor tans as projekteier verbonde aan die Afdeling Inheemse Reg in die Instituut vir Buitelandse Reg en Regsvergelyking van die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The absurdity of the title is no greater than that of the situation. It has long been fashionable, in certain quarters, to deny the jurist the approach of his discipline to the phenomena of non-specialized jural systems through warnings and criticisms, the reason given being the unsuitability of devices peculiar to specialized systems for the explanation of non-specialized systems, just as if law were not a cultural universal and non-specialized law were not law. The campaign is particularly incomprehensible in the light of the just acclaim accorded the use of a discipline such as linguistics. That the people concerned do not understand their law in the same way as the jurists is usual everywhere and cannot serve as an argument. While inappropriate interpretation is known to occur from time to time, the relevance of jural theory to an exposition of indigenous law ensuring legal certainty, facilitating the advancement of comparative law, promoting legal development, and contributing to legal history has been convincingly proved. There is growing interest among intellectuals of the younger generation, but they and their successors must be trained for the great task while it is still capable of accomplishment, and discouragement can no longer be allowed to continue inadequately challenged.

1 ANDERSHEID VAN DIE INHEEMSE REG

Die bewoording van die onderwerp kan tereg verbasing wek, want die dae toe na inheemse regstelsels verwys is as primitiewe verskynsels wat uit die weg geruim behoort te word, is gelukkig verby. Daar word nou besef dat sulke uitlatinge op waardeoordeel berus en daarom onaanvaarbaar is. Dit het ook duidelik geword dat wat bedoelde stelsels onderskei, die feit is dat hulle tot die ongespesialiseerde stelsels behoort terwyl die mees bestudeerde stelsels, soos dié wat in Europa aangetref word, tot die gespesialiseerde stelsels behoort. In Suider-Afrika, waar inheemse regstelsels nog in groot mate nageleef word, heers nou aansienlike belangstelling in bedoelde stelsels en begin regsgeleerdes oorgaan tot veldwerk om inligting daaromtrent te bekom.

Tog hoef die onderhawige titel nie te verbaas nie, want lank reeds kom daar uit verskillende oorde beswaar teen 'n regsbenadering van inheemse reg as sou vooropgesette begrippe wat van Westerse regstelsels afkomstig is, van toepassing gemaak word op verskynsels waarby dit nie aansluit nie. 'n Struikelblok waarvoor die belangstellende te staan kom, is dus die verskil tussen die twee tipes regstelsels, wat reeds aanleiding

gegee het tot verskeie meninge oor die teoretiese benadering van die ongespesialiseerde tipe. Sommige skrywers wil die dinkmiddele wat in die gewone regstudie aanvaarding verkry het, uitsluit ten gunste van 'n nuwe terminologie vir universele regsverskynsels of van die uitdrukkingsvorme van die afsonderlike betrokke inheemse volke of van beskrywing sonder regsterme. Die teenkating teen beproefde regsdenke het begin met waarskuwinge wat uitgeloop het op skerp, onverdraagsame en onmatige kritiek, en wel omdat die toevallige verskil tussen gespesialiseerde en ongespesialiseerde regstelsels tot grondliggende verskil verhef word.

2 EENDERSHEID VAN DIE INHEEMSE REG

Die verskil tussen ongespesialiseerde en gespesialiseerde stelsels is egter nie wesenlik nie, want die reg is 'n universele kultuuraspek en kan nêrens iets anders as die reg wees nie, wat dan ook blyk uit die reeds aangeduide vermelding van regsuniversalia deur sommige van diegene wat hulle oor nomenklatuur uitgespreek het.

Dit spreek dus vanself dat uitdrukkingsmiddele wat op regstelsels betrekking het, toelaatbaar moet wees ongeag die oorsprong daarvan, hetsy gevestigde gebruik of nuwe ontwerp of wat ook al; en die standpunt wat hier gehuldig word, is dat die juris van geen verstandswerktuig versteke gehou moet word wat hom help om sy vakgenote te bereik en sy dissipline te bevorder nie.

Ten opsigte van taal wat, soos die reg, een van die kultuuruniversalia is, word die gebruik van algemeen erkende skolastiese middele om ongeskrewe stelsels te verklaar goed geïllustreer deur die verdienstelike werk van taalkundiges wat ten opsigte van Afrikatale hul toevlug geneem het tot middele wat vir geskrewe tale uitgewerk is, waaronder ortografieë en bekende grammatiese terme soos selfstandige naamwoord, voornaamwoord, voorvoegsel, agtervoegsel, byvoeglike naamwoord, werkwoord, modus en tyd. Die resultate het nie alleen die betrokke tale geen geweld aangedoen nie, maar selfs die besondere kenmerke daarvan na vore gebring deur die eiening en benoeming van verskynsels soos naamwoordklasse, kopulatiewe, skakels en verskillende soorte vormelemente.

In die lig van die geregverdigde algemene waardering vir bedoelde taalwerk, is die verset teen die werk van die juris in besondere mate onbegryplik. Dat die betrokke volke hul reg nie op dieselfde manier as die juris verstaan nie, is oral gewoon en gaan nie as beswaar op nie.

Nou is dit egter vir die juris met die gewone opleiding haas onmoontlik om behoorlike insig in 'n ongespesialiseerde regstelsel te kry tensy hy hom deeglik op die hoogte stel van die hele betrokke kultuur in al sy aspekte, waarby nie alleen die reg inbegrepe is nie, maar ook onder meer die taal, die ekonomie, die verwantskapstelsel, die religie, die opvoeding en die spel. Het hy genoeg geesdrif om hom die opoffering te getroos, benodig hy nog die vermoë om die vooroordele van sy agtergrond te oorwin en moet hy buitendien genoeg belangstelling in, toewyding aan en vermoë tot regsteoretiese werksaamheid aan die dag lê. Wanneer aan

al die vereistes voldoen is, volg die laaste en moeilikste stap, naamlik om die toepaslike verskynsels as regsverskynsels te eien en in verband te plaas.

Omgekeerd bly iemand sonder regstudie van volledige insig in enige regstelsel verstoke, al is hy hoe geleerd en al beskik hy oor nog so 'n deeglike kennis van die betrokke kultuur.

Indien die beoefenaar van 'n dissipline wat met ongespesialiseerde regstelsels verband hou hom nou vir die inheemse reg interesseer en ontdek dat sy geleerdheid hom nie tot juridiese benadering van sy belangstellingsgebied in staat stel nie, kan hy maklik daartoe oorgaan om ander van sodanige benadering te wil weerhou; en hieraan is miskien te wyte heelwat van die waarskuwing en kritiek waarvan vroeër melding gemaak is. Hier wil natuurlik nie beweer word dat alle waarskuwing en kritiek onvanpas was nie. Verkeerde uitleg van inheemsregtelike verskynsels na analogie van verklaringe wat vir Westerse regstelsels geld, het al dikwels voorgekom en tot regverdiging van besware gedien. Wat nie goedgepraat kan word nie, is die verwerping van regsteorie uit beginsel wat die inheemse reg betref, want dit dien tot afskrikking van belangstellende jong denkers, waardeur ordening van die inheemse reg, wat reeds lank deur apatie, onvermoë en ontmoediging vertraag is, verder vertraag kan word.

Die ervaring het geleer dat aan regsverskynsels wat goed begryp word, altyd deur regsterminologiese middele uitdrukking gegee kan word. Die ongeskrewe inheemse regstelsels moet op regswetenskaplike wyse uiteengesit word solank dit nog moontlik is, en wel met die oog op regsekerheid, regsvergelyking, regsontwikkeling en regsgeskiedkundige werk. Die taak vereis die opleiding van deskundiges, maar dit sal eers doeltreffend kan geskied wanneer die sinloosheid van die veldtog teen aanwending van regsteorie vir die inheemse reg voldoende besef word. Dat daar genoeg gronde vir die nodige besef is, blyk uit die werk van die afgelope dekades waarin regsteorie gebruik is om die inheemse reg te verklaar.

3 BRUIKBAARHEID VAN REGSTEORIE

Onder die resultate wat met 'n regsbenadering bereik is, val die bevindinge omtrent die administratiefreg, die strafreg en die persoonlikheidsreg, wat tot heel onlangs feitlik geen afsonderlike, samehangende of omvattende behandeling ontvang het nie en ondersoek is weens die oortuiging dat dit afdelinge van inheemse regstelsels eweseer as van ander regstelsels behoort uit te maak. In verskeie ander afdelinge is egter ook vordering getoon. Die volgende uiteensetting omvat 'n aantal bevindinge wat die inheemse reg tipeer en behoort by te dra tot regsekerheid, benewens die kennis wat benodig word vir die regsvergelykende, regsontwikkelings- en regsgeskiedkundige werk waarna reeds verwys is.

Uit ondersoek van die staatsreg het onder meer geblyk dat die vors nie aan die geregtelike proses onderhewig is nie, ontorekeningsvatbaar is en hoegenaamd nie in die privaatreg optree nie; dat diens- en ander reëlinge tussen die vors en onderdane nie kontraktueel nie, maar publiek-

regtelik van aard is; en dat die beheer oor openbare grond en roerende goed van die vorstedom nie aan eiendomsreg toe te skryf is nie, maar aan die konstitusie.

In die administratiefreg val die klem op beginsels eerder as besonderhede; moet skikkinge redelik wees, in die openbare belang getref word met raadpleging van raadgevers en behoorlik bekend gemaak word; moet diskresie redelik uitgeoefen word in die lig van die omstandighede; kan om hersiening van die vors of 'n ondergeskikte orgaan se optrede aansoek gedoen word; kan die geldigheid van laasgenoemde optrede in die hof getoets word deur 'n eis of 'n vervolging; kan by ongeldige optrede van die vors die toevlug geneem word tot raadpleging en bemiddeling op hoë vlak of tot verdediging by vervolging; en kan skikking tussen voorgenome gedingvoerende partye deur amptelike bemiddeling teweeggebring word.

Van die talryke bevindinge omtrent die strafreg kan hier slegs 'n keuse aangestip word. By die *algemene kenmerke* is inbegrepe die insluiting van besoedeling van die gemeenskap by die openbare nadeel waartoe misdaad strek; die opvatting van straf as openbare genoegdoening; die strafloosheid van poging as sodanig; die intuïtiewe toepassing van kousaliteitstoetse; bedreiging van agnate of die publiek eweseer as eie bedreiging by noodtoestand; eierigting ter private genoegdoening weens onregmatige daad of publieke genoegdoening weens misdaad as regverdigersgrond; instellingsoptrede (nie toestemming nie) as regverdigersgrond; publiekregtelike tugbevoegdheid van alle volwassenes oor alle kinders as regverdigersgrond; aanspreeklikheid van 'n dader se agnate-groep vir afstand van goed by vermoënstraf; herhaalde wangedrag as minagting van die hof, dus as aparte misdaad, nie as strafverswaring nie. Onder die *afsonderlike misdade* is dié waarvoor nie opset nie, maar slegs nalatigheid vereis word, hoogs buitengewoon; word minagting van die hof onder meer gepleeg deur onnodige toevlug tot die gereg en het dit by sommige uitloop op 'n reinigings- en versoeningsmaal waarby die vleis van die boetedier deur die veroordeelde en die manne van die hof genuttig is; volg op manslag en aanranding 'n soortgelyke maal; word by aanranding geweld nie vereis nie (die misdaad kan byvoorbeeld deur giftodiening gepleeg word) en laat die howe van sommige gemeenskappe die slagoffers toe om op gelyke wyse aan die veroordeeldes terug te doen; word verkrating nie deur gebrek aan toestemming gekenmerk nie, maar deur geweld of bedwelming om weerstand te voorkom; was diefstal van vorstedomsgoed nog altyd 'n misdaad, terwyl diefstal van privaatgoed by sommige 'n onregmatige daad sonder meer bly.

In die prosesreg val die klem nie op blote vormlikheid nie: daar word volgens die meriete van 'n saak uitspraak gegee en nie om tegniese redes nie; geen vorige beslissing hoef gevolg te word nie; koste word uit boetes en van verslane of geslaagde gedingvoerders verhaal; straf kan deur die hof verminder word, maar nie deur die administrasie nie.

Dit ontbreek die bewysreg aan reëls omtrent die toelaatbaarheid van getuienis asook, oor die algemeen, omtrent die bewyslas en die hoeveelheid

bewys, maar in sommige strafstelsels rus die las blykbaar op die beskuldigde om sy onskuld te bewys; getuienis word nie onder eed afgelê nie.

Kenmerkend van die inheemse privaatreg (die reg omtrent regte) is dat regte en verpligtinge binne agnategroepe volgens status gedeel word; dat ruimte vir opvattinge soos onderhoud deur verwante of vererwing ontbreek; dat regte oor immateriële goed uitbly; dat voogdy 'n vermoënsreg is, nie 'n instelling nie; en dat onderskeiding tussen mondigheid en onmondigheid nie paslik is nie.

Die personereg kom klaar sonder die fiksie van die regs persoon en dié waardeur 'n natuurlike persoon geag word op 'n tydstip voor sy eintlike geboorte gebore te gewees het sodat hy voordele soos onderhoud of 'n erfenis kan ontvang; laasgenoemde fiksie sou immers in stryd wees met wat so pas omtrent die deel van regte verduidelik is.

Die inheemse familiereg is die reg omtrent voogdy, waarvan die voorwerp die vryheid van die mens is. Die huwelik, wat hierdie regsafdeling ten grondslag lê, kom tot stand wanneer huweliksvoogdy oor 'n bruid deur haar agnategroep, wat volle voogdy oor haar het, aan die agnategroep van haar bruidegom oorgedra word luidens 'n ooreenkoms en ter totstandbrenging van 'n reële kontrak en gevolglike aanspreeklikheid vir die lewering van trougoedere of dienste. Word trougoedere of dienste vooraf gelewer, maak die ooreenkoms en die prestasie 'n reële verlowingskontrak uit en is die bruid se groep aanspreeklik vir oordrag van die huweliksvoogdy. 'n Getroude vrou is lid van twee agnategroepe, naamlik dié wat die huweliksvoogdy oorgedra het en dié wat dit ontvang het. Die man se groep het aanspraak op die vrou se dienste (arbeid en voortplanting) en het volle voogdy oor haar kinders, wie se dienste sowel as enige produkte daarvan hulle toekom. Die huwelik word ontbind deur beëindiging van die huweliksvoogdy, dus van die vrou se lidmaatskap van haar man se agnategroep, deur haar dood (as sy nie vervang word nie) of ingevolge geoorloofde ooreenkoms tussen die agnategroepe of weens optrede wat aan een van beide of albei toegeskryf kan word. Teruggawe of verskaffing van trougoedere hang af van die prestasie van die vrou en haar herkomsgroep tydens die huwelik. Volle voogdy oor 'n lid van 'n agnategroep kan onder sekere omstandighede aan 'n ander groep oorgedra word, en die lidmaatskap van 'n lid kan hom deur die groep om grondige redes ontnem word.

Wat die sakereg betref, moet gekonstateer word dat daar tot nog toe alleen van eiendomsreg geregverdigde sprake kan wees. Die voorwerp kan roerend of onroerend wees en op afgeleide of oorspronklike wyse verkry word, laasgenoemde onder meer deur amptelike toekenning van vorstedomsvoorraad of vorstedomsgrond.

Die kontraktereg toon versover die huidige waarneming strek, slegs die reële kontrak, waarvan voorbeelde reeds in die vorm van die huweliks-kontrak en die verlowingskontrak ter sprake gekom het. Ruil, bruik- en verbruikleen van roerende goed en bruikleen van onroerende goed is gewoon; onderskeidend is die uitplasing van vee en sekerheidstelling vir prestasie, welke laaste geleë is in die lewering of aanduiding van goed

onder die verstandhouding dat dit by prestasie aan die sekerheidstellers sal terugval of by wanprestasie deur hulle verbeur sal word en dat die krediteure intussen aanspreeklik sal wees by verlies, vervreemding of beskadiging van die goed.

Kwasi-kontrakte kom by saakwaarneming voor onder meer wanneer 'n nie-agnaat onderhou word en by verryking veral wanneer namens 'n omvattende agnategroep oor die goed van 'n samestellende agnategroep ten behoeve van 'n ander sodanige groep beskik is.

By onregmatige daade geld aanspreeklikheid soos by kontrakte en kwasi-kontrakte tussen agnategroepe, terwyl wangedrag tussen lede van sodanige groepe ingevolge die familiereg of die administratiefreg of die strafreg besoek word. Kenmerkend is die regmatigheid van summiere eierigting ter genoegdoening onder gepaste omstandighede en die uitsluiting van onregmatigheid deur waarheid by beweringe omtrent ander.

Van erfreg is daar, soos reeds geblyk het, geen sprake nie aangesien vermoëns by agnategroepe berus. Opvolging beteken slegs vervanging van 'n gewese agnatehoof luidens reëls wat berus op afkoms, rang en manlike eersgeboorte uit 'n huwelik en op die voorkeur, by ontstentenis van afstammeling, vir kollaterale van die volle bloed.

Die persoonlikheidsregte, waarom dit in die persoonlikheidsreg gaan, word blykbaar binne die omvattende agnategroep gedeel en omvat die reg oor die liggaam en die reg oor die eer; skending van laasgenoemde word as besoedelend beskou. Soos reeds geblyk het, kan genoegdoening onder gepaste omstandighede in eierigting verkry word; en veelal word diere wat afgeneem is, verorber om te toon dat vermoëns herstel nie die doel is nie.

4 SLOTSOM

Ter oorweging word gegee dat die voorgaande tipering van die inheemse reg deur die gebruik van 'n regsbenadering nouliks blyke van wanvoorstelling toon, terwyl dit genoeg bevat wat kan bydra tot regssekerheid, regsvergelyking, regsontwikkeling en regsgeskiedenis, indien nie selfs tot regsbehoud nie. Ontmoediging van die dringende werk wat voorlê kan nie toegelaat word om sonder voldoende weerstand voort te duur nie. □

LEESLYS

Die werke op die lys hieronder bevat heelwat meer as wat in die voorgaande genoem kon word en is voorsien van verwysing na 'n verskeidenheid van bronne.

AN Allott, AL Epstein & M Gluckman "Introduction" in M Gluckman (redakteur) *Ideas and Procedures in African Customary Law* (1969) London (Oxford University Press).

Joan Church "Legal Position of African Women" 1975 (2) *Codicillus* 22-27.

Joan Church "Guardianship as an Incident of the Customary Law of Parent and Child - with Reference to Transkei" 1979 *CILSA* 326-331.

Joan Church Verskeie bydraes in AC Myburgh (redakteur) *Indigenous Criminal Law in Bophuthatswana* (1980) Pretoria (Van Schaik).

AC Myburgh "Perspectives of South African Bantu Law" 1965 (2) *Codicillus* 6-12.

- AC Myburgh "Reflections on Delict among the South African Bantu" in *Ethnological and Linguistic Studies in Honour of N.J. van Warmelo* (1969) Pretoria (Staatsdrukker).
- AC Myburgh "Die Persoonlikheidsreg by die Suid-Afrikaanse Bantoe" in JF Eloff & RD Coertze (redakteurs) *Etnografiese Studies in Suidelike Afrika* (1972) Pretoria (Van Schaik).
- AC Myburgh "Law and Justice" in WD Hammond-Tooke (redakteur) *The Bantu-speaking Peoples of Southern Africa* (1974) Londen (Routledge).
- AC Myburgh Verskeie bydraes in AC Myburgh (redakteur) *Indigenous Criminal Law in Bophuthatswana* (1980) Pretoria (Van Schaik).
- Carmen K Nathan Verskeie bydraes in AC Myburgh (redakteur) *Indigenous Criminal Law in Bophuthatswana* (1980) Pretoria (Van Schaik).
- MW Prinsloo *Grondslae van die Administratiefreg by die Matlala van Maserumule* (1976) (proefskrif) Pretoria (Universiteit van Suid-Afrika).
- MW Prinsloo *Die Inheemse Strafreg van die Noord-Sotho* (1978) (intreerede) Johannesburg (Randse Afrikaanse Universiteit).
- Adrienne E van Blerk Verskeie bydraes in AC Myburgh (redakteur) *Indigenous Criminal Law in Bophuthatswana* (1980) Pretoria (Van Schaik).
- BJ van Niekerk "Notes on the Administration of Justice among the Kwena" 1966(1) *African Studies* 37-45.
- LP Vorster "Die Meerderjarige Vrou in die Transkei" 1975 (1) *Codicillus* 27-30.
- LP Vorster Verskeie bydraes in AC Myburgh (redakteur) *Indigenous Criminal Law in Bophuthatswana* (1980) Pretoria (Van Schaik).

*Here, u liefde reik tot in die hemel,
u trou tot in die wolke,
'n geregtigheid tot op die hoogste berge,
die reg wat U spreek, tot in die dieptes van die see.*

Die Blye Boodskap Psalm 36: 6-7.

Federation and consociation — conceptual links and current constitutional models*

LJ Boulle

BA LLB LLM

Senior Lecturer in Law, University of Natal, Durban

OPSOMMING

Sowel konsosiasie as federasie is bloot oorgangstadias in die verskillende modelle van staatsregtelike ontwikkeling. Eersgenoemde is 'n tussentydse stelsel van konflik-regulering totdat oorgegaan kan word tot 'n doelmatiger stelsel van meerderheids-regering. Laasgenoemde weifel tussen 'n gesentraliseerde eenheidstelsel aan die een kant en sessie of partisie aan die ander kant.

Na 'n ontleding van die kenmerke, funksies en voordele van hierdie stelsels, kom die skrywer tot die volgende gevolgtrekkings:

- 1 Die suksesvolle regulering van konflikte in verdeelde, plurale gemeenskappe vereis die aanwending van sommige van die staatsregtelike eienskappe van sowel konsosiasie as federasie om onderdrukking – waartoe die Westminster-stelsel hom geredelik leen – uit te skakel.
- 2 Deelname aan owerheidsbesluit op nasionale vlak is 'n onontbeerlike eienskap van enige egte federale of konsosiatiewe stelsel.
- 3 Binne die Suid-Afrikaanse bestel behoort magsdeling en konsensus konstitusioneel voorgeskryf te word eerder as dat daar op konvensie of gebruik gesteun word.
- 4 Konsosiatiewe demokrasie moet liefers in 'n federale vorm ingevoer word en territoriale federasie is te verkies bo korporatiewe federasie.
- 5 Wanneer federale grense getrek word, moet 'n mens kennis neem van bestaande grense en bevolkingsgroeperings. Federale grense behoort egter nie uitsluitlik te dien om bevolkingsgroeperings te bevestig ten koste van ander afbakeningsfaktore nie.
- 6 Vrye politieke assosiasie is 'n noodsaaklike voorwaarde vir die behoorlike funksionering van enige demokratiese federale of konsosiatiewe stelsel.

INTRODUCTION

All constitutions, it has been observed,¹ contain elements that are autobiographical and correspondingly idiosyncratic; they tend, like codes,

* Paper presented at the congress of the Society of University Teachers of Law held at Port Elizabeth, 21–24 January 1980. In adapting this paper for publication, reference has been made to constitutional developments up to July 1980.

¹ *Finer Five Constitutions* (1979) 21; cf. McWhinney *Federal Constitution Making for a Multi-National World* (1966) 7.

to reflect the personality and general intellectual background of their drafters. The South African constitution has been no exception to this rule and the same can be anticipated for the constitution of the second republic which will emerge during the 1980's. At a time of constitutional renewal, however, it is of more than academic importance to investigate and reveal, by comparative analysis, alternative constitutional principles and models which could supplement or succeed the idiosyncratic. South Africa's immediate constitutional requirements would appear to be to provide the institutional basis for a more inclusive political system (in the sense of increased citizen participation) and for more significant political contestation;² in fact, none of the constitutional models in current circulation denies the legitimacy of popular participation in government, but they vary greatly according to the scope they provide for meaningful political contestation. Both federalism and consociational democracy are characterised, though in varying degrees, by inclusiveness and contestation and have provided working constitutional models for divided plural societies, and are thus of relevance in South Africa's present historical context. This paper will provide an analysis of the conceptual links between consociation and federation and relate this analysis to the contemporary constitutional debate, and more particularly to South Africa's constitutional history, the government's constitutional proposals as embodied in the 1979 Draft Constitution Bill³ and subsequent enactments, and the official opposition's constitutional alternatives; passing reference will also be made to the Turnhalle constitution and recent constitutional developments in Zimbabwe.

No express attention will be given in this paper to confederation and its links with the other two models. As confederation denotes a co-operative arrangement between formally sovereign states, it is only of relevance to the extent that partition has taken place or continues to be perceived as a normative political solution, and in southern Africa it seems inevitable that a confederal or "constellation of states" arrangement would arise between the Republic and those black states which are, or become, independent. But whatever the future of the homelands system, political accommodation will still have to be sought in the "common area" and it is here that federal and consociational techniques might be profitably deployed. The constitutional lawyer's contribution is seen, at a time of constitutional transformation, as that of high-lighting the variety of institutional forms and practices, in this case federal and consociational, which might prove appropriate for a new dispensation. This topic will be approached from a constitutional-judicial point of view, though not in complete abstraction from the realities of the political process.

Federalism, of course, has a dismal track record in South Africa. Sawyer⁴ reminds us that it is in any event not a swinging system, but a

² This, of course, is to use Dahl's terminology (*Polyarchy - Participation and Opposition* (1971) 5 f) without necessarily adopting his definition of democracy.

³ Republic of South Africa Constitution Bill, Government Gazette vol 166 no 6386 (3 April 1979).

⁴ *Modern Federalism* (1976) 153.

prudential system best suited to the relatively stable, satisfied societies of squares such as abound in Canada, Australia and West Germany and probably still constitute the majority in the United States. People are not likely to go to the stake, or the barricade, or the border, to defend federalism as such. Consociational democracy, on the other hand, only became a fashionable concept in the swinging sixties, but if only by reason of its circumlocution would seem to be doomed as a battle-cry or political slogan. In fact, both federation and consociation are unattractive for their being compromise solutions to the political problems of a sovereign state, and, though less inevitably in the case of federation, transitional solutions. This paper, however, aims to be primarily descriptive and not prescriptive and will accordingly outline the essential features of federation and consociation and then relate the concepts to each other.⁵

FEDERATION

As federation is a greatly over-defined term, no attempt will be made to provide even a working definition thereof; the modern tendency, in fact, is to describe federalism as a process, or in terms of the various reactions to a federal situation, and as a function not of constitutions but of societies.⁶ Nevertheless, a federal system's most salient feature can be concisely stated⁷ – political authority is territorially divided between two formally autonomous sets of institutions, one national and the other regional, and the various institutions have some guarantee of continued existence as institutions and as holders of power. The secondary characteristics of federalism all bear some relation to the first: the constitution is necessarily codified, the legislature is bicameral,⁸ and all constituent regions are entitled to be involved in the process of constitutional amendment – these are invariable features of the empirical federations. The other secondary characteristics are more varied in nature, namely the overrepresentation of smaller states in the federal chamber and the degree of decentralised government resulting from the first federal principle.⁹ Finally it is a federal characteristic that the judiciary resolves conflicts between governmental authorities and generally upholds the supremacy of the constitution, which in some cases includes a bill of rights.

⁵ In writing this article, particular attention has been given to two valuable papers given by Arend Lijphart: "Federal, Confederal, and Consociational Alternatives for the South African Plural Society: Theoretical and Comparative Aspects" delivered at the conference of the World Peace Foundation and SA Institute of International Affairs (Rustenburg 26–29 July 1978) and "Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links" read at the IPSO conference on Intergroup Co-operation in Southern Africa (New York 23–25 October 1978). The second paper is an elaboration of the first; all references to Lijphart are to these two papers, unless otherwise indicated.

⁶ See e.g. Hicks *Federalism: Failure and Success – A Comparative Study* (1978) 3–19.

⁷ See Duchacek *Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics* (1970) 192.

⁸ The few exceptions to bicameralism (e.g. in Pakistan) go to prove the rule.

⁹ Elazar "Federalism" in Greenstein & Polsky *Handbook of Political Science* vol 5 101 finds it more appropriate to describe this feature as one of "non-centralisation;" in practice, however, federalism and decentralisation tend to go together.

There has been a tendency to discover the federal principle in almost all forms of government (and other organisations), except perhaps the most centralised of unitary systems such as France. This tendency obscures the more essential principles of federalism and diminishes its comparative utility. For our purposes it would be expedient to exclude from discussion the non-democratic federations (such as the Soviet Union and Czechoslovakia), as well as the federations which have emerged in relatively homogeneous societies (such as Australia and West Germany) and turn to the democratic federations in heterogeneous or plural societies, as the empirical models from which relevant comparisons may be drawn for South Africa. According to these criteria Lijphart identifies the following six countries: Austria, Canada, India, Malaysia, Switzerland and the United States; in addition he refers to Belgium which has been in the process of federalising during the past decade.

One of the most relevant features of these federations for South Africa is the relationship between the federal boundaries and the boundaries dividing the different segments in their divided societies. Indeed, most South African discussions of federalism are preoccupied with the question of whether the units should be territorially or communally defined.¹⁰ There exists a basic disagreement here between those, like Lipset,¹¹ who suggest that the optimal arrangement is for the two types of boundaries to be cross-cutting so that national differences are reproduced at the unit level (a symmetrical federation), and others, like Lijphart, who suggest that the optimal arrangement is where the boundaries coincide so as to translate the national heterogeneity into unit homogeneity (an asymmetrical federation). The empirical evidence points to Switzerland as the most successful asymmetrical federation and to the United States and Austria as examples of symmetrical federations, though these descriptions are necessarily relative. The disagreement, however, extends to the very utility of federation in resolving problems associated with ethnic or racial diversity.¹² It can correctly be said that federation constitutes an attempt at solving territorial and not racial or ethnic conflicts of interest, but does it follow that where communal diversities are not territorially based the federal formula has no useful purpose to serve? Lijphart suggests that where the federation is asymmetrical it can indeed contribute to solving a plural society's problems and he correctly points out that in South Africa federation should not be seen in the context of already independent units requiring a federal arrangement, but in terms of the demands for granting autonomy to regions within a sovereign state. The main reasons for such demands lie in the country's racial and cultural heterogeneity and therefore the boundaries of the autonomous regions should mutually reinforce cultural or racial boundaries. In reality, however, South Africa is characterised by extensive

¹⁰ See eg Marquard *A Federation of Southern Africa* (1970) 71 f; Du Toit *Federalism and Political Change in South Africa* (1974) 17 f.

¹¹ *Political Man* (1966) 91.

¹² Cf Carnell "Political Implications of Federalism in New States" in Hicks (ed) *Federalism and Economic Growth* (1961) 23 f.

residential interspersment of groups, and the creation of relatively homogeneous regions for the black states has already necessitated massive population resettlements and given rise to such contentious constitutional issues as denationalisation and compulsory homeland citizenship. There may in fact be advantages in a federal arrangement which reproduces national differences at the unit level where it would be easier, on a smaller scale and with local variations, to solve intergroup problems. Federalism also serves the useful purpose of avoiding a centralisation of power through its dispersment of authority – the basis of constitutionalism – which mitigates against a single ethnic or racial group dominating a whole political system through its control of the centre, and this applies as well to a symmetrical federal arrangement. Lijphart is in fact viewing this aspect of federalism consistently from the consociational perspective which holds that conflict can be reduced where there are clear dividing lines between antagonistic groups and these are reinforced by state boundaries.¹³ The more traditional attitude is that where federal boundaries coincide with these lines of antagonism, a disruptive and conflict prone situation will arise. Unfortunately this whole issue tends to be seen in South Africa in ideological terms, which is not conducive to its dispassionate discussion.¹⁴

Before turning to the features of consociationalism, brief mention should be made of the concept of “corporate federalism.” Conventionally federalism is viewed in terms of a territorial division of power, but some writers, such as Friedrich,¹⁵ extend the concept to include a non-territorial arrangement where autonomy is extended to corporate groups instead of geographically defined regions. Friedrich applies the term “corporate federalism” to the short-lived Cyprian constitution of 1960, but in this paper the extended definition will not be used. The immediate relevance of the extended definition, however, is that it leads on to the consociational model because the federal “corporate units” correspond to the consociational segments to which autonomy is correspondingly extended in that model.

CONSOCIATION

Consociational democracy¹⁶ is not a term of constitutional law. It lies uneasily in the mouth of the constitutional lawyer, not only because

¹³ McWhinney op cit 41 argues that the successful examples of multi-racial societies are those where the different ethnic-cultural communities are conveniently located in territorially distinct units of the country (i.e. “horizontal federalism”). He adds that where these groups are not dispersed in this way, the constitutional draftsmen must look beyond the “classic” federal ideal-types.

¹⁴ Du Toit op cit 17.

¹⁵ *Trends of Federalism in Theory and Practice* (1968) 124.

¹⁶ There is a large school of consociational writers but among the best known is Arend Lijphart with his two main works, *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands* (2 ed 1968) and *Democracy in Plural Societies – A Comparative Exploration* (1977). Other important proponents of the system are Nordlinger *Conflict Regulation in Divided Societies* (1972) and Lehbruch *Proporzdemokratie: Politische System und Politische Kultur in der Schweiz und in Oesterreich* (1967).

he flounders in its polysyllabic prolixity, but because it can be encountered in such a wide variety of institutional forms, and both formally and informally. Some might suggest that it is no more than a vogue description for a collection of well-known constitutional techniques, but this would be to misconstrue it. Essentially it refers to a political system which is characterised by close elite co-operation between the leaders of the various segments in a divided plural society.¹⁷ By a plural society is understood one which is divided into two or more communities which are distinct in many respects – culture, race, class, religion, language – and in which political divisions follow these lines of social differentiation. The destructive conflict inherent in such a society is avoided when rival elites realise that more can be gained through co-operation and negotiation at the leadership level and in accommodating, formally or informally, existing sub-cultural differences. Instead of the formal majoritarianism and government-versus-opposition dichotomy associated with the Anglo-American political systems, the emphasis is placed on power-sharing by all significant groups.¹⁸

Lijphart¹⁹ defines consociationalism in terms of four characteristics: the participation by all significant political leaders in a grand coalition, the availability of a mutual veto for all segments represented in the grand coalition, proportionality as the basis of representation in decision-making bodies and as a method of allocating resources and making public appointments, and autonomy for each sub-cultural segment on all matters within the segment's exclusive concern. These characteristics, as has already been indicated, may be found in a variety of different institutional arrangements, though some are clearly more conducive to a consociational form of government than others.²⁰ Lijphart's characteristics may be taken as generally representative of the consociational school of writers²¹ and highlight the antithesis between the normative consociational model and a centralised and majoritarian unitary system.

Among the countries which have experienced consociational arrangements at various times are Austria, Belgium, the Netherlands, Switzerland, Malaysia, Canada, Cyprus and Lebanon. Consociational techniques have not had a successful outcome in all these cases, but in others they have succeeded in regulating conflict to the point where the tech-

¹⁷ McRae (ed) *Consociational Democracy: Political Accommodation in Segmented Societies* (1974) 5–13 points out that consociationalism is also approached in the literature from two other standpoints, but here it is restricted to the one which emphasises the process of decision-making and the pattern of elite behaviour.

¹⁸ The title of Lijphart's article "Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided Societies" 1977 *Politikon* 113 highlights the rejection of majoritarian institutions for divided societies by the consociational school. See also Steiner *Amicable Agreement Versus Majority Rule – Conflict Resolution in Switzerland* (1974).

¹⁹ *Democracy in Plural Societies* 25 f.

²⁰ Thus unitarianism, presidentialism and majoritarian electoral systems are less suitable than federalism, a parliamentary executive and proportional representation.

²¹ There are some important exceptions, eg Nordlinger op cit does not include segmental autonomy (nor federalism) as a conflict-regulating device.

niques themselves have become redundant and have been replaced by conventional majoritarian systems.

CONCEPTUAL LINKS

It is clear from these brief descriptions of consociationalism and federalism that the two models coincide in many respects, and most evidently in that they both involve the sharing out of governmental power among a number of authorities in the country. Some institutions have jurisdiction over the whole country, and in the decision-making process at this level all component units are entitled to participate, while others have more limited jurisdiction, either territorial or personal, and provide the basis for the decentralisation of power. Both systems are formally anti-majoritarian, though in differing ways and degrees, and both require a formula for resolving disputes between the various authorities and for amending what is usually a rigid and supreme constitution. In other respects the two models overlap, but do not converge: the federal upper chamber usually has some characteristics of a grand coalition and the coalition principle tends also to be applied in the formation of the federal executive, though not to the same degree as in the consociational model. Proportionality also tends to be applied to a more limited extent in the federal model, namely in the composition of the federal chamber, while it is, by definition, a pervasive feature of the consociational model. Similarly, the principle of consensuality has less application in the federal model, though constitutional rigidity usually provides a legislative veto in respect of constitutional amendments.²² The number of component units in either model could be as low as two, but the federal model can accommodate a great many more units than the consociational model which becomes susceptible to immobility or deadlock with a large number of units; the jurisdictional complications inherent in non-territorial units would also act as a practical limitation on their number. Finally it can be said that the two models show clear divergences in so far as the segments in the consociational model are defined in terms of common personal characteristics or interests, while the regions in the federal model are territorially defined; jurisdiction is thus based on the personality and territorial principles respectively. A second divergence lies in the fact that the federal model need not be democratic as is the case, by definition, with consociational democracy.²³

²² Sawyer op cit 15-16 observes that after the creation of the US constitution there was a 70 year dispute as to whether the system was predominantly national or confederal. Those emphasising the latter spoke of the "concurrent majority" required in congress, which would have given each region or group of regions a veto power, and the theory of nullification envisaged a reserve power for each region to disregard major decisions affecting their interests. Since 1865 primacy has been given to the national assumptions of the system. The doctrine of the concurrent majority is most often associated with Calhoun *A Disquisition on Government* (ed Post) (1953) who is referred to by several of the consociational writers.

²³ Consociational systems, on the other hand, need not be democratic as where non-elected leaders are drawn into the process of government on a limited scale. It has also been suggested that democratic quality of consociationalism has been insufficiently analysed by consociational writers. See Daalder "The Consociational Democracy Theme" 1974 *World Politics* 604 617-618.

To summarise, then, a consociation will be a federation when the segments are geographically concentrated and the boundaries between the federal units follow segmental boundaries as far as possible, and where the other federal principles, such as bicameralism, are applied. Conversely, a federation will also be a consociation where the first three consociational principles are applied, where the federation is asymmetrical (as previously defined) and consists of an appropriate number of small component units, and where it establishes decentralised government. In fact, federal theory embodies all the consociational principles in rudimentary form²⁴ and the concept of "corporate federalism," already referred to, highlights the affinity between the two. There can also exist a large number of federal and consociational combinations as illustrated by the example of Belgium.²⁵ The religious and socio-economic cleavages were resolved along consociational lines through bargaining and compromise and with each segment having its own organisational infrastructures, but a federal decentralisation was required to accommodate the French-Dutch ethno-cultural cleavage which became increasingly salient in the 1960's. As Heisler observes,²⁶

"... for some purposes Belgium could be thought of as a federal entity consisting of three units, while for other purposes it is comprised of only two."

While the consociational techniques were insufficient to manage ethnic differences, their experience facilitated the transition to a federal regime.

In summary it can be said that the federal and consociational systems are characterised by autonomy for and power-sharing among the component units and these complementary features should be borne in mind when turning to South Africa's constitutional situation.

CONSTITUTIONAL TRADITIONS²⁷

It was suggested in the introduction to this paper that constitutions tend to be autobiographical and it is appropriate to refer briefly to the country's constitutional traditions to determine the existence or otherwise of federal or consociational features.

There has been much debate as to whether the Union constitution could be classified as federal, or at least quasi-federal, and the various arguments do not require detailed consideration here. It is clear that the South Africa Act embodied certain federal characteristics, such as the parity of provincial representation in the senate and the constitutional

²⁴ This is not restricted to theory. Eg Noel "Consociational Democracy and Canadian Federalism" 1971 *Canadian Journal of Political Science* 14 16 shows that in Canada elite accommodation along consociational lines takes place in the institutions which are central to the maintenance of the federal system: the federal cabinet, federal boards and councils, and inter provincial conferences.

²⁵ See Heisler "Managing Ethnic Conflict in Belgium" 1977 *American Academy of Political and Social Science Annals* 33 38.

²⁶ op cit 42.

²⁷ See Boule "The Second Republic: Its Constitutional Lineage" 1980 *CILSA* 1-34.

safeguards for the provinces, their powers and boundaries,²⁸ but that these gradually succumbed to the wishes of a supreme central legislature. Further legislative and administrative incursions have been made into the provinces' powers over the years, but the basic structure of the provincial system has remained intact in the Republican constitution and is institutionally accommodative of a federal system of territorial decentralisation. It is also true that the policy of separate development contains important "federative" elements, in spite of the traditional government aversion to federalism as a constitutional alternative.²⁹

The consociational features or devices³⁰ in the South African constitutional tradition are even more tenuous than the federal features and, where they are discernible, tend to exist in isolation and serve differing purposes. For its short duration the inter-cabinet council, which was instituted in 1976 as an extra-constitutional body, could be described as an inchoate "grand coalition." A more dated version of the coalition principle was discernible in the case of the provincial executive committees which, until 1962, were constituted on a proportional basis, a system closely modelled on the Swiss federal executive, but subsequently modified to incorporate the majoritarian principle. The grand coalition principle has not otherwise been institutionalised in South Africa, though it was implicit in the coalition of 1933 in which cabinet seats were equally divided between the two parties and which led subsequently to fusion. The principle of proportionality as a basis of representation has also not been wholly absent in the South African constitution as evidenced by the former composition of provincial executive committees and the former method of electing senators,³¹ but its effect has been severely attenuated by a general preponderance of majoritarian elections, and proportionality has not generally been the basis on which resources have been allocated. The minority veto has existed in only a very limited form in respect of the entrenched sections of the constitution.³² As far as segmental autonomy is concerned, the language of separate development tends to converge with that of consociationalism and the introduction of communal representation for whites, blacks, Indians and coloureds, at first in common and subsequently in separate representative and nominated institutions, may be seen as providing some institutional basis for the principle of

²⁸ An interesting "federal" interpretation of s 114 of the Constitution Act was given (obiter) in *Cowburn v Nasopie (Edms) Bpk* 1980 2 SA 547 (NC) 554-555.

²⁹ Du Toit op cit 14.

³⁰ Some consociational principles are closely associated with specific constitutional features (such as the principle of proportionality with PR electoral systems) and these features can be designated consociational techniques or devices; it is useful to draw a distinction between a consociational system, in which all the relevant principles are applied, and consociational devices which can be encountered in non-consociational systems as well.

³¹ ss 77 and 30(3) respectively of the Republican Constitution Act 32 of 1961.

³² The amendment to s 118 of the Constitution effected by s 1 of the Constitution Fourth Amendment Act 74 of 1980 retains the veto principle, though shorn of any regional component.

“segmental autonomy.”³³ While an analysis of the nature of the “autonomy” and its evaluation is beyond the scope of this paper, two important qualifications should be made: the “autonomy” has never been complemented by a sharing of power through joint participation by all “segments” on matters of national concerns, and the “segments” recognised by the South African constitution are statutorily defined³⁴ and not based on free political association.³⁵ It emerges, then, that consociational features are not wholly alien to the South African constitutional tradition, but that they have been deployed for a variety of motives and in an inchoate and inconsistent fashion in an otherwise majoritarian Westminster system of government. What should not be overlooked is the fact that institutional formulae have a greater chance of success if they are antedated by extra-institutional and informal beginnings of conciliation and consensus,³⁶ and the inter-cabinet council, the 1978 local government agreement in Natal, and the recent meetings between the government and black homeland and non-homeland leaders, whatever their shortcomings and constraints, can all be built upon in the process of regulating conflict constitutionally.

THE GOVERNMENT'S CONSTITUTIONAL PROPOSALS

The South African government's constitutional proposals, as embodied in the Draft Bill of 1979 and partially implemented through the constitutional amendments of 1980, display a number of consociational features. The coalition principle finds application to some degree in each of the councils of cabinet, the presidential council and the joint advisory committee.³⁷ Of these institutions statutory provision has been made for the president's council,³⁸ which is to be a wholly appointed body with the main functions of advising the state president on various matters and considering draft legislation if so requested. The proportionality principle also finds some application in that the proportionate sizes of the white, coloured and Indian electorates has determined the size of each legislative

³³ Stultz *Transkei's Half Loaf: Race Separation in South Africa* (1979) 150 suggests that the post-independence relations between Pretoria and Umtata resemble the consociational ideal in that they require bargaining from independent power bases.

³⁴ most importantly by the Population Registration Act 30 of 1950.

³⁵ as a consequence of the Prohibition of Political Interference Act 51 of 1968.

³⁶ Duchacek op cit 106. There has been an extended debate between Daalder and Lijphart as to whether consociationalism depends on a historical tradition of co-operation and compromise or whether it can be consciously and purposively created by leadership elites at a particular moment in history. The difference between the two relates to both timing and causal relationships. If consociationalism requires as a necessary precondition for its success a prior tradition of political accommodation its implementation in societies such as South Africa would be problematic. See McRae op cit 12 f.

³⁷ See ss 16, 23–25 and 26(1) of the Draft Bill respectively.

³⁸ ss 102–106 of the Constitution Act, as amended by s 34 of the Constitution Fifth Amendment Act 101 of 1980.

assembly,³⁹ as well as the composition of the electoral college⁴⁰ and council of cabinets.⁴¹ Segmental autonomy for each of the white, coloured and Indian groups is one of the often articulated premises of the proposals and some institutional basis for such autonomy is established by the Draft Bill.⁴² It can in fact be said that a constitution based on the bill would provide for the consociational incorporation of coloured persons and Indians into the political system in the sense that their leadership elites would be consulted on and made responsible for decisions at the highest formal level of government.

The new arrangement does not, however, constitute a system of consociational democracy by reason of the complete exclusion of blacks, who have also not been incorporated in the non-elective president's council.⁴³ In other ways the scheme also does not conform to the normative consociational model. The segmental boundaries would be statutorily prescribed by the Population Registration Act⁴⁴ and the "segments" would not therefore emerge through free political association: besides tainting the system with the discriminatory legislation of the past, this feature could render some artificiality to the autonomy principle if the statutory boundaries did not coincide with those commonly perceived by different interest groups. This feature also reduces the efficacy of the proportionality principle which would only apply inter-segmentally and thus effectively only as between the majority parties within each statutorily defined "segment." This arrangement would be unfavourable to minority parties within each "segment," whose political range would be severely restricted by the thoroughly majoritarian and anti-consociational intra-segmental arrangements, and could only be increased, within the present statutory restraints, by applying proportionality on an intra-segmental basis as well. Furthermore, the formation of pre-election inter-ethnic political coalitions (with or without minority parties) would be prevented by the Prohibition of Political Interference Act,⁴⁵ the retention of which is implied by the provisions of the bill; Nordlinger⁴⁶ observes that coalitions can have a greater consociational function if they emerge prior

³⁹ ss 27(1), 49(1) and 52(1) of the Draft Bill respectively.

⁴⁰ s 8(1)(b) (which purports to be entrenched by s 8(1)(d) and s 16(1) of the Draft Bill respectively). It has been assumed that the same principle applies to the president's council, although there is no statutory provision therefor—see s 102(1) of the Constitution Act as amended by s 34 of the Constitution Fifth Amendment Act, and cf s 23(1) of the Draft Bill.

⁴¹ s 16 of the Draft Bill.

⁴² In the form of separate legislative assemblies, each with its own responsible cabinet.

⁴³ The *Schlebusch Report* (Interim Report of the Commission of Inquiry on the Constitution RP 68 (1980)) recommended the creation of a separate black council (§ 10) but the government announced in mid-1980 that this recommendation would not be implemented because of black opposition thereto.

⁴⁴ See s 112 of the Draft Bill.

⁴⁵ 51 of 1968.

⁴⁶ op cit 12. Worrall has argued that the new scheme is likely to encourage the emergence of stable post-election governing coalitions among dominant parties. See "The South African Government's 1977 Constitutional Proposals" in Benyon (ed) *Constitutional Change in South Africa* (1978) 127-132.

to elections with the avowed aim of regulating conflict. Finally the "segmental autonomy" which is provided is not complemented by the sharing of power on national matters, as is the case in the normative consociational model, by reason of the absence of an effective veto for the minority Indian and coloured groups. This, in fact, constitutes the main constitutional criticism of the new proposals from a consociational perspective: although they are incorporated into the political process, Indians and coloured persons would have no institutional assurance that they would be able to affect that process, because of their individual and joint minority status and the absence of any veto power. The formal availability of the mutual veto would contribute towards remedying this defect.

It has of course been stressed that consociational principles can be implemented in a wide variety of ways and that they may emerge in practice and through convention, despite their constitutional-judicial absence. The so-called "executive president" in the new proposals is in theory not as optimal, from the consociational perspective, as a collegial executive, because where executive power is vested in a single set of hands, the president must inevitably be a member of, and therefore, be closely associated with, one particular segment. It seems in fact, however, that the president would not have the extensive powers as had originally been suspected and could, in time, come to act as a conciliating force between different political viewpoints. In the light of South Africa's political and constitutional traditions, however, it would seem more expedient for the constitution itself to prescribe conciliation and to specify the conditions required of the political process, rather than to rely on the informal emergence of conciliatory conventions, and this could be done through a more consistent application of consociational principles which eschew majoritarianism and prescribe compromise. In an age of scepticism about constitutions, their declaratory value tends to be overlooked.

When examined from a federal perspective, the government's proposals would institute for whites, Indians and coloured persons a type of "corporate federalism" in the sense in which the concept has previously been described.⁴⁷ In addition the provincial system, and its residual federalism, is left intact.⁴⁸ What is salient about the proposals from this point of view, however, is the absence of a federal chamber and any national representative and deliberative assembly in which the component units might participate in forming policy and enacting legislation for the whole country. It is also doubtful whether the new proposals would greatly increase the degree of decentralisation in government.⁴⁹ Nevertheless, there seems some attraction in viewing this scheme as "corporate federalism" in view of the possibility, which has yet to be given statutory substance, of the black states in the Republic acquiring

⁴⁷ See 240 *supra*.

⁴⁸ Cf ss 60-86 of the Draft Bill.

⁴⁹ See, e.g., Worrall's (*op cit* 128) observation that most powers would be exercised by the joint (central) authorities.

internal autonomy. The allusion here is to the Black States Constitution Amendment Bill⁵⁰ which provided for a third stage of self-government for non-independent homelands at which stage they could exercise somewhat increased powers on matters of exclusive internal concern to them.⁵¹ Where a formerly unitary state thus becomes differentiated into a federal arrangement, it can be said that the federal process is in operation, but in this case the authentic federal process would also require the gradual institutionalisation of joint decision-making and power-sharing on national matters, which the "internal autonomy" scheme does not do.

At their most favourable, then, these arrangements place the focus on a combined territorial-federal and non-territorial consociational model as a possible, and probably transitory, constitutional alternative. Again the empirical evidence is supportive of such a combination: Belgium has been described⁵² as a federal entity consisting of three units (the geographical regions) for some purposes and two units (the Dutch- and French-speaking communities) for others. What begins to emerge, therefore, is the fact that there are a broad number of federal-consociational options which do not deviate from the normative democratic model and whose existence should be recognised and emphasised during the current constitutional debate.

THE PROGRESSIVE FEDERAL PARTY PROPOSALS

An analysis of the opposition's constitutional proposals⁵³ reveals an attempt to incorporate several consociational principles into a conventional territorial-federal model. It should be pointed out, however, that many points of detail have been left open in the party's proposals, because of the emphasis placed in its policy on the process of constitutional change, and in particular the concept of a national convention. In broad outline, provision is made for a federal division of authority between a bicameral central legislature and several state assemblies, with each set of institution having defined and entrenched powers. The secondary characteristics of federalism such as equal unit representation in the senate, decentralised government, and the right of states to change their constitutions unilaterally and to assist in amending the federal constitution are also included. The judiciary, through a federal constitutional court, would have a supervisory constitutional function and would be empowered to enforce an entrenched bill of rights. In accordance with conventional federal theory, the division of powers would be territorially based and it would appear from the general purport of the proposals

⁵⁰ 91 of 1977.

⁵¹ The internal autonomy concept received support in the *Quail Report* (Ciskei Commission Report 1980) §§ 270-275 and § 343. There is also support for the concept in relation to the Natal/Kwa Zulu entity in the *Lombard Report* (Alternatives to the Consolidation of Kwa Zulu 1980) 51.

⁵² Heisler *ibid.*

⁵³ as embodied in the *Slabbert Commission Report* and accepted by the federal congress on 17 and 18 November 1978.

that the drawing of unit boundaries would be done so as to create a symmetrical and not asymmetrical federation. Nevertheless the delimitation commission, in drawing regional boundaries, would be required to take into account, *inter alia*, community of interests, the desirability of a high degree of homogeneity, and the existence of semi-autonomous areas, and it has been recommended that it create smaller rather than larger states. These factors suggest the possibility of at least a partially asymmetrical federation being formed and thus draw one back to the consociational characteristic of segmental autonomy.

The other consociational principles are also to be found in the opposition's proposals. The grand coalition principle is applied in the composition of the federal executive and also in the composition of the federal chamber, and the latter body is also structured so as to permit the consociational incorporation of "cultural groups" through their registered cultural councils. A federal finance council, though formally subordinate to the federal and state legislatures, would constitute a type of third chamber in which the coalition principle would also be apparent; in fact the functional representation envisaged for this body is an important, though surprisingly neglected, constitutional principle. Proportionality as a basis of representation is envisaged for all legislative bodies, federal and regional, as well as for the federal executive. The power of veto would vest in any minority of 10 or 15 per cent in the federal assembly on all decisions other than those relating to money bills, matters of administrative detail, or the election of the prime minister. The veto would also operate at the state level.

The general picture, then, is that the consociational elements inherent in federal theory are jointly and severally accentuated in the PFP proposals. When viewed from a consociational perspective, the proposals give effect to Lijphart's suggestion that consociational democracy should, if possible, be introduced in a federal form: constitutionalism is then primarily served through the territorial dispersement of power, and secondarily through the consociational features which seek to avoid the implications of majoritarianism and to protect minority groups at both central and regional levels. When viewed from a federal perspective, the position of the national executive is highlighted. A crucial task in the federalising process is the establishment of a workable joint executive and the proposals envisage a somewhat unique institution. The prime minister, who would chair the executive council, would be elected by the federal assembly (the lower house) and would be responsible to it alone. This would tend to weaken the federal element in the executive sphere, since the federal chamber (senate) has no say in his election and, although the federal element is much stronger in the case of the non-executive president – to be elected jointly by the federal and state parliaments – the former would clearly have a more decisive political role than the latter. In appointing his cabinet, the prime minister would have to negotiate with party leaders and appoint proportionately to party strength in the assembly and members of the council would not retain their membership of the assembly. This arrangement is closely

modelled on the Swiss federal executive, except that in the case under discussion the rule of power-sharing is constitutionally prescribed. The prime minister would be responsible for formulating general policy guidelines based on the consensus of the executive, and within these guidelines each minister would be responsible to the assembly for the affairs of his department. It is understandable, in view of the composition of the executive, that it is sought to enact the convention of ministerial responsibility, though the precise manner in which it would operate is not clear. The semi-separation of powers which the proposals envisage, gives some leeway to executive members to effect compromises and provide direction, but tends to blur, by traditional standards, the constitutional lines of responsibility.

One of the major problems which could arise through the consistent application of consociational principles in a federal constitution, is that the government would be insufficiently strong to act decisively. Federalism, with its emphasis on the division of power and constitutional checks and balances, tends to make for weak government: tardiness, immobilism and general inefficiency are traditionally cited as disadvantages of consociationalism. In combination one could expect a system which gives rise to frequent indecision and is generally expensive to run, and such an arrangement would inevitably tend to support the socio-economic status quo.⁵⁴ This problem would require for its solution a mechanism whereby simple majoritarianism could be reverted to where certain options needed clear decisions and immediate outcomes.

THE TURNHALLE AND LANCASTER HOUSE CONSTITUTIONS

Constitutional arrangements of some comparative utility for South Africa were agreed upon at the Turnhalle constitutional conference⁵⁵ and the Lancaster House talks⁵⁶ for South West Africa/Namibia and Zimbabwe respectively, although the former has tended to lose its import during the current international deliberations and the latter is as yet untried and untested. Nevertheless, a brief reference to some aspects of each scheme reveals further recourse being had to federal and consociational devices.

While the PFP proposals provided the institutional basis for territorial-federal government, this was only incidentally the case with the third draft of the Turnhalle constitution.⁵⁷ The constitution envisaged three tiers of government, central, regional, and local, with a highly flexible division of powers among them. The essential determinant of the

⁵⁴ See Barry "The Consociational Model and its Dangers" 1975 *European Journal of Political Research* 393-412. For a forceful rejection of consensus, even as a normative criterion, see Rae "The Limits of Consensual Decision-Making" 1975 *American Political Science Review* 1270-1294.

⁵⁵ held in Windhoek between Sept 1975 and Nov 1977.

⁵⁶ held in London between Sept and Dec 1979.

⁵⁷ See Boule "The Turnhalle Testimony" 1978 *SALJ* 49-62.

second-tier authorities, on which the whole system would depend, was ethnicity, as statutorily defined.⁵⁸ These authorities would primarily exercise personal jurisdiction, and territorial jurisdiction only in relation to territory owned by members of the ethnic group represented in the authority. A *de iure* "corporate federation" would thus be given asymmetrical territorial-federal form in practice and this was to cause a major dispute during the closing stages of the Turnhalle conference, because of the wide disparities in land ownership among the groups. Bicameralism⁵⁹ was also not chosen for the Turnhalle constitution, but a traditional federal testing right was vested in the judiciary in respect of all legislation, as well as an advisory function in respect of a bill of rights, and the constitution itself was extremely rigid.

Consociational features were more consistently apparent in the constitution. Segmental autonomy was institutionalised along separate development lines and on the basis of ethnic and colour differentiation among the eleven population groups and through the deployment of the personality principle. In the case of the smaller and the less prosperous groups, however, the eventuation of any degree of meaningful self-government would seem remote. The grand coalition principle was strongly prevalent in both the national assembly and the council of ministers, as were variants of the principle of proportionality in the form of minority over-representation in the assembly and parity of representation in the council. The mutual veto was available in slightly restricted form in the assembly, but in its extreme form in the council where unanimity among the eleven ministers and chairman was prescribed for all decisions. The danger of immobilism in these bodies need not be spelled out: it is a disadvantage inherent in communal representation which must be accompanied by a mutual veto if it is to have real constitutional significance. Given the prevalence of this drawback of consociationalism, the Turnhalle constitution can be criticised for placing too large a total load on the central authorities, where the dangers of deadlock would be most acute.⁶⁰

The Turnhalle conference will perhaps be better remembered for its national convention attributes than for the as yet untested constitution which it produced. In a sense the constitution was only in inchoate form, since many important aspects were either omitted or, where included, were vague and obscure. Its comparative utility is also diminished by the pervasiveness of ethnicity in its provisions and its potential for entrenching ethnicity.⁶¹ Proponents of consociationalism would indeed argue that

⁵⁸ Each of eleven groups was to have its own representative second-tier authority, which would in turn nominate members to the national assembly.

⁵⁹ The national assembly, however, had two components, one of which divided 44 seats equally among the groups, while the other distributed sixteen proportionately - Boule *op cit* 54-55.

⁶⁰ See Lijphart "Consociational Democracy" 1968 *World Politics* 207-218.

⁶¹ See the observations of Wiechers "'n Kritiese Ontleding van die Turnhalle" Oct 1977 *Codicillus* 5-12.

it is in the very nature of the system to make divided societies more divided, and for good boundaries to make good neighbours.⁶² This attitude is not inconsistent, however, with the principle of free political association which allows segmental formation to take place along lines other than ethnicity and colour alone,⁶³ and such freedom is an essential characteristic of political pluralism. Given the strength of ethnicity in plural societies such as Namibia or South Africa, it is not inconceivable that ethnic cleavages would reassert themselves in conditions of free association. On all counts these cleavages would be preferable to those predetermined and imposed from above, which tend to codify separation and prove problematic for persons of mixed origins.

Federalism was never advocated on a large scale as a constitutional alternative during the transition from Rhodesia to Zimbabwe, although a federal-orientated party achieved modest successes during the elections of April 1979.⁶⁴ Both the Zimbabwe-Rhodesia and the independence Zimbabwe constitutions, however, had recourse to constitutional principles associated with consociationalism. In the former⁶⁵ provision was made for communal representation for blacks and whites, the overrepresentation of the white minority in both upper and lower chambers (a variant of proportionality), a legislative veto of limited duration, and proportional representation in the cabinet where the coalition principle was strongly evident. The independence constitution⁶⁶ also instituted communal representation, overrepresentation of the white minority, and a legislative veto. The veto was restricted to constitutional amendments for a seven year period, and the provisions of the bill of rights were also subject to an effective white veto for one decade. The first Zimbabwean cabinet incorporated the coalition principle and drew its members from a large post-electoral political coalition,⁶⁷ although the constitution itself made provision for a majoritarian Westminster cabinet. It is thus clear that at both stages of the bargaining process the need was felt to depart from the thorough majoritarianism of the Westminster system and make use of the non-majoritarian devices characteristic of consociationalism in order to facilitate a stable political transition against a background of hostility and recrimination. It is perhaps worth observing that resort was only had to these devices when drastic constitutional change was circumstantially inevitable.

⁶² See Lijphart *Democracy in Plural Societies* 88.

⁶³ Wiechers op cit 7.

⁶⁴ The United National Federal Party won nine of the 72 black seats and advocated the division of the country into the two federal states of Matabeleland and Mashonaland.

⁶⁵ See Blaustein & Franz *Constitutions of the Countries of the World: Supplement* 1-36.

⁶⁶ Blaustein & Franz op cit vol XV 1-93.

⁶⁷ This development stands in contradiction of the theory that in zero-sum conditions coalitions tend toward the minimal winning size. See Riker *The Theory of Political Coalitions* (1962) 28-32.

CONCLUSION

In drawing some conclusions to this paper, one is reminded of Friedrich's⁶⁸ observation that a constitution – any constitution – is not a panacea but an experimental attempt at arriving at a viable and legitimate government. Both consociation and federation constitute, in differing ways, transitory arrangements, the latter vacillating between a centralised unitary system on the one hand, and secession or partition on the other, and the former constituting an interim system of conflict regulation pending the transition to the more efficient, and empirically preponderant, majoritarian system.⁶⁹ Both are experimental and compromise arrangements, and neither of these qualities is optimal from a marketing point of view. Nor can it be said that conditions in South Africa are very favourable for either system: the prospects for consociationalism are better in small countries with prior conditions of elite accommodation and a societal cohesion produced by overreaching loyalties,⁷⁰ and federation is notoriously inept at resolving or surviving gross economic disparities among its regions,⁷¹ as would exist in any South African federation. Both systems also incur costs in terms of open government and citizen participation, and this is particularly so in the case of consociational democracy with its elitist emphasis.⁷² The real question, however, is: what are the practical alternatives to a federal/consociational arrangement in South Africa? Could any other model acquire broader acceptability against the background of South Africa's constitutional traditions and present social and political circumstances?

In drafting a new South African constitution the immediate priority, other than providing for the protection of basic rights, would seem to be to make the present political system more inclusive, to increase the scope for political competition, and to regulate the conflict, existing and latent, in the South African polity. The empirical evidence shows that where conflicts have been successfully regulated in divided societies, one or more of the conflict-regulating practices characteristic of consociationalism and federalism have been employed.⁷³ This, it is submitted, is possible without deviating from the normative democratic theory, or from the requirements of constitutionalism. Both systems are based on the three principles of a division of power (the basis of constitutional democracy), power-sharing on matters of national interest, and autonomy for sub-national institutions. The emphasis of this paper has been on the wide variety of institutional forms the two systems can take on, and the variety

⁶⁸ *Limited Government – A Comparison* (1974) 11.

⁶⁹ Many of the empirical consociational constitutions have been of short or limited duration and have either been rejected during periods of civil strife (e.g. Lebanon and Cyprus) or been replaced with stable majoritarian systems (Austria and the Netherlands).

⁷⁰ Lijphart *Democracy in Plural Societies* 53–103.

⁷¹ See e.g. Hicks *Federalism – Failure & Success* (1978) 178–185.

⁷² On the question of structured elite predominance see Nordlinger *op cit* 74–78. Consociationalism in fact places a premium on the non-circulation of leaders.

⁷³ Nordlinger's conclusion, *op cit* 117 f.

of possible combinations of federal and consociational arrangements, and it is of course quite feasible for federal/consociational arrangements to exist simultaneously with regional and confederal alliances.

The following conclusions are offered:

1 The successful regulation of conflict in divided plural societies requires the employment of some or all of the constitutional characteristics of consociation and federation to avoid the domination prone majoritarianism of the Westminster model.

2 The sharing of national power is an indispensable feature of any authentic federal or consociational system.

3 In the South African context power-sharing and consensus should be constitutionally prescribed rather than reliance being placed on convention or practice.

4 Consociational democracy should preferably be introduced in a federal form and a territorial federation is preferable to a corporate federation.

5 In drawing federal boundaries, one should take cognisance of existing boundaries and segmental configurations, but federal boundaries should not be made exclusively to reinforce segmental boundaries at the expense of other delimitation factors.

6 Free political association is a condition precedent to the legitimate functioning of any democratic federal or consociational system.

□

A profession is a group of men pursuing a learned art as a common calling and in the spirit of service. No less a public service because it is a means of livelihood . . . The calling of a lawyer requires more intelligence and imagination than any other calling because a lawyer is constantly confronted with conflicting loyalties which he must reconcile.

Pound, quoted by Friedman

Die Hede en die Toekoms van die Regsberoep 2-3.

Eiendomsvoorbehoud en opskortende voorwaardes by die koopkontrak

JM Otto

BA LLD

Senior lektor in die Handels- en Arbeidsreg aan die Universiteit van Pretoria

SUMMARY

The hire-purchase contract is a well-known commercial phenomenon. One of its characteristics is the clause reserving ownership for the seller (usually) until payment of the last instalment. This reservation of ownership has given rise to many controversies in South African law. The courts have decided that the effect of a suspensive condition on a contract of purchase and sale is that no *sale* exists until fulfilment of the condition, and that the clause reserving ownership is such a condition. On the other hand academic writers are more or less agreed that a condition of this nature has no effect on the existence of a contract of sale. However opinions differ on the nature of the agreement reserving ownership. It would seem that the approach chosen by the courts is the result of a wrong interpretation of certain common law texts.

There is also a difference of opinion on the matter in English, Dutch and German law, although it would seem that the preponderant view is that a clause reserving ownership does not prevent the coming into existence of a contract of sale *ab initio*.

1 INLEIDING

'n Koopkontrak neem dikwels die volgende vorm aan: die koopsaak word gelewer en die koopprys word by wyse van paaieimente afbetaal, maar eiendomsreg word voorbehou tot by die plaasvind van die een of ander gebeurtenis, gewoonlik betaling van die laaste paaieiment. Laasgenoemde beding (die eiendomsvoorbehoud) het tot vele dispute in die Suid-Afrikaanse reg aanleiding gegee. Verre daarvan dat aanvaar word dat eenstemmigheid ten aansien van die aard van die beding (en die kontrak) bestaan, ontlok dit nog steeds 'n stortvloed kommentare, veral aangespoor deur heelwat regspraak met betrekking tot die aangeleentheid. In die besonder is die vraag of 'n opskortende voorwaarde in die weg staan van die onmiddellike totstandkoming van 'n koopkontrak, asook of die eiendomsvoorbehoud so 'n voorwaarde is.

Oor hierdie aangeleentheid is al heelwat in die Suid-Afrikaanse reg geskryf en 'n mens kan maklik daarvan beskuldig word dat die armbeurs nie jou stuiwer benodig nie. Die doel van hierdie skrywe is egter om

eerstens die groot aantal menings 'n slag bymekaar te bring en te evalueer, om tweedens die deugdelikheid van sekere gemeenregtelike bewysplase waarop die howe getrag het te steun, te ondersoek en om laastens in te gaan op die posisie in enkele ander regstelsels. Aangesien die regspraak as katalisator vir die dispuut gedien het en nog steeds dien, sal dit as uitgangspunt gebruik word. Die vraag mag egter nou gevra word of die aard en werking van die eiendomsvoorbehoud, en die bestaan al dan nie van 'n koopkontrak, nie bloot van akademiese belang is nie. Aan hierdie vraagstuk sal vervolgens aandag verleen word.

2 BELANG VAN DIE AARD VAN DIE KONTRAK

Uit die regspraak blyk dit dat die aard van die kontrak, die opskortende werking van die eiendomsvoorbehoud, die vraag of dit 'n *egte* opskortende voorwaarde is of nie, asook die tydstip van totstandkoming van die koopkontrak, om 'n verskeidenheid van redes van besondere belang is.

In *Kinsella v Hermanus-Mossel River Township (Pty) Ltd*¹ was hierdie vrae van belang vir die vraag wanneer verjaring begin loop het.

In *Provident Land Trust Ltd v Union Government*² was dit belangrik om vas te stel op watter datum die koopkontrak tot stand gekom het. Daar was naamlik volgens die toepaslike wet verskillende hereregte betaalbaar by vervulling van die "opskortende voorwaarde" en by die "aangaan" van die kontrak.

Die uitleg van wetgewing waarin koopkontrakte ter sprake kom, het ook veelal probleme opgelewer. In *Le Roux v Sentraalwes Personeel Ondernemings (Edms) Bpk*³ is beslis dat artikel 72 van die Insolvensiewysigingswet van 1926 onder andere slegs van toepassing is as die kontrak 'n koopkontrak is. Voordat 'n voorwaarde⁴ vervul word, bestaan daar nog geen koop nie.⁵ Gevolglik kan die koper nie op oordrag aandrang nie, al het hy meer as 50% van die prys betaal.⁶

Die Wet op die Onderverdeling van Landbougrond⁷ bepaal in artikel 3(e) dat geen landbougrond "verkoop" mag word tensy die vereiste ministeriële toestemming verkry is nie. Gevolglik was die tydstip van die ontstaan en aard van die kontrak van belang in sake soos *Sentraalwes Personeel Ondernemings (Edms) Bpk v Wallis*⁸ en *Sentraalwes Personeel Ondernemings (Edms) Bpk v Nieuwoudt*.⁹ Indien 'n kontrak onderhewig

¹ 1945 TPD 104. Vgl ook *Mitchell's Piano Saloons v Theunissen* 1919 TPD 392.

² 1911 AD 615.

³ 1977 2 SA 510 (K).

⁴ nl hier proklamasie van 'n dorpsgebied.

⁵ Soos hieronder ten oorfloede sal blyk, is dit die heersende standpunt.

⁶ soos wat die wet bepaal.

⁷ 70 van 1970.

⁸ 1978 3 SA 80 (T).

⁹ 1979 2 SA 537 (K).

gestel word aan 'n opskortende voorwaarde, bestaan daar nog geen koopkontrak nie, vind geen "verkoop" van die grond dus plaas nie en gevolglik word geen toestemming benodig nie – aldus dié twee beslissings.

Hierdie beslissings¹⁰ het ook toepassing gevind in *Tuckers Land & Development Corporation (Pty) Ltd v Soja (Pty) Ltd*¹¹ waarin die feite kortliks soos volg is: 'n Transvaalse ordonnansie¹² verbied "any contract for the sale . . . of an erf" totdat die dorpsgebied, waarin die erf geleë is, goed-gekeur is. Die hof beslis dat 'n kontrak onderhewig aan 'n opskortende voorwaarde nie een kan wees "for the sale" van 'n erf nie. Gevolglik val dit buite die trefwydte van die betrokke ordonnansie.

Die foutiewe opvatting oor die uitwerking van 'n opskortende voorwaarde op koopkontrakte het die hof in *De Freitas v Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd*¹³ genoop om af te wyk van die tradisionele standpunt dat daar nie ab initio 'n koopkontrak bestaan nie. Die hof was naamlik gekonfronteer met 'n betoog dat 'n koopkontrak van grond wat onderhewig is aan 'n opskortende voorwaarde nie op skrif hoef te wees nie, eenvoudig omdat dit nie 'n koopkontrak is ingevolge die relevante wet¹⁴ nie. Die hof was egter nie bereid om die gemelde reël konsekwent toe te pas nie en beslis dat die oogmerk van die wet (naamlik om duidelikheid by kontrakte van hierdie aard te verkry) net soseer van toepassing is op 'n kontrak onderhewig aan 'n opskortende voorwaarde, as op 'n onvoorwaardelike kontrak.

'n Mens sou natuurlik ook verskeie ander redes kon aanvoer hoekom die tydstip van totstandkoming en die aard van die kontrak van belang is. Soos algemeen bekend, word die risiko-leer by koopkontrakte onder andere afhanklik gestel van die bestaan, al dan nie, van 'n opskortende voorwaarde. Dit is dus van besondere belang om te bepaal of 'n eiendomsvoorbehoud wel so 'n voorwaarde behels.

Of die naturalia van die koopkontrak aanwesig is en toegepas moet word, is ook 'n besondere probleem. In die lig van die howe se standpunt dat daar nie onmiddellik 'n koopkontrak tot stand kom nie, sou die waarborg teen verborge gebreke en uitwinning dus nie geld nie, dit wil sê as die verkondigde standpunt konsekwent deurgevoer word.¹⁵

¹⁰ nl dié vermeld in vne 3 en 8 hierbo.

¹¹ 1979 3 SA 477 (W) 480.

¹² 25 van 1965.

¹³ 1980 3 SA 699 (W).

¹⁴ Die Wet op Formaliteite met betrekking tot Koopkontrakte van Grond 71 van 1969.

¹⁵ Dit blyk nie die geval te wees nie. In *Mitchell's Piano Saloons v Theunissen* hierbo 403 sê r Bristowe: ". . . even if the written warranty did become void, the common law warranty remained." In *Dugas v Kempster Sedgwick (Pty) Ltd* 1961 1 SA 784 (D) 788 konstateer r Henochsberg (met 'n beroep op Diemont *The Law of Hire-Purchase in South Africa* 2e uitg 109): "A purchaser's remedies under a hire-purchase agreement are in no way peculiar to hire-purchase contracts and are those given to a purchaser under the common law."

3 DIE HOWE SE INTERPRETASIE VAN EIENDOMSVOORBEHOUD

3 1 Algemeen

Die argument dat 'n beding van hierdie aard nietig is omdat dit 'n besitlose pandreg of 'n absolute pactum reservati domini daarstel, word vandag algemeen verwerp.¹⁶ Die wetgewer erken ook die geldigheid van so 'n beding.¹⁷

Die opvatting wat egter vandag algemeen in die positiewe reg aanvaar word, maar veral deur akademiese skrywers bestry word, is dat dié beding 'n opskortende voorwaarde daarstel en dat daar geen koopkontrak bestaan voordat die voorwaarde vervul is nie. Die oudste regterlike mening in dié verband in Suid-Afrika is, sover bekend, te vinde in *Fazi Booy v Short*.¹⁸ In dié saak was dit hoegenaamd nie vir die hof nodig om hom oor die aard van die beding uit te laat nie. Dieselfde kritiek geld ten aansien van die beslissing in *Quirk's Trustees v Assignees of Liddle & Co*.¹⁹

Ofskoon obiter, is hierdie beslissings egter oor die algemeen nagevolg.²⁰ In die jongste aantal jare is op dié gedagterigting voortgebou en is dit trouens uitgebrei.²¹ Alhoewel baie van hierdie beslissings nie spesifiek met huurkoopkontrakte te doene gehad het nie, is die beginsel (aldus die howe) dieselfde. Soms was die bedinge in hierdie beslissings *egle* opskortende voorwaardes.

Die algemene standpunt van die regspraak is dan, volgens die beslissings hierbo vermeld en andere wat bespreek sal word, dat 'n opskortende voorwaarde verhoed dat 'n koopkontrak tot stand kom voordat die voorwaarde vervul is. In dieselfde asem word dan bygevoeg dat eiendomsvoorbehoud so 'n voorwaarde is.

Daar het in enkele beslissings regterlike stemme van protes opgegaan wat duidelik laat blyk dat die kritiek op die bovermelde beslissings nie

¹⁶ Fleming *Huurkoopreg* (1974) 5; Diemont, Marais & Aronstam *The Law of Hire-Purchase in South Africa* (1978) 11; Mostert, Joubert & Viljoen *Die Koopkontrak* (1972) 99.

¹⁷ bv a 5(1)(d) van die Huurkoopwet 36 van 1942 en a 5(1)(e) van die Wet op Krediet-ooreenkomste 75 van 1980.

¹⁸ (1882) 2 EDC 301.

¹⁹ (1885) 3 SC 322.

²⁰ bv in *Martin & McElney v Savory* 1904 TS 180 184; *Leo v Loots* 1909 TS 366; *Mitchell's Piano Saloons v Theunissen* supra 397 e v; die *Kinsella*-saak supra 108; *Bloch v Michal* 1924 TPD 54; *Roos v Roos* 1917 CPD 303 (op 305 word gesê dit is 'n koop ("sale") met 'n opskortende voorwaarde); *Stuttaford & Co Ltd v Estate Leers* 1928 CPD 11 17; *Massey-Harris Co (SA) Ltd v Van der Walt* 1932 EDL 115 127; *Harcombe & Rylands v Trustee of Indelsohn* (1886) 4 SC 225 227; *Flax v Van der Linde* 1928 CPD 495 499; *Schroeder v Heyns* (1896) 13 SC 21 23; die *Provident Land Trust*-saak hierbo. Hierdie lys van beslissings is hoegenaamd nie uitputtend nie.

²¹ Vgl bv *Sentraalwes Personeel Ondernemings v Wallis* hierbo; *Cotton Tail Homes (Pty) Ltd v Palm Fifteen (Pty) Ltd* 1977 1 SA 254 (W); *Le Roux v Sentraalwes Personeel Ondernemings* hierbo; *Tuckers Land & Development Corporation v Soja* hierbo.

sonder meer geïgnoreer is nie. In *Odendaalsrust Municipality v New Nigel Estate Gold Mining Co Ltd*²² laat regter Van den Heever hom soos volg uit:

“It is clear that Voet has confused two notions. The contract (in the modern sense, now that all contracts are consensual) is binding immediately upon its conclusion; what may be suspended by a condition is the resultant obligation or its exigible content (*Inst* 3 15 6).”

Die verwysing na Voet is na sy *Commentarius ad Pandectas* 28 7 1 wat die regter soos volg vertaal: “[A] condition is a postulated contingency suspending a juristic act on account of the uncertain and future event.” Die regter beskou Brusselius²³ as nog meer dogmatics waar laasgenoemde (in die regter se vertaling) opmerk: “[T]hat which does not suspend the juristic act is not a condition.”

In *Fichardts Motors (Prop) Ltd v Nienaber*²⁴ laat regter-president Krause hom soos volg uit:²⁵

“The contract [naamlik ’n huurkoopkontrak] is, in my opinion, one of sale with a *pactum adjectum* – namely the *pactum reservati dominii*.”²⁶

In *Lichtenburg Garage v Vermaak*²⁷ het regter Ludorf dit nie nodig gevind om te beslis of die huidige regsposisie verkeerd is of nie. Hy beslis dat “the price of movables sold and delivered”²⁸ in alledaagse taal ook die prys van goedere verkry ingevolge ’n huurkoopkontrak insluit. Dit mag heeltemal korrek wees, en ’n mens sou in elk geval graag wou sien dat ’n huurkoopkontrak beoordeel word as ’n koopkontrak. Die feit is egter dat die alledaagse spraakgebruik heeltemal verkeerd mag wees wanneer dit handel oor die tegnikaliteite van ’n kontrak. Mense (insluitende regsgeleerdes) praat van “voorwaardes” van ’n kontrak as hulle “bedinge” bedoel, van “iets op ‘lease’ koop,” wanneer die kontrak ’n gewone huurkontrak is met ’n opsie om te koop, ensovoorts. Die regter se bevinding skyn ’n blote omseiling van die probleem te wees.

Dit is interessant dat regter Moll in *Sentraalwes Personeel Ondernemings v Wallis*²⁹ ten aansien van “verkoop” in artikel 3(e) van die Wet op die Onderverdeling van Landbougrond³⁰ soos volg beslis het:

“By ontstentenis van ’n aanduiding in die gemelde wet dat die wetgewer met die gebruik van gemelde woord ’n besondere betekenis in gedagte gehad het moet dit na my mening aanvaar word dat die woord ‘verkoop,’ in die samehang, gebruik is in die sin waarin ons howe dit oor die jare gesien het.”

²² 1948 2 SA 656 (O) 666–667. Sien veral ook 665.

²³ *De Conditionibus* 1 1 1 e v.

²⁴ 1936 OPD 221.

²⁵ 228.

²⁶ Vir ander beslissings waar die bestaande opvattings ligweg gekritiseer is, vgl die *Kinsella*-saak hierbo; *Frasers Ltd v Nel* 1929 OPD 182.

²⁷ 1962 1 SA 127 (T).

²⁸ Dit is die woorde wat voorkom in a 3(2)(c)(iii) van die vorige Verjaringswet 18 van 1943.

²⁹ hierbo 88.

³⁰ 70 van 1970.

Vir hierdie wyse van uitleg beroep die regter hom op oortuigende gesag.³¹ Alhoewel die resultaat van regter Ludorf se beslissing meer gewens is, is die redenasie van regter Moll suiwerder.

In *Reed Bros v Bosch*³² het die hof 'n tradisionele huurkoopkontrak beskou as 'n koopkontrak: "the ordinary principles of purchase and sale apply."³³ Gevolglik het die eiser geslaag omdat die saak nie geskik was vir die doel waarvoor dit gekoop is nie. In *Mitchell's Piano Saloons v Theunissen*³⁴ word egter gesê dat die regter in die *Reed Bros*-saak waarskynlik nie bedoel het om 'n nuwe rigting in te slaan nie. Die standpunt lyk geregverdig, want die hof het nie in dié beslissing op vorige uitsprake ingegaan nie.

Die jongste sienswyse in stryd met die gevestigde regspraak is geopper in *Trust Bank van Afrika Bpk v Blitzer & Van Jaarsveld*.³⁵ Waarnemende regter Viljoen, laat hom soos volg uit:

"Die meer juiste siening van die saak kom my egter voor te wees dat nie die koopkontrak as sulks nie, maar slegs die gevolge daarvan, opgeskort word, sodat dit nie 'n geval is dat die koopkontrak eers tot stand kom wanneer die koopprys betaal word nie maar dat dit tot stand gekom en lewering daarvolgens geskied het toe dit gesluit is; die gevolge daarvan, en die lewering wat reeds geskied het, is egter opgeskort totdat die volle koopprys betaal word. Wanneer betaling geskied is daar dan ook geen behoefte aan verdere wilsooreenstemming tussen die partye om eiendomsoorgang te laat geskied nie, ewemin as wat daar enige verdere wilsooreenstemming nodig is om eiendomsoorgang te laat geskied by betaling waar, by 'n kontantkoop, die koopgoed gelewer is maar die koopsom eers later betaal word."³⁶

Ten spyte van die kritiek wat hierbo aangehaal is, is daar nie sprake van 'n nuwe rigting wat ingeslaan is nie. Die howe was in die meeste gevalle gebonde aan vorige beslissings en gevolglik is hulle kritiek dikwels nie in die betrokke ratio gereflekteer nie.³⁷

Aangesien daar beslis is dat geen koopkontrak tot stand kom nie, is gepoog om 'n ander naam aan die regshandeling te gee. Daar word allerweë erken dat daar wel die een of ander vorm van kontraktuele verhouding tussen die partye bestaan, waardeur hulle teenoor mekaar verbind word.³⁸ Meer spesifiek in die geval van 'n huurkoopkontrak word gepraat van iets "analogous to sale."³⁹ Om die kontrak onbenoemd te laat, of selfs sui generis te noem, is 'n maklike maar onbevredigende uitweg.⁴⁰ Frank meen dit "opent den weg tot de grootst mogelijke rechtsonzekerheid op dit

³¹ nl 'n Engelse beslissing *Barlows v Teal* 15 QBD 403 405; Steyn *Die Uitleg van Wette* 4e uitg (1974) 105; *R v Ismail* 1958 1 SA 206 (A) 211.

³² 1914 TPD 578.

³³ 582.

³⁴ hierbo.

³⁵ 1978 4 SA 115 (O).

³⁶ 122. Vgl ook *Clapham v Struckel* 1980 2 SA 71 (ZR AD) 74.

³⁷ Vgl bv die *Kinsella*-saak hierbo 108.

³⁸ *Leo v Loots* 1909 TS 366; *Corondimas v Badat* 1946 AD 548 558.

³⁹ *Frasers Ltd v Nel* hierbo 188 – die kontrak word nl beskou as 'n innominate kontrak.

⁴⁰ Diemont e a *Law of Hire-Purchase* 23.

gebied.”⁴¹ Dit is nie moeilik om te begryp wat hy met dié opmerking in gedagte het nie. In die besonder sou ’n mens graag wou weet watter reëlende regsreëls op hierdie kontrak van toepassing sou wees. In elk geval lei hierdie benaming die aandag af van dit wat belangrik is, naamlik die partye se bedoeling. Soos later aangevoer sal word, is die relevante bedoeling om ’n koopkontrak te sluit.

3 2 Positiefregtelike hantering van gemeenregtelike bewysplase

’n Mens sou verwag het dat die regspraak steun in die gemenerereg sou probeer vind vir so ’n belangrike standpunt dat ’n bepaalde kontrak nie van ’n bekende soort is nie, waar dit prima facie wel die kenmerke van daardie soort besit. Daar is dan ook inderdaad staatgemaak op sekere tekste, in besonder Voet se *Commentarius ad Pandectas* 18 1 26 en *D* 18 1 80 3. Hierdie en ander bewysplase moet vervolgens ondersoek word.

In die *Quirk’s Trustees*-saak⁴² is op Voet 18 1 26 en *D* 18 1 80 3 gesteun en die beslissing in *Daniels v Cooper*⁴³ wat op Voet 18 1 24 steun, is verwerp. Volgens hoofregter De Villiers bied laasgenoemde teks nie steun vir die opvatting dat die pactum (naamlik die eiendomsvoorbehoud) wel bestaanbaar is met ’n koopkontrak nie. Die hoofregter vind dit gevolglik nie nodig⁴⁴ om op verdere bronne in te gaan nie. In *Daniels v Cooper* is, soos pas gemeld, op Voet 18 1 24 gesteun. ’n Deel van die teks lui onder andere:

“Interposito consensu super merce ac pretio, perfecta est venditio, sic ut ab ea recedi nequeat.”

Met ander woorde, sodra wilsooreenstemming bereik is oor die saak en die prys, is die koopkontrak perfecta en kan daaruit nie teruggetree word nie. Nou moet daar natuurlik dadelik bygevoeg word dat daar ook ooreengekom moet word om te koop en te verkoop, benewens die saak en die prys, en die vraag ontstaan of daar inderdaad so ooreengekom word as daar ’n (tydelike) eiendomsvoorbehoud is.

Die laaste gedeelte van die teks van Voet 18 1 24, waarop ook in ander regspraak⁴⁵ gesteun is, lui soos volg:

“De caetero conditionalis venditio, et ea, qua res veniunt fungibiles, licet perfecta non sit, nisi cum conditio extiterit, aut tales res venditae appensae fuerint, vel admensae, vel adnumeratae; medio tamen tempore poenitentiae locus non est.”

Ofskoon die kontrak dus nog by ’n voorwaardelike koop en die koop van res fungibiles nie perfecta is voor die voorwaarde vervul is, ensovoorts nie, kan die partye nie pendente conditione terugtree nie.⁴⁶

⁴¹ *De Overeenkomst van Huurkoop* (1929) 23.

⁴² hierbo.

⁴³ (1880) 1 EDC 174 181.

⁴⁴ 325.

⁴⁵ In *Corondimas v Badat* en *Leo v Loots* hierbo, is op dié teks gesteun as gesag vir die standpunt dat by ’n opskortende voorwaarde daar *pendente conditione* geen koop tot stand kom nie. (In die *Corondimas*-saak was ’n *egte* opskortende voorwaarde egter ter sprake.)

⁴⁶ Vgl Gane se vertaling *The Selective Voet* (1956) vol 3 279.

Ten eerste moet opgemerk word dat Voet nie hier skryf oor 'n eiendomsvoorbehoud nie. Gevolglik fouteer hoofregter Innes in *Leo v Loots*⁴⁷ om dit as gesag te beskou vir die stelling dat "such a condition [die eiendomsvoorbehoud] was repugnant to the very nature of a sale; that it could therefore not be attached to a contract of sale" en dat die invoeging daarvan die koopkontrak opskort.⁴⁸

In *Daniels v Cooper*⁴⁹ is 'n kontantkoop gesluit en daar is ooreengekom dat eiendomsreg nie sal oorgaan voor die prys betaal is nie. Inderdaad moet hoofregter De Villiers in die *Quirk's Trustees*-saak gelyk gegee word dat Voet 18 1 24 nie spesifiek 'n beding soos in die *Daniels*-saak magtig nie, maar aan die ander kant word dit ook nie in 18 1 26 verbied nie.⁵⁰

In die *Mitchell's Piano*-saak⁵¹ is eweneens 'n beroep op Voet 18 1 26 en *D* 18 1 80 3 gedoen. Die oorspronklike teks van Voet 18 1 26 lui:

"Pacta quod spectat, venditionibus apponi possunt honesta, licita, substantiam venditionis haud evertentia . . ."

Wat Voet hier te kenne gee is dat bedinge (pacta) aan koopkontrakte toegevoeg kan word, mits hulle eerbaar en toelaatbaar (met ander woorde nie in stryd met die reg of goeie sedes nie) is, en nie in stryd is met die wese van koop nie.

Vervolgens vermeld Voet 'n aantal voorbeelde van verbode asook toelaatbare pacta en vervolg dan:

"Contra vero reprobatur est pactum, ne rei venditae dominium in emptorem transeat."

'n Beding word dus nie goedgekeur wat die effek het dat eiendomsreg in die koopsaak nie op die koper oorgaan nie. Hierdie mening van Voet het ongetwyfeld 'n groot invloed op die Suid-Afrikaanse beslissings gehad.⁵² Alhoewel daar ook na ander gesag verwys is, wat hoofsaaklik oor die opskortende voorwaarde handel, draai die uitsprake, wat die eiendomsvoorbehoud spesifiek betref, om hierdie teks van Voet.

Voet 18 1 26 steun weer op sy beurt op *D* 18 1 80 3⁵³ wat natuurlik ook meermale in die regspraak vermeld word. Laasgenoemde is dus in 'n groot mate die grondteks en lui soos volg:

"Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus."

⁴⁷ hierbo 370 en 371.

⁴⁸ Soos De Villiers 1943 *THRHR* 18 aantoon, is dit ondenkbaar dat Voet die opskortende voorwaarde by die koopkontrak op 'n afsonderlike voetstuk wil plaas as by ander kontrakte.

⁴⁹ hierbo.

⁵⁰ Lg, asook *D* 18 1 80 3 (waarop Voet op sy beurt steun), is die gesag waarop in die *Quirk's Trustees*-saak 326 gesteun word.

⁵¹ 397.

⁵² Vgl by *Mitchell's Piano Saloons v Theunissen* hierbo 397; *Quirk's Trustees v Assignees of Liddle & Co* hierbo 326.

⁵³ Sien Gane vol 3 282.

Scott vertaal hierdie teks soos volg:

“No one can be held to have sold property whose ownership is in question, unless it was delivered to the purchaser; for this is either a lease, or some other kind of a contract.”⁵⁴

Hierdie vertaling lyk nie heeltemal suiwer nie, veral nie die gedeelte “whose ownership is in question, unless it was delivered to the purchaser” nie. MacKintosh⁵⁵ se weergawe kom meer korrek voor⁵⁶ naamlik:

“A thing cannot be considered as sold, if the intention is that the property in it shall not pass to the vendee: such a transaction is either hiring or some other kind of contract.”

4 SKRYWERS SE KOMMENTAAR OP D 18 1 80 3

Dit is opvallend dat ’n bespreking van dié teks by juriste van die verskillende skole op die Vasteland, asook by moderne Romaniste, karig is. Die teks word óf weggelaat, óf sonder kommentaar weergegee, óf van karige en niksseggende aantekeninge voorsien. Miskien moet daar juis baie gelees word in die oppervlakkigheid van die opmerkings.

MacKintosh se reaksie op *D 18 1 80 3* is die volgende:

“This does not mean that the obligation in sale is always to give a good title, but only that the seller must do so if he can, that is, if he is owner.”

Hierop kan verklaar word dat dit presies is wat gewoonlik gebeur by die eiendomsvoorbehoud: nie ’n onvermoë om eiendomsreg oor te dra kom voor nie, maar bloot die tydelike voorbehoud daarvan vind plaas. Soos Thomas aantoon, is dit ’n “express exclusion” van eiendomsreg wat sal verhoed dat ’n koop tot stand kom.⁵⁷ Moyle sê na aanleiding van *D 18 1 80 3*: “[I]ndeed, if there were an agreement that property should not vest in the purchaser at all, the contract could not be a sale.”⁵⁸ Met ander woorde, net ’n absolute voorbehoud verhoed ’n koopkontrak.

Bechmann laat hom in bykans dieselfde trant as MacKintosh uit:

“Die bekannten Worte des Labeo . . . (*D 18.1.80.3*) bringen also lediglich die Absicht zur Geltung; sie sagen nicht, dass in jedem Falle Eigenthum übergehen müsse, sondern nur, dass es mit Nothwendigkeit übergehe, wenn es übergehen kann; sonst würde Miethe usw vorliegen.”⁵⁹

⁵⁴ *The Civil Law* (1973) vol 3 24.

⁵⁵ *The Roman Law of Sale* (1907) 134.

⁵⁶ Dit sal ook uit die kommentare op die teks blyk. Vgl ook die vertaling van Otto e a *Das Corpus Iuris Civilis* (1831) II 363: “Niemand kann als Verkäufer einer Sache betrachtet werden, deren Eigenthum, nach der Absicht der Betheiligten, auf den Käufer nicht übergehen sollte; sondern es ist dies entweder eine Vermietung, oder eine andere Art von Contract.”

⁵⁷ *Studies in the Roman Law of Sale* (1959) 165.

⁵⁸ *The Contract of Sale in the Civil Law* (1892) 103.

⁵⁹ *Der Kauf nach Gemeinem Recht* (1965) II 62.

Hierop kan 'n mens sê dat by eiendomsvoorbehoud tot na betaling van die koopsom, eiendomsreg wel kan oorgaan, mits die verkoper natuurlik eienaar is, wat in die normale geval wel die situasie sal wees.⁶⁰

Lede van die ou Vastelandse regskele het hier en daar die een en ander oor die teks te sê gehad dog, soos sal blyk, is dit ongelukkig nie van veel waarde nie.

Accursius se glos op *D* 18 1 80 3 lui:

"[*G*]enus contractus puta pignoris, vel emphyteusis, vel commodatum, vel depositum: in quibus dominium non transfertur."

Die verduidelikende kantskrif tot die glos lui:⁶¹

"Dominium rei non transferimus in pignore, emphyteusi, commodato, deposito. Emphyteusi non transferimus dominium."⁶²

Al wat Accursius dus doen, is om voorbeelde te verstrek van kontrakte waar eiendomsreg nooit op die ander kontraksparty oorgaan nie en hy gaan dus nie veel verder as die teks self nie. Tog is hieruit 'n belangrike afleiding te maak, naamlik dat *D* 18 1 80 3 die koopkontrak op 'n ander voetstuk plaas as alle ander kontrakte. Anders gestel, as eiendomsreg volgens die bedoeling van die partye glad nie oorgaan nie, kan dit nie 'n koopkontrak wees nie. Die teks wil niks meer as dit sê nie. Daarom is die huurkoopkontrak heeltemal akkommodeerbaar binne die raamwerk van hierdie teks. Die kommentare hieronder (of die gebrek daaraan) versterk hierdie mening.

Wesenbeck wys, met verwysing na dié *Digesta*-teks, daarop dat verskeie bedinge in stryd is met koop, "item Pactum de non transferendo dominio."⁶³ Hieruit kan 'n mens ook nie meer wys word as dat daar nie ooreengekom mag word dat eiendomsreg nie oorgedra sal word nie.

Brunnemann laat hom kortweg soos volg uit:

"Non videtur vendidisse, qui id agit, ne dominium transferat, nisi ob pretium non solutum id fiat."⁶⁴

⁶⁰ Heelwat ander skrywers oor die Romeinse reg is vrugtelos t a v dié teks geraadpleeg, t w: Modderman *Handboek voor het Romeinsch Recht* (1891); Sohm *The Institutes A Textbook of the History and System of Roman Private Law* (1907) 3e vertaalde uitg deur Ledlie; Buckland *A Manual of Roman Private Law* (1928); Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (1948); Kaser *Römisches Privatrecht* vertaal deur Dannenbring as *Roman Private Law* (1968); Van Warmelo 'n *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (1971); Nicholas *An Introduction to Roman Law* (1972); Thomas *Textbook of Roman Law* (1976) en Van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (1977).

⁶¹ *Corpus Iuris Civilis Justinianei cum Commentariis Accursii, Studio et Opera Ioannis Fehi* (1627; fotostatiese reproduksie 1965) I. Accursius was 'n lid van die skool van die Glossatore (\pm 1100 tot 1260) – sien Van Warmelo *Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg* (1973) 179 en 190. Hy leef van 1182 tot 1260 – vgl Roberts *A South African Legal Bibliography* (1942) 30.

⁶² Dieselfde kommentare kan gevind word in Gothofredus *Digestum Velus seu Pandectarum Iuris Civilis* (1589) I.

⁶³ *Commentarii in Pandectas Iuris Civilis et Codicem Justinianum* (1649) 292. Wesenbeck (1531–1586) was 'n lid van die regskele van Humaniste in Nederland – Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) 157.

⁶⁴ *Commentarius in Pandectas* (1701) 659. Hy was 'n lid van die skool van die Usus Modernus Pandectarum en het geleef van 1608 tot 1672 – Van Zyl *Geskiedenis* 240.

Met ander woorde, luidens die *Digesta* kan daar nie sprake wees van koop as daar 'n bedoeling⁶⁵ is dat eiendomsreg nie sal oorgaan nie, "nisi ob pretium non solutum id fiat." Laasgenoemde kan sekerlik verskillende betekenisse hê. Die waarskynlikste verklaring skyn te wees dat dit slaan op 'n uitsonderingsgeval, met ander woorde dat dit tog 'n koopkontrak kan wees ten spyte van die nie-oorgang van eiendomsreg. Dit sal die geval wees as besluit is dat eiendomsreg nie sal oorgaan nie op grond van die feit dat die prys nog nie betaal is nie. Hierdie uitleg word versterk deur die woorde wat Brunemann later in die teks gebruik.⁶⁶ Hy wys ook daarop dat die partye in 'n bepaalde geval emphyteusis in gedagte kan hê. Belangrik is dan die woorde:

"vel dici potest, hoc hic actum, ut dominium semper remaneat penes venditorem, et sic finis substantialis deficit."

Dit is met ander woorde moontlik dat die geval slaan op 'n permanente behoud van eiendomsreg: "dominium semper remaneat penes venditorem."

'n Verdere bewys van die uitleg wat aan Brunemann hierbo gegee is, is sy latere woorde in die teks:⁶⁷

"Potest tamen reservatio domini fieri ad tempus, donec pretium solvatur."

Met ander woorde, eiendomsreg kan tog voorbehoud word totdat die prys betaal is.

Cuiacius bespreek in sy kommentaar op dié teks hoofsaaklik die verkoper se plig tot eiendomsoordrag.⁶⁸ Hy vermeld dat 'n verskil tussen die koopkontrak en ander kontrakte daar aangestip word. Dan vervolg hy:

"In emptione hoc agi debet, ut dominium transferatur in emptorem. In hoc differt hic contractus a locatione, . . . a deposito, . . . a pignore."

Odofredus reageer aldus op *D* 18 1 80 3:

"In § isto ponetis ita casum ad longum et in terminis: si trado tibi rem meam et dominium apud me remaneat non videtur emptio et venditio: sed potius alius contractus puta locatio vel precarii rogatio vel commodum vel depositum."⁶⁹

⁶⁵ "Ago" kan natuurlik op 'n magdom van maniere vertaal word – sien by *Cassell's Latin Dictionary* deur Marchant & Charles, datum onbekend. Hier besit dit waarskynlik die betekenis van "bepaal", "beding", "bedoel", ens of selfs "twis."

⁶⁶ "Unde probant, reservatione domini, si aliquid Ius in re transferatur, et praestatio annua accedat, praesumi Emphyteusin, licet partes dicant, se vendidisse ac emisse. Sed quia sufficit, si venditor usucapiendi conditionem transferat, dubium est, quomodo haec lex subsistat . . . cum *Aliciato in lib de eo, quod interest n 38 f* expressa nocere, non expressa non; vel dici potest, hoc hic actum, ut dominium semper remaneat penes venditorem et sic finis substantialis deficit."

⁶⁷ nadat hy 'n aantal aangeleenthede bespreek het soos bedrieglike voornemens by kontrakte, ens.

⁶⁸ *Opera Omnia* 4 (1658). Cujas, soos dié prominente juris ook bekend staan, het gelewe van 1522 tot 1590 en was 'n lid van die Franse Humaniste-skool – vgl Van Warmelo *Oorsprong en Betekenis* 202; Roberts *Bibliography* 98.

⁶⁹ *Lectura Super Digesto Veteri* (1552). Odofredus was 'n lid van die skool van Post-Glossatore of Kommentatore en het in die dertiende eeu geleef – vgl Roberts 82; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (1908) 117.

Odofredus is dus dieselfde mening as die ander skrywers toegedaan, naamlik dat as eiendomsreg nie oorgaan nie, dit 'n ander kontrak soos huur, bewaargewing, ensovoorts is.

Die kontras word dus telkens gestel tussen dié kontrak wat 'n bedoeling tot eiendomsoordrag openbaar (die koopkontrak) en dié waar eiendomsreg *nooit* oorgaan nie. As sodanig sê die teks niks nuuts nie en verbied dit allermins 'n tydelike eiendomsvoorbehoud, soos Brunnemann ook by implikasie te kenne wou gee. Daar word dus niks in stryd met die wese van 'n koop gedoen indien daar nie 'n algehele verbod op verwisseling van titel geplaas word nie.

5 WERKING VAN DIE OPSKORTENDE VOORWAARDE

Soos hierbo aangetoon is, het die howe die eiendomsvoorbehoud as 'n opskortende voorwaarde beskou. Hulle standpunt was dat geen koopkontrak tot stand kom voordat hierdie voorwaarde vervul is nie. Hierdie opvatting is deurgevoer ten opsigte van alle opskortende voorwaardes ten aansien van koopkontrakte.

Soos aangetoon is, en hieronder⁷⁰ verder aangedui sal word, is dit onsuiver om die betrokke *Digesta*- en Voet-tekste te interpreteer as sou dit geen ruimte laat vir 'n eiendomsvoorbehoud nie. Indien egter aanvaar word⁷¹ dat die eiendomsvoorbehoud 'n opskortende voorwaarde daarstel, ontstaan die vraag of laasgenoemde feit in die weg staan van die onmiddellike totstandkoming van 'n koopkontrak. Dit bring die vraag na die aard en werking van die opskortende voorwaarde in die Suid-Afrikaanse reg pertinent na vore. Die howe se houding ten opsigte van opskortende voorwaardes, veral ten aansien van koopkontrakte, het hierbo geblyk. Gevolglik sal daar nie weer op die regspraak ingegaan word nie. In hierdie stadium sal volstaan word met enkele opmerkings en bewysplase oor die opskortende voorwaarde *in die algemeen*. Skrywers se standpunte sal hieronder weergegee word oor die geval van die eiendomsvoorbehoud en die opskortende voorwaarde by die koopkontrak in die besonder.

Volgens Nienaber⁷² word die werking van die opskortende voorwaarde nêrens in ons regspraak beter beskryf as deur waarnemende regter De Villiers in *R v Katz*⁷³ nie, naamlik:

“Where the qualification *defers* the operation of the contract, the condition is suspensive, and where it provides for dissolution of the contract after interim operation, the condition is resoluteive.”

Nienaber self huldig die volgende mening:

“Die opskortende voorwaarde stel nie die ooreenkoms uit nie . . . en ook nie die verbintenis of vinculum iuris self, soos ook nog soms beweer word nie . . . ; dit stel alleen die opeisbaarheid van die prestasie uit.”⁷⁴

⁷⁰ Sien afd 6 hieronder.

⁷¹ Hierop sal ook in afd 6 ingegaan word.

⁷² 1967 THRHR 353.

⁷³ 1959 3 SA 408 (K) 417. Vir nog 'n goeie omskrywing, vgl *BN Aitken (Pty) Ltd v Tamarillo (Pty) Ltd* 1979 4 SA 1063 (N) 1063.

⁷⁴ 354.

Hy vervolg dan:

“Dikwels word gepraat van die kontrak of ooreenkoms wat voorwaardelik is. Dit is misleidend. ’n Kontrak, ofte wel die totstandkoming van ’n kontrak, is ’n feit, ’n gebeurtenis wat plaasvind of nie plaasvind nie. Niks gebeur ooit voorwaardelik nie.”⁷⁵

Die mening is ook deur Gibson uitgespreek dat dit ’n wanopvatting is om te sê dat daar geen kontrak is tot by vervulling van die voorwaarde nie.⁷⁶ Klaarblyklik beskou hy die koopkontrak as ’n besondere geval, want, volgens hom, as daar ’n opskortende voorwaarde aan toegevoeg is, “no agreement of sale is there and then established.”⁷⁷

Wille en Millin praat van “conditional contracts.”⁷⁸ Dit is natuurlik, soos Nienaber tereg betoog, verkeerd.

Die gemeenregtelike bronne is deeglik deur De Villiers⁷⁹ ondersoek, uitgesonderd die kommentare waarna hierbo⁸⁰ verwys is. Hy wys daarop dat die ou bronne nêrens aandui dat die “contractus” of “stipulatio” self opgeskort is nie.⁸¹ Sy gevolgtrekking ten aansien van die Romeinse reg is dat die kontrak, trots die voorwaarde, reeds bestaan en dat sekere gevolge onmiddellik intree. Ander gevolge tree nie in totdat die vervulling van die voorwaarde plaasvind nie. Word dit nie vervul nie, verval die kontrak weer met al die gevolge wat reeds ingetree het.⁸²

De Villiers⁸³ wys ook daarop dat die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg nie juis voortgebou het op die Romeinse reg nie en dat hulle die tekste feitlik onveranderd weergee. Sy gevolgtrekking is:

“Vas staan dit egter dat geeneen van hulle beweer dat die kontrak hangende vervulling van die opskortende voorwaarde nog nie bestaan nie.”⁸⁴

Soos gemeld, het De Villiers die ou bronne nagevors. By die gesag waarna hy verwys, kan Van der Keessel⁸⁵ se *Praelectiones*⁸⁶ 3 14 29 gevoeg word. Dit lui:

“Condicione, quae venditioni adiecta est, existente contractus retro perficitur etiam in persona heredum. Quod tamen ita verum est, si tempore existentis condicionis res adhuc exstet, quamvis deterior facta; nam re extincta corrui contractus.”⁸⁷

⁷⁵ 355–356.

⁷⁶ *South African Mercantile and Company Law* (1977) 89.

⁷⁷ *ibid.*

⁷⁸ *Mercantile Law of South Africa* (1975) 73.

⁷⁹ 1943 *THRHR* 13 en 154.

⁸⁰ afd 4.

⁸¹ 17.

⁸² *ibid.* Sien ook 156.

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ *ibid.* Sien ook 21.

⁸⁵ Dié bron was waarskynlik indertyd nie tot sy beskikking nie.

⁸⁶ *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam* (1967) Pretoria-uitgawe.

⁸⁷ eie kursivering.

Wat hy dus sê, is dat die koopkontrak tot 'n einde kom as die saak tot niet gaan voor vervulling van die voorwaarde. Dit impliseer dat die kontrak pendente condicione moes bestaan het. Die vertaling van Gonin stel die onderstreepte gedeelte nog sterker, na aanleiding van "corruere," naamlik: "want as dit [die saak] te niet gegaan het, stort die kontrak ineen."⁸⁸

Wessels meen dat 'n opskortende voorwaarde die werking of regsgevolge van die kontrak uitstel.⁸⁹ Later vervolg hy egter:

"By the fulfilment of the suspensive condition, the contract comes into being . . ."⁹⁰

Daar moet egter onthou word dat 'n ooreenkoms 'n voldonge feit is wat nie weggeredeneer kan word nie.⁹¹ Die voorwaarde affekteer gevolglik nòg die bestaan van die ooreenkoms, nòg die kontraksoort, naamlik of dit 'n koop-, huur- of ander tipe kontrak is.

Hamman⁹² gaan van die Suid-Afrikaanse skrywers die verste. Hy meen dat daar voor vervulling van die voorwaarde nog geen regte vir enige van die partye bestaan nie. Daar is geen ware verbintenis nie, maar daar bestaan tog iets, 'n kiem, 'n spes obligationis.

Cronjé wys daarop dat 'n kontrak as afspraak 'n gebeurtenis is wat plaasvind of nie plaasvind nie.⁹³ Die bestaan daarvan word deur getuienis vasgestel. Hy verwerp die stelling dat die kontrak self opgeskort is, as onlogies. Dit is wel moontlik dat sommige van die verbintenisse wat uit die kontrak voortvloei, deur die voorwaarde gekwalifiseer kan wees. Hy meen dat daar verwarring bestaan tussen die verbintenisskeppende en sakeregtelike handeling, welke verwarring terug te voer is na die Engelse reg, aangesien eiendomsreg dáár oorgaan by kontraksluiting.⁹⁴ Soos Cronjé en Lotz ook in hulle artikel aantoon, het die houe versuim om 'n onderskeid te maak tussen die koopkontrak as verbintenisskeppende ooreenkoms en traditio as sakeregtelike handeling.⁹⁵ Lewering, volgens hulle, voltooi nie die koopkontrak nie maar gee gevolg daaraan. Ten slotte merk die skrywers op:

"'n Kontrak is 'n feit. 'n Feit kan nie opgeskort word nie, slegs die gevolge daarvan is vir opskorting vatbaar."⁹⁶

(word vervolg)

⁸⁸ bd 4 385.

⁸⁹ *The Law of Contract in South Africa* (1951) par 1284 (399).

⁹⁰ *ibid.*

⁹¹ aldus De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 135.

⁹² *Die Risiko by die Koopkontrak in die Suid-Afrikaanse Reg* (proefskrif Leiden 1938) 44.

⁹³ *Die Eiendomsvoorbehoud by Huurkoopkontrakte van Roerende Sake* (proefskrif RAU 1977) 96.

⁹⁴ 100.

⁹⁵ 1977 *THRHR* 276 282.

⁹⁶ 284.

Aantekeninge

REGSEKERHEID

“It is sometimes more important that the law should be certain than that it should be perfect” (William Geldart *Elements of English Law 8th ed by DCM Yardley (1975) 7*)

Die uitspraak van regters Shearer en Didcott in *S v Meer* 1981 1 SA 739 (N) het ’n fundamentele beginsel van die reg aangeroeer wat nie altyd deur Suid-Afrikaanse regsvoormers na waarde geskat word nie: naamlik die prinsipe dat ’n regsreël sodanig geformuleer moet word dat diegene wat daaraan onderworpe is, presies sal weet wat hulle kompetensies, regte en verpligtinge ingevolge die regsreël alles behels.

Die fundamentele aard van hierdie beginsel van regsekerheid word betreklik algemeen erken. Gustav Radbruch (1878-1949), byvoorbeeld, wys die beginsel van regsekerheid — náás die beginsel van geregtigheid en van doelmatigheid — aan as een van die basiese “waarde-idees” wat aan die positiewe reg grondliggend is; en hy verklaar verder dat die beginsel van regsekerheid mag meebring “dass aus Unrecht Recht wird” (vgl *Vorschule der Rechtsphilosophie* 2e uitg (1959) 30-31): dit wil sê, ter wille van regsekerheid moet ook aan daardie regsvoorskrifte wat ongeregtigheid sanksioneer, gevolg gegee word — hoewel Radbruch verder betoog (bv aw 34 en 37 en *Rechtsphilosophie* 7e uitg (1970) 353) dat oormatige ongeregtigheid ’n regsvoorskrif ongeldig maak. In aansluiting by Radbruch sluit Lon L Fuller (1902-1978) die beginsel van regsekerheid by sy konsepsie van “the internal morality of the law” in, wat volgens hom ’n materiële geldigheidsvereiste van die postiewe reg is (vgl *The Morality of Law* (1969) 46-91). Hommes, die Nederlandse eksponent van die Calvinisties-georiënteerde wysbegeerte van die wetsidee, onderskryf weer op sy beurt Radbruch se premis dat die beginsel van regsekerheid vereis dat regsvoorskrifte wat op ongeregtigheid gegrond is, nogtans geldig is (*De Elementaire Grondbegrippen der Rechtswetenschap* (1972) 430: “Het constitutiewe principe der rechtszekerheid heeft nu eenmaal het primaat boven het regulatiewe billikheidsprincipe;” en vgl ook aw 515-516).

Dit wat deur Radbruch “waarde-idees van die reg,” en deur Fuller “die interne moraliteit van die reg” genoem word, stem min of meer ooreen met daardie juridiese substrate wat in die wysbegeerte van die wetsidee met die benaming “konstitutiewe regsbeginnels” aangedui word (vgl daaroor Van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* 13-16; *Seven*

Lectures on Human Rights 118-120). Terwyl *regulatiewe regsbeginsels*, waaronder die geregtigheidsprinsipe, norme aandui van wat die reg behoort te wees, slaan *konstitutiewe regsbeginsels* op juridiese substrate wat noodwendig in die positiewe reg beliggaam móét word. Die konstitutiewe regsbeginsels sluit die prinsipe van regsekerheid in; en dit wil sê dat regsvoorskrifte waarvan die inhoud nie met 'n redelike mate van sekerheid vasgestel kan word nie, in der waarheid nie positiewe reg behels nie.

Hommes beskou die beginsel van regsekerheid meer bepaald as 'n historiese substraat van die reg wat "continuïteit in de proces der rechtsvorming" vereis (aw 332; en vgl ook 323). Regsekerheid in daardie sin hang met verskeie formele beginsels van die reg saam, byvoorbeeld die volgende:

a Die reg is nie 'n willekeurige maaksel van die regsformer (bv 'n wetgewer) nie, maar dit moet — om geldig te kan wees — bepaalde konstitutiewe regsbeginsels beliggaam. Hommes (aw 331) verklaar in dié verband dat die juridiese kontinuïteit wat deur regsekerheid vereis word, meebring dat "iedere willekeurige en grillige verandering van het bestaande recht, volgens de luimen van de rechtsformer, wordt uitgesloten."

b 'n Regsreël bly van krag totdat dit op 'n regtens voorgeskrewe wyse nietig verklaar, afgeskaf of deur 'n teenstrydige regsreëling vervang word (vgl Hommes aw 164 en 332), en bygevolg moet regssubjekte en regsorgane wat die reg toepas, altyd aanneem dat formeel gepositiveerde reg wat nie nietig verklaar, afgeskaf of vervang is nie, van krag gebly het (idem 333-334).

c Die reg moet rekening hou met en beslag gee aan regsbehoefes; of, negatief gestel, 'n regsreël waaraan daar geen behoefte bestaan nie, kan nie as "richtiges Recht" beskou word nie (vgl Hommes aw 332).

'n Voorskrif soos dié vervat in artikel 2 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961 ("Die volk van die Republiek van Suid-Afrika erken die oppergesag en leiding van die Almagtige God") is daarom in werklikheid nie 'n regsreël nie, omdat dit nie die konstitutiewe regsbeginself van vergelding in hom omdra nie; 'n statuut wat visvang in die Namib verbied, sou eweneens skynreg wees, omdat daar geen behoefte aan so 'n verbod bestaan nie en so meer.

Hommes onderskei verskeie sekondêre regsbeginsels wat uit die prinsipe van regsekerheid voortspruit, byvoorbeeld die beginsel dat 'n wet behoorlik afgekondig en bekend gemaak moet word (vgl *De Samengestelde Grondbegrippen der Rechtswetenschap* (1976) 282-283), die beginsel dat wette, as algemene reël, nie terugwerkend ingestel moet word nie (aw 283-284; *De Elementaire Grondbegrippen der Rechtswetenschap* 334) en die beginsel dat 'n verandering van die reg nie reeds verkreë kompetensies en regte inkort nie (*De Elementaire Grondbegrippen der Rechtswetenschap* 334; *De Samengestelde Grondbegrippen der Rechtswetenschap* 286). Hy vat die "fundamentele juridiese tydsbeginsel" ten aansien van verkreë regte soos volg saam:

"... dat de rechtszekerheid eist, dat overal waar rechtsposities een zekere mate van vastheid hebben verkregen, daarin niet nodeloos door een nieuwe regeling wordt ingegrepen, maar deze rechtsposities onder de nieuwe regeling worden beschermd" (*De Samengestelde Grondbegrippen der Rechtswetenschap* 287).

Daar is verskeie ander juridiese aksiomas wat uit die beginsel van regsekerheid voortspruit. Op die gebied van die regspleging kan die beginsel van stare decisis (vgl Hommes *De Elementaire Grondbegrippen der Rechtswetenschap* 333), die vereiste dat regterlike uitsprake redelikerwys voorspelbaar moet wees (idem 332-333), die norm dat 'n regsprekende beampte nie sy subjektiewe regsoortuiging (geregtighedsopvatting/billikheidsgevoel) bo die duidelike en ondubbelsinnige voorskrifte van die gepositiveerde reg moet laat geld nie (idem 333) en die reggrond wat aan res iudicata en die pleit van autrefois acquit/convict ten grondslag lê (die finaliteit van regterlike uitsprake en administratiewe beslissings) (idem 156 en 159) almal as uitlopers van regsekerheid aangewys word. Die reël van die kontraktereg waarvolgens vaste handelspraktyke as 'n stilswyende beding by ooreenkomste ingelees kan word (idem 430), die vermoede wat by die uitleg van statute, testamente en kontrakte geld dat 'n bepaalde woord of frase 'n konstante betekenis het en dat 'n verandering van woordgebruik op 'n verandering van bedoeling dui (idem 381) en die verskynsel van verkrygende en bevrydende verjaring (idem 334), het almal ankers in die beginsel van regsekerheid.

Die besondere faset van die beginsel van regsekerheid waarom dit in die *Meer*-saak gegaan het, het in 'n algemener sin betrekking op die bloot inhoudelike aanwysing van die regsvormer se bedoeling in 'n statuutregtelike akte. Voordat die norm wat in dié verband geld, met die oog op die heersende Suid-Afrikaanse reg nader uitgepluis word, moet daar ten aansien van die beginsel van regsekerheid in die algemeen, nog op twee kante van die saak gewys word.

In die eerste plek moet gewaarsku word teen 'n neiging om die beginsel van regsekerheid aan té absolute eise te verbind. Toonbeeld van sodanige oordadigheid as dit op die karakterisering van regsekerheid aankom, vind 'n mens in die regsopvatting van die bekende Thomistiese (Rooms-Katolieke) regsfilosoof, Francois Géný (1861-1959). Volgens hom mag die inhoud van statutereg nooit losgemaak word van "l'état d'esprit historique du législateur" (die historiese (psigiese) wil van die wetgewer) nie (*Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positi* bd 1 (1899) 290); en gevolglik spreek hy hom teen analogiese interpretasie van 'n wet uit, omdat dit gevaar inhou dat die wetsuitlegger sy eie subjektiewe opvatting by die wet mag inlees (aw 313) en sodoende regsekerheid kan aantas. Ewe simplisties is die veronderstelling van Montesquieu (1689-1755) dat regsvinding deur 'n regsprekende beampte bloot op 'n meganiese afdruk, reproduksie of werkklank van die woorde van die wet neerkom. In die bekende boek 11, hoofstuk 6 van *L'Esprit des Loix*, 1748 (uitg 1877 Parys), waarin hy die leerstuk van trias politica ontwerp het, verklaar hy onder meer (130):

"Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi" ("Maar, hoewel die gregshoue nie onbuigsam behoort te wees nie, behoort dit wel met regterlike uitsprake die geval te wees en wel in so 'n mate dat dit altyd presies met die letter van die wet sal ooreenstem");

en verder (134-135):

"Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce

les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur." "Maar, soos ons reeds gesê het, is die regters niks anders nie as die mond wat die woorde van die wet uitspreek, dus bloot passiewe wensens wat nie in staat is om die gelding of die strengheid daarvan te temper nie").

Die ander uiterste beskouing van regskekerheid vind 'n mens beliggaam in die neerslagte op regsfilosofiese gebied van die irrationalisme: dit is, daardie wysgerige stroming wat alle blyke van logika in, en die verstandelike bevatlikheid van, die empiriese werklikheid (of 'n onderdeel daarvan) ontken. Hierdie wysgerige oortuiging het in die geskiedenis van die regsfilosofie beslag gegee aan die sogenaamde realistebeweging wat veral in die Verenigde State en Skandinawië groot aanhang geniet. Hierdie realiste het veral twee basiese belydenisse gemeen, te wete:

a die pragmatisme, wat die reg vereenselwig met die daadwerklike uitsprake van 'n regter in konkrete gevalle; en

b die irrationalisme, waarvolgens daardie uitsprake nie redelik voorspelbaar is nie omdat dit deur allerlei onbepaalbare faktore, soos die persoonlikheid van die regter, sy sosiale omgewing, die ekonomiese omstandighede waarin hy grootgeword het, sy sakebelange, denke, emosies, psigiese gesteldheid en politieke oortuigings en dies meer, beïnvloed word.

In dié sin het Oliver Wendell Holmes (1841-1935) die reg soos volg gedefinieer:

"The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law" ("The Path of the Law" in Max Lerner *The Mind and Faith of Justice Holmes* (1943) 75).

Jerome New Frank (1889-1957) beskryf die reg soos volg:

"For any particular lay person, the law, with respect to any particular set of facts, is a decision of a court with respect to these facts so far as that decision affects that particular person. Until a court has passed on those facts no law on that subject is yet in existence. Prior to such decision, the only law available is the opinion of lawyers as to the law relating to that person and to those facts. Such opinion is not actually law but only a guess as to what a court will decide" (*Law and the Modern Mind* (1949) 46).

Dit spreek vanself dat die beginsel van regskekerheid met hierdie beskouing op wankelrige bene staan. Insiggewend in dié verband is die onderskeid wat Frank maak tussen daardie eksponente van die realistebeweging wat hy "rule sceptics," en die ander "realiste" wat hy "fact sceptics" noem (vgl aw x-xi). Die normrelativiste erken die feit dat die formele regsreëls ("paper rules") onbetroubare riglyne vir die vooruitskating van 'n regter se uitspraak bied, en soek agter die geskrewe reëls na "real rules" wat beskrywend sou wees van eenvormigheid in die gedragspatroon van regters. Daardie gedragreëls kan nooit met absolute sekerheid vasgestel word nie, maar tog wel met 'n wisselende graad van waarskynlikheid — afhangende van die deeglikheid van jou analise (vgl Boukema *Judging* (1980) 31-32 en 38). Feiterelativiste wat hulle skeptisisme uitbrei tot "the elusiveness of the facts on which decisions turn" (Frank loc cit), bring sekerheid aangaande die "lewende reg" nog verder in diskrediet.

Vir die doeleindes van hierdie aantekening is dit nie nodig om dieper op die geskilpunt van die realistebeweging aangaande die "eintlike reg," en

die relatiewe onvoorspelbaarheid van regterlike uitsprake, in te gaan nie. Want of 'n mens die reg nou ook al in slegs regterlike uitsprake, of daarenteen ook (gedeeltelik) in wetgewing, beliggaam sien, doen geen afbreuk aan die premis dat die inhoud van wetgewing — sy dit dan as blote hulpmiddel by die vooruitskatting van 'n regter se uitspraak, of daarenteen as substantiewe kenbron van positiewe reg as sodanig — met 'n redelike mate van sekerheid vasstelbaar moet wees nie. Teenoor Gény moet beklemtoon word dat die inhoud van wetgewing nooit aan die daadwerklik psigiese wil van die wetgewer, of van lede van die wetgewende orgaan, gelykgestel kan word nie, maar aan die hand van die hulpmiddels wat interpretasiereëls 'n mens bied, vasgestel moet word; en teenoor Montesquieu moet die waarheid onderstreep word dat regstoepassing altyd op 'n verbesondering en nadere positivering van die algemene reëls van die geskrewe reg neerkom, en daarom meer as net 'n klakkelose reproduksie van die geskrewe reg om die lyf het.

Teen hierdie toeretiese agtergrond moet vervolgens gelet word op die mate waarin en die wyse waarop die Suid-Afrikaanse reg gestalte gee aan die beginsel van regsekerheid. In dié verband moet onderskei word tussen voorskrifte van staatlke regsvormers met 'n direkte kompetensie tot regsvorming (wette van die parlement en ordonnansies van 'n provinsiale raad) enersyds en ondergeskikte wetgewing (byvoorbeeld proklamasies van die staatspresident, regulasies uitgevaardig deur 'n minister en verordeninge van 'n plaaslike bestuur) andersyds.

Parlementêre wetgewing kan nie op grond van vaagheid, onduidelikheid of dubbelsinnigheid deur 'n geregshof nietig verklaar word nie. Dit, kortweg, is, vir sover dit in die onderhawige verband relevant is, die effek van artikel 59(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961. Daardie artikel beperk naamlik die kompetensie van die hooggeregshof om die regsgeldigheid van parlementêre wetgewing te toets tot gevalle waar die wetgewer nie die voorgeskrewe prosedure vir die skepping van 'n statuut nagekom het nie (vgl *Cowburn v Nasopie Edms Bpk* 1980 2 SA 547 (NK) 554; Van der Vyver "The Section 114 Controversy — and Governmental Anarchy" 1980 *SALJ* 363). Dat die Suid-Afrikaanse wetgewer ook al hierdie stand van die staatsreg uitgebuit het, blyk onder meer uit die nageskiedenis van *Arnold v Race Classification Appeal Board* 1967 2 SA 267 (K). In daardie saak het die hof 'n proklamasie van die staatspresident, wat bestem was om die gekleurde bevolkingsgroep van Suid-Afrika in sewe verskillende sub-groepe in te deel, op grond van die beginsel van regsekerheid — naamlik weens die vaagheid van die bepalings van die proklamasie — nietig verklaar. Die staatspresident het daarop 'n identiese proklamasie uitgevaardig (R123 in *Buitengewone Staatskoerant* 1753 van 1967-05-26); en terselfdertyd is die Algemene Regswysigingswet 70 van 1968 gepromulgeer, met die bepaling in artikel 62 daarvan dat die bedoelde proklamasie dieselfde regsrag as 'n wet van die parlement het. Daarmee is die hof se jurisdiksie om oor die regsgeldigheid van die proklamasie uitspraak te gee, effektief uitgesluit en is die beginsel van regsekerheid tegelykertyd onseil.

Die onvermoë van Suid-Afrikaanse howe om die beginsel van regsekerheid na behore ten aansien van parlementêre wetgewing te

handhaaf, blyk onder meer uit die appèlhof se regsinding in *S v Sigqolo* 1980 1 SA 59 (A) (vgl daaroor vollediger Van der Vyver "Inperkingsbevele" 1980 *THRHR* 178 ev). In daardie saak het dit gegaan om die statutêre omskrywing van die woord "byeenkoms" in die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 en die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956. Hierdie omskrywing is onder meer van belang vir doeielindes van inperkingsbevele wat die bywoning van byeenkomste deur ingeperkte persone verbied. Die definisie sluit op die oog af alle samekomste in van twee of meer persone wat beoog om deur gesamentlike optrede 'n gemeenskaplike doel te bereik. Letterlik beskou, sou dit gevalle insluit van 'n man en vrou wat met mekaar vleeslike gemeenskap hou ten einde 'n kind te verwek, of van musikante wat sââm 'n duet uitvoer. In sy uitspraak bevind hoofregter Rumpff dat die wetgewer nie kon bedoel het om al sulke gesamentlike handelingte by die verbodsbepalings van die gemelde wette in te sluit nie, maar hy bely meteen sy eie onvermoë om 'n norm te formuleer van wat wel by die definisie van "byeenkoms" ingesluit is en wat nie. Omdat hierdie regsonsekerheid deur 'n parlamentswet geskep is, is die hof nie regtens by magte om die onsekere definisie van "byeenkoms" (en die verbodsbepalings wat daarop gefundeer en in die betrokke wette self vervat is) ongeldig te verklaar nie, en moet regters maar, so goed hulle kan, 'n betekenis probeer vind van die onduidelike voorskrif van die wetgewer ten einde uitvoering aan die wet te kan gee.

Provinsiale ordonnansies verkeer in die onderhawige verband in dieselfde posisie as parlementêre wetgewing. Net soos die parlement het die provinsiale rade naamlik ook 'n direkte (teenoor 'n afgeleide of gedelegeerde) kompetensie tot regsvorming (vgl by *Johannesburg Consolidated Invest Co Ltd v Marshalls Township Syndicate Ltd* 1917 AD 662 666; *Brown v Cape Divisional Council* 1979 1 SA 589 (A) 602). Provinsiale ordonnansies kan deur 'n hof nietig verklaar word:

a indien die provinsiale raad nie die voorgeskrewe prosedure vir die positivering van 'n regsgeldige ordonnansie nagekom het nie; of

b indien die provinsiale raad ultra vires opgetree het; dit wil sê, as die provinsiale raad sy magte oorskry het.

Ten aansien van b verskil die regspisioe ten aansien van provinsiale rade van dié wat vir die parlement geld, maar dit is net omdat die parlement omvattende regsvormende kompetensies het, terwyl die regsvormende kompetensie van provinsiale rade beperk is tot sekere omskrewe onderwerpe. Die aangeleentheid, wat provinsiale ordonnansies betref, is deur hoofregter Steyn in *S v Le Grange* 1962 3 SA 498 (A) 504-505 soos volg saamgevat:

"Die wetgewende bevoegdhedes van 'n provinsiale raad dra, luidens herhaalde beslissings van hierdie hof . . . die aard van 'n oorspronklike, in teenstelling met 'n gedelegeerde bevoegdheid, en staan nie onder die gewone beperkende implikasies van laasgenoemde nie. Dit is 'n bevoegdheid om, behoudens strydigheid met 'n wet van die parlement, volledig en doeltreffend te handel met alle aangeleenthede wat binne die bevoegdheid val, en die geldigheid van die wetgewing kan nie op grond van onvolledigheid of ondoeltreffendheid in twyfel getrek word nie, en ook nie op grond van onredelikheid, onbillikheid of dergelike oorsaak nie. Omdat die gemeenskaplike verkeer nie uit afdelings met vaste skeidslyne bestaan nie, sal dit vir 'n provinsiale raad

uit die aard van die saak, by die uitoefening van die toegekende mag, soms nodig of dienstig wees om te raak aan 'n gebied wat nie uitdruklik aan hom toevertrou is nie. Ook dit sou sy wetgewing nie ongeldig maak nie. Dat dit so is, blyk onder meer uit *Middelburg Municipality v Gertzen* 1914 AD 544; *Bloemfontein Municipality v Bosrand Quarries (Pty) Ltd* 1930 AD 370, en *Joyce and McGregor Ltd v Cape Provincial Administration* 1946 AD 658. Daarby moet nie uit die oog verloor word nie dat 'n hof nie geredelik tot die gevolgtrekking kom dat die wetgewing van 'n provinsiale raad ongeldig is nie. Waar dit nie duidelik blyk dat dit die perke oorskry nie, is hy ongeneë om ongeldigheid te vind (*R v Dickson* 1934 AD 231 op bl 233)."

Hoewel die hoofregter nie nadruklik verwys na vaagheid of onduidelikheid as 'n grond vir die nietigverklaring van statutereg nie — ek kon ook geen gewysde opspoor wat pertinent daarop betrekking het nie — word aan die hand gedoen dat provinsiale ordonnansies, ook wat dit betref, immuun is teen aanvegtig, en wel uit hoofde van die direkte kompetensie tot regsvoorming van die provinsiale rade.

Met ondergeskikte wetgewing, waaronder proklamasies, regulasies en verordeninge — en ook die regsvoorskrifte van die wetgewende vergaderings van die swart nasionale state en die gemeenskapsrade in swart stedelike gebiede — is dit egter heel anders gesteld. Buiten vir die gronde waarop provinsiale ordonnansies nietig verklaar kan word, kan ondergeskikte wetgewing ook nog in die slag bly indien dit sogenaamd "onredelik" is, soos omskryf in die bekende Engelse gewysde *Kruse v Johnson* 1898 2 QB 91 99:

"... there may . . . be cases in which it would be the duty of the court to condemn by-laws . . . as invalid because unreasonable. But unreasonable in what sense? If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operation as between different classes, if they were manifestly unjust; if they disclose bad faith; if they involve such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subjects to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the court might well say 'Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and ultra vires'."

En dan kan ondergeskikte wetgewing ook deur 'n geregshof op grond van vaagheid, onduidelikheid of dubbelsinnigheid nietig verklaar word (vgl in die breë Verskin "Vagueness in South African Subordinate Legislation: A Survey of the Case Law" 1976 *SALJ* 303).

In *R v Jopp* 1949 4 SA 11 (N) 13 het regter Broome die beginsel van regsekerheid wat in dié verband geld, soos volg saamgevat:

"... a bye-law or regulation must indicate with reasonable certainty to those who are bound by it the act which is enjoined or prohibited so that they may regulate their conduct accordingly."

(Sien ook *Zacky v Germiston Municipality* 1926 TPD 380 384; *Arnold v Race Classification Appeal Board* 1967 2 SA 267 (K) 272; *Smith & Lardner-Burke v Wonesayi* 1972 3 SA 289 (RA) 295; *S v Turrell* 1973 1 SA 248 (K) 259; *Erasmus v SA Associated Newspapers Ltd* 1979 3 SA 447 (W) 451.)

By die toepassing van hierdie algemene reël is daar in die regspraak herhaaldelik veral drie vrae geopper, te wete:

a Vir wie moet die regsvoorskrif duidelik wees?

b Watter mate van duidelikheid word vereis? en

c Op wie rus die bewyslas om die onbegryplikheid van ondergeskikte wetgewing aan te toon?

Op die eerste vraag word kortweg geantwoord dat die betrokke regsvoorskrif verstaanbaar moet wees vir diegene wat direk daardeur geraak word. In *S v Meer*, die saak waarna aanvanklik verwys is, verklaar regters Shearer en Didcott in dié verband (741):

“What matters, first and foremost, is the subordinate legislation’s intelligibility to those whose activities are or may be affected by it. Such is not proved by the court’s success, after an effort and with the assistance of counsel and the law reports, in conjuring from it some definite but arcane meaning, neither evident previously nor discernible by less sophisticated means.”

(Vgl ook *Arnold v Race Classification Appeal Board* 1967 2 SA 267 (K) 272.)

Die antwoord op die tweede vraag is in die presedentereg met groter omsigtigheid verwoord. In *R v Pretoria Timber Co (Pty) Ltd* 1950 3 SA 163 (A) 176 is in die algemeen verklaar:

“The degree of certainty, clarity or precision that must be present in such a description as the one in question, on pain of invalidity, depends on the circumstances, including the nature of the problem to be solved by the framer of the description . . . The law requires reasonable and not perfect lucidity and the fact that cases may arise in which it would be difficult, perhaps extremely difficult, to decide whether a place falls within or without an area is not, by itself, a reason for holding that the description is not reasonably clear.”

(Vgl ook *R v Marshall* 1951 2 SA 326 (A) 335.) In *R v Kunene* 1960 1 SA 155 (N) 156 het waarnemende regter Burne die volgende aksente uit die toepaslike regspraak geabstraheer:

“. . . what is meant . . . by ‘a reasonably precise meaning’ is an ascertainable meaning, precise enough to indicate ‘with reasonable certainty to those who are bound by it, the act which is enjoined or prohibited’.”

(Vgl ook *Mapoma v Cape Town Municipality* 1955 2 SA 714 (K) 718; *R v Erasmus* 1956 4 SA 126 (N) 129; *Ismail v Local Road Transportation Board* 1967 4 SA 659 (N) 668.) In verskeie gewysdes is die beginsel beklemtoon dat die reg “redelik en nie absolute duidelikheid nie” vereis (vgl bv *Pretoria Timber Co (Pty) Ltd* supra 176; *Ismail v Local Road Transportation Board* supra 668; *Smith & Lardner-Burke v Wonesayi* 1972 3 SA 289 (RA) 296-297; *S v O’Mally* 1976 1 SA 469 (N) 474). Die woorde van die ondergeskikte wetgewing moet in hulle regte verband uitgelê en in die lig van die onderwerp waarop die wetgewing betrekking het, vertolk word (*S v Van Wyk* 1962 1 SA 622 (N) 626; en vgl ook *Hulley v Johannesburg Municipal Council* 1909 TS 115 118; *R v Pillay* 1959 2 SA 1 (N) 3). En daar moet ook van die veronderstelling uitgegaan word dat die reg met redelike mense, en nie met “dwase of wispelturige” persone nie, te make het (*R v De Villiers* 1955 3 SA 403 (K) 406; *S v O’Mally* supra 474).

Die derde vraag is ’n omstrede aangeleentheid. In *R v Pretoria Timber Co (Pty) Ltd* 1950 3 SA 163 (A) 170 het hoofregter Centlivres te kenne gegee dat ’n vermoede van regs geldigheid die hof se uitgangspunt moet wees, dat die hof ’n bevinding van ongeldigheid van ondergeskikte wetgewing waar moontlik moet vermy, en dat die bewyslas op diegene rus wat die regs geldigheid van ondergeskikte wetgewing aanveg (vgl ook *S v Motalane* 1967 1 SA 657 (O) 659; *Ismail v Local Road Transportation Board* 1967 4 SA 659 (N) 668-669). Dit is in elk geval die reël wat geld wanneer ondergeskikte wetgewing op grond van “onredelikheid” aangeveg word. In *R v Jopp & Another* 1949 4 SA 11 (N) 13-14 het regter Broome egter ’n ander standpunt

ten aansien van die bewyslas in gevalle waar ondergeskikte wetgewing op grond van vaagheid, onduidelikheid of dubbelsinnigheid aangeveg word, verkondig. Dit sentreer om die volgende dictum:

“... the court must first construe the bye-law regulation, applying the usual canons of construction with no bias towards ‘benevolence’. Having ascertained the meaning, the court must then ask itself whether the bye-law or regulation, so construed, indicates with reasonable certainty to those who are bound by it the act which is enjoined or prohibited. If it does, it is good; if it does not, it is bad; that is the end of the matter.”

(Vgl ook *Zacky v Germiston Municipality* 1926 TPD 380 384.)

In *Arnold v Race Classification Appeal Board* 1967 2 SA 267 (K) 273 wys regter Steyn daarop dat die bogenoemde standpunt van hoofregter Centlivres nie verteenwoordigend is van die meerderheidsuitspraak in die *Pretoria Timber Co*-saak nie, nie op enige gesag gefundeer is nie, en die historiese verloop van die beginsel waarom dit gaan, buite rekening laat (vgl ook *S v O’Mally* supra 474). Daarbenewens geniet die benadering wat deur regter Broome in die *Jopp*-saak aan die hand gedoen is, oorweldigende steun in die presedentereg (sien bv *Mopoma v Cape Town Municipality* 1955 2 SA 714 (K) 718; *R v Erasmus* 1956 4 SA 126 (N) 129; *R v Kunene* 1960 1 SA 155 (N) 155-156; *S v Van Wyk* 1962 1 SA 622 (N) 626; *Ismail v Local Road Transportation Board* 1967 4 SA 659 (N) 668; *S v Turrell* 1973 1 SA 248 (K) 259; *S v O’Mally* supra 473-474). Daarom kan met veiligheid aangeneem word dat die Broome-dictum die juiste benadering verteenwoordig.

Daarom moet ook standpunt ingeneem word teen die suggestie van *R v Shapiro* 1935 NPD 155 159 dat die beginsel van regsekerheid ’n onderdeel van die ultra vires-reël sou wees. In daardie saak word naamlik van die veronderstelling uitgegaan dat ’n onduidelike voorskrif in ondergeskikte wetgewing ongeldig is omdat die betrokke regsformer sy gedelegeerde magte te buite gaan (vgl ook *R v Kunene* 1960 1 SA 155 (N) 156). Daar behoort myns insiens duidelik onderskei te word tussen die verskillende redes waarom ondergeskikte wetgewing nietig verklaar kan word, te wete;

a omdat die regsformer nie die voorgeskrewe prosedure vir die totstandbrenging van positiewe reg nagekom het nie;

b omdat die ondergeskikte regsformer sy magte te buite gegaan het — dit wil sê, oor ’n aangeleentheid reg probeer vorm het waarvoor hy nie jurisdiksie het nie;

c omdat die betrokke regsvoorskrif onredelik is — byvoorbeeld as dit teen ’n bepaalde groep regssubjekte diskrimineer; of

d omdat die betrokke regsvoorskrif vaag, onduidelik of dubbelsinnig is.

Een van die redes waarom aldus onderskei moet word, is omdat die ligging van die bewyslas in byvoorbeeld die geval van d, nie dieselfde is as in die geval van c nie.

Uit die regspraak kan nog die volgende besondere reëls wat op die vereiste van regsekerheid in ondergeskikte wetgewing van toepassing is, aantekene word:

1 Die feit dat dit moeilik blyk te wees om vas te stel of ’n bepaalde feitelike toedrag van sake binne die trefwydte van ondergeskikte wetgewing tuisgebring kan word, is op sigself nie genoegsaam om ’n bevinding van

ongeldigheid weens vaagheid te regverdig nie (*R v Pretoria Timber Co (Pty) Ltd* 1950 3 SA 163 (A) 176; *S v Ockers* 1974 2 SA 523 (K) 530-531).

2 Indien die betekenis van ondergeskikte wetgewing duidelik is ten aansien van 'n bepaalde aanwendingsgebied maar daar twyfel bestaan oor die vraag of die bepaling wyd genoeg is om ook ander gevalle in te sluit, sal die laasgenoemde twyfel nie die ondergeskikte wetgewing ongeldig maak ten opsigte van daardie aanwendingsgebied wat sonder twyfel daaronder tuisgebring kan word nie (*R v Marshall* 1951 2 SA 326 (A) 334-335).

3 Indien dit duidelik blyk dat die wydste moontlike betekenis van 'n bepaling in ondergeskikte wetgewing klaarblyklik nie deur die regsformer bedoel is nie, maar dit nie moontlik is om vas te stel waar die enger betekenis van die bepaling begin of eindig nie, is die bedoelde voorskrif nietig (*R v Kunene* 1960 1 SA 166 (N) 157-158; *S v O'Mally* 1976 1 SA 469 (N) 474). Hieruit is dit meteen duidelik dat indien die hierbogenoemde bepaling wat in *S v Sigqolo* 1980 1 SA 59 (A) oorweeg is in ondergeskikte wetgewing voorgekom het, dit op grond van die beginsel van regsekerheid nietig verklaar sou moes word; en dit illustreer op sy beurt die verontagsaming van die beginsel van regsekerheid waartoe artikel 59 (2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika aanleiding gee.

4 Ondergeskikte wetgewing wat ingevolge artikel 6(5) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika aan die volksraad vir goedkeuring voorgelê moet word, kan wel nog, nadat dit deur die volksraad goedgekeur is, op grond van die beginsel van regsekerheid deur 'n hof nietig verklaar word; dit wil sê, sodanige goedkeuring bring die ondergeskikte wetgewing nie binne die trefwydte van artikel 59(2) van die Grondwet nie (*S v Hotel and Liquor Traders' Association Tvl* 1978 1 SA 1006 (W) 1014).

5 Indien die sentrale wetgewer aan 'n ondergeskikte regsvoormende orgaan volmag verleen om 'n verbodsbepaling in werking te stel waarvan die besonderhede deur die sentrale wetgewer self in vae, onduidelike of dubbelsinnige terme geformuleer is, kan die ondergeskikte wetgewing, vir sover dit bloot die woorde van die magtigende wet herhaal, nie op grond van die bedoelde vaagheid, onduidelikheid of dubbelsinnigheid nietig verklaar word nie (*Sachs v Swart* 1952 2 PH K 137 (T) per r Clayton; *S v Meer* 1981 1 SA 739 (N) 742-743).

6 Daar bestaan in die onderhawige verband geen prinsipiële verskil tussen ondergeskikte wetgewing (wat algemeen geld) en administratiewe bevel (wat vir 'n bepaalde persoon of persone geld) nie (*R v Pretoria Timber Co (Pty) Ltd* 1950 3 SA 163 (A) 182; *Ismail v Local Road Transportation Board* 1967 4 SA 659 (N) 667-668; *S v Meer* supra).

S v Meer waarna ten aanvang verwys is, het meer bepaald betrekking op 'n inperkingsbevel, uitgereik ingevolge artikel 9(1)(b) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950, wat die geadresseerde verbied om "any social gathering, that is to say any gathering at which the persons present also have social intercourse with one another" by te woon. Inperkingsbevele wat só bewoerd is, is reeds sedert die vroeë sestigerjare in omloop en het al verskeie kere in gerapporteerde gewysdes ter sprake gekom. In nog net een van daardie gewysdes, te wete *S v Bennie* 1964 4 SA 192 (OK), is die betrokke inperkingskennisgewing op grond van die

beginsel van regsekerheid aangeveg; en die hof het, wat regters Shearer en Didcott in die *Meer*-saak 744 as “a rather cursory treatment of the problem” beskryf, die argument kortweg afgemaak met die woorde:

“It does not seem to me that the minister’s failure to define social intercourse makes the notice vague and ambiguous. It is a term which has acquired a general and accepted meaning” (197).

In die *Meer*-saak het die hof hierdie simplistiese feitevinding verwerp en intendeel bevind dat die aangehaalde inperkingskennisgewing “in-correctly obscure” is en daarom nietig verklaar moet word weens die vaagheid daarvan (748).

In die loop van hulle betoog het regters Shearer en Didcott verskeie vrae ten aansien van die betrokke inperkingskennisgewing geopper, waaronder die volgende:

Artikel 9(1)(b) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 veroorloof die minister van justisie om met ’n inperkingskennisgewing die bywoning van “’n bepaalde byeenkoms of enige byeenkoms van ’n bepaalde aard, klas of soort” (my kursivering) te verbied. Sou die minister uit hoofde van dié bepaling die bywoning van “enige sosiale byeenkoms” kon verbied? In *S v Weinberg* 1979 3 SA 89 (A) 101-103 is hierdie vraag bevestigend beantwoord; in *S v Meer* 743 wil die hof nie hieroor ’n definitiewe uitspraak gee nie.

Watter betekenis moet aan “also” in die inperkingskennisgewing verbind word? In die *Meer*-saak 745 word aan die hand gedoen dat die minister nie soseer bywoning van ’n sosiale byeenkoms waar die aanwesiges sommer net dáár is, wou verbied nie; die aanwesiges moet hulle besig hou met ’n aktiwiteit wat “sosiale omgang” genoeg kan word.

Ten aansien van die woorde “the persons present” kom die vraag ter sprake of *al* die aanwesiges aan die “sosiale omgang” moet deelneem. Sou die teenwoordigheid by ’n partytjie van één droë drommel wat in die hoekie sit en Dooyeweerd lees, bywoning van die geselligheid deur ’n ingeperkte persoon wettig? *S v Meer* 745 beantwoord die vraag ontkennd.

Maar hoeveel van die aanwesiges moet aan die “sosiale omgang” deelneem; en hoe lank moet daar sosiaal omgegaan word op ’n byeenkoms wat ook ander aktiwiteite insluit? In *S v Weinberg* 1979 3 SA 89 (A) 102 word na “an appreciable degree of social intercourse” verwys; in *S v Saliva* 1969 1 SA 640 (OK) 642 verklaar regter Addleson dat die onderhawige verbod nie oortree word indien sosiale omgang tot “incidental activities” van ’n geoorloofde byeenkoms beperk bly en dus bloot “an inevitable concomitant of the lawful gathering” is nie (vgl *S v Meer* 745-746).

Moet die ingeperkte persoon self ook aan die sosiale omgang deelneem? In *S v Carneson* 1967 4 SA 301 (K) 305 is dié vraag ontkennd beantwoord; en in *S v Meer* 746 stem regters Shearer en Didcott met hierdie regsvinding saam.

Afgesien van hierdie en dergelike vrae is die begrip “sosiale byeenkoms” op sigself ’n turksvy (vgl *S v Meer* 743-744); om nie eers van “sosiale omgang” te praat nie. In *S v Bennie* 1964 4 SA 192 (OK) 197 bevind regter Munnik dat die laasgenoemde term reeds ’n algemene en aanvaarde betekenis verkry het — sonder om te sê wat daardie betekenis is, behalwe

dat dit nie noodwendig die plaasvind van 'n gesprek vereis nie. In *S v Arenstein* 1964 4 SA 697 (N) 702 doen regter Miller aan die hand dat "sosiale omgang" plaasvind as persone byeenkom "to exchange pleasantries," maar dat dit gevalle uitsluit waar persone mekaar toevallig raakloop "and conversed . . . sociably" (vgl ook *S v Keegan* 1976 1 SA 30 (K) 32), wat laat blyk dat die betekenis van "sosiale omgang" eintlik van die omstandighede van elke geval afhang en so meer.

Na 'n voortreflike analise van die toepaslike regspraak, kom regters Shearer en Didcott in *S v Meer* 747 tot die volgende slotsom:

"Though we with our training and experience are supposed to grasp such things, we are at a loss to know exactly what the appellants' banning orders requires them to shun. We do not know what sort of social intercourse was envisaged. We do not know what proportion of the gathering's complement it was meant to involve. And we do not know how much of it there was meant to be. It follows that we have no clear conception of a social gathering as defined."

Die inperkingsbevel is daarom nietig verklaar.

Daar is nog één aspek van *S v Meer* wat nie onopgemerk verby moet gaan nie. Dit betref die wyse waarop die twee regters wat in die saak opgetree het, hulle eenstemmigheid te kenne gee. Dit is gebruikelik dat 'n regter in 'n saak uitspraak lewer en die ander regter(s) wat met hom saamstem, bloot hulle instemming met sy uitspraak betoon; maar in die *Meer*-saak verskyn die uitspraak onder die naam van albei regters. Dit is so al asof regters Shearer en Didcott met hierdie buitengewone aanduiding van hulle eensgesindheid iets tussen die reëls wil sê. Die afleiding kan gemaak word dat hulle in hulle eensgesindheid baie sterk oor die saak voel: en dit met reg!

Inperkingsbevele bring 'n radikale inkorting van die burgerregte van persone wat vir politieke redes onder verdenking staan, teweeg (sien daarvoor in die breë Van der Vyver "Inperkingsbevele" 1980 *THRHR* 178). 'n Mens sou dit 'n skrikwekkende regsinstelling in vredestryd kon noem, en wel omdat:

die inperkingsbevel bloot op verdenking gegrondves word;

die ingeperkte persoon daarom regstegnies onskuldig is aan enige misdryf;

die inperkingsbevel 'n persoon kan tref bloot op grond van wat hy *is* of bely en nie soseer op grond van wat hy *doen* nie;

die minister met vrywel arbitrêre (regtens onkontroleerbare) magte bekleed is om persone vir politieke redes in te perk;

basiese geregtighedsprinsipes, byvoorbeeld audi alteram partem, nie eerbiedig word by ondersoek en besluitneming wat 'n inperkingsbevel mag voorafgaan nie,

en so meer. Afgesien van die gewone regsbeginsels waarop die vereiste van regsekerheid in die geval van ondergeskikte regsvorming gefundeerd is, is die genoemde aspekte van inperkingsbevele soveel te meer rede om nadruklike afkeur uit te spreek in die gevalle waar die minister van justisie met 'n inperkingsbevel nie die beginsel van regsekerheid volstrek nakom nie.

JD VAN DER VYVER
Universiteit van die Witwatersrand

NOG GELOOF IN GELOOFSBRIEWE?

1 Agtergrond

Gedurende Januarie 1981 vind daar nog eens 'n internasionale poging plaas om die langverwagte deurbraak in die geskil omtrent die onafhanklikheid van Suidwes-Afrika/Namibië te bewerkstellig. 'n Byeenkoms, onder die voorsitterskap van VV-amptenare, word in Genève belê en dit word bygewoon deur 'n SWAPO-afvaardiging en 'n Suidwes-Afrikaanse afvaardiging onder leiding van die administrateur-generaal van die gebied. Besware deur die afvaardiging uit SWA oor 'n gebrek aan onpartydigheid aan die kant van die VV, sy amptelike en eensydige steun aan SWAPO en die erkenning van laasgenoemde as enigste regmatige verteenwoordiger van die inwoners van SWA verseker die mislukking van die beraad.

Hierna volg 'n versoek om 'n spesiale sitting van die algemene vergadering. Die voortgesette VV-betrokkenheid by die kwessie van Suidwes-Afrika berus onder andere op twee veiligheidsraadbesluite van 1978, te wete besluit 435 en 439. Hiervolgens moet bepaalde stappe gedoen word wat tot die onafhanklikheid van die gebied moet lei. Sou Suid-Afrika weier om saam te werk, moet die VV gepaste maatreëls teen hom neem.

Hierdie spesiale sitting neem 'n aanvang op 2 Maart 1981 en Suid-Afrika, wie se geloofsbriewe reeds in 1974 verwerp is, sorg vir 'n verrassing deur by die vergadering op te daag. Daar word teen sy "onwettige" teenwoordigheid beswaar gemaak. Hierdie beswaar word as 'n punt van orde geopper. Suid-Afrika se pogings om ook 'n punt van orde te stel, word geïgnoreer en die debat word verdaag sodat die geloofsbriewekomitee oor die aangeleentheid kan besluit. Hierdie komitee beveel aan dat Suid-Afrika se geloofsbriewe verwerp word. Die algemene vergadering aanvaar die aanbeveling, weliswaar teen die ernstige besware van sommige lidlande in.

Hierna word beskuldigings heen en weer geslinger. Suid-Afrika bestempel die verwerping van sy geloofsbriewe en die ontsegging van 'n spreukbeurt as onregmatig en wraakgierig. Hy word op sy beurt weer van kwaaië trou beskuldig: Die hele episode sou 'n fyn beplande set wees om sy eie oogmerke te bevorder.

In die hitte van die politieke stryd word graag 'n beroep op beginsels van die internasionale reg gedoen. Dit is daarom miskien wel nuttig om met ietwat meer "afstand" na sommige van hierdie regsargumente te kyk. Die oogmerk is om hier slegs bepaalde beginsels binne die konteks van die geloofsbriewekwessie te behandel. Moontlike optrede teen Suid-Afrika (soos maatreëls onder die "Uniting for Peace Resolution") en die rol van die veiligheidsraad sal dus nie ter sprake kom nie.

2 Op 'n punt van orde

Volgens persberigte is namens Suid-Afrika geargumenteer dat reël 29 van die prosedureëls van die algemene vergadering verbreek is en dat aan die Suid-Afrikaanse verteenwoordiger geen geleentheid gegun is om hierdie liggaam toe te spreek nie.

Reël 29 van die reglement van orde bepaal soos volg:

“Any representative to whose admission a member has made objection shall be seated provisionally with the same rights as other representatives, until the credentials committee has reported and the general assembly has given its decision.”

Suid-Afrika moes dus, tot tyd en wyl die algemene vergadering besluit het, dieselfde regte as enige ander lidland geniet het. Die vergadering is dadelik na die beswaar teen Suid-Afrika verdaag. Sluit Suid-Afrika se “normale regte” waarvan reël 29 melding maak, die reg in om ’n punt van orde te opper?

’n Punt van orde is ’n tegniek welbekend aan die meeste vorme van parlementêre debat en vergaderings. “A point of order is a question raised with a view of calling the attention to any departure from the prescribed or customary modes of proceeding in debates and discussion, or in the conduct of deliberative or legislative bodies and public meetings” (Lewin *The Law, Procedure and Conduct of Meetings in South Africa* (1966) 47; sien ook Hattingh en Van Wyk de Vries *Procedure by Vergaderings* (1966) 49). ’n Punt van orde is dus ’n vraag aan die voorsitter en dit kan geopper word deur ’n lid van die vergadering as hy beswaar wil maak teen verkeerde prosedure (wat oorskryding van tyd insluit), teen onwelvoeglike taal of teen iets wat die reglement van orde raak. Aangesien die punt van orde as ’n vraag aan die voorsitter gestel word en hy daarvoor ’n beslissing moet gee, is dit ook belangrik om daarop te wys dat hy oor wye bevoegdhede beskik.

Die voorsitter van die algemene vergadering moet, ooreenkomstig reël 35 van die reglement van orde,

“rule on points of order, and, subject to these rules, shall have complete control of the proceedings at any meeting and over the maintenance of order thereat.”

(Dit is interessant om in herinnering te roep dat Suid-Afrika in 1949 voorgestel het dat die bevoegdhede van die voorsitter selfs verder uitgebrei word. Die doel met die voorstel was om aanvalle op persone en state te voorkom en waardigheid te verseker. Sien VV-dok A/937.)

Wat is die ander reëls wat in hierdie verband ter sprake kom en wat bepaal die reglement van orde? Laasgenoemde bevat geen definisie van ’n punt van orde nie. In die finale verslag van die *Special Committee on the Rationalization of the Procedures and Organization of the General Assembly* van 1971 word wel die volgende omskrywing gegee:

“A point of order is basically an intervention directed to the presiding officer, requesting him to make use of some power inherent in his office or specifically given him under the rules of procedure . . . Under a point of order, a representative may request the presiding officer to apply a certain rule of procedure or he may question the way in which the officer applies the rule. Thus, within the scope of the rules of procedure, representatives are enabled to direct the attention of the presiding officer to violations or misapplications of the rules by other representatives or by the presiding officer himself. A point of order has precedence over any other matter, including procedural motions.”

Reël 71 van die reglement van orde bepaal dan hoe daar met ’n punt van orde gehandel moet word.

“During the discussion of any matter, a representative may rise to a point of order, and the point of order shall be immediately decided by the President in accordance with the

rules of procedure. A representative may appeal against the ruling of the President. The appeal shall be immediately put to the vote and the President's ruling shall stand unless overruled by a majority of the Members present and voting. A representative rising to a point of order may not speak on the substance of the matter under discussion."

Die oorspronklike beswaar teen Suid-Afrika se teenwoordigheid is as 'n punt van orde geopper. Die voorsitter moes dus, ingevolge reël 71, dadelik hierop reageer en 'n ordereëling maak. Die reëling waarop hy besluit het was om die vergadering te verdaag en die aangeleentheid na die geloofsbriewekomitee te verwys.

Suid-Afrika het die reg gehad om teen hierdie reëling beswaar aan te teken. Hiertoë moes die voorsitter hom die geleentheid gegee het. Daar is egter net een wyse waarop met so 'n beswaar of appèl gehandel kan word: die vergadering moet onverwyld daaroor stem. So 'n stemming sou ongetwyfeld teen Suid-Afrika verloop het. Nóg tans is Suid-Afrika nie geleentheid tot appèl gegee nie.

Die Suid-Afrikaanse departement van buitelandse sake het later die teks van die verklaring wat die Suid-Afrikaanse afgevaardigde sou maak, indien hy toegelaat sou gewees het om die algemene vergadering toe te spreek, vrygestel. Dit is 'n substansiële verklaring wat handel oor die reg van die inwoners van Suidwes-Afrika om hul eie toekoms te bepaal en die prosedure wat in dié verband gevolg behoort te word. Die rolle van die VV, SWAPO en Suid-Afrika word ook bespreek en daar word verwys na verskeie politieke argumente. ('n Weergawe van die vrygestelde teks is oa in *The Cape Times* (1981-03-04) gepubliseer.)

Hierdie lywige betoog sou beslis nie as 'n punt van orde of as 'n beswaar daarteen kon kwalifiseer nie. Dit was duidelik 'n poging "to speak on the substance of the matter," iets wat deur reël 71 verbied word. Ook wanneer appèl teen 'n ordereëling van die voorsitter aangeteken word, word geen debat toegelaat nie. So het die *Special Committee on the Rationalization of the Procedures and Organization of the General Assembly* in 1971 bepaal:

"A point of order and any appeal arising from a ruling thereon is not debatable."

(Vir die volledige verslag sien VV-dok A/8426.) Een punt van orde moet ook eers afgehandel word voordat 'n nuwe geopper mag word (VV-dok A/2402 en A/937).

Dit blyk dus dat Suid-Afrika weinig regsgronde het vir die argument dat hy geregtig was om die algemene vergadering toe te spreek toe teen sy geloofsbriewe beswaar gemaak is. Hy sou hoogstens beswaar kon maak, maar dié sou ook verwerp word. Beteken dit egter dat die geloofsbriewekomitee korrek opgetree het deur Suid-Afrika se geloofsbriewe te verwerp? Ten einde hierop te kan antwoord, moet 'n mens die bevoegdhede van hierdie orgaan ondersoek.

3 Die geloofsbriewekomitee : aard en bevoegdhede

Afgevaardigdes na internasionale organisasies moet bewys dat hulle gevolmagtig is om hul state te verteenwoordig. Hierdie bewys word gelewer deur die geloofsbriewe. Dit is 'n dokument waarin die regering van 'n lidland

die name van sy afvaardiging vermeld. Daarom moet geloofsbriewe van afgevaardigdes na die VV deur die staatshoof of minister van buitelandse sake onderteken word. Hierdie geloofsbriewe moet aan die sekretaris-generaal oorhandig word kort voordat die sitting 'n aanvang neem (reël 27 van die reglement van orde).

Ten einde die korrektheid van geloofsbriewe na te gaan, word daar voor elke sitting 'n geloofsbriewekomitee van nege lede aangewys. Na aanleiding van hul verslag besluit die algemene vergadering dan finaal oor die aangeleentheid. Goedkeuring van geloofsbriewe is meestal slegs 'n formaliteit. Word 'n afvaardiging se geloofsbriewe verwerp, mag hy nie meer aan die organisasie se werksaamhede deelneem nie. Blote beswaar teen die geloofsbriewe van afgevaardigdes het nie sodanige effek nie. Sou die teendeel waar wees, sou dit beteken dat sulke lede se voorregte en deelname hul ontnem kon word bloot deur aan die begin van 'n sitting teen hul geloofsbriewe beswaar te maak.

Die enigste direkte aanduiding omtrent die bevoegdhede van die geloofsbriewekomitee word in reël 28 gevind:

“It shall examine the credentials of representatives and report without delay.”

Dit is egter duidelik dat die geloofsbriewekomitee se bevoegdhede beperk is tot die vraag of die geloofsbriewe formeel in orde is, dit wil sê of dit wel beskikbaar is en indien wel, of dit die vereiste handtekeninge bevat. Verwerping om enige ander rede sal 'n duidelik ultra vires-handeling wees. Die sou tot uitsetting of opskorting van lidmaatskap lei op 'n wyse wat direk teenstrydig met die bepalinge van die handves is.

Uitsetting uit die VV kan slegs plaasvind indien sowel die veiligheidsraad as die algemene vergadering so besluit. Die veiligheidsraad moet die uitsetting aanbeveel. Aangesien uitsetting 'n nie-prosessuele aangeleentheid is, moet die vyf permanente lede ten gunste van so 'n aanbeveling stem. (Sien a 6 van die VV-handves; Goodrich, Hambro & Simons *Charter of the United Nations* (1969) 99.) Suid-Afrika se uitsetting kan dus deur een van die permanente lede geveto word. Daarbenewens moet 'n tweederde meerderheid van die algemene vergadering die uitsetting ondersteun.

Opskorting van lidmaatskap kom ook slegs ter sprake indien die veiligheidsraad eers “preventive or enforcement action” teen 'n bepaalde lidland geneem het. Opskorting volg dan nog steeds nie outomaties nie. 'n Afsonderlike aanbeveling deur die veiligheidsraad, ondersteun deur die permanente lede, word ook vereis. Daarna moet twee-derdes van die algemene vergadering die stap ondersteun (a 5 VV-handves).

Alhoewel die presiese effek van opskorting van lidmaatskap nie in die handves behandel word nie, sal dit in ieder geval verlies van die reg om verteenwoordig te wees en te stem, meebring (Goodrich e.a. *Charter of the UN* 97). Dit is dan presies die gevolge van die verwerping van Suid-Afrika se geloofsbriewe.

Die verklaring vir die optrede teen Suid-Afrika lê deels in die feit dat internasionale organisasies hul toenemend besig hou met die interne beleid

van lidlande. Suid-Afrika is nie die enigste land teen wie se geloofsbriewe al beswaar aangeteken is nie. China, Hongarye, Irak en die Kongo se geloofsbriewe het ook al in die VV ter sprake gekom. In ander organisasies, soos die internasionale arbeidsorganisasie, die universele posunie, die internasionale telekommunikasieunie en die organisasie vir Afrika-eenheid is besware teen geloofsbriewe ook al geopper (Schermer's *International Institutional Law* bd 1 (1977) 95 ev; Sohn *Cases on United Nations Law* (1967) 125).

Die regmatigheid al dan nie van inmenging in die sogenaamde huishoudelike aangeleenthede en die implikasies van artikel 2(7) van die VV-handves is 'n afsonderlike probleem wat nie hier bespreek kan word nie. Suid-Afrika se interne beleid is natuurlik 'n besonder belangrike skyf in dié verband. Reeds so vroeg as 1963 is die kwessie van sy geloofsbriewe in die VV geopper. Suid-Afrika se geloofsbriewe is toe nie verwerp nie. In 1970 is die geloofsbriewe nie goedgekeur nie (maar ook nie afgekeur nie). Dit het nie verhoed dat Suid-Afrika aan die verrigtinge deelneem nie. In 1974 is die geloofsbriewe egter verwerp, met gevolglike opskorting van deelname. Sedertdien word 'n nuwe tendens merkbaar, naamlik dat die geloofsbriewe-komitee se funksie nie beperk is tot kontrole oor formele korrektheid nie, maar uitgebrei is om te verseker dat diegene wat die geloofsbriewe onderteken het, die ware volksverteenwoordigers is. Volgens hierdie argument het die "apartheidsregime" van Suid-Afrika, as verteenwoordigers van slegs die blanke bevolking, duidelik nie die toets geslaag nie. Die beswaar is nie soseer teen die staat Suid-Afrika nie, maar eerder teen die regering van die dag. Net soos in die Taiwanese/Chinese geval word die kwessie van erkenning van die regering op hierdie wyse by die agterdeur ingelaat.

Daar bestaan natuurlik 'n skerp meningsverskil in die geledere van die VV self oor hierdie uitbreiding van die funksies van die geloofsbriewe-komitee. Soos met vele van die huidige internasionale politieke probleme die geval is, huldig die Westerse lande 'n meer gematigde houding, terwyl die "derde wêreld," ondersteun deur die sosialistiese state, meer progressiewe optrede voorstaan. Laasgenoemde se getalle-oorwig maak dit vir hulle moontlik om hul wil deur te voer. In die geval van geloofsbriewe word 'n resultaat van de facto-opskorting van lidmaatskap bereik, sonder dat die voorgeskrewe werkswyse gevolg is.

4 Gevolgtrekking

Daar bestaan natuurlik voorbeelde van VV-praktyk wat tot de facto-wysigings van bepalinge van die handves gelei het. Een van die bekendste gevalle is die stemprocedure in die veiligheidsraad.

Artikel 27(3) van die handves bepaal dat besluite oor gewigtige aangeleenthede (die nie-prosessuele aangeleenthede)

"shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members . . ."

Die gebruik het egter ontstaan dat besluite aangeneem word ondanks die afwesigheid of stemonthouding van permanente lede. In sy *Namibia (South West Africa)* — adviserende opinie van 1971 behandel die internasionale

Plaintiff was a black worker who had permission to be in a prescribed area, namely the Cape Peninsula, in that (i) he had worked continuously in the Cape Peninsula for one employer for a period of not less than ten years and (ii) he had during such period not been sentenced to a fine exceeding R100 or to a term of imprisonment for a period exceeding six months.

Plaintiff's wife lawfully entered the prescribed area in 1965, but permission to stay in the prescribed area was not renewed after January 1975. Plaintiff averred that his wife had a right to remain with him in the prescribed area by virtue of section 10(1)(c) of the Black (Urban Areas) Consolidation Act 25 of 1945. Section 10(1) of the act provides that:

"No Bantu shall remain for more than 72 hours in a prescribed area unless he has proof in the manner prescribed that—

(a) he has, since birth, resided continuously in such area; or

(b) he has worked continuously in such area for one employer for a period of not less than ten years or has lawfully resided continuously in such area for a period of not less than fifteen years, and has thereafter continued to reside in such area and is not employed outside such area and has not during either period or thereafter been sentenced to a fine exceeding R100 or to imprisonment for a period exceeding six months; or

(c) such Bantu is the wife, unmarried daughter or son under the age at which he would become liable for payment of general tax under the Bantu Taxation and Development Act 41 of 1925 of any Bantu mentioned in parts (a) or (b) of this subsection and after lawful entry into such prescribed area, ordinarily resides with that Bantu in such area."

The question which therefore faced the court was whether the plaintiff's wife was a person who fell within the ambit of section 10(1)(c) and the dispute between the parties revolved around the meaning of the words "ordinarily resides" in that paragraph.

The sole issue between the parties as far as the court a quo was concerned was whether Mrs K "ordinarily resided" with the appellant in the prescribed area. Schock J accepted that the words "ordinarily reside" connotes lawful residence and because in terms of regulation 20 of the 1965 Bantu Labour Regulation Mrs Komani was an illegal resident, the judge held that she had no rights to remain in the prescribed area in terms of section 10(1)(c) of the Urban Areas Act of 1945.

The major thrust of the criticism levelled against Mr Justice Schock's decision in the court a quo was to the effect that such an interpretation of section 10(1)(c) made it impossible to acquire rights under the section, a consequence which would be to the detriment of black family life in South Africa. By refusing the application it appeared that the court had not taken heed of the fact that

"to break up marriages is to begin to break up the State and is to deprive the children of such broken marriages of the comfort and sense of security and happiness that they can derive from a united home alone, where they live in the shadow of the affection and protection of their parents." (Per Price J in *Levy v Schwartz* 1948 4 SA 930 (W) 933.)

The appellate division was confronted, however, with an entirely different argument from that advanced in the court a quo and which had been the subject of academic comment. (See Davis 1979 *THRHR* 319 and Marian Dixon "Do Blacks have a Right to Family Life?" *Occasional Papers* 1 Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand.) Counsel for appellant raised the issue of whether regulation 20(1) of the

Residential Regulation was ultra vires due to unreasonableness and vagueness.

Regulation 20(1) provides that no person other than any holder of a site or residential permit or any grantee or the dependents of such holder or grantee or any holder of an accommodation permit shall reside in the black residential area unless he has first obtained a permit, hereinafter referred to as a lodger's permit. The argument on behalf of the appellant was to the effect that a black who does not hold a permit as envisaged by regulation 20 but who, notwithstanding this fact, was born in the prescribed area such as to bring himself within the ambit of section 10(1)(a) of the act, could not reside within that area as a result of his not having a permit. In short, the right granted in terms of section 10(1)(a) was rendered nugatory by the regulations to the act.

The example given by counsel for appellant to illustrate this matter referred to the fact that the regulations made no provision for permits to be issued to children or to students. Thus, when the son of a lodger attains the age of 18 he ceases to be a dependent and cannot live within the family unless he has obtained a lodger's permit in his own right. However, he cannot obtain a lodger's permit unless he is employed or carries on a trade. The result is that despite having been born in the prescribed area and having lived there all of his life, he is denied the protection afforded to him by section 10(1)(a), because the regulations deny him the opportunity to obtain a lodger's permit, which means that he is illegally in that area.

Respondent's reply turned on the distinction between the right to reside in a prescribed area and the right to remain within a prescribed area. The right envisaged by section 10 was only a qualified right to remain in the prescribed area and was not a right to reside as such. "Right" in terms of section 10(1) was thus an immunity against prosecution (*S v Maphaele* 1963 2 SA 651 (A) 654-655 and *R v Thsawe* 1956 4 SA 818 (A)). Thus respondent argued that, given that appellant's "right" was an immunity, the regulations could not be ultra vires because it would be perfectly reasonable and consistent for conditions to be attached to such an immunity as was done by means of the 1965 regulation. To qualify for an immunity in terms of the act, a black must comply with the provisions and restrictions in respect of residence.

With respect, even if respondent's argument is accepted in principle, namely that all Mrs Komani derived from section 10(1) was an immunity, it would still appear that the respondent's argument rested on a misconception of the meaning of the word "right." Respondent argued that immunity was not in fact a "right" and thus could be superseded by the regulations to the act. However, an immunity recognised and protected by law is surely nothing other than a form of legal right, the correlative of which is a disability on the part of the authorities (cf WN Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions*). Once one accepts that immunity is a form of right there appears to be little left of respondent's argument, namely, that as section 10(1) grants no rights to a black, there is nothing inconsistent with regulations being passed which seemingly negate any enjoyment that can be gained from such "right."

However, the appellate division decided the matter without reference to the niceties of Hohfeld. Nonetheless, the court, per Rumpff CJ, attacked the very essence of respondent's argument when it said:

"Considering the Act as a whole and its predecessors, and considering the wording of s 10(1)(a), the implication appears to be unavoidable and is therefore a necessary indication that the legislature intended that persons who are born in an area and thereafter reside there continuously, are to be regarded as residing in such area lawfully" (472D-H).

The court continued

". . . the little words of Regulation 20(1) . . . are inconsistent with the intention of the legislature as contained in Act 25 of 1945 and they seek to impose a prohibition on persons born in a Black residential area who has continuously resided in such an area from 'residing in such an area,' a prohibition which is unauthorised. The provision in Regulation 20(1) that no person shall reside in a Black residential area unless he is the holder of the permits as referred to, or has first obtained a lodger's permit, is therefore *ultra vires*, because Act 25 of 1945 does not intend to require persons born in an area and who have resided there continuously, to have a lodger's permit in order lawfully to reside in such area, unless they have a permit referred to in Regulation 20(1)" (472H-473A).

As a result of this finding the court reversed the order of the court a quo and ordered that Mrs Komani was entitled to remain in the prescribed area for more than 72 hours by virtue of the provisions of section 10(1)(c) of the Urban Areas Act.

In short, the reasoning of the court was that as the provisions of section 10(1)(a) which accorded a right to a black to reside in a particular area if he complied with the requirements of the act and regulation 20(1) which sought to qualify such right, were irreconcilable, primacy had to be given to the act as opposed to the regulations. As such, the facts clearly establish that the Komanis were ordinarily resident in the prescribed area and that, as regulation 20 was the only impediment in the way of Mrs Komani's being lawfully in the area in terms of section 10(1)(c), she was entitled to an order to that effect.

An interesting aspect of this case was the fact that, although Mrs Komani's right to be in the prescribed area was derived from section 10(1)(c), this section was not considered at all by the court. Solely on the basis of the irreconcilability of section 10(1)(a) with the regulations, did the court declare regulation 20(1) to be *ultra vires*, although Rumpff CJ did state

" . . . it was not contended before us that Regulation 20(1) might be considered valid in a part and invalid in other parts, ie, invalid insofar as it relates to a person falling within the terms of s 10(1)(a) of the Act and valid insofar as it relates to persons not falling within the terms of s 10(1)(a) of the Act. *Prima facie* there would appear to be no substance in such argument" (473B).

The question does arise as to whether regulation 20(1) is incompatible with section 10(1)(c) of the act. Clearly, if the regulations could be interpreted so as to be in harmony with the act, then the regulations would be valid. Assuming thus that section 10(1)(c) which provides that there should be a lawful entry and ordinary residence was interpreted so as to require lawful entry and lawful ordinary residence, then the question arises as to what constitutes a lawful ordinary residence. Rumpff CJ stated

“. . . I am of the opinion that a person residing in terms of s 10(1)(a) of the Act must be deemed to be lawfully residing in that area, *subject, of course, to such conditions as may be validly imposed*” (472G my italics).

If residence means “lawful residence” in the act, the question arises as to whether a regulation which seeks to impose conditions in respect of lawful residence would not be a perfectly valid regulation. It would appear that if residence was qualified by the word “lawful,” such a wording would presuppose that there must be conditions attached to residence so as to render it lawful. There could be no argument, then, with the validity of such regulations which sought to specify what were such conditions of legality. (See section 38(3) of the act.) Given such an argument, it is submitted that in order for regulation 20 to be *ultra vires* in respect of section 10(1)(c), residence must mean “ordinary residence” without the qualification of lawfulness. It is conceded that *Maphaele’s* case *supra* held that residence meant lawful residence but that case was decided prior to the amendment which created a dichotomy between *lawful* entry and *ordinary* residence. The appellate division in *Komani’s* case itself revealed a willingness to distinguish an appellate division decision on the grounds that an amending act had caused the previous interpretation to be off point (at 470H-471 in respect of *Tshawe’s* case), and as such it is to be regretted that the court did not clarify the interpretation of section 10(1)(c) in this case. It must be added that any other interpretation of residence would render section 10(1)(c) entirely superfluous. Before a superintendent may issue a lodger’s permit he must be satisfied that the applicant is, *inter alia*, *bona fide*, or is carrying on some lawful trade within the prescribed area. If regulation 20 is required to establish *de jure* residence in terms of section 10(1)(c), then the black would need to be *bona fide* employed or lawfully carrying on a trade within the prescribed area. However, without rights under section 10(1) it would appear impossible for such black to carry on a lawful trade or to be legally employed. In short, if regulation 20 was read together with this section, the only way that Mrs Komani would acquire rights under section 10(1)(c) would be to obtain a lodger’s permit in terms of the regulations, and the only way she could obtain such a permit would be by having rights under the act: presumably under section 10(1)(c) which creates a Catch-22 situation of which even Joseph Heller would have been proud. (See the excellent statement of this position by Dixon *op cit* 30-31.) One can speculatively suggest, therefore, that the court must have impliedly rejected the *Maphaele* interpretation by stating that *prima facie* there is no ground for arguing that regulation 20 could be read together with section 10(1)(b) or (c) (see 473B). This could only be so if residence was given its ordinary meaning in the act, namely, the interpretation not qualified by the word “lawful.” One might add that such an interpretation is in accord with the maxim “*iudicis est ius dicere sed non dare*,” such that only where the wording in the statute leads to injustice or unreasonableness, should words be inserted — clearly a situation which was not necessitated in the present case! It is to be regretted that in a “test” case of this kind, counsel for appellant did not tempt the appellate division to give greater clarity to the interpretation of section 10(1)(c). Without such judicial clarity, courts’ attitude to section 10(1)(c) will have to be ascertained by the kind of inference indulged in by the writer.

Technical criticisms apart, the appellate division has to be congratulated on an approach which seeks to give primacy to rights granted by statute over regulations promulgated by administrative bodies or officials in the exercise of its or their discretionary powers. South Africa is moving increasingly into a situation where administrative bodies and officials are granted the power to rule over millions of South Africans. If *Komani* heralds an effort on the part of the appellate division to act more aggressively as the custodian of the individual by offering checks against excessive administrative action, then such a policy is to be welcomed.

There will be those who will, no doubt, point to the possibility of tougher influx control legislation in the wake of the Riekerk commission as evidence of the futility of any victory gained in the appellate division. It will be said that as soon as an individual gains judgment at the appellate division such that the lives of millions are made a little more hopeful — as is clearly the case with the *Komani* decision where the possibility of family life becomes more likely for many — the government will act to plug the loophole or to change the law to render such a decision nugatory. To some extent this is true, but about such developments there is nothing lawyers can do as lawyers. However, to preserve a situation where the individual will be able to have recourse to the courts which will act “a la *Komani*” to check arbitrary power and force, in essence ensures that the government must play according to the rules which it and no-one else designs, and this in itself builds a foundation on which a future South Africa, based on the rule of law as opposed to arbitrary naked power, can be fashioned. As Edward Thompson (*Whigs and Hunters*) has pointed out, in his characteristically incisive manner, the rule of law is a cultural achievement of universal significance, because it ensures that society has mechanisms by which arbitrary and naked power can be curbed and checked. South Africa no longer is organised completely on the basis of the rule of law, but decisions such as *Komani* do keep alive the glimmerings of that cultural achievement which we have discarded all too easily. The worth of *Komani* is that it indicates that the notion of law is not simply commensurate with power and force and such a value might be recognised to be a bulwark against force and as being essential to any society in this imperfect world, including a South Africa of the future.

DM DAVIS
University of Cape Town

INTERSTAATLIKE VERDRAE EN WETSUITLEG

Die vraag na die effek van interstaatlike verdrae op die uitleg van 'n wetgewingstuk kan in die toekoms, veral in die lig van die totstandkoming van onafhanklike state binne die voormalige territoriale staatsgrense van Suid-Afrika, van besondere belang word. Tot op datum is daar weinig regspraak en nog minder regswetenskaplike materiaal in dié verband.

Genoemde vraag is een wat tot in die kern van staatsbestaan en -funksionering sny: dit wentel om die problematiek van staatsoewereiniteit

en wetgewersfunksionaliteit aan die een kant, en interstaatlike geloofwaardigheid en betroubaarheid aan die ander kant. Dit raak ook die interaksie tussen staatlike reg en volkereg en die vraag of volkereg reg is. (Die antwoord op die laaste vraag is afhanklik van 'n mens se regsbeskouing; dit wil sê wat mens as reg postuleer.)

Hierdie aantekening is nie bedoel om 'n gedetailleerde beskrywing en analise van die genoemde problematiek te wees nie, maar bloot om sekere probleme aan te sny.

1 Die bindingskrag van 'n verdrag

In dié verband bestaan daar basies twee denkrigtings of skole van benadering met verskeie nuanseverskille by beide. Die vraag of 'n verdrag enige belang in 'n staatlike regsisteem het, hang af van die plek en gewig wat daardie regsisteem aan die verdrag toeken. 'n Verdrag, en in dié verband enige volkeregreël, het nie op sigself staatlike regs-krag nie. Daar moet eers 'n intervensie deur 'n bevoegde staatlike regskeppingsmeganisme wat dit goedkeur, wees. 'n Ander siening sou die staatsoewereiniteit en inderdaad die staatsbestaan ontken. Staatlike reg sou dan slegs moontlik wees in gevalle waar daar nie volkeregreëlings bestaan nie. Staatlike reg sou dan ondergeskikte volkereg wees. Dit is nie tans die posisie nie — wat die posisie ook al in die toekoms mag wees.

1 1 *Interstaatlike verdrae het staatlike bindingskrag*

In die Middeleeue is verklaar dat die keiser sy verdrae moet nakom omdat die nakoming daarvan deur die natuurreg vereis is en die keiser aan die natuurreg gebonde was (Bartolus *ad Cod* 1 14 4 n21). Daar is hedendaags nog diegene wat 'n verdrag met heiligheid wil beklee (vgl die werk van Reut-Nocolussi *Zur Problematik der Heiligkeit der Verträge* (1931)).

In sy proefskrif *Verdrag Gaat voor Wet, ook in Nationale Rechtsbetrekkingen* (1952) onderskei Van der Zanden (1-4) drie verskyningsvorme van 'n "meerzijdig of collectief verdrag:"

a In eerste instansie kan 'n verdrag 'n "verwijzingsregel geven." As voorbeeld noem hy hier artikel 2 van die Unieverdrag van Parys ten aansien van die beskerming van industriële eiendom. Die onderdane van 'n verdragsland geniet op die gebied van industriële eiendom in die ander verdragslande dieselfde beskerming as eie onderdane.

b In die tweede geval kan 'n verdrag 'n voorskrif bevat wat 'n verpligting op die verdragslande lê, byvoorbeeld om 'n bepaalde wetsvoorskrif daar te stel.

c Die derde tipe verdrag wat hy onderskei — en hy beperk sy verhandeling daartoe — is dié wat vir regstreekse toepassing vatbaar is. Hierdie tipe verdrag kan regstreeks vir die onderdane van die verdragslande geld en of "dit inderdaad het geval is, hangt voornamelijk af van het staatsrecht van elke verdragsland afzonderlijk." In Nederland geld die bepaling van so 'n verdrag waaraan Nederland deur sluiting en bekragtiging of deur toetrede deelgeneem het, regstreeks vir die onderdane van die verdragslande. 'n Verdrag "gaat ook boven latere Wet" (52 en 176). Volgens hom het 'n verdrag ook volkereglik prioriteit bo 'n wet (70).

In dieselfde trant lui artikel 25 van die Duitse grondwet:

“Die allgemeinen Regeln des Völkerrchts sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.”

Artikel 6(2) van die Verenigde State se grondwet bepaal:

“This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the Land and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding” (aangehaal in 92 L ed 284).

1 2 *Interstaatlike verdrae het nie sonder meer bindingskrag nie*

In Brittanje geld 'n ander reëling. McNair in sy omvattende *The Law of Treaties* (1961) verklaar op bladsy 82 in dié verband:

“the fact that the treaty has been duly concluded and is internationally binding upon the United Kingdom, does not enable a British court to give effect to it municipally if it should conflict with the law of the land”

(vgl ook *Post Office v Estuary Radio Ltd* 1967 3 All ER 663 675; *Corocraft Ltd v Pan American Airways Inc* 1968 2 All ER 1059 1066; *R v Secretary of State for Home Affairs* 1975 1 All ER 1081 1083). Daar bestaan uitsonderings op die reël waarop hier nie ingegaan word nie (sien McNair 83 e.v).

Die posisie in die Suid-Afrikaanse reg word deur hoofregter Steyn in *Pan American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Ltd* 1965 3 SA 150 (A) 161 soos volg gestel:

“It is common cause, and trite law I think, that in this country the conclusion of a treaty, convention or agreement by the South African Government with any other Government is an executive and not a legislative act. As a general rule, the provisions of an international instrument so concluded, are not embodied in our municipal law except by legislative process.”

In 'n latere appèlhofsaak (*Nduli v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 (A)) stel hoofregter Rumpff die algemene reëls soos volg (906):

“While it is obvious that international law is to be regarded as part of our law, it has to be stressed that the fons et origo of this proposition must be found in Roman-Dutch law. Our own concept of public international law is based on the acceptance of territorial sovereignty of independent States . . .

It was conceded by counsel for appellants that according to our law only such rules of customary international law are to be regarded as part of our law as are either universally recognised or have received the assent of this country . . . I think that this concession was rightly made.”

Hieruit blyk dat gewoonteregtelike volkereg outomaties deel van ons reg vorm indien dit universeel erken word. Dit is myns insiens in stryd met die uitgangspunt wat die hoofregter vroeër inneem, naamlik dat ons begrip van die volkereg gebaseer is op die “acceptance of territorial sovereignty of independent States.” Daar kan wel geargumenteer word dat die algemeen-erkende gewoonteregtelike volkereg via ons gemenereg of by wyse van presedentereg wat deur ons howe geskep is, deel van ons reg geword het. Dan het dit egter die “assent of this country,” want sowel ons gemenereg as ons presedentereg word immers in Suid-Afrika as regsbronne aanvaar. Ek dink dit is wat die hoofregter in gedagte gehad het. (Sien in dié verband ook

Dugard "International Law is Part of our Law" 1971 *SALJ* 13 en Booysen "Is Gemeenteregtelike Volkereg Deel van ons Reg?" 1975 *THRHR* 315).

Dit is wenslik om in dié stadium die een en ander oor die trias politika-leerstuk mee te deel. Dié leerstuk het hedendaagse staatkundige denke grootliks beïnvloed. Volgens hierdie leerstuk word die staatsfunksies verdeel in die wetgewende, uitvoerende en regterlike. Met hierdie skeiding as grondslag word geargumenteer dat wetgewing slegs deur die wetgewende gesag geskep word. Absolute skeiding van die staatsfunksies is egter nie moontlik nie. Die regsprekende gesag vorm onvermydelik deel van die wetgewingsproses (vgl my artikel "Op die Voetspoor van die Wetgewingsproses: Dwingende en Aanwysende Bepalings" in *LC Steyn Gedenkbundel: "Petere Fontes"* 74-97). Sinvolle staatsordening is daarbenewens nie moontlik sonder om ook aan die uitvoerende gesag sekere wetgewingsfunksies op te dra nie. Die verskeie proklamasies en regulasies wat voortdurend deur lede van die uitvoerende gesag uitgevaardig word, onderstreep dié stelling.

Die vraag is of verdrae wat deur lede van die uitvoerende gesag namens die Republiek aangegaan word, as bindende staatlike wetgewingsaksies beskou moet word. Hier word nie verwys na die verdrae wat spesifiek deur die parlement gemagtig of bevestig word nie. In 'n neutedop: behoort die verdrae wat die uitvoerende gesag sluit as wetgewingsaksies eo nomine beskou te word? Nieteenstaande die feit dat algehele skeiding van die staatsfunksies nie moontlik is nie, moet dit myns insiens nog as ideaal nagestreef word. In dié opsig is die status quo bevredigend. Lande wat verdrae met mekaar sluit moet hulle van die regsposisie in die ander verdragslande vergewis: iets soos 'n volkeregtelike leerstuk van estoppel kan beswaarlik in dié verband bestaan. Die uitvoerende gesag se handeling behoort nie sonder magtiging of goedkeuring deur die wetgewer regte, bevoegdhede en verpligtinge vir die onderdane te skep nie. In 'n demokratiese bestel dra die onderdane die skep van regte, bevoegdhede en verpligtinge in eerste instansie aan sy verteenwoordigers (die wetgewer) op.

2 Die rol van verdrae by wetsuitleg

Dié probleem het hom in 'n onlangse saak, *Maluleke v Minister of Internal Affairs* 1981 1 SA 707 (BSC), voorgedaan. Dit het hier gegaan oor die vraag of 'n verdrag tussen die regerings van Bophuthatswana en die Republiek van Suid-Afrika aangewend kan word om 'n wetgewingstuk van die eersgenoemde land te interpreteer. Hoofregter Hiemstra volg die Engelse-regtelike standpunt na:

"When interpreting such legislation, the Courts are entitled to take treaties into account, but only as a guide on doubtful points. That a treaty is no more than an aid to interpretation, is endorsed by DENNING MR In *R v Secretary of State for Home Affairs: Ex parte Bajansingh* 1975 2 All ER 1081 (CA) at 1083 BC, in relation to the European Convention on Human Rights:

'What is the position of the convention in our English law? . . . The Court can and should take the convention into account. They should take it into account whenever interpreting a statute which affects the rights and liberties of the individual. It is to be assumed that the Crown, in taking its part, would do nothing which was in conflict with treaties' (713).

Hoofregter Hiemstra se uiteensetting van die reël en dié van lord Denning is nie dieselfde nie (vgl ook *Salomon v Commissioners of Customs and Excise* 1966 2 All ER 340 344). Lord Denning formuleer dit in die vorm van 'n vermoede wat tot gevolg het dat indien daar twyfel oor 'n wetsartikel ontstaan, die verdragsbepaling geld. Ek kan nie sien hoe die woord "assumed" anders as "presumed" uitgelê kan word nie. In 'n vroeëre Engelse saak, *Ellerman Lines Ltd v Murray White Star Line of Royal and United States Mail Steamers Oceanic Steam Navigation Co Ltd v Carnerford* 1930 All ER 503 513 sê lord Tomlin, in sy afsonderlike uitspraak, die volgende:

"Nor as I think assuming there is any divergence between the draft Convention and the Act, that it would be proper to resort to the draft Convention for the purpose of giving to the section a meaning other than that which in my judgment is its natural meaning."

Cross *Statutory Interpretation* (1976) 140 se argument is ook ten gunste van 'n vermoede soos hierbo genoem.

Vir 'n beter begrip van die onderhawige problematiek is dit nodig om die volgende onderskeidings te tref:

a *Verdrae wat nie op Suid-Afrika van toepassing is nie*

Dit spreek vir sigself dat 'n verdrag of konvensie waaraan Suid-Afrika nie deel het nie, geen bindingskrag hier te lande het nie. Hieronder resorteer myns insien ook dié verdrae of konvensies wat op 'n ander wyse geïnterpreteer word as wat die aanvanklike bedoeling was, of wat vir internasionale manipulاسies gebruik word. In *S v Werner* 1980 2 SA 313 (W) 328 sê regter Le Roux:

"As 'n wet van ons eie Parlement iets magtig, kan dit na my mening nie deur 'n omstrede verpligting in die Verenigde Volke se Handves beïnvloed word nie."

b *Verdrae wat deur die wetgewer gemagtig of bekragtig is*

Wanneer die wetgewer die uitvoerende gesag of 'n lid of lede daarvan magtig om 'n verdrag namens hom te sluit, is daardie verdrag in Suid-Afrika van toepassing insoverre dit nie buite die magtigingswet gaan nie. So 'n verdrag is 'n geldige wetgewingsaksie en die magtigingswet kan aangewend word by interpretasie van dié verdrag. Net so min as wat 'n proklamasie van byvoorbeeld die staatspresident gebruik kan word om die wet waarkragtens hy dit uitgevaardig het, te interpreteer, net so min kan 'n verdrag aangewend word om die magtigingswet uit te lê. Indien 'n lid of lede van die uitvoerende gesag wat intiem met die voorbereiding van die wet gemoeid was ook later die verdrag aangaan, kan die verdrag egter onder gepaste omstandighede as 'n vorm van *contemporanea expositio* aangewend word om die wet uit te lê. Wanneer daar twyfel bestaan oor die vraag of die verdrag of 'n deel daarvan geldig is of nie, behoort die magtigingswet so uitgelê te word dat die verdrag of 'n deel daarvan nie ongeldig (*ultra vires*) is nie.

Die posisie is egter anders indien die wetgewer (parlement) die verdrag bekragtig. In so 'n geval word die verdrag 'n wetgewingsstuk en kan dit gebruik word om die magtigingswet uit te lê. 'n Latere wetgewingsaksie kan immers gebruik word om 'n vorige wetgewingsaksie, wanneer hulle verbandhoudend is, uit te lê.

c 'n *Wetgewingsaksie* wat uit 'n *verdrag voortvloei*

Indien die wetgewer nie die verdrag net so bekragtig nie, maar 'n wet ter implimentering van die verdrag uitvaardig, behoort die verdrag aangewend te kan word ter opklaring van onduidelikhede en dubbelsinnighede in die wet. Net soos die verslae van kommissies vorm so 'n verdrag deel van die geskiedenis van die wet (vgl *Hleka v Johannesburg City Council* 1949 1 SA 842 (A) 852). Ek sê dit *behoort* toegelaat te word, want die posisie in ons reg is nie absoluut duidelik nie (vgl Steyn *Uitleg van Wette* (1974) 142).

d 'n *Wet kry voorrang*

Indien 'n verdrag gesluit word en daar 'n wet bestaan wat teenstrydig daarmee is, bly die wet van krag totdat dit gewysig word. Die kern van my argument is bloot dit: 'n verdrag het slegs staatlke regsrag as dit gekoppel kan word aan die een of ander geldige wetgewingsaksie en die effek daarvan op bestaande wette sal afhang van die wyse en omvang van die koppeling daarmee.

Ingeval daar 'n uitlegprobleem by die wet wat die resultaat is van genoemde wetgewingsaksie, ontstaan, behoort die verdrag ter wille van interstaatlike geloofwaardigheid en betroubaarheid as eerste hulpmiddel gebruik te word. Daarom sou ek dit, ooreenkomstig lord Denning se klaarblyklike opvatting, in die vorm van 'n vermoede stel.

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

POGING EN BONI MORES

Die was in die wildduin waar ons met 'n vriend so 'n bietjie die gek geskeer het omdat hy nooit na voëls wou kyk nie, maar net na "diere" — asof 'n voël dan nie ook tot die diereryk behoort nie. Ons vra hom toe half skertsend wat hy van 'n pikkewyn dink. Is dit nou 'n dier of 'n voël? Sy antwoord het ons dronkgeslaan. In alle erns sê hy: "Nòg dier nòg voël. 'n Pikkewyn is 'n vis." En toe ons vir hom lag, word hy boonop nog kwaad.

Later het ons besef dat ons vriend nie net met pikkewyne minder vertrouwd was nie, maar veral ook met die wetenskaplike indeling van die dierewêreld oor die algemeen.

Toe ek vir die eerste keer NJ van der Merwe en AJ van Wyk se stelling lees dat poging en medepligtigheid nie by die algemene beginsels van die strafreg tuishoort nie, was my verbasing net so groot soos destyds in die wildduin. Want soos die dierkunde 'n pikkewyn onder die voëls rangskik, so behandel die regswetenskap poging en medepligtigheid reeds eeue lank onder die algemene beginsels van die strafreg. Daarvan is Van der Merwe en Van Wyk moontlik nie bewus nie. In elk geval meen hulle dat dit ons Suid-Afrikaanse leerboeke, *De Wet* en Swanepoel en Burchell en Hunt, is wat hier 'n fout maak (1977 *De Jure* 162 165; 1980 *THRHR* 198), en Van Wyk verklaar

"dat die indeling van misdade soos poging en medepligtigheid onder die algemene beginsels van die Strafreg onhoudbaar is. So 'n benadering is nie regswetenskaplik te

verantwoord nie en kan slegs lei tot verwarring en 'n verwatering van die algemene beginsels van die Strafreg" (1977 *De Jure* 171).

Die reaksie wat my kommentaar (1980 *THRHR* 312) op die artikel in *De Jure* en op Van Wyk se aantekening in 1980 *THRHR* 195 by Van der Merwe en Van Wyk uitgelok het, maak dit nodig om weer op die onderwerp in te gaan. Ek verwys na Van Wyk se aantekening in 1981 *THRHR* 74, wat grotendeels — soms met aanhalingstekens en soms daarsonder — 'n weergawe van Van der Merwe se *Addendum tot Compendium* (107) is. Die uiters polemiese *Addendum* waarin ek van "flater op flater" verwyt word, is glo al in 1980 binne die departement van justisie versprei, maar Van der Merwe het dit nie nodig geag om 'n eksemplaar aan my te stuur nie. Ek het dit eers kort gelede sonder sy toedoen onder die oë gekry — saam met die 1980-uitgawe van NJ van der Merwe (Justisie-Opleiding) *Praelectionum ad Iuris Poenalis Principia Compendium* (moenie skrik nie, die teks is in Afrikaans). In sy publikasies het Van Wyk al herhaaldelik na die *Compendium* verwys, en in hierdie aantekening kan dit nou ook gedoen word. Vir die huidige beperk ek my tot dwaallere in verband met poning wat daarin vervat is.

Algemene beginsels

Wat die term "algemene beginsels van die strafreg" beteken, spreek eintlik vanself: dit is reëls wat algemeen geld, naamlik òf vir 'n hele strafregstelsel (soos die *nullum crimen sine lege*-leerstuk) òf vir alle, of altans 'n groot aantal, besondere misdade. Eers met die ontwikkeling van algemene leerstukke, wat 'n vermoë om te abstraher vereis, kan daar van 'n strafregwetenskap gepraat word. Veral die Italiaanse juriste van die middeleeue het op hierdie gebied "skeppende werk van blywende waarde" (Richard Schmidt) gedoen omdat hulle reeds raakgesien het dat reëls insake dolus en culpa, deelneming en veral poning nie tot die een of ander besondere misdaad beperk moet wees nie, maar dat aan hulle algemene geldigheid toekom. Onder hulle invloed is later 'n paar algemene leerstukke van die materiële strafreg, onder meer ten opsigte van poning en medepligtigheid, in die *CCC* van 1532 opgeneem. In die agtiende eeu het die regs wetenskap die indeling van die strafreg in algemene leerstukke en besondere misdade feitlik voltooi, en daar word reeds die eerste vastelandse strafkode uitgevaardig waarin elke hoofstuk aan òf die een òf die ander gewy is, naamlik die *Codex Juris Bavarici Criminalis* van 1751. Later het die Franse *Code Pénal* van 1810 die groot voorbeeld vir tallose strafkodes in Europa en elders geword wat almal op dieselfde lees geskoei is: die algemene deel bevat algemene leerstukke (wat natuurlik poning en medepligtigheid insluit), en die besondere deel die omskrywings van die besondere misdade. Selfs in die Engelse reg wat nouliks deur die vastelandse strafregwetenskap beïnvloed is en steeds minder geneig is om te abstraher en te sistematiseer, laat die immanente logika van hierdie basiese indeling hom geld. Daar is al lankal "common law"-skrywers wat die "general part" of "general principles" van die strafreg van die "particular crimes" of "specific offences" afsonder, al doen hulle dit soms minder sistematies.

In ons reg is die erkenning van algemene leerstukke aangaande poning en medepligtigheid onontbeerlik omdat talle strafwaardige gedraginge

daarsonder nie gestraf sou kon word nie. 'n Mens hoef net na 'n gewone misdaadskrywing soos dié van moord te kyk: Die verbod en die strafbedreiging het betrekking alleen op dié persoon wat self die dood van 'n ander mens wederregtelik en opsetlik veroorsaak, dit wil sê op die *dader* van die *voltooide* misdaad. Iemand wat net poog om 'n moord te pleeg of wat die pleging van 'n moord deur 'n ander net bevorder, sou straffeloos moet bly as dit nie vir die algemene leerstukke was wat die trefwydte van die verbod na poging en medepligtigheid uitbrei nie.

Van Wyk vind dit “moeilik” om hierdie gedagtegang te volg, en te oordeel na sy eienaardig irrelevante antwoord (1981 *THRHR* 75: “. . . handeling en daderskap is vir die juris nou eenmaal nie kongruente begrippe nie”) op my vorige verduideliking (1980 *THRHR* 313) het hy dit werklik nie gesnap nie. Van der Merwe gaan nie eers daarop in nie, ondanks die feit dat sy kritiek op my aantekening darem twee volle bladsye in hierdie tydskrif sou beslaan.

Vir Van Wyk is

“algemene leerstukke of algemene beginsels van die Strafrek niks anders as algemene voorvereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid nie” (1977 *De Jure* 168, met verwysing na Van der Merwe),

en as sodanige voorvereistes erken hy slegs handeling, kousaliteit (by gevolgsmisdade), onregmatigheid en skuld (1977 *De Jure* 163 168). 'n Strafbedreiging ag hy blykbaar nie nodig nie. In elke geval verwar hy die kenmerke — of elemente of bestanddele — van 'n misdaad met die algemene beginsels van die strafreg, wat 'n baie wyer begrip is.

“Iets minder”

Min juriste, hetsy in Suid-Afrika of elders, sal De Wet se stelling bevraagteken dat poging, dit wil sê die onvoltooide misdaad, iets minder is as die voltooide misdaad (De Wet en Swanepoel *Strafrek* 3e uitg (1975) 159). Van der Merwe betwis dit. Hy redeneer asof De Wet betoog dat poging om 'n misdaad te pleeg gestraf kan word hoewel dit nie 'n misdaad is nie, maar iets minder:

“Wat is hierdie ‘iets’ wat gestraf word, maar wat geen misdaad is nie? Het ons dan hier, soos by die absolute verbod, met iets te doen wat strafbaar is strydig met die beginsels van die strafreg? Indien wel, hoe slaag De Wet en Swanepoel, ea dan daarin om hierdie iets wat strydig is met die algemene beginsels van die strafreg, waarvolgens net die misdaad met straf besoek word, as deel van daardie selfde algemene beginsels te behandel?” (*Compendium* 98; vgl Van Wyk 1977 *De Jure* 163).

Die wese van poging, die unieke verhouding tussen die onvoltooide en die voltooide misdaad, is daarin geleë dat by poging al die subjektiewe elemente van die voltooide besondere misdaad aanwesig is, maar nie al die objektiewe elemente nie. Juis daarom is poging “iets minder” as die voltooide misdaad en materieel nie 'n “selfstandige” misdaad nie (ofskoon dit die wetgewer vrystaan om besondere pogingsmisdade te skep). Poging tot moord is dus baie nouer aan moord gekoppel as byvoorbeeld diefstal aan brandstigting. Daarvan is Van der Merwe nie bewus nie, want hy verklaar:

“Natuurlik is poging tot moord nie moord nie, *net so min* (my kursivering) as wat diefstal brandstigting is” (*Compendium* 98).

Trouens, in antwoord op my argumente gaan Van der Merwe so ver om te verklaar dat die betrokke regsgevoel by poging tot moord nie dieselfde as by moord is nie (*Addendum* 107 (2)). Van Wyk onderskryf hierdie absurde standpunt (1981 *THRHR* 75).

Terwyl juis die strafbaarheid van pogings bewys dat daar 'n *algemene* reël moet wees wat 'n verbod van die voltooide misdaad na "iets minder," naamlik die onvoltooide misdaad, uitbrei, redeneer Van Wyk omgekeerd: omdat poging 'n misdaad is, kan dit nie 'n algemene beginsel van die strafreg wees nie. Blykbaar ter staving van hierdie non sequitur en om aan te toon dat 'n poging nie werklik van 'n voltooide misdaad verskil nie, gee hy te kenne dat poging tot moord net soos moord "aan die algemene beginsels van 'n misdaad moet voldoen" (1977 *De Jure* 164), naamlik handeling, onregmatigheid, opset (*sonder* verwysing na die inhoud daarvan) en 'n "besondere voorvereiste" wat by moord die dood van 'n ander mens is, en by poging "dat die dader nie in sy beoogde doel moet geslaag het nie." Mens sou dadelik kon antwoord dat so 'n gelykstelling van 'n iets met 'n niks nooit die basis van 'n geldige vergelyking kan vorm nie, maar om Van Wyk tegemoet te kom, het ek die "besondere voorvereistes" in my aantekening wel as vergelykbaar behandel. By moord is dit klaarblyklik 'n element of bestanddeel van die misdaad wat by die dader se opset ingesluit is, en as iets soortgelyks moet dan ook die "besondere voorvereiste" vir poging gesien word. Gevolglik sou die poger se opset daarop gerig moet wees dat hy *nie* in sy doel slaag nie! Vir hierdie onding deins Van Wyk nou self terug, en wel op so 'n manier dat die leser moet dink dat dit *my* opvatting is. In hulle antwoorde verwek Van der Merwe (*Addendum* 107 (2)) en Van Wyk (1981 *THRHR* 76) waarlik die indruk dat dit *my* flater was om te vergeet dat die opset by poging tot moord op moord moet slaan!

Intussen is gemelde onding egter nog steeds hulle probleem, danksy hulle siening van 'n selfstandige pogingsmisdad. Van der Merwe (*Compendium* 98) en dus ook Van Wyk (1977 *De Jure* 162 163) beskou poging as 'n "voltooide formeel omskrewe misdaad." 'n Formeel omskrewe misdaad is egter met die blote handeling voltooi, ongeag enige verdere gevolge, en die opset is op die doen van daardie handeling gerig. By poging tot moord kan die handeling byvoorbeeld bestaan in die toediening van suiker wat deur die dader vir gif aangesien word. Indien dit 'n "voltooide formeel omskrewe misdaad" was, sou die opset op daardie handeling moet slaan, dit wil sê op die toediening van suiker!

Van Wyk se redenasie is dus in versekeie opsigte gebrekkig. Eerstens was dit nie nodig om aan te toon dat poging om 'n misdaad te pleeg 'n misdaad is nie. Wie betwis dit? Tweedens kan daarvan nie afgelei word dat poging nie by die algemene beginsels van die strafreg tuishoort nie, maar juis die teenoorgestelde. Derdens doen Van der Merwe en Van Wyk die begrip poging geweld aan deur die onvoltooide misdaad as 'n voltooide misdaad te behandel.

Die feit dat pogings ook deur sommige besondere misdadomskrywings strafbaar gestel word, doen aan die algemene leerstukke insake poging geen afbreuk nie. Al sou elke besondere strafnorm uitdruklik die strafbaarheid van poging reël, sou die omskrywing van poging as sodanig en die

behandeling van byvoorbeeld ondeugdelike poging nog steeds by die algemene beginsels van die strafreg tuishoort.

Uitvoering en voorbereiding

Van Wyk beweeg self op die terrein van algemene leerstukke deur voor te stel dat met die “geforseerde” onderskeiding van uitvoerings- en voorbereidingshandelinge weggedoen word (1977 *De Jure* 164). Nadat die onwenslikheid van so ’n oewerlose uitbreiding van ons strafreg onder sy aandag gebring is (1980 *THRHR* 315), wil hy die ergste uitwerkings daarvan deur middel van die alheilmiddel boni mores as “algemene onregmatigheidskriterium” en die de minimisreël uit die weg ruim (1981 *THRHR* 76). Nóg die een nóg die ander voorsien antwoorde op spesifieke pogingsprobleme, en op die uiters beperkte trefwydte van die de minimis-beginsel hoef ons hier nie verder in te gaan nie.

“Boni mores” is volgens Van Wyk gelykbeduidend met “objektiewe redelikheid” en “regsoortuiging van die gemeenskap” en beteken buitendien niks anders as die opvatting van die betrokke landros of regter nie (sien Van Wyk se verwysing na Boberg 1975 *SALJ* 361 364 waar dit egter om onregmatigheid van ’n late in die privaatrek gaan). Van hierdie veelgestaltige vaagheid alleen hang vir Van Wyk onregmatigheid in die strafreg af. Na die erkende strafregtelike wederregtelikheidsbegrip — strydigheid van ’n handeling met ’n strafnorm en afwesigheid van regverdigingsgronde — verwys hy nie eers nie, vermoedelik omdat Van der Merwe dit as ’n “negatiewe benadering” afmaak (*Compendium* 23). Onder die voorvereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid laat Van Wyk die bestaan van ’n verbod en ’n strafbedreiging dan ook steeds weg (1977 *De Jure* 163 168; 181 *THRHR* 74 — hoewel die vereiste van ’n strafbedreiging in die *Compendium* 9 wel gestel word). Dit lyk of hy net een reël erken: onregmatig en strafbaar is dit wat deur die boni mores afgekeur word (1977 *De Jure* 164 166-167; 1980 *THRHR* 197). Hierdie skokkende gelykstelling van afkeurenswaardig met misdadig en strafbaar misken geheel en al die wese van straf as ultima ratio, en alle oorblyfsels van die nullum crimen-beginsel moet daarmee in die slag bly. Sover ek weet, is die reëls wat die enkeling teen onvoorsienbare bestraffing beskerm selfs in totalitêre state nooit so radikaal oorboord gegooi nie.

Wat die onderskeiding van uitvoerings- en voorbereidingshandelinge betref, verkondig Van der Merwe:

“Die probleem waarmee die howe hier te kampe het, hou, anders as wat terminologies te kenne gegee word, nie verband met die handelingselement nie, maar is die vraag na die onregmatigheid van die pogingshandeling” (*Compendium* 99).

Hy betoeg

“dat die onderskeiding tussen voorbereidings- en uitvoeringshandelinge ’n bra versukkelde en gebrekkige hulpmiddel is by die toepassing van die onregmatigheidskriterium op ’n pogingshandeling. Nie alleen laat pogingshandelinge hulle nie geredelik so indeel nie, . . .” (ta p).

Interessant is ook die volgende passasies:

“So beskou, laak die *boni mores* steeds ’n handeling wat die voorneme om ’n misdaad te pleeg openbaar. Met erkenning van die algemene onregmatigheidstoets wil dit dus

voorkom of 'n mens die knoop kan deurbak deur van die standpunt uit te gaan dat haas enige handeling wat die voorneme om te misdoen na buite manifesteer, as onregmatig aan te merk is" (aw 100).

"Waar die landdroos egter onder *stare decisis* gebuk gaan, daar is die enigste uitweg vir hom om steeds lippediens aan die kasuïstiek te bewys deur die terme uitvoerings- en voorbereidingshandeling te besig, maar om, tensy dwingende gesag *in pari materia* hom tot 'n teenoorgestelde uitspraak dwing, geredelik te bevind dat 'n pogingshandeling reeds as uitvoeringshandeling aan te merk is" (tap).

Hier begaan Van der Merwe 'n elementêre fout. Dit is 'n onaanvaarbaar agterstevoor benadering om onregmatigheid (gebaseer nie op die strafnorm nie, maar op 'n vae regsgevoel!) te wil bepaal voordat uitgemaak is hoe ver die begrip poging strek. Die howe het beslis gelyk as hulle hier na die handelingselement kyk, want in die strafreg moet steeds in die eerste plek duidelikheid daarvoor verkry word na welke handeling 'n misdaadoms-krywing eintlik verwys. Wat verstaan ons onder die term "poging" as ons dit met tallose besondere misdaadoms-krywings in verband moet bring, maar nie van die betekenis wil afwyk wat gesonde verstand en algemene spraakgebruik aan 'n woord soos "probeer" toeskryf nie? Daar is mos baie handelinge wat met die oog op die verwesenliking van 'n misdaad verrig word, maar nog nie op poging neerkom nie. As X 'n byl gekoop het met die doel om, sê, 'n week later 'n moord te pleg, het hy nog nie "probeer" om Y daarmee dood te slaan nie. Waar moet die grens getrek word ten einde 'n groter mate, nie van vaagheid soos met *boni mores* nie, maar van presiesheid te bereik?

Selfs die grootste strafreggeleerdes van die wêreld het nie daarin geslaag om 'n formule te vind wat nooit onduidelike of uiteenlopende resultate oplewer nie. Tog was dit 'n groot prestasie van die howe en van die regs-wetenskap om dié toets te ontwikkel wat in die meeste gevorderde regstelsels nog steeds as die beste beskikbare aanvaar word, naamlik die onderskeiding tussen uitvoeringshandelinge en voorbereidingshandelinge. Die dader het nog nie gepoog nie tensy hy met 'n uitvoeringshandeling in die sin van die besondere misdaadoms-krywing begin het. Daar moet ten minste 'n "commencement de l'exécution" wees, soos die Franse *Code Pénal* van 1810 dit stel, "een begin van uitvoering van het misdrijf," "ein Anfang der Ausführung" of "ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes." Wat voorafgaan, is voorbereiding en nie poging nie, "preparation" en nie "attempt" nie. Van der Merwe fouteer dus as hy meen dat pogingshandelinge in uitvoeringshandelinge en voorbereidingshandelinge ingedeel word, en sy "lippediens"-raad aan landdrooste berus op 'n dwaling.

Handelinge wat op grond van die gemelde toets binne die bestek van die verbod (besondere strafnorm plus algemene leerstuk) val, is wederregtelik, nie omdat hulle deur 'n algemene onregmatigheidskriterium "afgekeur" word nie, maar omdat hulle op poging neerkom.

Noodweer

Hoe min Van der Merwe en Van Wyk se "algemene onregmatigheidskriterium" tot die oplossing van strafregtelike probleme bydra, het ook in verband met noodweer duidelik geword. In my artikel "Grensgebiede van Noodweer" (1967 *THRHR* 108) behandel ek 'n paar grensgevallen wat

nogal probleme oplewer: in watter mate is noodweer geoorloof waar goed van geringe waarde teen lyf of lewe van die aanvaller te staan kom, of waar die verdediger self aanleiding tot 'n wederegterlike aanval gegee het, of waar die aanvaller wederegterlik, maar sonder skuld, handel? Deur uit te gaan nie van 'n vae redelikheidstoets nie, maar van die twee spesifieke regsgronde of funksies van noodweer, was dit toe moontlik om verskeie faktore te identifiseer wat in sodanige grensgevalle teen mekaar opgeweeg behoort te word. Ten slotte is gesê dat een juridiese formule wat op alle grensgevalle van noodweer toegepas kan word, moontlik nooit gevind sal word nie.

“Die twee basiese regsgronde van noodweer bly egter steeds dieselfde, en as in elke spesifieke geval, of groep gevalle, die faktore wat met daardie gronde verband hou, op die weegskaal geplaas word, behoort resultate bereik te word wat nie alte onrealisties of onregverdig kan wees nie” (1967 *THRHR* 119).

Dit is insiggewend om Van der Merwe en Olivier (*Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 4e uitg (1980) 83 n 90) se kommentaar op vermelde artikel te lees. Dit begin met 'n brokkie betekenislose terminologiese haarklowery in dieselfde styl wat kensketsend van Van Wyk se aantekening (1981 *THRHR* 74) is. Ruimte in hierdie tydskrif is te kosbaar om al daardie pogings tot foutvindery puntsgewys te weerlê. Lesers wat 'n eie oordeel wil vorm moet asseblief die werklike inhoud van my artikels nagaan.

Die feit dat ek nie voorgee om alle noodweerprobleme eens en vir altyd met een simplistiese towerformule te kan oplos nie, gee Van der Merwe aanleiding om te skryf:

“Ook wreek die verwerping van die redelikhedsmaatstaf hom in die wanhoop wat gevolglik by Bertelsman (sic) ontstaan, op bl. 199, om 'n juridiese formule te vind vir die begrensing van noodweer” (aw 84 n 90).

Na die strafregtelike vraagstukke wat bespreek is en die oorweginge wat aan die hand gedoen is, kyk Van der Merwe nie eers nie. Waarvoor verdere navorsing? Ons het mos die redelikheidstoets wat alle antwoorde oplewer. Sy betoog kom grootliks ooreen met die houding van A, verspreider van 'n baie eenvoudige afstandmeter wat op 'n afstand van 150m 'n lesing van, sê, 140 tot 180m gee. B beveel 'n meer gevorderde instrument aan wat dieselfde afstand met 145 tot 155m aanteken, maar gee toe dat selfs dit nie volmaak is nie. Daarop verklaar A: “B se wanhoop is daaraan te wyte dat hy sonder my instrument probeer klaarkom. Sy resultate bewys maar net dat my lesings korrek is. My afstandmeter is dus beter en heeltemal onontbeerlik.”

Professionele etiek

In my aantekening (1980 *THRHR* 314) is die mening uitgespreek dat “nie poging in abstracto nie, maar poging tot 'n besondere misdaad” aan die algemene vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid voldoen. Van der Merwe polemiseer teen my standpunt soos volg: “Om poging tot moord as misdaad te ontken, is nie alleen strydig met die werklikheid nie . . .” (*Addendum* 107 (2)), en Van Wyk herhaal dit (met aanhalingstekens — 1981 *THRHR* 75).

Natuurlik is daar nêrens in my aantekening 'n aanduiding dat ek deelneming aan 'n besondere misdaad nie as 'n misdaad beskou nie. Van Wyk

skryf: “. . . omdat, soos Bertelsmann op 313 betoog, deelneming ’n element van ons strafreg is en nie ’n misdaad nie . . .” (1981 *THRHR* 77).

Van die manier waarop Van Wyk my argument in verband met opset by poging weergee, is reeds gewag gemaak. Sien 1981 *THRHR* 76: “Die wil is dus, anders as wat Bertelsmann op 315 betoog, nie gerig op poging tot moord nie, maar wel op moord.”

Skrywers wat in ’n polemieek die opponer se uitlatings verdraai, behoort so ’n bietjie oor professionele etiek te besin. Of selfs oor boni mores.

W BERTELSMANN
Pietersburg

Jurisprudentiae finis est justitia, virtutum omnium perfectissima ac veluti compages, recte definita constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

Voet Commentarius ad Pandectas 1 1 7

Vonnisse

CHRISTIAN LEAGUE OF SOUTHERN AFRICA v RALL 1981 2 SA 821 (O)

Regte en regs subjektiwiteit van 'n foetus — abortsie — nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodo eius agitur — verskyningsbevoegdheid — curator ad litem.

'n Ongebore vrug het nie 'n reg op lewe nie!

Te dien effekte is die regs vinding van regter Steyn in *Christian League of Southern Africa v Rall* 1981 2 SA 821 (O).

Daar moet meteen beklemtoon word dat hierdie interpretasie van die persoonereg met geen denkbare variasie van die Christelike antropologie versoenbaar is nie. Maar daarmee het 'n regter natuurlik vrede: “. . . a Judge is not a censor morum,” het regter Lawrence in *Preston & Dixon v Biden's Trustee* (1883) 1 Buch AC 322 333 verklaar. “A matter may be quite in accordance with law, and yet be morally objectionable — non omne quod licitum honestum est,” aldus hoofregter Kotzé in *Executors of McCorkindale v Bok* (1884) 1 SAR 202 216. “The Courts are not custodes morum populi in that they do not administer the moral but the judicial law . . .” was die mening van regter Gutsche in *R v K & F* 1932 EDC 71 77. En in die onlangse saak van *S v Adams* 1978 4 SA 743 (T) 801 het regter King, met verwysing na die Wet op Groepsgebiede 36 van 1966, verklaar: “An Act of Parliament creates law but not necessarily equity.”

Dat uitsprake soos dié van regter Steyn 'n bespotting maak van die vroom belydenisse van Christelikheid wat 'n mens byvoorbeeld in artikel 2 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961 en artikel 1 van die Wet op Publikasies 42 van 1974 aantref, is ook eintlik nie meer van wesenlike

juridiese belang nie. Met 'n reg- en staatstruktuur wat klaarblyklike ongeregtigheid in volkereverhoudings sanksioneer (vgl die onlangse bevestiging van dié feit deur die appèlhof in *S v Adams*; *S v Werner* 1981 1 SA 187 (A)), kan die gewaande piëteit van ons wetgewer in elk geval, wat die juridiese relevansie daarvan betref, niks meer as net welluidende nikssegghede wees nie.

Die onderhawige gewysde het betrekking op die opspraakwekkende swangerskap van die respondente, en haar moeisame pogings om binne die raamwerk van die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975 'n abortsie te verkry. Die applikant het in die saak meer bepaald aansoek gedoen vir die aanstelling van 'n curator ad litem wat na die belange van die ongebore kind sou omsien wanneer daar besluit moet word of die respondente vir geoorloofde vrugafdrywing kwalifiseer.

Die hof het die applikant se aansoek in hoofsaak oorweeg met die oog op die vraag of 'n ongebore vrug 'n regs subjek kan wees, want alleen dán sou hy:

a regte kon hê waarna omgesien kan word; en

b deur 'n kurator verteenwoordig kon word.

Die probleem bring twee aspekte van die leerstuk: nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodo eius agitur ('n ongebore vrug word as gebore beskou so dikwels as wat dit tot sy voordeel is) ter sprake, te wete:

a bring toepassing van dié reël te weeg dat aan 'n foetus regsobjektiwiteit toegesê word; en

b behoort die aanwendingsgebied van die reël uitgebrei te word om ook aan die foetus beskerming te verleen teen ongeoorloofde vrugafdrywing?

Regter Steyn beantwoord albei hierdie vrae ontkenkend; en in albei opsigte slaan hy die bal na my mening mis.

Die nasciturus-reël stam uit die Romeinse reg (vgl *D* 15 7; *D* 15 26; *D* 5 4 3; *D* 50 16 231) en het ook deel van die Romeins-Hollandse reg geword (Grotius *Inl* 1 3 4; Voet 1 5 5 en 39 5 12; Van der Keessel *Prael* Th 45 4 en *Thes Selectae* ad Gr 1 3 4). By die nalees van die toepaslike gesag vind 'n mens dat die gemene reg drie vereistes vir die toepassing van die nasciturus-reël gestel het, te wete:

a Toepassing van die reël moet uiteindelik tot voordeel van die betrokke persoon strek (vgl bv *Inst* 1 4 pr; *D* 15 7 en 1 9 7 1; Grotius *Inl* 1 3 4; Voet 1 5 5; Van der Keessel *Prael* Th 45 4).

b Die voordeel waarom dit gaan, moet die nasciturus toegeval het na die datum van sy konsepie (vgl bv *Inst* 3 1 8; Van der Keessel *Prael* Th 45 4).

c Die vrug moet lewend gebore word (vgl bv *D* 5 4 3 en 50 en *D* 50 16 231; *C* 6 29 3; Voet 1 5 5).

Hierdie selfde elemente word op grond van die gemene reg ook in Suid-Afrika vir die toepassing van die nasciturus-reël vereis.

'n Mens sou met oormatige spitsvondigheid kon argumenteer dat 'n foetus wat geaborteer word nie aan die tweede en derde vereiste vir die toepassing van die nasciturus-reël kan voldoen nie, en dat die reël dus nooit op (voorkoming van) aborsie toegepas kan word nie — en die opmerkings van regter Steyn op 830A-B laat 'n mens dink dat hy moontlik in dié rigting geargumenteer het — maar dit sou voorwaar 'n siek regstelsel wees wat 'n persoon nie toelaat om met 'n hofbevel handelinge te voorkom wat vestiging van sy regte in

die weg mag staan nie. Die bedoelde spitsvondigheid is vergelykbaar met die volgende absurde redenasie: aangesien 'n persoon wat om die lewe gebring is, sy regsobjektiwiteit verbeur en daarom nie sy regte teenoor sy moordenaar kan handhaaf nie, kan hy nie voor sy dood met regstappe probeer voorkom dat hy vermoor word in gevalle waar sy lewe bedreig word nie.

Die vraag bly egter steeds of die nasciturus-reël meebring dat 'n ongeboore vrug met regsobjektiwiteit bekleed word. Om hieroor uitsluitel te gee, moet 'n mens die aanwendingsgebied van die reël en die implikasies daarvan nader ontleed.

In die Romeinse en Romeins-Hollandse reg het die nasciturus-reël 'n wye aanwendingsgebied gehad. Solank aan die drie genoemde vereistes voldoen is, kon 'n kind die erfgenaam wees van iemand wat voor sy geboorte maar na sy konsepie te sterwe gekom het (vgl bv *Inst* 3 1 8 en 2 14 2; *D* 15 26 en *D* 5 4 3; Voet 1 5 5; Van der Keessel *Prael* Th 45 4); sy ouers kon, terwyl hy in ventre matris aan die ontwikkel was, 'n skenking vir sy krediet aanneem (Voet 38 5 12); en vir sover sy status, in die tydperk van slawerny en manumissie, deur dié van sy ouers bepaal is, kon hy aan die voordelige kant bly van 'n statusverandering wat sy ouers te beurt mag geval het (vgl bv *Inst* 1 4 pr; *D* 15 26 en *D* 1 9 7 1; Voet 1 5 5).

In die Suid-Afrikaanse reg is die aanwendingsmoontlikhede van die nasciturus-reël tot die volgende gevalle uitgebrei:

a In aansluiting by die toepaslike gemeenregtelike gesag word daar na die erfregtelike belange van 'n ongeboore maar reeds verwekte kind omgesien (*Estate Lewis v Estate Jackson* (1905) 22 SC 73; *Estate Delporte v Fillippo* 1910 CPD 334 346; *Hopkins v Estate Smith* 1920 CPD 558 565; *Botha v Thompson* 1936 CPD 1 6-7 en 9-10; *Ex parte Administrators Estate Asmall* 1954 1 PH G4 (N); *Ex parte Boedel Steenkamp* 1962 3 SA 954 (O)).

b 'n Ongebore kind se reg op onderhoud wat met sy geboorte sal konkreteriseer, word by egskedingsverrigtinge erken in die sin dat daar vir die onderhoud van die kind na sy geboorte beding kan word en die (verwagte) moeder nie van daardie reg van die kind afstand kan doen nie (*Shields v Shields* 1946 CPD 242; en vgl ook *Pretorius v Pretorius* 1967 2 PH B17 (O)).

c Indien die vader van 'n ongebore kind nalatig deur 'n derde gedood word, word aan die kind die eis van die afhanklike toegesê (*Chisholm v East Rand Proprietary Mines* 1909 TH 297 301; en vgl *Stevenson v Transvaal Provincial Administration* 1934 TPD 80 85).

d In *Pinchin v Santam Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 254 (W) is die beginsel erken dat 'n kind 'n deliksaksie kan instel om vergoeding te verhaal vir beserings wat hy voor sy geboorte as foetus opgedoen het.

Die vraag of die trefwydte van die nasciturus-reël aldus tot die terrein van die onregmatige dadereg uitgebrei behoort te word, is voor 1963 periodiek in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur geopper (vgl bv Utlley "The Rights of an Unborn Child" 1891 *Cape Law Journal* 133-144; Anoniem "Nasciturus" 1892 *Cape Law Journal* 59-60; Anoniem "Rights of Unborn Children in the Law of Torts" 1921 *SALJ* 439-441) en enkele skrywers het so 'n uitbreiding van die reël nadruklik bepleit (McKerron *The Law of Delict* 5e uitg 139; Hahlo & Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* 348). Na die *Pinchin*-saak is die bedoelde uitbreiding van die aanwendingsgebied van die reël oor die algemeen deur Suid-Afrikaanse kommentatore verwelkom (sien bv Meyer "A Delictual Remedy for the Unborn Child" 1963 *SALJ* 447-450; Van der Merwe "*Pinchin & Ano NO v Santam Insurance Co Ltd* 1963 (2) SA 254 (W)" 1963 *THRHR* 291-295). Dat daar ook skrywers was wat nie met regter Hiemstra se uitspraak in die *Pinchin*-saak vrede kon vind nie, sal hierna aangetoon word.

Regsgeleerdes is dit oor die algemeen eens dat die nasciturus-reël daarop neerkom dat aan 'n foetus regssubjektiwiteit toegesê word. Van der Merwe (aw 293-295) wys byvoorbeeld daarop dat dit 'n noodwendige implikasie van *Pinchin* se saak is dat die foetus vir die betrokke doeleindes van die reg 'n regsobjek is wat met ten minste persoonlikheidsregte toegerus is. Boberg ("Delicts by Minors in Respect of Pre-Natal Injuries" 1963 *Annual Survey of South African Law* 216 218-219) is dieselfde mening toegedaan. 'n Privaatregtelike aksie vir die verhaal van skadevergoeding of genoegdoening, sê hy, word nie slegs gegrond op die feit dat die eiser skade gely het of benadeel is nie. Daardie skade of nadeel moet die gevolg wees van 'n onregmatige handeling; dit wil sê, van 'n handeling wat sonder regverdiging die subjektiewe reg van die eiser, as 'n persona iuris met regssubjektiwiteit, aangetas het. Was die foetus, toe die betrokke handeling verrig is, nie 'n persoon in die regstegniese sin nie, kon hy vanselfsprekend nie regte gehad het waarop inbreuk gemaak kan word nie (sien ook Boberg *The Law of Persons and of the Family* 15-17 vn 11; Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* 55-56).

Afgesien van die teoreties suiwere grondslag van hierdie argumentasie, is daar ook ander bykomstige redes waarom gewysdes soos *Pinchin* eenvoudig nie sin sou hê as 'n mens nie aanvaar dat die foetus vir die betrokke doeleindes die status van regsobjek het nie. Dit het in daardie saak om 'n derdeparty-eis gegaan, en die bewoording van die destyds toepaslike artikel 11 van die Motorvoertuigassuransiewet 29 van 1942 (en ook van die tans geldende artikel 21 van die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering 56 van 1972) laat duidelik blyk dat sulke eise betrekking het op die skade of besering van "enigeen, wie ook al," dit wil sê van 'n persoon.

Regter Hiemstra het dan ook in die *Pinchin*-saak tereg van die standpunt uitgegaan dat toepassing van die nasciturus-reël die ongeborene met regssubjektiwiteit bekleed. Aldus verklaar hy

op 259: "Why should an unborn infant be regarded as a person for purposes of property but not for life and limb?" Die feit dat hy nadruklik van die ongeborene se aanspraak op lewe gewag maak, moet nie ongemerk verbygaan nie.

'n Gewysde soos *Stevenson v Tranvaal Provincial Administration* 1934 TPD 80 laat eweneens duidelik blyk dat toepassing van die nasciturus-reël die ongeborene met regsobjektiwiteit beklee. In daardie saak is die kind namens wie die eis van die afhanklike ingestel is, 'n maand na die dood van sy vader gebore. Kragtens 'n statutêre voorskrif moes eise teen die verweerder binne 'n sekere tydperk ingestel word, en die eiser bevind hom in die volgende dilemma: Indien die nasciturus-reël toegepas en die bedoelde tydperk vanaf die datum van die botsing waarin die vader dood is, bereken sou word, sou die aksie te laat ingestel wees; en indien die reël nie toegepas word nie (omdat toepassing daarvan vir die gemelde rede tot die kind se nadeel sou strek), sit 'n mens met die probleem dat die eiser nie in esse was toe die onregmatige daad gepleeg is nie. Regter Greenberg bevind nadruklik dat die eis van die afhanklike gegrond moet word op die feit dat die eiser self deur die dood van die broodwinner benadeel is en dat die eiser daarom 'n persoon in die regstegniese sin moes gewees het op die tydstip waarop die onregmatige handeling van die verweerder plaasgevind het. Daarom word die kind se eis van die hand gewys.

Daar kan derhalwe na my mening geen twyfel bestaan nie dat toepassing van die nasciturus-reël tot gevolg het dat 'n ongebore kind met regsobjektiwiteit beklee word.

Vir sy teenoorgestelde standpunt, naamlik "dat die toepassing van die nasciturus-fiksie nie die ongeborene met enige regspersoonlikheid beklee nie" (par 5 8 829), het regter Steyn hom deur 'n dwaalspoor van stryk laat bring.

Daar is enkele skrywers wat, soos reeds gemeld, nie vrede kon vind met die toepassing van die nasciturus-reël vir doeleindes van die deliktereg nie.

Daardie skeptici sluit Joubert ("*Pinchin & Ano NO v Santam Insurance Co Ltd* 1963 (2) SA 254 (W)" 1963 *THRHR* 295-297), Smit (*Die Posisie van die Ongeborene in die Suid-Afrikaanse Reg met Besondere Verwysing na die Nasciturus-Leerstuk* (ongepubliseerde proefskrif 1976) UOVS 292-293 en 356-357) en Olivier (*Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 2e uitg 25-26) in. Hulle het dit nie teen die slotsom van regter Hiemstra in die *Pinchin*-saak nie, maar na hulle mening was dit nie vir die hof nodig om van die nasciturus-reël gebruik te maak om tot daardie slotsom te kom nie. Na my mening is die standpunt van hierdie skrywers foutief en moet daar voorkeur gegee word aan die betoog van Van der Merwe en Boberg waarna hierbo verwys is. Dit egter net terloops. Die vraag of dit wel nodig was om in *Pinchin* se saak met die nasciturus-reël te werk al dan nie, gaan nie noodwendig hand aan hand met die probleem aangaande die regsobjektiwiteit van 'n foetus in die toepaslike omstandighede nie. En ek is nie seker of regter Steyn dit goed in die oog gehou het nie.

Smit (aw 212-213 en 360-361) en Olivier (aw 26) gaan in der waarheid (bykomstig) van die standpunt uit dat toepassing van die nasciturus-reël nie meebring dat 'n ongeborene met regte en regsobjektiwiteit beklee word nie, maar dit is geensins Joubert se standpunt nie. Inteendeel, hy beskou dit nadruklik anders. Aldus verklaar hy (aw 295-296):

"Op grond van hierdie vooruitgryping op die regsposisie van die toekomstige persona iuris kan interessante teorieë aangaande die begin van die mens se regspersoonlikheid opgebou word. Wat die erfreg betref, het ons myns insiens hier met 'n regsvoorwaardelike begin van die persoonlikheid voor geboorte te doen: word die kind lewendig gebore, dan het sy *bevoegdheid* om die erfenis of erfregtelike voordeel te verkry, *reeds voor sy geboorte tot stand gekom*, net soos 'n wet met terugwerkende krag ex post facto gesien reeds op die vroeëre datum gegeld het. Hier het 'n mens 'n interessante verband tussen tyd en reg" (my kursivering).

Dit laat meteen ook die vraag ontstaan *waarom* Joubert, Smit en Olivier die nasciturus-reël wil vermy as dit op vergoeding vir voorgeboortelike beserings van 'n kind aankom. Hulle (onverdedigbare) vooroordeel spruit klaarblyklik uit die veronderstelling dat die nasciturus-reël van 'n fiksie uitgaan. Smit (aw 292) sê dit trouens in soveel woorde:

“Waar bestaande regsreëls geredelik voorsiening maak vir die oplossing van 'n probleem, moet liefs nie van 'n fiksie gebruik gemaak word om die probleem op te los nie.”

Dis tog snaaks dat regsgeleerdes met formules en formulering op loop kan gaan, in plaas daarvan om die wesentlike van regsfigure te begryp. Die nasciturus-reël berus op die werklikheid — as 'n mens die kern, sin en betekenis daarvan in oënskou neem — nie op 'n fiksie nie.

Die standpunt dat die nasciturus-reël 'n fiksie uitmaak, berus op 'n te letterlike opvatting van die toepaslike Latynse spreuk en 'n verkeerde formulering van die reël. Dit is nie geboorte wat fiktief vervroeg word nie; dit is juis *die ontstaan van regsobjektiwiteit* wat tot op die dag van konsepsie vervroeg word. 'n Mens moet dit nie só sien dat regsobjektiwiteit *altyd* by geboorte ontstaan en dat geboorte in die betrokke omstandighede geag word by konsepsie plaas te gevind het nie. Die korrekte siening is dat regsobjektiwiteit gewoonlik by geboorte ontstaan, maar in die gepaste omstandighede by konsepsie. Sien 'n mens die nasciturus-reël op dié manier as 'n uitsondering op die algemene reël dat *regsobjektiwiteit* van die natuurlike persoon by geboorte ontstaan, is daar van 'n fiksie geen sprake nie. En die feit dat daar gedurende die tydperk van swangerskap en totdat geboorte voltooi is, onsekerheid bestaan oor die vraag of regsobjektiwiteit wel by konsepsie ontstaan het of nie, doen hieraan geen afbreuk nie.

Kortom, daar bestaan geen gegronde rede waarom 'n mens van die toepassing van die nasciturus-reël moet wegstrem

nie. Indien dit sinvol sou wees om die strafregtelike verbod op vrugafdrywing aan die nasciturus-reël te verbind, behoort die fiksie-beheptheid wat hierbo aan die kaak gestel is, in elk geval nie in die weg te staan van 'n verbreding van die reël om dié behoefte te akkommodeer nie.

Vir sover dit bloot die strafregtelike verbod van vrugafdrywing aangaan, is dit uit die aard van die saak nie nodig om die nasciturus-reël aan te wend nie; en ten einde sinvol 'n straf vir vrugafdrywing te beding, is dit selfs nie nodig om dié verbod van regsobjektiwiteit van die foetus afhanklik te stel nie (vgl Van der Vyver en Joubert aw 58). Aanvaar 'n mens egter dat daardie strafregtelike verbod bestem is om 'n lewe te beskerm, kan jy nie anders as om die belange, en dus ook die regsobjektiwiteit, van die foetus daarby in berekening te bring nie.

En dit is presies die gevolgtrekking waartoe Hunt (*South African Criminal Law and Procedure* bd 2 307) gekom het. Volgens hom is vrugafdrywing 'n misdad teen 'n potensiële persoon en wel in die veronderstelling dat die foetus, as hy eenmaal verwek is, daarop aanspraak het om gebore te word. Sy standpunt kom kortweg daarop neer dat 'n ongeborene 'n reg op lewe het en in daardie sin met regsobjektiwiteit bekleed is.

Om vas te stel of Hunt gelyk het, moet 'n mens jousef eenvoudig die vraag afvra waarom aborsie op aanvraag in Suid-Afrika verbied word. In die tweede uitgawe van *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (217) beweer De Wet en Swanepoel dat die beskernde regsgoed in die geval van vrugafdrywing, wat die vroeë Romeinse reg betref, nie die “wordende of potensiële lewe” was nie, “maar 'n man se hoop op kinders.” Daar kan egter met sekerheid gekonstateer word dat die soort paternalisme van destyds, wat aan 'n man daarop aanspraak verleen het dat sy vrou kinders móét verwek en wat aan hom 'n geldelike belang by, en oormatige kompetensies ten aansien van, sy kinders besorg het, beslis uit die oude doos genoem kan

word. Daar kan eintlik, ooreenkomstig moderne opvattinge, net één rede vir die juridiese bekamping van aborsie bestaan, naamlik die beskerming van 'n wordende bestaan, die aanspraak van 'n foetus op eksistensie, of kortweg die reg van die ongeborene op lewe. Dit is in dié verband insiggewend dat die Amerikaanse dispuut oor die grondwetlikheid van statewetgewing wat aborsie op aanvraag aan bande lê, gesentreer het om die konflik wat daar kan bestaan tussen die reg op lewe van die foetus enersyds, en die reg van 'n verwagte vrou om self te besluit of sy wil swanger bly of nie, andersyds.

In die bedoelde Amerikaanse gewyses, *Roe v Wade* (1973) 410 US 113 en *Doe v Bolton* (1973) 410 US 179 het die United States Supreme Court bevind dat "the potentiality of human life" van die tydstop van lewensvatbaarheid af (gewoonlik na 28 weke van swangerskap, maar dit kan selfs op 24 weke reeds bestaan) beskermingswaardig is. Van daardie tydstop af sou 'n wetgewer, binne die raamwerk van die Amerikaanse konsep van konstitusionele regte en vryhede, vrugafdrywing met die oog op die "potentiality of human life" (die belange van die ongeborene) kon reguleer.

'n Mens sou oor die verbesondering van die reg op lewe in die Amerikaanse regspraak kon stry. Trouens, gedurende Julie van hierdie jaar het 'n Amerikaanse senaatskomitee met 'n meerderheid van 3-2 besluit om wetgewing aan te beveel wat "the potentiality of human life" op die konsepsiedatum sal vaspen; en 'n mens sou na my mening in Suid-Afrika oorweldigende steun onder teoloë en ginekoloë kon monster vir die standpunt dat 'n ongeborene van die oomblik van sy konsepsie af leef en 'n reg op lewe het. Dit egter net terloops. Die les wat uit die Amerikaanse regspraak te lere is, is eenvoudig dat bekamping van aborsie op aanvraag alleen sinvol kan wees as dit beoog om "the potentiality of life" te beskerm. Aangesien die Suid-Afrikaanse Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 2 van

1975 "afdrywing van 'n lewende vrug" (a 1 ad "vrugafdrywing") aan bande lê en 'n vrug reeds in die embryo-stadium (dié voor die derde maand van swangerskap) 'n "lewende vrug" is (*S v Kruger* 1976 3 SA 290; *S v Collop* 1981 1 SA 150 (A) 163), kan daar geen twyfel bestaan nie dat 'n foetus, wat die Suid-Afrikaanse reg betref, reeds van die oomblik van sy konsepsie af 'n reg op lewe het.

Daarmee verskil ek met eerbied van die standpunt wat Hahlo ("Nasciturus in the Limelight" 1974 *SALJ* 73 75) in dié verband ingeneem het.

Dusver is aangetoon dat 'n ongeborene ingevolge die leerstuk: nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodo eius agitur, én uit hoofde van die juridiese bekamping van aborsie op aanvraag, vir die betrokke doeleindes regsobjek is met onder meer persoonlikheidsregte en in besonder 'n reg op lewe. Dit spreek hieruit vanself dat die ongeborene 'n direkte belang by die verrigtinge het wat hierdie aansprake mag aantas. Hy kan uit die aard van die saak nie self na sy eie belange omsien nie en daarom is die vanselfsprekende alternatief dat sy voog of 'n kurator dit vir en namens hom moet doen.

In die geval van die onderhawige saak het daar drie aspekte van die aanspraak van die ongeborene om by die aborsieverrigtinge in sy eie belang "gehoor" te word, ter sprake gekom:

a Is dit werklik nodig dat 'n derde na die belange van die ongeborene moet omsien?

b Indien wel, moet dit dan nie deur die voog van die ongeborene gedoen word nie?

c Indien nie, kan enige "bemoetiese" derde toegelaat word om as curator ad litem van die ongeborene op te tree of vir die benoeming van so 'n kurator aansoek te doen?

Regter Steyn het hierdie vrae met 'n simplistiese "nee," "ja," "nee" afge- maak.

En dit laat by 'n mens eerstens die bloot praktiese vraag ontstaan hoekom

dit nodig mag wees, of nie nodig is nie, dat daar na die belange van die ongeborene omgesien moet word.

Regter Steyn is die mening toegedaan dat aanstelling van 'n curator ad litem " 'n vrou die onnodige koste van bestrede verrigtinge wat tydsaam en gepaard gaan met koste, (sou) veroorsaak" en dat die ongeborene se belange daarom sommer "deur die landdros wie . . . 'n sertifikaat sal uitreik" behartig word (830 F-G). Afgesien van die foutiewe gebruik van Afrikaans in hierdie sinsnedes (daar is geen werkwoord wat "tydsaam" bedien nie, en "die landdros wie . . ." is 'n totaal verkeerde konstruksie), word daarmee meteen ook die norm wat aan audi alteram partem en die beginsel van regsverteenvoordinging grondliggend is, oorboord gegooi. Trouens, as 'n mens dit net aan 'n regsprekende beampte moet oorlaat om na die belange van reghebbende subjekte om te sien, verloor hofverrigtinge as sodanig hulle sin en betekenis.

Daar is, algemeen gesproke, drie redes waarom persone wat by bepaalde hofverrigtinge belang het, die reg moet hê om self, of deur bemiddeling van 'n kurator, en verkieslik met die hulp van 'n regsverteenvoordiger hulle saak te stel, naamlik:

a om teen valse getuienis wat daardie persoon se belange mag raak, te waak;

b om toe te sien dat alle relevante getuienis aan die hof voorgelê word; en

c om sover doenlik te help verseker dat die regsprekende beampte ooreenkomstig voorgeskrewe prosedures optree en met feitevinding, regsvinding en bevel sy funksie na behore uitoeven.

En om regverdiging te vind vir hierdie grondliggende prinsipe van gesonde regspleging by ondersoeke soos dié in artikel 6(4) van die Wet op Vrugafdrying en Sterilisasie 2 van 1975 bedoel, hoef 'n mens nie verder te gaan soek as juis die geskiedenis van die geval *Rall* nie.

Die respondente se verhaal was by uitstek een wat aan kruisondervraging

onderwerp moes gewees het. Aanvanklik het sy beweer dat sy, in 'n poging om selfmoord te pleeg, rottegif gedrink het en dat haar ongebore kind as gevolg daarvan waarskynlik aan 'n geestesgebrek of liggaamlike gebrek sou ly wat onherstelbaar sou wees en wat sou meebring dat die kind ernstig gestrem sou wees. Op 'n latere stadium het sy haar aansoek vir 'n geoorloofde aborsie gegrond op die premis dat, as gevolg van haar selfmoordneigings, haar voortgesette swangerskap 'n ernstige bedreiging vir haar eie liggaamlike en geestesgesondheid inhou. En toe het sy met die verhaal voor die dag gekom dat haar swangerskap ontstaan het toe sy in 'n inryteater verkrag is. Bygesê dat die feitestellings wat bestem was om haar selfmoordneigings en -pogings en die verkragting te substansieer nie oortuigend is nie. Hoewel sy op die ou end nie die geneeshere wat die vrugafdrying moes uitvoer, kon oortuig dat sy vir 'n geoorloofde aborsie kwalifiseer nie, is haar aansoek deur 'n psigiater onderskraag en deur die landdros van Heilbron toegestaan. Kruisondervraging deur of namens 'n belanghebbende respondent kon die verwarring waarvan hierdie feite duidelik spreek, help opklaar het; en as die betrokke landdros dié taak op hom sou neem, soos wat regter Steyn aan die hand doen, sou hy klaarblyklik sy hand professioneel oorspeel het.

Die landdros self sou trouens ook kon baat by 'n adversatiewe prosedure. Nadat die distrikslanddros van Heilbron 'n bevel uitgereik het wat vrugafdrying veroorloof, het dit geblyk dat hy ultra vires opgetree het. Die hooggeregshof het naamlik bevind dat verlof om 'n aborsie op grond van verkragting te ondergaan, alleen deur 'n steekhoflanddros verleen kan word en dat die bevel van die distrikslanddros van Heilbron daarom nietig is (*Rall v Die Landdros vir die Distrik van Heilbron* 1980 1 PH M8 (O)). 'n Streekhoflanddros van Kroonstad het daarop geweier om afdrying van die respondente se ongebore kind te veroorloof.

Dit help ook nie om nou te kom sê dat alles op die ou end tog "reggekrom" het nie. As dit nie vir die halstarrige geneeshere van Bloemfontein was nie, was Rall junior ná die Heilbron-bevel daarmee heen. Daar is selfs in 'n stadium 'n (ongerapporteerde) hoogerregshofbevel uitgereik met die strekking dat 'n geneesheer nie 'n diskresie ten aansien van die wenslikheid (of regmatigheid) van 'n vrugafdrying mag uitoefen nadat 'n landdros die voorgeskrewe sertifikaat uitgereik het wat die vrugafdrying veroorloof nie (na dié bevel het geneeshere van Bloemfontein steeds geweier om 'n aborsie op mejuffrou Rall uit te voer). En, wie weet, indien die respondente se verklaring in adversatiewe verrigtinge getoets is, kon die twyfel wat daar bestaan het, dalk uit die weg geruim gewees het en kon sy moontlik daarin geslaag het om die vrug te laat afdryf.

Die aangehaalde sinsnedes van regter Steyn se uitspraak laat verder deurskemer dat hy in besonder oor die tydsprobleem bekommerd was. Dat dit 'n probleem is, kan nie ontken word nie, maar daar word in die Suid-Afrikaanse reg voorsiening gemaak vir dringende aansoeke wat met spoed aanhangig gemaak en afgehandel kan word. Met sulke prosedures ter hand, kan die tydsprobleem nooit opweeg teen die belange wat in sulke aangeleenthede op die spel is nie. En dit is nie asof die houe oorval sal word met aansoeke van hierdie aard nie. In verreweg die meeste gevalle sal aansoeke van die onderhawige aard sonder probleem of weerstand afgehandel kan word.

Na my mening kan daar dus geen twyfel bestaan nie dat 'n ongebore kind belang het by sy abortering en daarom die reg het om by verrigtinge wat daarop betrekking het, verteenwoordig te word. Die vraag ontstaan vervolgens wie locus standi sou hê om as kurator van die ongeborene op te tree.

Indien dit om die abortering van 'n binne-egtelike kind gaan, sou die vader as natuurlike voog (en sonder om vooraf as kurator ad litem aangestel te word)

na die belange van daardie ongebore kind kon omsien. Hahlo se slotsom dat 'n vader nie aldus na die belange van sy ongebore kind kan omsien nie, berus op sy standpunt dat dit ondoenlik sou wees om vrugafdrying deur middel van 'n interdik te probeer voorkom (vgl "Nasciturus in the Limelight" 1974 *SALJ* 73 76-77). Dat sy benadering in dié verband nie onderskryf kan word nie, blyk voldoende uit die feite van *Rall* se geval, soos reeds hierbo aangetoon is.

Waar die vrug — soos in die geval van *Rall* — buite-egtelik verwek is, is die verwagte moeder die natuurlike voog (*Van Rooyen v Werner* (1892) 9 SC 425 431; *Edwards v Fleming* 1909 TH 232 234-235; *Docrat v Bhayat* 1932 TPD 125 127; *Dhanabakium v Subramanian* 1943 AD 160 166; *Rowan v Faifer* 1953 2 SA 705 (OD) 710; *Engar & Engar v Desai* 1966 1 SA 621 (W) 625; *Ex parte Van Dam* 1973 2 SA 182 (W) 183; *Nokoyo v AA Mutual Insurance Association Ltd* 1976 2 SA 153 (OK) 155; *Samente v Minister of Police* 1978 4 SA 632 (OK) 634; *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 745) en dan ontstaan die probleem dat daar 'n botsing van belange bestaan — die moeder wil 'n aborsie ondergaan, terwyl die ongeborene se belange mag verg dat vrugafdrying nie plaasvind nie.

Dit is 'n bekende reël van die Suid-Afrikaanse reg dat 'n ouer of voog nie toegelaat word om voogdy uit te oefen in gevalle waar daar 'n botsing van belange tussen ouer of voog en kind bestaan nie. Daarom stel die hof 'n curator ad litem aan om namens die kind in hofverrigtinge op te tree indien sy belange met dié van sy ouer of voog bots of moontlik kan bots (*In re Hulley* (1862) 1 Roscoe 52; *Wolman v Wolman* 1963 2 SA 452 (A) 459), soos die geval sou wees indien die kind se aksie een teen sy ouer of voog is (*Grotius Inl* 1 8 4; *Wolman v Wolman* supra 459).

Daardie kurator kan enige persoon wees wat deur die hof geskik geag word om na die belange van die (ongebore) kind om te sien. Die curator ad litem het in 'n verteenwoordigende hoedanigheid

locus standi in iudicio (vgl Van der Vyver "Die Verskyningsbevoegdheid van Vakverenigings" 1981 2 *Industrial Law Journal* 1 oor die verskillende grondslae waarop verskyningsbevoegdheid gefundeer kan word) en hy self hoef daarom nie 'n belang by die betrokke aangeleentheid te hê ten einde verskyningsbevoegdheid te kan uitoefen nie. Trouens, wanneer dit om die benoeming van 'n derde as curator ad litem gaan, verkies die hooggeregshof dikwels iemand wat juis nie 'n belang by die aangeleentheid het nie. In die geval van geestesongestelde persone verkies die hof byvoorbeeld om 'n praktiserende advokaat as curator ad litem aan te stel (*Ex parte Griesel* 1948 2 SA 219 (O) 221; *Ex parte Maritz* 1968 4 SA 130 (K) 134; *Ex parte Van der Linde* 1970 2 SA 718 (O) 721).

Die vraag moet egter oorweeg word of die persoon wat aansoek doen vir die aanstelling van 'n curator ad litem 'n belang by die aangeleentheid moet hê ten einde locus standi in iudicio te kan uitoefen.

Hierdie vraag moet, as algemene reël, bevestigend beantwoord word; maar indien die belange van 'n (ongebore) kind deur daardie kurator bevorder moet word, kom daar bepaalde oorwegings op die spel wat 'n afwyking van hierdie algemene reël sou regverdig. Daar kan, soos wat die Suid-Afrikaanse reg tans daar uitsien, drie sulke uitsonderings onderskei word:

a Die hof as oppervoog van alle kinders kan mero motu 'n curator ad litem benoem om na die belange van 'n (ongebore) kind om te sien, en na my mening behoort dit enige derde vry te staan om voor die hooggeregshof te verskyn ten einde hom aan hierdie kompetensie te herinner en op die wenslikheid van die uitoefening daarvan in 'n bepaalde geval te wys (vgl by *Shawzin v Laufer* 1968 4 SA 657 (A) 663A; *Kaiser v Chambers* 1969 4 SA 224 (K) 228E-F; *Ex parte Kommissaris van Kindersorg: In re JB*; *Ex parte Kommissaris van Kindersorg: In re AGF* 1973 2 SA 699 (T) bv 701A-B, 703C-D, 705G-H en

708A; *Petersen v Kruger* 1975 4 SA 171 (K) wat aanknoping bied vir dié benadering).

b Daar is reeds gesag vir die proposisie dat enige derde in 'n noodtoestand by die hooggeregshof kan aanklop om die belange van 'n kind te bevorder. Aldus het die hof in *Ex parte Nader* (saak no 306/75 van 1975-05-15 (O)), bespreek deur Smit 1976 *THRHR* 84-88) op aansoek van 'n derde (nie die ouer, voog of kurator nie) toestemming verleen dat 'n dogter 'n blindedermpoerasie mag ondergaan.

c *Wood v Ondangwa Tribal Authority* 1975 2 SA 294 (A) is gesag vir die stelreël dat enige derde locus standi het om vir humanitêre redes by die hof te gaan aanklop ten behoeve van 'n persoon wat dit om die een of ander rede nie self kan doen nie (vgl daaroor vollediger Van der Vyver "*Actiones Populares and the Problem of Standing in Roman, Roman-Dutch, South African and American Law*" 1978 *Acta Juridica* 191).

In die onderhawige saak het die applikant sy locus standi om vir die aanstelling van 'n curator ad litem vir die ongebore kind van die respondent aansoek te doen, onder meer op die *Wood*-saak gefundeer en 'n mens kry weer eens die indruk dat regter Steyn die aard van die aansoek nie reg benader het nie. Hy het die applikant se betoog in dié verband verwerp omdat die applikant geen onregmatigheid ten aansien van die beoogde vrugafdrywing aangetoon het nie (826-827 par 3 3 en 3 4). Die applikant het in der waarheid *nie* aansoek gedoen dat die vrugafdrywing stopgesit word nie — daarvoor sou hy wel onregmatigheid moes aantoon — maar het net gevra dat 'n kurator benoem word wat dan in belang van die ongebore kind sou moes vasstel of daar nie dalk iewers 'n skroef los is nie. Vir so 'n aansoek hoef die applikant nie onregmatigheid in die optrede van die respondent te beweer of te bewys nie, dog net:

a dat haar optrede die belange van 'n derde in gedrang bring;

b dat die benoeming van 'n curator ad litem om na daardie belange om te sien, wenslik is; en

c dat die voorgestelde kurator 'n geskikte persoon is om na die belange van die betrokke derde persoon om te sien.

Die applikant in die onderhawige saak kon sy locus standi in iudico in die waarheid op elkeen van die bogenoemde gronde gefundeer het. Die applikant is naamlik 'n inter-kerklike organisasie wat hom vir die bevordering van die Christelike etiek beywer en wat daarom onder meer wil toesien dat die belange van 'n ongeboore kind behoorlik in ag geneem word wanneer 'n aansoek om magtiging tot vrugafdrywing oorweeg word. Daarom het die applikant 'n besondere belang by elke aansoek van dié aard. En vir sover dit nodig mag wees om die hooggeregshof aan sy toepaslike kompetensie as oppervoog te herinner, aansienlik daar 'n noodtoestand ontstaan het, of die aansoek deur humanitêre oorwegings geïnspireer is, hoef die applikant in elk geval nie so 'n belang aan te toon nie. Daarom is die pogings van regter Steyn om die aansoek van die applikant in die onderhawige geval met die hipotese van 'n "bemoeisieke welmenende buurman" belaglik voor te stel (827 par 3 4), onvanpas. Elke aansoek moet per slot van sake op sy eie meriete beoordeel word en die aansoek in die onderhawige geval was klaarblyklik geregverdig.

Ten slotte net die volgende algemene opmerking:

Enkele jare gelede het die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte besluit om by die wetgewer aan te

beveel om voorsiening te maak vir voorbehoud van regsrae vir 'n beslissing deur die appèlhof in gevalle waar sodanige vrae uit privaatregtelike gedinge voortspruit en op 'n soortgelyke basis as wat reeds vir strafregtelike probleemvrae geld. Daar het toe niks van gekom nie. Die geval *Rall* illustreer die wenslikheid en aanwendingsgebied van so 'n prosedure.

Geboorte na konsepsie laat nie op hom wag nie; en as 'n foetus geaborteer moet word, kan daar nie gesloer word nie. Juis daarom, meen ek, het argument en uitspraak in *Rall* se saak nie met die navorsing en voorbereiding gepaard gegaan wat dit gevegg en verdien het nie. Die hof moes as 't ware raap en skraap om tydige tot 'n beslissing te kom; en dit oor 'n aangeleentheid wat letterlik van lewensbelang is en wat in 'n sin die fundamentele moraliteit van die Suid-Afrikaanse regstelsel weerspieël. 'n Mens sou eintlik wou hê dat die regsprobleme wat in die saak ter sprake gekom het en hierbo uitgestippel is, nou aan hoër gesag voorgelê moes kon word wat rustig daarvoor kan besin sonder om — by wyse van spreke — deur 'n dreigende geboorte aangejaag te word.

Die saak het 'n gelukkige nadraai. Die respondente het uiteindelik afgesien van haar voorneme om die vrug te laat aborteer en het geboorte geskenk aan 'n gesonde kleinding. 'n Mens wonder egter wat in die gemoed van die knaap sal omgaan indien hy eendag in hofverslae, tydskrifartikels en koerantberigte sou lees hoe bitter graag sy ma van hom ontslae wou raak.

JD VAN DER VYVER

Universiteit van die Witwatersrand

GOLDBERG v BUYTENDAG BOERDERY BELEGGINGS (EDMS) BPK 1980 4 SA 775 (A)

Contract of lease — cancellation

At common law the mere failure by a lessee to pay the rent does not in the absence of a lex commissoria entitle a lessor to cancel the lease. For many years it seemed that the lessor could

cancel the lease only where the lessee was in arrear for more than two years and provided he had given notice to the lessee that the lease would be cancelled if he failed to pay the arrear rent. (See

D 19 2 54 1; *D* 19 2 56; Grotius 3 19 11; Voet 19 2 16; *Johns v Colonial Government* (1898) 15 SC 245; *Gerber v Van Eyssen* 1947 1 SA 705 (T)). Although it is not clear, it seems as if this rule might only apply to an agricultural lease where the rent is payable annually.

In *Estate Thomas v Kerr* (1903) 20 SC 354 the lessee was given further protection by the court. In this case the lessor claimed arrear rent, cancellation of the lease and an order of ejection. The court held that it was not bound to cancel a lease where the rent was three years in arrear and the lessee had failed to comply with a notice from the lessor threatening cancellation of the lease in the event of the lessee's failure to pay within a stipulated period. The court, believing that it possessed a residuary equitable power, refused to cancel the lease, since the failure to pay the rent was not intended as a repudiation of the lease and the lessee had tendered the arrear rent and costs before judgment. De Villiers CJ, after referring to the old authorities, drew an analogy between a lease of the type before the court and the old emphyteusis or erfpacht and pronounced that the rules applicable to an emphyteusis also applied to the lease in question. According to the old authorities the rule was that even where the emphyteuta had failed to pay the canon (rent) for three years, he could still prevent the termination of his tenure by tender of the arrear canon before judgment.

Estate Thomas v Kerr (supra) has been subject of much criticism over the years. Firstly it has been submitted by Van Zyl Steyn (*Mora Debitoris volgens die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 99 n 28) that the court confused the principles of ejection and cancellation of a lease. According to Van Zyl Steyn it appears that once a lessee is in arrear with his rent for more than two years the lessor himself is entitled to cancel the lease. If the lessee does not vacate the premises after the lessor has cancelled, the lessor can apply to court for an ejection order. Secondly, it has been submitted

by Kahn (*Mercantile Law through the Cases* 663) that a true analogy cannot be drawn between an emphyteusis and an ordinary lease as the principles applicable to an emphyteusis do not necessarily apply to a lease. (See also *Human v Rieseberg* 1922 TPD 157 163.) The essence of a lease is the temporary use and enjoyment of the leased property, whereas an emphyteusis is a lease in perpetuity. Thirdly, the court maintained that it possessed an equitable jurisdiction which it saw as consistent with fixed principles of Dutch law:

“Where the court has to elect between the rigid application of a rule of the old law to a case not clearly contemplated by that law, and the application of an equitable principle which does not defeat the old law but prevents any injustice from its rigid application, the court would be quite justified in choosing the latter alternative” (366).

However, “[t]he court [Supreme Court of the Transvaal] has again and again had occasion to point out that it does not administer a system of equity as distinct from a system of law” (per Innes CJ in *Kent v Transvaalsche Bank* 1907 TS 774). (See also *Human v Rieseberg* supra.) It is clear from the foregoing that the court in *Estate Thomas v Kerr* erred by exercising an equitable power of jurisdiction. It is further submitted that the court in refusing to grant cancellation of the lease achieved an unjust result despite its aim to achieve the opposite.

The common law requirement that the lessee has to be in arrear for two years before the lessor can cancel was considered and sharply criticised by Van den Heever JA in an obiter dictum in *Spies v Lombard* 1950 3 SA 469 (A) 487:

“It is trite law that non-payment of the rent is not per se good cause for cancellation. The rule stated by most of our authorities, namely that a landlord cannot in the absence of a forfeiture clause in the lease sue for ejection unless his tenant has been in arrear with the payment of rent for at least two years, seems to me arbitrary and unjust and is based on communis error; the passages from the Corpus Juris upon which our

authorities rely do not support the proposition."

It was furthermore stated obiter in *Josub v Ismail* 1953 2 SA 461 (A) 473 by the same judge:

"If a lease for a term of months or years contains no forfeiture clause, the landlord cannot terminate the contract merely on the ground that the lessee is in arrear with his rent. He can do so only if the tenant is in arrear for more than two years or a lesser period in the discretion of the court."

The question whether a lessor could, because of non-payment of the rent, cancel a lease by a notice of rescission before the two year period had elapsed, came before the Appellate Division in the case forming the subject-matter of this note.

This point had previously been canvassed by academic writers. Wouter de Vos 1962 *Acta Juridica* 167, commenting on the first edition of Gibson's *South African Mercantile and Company Law*, questioned the correctness of the latter's acceptance of the two year common law rule:

"In the case of sale, for instance, the rule also used to be that, in the absence of a lex commissoria, the seller could not cancel the contract on account of the buyer's mora (see Voet 19 1 21). Our law has changed, however, and, even when time was not originally of the essence, it can now be made of the essence by giving a notice of rescission, accompanied by an interpellatio, if no time for performance had been fixed, and, failing performance within the time stipulated, it can be cancelled. Is there any reason why this rule should not apply to the contract of letting and hiring as well?"

The facts of *Goldberg v Buytendag Boerdery Beleggings (Edms) Bpk* were as follows: The parties entered into a five year agricultural lease, which commenced on 1 July 1976. The rent was R700 per annum payable in advance. The lessee (appellant) failed to pay the rent for the period 1 July 1978 to 30 June 1979. The lessor (respondent) thereupon notified the lessee on 11 July 1978 that if he failed to pay the rent by

25 July 1978, it would cancel the lease without further notice. When the lessee failed to comply with this demand the lessor notified him that the lease was cancelled and ordered him to vacate the premises. The lessor claimed that although there was no cancellation clause in the lease it had acquired the right to cancel by the notice of rescission which has been forwarded to the lessee on 11 July 1978 and the lessee's failure to pay the arrear rent on the date stipulated in the notice of rescission. In opposing the claim for ejectment the lessee argued that the lease had not been cancelled because, in the absence of a lex commissoria, the lessor was entitled to cancel the lease only after the rental had been in arrear for a period of at least two years.

Joubert JA accepted the correctness of the appellant's argument but stated that there was no need to apply this common law principle in our law. This principle fulfilled a special function in Roman-Dutch law, a function for which no need exists anymore. In general, in Roman-Dutch law an aggrieved party did not have the right to withdraw from a lease on account of the other party's breach. The aforementioned common law principle provided for the exceptional case where a lessee was in arrear with his rent for more than two years. In these circumstances relief was given to the lessor by granting him a right of rescission after a period of two years had elapsed. Thus a two year moratorium was extended to the lessee before he could be ejected from the property. The two year period was completely arbitrary and had its origin in the third century AD when a problem had been set for the Roman jurist, Paulus.

The learned judge in *Goldberg's* case referred to *Nel v Cloete* 1972 2 SA 150 (A). Although this case dealt with principles regarding a notice of rescission in a contract of sale, Joubert JA saw no reason why the same principles should not apply to a contract of lease; our law has accepted the English doctrine that a notice of rescission allows a

creditor to cancel in the same way as a *lex commissoria* does. Joubert JA was of the opinion that the English doctrine of rescission was compatible with the common law rule that a lessor is entitled to apply to court for an ejection order where the lessee has not paid his rent for two years. He stated that the rule that the lessor must wait for two years to elapse before he can cancel has become "‘n oortollige reghistoriese anachronisme" which can no longer fulfil any useful function in our law and should, therefore, no longer be applied.

This decision is most welcome, and accords with equity and the principles of

modern South African law. The law relating to rescission of leases has now been brought into line with other contracts (see Hawthorne 1980 *THRHR* 98). The court made no mention of *Estate Thomas v Kerr* (supra), but it is clear that it did not consider it necessary to go to extraordinary lengths to protect the lessee. Provided a lessor gives his lessee reasonable and sufficient time by means of a notice of rescission, he may cancel the lease after the lessee has failed to respond to the notice.

SUSAN BEDIL

School of Law

University of the Witwatersrand

MAGUA v KAHN 1981 1 SA 1239 (W)

Verteenwoordiging — lasgewing — herroeping van opdrag

Alhoewel hierdie uitspraak op die oog af nie so interessant voorkom nie en die regspraak myns insiens korrek beslis is, word daar in die loop daarvan uitlatings gemaak wat belangrike aspekte van die verteenwoordigingsreg raak.

Die feite was kortliks soos volg: eiser het geld in sy eie naam, maar namens verweerders, by beroepswedders op perde verweerd. Verweerders het verloor en ter vereffening van die skuld ses tjeks aan eiser gegee. Eiser het die tjeks ten gunste van die beroepswedders geëndosseer en aan hulle oorhandig ter vereffening van sy skuld. Die tjeks is egter onteer weens nie-betaling en eiser eis nou voorlopige vonnis teen verweerders op grond van die onteerde tjeks.

Verweerders se verweer is dat eiser uitsluitlik as eerste verweerder se verteenwoordiger opgetree het, dat die tjeks gegee is in verband met dubbeltransaksies en dat daar dus nie op die tjeks verhaal kan word nie, aangesien die eiser as eerste verweerder se verteenwoordiger nog geen betaling aan die skuldeisers (beroepswedders) gemaak het nie en ook nie verplig is om dit te doen nie (1241A) — hierdie argument berus waarskynlik op die onafdwingbaarheid van weddenskapsooreenkomste. Die eiser antwoord op hierdie verweer dat die eerste verweerder se

verpligting teenoor die eiser niks met die eiser se verpligting teenoor die beroepswedders te doen het nie. Voorts beroep die eiser hom op die ernstige gevolge (1242B-C) wat die eerste verweerder se optrede, deur die afgelasting van betaling van die tjeks, vir eiser inhou.

Die regsbeginsel waarop die regter hom by beslegting van hierdie geskil, myns insiens tereg, verlaat, is die beginsel dat alhoewel weddenskapsooreenkomste onafdwingbaar is, nuwe-ooreenkomste nie daardeur geraak word nie (1243F-G). Dit beteken dat 'n lasgewingskontrak waarin opdrag gegee word dat 'n weddenskapsooreenkoms gesluit word, wel afdwingbaar is (sien *Goldstein v Nochemowitz* 1914 OPD 95 100:

“The principle on which these cases were decided would appear to be that when a person employs an agent to do an act, which is not in itself illegal, he is bound to indemnify the agent for any loss he may incur about the agency;”

(De Villiers en Macintosh *Agency* (1956) 30; Kerr *Agency* (1979) 41 en Joubert *Verteenwoordigingsreg* 96). Na aanleiding van hierdie beginsel bevind regter Vermooten:

“No gambling took place between plaintiff and first defendant. The gambling was

between the bookmakers and the plaintiff. In law the plaintiff is therefore entitled to recover from the first defendant to enable him to pay the bookmakers" (1243G).

Die regter staan vervolgens voorlopige vonnis teen albei verweerders toe.

In die loop van die geding het verweerders se advokaat ook aangevoer dat eerste verweerder as prinsipaal geregtig was om sy volmag aan eiser te herroep. Die verweerders se afgelasting van betaling van die tjeks moet volgens hierdie argument as herroeping van die volmag beskou word. In antwoord hierop haal regter Vermooten die volgende aan uit *Read v Anderson* (1884) 13 QBD 779:

"As an inference of fact, it seems to me that it was well understood to be part of the bargain that the principal should recoup his agent, and should not revoke the authority to pay, but should indemnify the agent against all payments made in the regular course of business . . . the plaintiff has placed himself in a position of pecuniary difficulty at the defendant's request, . . . the contract sued on by the plaintiff is not a wagering contract."

Die regter wys voorts daarop dat die eiser se eis in bogenoemde beslissing geslaag het. Die basis vir die uitspraak in bogenoemde saak is weer eens die beginsel dat die newe-ooreenkoms nie deur die onafdwingbaarheid van die weddenskapsoreenkoms geraak word nie.

Soos reeds hierbo aangetoon, kan daar nie met die ratio decidendi en die resultaat van die uitspraak fout gevind word nie. Daar is egter enkele interessante aspekte van verteenwoordiging wat aangeraak word en wat van nader ondersoek moet word.

Die eerste aspek van die uitspraak wat my hinder, is die feit dat die regter nie duidelik aantoon of eiser in hierdie feitestel as 'n verteenwoordiger of as 'n mandatarius opgetree het nie. Alhoewel die regspunt waarop sy uitspraak berus in albei gevalle van toepassing is en die resultaat dus dieselfde sou wees, hou die

versuim om nie duidelik tussen die twee regsverskynsels te onderskei nie, tog belangrike gevolge in.

Die verweerders se verweer is deur-gaans dat eiser as hulle verteenwoordiger (en dan natuurlik as verteenwoordiger van 'n "undisclosed principal") opgetree het (1240D). Uit die gegewe feite is dit onduidelik of die eiser homself as verteenwoordiger of as mandatarius beskou het: in sy antwoord op die eerste verweerder se verweer voer hy aan dat hy "on behalf of the first defendant," maar "in his own name" opgetree het (1241A, B en E) en dat "the first defendant's indebtedness to him is quite separate and distinct from the plaintiff's indebtedness to the bookmakers" (1242A). Verder voer eiser aan dat "[h]e has never previously defaulted in the payment of any of his debts relating to horse racing . . ." (1242C) (my kursivering).

Dit wil dus voorkom asof die eiser homself tog eerder as mandatarius beskou het wat in sy eie naam handel as verteenwoordiger wat namens 'n prinsipaal optree. Die beroepswedders was skynbaar ook onder die indruk dat hulle uitsluitlik met eiser in sy persoonlike hoedanigheid gekontrakteer het: "They further state that they gave credit facilities to the plaintiff and looked to him alone for payment" (1241G). Alhoewel dit nie duidelik is of die regter die eiser as verteenwoordiger of as mandatarius beskou het nie, dui die strekking van sy uitspraak in die algemeen daarop dat hy die eiser as verteenwoordiger beskou het. Daar is egter twee aspekte van die uitspraak wat geen ander afleiding regverdig nie as dat die eiser as mandatarius opgetree het. In sy samevatting sê die regter:

"In my judgment there were two separate and distinct contracts: one between the plaintiff and the bookmakers which he is compelled to honour under threat of being posted with its dire consequences to his character, privileges and finances; the other between the plaintiff and the first defendant, which was a principal and agent employment and which was quite separate from the first, or wagering,

contract. No gambling took place between plaintiff and first defendant. The gambling was between the bookmakers and the plaintiff" (1243F-G).

Alhoewel die regter uitdruklik hier na 'n prinsipaal-verteenwoordiger verhouding verwys, steun die res van sy uitlatings nie die bestaan van verteenwoordiging nie. As die eiser inderdaad as verteenwoordiger opgetree het, sou daar nog steeds "two separate and distinct contracts" gewees het, maar die een sou tussen die derde (beroepswedders) en die prinsipaal (eerste verweerder) bestaan het en die ander tussen die prinsipaal (eerste verweerder) en die verteenwoordiger (eiser).

By die toestaan van voorlopige vonnis tree die regter myns insiens ook in stryd met die beginsels van verteenwoordiging op deur die bevel teen sowel eerste as tweede verweerder te verleen. As 'n mens inderdaad hier met verteenwoordiging te doen het, is dit 'n geval waar die verteenwoordiger vir 'n "undisclosed principal" opgetree het en aangesien die appèlhof in *Cullinan v Noord-Kaaplandse Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk* 1972 1 SA 761 (A) beslis het dat die leerstuk van die "undisclosed principal" nie uitgebrei kan word sodat 'n verteenwoordiger geldig met 'n derde namens meer as een ongeopenbaarde prinsipaal kan kontrakteer nie, wil dit voorkom asof die regter die eiser tog as mandatarius moes beskou ten einde uitspraak teen albei verweerders te kon gee. Bogenoemde appèlhofuitspraak laat in elk geval die vraag ontstaan of die eiser hoegenaamd as verteenwoordiger van enige van die ongeopenbaarde prinsipale vir wie hy geld verweerd by die beroepswedders kon optree. As 'n mens al bogenoemde omstandighede in ag neem, dan het die eiser na my mening as mandatarius van die verweerders opgetree en nie as verteenwoordiger nie. Vir die toepassing van die regspunt is dit nie van belang of die eiser as verteenwoordiger of as mandatarius opgetree het nie, want in albei gevalle bestaan daar 'n lasgewingskontrak wat nie deur die onafdwingbaarheid van die weddenskapsoreenkoms

geraak word nie (sien gesag hierbo aangehaal).

Die vraag ontstaan egter wat die basis is vir die verweerders se verpligting om die eiser te vergoed. De Villiers en Macintosh *Agency* 30 sit die posisie soos volg uiteen:

"But if the *mandate be executed* the agent is under a duty to account and to pay over to the principal anything which he has received on his principal's behalf. Similarly, the principal is under a duty to indemnify the agent" (my kursivering).

Kerr *Agency* 41 gee die volgende uiteensetting:

"On the other hand, if the agent in such a transaction *disburses* funds for the principal, he is entitled to be *reimbursed*" (my kursivering).

Joubert *Verteenwoordigingsreg* 188 behandel die aangeleentheid onder die verpligting van die prinsipaal om die verteenwoordiger vir uitgawes aangegaan in die uitvoering van sy opdrag te vergoed. Hy verklaar:

"Die sprekendste voorbeeld is die *prys betaal of verskuldig* ten opsigte van iets deur die verteenwoordiger in sy eie naam ten behoeve van die prinsipaal gekoop" (my kursivering).

Die gesag waarop hierdie skrywers hulle beroep is *Goldstein v Nochemowitz* 1914 OPD 95 en *Smith v Miller* 1920 CPD 382. Die ratio in die *Goldstein*-saak bring nie verdere helderheid oor die aard van die verpligting nie:

"The principle on which these cases were decided would appear to be that when a person employs an agent to do an act, which is not in itself illegal, he is bound to indemnify the agent for any loss he may incur about the agency" (100).

Die toonaangewende saak is egter *Smith v Miller* (supra). Die feite van hierdie saak stem in 'n groot mate ooreen met dié van die saak onder bespreking. Die volgende uitlatings van regter Gardiner is vir ons van belang:

"Assuming that the plaintiff had authority, express or implied, to pay his debts, he is entitled under the common law to *recover* from his principal *the money paid* on

behalf of the latter for a purpose which under the law is not illegal" (385) (my kursivering);

"The plaintiff stated that he made the bets in his own name at the request of the defendant and on the defendant's behalf, that the defendant disappeared without settling the bets, and that if he, plaintiff, had not paid he would have been posted as a defaulter at Tattersalls. I think that in these circumstances a promise on the part of the defendant to reimburse plaintiff any money spent in settling the bets may be implied. Defendant would know that plaintiff would be held responsible for bets made in his own name, and that the book-makers would look to plaintiff, and not to his undislosed principal for the money" (388-389) (my kursivering).

By die toepassing van bogenoemde beginsels op die onderhawige saak, kom daar myns insiens enkele probleme na vore. In die eerste plek word die indruk deur al bogenoemde skrywers, behalwe Joubert, en deur die regspraak geskep dat die eiser (mandatarius of verteenwoordiger) reeds die skuld moes betaal het (dus sy opdrag moes uitgevoer het) en dat hy dan op sy uitgawes geregtig is. Joubert *Verteenwoordigingsreg* 188 interpreteer *Smith v Miller* nie so eng nie en is van mening dat die eiser ook daarop geregtig is as die skuld nog uitstaande is. Aan die ander kant kan geargumenteer word dat die basis van eiser se eis verander afhangende daarvan of hy voor of na betaling van die skuld eis, met ander woorde of hy voor voltooiing van die opdrag of daarna eis. As hy na uitvoering van sy opdrag eis, is die basis vir sy eis die vergoeding van uitgawes aangegaan in die uitvoering van sy opdrag. Volgens regter Gardiner in *Smith v Miller* is die basis van die lasgewer se verpligting 'n "implied promise to reimburse." As hy die opdrag nog nie voltooi het nie, en 'n mens met verteenwoordiging te doen het, kan die prinsipaal sy volmag herroep en is hy aanspreeklik om enige skade te vergoed wat die verteenwoordiger as gevolg van die herroeping mag ly. Ook as die eiser as 'n mandatarius opgetree het, kan die mandator sy mandaat herroep en is hy aanspreeklik vir enige skade wat die

mandatarius vanweë die herroeping mag ly. Na voltooiing van die opdrag het 'n mens dus te doen met die lasgewer se verpligting om die lashebber te vergoed vir uitgawes wat hy in die uitvoering van sy opdrag aangegaan het en by herroeping van die opdrag voor voltooiing daarvan met die lasgewer se verpligting om die lashebber skadeloos te stel by opsegging van die mandaat (De Wet en Van Wyk *Kontraktereg* (1978) 343). Die vraag ontstaan egter of die lashebber voor voltooiing van sy opdrag, in die onderhawige geval, voordat hy die skuld gedelg het, op "reimbursement" geregtig is, en indien wel, wat die basis van sy eis is. Myns insiens regverdig die gesag nie so 'n afleiding nie en kan sodanige eis ook nie as teenkant van een van bogenoemde verpligtings van die lasgewer beskou word nie. Wat die lashebber myns insiens in die omstandighede te doen staan, is om eers die skuld te betaal en dan van die lasgewer vergoeding van sy onkoste te eis.

As hierdie beginsels op die feitestel in *Magua v Kahn* toegepas word, sou geargumenteer kon word dat ons wel met herroeping van die opdrag te doen het, aangesien die lasgewers betaling van die tjeks afgelas het. Hulle sal dan aanspreeklik wees vir die lashebber se skade vanweë die feit dat hy as "defaulter" bestempel sal word. Die probleem wat volgens die eng interpretasie van bogenoemde gesag ontstaan wanneer die lashebber nog nie sy opdrag uitgevoer het nie, kom nie in die onderhawige saak ter sprake nie, aangesien dit klaarblyklik 'n uitdruklike beding van die ooreenkoms tussen die eiser en die verweerders was dat "if any bet was unsuccessful, the first defendant would pay him the amount lost on the bet" (1242A).

'n Laaste punt waarop gewys kan word, hou verband met die eerste verweerder se verweer dat die volmag herroep is. In sy verwerping van hierdie verweer verwys regter Vermooten na 'n Engelse beslissing van 1884 waaruit dit nie duidelik blyk of die regter van

mening is dat herroeping in hierdie omstandighede moontlik is al dan nie (1243A-D). Hier wil ek bloot op die algemene reël in ons reg wys dat 'n volmag herroeplik is, behalwe in enkele uitsonderingsgevalle (De Villiers en Macintosh *Agency* 315; Kerr *Agency* 192; Joubert *Verteenwoordigingsreg* 134). Dit is

ook die posisie by lasgewing, alhoewel De Wet en Van Wyk *Kontraktereg* 343 van mening is dat hierdie beginsel nie vandag meer by lasgewing behoort te geld nie.

SUSAN SCOTT

Universiteit van Suid-Afrika

SOJA (PTY) LTD v TUCKERS LAND AND DEVELOPMENT CORPORATION (PTY) LTD 1981 3 SA 314 (A)

Koopkontrak — opskortende voorwaarde — konstruksie van

Die stryd wat daar rondom die inhoud en regswerking van die koopkontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde woed, het nou weer eens sy weerklank in die appèlhof gevind. Die meerderheid sowel as die minderheid van die hof het die standpunt in die vorige appèlhofuitspraak oor die aanleentheid in *Corondimas v Badat* 1946 AD 548 558-559 bevestig en nagevolg sonder om die korrektheid daarvan te ondersoek.

In die onderhawige saak het die respondent "Tuckers" en die appellant "Soja" 'n ooreenkoms aangegaan waarkragtens "Tuckers" aan "Soja" 100 erwe in 'n ongeproklameerde dorpsgebied verkoop het. Die oordrag van eiendom is opgeskort tot tyd en wyl die dorpsgebied geproklameer is, volgens klousule 4 wat lui: "That the sale hereby made is suspensive and subject to the due proclamation of the said Township . . ." en klousule 7 wat bepaal: "That [Soja] acknowledges that [it] is aware that transfer of the aforesaid Property cannot be passed by [Tuckers] until the said Township has been proclaimed . . . On payment of the Purchase Price, transfer shall be given to and taken by [Soja]." Hierdie bedinge is in die kontrak opgeneem weens die bepalinge van artikel 57A van die Transvaalse Ordonnansie 16 van 1969 (soos gewysig deur artikel 13 van Ordonnansie 15 van 1970).

Die relevante gedeeltes van die ondertekende Engelse teks van artikel 57A lui soos volg:

"(1) After an owner of land has taken any steps to establish a township thereon, no person shall, subject to the provisions of section 58, enter into any contract for the sale, exchange or disposal in any other manner of an erf in such township or grant an option to purchase or otherwise acquire any such erf, until such township has been declared an approved township."

"(3) Any contract entered into in conflict with the provisions of subsection (1) shall be of no force or effect and any person who contravenes the provisions of that subsection or fails to comply therewith shall be guilty of an offence."

Klousules 2 en 9 van die ooreenkoms bepaal verder dat indien "Soja" nie die paaieimente op die vasgestelde tye betaal nie, "Tuckers" òf (a) betaling van die uitstaande paaieiment(e) of die hele balans van die koopsom kan eis òf (b) die ooreenkoms kan kanselleer en al die reeds betaalde gelde as roukoop kan behou.

"Tuckers" het vir "Soja" in die hof a quo aangespreek vir die uitstaande balans van die koopsom. "Soja" se verweer was onder andere gebaseer op die feit dat die ooreenkoms nietig is omdat dit getref is deur die verbod van artikel 57A. Die hof a quo (regter Coetzee) gee "Tuckers" gelyk. "Soja" kom nou in hoër beroep voor die appèlhof.

Die meerderheid van die appèlhof, by monde van appèlregter Trollip, aanvaar sonder meer dat die standpunt wat deur die hof in *Corondimas v Badat* 1946 AD 548 558-559 ingeneem is, korrek is. Dit skyn asof waarnemende appèlregter Galgut ook sy uitspraak op hierdie aanname baseer. Die appèlhof het in *Corondimas v Badat* beslis dat daar by 'n koopkontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde geen kontrak tot stand kom voor die vervulling van die voorwaarde nie. Of hierdie stellingname van die appèlhof in hoc casu, sonder om die korrektheid van dié hof se vorige standpunt in *Corondimas v Badat* te ondersoek, geregverdig is, moet gesien word in die lig van die gesag wat reeds in ons reg oor die aangeleentheid bestaan.

Die benadering dat daar geen koopkontrak tot stand kom voor die vervulling van die opskortende voorwaarde nie, maak die eerste keer sy verskyning in ons regspraak in *Fazi Booy v Short* (1881) 2 EDC 301 305 en is nagevolg in die volgende sake: *Quirk's Trustees v Assignees of Liddle and Company* (1885) 3 SC 322 326; *Leo v Loots* 1909 TS 366 370; *Provident Land Trust Limited v Union Government (Minister of Mines)* 1911 AD 615 623-624; *Massey-Harris Company v Van der Walt* 1932 EDL 115 127; *South African Land and Exploration Company Limited v Union Government* 1936 TPD 174 178-179; *Kinsella v Hermanus-Mossel River Township* 1945 TPD 104 108-110; *Corondimas v Badat* 1946 AD 548 558-559; *Cotton Tail Homes v Palm Fifteen* 1977 1 SA 264 (W) 268-269 273-274; *Le Roux v Sentraalwes Personeel Ondernemings* 1977 2 SA 510 (K) 511-513; *Tuckers Land Development Corporation v Somerville* 1981 2 SA 17 (K) 19-21.

In geeneen van hierdie sake, buiten in *Quirk's Trustees v Assignees of Liddle and Company* (1885) 3 SC 322 326, is daar 'n poging aangewend om vas te stel of dié benadering ooreenstem met die beginsels van ons gemenerereg rakende opskortende voorwaardes nie.

Teenoor die bogenoemde benadering word daar ook die standpunt gehuldig

dat daar reeds by kontraksluiting, voor die vervulling van die opskortende voorwaarde, 'n koopkontrak tot stand kom. Ooreenkomstig dié standpunt word slegs 'n gedeelte van die werking van een of meer van die verbintenisse voortvloeiend uit die koopkontrak opgeskort.

In die Romeinse en Romeins-Hollandse reg is daar al by herhaling verklaar dat in 'n geval soos die huidige slegs die gevolge voortvloeiend uit 'n kontrak, en nie die kontrak self nie, opgeskort word (*D* 44 7 42, 45 3 26, 18 1 50, 20 1 135; *I* 3 15 14; *De Groot* 3 3 47; *Voet* 45 1 19; *Van der Linden Koopmans Handboek* 1 14 92. Vgl *De Villiers* 1943 *THRHR* 13 15-17 se bespreking van dié en ander tekste). Die enigste tekste wat in die *Quirk*-saak aangehaal is ter ondersteuning van die teenoorgestelde benadering is *D* 18 1 80 3 en *Voet* 18 1 26. *Diemont, Marais en Aronstam The Law of Hire-Purchase in South Africa* (1978) 15-16, *Flemming Huurkoopreg* (1974) 7, *Van Winsen* 1930 *SALJ* 385 390-392, *De Villiers* 1943 *THRHR* 13 18, *Cronjé en Lotz* 1977 *THRHR* 276 279 en *Olivier* 1980 *De Jure* 238 239-240 toon almal oortuigend aan dat hierdie tekste misverstaan is en in 'n verkeerde verband aangehaal word.

Dit skyn asof hierdie skrywers en al hul tydgenote wat dié aangeleentheid aangeraak het, dit eens is dat daar onmiddellik by kontraksluiting 'n koopkontrak tot stand kom, dit wil sê nog voor die vervulling van die opskortende voorwaarde. (*Sien De Wet en Yeats Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 135-136; *Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn* "Contract" in *The Law of South Africa* bd 5 (1978) 96-97; *Diemont, Marais en Aronstam The Law of Hire-Purchase in South Africa* (1978) 12-19; *Flemming Huurkoopreg* (1974) 5-9; *Mackeurtan Sale of Goods in South Africa* 4e uitg 96-98; *Kahn Contract and Mercantile Law Through the Cases* 527-528; *Wille and Millin's Mercantile Law of South Africa* 17e uitg 168; *Mostert, Joubert en Viljoen Die Koopkontrak* 100-105; *Van Winsen* 1930 *SALJ* 385 390-392; *Spiro* 1940 *SALJ* 263 267; *De Villiers* 1943

THRHR 13; Nienaber 1967 *THRHR* 353 354-355; Cronjé en Lotz 1977 *THRHR* 276; Olivier 1980 *De Jure* 238; Van Rhijn 1980 *Moderne Besigheidsreg* 30 38-39.) Dit lyk asof die enigste skrywer wat 'n teenoorgestelde standpunt handhaaf Belcher *Norman's Purchase and Sale in South Africa* 4e uitg 138-143 is. Dit blyk egter dat hy die reeks bogenoemde uitsprake eenvoudig klakkeloos navolg.

Ook in die regspraak is daar 'n mate van steun te vind vir die standpunt dat by 'n koopkontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde wat nog nie vervul is nie die kontrak self nie opgeskort word nie. (*Reed Bros v Bosch* 1914 TPD 578 582; *Sulaiman v Amardien* 1931 CPD 509-511; *Fichardt Motors v Nienaber* 1936 OPD 221 228; *Odendaalsrust Municipality v New Nigel Estate Gold Mining Company Limited* 1948 2 SA 656 (O) 665-667; *Hayter's Radio Exchange v Hidge* 1949 1 SA 18 (OD) 21. In *R v Katz* 1959 3 SA 408 (K) 419 oorweeg die hof "if the condition be viewed as suspending merely the operation of the contract of purchase and sale and not the contract itself." Die hof is egter nie bereid om stelling in te neem ten opsigte van die aangeleentheid nie.)

Dit wil derhalwe voorkom asof daar, buiten die genoemde appèlhofuitsprake, oorweldigende gesag bestaan vir die standpunt dat daar by kontraksluiting (ab initio) 'n koopkontrak tot stand kom en dat slegs 'n gedeelte van die werking van een of meer van die verbintenisse wat daaruit voortvloei opgeskort word tot tyd en wyl die opskortende voorwaarde vervul word. Hierdie benadering is ook logies verantwoordbaar.

Die benadering dat daar geen koopkontrak tot stand kom voor die vervulling van die opskortende voorwaarde nie, het ontstaan uit die opvatting dat die voorbehoud van eiendomsreg (ingevolge 'n pactum reservati domini) opskorting van die koopkontrak self meebring (Cronjé en Lotz 1977 *THRHR* 276 279-280). Die gedagtegang was dat 'n voorbehoud van eiendomsreg in stryd met die wese van 'n

koopkontrak sou wees en dat daar dus geen koopkontrak tot stand kan kom voor vervulling van so 'n voorwaarde nie (*Quirk's Trustees v Assignees of Liddle and Company* (1885) 3 SC 322 326). Skynbaar het die howe hierdie gevolgtrekking (op enkele uitsonderings na, byvoorbeeld in die *Odendaalsrust Municipality*-saak) tot alle opskortende voorwaardes vervat in koopkontrakte uitgebrei. Blykbaar is hierdie opvatting ontleen aan die vroeë Engelse reg (sien Benjamin *Sale of Personal Property* (1888) 4e uitg 763) wat in elk geval sedertdien in hierdie verband 'n verandering ondergaan het (sien *Benjamin's Sale of Goods* (1974) par 45; *Chitty on Contracts* (1977) par 4413). In die vroeë Engelse reg het die opskorting van eiendomsorgang ook die opskorting van die koopkontrak self tot gevolg gehad omdat die verbintenissekkende en saaklike ooreenkomste albei in die koopkontrak beliggaam sou wees (Cronjé en Lotz 1977 *THRHR* 276 279-280). Ons reg, daarenteen, onderskei duidelik tussen die verbintenissekkende en die saaklike ooreenkoms (*Scholten's* 1957 *SALJ* 280; Cronjé 1978 *THRHR* 227), sodat die opskorting van eiendomsorgang nie sonder meer die opskorting van die koopkontrak self, of dan die verbintenisse voortvloeiend daaruit, tot gevolg het nie. Slegs 'n gedeelte van die werking van dié verbintenis wat die reg op en verpligting tot lewering van eiendom behels, word in gegewe omstandighede opgeskort.

Alhoewel die howe wat die foutiewe benadering volg, meen dat daar geen koopkontrak tot stand kom voor die vervulling van die opskortende voorwaarde nie, sou daar volgens hulle wel "a very real and contractual relationship" bestaan (*Leo v Loots* 1909 TS 366 371). Dit wil voorkom asof al die beginsels wat op 'n koopkontrak van toepassing is, dan ook op hierdie "innominate" kontrak betrekking sou hê (sien in die algemeen *Flemming Huurkoopreg* (1974) 8 vn 7, 8 en 9; Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn "Contract" in *The Law of South Africa* bd 5 (1978) 96-97; Belcher *Norman's Purchase*

and Sale in South Africa 4e uitg 140-143). Dit blyk onder andere uit die volgende regsgevolge wat aan die "innominate" kontrak geknoop word:

a Albei partye is aan die "innominate" kontrak gebonde (*Corondimas v Badat* 1946 AD 548 558-560; *Badat v Corondimas* 1947 2 SA 170 (D) 186; *Ex parte Universal Insurance* 1949 3 SA 801 (T); *G & G Investment and Finance Corporation v Kajee* 1961 2 PH A 72 (D). In *Massey-Harris v Van der Walt* 1932 EDL 115 127-128 beskryf die hof die partye se gebondenheid soos volg:

"A definite contract sprang into existence, under which both parties acquired rights and incurred obligations".

b Daar is ook geen sprake van 'n totstandkoming van regte kragtens die koopkontrak eers by die vervulling van die opskortende voorwaarde nie. Die voorwaardelike regte word reeds tydens kontraksluiting verleen en oorgedra (*Peri-Urban Areas Health Board v Tomaselli* 1962 3 SA 356 (A) 351).

c Skynbaar sal regte ook ingevolge die "innominate" kontrak gesedeer kan word voor die vervulling van die opskortende voorwaarde (*Mears v Pretoria Estate and Market Co Ltd* 1906 TS 661 668 672). Dit wil ook voorkom asof die voorwaardelike regte ingevolge die "innominate" kontrak aan die skuldeiser se erfgename oorgedra kan word (*De Groot* 3 3 47; *Voet* 45 1 19).

d 'n Kontraktant kan vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk aanspreeklik gehou word (*Brest & London v Heydenrych* (1896) 13 SC 17; *Emmett v Darter & Sons* 1920 EDL 78; *Frasers Limited v Nel* 1929 OPD 182; *Massey-Harris v Van der Walt* 1932 EDL 115; *Badat v Corondimas* 1947 2 SA 170 (D); *G & G Investments Corporation v Kajee* 1961 2 PH A 72 (D)).

e 'n Interdik kan toegestaan word om 'n dreigende verkoop van die koopgoed aan 'n derde te verhoed (*Starr v Rammath* 1954 2 SA 249 (N)); sien ook *Wessels Law of Contract in South Africa* bd 2 (1937) 454).

f Verjaring is ook van toepassing ten opsigte van 'n eis vir kansellasië ingevolge die "innominate" kontrak (*Kinsella v Hermanus-Mossel River Township* 1945 TPD 104 110).

As daar 'n kontrak tot stand kom voor die vervulling van die opskortende voorwaarde, waarop die gewone beginsels van 'n koopkontrak van toepassing is, waarom word dit nie eenvoudig as 'n koopkontrak erken nie? (Sien ook *De Wet en Yeats Kontraktereg en Handelsreg* (1964) 246.)

Die foutiewe benadering gee ook aanleiding tot die ongewenste retrospektiewe werking van die kontrak by vervulling van die opskortende voorwaarde (*De Wet en Yeats Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 137).

Word die geheel van gesag ten gunste van die standpunt dat daar wel reeds by kontraksluiting 'n koopkontrak tot stand kom, voor die vervulling van die opskortende voorwaarde, en die oorwegings hierbo genoem, in gedagte gehou, kan die appèlhof se aanname in hoc casu oor die korrektheid van die *Corondimas v Badat*-saak myns insiens nie geregverdig word nie.

Al sou 'n mens die appèlhof se standpunt aanvaar, kan daar na my mening nie saamgestem word met appèlregter Trollip se vertolking van die inhoud van die "innominate" kontrak nie. Appèlregter Trollip ondersoek die moontlikheid of die "innominate" kontrak, alhoewel dit nie 'n koopkontrak is nie, moontlik voldoen aan die sinsnede in artikel 57A wat lui: "... any contract for the disposal in any manner of an erf . . ." Veral na aanleiding van die *Corondimas v Badat*-saak sê appèlregter Trollip:

"If such a contract, whatever form it takes, is subject to a suspensive condition of the kind in question here, that right to the dominium is neither alienated nor correspondingly acquired until that condition is fulfilled."

Die regter se siening is ook dat die woord "acquire" sinoniem aan "sale, exchange, or dispose of" is. Gevolglik

val die "innominate" kontrak nie binne die gemelde sinsnede van artikel 57A nie. Appèlregter Trollip se ontleding van appèlregter Hoexter se dicta in *Peri-Urban Areas Health Board v Tomaselli* 1962 3 SA 346 (A) 351 is ook vatbaar vir kritiek. Appèlregter Hoexter verklaar in dié verband in die gemelde saak:

"In my opinion, however, the fulfilment of a casual suspensive condition can never dispose of any right at all . . . In the case of a contract disposing of a right by one party to the other, the making of the contract is the legal act which disposes of the right concerned. *If the contract is subject to a casual suspensive condition, then it is impossible to say, before the condition is fulfilled, whether or not the making of the contract disposed of the right concerned.* If the condition is fulfilled, then the making of the contract was the legal act of disposal, and if the condition is not fulfilled the making of the contract had no legal effect at all" (my kursivering).

Uit hierdie aangehaalde gedeelte blyk dat die regsposisie van die partye voor die vervulling van die opskortende voorwaarde, anders as wat appèlregter Trollip beweer, wel deur die hof ondersoek word. Die enkele gedeelte van hierdie dictum wat appèlregter Trollip aanhaal (die gekursiveerde gedeelte) mag ook wel die indruk skep dat daar by kontraksluiting geen regte verleen of oorgedra word nie. Word dié uittreksel in sy verband gelees, neem dit 'n heel ander betekenis aan. Appèlregter Hoexter wys inderdaad daarop dat die verlening of oordrag van 'n voorwaardelike reg by die sluiting van die koopkontrak geskied. Word die voorwaarde vervul, verkry die verleende reg volle regswerking, maar by nie-vervulling van die voorwaarde kan die aanvanklike kontraksluiting nie as grondslag dien om regswerking aan die voorwaardelike reg te verleen nie, sodat die tot hiertoe voorwaardelik verleende reg uitgewis word.

Meer bevredigend is die uiteensetting van waarnemende appèlregter Galgut wat op grond van die bogenoemde uitspraak van appèlregter Hoexter in die *Tomaselli*-saak verklaar:

"The above dicta leave no doubt that the fulfilment of a casual suspensive condition can never dispose of any right at all. The only act of disposal is the execution of the contract" (330H).

Aan hierdie benadering moet daar gelyk gegee word omdat daar uit 'n koopkontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde 'n voorwaardelike verbintenis voortvloei. Tot tyd en wyl die opskortende voorwaarde vervul is, bestaan daar ingevolge die voorwaardelike verbintenis 'n voorwaardelike reg op en verpligting tot lewering van die eiendom. Hierdie voorwaardelike reg kom tot stand by kontraksluiting en geniet reeds gedeeltelik regswerking (De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 135-136; die woord "execution" in die bogemelde gedeelte van waarnemende appèlregter Galgut se uitspraak is derhalwe minder korrek). By die vervulling van die opskortende voorwaarde verkry die voorwaardelike reg volle regswerking, terwyl by ontbreking van die vervulling van die voorwaarde die tot hiertoe voorwaardelike reg uitgewis word.

Ten slotte kan daarop gelet word dat Cronjé en Lotz 1977 *THRHR* 276 284 'n beroep gedoen het op die appèlhof om die konstruksie van 'n koopkontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde in heroorweging te neem. Die appèlhof het nou 'n gulde geleentheid om dit te doen eenvoudig laat verbygaan. Intussen het Olivier 1980 *De Jure* 238 246 ook 'n beroep op die wetgewer gedoen om die posisie reg te stel. Al wat nou oorbly is multae voces ad claritatem vocantes in mediis tenebris dictis.

FW MOSTERT

*Student aan die
Randse Afrikaanse Universiteit*

S v ADAMS 1981 1 SA 187 (A)

Noodtoestand

In hierdie saak kom 'n Indiërman in hoër beroep teen sy skuldigbevinding aan 'n oortreding van die Wet op Groepsgebiede 36 van 1966 (soos gewysig). Adams se skuldigbevinding spruit uit sy okkupasie van 'n woonstel in 'n blanke gebied. Blykens die getuienis was daar 'n "nypende behuisingsnood in Johannesburg vir Indiërs en Kleurlinge." Die beskuldigde en sy vrou se beroerde behuisingswederverarings (terwyl daar in 'n sekere deel van die blanke gebied etlike woonstelle te huur beskikbaar was) word geskets. Adams beroep hom op 'n verweer van noodtoestand.

Hierdie uitspraak is van belang vir sowel die straf- as die deliktereg aangesien die appèlhof, in 'n meerderheidsbeslissing wat deur hoofregter Rumpff gelewer word, uitspraak gee oor die grondslag van die verweer van noodtoestand. Die hoofregter verklaar naamlik:

"Ek dink dat dit aanvaar kan word dat die beroep op noodtoestand in die onderhawige geval 'n *beroep op regmatigheid van die daad* is, met ander woorde, 'n andersins onregmatige daad moet weens die feite van die geval as regmatig beskou word" (220B) (my beklemtoning).

Die appèlhof kom tot hierdie bevinding sonder verwysing na enige gesag. Daar word byvoorbeeld nie verwys na dié hof se uitspraak in die beroemde *Goliath*-saak (1972 3 SA 1 (A)) waar die hof doelbewus nie beslis het of noodtoestand die wederregtelikheid van die daad ophef en of dit as skulduitsluitingsgrond geld nie.

Die geskiedenis van noodtoestand as 'n verweer in die Suid-Afrikaanse reg is 'n wisselvallige een waaruit nie duidelike riglyne te trek is nie. (Sien in hierdie verband Van der Westhuizen *Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strafreë* (1979) 355 e v 592 e v). In slegs enkele sake het die houe uitdruklik beslis dat noodtoestand 'n wederregtelikheidsuitsluitingsgrond is: in *Rabodila* 1974 3 SA 324 (O) 325 en veral 326A beslis regter Smuts dat die beskuldigdes se optrede

geregverdig was deur die noodtoestand waarin hulle verkeer het. In *Pretorius* 1975 2 SA 85 (SWA) word die vraag ondersoek of noodtoestand wederregtelikheid of skuld uitsluit. Daar word na regspraak verwys waarin die geestestoestand van die dader op die voorgrond gestel is, maar dan word verklaar dat daar

"niks te vinde is in die aangehaalde uitsprake of enige ander gewysdes . . . wat as gesag kan dien vir die stelling dat noodtoestand nie ook as regverdigingsgrond beskou kan word nie" (88D-G).

Soos Van der Westhuizen aandui (595 598) kan kritiek teen hierdie uitsprake uitgespreek word. Alhoewel daar in hierdie uitsprake verklaar word dat die toets vir noodtoestand objektief is, word allerlei subjektiewe faktore bygehaal soos die feit dat die beskuldigdes alle rede gehad het om te glo dat hulle lewens in gevaar was (*Rabodila*), die feit dat die situasie "angswekkend" was en die feit dat daar "vreesinboeseming" voorhande was (*Pretorius*). In *Pretorius* was die beskuldigde se optrede as geregverdig beskou ten spyte daarvan dat die noodtoestand in der waarheid putatief was. Analooq aan die hof se benadering in *Rabodila* is *Chetty v Minister of Justice* 1976 2 SA 450 (N) waar beslis is dat daar redelike gronde moet bestaan vir die verweerder om te glo dat daar 'n onmiddellike gevaar vir mens of eiendom is. Of daar 'n noodtoestand bestaan, moet objektief vasgestel word, naamlik na aanleiding van die vraag of die redelike man in die dader se posisie sou meen dat so 'n situasie voorhande is. Aan die ander kant was die benadering van die appèlhof in *Mahomed* 1938 AD 30, *Hercules* 1954 3 SA 826 (A) en *Bradbury* 1967 1 SA 387 (A) subjektief. Van der Westhuizen toon tereg aan (358) dat daar in hierdie sake in so 'n mate klem gelê is op dadersubjektiewe faktore soos vrees en wilsvryheid dat noodwendig afgelei moet word dat met noodtoestand of dwang as 'n skulduit-

sluitingsgrond gewerk is. In *Goliath* het die meerderheid van die appèlhof by monde van appèlregter Rumpff verwys na die vraag of noodtoestand 'n wederregtelikheds- of 'n skulditsluitingsgrond is, maar dit onnodig gevind om oor die aangeleentheid uitsluitel te gee. Die toets wat die hof vir noodtoestand toepas, is egter objektief (vgl 25C). Appèlregter Rumpff verklaar naamlik:

“By die vraag of 'n daad wederregtelik is, word die daad van buite af beskou en beoordeel of dit volgens positiewe reg geoorloof is of nie, terwyl by die skuldvraagstuk die daad van binne af beskou word, vanuit die psige van die dader” (11C).

By beoordeling van die beskuldigde se optrede moet die “fiktiewe normale mens” in die posisie van die beskuldigde geplaas word (11F-G). Verder mag daar aan die beskuldigde

“nooit hoër eise gestel word nie as wat redelik is en redelik beteken in hierdie verband dit wat van die gewone deursnee mens in die besondere omstandighede verwag kan word” (25C-D).

Daarenteen spreek appèlregter Wessels, in 'n minderheidsuitspraak, hom wel uit oor die vraag of noodtoestand die wederregtelikhedelement dan wel die skuldelement uitsluit. Na oorweging van die beslissings in *Mtetwa* 1921 TPD 277, *Mahomed* en *Hercules* kom hy tot die gevolgtrekking:

“Na my mening bestaan daar geen werklike behoefte in ons reg om noodtoestand as regverdigingsgrond by 'n aanklagte van moord werking te gee nie. Om sodanige werking daaraan te gee, en die perke van die geldingsgebied te omskryf, sou verwytbaarheid van die handeling ongetwyfeld van oorwegende belang wees. Dit is haas ondenkbaar dat 'n noodtoestandshandeling as geoorloof beskou sou kon word in omstandighede waar die dader se gesindheid nogtans in 'n mindere of meerdere mate as laakbaar beskou word. Die oorwig van praktiese gerief dui ook op die wenslikheid om noodtoestand se werkingsfeer tot skulditsluitingsgrond te beperk” (36H-37A).

Van der Westhuizen meen egter (361) dat appèlregter Wessels nie beslis het dat noodtoestand “*in beginsel en in alle*

gevalle” 'n skulditsluitingsgrond is nie.

Ten slotte kan daar na *Kibi* 1978 4 SA 173 (OK) verwys word waar die hof dit ook onnodig vind om te beslis of noodtoestand wederregtelikhede of skuld uitsluit, maar wel die vereistes vir noodtoestand soos deur Burchell en Hunt uiteengesit toepas (dié skrywers beskou noodtoestand as 'n regverdigingsgrond).

In die lig van die genoemde onsekerheid omtrent die presiese plek van noodtoestand onder die verskillende elemente van die misdad, is dit jammer dat die appèlhof nie sy reeds aangehaalde standpunt dat noodtoestand 'n regverdigingsgrond is, behoorlik gemotiveer het deur die voorafgaande regspraak krities te ondersoek en die wese van noodtoestand as verweer grondig te ontleed nie. Terwyl hoofregter Rumpff verklaar:

“Ek dink dat dit aanvaar kan word dat die beroep op noodtoestand *in die onderhawige geval* 'n beroep op regmatigheid van die daad is . . .” (220B) (my beklemtoning),

moet 'n mens hoop dat daar nie afgelei sal word dat hy meen dat noodtoestand nie *in alle gevalle* hierdie werking sal hê nie. Ten spyte van die mate van onsekerheid wat daar nog oor hierdie aangeleentheid mag bestaan, moet die beslissing in die geheel verwelkom word.

Die hof beoordeel die beskuldigde se verweer sonder omhaal van woorde. Wat die toets vir optrede in noodtoestand betref, verklaar hoofregter Rumpff kortliks:

“Wanneer 'n toestand regtens as noodtoestand beskou moet word, sal afhang van die feite van elke geval. Of die optrede van 'n persoon wat in noodtoestand handel as redelik beskou kan word of nie, hang ook van die feite van elke geval af” (220C).

Die hof vind dit egter onnodig om die beskuldigde se optrede te beoordeel, aangesien daar bevind word dat daar geen werklike nood bestaan het waarteen opgetree kon word nie. Daar word met verwysing na *Canestra* 1951 2 SA 317 (A) beslis dat die “absolute woningnood” waarvoor die beskuldigde te

staan gekom het, nie in beginsel verskil van die ekonomiese nood in *Canestra* se saak nie (welke tipe nood regtens nie 'n beroep op noodtoestand kan fundeer nie). Van der Westhuizen (584) haal met goedkeuring die mening van Burchell en Hunt aan dat dit onnodig is om die *soort* belange wat beskerm mag word te probeer omskryf en te kwantifiseer. In ooreenstemming met sy standpunt, verklaar hy (585) dan dat

“dit deurgaans om die afweging van belange of van moontlike euwels gaan. Die swaarste belang moet beskerm word en die grootste euwel moet voorkom word.”

Anders gestel, 'n noodtoestand is voorhande indien belange in so 'n mate en op so 'n wyse bots dat die een slegs ten koste van die ander beskerm of gehandhaaf kan word (kyk 611). Hoofregter Rumpff se bevinding kom in effek op so 'n beoordeling neer: Dit spreek eersens uit sy omskrywing van noodtoestand “as 'n feitetoestand waarin daar 'n onmiddellike bedreiging ontstaan vir 'n beskermwaardige belang” (welke omskrywing aan Van der Westhuizen 3 ontleen is). Tweedens, voorafgaande tot sy verklaring dat absolute woningnood nie in beginsel van ekonomiese nood verskil nie, skets hy die hipotetiese geval van 'n persoon, X, wat besluit om van stad A na stad B te gaan om te werk en hoegenaamd nie huisvesting in stad B kan kry nie. X is nie geregtig om sonder toestemming in 'n ander se huis in stad B in te trek nie, al het die huis 'n leë kamer. Al kan X absoluut geen huisvesting kry nie,

“is sy probleem iets wat nie opgeweeg kan word teen die reg van die eienaars van huise in stad B nie. Dit gaan natuurlik nie hier oor tydelike skuiling teen hael of vloedwaters of 'n ander vorm van bedreiging soos dié van terroriste nie” (221A).

Met ander woorde, in eersgenoemde geval weeg X se belang (om huisvesting te bekom) nie swaarder as die huiseenaar se belang in ongestoorde, private verblyf in sy woning nie, maar in die geval van dreigende vloedwaters ensovoorts, kan die reg X se belang om tydelike skuiling te bekom as 'n groter belang as die huiseenaar se genoemde belang beskou.

Interessantheidshalwe kan ook gewys word op die Engelse saak *Southwark LBC v Williams* [1971] Ch 745, deur Glanville Williams aangehaal in *Textbook of Criminal Law* 563-564. In dié saak is beslis “that necessity does not justify the homeless in ‘squatting’ in unoccupied buildings.” Williams verwys na hierdie situasie as “[a]nother dire conflict between extreme need and the maintenance of public order [arising] in relation to housing.”

'n Laaste interessante aspek van die *Adams*-saak is die hof se beslissing dat die bewyslas ten aansien van die verweer van noodtoestand by statutêre misdade, net soos in die geval van gemeenregtelike misdade, op die staat rus, tensy die statuut uitdruklik of by implikasie die bewyslas op die beskuldigde plaas (220D-H).

SANDRA STOKER
Universiteit van Suid-Afrika

S v DU TOIT 1981 2 SA 33 (C)

Mens rea in statutory offences — the effect of ignorance of the law on the existence of dolus and culpa respectively

The maxim of the civil law that *ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat* was, until recently, considered to apply generally to South African law.

Prior to *S v De Blom* 1977 3 SA 513

(A) the rule in South Africa was that “ignorance of law shall not excuse a man or relieve him from the consequences of a crime or from liability on a contract” (*Reynolds v Kinsey* 1959 4 SA 50 (FC) 65). It is clear from this statement that

the maxim may operate in different areas of the law. It may apply in the sphere of the enrichment action known as the *condictio indebiti*, or it may be applied to the question of fault in criminal cases. In contemporary South African law the maxim continues to be regarded as inflexible when applied in the case of the *condictio indebiti* (*Rooth v The State* 1888 2 SAR 259; *Benning v Union Government* 1914 AD 420). In criminal law, on the other hand, its application has been substantially altered by the appellate division in *S v De Blom*.

It is a fundamental principle of criminal law that *actus non facit reum nisi mens sit rea* (an act is not unlawful unless there is a criminal intention). The *ignorantia juris* rule is a departure from this principle in that it allows liability to be imposed on a person who does not have *mens rea* in relation to the unlawfulness of his act, that is, who does not know that his conduct is unlawful.

Prior to *De Blom's* case ignorance of the law, although not an excuse, was nonetheless a mitigating factor (*R v Werner* 1947 2 SA 574 (T); *S v Tshwape* 1964 4 SA 327 (C)). This was in accordance with Roman-Dutch law. Van der Linden saw ignorance of the law as a mitigating factor "if there are grounds for supposing that, owing to the very rare occurrence of such a crime, or other reasons, the person in question was not acquainted with the rigour of the law" (2 1 5) (Morice's translation). Voet also thought that mistake of law was a mitigating element that rendered persons "free of those penalties which have been determined only for those who do wrong with evil intent. It is usual however for other lighter penalties to be laid on those who make mistakes of law" (22 6 4) (Gane's translation).

It is interesting to note that before *S v De Blom* ignorance of the law operated not only as a mitigating factor, but, in certain circumstances it was treated as a complete defence, albeit only in those cases where the ignorance was clothed in "the guise of a claim of right" (Galgut

J in *S v Rabson* 1972 4 SA 574 (T) 577). Burchell and Hunt (*SA Criminal Law and Procedure* vol 1 265) explain the so-called "claim of right" cases as those cases in which an accused would be acquitted if his defence was that although he realized his act would be criminal in normal circumstances, on the occasion in question he mistakenly believed he had a right to act as he did. This is clear from the case of *R v Tsunyanyana* 1960 4 SA 449 (E) in which the accused had openly taken the complainant's jacket because the complainant had borrowed and lost the accused's valuable pen and had refused to compensate him. The accused believed he had a right "to take this course of impounding the jacket in order to induce the complainant to pay him" (450), and the court therefore held that in the circumstances there was no *animus furandi* and the accused's conviction was set aside. It is indeed strange that our courts did not recognize that this defence of "claim of right" really amounted to a defence of ignorance of the law.

It is useful to examine the effect of *De Blom's* case on crimes requiring *mens rea* in the form of *dolus* and those requiring *mens rea* in the form of *culpa* separately.

In common law crimes (with the exception of culpable homicide) *mens rea* in the form of *dolus* is required for liability. When an offence is created by statute and the statute does not expressly provide that *mens rea* is required, there is a presumption that the legislature intended *mens rea* to be an element of the particular offence (*S v Ngwenya* 1979 2 SA 96 (A) 99). Indications which the court will take into account are "the scope and object of the statute, the nature and extent of the penalty, and the ease with which the prohibition or injunction could be evaded" (*R v H* 1944 AD 121 126; *S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A) 365). The court will decide the form of *mens rea* that is required for the commission of the offence by reference to the intention of the legislature.

De Blom's case held that where a statute provides or a court determines that mens rea in the form of dolus is a requisite element of an offence, then a bona fide and genuine mistake of fact or law excludes dolus, regardless of the reasonableness of the mistake. This is in accordance with the established subjective test of intention (*S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A); *S v Arnold* 1965 2 SA 215 (C)).

It is by no means true to say that the appellate division in *De Blom's* case abolished the ignorantia juris rule. On the contrary, ignorance of the law would still not be an excuse in crimes where culpa is the requisite mens rea, and where the accused's ignorance is unreasonable. This is well illustrated by the case forming the subject-matter of this note.

Du Toit was charged with contravening reg 14(2) in GN R386 under Act 120 of 1977, part of the "Regulations in respect of the saving of Petroleum Products," in that he transported two containers of petrol without a permit. He admitted having carried the petrol, but relied on ignorance of the law as his defence because, he claimed, he did not know of the existence of reg 14(2). *S v De Blom* was cited in support of this contention.

Du Toit's submission that mens rea in the form of dolus was required by the regulation was rejected. Baker J who heard the appeal from the magistrate's court was of the opinion that the object of the Act was to protect a "most vital national necessity" (39) and that the object could be easily defeated if dolus were required. Taking into account the heavy penalties provided for by the act, the learned judge concluded that the legislature intended that a negligent failure to obey the regulations should amount to an offence. It was therefore sufficient for the state to prove culpa under the petrol regulations. The court expressed the view that a motorist must acquaint himself with the relevant laws and regulations, and that any motorist who fails to do so is negligent. Du Toit's

ignorance of the law was "culpable negligence" and for the purposes of this offence such ignorance is not an excuse. Baker J referred to the approach approved in *De Blom's* case (531-532) that a builder or a gemdealer or any person who engages in a "besondere gebied" is negligent if he fails to acquaint himself with the laws that fall within the scope of his particular activity (*S v Wandrag* 1970 3 SA 151 (O); *S v Tsochlas* 1974 1 SA 565 (A)). By analogy with a builder or a gemdealer the learned judge concluded that a motorist too "is expected to acquaint himself with those regulations or laws" related to his activity (42).

It is submitted that this is too wide an application of the scope of activity test approved of in *De Blom's* case. The test should apply only to those engaged in a "besondere gebied." Whilst it seems reasonable to require a specialist to acquaint himself with laws relating to his field, the modern day motorist is by no means a specialist and an application of this test to all motorists amounts to a limited application of the rejected cliché: "everyone is presumed to know the law." It is submitted, therefore, that Du Toit should have been found guilty not because the law required him to acquaint himself with the regulation, but, on the general objective test of negligence, because a reasonable man in his position would have foreseen the possibility of unlawfulness had he thought about it.

It is noteworthy that had the court concluded that the statute required mens rea in the form of dolus (as Du Toit submitted), rather than culpa, the outcome of the decision would have been different because mistake of law excludes dolus, regardless of the reasonableness of the accused's mistake (*S v De Blom*). This principle of *De Blom's* case has been criticized by Whiting (1978 *SALJ* 1) who suggests that the wrongdoer may be unduly favoured. Whiting believes that mistake of law should "not negative liability . . . for crimes requiring dolus unless it is reasonable."

The question is, therefore, whether the *De Blom* approach unduly disregards the interests of the state or of a person who may have suffered harm as a result of the accused's act. The court could accommodate the interests of the state or the complainant (in those cases where it is necessary for the court to determine what form of mens rea is required by a particular statute) by favouring the interpretation that culpa is sufficient, so that an unreasonable mistake of law will not negative liability. In this way the possible weakness of the *De Blom* decision could be avoided. However, this approach is not supported by Jansen JA who in an obiter dictum stated that "[i]n die gewone geval sal die verskyningsvorm [van skuld] wat die Wetgewer in gedagte het, opset (dolus) wees en nie nalatigheid (culpa) nie. (As uitsondering kan die bedoeling egter wees dat selfs culpa tov sekere aspekte voldoende kan wees . . .)" (*S v Ngwenya* 1979 2 SA 96 (A) 100). Clearly, the above approach will also not be possible where it

is clear that the legislature intended dolus to be the requisite mens rea.

What is in issue in this regard is the question of where the emphasis of criminal law should lie. Should the law primarily protect persons and the state against harm, or should it rather insist on the liberal principle of no liability without fault?

Du Toit's case also has a bearing on the controversy regarding the fundamental nature of negligence. Should negligence be established by a predominantly objective approach, or, alternatively, should a predominantly subjective test be applied? Although this problem was not dealt with by the court in so many words, its reference to "[e]very person in this country who can read or hear must have been aware . . . that there have been . . . regulations in existence" tips the scale in favour of the objective approach.

THERESA NOBLE

University of the Witwatersrand

S v KATSIKARIS 1980 3 SA 580 (A)

Travellers' cheques — legal nature

1 Although the first travellers' cheque was issued by the American Express Co as early as 1891 (Ellinger "Travellers' Cheques and the Law" 1969 *Univ of Toronto LJ* 132 134), there can hardly be any topic of similar economic importance in the whole field of mercantile law that has escaped the focus of intensive academic and judicial scrutiny for such a long time. The reasons for the lack of authoritative decisions on the legal nature of this phenomenon might well be that where the opportunity for litigation in this regard might arise, the amount involved might not warrant proceedings as far as an authoritative decision by a court of appeal (Swart "A Note on Travellers' Cheques" 1974 *SALJ* 241), as well as assumedly the policy of the issuers of travellers' cheques to compensate losses as far as is economically feasible, rather than cast any doubt on the security afforded by

their travellers' cheques (Stassen "The Legal Nature of Travellers' Cheques" 1978 *SALJ* 180).

In view of the pioneering work done by the American Express Co in the creation of this phenomenon, it is perhaps fitting that travellers' cheques issued by this company provided the appellate division with the first opportunity to make a few remarks on the legal nature thereof in *S v Katsikaris* 1980 3 SA 580 (A).

2 K was charged with the contravention of regulation 2(1) and regulation 3(1)(a) of the Exchange Control Regulations, promulgated in GN R1111 of 1 December 1961 in terms of section 9 of the Currency and Exchanges Act 9 of 1933. The contravention of regulation 2(1) related to the alleged buying and selling of foreign currency from or to a person who is not an authorised dealer,

without the permission of the treasury. The conviction on this count, which is not relevant to this discussion, was confirmed on appeal.

The contravention of regulation 3(1)(a) related to the alleged sending out of the Republic of foreign currency falling within the ambit of the deeming provisions contained in regulation 3(9), reading as follows:

“For the purposes of this regulation, any bills of exchange or promissory notes payable otherwise than in the currency which is legal tender in the Republic shall be deemed to be foreign currency.”

K sent travellers' cheques, signed at the top and bottom by him in the Republic, to Greece, where they were presented to a bank and duly honoured. The travellers' cheques concerned were those of the American Express Co (Amexco), which company reimbursed the Greek bank on clearance of the cheques. The space for the top signature on the cheque was preceded by the words “When countersigned below with this signature” and was followed by the name Amexco and the words “Pay this cheque to the order of.”

K pleaded guilty on both counts in the magistrates' court and was arraigned for sentence in the Cape provincial division, where he unsuccessfully applied to have his plea changed to one of not guilty. He was convicted and sentenced on both counts.

3 Since travellers' cheques assume such a wide variety of forms (cf Ellinger op cit 136), the first question to be canvassed should be one of method: as methodological premise it can be stated that the legal nature of any specific travellers' cheque should only be determined with reference to its individual characteristics (Stassen op cit 182), thus rejecting the view of Ellinger (op cit 137) that, although travellers' cheques may assume basically three forms, any classification, in order to be perfect, should establish all types of travellers' cheques as one legal entity. (The most extreme position at this end of the

spectrum is taken by McLoughlin *Introduction to Negotiable Instruments* (1975) 13, who merely in superficial terms elevates one category of travellers' cheques, i.e. those in the form of an order given by the customer to the bank requiring it to pay to himself or his order the sum specified, to a general characterisation of this phenomenon, leading to the conclusion that a travellers' cheque is a form of cheque.) The individualising method is adopted by Trollip JA, when he states (593E) that

“[w]hether or not a travellers' cheque of the kind in question is a bill of exchange, cheque, or promissory note generally depends upon the correct interpretation of its particular wording and form . . .” (my italics).

As a result of the adoption of the individualising approach most writers distinguish between three categories of travellers' cheques (Chitty on *Contracts* 24th ed by Guest (gen ed) (1977) vol 2 195; Ellinger op cit 136 (although he espouses a generalising approach); Chorley *Law of Banking* 6th ed (1974) 255-257; Latsky “Reisigerstjeks — Op Reis na 'n Nuwe Regsgestalte” 1979 *Responso Meridiana* 36-37; contra Goodey *Aspekte van die Aanspreeklikheid van die Bankier in die Suid-Afrikaanse Tjekreg* unpublished LLD thesis UP (1978) 442-443 and Stassen op cit 180-182 who distinguish between four different categories), while agreeing that the travellers' cheques issued by Amexco represent one of these separate categories: the dicta contained in the decision under discussion should thus be seen to pertain to the other categories only in so far as these other categories exhibit corresponding characteristics.

4 The decision turns on the question as to whether the travellers' cheques in question are bills of exchange or promissory notes and thus fall within the ambit of the deeming provisions of regulation 3(9). This question was not dealt with in the court a quo (592 H): since the travellers' cheques are written documents, the answer to this question depends on the correct interpretation of

the wording and form of the documents (593E).

It was submitted on behalf of the state that the travellers' cheques are bills of exchange within the definition thereof in section 2(1) of the Bills of Exchange Act 34 of 1964, containing an unconditional order in writing addressed by the traveller as drawer to Amexco, ordering the latter to pay \$10 on demand to him or his order (587C-D and 594B-C). It was argued that the traveller signs in the first space in the instrument only for the purpose of identification, but in signing in the second space (his countersignature) he draws the instrument: his countersignature in the presence of the person cashing the instrument would then merely serve to identify him as the true drawer of the instrument, which, on his countersignature, then becomes an unconditional order addressed to Amexco (594D-E). (Stassen (op cit 183), due to his somewhat different interpretation of the capacities of the parties mentioned in the Amexco travellers' cheque (see the discussion infra), advances a similar argument when he avers that the traveller signs as co-drawer when he makes his countersignature; it should be noted in contradistinction to the argument advanced by the state, that Stassen ascribes the identification function to the countersignature (op cit 182).)

It was contended on behalf of K, on the other hand, that the order to pay is not unconditional, since payment is made conditional upon the traveller countersigning the travellers' cheque in the presence of the person cashing it, with the countersignature corresponding with the signature (584A and 594C). Thus the battle lines were drawn to meet on the issue of what is generally regarded as a major obstacle to denoting a travellers' cheque a bill of exchange, namely the argument that the affixing of the traveller's countersignature being a prerequisite of payment, renders the order conditional (Chitty op cit 196; Chorley op cit 258; Cowen *The Law of Negotiable Instruments in South Africa* 4th

ed by Cowen and Gering (1966) 30-31; Ellinger op cit 137; Goodey op cit 444; Kowbrin and Stott *Negotiable Instruments* (1980) 59; Latsky op cit 37; Paget *Law of Banking* 8th ed by Megrah and Ryder (1972) 284; Stassen op cit 182).

Stassen argues that in deciding the validity of this objection, the decision should turn on the function ascribed to the countersignature (op cit 182): it is not clear, however, what function (if any) he would ascribe to the first signature, since he ascribes both the identification (op cit 182) and constitutive (op cit 183) functions to the countersignature. His approach is described as "erroneous" and thus rejected by Trollip JA, who again asserts that the validity of the objection depends on the correct interpretation of the words appertaining to the first signature and not the countersignature (596F).

Trollip JA interprets the instrument as follows: the space for the first signature is preceded by the words "When countersigned below with this signature" and succeeded by the name Amexco and the imperative words "Pay this cheque to the order of . . ." — the preceding and succeeding words clearly constitute an order addressed to Amexco which the traveller, as drawer, signs when he affixes his first signature in that space (594E-F). That first signature also serves to identify him subsequently should he wish to cash or negotiate the instrument by countersigning it, but that is purely an incidental, although important, function (594F-G). The judge finds support in the discussion by Chitty (op cit 195) of the second form of travellers' cheques identified by the latter, although it should be noted that Chitty deals with the travellers' cheques issued by Amexco as representative of his first form of travellers' cheques (the reason for this deviation by Trollip JA will appear from the discussion infra).

The order to pay would only be conditional where the qualification is contained in the order addressed to the drawee (594H), but it would be

different if the qualification is addressed to the payee. The requirement "Countersign here in the presence of the person cashing" that precedes the space for the countersignature, is directed at the traveller, to be complied with should he wish to cash or negotiate the instrument, but it is not a condition imposed by the traveller on the drawee Amexco (595A-B). The effect of the words preceding and succeeding the first signature of the traveller is different, in that they form part of the order addressed to Amexco and in fact contain a condition qualifying the order to pay, namely that payment should only be made if the countersignature is made and found to correspond with the traveller's first signature. That requirement renders the order to pay conditional and precludes the instrument from being a bill, cheque or note (595B-C).

5 It was furthermore argued that the requirement of a countersignature is no different in nature or principle from the need to indorse a bill or note payable to order: since the need for indorsement does not render the order or promise conditional, the requirement of a countersignature should similarly not have that effect (595G-H). In similar vein Swart argues that the requirement of a countersignature does not make the obligation to pay conditional, but merely stipulates a mode of signature by the payee: the signature by the payee of an order instrument is a prerequisite of the negotiation thereof (op cit 243).

Dealing with the first leg of the argument, Trollip JA refers approvingly (595H) to Chitty who argues that to treat the request for a countersignature as a demand for an indorsement, would not render the instrument unconditional: while indorsement is necessary for the negotiation of a bill or note payable to order, it is not a prerequisite of payment, and in the case of travellers' cheques, a countersignature is needed before the drawee or maker may pay the instrument, even where it is presented by the original payee (op cit 196). Turning to the argument of Swart

(whose article the learned judge in general does not find very helpful since it does not refer specifically to the Amexco form of travellers' cheque (596H)), Trollip JA expressly leaves the question open as to whether the countersignature also serves as an indorsement (597B). He then finds that Swart only deals with the situation where the stipulation is addressed to the traveller, which does not render the order to pay conditional, but not with the situation where the qualification is part of the order signed by the drawer and addressed to the issuer, stipulating as part of the order that the travellers' cheque should not be paid unless it is countersigned with a signature corresponding with the first signature: it is a qualification of this kind that would render the order to pay conditional (597B-C).

6 Trollip JA thus concludes that the travellers' cheques in question are not bills, cheques or notes (597E-F; supported by Chitty op cit 196, Chorley op cit 258 and Ellinger op cit 137-138).

7 The interpretation of the Amexco travellers' cheque given by Trollip JA differs from the interpretation usually given of that instrument (597G). The Amexco travellers' cheque is usually construed as an order of an official of the company, usually the chairman or president, addressed to the company (Chitty op cit 195; Chorley op cit 256; Ellinger op cit 136; Goodey op cit 442; Latsky op cit 36; Stassen op cit 180-181), whereas Trollip JA interprets the instrument as an order directed by the traveller to Amexco, with the signature of the official operating as an acceptance on behalf of Amexco (594G and 597H). The judge apparently does not realise the significance of the difference between these alternative interpretations. Stassen comes to the conclusion that the Amexco travellers' cheques are cheques in terms of the Bills of Exchange Act (op cit 185), but it is ironical that that can only be true if the interpretation of Trollip JA of the capacities of the parties involved, is accepted to the exclusion of Stassen's own interpretation. This intro-

duces a fatal flaw to his argument: if the instrument is interpreted as an order directed by an official of the company to the company, then it amounts to an instrument drawn by the company on itself, since the official clearly signs in a representative capacity in terms of section 24(1) (cf also Chorley op cit 255 n 43). The instrument is then one in which the drawer and drawee are one and the same person, and thus does not meet the requirements contained in section 2(1) that the order must be addressed by *one person to another* (*Gordon v London, City and Midland Bank Ltd* 1902 1 KB 242 280; *Vagliano Bros v Bank of England* (1889) 23 QB 243 248; Cowen op cit 37-38; De Wet and Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4th ed by De Wet and Van Wyk (1978) 751; Falconbridge on *Banking and Bills of Exchange* 7th ed by Rogers (1969) 494 857; Paget op cit 217; contra Byles on *Bills of Exchange* 24th ed by Megrah and Ryder (1979) 29, stating categorically that a "man may draw a bill on himself"). The provisions of section 3(2) do not detract from this, since it merely provides that where in a bill the drawer and drawee are the same person, the holder may at his option *treat* the instrument as either a bill or note (Chalmers on *Bills of Exchange* 13th ed by Smout (1964) 20; Cowen op cit 38-39; De Wet and Yeats loc cit; contra Byles loc cit who relies on the English equivalent of section 3(2), i.e. section 5(2) of the Bills of Exchange Act of 1882, to support his view that a person may draw a bill on himself). The point that the Amexco travellers' cheques in question do not satisfy this requirement in section 2(1), was raised in argument (584B), but not decided.

8 In order to justify his conclusion that the Amexco form of travellers' cheque is a cheque in terms of the Bills of Exchange Act, Stassen has to overcome a third hurdle, in that it must be shown that Amexco is a banker, since a cheque is defined as a bill drawn on a banker and which is payable on demand (section 1(vi)). Stassen does not acknowledge this problem area, but in

his conclusion merely refers to the definitions of the concepts "cheque" and "banker" in section 1 (op cit 185 n 33). Although Amexco has been described as a "banking institution known all over the world," the position is not all that clear. In this regard it is interesting to note that, although counsel for the state cited Stassen's article in support of his contention that travellers' cheques are bills of exchange (587C), it was not contended that the travellers' cheques in question are cheques and there was no evidence that Amexco is a banker (594B).

For Stassen's construction to hold true, it is of crucial importance to determine whether Amexco is a banker for the purposes of the Bills of Exchange Act. The concept "banker" is unfortunately a rather elusive one to define and the Bills of Exchange Act is not very helpful in this regard, since in section 1(iii) it merely states that the term

"includes a body of persons, whether incorporated or not, who carry on the business of banking."

This definition is entirely unsatisfactory, in that the word "includes" seems to suggest that it is possible to be a banker without carrying on the business of banking, and it furthermore assumes a knowledge of what is meant by the term "business of banking" (Chorley op cit 30). It is impossible to provide an exhaustive definition of banking business, since the context in which the term is used determines the meaning thereof (Bekker *Die Aanspreeklikheid van 'n Bank vir die Verkeedelike Dishonorerings van 'n Klënt se Tjek* unpublished LLM-diss Stell (1976) 5; Cowen op cit 359; Goodey op cit 427). One would thus have to determine what the term means for the purposes of the Bills of Exchange Act (*National Housing Commission v Cape of Good Hope Savings Bank Society* 1963 1 SA 230 (C) 234). In English law the term "business of banking" embraces three facets, namely the keeping of current accounts, the collection of cheques for customers and the issue and payment of cheques

drawn on the banker by customers (Denning LJ in *United Dominions Trust Ltd v Kirkwood* 1966 1 All ER 968 975H; Bekker loc cit; Paget op cit 12; contra Cowen loc cit and Falconbridge op cit 135 who contend that English law does not require the collection of cheques as an essential feature). In South African law the concept would at least include the acceptance in the ordinary course of business of money on current accounts, in addition to the obligation to honour cheques drawn on the banker by the customer (*Colonial Banking & Trust Co v Hill's Trustee* 1927 AD 488 494; *National Housing Commission v Cape of Good Hope Savings Bank Society* supra 234-235; *Standard Bank of SA Ltd v Minister of Bantu Education* 1966 1 SA 229 (N) 293; Bekker loc cit; Cowen loc cit; De Wet and Yeats op cit 802). It is not required in our case law that deposit accounts should be kept or cheques collected (Cowen loc cit; contra Smith "Banking, Financial Institutions and Currency" in Joubert (ed) *LAWSA* vol 1 (1976) 446). Where a business concern engages in other types of business in addition to banking business, which might conceivably be the position in the case of a concern like Amexco, that concern would not be a banker if it is found that the banking business is subsidiary to the other business carried on by that concern (*Re Shields Estate* 1901 1 IR 172 199; Paget op cit 12-13). It should furthermore be borne in mind that in terms of section 7 of the Banks Act 23 of 1965 only financial institutions registered in terms of section 4 of that act, are allowed to engage in the business of banking (Bekker loc cit; Cowen op cit 363; De Wet and Yeats loc cit; Goodey op cit 427).

9 Trollip JA refers without comment to the view that travellers' cheques constitute a sui generis class of negotiable instruments established by universal mercantile usage or custom (593A-C; Chitty op cit 196; Ellinger op cit 132). It is well established that if such mercantile usage can be proved, it will be recognised and acted upon by

the courts to create a new class of negotiable instruments (*Bechuanaland Exploration Co v London Trading Bank* 1898 2 QB 658; *Edelstein v Schuler & Co* 1902 2 KB 144; Chitty op cit 196; Cowen op cit 28-29). The most important consequence of a finding that travellers' cheques are negotiable instruments, would be that where the traveller has attached his countersignature to the travellers' cheque before it is lost or stolen, a holder in due course would acquire a valid title to that document (Chorley op cit 260; Paget op cit 284 who is of the opinion that where the travellers' cheque is already countersigned when taken by the paying agent, the latter as transferee takes the document with notice of a possible defect in the title of the transferor).

In the first place it would thus have to be shown that the usage is reasonable, certain, uniformly observed and well established (*Van Breda v Jacobs* 1921 AD 330 334). In the second place it would have to be shown that the document exhibits the features contained in the definition of a negotiable instrument. Traditionally the emphasis was placed on the fact that a negotiable instrument is transferable in a certain way: when an instrument is by custom of trade transferable like cash by delivery and is also capable of being sued upon by the person holding it pro tempore, it is entitled to be called a negotiable instrument (*Hill v Colonial Banking & Trust Co Ltd* 1927 TPD 138 148; Aigler "Recognition of New Types of Negotiable Instruments" 1924 *Columbia LR* 563; Byles op cit 72; Malan "Share Certificates, Money and Negotiability" 1977 *SALJ* 245 250). It is submitted that if one should see a negotiable instrument as a "Wertpapier" endowed with the special quality of negotiability, it would be conceptually more preferable to conduct the enquiry in two stages. In the first place it should be shown that the document is a "Wertpapier," which in turn can be defined as a document to which a right is attached in such a way that possession of the document is a

prerequisite of the exercise of that right (De Wet and Yeats op cit 744; Malan *Die Reëlmatige Houer in die Wisselreg* unpublished LLD thesis UP (1975) 211 292 409). At the very heart of this definition lies the strong nexus between possession of the document and the exercise of the right embodied in that document. This nexus finds expression in the maxim “das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier” (Malan “Evolusie van die Wisselreg” 1976 *TSAR* 1 9). In the second place it should be shown that the document is endowed with the special quality of

negotiability, which is the notion that under certain circumstances a transferee can obtain a valid title, even where his predecessor in title had a defective title or no title at all, thus constituting an exception to the rule “nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet” (De Wet and Yeats 744-745).

10 Although the decision under discussion should be welcomed as bringing clarity to at least one aspect of the vast problem area created by the phenomenon of travellers' cheques, it should also be clear that travellers' cheques still “bristle with possible legal difficulties” (Chorley op cit 257).

COENRAAD VISSER

University of the North

Finally, I conclude by making bold to submit that Western jurists, in maintaining or attacking the myth of law's certainty, have not fully explored the flexible “uncertainty” of legal concepts; and have particularly failed to arrange these concepts in order either of flexibility or of moral implication. I suggest that this ordering is necessary if we are to understand the relation between law and ethics; for I see the judicial process as the attempt to specify legal concepts with ethical implications according to the structure of society, in application to the great variety of circumstance of life itself. In this process the judges are able to develop the law to cope with social changes.

Max Gluckman in Sociology of Law (ed: Vilhelm Aubert) 169-170.

Boeke

BRONNEN VAN DE NEDERLANDSE CODIFICATIE PERSONEN- EN FAMILIERECHT 1798-1820

deur HELENE C GALL

Elve|Labor Vincit, Leiden 1980; CVIII en 509 bl; prys onbekend

Hierdie Leidse proefskrif wat onder die leiding van professor J Th de Smidt tot stand gekom het, is ook die vyfde deel van die reeks *Bronnen van de Nederlandse Codificatie Sinds 1798*.

Die vorige dele was:

1 *Stukken van Algemene Aard, de Gedrukte Ontwerpen van 1804 en hun Voor-geschiedenis* (versamel deur H Aa, uitgegee deur J Th de Smidt en AH Huussen jr (1968));

2 *Huwelijks- en Huwelijksgoederenrecht tot 1820* (uitgegee deur AH Huussen jr (1975));

3 *Bronnen van de Nederlandse Codificatie van het Zee- en Assurantierecht 1798-1822* (uitgegee deur C van Nievelt);

4 Die bylaes by *Rechtspersonen in de 19e Eeuw. Een Studie van Privaatrechtelijke Rechtspersonen in de 19e eeuwse Wetgeving van Frankrijk, Nederland en Duitsland* (deur FM Huussen-de Groot (1976) en bespreek in 1978 *THRHR* 98).

Vir die Nederlandse juris is die reeks primêr van regshistoriese belang, naamlik as vulling van belangrike leemtes in die gepubliseerde bronne van die wordingsgesiedenis van die *Burgerlijk Wetboek* van 1838. Vir die Suid-Afrikaanse juris is die nut daarvan miskien egter nog meer direk, en wel om twee redes. Eerstens word die noue band tussen die Suid-Afrikaanse reg en die Wes-Europese regswetenskap weer eens beklemtoon — 'n band wat in die toekoms waarskynlik eerder in waarde gaan toeneem as afneem. Tweedens werp die

bronne wat in die reeks gepubliseer word waardevolle lig op ons tans geldende reg en op 'n hele aantal, soms omstrede, regsfigure van ons hedendaagse privaatreë. Die verskillende ontwerpe vir 'n Nederlandse burgerlike wetboek wat tussen 1798 en 1820 aangepak is, is grotendeels opgestel deur mense wat nog bewustelik en onbewustelik beïnvloed was deur hulle opleiding in en ondervinding van die “oudvaderlandse” reg. Die sieninge de lege ferenda van Johannes van der Linden en Hendrik Constantijn Cras is dikwels net so insiggewend as hulle beskrywinge de lege lata.

Die onderhawige deel van die reeks behandel die voorstelle betreffende die persone- en familiereg (met uitsondering van die huweliks- en huweliks-goederereg) vervat in die verskillende voorontwerpe en ontwerpe wat tussen 1798 en 1820 opgestel is. Die eerste aantal is afkomstig uit die penne van Campegius Hermannus Gockinga (1748-1823), 'n juris uit Groningen, en Hendrik Constantijn Cras (1739- 1820), by ons veral bekend as skrywer van die *Disputatio de Hominum Aequalitate, ac Juribus Officiisque quae inde Oriuntur* (1793). Hulle was lede van die sogenaamde “Commissie van Twaalf” wat op 28 September 1798 deur die uitvoerende bewind van die Bataafse Republiek aangestel is om uitvoering te gee aan artikel 28 van die Staatsreëling van 1798: “Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van

Lijfstrafelike Wetten, tegelyk met de wijze van Regtsvordering . . ." (sien ook D Pont in 1968 *THRHR* 300).

Gockinga het tussen November 1798 en April 1801 altesaam vier weergawes van gedeeltes van die te behandelde stof opgestel, terwyl Cras tussen April 1800 en Januarie 1801 twee ontwerpe saamgestel het. Teen 1804 het die "Commissie van Twaalf" nog nie veel vordering gemaak nie en van 1807 tot 1808 hou Johannes van der Linden hom besig met die opstel van 'n ontwerp, waarvan die eerste vier titels van die eerste boek gewy was aan persone- en familiereg. Van der Linden was nog met die laaste boek van sy ontwerp besig toe koning Lodewyk Napoleon op 18 November 1807 drie kommissies vir die opstel van wetboeke aanstel. Die kommissie vir 'n burgerlike wetboek moes die *Code Civil* by Nederlandse omstandighede aanpas. Die resultaat hiervan was die ontwerp van 30 Mei 1808. Na behandeling in die staatsraad volg wysigings, maar reeds op 1 Mei 1809 kon die "Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland" (*WNvH*) in werking tree. Na minder as twee jaar moes dit egter vir die Franse *Code Civil* plek maak. Op 18 April 1814 stel Willem I 'n kommissie aan "om de nationale wetgeving te ontwerpen." Reeds op 8 Augustus 1814 lê 'n variasie op die *WNvH* deur drie kommissielede gered, maar die kommissie vind die Franse invloed daarin te sterk. JM Kemper, 'n lid van die 1814-kommissie, oorreed die koning om op 10 Januarie 1815 'n nuwe kommissie te benoem, wie se werksaamhede uitloop op die sogenaamde "Ontwerp Kemper" van 1816. Die wysigings hierop deur 'n "Commissie van redactie" sorg in 1820 vir 'n verdere ontwerp. 1821 sien die aanstelling van 'n tweede "Commissie van redactie" wat tussen April 1821 en Maart 1826 daarin slaag om deels deur middel van vrae aan die tweede kamer en ná verskeie nuwe weergawes tot 'n suksesvolle resultaat te kom. Die Belgiese opstand lei egter tot 'n uitstel van die neergelegde inwerking-trede op 1 Februarie 1831, en nog sewe jaar sou verloop voor 'n taamlik verskil-

lende *BW* op 1 Oktober 1838 in werking kon tree.

Vier honderd en sewentig bladsye van doktor Gall se boek word beslaan deur die sorgvuldig nagegaande tekste van die verskillende ontwerpe, naamlik die vier van Gockinga, die twee van Cras, die ontwerp van 1808 saam met die *WNvH* en die ontwerp van 1814, en ten slotte die ontwerpe van 1816 en 1820. (Van der Linden se ontwerp is reeds in 1967 deur prof De Smidt heruitgegee — sien 1968 *THRHR* 300 — en word dus nie hier herhaal nie.)

Weens die groot onderlinge verskille word die Gockinga-ontwerpe afsonderlik weergegee, maar by die ander is, soos in vorige dele van die reeks, die samehangende ontwerpe gesamentlik weergegee (natuurlik met aanduiding van alle verskille). By Gockinga se vierde ontwerp en by Cras se ontwerpe word ook die insiggewende geskrewe aanmerkinge van ander lede van die "Commissie van Twaalf" afgedruk, terwyl die ontwerpe van 1808 en 1814 en die *WNvH* van verwysings na die *Code Civil* en Van der Linden se ontwerp voorsien is. Uitvoerige konkordanse aan die einde van die werk vergemaklik verder die naspur van onderlinge samehange. Dat doktor Gall nie net besonder deeglike redigerings- en ontsyferingswerk gedoen het nie, maar ook speursin het, blyk uit haar ontdekking van die enigste bekende eksemplaar van die hele 1814-ontwerp wat vantevore slegs ten dele bekend was.

Aangesien die Suid-Afrikaanse leser waarskynlik minder in spesifieke be-woordings van voorstelle geïnteresseerd is, sal doktor Gall se breedvoerige inleiding van 94 bladsye vir hom die belangwekkendste wees. Die eerste deel daarvan behandel die totstandkoming van die verskillende ontwerpe se persone- en familieregtelike bepalinge en die verband tussen die ontwerpe. Die skryfster se bevindings oor Gockinga en Cras se bronne is interessant (XXVI):

"Mijn indruk is dat — geheel conform de opzet — het *Hollandse* recht uitgangspunt en basis is voor het werk, maar dat de

eigen inbreng van de verskillende codificatoren aan het werk een eigen karakter heeft gegeven" (my kursivering).

De Groot se *Inleidinge* het duidelik 'n belangrike rol gespeel en Cras, wat meer inligting oor sy bronne verskaf het, vermeld verder onder andere Arntzenius, Van Bynkershoek, Van Zurck en Voet (XXIII). In sy geskrewe opmerkinge op Gockinga se vierde ontwerp verwys Cras na onder andere die *Hollandsche Consultatien* (93), die *Nederlandse Advysboek* (93) en Groenewegen se *De Legibus Abrogatis* (118), terwyl die Friese kommissielid Petrus Wierdsma (1729-1811) Friese bronne soos Huber en Sande se *Decisiones Frisicae* aanhaal. Daarbenewens is daar talle verwysings na die *Corpus Juris Civilis*, Voet en ook die *Projet de Code Civil* van 1800. Doktor Gall bevind dat die invloed van die Pruisiese *Landrecht* van 1794 heel terloops was (XXIII) en ook dat Van der Linden dikwels feitlik letterlik artikels uit die Cras- en Gockinga-ontwerpe vir sy eie ontwerp oorgeneem het. Met die ontwerp van 1808 begin die Franse invloed natuurlik oorheersend word, maar die skryfster kom tot die gevolgtrekking dat op die onderhawige gebied die *WvH* (en dus ook die 1814-ontwerp) uit 'n mengsel van artikels uit die *Code Civil* en die Van der Linden-ontwerp bestaan (XXVIII).

In die verdere agt dele van haar inleiding bespreek doktor Gall dan agt (willekeurig gekose) onderwerpe aan die hand van die ontwerpe, naamlik "De burgerlijke stand"; "De onwettige kinderen"; "De adoptie"; "De weeskamers"; "Alimentatie en armenzorg"; "Vreemdelingen"; "De handelingsonbekwaamheid van minderjarigen en die civielrechtelike consequenties van de door hen gepleegde rechtmatige daden", en "De civielrechtelike aansprakelijkheid voor de door minderjarigen gepleegde onrechtmatige daden". Hiervan is veral die tweede, derde, sewende en agste vir ons interessant.

Ten opsigte van die regsposisie van buite-egtelike kinders wys die skryfster daarop dat die "Commissie van

Twaalf" se konsekwente deurvoering van die reël "eene moeder maakt geen bastaard" (soos dit in die Hollandse reg gegeld het) van veel meer verligte denke as die latere ontwerpe en die *BW* van 1838 getuig het (LV). Onder invloed van die *Code Civil* het dié reël heeltemal uit die *BW* verdwyn en eers in 1947 is dit heringevoer (maar nog altyd nie wat die efrag betref nie (LXVII)).

Die Hollandse reg het nie die instelling van aanneming geken nie (De Groot *Inl* 1 6 1, hoewel dit wel in Friesland bestaan het — Huber *HR* 1 12 18-24) en dit moes in 1923 deur wetgewing by ons ingevoer word (Aanneming van Kinderen Wet 25 van 1923). Die menings oor die wenslikheid van aanneming as regsinstelling het tydens die Nederlandse kodifikasiegeskiedenis ook nogal aanmerklik verskil. Die "Commissie van Twaalf" wou dit onder Hollandse invloed nie erken nie (LXIX-LXX). Die Franse reg het dit in baie beperkte grense wel toegelaat en kragtens die *Code Civil* was aanneming dus wel tussen 1811 en 1838 in Nederland moontlik (maar blykbaar nie gebruiklik nie — LXXII). Ten spyte hiervan het nóg die *WvH* nóg die *BW* van 1838 vir aanneming voorsiening gemaak en hierin het eers die Wet van 26 Januarie 1956 'n verandering aangebring (LXXV-LXXVI).

By die lees van doktor Gall se deel oor die handelingsonbekwaamheid van minderjariges word 'n mens onvermydelik herinner aan die spreuk "plus ça change, plus c'est la même chose." By elke nuwe ontwerp van 'n burgerlike wetboek was daar naamlik 'n lang bespreking oor die minderjarigheids-grens, waarby ook by ons bekende argumente soos die teenstrydigheid tussen 'n stemgeregtigde ouderdom van 20 en 'n meerderjarigheidsouderdom van 25 geopper is (XCV). Die *WvH* se kompromis was 23 vir meerderjarigheid, die 1814-ontwerp het 25 verkies, en die *BW* van 1838 het weer teruggegaan na 23 (totdat dit in 1901 na 21 verlaag is). Ten opsigte van die handelingsonbekwaamheid van 'n minderjarige

het die Gockinga-ontwerpe baie na aan die Hollandse reg gebly (XCVI), wat baie vooruitstrewend was in vergelyking met die *BW* van 1838 se bepaling dat alle verbintenisse deur minderjariges aangegaan, enkel op grond van hulle minderjarigheid nietig verklaar kan word (a 1482). In teenstelling hiermee het die 1830-ontwerp 'n heel moderne oplossing van graderings van handelings- onbekwaamheid voorgestel (XCIX).

Die ou Hollandse reg was weer eens die rigsoer by die "Commissie van Twaalf" se voorstelle betreffende die aanspreeklikheid vir onregmatige dade deur minderjariges gepleeg (CI-CIV). Daar is 'n onderskeid tussen minores jonger en ouer as 14 gemaak en eersgenoemdes is ontoerekeningsvatbaar verklaar. Ouers van minderjariges sou slegs in gevalle van eie verwytbaarheid vir hulle kinders se delikte aanspreeklik wees. Daarenteen het die *WNvH* en die *BW* van 1838 minderjariges net soos volwassenes vir skade deur hulle aangerig aanspreeklik gestel en moes die regspraak ingryp om ontoerekeningsvatbaarheid op grond van jeugdigheid moontlik te maak. Ouerlike aanspreeklikheid is egter nog steeds op skuld gebaseer. Eers boek 6 van die nuwe *BW* tree weer in artikel 6 3 1 2a in die bresse vir die minderjarige onder 14, maar daarmee saam kom in artikel 6 3 2 1 die nuwigheid van risiko-aanspreeklikheid vir die persoon wat die ouerlike mag of voogdy oor so 'n kind uitoefen.

Die ontwerpe self bied ook talle interessantheide op ander terreine as die agt wat deur die skryfster bespreek word. Die tydsgees van die "Aufklärung" spreek duidelik uit talle, vir ons naïef geformuleerde, bepalings in Gockinga se ontwerpe: byvoorbeeld artikel 25 van sy eerste ontwerp:

"Zij (de ouders) zijn verplicht de kinderen te leeren leezen en schrijven."

Kom die ouers hierdie plig nie na nie, is die kinders

"niet gehouden hunne ouders tot armoede vervallende te onderhouden" (a 28).

Heelwat minder verlig is egter P Wierdsma se argument (14) teen die opname van 'n lys van ouerlike verpligtinge in die ontwerp:

"De ouders moeten wel tot hun plicht gehouden worden. Maar de kinders moeten zoolang zij onder hunne ouders staan niet weeten dat ze eenige rechten hebben."

Die by ons omstrede kwessie van emansipasie word uiteraard in die ontwerpe behandel. Dit is opvallend dat Gockinga se tweede ontwerp vir sowel geregtelike (uitdruklike) as stilswyende vrywillige handligting deur ouers voorsiening maak, benewens nog venia aetatis deur die "hoogste magt" (20-21), terwyl die 1808-ontwerp, die *WNvH* en die 1814-ontwerp nog net venia aetatis en stilswyende emansipasie ken. Laasgenoemde bronne se bepaling in verband met stilswyende emansipasie is ook feitlik woordeliks aan Van der Linden se *Koopmanshandboek* 1 4 3 ontleen: byvoorbeeld artikel 404 van die 1808-ontwerp:

"Minderjarige kinderen met voorweten hunnen ouderen op zichzelf wonende en eenigen handel of trafijk in het openbaar oefenende worden in het aangaan van alle de verbindtenissen dien handel betreffende gehouden voor meerderjarig en ontslagen van de ouderlijke magt."

Doktor Gall en haar promotor wat hom soveel jaar met die uitgee van die bronne van die Nederlandse kodifikasie besig hou, het ook Suid-Afrikaanse regsgeleerdes met hierdie bronne-uitgawe 'n diens bewys.

AH VAN WYK

Universiteit van Stellenbosch

BOEDELBEREDDERING 'N PRAKTIESE HANDLEIDING

deur NJ WIECHERS en I VORSTER

Butterworth, Durban 1981; x en 278 bl; prys R24,95

Volgens die voorwoord is dit die skrywers se oogmerk om in eenvoudige taal 'n beknopte en bruikbare uiteensetting te gee van die beredderingsproses van 'n bestorwe boedel sonder om in detail verstrik te raak. Daar is reeds etlike omvattende werke oor die onderwerp en dit is nie die bedoeling om op dié werke te verbeter nie.

Hoofstukke 1 tot 8 en 10, wat ongeveer twee derdes van die teks sonder die bylaes behels, handel met die beredderingsproses en die opstel van die likwidasië- en distribusierekening. Hoofstuk 9 behandel die Boedelbelastingwet in breë trekke. Die bylaes (152-273) bevat voorbeelde van vorms en briewe, die Boedelwet 66 van 1965 soos gewysig met sy regulasies, die Boedelbelastingwet 45 van 1955 met wysigings tot wet 106 van 1980 en die regulasies wat die tabelle vir berekening van vruggebruik, jaargelde ensovoorts bevat.

Soos die titel aandui, is die boek veral gemik op die praktiese toepassing van die beginsels van die erfreg (waarvan kennis veronderstel word) op die beredderingsproses. In dié verband voorsien dit beslis in 'n behoefte wat bestaan. Dit bevat talle praktiese wenke en volledige besonderhede van die vorms wat gebruik moet word. Dit dui op die prosedures wat die eksekuteur in die meesterskantoor moet volg en gee ook talle wenke oor hoe die eksekuteur of sy agent die erfgename moet hanteer en hulle gelukkig kan hou. Die volgende kan ter illustrasie dien:

1 Tydens die rapportering van die boedel kan baie tyd bespaar word deur in alle gevalle van handgeskrewe testamente te vermeld wie die skryfwerk gedoen het (7). (Ek sou die wenk op bladsy 28 waar die indiening van die testament behandel word, plaas.)

2 Uiters nuttige wenke oor die invul van die voorlopige inventaris (30).

3 Beleggings moet so lank as wat moontlik is op die oorledene se naam gelaat word om rente te verdien (40).

By 'n werk van dié aard sal daar noodwendig meningsverskil wees oor welke sake daarin behandel moet word. Ek is van mening dat die volgende sake ook vermelding verdien:

1 Op bladsy 2 meld die skrywers dat die Erfopvolging Wet 13 van 1934 die posisie van die langsliewende as intestate erfgenam reël. Ek sou hier daarop wys dat die Kinderwet 33 van 1960 die posisie van die aangename kind reël.

2 Op bladsy 15, 18 en 24 meld die skrywers dat sekere persone kragtens regulasie 910 van 22 Mei 1968 verbied is om as eksekuteur op te tree, sonder om kortliks te vermeld wie deur die verbod geraak word.

3 Op bladsy 47 behandel die skrywers die uitbetaling aan krediteure en erfgename sonder om op die tydse beperking in artikel 35(13) van die Boedelwet te wys.

4 In die gedeelte oor boedelbelasting kan rente op boedelbelasting, die gebruik van landbankwaardasies in sekere gevalle en die aftrekking kragtens artikel 4(m) van die Boedelbelastingwet bygevoeg word. Ek stem nie saam met die stelling op bladsy 135 dat artikel 4(m) selde toepaslik is nie.

Daar is wel enkele foute:

1 Aan die begin van paragraaf (i) op bladsy 20 verwys die skrywers na die ontheffing van die eksekuteur terwyl hulle sy ontslag in gedagte het.

2 By die vereistes vir die meester se endossement kragtens artikel 42(1) op bladsy 49 is bewys van advertensie van die rekening weggelaat.

3 By die voorbeeld op bladsy 115 word die geboortedatum as 12 Junie

1931 aangegee terwyl dit vroeër as 12 Junie 1951 gestel is.

4 Die ouderdom van Gert op sy verjaarsdag na die dood van sy vader is 31 en nie 30 jaar nie (142).

5 Aangesien slegs een helfte van die skenking kragtens artikel 3(3)(c)(ii) by die boedel ingesluit is, is slegs een helfte van die geskenkebelasting aftrekbaar kragtens artikel 16 van die Boedelbelastingwet (143).

6 Die meester is soms uiters gesteld daarop dat vorms al die relevante gegewens moet bevat. Item 1 van die aanneming van eksekuteurskap op bladsy 158 is nie voltooi nie. Die besonderhede van naasbestaande op bladsy 171 gee nie die geboortedatums soos deur die vorm vereis nie. Alhoewel die inligting gewoonlik in die meester se lêer beskikbaar is, is dit wenslik om op 'n herverdelingsooreenkoms aan te dui of ongetroude kinders meerderjarig is (174).

Uit die voorbeelde is dit duidelik dat die foute meer lastig as ernstig van aard is.

Op bladsy 79 meld die skrywers dat, in gevalle van samesmelting kragtens artikel 37 van die Boedelwet, die begunstigdes 'n saaklike reg verkry ten opsigte van die hele gesamentlike boedel. Hierdie mening word ook gehuldig deur Bouwer *Die Beredderingsprosesse van Bestorwe Boedels* 2e uitg 467. Dit was waarskynlik die bedoeling van die wetgewer om dié posisie deur artikel 115 van die ou Boedelwet 24 van 1913 en artikel 37 van die Boedelwet 66 van 1965 te bewerkstellig, en so die effek van die beslissings in *Rosenberg v Dry's Executors* 1911 AD 679 en *Receiver v Hancke* 1915 AD 64 tot niet te maak. Die artikel sê egter bloot dat die begunstigdes

“ten opsigte van goed wat deel van die langslewende of oorlewendes se aandeel in die saamgevoegde boedel uitmaak, die regte verkry wat hulle regtens ingevolge die testament sou besit het as daardie goed aan die eerssterwende behoort het.”

Selfs ten opsigte van die eerssterwende se bates kry die begunstigde egter nie 'n saaklike reg voor lewering van die voordeel nie (Meyerowitz *The Law and Practice of Administration of Estates* 5e uitg par 18 12 op 260). Die wetgewer het waarskynlik nie daarin geslaag om die oogmerk waarna hierbo verwys is, met die bewoording van artikel 37 te bereik nie.

Vir 'n persoon wat die boek as 'n vinnige naslaanbron wil gebruik, is die indeks nie voldoende nie. Enkele voorbeelde is die volgende: Sekerheidstelling deur die eksekuteur, wat op bladsy 13 en 20 behandel word, kom nie in die indeks voor nie. “Indienings-tydperk” verwys na bladsy 36 en nie na bladsy 44 waar die onderwerp volledig behandel word nie. Dieselfde geld vir “Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937” wat na bladsy 3 verwys en nie ook na bladsy 73 waar 'n volledige bespreking voorkom nie. Die nuttige bylaes kom nie in die indeks voor nie. Die baie volledige inhoudsopgawe vergoed egter in 'n groot mate vir die gebrekkige indeks.

Die boek is in 'n aangename vloeiende styl (sonder voetnote) geskryf. Dit vertoon, nie teenstaande die sagte omslag, netjies en dit is redaksioneel goed versorg. Die enigste tikfoute wat my opgeval het, was “good” in plaas van “dood” op bladsy 40, “teen aansien van” op bladsy 2, “Leerstuk en Samesmelting van Boedels” as bladsyhoof vir bladsye 77 tot 81 in plaas van “(Leerstuk van) Keuse en Samesmelting” en artikel 4(j) in plaas van 4(i) op bladsy 135.

Die boek sal beslis 'n groot bydrae lewer om aan 'n jong prokureur of leke op die gebied 'n werkskennis van boedelbereddering te gee. Die prys van die werk mag dalk sommige dorstigtes na kennis op die gebied oorreed om nie hulle dors te les nie.

MB CRONJÉ

Departement van Justisie

CUSTOMARY LAW IN A CHANGING SOCIETY

deur DIGBY SQHELO KOYANA

Juta, Johannesburg 1980; xxii en 183 bl; prys R17,50

Die skrywer is allerwêë goed gekwalifiseerd om hom oor 'n onderwerp soos wat die titel van sy werk aandui, uit te spreek. Hy het vyftien jaar lank as prokureur in Transkei gepraktiseer, in welke tyd hy ook die graad LLB aan die Universiteit van Suid-Afrika verwerf het, waarna hy as advokaat tot die Suid-Afrikaanse en die Transkeise hooggereshof toegelaat is. Sedert begin - 1981 is hy deelyds as dosent aan die Universiteit van Transkei verbonde.

Die verskyning van *Customary Law in a Changing Society* word veral verwelkom uit die pen van 'n Transkeier wat vanwêë sy kulturele herkoms, sedert geboorte in die kennis leef van die regstelsel waaroor hy hoofsaaklik hier skryf, naamlik dié van die Xhosa-sprekende mense van Transkei. Die publikasie is in twee gedeeltes ingedeel. In deel I behandel hy 'n aantal Xhosagewoontes en hul regsbetekenis terwyl deel II in 'n mate 'n bespiegeling is oor die rol van die gewoontereg op die pad vorentoe, veral in Transkei.

Deel I bevat vyf hoofstukke wat respektiewelik handel oor gewoontes in verband met die huwelik, die opvoeding, goed, kontrakte en opvolging. Die oorwig van ruimte in hoofstuk een word afgestaan aan instellinge verbonde aan die huwelik en veral dan die lewering van huweliksgoedere (ikhazi, lobola). Onder andere is daar 'n omvattende bespreking van die gevolge van huweliksontbinding sover dit die kwessie van terugvordering van huweliksgoedere raak. Interessante bespreking word ook gewy aan die ubulunga-bees, dit wil sê die bees wat dikwels ritueel as geskenk van haar familiegroep saam met 'n bruid na haar nuwe woonstede gaan. Veral eiendomsreg op dié besondere bees geniet besondere aandag.

Hoofstuk twee handel oor enkele aspekte van die puberteitsereemonie vir seuns en dogters waarby regspraakstukke soms ter sprake mag kom.

In die volgende hoofstuk word tussen roerende en onroerende goed onderskei en word aangedui dat onder die eersgenoemde kategorie veral vee en onder laasgenoemde kategorie veral grond val. Die skrywer vind geen probleem met die posisie van 'n stamhof ten opsigte van eiendomsreg oor stamgrond nie. Hoewel nie in soveel woorde bevestig nie, kom die gedagte op bladsye 68-69 duidelik na vore dat die regeerder se bevoegdheids dié van die publiekreg is en dat eiendomsreg oor toegewese grond, hetsy vir woondoeleindes, hetsy vir saaidoeleindes, 'n bekende begrip in die Xhosa-privaatreg is.

Die skrywer laat hom nie oor die beginsels van kontrak in die inheemse reg uit nie, maar behandel in hoofstuk vier slegs 'n aantal eiesoortige kontrakte van die Xhosa-reg. Daar word nie weer ingegaan op die belangrike kontraktuele aspekte van ikhazi (lobola) nie. Ukunqoma (die uitplasing van vee) word egter op bladsye 72-77 breedvoerig bespreek aan die hand van 'n aantal besliste sake waarin die probleme ten opsigte van die praktiese toepassing van die reëls kundig uitgelig word.

Hoewel hoofstuk vyf onder die opskrif "Customs Relating to Succession" verskyn, is daar nie veel oor die beginsels van privaatregtelike of publiekregtelike opvolging nie. 'n Redelike lang bespreking van die leviraat (ukungena) word in hierdie hoofstuk gegee. Die verband met opvolging kom egter nie voldoende tot sy reg nie.

Die tweede gedeelte van die publikasie is in hoofsaak 'n bespiegeling oor regsverandering en regsontwikkeling in Transkei tot op datum en oor die waarskynlike plek van die inheemse reg, of dan gewoontereg soos die outeur dit verkieslik noem, in die jare wat kom.

Aandag word gegee aan die rol wat tradisioneel deur stamhoofde as wetgewers vervul is, 'n rol wat aangepas behoue gebly het in die bevoegdheid

van gebiedsowerhede om ondergeskikte wetgewing te aanvaar, onderworpe aan goedkeuring deur die sentrale gesag. Ook die rol van die howe in die proses van aanpassing van die gewoontereg by moderne vereistes, word deur die skrywer met waardering vermeld met aanhaling van gepaste voorbeelde. Dit blyk duidelik dat die skrywer 'n realistiese siening aangaande regshervorming het, maar gepaard daarmee 'n sterk waardering vir die noodsaaklikheid van die behoud van die inheemse reg. Hy spreek 'n mate van huiwering uit oor regsverandering deur middel van omvangryke statutêre maatreëls. Ware en gesonde regsverandering, skyn hy te meen, ontwikkel uit die veranderende gemeenskap self: "Law is, in a real sense, a reflection of the way in which people live. The African way of life, too, has always been a changing one, and the laws therefore also had to change" (91).

In 'n aparte hoofstuk word die hofstelsel bespreek soos voor en na onafhanklikheidswording. In 'n bespreking van die tradisionele howe van die Xhosa, prys Koyana die informele, inkwisatoriese prosedure van die inheemse reg aan (129) en vergelyk dit met die Europees-Vastelandse benadering in teenstelling met die Engelse reg soos wat dit in 'n groot mate in die Suid-Afrikaanse prosedure- en bewysreg weerspieël word. Hy is ook uitgesproke ten gunste van 'n uniforme hofstelsel en meen dat die duale stelsel soos tans nog in die Republiek van Suid-Afrika aangetref, grotendeels verantwoordelik is vir die gebrek aan belangstelling in en selfs onkunde oor die inheemse reg in hoëre regsringe. Alle Transkeise howe

is vandag bevoeg om inheemse reg toe te pas waar nodig.

Die voorlaaste hoofstuk behandel enkele besondere Transkeise statutêre maatreëls, onder andere die veelbesproke Transkeise Huwelikswet 21 van 1978 waarvolgens die inheemse huwelik gelykgestel word met die siviëlregtelike huwelik.

In die slothoofstuk word die menings van enkele ander skrywers oor die wenslikheid van die opskrifstelling van die geldende inheemse reg ("restate-ments") aangehaal. Self spreek hy hom ongelukkig nie daaroor uit nie. Hy gee egter sy onomwonde mening, waarmee ons alleen maar met akklamasie kan saamstem, dat die rol van die gewoontereg, veral in sommige afdelings van die privaatreë, nog lank nie uitgespeel is nie.

In die algemeen kan Koyana se werk verwelkom word as 'n positiewe bydrae tot die inheemse regsletteratuur. Ek vind dit egter baie jammer dat die werk as gevolg van teoretiese gebreke, onvoldoende sistematiese onderskeiding en onvolledigheid waarskynlik nie so doeltreffend vir die opleiding van studente in die inheemse reg bruikbaar is nie. 'n Goë register sou ook die waarde van die werk verhoog het.

Regspraktisyns wat dikwels swart kliënte bedien, sal die interessante besprekings van tallose gewysdes egter baie nuttig vind en waardevolle gebruik van die algemene inhoud kan maak. Ek is daarvan oortuig dat die boek, sy gebreke ten spyt, 'n plek op die rak verdien.

BJ VAN NIEKERK
Universiteit van Suid-Afrika

COLDFEET VERSUS THE LAW

by WJ HOSTEN

Butterworths, Durban 1980; pp 91; price R9,95 plus GST

For many years now the readers of *Codicillus*, the journal of the faculty of law of the University of South Africa, have looked forward to each new

account of the exploits of Coldfeet and his encounters with the labyrinthine reaches of the law.

The Coldfeet saga has now appeared

in book form, published by Butterworths, and there is no doubt that these ingenious satirical sketches deserve a wider reading public. To a certain extent it is true that the Coldfeet sketches, being a kind of protracted legal joke requiring the reader to be au fait with the subtleties and complexities of the law, will appeal primarily to only a limited circle of readers. It is predicted, nevertheless, that Coldfeet's vicissitudes (not to speak of the limericks, and the apt and often hilarious drawings by Marinus Wiechers) will give a great deal of pleasure to lawyer and layman alike.

But the most impressive aspect of the *Coldfeet Reports*, to my mind, is not even the ingenuity of the author — which is considerable. (Imagine thinking up, for example, a situation where a husband undergoes several organ transplants so that he is no longer, by definition, the man his wife married, and then applying to this bizarre set of facts a number of legal principles normally treated with a great deal of reverence!) What is truly striking is the fact that virtually everything is grist to the

author's mill: not a single branch of the law, ancient principle or well-worn maxim escapes scrutiny.

It is difficult to criticise a book such as this. There are, however, a few printing errors and editorial gaffes which jar. For example, there is "council" instead of "counsel" on page 5 and again (twice) on page 15; "practiced" instead of "practised" on page 10; "like we" instead of "like us" on page 23.

But it would be churlish indeed to carp on such minor flaws, when there is so much to delight the reader — and so much, moreover, which has a serious import beneath the apparently flippant exterior. ("The Minister of Sport declared that the court's finding would not be followed by his department: 'It is the State's duty, and not the courts', to enforce the law'" (44).)

One can only express the hope that this is but the first of several Coldfeet volumes. It would be a tragedy if this were to be the last we are to hear of the indefatigable Coldfeet.

GRETCHEN CARPENTER
University of South Africa

1978 CUMULATIVE SUPPLEMENT TO THE LAW AND PRACTICE OF ADMINISTRATION OF ESTATES (FIFTH EDITION, 1976)

deur D MEYEROWITZ
Juta, Kaapstad 1978; 28 bl

Die aandag word graag gevestig op die beskikbaarheid van hierdie bylaag tot die alom bekende werk van Meyerowitz oor die beredderingsproses van bestorwe boedels.

In hierdie bylaag is die hoofwerk bygewerk soos die reg op 1 April 1978 was.

AH BARNARD
Universiteit van Suid-Afrika

ADMINISTRATION OF DECEASED ESTATES

deur LA KERNICK
Juta, Kaapstad 1979; xi en 142 bl; prys R12,50 (sagteband)

Die boek is bedoel om die onervare eksekuteur deur die beredderingsproses van eenvoudiger boedels te lei. Die bereddering van insolvente boedels en

boedels in Suid-Afrika waarvan die eienaar nie in die land woon nie, word nie bespreek nie.

Vir diegene met geen ondervinding

van die boedelberedderingsproses nie kan die boek waarde hê. Die sogenaamde vorderingskaart op bladsy ix tot xi, kan vir menige ongeorganiseerde eksekuteur van hulp wees om planmatigheid in sy beredderingsproses te kry.

Die teks van die boek beslaan slegs 39 bladsye. Dit is dus te begrype dat 'n mens nie hierdie boek vir naslaandoelendes oor enige probleem in verband met boedelbereddering sal raadpleeg nie. Die mikpunt van die skrywer is in ieder geval ook hoegenaam nie om 'n naslaanwerk daar te stel nie.

Die bylae behels verskeie voorgeskrewe vorms, die vereistes wat die meester van die hooggeregshof vir die verkoping van onroerende goed sowel per publieke veiling as uit die hand stel, 'n voorbeeld van 'n eerste en finale likwidasië- en distribusierekening, en

sovoorts. Die volledige teks van die Boedelwet 66 van 1965 en die Boedelbelastingwet 45 van 1955 word aangehaal. Uittreksels uit die regulasies wat kragtens artikel 103 van die Boedelwet in *Staatskoerant* nr 3425 van 24 Maart 1972 gepubliseer is, is ook in die bylae opgeneem. Die regulasies wat aangehaal is, handel oor die vorm van die eksekuteursrekening en vereistes waaraan voldoen moet word wanneer 'n eksekuteur uitstel vir die indiening van sy rekening vra.

Die grootste nut van die boek is myns insiens geleë in die nuttige beskikbaarstelling van die Engelse teks van die belangrikste wette, regulasies en vorms wat op die boedelberedderingsproses betrekking het.

AH BARNARD
Universiteit van Suid-Afrika

ASPECTS OF LEGISLATION FOR HEALTH SERVICE PERSONNEL

deur SA STRAUSS (redakteur)

Derde uitgawe; King Edward VII Trust, Kaapstad 1979; xvii en 173 bl

Soos die titel daarvan duidelik te kenne gee, is hierdie monografie vir 'n bepaalde leserskring geskryf. Die eerste uitgawe het in 1977 verskyn en die derde uitgawe reeds in 1979. Daar bestaan dus ongetwyfeld 'n groot behoefte aan die onderhawige werk.

In die kort bestek van 173 bladsye slaag die redakteur (wat self die grootste gedeelte van die teks geskryf het) daarin om 'n baie wye gebied duidelik en sinvol te behandel. Sowat 50 wette, benewens regulasies, ordonnansies en munisipale proklamasies, word behandel vir sover dit relevant is vir diegene betrokke by gesondheidsdienste.

As verwysingsbron van die betrokke wetgewing het hierdie werk vir juriste ook baie nut. As die oogmerk met die boek in ag geneem word, is dit verstaanbaar dat dit geen verwysings na ander bronne soos hofuitsprake bevat nie, maar 'n mens vind tog 'n groot verskeidenheid statutêre bepalinge wat

bymekaar hoort, behoorlik gesistematiseer. So 'n gesistematiseerde geheel is veral vir diegene wat nie op hierdie gebied van die reg ingegrawe is nie 'n handige hulpmiddel om vinnig vas te stel of 'n bepaalde probleem wat met gesondheidsdienste in verband staan, statutêr gereël word. Verder kan vinnig bepaal word wat die trefgebiede is van die onderskeie wette wat behandel word.

In die lig van die bykans reëlmatige verskyning van nuwe uitgawes van hierdie werk, blyk dit dat die oogmerk wat daarmee nagestreef word inderdaad bereik word. Bowendien kan die werk by juriste aanbeveel word as 'n "snelrekenboek" wanneer 'n probleem in verband met gesondheidsdienste nagespeur word.

AH BARNARD
Universiteit van Suid-Afrika

MARS: THE LAW OF INSOLVENCY IN SOUTH AFRICA

deur HE HOCKLEY

SEWENDE UITGAWE DEUR DF WATERS EN RD JOOSTE

Juta, Kaapstad 1980; lviii en 697 bl; prys R57,50

Die sewende uitgawe is bygewerk deur 'n rekenmeester en 'n regsgeleerde. Verwysings na wette wat herroep is en na die meeste hofbeslissings wat omvergewerp is, is uit die werk verwyder. Aldus die onderskeie voorwoorde.

Rekeningkundig is daar nie veel aan die werk verander nie en hoewel baie irrelevante materiaal verwyder is, is dit steeds nie heeltemal betroubaar en op datum nie.

Ooglopende onakkuraathede waarop daar in 'n resensie van die vorige uitgawe gewys is (sien 1968 *THRHR* 396), is nie almal reggestel nie.

Verder is nie kennis geneem van die Wet op die Vervanging van Petisieverrigtinge 35 van 1976 nie. Groot dele van hoofstukke 3 en 5, sowel as die voorbeelde van petisies in die eerste bylae, is dus slegs van historiese belang.

Interessant is ook die historiese uiteensetting in §2 13 van die regsposisie van die soldaat op aktiewe diens in die twee wêreldoorloë. Oor die dienspligtige en die Moratoriumwette van 1960 en 1963 en die Moratoriumwysigings-

wette van 1969, 1977 en 1978, word egter geen woord gerep nie, met die gevolg dat die huidige regsposisie hoegenaamd nie weerspieël word nie.

Daar word na bykans 4000 beslissings in die werk verwys, baie daarvan "Justice Department Reports" en ongerapporteerde beslissings uit die jare twintig — almal moeilik bekombaar vir die praktisyn. Miskien kan daaraan gedink word om in die toekoms van hierdie verwysings weg te laat.

In teenstelling met die baie verwysings na hofbeslissings, bevat die werk feitlik geen verwysings na wetenskaplike publikasies nie.

Om op te som: die sewende uitgawe is dieselfde bekende Mars waarop student en praktisyn reeds vir meer as sestig jaar al steun — effens maerder, effens meer vaartbelyn, nog steeds baie omvattend, maar plek-plek nog net so gevaarlik om op staat te maak as in die verlede.

ELMARIE DE LA REY
Universiteit van Suid-Afrika

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiering). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

Dronkenskap ná *Chretien* of: Die losgemaakte remkabel*

VG Hiemstra

SC BA LLB

Hoofregter van die Republiek van Bophuthatswana

SUMMARY

A critical analysis of the judgment in the case of *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) leads the author to the following conclusions:

- 1 Accountability (or criminal responsibility) is the true requirement in a case of intoxication where the criminal act was not foreseen before drunkenness set in. However, "awareness of wrongfulness" as a test for accountability will be very difficult to apply in practice.
- 2 The free choice which the wrongdoer has in the case of intoxication makes a fundamental difference when intoxication is compared with mental illness. It exposes the accused to an examination of his state of mind. The following situations may be distinguished:
 - 2 1 He foresees the possibility of a particular crime if he continues to drink, but decides to take the risk. In this case there is *dolus eventualis* present on his part.
 - 2 2 He does not have any crime in mind, but he should foresee that he could cause damage if he continues to drink. If, in this case, he causes damage he may be guilty of a crime based on negligence.
- 3 The fact that *Chretien* was found not guilty with regard to the five persons who were only injured by his actions, accords with our common law, but does not satisfy one's sense of justice. A statutory provision covering non-intentional injuries caused in a state of intoxication, seems most desirable.
- 4 If the imposition of capital punishment was made discretionary in all cases where such punishment is appropriate, it would contribute to a higher standard of juristic reasoning with regard to intoxication in cases of murder.
- 5 It is not desirable that the burden of proving unaccountability in the case of crimes allegedly committed in a state of intoxication should rest upon the accused.

ALGEMEEN

Die prokureur-generaal van Natal was, soos alle beskaafde en regdenkende mense, verontwaardig oor wat daar in Pinetown gebeur het op Saterdag 13 Januarie 1979. Daar was 'n partytjie in 'n huis wat die woonplek was van 'n klompie ongetroude jong manne wat nie lank meer

* Openingsrede gelewer by die Kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte te Pietermaritzburg op 29 Junie 1981.

daar sou bly nie, en hulle wou die afskeid vier. Soos baie maal op sulke plekke gebeur, het ongenooide gaste sommer ingestap en saam gedrink. Een van die ongenooides sou hom kort daarna in die strafhof bevind. Na middernag het sommige begin stry en een het van die balkon afgeval. Hy het nie baie seergekry nie, maar die appels het begin swaai. Een van die verstandiger elemente het die aanwesiges probeer oorhaal om huis toe te gaan. Die een wat mettertyd die beskuldigde geword het, was Chretien, en hy het kwaai dreigemente van ander aanwesiges ontvang. Hy het haastig padgegee na sy Kombi toe, wat onder in die straat geparkeer was. Hy het 'n U-draai gemaak en 'n hele groepie van die gaste in die pad gesien staan. Hy het nie stilgehou nie maar hulle raakgery – een gedood en vyf beseer. Die prokureur-generaal het hom voor die hof gebring op een aanklag van moord en vyf aanklagte van poging tot moord.

Die jong man het in die hof vertel dat hy laat die middag al begin drink het, en daarmee voortgegaan het op die partytjie, waar hy 'n indringer was maar nictemin vriendelik behandel is. Hy het gesê hy was bang vir wat sou voortvloei uit die bakleiery en dat die baie drank sy angs aangewakker het. (My ondervinding is dat drank die teenoorgestelde effek het. Dit verdryf angs.) Volgens Chretien het hy gedink dat die mense in die straat sou padgee. Dit was volgens hom aan sy toestand van vrees te wyte dat hy nie stilgehou het nie maar in hulle ingeploeg het met sy voertuig.

Nadat hy dit gedoen het, het hy weggery en geen hulp verleen nie.

Hy het noodtoestand gepleit, gegrond op vrees, maar dit is vanselfsprekend verwerp en ek hoef nie daarby stil te staan nie.

Wat die moordaanklag betref, moes die hof uitmaak of daar opset in een van sy vorme aanwesig was om 'n moordbevinding te regverdig, dan wel nalatigheid, wat 'n bevinding van strafbare manslag sou regverdig. Aangaande die moordaanklag sê die verhoorhof by monde van regter Friedman:¹

“Whilst therefore there is no doubt that the accused acted in a grossly reckless manner in his driving, we cannot say what he did was done deliberately. This being so it seems to us that on the main count the accused falls to be convicted of the crime of culpable homicide.”

Vir doeleindes van appèl kon daar niks méér gedoen word nie as om 'n regspraak te reserveer, en dit skyn of hierdie passasie ruimte laat vir 'n bespreking van dolus eventualis op die basis van 'n regspraak. Is “recklessness” dan nie genoeg vir 'n bevinding van opset by moontlikheidsbewussyn nie?

Wat die aanklagte van poging tot moord betref, moes die hof logieserwys, ná sy bevinding op die moordaanklag, beslis dat daar in dié gevalle ook nie opset was nie en dat die opset om ernstig te beseer gevolglik nie bevind kon word nie. Die enigste vraag wat oorgebly het, was of daar bevindinge van gewone aanranding kon wees. Natuurlik kon dit nie gebeur nie, want gewone aanranding vereis tog ook opset.

¹ *S v Chretien* 1979 4 SA 871 (D) 875C.

Hier het ons 'n man wat met oop oë ses mense in 'n groep in die straat omstamp, een dood en vyf beseer. Hy sê: "Ek het verwag dat hulle sou padgee." Ten opsigte van die vyf beseerdes gaan hy vry uit. Ten opsigte van die een wat dood is, is daar 'n bevinding van manslag. Die bevinding van manslag was nie in geskil nie, maar die bevinding van onskuld ten opsigte van die vyf beseerdes word deur die appèlhof² bekragtig. Dit word aldus deur hoofregter Rumpff gestel:³

"Hierdie Hof moet van die standpunt uitgaan (soos die Verhoorhof wesenlik bevind het) dat die respondent, in sy deur drank benewelde toestand, verwag het dat die mense sy Combi sou sien aankom en uit sy pad gaan. Hy het dus geen opset gehad om hulle raak te ry nie en het hulle ook nie gedreig dat hy hulle sou raak ry nie. Hy het eenvoudig verwag dat hulle uitmekaar sou gaan. Selfs gewone aanranding vereis die opset om aan te rand, en as so 'n opset nie bestaan nie (of nie bewys is nie) kan daar geen skuldigebevinding aan gewone aanranding wees nie."

Daar moet onthou word dat dit 'n appèl op 'n voorbehoue regs-vraag was en dat die appèlhof gebonde was aan die feite soos deur die verhoorhof bevind. Die howe sal daarteen moet waak dat *Chretien* nie aangevoer word as 'n appèlhof-bekragtiging van die feitebevinding nie.

Chretien het die vroeëre locus classicus oor dronkenskap, *Johnson*,⁴ van die tafel gegee, maar wat in die plek gekom het, bring sy eie probleme mee, soos ek sal probeer aantoon.

In die *Chretien*-saak het twee dinge gebeur:

a Die ou beginsel in *Johnson* dat dronkenskap nie 'n verweer is nie en hoogstens strafversagting werk, word verwerp en die hele vraagstuk word op die basis van toerekeningsvatbaarheid geplaas.

b Die begrip "specific intent" is oorboord gegooi.

Ek kyk eerstens na wat ons in die plek van *Johnson* gekry het en waarvolgens die howe in die toekoms sal moet handel. Die kern van die *Chretien*-uitspraak is die volgende:⁵

"Eers dan wanneer 'n persoon, wat 'n gevolghandeling pleeg, so besope is dat hy nie besef nie dat wat hy doen ongeoorloof is, of dat sy inhibisies wesenlik verkrummel het, kan hy as ontoerekeningsvatbaar beskou word. Is daar 'n redelike twyfel, behoort die beskuldigde die voordeel daarvan te kry."

Dit is gebaseer op 'n passasie uit *Hall General Principles of Criminal Law* 554⁶ waarin die volgende voorgestel word as 'n toestand wat die dader sal verskoon:

"... a severe blunting of the capacity to understand the moral quality of the act in issue, combined with a drastic lapse of inhibition."

Hier is 'n kombinasie van twee toestande, maar toe die appèlhof sy eie formulering gemaak het, het hy die twee as alternatiewe gestel: "... dat hy nie besef nie dat wat hy doen ongeoorloof is, of dat sy inhibisies wesenlik verkrummel het . . ."

² *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A).

³ 1103B-C.

⁴ 1969 1 SA 201 (A).

⁵ 1106B.

⁶ Die bladsynommer word in *Chretien* verkeerd aangegee as 534.

Hier word twee dinge gelykgestel wat nie gelyk is nie, naamlik afwesigheid van 'n besef dat wat hy doen ongeoorloof is, en wesenlike verkrummeling van sy inhibisies. Die twee is in die *Chretien*-passasie alternatiewe toestande, elk waarvan op sigself die beskuldigde sal verskoon. Maar aftakeling van inhibisies begin al gou. Die skaam jong man wat op die partytjie kom, word aggressief en aanmatigend wanneer hy 'n paar drankies in het. Sy inhibisies het verkrummel. Maar hy weet wat ongeoorloof is. Hy is gestimuleer deur die drank maar nie omdat hy "vet gee" nie; wat met hom gebeur het, is dat sy remkabel gebreek het. Die remmende invloede van natuurlike beskroomdheid of innerlike beskawing is nie meer daar nie, maar dit sou onaanvaarbaar vir die gemeenskap wees om hom ontoerekeningsvatbaar te noem. Hierdie man sal met die *Chretien*-formule heeltemal te maklik die redelike twyfel kan skep wat hy vir vryspraak nodig het. Dan is dit nie eens nodig om hom op die eersgenoemde toestand te beroep nie, want die twee is alternatiewe.

Verder word die uitdrukking "dat hy nie weet wat hy doen nie" vryelik gebruik, skynbaar as sinoniem met "sonder besef van die ongeoorlooftheid van die daad." Dit dra nie by tot noukeurigheid van woordgebruik in hierdie reeds onsekere veld nie.

Voordat ek by die vraag kom hoe die houe in die toekoms sal moet optree, wil ek graag die tafel skoonmaak van aangeleenthede wat in alle besprekings van dronkenskap voorkom, en net die ware probleemgebied onnodig beset. Die eerste is die *actio libera in causa*. Dit is terminologie waarvan ons ook sonder skade ontslae kan raak. Dit het betrekking op die persoon wat reeds sy misdadige opset gevorm het en hom dan bedrink om moed vir die daad te versamel. Hy is net so aanspreeklik as iemand wat nie gedrink het nie. Dit spreek vanself en 'n mens hoef geen tyd aan hom te wy nie. Hy word gedurig genoem, maar daar was nog nooit so 'n persoon voor enige hof nie, want niemand gaan erken dat dit sy denkproses was nie. Almal skuil altyd agter die drank as die oorsaak van 'n onbesonne handeling.

Die tweede persoon aan wie ons ook gerus maar minder aandag kan gee, is die een wat in die *Chretien*-terminologie "papdrunk is en net êrens lê en onwillekeurige spierbewegings met sy arm of voet doen."⁷ Sodanige persoon raak aan die slaap en doen verder geen skade nie.

'n Derde wat vandag nie ter sprake is nie, is die persoon wie se drankmisbruik hom tot geestesongesteldheid gebring het. Hy val buite die dronkenskap-probleem en kom binne die werking van artikels 77 tot 79 van die Straffproseswet.⁸ Outomatisme word ook nie behandel nie, en ek bespreek ook nie motorbestuur onder die invloed van drank nie, omdat dit 'n statutêre aanklag is waarby dronkenskap 'n element van die misdaad is en nooit verskonend kan werk nie.

Nou kom ek by die kernvraag: Hoe moet *Chretien* in die houe toegepas word? Ek dink nie dat "verkrummeling van inhibisies" as 'n

⁷ Sien 1104E.

⁸ Wet 51 van 1977.

selfstandige kriterium vir ontorekeningsvatbaarheid behandel sal word nie. Ons het hier bloot met 'n onversigtige plasing van die voegwoord "of" te doen. Die bedoeling was blykbaar om Hall se woorde "*combined with a drastic lapse of inhibition*"⁹ na te volg. Ons sal in die howe waarskynlik van die standpunt uitgaan dat slegs *afwesigheid van besef dat wat hy doen ongeoorloof is*, toerekeningsvatbaarheid uitskakel. Dit kan so gestel word: Die staat moet bo redelike twyfel bewys dat die beskuldigde besef het dat sy handeling ongeoorloof is. En om dit juridies sinvol te maak sal ons "ongeorloof" moet verstaan as "moreel ongeoorloof sowel as wederregtelik." Die staat sal alle feite waarvan so 'n besef afgelei kan word, moet bewys.

Laat ons sien hoe lyk dit in die praktyk met hierdie besef van ongeoorloofdheid.

By geweldsmisdade het ons feitlik nooit 'n bloedontleding van die beskuldigde nie; niemand weet of sy pupille vergroot was nie; die getuënis oor sy manier van loop of van wat hy gesê het, is onbetroubaar of onbekombaar. Amnesie by die beskuldigde is geen bewys na die een of die ander kant toe nie.

Onder die aanduidinge wat die howe moontlik sal hê, is daar die motief. Dit openbaar 'n rasonale denkproses. Die plek aan die liggaam waar die wond toegedien is, openbaar begrip van die doeltreffendheid van die aanval. Woorde wat die beskuldigde geuiter het, is hoogs belangrik – hulle is gewoonlik dreigemente. Die hoeveelheid drank ingeneem, is 'n gids, maar word gewoonlik onbetroubaar weergegee. Met hierdie soort feite sal die staat moet werk om hom van sy bewyslas te kwyt. Kan 'n mens hieruit aflei dat die beskuldigde die ongeoorloofdheid van sy daad besef het of nie besef het nie? Ek dink nie so nie. Dit is dieselfde kriterium vir toerekeningsvatbaarheid as dié wat in artikel 78(1)(a) van die Strafproseswet verskyn ten opsigte van geestesongesteldheid. By geestesongesteldheid het die hof al die hulp van psigiaters wat dertig dae vir 'n ondersoek gehad het. By dronkenskap daarenteen, waar die bewyslas nogal op die staat is, is die hof aangewese op die gehalte van bewyslewering wat ek genoem het.

In *Chretien* self ontdek ons alreeds 'n feitlike probleem. Hoofregter Rumpff sê naamlik:¹⁰

"Die Verhoorhof het aanvaar dat die respondent nie sodanig onder invloed van drank was dat hy die gevolge van sy handeling nie besef het nie."

Hy het die gevolge van sy handeling besef. Dit lyk sterk na 'n bevinding dat hy ook die ongeoorloofdheid daarvan besef het en dat ons met 'n geval van opset by moontlikheidsbewussyn te doen het. Dan, egter, moet ons ten opsigte van die sterfgeval 'n bevinding van moord inbring – en daarvan deins 'n mens terug, selfs al lê die versagtende omstandighede voor die hand.

⁹ Vgl hierbo.

¹⁰ 1102F.

Net so deins 'n mens ook terug van 'n bevinding van aanranding met die opset om ernstig te beseer, op grond van dolus eventualis. Daar was nooit 'n werklike opset om ernstig te beseer nie; daar was net roekeloosheid. Maar as jy in 'n groep voetgangers inploeg met jou voertuig, is dit dan genoeg om te sê: "In my dronkenskap het ek gedink hulle sal uitmekaar gaan"? Die gemeenskap se regsgevoel is nie bevredig nie. Die behoefte dring homself meer en meer op dat 'n statutêre misdaad geskep moet word wat nalatige besering, in dronkenskap veroorsaak, strafbaar stel. Die gemenerereg ken nie 'n misdaad soos blote nalatige besering nie en wanneer een geskep sou word, is die kwalifikasie "in dronkenskap veroorsaak" noodsaaklik.

DIE VRYE KEUSE

Die behoefte dat nalatige besering uit dronkenskap strafbaar gestel moet word, word gevoel omdat die vrye keuse by drankinname die persoon op 'n ander basis plaas as die geestesongestelde. In Aristoteles (384–322VC) se tyd is daar, op grond van die vrye keuse, selfs dubbel gestraf, en dit lyk asof hulle dit gedoen het sonder inagneming van toerekeningsvatbaarheid:

"We even find that the circumstance that an offence was committed out of ignorance is made a reason for punishment when the offender is held responsible for his ignorance, as is shown, for instance, by the sentence in a case when the accused had been drunk. It may then be doubled on the ground that the offence originated with the offender since it was open to him to refrain from getting drunk and his drunkenness was responsible for his *not knowing what he was doing* when he committed the offence."¹¹

Ek beveel nie dubbele straf aan nie, en ook nie verontagsaming van toerekeningsvatbaarheid nie, maar ek sê dat by beoordeling van dronkenskap in 'n misdaadverband, die vrye keuse nie oor die hoof gesien kan word nie. In Amerika word Hall se standpunt in 'n groot aantal jurisdiksies nie gevolg nie, omdat hy die vrye keuse nie voldoende beklemtoon nie. Die uitgangspunt is dat die persoon uit eie keuse sy inhibisies aftakel met drank. Hoe kan hy op grond daarvan verskoon word? In 'n 130 jaar oue saak¹² word gesê:

"If by a voluntary act he temporarily casts off the restraints of reason and conscience, no wrong is done him if he is considered answerable for any injury which in that state he may do to others or to society."

Hy het sy remkabel self losgemaak. Wat doen jy met 'n man wat in so 'n remlose voertuig in 'n besige straat afjaag? Deur sy eie keuse het hy die risiko van skade aan andere verhoog. Moet sy keuse hom verontskuldig? Dit kan myns insiens niks meer doen nie as om strafversagtend te werk na gelang van die omstandighede waarin hy die remkabel losgemaak het. Die onervare jong man is hier gunstiger geplaas as die ou drinker. Laat ons nou nie uitroep "versari!" nie. Dit is geen versari in re illicita nie. Dit is nie 'n geval waar een onwettigheid geprojekteer word op 'n ander

¹¹ Aristoteles *Nicomachean Ethics* bk III ch V. Vertaling deur JAK Thomson, Penguin books 11 (1961) 90.

¹² *People v Rogers* 18 NY 9 18.

nie. Dit is 'n geval waar onverantwoordelike handelinge 'n geruime tyd voor die insident begin.

Dieselfde standpunt word ingeneem deur De Wet en Swanepoel:¹³

“ 'n Persoon kan ook, sonder om die vereiste van toerekeningsvatbaarheid geweld aan te doen, aanspreeklik gehou word vir handelinge in sy dronkenskap verrig, indien hy in sy nugtere toestand rekening moes gehou het met die onheile wat moontlik uit sy beskonkenheid kan voortspruit. Die motorbestuurder wat weet dat hy nog ver moet ry met 'n vrag passasiers en dan 'n klomp drank verswelg in die hoop dat hy sy bestemming sal bereik voordat die drank hom vang, sal aanspreeklik wees indien die drank hom tog vang en hy die kar omsmyt en sy passasiers verongeluk. Die gewraakte daad hier is nie die omsmyt van die kar nie, maar die drink van die drank of die aanvang van die reis. In hierdie stadia was hy nog toerekeningsvatbaar.”

Soos De Wet en Swanepoel ook aantoon, ontstaan die moeilikste aspek in gevalle waar die beskuldigde die daad nie vooraf in gedagte gehad het nie, en eers daartoe besluit het nadat hy dronk geword het. Die toerekeningsvatbaarheidstandpunt word dan ten volle ingeneem, soos gevolg in *Chretien*. Die onbesonne messteek val daaronder. Maar as iemand soos Chretien weet dat hy 'n voertuig gaan bestuur, is die een of ander teenspoed wel voorsienbaar en kan minstens 'n nalatigheidsmisdad bevind word. Dit is trouens wat in *Chretien*, ten opsigte van die sterfgeval, gebeur het.

Ek is dit eens met Snyman¹⁴ waar hy sê dat die opset wat teenwoordig moet wees voor of tydens drankiname, nie noodwendig dolus directus hoef te wees nie. Dit kan dolus eventualis ook wees, wat sal skuil in 'n besef dat verdere drankiname kan lei tot 'n bepaalde wandaad. As 'n persoon dan besluit om verder te drink en die risiko te neem, is daar by hom opset by moontlikheidsbewussyn. Hier word egter die kontemplasie van 'n *bepaalde misdad* vereis. Snyman tree 'n verdere stap na vore deur 'n “nalatige” actio libera in causa te postuleer vir nalatigheidsmisdade in 'n toestand van dronkenskap gepleeg. Dan sou die omstandighede so moes wees dat die beskuldigde die ingetrede gevolg behoort te voorsien het, toe hy die veilige perk van drankiname begin oorskry het.

MOONTLIKE WETLIKE VERANDERINGE

Daar word soms aan die hand gedoen dat die bewyslas van ontoerekeningsvatbaarheid in dronkenskap op die beskuldigde geplaas moet word. Die kranksinnige het 'n bewyslas, maar die man wat ná sy hoofpyn weer gesond is, kan sit en kyk hoe die staat sy geestestoestand bewys. 'n Mens kan aanvoer dat sy toestand 'n feit is wat besonderlik binne sy eie kennis lê en gevolglik deur hom bewys moet word. Dit lyk na gesonde argumente, maar dit plaas 'n swaar las op die beskuldigde, swaarder as wat die geestesongestelde het. Laasgenoemde kan deur psigiaters beoordeel word; sy toestand is deurlopend. Die dronke word weer normaal en

¹³ *Strafreg* (1975) 116.

¹⁴ “Die Actio Libera in Causa: Die Benadering in die Duitse en Suid-Afrikaanse Reg” 1978 *De Jure* 227 228.

ly dan dikwels aan amnesie. Indien die juiste uitgangspunte of toetse toegepas word, is die staat se saak nie so moeilik nie, met bewyslas en al. Voorbeelde daarvan is *Taylor*¹⁵ en *Huebsch*,¹⁶ waar die bewese feite met noukeurigheid en sorg inmeekaargepas is en onafwendbaar tot die slotsom gelei het dat die beskuldigde toerekeningsvatbaar was. 'n Bewyslas behoort op die beskuldigde geplaas te word alleen wanneer die bewyse klaarblyklik veel makliker binne sy eie bereik is as binne die bereik van die staat.

Daar is egter 'n ander verandering wat ons kan aanbring wat myns insiens sal help om die dronkenskapkwessie, minstens by moordsake, op 'n suiwerder voet te plaas. Dit is juis by moordaanklagte waar die pleit van dronkenskap die meeste voorkom, in 'n poging om die bevinding na strafbare manslag te verminder. Ek sou die doodstraf heeltemal diskresionêr maak, in alle omstandighede. Ons het vandag 'n groot aantal moordsake wat wel moord is, maar die howe voel dat dit nie doodvonnis-gevalle is nie. Nou moet versagtende omstandighede gevind word. Die beskuldigde wil baiemaal nie help nie. Hy wil nie in die getuiebank gaan om aan sy bewyslas te voldoen nie. Dan word in 'n groot aantal sake teruggeval op drank as 'n versagtende omstandigheid. Dit lyk asof die drinker beloon word vir sy drinkery. Wanneer ons ontslae is van die verpligte doodvonnis, kan drankverbruik 'n meer rasonale plek inneem.

Die hof sal dan oordeel of daar verswarende omstandighede is. Ek glo dat ons ontslae sal wees van veel onwetenskaplike redenasie in gevalle waar ons voel dat die doodvonnis nie gepas is nie.

VONNIS

Dronkenskap is hoogs relevant by vonnis. Waar ons met vrywillige dronkenskap te doen het en die beskuldigde is toerekeningsvatbaar bevind, kan ek geen rede sien waarom drank per se strafversagtend moet werk nie. Wanneer 'n man met volle bewussyn sy oordeelsvermoë afgestomp het, behoort hy nie daaruit voordeel te trek nie. Veel sal afhang van die omstandighede van die drinkery, of 'n mens simpatiek daarteenoor kan staan of nie. In die geval van 'n onervare jong man sal 'n mens ongetwyfeld 'n toegewing maak. 'n Mens sal daar in gedagte hou wat appèlreger Holmes in *Ndhlovu*¹⁷ gesê het:

“Intoxication is one of humanity's age-old frailties, which may, depending on the circumstances, reduce the moral blameworthiness of a crime, and may even evoke a touch of compassion through the perceptive understanding that man, seeking solace or pleasure in liquor, may easily over-indulge and thereby do the things which sober he would not do.”

Vonnis word sterk beïnvloed deur die heersende regsdoortuiging van die gemeenskap, dit wil sê die regdenkende, toegewyde en arbeidsame element daarvan. By hulle kan ek geen simpatie gewaar vir die drinker wat in sy toestand groot skade aanrig nie.

¹⁵ 1949 4 SA 702 (A).

¹⁶ 1953 2 SA 561 (A).

¹⁷ 1965 4 SA 692 (A) 695C.

SPECIFIC INTENT

Ek kan nie afsluit sonder 'n woord oor "specific intent" nie. In *Chretien* word dié begrip uitgekakel. Dit word beskryf as onaanvaarbaar. Ek wil nie die hele treurige geskiedenis opdis van hoe dit via *Fowlie*¹⁸ en via 'n verkeerde kopnoot in *Bourke*¹⁹ hier ingesluip het nie. JC de Wet het na 'n lang kampanje teen "specific intent" uiteindelik gewen. Hy het gesê dat as 'n arme drommel nie 'n *specific intent* kan vorm nie, hy ook nie 'n "general intent" kan vorm nie. Die begrip "specific intent" is "more sinned against than sinning." Wat die Engelse en Amerikaanse howe daarmee bedoel het, was maar net dit: Die spesifieke ten laste gelegde bedoeling is nie bewys nie. Die beskuldigde het wel bewus handelend opgetree, maar die resultaat was nie 'n saak van oogmerk by hom nie. Met "specific intent" bedoel hulle maar net die ten laste gelegde bedoeling, as deel van die aanklag, en dit lyk nie vir my na so 'n groot sonde nie. In effek was dit niks anders nie as om te sê daar was geen opset nie. Nietemin, met of sonder "specific intent" kan ons ewe goed die juiste resultaat bereik.

SLOT

Opsommend kan ek soos volg afsluit:

1 Toerekeningsvatbaarheid is die juiste vereiste vir aanspreeklikheid by dronkenskap, waar die daad nie voorsien is voordat dronkenskap ingetree het nie. "Besef van ongeoorlooftheid" is daarenteen as toets vir toerekeningsvatbaarheid moeilik om in die praktyk toe te pas.

2 Die vrye keuse by dronkenskap maak 'n fundamentele verskil, vergeleke met geestesongesteldheid. Dit stel die dader bloot aan beoordeling of hy een van die volgende gedagtegeenge gehad het:

2 1 Hy voorsien die moontlikheid van 'n bepaalde misdaad indien hy aanhou drink, maar besluit om die risiko te aanvaar. Dan is dit opset by moontlikheidsbewussyn.

2 2 Hy het geen misdaad in gedagte nie, maar behoort te voorsien dat hy skade kan veroorsaak indien hy aanhou drink. Indien hy dan skade veroorsaak is dit 'n nalatigheidsmisdaad.

3 Die feit dat Chretien ten opsigte van die vyf beserings heeltemal vry gaan, is gemeenregtelik korrek, maar is onbevredigend vir die regsgevoel. 'n Wetsbepaling ten opsigte van nie-dodelike beserings in dronkenskap veroorsaak, skyn wenslik te wees.

4 Om die doodstraf deurgaans diskresionêr te maak, sal bydra tot groter regs wetenskaplike suiwerheid ten opsigte van dronkenskap in moordgevalle.

5 Dit is nie wenslik om die bewyslas van ontoerekeningsvatbaarheid by dronkenskaps misdade op die beskuldigde te plaas nie.

□

¹⁸ 1906 TS 505.

¹⁹ 1916 TPD 303.

Aanspreeklikheid vir skade veroorzaak deur wilde diere

KJ Kemp

B Jur LLD

Professor van Privaatreg aan die Universiteit van Zoeloeland

SUMMARY

In *Mbhele v Natal Parks Board* 1980 4 SA 303 (D) it was held that the controller of land is under no duty to act reasonably to prevent wild animals on his property from causing harm to others. The controller's mere omission to prevent such harm is not delictually wrongful. On this point the decision is clearly wrong - both in principle and on logical grounds. The principle that control gives rise to a positive duty to prevent harm, as laid down in *Quathlamba v Minister of Forestry* 1973 3 SA 69 (A) is clearly wide enough to encompass a duty to prevent wild animals from causing harm. There is no logical distinction between, for example, a fire started by lightning and dangerous wild animals. Both present a source of danger emanating from an entity under the defendant's control. It should, however, be noted that the basis of the defendant's positive duty is his control of the land and not control of the wild animals. This is in accordance with the rationale of control as a source of positive duties; the defendant's control excludes those of others who *may* have prevented the harm in question. This distinguishes control as a source of positive duties from the *omissio per commissionem*; in the latter instance the plaintiff must prove that the defendant *actually* created a new dangerous situation which would otherwise not have existed.

The burden of proving both that the wild animal came from land under the defendant's control and that the defendant was negligent in allowing the animal to escape and cause damage will, however, often prove to be an insurmountable obstacle to plaintiff's claim, as can be gathered from the decision in *Mbhele*. It is submitted that legislative provision should be made for no-fault liability for harm caused by wild animals originating from a national park or other conservation area. A rebuttable presumption that the animal came from the area in question, provided the damage occurs within a certain radius of the conservation area, should also be a feature of such legislation. In this way the law of delict can serve as an effective instrument for compensating the unfortunate victim by distributing the loss amongst members of the community, the ultimate beneficiaries of conservation laws.

INLEIDING

Seekoeie val selde mense aan. "Selde" is egter nie "nooit" nie en dit was juis by een van hierdie seldsame geleenthede waarop die ongelukkige eiser in *Mbhele v Natal Parks, Game and Fish Preservation Board*¹ deur 'n seekoei aangeval en ernstig beseer is. 'n Meer verdienstelike eiser is, in ag genome die omstandighede van die voorval, moeilik voor te stel.

¹ 1980 4 SA 303 (D). Hierna bloot *Mbhele*.

Die eiser was op pad om 'n naburige kraal te besoek en het reeds sy bestemming bereik toe die seekoei uit die donkerte opdoem en 'n ongeprovokeerde aanval op hom doen. 'n Verdienstelike eiser is egter nie teenstaande die slagoffergeoriënteerde simpatieverskuiwing wat onlangse ontwikkelinge in veral die Anglo-Amerikaanse deliktereg kenmerk,² nie voldoende vir sukses in 'n delikseis in die Suid-Afrikaanse reg nie; 'n blaamwaardige verweerder wat die skade moet dra, moet steeds deur die eiser aangetoon word.³ Die eiser het dan ook gepoog om so 'n verweerder te vind in die vorm van die Natalse Parkeraad, 'n regs persoon wat in beheer is van verskeie natuurreservate in die betrokke gebied. Dit het die hof vierkantig voor die hele kwessie van aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur wilde diere te staan gebring. In hierdie artikel word gepoog om aan die hand van *Mbhele* die vraag na die deliktuele aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur wilde diere in die algemeen te beantwoord.

DIE BESLISSING IN *MBHELE*

Die feitelike omstandighede waarin die eiser in *Mbhele* beseer is, is reeds uiteengesit. Die grondslag waarop die eiser sy eis gebaseer het, is kortliks die volgende:

Die betrokke seekoei was òf die eiendom òf onder die beheer van die verweerder. Die verweerder het gevolglik 'n regsplig teenoor die publiek gehad om te verseker dat die seekoei nie 'n gevaar vir lede van die publiek is nie. Volgens die eiser het die verweerder op nalatige wyse hierdie regsplig nie nagekom nie deurdat die verweerder versuim het om enige redelike stappe te doen om die seekoei te verhoed om van die beheerde perseel te dwaal, asook om daarna enige stappe te doen om die seekoei weer te vang of te vernietig alvorens hy skade aanrig. Een van die voorsorgmaatreëls wat die verweerder volgens die eiser moes tref, was die omheining van sy reservate op so 'n wyse dat seekoeie nie daardeur kon breek nie. Dit was gemene saak dat die reservate nie aldus omhein was nie en dat die seekoeie dus vryelik die reservate kon verlaat (wat dan ook by sommige geleenthede gebeur het).⁴

Die eiser se eis het op 'n eenvoudige feitelike grondslag misluk. Hy kon nie daarin slaag om met 'n oorwig van waarskynlikheid aan te toon dat die besondere seekoei wat hom aangeval het, afkomstig was uit een van die reservate onder beheer van die verweerder nie. Die hof het op grond van die bewese feite bevind dat die seekoei heel waarskynlik van elders as die reservaat afkomstig was. Met hierdie bevinding is daar geen fout te vind nie.

Die hof het egter voortgegaan en die standpunt ingeneem dat selfs al kon die eiser bewys dat die besondere seekoei wel van die betrokke reservaat afkomstig was, die eis nogtans op regsgronde sou faal. Dit is

² Vgl by Dias "Remoteness of Liability and Legal Policy" 1962 *CLJ* 178.

³ Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 60.

⁴ Vgl 305-306.

hierdie aspek van die uitspraak wat, hoewel streng gesproke obiter, van besondere belang is vir die beantwoording van die algemene regspraak na deliktuele aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur wilde diere.

Die eiser het op gesag van *Minister of Forestry v Quathlamba*⁵ betoog dat 'n grondeienaar op wie se grond 'n gevaarlike toestand bestaan, 'n plig het om redelike stappe te doen om te verhoed dat die gevaarlike toestand skade aan ander veroorsaak. Die verweerder het egter op gesag van *Sambo v Union Government*⁶ betoog dat die seekoei 'n wilde dier in sy natuurlike omgewing was en dat die verweerder geensins regtens verplig was om stappe te doen om te verhoed dat hy wegdwaal en skade veroorsaak nie.

Regter Broome het hom met die verweerder se betoog vereenselwig en soos volg standpunt ingeneem:⁷

"I would have considerable difficulty in accepting that a landowner who had simply let nature take its course, and done no more, should be under a duty to act reasonably to prevent wild animals on his property from causing damage to others. To impose such a duty would make the position of landowners quite intolerable. I agree, with respect, with Greenberg J⁸ that a landowner who lets nature take its course and who takes no steps to prevent wild animals, naturally on his land, from leaving his land is not guilty of culpa. Take the example of A, a breeder of pedigree livestock, whose prize bull was killed by a puff adder which the evidence established was born and lived on, but had strayed from, the farm of neighbour B, a tree farmer who was well aware of the existence of puff adders on his farm, who prohibited their destruction and strongly approved of them because they ate the rats that damaged his young trees. On these facts it would be ridiculous to suggest culpa on the part of B. The position might well be different if the evidence established that B had actually bred puff adders in large numbers under artificial conditions and that this inevitably and foreseeably led to a dangerous emigration of masses of them to A's paddocks. In such a case B would be doing far more than simply allowing nature to take its course."

Die regter merk verder op dat die betrokke reservaat nie oorbevolk met seekoeie was nie en vervolgd dan:⁹

"Hippo had been there since time immemorial, and unlike fire they are a natural phenomenon not introduced by human agency. There was nothing artificial about their existence or their numbers, and I find on the evidence that the defendant's control of the reserve went no further than to allow nature to take its course. That being so I hold that the defendant was not under a duty to take reasonable steps to confine hippo to the reserve."

Mbhele is dus klaarblyklik gesag vir die beginsel dat die beheerder (gewoonlik die grondeienaar) van grond nie aanspreeklik is vir skade veroorsaak aan ander persone deur wilde diere afkomstig van die betrokke grond nie.¹⁰ Die grondeienaar het dus nie 'n plig om redelike stappe te doen om sodanige diere te verhoed om skade aan te rig nie; solank hy maar

⁵ 1973 3 SA 69 (A).

⁶ 1936 TPD 182.

⁷ 308-309.

⁸ Dit is 'n verwysing na die uitspraak in *Sambo* (sien vn 6).

⁹ 309D.

¹⁰ Hoe ver sy aanspreeklikheid sou strek teenoor persone wat met sy toestemming op sy grond is of persone wat skade gely het as gevolg van die invoering van wilde diere, val buite die bestek van hierdie bespreking.

net nie positief bygedra het tot die skep van die gevaarlike situasie wat die wilde diere daarstel nie (vergelyk die twee voorbeelde deur die regter vermeld in die reeds aangehaalde dictum), is sy blote versuim nie onregmatig nie.

Mbhele is op die feite en op ander gronde wat later vermeld sal word, korrek beslis. Bogemelde beginsel is egter klaarblyklik verkeerd. Daar sal later aangetoon word dat die beslissing in hierdie opsig onlogies en in stryd met beginsel en die positiewe reg is. Voorts sal gewys word op verskeie wanopvattinge wat die hof se analise van beheer as bron van positiewe verpligtinge in die deliktereg kenmerk, asook op 'n eenaardige anomalie in die eiser se betoeg wat getuig van soortgelyke wanopvattinge.

DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK

Die enigste Suid-Afrikaanse gewysde wat direk betrekking het op die vraag na deliktuele aanspreeklikheid weens 'n blote versuim om skade veroorsaak deur wilde diere te voorkom, is *Sambo v Union Government*.¹¹ Die eiser se vrou is gedood deur 'n leeu afkomstig van die naburige Nasionale Krugerwildtuin. Die eiser het beweer dat die verweerder deur 'n bewaringsbeleid te volg, die toename van leeus in die wildtuin aangemoedig het. Dit het gelei tot 'n aanmerklike vermeerdering in die aantal leeus in die wildtuin. Desnieteenstaande het die verweerder geen stappe gedoen om die wildtuin te omhein nie en die versuim om sodanige stappe te doen was die oorsaak van die dood van die eiser se vrou. Die hof het die eis verwerp met die volgende motivering:¹²

“But no authority has been cited to us which lays down that any duty rests on the owner of ground on which there are wild animals in a state of nature either to exterminate these animals or to prevent them from leaving the ground and going on to a neighbour's property, or that such a duty is created by the fact that the owner prevents their extermination by human agency or by artificial means. The owner in a case of this kind is merely allowing nature to take its course, and in the circumstances to which I have referred he is entitled to do so, and his failure to prevent the animals from straying and doing damage elsewhere is not culpa in the eyes of the law.”

Dit is nodig om hierdie uitspraak, vir sover dit as gesag dien vir die beginsel dat 'n grondeienaar(-beheerder) nie aanspreeklik is vir 'n blote late om skade deur wilde diere veroorsaak te voorkom nie, in die korrekte historiese perspektief van die ontwikkeling van aanspreeklikheid vir blote lates in gevalle van beheer te sien. In 1936, toe die uitspraak in *Sambo* gelewer is, het die Suid-Afrikaanse howe reeds by verskeie geleenthede die standpunt ingeneem dat 'n grondeienaar geen plig het om positiewe stappe te doen om te verhoed dat 'n brand wat sonder sy toedoen op sy grond ontstaan het, versprei en skade aanrig nie; 'n blote versuim was nie onregmatig nie.¹³ Eers sedert die beslissing in 1961 in *Regal v African*

¹¹ supra. Gewysdes soos *Queenstown Municipality v Wiehahn* 1943 EDL 134 is om verskeie redes waarop dit nie nodig is om nou in te gaan nie, onderskeibaar.

¹² 184.

¹³ Vgl *Van der Byl v De Smidt* 1869 Buch 183 186; *Van Reenen v Glenlilly Fairfield Management Board* 1936 CPD 315.

*Superslate*¹⁴ het die howe 'n bereidwilligheid getoon om positiewe pligte om skade te voorkom, gebaseer op beheer, te erken.¹⁵ In die bekende appèlhofuitspraak *Minister of Forestry v Quathlamba*¹⁶ is dan ook onomwonde verklaar dat daar op 'n grondeienaar 'n plig, spruitende uit sy beheer oor die grond,¹⁷ rus om redelike stappe te doen om te verhoed dat 'n brand wat sonder sy toedoen ontstaan het, versprei en skade aanrig. Die enkele beperkings wat die hof op die trefwydte van die uitspraak gelê het,¹⁸ hou verband met wat as redelike stappe beskou kan word (uiteraard 'n aangeleentheid vir ad hoc-beslissing) en doen geensins afbreuk aan die onderliggende beginsel dat beheer aanleiding gee tot 'n positiewe plig om te voorkom dat skade veroorsaak word deur die beheerde entiteit nie.¹⁹ Dit is dus duidelik dat die Suid-Afrikaanse reg aangaande aanspreeklikheid gebaseer op 'n blote versuim om te verhoed dat 'n beheerde entiteit skade veroorsaak, sedert *Sambo*, 'n omwenteling ondergaan het. Die vraag of hierdie latere gewysdes in pari materia met *Sambo* en ook *Mbhele* is, sal ondersoek word wanneer die grondslag van positiewe pligte gebaseer op beheer ontleed word.

REGSVERGELYKENDE OORSIG

Beleidsoorwegings speel 'n sleutelrol in die deliktereg en veral by die oplegging van positiewe verpligtinge, waar die kernvraag steeds bly hoe ver die reg bereid is om mense te dwing om tot voordeel van andere op te tree.²⁰ Om dié rede is regsvergelykende evaluering van besondere belang. Dit is veral in die Engelse reg waar die Suid-Afrikaanse howe leiding soek.²¹ Die regsvergelykende oorsig sal dus beperk word tot 'n beknopte en ietwat vereenvoudigde samevatting van die Engelse reg met slegs enkele verwysings na die Nederlandse reg.

In die Engelse reg was die beheerder van grond aanvanklik nie aanspreeklik vir enige skade veroorsaak deur gevaarlike toestande wat weens die werking van natuurkragte of natuurlike toestande op sy grond ontstaan het en wat daarna elders versprei en skade veroorsaak nie. Hoewel *Giles v Walker*,²² die gewysde waarin dié beginsel geformuleer is, skerp gekritiseer is deur veral Goodhart,²³ is die beginsel in verskeie latere gewysdes nagevolg.²⁴ Die stand van die vroeëre regspraak word goed

¹⁴ 1963 1 SA 102 (A).

¹⁵ Vgl *Van Wyk v Hermanus Municipality* 1963 4 SA 285 (K); *King v Dykes* 1971 3 SA 540 (RAD).

¹⁶ 1973 3 SA 69 (A).

¹⁷ 82.

¹⁸ 81.

¹⁹ Vgl die toepassing van die beginsel in *Titlestad v Minister of Water Affairs* 1974 3 SA 810 (N).

²⁰ Vgl Atiyah *Accidents Compensation and the Law* 2e uitg (1975) 92-93.

²¹ Sien veral *Administrateur Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) 833.

²² 1890 QBD 656.

²³ "Liability for Things Naturally on the Land" 1930-1932 *CLJ* 13.

²⁴ *ibid.*

opgesom in die volgende dictum van lord Wilberforce in *Goldman v Hargraves*:²⁵

“[I]t is only in comparatively recent times that the law has recognised an occupier’s duty as one of a more positive character than merely to abstain from creating or adding to a source of danger or annoyance. It was for long satisfied with the conception of separate or autonomous proprietors, each of whom was entitled to exploit his territory in a ‘natural’ manner and none of whom was obliged to restrain or direct the operations of nature in the interest of avoiding harm to his neighbours.”

Die beheerder van grond is egter wel op grond van oorlas (“nuisance”) aanspreeklik gehou waar die skadeveroorusakende toestand deur ’n voorganger in titel of ’n betreder geskep is. Die onregverdige werking van hierdie reël (skuld is nie ’n vereiste vir aanspreeklikheid gebaseer op oorlas nie) het vroeg reeds regterlike kritiek ontlok²⁶ en in *Sedleigh-Denfield v O’Callaghan*²⁷ is dan ook uitdruklik beslis dat die beheerder slegs aanspreeklik is vir skade veroorsaak op sodanige wyse, indien die beheerder geweet het van die gevaarlike toestand of daarvan behoort te geweet het en hy ’n redelike geleentheid gehad het om te verhoed dat dit skade veroorsaak. In wese behels dit dat die beheerder slegs aanspreeklik is vir skade veroorsaak deur ’n *nalatige* versuim. Die beginsel is in verskeie gewysdes nagevolg²⁸ en in *Goldman v Hargraves*²⁹ het die hof dan ook bevestig dat, ongeag of die eis op die algemene nalatigheidsdelik of spesifiek op oorlas gebaseer word, “liability, if it exists, rests on negligence and nothing else.”³⁰

Die aanspreeklikheidsstelling, al dan nie, van ’n verweerder het dus in wese berus op die wyse waarop die gevaarlike toestand veroorsaak is. Die uitspraak in *Goldman v Hargraves* het ’n einde aan hierdie anomalie gemaak: Weerlig het ’n brand op die verweerder se grond veroorsaak. Nieteenstaande sy pogings om dit te blus, het dit na die eiser se grond versprei. Die vraag wat die hof moes beantwoord was of die verweerder aanspreeklik gehou kon word weens sy versuim om redelike sorg aan die dag te lê in sy pogings om die brand te blus. Die hof het uitdruklik die onderskeid tussen gevaar veroorsaak deur menslike optrede en gevaar veroorsaak deur natuurlike toestande of sogenaamde “acts of God,” verwerp. Die hof het die standpunt gehuldig dat sodanige onderskeid bloot verwarring in die hand werk en feitlik onoorkomelike bewysregtelike struikelblokke in die eiser se pad plaas.³¹ Hoe gaan hy byvoorbeeld bewys die brand is deur ’n mens of weerlig veroorsaak? Voorts het die hof heel tereg die standpunt ingeneem dat sodanige onderskeid op geen logiese

²⁵ 1966 2 All ER 989 992.

²⁶ *Broder v Saillard* 1876 2 Ch 692. Vergelyk ook Friedman “Incidence of Liability in Nuisance” 1949 *LQR* 63 65.

²⁷ 1940 3 All ER 349.

²⁸ Bv *The Wagon Mound (No 2)* 1966 2 All ER 709 716.

²⁹ *supra*.

³⁰ 992.

³¹ 994.

of beginselgrondslag berus nie.³² Na 'n ondersoek van die Engelse positiewe reg en regs literatuur het die hof tot die slotsom gekom dat dit afdoende steun bied vir die erkenning van "the existence of a general duty on occupiers in relation to hazards occurring on their land, *whether natural or man-made*."³³

Diegene wat sou dink dat dit met hierdie onomwonde erkenning deur die geheime raad van die positiewe verpligting om skade te voorkom wat op beheerders rus, *cadit questio* sou wees wat betref die erkenning ook van aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur wilde diere, sou die kasuïstiese aard van die Engelse reg, gekenmerk deur die trek van fyn (en soms onlogiese) onderskeidings, uit die oog verloor. In die onlangse gewysde *Leakey v National Trust*³⁴ het die verweerders gepoog om die beginsel gestel in *Goldman* te beperk tot gevaarlike toestande geskep deur die werking van natuurkragte op *iets* op die grond in teenstelling met 'n gevaarlike toestand geskep deur die grond self. Die verweerders het nie teenstaande kennis van die stortingsgevaar wat hul hoopvormige grond vir die eiser ingehou het, versuim om enige stappe te doen om storting en skade aan die eiser se grond te voorkom. Die hof (sowel *a quo* as in *appèl*) het egter die standpunt ingenem dat die situasie beheers word deur die beginsel gestel in *Goldman* en dat daar oor die algemeen 'n plig op beheerders rus om skade te voorkom. In ooreenstemming hiermee kan gevolglik geredeneer word dat die Engelse reg teenswoordig, in teenstelling met die standpunt wat in vroeëre gewysdes³⁵ gehuldig is, ook 'n plig op die grondbeheerder sou lê om redelike stappe te doen om te verhoed dat wilde diere skade aanrig. Hoewel daar dus geen resente gewysde is wat pertinent sodanige plig erken nie,³⁶ sou so 'n ontwikkeling die logiese resultaat wees van die toepassing van die beginsel gestel in *Goldman* en gevolg in *Leakey*.

Ek verwys ook kortliks na die Nederlandse reg. In 'n digbevolkte land soos Nederland sal die vraag na aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur wilde diere uiteraard selde ontstaan. Skrywers huldig egter die mening dat die beheerder van eiendom waarop daar steeds wilde diere is, 'n plig (gegrond op die algemene "zorgvuldighheidsnorm") het om te verhoed dat die diere skade veroorsaak.³⁷ Die beheerder sou byvoorbeeld verplig wees om "sy" grond te omhein ten einde te verhoed dat wilde diere daarvan afkomstig, verkeersongelukke veroorsaak.

Regsvergelykend is die slotsom dat sowel die Engelse as die Nederlandse reg in beginsel 'n plig op die beheerder van die grond plaas om

³² omrede die "... basis of the occupier's liability lies not in the use of his land . . . but in the neglect of action in the face of something which may damage his neighbour" (994).

³³ 995. My beklemtoning.

³⁴ 1980 2 WLR 65. Sien ook die aantekening in 1980 *CLJ* 259.

³⁵ Vgl Williams *Liability for Animals* (1939) 258-261.

³⁶ *Tremain v Pike* 1969 3 All ER 1303 handel wel met skade veroorsaak deur wilde rotte, maar die plig berus op die werkgewer-werknemer-verhouding en nie beheer as sodanig nie.

³⁷ Raadpleeg Van Asch van Wijck "Wild op Verkeerswegen" 1961 *Njb* 805 809.

skade deur wilde diere te voorkom, tensy daar 'n goeie rede bestaan om gevaar van diere te onderskei van ander gevare, soos brand.

DIE GRONDSLAG VAN AANSPREEKLIKHEID WEENS BEHEER

Dit bly om 'n eenvoudige rede steeds geldig om dit te bevraagteken of 'n beheerder se positiewe verpligtinge ook die verpligting insluit om te verhoed dat wilde diere afkomstig van die beheerde gebied, aldaar of elders skade aanrig. Die relevante regspunt is natuurlik dat die beheerder van die grond nie beheer oor die wilde diere, synde *ferae naturae*, het nie.³⁸ As gesê sou word dat die grondbeheerder sonder meer beheer oor die wilde diere op sy grond het, behoort blote *animus domini* hom die eienaar daarvan te maak. Dit is en was egter nog nooit die posisie in die sakereg nie.³⁹ Die beheerder van grond waarop 'n mensvreterleeu hom skuilhou, het nie regtens beheer oor die leeu nie; hy het wel beheer oor die grond waarop die leeu hom bevind.

Die wesenlike vraag wat ontstaan, is: hoekom gee beheer aanleiding tot 'n positiewe plig om skade te voorkom? As die rede opgesluit lê in werklike mag of beheer oor die entiteit, behoort die beheerder nie aanspreeklik te wees vir skade veroorsaak deur wilde diere nie. Die grondslag van beheer as 'n bron van positiewe verpligtinge in die deliktereg behoort dus nader ondersoek te word.

'n Analise van die regspraak toon aan dat die rationale vir beheer as 'n bron van positiewe verpligtinge, die eksklusiewe (uitsluitende) werking daarvan is.⁴⁰ Beheer impliseer enersyds dat die beheerder die *juridiese* bevoegdheid (mag) het om oor die beheerde entiteit te beskik in die sin dat juridiese beskerming aan die bevoegdheid verleen word en andersyds dat die beheerder se mag eksklusief is in die sin dat die juridiese erkenning daarvan ander verhoed om oor soortgelyke bevoegdhede ten opsigte van die entiteit te beskik.⁴¹ Die beheerder se beheer het tot gevolg dat ander persone verhoed word om gepaste stappe te doen om skade te voorkom. Andere mag byvoorbeeld nie X se plaas betree om 'n wilde leeu daarop te skiet nie. Aangesien die verweerder X se beheer (in casu van die plaas) juridies erken en beskerm word, word die bevoegdheid van andere om skade te voorkom, grotendeels aan bande gelê.⁴² Beheer beperk nie

³⁸ Sien Van der Merwe en Rabie "Animals" in Joubert (red) *The Law of South Africa* I 219-220.

³⁹ *ibid*: "A strong degree of control is required for the occupatio of a wild animal." Hoewel beheer nie noodwendig dieselfde betekenis in die deliktereg dra as wat dit in die sakereg het nie, is dit moeilik om in te sien hoe (behalwe as die begrip "beheer" heeltemal gedenatureer word) beweer kan word dat 'n wilde leeu of seekoei deur 'n grondeienaar beheer word.

⁴⁰ Vgl die dicta aangehaal deur Claassen *Dictionary of Legal Words and Phrases* I (1975) 325-326, asook *Searles v George Divisional Council* 1954 2 SA 410 (K), *Titlestad v Minister of Water Affairs* 1974 3 SA 810 (N) en my ongepubliseerde doktorsale proefskrif *Delictual Liability for Omissions* (1979) UPE 302-305.

⁴¹ Behalwe natuurlik in gevalle waar regverdigingsgronde teenwoordig sou wees.

⁴² Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* II 10e uitg (1970) 465-466.

alleen die bevoegdheid van andere om in te gryp nie, dit beperk ook die geleentheid om in te gryp: gewoonlik is slegs die beheerder in sodanige de facto posisie om 'n behoorlike besef te vorm van die gevaar wat die beheerde entiteit vir andere inhou.

Dit is dus geensins verrassend om te vind dat verskeie skrywers beheer as 'n positiewe aktiwiteit beskou nie.⁴³ In die lig van die konstante uitsluitende werking van beheer, is hierdie benadering skynbaar korrek en berus die beheerder se aanspreeklikheid op 'n tipe *omissio per commissionem*.⁴⁴ Daar moet egter beklemtoon word dat die eksklusiewe werking van beheer die *rationale* vir die beheerder se positiewe pligte is en nie 'n *vereiste* daarvoor nie.⁴⁵ Die eiser hoef nie te bewys dat die verweerder se beheer *werklik* die beheer van andere wat die skade sou voorkom het, uitgesluit het nie. Dit sou die verweerder in *Quathlamba* geensins gebaat het as hy kon bewys dat as hy nie in beheer van die grond was nie, Y in beheer sou wees en dat Y geen stappe sou gedoen het om die vuur te blus nie. Anders dus as in die *omissio per commissionem*-situasie waar die eiser 'n kousale verband moet bewys tussen die gedraging van die verweerder en die gevaarsituasie wat later tot sy skade gelei het,⁴⁶ hoef daar in geval van positiewe verpligtinge gebaseer op beheer, nie bewys te word dat die beheer van die verweerder kousaal verbind is aan 'n gevaarsituasie wat andersins nie sou bestaan nie. Beheer is 'n selfstandige bron van positiewe verpligtinge wat byna beskou kan word as die *quid pro quo* van regsweë vereis vir die potensieel eksklusiewe werking van beheer wat die juridiese erkenning daarvan behels.⁴⁷

In die lig hiervan is dit duidelik dat die beheerder van grond wel 'n plig het om redelike stappe te doen om te verhoed dat wilde diere, waaroor hy geen direkte beheer het nie maar wat hulle op die grond bevind, aldaar of elders skade veroorsaak. Die erkenning van sodanige plig is in ooreenstemming met die beginsel onderliggend aan beheer as bron van positiewe verpligtinge in die deliktereg. Beheer van die grond sluit effektiewelik die beheer van die wilde diere deur andere uit.

Ook vanuit 'n logiese oogpunt beskou is dit moeilik om in te sien hoe 'n ander gevolgtrekking bereik kan word, sonder om van gekunstelde en onpraktiese konstruksies gebruik te maak. Dit sal moeilik wees om aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur 'n vallende boom (plant) op grond van beheer daarvan te regverdig,⁴⁸ terwyl geen aanspreeklikheid

⁴³ Sien by Millner *Negligence in the Modern Law* (1967) 31–32; Van der Walt 1976 *TSAR* 105.

⁴⁴ Vgl Hahlo en Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 506.

⁴⁵ Vgl Seavey "Principles of Torts" 1942 *Harvard Law Review* 72 77: "In the most cases it would not be too violent to assume that, had he not taken control, the one from whom he took control could have prevented the harm . . . But it would seem proper to consider control as an *independent basis* for tort liability."

⁴⁶ Sien my artikel "The Omission per Commissionem Doctrine" in 1981 *Obiter*.

⁴⁷ Vgl *R v Dempers* 1903 SC 546.

⁴⁸ Soos in *Kruger v King William's Town Municipality* 1959 4 SA 547 (E). Ooreenkomstig die stelreël "superficies solo cedit" kan beheer van die plant self gekonstrueer word.

erken word vir siektes veroorsaak deur gevaarlike bakterieë (diere) afkomstig van die grond nie.⁴⁹ So 'n onderskeid, afgesien van die probleme wat die trek daarvan mag behels, sou getuig van 'n blote haarklowery waarvoor geen regverdiging bestaan nie.

Daar word dus aan die hand gedoen dat indien 'n verweerder se beheer van 'n entiteit (in casu grond) die effek het om ander entiteite (in casu wilde diere) uit te sluit van die beheer van andere, die verweerder in beginsel ook 'n plig het om te voorkom dat hierdie ander entiteite skade veroorsaak.

'N KRITIESE BESKOUIING VAN *MBHELE*

In die lig van die voorafgaande bespreking is dit duidelik dat die beslissing in *Mbhele* met verskeie wanopvattinge aangaande beheer as bron van positiewe verpligtinge, deurspek is.

Eerstens kan gewys word op die eienaardige logiese anomalie in die eiser se argument. Die eiser het die verweerder se plig om die seekoei te verhoed om weg te dwaal, gebaseer op laasgenoemde se *beheer oor die seekoei* (teenwoordigheid van beheer) en nalatigheid gekonstrueer op grond van die verweerder se versuim om die park met seekoeiwerende draad te omhein (afwesigheid van beheer)! Die afwesigheid van die heining is egter klaarblyklike getuienis daarvan dat die verweerder nie beheer oor die seekoei gehad het nie. Die argument is dus selfvernietigend; die bewys van nalatigheid negeer die onregmatigheidsgrondslag van die verweerder se versuim. Die basiese fout is natuurlik dat die onregmatigheid van die verweerder se versuim nie geleë is in sy *beheer oor die seekoei* nie (wat hy natuurlik nooit gehad het nie).

Die hof self het beheer as bron van positiewe pligte totaal misverstaan. Dit blyk duidelik uit die onderskeid wat die hof tussen die slangvoorbeeld⁵⁰ (die geval waar B die pofadders toelaat om op sy plaas aan te teel en die geval waar hy self die pofadders onder kunsmatige omstandighede teel) probeer maak. Die verskil tussen die twee voorbeelde is dat aanspreeklikheid in die eerste geval slegs gegrond kon word op beheer, terwyl aanspreeklikheid in die tweede voorbeeld gegrond sou kon word op 'n *omissio per commissionem*. Hierdie is, soos hierbo aangetoon, twee afsonderlike bronne van positiewe verpligtinge en moet nie verwar word nie. Die verweerder het 'n positiewe plig omdat hy *in beheer is van die grond* (en nie van die seekoei self nie) waarop die seekoei hom bevind het en daardeur word beheer deur andere (potensieel) uitgesluit. Dit is nie 'n plig wat berus op 'n positiewe skepping van gevaar nie. Die hof se standpunt is klaarblyklik in stryd met die beginsel en onderliggende rationale van die *Quathlamba*-gewysde, asook met die beginsels wat in

⁴⁹ Die verweerder sal nie beheer oor die bakterieë hê nie, maar wel oor die plante (vgl die vorige noot).

⁵⁰ Vgl die dictum hierbo aangehaal.

die Engelse en die Nederlandse reg uitgekristalliseer het.⁵¹ Die beginsel dat beheer dien as bron van 'n positiewe plig om skade te voorkom, is klaarblyklik wyd genoeg om 'n plig te plaas op 'n beheerder van grond waarop wilde diere hul bevind. Dit is regs-wetenskaplik verantwoordbaar op grond van die uitsluitende effek wat die rationale vir die oplegging van positiewe pligte op grond van beheer, het. Die poging wat die hof aangevend het om *Mbhele van Quathlamba* te onderskei, is heeltemal gekunsteld en onlogies. Die regverdiging hiervoor, naamlik dat seekoei "unlike fire . . . are a natural phenomenon not introduced by human agency,"⁵² gaan nou eenmaal nie op nie. Die hof het juis in *Quathlamba* bevind dat daar geen getuienis is nie dat "this fire was started . . . by any human agency"⁵³ en het klaarblyklik geen belang geheg aan die wyse waarop die brand ontstaan het nie, omrede die hele basis van die eiser se saak bloot was dat "because the fire . . . originated upon and emanated from defendant's property, legal responsibility attaches to the defendant."⁵⁴ Eweneens was die oorsaak van die brand in gewysdes soos *King v Dykes*⁵⁵ en *Van Wyk v Hermanus Municipality*⁵⁶ onbekend; nogtans is 'n plig om redelike skadevoorkomende stappe te doen, opgelê. In *Goldman* het die weerlik die brand veroorsaak; 'n "natuurliker" oorsaak kan 'n mens jou kwalik voorstel. Die poging om *Mbhele* op hierdie basis van *Quathlamba* te onderskei, is dus geensins geslaagd nie en dit is inderdaad reeds uitdruklik as gekunsteld en onlogies verwerp in *Goldman*.⁵⁷ Die enigste regs-wetenskaplike onderskeid tussen skade veroorsaak deur brand en skade veroorsaak deur wilde diere, is dat die beheerder nie direkte beheer oor die wilde diere het nie. Soos reeds uiteengesit, gesien die rationale van beheer as positiewe verpligings-bron, is dit inderdaad die beheer van die grond wat as grondslag van dié verpligting dien. Deur nie so 'n plig te erken nie, het die hof in *Mbhele* op onoortuigende gronde in stryd met beginsel en die positiewe reg gehandel.

Laastens moet opgemerk word dat die regspolitiese beswaar teen die oplegging van 'n positiewe plig om skade te voorkom, naamlik dat dit "would make the position of landowners quite intolerable,"⁵⁸ ongegrond is. Dit is inderdaad eenaardig dat die hof nie die teenstrydigheid tussen hierdie beswaar en die hof se eie omskrywing van die plig naamlik "a duty to take reasonable steps,"⁵⁹ ingesien het nie. Hoe kan dit, logies gesproke, onredelik ("intolerable") wees om redelike stappe te vereis? Dit is slegs onredelik om onredelike stappe te vereis; redelike stappe

⁵¹ Dit is insiggewend dat die hof in *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597 slegs na beheer (en nie na beheer oor gevaarlike voorwerpe nie) as bron van positiewe verpligtinge verwys.

⁵² 309D.

⁵³ 80D.

⁵⁴ 80E.

⁵⁵ supra.

⁵⁶ supra.

⁵⁷ Vgl vn 32.

⁵⁸ 309A.

⁵⁹ 308-309.

impliseer reeds dat dit redelik is om dit te vereis. Dit sal geensins die grondeienaar se posisie onuithoudbaar maak as van hom verwag word om die klaarblyklik hondsdol meerkat wat hy toevallig tydens 'n jagtog op sy plaas raakloop, van kant te maak nie, veral nie as die meerkat in die rigting van die naaste plaasskool op pad is nie. Aan die ander kant sal dit onredelik wees om van 'n grondeienaar te verwag om al die meerkatte op sy plaas gereeld dop te hou en te ondersoek vir hondsdolheid. Wat redelike stappe sal uitmaak, is 'n feitekweisie wat van geval tot geval uitgemaak moet word. Die kwalifikasie wat die Suid-Afrikaanse howe op die positiewe plig tot skadevoorkoming geplaas het, naamlik dat slegs *redelike* stappe om skade te voorkom vereis word, dien as afdoende begrensingsmiddel om te verseker dat die plighebbende se posisie nie ondraaglik gemaak word nie.⁶⁰ Dit is veral die geval as gelet word op die subjektiewe element wat die howe by die vasstelling van wat redelike stappe is, ingevoer het. Daar moet vasgestel word watter stappe volgens die objektiewe redelikheid van die betrokke (spesifieke) nalater verwag kan word. Watter stappe volgens die objektiewe redelikheid van 'n verweerder vereis kan word, sal dus wissel van verweerder tot verweerder met inagneming van sy vermoë (insluitende finansiële en fisiese aspekte) om die skade te voorkom.⁶¹ Waar die skadevoorkomende stappe byvoorbeeld geldelike uitgawes behels, kan vereis word dat 'n ryk verweerder meer as 'n arm verweerder moet bestee. Hierdie benadering van die Suid-Afrikaanse howe is in beginsel korrek en in ooreenstemming met die Engelse reg.⁶² Voorts het ons howe telkens beklemtoon dat die feit dat die verweerder 'n blote nalater en nie die skepper van die gevaartoestand is nie, klaar 'n faktor is wat meebring dat nie soveel eise aan eersgenoemde as aan laasgenoemde gestel word nie.⁶³

Daar moet noodwendig tot die gevolgtrekking gekom word dat die beslissing in *Mbhele* in beginsel verkeerd is; die beheerder van grond het 'n plig om redelike stappe te doen ten einde te verhoed dat wilde diere afkomstig van sy grond, skade aan ander veroorsaak.

DIE STANDAARD VAN SORGSAMHEID

In *Mbhele* het die hof tereg die bewering dat die verweerder 'n seekoeiwerende draad moes oprig verwerp op grond daarvan dat die "enormous cost would not be warranted when regard is had to infrequency of attacks by hippo on people."⁶⁴ Dit is geykte reg⁶⁵ dat die waarskynlikheid dat die voorsiene gevaar sal intree en die erns daarvan, indien dit sou intree, sowel as die koste om teen die intrede daarvan te waak, van die hooffaktore by die vasstelling van die redelike man-gedragsnorm is. In die lig van die hof se bevinding ten opsigte van hierdie faktore, sou die

⁶⁰ Vgl *Regal v African Superslate* supra asook Kemp a w 376-380.

⁶¹ *ibid.*

⁶² *Goldman v Hargraves* supra.

⁶³ Sien veral *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* supra 116.

⁶⁴ 309E.

⁶⁵ Van der Walt a w 76-83.

redelike man ook nie die omheining opgerig het nie. Die verweerder was dus nie nalatig nie. Dit is inderdaad moeilik, gesien die koste van sulke stappe, om 'n geval te konstrueer waar die blote versuim om wilde diere se bewegingsvryheid te beperk, wel nalatigheid daar sou stel. 'n Versuim om byvoorbeeld bestaande heinings in stand te hou⁶⁶ of om 'n gevaarlike ontsnapte olifant of ander gevaarlike dier op te spoor en te dood, sou egter veel geredeliker as 'n nalatige versuim bestempel kan word, afhangende van die betrokke feite.

Realisties beskou is dit egter duidelik dat die gewone deliksaksie juis vanweë die probleem om skuld aan die verweerder se kant te bewys, dikwels geen afdoende remedie aan die slagoffer van 'n wilde dier sal bied nie. Voorts sit die eiser in streke waar soortgelyke wilde diere ook voorkom op ander grond as dié wat onder die verweerder se beheer val, met die probleem om te bewys dat die dier juis van die verweerder se grondgebied afkomstig was. Juis om hierdie rede het die eis in *Mbhele* bloot op die feite al misluk.

SKULDLOSE AANSPREEKLIKHEID

Dat die slagoffers van wilde diere die simpatie van die onderskeie regters in *Sambo* en *Mbhele* geniet het, blyk duidelik uit dié uitsprake.⁶⁷ Regterlike simpatie en die moontlikheid van arbitrêre altruïstiese geldelike toekennings bied egter weinig troos vir die remedielose slagoffer. Die botsende belange wat die deliktereg hier moet reël, word treffend uiteengesit in *Mbhele* waar verwys word na die

“ . . . collision between the interests of society in general, as evidenced by the conservation laws, and the interests of those like he who suffers the nocturnal depredations of wild or protected animals . . . The more modern approach must be to strike some sort of a balance between these competing interests.”⁶⁸

Daar word aan die hand gedoen dat die skuldvereiste in gevalle soos *Mbhele* en *Sambo* die skaal te veel teen die onskuldige slagoffer laat swaai. Die moderne deliktereg is al meer gerig op skade- (ongeluks-) voorkoming en skadeverspreiding, eerder as op afskrikking en vergoeding deur blote skadelasverskuiwing gegrond op skuld.⁶⁹ Die gemeenskap wat hom ten doel stel om wilde diere te beskerm en te bewaar, moet bereid wees om die skade wat individue as gevolg hiervan ly, te vergoed en sodoende die potensieële skade wat wildbewaring inhou, deur die gemeenskap te versprei. Dit is billiker as om die hele las af te skuif op die onskuldige slagoffer van omstandighede buite sy beheer.

Daar word gevolglik voorgestel dat met die skuldvereiste weggedoen word in gevalle waar wilde diere afkomstig uit wildtuine skade aan

⁶⁶ Vgl *Coreejes v Carnarvon Munisipaliteit* 1964 2 SA 454 (K).

⁶⁷ Vgl *Sambo* 184; *Mbhele* 307.

⁶⁸ 307E-G.

⁶⁹ Vgl *Salmond on the Law of Torts* 17e uitg (1977) 10 ev.

onskuldige derdes berokken.⁷⁰ Hoewel so 'n resultaat moontlik deur 'n geleidelike ontwikkeling van die regspraak kan geskied, word aan die hand gedoen dat so 'n proses wat 'n drastiese afwyking van die basiese beginsels van ons deliktereg behels, vanweë die inherente konserwatisme van regterlike regsvoorming te langzaam sal wees om aan die behoeftes te voldoen.⁷¹ Die gepaste instrument om sodanige verandering teweeg te bring, is wetgewing, want om 'n regverdige resultaat te bereik moet nie slegs skuldlose aanspreeklikheid ingestel word nie; daar sal ook minstens voorsiening gemaak moet word vir 'n weerlegbare vermoede dat 'n slagoffer wat binne 'n sekere radius van 'n wildduin deur 'n wilde dier aangeval word, deur 'n wilde dier afkomstig uit die wildduin aangeval is. Vir die meeste mense lyk seekoëie taamlik eenders; om van die slagoffer te verwag om sy aanvaller positief te identifiseer of om ander bewyse van sy herkoms te gee, sal dikwels 'n onoorkomelike struikelblok in sy pad lê. Daar kan moontlik geargumenteer word dat sulke insidente waar persone deur wilde diere aangeval word of hul eiendom aldus beskadig word, selde voorkom en dat die wetgewer hom nie met sulke onbenullighede moet bemoei nie. Afgesien daarvan dat die slagoffer dit geensins as onbenullig beskou nie, is so 'n argument sprekend van 'n hartelose ongeërgdheid wat indruis teen die regverdigheidsgevoel van elke juris. Dit is die plig van die gemeenskap, die instellers en uiteindelijke bevoordeeldes van die wildduurbewaringsbeleid, om toe te sien dat geregtigheid sover moontlik in elke geval geskied. Die uitneem van aanspreeklikheidsversekering, die premies waarvan gedek kan word deur 'n effense verhoging in toegangsgeld, sou 'n uitstekende wyse wees om die las tussen die persone wat werklik voordeel trek uit wildduurbewaring, te versprei. Die hoop word dus uitgespreek dat hierdie aangeleentheid die spoedige aandag van die Suid-Afrikaanse regskommissie sal geniet.

□

I prefer open war, war on the multiversity, war on the how-to-do-it law school. Both of them represent the degradation of great ideas. I have an exalted opinion of what the university might be. I regard the law . . . as 'a great intellectual discipline,' to be studied as such. To have the university and the law school dedicated to training technicians is so far from the potentialities of either as to be a scandal, and one too flagrant to continue.

Robert M Hutchins in Haber and Cohen The Law School of Tomorrow 17

⁷⁰ Die sekerheid dat hul wel vergoed sal word vir hul skade, sal die gunstige nuwe-effek hê om bewaring aan te moedig. Persone wie se eiendom bedreig word deur wilde diere, sal meer geneë wees om nie die reg in eie hande te neem nie.

⁷¹ Vgl *National Chemsearch v Borrowman* 1979 3 SA 1092 (T) 1101.

Jurisdiction and forum conveniens – a reply

Jerold Taitz

LLB(Hons) B Iur LLM Drs Jur

Senior Lecturer in the Faculty of Law, University of Cape Town

OPSOMMING

In 'n artikel onder die opskrif "Jurisdiction and Forum Conveniens – A New Approach?" in hierdie tydskrif (1980 *THRHR* 187) het skrywer hiervan die mening uitgespreek dat die saad van die leerstuk van forum conveniens in die Suid-Afrikaanse reg gesaai is in die uitspraak van appèlregter Trollip in *Estate Agents Board v Lek* 1979 3 SA 1048 (A). Hierdie opvatting is sedertdien verwerp deur doktor Erwin Spiro, die welbekende gesaghebbende op die gebied van die internasionale privaatreë, in 'n artikel in 1980 *CILSA* 333 onder die titel "Forum Conveniens."

Dit wil voorkom asof Spiro se hoofargumente onder meer die volgende is:

a dat die leerstuk van forum non conveniens uitsluitlik tuishoort by die internasionale privaatreë, en meer bepaald waar die mededingende jurisdiksie 'n vreemde forum is;

b dat aangesien die beslissing in die *Lek*-saak nie oor 'n vreemde hof gegaan het nie, en aangesien die beslissing nie die opskorting van verrigtinge in die hof a quo behels het nie, die vraag van forum conveniens nie opgeduik het nie; en

c dat die ratio decidendi in die *Lek*-saak meer beperk is as wat skrywer voorgestel het.

Hierdie artikel is 'n antwoord op dié van Spiro. Skrywer toon aan dat die ratio decidendi in die *Lek*-saak bestaan het uit vier premisse wat uit die volgende vergelyking blyk:

- | | |
|---|------------------------|
| 1 Die aard van die aangevraagde regshulp + | } = Jurisdiksie (KPA). |
| 2 artikel 26(1) van die Wet op die Hooggeregshof 1959 + | |
| 3 die aard van skade wat Lek gely het + | |
| 4 die "geriefsfaktor" | |

Daar word ook aangetoon dat nadat daar bevind is dat die Kaapse provinsiale afdeling jurisdiksie het naas beide die Transvaalse howe, die appèlregter die "geriefsfaktor" bygebring het om hom in staat te stel om te beslis welke van die mededingende afdelings jurisdiksie moes aanvaar. Dit wil voorkom of die regter dieselfde of soortgelyke maatstawwe toegepas het as dié wat die Skotse howe gestel het vir 'n beslissing op 'n pleit van forum non conveniens. Skrywer toon ook aan dat die leerstuk van forum conveniens nie gelykgestel kan word aan die oorplasing van 'n aksie na 'n ander afdeling kragtens artikel 9 van die Wet op die Hooggeregshof 1959 nie, en dat dit ook nie gelykgestel kan word aan 'n pleit van *lis alibi pendens* nie. Die regter se redenasie ten opsigte van die geriefsfaktor kan beskou word as 'n invoering van die leerstuk van forum conveniens in ons reg.

Skrywer verskil verder met Spiro oor die opvatting dat dié leerstuk uitsluitlik tuishoort by die internasionale privaatreë. Daar is 'n presedent vir skrywer se bewering.

Die leerstuk word byvoorbeeld toegepas in die geval van mededingende federale howe in die Verenigde State van Amerika.

In an article "Forum Non Conveniens"¹ doctor Erwin Spiro, the well-known conflict of laws authority, rejected the suggestion by the present author, which appeared in this journal,² to the effect that the doctrine of forum conveniens appears to have been adopted into our law. Before responding to Spiro's contentions, it will be appropriate to present, first, a summary of the present author's original submissions, followed by an outline of the arguments raised by Spiro and, finally, the reply thereto.

1 THE ORIGINAL SUBMISSIONS

The original submissions arose from an analysis of the judgment of Trollip JA in *Estate Agents Board v Lek*,³ in which judgment the full court concurred. Lek was resident in Cape Town where he had practised as an estate agent for some years. In terms of the Estate Agents Act 1976⁴ it became obligatory for every practising estate agent to be in possession of a fidelity certificate⁵ issued by the Estate Agents Board, an authority established by the act.⁶ The act further provides that certain persons are disqualified from obtaining the necessary fidelity certificate, including inter alia persons who have been convicted of crimes involving dishonesty.⁷ This prohibition is not absolute as the board is empowered to issue a certificate to persons previously convicted, if it is satisfied that under the particular circumstances the grant of the certificate would be in the interests of justice.⁸ The act further provides that any person aggrieved by the refusal of the board to issue a fidelity certificate has the right, inter alia, to appeal to the "court" against such decision.⁹ The "court" is defined as

"a court of the provincial or local division of the Supreme Court of South Africa having jurisdiction."¹⁰

Lek had previously been convicted of crimes involving dishonesty. He disclosed his previous convictions in an application to the board for a fidelity certificate. It is relevant that the board was situated in Johannesburg where it considered applications for fidelity certificates from estate agents throughout the Republic. In refusing Lek's application the board committed an irregularity in its proceedings; more particularly it failed to comply with the *audi alteram partem* rule.¹¹ Clearly the Transvaal

¹ 1980 *CILSA* 333.

² 1980 *THRHR* 187.

³ 1979 3 SA 1048 (A), hereafter referred to as *Lek's case*.

⁴ Act 112 of 1976.

⁵ s 26A.

⁶ s 7.

⁷ s 27.

⁸ *ibid*.

⁹ s 31.

¹⁰ s 1.

¹¹ *Lek's case* 1058G.

provincial and the Witwatersrand local divisions had jurisdiction to consider an appeal by Lek against the decision. However, Lek chose to institute proceedings in the Cape provincial division,¹² which court assumed jurisdiction and upheld his appeal. The Estate Agents Board appealed to the appellate division against the judgment. Effectively, the real argument before the appellate division was whether the Cape provincial division enjoyed jurisdiction. Mr Justice Trollip expressed the unanimous decision of the court in finding that the Cape court was seised with jurisdiction. The decision was based on four premises, more particularly:

1 That the nature of the relief sought by Lek was declaratory in nature.¹³

2 Inexorably bound to the first premise is section 26(1) of the Supreme Court Act which provides to the effect that the judgment or order of all divisions "... runs throughout the Republic and, if necessary, can be effectively served on the Board at its residence in Johannesburg."¹⁴

3 That the effect of the board's refusal to grant Lek the necessary fidelity certificate resulted in his inability to continue his business, which the judge of appeal saw as "a kind of *capitis diminutio*" affecting his legal capacity, status, et cetera.¹⁵

It was at this point of his reasoning that the judge held that the Cape provincial division had jurisdiction, albeit concurrently with the Transvaal provincial and Witwatersrand local divisions. Once having arrived at this finding, he introduced the *convenience factor*,¹⁶ the fourth premise.¹⁷ On a balance of convenience to the parties, Trollip JA found in favour of the Cape provincial division.

It is the fourth premise, the convenience factor, which appears to be analogous, or so closely related to the doctrine of *forum conveniens*, that they appear synonymous.¹⁸ In the original article the present author submitted that, while the doctrine of *forums conveniens* is usually found in private international law, it is not exclusive to that field of law.

To summarise, the ratio decidendi in *Lek's* case may be seen in terms of this equation:

$$\left. \begin{array}{l} 1 \text{ Nature of relief sought +} \\ 2 \text{ section 26(1) of the Supreme Court Act 1959 +} \\ 3 \text{ nature of damages suffered by Lek +} \\ 4 \text{ convenience factor} \end{array} \right\} = \text{Jurisdiction (CPD).}$$

Each of these factors, and their relationship to each other, will be more closely analysed in section 3 below.

¹² 1978 3 SA 160 (C).

¹³ *Lek's* case 1066G-H.

¹⁴ 1066H.

¹⁵ 1067C.

¹⁶ 1067D-H.

¹⁷ 1069E.

¹⁸ Taitz 1980 *THRHR* 193 et seq.

2 THE ARGUMENTS RAISED BY SPIRO

These objections may be summarised as follows:

a The doctrine of forum non conveniens is exclusive to private international law, more particularly where the courts of different states are concerned.

b A plea of forum non conveniens is an invitation to the court, whose jurisdiction is admitted, to decline to accept that jurisdiction because the just determination of the dispute requires that the action should be tried (before a foreign court) elsewhere.¹⁹

c The effect of a defendant successfully pleading forum non conveniens would be an order staying the proceedings before the court in which such proceedings were instituted. Effectively the court a quo stands down, in favour of the court of another state which may determine the matter between the parties more justly. Spiro equates a plea of forum non conveniens with the plea of *lis alibi pendens*.²⁰

d He finds the notion of a court deciding jurisdiction on a plea of forum non conveniens in favour of a court in the same state unjust. This, he suggests, would introduce an element of uncertainty detrimental to the plaintiff.²¹

e As the decision in *Lek's* case did not concern a choice between a South African court and a foreign court, and as the decision did not deal with the staying of proceedings, the question of forum non conveniens did not enter into the matter.²²

f Finally, the writer considers that the decision in *Lek's* case is based on the result of the board's decision, the *capitis diminutio* suffered, namely this being "... akin to status, legal capacity, legal personality, etc where jurisdiction depended on domicile or residence."²³

3 THE REPLY

While it was conceded in the original submissions that the doctrine of forum conveniens is generally to be found in the area of private international law,²⁴ it is submitted that there is no logical reason why such doctrine is exclusive to choice of forum problems only where a foreign court is involved. Precedent may be found in the choice of competing federal courts within the United States of America.²⁵ Nonetheless, what was stated by the present writer is that the doctrine of forum conveniens appears to have been applied in *Lek's* case (see below) and thus the seeds

¹⁹ Spiro 1980 *CILSA* 334, last par.

²⁰ *op cit* 338 line 2.

²¹ *op cit* 334 line 3.

²² *op cit* 339 lines 1-6.

²³ *op cit* 338, last 3 lines.

²⁴ Taitz 1980 *THRHR* 192.

²⁵ Ehrenzweig & Jayme *Private International Law* (1973) vol 11 30 et seq; *Corpus Juris Secundum* (1961) vol 36A §355-358.

of the doctrine have been implanted in our law, albeit presently limited to the choice of competing local courts.

Spiro correctly sets out the law regarding the plea of *forum non conveniens*. He notes that a defendant may raise the plea even before proceedings have been instituted in another forum.²⁶ It is submitted by the present writer that there would appear to be no reason for the court *a quo* to refrain from raising the doctrine *mero motu*. In other words, the doctrine of *forum conveniens* is more than a procedural exception or special plea, as, for example, *lis alibi pendens*. *Forum conveniens* may be seen as a judicial principle or policy limiting or extending the jurisdiction of the court. Were the Cape provincial division to refuse to entertain proceedings between two *peregrini*, domiciled elsewhere than in the Republic, in respect of a cause of action unrelated to its jurisdiction (apart from the doctrine of effectiveness), the refusal could be justified on the grounds of *forum non conveniens*.

To return to *Lek's* case, each of the premises upon which the judge based his decision will be considered in order to show that no one premise taken independently could have conferred jurisdiction on the Cape provincial division. Furthermore, the convenience factor (or the principle of *forum conveniens*) will be seen to be the final and deciding factor and the test adopted by the judge to have been based upon the criteria used in determining a plea of *forum non conveniens* in the traditional sense.

3 1 The nature of the relief sought

The first premise on which the decision was based, was the fact that the relief sought by appellant was declaratory and not mandatory.²⁷ Had the relief sought been mandatory, it could have been argued that, on account of the principle of effectiveness, the Transvaal courts enjoyed exclusive jurisdiction.²⁸ A declaratory judgment is not executable in the ordinary sense. As will be observed under 3 2 below, the board is bound to observe such judgment on account of the provisions of section 6(1) of the Supreme Court Act 1959.

The Cape provincial division could not have enjoyed jurisdiction solely on account of the nature of the relief sought. The fact that the relief sought is declaratory does not give the court jurisdiction *per se*. Had *Lek* been a *peregrinus* of the court, even though he may have been an *incola* of the Republic, the Cape provincial division would not have enjoyed jurisdiction to entertain proceedings for declaratory relief against the board.

²⁶ Anton *Private International Law* (1967) 152; cf the House of Lords's decision in *MacShannon v Rockware Glass Ltd* 1978 1 All ER 625 (HL) in regard to the necessity or otherwise of an existing action in a foreign state insofar as a plea of *lis alibi pendens* is concerned.

²⁷ *Lek's* case 1066G.

²⁸ *ibid.*

3 2 Section 26(1) of the Supreme Court Act 1959

This section provides:

“The civil process of a provincial or local division shall run throughout the Republic and may be served or executed within the jurisdiction of any division.”

Thus the board is bound to give effect to the process of the Cape provincial division, which may be served upon it at its registered office in Johannesburg.²⁹ Any order by the Cape court as to costs may be enforced by a writ issued out of that court and served on the respondent board in terms of the same section. The importance of this ground for the decision, as with the first ground considered above, lies in the fact that the Transvaal courts cannot be said to enjoy an exclusive jurisdiction purely on the ground of the doctrine of effectiveness. It is clear that before the introduction of section 26(1)³⁰ the Transvaal courts would have had exclusive jurisdiction. Nonetheless, section 26(1) does not per se confer or extend jurisdiction to any division which it ordinarily does not enjoy.³¹ A ratio jurisdictionis is required to be present.

3 3 The disability suffered by Lek

The third basis for the assumption of jurisdiction by the Cape provincial division was the nature of the disability suffered by Lek:

“It [the action by the Board] disqualified him [Lek] from continuing to carry on his business as an estate agent, thereby diminishing pro tanto his legal capacity or personality, and effecting, as it were, a kind of *capitis diminutio*.”³²

Considered independently, this premise also does not confer jurisdiction on the Cape court. The judge held that a supreme court has jurisdiction over matters relating to status, legal capacity, legal personality, et cetera, of any person domiciled or resident within its territorial area, even where the relief sought affects or concerns persons outside its area of jurisdiction,³³ subject to such relief being of a declaratory or empowering nature.³⁴ Whether or not the loss of one's business, caused by a wrongful act of another, affects one's status, legal capacity, et cetera, as suggested by the judge, is a subject beyond the scope of this paper.

3 4 The convenience factor or the doctrine of forum conveniens

As stated above, no one of the three premises considered above, in per se a sufficient basis for jurisdiction. Trollip JA did not suggest otherwise. Once having found that the Cape court had jurisdiction on the basis of the first three premises, albeit concurrently with the Transvaal courts,³⁵ there appears to be no reason why he should have considered

²⁹ 1066H.

³⁰ s 26 was introduced by Act 85 of 1963.

³¹ Lek's case 1062H-1063A.

³² 1067C.

³³ 1068A.

³⁴ 1068B.

³⁵ 1059B read with 1067D.

the convenience factor. There had been no application before the court a quo for a removal of the appeal to a Transvaal court in terms of section 9 of the Supreme Court Act 1959.³⁶ Neither was there a plea of forum non conveniens or *lis alibi pendens* before the court a quo.

Nonetheless, Trollip JA appears to have applied criteria similar to those required for a plea of forum non conveniens before the Scottish courts.³⁷ He weighed the question of convenience according to the facts and found:

a that there was another forum to the jurisdiction of which the board is amenable, more particularly either of the two Transvaal courts;

b that justice would be done between the parties at substantially less inconvenience before the Cape provincial division. In this regard he found that, as far as Lek was concerned, the Cape provincial division was the court to which he would naturally turn.³⁸ As regards the board, Trollip JA found that this body was established to represent estate agents throughout the Republic, and the degree of inconvenience it may suffer by having to litigate in Cape Town was not unreasonable under the circumstances.³⁹ Once having found the balance of convenience in favour of the Cape provincial division, the effect (on Lek) of staying the proceedings a quo became irrelevant.

4 CONCLUSION

Whatever motivated Trollip JA to introduce the convenience factor when it was unnecessary for him to have done so, is a matter of conjecture. The fact remains that he introduced the convenience factor in order to decide which of the two competing courts should assume jurisdiction. In deciding this issue he appears to have used the same or similar criteria applied by the Scottish courts when considering a plea of forum non conveniens.

Removal proceedings in terms of section 9 of the Supreme Court Act 1959 may not be equated with the doctrine of forum conveniens, and any attempt to do so is misleading, as, firstly, the division to which the matter is transferred need not necessarily enjoy jurisdiction initially. It acquires jurisdiction as a result of the removal.⁴⁰ Secondly, it would be improper for a judge to order a removal in terms of section 9 unless such an application is before him.

Any attempt to equate a plea of *lis alibi pendens* with the doctrine of forum conveniens or the plea of forum non conveniens is equally tenuous, as, firstly, the plea of *lis alibi pendens* requires a second action

³⁶ For details and comment on s 9 of the Supreme Court Act 1959, see Spiro 1980 *CILSA* 333; Taitz 1980 *THRHR* 194; see also Herbstein and van Winsen *The Civil Procedure of the Superior Courts in South Africa* 3rd ed 394 et seq.

³⁷ Anton op cit 149–153; Spiro 1980 *CILSA* 334–335.

³⁸ *Lek's case* 1067D.

³⁹ 1067G–H.

⁴⁰ *Ying Woon v Secretary for Transport* 1964 1 SA 103 (N) 108.

pending between the same parties in respect of the same cause of action before another competent court.⁴¹ No existing second action is required to found a plea of forum non conveniens. All that is necessary is the existence of a competent court. No action is required to be pending.⁴² Secondly, as in the case of a removal to another division in terms of section 9 of the Supreme Court Act, it would be most improper for a court mero motu to raise a plea of *lis alibi pendens*.⁴³ On the other hand, it is submitted that by virtue of its inherent jurisdiction the court may apply the doctrine of forum conveniens. In so doing the court may take into account the convenience of the parties or the court, the public interest or any abuse of its process.⁴⁴ From the analysis, as set out above, it is submitted that the seeds of the doctrine of forum conveniens have been sown in the, albeit arid, field of jurisdiction in South Africa.

Finally, it would not be inappropriate to compare the definitions of forum conveniens and forum non conveniens as they appear in *Black's Legal Dictionary*:⁴⁵

“FORUM CONVENIENS . . . The state or judicial district in which an action may be most appropriately brought, considering the best interest of the parties and the public.”

and

“FORUM NON CONVENIENS . . . Term refers to discretionary power of court to decline jurisdiction when convenience of parties and ends of justice would be better served if action were brought and tried in another forum . . . The doctrine is patterned upon the right of the court in the exercise of its powers to refuse the imposition upon its jurisdiction of the trial of cases even though the venue is properly laid if it appears that for the convenience of litigants and witnesses and in the interests of justice the action should be instituted in another forum where the action might have been brought . . . The doctrine presupposes at least two forums in which the defendant is amenable to process and furnishes criteria for choice between such forums . . . ”

□

*Seven hours to law, to soothing slumber seven,
Ten to the world allot, and all to Heaven.*

(See *Memoirs of Sir Wm Jones* by Lord Teignmouth, ii, XI)

⁴¹ Spiro “The Defence of *Lis Alibi Pendens*” 1976 *CILSA* 89 94.

⁴² See n 26 above.

⁴³ Spiro 1976 *CILSA* 96.

⁴⁴ *Western Assurance Co v Caldwell's Trustee* 1918 AD 262 274; cf Spiro 1976 *CILSA* 96–97.

⁴⁵ 5th ed 589.

Werkersdeelname in die bestuursorgane van 'n maatskappy*

JV du Plessis

BA LLB

Professor van die Handelsreg aan die Universiteit van die Oranje-Vrystaat

SUMMARY

One of the particular ways in which employees can exercise influence on the decisions taken in an enterprise, is by workers' participation in the organs of management of a company. This form of workers' participation, which is still non-existent in South Africa, is general practice in several European countries. In West Germany, where workers' participation is regulated by statute, employees or their representatives are members of the most important company organs, viz the supervisory board ("Aufsichtsrat") and the board of management ("Vorstand"). The measure of representation by employees relates to the particular labour legislation which is applicable to the company in question, for example a company in the steel industry with more than 1 000 employees has a supervisory board consisting of an equal number of representatives from both shareholders and employees, plus one neutral member.

Should the introduction of this type of workers' participation be found feasible for South Africa, consideration should firstly be given to the system best suited to local requirements. With the existing systems in mind the choice would lie between the one-tier system and the two-tier system. In a one-tier system there is a single directorate with shareholders and employees making up the membership. In a two-tier system there are a board of management and a supervisory board with employees' representation in the latter. At this point of time the two-tier system offers the greatest opportunity for the introduction of workers' participation in that there is a definite division between functions of management and supervisory functions in a company. However, no matter what system is considered or implemented, wide-ranging amendments of the South African company and labour law will have to follow.

1 INLEIDING

Werkersdeelname in die besluitnemingsprosesse in 'n onderneming is 'n onderwerp wat veral die afgelope vyftien jaar toenemende belangstelling ontlok het. Verskeie internasionale konferensies en simposia is onder meer deur die Internasionale Arbeidsorganisasie oor hierdie onderwerp aangebied,¹ navorsingsprojekte hieroor is deur die

* Verwerking van 'n intreerede gehou op 20 Februarie 1980 by die Universiteit van die Oranje-Vrystaat.

¹ bv die internasionale seminaar van die IAO in 1969 te Belgrado en die internasionale simposium in 1974 te Oslo; die internasionale seminare van die OECD in 1972 te Parys en in 1976 te Versailles; 'n internasionale konferensie in 1976 te Montreal, Kanada en 'n internasionale konferensie in 1978 te Adelaide, Suid-Australië.

Internasionale Instituut vir Arbeidstudies gedoen en in verskeie lande het kommissieverslae² oor die onderwerp die lig gesien en is ook wetgewing³ deurgevoer. Die belangstelling in die deelname van werknemers in die besluitnemingsprosesse van die ondernemings waarin hulle werksaam is, hou oteenseglik verband met

“de democratische eis, dat degenen die in belangrike matc zullen worden geraakt door besluiten van sociale en politieke instellingen bij de totstandkomen van deze besluiten moeten worden betrokken.”⁴

Johannes Schregle⁵ wys dan ook daarop dat werkersdeelname vandag “one of the most widely and forcefully debated issues of labour relations”⁶ is terwyl Roger Blanpain⁷ dit bestempel as “one of the most challenging subjects of our time.”⁸ Die debat oor werkersdeelname het inderdaad al die stadium bereik waar die meriete van werkersdeelname nie meer bevraagteken word nie, maar eenstemmigheid nog ontbreek oor die vrae *wanneer* en in *watter vorm* dit ingestel moet word.⁹

2 OMSKRYWING VAN WERKERSDEELNAME

'n Omskrywing van die begrip werkersdeelname wat algemeen aanvaarbaar is, lewer probleme op omdat die begrip nie in die verskillende lande waar dit gebruik word dieselfde inhoud het nie.¹⁰ Enkele voorbeelde sal hierdie probleem illustreer: In Swede word onder werkersdeelname verstaan die verteenwoordiging van werknemers in direksies van maatskappye en, ingevolge nuwe wetgewing, die kollektiewe onderhandelingsregte van vakbonde in beslissings deur die bestuur; in Joego-Slawië is werkersdeelname sinoniem met selfbestuur deur die werkers; in Wes-Duitsland hou dit verband met die regte van werkekomitees wat ingevolge wetgewing ingestel is en verteenwoordiging van werknemers op toesighoudende rade ingevolge die “Mitbestimmungsgesetz” van 1976; in Indië word aan werkekomitees en gesamentlike bestuursrade gedink; in Kanada is dit onderhandelinge op ondernemingsvlak; en in Engeland sal

² bv die verslag van die Sudreau-kommissie in 1975 in Frankryk en die Bullock-kommissie in 1977 in Engeland.

³ hieroor later meer.

⁴ “Medezeggenschap van Werknemers en Structuur van de Vennootschap” *Bulletin van de EUROPESE GEMEENSCHAPPEN* supplement 8/75 9. Sien ook Edythe Epstein *Concepts of Workers' Participation* (Genève 1978) 1.

⁵ hoof van die departement nywerheidsverhoudinge, IAO.

⁶ “Workers' Participation in Decisions within Undertakings” 1976 *International Labour Review* 1.

⁷ hoof van die “Instituut voor Arbeidsrecht” Universiteit van Leuven, België.

⁸ “The Influence of Labour on Management Decision-Making: A Comparative Legal Survey” 1974 *Industrial Law Journal* 5.

⁹ Schregle 15; Drinkwater *Industrial Democracy: Company View and the Bullock Committee* 11 verklaar: “The question therefore, is not *whether* we want more participation but *how* we are to bring it about.”

¹⁰ Sien Schregle “Forms of Participation in Management” 1970 *Industrial Relations* 117: “[W]orkers' participation has become a magic word in many countries. Yet almost everyone who employs the term thinks of something different.” Vgl ook Walker “Workers' Participation in Management” 1967 *IILS Bulletin* no 2 68.

die voorstelle van die Bullock-kommissie in hierdie verband ter sake wees.¹¹ In die omskrywing van die begrip moet dus in aanmerking geneem word

a dat daar verskillende vorme van werkersdeelname bestaan;

b dat die verskillende vorme van werkersdeelname gesien moet word teen die agtergrond van die historiese, ekonomiese, sosiale en kulturele aspekte van die betrokke land – “so much so that in this sense, every country is a special case . . .”¹²; en

c dat ’n verskeidenheid van oogmerke met werkersdeelname nagestreef word wat etiese, sosiale, politieke en ekonomiese oogmerke of ’n kombinasie daarvan insluit.¹³

Hoewel dit dus moeilik is om werkersdeelname in ’n enkele algemeen-aanvaarbare definisie saam te vat,¹⁴ kan die volgende omskrywing van werkersdeelname waarin die betrokkenheid van die werknemer op die verskillende vlakke in die onderneming as die gemeenskaplike basis dien, as uitgangspunt aanvaar word: *Werkersdeelname in die besluite van ’n onderneming is al die verskillende wyses waarop die werknemers op verskillende vlakke binne die onderneming waarin hulle werksaam is persoonlik of deur middel van hulle verteenwoordigers invloed kan uitoefen op die beslissings van die bestuur van die onderneming.*¹⁵

Een van die besondere wyses waarop werknemers invloed kan uitoefen op die besluite wat in die onderneming geneem word,¹⁶ is deur die deelname van die werknemers in die bestuursorgane van ’n maatskappy. Hierdie vorm van werkersdeelname is bykans al algemene praktyk in verskeie Europese lande, want werknemers, hul verteenwoordigers of persone in wie hulle die nodige vertroue het, het reeds sitting in die hoogste bestuursorgane van maatskappye in Oostenryk, Denemarke, Wes-Duitsland, Luxemburg, Nederland, Noorweë en Swede.¹⁷

¹¹ Sien hieroor Schregle “Workers’ Participation in Decisions within Undertakings – An International Viewpoint” (voordrag – simposium Genève Okt 1977) 1. Vgl ook Blanpain “The Influence of Labour on Management Decision-Making: A General Introduction” 1979 *Bulletin of Comparative Labour Relations* 9.

¹² Schregle “Workers’ Participation in Decisions within Undertakings” 1976 *International Labour Review* 2.

¹³ Blanpain 9.

¹⁴ “Any definition of workers’ participation must necessarily be provincial, because the practical conditions in which it will be carried out are subject to economic, technical, and even social and cultural changes” – *Labour-management Relations Series no 33* 26.

¹⁵ Vgl Blanpain “Participation in Decision-making” *International Conference on Trends in Industrial and Labour Relations* 306: “[A]ll forms of participation aim at a greater influence on management decision-making by labour.”

¹⁶ Vir ’n volledige uiteensetting van verskillende wyses van werkersdeelname in die besluitneming van die onderneming sien Kachelhoffer “Werkersdeelname in die Besluite van die Onderneming” 1976 *Swamsa Bulletin* 9–10.

¹⁷ Blanpain 298–299 307. Voorstelle in dié verband is ook in Frankryk, Finland en Engeland gedoen, verwerp in ’n referendum in Switserland en ook vervat in die voorstelle vir ’n eenvormige statuut vir Europese maatskappye.

3 DIE BESTUURSORGANE VAN 'N MAATSKAPPY

Die bestuursorgane van 'n maatskappy word bepaal deur die besondere maatskappyeregstelsel wat van toepassing is in die land waar die maatskappy bestaan. In die Westerse wêreld kan, aldus Naudé, die maatskappyeregstelsels na gelang van die model waarop hulle gebaseer is, in drie hoofgroepe verdeel word,¹⁸ naamlik:

a die Anglo-Amerikaanse groep waarvan die Engelse maatskappyereg wat ook besonder getrou in Suid-Afrika en die gemenebeslende nagevolg is, die kern vorm;

b die Duitse model wat hom in lande soos byvoorbeeld Oostenryk, Switserland, die Skandinawiese lande, Turkye en Japan laat geld het; en

c die Franse model wat onder meer in Nederland, België, Spanje en die Suid-Amerikaanse state nagevolg is.

In die hieropvolgende uiteensetting van die samestelling, aanwysing en funksies van die bestuursorgane van maatskappye uit die Anglo-Amerikaanse en die Duitse stelsels sal die rol wat die werknemer op hierdie wyse in die besluitnemingsprosesse van 'n maatskappy kan speel, duidelik na vore tree.

4 WERKERSDEELNAME IN BESTUURSORGANE VAN MAATSKAPPYE IN SUID-AFRIKA EN ENGELAND

In sowel die Suid-Afrikaanse as die Engelse maatskappyereg¹⁹ word elke maatskappy van regsweë verplig om twee primêre organe, naamlik *die algemene vergadering van aandeelhouders* en *'n direksie*, te hê.²⁰

In die statute van 'n maatskappy, wat deel van die maatskappy se konstitusie²¹ vorm, kan daar ook voorsiening gemaak word vir die instelling van 'n derde orgaan, naamlik die besturende direkteur aan wie sekere oorspronklike bevoegdhede (wat net hy dan kan uitoefen) toegeken kan word.²²

Die algemene vergadering van 'n maatskappy, wat uit die aandeelhouders van die betrokke maatskappy bestaan, is ongetwyfeld die belangrikste orgaan in die hiërargie binne die maatskappystruktuur. Tot aan die einde van die 19e eeu is die vergadering van aandeelhouders inderdaad as

¹⁸ Vir 'n volledige uiteensetting sien Naudé *Die Regsposisie van die Maatskappydirekteur* 202; Frommel en Thompson (red) *Company Law in Europe* 8–12.

¹⁹ Die Suid-Afrikaanse en Engelse maatskappyereg word vir doeleindes van hierdie artikel saam behandel en daar word slegs waar nodig op tersaaklike verskille gewys.

²⁰ Naudé 46. Gower *The Principles of Modern Company Law* 3e uitg (1977) 17 verklaar: "A company has two primary organs, the members in general and the directorate." A 208(1) van die Maatskappywet 61 van 1973 bepaal dat elke maatskappy 'n direkteur moet hê ('n publieke maatskappy ten minste twee en 'n private maatskappy minstens een). 'n Soortgelyke bepaling geld in die Engelse reg – vgl a 176 van die "Companies Act" 1948. Sien ook Gower 127–128 en Frommel e a 575.

²¹ Die maatskappykonstitusie bestaan uit die *akte van oprigting* en die *statute*.

²² Sien Naudé 94–95; Gower 141 en Cilliers, Benade en De Villiers *Maatskappyereg* 3e uitg (1977) 283–284.

die maatskappy beskou²³ en het die finale seggenskap in alle sake by hierdie vergadering berus. Hierdie opvatting het egter mettertyd verander en vandag is die posisie dat indien die statute van die maatskappy die bevoegdheid om 'n bepaalde aangeleentheid te hanteer aan die direksie (of besturende direkteur) opdra, dan het die direksie (of die besturende direkteur) die uitsluitlike bevoegdheid om oor dié aangeleentheid te besluit.²⁴ Die statute van 'n maatskappy bepaal dus watter aangeleenthede binne die uitsluitlike jurisdiksie van òf die algemene vergadering òf die direksie òf die besturende direkteur val. Indien 'n besondere bevoegdheid deur sowel die algemene vergadering as die direksie uitgeoefen kan word, berus die finale seggenskap by die algemene vergadering as die belangrikste liggaam.

Die besturende organe van 'n maatskappy in die Suid-Afrikaanse (en ook die Engelse) maatskappyereg is dus die *algemene vergadering van aandeelhouders*, die *direksie* en soms ook die *besturende direkteur*, elkeen met sy eie afsonderlike funksie.

“Within their respective spheres of these three organs will have exclusive control, and be free from any interference from the others . . .”²⁵

Die algemene vergadering het egter finale seggenskap in die sin dat hy altyd kan besluit om die direkteure te ontslaan²⁶ of om sekere direkteure nie te herkies nie. Elke maatskappy moet egter ingevolge artikel 208 van die Maatskappywet²⁷ direkteure hê, en die nuwe direksie sal met dieselfde onafhanklike bevoegdhede bekleed wees. Die algemene vergadering kan nou 'n stap verder gaan deur die statute van die maatskappy te verander en die direksie se bevoegdhede weg te neem maar dit kan nie te ver gevoer word nie omdat die direksie

“deurgaans aangestel word om die *bestuur* van die maatskappy te behartig en dit slegs doeltreffend kan doen as hy 'n sekere mate van onafhanklikheid gegun word.”²⁸

In hierdie verband moet ook daarop gewys word dat indien die konstitusie van die maatskappy nie vir 'n besondere aangeleentheid voorsiening maak nie, die algemene vergadering die inherente bevoegdheid het om daarvoor te besluit – ook as 'n spesifieke bevoegdheid aan die direksie opgedra is en die direksie weier of nie in staat is nie om die bevoegdheid uit te oefen, kan die algemene vergadering dit doen.²⁹

Die tipiese bevoegdheidsverdeling in 'n publieke maatskappy met aandeelkapitaal kan kortliks soos volg saamgevat word:

a Die algemene vergadering van aandeelhouders kan besluite neem oor alle aangeleenthede wat òf deur middel van wetgewing òf deur

²³ Gower 130 e.v.; Cilliers e.a. 194.

²⁴ Gower 141; Cilliers e.a. 194–195.

²⁵ Gower 141.

²⁶ ingevolge a. 220 van die Maatskappywet 61 van 1973 met 'n gewone besluit waarvan spesiale kennis gegee is. Vgl. ook a. 184 van die “Companies Act” 1948; Gower 133 en Frommel e.a. 576.

²⁷ 61 van 1973.

²⁸ Cilliers e.a. 195 (my kursivering). Sien ook Gower 136 en Frommel e.a. 574.

²⁹ Cilliers e.a. 196; Naudé 93. Vgl. ook Gower 136–138.

middel van die statute van die maatskappy aan hom opgedra is. Hieronder kan die volgende as die belangrikste vir doeleindes van hierdie artikel uitgesonder word: die verandering van kapitaal, die goedkeuring van die finansiële state van die maatskappy, die aanstelling van 'n ouditeur, die wysiging van die akte van oprigting en statute en die aanstelling of afdanking van die direkteure van die maatskappy.³⁰

b Die direksie word hoofsaaklik belas met die bestuur van die maatskappy. Die bevoegdheede wat deur wetgewing of die statute aan die direksie verleen word, is daarop gemik om die direksie in staat te stel om die maatskappy behoorlik te kan bestuur. In die statute word bepaal dat

“[d]ie sake van die maatskappy . . . bestuur [word] deur die direkteure wat . . . al die bevoegdheede van die maatskappy wat nie deur die Wet of deur hierdie statute deur die maatskappy op 'n algemene vergadering uitgeoefen moet word nie, kan uitoefen . . .”³¹

c Die besturende direkteur word, indien die statute van die maatskappy daarvoor voorsiening maak, deur die direksie aangestel.³² Die besturende direkteur kan dié bevoegdheede wat met die bestuur van die maatskappy verband hou wat of deur die statute van die maatskappy aan hom opgedra word of deur die direksie aan hom gedelegeer word,³³ uitoefen.

Uit hierdie uiteensetting blyk dit duidelik dat die werknemer van 'n maatskappy ingevolge die Suid-Afrikaanse maatskappyereg (en ook ingevolge die Engelse maatskappyereg) geen inspraak het in enige van die bestuursorgane van die maatskappy nie en ook geen rol speel by die aanwysing van direkteure van die maatskappy nie.³⁴

4 1 Die verslag van die Bullock-kommissie

Terwyl daar in Suid-Afrika nog geen verdere ontwikkelinge met betrekking tot werkersdeelname in die bestuursorgane van 'n maatskappy was nie, het die sogenaamde Bullock-kommissie in Engeland³⁵ ingrypende veranderinge voorgestel wat, hoewel dit nie deur die regering aanvaar is nie, tog 'n interessante denkrigting in die ontwikkeling van werkersdeelname verteenwoordig. Die kommissie het tot die gevolgtrekking gekom dat daar gelyke verteenwoordiging van werknemers en

³⁰ Sien Cilliers e a 199-201 219 vn 4. Vgl ook Gower 474.

³¹ reglement 59 van tabel A. Sien ook Cilliers e a 247-248. Op 247 verklaar genoemde skrywers: “Die wetgewer plaas weliswaar geen verpligting op 'n maatskappy om enige besondere taak aan die direksie op te dra nie, dog konseptueel is die direksie daar om die bestuur van die maatskappy te behartig of dan ten minste verantwoordelikheid daarvoor te aanvaar.”

³² Reglement 61 van tabel A bepaal: “Die direkteure kan van tyd tot tyd een of meer uit hulle midde in die amp van besturende direkteur . . . aanstel.”

³³ Sien hieroor Cilliers e a 283-284; Naudé 94-95; Gower 141.

³⁴ Die enigste uitsondering op hierdie reël is waar die werknemer ook 'n aandeelhouer van die maatskappy is en dus as aandeelhouer, en nie as werknemer nie, sy invloed op 'n algemene vergadering kan laat geld.

³⁵ cmnd 6706 *Report of the Committee of Inquiry on Industrial Democracy* (Januarie 1977 - hierna die Bullockverslag genoem).

aandeelhouders in die direksies van maatskappye moet wees.³⁶ Daarom het hulle voorgestel dat 'n enkele direksie vir 'n maatskappy (soos die posisie tans is) behou word, maar dat die direkteure volgens 'n bepaalde formule genoem die $2X + Y$ formule, verkies word.³⁷ Hierdie formule maak voorsiening vir 'n gelyke aantal verteenwoordigers van die aandeelhouders en die werknemers (die $2X$) wat deur die aandeelhouders en werknemers onderskeidelik verkies word, sowel as buitestaanders, tot 'n maksimum van een-derde van die totale aantal lede van die raad, wat deur die $2X$ -direkteure aangewys word om die algemene belang te verteenwoordig.³⁸

Hierdie voorstel van die Bullock-kommissie sou dan geld vir die direksies van alle maatskappye met meer as 2 000 werknemers.³⁹ Die instelling hiervan sou nie outomaties plaasvind nie maar slegs nadat 'n geheime stemming deur die werknemers gehou is op versoek van vakbonde wat deur die werkgewer erken word.⁴⁰ Indien die stemming positief sou wees, sou die betrokke vakbonde en die bestaande direksie ooreen moet kom oor die grootte van die nuwe direksie. Sou hulle nie kan ooreenkom nie, kom wetgewing in werking wat die grootte van die direksie bepaal.⁴¹

Die verteenwoordigers van die aandeelhouders word deur die algemene vergadering verkies, terwyl die verteenwoordigers van die werknemers aangewys word op die wyse soos deur die erkende vakbonde en die maatskappy ooreengekom.⁴² Die Bullock-kommissie het aanbeveel dat werknemers van die betrokke maatskappy as lede van die direksie verkies word, maar dat die moontlikheid tog oopgelaat word om byvoorbeeld 'n vakbondamptenaar van buite die maatskappy aan te stel.⁴³

Hierdie voorstelle van die Bullock-kommissie waardeur die werknemers verteenwoordiging op die direksie van die maatskappy sou kry en daardeur "a real opportunity to influence decision-making"⁴⁴ is deur die regering verwerp. In 'n witskrif wat aan die Britse parlement voorgelê is, ⁴⁵ gee die regering kennis van sy voorneme om wetgewing in te dien "so that a two tier board structure with separate policy and management board is an option for any company."⁴⁶ Die funksies van die "policy board" waarop verteenwoordigers van die aandeelhouders en werknemers

³⁶ Bullockverslag par 13.

³⁷ Bullockverslag par 15-20.

³⁸ Vir 'n volledige uiteensetting sien die Bullockverslag par 13-21. Sien ook Derek Fatchett *Industrial Democracy: Prospects after Bullock* 27.

³⁹ Bullockverslag 129. Volgens die kommissie sou 738 ondernemings wat bykans 7 miljoen werknemers in diens het, deur die voorstelle geraak word.

⁴⁰ Bullockverslag par 13-23.

⁴¹ Bullockverslag par 36-40. Sien ook Fatchett 27.

⁴² Bullockverslag par 28.

⁴³ Bullockverslag 121: "This seems to us desirable, as we think that the cause of effective representation will be furthered if employee representatives are chosen from among those on the company pay-roll who have already demonstrated that they can command the support and confidence of the workforce."

⁴⁴ Bullockverslag par 15.

⁴⁵ cmnd 7231 *Industrial Democracy* (Mei 1978).

⁴⁶ dieselfde 6.

van die betrokke maatskappy sitting sal hê, sal deur wetgewing bepaal word. Hierdie funksies sluit onder meer in die aanwysing van die "management board," vasstelling van maatskappybeleid en die hou van toesig oor die werksaamhede van die "management board."⁴⁷ Die "management board," verkies deur die "policy board," sal verantwoordelik wees vir die bestuur van die maatskappy onder toesig van die "policy board." Die funksies soos wat tans deur die direksie uitgeoefen word, sal dus aan hierdie "management board" opgedra moet word.

"In the broadest terms the management board will be responsible for the running of the company subject to the overall supervision and control of the policy board."⁴⁸

Hierdie tweevlakstelsel sal egter net opsioneel wees, tensy die werknemers verteenwoordiging op 'n direksie eis wat dan, tensy anders ooreengekom, die "policy board" sal wees. Maatskappye wat die ou stelsel wil behou, mag dit nog steeds doen.⁴⁹

5 WERKERSDEELNAME IN BESTUURSORGANE VAN MAATSKAPPYE IN WES-DUISSLAND

Ten einde die wyse waarop werkersdeelname in die bestuursorgane van maatskappye in Wes-Duitsland plaasvind, te begryp, moet 'n mens kennis neem van die volgende besondere kenmerke van die Wes-Duitse stelsel:

a In die uiteensetting van die bestuursorgane van 'n maatskappy en die aanwysing van die lede van die bestuursorgane moet bepalings van maatskappy- en arbeidswetgewing in ag geneem word.⁵⁰

b In die Duitse maatskappyereg is daar 'n skeiding tussen die toesighoudende funksie en die bestuur van die maatskappy.⁵¹ Hieruit volg dit dan ook dat 'n lid van die direksie nie lid van 'n toesighoudende raad mag wees nie.⁵²

c Die Duitse "publieke" maatskappy, die "Aktiengesellschaft" (hierna AG genoem), het drie verskillende bestuursorgane, elk met sy

⁴⁷ dieselfde 6 16. Daar word aanbeveel dat die werknemers in die begin die reg verkry om een-derde van die lede van die "policy board" aan te wys - sien 8.

⁴⁸ dieselfde 16-17.

⁴⁹ dieselfde 17.

⁵⁰ Frommel e a 57. Die maatskappywette wat hier van belang is, is die "Aktiengesetz" van 1 Julie 1976 (hierna AktG genoem) en die "Gesetz betreffend der Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (hierna GmbHG genoem). Die arbeidswetgewing wat in dié verband van toepassing is, is die "Montan-Mitbestimmungsgesetz" van 21 Mei 1951; die "Mitbestimmungsgesetz" van 4 Mei 1976 en die "Betriebsverfassungsgesetz" van 15 Januarie 1972.

⁵¹ Schneider en Kingsman *Mitbestimmungsgesetz 1976/The German Co-determination Act 1976* 9; Würdinger *German Company Law* 38.

⁵² Schneider e a 10; Mueller en Galbraith *Aktiengesetz/The German Stock Corporation Law* 10-11. A 105(1) AktG bepaal: "Ein Aufsichtsratsmitglied kann nicht zugleich Vorstandsmitglied . . . sein."

die besondere funksies, naamlik die algemene vergadering van lede ("Hauptversammlung"), die toesighoudende raad ("Aufsichtsrat") en die direksie ("Vorstand").⁵³

d In die geval van die Duitse "privaat" maatskappy, die "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (hierna GmbH genoem), is 'n toesighoudende raad slegs in twee gevalle verpligtend, naamlik:

i indien die maatskappy meer as 500 werknemers in diens het (a 129 BetrVG); of

ii indien die maatskappy in die yster-, steenkool- of staalnywerheid betrokke is.⁵⁴

Die belangrikste maatskappyorgane gesien vanuit die oogpunt van werkersdeelname is ongetwyfeld die toesighoudende raad ("Aufsichtsrat") en die direksie ("Vorstand") wat vervolgens behandel word.

5 1 "Der Aufsichtsrat" (Die toesighoudende raad)

Die belangrikste bevoegdhede en funksies van die toesighoudende raad van 'n maatskappy is om toesig te hou oor die direksie ("Vorstand")⁵⁵ en om die lede, met inbegrip van die voorsitter van die direksie, aan te stel en af te dank.⁵⁶

"The supervisory board has no power to participate actively in the management of the corporation nor can the board give instructions to the management."⁵⁷

Die statute van die maatskappy of die toesighoudende raad mag egter bepaal dat bepaalde aangeleenthede slegs met die toestemming van die

⁵³ Frommel e a 260; Schneider e a 10. Wat die algemene vergadering van aandeelhouders van 'n AG betref, is die volgende van belang: a Die algemene vergadering van 'n AG kan anders as die algemene vergadering van 'n GmbH *nie* in die daaglikse besigheid van die maatskappy inmeng deur opdragte aan die bestuur van die maatskappy te gee nie. b Twee van die belangrikste funksies van die algemene vergadering is die verkiesing en afdanking van die voorgeskrewe aantal lede van 'n toesighoudende raad en die vrywaring ("Entlastung") van die direksie en toesighoudende raad teen skadevergoedingsaksies (a 101 en 120 AktG). c Die voorsitter van die toesighoudende raad tree as voorsitter van die algemene vergadering, wat normaalweg deur die direksie belê word, op (a 121 AktG). sien in die algemeen hieroor Frommel e a 261-262; Würdinger 52-63.

⁵⁴ Würdinger 197; Frommel e a 254; Schneider e a 13. Volgens Würdinger 197 is die organe van 'n privaatskappy "its managers and the shareholders' meeting." Indien die maatskappy slegs enkele aandeelhouders het, is hulle terselfdertyd ook die bestuur van die maatskappy. Alhoewel die GmbH *nie* oor 'n toesighoudende raad hoef te beskik nie, behalwe in die twee verpligte gevalle, kan die statute van die maatskappy voorsiening maak vir die instelling van 'n toesighoudende raad waarvan die samestelling en bevoegdhede deur die statute gereël word. Vir 'n volledige uiteensetting sien Würdinger 197-201; Frommel e a 251-255; Schneider e a 13-14.

⁵⁵ a 111(1) AktG: "Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen." sien ook Frommel e a 261; Würdinger 38.

⁵⁶ a 84 AktG. Mueller e a 11; Würdinger 48-49. (A 84(1) AktG bepaal: "Vorstandsmitglieder bestellt der Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre".)

⁵⁷ Schneider e a 11. A 111(4) AktG bepaal: "Masnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden." Würdinger 45 verklaar: "The supervisory board . . . is inherently incapable of giving directions to the board."

toesighoudende raad mag plaasvind.⁵⁸ Die toesighoudende funksie van die raad word moontlik gemaak deurdat die direksie verplig word om volledige inligting oor maatskappysake in die vorm van gereelde verslae aan die toesighoudende raad voor te lê.⁵⁹

5 1 1 1 *Samestelling*

Die samestelling van die toesighoudende raad van 'n maatskappy hou verband met die besondere arbeidswetgewing wat op die betrokke maatskappy van toepassing is. Die volgende drie gevalle kan onderskei word:⁶⁰

5 1 1 1 *Die "Montan-Mitbestimmungsgesetz" van 1951*⁶¹

Hierdie wet is van toepassing op alle maatskappye in die steenkool-, yster- en staalnywerheid wat meer as 1 000 werknemers in diens het. Die toesighoudende raad bestaan in hierdie geval uit 'n gelyke aantal verteenwoordigers van die aandeelhouers en die werknemers plus een neutrale lid wat gesamentlik deur die partye aangewys word.⁶²

'n Toesighoudende raad moet minstens 11 lede hê, wat beteken dat die aandeelhouers vyf verteenwoordigers moet aanwys en so ook die werknemers.⁶³ Die verteenwoordigers van die werknemers bestaan uit 2 persone aangewys deur die werkekomitee van die betrokke onderneming en 3 ander persone wat deur die vakbonde aangewys word na oorlegpleging met die werkekomitee.⁶⁴ Schneider wys tereg daarop dat die werknemers *nie* 'n direkte invloed op die verkiesing van hulle verteenwoordigers het nie en dat slegs 'n minderheid van hul verteenwoordigers inderdaad werknemers van die maatskappy is.⁶⁵

5 1 1 2 *Die "Betriebsverfassungsgesetz" van 1952 (soos gewysig 1976).*⁶⁶

⁵⁸ a 111(4) AktG. Schneider e a 11; Mueller e a 11. Sou die toesighoudende raad sy toestemming weier, kan die direksie die saak na die algemene vergadering verwys wat dan die nodige goedkeuring kan verleen. Verdere bevoegdhede van die toesighoudende raad word deur artikels 112 en 171 van die AktG gereël. Sien hieroor ook Frommel e a 261; Würdinger 51.

⁵⁹ a 90 AktG. Würdinger 50. Ingevolge die bepalings van a 111(2) van die AktG het die toesighoudende raad ook toegang tot alle boeke, dokumente en bates van die maatskappy en kan kundige persone vir bepaalde ondersoekte gebruik word.

⁶⁰ Sien Mueller e a 12-13; Schneider e a 14-17; Frommel e a 266-268.

⁶¹ Sien in die algemeen hieroor: *Labour-management Relations Series no 33* 45-46; Schneider e a 14-15; Mueller e a 13.

⁶² Indien die partye nie kan ooreenkom oor die aanwysing van die neutrale lid nie, maak die wet voorsiening vir 'n ingewikkelde verkiesingsprosedure om die neutrale lid aan te wys - a 8 Montan-MitbestG. Sien ook Würdinger 40.

⁶³ a 4 Montan-MitbestG. A 9 van die wet bepaal dat indien die maatskappy 'n aandelekapitaal van meer as DM20 miljoen het, die toesighoudende raad uit 15 lede kan bestaan, en indien meer as DM50 miljoen, uit 21 lede, indien dit so in die statute van die maatskappy bepaal is.

⁶⁴ a 6 Montan-MitbestG.

⁶⁵ a w 15.

⁶⁶ Sien in die algemeen hieroor: *Labour-management Relations Series no 33* 45; Schneider e a 16-17; Mueller e a 13. In die algemeen word volgens Schneider t a p na hierdie vorm van "Mitbestimmung" as "kleine Mitbestimmung" verwys.

Hierdie wetgewing geld vir die volgende maatskappye buite die steenkool-, yster-, en staalnywerheid:

a alle publieke maatskappye (AG-maatskappye) met minder as 2 000 werknemers; en

b alle privaat maatskappye (GmbH-maatskappye) met meer as 500 en minder as 2 000 werknemers.

Ingevolge dié wet moet een-derde van die lede van die toesighoudende raad van die maatskappy deur die werknemers van die betrokke maatskappy verkies word en moet die eerste twee verteenwoordigers altyd werknemers van die maatskappy wees. Die aantal lede van die toesighoudende raad word deur die statute van die betrokke maatskappy bepaal met die voorbehoud dat dit altyd veelvoude van drie moet wees.⁶⁷

5 1 1 3 Die “*Mitbestimmungsgesetz*” van 1976⁶⁸

Hierdie wet geld vir alle maatskappye buite die steenkool-, yster- en staalnywerheid met meer as 2 000 werknemers, maar met die uitsluiting van maatskappye wat politieke, liefdadigheids-, navorsings-, wetenskaplike of kulturele doelstellings nastreef. Die toesighoudende raad van hierdie maatskappye bestaan uit 'n gelyke aantal verteenwoordigers van die werknemers en die aandeelhouders. Die grootte van die toesighoudende raad hou verband met die aantal werknemers van die maatskappy. Indien die maatskappy nie meer as 10 000 werknemers het nie, bestaan die toesighoudende raad uit 12 lede; indien die maatskappy meer as 10 000 maar minder as 20 000 werknemers het, bestaan die toesighoudende raad uit 16 lede; en indien die maatskappy meer as 20 000 werknemers het, uit 20 lede.⁶⁹

Die verteenwoordigers van die aandeelhouders word deur die algemene vergadering (“*Hauptversammlung*”) verkies in ooreenstemming met die voorskrifte van die betrokke maatskappywet en die statute van die maatskappy.⁷⁰ Die verteenwoordigers van die werknemers word direk deur die werknemers verkies indien die maatskappy minder as 8 000 werk-

⁶⁷ Sien artikels 76 en 77 van die BetrVG 1952. A 76(1) bepaal: “Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft . . . musz zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen.” Indien die toesighoudende raad nege lede het, moet drie lede verteenwoordigers van die werknemers wees, waarvan twee werknemers van die maatskappy moet wees terwyl die derde lid 'n buitestaander, gewoonlik 'n lid van die vakbond, kan wees. (Sien a 76(2) BetrVG 1952.)

⁶⁸ Sien in die algemeen: Schneider e a 17–21; Mueller e a 13; Würdinger 40–41; Lux *Mitbestimmungsgesetz* 39 e.v. Hierdie vorm van medesegenskap staan volgens Schneider 17 bekend as “*paritätische Mitbestimmung*.”

⁶⁹ a 7 MitbestG. Waar die werknemers 6 of 8 verteenwoordigers het, kan die vakbonde 2 van die verteenwoordigers aanwys en waar die werknemers 10 verteenwoordigers het, kan die vakbonde 3 aanwys. Vir 'n volledige uiteensetting sien Lux 70–79; Schneider e a 18–19; Würdinger 40–41.

⁷⁰ a 8 MitbestG. Lux 80. Sien ook a 101 AktG; Würdinger 49; a 52 GmbHG, en Würdinger 197. Artikels 91–125 van die GmbHG maak voorsiening vir die samestelling en funksies van 'n toesighoudende raad, indien die privaat maatskappy verplig is om so 'n raad in te stel.

nemers het, en as die maatskappy meer as 8 000 werknemers het, kies die werknemers verteenwoordigers wat dan as “kieskollege” ageer om die werknemerslede van die toesighoudende raad te kies.⁷¹

Die basiese beginsel by die aanwysing van die verteenwoordigers van die werknemers is ’n ingewikkelde prosedure wat daarop neerkom dat al die verskillende groepe werknemers in afsonderlike stemmings hul verteenwoordigers in die “kieskollege” in verhouding tot die totale aantal werknemers van die maatskappy verkies. Hierdie verteenwoordigers van die verskillende groepe (wat ook die “Leitende Angestellte,” d w s werknemers in die bestuursposisies in die maatskappy insluit) verkies dan die lede van die toesighoudende raad.⁷²

Die voorsitter en ondervoorsitter van die toesighoudende raad word deur die lede van die toesighoudende raad verkies. Hiervoor word ’n twee-derde meerderheid benodig en indien dit nie verkry word nie, vind ’n tweede stemming plaas waartydens die verteenwoordigers van die aandeelhouers die voorsitter en die verteenwoordigers van die werknemers die ondervoorsitter kies.⁷³ Hierdie verkiesing is van groot belang aangesien die voorsitter in die toesighoudende raad, waar die werknemers en die aandeelhouers gelyke verteenwoordiging het, in die geval van ’n staking van stemme ’n beslissende stem het.⁷⁴

5 2 “Der Vorstand” (Die direksie)

Die direksie van ’n publieke maatskappy is alleen verantwoordelik vir die bestuur van die maatskappy⁷⁵ en slegs indien hy daartoe versoek word mag die algemene vergadering besluite neem wat die bestuur van die maatskappy raak.⁷⁶ Die direksie het ook die

⁷¹ a 9 MitbestG. Indien die werknemers direk hulle verteenwoordigers kies, geld die bepalings van a 18 MitbestG ook en indien ’n “kieskollege” aangewys moet word, geld die bepalings van artikels 10 tot 17 MitbestG. In die algemeen geld, wat hierdie verkiesings betref, die bepalings van artikels 19 tot 24 MitbestG. Vir ’n volledige uiteensetting sien Lux 80–142.

⁷² a 15(3) MitbestG. Schneider e a 20–21; Lux 117–131; Blanpain 299–300. Die verteenwoordigers van vakbonde in die toesighoudende rade word ook deur die verteenwoordigers van die verskillende groepe werknemers verkies na voorstelle deur die betrokke vakbond – a 16(1) en (2) MitbestG.

⁷³ a 27(1) en (2) MitbestG. Lux 148–151.

⁷⁴ a 29(2). Sien ook Lux 156–159; Schneider e a 21; Blanpain 300. Dit is interessant om daarop te let dat die ondervoorsitter nie hierdie bevoegdheid verkry nie, selfs al neem hy as voorsitter waar. In dié verband verklaar Lux 158 dan ook: “Die *zweite Stimme . . . ist streng an die Person des Aufsichtsratsvorsitzenden gebunden.*”

⁷⁵ a 76(1) AktG. Frommel e a 260; Schneider e a 10; Würdinger 45–46. Die bestuurders van ’n GmbH is onder toesig van die algemene vergadering verantwoordelik vir die bestuur van die maatskappy – sien Würdinger 198–199; Frommel e a 253.

⁷⁶ a 119(2) AktG. Frommel e a 260; Schneider e a 10; Würdinger 46 52. In die geval van die GmbH kan die ledevergadering besluite neem wat die bestuur van die maatskappy raak indien dit so in die statute van die maatskappy bepaal word – sien hieroor Würdinger 199.

bevoegdheid om die maatskappy in alle aangeleenthede te verteenwoordig.⁷⁷

“[T]he supervisory board . . . designates the management board, which usually comprises three full-time directors who form a collective top management organ of the company and are responsible for all current business matters.”⁷⁸

Die toesighoudende raad stel die voorsitter en lede van die direksie vir 'n tydperk van hoogstens vyf jaar aan en mag enige lid van die direksie vir 'n geldige rede, byvoorbeeld ernstige pligsversuim of onbevoegdheid, ontslaan.⁷⁹ Enkele interessante aspekte rakende die verkiesing van die direksie deur die toesighoudende raad is die volgende:

a Indien die maatskappy in die steenkool-, yster-, of staalnywerheid betrokke is, moet 'n arbeidsdirekteur (“Arbeitsdirektor”) in die direksie aangestel word. Hierdie direkteur kan slegs aangestel of ontslaan word indien die meerderheid van die verteenwoordigers van die werknemers in die toesighoudende raad daartoe instem. Hy is 'n volle lid van die direksie maar is primêr vir die personeelaangeleenthede van die maatskappy verantwoordelik.⁸⁰

b Die lede van direksies van maatskappye wat onder die “Mitbestimmungsgesetz” van 1976 val (d w s maatskappye met meer as 2 000 werknemers) moet met 'n twee-derde meerderheid verkies word. Indien 'n twee-derde meerderheid nie verkry word nie, maak die wet daarvoor voorsiening dat 'n komitee, bestaande uit 'n gelyke aantal van die verteenwoordigers van die aandeelhouders en die werknemers, binne 'n maand 'n voorstel aan die toesighoudende raad moet voorlê wat die lid van die direksie met 'n gewone meerderheid kan aanwys. Indien 'n gewone meerderheid nie verkry kan word nie, vind 'n derde stemming plaas waartydens die voorsitter 'n beslissende stem het.⁸¹ Die wet maak ook voorsiening vir 'n arbeidsdirekteur, maar hy word op dieselfde wyse as al die ander direkteure aangestel,⁸² hoewel hy, wat sy funksies as direkteur betref, op personeel en sosiale aangeleenthede moet konsentreer.⁸³

⁷⁷ artikels 78 en 82 AktG. Frommel e a 260. Würdinger 47 verklaar: “Its power of representation is unlimited and unlimitable . . .” Die bevoegdhede van die bestuurders van 'n GmbH kan wel deur die bepalings van die statute van die betrokke maatskappy ingekort word – sien Würdinger 199; Frommel e a 251.

⁷⁸ *Labour-management Relations Series no 33* 45.

⁷⁹ a 84 AktG. Sien ook a 31 MitbestG; Lux 183–184; Frommel e a 260; Schneider e a 21; Würdinger 43–44. In die geval van 'n GmbH sonder 'n toesighoudende raad word die “Geschäftsführer” (bestuurders) deur die algemene vergadering aangestel en ontslaan. Die bevoegdhede van hierdie bestuurders kan in die statute van die maatskappy omskryf word – sien a 45 GmbHG; Frommel e a 251–253; Würdinger 198–200.

⁸⁰ a 13 Montan-MitbestG. Sien ook Frommel e a 267; Mueller e a 13; Würdinger 43; Schneider e a 15.

⁸¹ a 31 MitbestG. Sien Lux 159–160; Schneider e a 21–22; Blanpain 300.

⁸² a 33 MitbestG. Hierdie direkteur kan egter a g v die besondere prosedure wat geld by die aanstelling van direkteure, deur die verteenwoordigers van die aandeelhouders op die toesighoudende raad aangestel (en ontslaan) word o g v die beslissende stem van die voorsitter. Sien Lux 186.

⁸³ Schneider e a 22; Mueller e a 13, en vir 'n volledige uiteensetting Lux 186–193.

c In die geval van maatskappye wat onderhewig is aan die belyngs van die "Betriebsverfassungsgesetz" van 1952 het die verteenwoordigers van die aandeelhouers in die toesighoudende raad volle beheer oor die aanstelling van die direksie. Die direksie is egter, soos ons hierbo daarop gewys het,⁸⁴ verplig om omvattende inligting oor die maatskappy en sy sake aan die toesighoudende raad, wat toesig oor die direksie het, beskikbaar te stel.

6 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING

Die voorafgaande uiteensetting gee 'n duidelike beeld van die belangrike rol wat werkersdeelname reeds in die bestuursorgane van maatskappye in die private sektor van die ekonomie in Duitsland speel.⁸⁵ In teenstelling hiermee is daar op die oomblik in Suid-Afrika nog geen vorm van werkersdeelname in die bestuursorgane van 'n maatskappy nie. Hierdie aangeleentheid verdien egter ernstige aandag aangesien belangrike beginsels van die maatskappyereg en die arbeidsreg by die instelling van hierdie vorm van medeseggenkap deur werknemers in maatskappysake op die spel kom.⁸⁶ In hierdie verband wys Gower ook daarop dat dit algemeen aanvaar word

" . . . that it is unreal for company law to ignore, as at present our law largely does, that the workers are as much, if not more, a part of the company as the members of it."⁸⁷

Die eerste aangeleentheid wat aandag sal moet geniet indien die instelling van werkersdeelname oorweeg sou word, is watter stelsel in ons besondere omstandighede die geskikste sal wees. Hier sal die keuse lê tussen die *eenvlakstelsel* waar ons 'n enkele direksie (soos tans ook die geval is) sal hê met aandeelhouers en werknemers as lede van die direksie, of die *tweevlakstelsel* met twee bestuursorgane, naamlik die direksie en die toesighoudende raad. Werknemers sal dan minstens op die toesighoudende raad verteenwoordig wees.

Die tweevlakstelsel bied waarskynlik vir die Suid-Afrikaanse situasie (soos trouens ook vir die meeste Europese lande) die beste geleentheid vir die implementering van werkersdeelname in die bestuursorgane van die maatskappy, omdat daar 'n definitiewe skeiding tussen die bestuursfunksies en die toesighoudende funksies bestaan.⁸⁸ Enkele spore van die tweevlakstelsel word in ons huidige maatskappyereg gevind. Hoewel die statute van 'n maatskappy basies die bestuursreëling in die betrokke maatskappy bepaal, kom 'n verskeidenheid van bestuursreëlings in die praktyk voor en word die werklike bestuur van die maatskappy dikwels aan 'n besturende direkteur of bestuurder opgedra terwyl die direksie in

⁸⁴ Sien § 5 1 hierbo en die gesag aangehaal in vn 59.

⁸⁵ In Engeland sal maatskappye in staat gestel word om die sg "policy boards" en "management boards" op 'n vrywillige grondslag in te voer.

⁸⁶ Sien Kachelhoffer "Nywerheidsdemokrasie: Werkersdeelname in die Besluite van die Onderneming" 1978 *De Rebus Procuratoriis* 406.

⁸⁷ a w 62. Dit geld ook vir die Suid-Afrikaanse maatskappyereg.

⁸⁸ Sien cmnd 7231 *Industrial Democracy* 15.

'n meer toesighoudende hoedanigheid optree. Hierdie bestuursreëling toon 'n mate van ooreenkoms met die tweevlakstelsel in Europa.⁸⁹

Vervolgens word aandag gegee aan enkele van die maatskappy-regtelike probleme⁹⁰ wat met die instelling van werkersdeelname in die bestuursorgane van die maatskappy sal ontstaan en waarvoor oplossings gevind sal moet word.

6 1 Die bevoegdheidsverdeling in die maatskappy

In die Suid-Afrikaanse maatskappyereg word daar, soos reeds aangetoon, bepaalde funksies aan die algemene vergadering en aan die direksie as bestuur van die maatskappy, toegeken. 'n Belangrike beginsel in die maatskappyereg is dat die belange van die maatskappy ook in die uitoefening van hierdie funksies altyd voorop gestel moet word. Die belange van die maatskappy word gereken dié van die aandeelhouders in die algemene vergadering te wees en sekere besluite word as prerogatief van die bestuur beskerm. Die instelling van werkersdeelname bring egter ook die belange van die werknemer ter sprake, aangesien die werknemer inderdaad betrokke sal wees by die neem van besluite.⁹¹ Hierdeur word die monopolie wat die aandeelhouer as "eienaar" gehad het om besluite te neem, bevraagteken en, soos Simitis⁹² tereg aantoon, word die grense van tradisionele maatskappyereg oorskry.

Hierdie probleem kan in 'n groot mate deur die tweevlakstelsel uitgeskakel word, aangesien die werklike bestuur van die maatskappy nog by die direksie sal berus, hoewel onder toesig van die toesighoudende raad.

6 2 Die trouverpligting teenoor die maatskappy

Soos reeds hierbo daarop gewys is, moet die belange van die maatskappy altyd voorop gestel word.

"All members of a company's organ are thought to be permanently concerned with the prosperity of the company. They have therefore to observe always the company's benefit irrespective of possibly conflicting particular interest."⁹³

Indien hierdie beginsel onveranderd toegepas sou word, beteken dit dat 'n botsing van belange gaan ontstaan vir die werknemerverteenwoordigers wat òf deur die werknemers òf deur die vakbond aangewys is.

Die direkteur van 'n maatskappy staan in 'n vertrouensverhouding teenoor sy maatskappy, wat meebring dat hy in goeie trou teenoor sy maatskappy moet optree en sy bevoegdheids as direkteur tot voordeel van

⁸⁹ Cilliers e a 247.

⁹⁰ Die implikasies wat die invoering van 'n stelsel van werkersdeelname in die bestuursorgane van 'n maatskappy vir die arbeidsreg inhou, word vir doeleindes van hierdie artikel buite rekening gelaat.

⁹¹ Kachelhoffer 406.

⁹² "Workers' Participation in the Enterprise—Transcending Company Law?" 38 *Modern Law Review* 15.

⁹³ Simitis 11.

sy maatskappy moet aanwend. Een van die belangrike aspekte van die vertrouensverhouding is dat die direkteur 'n vrye uitoefening van sy diskresie onbelemmerd moet handhaaf.⁹⁴ Dit sal dus meebring dat hoewel hy as verteenwoordiger van die werknemers op die direksie of toesighoudende raad sitting het, hy hom nie deur opdragte, byvoorbeeld oor hoe om te stem, kan laat bind nie.

Hierdie beginsel word in die voorstelle met betrekking tot werkersdeelname in Engeland herbevestig. Daar word aanbeveel dat alle direkteure, ongeag hoe hulle aangewys is, dieselfde pligte teenoor die maatskappy moet hê. In die witskrif word dit duidelik gestel dat

“there should be no question of employee or shareholder directors being mandated to vote in accordance with the instructions of those by whom they were appointed.”⁹⁵

6 3 Die verskaffing van inligting

Alleen indien voldoende inligting beskikbaar is, kan sinvolle werkersdeelname plaasvind.⁹⁶ In die tweevlakstelsel is die toesighoudende raad vir die behoorlike uitoefening van sy funksie van toesig aangewys op volledige en omvattende inligting oor maatskappysake. Die probleem in hierdie opsig is die vertroulike inligting wat, indien dit algemeen bekend word, die maatskappy sal benadeel.

In die Duitse maatskappyereg word hierdie probleem opgelos deurdat die lede van sowel die direksies as toesighoudende rade verplig word om alle vertroulike inligting wat hulle uit hoofde van hulle amp as direkteure bekom het, geheim te hou.⁹⁷ Die lede van die toesighoudende raad (of “policy board”) moet egter ook in noue voeling bly met die werknemers en selfs die vakbonde wat hulle verteenwoordig. Die voorgestelde reëling in Engeland, naamlik dat elke maatskappy in ooreenstemming met sy eie behoefte moet bepaal watter inligting beskikbaar gestel kan word, sal in dié verband ook deeglike oorweging moet geniet.⁹⁸

Met hierdie artikel is gepoog om slegs enkele van die knelpunte uit te lig wat oorkom sal moet word indien die instelling van werkersdeelname in die bestuursorgane van maatskappye oorweeg word. Alhoewel daar vir oplossings van die maatskappy- en arbeidsregtelike probleme wat met hierdie vorm van werkersdeelname ontstaan, uit 'n ryke bron van internasionale ervaring geput kan word,⁹⁹ sal die Suid-Afrikaanse juris oplossings moet vind wat eie aan die Suid-Afrikaanse opset is.

□

⁹⁴ Cilliers e a 251 e v; Naudé 110 e v.

⁹⁵ cmnd 7231 *Industrial Democracy* 7.

⁹⁶ Blanpain 308: “[W]orkers’ participation is impossible without information.”

⁹⁷ Sien a 93(1) en 116 AktG.

⁹⁸ cmnd 7231 *Industrial Democracy* 7.

⁹⁹ Daar sal gewaak moet word daarteen om 'n stelsel, hoe goed dit ook al in 'n ander land werk, eenvoudig sonder inagneming van ons eie omstandighede in te stel,

Eiendomsvoorbehoud en opskortende voorwaardes by die koopkontrak (*vervolg*)*

JM Otto

BA LLD

Professor van die Handelsreg aan die Randse Afrikaanse Universiteit

6 SUID-AFRIKAANSE SKRYWERS SE UITLEG VAN DIE EIENDOMSVOORBEHOUD

6 1 Inleiding

Die meeste Suid-Afrikaanse skrywers is dit eens dat die eiendomsvoorbehoud nie die koopkontrak opskort nie, en dat ander opskortende voorwaardes ook nie verhoed dat daar onmiddellik 'n koopkontrak tot stand kom nie. Die menings loop egter uiteen oor die presiese aard en werking van so 'n eiendomsvoorbehoud.

6 2 Die verskillende skrywers

Mostert, Joubert en Viljoen maak die volgende opmerking:

“Die opvatting dat die voorbehoudsklausule die *geldigheid* van die totstandkoming van die koopkontrak affekteer, kan dus slegs geregverdig word indien so 'n klausule 'n opskortende voorwaarde is. Hierdie voorbehoudsklausule, meen ons, is nie 'n opskortende voorwaarde nie, maar is eenvoudig 'n beding wat reël op welke tydstip die eiendomsreg op sy vroegste na die koper sal oorgaan.”⁹⁷

Die skrywers meen voorts dat, al is dit 'n opskortende voorwaarde, dit in die lig van die partye se bedoeling meer korrek is om te sê dat dit nie die totstandkoming van die kontrak is wat opgeskort word nie, maar wel die verpligtinge.⁹⁸

Volgens De Wet en Yeats het die houe Voet 18 1 26 verkeerd geïnterpreteer omdat die teks handel met 'n absolute voorbehoud.

“Daar bestaan ook geen rede om 'n kontrak, wat al die eienskappe van 'n koopkontrak het, nie as 'n koopkontrak te beskou nie, net omdat die oorgang van eiendom voorwaardelik opgeskort is, of die kontrak so ingeklee is dat dit voorgee om 'n huurkontrak te wees nie.”⁹⁹

* Sien 1981 *THRHR* 255–268.

⁹⁷ 102. Vgl ook Mostert-Pont-bundel 243.

⁹⁸ 103.

⁹⁹ 3e uitg 246. In die vierde uitgawe word die aangeleentheid net baie kortliks bespreek op 135 vn 98.

MacKeurtan¹⁰⁰ verklaar dat die beding 'n pactum adjectum is en nie 'n voorwaarde nie en dat die effek daarvan nie is om die koopkontrak op te skort nie.¹⁰¹ Daarteenoor neem Norman blykbaar genoë met die posisie soos uiteengesit in die regspraak.¹⁰²

Die eiendomsvoorbehoud is volgens Kahn nie 'n voorwaarde nie

“as a condition requires a contingency, making the duty to perform a contractual obligation postponed to and dependent upon the happening or non-happening of an uncertain event . . . A condition cannot revolve around a performance to which a party has bound himself contractually.”¹⁰³

Kahn meen dan dat MacKeurtan, Diemont en Marais, en De Wet en Yeats korrek is en dat slegs die eiendomsoorgang opgeskort word.¹⁰⁴

Wessels, daarenteen, is van mening dat daar geen koopkontrak is voordat die opskortende voorwaarde vervul is nie.¹⁰⁵

Diemont, Marais en Aronstam is op hulle beurt van mening dat slegs die eiendomsoorgang opgeskort is en nie die kontrak self nie,¹⁰⁶ en dat die howe Voet 18 1 26 verkeerd geïnterpreteer het. Volgens hulle is daar niks verkeerd met 'n tydelike eiendomsvoorbehoud nie aangesien eiendomsreg ook in geval van 'n kontantkoop, selfs al is reeds gelewer, nie voor betaling oorgaan nie, en niemand beweer dat die kontrak om daardie rede tydelik opgeskort is nie.¹⁰⁷ Die kontrak bevat al die elemente van 'n koop en die partye is geregtig om oor en weer te eis.¹⁰⁸

Soos voorheen aangedui, het De Villiers die gemenerereg in sy aangehaalde artikel ondersoek en ek gaan nie verder daarop in nie. Hierbo is ook gewys op die kommentare wat opgespoor is ten opsigte van D 18 1 80 3. Ten slotte moet net, wat De Villiers betref, gewys word op sy standpunt dat Voet 18 1 26 verkeerd geïnterpreteer is¹⁰⁹ aangesien dié teks op 'n absolute verbod slaan. Hy wys ook op Voet 18 6 5 wat die party steeds “verkoper” noem by 'n opskortende voorwaarde. Dit, volgens die skrywer, sou Voet nie gedoen het as sy opvatting was dat daar geen koopkontrak pendente conditione is nie.

'n Standpunt wat meesal oor die hoof gesien word, is dié van 'n anonieme skrywer “M”. Hy het reeds in 1888¹¹⁰ na aanleiding van die *Quirk's Trustees*-saak opgemerk dat D 18 1 80 3 slegs 'n beding verbied

¹⁰⁰ *The Law of Sale of Goods in South Africa* (1972) deur O'Donovan 97.

¹⁰¹ 98.

¹⁰² *Law of Purchase and Sale in South Africa* (1972) deur Belcher 140.

¹⁰³ *Contract and Mercantile Law through the Cases* (1971) 527; vgl ook Kahn 1977 *BML* 174.

¹⁰⁴ 528.

¹⁰⁵ par 1363.

¹⁰⁶ 13.

¹⁰⁷ 15.

¹⁰⁸ 18.

¹⁰⁹ 18.

¹¹⁰ in dié jaar se *Cape Law Journal* 176.

wat eiendomsorgang geheel en al verbied, en dat daarom nie met die beslissing saamgestem kan word nie. Hy sluit af met die volgende woorde:

“And indeed in some cases the agreement of reserved ownership would coincide with the *Lex Commissoria*, a well known and perfectly valid agreement.”

Hamman laat hom soos volg uit:¹¹¹

“Nog meer verkeerd is die standpunt (nl dat daar geen koop is nie) indien dit gehuldig word ten opsigte van koopkontrakte met eiendomsvoorbehoud. Soos aangetoon word¹¹² het die opskorting in daardie geval uit die aard van die saak niks met die totstandkoming van die koopooreenkoms te doen nie, maar staan dit in verband met die oorgang van die eiendomsreg. Mag die verwagting vervul word dat ons regspraak op hierdie eenvoudige punt tog in die toekoms die regte houding sal inneem.”

Meer as drie dekades later is Hamman se hoopvolle verwagting nog steeds nie vervul nie.

Van Winsen¹¹³ wys die standpunt af dat die huurkoopkontrak 'n huurkontrak is, en vervolg dan:¹¹⁴

“The hire-purchase agreement is nothing more or less than a sale with a reservation, the sale itself being subject to a resolute condition (*lex commissoria*).”

Dié standpunt lyk nie heeltemal korrek nie. Die voorwaarde¹¹⁵ werk gewoonlik opskortend, nie ontbindend nie. Laasgenoemde sou wel die geval gewees het as eiendomsreg oorgaan by lewering en volgens afspraak “terugval,” byvoorbeeld by wanbetaling;¹¹⁶ maar dit is nie die gebruikelike huurkoopkontrak nie. Verder aan¹¹⁷ meld die skrywer, in 'n ander verband, dat dit die ontbindende voorwaarde in die kontrak is wat aan die verkoper die reg verleen om terug te tree by kontrakbreuk. Dit op sigself maak myns insiens egter nie die huurkoopkontrak iets besonders nie. Die huurkoopkontrak word van ander kontrakte onderskei deur veral die eiendomsvoorbehoud, en dié is nie ontbindend van aard nie.

Dié mening dat die “reservation” (indien dit iets anders beteken as eiendomsvoorbehoud) 'n ontbindende voorwaarde is, mag moontlik korrek wees as die kontrak werklik 'n huurkontrak is wat tot 'n einde kom by die plaasvind van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis. Die voorbeeld waarvan die skrywer gebruik maak, is egter 'n koopkontrak met 'n egte ontbindende voorwaarde. Miskien is dit wat die skrywer in gedagte het as hy praat van 'n “resolute condition.”

Na aanleiding van die *Quirk's*-saak merk Van Winsen op dat Voet 18 I 26 te ver gaan waar hy self steun op *D* 18 I 80 3. Hy meen dat 'n *pactum adjectum* van dié aard heeltemal versoenbaar is met die vereistes

¹¹¹ 1949 *THRHR* 218 235. Vgl ook Hamman 1942 *THRHR* 64 72.

¹¹² Hamman resenseer hier die destydse uitgawe van *De Wet en Yeats*.

¹¹³ 1930 *SALJ* 385.

¹¹⁴ 390.

¹¹⁵ in die veronderstelling dat dit wel 'n voorwaarde is.

¹¹⁶ In die *Huurkoopwet* staan dit bekend as die kontrak van verkoop op afbetaling.

¹¹⁷ 393 e v.

wat die gemenerereg aan 'n koopkontrak stel. Hiervoor beroep die skrywer hom op sekere gesag.¹¹⁸

Hierdie gesag lig die saak nie veel nader toe nie omdat, soos reeds aangetoon is, 'n eiendomsvoorbehoud wel 'n geldige beding is, en die howe in elk geval *D* 18 1 80 3 (en dus ook Voet 18 1 26) verkeerd geïnterpreteer het as sou dit so 'n beding onversoenbaar vind met 'n koopkontrak. Kyk 'n mens na Van Winsen se bewysplase blyk die volgende: Sommige daarvan verwys slegs na die feit dat 'n kontrak voorwaardelik aangegaan kan word, of dat lewering voorwaardelik kan geskied.¹¹⁹ Ander is òf onduidelik, òf dit is nie heeltemal duidelik watter tipe beding ter sprake is nie.¹²⁰ Die *Codex*-teks slaan op sy beurt duidelik op eiendomsoorgang onderhewig aan 'n ontbindende voorwaarde.¹²¹ Van die verwysings bied inderdaad aanknopingspunte of gesag vir die eiendomsvoorbehoud.¹²²

Volgens Gibson is die eiendomsvoorbehoud 'n opskortende voorwaarde.¹²³ Hy stel in dié verband sy mening teenoor Diemont, Marais en Aronstam se opvatting dat ons hier met 'n opskortende term te make het.

Daar is reeds vroeër gewys op die mening van Cronjé en Lotz.¹²⁴ Hulle vra hulleself die volgende vraag af:

“Maar hoe verskil 'n kontrak wat reeds die essentialia van 'n koopkontrak bevat nou van 'n koopkontrak of moet 'n mens gaan sê dat 'n koopkontrak nog 'n verdere, negatiewe essentiale het, naamlik dat dit nie aan 'n opskortende voorwaarde onderworpe moet wees nie?”¹²⁵

Cronjé self meen dat betaling, al dan nie, van die paaieimente 'n opskortende voorwaarde daarstel wat potestatief van aard is en in

¹¹⁸ nl *D* 41 2 38 1; *D* 43 26 20; *C* 4 54 3; Voet 18 1 24; Huber 3 4 40 – uit die enkele woorde wat hy aanhaal blyk dit 'n beroep te wees op U Huber se *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt* (1742); Glück 18 1 1000 – dit is 'n verwysing na CF von Glück *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* (1844); Mullenbach *Doctrina Pandectarium* 3 5 405. Oor laasgenoemde bron is daar nie duidelikheid nie. Waarskynlik verwys Van Winsen na CF Mühlenbruch se *Doctrina Pandectarum* (1838). Die probleem is egter dat die teks wat hy aanhaal nie ooreenstem met dié in die gemelde uitgawe van Mühlenbruch 3 5 405 nie. Dit kom waarskynlik uit 3 5 407, alhoewel die woorde nie presies dieselfde is nie.

¹¹⁹ *D* 41 2 38 1; Voet 18 1 24. Lg bron is reeds hierbo by 3 2 bespreek.

¹²⁰ Huber 3 4 40 kan beteken dat eiendomsreg (in die voorbeeld) opskortend voorwaardelik of onderhewig aan 'n ontbindende voorwaarde oorgedra is, of dat dit voorbehou is.

¹²¹ *C* 3 54 3. In dié teks is die beding wat voorsiening maak vir die terugval van eiendomsreg by wanprestasie ter sprake, d w s 'n ontbindende voorwaarde. Daarom besit die verkoper nie langer die eiendomsaksie nie: “rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.”

¹²² *D* 43 26 20; Glück 18 1 1000. Daar moet egter onthou word dat Glück van 1755–1831 gelewe het. Hy was m a w 'n latere skrywer oor die Romeinse reg. Hy was 'n lid van die *Usus Modernus Pandectarum* (Van Zyl 246 en 265).

¹²³ 167.

¹²⁴ §5 hierbo.

¹²⁵ 281.

verskeie opsigte van die gewone opskortend voorwaardelike regshandeling verskil.¹²⁶ Die koopkontrak is egter onvoorwaardelik

“in die sin dat die verbintenisskeppende ooreenkoms nie deur die voorwaarde geraak word nie, sodat die partye se verpligtinge dadelik ontstaan.”¹²⁷

Flemming wys daarop dat daar geen beginsel in ons reg bestaan wat verhoed dat eiendomsorgang uitgestel word nie.¹²⁸ Al gaan eiendomsreg by die *emptio rei speratae* nie onmiddellik oor nie, bly dit ’n koopkontrak. Slegs die oorgang van eiendomsreg is onderhewig gestel aan ’n opskortende *voorwaarde*.

Diemont, Marais en Aronstam is van mening dat die Engelse reg waarskynlik baie bygedra het tot die verwarring.¹²⁹ Dáár geld die bekende reël dat eiendomsreg by kontraksluiting oorgaan. ’n Klousule wat dit verhoed mag dus moontlik aldaar as in stryd met ’n koopkontrak beskou word.

Daar moet egter dadelik op gewys word dat so ’n beding nie in die Engelse reg verbode is nie. Die *Sale of Goods Act* van 1979 laat juis in artikel 17(1) toe dat die partye kan reël dat eiendomsreg op ’n later tydstop as die oomblik van kontraksluiting oorgaan.¹³⁰ Die sleutel is artikel 18 wat bepaal dat eiendomsreg by ’n “unconditional” koopkontrak oorgaan by kontraksluiting,¹³¹ en dat dit irrelevant is dat die tydstop vir lewering of betaling, of albei, uitgestel is.¹³²

Dit is waarskynlik hierdie reëls wat Diemont-hulle in gedagte het as hulle sê dat voorwaardelike lewering nie in die Suid-Afrikaanse reg beteken dat die kontrak voorwaardelik is nie, maar dat dit in die Engelse reg in die geheel opgeskort word.

Hulle gevolgtrekking is dan:

“This may be stated in another way by saying that in English law a clause reserving ownership amounts to a suspensive condition; in our law it is no more than a suspensive term.”¹³³

Nathan is ook van mening dat die *ooreenkoms* onmiddellik in werking tree en dat slegs die oorgang van eiendomsreg plaasvind by die betaling van die laaste paaiemente, of die vervulling van ’n ander voorwaarde.¹³⁴

Die *Quirk's*-saak vind volgens Lomax wel steun by Voet.¹³⁵ Volgens hom sou dit egter beter gewees het om te praat van ’n “suspended-ownership sale,” en waar die koop in sy geheel opgeskort is, van ’n

¹²⁶ *Die Aard van die Reg van 'n Huurkoopkoper van 'n Roerende Saak* (intreerede Unisa 6 Maart 1980) 8.

¹²⁷ 10.

¹²⁸ 6.

¹²⁹ 16.

¹³⁰ Hierdie wet, 54 van 1979, het die ou bekende wet van 1893 herroep.

¹³¹ tensy a 17(1) natuurlik van toepassing is.

¹³² Sien Lowe *Commercial Law* 5e uitg (1976) 196; Atiyah *The Sale of Goods* (1975) 146; Guest *Benjamin's Sale of Goods* (1974) par 302.

¹³³ 16.

¹³⁴ *Hire-Purchase* (1942) 73.

¹³⁵ *Hire-Purchase in South Africa* (1926) 4.

“suspended sale” in plaas van “hire-purchase,” daar hy onder laasgenoemde ’n huurkontrak met ’n opsie om te koop verstaan.¹³⁶ Hierdie opvatting staan onder die invloed van die Engelse reg en ’n mens moet maar die mening van vroeë Suid-Afrikaanse skrywers oor die huurkoopkontrak versigtig hanteer, aangesien hulle dit meermale as ’n huurkontrak beskou het.

Cohn aanvaar klaarblyklik die standpunt dat die eiendomsvoorbehoud in die weg staan van die onmiddellike totstandkoming van ’n koop.¹³⁷ Dit is ook nie eienaardig as ’n mens sy definisie van ’n koopkontrak lees nie, naamlik as ’n transaksie waar, in ruil vir ’n prys, “the seller makes over to the purchaser the ownership in the article sold.” Dit herinner baie aan die Engelse reg waar die koopkontrak self die regshandeling is waardeur eiendomsreg oorgedra word.

Reeds vroeg het ’n anonieme skrywer die aangeleentheid korrek ingesien. Hy skryf die volgende:

“When a sale for credit has been effected and delivery has taken place, the purchaser thereby becomes owner of the thing sold. But an agreement may be attached to the sale that the property shall not pass unless, and until the purchase price has been paid in full. Such an agreement is known as a *pactum domini reservati* . . . Vangerow says that this agreement is a very common one in modern times; and that it can be made under either a suspensive or resolutive condition. . . . Such an agreement is not in conflict with the passage from the Digest (18.1.80.3) which has been cited to shew that it is forbidden by law. All that is said there is (what in itself seems pretty obvious) that where an agreement is attached to a contract that *at no future time whatsoever* the property should pass to the party acquiring possession of the thing, such a contract cannot be considered as a sale, but must be regarded as some other form of contract. And indeed in some cases the agreement of reserved ownership would coincide with the *Lex Commissoria*, a well known and perfectly valid agreement. The dictum in *Quirk’s Trustees v Assignees of Liddle* can therefore hardly be upheld.”¹³⁸

Amper ’n eeu later verteenwoordig dit nog die meerderheid van skrywers se standpunte. So sê Devenish¹³⁹ ten aansien van die beslissing in *Le Roux v Sentraalwes*¹⁴⁰ dat, ofskoon dit nie afdoende is dat die partye hulleself “koper” en “verkoper” noem nie, dit ’n redelike afleiding is dat hulle bedoel het om ’n koopkontrak te sluit, tensy daar ander getuïenis is wat hierdie afleiding weêrlê. By die koop onderhewig aan ’n opskortende voorwaarde is daar geen aanduiding dat hulle bedoel het om ’n innominaatkontrak pendente conditione te sluit nie.¹⁴¹

Wat Suid-Afrikaanse skrywers betref, kan afgesluit word met die standpunt van Reinecke en Cronjé.¹⁴² Dit het voorheen opgeval dat sekere skrywers die eiendomsvoorbehoud as ’n term of bepaling, in teenstelling met ’n voorwaarde, tipeer. Reinecke en Cronjé¹⁴³ is van mening

¹³⁶ Van Waasdijk *Hire-Purchase Credit in South Africa* (1956) 12 huldig dieselfde mening.

¹³⁷ *Hire-Purchase* (1931) 23 en 26.

¹³⁸ 1888 *The Cape Law Journal* 176.

¹³⁹ 1977 *SALJ* 385.

¹⁴⁰ hierbo.

¹⁴¹ 388.

¹⁴² 1979 *THRHR* 389.

¹⁴³ 392.

verskeie opsigte van die gewone opskortend voorwaardelike regshandeling verskil.¹²⁶ Die koopkontrak is egter onvoorwaardelik

“in die sin dat die verbinteniskeppende ooreenkoms nie deur die voorwaarde geraak word nie, sodat die partye se verpligtinge dadelik ontstaan.”¹²⁷

Flemming wys daarop dat daar geen beginsel in ons reg bestaan wat verhoed dat eiendomsorgang uitgestel word nie.¹²⁸ Al gaan eiendomsreg by die *emptio rei speratae* nie onmiddellik oor nie, bly dit ’n koopkontrak. Slegs die oorgang van eiendomsreg is onderhewig gestel aan ’n opskortende *voorwaarde*.

Diemont, Marais en Aronstam is van mening dat die Engelse reg waarskynlik baie bygedra het tot die verwarring.¹²⁹ Dáár geld die bekende reël dat eiendomsreg by kontraksluiting oorgaan. ’n Klousule wat dit verhoed mag dus moontlik aldaar as in stryd met ’n koopkontrak beskou word.

Daar moet egter dadelik op gewys word dat so ’n beding nie in die Engelse reg verbode is nie. Die *Sale of Goods Act* van 1979 laat juis in artikel 17(1) toe dat die partye kan reël dat eiendomsreg op ’n later tydstip as die oomblik van kontraksluiting oorgaan.¹³⁰ Die sleutel is artikel 18 wat bepaal dat eiendomsreg by ’n “unconditional” koopkontrak oorgaan by kontraksluiting,¹³¹ en dat dit irrelevant is dat die tydstip vir lewering of betaling, of albei, uitgestel is.¹³²

Dit is waarskynlik hierdie reëls wat Diemont-hulle in gedagte het as hulle sê dat voorwaardelike lewering nie in die Suid-Afrikaanse reg beteken dat die kontrak voorwaardelik is nie, maar dat dit in die Engelse reg in die geheel opgeskort word.

Hulle gevolgtrekking is dan:

“This may be stated in another way by saying that in English law a clause reserving ownership amounts to a suspensive condition; in our law it is no more than a suspensive term.”¹³³

Nathan is ook van mening dat die *ooreenkoms* onmiddellik in werking tree en dat slegs die oorgang van eiendomsreg plaasvind by die betaling van die laaste paaieimente, of die vervulling van ’n ander voorwaarde.¹³⁴

Die *Quirk's*-saak vind volgens Lomax wel steun by Voet.¹³⁵ Volgens hom sou dit egter beter gewees het om te praat van ’n “suspended-ownership sale,” en waar die koop in sy geheel opgeskort is, van ’n

¹²⁶ *Die Aard van die Reg van ’n Huurkoopkoper van ’n Roerende Saak* (intreerede Unisa 6 Maart 1980) 8.

¹²⁷ 10.

¹²⁸ 6.

¹²⁹ 16.

¹³⁰ Hierdie wet, 54 van 1979, het die ou bekende wet van 1893 herroep.

¹³¹ tensy a 17(1) natuurlik van toepassing is.

¹³² Sien Lowe *Commercial Law* 5e uitg (1976) 196; Atiyah *The Sale of Goods* (1975) 146; Guest *Benjamin's Sale of Goods* (1974) par 302.

¹³³ 16.

¹³⁴ *Hire-Purchase* (1942) 73.

¹³⁵ *Hire-Purchase in South Africa* (1926) 4.

“suspended sale” in plaas van “hire-purchase,” daar hy onder laasgenoemde ’n huurkontrak met ’n opsie om te koop verstaan.¹³⁶ Hierdie opvatting staan onder die invloed van die Engelse reg en ’n mens moet maar die mening van vroeë Suid-Afrikaanse skrywers oor die huurkoopkontrak versigtig hanteer, aangesien hulle dit meermale as ’n huurkontrak beskou het.

Cohn aanvaar klaarblyklik die standpunt dat die eiendomsvoorbehoud in die weg staan van die onmiddellike totstandkoming van ’n koop.¹³⁷ Dit is ook nie eenaardig as ’n mens sy definisie van ’n koopkontrak lees nie, naamlik as ’n transaksie waar, in ruil vir ’n prys, “the seller makes over to the purchaser the ownership in the article sold.” Dit herinner baie aan die Engelse reg waar die koopkontrak self die regshandeling is waardeur eiendomsreg oorgedra word.

Reeds vroeg het ’n anonieme skrywer die aangeleentheid korrek ingesien. Hy skryf die volgende:

“When a sale for credit has been effected and delivery has taken place, the purchaser thereby becomes owner of the thing sold. But an agreement may be attached to the sale that the property shall not pass unless, and until the purchase price has been paid in full. Such an agreement is known as a *pactum dominii reservati* . . . Vangerow says that this agreement is a very common one in modern times; and that it can be made under either a suspensive or resolutive condition. . . . Such an agreement is not in conflict with the passage from the Digest (18.1.80.3) which has been cited to shew that it is forbidden by law. All that is said there is (what in itself seems pretty obvious) that where an agreement is attached to a contract that *at no future time whatsoever* the property should pass to the party acquiring possession of the thing, such a contract cannot be considered as a sale, but must be regarded as some other form of contract. And indeed in some cases the agreement of reserved ownership would coincide with the *Lex Commissoria*, a well known and perfectly valid agreement. The dictum in *Quirk’s Trustees v Assignees of Liddle* can therefore hardly be upheld.”¹³⁸

Amper ’n eeu later verteenwoordig dit nog die meerderheid van skrywers se standpunte. So sê Devenish¹³⁹ ten aansien van die beslissing in *Le Roux v Sentraalwes*¹⁴⁰ dat, ofskoon dit nie afdoende is dat die partye hulleself “koper” en “verkoper” noem nie, dit ’n redelike afleiding is dat hulle bedoel het om ’n koopkontrak te sluit, tensy daar ander getuïenis is wat hierdie afleiding weerlê. By die koop onderhewig aan ’n opskortende voorwaarde is daar geen aanduiding dat hulle bedoel het om ’n innominaatkontrak *pendente conditione* te sluit nie.¹⁴¹

Wat Suid-Afrikaanse skrywers betref, kan afgesluit word met die standpunt van Reinecke en Cronjé.¹⁴² Dit het voorheen opgeval dat sekere skrywers die eiendomsvoorbehoud as ’n term of bepaling, in teenstelling met ’n voorwaarde, tipeer. Reinecke en Cronje¹⁴³ is van mening

¹³⁶ Van Waasdijk *Hire-Purchase Credit in South Africa* (1956) 12 huldig dieselfde mening.

¹³⁷ *Hire-Purchase* (1931) 23 en 26.

¹³⁸ 1888 *The Cape Law Journal* 176.

¹³⁹ 1977 *SALJ* 385.

¹⁴⁰ hierbo.

¹⁴¹ 388.

¹⁴² 1979 *THRHR* 389.

¹⁴³ 392.

dat 'n mens hier te doen het met 'n opskortende voorwaarde wat nie die verbintenis uit die huurkoopkontrak beïnvloed nie, maar wel die werking van die saaklike ooreenkoms waardeur eiendomsorgang bewerkstellig word.

7 DIE ENGEELSE REG

Die Engelse huurkoopreg vertoon besondere eienaardighede vir sover dit die aard van die kontrak betref. Gevolglik moet die beginsels van hierdie stelsel met omsigtigheid benader word. Die treffende woorde van Phillimore aan die einde van sy boek¹⁴⁴ is dan ook nie onvanpas nie:

"I have now concluded the task I proposed to undertake; and I own that I leave the subject with regret for less instructive occupations. To pass from the study of the French or Roman system to that of English law is to pass from a temple of Parian marble into a quarry of Portland stone. There are, no doubt, in the latter, the ordinary materials out of which a homely and convenient dwelling might be constructed, but they lie scattered about in rude disorder, and though employed by common workmen, the architect beholds them with contempt."

Die huurkoopkontrak word in die Engelse reg as 'n huurkontrak met 'n opsie om te koop beskou.¹⁴⁵ Aangesien dit 'n huurkontrak is, is die eiendomsvoorbehoud dus oorbodig. Dit kom egter wel voor by egte koopkontrakte wat in Engelse wetgewing bekend staan as 'n "conditional sale agreement."¹⁴⁶ Die eiendomsvoorbehoud is trouens nie net in Engelse wette as 'n wesenskenmerk vir sekere kontrakte ingebou nie, maar was reeds in die common law geoorloof.¹⁴⁷

In sy bespreking van die kontrak met 'n eiendomsvoorbehoud, gaan Goode nie op die aard van die kontrak in nie.¹⁴⁸ Hy praat egter deurgaans van "koper" en "verkoper" en sê ook:

"... the fact that there is a binding contract of sale . . ."

In *Marten v Whale*¹⁴⁹ was die feite soos volg: Die eiser koop van A grond onderhewig aan die goedkeuring ("approval") van die eiser se prokureur "of title and restrictions." Terselfdertyd verkoop die eiser sy motor aan A en lewer dit. Die eerste ooreenkoms sou dien as teenprestasie. A verkoop die motor aan die verweerder en die eiser se prokureur weier vervolgens om die voorwaarde te vervul, hangende 'n aksie vir teruggawe van die saak. Die aksie misluk daar die hof (court of appeal) beslis dat die prokureur se "approval" 'n "condition" was, nie vir die ontstaan van die koopkontrak van die motor nie, maar slegs vir die oorgang van eiendomsreg.¹⁵⁰ Die saak moet egter geïnterpreteer word in

¹⁴⁴ *Introduction to the Study and History of the Roman Law* (1848) 305.

¹⁴⁵ Sien by Goode *Hire-Purchase Law and Practice* 2e uitg (1970) 32; Park *Hire-Purchase and Credit Sales* (1969) 13; Wild *The Law of Hire-Purchase* (1965) 2.

¹⁴⁶ Sien die woordomskrywing in die Hire-Purchase Act 66 van 1965 en a 189 van die Consumer Credit Act 39 van 1974.

¹⁴⁷ *McEntire v Crossley* 1895 AC 457 463; *Helby v Matthews* 1895 AC 471 (House of Lords).

¹⁴⁸ *Hire-Purchase* 854.

¹⁴⁹ 1917 2 KB 480.

¹⁵⁰ Ingevolge a 25(2) van die Sale of Goods Act van 1893 (nou 1979) het die verweerder egter geldige titel verkry uit die "agreement to sell."

die lig van artikel 1(3) van die toenmalige Sale of Goods Act. Dié bepaal dat 'n kontrak wat lui dat eiendomsoordrag op 'n toekomstige tydstip sal plaasvind "or subject to some conditions thereafter to be fulfilled," 'n "agreement to sell" is. As die tyd verloop het of die voorwaarde vervul is, dan word die "agreement to sell" 'n "sale."¹⁵¹

In *Bentworth Finance, Ltd v Lubert*¹⁵² het die volgende feite voorgekom: Die eisers het 'n motor aan die verweerder op huurkoop verhuur. Die motor word gelewer, maar sonder 'n logboek. Die verweerder betaal geen paaieimente nie, maar die eisers se eis daarvoor misluk aangesien die hof beslis dat lewering van die logboek 'n "condition precedent" is wat betalings opgeskort het. Die hof gaan egter verder en sê dat, totdat die logboek gelewer is, daar geen kontrak is nie. Hiermee gaan Cheshire en Fifoot¹⁵³ nie akkoord nie. Hulle stel ook die vraag of lewering nie 'n "promise"¹⁵⁴ was in plaas van 'n "condition" nie. Ofskoon "condition" dikwels in die sin van 'n term gebruik word,¹⁵⁵ kan dit ook 'n beding wees waarvan 'n verbintenis afhang. Dan heet dit 'n "contingent condition."¹⁵⁶ In elk geval lyk Cheshire en Fifoot se standpunt dat dit 'n "promise" was nie korrek nie. Die getuienis was naamlik dat betaling soos volg sou geskied:¹⁵⁷ "We are ready to pay the instalments if you produce the log book."

Die saak word ook deur Feltham bespreek.¹⁵⁸ Hy meen dat lord Denning se uitspraak geïnterpreteer kan word as sou die *bestaan* van die kontraktuele verbintenis opgeskort wees. Volgens die skrywer is dit meer korrek om te sê dat die een party se verpligting opgeskort was hangende lewering van die logboek, maar dat die ander party ab initio gebonde was.

In *Trans Trust SPRL v Danubian Trading Co, Ltd*¹⁵⁹ het lord Denning die aard van 'n beding wat lui dat betaling van die koopprys afhanklik gemaak word van kredietfasiliteite, oorweeg. Die hof sê dit is (soms) 'n "condition precedent," en dat daar voor vervulling geen kontrak is nie. "If no credit is provided, there is no contract between the parties."¹⁶⁰ Daar word aan die hand gedoen dat hierdie vertolking nie heeltemal korrek is nie, want as die voorwaarde nie vervul word nie, kom die kontrak tot 'n einde terwyl daar intussen wel 'n kontrak bestaan het.

In sekere gevalle, volgens die hof, kom daar wel 'n kontrak tot stand, en so 'n beding ten opsigte van krediet is 'n wesentlike term ("essential term"). Die beding is in daardie gevalle 'n "condition precedent," nie wat kontraksluiting betref nie, maar wel ten aansien van die partye se verpligtinge.

¹⁵¹ a 1(4).

¹⁵² 1968 1 QB 680; 1967 2 All ER 810.

¹⁵³ *Law of Contract* (1976) deur Furmston 138.

¹⁵⁴ in ons terminologie sou dit 'n term wees.

¹⁵⁵ Guest *Anson's Law of Contract* (1969) 122.

¹⁵⁶ *ibid* 123. Daar sal aanstons verder op hierdie begrippe ingegaan word.

¹⁵⁷ 811.

¹⁵⁸ 1968 *Annual Survey of Commonwealth Law* 506.

¹⁵⁹ 1952 1 All ER 970.

¹⁶⁰ 976.

Oor die werking van 'n voorwaarde meld Cheshire en Fifoot die volgende:¹⁶¹

“[A] condition may operate, not to negative the very existence of a contract, but to suspend, until it is satisfied, some right or duty or consequence which would otherwise spring from the contract.”

'n Ander common law-skrywer laat hom nog sterker oor dié aspek uit:

“It is simply argued that in the absence of clear intention otherwise, the primary assumption should be that performance rather than obligation has been made conditional.”¹⁶²

Begripsverwarring is 'n wesenlike probleem in die Engelse reg. Na aanleiding van die Sale of Goods Act van 1893 (tans van 1979) word los en vas gepraat van “conditions” en “warranties.”¹⁶³ So maak Chitty byvoorbeeld die volgende onderskeidings: “Conditions” in die Engelse reg is wesenlike terme waarvan die verbreking tot 'n reg tot terugtrede aanleiding gee. “Warranties” is nie wesenlike terme nie – verbreking daarvan gee slegs 'n reg tot skadevergoeding.¹⁶⁴ Daarbenewens word nog onderskei tussen “promissory” en “contingent” voorwaardes.¹⁶⁵

Die effek van 'n “condition precedent” is om die regte en verpligtinge van die partye op te skort.¹⁶⁶ Hiervoor word op sekere gesag gesteun.¹⁶⁷ In een van hierdie sake, *Clarke v Watson*, was die feite soos volg: Die verweerders moes aan die eisers bedrae geld vir werkaanbesteding betaal sodra 'n landmetersertifikaat aan die eisers oorhandig is. Dit is nie gedoen nie. Die hof beslis dat die eisers van hulle kant af alles moet doen om die werk te voltooi. Die verweerders het egter geen verpligtinge totdat die sertifikaat gelewer is nie, solank hulle nie lewering verhoed nie. Dit blyk dat die hof van mening is dat daar wel reeds 'n geldige kontrak tot stand gekom het.¹⁶⁸

Volgens Treitel gaan dit in elke geval afhang van die beding in die kontrak en die uitleg wat daaraan gegee sal word.¹⁶⁹ Hy wys op verskillende moontlike interpretasies:

a Enige van die partye mag hulle voor vervulling van die voorwaarde aan die kontrak onttrek. Hy meen *Pym v Campbell*¹⁷⁰ kan nie anders uitgelê word nie. Hierdie standpunt is inderdaad korrek.

¹⁶¹ 137.

¹⁶² Davies 1977 *Canadian Bar Rev* 289 294. Davies skryf hier oor “conditional contracts” vir die koop van grond in Kanada.

¹⁶³ Cheshire en Fifoot 139; Major *The Law of Contract* (1974) 58.

¹⁶⁴ *Chitty on Contracts* bd 1 (1968) deur Guest par 595. Vgl ook Major 58; *Sutton & Shannon on Contracts* (1970) deur Diamond 333.

¹⁶⁵ Eg is (par 601) “an essential stipulation of the contract which one party guarantees is true or promises will be fulfilled,” m a w 'n term. Lg is 'n onsekere toekomstige gebeurtenis, m a w 'n voorwaarde.

¹⁶⁶ par 603. Chitty sê egter niks oor die totstandkoming van die kontrak nie.

¹⁶⁷ o a *Pym v Campbell* (1856) 6 E & B 370; *Worsley v Wood* (1796) 6 Term Rep 710, gerapporteer in ER (101) 785 KB; *Clarke v Watson* (1865) 18 CB (N 5) 278, gerapporteer in ER (144) 450.

¹⁶⁸ 453.

¹⁶⁹ *The Law of Contract* (1979) 47; vgl ook 580.

¹⁷⁰ supra vn167.

b Die hoofooreenkoms is nie bindend nie maar *een* van die partye mag hom nie onttrek nie. Hiervoor beroep hy hom op *Smith v Butler*.¹⁷¹ Sy afleiding uit dié saak is ietwat geforseerd as hy te kenne wil gee dat net een van die partye gebonde is. Daar word nêrens gesê dat een van die partye hom sonder gegronde rede kan onttrek nie.

c Die hoofooreenkoms is nie bindend nie, maar geeneen van die partye mag hom onttrek nie. Sy gesag hiervoor is *Mackay v Dick*.¹⁷²

Weer eens kan nie met Treitel se afleiding saamgestem word nie. Die partye is juis gebonde aan die ooreenkoms, onder andere om toe te sien dat die voorwaarde vervul word soos hy ook self aantoon in die vierde moontlikheid wat hy noem. As Treitel bedoel dat hulle nie gebonde is nie (in die sin dat hulle nie hoef te presteer nie) is hy korrek. Dan sien hy egter nie die verskil tussen 'n kontrak as verbintenisskeppende feit en die resulterende wederkerige regte en verpligtinge raak nie.

'n "Contingent condition" kan volgens Sutton en Shannon twee betekenisse hê:

"For instance A may agree to insure B's life if B pays a premium. B can pay or not if he chooses, but if he does not choose A is not bound: or A may agree with B to sell him goods on credit to be delivered by instalments on condition that B gives security for the price. If B does not give the security A is not bound. On the other hand, A may promise B to do something conditionally on C giving his consent or a ship arriving in port on a certain day. These are events wholly outside the control of the parties, and in the ordinary case, no contract arises if the condition remains unfulfilled."¹⁷³

Uit bostaande behoort dit duidelik te wees dat daar groot verwarring in die Engelse reg heers. In die besonder is dit te wyte aan 'n onwetenskaplike rondtrappery met basiese begrippe soos *voorwaardes*, *waarborge*, *terme*, *ensovoorts*. Wat van belang is, is dat die meeste skrywers meen dat 'n opskortende voorwaarde slegs die prestasieverpligting opskort en nie die kontrak ook nie. Aan die ander kant is daar ook beslissings wat 'n teenoorgestelde mening daarop nahou. In die regspraak word die probleem gerieflikerwys omseil deur nie met vaste beginsels te werk nie, maar tipieserwys elke kontrak kasuïsties uit te lê.

8 DIE NEDERLANDSE REG

8 1 Algemeen

Artikel 1289 van die BW definieer 'n voorwaardelike verbintenis as een wat afhanklik is van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis. Artikel 1299 definieer 'n opskortende voorwaarde maar is nie van veel hulp nie.¹⁷⁴

¹⁷¹ 1900 1 QB 694.

¹⁷² 1881 6 App Cas 251 (House of Lords).

¹⁷³ supra vn164 333.

¹⁷⁴ Soos Hofmann *Het Nederlands Verbintenissenrecht* deel I (1948) 130 sê: "De omschrijving is niet bepaald gelukkig te noem." Vgl ook 8e uitg (1959) 132 e v.

8 2 Standpunte van skrywers

Völlmar wys daarop dat daar 'n regsband tussen die partye bestaan vir solank as wat die voorwaarde moontlik vervul kan word.¹⁷⁵ Pitlo huldig 'n soortgelyke mening.¹⁷⁶ Asser behandel die aangeleentheid 'n bietjie meer volledig. Hy sê dat die regsraad van 'n verbintenis onder opskortende voorwaarde 'n vrugbare terrein vir stryd is. Sy gevolgtrekking is "dat de verbintenis ook reeds hangende de voorwaarde bestaat, zij het ook zonder volle werking."¹⁷⁷ Dieselfde mening word by Van Brakel aangetref.¹⁷⁸

Word daar meer spesifiek by die eiendomsvoorbehoud stilgestaan, dan blyk dit dat die menings uiteenloop. Van Dijk¹⁷⁹ kom na 'n deeglike ondersoek van die Romeinse reg tot die gevolgtrekking dat dié beding nie in daardie stelsel bestaan het nie, maar eers heelwat later ontstaan het. In die BW kom nie spesifiek bepalings voor oor die eiendomsvoorbehoud, soos wel die geval is in artikel 455 van die BGB nie.¹⁸⁰ Maar

"juist dit beding is volgens de wet differentia specifica, waardoor de huurkoop sichts als species het genus, 'koop en verkoop op afbetaling' 'demonstreert'."¹⁸¹

Die gevolg (eiendomsorgang) van die regshandeling (eiendomsoordrag) word, volgens hom, agterweë gehou deur van 'n *opskortende voorwaarde* gebruik te maak.¹⁸²

'n Kooporeenkoms met 'n beding dat eiendomsreg voorbehou word, is volgens Frank van eienaardige aard.¹⁸³ Die eienaardige karakter, volgens hom, is die gevolg van die eiendomsvoorbehoud.

"Eienaardig" is miskien 'n bietjie oordrewe wat die Nederlandse reg betref. Frank¹⁸⁴ verwys juis na twee Nederlandse beslissings wat van oudsher af die eiendomsvoorbehoud erken, naamlik *Schrader ca Leib*¹⁸⁵ en *Curator ca Electrostoorn*.¹⁸⁶ Die Nederlandse wetgewer het ook hiermee genoë geneem deur huurkoop as 'n koopkontrak met 'n eiendomsvoorbehoud te beskou.¹⁸⁷

¹⁷⁵ *Inleiding tot de Studie van Het Nederlands Burgerlijk Recht* (1964) 358.

¹⁷⁶ *Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 7e uitg (1978) deur Gerver 206.

¹⁷⁷ *Asser-Serie Verbintenissenrecht* deur Rutten bd 4(1) (1973) 143.

¹⁷⁸ *Leerboek van Het Nederlandse Verbintenissenrecht* deel I (1948) 288.

¹⁷⁹ *Geschiedenis, Aard en Werking van Het Eigendomsvoorbehoud* (proefskrif 1940) 33 37.

¹⁸⁰ 41.

¹⁸¹ 15.

¹⁸² 42.

¹⁸³ *De Overeenkomst van Huurkoop* 37.

¹⁸⁴ 38.

¹⁸⁵ Hoogen Raad 7 Februarie 1902 W 7720.

¹⁸⁶ Haagse Hof 26 Januarie 1922 W 10974.

¹⁸⁷ a 1576h van die BW.

Die mededelings van Van den Bergh¹⁸⁸ is van besondere belang en word gevolglik volledig aangehaal:

“Het beding van eigendomsvoorbehoud wordt thans als een opschortende termijn beschouwd, dus wel als een opschortend beding, maar niet als een opschortende voorwaarde; het bevat een tijdsbepaling betreffende eigendomsoverdracht. Deze stelling werd uitdrukkelijk bevestigd door het Hof van Cassatie in twee arresten van 9 februari 1933 . . .”

Hy wys dan ook daarop dat die oorwegende standpunt in Frankryk is dat die voorbehoud 'n opskortende voorwaarde is en dat sekere vastelandse skrywers dit onderskryf. Hierdie houding, meen hy, is alleen verdedigbaar indien al die verbintenisse aan 'n opskortende voorwaarde onderhewig is. Dit word egter nie beweer nie:

“Men houdt alleen voor dat de verbintenis om de eigendom over te dragen, word geconditioneerd door de uitvoering van de verbintenis om de prijs te betalen . . .¹⁸⁹ Doch de betaling van de prijs kan ook niet de opschortende voorwaarde zijn van de verbintenis om de eigendom over te dragen . . .¹⁹⁰ Zij kunnen wel de eigendomsoverdracht uitstellen tot na de betaling van de prijs, maar dan bedingen zij geen voorwaarde, maar bepalen zij enkel een termijn voor deze overdracht.”

Zevenbergen¹⁹¹ wys daarop dat die huurkoopkontrak van sy tyd,¹⁹² in watter vorm ook al gegiet, juridies een en dieselfde regsfiguur behels, te wete 'n koop met eiendomsvoorbehoud, sy dit nou in die vorm van huur en koop, bruikhuur en koop of koop met 'n beding van eiendomsvoorbehoud. Hy meen dat die BW nie anders uitgelê kan word as dat die eiendomsvoorbehoud 'n opskortende voorwaarde is nie.¹⁹³ Oor die werking daarvan laat hy hom soos volg uit:

“[D]e beteekenis der voorwaarde [ligt] daarin; dat zij de werking, het rechtsgevolg (en niet het bestaan), eener rechtshandeling afhankelijk stelt van een toekomstige en onzekere gebeurtenis.”¹⁹⁴

Dan vervolg hy verderaan:

“Indien men hieraan vasthoudt, zal men aan de huurkoopovereenkomst bezwaarlijk een voorwaardelijk karakter kunnen toekennen. Zif heeft immers aanstonds en zuiver werking: de huurkooper is onvoorwaardelijk verplicht tot betaling (zij het in termijnen), en de verkoper tot levering.”

Frank verklaar ook dat die reëling met betrekking tot die eiendomsreg geen voorwaarde is vir die totstandkoming van die kontrak nie, maar 'n “verplichting” waartoe die koper hom verbind.¹⁹⁵

Levy¹⁹⁶ gee die volgende voorbeeld:¹⁹⁷ A verhuur 'n skip aan B vir 12 jaar teen 308 gulden, welke bedrag jaarliks met 9 gulden *afneem* tot 209

¹⁸⁸ *Afbetalingsovereenkomsten* (1975) 20.

¹⁸⁹ 21.

¹⁹⁰ 22.

¹⁹¹ *Het Afbetalingscontract* 2e uitg (1938) 51.

¹⁹² daar moet onthou word dat hy in 1938 geskryf het.

¹⁹³ 89.

¹⁹⁴ 90.

¹⁹⁵ 3.

¹⁹⁶ 1906 Themis 506.

¹⁹⁷ 510.

na 12 jaar. Na dié tyd word die skip die eiendom van die huurder. Die vraag ontstaan nou na die aard van so 'n kontrak.

Levy ontken dat dit 'n koop onderhewig aan 'n opskortende voorwaarde is. Hy motiveer sy standpunt soos volg:¹⁹⁸

“Prijbetaling is nooit de voorwaarde maar CONSTITUTIEF ELEMENT eener koopovereenkomst [artikel 1493 BW]. Met voorwaardelike verbintenissen, als bedoeld in de artt. 1289 en volgende B.W., hebben wij hier niet te maken. Zoo ja, dan zou iedere koop voorwaardelijk zijn, daar by iederen koop de praestatie (levering der zaak) in zeker verband staat met, afhankelijk is van de contra-praestatie (prijsbetaling), en deze dus, in dien zin, als “voorwaarde” van gene is aan te merken. Slechts de afhankelijkstelling van de gansche overeenkomst (zaakslevering ter eenre, prijsbetaling ter andere zijde) van eene ‘toekomstige en onzekere gebeurtenis’ (art 1289 BW) buiten de constitutieve elementen der overeenkomst om, maakt een koop tot een voorwaar delijken koop.”¹⁹⁹

Nadat hy sekere ander konstruksies afgemaak het,²⁰⁰ kom hy tot die volgende geforseerde en kunsmatige gevolgtrekking:²⁰¹ daar is van die begin af 'n koop- en 'n huurkontrak. Albei is onvoorwaardelik. Die koper is nie aanvanklik huurder en plotseling koper by betaling van die laaste paalement nie. Nee, hy is van die begin af albei, in dié sin dat die gebied van die huur inkrimp namate dié van die koop uitbrei! Na verloop van 'n jaar besit hy dit vir een-twaalfde as eenaar, vir elf-twaalftes as huurder, en so verander die breukdele soos die termyn verloop.

Hierdie konstruksie is, om die minste daarvan te sê, oorspronklik. Dit blyk veral daaruit dat die periculum volgens hom ook breuksgewyse gedeel word. Die aksie vir verborge gebreke besit die koper of huurder darem van die begin af. Oor een aspek voel Levy baie sterk en dit is dat dit nie 'n kontrak sui generis is nie.²⁰²

In die Nederlandse reg is daar dus ook verskil van mening oor die vraag of die eiendomsvoorbehoud 'n opskortende voorwaarde daarstel, en of dit 'n opskortende termyn of bloot 'n term is. Oor een aspek is daar min of meer eenstemmigheid, te wete dat daar onmiddellik 'n koopkontrak tot stand kom, en dat slegs die werking van 'n deel van die prestasie opgeskort word.

9 DIE DUITSE REG

9 1 Algemeen

Volgens Graue²⁰³ het die eiendomsvoorbehoud algemene inslag in Duitsland gevind.²⁰⁴ So 'n beding is nie net toelaatbaar by 'n koopkontrak nie, maar word ook gereël deur artikel 455 van die BGB wat lui:²⁰⁵

“Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung

¹⁹⁸ 511.

¹⁹⁹ Die hoofletters en kursivering is Levy se eie.

²⁰⁰ 513 e v.

²⁰¹ 514 e v.

²⁰² 524.

²⁰³ *Der Eigentumsvorbehalt im Deutschen Recht* (1961) deel 1 12.

²⁰⁴ So 'n beding lui gewoonlik: “Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung Eigentum des Verkäufers.”

²⁰⁵ Teks uit Erman *Handkommentar Zum BGB* 5e uitg (1972).

des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritt von dem Verträge berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.”²⁰⁶

Hiervolgens is *eiendomsoordrag* onderhewig aan ’n opskortende voorwaarde.

9 2 Werking van die voorwaarde

Die begrip waarom dit hier draai is “Bedingung”. Volgens Cohn²⁰⁷ is die inhoud hiervan net so onduidelik as in die Engelse reg.²⁰⁸ Wanneer dit egter ter sprake kom in die BGB en ander wette, het dit ’n vaste betekenis, naamlik dat die werking van ’n verbintenis afhanklik gemaak word van ’n onsekere toekomstige gebeurtenis.

Artikel 158 van die BGB definieer voorwaardes. Erman gee die teks soos volg weer:²⁰⁹

“Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden (opskortende) Bedingung (voorwaarde) vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein.”²¹⁰

Hy verduidelik dan soos volg:²¹¹

“Das aufschiebend bedingt geschlossene Rechtsgeschäft ist ein bestehendes *gegenwärtiges Geschäft*; nur seine Rechtswirkung ist noch nicht eingetreten. Die Parteien sind an das Geschäft *gebunden* und können es nicht mehr einseitig lösen.”²¹²

Die strekking hiervan is duidelik: ’n transaksie wat onderhewig aan ’n opskortende voorwaarde gesluit is, bestaan reeds teenswoordig en is reeds aanwesig (*gegenwärtiges*); slegs sy regswerking het nog nie ingetree nie. Die partye is aan die kontrak gebonde en kan dit nie eensydig ontbind nie.²¹³

Hy wys verder daarop dat, na aanleiding van artikel 455, ’n koop onderhewig aan ’n eiendomsvoorbehoud ’n koop met opskortende voorwaarde is.²¹⁴

Schlegelberger skryf onder die opskrif “Eigentumsvorbehalt” die volgende:

“Der obligatorische Kaufvertrag selbst ist unbedingt geschlossen, daher geht die Gefahr auf den Käufer schon mit der Uebergabe über . . .”²¹⁵

²⁰⁶ Die artikel word soos volg deur Forrester *The German Civil Code* (1975) 72 vertaal: “If the seller of a movable has retained title until payment of the purchase price, it is to be presumed, in case of doubt, that the transfer of title takes place subject to the condition precedent of payment in full of the purchase price . . .”

²⁰⁷ *Manual of German Law 2e* uitg (1968) 85.

²⁰⁸ Sien ook Bauer en Peterson *Bibliographie des Deutschen Rechts (Bibliography of German Law)* (1964) 72.

²⁰⁹ 292.

²¹⁰ Die beklemtoning is myne.

²¹¹ 293.

²¹² Die beklemtoning is Erman s'n.

²¹³ Sien ook Larenz *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (1972) 418; l Schuster *The Principles of German Civil Law* (1907) 110 e v.

²¹⁴ 292 par 1.

²¹⁵ *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht* (1929) 796.

Met ander woorde, die verbintenisskeppende koopkontrak self word onvoorwaardelik gesluit en gevolglik gaan die risiko reeds by lewering op die koper oor.

Lambsdorff maak die volgende opmerking ten aansien van die vraag waar die risiko rus:²¹⁶

“. . . weil bei einem aufschiebend bedingten EV - Kauf²¹⁷ der Kaufvertrag selbst unbedingt ist, nur der Eigentumsübergang ist bedingt.”

Die koopkontrak self is onvoorwaardelik; slegs die eiendomsorgang is voorwaardelik.

Fikentscher²¹⁸ wys daarop dat die koop met 'n eiendomsvoorbehoud uiteraard onvoorwaardelik is, maar gekoppel aan 'n voorwaardelike eiendomsdrag.²¹⁹

Die Duitse kodifikasie beskou dus die eiendomsvoorbehoud as 'n opskortende voorwaarde. By die skrywers waarna verwys is, bestaan daar weinig twyfel dat die koopkontrak self onvoorwaardelik is.

10 SAMEVATTING

Hierbo is ingegaan op die aard van die koopkontrak met 'n eiendomsvoorbehoud. Die houe erken die voorbehoud as 'n geldige afspraak, maar sien dit as onversoenbaar met die aard van 'n koopkontrak. Dit skort die koopkontrak op en gevolglik is daar, so luid die beslissings, geen *koop* alvorens die voorwaarde (gewoonlik betaling van die laaste paaie-ment) vervul is nie. Enkele regterlike dicta het teen hierdie benadering geprotesteer. Andersins is dit egter as gevestigde reg aanvaar. Die aangeleentheid kan, in die lig van die toepassing van die presedenteleer, beswaarlik anders deur die houe hanteer word. Dit wil dus voorkom of dit op die weg van die appèlhof lê om finaal oor hierdie aangeleentheid uitsluitsel te gee.

Daar is hierbo gepoog om aan te toon dat die houe gefouteer het in hulle siening van die eiendomsvoorbehoud. Die houe se standpunt is hoofsaaklik te wyte aan die feit dat seker tekste verkeerd geïnterpreteer is. In 'n mate is dit verstaanbaar, want toe die vraag die eerste keer voor ons houe gedien het, het dié tipe kontrak nog in sy kinderskoene gestaan. Eiendomsvoorbehoud het toe nog selde voorgekom en inligting oor die huurkoopkontrak was maar skaars. Vandag het die situasie grondig verander, aangesien afbetalingskoopkontrakte met voorbehoud van eiendomsreg 'n kardinale element van die moderne leefwyse geword het.

²¹⁶ *Handbuch des Eigentumsvorbehalts im Deutschen und Ausländischen Recht* (1974) 60.

²¹⁷ EV = Eigentumsvorbehalt.

²¹⁸ *Schuldrecht* (1976) 406.

²¹⁹ “Das Wesen des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt ist also ein unbedingter Kauf, verbunden mit einer bedingten Übereignung.”

Moderne skrywers in sowel Suid-Afrika as oorsee is dit betreklik eens dat 'n mens hier van meet af aan met 'n koopkontrak te doen het. Die partye se bedoeling behels eenvoudig niks anders nie. Enige huurkoper sal verbaas wees om te verneem dat die kontrak wat hy gesluit het nie 'n koopkontrak is nie. Wat uit die oog verloor word, is dat slegs 'n enkele verpligting van die partye uitgestel word, naamlik die verpligting van die verkoper om die koper eienaar te maak. Intussen word die saak gelewer – met of sonder sekere waarborge – en gaan die koper voort met sy betalings. Dit is vandag ook geen ongewone verskynsel dat 'n koper vir 'n saak vooruitbetaal en dat die saak eers *later* aan hom gelewer word nie. Hier is oorgang van eiendomsreg ook uitgestel volgens die sakereg wat lewering vereis en gaan die eiendomsreg ook *na* kontraksluiting oor. Sover bekend het niemand nog beweer dat hierdie nie ab initio 'n koopkontrak is nie. Waar lewering van die saak plaasvind en betaling per tjek geskied, gaan eiendomsreg eers oor sodra die tjek gehonoreer word, tensy kredietverskaffing uit die feite blyk.²²⁰ Die feit dat eiendomsreg eers later oorgaan, staan nie in die weg van 'n koopkontrak nie. So kan talle voorbeelde van uitgestelde prestasies by koopkontrakte vermeld word. Dit bly steeds onduidelik hoekom 'n kontrak waar die partye hulleself nie net *koper* en *verkoper* noem nie, maar ook in dié hoedanighede optree en waar die kontrak al die kenmerke van 'n koopkontrak vertoon, iets anders moet wees as wat dit prima facie is. Dit is nog meer opvallend as in gedagte gehou word dat in die Suid-Afrikaanse reg, sinds die Romeinse reg, die verkoper onder geen verpligting staan om die koper eienaar te maak nie.²²¹

Afhangende van 'n mens se siening ten aansien van die werking van 'n opskortende voorwaarde, kan nog geargumenteer word dat dit die *totstandkoming* van die koopkontrak raak. Soos duidelik geblyk het, staan die meeste skrywers afkerig hiervan. Dit wil voorkom asof die aanvanklik gemelde standpunt van die howe ook foutief is ten aansien van die eiendomsvoorbehoud. Die meeste skrywers beskou laasgenoemde wel as 'n opskortende voorwaarde, maar dit lyk nie korrek nie. Soos ten oorfloed geblyk het, het 'n mens met 'n opskortende voorwaarde te doen waar die inwerkingtreding van 'n verbintenis – en nie die bestaan daarvan nie – afhanklik gestel word van 'n *onsekere toekomstige gebeurtenis*. Daar kan geargumenteer word dat betaling van die laaste paaielement 'n potestatiwew voorwaarde is.²²² Maar waarin is die onsekerheid van die toekomstige handeling geleë? Tog sekerlik nie in die feit dat dit in die

²²⁰ *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* 1956 3 SA 420 (A); *Nowell v Franzen* 1956 4 SA 35 (K); *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors (Warrenton)* 1973 3 SA 685 (A).

²²¹ Vgl bv *D* 19 1 30 1; 19 1 11 2; 18 1 25 1; 19 4 1; *Theron & Du Plessis v Schoombie* (1897) 14 SC 192; *Kleynhans Bros v Wessels' Trustee* 1927 AD 271; *Boland Bank Bpk v Joseph* 1977 2 SA 82 (D) 87.

²²² Vgl oor die potestatiwew voorwaarde De Wet en Yeats 4e uitg 133; De Villers a w 14 vn 6; Wessels par 1289; *MacDuff & Co Ltd v JCI Ltd* 1924 AD 573 588; Lee en Honoré *The South African Law of Obligations* 2e uitg (1978) deur Newman en McQuoid-Mason 30.

toekoms verrig word nie, want dan sou elke uitgestelde prestasie onderhewig wees aan 'n opskortende voorwaarde. Dit is wel so dat die koper se wil betrokke is by die betaling van die laaste paaïement. In werklikheid het hy egter geen keuse om die laaste paaïement te betaal of nie. Dit is deel van sy afspraak en vorm net soseer deel van sy prestasieverpligting as wat lewering deel van die verkoper se verpligtinge vorm. Dit is alles bedinge van die kontrak.

Die besondere meriete van die argument dat hier 'n onvoorwaardelike koop tot stand kom, is dat dit 'n eenvoudige konstruksie is en boonop slaan op die partye se bedoeling, hetsy subjektief, hetsy objektief – en die bedoeling lê tog die kontraktereg ten grondslag!

□

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appellatum: nom, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi (Those who apply themselves to the study of law should know, in the first place, from whence the science is derived. The law obtains its name from justice; for (as Celsus elegantly says), law is the art of knowing what is good and just — Scott's translation). D I I I

Aantekeninge

NOODTOESTAND: DIE REGVERDIGINGSGROND EN DIE SKULDUITSLUITINGSGROND*

Regsvergelijkende studies laat min twyfel dat twee soorte noodtoestand wat strafregtelike aanspreeklikheid uitsluit, vroeër of later in die meeste regstelsels erken sal word: 'n regverdigingsgrond ("justification") en 'n skulduitsluitings- of verskoningsgrond ("excuse"). Dit sal gerieflik wees om hulle ook objektiewe en subjektiewe noodtoestand te noem, met dien verstande dat vermeende of putatiewe noodtoestand nie daarby ingesluit is nie. Putatiewe noodtoestand is nie 'n noodtoestand nie, maar 'n geval van dwaling, dit wil sê 'n onjuiste geloof in omstandighede wat of objektiewe of subjektiewe noodtoestand sou daarstel.

In verskeie lande het die twee soorte noodtoestand as afsonderlike strafuitsluitingsgronde nog nie ten volle ontplooi nie, maar ek het geen regstelsel gevind waar die onderskeiding nie reeds sigbaar is nie. Die standpunt dat noodtoestand hier te lande in die eerste plek as 'n regverdigingsgrond aanvaar word, maar ook 'n skulduitsluitingsgrond kan wees, word tans deur ten minste een skrywer ingeneem, naamlik Van der Westhuizen in sy besonder verdienstelike ongepubliseerde proefskrif *Noodtoestand as 'n Regverdigingsgrond in die Strafbereg* (Pretoria (1979), hieronder na verwys as *Noodtoestand*). Behalwe in die proefskrif (349 e v 396 615) stel hy dit in 1981 *De Jure* 182 184 en 1981 (Mei) *Codicillus* 21 35.

Objektiewe en subjektiewe noodtoestand het gemeen dat dit nie vis absoluta omvat nie. Steeds maak die dader 'n keuse. Hy besluit op 'n prima facie verbode handeling wat nodig is om 'n gevaar van 'n regsbelang af te weer. Ek beklemtoon *nodig*: verskeie vereistes vir 'n noodtoestandshandeling kan daarvan afgelei word. Die "délit nécessaire," soos dit in Frans soms genoem word, sluit nie onnodige handeling of die veroorsaking van onnodige skade in nie. Elke noodtoestand behels 'n botsing van belange, indien "belange" in 'n breë sin verstaan word (vgl Strauss 1970 *SALJ* 483); die verbode handeling kan 'n malum in se of 'n blote malum prohibitum wees (sien my intreerede *The Essence of Mens Rea* (Universiteit van die Noorde (1974)) 12; 1974 *Acta Juridica* 34 42).

Die groot verskil tussen objektiewe en subjektiewe noodtoestand is in hulle rationes of regsgronde geleë, en dáárvan hang die besondere vereistes en die trefwydte van elkeen van die twee "verwere" af.

* Vir navorsing in die buiteland oor hierdie onderwerp het die Getrouheidswaarborgfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers 'n beuis beskikbaar gestel waarvoor ek nog eens my opregte dank betuig.

Regverdigende of objektiewe noodtoestand

In 'n konfliktsituasie waar 'n benadeling van òf die een òf die ander regsbelang nie vermy kan word nie, moet die strafreg dié uitweg goedkeur wat objektief wensliker as die ander is. Die wenslikheid van 'n gedraging moet dan bepaal word deur 'n objektiewe afweging van die betrokke belange, hulle beskermingswaardigheid en die gevare waardeur hulle bedreig word. Die dader handel regmatig as hy dié keuse maak wat in die lig van al die omstandighede op die geringste kwaad neerkom ("choice of the lesser evil"). Of die keuse vir die dader self voordele of nadele inhou, is nie ter sake nie. Sy eie belange hoef nie eers op die spel te wees nie.

Soos Cicero reeds gesê het, is die primêre lewensreël dat elkeen sy eie nood moet dra. 'n Mens is geneig om hierdie wysheid uit die oog te verloor en by 'n verkeerde proporsionaliteitsvereiste te beland indien daar geen onderskeid tussen regverdigende en skulduitsluitende noodtoestand gemaak word nie. Soos De Wet en Swanepoel 3e uitg 89 dit stel, "word gewoonlik vereis dat die opgeofferde belang nie groter moet wees as die belang wat gered staan te word nie." Ewewigtigheid van die botsende belange sou dus voldoende wees om in 'n noodsituasie 'n andersins verbode handeling te regverdig. As daarmee bedoel word dat X, om 'n verlies van R1 000 te vermy, 'n prima facie misdaad mag pleeg wat vir Y 'n verlies van R1 000 veroorsaak, kan dit nie onderskryf word nie. Y sou dan ewe geregtig wees om die nadeel op Z af te laai of na X terug te skuive, en die gevolg sou 'n bellum omnium contra omnes wees – nie 'n regsorde nie (Hazewinkel-Suringa 1948 *Tijdschrift voor Strafrecht* 141 150 181 e v). Die pleeg van 'n prima facie misdaad is op sigself 'n "negatiewe waarde" wat saamgeweeg moet word (Gordon *The Criminal Law of Scotland* 2e uitg 418). Ook kan die feit dat daar inbreuk op die benadeelde se regte, selfbeskikking of outonomie gemaak word, baie gewigtiger as die materiële skade wees (Lenckner *Der Rechtfertigende Notstand* (1965) 26 e v 128). Om al hierdie redes is 'n noodtoestandshandeling nie regmatig nie tensy "het gespaarde goed het geschondene verre overtreft" (Hazewinkel-Suringa a w 187; vgl Blei *Strafrecht I Allgemeiner Teil* 17e uitg 150 e v).

Wanneer dit om wederregtelikheid gaan, moet dus gewaak word teen die begryplike neiging om 'n noodtoestand eensydig uit die oogpunt van die dader te betrag. Veral waar belange van 'n ander persoon aangetas word, moet op billikheid na altwee kante gelet word. Die dreigende euwel moet só groot wees dat van die benadeelde verwag en verlang kan word om die optrede te verduur en sy belang op te offer. Dan eers is die noodtoestandshandeling regmatig, en dan kan dit nie regmatig afgeweer word nie (Fletcher *Rethinking Criminal Law* 1978 760 e v), nòg in noodweer nòg – soos sommige skrywers meen – in regverdigende noodtoestand. So 'n "Etikettenschwindel" sou op 'n omseiling van die noodweerreëls neerkom en die hele belange-opweging sinloos maak. Gestel iemand in my buurman se huis moet weens 'n hartaanval onmiddellik hospitaal toe geneem word, en op dié oomblik is my motor die enigste beskikbare

vervoermiddel. Dit is dan my *plig* om die gebruik van die motor tydelik af te staan. My buurman mag dit desnoods teen my wil wegneem, en my afweerhandeling sou wederregtelik wees, ongeag of ek my nou op noodweer of noodtoestand wil beroep. Slegs 'n verweer van putatiewe noodtoestand of, in uitsonderlike gevalle, subjektiewe noodtoestand sal vir die benadeelde moontlik beskikbaar wees.

Die opweging van botsende belange lyk soms moeilik, veral waar hulle ongelyksoortig is. Al was daar 'n omvattende waardeskaal ten opsigte van alle denkbare regsgoedere, sou dit alleen nie deurslaggewend kan wees nie omdat ander faktore soos die graad van waarskynlikheid van 'n nadeel ook 'n rol speel (Blei a w 148 ev). Nietemin kan dikwels 'n eerste leidraad (met allerlei vraagtekens – sien Lenckner a w 157 ev) gevind word in die waardeskaal wat die strafreg self beskikbaar stel deur die gradering van strawwe wat vir die skending van verskillende regsgoedere regtens voorgeskryf is of in die praktyk gewoonlik opgelê word. Waar vrugafdrywing ligter as moord gestraf word, is dit byvoorbeeld duidelik dat die regsgoed “wordende lewe” minder gewig as die regsgoed “lewe van 'n mens” dra.

Om te sê dat regsgoedere van die staat of van die gemeenskap steeds swaarder weeg as dié van die enkeling sou net so verkeerd wees soos die teenoorgestelde. Die verskillende stelling wat Van Wyk binne die spasie van 'n halwe bladsy (1981 *THRHR* 75) maak, getuig van begripsverwarring. Onder meer verkondig hy:

“In die staafreg is dit nie die privaatbelang, soos verteenwoordig deur regsgoedere, wat vooropgestel word nie, maar wel die algemene belang.”

Wat die skrywer onder regsgoed verstaan, is 'n raaisel. Soms skyn hy dit vir 'n begrip aan te sien wat in die strafreg nie eers tuishoort nie (sien ook a w 76). Aan belange van die staat en die gemeenskap wil hy nie die rang van regsgoedere toeken nie, en tog plaas hy hulle bo die regsgoedere van die enkeling. Met Van der Merwe stem hy saam dat dit by moord en poging tot moord nie om dieselfde regsgoed gaan nie (?!), en ook dat “die aantasting van 'n regsgoed . . . hoogstens substraat [kan] wees van die gemeenskapskadefike van 'n handeling.” By poging tot vrugafdrywing sien hy egter die betrokke regsgoed in die konkrete handelingsobjek, met die gevolg dat waar die spesifieke foetus reeds dood is, “die regsgoed . . . nie eers meer bestaan nie.” Wat doen 'n mens nou met 'n dooie substraat?

Die standpunt wat Van der Vyver juis in verband met noodtoestand inneem, is daarenteen besonder helder:

“When . . . the interests of a subject have to be weighed against those of the community, the *salus reipublicae* must clearly yield to the exigencies of a palpable emergency affecting the former interests” (1981 *SALJ* 135 140).

Uit verband geruk, gaan hierdie veralgemening seker te ver. In 'n noodsituasie waar, sê, 'n staat se sensitiefste militêre geheime of die land se kragvoorsiening deur 'n ernstige gevaar bedreig word, kan dit wel regverdigbaar wees om die een of ander belang van 'n onskuldige individu op te offer. Aan die ander kant weeg die enkeling se regsgoedere wat deur

misdade mala in se aangetas word (*The Essence of Mens Rea* a w vne 43 46 47), in die meeste gevalle swaarder as die staat se belang by die naking van wetteregtelike voorskrifte wat net mala prohibita skeep (*Pretorius* 1975 2 SA 85 (SWA)), en in dié sin kan Van der Vyver gelyk gegee word. Origens verg juis die algemene belang dat die individu deur die strafreg beskerm word omdat die alternatief eierigting deur die benadeelde sou wees, terwyl omgekeerd 'n misdaad teen die staat of die gemeenskap die belange van tallose individue regstreeks of onregstreeks kan aantast. Per slot van rekening moet die beskermingswaardigheid van botsende belange, hetsy privaat of algemeen, steeds in concreto met die oog op die spesifieke noodsituasie bepaal word.

Doodslag

Die groot strydvraag of doodslag in noodtoestand ooit regverdigbaar is, wil ek nie hier in beginsel bespreek nie. Van der Westhuizen wy in sy proefskrif (617 ev) 80 bladsye aan dié probleem en geraak in 'n prikkelende bespreking tot 'n oorspronklike stellingname. Ek hoop sy belangrikste argumente en gevolgtrekkings sal binnekort in die een of ander vorm gepubliseer word. Denkbeeldige gevalle waar honderde of duisende mense gered kan word deur een lewe op te offer, wil ek intussen buite rekening laat. Daar sal nie kant gekies word vir of teen die opvatting dat die lewe 'n absolute waarde en die verbod op doodslag 'n absolute verbod is wat selfs by 'n groot "net saving of lives" geen uitsondering toelaat nie.

In die praktyk kry die houe dikwels met gevalle te doen waar die beskuldigdes beweer dat hulle deur rowers, bandiete of terroriste gedwing is om 'n doodslag te pleeg of daaraan deel te neem (bv *Hercules* 1954 3 SA 826 (A); *Bradbury* 1967 1 SA 387 (A); *Goliath* 1972 3 SA 1 (A); *Peterson* 1980 1 SA 938 (A); *Mongesi* 1981 3 SA 204 (A); *Lynch v DPP Northern Ireland* 1975 1 All ER 913 (HL); *Abbott v The Queen* 63 Crim App R241 (1976) PC). In gevalle van hierdie aard lewer die wederregtelikheidstoets nie juis probleme op nie. Wanneer vasgestel is dat daar werklik 'n noodtoestand was en dat die beskuldigde nie meer gedoen het as wat nodig was om homself te red nie, sal net gevra moet word: Was die daad in die omstandighede objektief die geringste euwel? Was die doodslag billik teenoor die onskuldige slagoffer? Kon van die oorledene verwag word om dit te verduur, sonder die moontlikheid van regmatige afweer? Aangesien bevestigende antwoorde op hierdie vrae nouliks denkbaar is, sal vervolgens bepaal moet word of aan die betrokke regstelsel se vereistes vir skuldsluitende noodtoestand voldoen is. Tereg sê Van der Westhuizen in die laaste sin van sy proefskrif (*Noodtoestand* 696):

"'n Dader wat die botsende belange verkeerd afweeg en wederregtelik optree, is nie noodwendig aanspreeklik nie, omdat skuld moontlik ontbreek."

Skuldsluitende of subjektiewe noodtoestand

'n Subjektiewe noodtoestand kan voorhande wees waar die dader wederregtelik optree ter afwending van 'n ernstige gevaar waardeur hy persoonlik geraak word. In sy nood maak hy 'n keuse wat nie objektief nie, maar subjektief vir homself op die geringste kwaad neerkom.

Een vorm van subjektiewe noodtoestand is dwang ("compulsion," "duress," "coercion;" a 52 van die Duitse straffkode van 1871): iemand dwing die dader deur middel van dreigemente om die prima facie misdaad te pleeg. 'n Ander vorm is dwang deur omstandighede ("compulsion by circumstances," die "nuwe" verweer voorgestel deur Glanville Williams *Textbook of Criminal Law* (1978) 563; artikel 54 van die Duitse straffkode van 1871). Daar is tallose denkbare situasies, daaronder Karneades se bekende voorbeeld van die twee drenkelinge, A en B, wat aan een plank vasklou. Omdat die plank net een persoon kan dra, stoot A vir B af, en B verdrink. Begripmatig omvat subjektiewe noodtoestand dus dwang deur mense plus dwang deur omstandighede min alle gevalle waar wederregtelikheid uitgesluit is.

In verband met subjektiewe noodtoestand word 'n groot verskeidenheid gronde vir straffeloosheid aangevoer. Daar word gesê dat dit 'n toegewing aan humana fragilitas, menslike swakheid, is. Die effek van vrees vir ernstige besering of dood op die dader se gemoedstoestand word beklemtoon, of die vermindering of afwesigheid van wilsvryheid, of die onweerstandbaarheid van die oorlewingsdrang en die billiking van die motiewe wat daaruit voortspruit. Van 'n mens in uiterste nood, so word verder betoog, kan die reg geen heroïsme verlang nie; dit is verskoonbaar as iemand aan sy eie lyf en lewe (of die van sy naasbestaande) meer waarde heg as aan die van 'n ander; straf kan nie in sy afskrikingsdoel slaag waar die dader moet kies tussen 'n gewisse, onmiddellike dood aan die een kant en die onsekere uitslag van 'n moontlike hofspraak in 'n later stadium aan die ander kant nie. (Vir verdere oorwegings sien om Fletcher a w 798 e v; Hazewinkel-Suringa a w 173 e v.)

Die vereistes wat met die oog op een of meer van hierdie redes in verskillende regstels gestel word, varieer aansienlik, veral ten opsigte van die graad van individualisasie. Een toets is byvoorbeeld of daar van die spesifieke beskuldigde verwag kon word om die druk te weerstaan waaraan hy in die spesifieke situasie blootgestel was. 'n Ander toets is of die deursnee- of redelike mens in die plek van die beskuldigde dit sou gedoen het. In sommige lande hang die skuldverwyting daarvan af of die dader in werklike (of redelike) vrees vir ernstige beserings of die dood opgetree het. Vroeëre kodes het die vermoede gebruik dat die druk onweerstandbaar is in geval van 'n bedreiging van liggaam of lewe van die dader of sekere persone wie se verwantskaps- of ander betrekkings tot die dader presies omskryf is – 'n hoogs objektiewe toets vir die subjektiewe laakbaarheid al dan nie van 'n mens se wilsvorming.

Aangesien subjektiewe noodtoestand reeds veronderstel dat die beskuldigde nie die objektief geringste kwaad gekies het nie, tree belangopwekking op die agtergrond. Die opgeofferde belang mag ewe groot of nog groter wees as die beskermde een, hoewel nie heeltemal buite verhouding nie.

Strafuitsluitingsgronde wat op subjektiewe noodtoestand neerkom, is en word dikwels onder skulduitsluitingsgronde gerangskik, veral in sisteme wat 'n normatiewe begrip van skuld in die sin van verwytbaarheid

aanvaar het. So 'n skuldbegrip is vroeg in die eeu veral deur Frank (*Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907)), Goldschmidt ("Der Notstand, ein Schuldproblem" 1913 *Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht* 129) en Freudenthal (*Schuld und Vorwurf* (1922)) ontwikkel: Al handel 'n toerekeningsvatbare dader wederregtelik, met opset en wederregtelikheidsbewussyn, kan skuld in die sin van verwytbaarheid nog afwesig wees indien weens 'n buitengewone situasie regmatige optrede "unzumutbar" is, dws nie verwag kan word nie. (Vgl Snyman 1981 *De Jure* 68 75; let egter daarop dat die normatiewe skuldbegrip ontwikkel is lank voor daar van 'n "finale Handlungslehre" sprake was.) Die huidige opvatting is eerder dat skuld nie heeltemal "uitgesluit" nie, maar so verminder is dat dit nie meer die drumpel van strafwaardigheid bereik nie. Dit beteken dat die strafregtelike skuldverwyt wegval omdat die daad *verskoon* word. Vandaar die huidige Duitse terminologie: "entschuldigender Notstand" (a 35 van die nuwe Duitse strafbode) is een van die "Entschuldigungsgründe" (Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts* 3e uitg 384 e.v). In Suid-Afrika sou die term "verskoningsgrond" as 'n alternatief vir "skulduitsluitingsgrond" oorweeg kan word, saam met die Engelse ekwivalent "excuse" wat in die common law-lande reeds gebruiklik is. Waar opset juis nie uitgesluit is nie, gee "excuse" beslis minder aanstoot as "ground excluding mens rea."

Suid-Afrika die uitsondering?

Logies kom regverdigende vóór subjektiewe noodtoestand. Of verwytbaarheid uitgesluit is, behoort nie eers oorweeg te word voordat wederregtelikheid vasstaan nie. Om verstaanbare redes waaroor ek nie hier wil uitwei nie, verloop die ontwikkeling histories egter omgekeerd. In alle regstelsels wat ek in oënskou geneem het, is subjektiewe noodtoestand in die een of ander vorm reeds erken voordat 'n leerstuk van objektiewe noodtoestand gestalte aangeneem het. So het byvoorbeeld in Frankryk, België en Nederland die objektiewe "état de nécessité" of "noodtoestand" later ontstaan as die subjektiewe "contrainte morale" of "overmacht," wat meer regstreeks op bepalinge van die strafbodes gebaseer is. In die Nederlandse reg is die regverdigingsgrond se "emansipasie" van die skulduitsluitingsgrond selfs nou nog nie voltooi nie. Van Bemmelen (*Ons Strafrecht* I 5e uitg 205 e.v) onderskei "overmacht in gevallen waarbij van iemand niet gevergd kon worden, dat hij anders handelde dan hij deed" en waar dus "schuld in de zin van verwijtbaarheid" ontbreek, van die "rechtvaardigingsgrond" van "overmacht in de zin van noodtoestand in de gevallen, waarbij het zwaarstwegende belang of de zwaarstellende plicht is behartigd." Die regverdigingsgrond dra dus nog steeds die familienaam van die skulduitsluitingsgrond!

Die Duitse strafbode van 1871 het strafopheffing voorgeskryf in geval van dwang (a 52 StGB) en dwang deur omstandighede (a 54 StGB). Ondanks die feit dat dit by altwee strafuitsluitingsgronde slegs om beskerming van die dader of sy naasbestaendes gegaan het, is hulle

subjektiewe karakter oorspronklik nie algemeen besef nie. (Von Hippel het hulle nog in 1932 as regverdigingsgronde beskou, en Welzel het sy sienswyse eers in 1949 gewysig.) As regverdigingsgronde vir die aantasting van goed is “Verteidigungsnotstand” en “Angriffsnotstand” (a 228 en 904 BGB) in 1900 erken, en in 1927 het die hoogste hof sy seën aan die omvattende objektiewe “übergesetzlicher Notstand” gegee (RG 61 242). Uiteindelik is “rechtfertigender Notstand” op die wetboek geplaas (a 34 van die nuwe StGB wat in 1975 in werking getree het).

In die common law-wêreld word “necessity” (“choice of evils,” “avoidance of greater harm”) selfs nou nog nie orals as ’n algemene materieelregtelike verweer erken nie, terwyl die verweer van dwang ten opsigte van die meeste misdade reeds lankal toegelaat is.

Dit kom voor asof Suid-Afrika die enigste uitsondering is. Hier word noodtoestand al geruime tyd as ’n regverdigingsgrond beskou, terwyl dit as ’n skulduitsluitingsgrond skynbaar nog nie erken word nie. Feit is egter dat regverdigende noodtoestand as ’n dogmatiese begrip eers in 1949 deur De Wet en Swanepoel se eerste uitgawe van *Strafreg* uit Europa in die Suid-Afrikaanse regsletteratuur ingevoer is (moontlik in navolging van Bodenstern en Van Zyl Steyn se voorlesings aan die Universiteit van Stellenbosch). Kategorieë het De Wet verklaar:

“Mens het hier met ’n regverdigingsgrond te doen, en nie met ’n skulduitsluitingsgrond nie. Dit is die *nood* waarin die dader verkeer, wat sy handeling regverdig, nie sy *vrees* nie” (46; 2e uitg 77; effens minder kategorieë 3e uitg 87 (e v).

Daarna het ander skrywers soortgelyke opvattinge aanvaar, onder meer Price (“The Right of Necessity” 1954 *Butterworth’s SA Law Review* 15 e v), Burchell en Hunt (*South African Criminal Law and Procedure* I 283 291 e v), Paley (“Compulsion: Fear and Doctrine of Necessity” 1971 *Acta Juridica* 205 e v) en Van der Merwe en Olivier (*Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 4e uitg 84 e v).

Behalwe in *Goliath* (infra) het Suid-Afrikaanse houe maar selde die vraag behandel welke misdadselement deur noodtoestand uitgesluit word, maar in enkele uitsprake is wel *expressis verbis* die standpunt ingeneem dat dit wederregtelikheid is of kan wees: *Rabodila* 1974 3 SA 324 (O), *Pretorius* 1975 2 SA 85 (SWA) en veral *Adams, Werner* 1981 1 SA 187 (A) waar hoofregter Rumpff die beroep op noodtoestand as ’n beroep op regmatigheid van die daad oorweeg het (220).

Tog is daar – en was daar in 1949 – in die Suid-Afrikaanse regspraak eintlik meer gesag vir die erkenning van subjektiewe as van objektiewe noodtoestand. Keer op keer het die houe die klem op subjektiewe gronde en vereistes vir strafopheffing laat val, en veral op die element van vrees wat volgens bogenoemde skrywers nie ter sake is nie. Voorbeelde is *Vermaak* [1900] 21 NLR 204 211 (“compulsion must be continuous, and such as to produce a reasonable and substantial fear of immediate death or serious bodily harm”); *Garnsworthy* 1923 WLD 17 21; *Baxter* 1929 EDL 189; *Mahomed* 1938 AD 30 36 40; *Hercules* 1954 3 SA 826 (A) 828; *Chipesa* 1964 4 SA 472 (SRAD) 476G (“it is the ‘reasonable fear’ created by the threat, not the threat itself, which must be looked at”); *Damascus* 1965

4 SA 598 (SR); *Goliath* 1972 3 SA 1 (A) (sien infra) en *M* 1976 1 SA 807 (RAD). By die meeste van hierdie gewysdes, maar nie by *Mahomed* nie, gaan dit om dwang.

Soos omskryf deur sir James Stephen, maar met belangrike beperkinge, is die verweer van dwang deur artikel 29 van die Native Territories' Penal Code van 1886 erken. Gardiner en Lansdown het ook in hulle laaste uitgawe, dié van 1957 (*South African Criminal Law and Procedure* I 6e uitg 108 e v), nog aan "compulsion" as 'n afsonderlike verweer vasgehou, die vereiste van vrees beklemtoon en 'n suiwer subjektiewe rede vir straffeloosheid gegee: Waar 'n misdaad as gevolg van dwang "unwillingly" gepleeg word, "there may from the mind of the person committing it be a considerable, if not entire, absence of moral guilt."

De Wet en Swanepoel was talle regstelsels vooruit deur te besef dat 'n dogmatiese skeidslyn nie tussen noodtoestand en dwang getrek moet word nie. Ongelukkig het hulle egter die kind met die badwater weggegooi. Toe hulle die verweer van dwang sonder meer afgeskryf en noodtoestand slegs as 'n regverdigingsgrond laat voortbestaan het, het daar 'n ernstige leemte ontstaan. As feitlike situasie het dwang 'n realiteit gebly, en in die meeste gevalle voldoen dit nie aan die ware vereistes van die regverdigingsgrond nie omdat die dader se eie redding so selde met die objektief geringste kwaad ooreenkom.

Goliath

Met 'n tipiese geval van doodslag onder dwang het die appèlhof in *Goliath* (supra) te doen gekry.

Goliath is in die verhoorhof onskuldig aan moord bevind omdat hy "onder dwang en vrees vir sy eie lewe" gehandel het (8C 9B). Aan die appèlhof is toe die regsrae voorgelê of dwang ooit 'n volkome verweer op 'n aanklag van moord kan wees en of dit in casu die optrede van die beskuldigde kon "regverdig."

Wat die kernvraag betref, het appèlregter Wessels in sy minderheidsuitspraak die knoop deurgehak. Hy vind dit wenslik om "bedoelde verweer in bepaalde omstandighede ook by doodslag erkenning te verleen" (34G) – nie as 'n regverdigingsgrond nie, maar as 'n skuldsluitingsgrond (36H–37). Indien die noodgedwonge handeling, wat die regsbelange van 'n onskuldige persoon aantas, regmatig was, sou noodweer daarteen nie geoorloof wees nie, en daar is "geen genoegsame rede waarom die plig tot self-opoffering . . . aan oorledene . . . opgedra behoort te word nie." Noodweer teen 'n wederregtelike, maar skuldlose aanval is egter geoorloof (29G–30). Die regspraak het noodtoestand alreeds as 'n skuldsluitingsgrond werking gegee (35H), byvoorbeeld in *Mahomed* en *Hercules*. In *Hercules* 1954 3 SA 826 (A) 829 832 is die beskuldigde se daad op grond van dwang as minder verwytbaar beoordeel; vanweë "a certain amount of coercion" was sy opset "not entirely but to some extent excusable." Vandaar die afleiding dat in 'n hoër mate van dwang die opset "geheel en al verskoonbaar" kan wees (*Goliath* 37C–D).

Wat appèlregter Wessels se skuldbegrip betref, gaan dit vir hom nie bloot om “die meganiese doelgerigtheid waarmee die dader gehandel het nie,” maar om “die laakbare gesindheid . . . wat sy doelgerigte handeling aankleef” (35C).

Dit is interessant waarom De Wet appèlregter Wessels se standpunt onaanvaarbaar vind. “Opset,” skryf hy, “is begripmatig ’n laakbare gesindheid. Daar kan dus nie so iets wees soos *verskoonbare opset* . . . nie” (*Strafreg* 3e uitg 87 e v). Dit blyk dat De Wet nog steeds aan die ou psigologiese skuldbegrip vashou, terwyl die appèlregter duidelik in die rigting van ’n normatiewe skuldbegrip beweeg.

Appèlregter Rumpff het die meerderheidsuitspraak gelewer waarmee hoofregter Ogilvie Thompson asook appèlregters Jansen en Trollip saamgestem het. Hy beslis dat, afhangende van omstandighede, dwang op ’n aanklag van moord wel as ’n volkome verweer kan geld, maar hy weerhou hom daarvan om die vraag te beantwoord welke element van die misdaad, wederregtelikheid of skuld, uitgesluit is (11B 25H).

In die uitspraak is daar ’n betekenisvolle teenstrydigheid. Die appèlregter wil die handeling van die beskuldigde “volgens objektiewe standaarde” beoordeel (25B) en verklaar:

“Uit die aard van die saak moet die Hof volgens die konkrete feite wat bewys is, die belange wat gedien word deur die pleeg van die daad en die belange wat deur die pleeg van die daad geskaad word teen mekaar opweeg” (22F).

Dit lyk egter of so ’n opweging van die wedersydse belange nooit plaasvind nie. Die vrae wat daarmee verband hou, word in die uitspraak nie eers aangestip nie. Vermoedelik was dit vir die hof alte duidelik dat die belang van die dader nie beskermingswaardiger kon wees as die van die onskuldige slagoffer nie. Die beslissing berus nie op beskerming van die groter belang nie, maar slegs op subjektiewe redes wat ook in ander lande vir subjektiewe noodtoestand aangevoer word: Waar die bedreigde geen voldoende wilsvryheid meer het nie, mag die strafreg nie die hoogste etiese vereiste aan hom stel nie; van die gewone mens kan geen heroïsme verlang word nie, en sy eie lewe is vir hom belangriker as die lewe van ’n ander.

“In die eenvoudige geval waar A B dood net om sy eie lewe te red, sou . . . die dwang so sterk moet wees . . . dat die redelike mens dit in die besondere omstandighede nie sou kon weerstaan nie” (25).

So ’n toets wat nie eers na die belange van die benadeelde verwys nie, kan nie die element van wederregtelikheid raak nie. Dit slaan op die laakbaarheid of verwytbaarheid al dan nie van die bedreigde se wilsvorming. Ook vir Van der Westhuizen (*Noodtoestand* 368 680) wil dit voorkom “asof noodtoestand in *Goliath* se geval skuld uitgesluit het.” In die lig van altwee uitsprake, die van appèlregter Rumpff en die van appèlregter Wessels, is *Goliath* inderdaad oortuigende gesag vir die erkenning van subjektiewe noodtoestand, hetsy as skulduitsluitingsgrond of as ’n verskoningsgrond.

Die "redelikheidstoets"

Aangesien die regsgronde van regverdigende en subjektiewe noodtoestand so radikaal verskil, sal dit ook in die praktyk gewoonlik nie alte moeilik wees om die grens tussen die twee "verwere" te trek nie. Al die regte kriteria kan van daardie regsgronde afgelei word. Aan die ander kant is dit duidelik dat die "redelikheidstoets" of "onregmatigheidskriterium" van onredelikheid, soos Van der Merwe en Olivier (a w 84 e v; sien ook Van Wyk 1981 *THRHR* 76) dit voorstaan, nie van nut sal wees nie omdat dit vir die fyn juridiese onderskeid tussen wederregtelikheid en skuld blind is. Juis in verband met *Goliath* is genoemde skrywers dan ook deur hulle eie redelikheidstoets op 'n dwaalspoor gelei. Klaarblyklik aanvaar hulle dat noodtoestand in hierdie geval wederregtelikheid uitgesluit het. Hulle meen

"dat die resultaat wat hier deur die appèlhof bereik is, korrek is, omdat opoffering van een lewe ten einde 'n ander te red, nie sonder meer as objektief onredelik aangemerkt kan word nie, selfs nie waar die doodslaner se lewe die behoue een is nie" (a w 89).

Dit kom inderdaad nie onredelik voor as iemand 'n ander se dood bo sy eie dood verkies nie. Om daarvan af te lei dat *Goliath* regmatig opgetree het, is egter onhoudbaar.

Die bedoeling om die gevaar af te wend

X skiet Y se hond omdat hy vir Y kwaad is. Later blyk dit dat die dier hondsdelheid onder lede gehad het en dat X 'n groot gevaar van Y en ander mense afgewend het. Kan X hom op 'n regverdigende noodtoestand beroep waarvan hy nie bewus was nie?

Daar is drie verskillende standpunte: 1 'n Regmatige noodtoestands-handeling vereis die bedoeling om die gevaar af te wend. X is skuldig aan voltooide saakbeskadiging. 2 Objektief het X nie wederregtelik opgetree nie, maar hy wou dit doen en is skuldig aan poging tot saakbeskadiging. 3 'n Ondeugdelike poging van hierdie aard behoort nie strafbaar te wees nie. X is nie skuldig aan enige misdaad nie.

Oor die regswetenskaplike motiverings van hierdie uiteenlopende opvattinge kan boekdele geskryf word.

In verband met skulduitsluitende noodtoestand waar dit om die redding van die dader self of sy naasbestaande gaan, word daarenteen geen probleem hoegenaamd ondervind nie. Subjektiewe gronde vir strafopheffing is net nie van toepassing tensy die dader van die gevaar weet en met die doel optree om daaraan te ontkom nie.

So verskil regverdigende en skulduitsluitende noodtoestand.

W BERTELSMANN
Pietersburg

VRYWILLIGE DRONKENSAP EN DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID IN DIE LIG VAN *S v CHRETIEN* 1981 1 SA 1097 (A)

In die bekende saak *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) volg die appèlhof 'n nuwe benadering met betrekking tot die strafregtelike aanspreeklikheid van 'n persoon wat in 'n toestand van vrywillige dronkenskap wandade pleeg. Die hof het naamlik beslis dat vrywillige dronkenskap wel in bepaalde gevalle 'n volkome verweer kan wees, aangesien dronkenskap 'n invloed het op misdaadelemente soos die handeling, toerekeningsvatbaarheid en skuld (opset).

Daar is die afgelope jaar 'n indrukwekkende lys van akademiese literatuur oor hierdie beslissing opgebou (sien bv Ellis 1981 *THRHR* 175; Middleton 1981 *SASK* 83; Kruger 1981 *SASK* 84; Burchell 1981 *SALJ* 177; Badenhorst 1981 *SALJ* 148; Rabie 1981 *SASK* 111). Die vermelde kommentare handel hoofsaaklik oor die betekenis van *Chretien* vir die strafreg. Aangesien daar duidelike ooreenkomste bestaan tussen gevolgs-misdade (bv moord en strafbare manslag) en onregmatige dade (die skuldige veroorsaking van skade of persoonlikheidsnadeel), is dit logies om ook die belang van *Chretien* vir die deliktereg sorgvuldig te oorweeg. In die betrokke saak kom daar juis dicta voor wat van direkte belang vir die deliktereg kan wees.

Ten aanvang beklemtoon ek dat by enige interpretasie van die *Chretien*-saak daar duidelik tussen ratio decidendi en obiter dictum onderskei moet word. Die appèlhof is gevra om 'n eng geformuleerde regspraak te beantwoord. Hierdie vraag was naamlik of, in die lig van die feite van die saak (sien 1979 4 SA 871 (D)), die beskuldigde wat onder andere van poging tot moord aangekla is, nie aan gewone aanranding skuldig bevind moes gewees het nie, ondanks die invloed wat die drank wat hy ingeneem het op sy "opset" gehad het. Die appèlhof moes dus eenvoudig beslis of die beskuldigde vir die doeleindes van aanranding opsetlik opgetree het. Alhoewel die appèlhof ook opmerkings gemaak het oor outomatisme (1104E-G) en ontoerekeningsvatbaarheid (1104H 1106B), was dit nie streng genome nodig vir die beantwoording van die gestelde regspraak nie en gevolglik kan hierdie opmerkings as obiter dicta bestempel word.

Dit is ook nie vir my duidelik waarom die staat dit nodig gevind het om op *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) te steun vir die argument dat die beskuldigde aan aanranding skuldig bevind moes gewees het nie en waarom die appèlhof die *Johnson*-beslissing toe om hierdie rede "in hersiening" moes neem nie. Dit is waar dat die hof in die *Johnson*-saak (supra 206H) verwys na die bedenklike "specific intent-" teorie wat in casu steun sou bied vir 'n bevinding van gewone aanranding op 'n aanklag van poging tot moord. Die kern van die *Johnson*-beslissing het nietemin gedraai om die vraag of iemand wat vrywillig dronk geword het en 'n ander in 'n toestand van outomatisme dood, aan strafbare manslag skuldig is. Die hof het daar beslis dat 'n bevinding van strafbare manslag in orde is omdat die beskuldigde deur te drink sy outomatisme en die gevolglike dood van die slagoffer nalatig veroorsaak het. Alhoewel

die appèlhof in *Chretien* (supra 1106G-1107D) poog om die feitebevinding van die hof in *Johnson* te verander, is daar volgens my mening nie veel in *Johnson* wat "hersien" kon word ten einde 'n beslissing in casu te vergemaklik nie. Die hof in *Chretien* kon eerder verwys het na die volgende relevante dictum uit die resente saak *S v V* 1979 2 SA 656 (A) 667E:

"[I]n die lig van vandag se juridiese denke sou dit . . . gepas wees om . . . bloot die vraag te stel of in die lig van al die omstandighede (insluitende die inname van drank) die afleiding bo redelike twyfel gemaak kan word dat die beskuldigde die nodige opset gehad het."

Ek kom dus tot die gevolgtrekking dat die appèlhof se kritiek in *Chretien* teen *Johnson*, behalwe vir sover dit die verwerplike "specific intent"-teorie betref, as obiter beskou moet word, net soos die appèlhof se opmerkings in casu betreffende outomatisme en toerekeningsvatbaarheid.

Vervolgens ontleed ek praktiese voorbeelde waar dronkenskap en deliktuele aanspreeklikheid relevant is:

X sit op die balkon van sy woonstel op die tiende verdieping van 'n gebou en drink sterk drank om die tyd om te kry. Hy verorber soveel drank dat hy later volkome outomaties begin "optree." Hy val van sy stoel af en lê op die vloer van die balkon. Weens 'n krampagtige en onwillekeurige sametrekking stamp sy arm teen 'n blombak. Die blombak val na benede en beseer Y, 'n voetganger, wat op die sypaadjie huis toe stap. Y stel 'n aksie om skadevergoeding teen X in.

Volgens die *Chretien*-saak (supra 1104E) mag betoog word dat X nie gehandel het nie en dat hy gevolglik nie aanspreeklik is nie:

"Is hy so dronk dat hy 'papdrunk' is en net êrens lê en onwillekeurige spierbewegings met sy arm of voet doen en iemand sou deur so 'n onwillekeurige beweging getref en beseer word, sou daar in elk geval geen sprake wees van 'n handeling nie . . . [D]it [is] dus nie eers nodig om oor skuld te filosofeer nie."

Hierdie stelling is nie aanvaarbaar nie. In die deliktereg gaan dit om die skuldige veroorsaking van skade en die eenvoudige waarheid is dat X verwyt kan word vir sy drinkery op die balkon wat die dood van Y en die resulterende skade veroorsaak het. (Sien ook Ellis supra 177 wat hierdie kwessie raak insien. Vgl verder Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 28; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 116; Rabie 1978 *THRHR* 60 61-62; Burchell supra 179-180; Rabie 1981 *SASK* 111 118.) Die ongekwalfiseerde stelling van die hoofregter in die *Chretien*-saak wat ek hierbo aangehaal het, kan dus nie in alle gevalle as korrek beskou word nie. Dit is eintlik net relevant in gevalle van formeel omskrewe misdrywe (handelingsmisdrywe). In die voorbeeld onder bespreking sou eerder verwys kan word na appèlregter Botha se stelling in die *Johnson*-saak (supra 211B-C) dat skuld ten aansien van X se wandaad geleë is in die feit dat toe hy nog nugter was hy hom aan oormatige drankgebruik skuldig gemaak het terwyl hy nie onbewus moes gewees het dat die dronkenskap op die pleging van die wandaad sou uitloop nie. Die argument is dus dat die redelike man in X se posisie in die lig van die omstandighede hom van 'n drinkery op die balkon sou weerhou het. Uit 'n beleidsoogpunt sou 'n bevinding om X in casu

aanspreeklik te hou, aanvaarbaar wees. Hoekom moet onskuldige voetgangers (en hul afhanklikes) die risiko loop van skade weens ander se anti-sosiale drinkgewoontes?

Vervolgens pas ek die feite in die voorbeeld aan om vir 'n geval van ontoerekeningsvatbaarheid voorsiening te maak: X sit weer en drink op die balkon. In 'n stadium toe sy inhibisies wesenlik verkrummel het weens sy oormatige gebruik van drank en hy (volgens *Chretien* supra 1106B) volkome ontoerekeningsvatbaar is, gooi hy die blombak van die balkon af. 'n Voetganger, Y, wat nie deur X raakgesien is nie, word getref en doen ernstige beserings op. Moet 'n deliktuele eis van Y teen X van die hand gewys word omdat X in die gegewe stadium ontoerekeningsvatbaar was? Ek glo nie. Dit is 'n verkeerde benadering om die geval te bereg net met verwysing na X se toerekeningsvatbaarheid toe hy die blombak geslinger het. X se toerekeningsvatbaarheid moet ondersoek word ten aansien van elke handeling van hom (dus ook die drinkery) wat kousaal in verband staan met die betrokke skade. Wanneer so 'n handeling en die gepaardgaande toerekeningsvatbaarheid geïdentifiseer is, moet die bekende redelike man-toets aangewend word om nalatigheid te bepaal. Ek wil nie noodwendig te kenne gee dat X wel in die voorbeeld onder bespreking nalatig opgetree het nie. Elke geval sal op eie meriete beoordeel moet word. 'n Duidelike voorbeeld van nalatigheid, ondanks latere ontoerekeningsvatbaarheid, sou wees waar motorbestuurder X 'n lang rit onderneem en so in die ry 'n klomp drank verorber. In 'n ontoerekeningsvatbare toestand verloor X beheer oor die voertuig en beseer 'n ander. In hierdie geval kan die begin van die drinkery, toe X nog toerekeningsvatbaar was, tereg as nalatig aangemerkt word.

My slotsom is dat *Chretien* hoofsaaklik relevant is met betrekking tot die vraag of dronkenskap opset uitskakel. Aangesien nalatigheid gewoonlik in die deliktereg ter sprake is (behalwe by die *actio iniuriarum*), behoort *Chretien* nie 'n belangrike invloed in hierdie verband uit te oefen nie. Wat die strafreg betref, is *Chretien* net van belang by opsetsmisdrywe en veral formeel omskrewe misdrywe.

PJ VISSER

Universiteit van Suid-Afrika

THE CUSTOMARY LAW OF DEFAMATION OF CHARACTER WITH SPECIFIC REFERENCE TO THE LAW OF XHOSA-SPEAKING PEOPLES OF TRANSKEI AND CISKEI

A matter which causes concern with regard to defamation is the manner in which this branch of the law has been treated by the special courts which are supposed to be the custodians of African law in this country, namely the commissioners' courts and the appeal court for commissioners' courts.

In a number of decisions these courts have narrowed the scope of the customary law of defamation to the point of near extinction. They have done so by consistently holding that there is no action for defamation

under African law except where there has been an imputation of witchcraft (see *Simanga v Nosawusi* (1918) 4 NAC 337 (Engcobo); *Mnyabi v Nyewe* 1940 NAC (C & O) 5; *Nopanjwa v Mhlambiso* 1954 NAC 98 100; *Mbambo v Swaai* 1931 NAC (C & O) 19). In the cases of *Nkwana v Nonqanaba* (1904) 1 NAC 79 and *Mgakama v Ngcongolo* (1912) 3 NAC 49 however, the courts did not deny the existence of an action for defamation in African law, but they held instead that defamation of character was punishable as a crime by way of fine at the instance of a chief, and that an individual did not have an action.

This state of affairs, namely the denial that an individual has an action for defamation in African law, is attributed by some writers to the appointment in 1908 of Mr Arthur Stanford as the chief magistrate of Griqualand East. As one writer points out, before 1908 the courts were prepared to recognise such an action (see Labuschagne "Laster in die Bantoereg" 1975 *Speculum Juris* 21 28). For instance, Stubbs P in *Mboya v Matato* 1929 NAC (NIT) 13 74 stated that:

"There is a mistaken idea among Europeans that, according to Native custom, there is no slander action: 'He has made me a thief; he must wash me; I came to you to complain,' was the form of plaint often heard by native chiefs prior to annexation."

However, in *Mansa and Njjeranda v Temba* 1938 NAC (TIN) 115 116 McLoughlin P did recognise a defamation action in African law.

It is obvious that the *Nkwana* category of cases did not distinguish between criminal and civil wrongs, because defamation falls in the category of civil wrongs actionable by an individual (see Maclean's *Compendium of Kafir Laws and Customs* (1968) 37).

Although the distinction between civil and criminal cases in African law is not as clearly defined as in the Western systems of law, it is accepted that indigenous criminal law dealt with wrongs against the chief in his capacity as a "father" of the tribe and that he was entitled to exact the fine (see *Mbambo v Bele* 1968 BAC 15 18).

In traditional African societies possession of a good name was regarded as a very great asset to a person (Maclean's *Compendium* op cit). This was so especially in such matters as marriage when considering the suitability of a person as a bride or bridegroom, or in the choice of persons to act as dowry agents and for other important missions.

It is for this reason that defamation of character in African law is regarded as the publication of any statement which has the effect of spoiling another's good name (in Xhosa "ukungco lisa igama lomntu"), and the wrongdoer would be expected to do something to wash such a person's name ("ahlambe igama lalomntu").

As the litigants in the majority of defamation cases are often related in one way or another and are usually neighbours, it is common to have an out of court settlement at the family group level. Usually the guilty party's group asks for an apology by tendering payment of some kind. It is only in cases where it becomes clear that the motive of the wrongdoer was to get another into trouble by, for example, labelling him as a thief,

or to cause him severe material loss by accusing him of having an affair with another's wife, that the victim will invariably wish to clear his name by taking legal action against the wrongdoer. This is a clear indication that an individual has an action in African law and that the decisions of the appeal court for commissioners' courts to the contrary are not correct.

The reason why imputation of witchcraft (which is also an offence under the Witchcraft Suppression Act of 1953 as amended by the Witchcraft Suppression Amendment Act of 1970) has been singled out by the courts as the only defamatory action recognised in African law, appears from the judgment of Yates P in *Twala v Ngogo* 1968 BAC 10 12-13, namely that imputation of witchcraft

"is a most serious matter and may result in the most dire consequences to the person so accused . . ."

The same sentiments were expressed in *Simanga v Nosawusi* (supra). In *Simanga's* case, however, the court went too far in holding that in African law

"the most serious charge that could be made and the gravest crime that anyone could be accused of, was that of causing the death of any person by means of witchcraft."

Witchcraft was not the only serious charge in African law; there were others such as stock theft, incest and adultery. For instance, a person found committing adultery with somebody's wife could be summarily put to death, as could a thief caught in the act of stealing at night. Therefore, accusing a person of being a stock-thief or of having an affair with somebody's wife was considered to be a serious allegation actionable at the instance of the person so defamed.

The appeal court for commissioners' courts has held in a number of decisions that publication of the above type of statements is defamatory per se. In the case of *Sineke v Ntumbu* 1952 NAC 67 (S) the defendant, in the presence of others, had stated in Xhosa: "Igusha yam idliwe ngu Piyose" (my sheep had been stolen and eaten by Piyose). The court held that the words complained of in the Xhosa language were defamatory per se. Similarly, in *Nobusuku v Ngcobo* 1917 NHC 177, a case where defendant had stated, in the presence of his three wives and others, that plaintiff had committed adultery with another's wife, the words uttered were held to be defamatory.

Under section 11(1) of the Black Administration Act 38 of 1927 a commissioner's court is given a discretion to apply customary law in all suits or proceedings between Blacks involving questions of customs followed by Blacks. This section regulates internal conflict between African law and South African common law. In most of the cases discussed above, the court did not indicate the system of law applied; however, in view of the attitude of the appeal court for commissioners' courts in defamation cases between Blacks, it can fairly be assumed that, with the exception of witchcraft cases, South African common law was applied. It is hoped that what has been said above will be helpful in cases involving internal conflict of laws, especially in cases such as *Nkwana v Nonqanaba* (supra). In

that case, plaintiff, a polygamous wife of a certain chief in the Mqanduli district, was accused of being an immoral person. She then instituted an action for defamation of character. Defendant pleaded that under native custom there was no action for defamation of character and as both parties to the suit were Blacks, the case should not be tried under colonial law. If colonial law were applied, the plaintiff would have had no cause of action as colonial law did not recognise native marriages. Plaintiff, as a polygamous wife, should then be taken as living in adultery and thus would have no character to vindicate. The magistrate, although apparently aware of the decisions of the appeal court for commissioners' courts in defendant's favour, nevertheless held that the case should be decided on its merits under African law, and after the evidence gave judgment for the plaintiff for £6 (R12,00). On appeal the court, after pointing out that in African law an individual had no right of action and that defamation was punishable as a crime at the instance of the chief who could by grace award a portion of the fine to the injured person, remitted the case for further hearing, adding a rider that colonial law should be applied.

More important, it is hoped that this discussion will serve as a guide to the courts of chiefs and headmen for whose benefit this plea is primarily made. (See also Mqeke "African Law of Defamation - A Case for Reform" 1981 *De Rebus* 375.)

In my opinion this problem can best be solved by incorporating section 132 of the Code of Zulu law into the Black Administration Act as was done in Lesotho (see Palmer *The Roman-Dutch and Sesotho Law of Delict* (1970) 142). This will enable chiefs' courts to hear such cases. This has become necessary because of the attitude adopted by the appeal court for commissioners' courts.

RB MQEKE
University of Fort Hare

DIE TOELAATBAARHEID VAN BEKENTENISSE AFGELÊ AAN POLISIE-OFFISIERS

Artikel 217(1)(a) van die Strafproseswet 51 van 1977 lui soos volg: "Getuienis van 'n bekentenis gedoen deur 'n persoon met betrekking tot die pleging van 'n misdryf is, indien so 'n bekentenis bewys word vrywillig en ongedwonge deur so 'n persoon by sy volle positiewe gedoen te gewees het sonder dat hy onbehoorlik daartoe beïnvloed is, by strafregtelike verrigtinge betreffende so 'n misdryf teen so 'n persoon as getuienis toelaatbaar; met dien verstande — dat 'n bekentenis gedoen aan 'n vredesbeampte, behalwe 'n landdros of vrederegter, of, in die geval van 'n artikel 334 bedoelde vredesbeampte, 'n bekentenis aan so 'n vredesbeampte gedoen wat betrekking het op 'n misdryf met betrekking waartoe so 'n vredesbeampte gemagtig is om 'n bevoegdheid uit te oefen wat kragtens daardie artikel aan hom verleen is, nie as getuienis toelaatbaar is nie tensy dit in die aanwesigheid van 'n landdros of vrederegter bevestig en op skrif gestel is."

Artikel 1(1) van die Strafproseswet omskryf 'n vrederegter met verwysing na die Wet op Vrederegters en Kommissarisse van Ede 16 van

1963. Ingevolge laasgenoemde wet (a 4 saamgelees met die eerste bylae) is 'n offisier van die Suid-Afrikaanse Polisie ex officio 'n vrederegter.

Dit is duidelik dat die aflegging van 'n bekentenis aan of die bevestiging van 'n bekentenis voor 'n polisie-offisier in ooreenstemming is met die bedoeling van die wetgewer. Daar moet egter van meet af aan toegegee word dat dit vir die wetgewer wenslik is dat die aflegging en bevestiging van 'n bekentenis voor 'n landdros geskied, aangesien sodanige prosedure ingevolge artikel 217(1)(b) 'n vermoede van vrywilligheid laat ontstaan (vgl Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 3e uitg (1981) 468).

By nadere betragting van die regspraak blyk dit dat aan hierdie wenslikheidsoorweging 'n mate van dwingende krag verleen is. Aanvanklik was hierdie verwickeling, juridies beoordeel, nie vatbaar vir kritiek nie, aangesien die howe binne die raamwerk van artikel 217(1) opgetree het. Die beginsel wat die howe aanvaar het, is dat die feit dat die polisie-offisier aan wie die bekentenis afgelê is, verbonde is aan die ondersoek-eenheid, 'n faktor is wat kan dui op onvrywilligheid, dwang of onbehoorlike beïnvloeding.

Die ontwikkeling van die dwingende krag van die genoemde wenslikheidsoorweging het kortliks soos volg verloop:

In *R v Selebano* 1957 1 SA 384 (O) is beslis dat die feit dat die polisie-offisier aan wie die bekentenis afgelê is, ook die offisier is wat belas was met die ondersoek van die saak, irrelevant is. Hierdie beslissing is dus volkome in ooreenstemming met die bedoeling van die wetgewer soos uitgedruk in die voorbehoudsbepaling in artikel 217(1)(a), naamlik dat vermelde voorbehoudsbepaling nie van toepassing is nie op 'n bekentenis gemaak aan 'n polisie-offisier wat vanweë sy amp ook 'n vrederegter is.

In *S v Mahlala* 1967 2 SA 401 (W) sê die hof dat, as algemene uitgangspunt, die feit dat die polisie-offisier aan wie die bekentenis afgelê is, 'n lid is van die ondersoek-eenheid, nie ipso iure die bekentenis ontoelaatbaar maak nie. Hierdie feit is bloot een van die omstandighede wat die hof in ag moet neem by die beantwoording van die vraag of die bekentenis vrywillig, ongedwonge en sonder onbehoorlike beïnvloeding afgelê is al dan nie. Dat hierdie feit egter in casu baie swaar geweeg het, blyk uit die beslissing van die hof dat die bekentenis uitgesluit word ten spyte van die bevinding dat die betrokke vrederegters hulle pligte nougeset en behoorlik uitgevoer het en die opmerking dat die waarskynlikhede op die afwesigheid van onbehoorlike beïnvloeding dui.

In *S v Mofokeng* 1968 4 SA 852 (W) merk die hof op dat hy die beskuldigde wat beswaar maak teen die bekentenis, nie as geloofwaardig beskou nie en dat daar nie bewys is dat die polisie onbehoorlik opgetree het nie. Nietemin word die bekentenis uitgesluit. Hiermee wil ons nie te kenne gee dat bewys van onbehoorlike optrede nodig is vir die uitsluiting van 'n bekentenis nie. Redelike twyfel ten aansien van die bestaan van vrywilligheid is vanselfsprekend genoegsaam. Uit hierdie beslissing blyk egter duidelik dat die feit dat 'n offisier verbonde aan die ondersoekspan die bekentenis afgeneem het, weer eens grootliks bygedra het tot die kanteling van die weegskaal in die guns van die beskuldigde.

In *S v Dhlamini* 1971 1 SA 807 (A) spreek die appèlhof hom obiter uit teen die aflegging van 'n bekentenis aan 'n polisie-offisier verbonde aan die ondersoekendeheid, as sou sodanige praktyk 'n vrugbare teelaarde vir agterdog ten aansien van dwang en onbehoorlike beïnvloeding daarstel. In casu is die bekentenis toegelaat, onder andere omdat die kwessie van dwang en onbehoorlike beïnvloeding nie deur die beskuldigde in geskil geplaas is nie.

In *S v Mdluli* 1972 2 SA 839 (A) verklaar die appèlhof dat dit wenslik is dat bekennisse voor 'n landdros afgelê of bevestig word, of, as dit nie prakties uitvoerbaar is nie, dat die vrederegter nie 'n lid van die ondersoekendeheid moet wees nie. In casu is die betrokke bekentenis wel toegelaat. Die beskuldigde het nie beweer dat hy gedwing was om die bekentenis af te lê nie, maar dat die vrederegter tydens die afneem daarvan 'n verontskuldigende gedeelte uitgelaat het. Die hof laat die bekentenis toe omdat die beskuldigde klaarblyklik 'n ongeloofwaardige getuie was en omdat "no harm was done in the present case" (841D). Die uitspraak word afgesluit met 'n onheilspellende opmerking dat daar in die toekoms aan die opmerkings in die *Mofokeng*-, *Dhlamini*- en *Mdluli*-saak gehoor gegee behoort te word.

Uit *S v Mbele* 1981 2 SA 738 (A) blyk dat daar nie ag geslaan is op hierdie opmerking nie. Die sanksie wat ingetree het ná polisie-offisiere se voortgesette veronagsaming daarvan is dat die appèlhof tans die mening huldig dat indien 'n offisier verbonde aan die ondersoekendeheid optree as afnemer van 'n bekentenis, dit 'n *onreëlmatigheid* daarstel wat, tesame met ander faktore, redelike twyfel skep of die beskuldigde vrywillig opgetree het (743E). Trouens, die sanksie van *onreëlmatigheid* kan beskou word as die eindpunt van die ontwikkelingsgang om dwingende krag te verleen aan die wenslikheidsoorweging waarna telkens hierbo verwys is. In casu slaag die verweer dat die bekentenis gemaak is as gevolg van aandrang en voorsegging deur die polisie.

Die uitsprake waarna hierbo verwys is, regverdig onses insiens die afleiding dat wanneer die vrederegter wat die bekentenis afneem, 'n lid van die ondersoekendeheid is, die inhoud van die verweer wat die beskuldigde opper van wesenlike belang is. Die verweer wat in bogenoemde omstandighede die beste vooruitsig op sukses het, is dié van dwang of onbehoorlike beïnvloeding. Die rede hiervoor is:

"[T]his procedure constitutes fertile earth, for an accused, in which to plant the seed of suspicion, which there readily sprouts and burgeons to the stature of a reasonable doubt whether he, when making the confession to the police officer (as justice of the peace), was not still being actuated by an improper inducement that might have gone before" (*S v Dhlamini* supra 815A-B).

Wanneer die verweer nie een van dwang of onbehoorlike beïnvloeding is nie, maar dat die vrederegter nie die bekentenis korrek afgeneem het nie (*S v Mdluli* supra), of dat die bekentenis glad nie gemaak is nie (*S v Dhlamini* supra), het die feit dat die betrokke vrederegter 'n lid van die ondersoekendeheid is tot dusver nie meegewerk om 'n redelike twyfel in die guns van die beskuldigde te skep nie. Die rede hiervoor is dat die vrederegter se verbondenheid aan die ondersoekendeheid 'n faktor

is wat gekoppel word aan die toelaatbaarheid van die bekentenis (wat 'n regspraak is), terwyl die ander verwerpe onderskeidelik neerkom op ontkenning van die korrektheid en bestaan van die bekentenis (wat feitevrae is) (vgl *S v Dhlamini* supra 810E).

Daar bestaan weinig twyfel dat die benadering van die appèlhof waarvolgens 'n praktyk wat heeltemal in ooreenstemming is met artikel 217 van die Strafproseswet 'n onreëlmatigheid daarstel, die Suid-Afrikaanse Polisie aansienlik kniehalter in die vervulling van hulle pligte met betrekking tot die ondersoek van misdaad, soos opgelê deur artikel 5 van die Polisiewet 7 van 1958. Daar moet toegegee word dat die houe darem nie 'n absoluut onbuigsame benadering in hierdie verband volg nie. In *S v Mazibuko* 1978 4 SA 563 (A) het die appèlhof die feit dat die bekentenis afgeneem is deur die hoof van die ondersoekendeheid gekondoneer in die lig van die feit dat die naaste landdros minstens 120 kilometer ver weg was.

In *S v Mogale* 1980 1 SA 457 (T) daarenteen, word selfs so ver gegaan om 'n verklaring gedoen aan 'n polisie-offisier wat ook ondersoekbeampte in die saak is, gelyk te stel aan 'n verklaring gedoen aan 'n vredesbeampte wat nie 'n polisie-offisier of landdros is nie (460H).

Die meriete van die houe se benadering kan vanuit 'n juridiese sowel as 'n praktiese oogpunt beoordeel word. Ten einde die benadering juridies te evalueer, moet vasgestel word of dit gemeenregtelik of wette-regtelik fundeerbaar is. Die enigste moontlike statutêre regverdiging vir die houding van die houe is artikel 217 (1) van die Strafproseswet. Vir sover die houe die feit dat die bekentenis aan 'n lid van die ondersoekendeheid afgelê is, beskou het as 'n faktor wat op dwang of onbehoorlike beïnvloeding kan dui, is beslissings wel binne die raamwerk van artikel 217(1) gemaak. Vir sover die houe vermelde feit as 'n onreëlmatigheid beskou, is dit egter nie die geval nie.

Verder is daar ook 'n tendens om bekentnisse uit te sluit sonder om eers in te gaan op die vraag of die staat hom van sy bewyslas ten aansien van die afwesigheid van dwang of onbehoorlike beïnvloeding gekwyt het. In *S v Lebea* 1975 4 SA 337 (W) vind die hof dit onnodig om die beskuldigdes se bewerings van dwang te ondersoek. Die feit waarom dit in hierdie saak gegaan het, was dat die tolk van die begin af met die ondersoek gemoeid was. Die hof laat hom soos volg uit:

"In the interests of justice I have come to the conclusion that, without in any way suggesting that there was any improper behaviour on the part of any of the police officials, and without in any way whatsoever commenting on the credibility of the evidence of either the accused or the police witnesses in that regard, it would be dangerous to admit this . . . statement . . . Justice . . . must not only be done, it must be seen to be done" (338F-H).

Die vraag wat hieruit ontstaan, is of 'n hof ingevolge die gemeneereg oor 'n diskresie beskik om 'n bekentenis uit te sluit sonder om die staat die geleentheid te bied om sy bewyslas ten aansien van vrywilligheid te probeer kwyt. Die moontlikheid van die bestaan van 'n diskresie word geopper in *R v Mobopeleghe* 1960 4 SA 55 (FSC) 58D-H. In *R v Selebano*

supra 388E-389A word die bestaan van so 'n diskresie obiter erken. Daarteenoor word in *S v Mkanzi* 1979 2 SA 757 (T) 759E uitdruklik ontken dat daar enige "billikheidsgronde" of "inherente diskresie" bestaan op grond waarvan 'n hof 'n bekentenis kan uitsluit (vgl ook Joubert (red) *LAWSA: Cumulative Supplement* 1980 252 §470). Dit is derhalwe te betwyfel of die aangeleentheid van toelaatbaarheid korrek benader is in die *Lebea*-saak.

Die benadering van die howe dat 'n landdros by die afneem of bevestiging van 'n bekentenis betrek behoort te word, is, prakties beoordeel, nie sonder meriete nie. In die *Mofokeng*-saak supra 858C word die konflik wat ontstaan wanneer 'n bekentenis afgelê word aan 'n polisie-offisier verbonde aan die ondersoekendeheid, soos volg geskets:

"[T]he Court is often faced with evidence which makes it uncertain whether the case is one in which the misguided zeal of the Police has led to improper conduct, or one in which a guilty accused, anxious to escape the consequences of his crime, is putting forward a fabricated complaint . . ."

Die hof doen dan aan die hand dat hierdie konflik opgelos kan word deur die praktyk in die ban te doen waarvolgens polisie-offisiere verbonde aan die ondersoekendeheid bekentnisse afneem. Ervaring in die ondersoek van misdaad het egter al geleer dat dit dikwels aansienlike komplikasies kan meebring om 'n verdagte vir die aflegging of bevestiging van 'n bekentenis voor 'n landdros te bring. Hiermee word nie ontken dat dit in gepaste gevalle heilsaam kan wees om 'n landdros by die aflegging of bevestiging van 'n bekentenis te betrek nie, omdat

"a fabricated allegation of assault raised for the first time at the trial would more easily be exposed as untrue; [and] accused persons would be less likely to make false allegations of assault, with the result that time and expense would be saved and members of the Police Force who have in fact acted properly and honestly, would in many cases be spared the ordeal of having to face unfounded allegations of grave misconduct" (*S v Mofokeng* supra 860B-C).

Dit wil egter voorkom of die houding van die howe dat hierdie prosedure gebiedend behoort te wees, die sterk waarskuwing van hoofregter Innes in *R v Barlin* 1926 AD 459 466 teen "sacrificing legal principles to administrative reform" negeer.

Ons doen aan die hand dat die vaslegging van bekentnisse op band grootliks kan bydra tot die oplossing van die konflik wat in die *Mofokeng*-saak supra uiteengesit is. 'n Klankbandopname sal van groot waarde wees in gevalle waar die korrektheid van die inhoud van die bekentenis of die vrywilligheid daarvan betwis word (vgl *S v Mogale* supra 460A). 'n Bandopname vervul vir doeleindes van die bewysreg dieselfde funksie as 'n dokument en is direkte getuigenis. Die vernaamste vereiste vir die toelaatbaarheid van 'n bandopname is dat bewys moet word dat die opname nie vervals kon gewees het nie (vgl Hiemstra supra 486; Schmidt *Die Bewysreg* (1972) 252 e v; Hoffmann *The South African Law of Evidence* 2e uitg (1970) 288; *S v Singh* 1975 1 SA 330 (N) 333G).

Die uitspraak in *S v Mogale* supra het die toelaatbaarheid van bekentnisse op band egter vertroebel. Die feite van die saak was kortliks soos volg: Die beskuldigde het 'n verklaring aan 'n vredesbeampte

gemaak. Daarna het laasgenoemde die beskuldigde na die polisie-offisier geneem wat in beheer van die ondersoek was. Die offisier het die beskuldigde se bekentenis op band afgeneem en 'n transkripsie is van die opname gemaak.

Die beskuldigde maak beswaar teen die toelating van die getuienis as synde nie vrywillig en ongedwonge afgelê nie. Die hof bevind dat die band en die transkripsie ontoelaatbaar is as getuienis en wel om die volgende redes:

1 Daar is 'n duidelike teenspraak in die Strafproseswet tussen artikel 335 wat bepaal dat 'n beskuldigde in besit gestel moet word van enige voorafgaande skriftelike verklaring wat hy voor sy verhoor gemaak het, en die toelating van 'n bandopname as getuienis van 'n bekentenis kragtens die bepalinge van artikel 217. Die teenspraak is daar geleë dat 'n bandopname van 'n bekentenis ingevolge artikel 217 ten nadele van die beskuldigde toegelaat kan word, terwyl dit nie ingevolge artikel 335 aan hom beskikbaar gestel hoef te word ter voorbereiding van sy verdediging nie (458C-E).

Ons gaan akkoord met Hiemstra supra 756 se kritiek op hierdie aspek van die beslissing. Artikel 335 maak melding van " 'n verklaring wat op skrif gestel is." Hiemstra doen onses insiens tereg aan die hand dat 'n verklaring wat op band opgeneem en daarna getranskribeer is, wel onder die woorde " 'n verklaring wat op skrif gestel is," val en dat dit inderdaad opeisbaar is. Dit is wel waar dat 'n bandopname wat nie getranskribeer is nie, nie opeisbaar sal wees nie, maar aangesien daar in die onderhawige geval wel 'n transkripsie gemaak is, behoort die onopeisbaarheid van 'n blote bandopname in ander gevalle, nie 'n deurslaggewende oorweging in casu te gewees het nie.

2 Die afneem van 'n bekentenis deur die ondersoekbeampte in 'n saak is só ongewens dat geen uitbreiding daarvan, wat nie streng binne die bepalinge van die Strafproseswet verpligtend is nie, toegelaat moet word nie (458G).

Die kritiek wat hierteen ingebring kan word, is dat die hof in effek beslis dat die bandopname ontoelaatbaar is, nie vanweë die feit dat dit 'n bandopname is nie, maar vanweë die feit dat dit afgeneem is deur die ondersoekende polisie-offisier. Dit wil voorkom of die hof wel bereid sou wees om 'n bandopname toe te laat wat deur 'n ander vrederegter as die ondersoekbeampte afgeneem is. Dit kom dus daarop neer dat die hof 'n onderskeid oor die toelaatbaarheid van 'n bandopname maak wat nie op 'n verskil berus in die juridiese posisie tussen 'n vrederegter wat die ondersoekbeampte is en 'n vrederegter wat dit nie is nie, maar op 'n verskil in die wenslikheid van hul onderskeie optredes.

3 Die bekentenis het voortgevloei uit 'n verklaring gemaak aan 'n vredesbeampte en die polisie-offisier het as vrederegter stappe gedoen om die verklaring te laat bevestig. Artikel 217 vereis uitdruklik dat so 'n bekentenis op skrif gestel moet word ten einde dit toelaatbaar te maak (459H).

Die kritiek hierteen is dat die hof aanneem dat dit hier gaan oor die bevestiging van 'n bekentenis deur 'n vrederegter, sonder om die volgende gesaghebbende dictum in *R v Jacobs* 1954 2 SA 320 (A) 322G te oorweeg:

“The object of the second proviso [die voorbehoudsbepaling in artikel 217(1)(a) se voorganger in Wet 31 van 1917] is to render inadmissible confessions to peace officers other than magistrates or justices, except when the requisites in that proviso have been complied with; it has no reference to a confession made to a magistrate or justice, even if it is a repetition of what has been previously said to the peace officer” (ons kursivering).

Hiemstra (le uitg (1967) 307) beskou ook die bekentenis wat uiteindelik aan die landdros of vrederegter gedoen word as die “substantiewe” bekentenis.

4 Die hof maak op 460B 'n onderskeid tussen die geval waar 'n polisie-offisier getuig wat aan hom beken is en hy dan 'n bandopname aanbied as bevestiging van sy getuienis (in welke geval die bandopname toelaatbaar is), en die geval, soos die onderhawige, waar die polisie-offisier bloot die bandopname en transkripsie indien as getuienis van die bekentenis (in welke geval die band en transkripsie ontoelaatbaar is). Hierdie onderskeid skyn “more apparent perhaps than real” te wees (hr Innes in *Cape Town Municipality v Clohessy* 1922 AD 4 7).

5 Die hof bevind dat die bekentenis afgelê is aan die polisie-offisier as “ondersoekbeampte in sy hoedanigheid as vredesbeampte” (460G).

Die kritiek hierop is dat die bewoording van artikel 217(1)(a) juis daarop dui dat, vir doeleindes van die artikel, 'n landdros en vrederegter nie in die begrip “vredesbeampte” omvat word nie (Hiemstra 467).

Tot tyd en wyl die hooggeregshof weer 'n beslissing gee oor die toelaatbaarheid van 'n bandopname van 'n bekentenis wat deur 'n polisie-offisier verbonde aan die ondersoekenheid afgeneem is, sal polisie-offisiere onseker wees oor wat hulle te doen staan. Waaroor hulle wel seker kan wees, is dat die spreuk dat regters “ius dicere sed non facere” 'n blote fiksie is.

H GOOSEN
JP VORSTER
Suid-Afrikaanse Polisie

Vonnisse

HMBMP PROPERTIES (PTY) LTD v KING 1981 1 SA 906 (N)

When the cause of action accrues following an anticipatory breach of contract — whether a party who has repudiated may withdraw his repudiation

Defendant in *HMBMP Properties (Pty) Ltd v King* 1981 1 SA 906 (N) argued that plaintiff's claim for damages alleged to have been suffered as a result of defendant's anticipatory breach of contract was prescribed.

"What is in issue," said Thirion J at 908E-G, "is the date on which prescription commenced to run on the facts as stated. Plaintiff's contention is that prescription commenced to run from the date of plaintiff's election to cancel the contract. Defendant's contention is that prescription commenced to run from the date of repudiation. If it should be held that the date of repudiation is the correct date then it would be unnecessary, for the purposes of this case, to decide whether the relevant date would be the date when the decision to repudiate was taken or the date when that decision was communicated to the plaintiff because on an acceptance of either of the two dates the plaintiff's claim would be prescribed. Similarly, if it should be held that prescription commenced to run from the date of cancellation it would, on the facts as presented, be unnecessary to decide whether it should be the date when the election to cancel was made or the date when the decision to cancel was communicated to the defendant. On either of these two dates plaintiff's claim would not have become prescribed."

Prescription commences to run "as soon as the debt is due" (s 12(1) of the Prescription Act 68 of 1969 quoted at 909A) which in the present context means

"when it is immediately claimable by the creditor and, as its correlative, it is immediately payable by the debtor:" 909C-D, per Thirion J.

Further,

"[i]n order to be able to institute action for the recovery of a debt the creditor must have a complete cause of action in respect of it:" 909D-E, per Thirion J.

The court held that, as repudiation did not in itself constitute an anticipatory breach but only gave rise to an election (910-912),

"prescription of plaintiff's claim commenced on the date of plaintiff's election to treat defendant's repudiation as a breach of contract and cancel the lease:" 912H-913A, per Thirion J.

With respect, the decision is to be supported; but it must be remembered that the learned judge had said earlier, at 909A, that in his judgment he would use

"the expressions repudiation and election to cancel without drawing a distinction between the time of the making of the decision and the time of its communication to the other party."

The court came to no decision on this point because no decision was necessary on the facts of the case. However, the decision referred to above — that it is necessary for there to be a complete cause of action — is relevant here too. In other words, the question to be asked is: if the aggrieved party elects to treat the repudiation as a breach of contract and to cancel the contract, at what

stage has he a complete cause of action? The answer seems to be: when his cancellation takes effect, because until that time the contract remains in being and, the breach being anticipatory, continues to run its original course. The next question then is: when does cancellation take effect in cases of anticipatory breach? The rules on the date and time of cancellation taking effect following anticipatory breach are, it is thought, the same as those relating to the date and time of cancellation taking effect following ordinary breach. These latter are discussed by the present writer in *The Principles of the Law of Contract* 3rd ed (1980) 390-394 (this work is referred to hereinafter as *Contract*) where it is suggested that the statement in *Stewart Wrightson (Pty) Ltd v Thorpe* 1977 2 SA 943 (A) 954A-B, referred to by Thirion J at 908H, leads to the proposition that a decision to cancel normally takes effect when it is communicated to the defaulting party, but that in exceptional circumstances (discussed in *Contract* 393-394) communication is not necessary or is deemed to have taken place.

There is one difficulty with an obiter dictum in the *HMBMP Properties* case, above. At 910E-F (see also 911E) the learned judge said:

"The party who has repudiated is entitled to withdraw his repudiation before the other party has made his election. *Cole v Stuart* 1940 AD 399 at 414."

This dictum is obiter because there had been no attempt to withdraw the repudiation in the *HMBMP Properties* case. If *Cole's* case is authority for the above proposition it is the leading case, as there is, so far as the present writer is aware, no other appellate division decision, indeed no other provincial or local division decision, directly in point. With respect, it is suggested that *Cole's* case is not authority for the proposition for which it was cited. In it a farm in Natal had been sold orally (such a

sale being valid as the law in Natal then stood: 410) and the buyer had gone into occupation. Later there was a quarrel between the seller and the father of the buyer, during which the seller told the buyer's father that he (the father) and the buyer should leave the farm. This statement was later reported by the father to his son in the seller's presence at a time when it was clear to the son that both his father and the seller "were in a raging temper" (412-413; the words quoted being those of Centlivres JA at 413 describing the buyer's evidence). Before *Cole's* case can be considered as authority for a proposition about withdrawing a repudiation, it must be decided whether this constituted a repudiation, because, if it did not, there was no repudiation to be withdrawn.

Repudiation requires a mental element, often referred to as an intention no longer to be bound by, or not to fulfil, the contract: see the authorities in *Contract* 334-339. The learned judge in the trial court (Hathorn JP) had found that in the circumstances

"there was no repudiation because the necessary intention to repudiate was absent, and RA Cole [the buyer's father] knew it" (414).

Centlivres JA, with whom the other members of the court concurred, said at 414:

"In my opinion there is ample evidence to support this finding; indeed, the evidence given by the defendant himself shows that he could not have taken the plaintiff's unfortunate remarks uttered in the heat of a violent argument as a repudiation of the contract . . . The position, therefore, seems to me to be that plaintiff did not intend to repudiate the contract . . .

[T]he defence based on an alleged repudiation by the plaintiff fails."

From the above statements by Centlivres JA it seems to be clear that *Cole's* case is not authoritative on the legal position when a repudiator purports to withdraw his repudiation.

That being so, one has to fall back on general principles. It is suggested that a purported withdrawal of a repudiation does not deprive the aggrieved party of his power to elect, but that it is a factor to be borne in

mind, particularly with reference to the rule on mitigation of loss: *Contract* 343-344 347.

AJ KERR
Rhodes University

JEFTA v WILLIAMS 1981 3 SA 678 (C)

Laster - rixa as 'n verweer

Volgens die feite van hierdie saak is die eiser deur die verweerder belaster gedurende 'n direksievergadering van 'n maatskappy waarin beide partye as direkteure gedien het. Tydens die betrokke vergadering is onder andere die terugbetaling van direkteure se leningsrekeninge bespreek. Toe die verweerder sy mede-direkteure versoek om die terugbetaling van sy leningsrekening te oorweeg, is hy deur die eiser meergedeel dat die maatskappy nie 'n liefdadigheidsorganisasie is nie. Hierdie stelling het die verweerder woedend gemaak en hy het soos volg reageer (680G): "You are the last to talk. You embezzled (or stole) R33 000 from this company."

Die eiser het onmiddellik by die voorsitter van die vergadering beswaar gemaak en op versoek van die voorsitter het die verweerder sy bewering teruggetrek. Die eiser was egter nie tevrede hiermee nie en het 'n aksie teen die verweerder ingestel om genoegdoening van R15 000 te verhaal. Twee verwere is deur die verweerder opgewerp. Eerstens het hy aangevoer dat sy lasterlike bewering die waarheid was en tydens 'n bevoorregte geleentheid gemaak is. Tweedens is namens hom betoog dat die lasterlike woorde tydens 'n rusie (rixa) tussen die partye gebesig is en dat rixa as 'n volkome verweer geld. Alhoewel die hof bevind dat die beskuldiging van diefstal wesenlik die waarheid is (681E), word beslis dat die verwysing na die diefstal wat tien jaar tevore gepleeg is, geen regmatige doel kon dien nie en dat die verweer

van bevoorregte geleentheid (privilegie) gevolglik nie van toepassing is nie.

Ek wil nie in detail op hierdie bevinding kommentaar lewer nie en volstaan met die opmerking dat die hof die verwere van bevoorregte geleentheid en van waarheid en openbare belang nie altyd duidelik onderskei nie (682C 682H-683A).

Die hof ondersoek dan die tweede verweer, naamlik rixa. In hierdie verband meld die hof (683C) die bekende feit dat bewerings wat tydens 'n rusie gemaak word soms op "mere vulgar abuse" mag neerkom wat nie werklik as lasterlik beskou word nie.

Die hof aanvaar (683D) dat rixa ook in ander omstandighede relevant kan wees. Voorbeelde hiervan sou wees waar compensatio plaasvind (blykbaar die geval waar iemand wat belaster is sy belasteraar in gelyke munt terugbetaal) en waar rixa dui op die afwesigheid van animus iniuriandi (sien in die algemeen *Kernick v Fitzpatrick* 1907 TS 384 393-394; *Peck v Katz* 1957 2 SA 567 (T) 570-571).

In die onderhawige geval, so redeneer die hof, is dit onnodig om compensatio te oorweeg weens die feit dat die eiser en verweerder se onderskeie bewerings ooglopend nie teen mekaar opgeweeg kan word nie (683G). Die hof beperk gevolglik sy ontleding van rixa tot die geval waar lasterlike woorde verskoon word omdat dit gebesig is gedurende 'n heftige rusie of ander provokasie.

Die hof kom dan tot die slotsom dat, in die lig van die toepassing van die algemene redelikheidstoets waarmee onregmatigheid vasgestel word, daar nie gesê kan word dat rixa as 'n regverdigingsgrond geld wat die onregmatigheid van lasterlike bewerings ophef nie (683H). Die enigste rol wat rixa en provokasie kan speel, is om die vermoede van animus iniuriandi te weêrlê (683H). In hierdie verband bevind die hof die volgende (684C-D):

"The provocation which he [die verweerder] received, objectively viewed, does not appear to justify extreme anger. To be accused of seeking charity, even if such accusation is considered unfounded, might be hurtful but would not cause an ordinary robust human being to lose his self-control, and the defendant did not strike me as a particularly sensitive person. I find therefore that the defendant has not rebutted the presumption that he uttered the defamatory words *animus iniuriandi*."

Nadat die hof oorweging gegee het aan die faktore wat die kwantum van genoegdoening beïnvloed (684G-H), word R200 aan die eiser toegeken.

Vervolgens lewer ek kommentaar op aspekte van rixa wat in hierdie beslissing ter sprake gekom het en wat in die algemeen vir die lasterreg in hierdie verband van belang is.

1 Die presiese aard en betekenis van rixa is nog nie duidelik in ons reg ontleed nie en die huidige beslissing bring ongelukkig ook nie veel helderheid ten aansien van hierdie kwessie nie. 'n Feit wat die rol van rixa as 'n verweer verduister, is dat daar nie 'n duidelike afbakening bestaan tussen die begrippe rixa, provokasie en compensatio nie.

2 In die algemeen word rixa as 'n verweer teen 'n lasteraksie aanvaar. Strauss, Strydom en Van der Walt *Suid-Afrikaanse Persreg* (1976) 284 stel die volgende vereistes vir hierdie verweer:

"(i) die woorde moes nie voorbedag gewees het nie maar 'n onmiddellike

antwoord op die eiser se woorde gedurende 'n twis, (ii) die woorde moes geuiter gewees het in 'great and sudden anger', en (iii) die verweerder moes nie na afloop van die twis in sy bewerings volhard het nie."

McKerron *The Law of Delict* (1971) 204 vat die betrokke vereistes soos volg saam:

"(1) the words were spoken in immediate retaliation of what the plaintiff himself had said, (2) were moderate and proportionate to the injury inflicted, and (3) were not subsequently persisted in."

3 Die formulering van die vereistes vir die verweer van rixa in die vorige paragraaf maak dit moeilik om rixa te klassifiseer as 'n regverdigingsgrond of as 'n skulduitsluitingsgrond. Die blote feit van 'n rusie tussen twee partye waartydens daar oor en weer lasterlike bewerings geuiter word, bevat trouens geen aanduiding van welke element van die delik laster nou eintlik relevant is nie. In 'n rixasituasie is daar gewoonlik sprake van provokasie of weerwraak en oor die rol van hierdie kwessie, wat die deliktereg in die algemeen betref, is daar ook onsekerheid.

4 Ten aansien van rixa as 'n moontlike regverdigingsgrond wat wederregtelikheid uitsluit, verklaar die hof in casu die volgende (683H):

"[I]t should not be lawful for a person to publish defamatory matter about another merely because he loses his temper, whatever the provocation may be."

Hier bring die hof rixa en provokasie met mekaar in verband. Later (684C aangehaal supra) praat die hof weer van 'n tipe objektiewe provokasie wat woede regverdig en animus iniurandi kan uitsluit. Hierdie behandeling van die moontlike rol van provokasie lei ongelukkig net tot verdere verwarring. Dit is duidelik dat daar gewoonlik 'n element van provokasie aanwesig sal wees in 'n rixasituasie, maar dat dit nie die enigste feit is wat 'n rusie tussen persone kan veroorsaak nie.

Daar is in ieder geval ook gesag buite hierdie vonnis te vind (i v m die delik aanranding) wat daarop dui dat provokasie nie 'n regverdigingsgrond kan wees nie (sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 116; *Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK)). In sekere ouer sake word die rol van provokasie egter beklemtoon. In *Kirkpatrick v Bezuidenhout* 1934 TPD 155 158 verklaar die hof:

"It would seem therefore that the presumption of *animus injuriandi* is negated if the words were spoken without premeditation, in sudden anger and if there is sufficient provocation. Also the words must not be persisted in."

(Sien ook *Lachter v Glaser* 1914 TPD 461 464; *Peck v Katz* 1957 2 SA 567 (T) 571C.)

Neethling *Persoonlikheidsreg* (1979) 106-107 stel die positiefregtelike standpunt (in verband met liggaamsaan-tastings) dat provokasie nie 'n regverdigingsgrond is nie maar wel 'n feit wat die eiser (die probeerder) sy reg om genoegdoening te verhaal, kan ontnem. Sy eie mening is egter dat provokasie wel in besondere omstandighede 'n regverdigingsgrond kan wees (sien ook Neethling 1980 *THRHR* 434-437; Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 50 vn 70).

In verband met eerskending as iniuria gee Neethling 154 die volgende uiteensetting van die rol van provokasie en compensatio:

"Hierdie regsfigure kom gewoonlik te pas waar partye mekaar oor en weer in 'n hewige woordewisseling beledig. Provokasie geld as verweer waar die verweerder, in antwoord op die eiser se provokatiewe beledigende optrede, die eiser se eergevoel krenk. Om as 'n volkome verweer te slaag, skyn dit asof minstens aan die volgende twee vereistes voldoen moet word. Eerstens moet die belediging *in retortio* direk op die provokasie gevolg het, en tweedens moet die krenking van die eiser se eergevoel nie buite verhouding tot die

beledigende provokatiewe optrede ge-wees het nie. Laasgenoemde vereiste hou ook verband met die beginsel van *compensatio*. Hierdie beginsel beteken dat waar twee persone mekaar oor en weer beledig op so 'n wyse dat die een belediging nie buite verhouding tot die ander is nie, die twee *iniuriae* mekaar kanselleer."

Die standpunt wat ek in hierdie verband inneem, is dat die belastering van 'n ander tydens 'n twis of as gevolg van provokasie, gewoonlik steeds onregmatig sal wees. Daar mag uitsondering hierop wees in gevalle van ernstige provokasie. Gewoonlik behoort provokasie net by die kwantum van genoegdoening 'n rol te speel. Hierdie standpunt sal ek later vollediger stel.

5 In die onderhawige saak beskou die hof rixa as 'n faktor wat animus iniurandi kan uitskakel (684A). Gesag vir hierdie standpunt is ook te vind in *Kernick v Fitzpatrick* supra 393-394; *Havenga v Lotter* 1912 TPD 395 399; *Wood v Branson* 1952 3 SA 369 (T) 373D; *Lichtenburg Garage (Pty) Ltd v Gerber* 1963 4 SA 395 (T) 399D. In hierdie verband kan verwys word na die volgende oortuigende kritiek wat deur Van der Merwe en Olivier a w 443 uitgespreek word:

"Nou is dit vir ons nie duidelik waarom 'n verweerder wat in woede of in die loop van twis 'n lasterlike bewering maak, juis om daardie rede aanspreeklikheid moet vryspring nie. Of 'n verweerder koel en berekend lasterlike bewerings maak met die opset om te krenk, dan wel of hy daardie bewerings in woede maak ook met die opset om te krenk, is tog juridies om het ewe. In albei gevalle is daar . . . *animus injuriandi* aanwesig, en die blote woede van die spreker kan tog nie 'n skuldsluitingsgrond wees nie."

Die woede van die verweerder is dikwels duidelike bewys dat hy animus iniurandi opgetree het. Die enigste klaarblyklike materieelregtelike verband wat 'n rusie of twis met animus iniurandi kan hê, kom voor wanneer 'n persoon wat 'n ander belaster so

woedend is dat hy as ontoerekeningsvatbaar beskryf kan word. In so 'n (seldsame) geval kan daar vanselfsprekend van opset om te belaster geen sprake wees nie (sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 107).

6 Compensatio word ook dikwels met rixa in verband gebring. Oor die rol van compensatio in ons reg is daar min sekerheid. Daar is in paragraaf 4 supra verwys na die uiteensetting van Neethling in hierdie verband.

In *Lachter v Glaser* supra 464-465 word compensatio as 'n tipe regverdigingsgrond (soos noodweer) voorgehou:

"The person defamed is not only entitled to contradict the statement which another has made against him, but he is entitled to take measures to prevent him making further statements against him; just as in the case of self-defence, you are not limited to warding off a blow which your assailant aims at you, but you are entitled to go further and prevent him from assaulting you again. I do not think the right of retort should be limited to merely saying that the defamatory statement made by the first assailant is untrue. I think the party attacked is entitled to go further, and to make some sort of counter-attack."

McKerron 205 sê dat compensatio beteken dat vergelykbare delikte teen mekaar in verrekening gebring kan word. Volgens hierdie outeur is compensatio nie per se 'n verweer by alle delikte nie maar wel onder andere by laster wanneer rixa ter sprake is. In *Peck v Katz* supra 573C word die rol van compensatio in 'n rixa-situasie ook sydelings vermeld. In die *Jefta*-saak (683F) vind die hof dit nie nodig om hom oor compensatio uit te laat nie, omdat die optrede van die eiser en verweerder nie vergelykbaar was nie. Volgens my waarneming bestaan daar min duidelikheid oor die toepassing van compensatio in gevalle van laster. Compensatio toon 'n sterk ooreenkomste met die leerstuk van proporsionele vergelding (weerwraak) wat al met

noodweer in verband gebring is. In hoeverre vergelding en compensatio in die moderne deliktereg 'n bestaansreg het, wil ek my nie hier uitlaat nie.

7 Samevattend gee ek die volgende ter oorweging oor die rol van rixa:

a Rixa in die sin van 'n twis tussen persone kan nie duidelik met enige vereiste vir deliktuele aanspreeklikheid in verband gebring word nie. Die klem val eerder op provokasie en compensatio, waarvoor daar ook heelwat onsekerhede bestaan.

b Rixa mag in sekere gevalle daarop dui dat die beweerde lasterlike woorde nie deur 'n redelike man as lasterlik beskou sou word nie.

c Rixa in die sin van 'n twis tussen persone beteken nie dat daar noodwendig 'n regverdigingsgrond aanwesig is ten opsigte van lasterlike bewerings nie. Indien daar in 'n rixa-situasie sprake van provokasie, compensatio of 'n tipe proporsionele vergelding is, mag daar moontlik volgens die positiewe reg regverdiging vir lasterlike stellings wees. In die lig van heersende opvattings in verband met die algemene voorvereistes vir deliktuele aanspreeklikheid, doen ek nietemin aan die hand dat provokasie gewoonlik nie 'n regverdigingsgrond kan wees nie en dat compensatio en proporsionele vergelding om regspolitiese redes onwenslik is omdat dit wederregtelike eierigting mag aanmoedig. Wanneer oor die onregmatigheid van lasterlike bewerings wat in rixa gemaak is, besluit moet word, moet die bekende regverdigingsgronde soos noodweer nie uit die oog verloor word nie en kan die boni mores-toets ook soms 'n nuttige rol speel.

d Rixa kan beswaarlik animus iniuriandi (die wil om lasterlike bewerings te publiseer in die wete dat dit onregmatig is) uitskakel. Rixa dien eerder as bewys vir die bestaan van animus iniuriandi as vir die afwesigheid daarvan.

e Ek stem saam met Strauss, Strydom en Van der Walt a w 284 dat rixa 'n rol speel by die kwantum van genoegdoening. Die feit dat laster in 'n rixa-situasie gepubliseer is, mag tot gevolg hê dat die reputasie van die benadeelde in 'n mindere mate aangetas word as wat die geval sou gewees het indien die belasting koel en berekend geskied het. Voorts is dit redelik om aan te neem dat die sentimentele verlies (affektiewe skade) wat iemand ondervind wat òf in 'n rixa-situasie belaster is òf die dader geprovokeer het, minder is as wat andersins die geval sou wees. Die benadeelde voel eenvoudig minder

veronreg of verbitterd en het gevolglik 'n kleiner bedrag as genoegdoening nodig. In die beslissing onder bespreking is die provokasie (as oorsaak van die twis) dan ook tereg as 'n kwantum-faktor in ag geneem (684G).

f Alhoewel die finale bevinding in die onderhawige saak as korrek aangemerkt kan word, het die hof nie werklik in hierdie geval rixa duideliker omlyn as wat voorheen gedoen is nie. Rixa sou 'n vrugbare onderwerp vir verdere navorsing wees.

PJ VISSER

Universiteit van Suid-Afrika

MAYER v WILLIAMS 1981 3 SA 348 (A)

Proof of paternity: corroboration or caution?

The approach of the South African courts to the question of sufficiency of evidence in cases involving sexual intercourse has, until recently, not been consistent, but has varied according to whether the court is dealing with a criminal case or a civil case.

In criminal law

"[a]n accused may be convicted of any offence on the single evidence of any competent witness" (s 208 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977).

This provision is, in certain circumstances, amplified by the application of a cautionary rule. For example,

"cases of sexual assault require special treatment" (*R v W* 1949 3 SA 772 (A) 780).

The requirement is that the trier of fact should be cautious in relying on evidence that is subject to the cautionary rule, and should not rely on it

"unless there is some feature which renders it trustworthy" (Schmidt and Zeffertt *LAWSA* (ed: Joubert) vol 9 par 557).

The Civil Proceedings Evidence Act 25 of 1965 provides in section 16 that

"[j]udgment may be given in any civil proceedings on the evidence of any single competent and credible witness."

Despite this provision our courts have for many years held that in paternity cases the onus is on the plaintiff to prove that the defendant had sexual intercourse with her and, in addition, the courts have required corroboration of the plaintiff's evidence (*Mackay v Ballot* 1921 TPD 430; *Maharaj v Parandaya* 1939 NPD 239; *Perumal v Naidoo* 1975 3 SA 901 (N)). The plaintiff is not required to prove that the defendant is the father of the child. She only has to prove that he has had sexual intercourse with her. This gives rise to a presumption that the defendant is the father and the onus is then on the defendant to prove that he is not the father (*S v Swart* 1965 3 SA 454 (A)). It was, until recently, the woman's allegation that sexual intercourse had taken place between her and the defendant that needed corroboration. Corroboration is

"some evidence in addition to the woman's which, in some degree, is

consistent with her story and inconsistent with the innocence of the defendant" (*Mackay v Ballot* 1921 TPD 430 432).

As long ago as 1949 the appellate division in *R v W* 1949 3 SA 772 (A) 779 expressed the view that the question of corroboration in civil cases was one that could be re-examined and restated, but the discrepancy between civil and criminal law has only recently been resolved by the appellate division in *Mayer v Williams* 1981 3 SA 348 (A).

The requirement of corroboration in paternity cases developed from certain passages in Roman-Dutch law. According to Van Leeuwen

"a woman is not believed when she states that she has been seduced by someone . . . if the man denies it" (*RHR* 4 37 6, translation by Kotzé).

Van der Linden also states that

"if a man is ready to declare under oath . . . that he has had no sexual connection with the woman . . . his oath is preferred to hers" (*Koopmans Handboek* 1 16 4 2, Morice's translation).

In *Davel v Swanepoel* 1954 1 SA 383 (A) Van den Heever JA expressed the view that the requirement of corroboration was based on a misunderstanding of the Roman-Dutch law and procedure. This is further explained by Van den Heever in his *Breach of Promise and Seduction in SA Law* at 54. This view of Van den Heever JA has now been accepted by the appellate division in *Mayer v Williams* 351.

No longer is corroboration of the woman's evidence required in paternity cases, but (as in criminal cases concerning sexual offences) a cautionary rule will be applied—

"the trial court should, therefore, always warn itself of the inherent danger of acting upon the testimony of the complainant in a paternity case" (352).

The difference between requiring corroboration and applying a cautionary rule, is that corroboration demands

confirmatory evidence from an extraneous source, whereas the cautionary rule merely requires the court to exercise due caution.

The "inherent danger" referred to by Trengove JA in *Mayer v Williams* arises because the plaintiff, in paternity cases, may have a very strong motive for lying. For instance, a woman may well point to a wealthy man as the father of her child in preference to the true father, or she may simply point to the wrong man in order to protect the real father. It may also be difficult to reveal the falsity of her accusations in cross-examination, for every allegation she makes may be true, with the exception of one: the identity of the man involved.

Modern techniques have to a certain degree eliminated the risk of incorrect decisions in paternity cases. In the future, even the need for a cautionary rule in paternity cases may fall away when the parties submit to blood tests. On the HLA system of tissue typing it is possible to establish that there is a 99,85% probability that a particular man is the father of a child.

"[T]he chances of the plaintiff picking someone at random as the father with the right antigens would be 200 to 1 against" (*Van der Harst v Viljoen* 1977 1 SA 795 (C) 796H).

Of course, if a woman were to refuse to submit to blood tests, then the cautionary rule would certainly still apply. Darroll "We Be of One Blood, Ye and I" 1965 *SALJ* 317 suggests that a woman's refusal to have blood tests could be brought to the attention of the court and that the court would give varying weight to the refusal

"depending on such factors as the presence of a good and sufficient reason for the refusal" (322).

Before *Mayer v Williams* it was sometimes necessary for judges to search for corroborative evidence. See,

for instance, De Villiers JP in *Scholte-meyer v Potgieter* 1916 TPD 188:

“Having come to the conclusion that the plaintiff’s evidence is to be believed, the law still imposes upon me the duty of seeing that there is sufficient corroborative evidence . . . to enable me to give judgment in favour of the plaintiff” (191).

As a result of this our courts have at times accepted somewhat unconvincing evidence as corroboration. In *L v M* 1911 TPD 946 corroboration was found in the fact that the defendant had no aversion towards the plaintiff and that he desired to be in her company. In *Jacobs v Henning* 1927 TPD 324 the defendant, when accused of being the father, lowered his head,

looked shame-faced and remained silent. This was treated as corroborative evidence.

The decision in *Mayer v Williams* dispenses with the need for a judge who believes a plaintiff, to unearth some corroborative evidence before giving judgment in her favour. *Mayer v Williams* is also welcome because no longer is a greater certainty of proof being required “where civil rights are in issue than when a person is being tried criminally” (351). The discrepancy between civil law and criminal law in this situation has been resolved.

THERESA NOBLE

University of the Witwatersrand

Men legislate, it may be urged, not in accordance with their opinion as to what is a good law, but in accordance with their interest, and this, it may be added, is emphatically true of classes as contrasted with individuals . . .

Dacey in Sociology of Law (edited by Aubert) 73

Boeke

SUID-AFRIKAANSE STRAFPROSES

deur VG HIEMSTRA

Derde uitgawe, Butterworth, Durban 1981; lxxvii en 883 bl; prys R59,95

Die derde uitgawe van hierdie bekende en omvattende handboek verskyn redelik kort op die hakke van die tweede uitgawe wat in 1977 die lig gesien het. Die tweede uitgawe het egter feitlik gelyktydig met die nuwe Strafproseswet 51 van 1977 verskyn toe die nuwe wet heeltemal onbeproef was. Sedertdien is daar meer as 400 hofbeslissings gerapporteer waarin verskeie artikels van die nuwe wet uitgelê is. Daar het dus duidelik 'n behoefte aan 'n kommentaar aangaande die werking van die nuwe wet ontstaan, en die derde uitgawe van dié handboek is beslis nie prematuur nie.

Struktureel is daar weinig verskil tussen die tweede en derde uitgawe. By die derde uitgawe is 'n lys van ooreenstemmende artikels in die Strafproseswet van 1955 en die Strafproseswet van 1977 aangebring wat die leser in staat stel om met gemak die ooreenstemmende artikels in die twee wette na te gaan. Aanhangel 7 van die tweede uitgawe wat "Regulasies Ingevolge Artikel 334" geheet het en uit 'n enkele bladsy bestaan het, is weggelaat. Die betrokke artikel maak voorsiening vir die aanstelling van sekere persone as vredesbeamptes ingevolge die wet en die aanhangel het 'n lys daarvan bevat. Die aantal vredesbeamptes het intussen so vermeerder dat dit blykbaar nie meer prakties is om so 'n lys te probeer byhou nie. Die aanhangel wat weggelaat is, is egter vervang deur die

teks van die Wet op Vrederegters en Kommissarisse van Ede 16 van 1963. Die derde uitgawe is voorsien van sowel 'n "indeks" as 'n "index" wat uiters gerieflik is vir die leser wat meer met die Engelse terminologie vertrou is. Die derde uitgawe is 182 bladsye dikker as die tweede. Die verwysings na ander relevante bepalings in die wet wat verskyn aan die einde van die onderskeie aantekeninge ten opsigte van elke artikel, is aansienlik uitgebrei. Hofbeslissings en ander gesag is opgeneem tot September 1980.

Die strafproses is so dinamies dat 'n veertigtal artikels van die Strafproseswet van September 1980 tot aan die einde van Junie 1981 die verdere aandag van die hooggeregshof in gerapporteerde beslissings geniet het. Gerieflikheidshalwe sal daar in die loop van hierdie resensie ook ag geslaan word op hierdie bykomende regspraak, natuurlik sonder om enige refleksie op die skrywer te werp, dog slegs met die doel om die regspraak wat in die teks bespreek is nog verder by te werk.

Soos die noodlot dit wou hê, is subartikel 1(a) van artikel 7 (voorheen artikel 11 van die ou Strafproseswet 56 van 1955) kort na die verskyning van die derde uitgawe verder uitgelê in *Makhanya v Bailey* 1980 4 SA 713 (T), nadat daar die afgelope 25 jaar geen gerapporteerde beslissings in verband daarmee was nie.

Die hof het die skrywer se mening onderskryf dat, waar 'n voornemende privaatvervolger persoonlik by die aksie betrokke is, vermoënskade nie noodwendig 'n vereiste is om sy reg om te vervolg te fundeer nie. In *S v Boshoff* 1981 1 SA 393 (T) werp die Transvaalse Provinsiale Afdeling lig op artikels 25(3), 28(1)(b) en 27 wat ook voorheen nie uitgelê is nie. In hierdie interessante beslissing word die skrywer se mening ten opsigte van die uitleg van hierdie drie bepalings ook grotendeels bevestig. Die hof vestig egter die aandag op 'n leemte in artikel 27 wat blykbaar deur sowel die wetgewer as die skrywer oor die hoof gesien is. Dit is naamlik dat artikel 27 (wat die gebruik van nodige geweld by visentering magtig) slegs betrekking het op die betreding van persele deur vredesbeamptes ten einde getuïenis te verkry ingevolge artikel 26. Die artikel swyg ten opsigte van die uitoefening van geweld ingevolge artikel 25. In sy bespreking van artikel 25(3), onder die opskrif "Sonder Lasbrief" (38), verwys die skrywer verkeerdelik na artikel 28(1)(c). Artikel 28 bestaan slegs uit sub-artikels 1(a), 1(b)(i), 1(b)(ii) en (2). Vermoedelik het die skrywer artikel 28(1)(b)(ii) hier in gedagte. In *S v Thebe* 1981 1 SA 504 (BSC) word artikel 30(a) deur die skrywer self, in sy hoedanigheid van hoofregter van Bophuthatswana, uitgelê. In hierdie uitspraak word die prosedure ten opsigte van die beskikking oor bederfbare bewysstukke breedvoerig uitgespel. In *S v Tsoai* 1981 1 SA 348 (O) word artikel 35(1)(b), wat betrekking het op die verbeurdverklaring van voorwerpe ensovoorts wat in die loop van die pleging van 'n misdaad gebruik is, uitgelê. Heeltemal tereg bevind die hof dat artikel 35(1)(b) slegs die verbeurdverklaring van geld en voorwerpe wat by die pleging van die besondere misdaad in die klagstaat genoem word, magtig. Derhalwe word die verbeurdverklaring van geld wat in die betrokke geval in die besit

gevind is van 'n persoon wat aan 'n oortreding van artikel 2(a) van die Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums 41 van 1971 (handeldryf in afhanklikheidsvormende stowwe) skuldig bevind is, ter syde gestel aangesien die getuïenis aangetoon het dat die betrokke geld die opbrengs was van 'n transaksie wat nie in die klagstaat genoem is nie. Op sy kenmerkend deeglike wyse bespreek die skrywer die bepalings van die genoemde Wet op Afhanklikheidsvormende Stowwe in die loop van sy kommentaar op artikel 35 van die Strafproseswet. Hy wys ook daarop dat die bepalings van artikel 8(b) van die Wet op Afhanklikheidsvormende Stowwe (wat ook sekere verbeurdverklarings magtig) in hierdie besondere opsig in ooreenstemming met artikel 35(1)(b) van die Strafproseswet is. Daar kon egter bygevoeg gewees het dat daar, ingevolge artikel 8(d) van die Wet op Afhanklikheidsvormende Stowwe, in die geval van 'n tweede of daaropvolgende skuldigbevinding, beslag gelê kan word op enige geld in die beskuldigde se besit of selfs in sy bank- of spaarrekening, selfs al word daar geen verband hoegenaamd bewys tussen die handeldryf en die betrokke geld nie.

Artikel 40(1) (met betrekking tot inhegtenisneming deur 'n vredesbeampte sonder lasbrief) en artikel 49(2) (met betrekking tot die aanwending van noodlottige geweld by 'n gepoogde inhegtenisneming) is in *S v Nel* 1980 4 SA 28 (OK) uitgelê. Naas *Minister van Polisie v Gamble* 1979 4 SA 759 (A) wat ook maar net rakelings betrekking het op artikel 40(1) en derhalwe nie in hierdie verband deur die skrywer bespreek word nie (hoewel hy dit elders wel deeglik bespreek), is *S v Nel* van besondere belang. Dit is nie slegs die eerste gerapporteerde beslissing op hierdie besondere gebied van die Strafproseswet nie, maar die hof het

ook in die loop van sy beslissing besonder aandag geskenk aan die kwessie van opset en die uitwerking van die bekende *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A) op die uitleg van artikel 49(2). Daar kan met verwagting uitgesien word na die skrywer se mening oor hierdie belangrike aangeleentheid in die volgende uitgawe, of miskien in 'n byvoegsel oor 'n jaar of wat.

Die skrywer se aantekening op artikel 50 behels 'n beskrywing van al die verskillende prosesregtelike moontlikhede wat onmiddellik op arrestasie kan volg. Vanweë die wysiging van hierdie artikel, asook die wysiging van artikel 75 (as gevolg van *Ex parte Prokureur-generaal van Transvaal (In re Nhlabati)* 1978 4 SA 15 (T)) en die invoeging in die wet van artikel 122A, is die moontlikhede van arrestasie uitgebrei en is die skrywer se kommentaar op artikel 50 gevolglik taamlik breedvoerig. Die beslissings in *S v Simango* 1979 3 SA 189 (T), *Deary v Acting President of Rhodesia* 1979 4 SA 43 (R) en *Acting President of Rhodesia v Deary* 1979 4 SA 39 (RAD) het in hierdie verband ook heelwat kommentaar van die skrywer uitgelok. Afgesien van die feit dat die skrywer se kommentaar op artikel 50 vir die praktisyne die Pandoraskis van al die moontlike wendings wat 'n strafsak onmiddellik na arrestasie kan neem, ontsluit, bied hierdie bespreking vir die dosent uitmuntende eksamenmateriaal!

Sedert die verskyning van die boek is artikel 57(7), betreffende die bekragtiging van skulderkenningsboetes deur landdroste, drie maal deur die hooggeregshof uitgelê. In twee beslissings van die Natalse Provinsiale Afdeling, naamlik *S v Harley* (hersieningsak 3248/1979 – nie gerapporteer nie) en *S v Mahabeer* 1980 4 SA 491 (N), het die hof met *S v Hoema* 1978 2 SA 703 (T) wat deur die skrywer onderskryf word (128), verskil. Die Natalse hof het bevind dat as nuwe feite na bekragtiging van

die skulderkenning onder die landdros se aandag sou kom, wat sou aandui dat die skulderkenning nie “in accordance with justice” was nie, die landdros self geregtig is om die skulderkenning ter syde te stel. In *S v Marion* 1981 1 SA 1216 (T) het regter Eloff van die Transvaalse Provinsiale Afdeling, na deeglike oorweging van *Harley* en *Mahabeer*, egter besluit om die vroeëre beslissing van *Hoema* te volg en bevind dat die landdros functus officio was na oorweging en bekragtiging van die skulderkenningsboete. Die skrywer se mening dat sulke sake slegs reggestel kan word deur hulle vir spesiale hersiening aan die hooggeregshof te stuur, is dus deur die Transvaalse Provinsiale Afdeling gehandhaaf.

S v Makgetle 1980 4 SA 257 (BSC) kan in die boek op 239 ná die verwysings na *Zackey v Magistrate of Benoni* 1957 3 SA 12 (T) en *S v Mphetswa* 1979 1 SA 925 (T) as verdere gesag bygevoeg word in die kommentaar op artikel 106(4).

Die skrywer se kommentaar op artikel 108 van die wet is, hoofsaaklik as gevolg van die beslissings van *S v Papenfus* 1978 4 SA 32 (T), *S v Maloyi* 1978 1 SA 516 (O) en *S v Malebo* 1979 2 SA 636 (B), heelwat uitgebrei. In sy bespreking kom die belangrikheid van die voorbehoud in artikel 108 met die woorde “behoudens die bepalinge van artikels 115, 122 en 141(3)” sterk na vore. Onskuldig soos die artikel op die oog af mag lyk – dit maak slegs daarvoor voorsiening dat, as die beskuldigde enige pleit anders as skuldig pleit, hy geregtig is om aan te dring op die beregting van die geskilpunte wat deur sodanige pleit geopper word – bring egter, soos die skrywer nou aandui, die voorbehoud mee dat as artikel 115 saam met artikel 220 (ten opsigte van formele erkennings) gelees word, dit kan gebeur dat 'n beskuldigde wat onskuldig pleit maar genoegsame erkennings in die loop van die ondervraging ingevolge artikel 115 maak, skuldig bevind

kan word sonder die aanhoor van 'n enkele woord getuienis. Met inagneming van die deeglike ondervraging wat ingevolge artikel 112(1)(b) by 'n pleit van skuldig vereis word, wil dit voorkom asof 'n beskuldigde wat onskuldig pleit, maar weens die bogemelde uitwerking van artikel 108 geles met artikels 115 en 220 skuldig bevind word, in 'n nadeliger posisie verkeer as wat die geval sou gewees het indien hy skuldig sou gepleit het. Die rede hiervoor is dat hy die beskerming verloor wat ingevolge artikel 112(1)(b) aan die persoon wat skuldig pleit verleen word.

Die skrywer se inleiding tot die artikels oor regsbevoegdheid in hoofstuk 16 is bygewerk en effens uitgebrei. 'n Waardevolle byvoeging is die hooggeregshofreël wat betrekking het op rondgaande howe.

Weens die groot aantal beslissings wat in hierdie verband sedert die inwerkingtreding van die wet gerapporteer is, is die skrywer se kommentaar op die sleutelartikels 112 en 115 en die gepaardgaande artikels 113 en 114 aansienlik aangepas en uitgebrei. In hierdie verband is die skrywer se standpunt ten opsigte van informele erkennings vir die doeleindes van artikel 115 merkwaardig. Die skrywer verskil met die mening wat in hierdie verband deur die Transvaalse Provinsiale Afdeling in *S v Thela* 1979 3 SA 1018 (T) 1020G uitgespreek is en wys daarop dat die tekortkoming in die *Thela*-beslissing te wyte is aan die feit dat die hof die onderskeid tussen formele en informele erkennings oor die hoof gesien het. Ter staving van hierdie siening verwys hy na *S v Malebo* 1979 2 SA 636 (B) 640G, *S v Mogoregi* 1978 3 SA 12 (O) en Van der Merwe *Handleiding tot Artikels 112 en 115 van die Strafproseswet* (1980) 74-84.

In die tweede uitgawe (225-226) het die skrywer die mening uitgespreek dat, wanneer daar meer as een beskuldigde is, dit nie noodsaaklik

is dat die pleitverduideliking in die gesamentlike teenwoordigheid van die beskuldigdes moet plaasvind nie. Trouens, volgens die skrywer se mening in die tweede uitgawe (egter gewysig in die tweede kumulatiewe byvoegsel 27), sou dit moontlike voordele inhou as die een beskuldigde nie die ander se pleitverduidelikings aanhoor nie. Hierdie mening is deur Ferreira *Strafproses in die Laer Howe* 2e uitgawe 344 in twyfel getrek. In die betrokke uitgawe gee die skrywer toe dat, aangesien medebeskuldigdes mekaar aangaande hulle onderskeie pleitverduidelikings kan kruisvra, die pleitverduideliking van elke beskuldigde in die teenwoordigheid van die ander beskuldigdes moet plaasvind en dat, indien 'n beskuldigde ingevolge artikel 157 in 'n stadium bygevoeg sou word wanneer sy medebeskuldigdes reeds hulle pleitverduidelikings afgelê het, die bygevoegde beskuldigde in kennis gestel moet word van die vroeëre pleitverduidelikings. Hierdie sienswyse is gehandhaaf in *S v Hartkopp* 1981 1 SA 992 (T) waar bevind is dat die afsonderlike aanhoor van pleitverduidelikings onreëlmatig is. (Sien in hierdie verband ook *S v Ngobeni* 1981 1 SA 506 (B).)

S v Rademeyer 1981 1 SA 1205 (O) het betrekking op die situasie waar 'n skriftelike verklaring vir doeleindes van artikel 115(1) op 'n aanklag van moord in 'n latere stadium, in 'n ander hof, by 'n verklaring ingevolge artikel 112(1) ingelyf word nadat die saak deur die prokureur-generaal na die streekhof verwys is vir verhoor van die beskuldigde op 'n aanklag van strafbare manslag. Hierdie beslissing is relevant vir die bespreking van beide bogenoemde artikels, asook vir artikels 119 en 122A. Die lotgevalle van 'n pleitverduideliking wat gelewer word in omstandighede waar artikel 119 van toepassing is en die prokureur-generaal besluit om die beskuldigde op 'n ander aanklag te vervolg, word ongelukkig nie deur die skrywer bespreek nie. Daar kan egter voorspel

word dat die omstandighede van hierdie saak hulle sal herhaal en dat 'n hof, anders as in die betrokke geval, sal moet bevind dat die twee verkларings wel teenstrydighede bevat.

S v Abrahams 1980 4 SA 665 (K) is ook te laat gerapporteer om deur die skrywer bygewerk te kon word. Die hof het hier bevind dat waar 'n aanvanklike pleit van onskuldig in die loop van die verhoor na skuldig verander word, die bepalings van artikel 112(1) (b) ten opsigte van die ondervraging van die beskuldigde net so gebiedend is asof die pleit van skuldig by die aanvang van die verhoor aangebied is.

Die situasie waar die hof, na afhandeling van die ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b), tot 'n onjuiste gevolgtrekking ten opsigte van die regsposisie kom en gevolglik 'n pleit van skuldig aanteken in omstandighede waar, byvoorbeeld, 'n geldige verweer geopper is, of waar onvoldoende erkenning gegee is aan die elemente van die misdaad, het ter sprake gekom in *S v Letuka* 1981 1 SA 76 (O). (Sien ook *S v Gabriel* 1981 2 SA 156 (SWA).) In *Letuka* het die hof bevind dat die hooggeregshof wat die hersiening of appell behartig, in gepaste omstandighede 'n diskresie het om self die saak af te handel en nie noodwendig gebonde is om ingevolge artikel 312(1) die saak na die verhoorhof terug te verwys nie. Hoewel die skrywer wel verwys na *S v Olckers* 1978 4 SA 169 (SWA), waarin die standpunt gehuldig word dat die bepalings van artikel 312(1) gebiedend is (266), het hy *S v Malikhethla* 1978 3 SA 11 (O) klaarblyklik oor die hoof gesien; gevolglik het ons nie die voordeel van sy oorwoë mening in hierdie verband nie.

Die skrywer se mening (282) dat pleitverduidelikingsverrigtinge kragtens artikel 119 wel by die verhoorhof ontvanklik is op 'n aanklag van moord in omstandighede waar die oplegging van die doodvonnis nie

waarskynlik is nie, word gesteun in *S v Mboyi* 1981 2 SA 494 (V) 496-497. Die skrywer se kritiek (278) op die beslissing in *S v Motswadira* 1979 2 SA 1175 (NK) aangaande die juiste uitleg van artikel 118 word in *S v Boorman* 1981 2 SA 852 (K) gesteun. *S v Russell* 1981 2 SA 24 (K) steun ook in beginsel die skrywer se mening aangaande die uitleg van artikel 112(3) en kan gevoeg word by die gesag deur hom aangehaal op 265.

Na aanleiding van *S v Mbhele* 1980 1 SA 295 (N) verklaar die skrywer (268) dat 'n pleit van skuldig slegs verander mag word indien die beskuldigde die hof oortuig dat die een of ander van die omstandighede genoem in artikel 113 aanwesig is. In *S v Zwela* 1981 1 SA 335 (O) verskil die hof met die siening gehuldig in *Mbhele* en bevind dat die aangeleentheid nie uitsluitlik deur artikel 113 gereël word nie, maar dat gemeenregtelike beginsels in hierdie verband in gepaste omstandighede ook van toepassing mag wees.

Die belangrike appèlhofbeslissing in *S v Mavhungu* 1981 1 SA 56 (A) raak die uitleg van artikels 121(5)(b), 277, 315 en 316 van die wet. In die betrokke geval het die appellant by sy verskyning voor die landdros ingevolge artikel 119, op 'n aanklag van moord skuldig gepleit en sekere inkriminerende feite erken by die ondersoek ingevolge artikel 112(1)(b). By die daaropvolgende verhoor in die rondgaande hof is die staat se saak na aanhoor van getuienis gesluit en het die appellant verkies om nie getuienis af te lê nie. Die hof bevind dat die getuienis die appellant se pleit van skuldig bevestig en vind hom aan moord skuldig. By die ondersoek om te bepaal of daar versagte omstandighede aanwesig is, het die appellant egter besluit om getuienis af te lê. Uit hierdie getuienis blyk dit dat appellant slegs aan sameswering en begunstiging skuldig was en nie aan moord nie. Laasgenoemde bevinding is na ontleding van die getuienis deur die appèlhof gemaak - nie deur die

hof a quo nie. Die hof a quo het bevind dat daar geen versagtende omstandighede was nie en het die appellant tot die dood veroordeel. Met verwysing na *S v Mamba* 1957 2 SA 420 (A) 421F ('n beslissing wat nie deur die skrywer bespreek word nie), bevind die appèlhof dat daar niks in artikels 315 of 316 is wat verhoed dat 'n persoon wat op 'n aanklag van moord skuldig gepleit het teen 'n skuldigebevinding op daardie aanklag kan appelleer nie. Die appèlhof bevind ook verder dat die stelling in *Mamba* (422A) dat 'n persoon wat skuldig gepleit het slegs in uitsonderlike gevalle op verligting deur die appèlhof geregting sou wees, nou wegval in daardie gevalle waar so 'n persoon die doodstraf opgelê is, aangesien die voorbehoud tot artikel 121(5)(b) nou bepaal dat die doodvonnis nie opgelê mag word nie tensy die skuld van die beskuldigde bewys is asof hy onskuldig gepleit het. Sodanige appèlle moet dus op die gewone wyse hanteer word. In die loop van sy beslissing (65D-H) gee die hof ook uitsluitel oor 'n verdere twisvraag wat deur die skrywer op 596 geopper is. Dit is naamlik of verontskuldigende getuienis wat eers gedurende die ondersoek ingevolge artikel 277 na die kwessie van versagtende omstandighede te voorskyn kom, beskou moet word as nuwe getuienis wat aangebied word ingevolge artikel 316(3). Na aanleiding van *S v Sparks* 1972 3 SA 396 (A) 404E bevind die hof dat, alhoewel die aanvanklike vasstelling van skuld en die ondersoek na die moontlike aanwezigheid van versagtende omstandighede in twee fases geskied, albei ondersoeke in die gevalle genoem in artikel 277, deel uitmaak van die hof se uitspraak of "verdict." Verder bevind die hof dat die verhoor, in die tegniese sin van die woord, nog nie afgehandel is nie totdat die bevinding oor die kwessie van versagtende omstandighede of, in die ander gevalle genoem in artikel 277, verswarende omstandighede, uitgebring is. Om dié

rede moet getuienis wat in die loop van die tweede fase aan die lig kom, nog steeds beskou word as getuienis in die loop van die verhoor en dus nie as "nuwe getuienis" vir doeleindes van artikel 316(3) nie. Die appèlhof is dus geregtig om, in appèl, getuienis ter versagting in ag te neem by die oorweging van die skuld of onskuld van die appellant. *S v Mboyi* 1981 2 SA 494 (V) vul die bogemelde *S v Mavhungu* aan met betrekking tot die uitleg van artikel 121(5)(b). (Trouens, beide sake het hul oorsprong in Venda se hooggeregshof gehad.) Volgens die *Mboyi*-beslissing sluit die voorbehoud in artikel 121(5)(b) nie die toelaatbaarheid van die oorkonde van die landdros of magistraat se ondervraging van die beskuldigde ingevolge artikel 112(1)(b), gelees met artikel 119, uit nie, al word die beskuldigde van moord aangekla en al is die oplegging van die doodvonnis waarskynlik. Volgens hierdie beslissing beteken die voorbehoud in artikel 121(5)(b) slegs dat die doodvonnis nie opgelê mag word nie, tensy daar getuienis voorgelê is soos in enige ander verhoor. Ofskoon 'n pleit van onskuldig in moordsake altyd in die hooggeregshof aangeteken word, maak die oorkonde van die ondervraging deur die landdros of magistraat ingevolge artikel 112(1)(b) nog steeds deel van die bewysmateriaal uit, net soos erkennings gemaak in die loop van die voorlopige ondersoek in die verlede deel uitgemaak het van die bewysmateriaal. Dit is nie voldoende om in gevalle waar die doodvonnis opgelê mag word, die beskuldigde op grond van sodanige oorkonde alleen skuldig te bevind nie. Die nodige viva voce getuienis moet ook aangehoor en gewoonweg beoordeel word, met inagneming van die aanvanklike pleit van skuldig en die erkennings gemaak in die loop van die ondersoek ingevolge artikel 112(1)(b) in die laer hof.

In *S v M* 1980 4 SA 404 (O) het die uitleg van artikels 122A en 122C ter sprake gekom. Die betrokke artikels

handel oor die situasie waar 'n beskuldigde ingevolge artikel 50(1) voor 'n distriklanddros gebring is en gevra is om te pleit op 'n aanklag wat om die een of ander rede die regsbevoegdheid van die landdros te bowe gaan maar nie dié van die streekhof nie. Artikel 122C(2)(a) bepaal dat indien die landdros by 'n pleit van skuldig, en na ondervraging van die beskuldigde ingevolge artikel 112(1)(b), oortuig is van die beskuldigde se skuld, hy die saak moet "verdaag . . . vir vonnis deur die betrokke streekhof." In *S v M* bevind die hof, na aanleiding van die inhoud van subartikels 3(a) en 3(b) van artikel 122C, dat die woorde "verdaag . . . vir vonnis" nie beteken dat die landdros die beskuldigde skuldig moet vind voordat hy die saak verdaag nie. Hoewel die pleit van skuldig en die oorkonde van die ondervraging in die distrikshof deel uitmaak van die rekord van die verhoor in die streekhof, is dit laasgenoemde hof wat die skuldigbevinding moet oorweeg en uitbring indien hy tevrede is dat die beskuldigde inderdaad skuldig is. Die skrywer se aantekening op artikel 122C (286-287) is in ooreenstemming met hierdie uitleg. Minder bevredigend, egter, is sy bespreking van hierdie aangeleentheid na aanleiding van artikel 50 (104) waar hy verklaar, weliswaar in die woorde van die wetgewer: "Indien hy skuldig pleit, kom die voorskrifte van artikel 122C in werking en gaan die saak na die streekhof vir vonnis." Soos die hof in *S v M* tereg opmerk, getuig hierdie artikel nie van noukeurige woordgebruik nie en kan die leser wat nie die moeite doen om die aantekening op artikel 122C te lees nie maklik deur die aantekening op artikel 50 mislei word.

Die mening van die hof in *S v Motaung* 1980 4 SA 131 (T) ten opsigte van die noodsaaklikheid vir die hof om die onverdedigde beskuldigde se regte aan hom te verduidelik, bevestig die skrywer se standpunt in dié

verband en kan bygevoeg word by die gesag aangehaal op 319. Die hof se opmerkings in die reeds genoemde *S v Ngobene* 1981 1 SA 506 (B) ten opsigte van die volgorde waarin beskuldigdes moet getuig, sal sekerlik in 'n toekomstige uitgawe of byvoegsel die aandag van die skrywer geniet in sy reeds breedvoerige en insiggewende aantekening op artikel 151.

Die bekende beslissing van die appèlhof in *S v Khanyapa* 1979 1 SA 824 (A) word deur die skrywer bespreek in sy aantekening op artikel 195 aangaande die bevoegdheid van 'n eggenoot of eggenote om teen die beskuldigde te getuig, asook in sy aantekening ten opsigte van artikels 219 (ivm bekennis) en 235 (ivm die bewys van geregtelike verrigtinge). Die skrywer neem sterk standpunt in aangaande die juistheid van hierdie beslissing en daar is miskien veel te sê ten gunste van sy argument in dié verband, maar dit moet aan die bewysregdeskundiges oorgelaat word om die netelige punte wat in hierdie beslissing geopper word uit te stryk – sodanige poging word beslis nie in die loop van hierdie resensie beoog nie! Dit wil egter voorkom asof die skrywer gelyk het met sy voorstel (398) dat die dilemma vermy kan, en behoort te word deur aparte verhore in hierdie soort omstandighede in te stel. Dit lyk veels te veel na "sharp practice" aan die kant van die staat as 'n aanklag van aanranding op die beskuldigde se vrou saamgevoeg word met 'n aanklag van moord op iemand anders, sodat die vrou se getuie – al is dit met 'n ompad – teen haar man gebruik kan word in verband met die moordklagte. Dit verydel immers die duidelike bedoeling van die wetgewer in artikel 196.

Die skrywer se bespreking van die beskerming van getuies teen selfinkriminasie en kwytstelling of vrywaring ingevolge artikels 203 en 204 is, na aanleiding van *S v Wait* 1978 3 SA 896 (O), *S v Bosman* (1) 1978 3

SA 903 (O), *S v Bosman*, *S v Kleinschmidt* (2) 1979 1 SA 277 (O) en *S v Bosman*, *S v Kleinschmidt* (3) 1980 1 SA 852 (A) heelwat uitgebrei.

S v Lubbe 1981 2 SA 854 (K) kan gevoeg word by die gesag aangehaal deur die skrywer in verband met kwytskelding. So ook kan *S v Nkhahale* 1981 1 SA 320 (O) gevoeg word by die gesag wat deur die skrywer aangehaal is (443-445) ten opsigte van die uitleg van artikel 212(4)(a). Volgens hierdie beslissing is die inhoud van 'n sertifikaat wat ingevolge artikel 212(4)(a) ingedien is, prima facie bewys van die feite wat daarin gekonstateer word. Daar word egter aan die hand gedoen dat die deskundigheid van die deponent streng relevant moet wees en dat hierdie feit duidelik moet blyk uit die sertifikaat. So, byvoorbeeld, waar dit uit die sertifikaat duidelik blyk dat die deponent 'n deskundige op die gebied van die sterrekunde is, sou dit nie logies wees om sy deskundigheid sonder meer te aanvaar ten opsigte van feite wat geag kan word deur bedrewenheid in die skeikunde vasgestel te gewees het nie.

S v Lalamani 1981 1 SA 999 (V) en *S v Magagula* 1981 1 SA 771 (T) kan gevoeg word by die gesag genoem deur die skrywer in die loop van sy breedvoerige bespreking van die toelaatbaarheid van bekentenisse (a 217(3)). Die skrywer se mening (476) dat artikel 218(2) slegs getuienis van aanwysings deur die beskuldigde gedoen wettig, en nie ook die voorlegging van ontoelaatbare bekentenisse onder die skyn van getuienis van aanwysing nie, is deur die appèlhof bevestig in *S v Mbele* 1981 2 SA 739 (A). Daar kan voorspel word dat, na aanleiding van *S v Yolelo* 1981 1 SA 1002 (A), die skrywer se huidige, byna kriptomiese aantekening oor artikel 219A, aansienlik uitgebrei sal word.

Die skrywer se aantekening oor die belangrike artikel 220 is in die lig van *S v Seleke* 1980 3 SA 745 (A), waarteenoor hy ietwat krities staan, en *S v Malebo* 1979 2 SA 636 (B) grotendeels oorgeskryf. Dit is ook merkwaardig

dat, in sy nuwe aantekening op artikel 220, die skrywer die mening uitspreek dat *S v Bruce* 1972 4 SA 547 (N) en die sogenaamde "Valachia-reël" ook op erkennings ingevolge artikel 220 van toepassing is. Na aanleiding van hierdie mening van die skrywer wil dit dus voorkom asof dit 'n geval is van "all-or-nothing." Die hof kan byvoorbeeld nie net daardie gedeeltes van 'n beskuldigde se pleitverduideliking in ag neem, en as erkennings aantekene, wat tot sy nadeel strek nie. Selfs die feite wat tot sy voordeel strek moet in ag geneem word – tensy hulle natuurlik deur die staat weerlê word.

Tot die lys van "dokumente" vir die doeleindes van artikel 221 wat deur die skrywer genoem word (482), kan na aanleiding van *S v Harper* 1981 1 SA 88 (D) "computer print-outs" of state, rekeninge, en so meer wat deur 'n rekenaar gedruk is, die sogenaamde "gekomperiseerde state," gevoeg word. Hierdie beslissing raak ook die uitleg van artikel 332 met betrekking tot die aanspreeklikheid van regs persone, hul direkteure en dienaars. In die loop van sy bespreking van artikel 222 (wat die bepalings van artikels 33 en 38 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 mutatis mutandis op strafsake van toepassing maak) en in sy kritiek op die bekende appèlhofbeslissing in *Narlis v South African Bank of Athens* 1976 2 SA 573 (A), loop die skrywer die mening van die hof in *S v Harper* supra, aangaande die toelaatbaarheid van gekomperiseerde state, vooruit. Dit is egter merkwaardig dat die *Narlis*-beslissing blykbaar nie deur die hof in die *Harper*-beslissing oorweeg is nie.

Die opvolger tot laasgenoemde *Harper*-beslissing, te wete *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D), kan by die skrywer se bespreking van *S v Heller* (2) 1964 1 SA 524 (W) en *S v Shaban* 1965 4 SA 646 (W) in verband met artikel 245 gevoeg word. Laasgenoemde artikel skep 'n vermoede dat

as daar bewys word dat die beskuldigde 'n valse voorstelling gemaak het, hy van die valsheid daarvan bewys was. Die mening deur die skrywer uitgespreek aangaande die posisie waar die betrokke voorstelling op die toekoms betrekking het, word in die jongste *Harper*-beslissing deur die hof beaam. By hierdie bespreking (513) is daar 'n klein drukfoutjie. Die artikel waarop die bladsy betrekking het, is artikel 245, nie artikel "244" nie.

By sy bespreking, met betrekking tot artikel 256, van poging (535), het die skrywer, na aanleiding van *S v Mmolawa* 1979 2 SA 644 (B), 'n verdere paragraaf ingevoeg oor die onderskeid tussen voorbereidende en uitvoeringshandelinge en die "begin van die volvoering" nader toegelig. Volgens die skrywer moet daar na gelang van die omstandighede beoordeel word of die situasie so is dat dit in alle billikheid binne of buite die grense van strafwaardigheid val. Indien dit as 'n strafwaardige handeling aanvoel word, is dit deel van die volvoering en derhalwe poging. Misken het die skrywer gelyk; ten spyte van die talle teorieë in hierdie verband (sien Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* (1970) bd I 831-835), het die hof nog geen bevredigende toets uitgewerk nie en bly dit maar 'n kwessie van gesonde juidisiële oordeel en aanvoeling. Ten opsigte van ondeugdelike poging geniet die bekende *S v Palmos* 1978 2 SA 82 (A) die skrywer se aandag. Hy wys daarop dat die twyfel wat in die *Palmos*-beslissing uitgespreek is oor die juistheid van die bekende *Davies*-beslissing in hierdie verband, vanweë die Engelse beslissing in *Haughton v Smith* 1973 3 AER 1109 ontstaan het, en dat die Engelse en Suid-Afrikaanse benaderings tot ondeugdelike poging daarin verskil dat die Suid-Afrikaanse benadering op 'n subjektiewe misdadige gesindheid berus, terwyl die Engelse benadering 'n objektiewe benadering is. 'n Verdere

paragraaf oor stilswyende dreigemente van geweld by roof is ook na aanleiding van *S v MacDonald* 1980 2 SA 939 (A) by hierdie aantekening ingevoeg.

Die skrywer se mening, na aanleiding van artikel 260, dat twee afsonderlike skuldigebevindings van diefstal en aanranding onderskeidelik bevoeg is op 'n enkele aanklag van roof, is weer eens bevestig in *S v Matjeke* 1980 4 SA 267 (B). Ten opsigte van die vraagstuk of handsakgrypery roof is, ondersteun die skrywer die bevestigende obiter dictum van die hoofregter in *S v Mogala* 1978 2 SA 412 (A). Resenter beslissings in hierdie verband en die kwessie of 'n skuldigebevinding aan roof geregverdig is in omstandighede waar 'n skuldigebevinding aan selfs gewone aanranding by handsakgrypery onwaarskynlik sou wees, dit wil sê waar die sak gegryp is sonder dat daar weerstand gebied is of dat daar aan die persoon van die slagoffer geraak is, word ongelukkig nie bespreek nie.

Die skrywer se inleiding tot die artikels oor vonnis in hoofstuk 28 is oorgeskryf en heelwat uitgebrei. Onder die hoof "Algemene Riglyne" is 'n insiggewende paragraaf ingevoeg oor die doelstellings van straf. Onder die hoof "Versagtende Faktore" is die bespreking van dronkenskap heelwat en krities uitgebrei. Ten spyte daarvan dat die appèlhofbeslissing van *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) nie betyds gerapporteer was nie, slaag die skrywer, hoofsaaklik na aanleiding van *S v V* 1979 2 SA 656 (A) en die beslissing in *S v Chretien* 1979 4 SA 871 (D), om tot bykans dieselfde gevolgtrekking as die appèlhof te kom aangaande die toepaslikheid van die verwerping van *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A). Die bywerk van die appèlhof se beslissing in hierdie verband sal nie veel verandering aan die teks meebring nie. 'n Paragraaf is ook ingevoeg oor die posisie waar daar newewerking tussen alkohol en verdowingsmiddels

is. Na aanleiding van *S v Deal Enterprises* 1978 3 SA 302 (W), is 'n nuwe paragrafie oor samewerking met die polisie as 'n versagterende omstandigheid ingevoeg. Van besondere waarde in hierdie inleiding is die invoeging van 'n reeks voorbeelde van vonnisse ten opsigte van besondere misdade.

Die skrywer se aantekening oor artikel 297 aangaande die opskorting en uitstel van vonnisse is ietwat uitgebrei. In die nuwe aantekening beklemtoon hy die onderskeid tussen positiewe en negatiewe voorwaardes vir uitstel of opskorting. Op hierdie gebied is een nuwe beslissing gerapporteer, naamlik *S v Pretorius* 1980 4 SA 568 (T). Hierdie beslissing raak ook die uitleg van artikel 296 aangaande die strafhewe se bevoegdheid om persone wat aan sekere misdade skuldig bevind is, na rehabilitasiesentrums te verwys. Die hof stem egter saam met die skrywer se uitleg van beide hierdie artikels.

Die skrywer se inleiding tot hersienings en appelle in hoofstuk 30 is

uitgebrei en bygewerk. 'n Belangrike byvoegsel is die teks van reël 53 van die Hooggeregshofreëls ten opsigte van hersienings.

Ten opsigte van artikel 300, wat betrekking het op die betaling van vergoeding aan slagoffers van sekere misdade, merk die skrywer op dat die artikel slegs van toepassing kan wees in gevalle waar die beskuldigde wel kan betaal of oor genoegsame bates beskik waarop beslag gelê kan word. In *S v Baloyi* 1981 2 SA 227 (T) word hierdie passasie met goedkeuring aangehaal, met die byvoeging dat die gee van 'n bevel tot vergoeding onvanpas is in omstandighede waar die beskuldigde nie onmiddellik die bevel kan bevredig nie en 'n aansienlike termyn van gevangenisstraf opgelê is.

Dit ly geen twyfel nie dat die derde uitgawe van hierdie onontbeerlike handboek dieselfde groot aansien sal geniet as die eerste twee uitgawes.

AJ MIDDLETON
Universiteit van Suid-Afrika

MAIOR VIGINTI QUINQUE ANNIS: ESSAYS IN COMMEMORATION OF THE SIXTH LUSTRUM OF THE INSTITUTE FOR LEGAL HISTORY OF THE UNIVERSITY OF UTRECHT

onder redaksie van JE SPRUIT

Van Gorcum, Assen 1979; ix en 201 bl; prys 39,50 gulden

Hierdie werk is die tiende wat sedert 1955 in die reeks *Bijdragen van het Instituut voor Rechtsgeschiedenis der Rijksuniversiteit te Utrecht* verskyn. In sy voorwoord wys die redakteur daarop dat, deur die publikasie van hierdie versameling van twaalf artikels van hoofsaaklik regshistoriese aard, 'n tweërlei doel beoog word wat daarin bestaan dat

“the creation of the Institute many years ago could be commemorated in a dignified manner and the further development of education and research in the field of legal history could be promoted” (vii).

Wat die eersvermelde motivering betref, is dit welbekend dat die “Festschrift”-gebruik veral in die Europese sfeer populêr is: hierdie publikasie vorm dus nog 'n toevoeging tot 'n magdom soortgelyke werke. 'n Mens kan, formidabele publikasiekoste ten spyte, verklaar dat hierdie tendens veral gedurende die afgelope dekade in Suid-Afrika te bespeur is, sodat hierdie “genre” vir juriste te lande nie 'n vreemde verskynsel is nie. (Voorbeelde van plaaslike publikasies waarin hulde aan besondere individue – in teenstelling met instellings of gebeurtenisse – betuig word, is die

bundels ter ere van professore Pont (1970), Swanepoel (1976), Beinart (1978-1979, drie bande), De Wet (1979) en wyle hoofregter Steyn (1980.).

Soos verwag kan word, met inagneming van die wye verskeidenheid van onderwerpe wat deur histories-georiënteerde juriste van uiteenlopende nasionaliteite onder die loep geneem word, bestaan daar in die onderhawige publikasie onderwerpsgewys geen duidelik geformuleerde sentrale tema nie. Die enkele "koppelfaktor" tussen die twaalf bydraes is die feit dat elk (op een na) verband hou met die Romanistiese regs-geskiedenis (insowel as uitwendig). Juis hierdie verskeidenheid van stof maak die werk waardevol vir die moderne regshistorikus, in die sin dat hy geredelik 'n aanknopingspunt behoort te vind vir sy besondere belangstellingsvlak. In die lig hiervan sou 'n mens uit die staanspoor kon verklaar dat die tweede oogmerk wat die redakteur hom ten doel gestel het, in die oë van die meeste van sy vakgenote wel verwesenlik is.

Vervolgens word 'n bondige uiteensetting van die inhoud van die essays in hierdie bundel verskaf.

In die voorwoord word 'n kort skets van die geskiedenis van die Instituut voor Rechtsgeskiedenis verskaf.

Die eerste artikel, getiteld "*L'Actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique*," is uit die pen van Hans Ankum (Amsterdam). In glasheldere styl behandel hy in hoofsaak die sogenaamde rei vindicatio utilis wat gebaseer was op die regsfiguur van restitutio in integrum. Hy wys op die terminologiese probleme ten aansien van die gebruik van die woorde "*actio auctoritatis*." Sy bespreking sentreer om die uitleg van enkele *Digesta*-tekste (t.w. *D* 21 2 39 pr, *D* 21 2 66 1 en *D* 19 1 35).

Die tweede artikel, te wete "*The Aestimatum Contract*" deur Kudret Ayiter (Ankara), handel oor die aard

en problematiek verbonde aan die "ongenoemde" aestimatum- of marskramerskontrak, naamlik waar een party 'n saak aan 'n ander oorhandig met die afspraak dat laasgenoemde dit teen 'n sekere prys moet verkoop. Die relevante tekste wat hier in bespreking geneem word is *D* 19 5 13 pr, *D* 19 3 1 pr en *D* 19 3 1 l. Die skrywer wys daarop dat die aestimatumkontrak volgens sy mening 'n "do ut des"- en nie 'n "do ut facias"-kontrak is nie (25). Die enigste hinderlike faktor is te vind in die taalkundige formulering, waardeur 'n redelik eenvoudige gedagte soms "verduister" word (sien veral enkele sinne op 26-28).

Derdens vind ons van Govaert CJJ van den Bergh (Utrecht) 'n artikel, "*Natural Law and History of Law. A note on Immink*," waarin die een en ander oor die werksaamhede, benadering en metode van die Nederlandse regshistorikus PWA Immink (1908-1965), in lewe hoogleraar aan die Rijksuniversiteit te Groningen, meegedeel word. Die skrywer stel hom nie ten doel om 'n volledige evaluasie van Immink as regshistorikus te verskaf nie, dog volstaan deur sekere kenmerke van die teoretiese en metodologiese aspekte van Immink se werk in breë trekke uit te wys, soos die feit dat hy, kennelik ietwat anomalies, as selfverklaarde eksponent van die negentiende-eeuse historiese skool, eerder wesenlik te asosieer is met die skool van die natuurreg van die sewentiende eeu.

Vervolgens is daar van Robert Feenstra (Leiden) 'n bydrae onder die titel "*L'Actio legis Aquiliae utilis en cas d'homicide chez les Glossateurs*." Die outeur wat welbekend is in Suid-Afrika, het oor dieselfde breë tema, te wete die deliktuele aanspreeklikheid weens doodslag, reeds twee maal bydraes in 'n Suid-Afrikaanse regstydskrif gepubliseer (sien 1958 *Acta Juridica* 27 e.v.; 1972 *Acta Juridica* 227 e.v.). In hierdie artikel stel Feenstra die algemeen aanvaarde reël van

die Romeinse reg dat 'n skadevergoedingsaksie nie deur 'n benadeelde persoon ingestel kan word vanweë die onregmatige en skuldige dood van 'n vry persoon nie, en toon vervolgens aan hoe die Glossatore voorsiening gemaak het vir die aanwending van die *actio legis Aquiliae utilis* in 'n dergelike geval. Hierdie grondige navorsing oor die werk van die Glossatore bied 'n navolgenswaardige voorbeeld van hoe die "regshistoriese metode" (vgl hieroor veral Van Zyl 1972 *THRHR* 19 e v) aangewend behoort te word. Hierdie navorsingsresultate, verkry uit 'n analise van moeilik bekombare bronne, vul 'n leemte vir diegene wat 'n belangstelling koester vir die historiese agtergrond van aquiliese aanspreeklikheid.

Die vyfde bydrae, "L'organisation de l'Italie romaine avant la guerre sociale" deur M Humbert (Lille), kan tipeer word as 'n staatsregtelike beskrywing van aspekte van die Romeinse ryk gedurende die vierde eeu. Dié artikel bestaan uit drie duidelik afgebakende dele: eerstens word na die verskillende onderafdelings van Romeinse burgerskap vanaf die vierde eeu (toe sterk uitbreiding van die ryk aan die orde was) gekyk; vervolgens word die juridiese betekenis en inhoud van burgerskap in die sogenaamde "civitates cum suffragio" en dié "sine suffragio" deurvors; ten slotte word gekyk na die plaaslike administrasie in die ryk, sowel as die destydse proses van romanisering. Hierdie diepgaande studie behoort nie alleen die regs-historikus se belangstelling te prikkel nie, dog ook dié van suiwer klassici.

In die sesde artikel, te wete "*Humanitas et le droit romain*," bespreek Henryk Kupiszewski (Warskou) in wysgerige trant die konsep "*humanitas*" in konteks van die Romeinse toneel tydens die republiek en prinsipaas. Die aard en betekenis van die begrippe "*aequitas*," "*bonitas*," "*iustitia*" en "*honestas*" wat die grondslag van die reg sou vorm, word deur hom behandel, onder andere aan die hand

van die werke van Cicero wat dié begrippe, deur 'n studie van die Griekse wysbegeerte, vir sy eie tyd en omstandighede nader gepresiseer het. Kupiszewski behandel vervolgens, in teenstelling met die reeds vermelde konsepte, dié van "*humanitas*" wat par excellence van Romeinse oorsprong is en geen Grieks-filosofiese voorganger of ekwivalent het nie.

Jacques-Henri Michel (Brussel) se bondige "*Mariage roman et ethnologie française*" is die sewende bydrae. Hierin word nie op regshistoriese wyse oor die onderwerp bespiegel nie, dog aan die hand van enkele afgebakende voorbeelde ingegaan op die waarde wat 'n studie van die volkekunde vir die juris (en andersom) kan inhou.

Volgende aan die beurt is Bruno Schmidlin (Wenen) met 'n bydrae "Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung: Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit." Hy val onmiddellik met die deur in die huis deur te verklaar dat die samehang tussen die Romeinse en die moderne (Vastelandse) kontrakbegrip so nou is, dat ook 'n "ongeoefende oog" in die hedendaagse kodifikasiedefinisies van "kontrak" Romeinse elemente sal kan raaksien. Hy toon egter oortuigend aan dat, ten spyte van die klaarblyklike ooreenkomstige, daar wesenlike verskille tussen die Romeinse en die moderne kontraktereg bestaan: die moderne neiging is om vanuit die rigting van 'n algemene kontraksumskrywing te werk, terwyl die Romeinse weer 'n menigvuldigheid van kontrakstipes erken het. Die teenstelling tussen die antieke en moderne benaderings word dieppliggend deurvors aan die hand van voorbeelde. Hierdie uiteensetting behoort die belangstelling te wek van diégene wat poog om 'n aanvaarbare grondslag vir kontraktoelate gebondenheid in die Suid-Afrikaanse reg te vind, deur byvoorbeeld die suiwer wilsteorie van toepassing te probeer maak op reëls van Romeinse en Romeins-Hollandse oorsprong.

JE Spruit, redakteur van hierdie bundel, verskaf self die negende bydrae, naamlik "The Penal Conceptions of the Emperor Marcus Aurelius in respect of Lunatics. Reflections on D. 1, 18, 14." Veral vir die moderne strafreggeleerde is hierdie behandeling op die gebied van die inwendige strafreggeskiedenis van meer as bloot "akademiese" belang, aangesien die behandeling van die geestesversteurde wettsoortreder huidige meer as ooit hoofbrekens besorg. Spruit se aanknopingspunt is *D* 1 18 14, waarin die verbasend byderwetse reskrip van keiser Marcus Aurelius ten aansien van 'n kranksinnige wat sy moeder gedood het, voorkom: daar word naamlik bepaal dat só 'n persoon nie gestraf behoort te word nie aangesien sy geestgesteldheid op sigself as genoegsame straf beskou kan word, dog dat hy wel in gevangenskap gehou moet word ten einde die gemeenskap te beskerm. 'n Indringende ondersoek na die omvang en effek van Marcus Aurelius se bepaling in dié verband noop die skrywer tot die konklusie dat daar nie 'n wesenlike verskil bestaan tussen die bepaling van die hedendaagse Nederlandse strafreg (a 37 van hul strafwetboek) en die gedagtes van die keiser wat die effek van "psychiatric qualities" betref nie (149).

Fritz Sturm (Lausanne) lewer as tiende bydrac 'n artikel, "Gaius I,77 und das römische Kollisionsrecht." Dit behoort veral interessant te wees vir diegene wat 'n belangstelling het vir die historiese agtergrond en ontwikkeling van die "moderne" vakrigting, aanwysingsreg, wat as versamelnaam kan dien vir die internasionale privaatreë, interregionaal- en intergentielreg (sien oor dié terminologie veral Van der Merwe 1963 *THRHR* 61 e.v; Olivier en Visser 1975 *De Jure* 190). Soos bekend, is die Romeinse reg arm aan ware kollisiebeginsels (vgl Van Rooyen *Die Kontrak in die Suid-Afrikaanse Internasionale Privaatreë* (1972) 8-9) en juis daarom word 'n leemte

deur Sturm gevul, deur sy teksverwysings en kritiese analise van die sentrale Gaius-tekse.

Die elfde artikel, "Note sulla *oblatio liti*," deur Mario Talamanca (Rome) behandel die verskynsel van eisverdediging deur 'n nie-saaklikgeregtigde, in geval van *actiones in rem*. 'n Deeglike uiteensetting van aspekte van die Romeinse prosesreg, waaruit 'n oorspronklike gedagtegang blyk, word verskaf.

Ten slotte bespreek Alan Watson (Edinburgh) in "Two notes on *Manus*" enkele aspekte van die manus-huwelik in die Romeinse reg. Ten einde die betekenis van terme soos "usus" en "trinoctio absentia" te verklaar, verlaat hy hom nie alleen op 'n teks soos Gaius I 111 nie, dog haal ook uit bekende nie-juridiese bronne aan: sodoende word na Ovidius se *Fasti*, Aulus Gellius se *Noctes Atticae* en Vergilius se *Aeneis* verwys. Dié artikel weerspieël 'n verbasende koppeling tussen suiwer historiese navorsing (op 'n gebied waarvoor daar, wat Suid-Afrika betref, waarskynlik weinig belangstelling bestaan) en die vermoë om selfs die prakties-georiënteerde juris se belangstelling te prikkel.

In die geheel is hierdie publikasie 'n uiters geslaagde poging om die vooringenome doelstellings te bereik. Uit die aard van die saak, in die lig van die wye verskeidenheid van onderwerpe en die feit dat helfte van die bydraes in moderne Europese tale geskrywe is, sal hierdie bundel nie algemeen byval vind in die geleedere van praktisyns, studente of selfs akademici (wat dit moontlik skouerophalend mag tipeer as 'n konkrete vergestaltung van die adagium "ars gratia artis") nie: dit is in die besonder die regsgeleerde met 'n voorliefde vir historiese studie wat hierby sal baat vind.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria

**DG VAN DER KEESSEL:
PRAELECTIONES AD IUS CRIMINALE
BAND VI**

geredigeer en van 'n vertaling in Engels voorsien deur
B BEINART en P VAN WARMELO

*Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg 1981; xviii en 435 bl;
prys R35,00*

Dit is die sesde en laaste band van Van der Keessel se voorlesings oor die strafreg. Die eerste band het in 1969 verskyn, en daaropvolgende bande het intussen reëlmatig die lig gesien. In my bespreking van die eerste band in hierdie tydskrif (1970 210), het ek my waardering uitgespreek vir die wyse waarop die redakteurs die Latynse teks van die voorlesings geredigeer het, en die hoë gehalte van die vertaling daarvan in Engels, asook vir die tegniese versorging van die publikasie deur die uitgewers, Juta & Kie. Hierdie opmerkings wil ek graag herhaal, en toevoeg dat dit 'n grootse werk is wat slegs deur onbaatsugtige toewyding voltooi kon word. Dit is jammer dat een van die redakteurs, professor Beinart, nie die voltooiing van sy arbeid kon beleef nie.

Hierdie laaste band bevat Van der Keessel se voorlesings oor *Digesta*-titels 48 19 tot 24. Die belangrikste gedeelte daarvan is ongetwyfeld Van der Keessel se opmerkings na aanleiding van paragraaf 15 van Van Eck se kommentaar op *D* 48 19, *De Poenis*.

In my bespreking van band I het ek my spyt uitgespreek daaroor dat Van der Keessel sy voorlesings gekoppel het aan Van Eck se beknopte kommentaar en nie liewer Matthaëus se *De Criminibus* as uitgangspunt geneem het nie. Van der Keessel se werkwyse het meegebring dat hy nêrens 'n oorsigtelike behandeling van die algemene leerstukke van die strafreg gee nie, iets wat Matthaëus wel doen. Dit is wel waar dat Van der Keessel rond en bont aangeleentehede behandel wat tot die algemene leerstukke behoort, maar die behandeling is fragmentaries en nie oorsigtelik nie. Nog 'n punt van kritiek is dat Van der Keessel te veel klem plaas op onbenullighede van die Romeinse reg, met gevolglike afskeping van die Romeins-Hollandse reg.

Band VI word afgerond met inhoudsregisters in Latyn en in Engels op al ses bande. Daarsonder sou die *Praelectiones* minder bruikbaar gewees het. Vir hierdie registers is ons baie dank verskuldig aan die redakteur van hierdie laaste band.

JC DE WET

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiering). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

WETENSCAPEN

FAKULTEIT RECHTSGELEERDHEID



1911

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

