






MERENSKY-BIBLIOTEEK	
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA	
1990-02-22	
Kleinboeknr.	340
Registernommer	

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

WEKSBIBLIOTEEK	
FAKULTEIT REGSGELEERDHEID	
	1990-04-24
	DATUM
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA	



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



6001

Vol: 51.

1988.

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

1988



# **Butterworths**

**Professionele Uitgewers (Edms) Bpk**

Reg No 70/02642/07

© 1988

## **Durban**

Walteroord 8, Watervalpark, Mayville  
Durban 4091

## **Johannesburg**

Hing Yipgebou, Negende Laan 20, Rivonia  
Sandton 2199

## **Pretoria**

Derde Verdieping, Hatfieldforum, Arcadiastraat 1077, Hatfield  
Pretoria 0083

## **Kaapstad**

Gardens-sakesentrum 3, Hopestraat  
Kaapstad 8001

# Inhoudsopgawe

Opgestel deur  
CE Mutavdzic

## A ARTIKELS

Bladsy

Church, J: Reflections on legal education . . . . .	153
Cowen, DV: Taught law is tough law: the evolution of a South African law school . . . . .	4
du Plessis, JJ: Spesifieke nakoming: 'n Regshistoriese herwaarding . . . . .	349
Fourie, JSA: Die wisselwerking tussen Suid-Afrikaanse maatskappyereg-leerstukke . . . . .	218
Labuschagne, JMT: Dekriminalisasie van eutanasie . . . . .	167
Lubbe, GF: Die aanvang van verjaring waar die skuldeiser oor die op-eisbaarheid van die skuld kan beskik . . . . .	135
Pretorius, JL: Die beperking van die vryheid van politieke kritiek en protes ingevolge artikel 47(2)(e) van die Wet op Publikasies 42 van 1974 . . . . .	41
Raath, AWG: Administratiewe regspraak en geregtelike hersiening projek 24 van die Suid-Afrikaanse regs kommissie . . . . .	194
Rivalland, ME: Conduct by the seller which prevents the estate agent from earning his commission . . . . .	454
Schäfer, ID: Alternative divorce procedures in the interests of children: some comparative aspects . . . . .	297
Scott, S: Algehele sekerheidsessies . . . . .	434
Spiro, E: Limitation of action and the conflict of laws . . . . .	34
van der Berg, J: Is gravity really an element of <i>crimen iniuria</i> and criminal defamation in our law? . . . . .	54
van der Merwe, CG: Die belangrikste wysigings van die nuwe wet op deeltitels vanuit die oogpunt van die deeleienaar . . . . .	415
van der Walt, AJ: Die funksies en omskrywing van besit . . . . .	276
van der Walt, AJ: Die funksies en omskrywing van besit . . . . .	508
van der Walt, CFC: Afstanddoeningsbedinge in sekerheidstellings-, geld-leen- en skulderkenningskontrakte . . . . .	333
van Niekerk, JP: Enkele biografiese gegewens oor Cornelis van Bynkershoek en die Romeins-Hollandse versekeringsreg . . . . .	26
van Wyk, CW: VIGS en die reg: 'n verkenning . . . . .	317
Visser, DP: Die grondslag van die <i>condictio indebiti</i> . . . . .	492
Visser, PJ: Genoegdoening in die deliktereg . . . . .	468

## B AANTEKENINGE

Edmunds, M: Some reflections on public policy and the strict liability of the press . . . . .	87
Kok, JH: Die miskenning van die aard van die alternatiewe aanklag . . . . .	79
Labuschagne, JMT: Relatiewe kante van die subjektiewe reg . . . . .	377
Lotz, JG: Is kontrakbreuk moontlik by 'n opsiekontrak . . . . .	237
Loubser, M: Die begrip "okkupeer" vir doeleindes van munisipale stemreg van regspersone in die Kaapprovinsie . . . . .	74
Potgieter, JM en Visser, PJ: Die korrekte norm by publikasiebeheer . . . . .	361
Rabie, A: The applicability of legislation through contract: Soekor and the Mossel Bay offshore gas development project . . . . .	528
Radesich, G: Breach of the state contracts concluded with foreign private investors: An interesting international chamber of commerce court of arbitration award . . . . .	519
Snyman, CR: Minagting van die hof en vonnisbesprekings van beslissings waarin 'n appèl hangende is . . . . .	233
van der Merwe, DP: Kundige-stelsels ("expert systems") en die reg . . . . .	373
van der Walt, JC: Die staat se aanspreeklikheid vir onregmatige polisie-optrede . . . . .	515
van Wyk, AH: Pensioenverwagtinge en diskresionêre bateverdeling by egskedding . . . . .	228

## C VONNISSE

Barclays Western Bank v Ernst 1988 1 SA 243 (A) deur JC Sonnekus . . . . .	534
Colt Motors (Edms) Bpk v Kenny 1987 4 SA 378 (T) deur JG Lotz . . . . .	92
du Plessis v Strauss 1988 2 SA 105 (A) deur L Theron . . . . .	398
F v L 1987 4 SA 525 (W) deur R Jordaan . . . . .	392
Gur Corporation v Trust Bank of Africa Ltd 1986 3 (WLR) 583 deur GN Barrie . . . . .	240
Harris v Assumed Administrator, Estate MacGregor 1987 3 SA 563 (A) deur MJ de Waal . . . . .	97
Labuschagne v Cloete 1987 3 SA 638 (T) deur J Neethling . . . . .	106
Mathabathe v Mathabathe 1987 3 SA 45 (W) deur R Jordaan . . . . .	109
Milbourn v Milbourn 1987 3 SA 62 (W) deur R Jordaan . . . . .	109
Mookrey v Smith 1987 1 SA 332 (K) deur AL Stander . . . . .	252
Prince v Minister of Law and Order 1987 4 SA 231 (OK) deur JC Knobel . . . . .	404
S v Petane 1987-11-03 saak no ss 221/87 (K) (ongerapporteur) deur H Booysen . . . . .	244
SA Freight Consolidators Pty Ltd v Chairman National Transport 1987 4 SA 155 (W) deur K Kekana . . . . .	249
Santos v Santos 1987 4 SA 150 (W) deur P van Warmelo . . . . .	102
The University of Cape Town and the University of the Western Cape v Ministers of Education and Culture (House of Assembly and House of Representatives), Minister of National Education and Minister of Home Affairs 1988 3 SA 203 (C) deur A Rabie en L du Plessis . . . . .	381
Thomas Construction (Pty) Ltd (in liquidation) v Grafton Furniture Manufacturers (Pty) Ltd 1988 2 SA 546 (A) deur AN Oelofse . . . . .	543
Van Zyl v Van Biljon 1987 2 SA 372 (O) deur J Neethling . . . . .	547

## D BOEKE

Barrow, OJ: Handboek oor die Strafproseswet 51 van 1977 Handbook on the criminal procedure Act 51 of 1977 deur CR Botha . . . . .	412
Beinhart, B and Hewett, ML: SA Groenewegen van der Made: A treatise on the laws abrogated and no longer in use in Holland and neighbouring regions deur BC Stoop . . . . .	552
Bennett, TW: The law of the sea deur F Visser . . . . .	131
Burrell, TD: Burrell: South African Patent law and practice deur BR Rutherford . . . . .	128
Carey Miller, DL: The acquisition and protection of ownership deur J Burdzik . . . . .	407
Cockram, GM: Interpretation of Statutes deur E Bray . . . . .	557
Delpont, HJ (redakteur en opsteller): South African Property practice and the law deur AJ van der Walt . . . . .	270
de Vos, W: Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg deur JG Lotz . . . . .	116
de Wet, JC: Strafred deur FFW van Oosten . . . . .	261
du Plessis, LM: The interpretation of statutes deur H Viljoen . . . . .	114
Faul, MA, Blom, CP, en Morgan, JA: Rekeningkundige Grondslae vir Prokureurs deur M Cronjé . . . . .	556
Gibson, JTR, en Comrie, RG: South African Mercantile and Company Law deur JT Pretorius . . . . .	555
Hiemstra, VG en Gonin, HL: Drietalige Regswoordeboek/Trilingual legal Dictionary deur J Neethling . . . . .	133
Joubert, WA (ere-hoofredakteur): The law of South Africa Railways and Harbours to roads and roads transport deur F Visser . . . . .	413
Landman, AA en Swanepoel, JPA (redakteurs): Handboek vir Arbeidswetgewing deur PAK le Roux . . . . .	125
Rabie, A: A bibliography of South African criminal law (general principles) deur CR Snyman . . . . .	411
Riekert, J: Basic employment law deur EML Strydom . . . . .	129
Snyman, CR: Strafred deur FFW van Oosten . . . . .	118
Spruit, JE en Bongenaar KEM (vertalers): Gaius en Paulus deur BC Stoop	125
Thompson, C: Industrial court digest deur PAK le Roux . . . . .	132
van der Walt, AJ: The conservation of Buildings and Townscapes in South African law deur A Rabie . . . . .	410
van Niekerk, JP: The decline, revival and future of the Roman-Dutch law of insurance deur RCD Franzsen . . . . .	124
Verschoor, T: Uitsprake van die Mediese Raad deur MC Maré . . . . .	122

## E WETGEWING

### GOEWERMENSKENNISGEWINGS

GK 2438 ged 30-10-1987	
reg 2 . . . . .	329
6(1) . . . . .	327
6(1)(a)(iii) . . . . .	328

reg 6(2)(b) . . . . .	327
7 . . . . .	328
8 . . . . .	329
14(1) . . . . .	327
14(2) . . . . .	327
14(3) . . . . .	327
17 . . . . .	327
GK R644 SK 11245 van 1988-04-08 . . . . .	426ev

## ORDONNANSIES

Ord. 14 van 1958 (T)	
a 33(1) . . . . .	328
Ord. 20 van 1974 (K)	
a 2 . . . . .	75, 77
2(liv)(c) . . . . .	76, 77
11(1)(b) . . . . .	74

## PROKLAMASIES

Prok 62 SK 11240 van 1988-04-08 . . . . .	415ev
---	-------

## WETTE

Wet 30 van 1908 (O)	
a 4(1) . . . . .	98
Wet 38 van 1927	
a 22(6) . . . . .	110ev
Wet 24 van 1936	
a 35 . . . . .	543ev
37 . . . . .	543ev
82(1) . . . . .	252ev
82(2) . . . . .	252ev
82(8) . . . . .	252ev
116 . . . . .	254
Wet 36 van 1942	
a 12(b) . . . . .	146
Wet 18 van 1943	
a 5(1)(d) . . . . .	144
Wet 61 van 1955	
a 25(1) . . . . .	381ev
25(2) . . . . .	382
25(3) . . . . .	382
25(4) . . . . .	382
Wet 24 van 1956	
a 37C . . . . .	229
Wet 28 van 1956	
a 1 . . . . .	325
Wet 34 van 1956	
a 1(1)(a) . . . . .	106ev

Wet 87 van 1963	
a 2 . . . . .	528
7 . . . . .	529
Wet 28 van 1966	
a 21(1) . . . . .	344ev
22(1) . . . . .	345
23(1)(a) . . . . .	345
23(1)(c) . . . . .	345
23(2) . . . . .	344
Wet 20 van 1967	
a 14(1)(b) . . . . .	529
14(3) . . . . .	529, 530ev
25(3)(a) . . . . .	529
25(3)(b) . . . . .	529
Wet 68 van 1969	
a 12(1) . . . . .	135ev
13 . . . . .	136
13(1)(d) . . . . .	36
Wet 58 van 1971	
a 1(a) . . . . .	108
Wet 66 van 1971	414ev
a 1 . . . . .	417
Wet 72 van 1971	
a 13 . . . . .	146
Wet 61 van 1973	
a 36 . . . . .	218ev
65(2) . . . . .	227
Wet 42 van 1974	
a 1 . . . . .	361ev
39 . . . . .	367
47(2) . . . . .	367, 371
47(2)(a) . . . . .	365ev
47(2)(b) . . . . .	372
47(2)(e) . . . . .	41ev
Wet 51 van 1977	
a 49(1) . . . . .	404ev
49(1)(a) . . . . .	404ev
49(1)(b) . . . . .	404ev
49(2) . . . . .	404ev
83 . . . . .	84
106(1)(a) . . . . .	81
112(1) . . . . .	79, 81ev
112(1)(a) . . . . .	79
112(1)(b) . . . . .	79ev
113 . . . . .	85
115 . . . . .	83, 84
Wet 29 van 1979	
a 7(1)(b) . . . . .	229

Wet 70 van 1979	
a 7(3)	110, 228ev
7(4)	232
7(5)	230, 232
7(5)(d)	230
Wet 65 van 1981	
a 2(4)	249
2(5)	249ev
Wet 88 van 1984	
a 18(a)	109
18(b)	109
19	109
25(1)	111
33	109
36	109ev
36(b)	110
Wet 117 van 1984	
a 2(1)(b)	79
2(2)(b)	79
4	79
Wet 95 van 1986	415ev
a 1	417
5(2)	419
6(1)	419
20(1)	421
38(d)	429
Wet 82 van 1987	
a 1	395

## DUITSLAND

Bürgerliches Gesetzbuch	
paragraaf 847	472

## EGIPTE

Egyptian Civil Code	
a 221	522

## ENGELAND

Matrimonial Causes Act of 1973	
a 41	300ev
41(2)	300

## F GESELEKTEERDE TEKSTE

C	12	6	19	3	496
D	12	4	3pr		497
	12	4	3	7	497



12	6	19	1	.....	495
42	1	13	1	.....	354
45	1	113	1	.....	354
50	17	206		.....	293
Azo					
<i>Corpus Glossatorum Juris Civilis III</i>					
ad C	2	3	1	.....	499
Bartolus					
<i>Ad D</i>					
12	6	52		.....	501
Carpzovius					
<i>Verhandeling der Lijf-Straffelijke Misdaden en Haare Berechtinge</i>					
86	7			.....	58
De Groot					
<i>Inleidinge</i>					
3	30	1-2		.....	502
Odofredus					
<i>Lectura super Codice ad C</i>					
2	3	1		.....	499, 503
<i>Lectura super digesto veteri ad D</i>					
12	6	52		.....	500
Thomas van Aquinas					
<i>Summa theologica</i>					
2	1	1		.....	502
Van der Linden					
<i>Koopmans Handboek</i>					
2	5	16		.....	58
Van der Keessel					
<i>Praelectiones ad Jus Criminale</i>					
47	10	14		.....	67
Van Leeuwen					
<i>Het Roomsche Hollandsche Recht</i>					
4	37	1		.....	67

Voet

*Commentarius*

1	6	7 en 8	397
44	7	5	503

Wassenaar

*Practyck Judicieel*

19.7	62
------	----

## G SLEUTELWOORDE

aanklag	
alternatiewe	79ev
aanspreeklikheid	
by polisie-optrede	515ev
streng	87
van die pers	87ev
<i>actio de pastu</i>	547ev
<i>actio iniuriarum</i>	486ev
administratiefreg	
geregtelike hersiening	196ev
regspraak	199ev
administratiewe handeling	
vir ongeoorloofde doel	386ev
afstanddoeningsbedinge	333ev
<i>beneficium cedendarum actionum</i>	335ev
<i>exceptio errore calculi</i>	336ev
<i>exceptio non numeratae pecuniae</i>	337ev
algemene welsyn	42
begrensfunksie	45
<i>animus iniuriandi</i>	
by laster	88
arbitrasietoekenning	34ev, 519ev
by buitelandse kontrakte	515ev
arrestasie	404ev
<i>attornment</i>	
as leweringsvorm	534ev
bateverdeling	
pensioen as faktor	230
<i>beneficium cedendarum actionum</i>	335ev
besit	282ev, 508ev
beheer	511
funksie van	282
omskrywing	276ev
besitsbeskerming	
funksie van	283ev

<i>crimen iniuria</i> . . . . .	54ev
ernstigheidsvereiste . . . . .	54
<i>comitas gentium</i> . . . . .	103
<i>condictio indebiti</i> . . . . .	492ev
<i>contra non valentem agere non currit praescriptio</i> . . . . .	135ev
deeltitels . . . . .	415ev
deelnemingskwota . . . . .	423
eenparige besluite . . . . .	416
konsepdeelplanne . . . . .	419
konsolidasie . . . . .	420
onderverdeling . . . . .	420
oorgangsbeplanning . . . . .	430
reserwe fonds . . . . .	428
spesiale besluite . . . . .	416
uitbreiding van 'n deel . . . . .	420
uitsluitlike gebruiksgebiede . . . . .	422
verbeteringe . . . . .	429
<i>delegatus non potest delegare</i> . . . . .	249ev
deliktereg	
genoegdoening . . . . .	468ev
<i>de minimis non curat lex</i> . . . . .	55
<i>detentio</i> . . . . .	278
<i>dolus incidens</i> . . . . .	92
doodsbegrip . . . . .	182ev
doodsmoment . . . . .	183
egskeiding	
bateverdeling . . . . .	228ev
belange van kinders . . . . .	297ev
oordrag van bates . . . . .	109ev
eiendomsagente	
kommissie . . . . .	454ev
skadebepaling . . . . .	446ev
verkoper se belofte aan . . . . .	454
eksterritorialiteit . . . . .	102ev
Emmett, Eric . . . . .	24ev
erfgename	
identiteit van intestate . . . . .	97ev
erfreg	
<i>si sine decesserit</i> bepaling . . . . .	398ev
erkenning	
van Ciskei . . . . .	240ev
erkennings . . . . .	83
eutanasie	
dekriminalisasie van . . . . .	167ev
<i>exceptio errore calculi</i> . . . . .	336ev
<i>exceptio non numeratae pecuniae</i> . . . . .	337ev
<i>exceptio rei iudicatae</i> . . . . .	34ev
kommissie	
van eiendomsagent . . . . .	454ev
kontrakbreuk	
by buitelandse kontrakte . . . . .	519ev
by opsie kontrak . . . . .	237ev

kontrakte	
invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde . . . . .	543ev
opsie . . . . .	237ev
skade . . . . .	92
wanvoorstelling . . . . .	92
wetgewing deur . . . . .	528ev
kundige-stelsel	
en die reg . . . . .	373ev
laster . . . . .	54ev
deur die pers . . . . .	88
ernstigheidsvereiste . . . . .	66
<i>lex loci regit actum</i> . . . . .	102ev
maatskappyeregleerstukke . . . . .	218ev
toegerekende kennis . . . . .	218ev
Turquand-reël . . . . .	218ev
<i>ultra-vires</i> handeling . . . . .	220ev
minagting van die hof . . . . .	223ev
munisipale stemreg . . . . .	74ev
nalatigheid	
by polisie-optrede . . . . .	404ev
okkupeer	
vir stemdoeleindes . . . . .	74ev
onregmatigheid	
by polisie-optrede . . . . .	404ev
oordragsooreenkoms . . . . .	449
openbare belang . . . . .	87ev
opsiekontrak	
kontrakbreuk . . . . .	237ev
pensioen	
as deelbare bate . . . . .	229
pensioenverwagtinge	
om te deel by egskeiding . . . . .	228ev
pers	
laster deur die . . . . .	88
risiko aanspreeklikheid . . . . .	89
polisie-optrede . . . . .	404ev, 515ev
staat se aanspreeklikheid by . . . . .	515
publikasie	
normskending . . . . .	49
ongewenste . . . . .	41ev
politieke kritiek . . . . .	41ev
publikasiebeheer	
korrekte norm by . . . . .	361ev
ratifikasie . . . . .	224
regsopleiding . . . . .	153ev
rekenaarprogrammatuur sien kundige stelsel	
<i>renvoi</i> . . . . .	40
sekerheidsessie . . . . .	434ev
aard van . . . . .	439ev

<i>causa</i> . . . . .	443ev
goeie sedes en . . . . .	442ev
sekerheidsooreenkoms	
inhoud . . . . .	446ev
werking . . . . .	452ev
sekerheidstelling	
<i>attornment</i> as leweringsvorm . . . . .	534ev
sekwestrasië	
en onuitgevoerde kontrakte . . . . .	543ev
selfmoord . . . . .	171, 179
<i>si sine liberis decesserit</i> bepaling . . . . .	398ev
skadevergoeding	
by <i>dolus incidens</i> . . . . .	92ev
en genoegdoening . . . . .	484
uit gemeenskaplike boedel . . . . .	106ev
skuld	
verjaring . . . . .	135ev
skulderkenningskontrakte	
afstanddoeningsbedinge in . . . . .	333ev
spesifieke nakoming . . . . .	349ev
staatsveiligheid . . . . .	42
begrensingfunksie . . . . .	45
<i>statum personale</i> . . . . .	102ev
sterwenshulp . . . . .	177
subjektiewe reg	
regsnormaard . . . . .	377ev
werkingsrelatiwiteit . . . . .	379ev
subsidies	
van universiteite . . . . .	381ev
Thompson, CN . . . . .	24ev
toegerekende kennis . . . . .	218ev
toestemming	
eenparige . . . . .	226
tot dood . . . . .	189ev
Turquand-reël . . . . .	218ev
<i>ultra-vires</i> handeling . . . . .	220ev
universiteit van Kaapstad	
regsfakulteit . . . . .	4ev
vaderskap	
biologiese . . . . .	392ev
Van Bynkershoek, Cornelis . . . . .	26ev
verkoop	
van insolvent se bates . . . . .	252ev
verjaring . . . . .	34ev, 135ev
afstanddoeningsbedinge . . . . .	343ev
as verdediging . . . . .	35
skuld . . . . .	135ev
versekeringsreg . . . . .	26ev

VIGS . . . . .	317ev
beperking van die reg . . . . .	322ev
en die arbeidsmark . . . . .	325ev
individu se regte . . . . .	323ev
toegang tot mediese dienste . . . . .	327ev
toelating tot skole . . . . .	328
wanvoorstelling	
skadevergoeding by . . . . .	92
wetgewing	
deur kontrakte . . . . .	528ev
Wille, George . . . . .	8ev
Wylie, John Kerr . . . . .	20ev

# Afskeidswoord

Met die verskyning van die Augustus 1987-uitgawe van die *Tydskrif* het ons met spyt kennis geneem van die feit dat professor ADJ van Rensburg, na 'n relatief kort tydperk van agt en 'n half jaar, sy uittrede as redakteur aan die einde van die *Tydskrif* se vyftigste bestaansjaar aangekondig het – professor Daan Pont, die vader van die *Tydskrif*, het dien en twintig jaar en professor Willem Joubert, sy opvolger, negentien jaar lank die redakteurstoel gevul.

Ek sê 'met spyt', aangesien ek (en vele ander) van mening is dat die *Tydskrif* nog vir baie jare sou kon voordeel trek uit sy ervaring in die redaksie en regs-wetenskap, sy skerp intellek en sy fyn en suiwer aanvoeling vir taal.

Desnietemin, soos die Prediker sê, het elke ding in 'n mens se lewe in hierdie wêreld sy vaste tyd. Daarom aanvaar ons sy besluit en is ons dankbaar vir die groot bydrae wat hy gelewer het. Tydens sy bestuur het die *Tydskrif* inderdaad volle wasdom en volwassenheid bereik. Anders as vroeër, word geen tekort aan kopie ondervind nie – ook nie aan bydraes van gehalte nie, aangesien (veelal voor-aanstaande) juriste tot 'n groot hoogte steeds voorkeur verleen aan 'n tydskrif wat klaarblyklik een van die bekendste en mees gelese regstydskrifte in Suid-Afrika is. Om vir die oorfloed bydraes voorsiening te maak, het die *Tydskrif* dan ook gedurende professor Van Rensburg se redakteurskap van 450 tot 500 bladsye gegroei en beoog ons om vanjaar 'n *Tydskrif* van 548 bladsye te hê. Maar meer nog, met die taalstryd van die verlede grootliks volstry, plaas die *Tydskrif*, as oudste Afrikaanse regstydskrif, in 'n gees van volwasse selfvertroue vandag in 'n steeds toenemende mate verdienstelike Engelse bydraes.

In redakteursverband sal ADJ v R veral ook onthou word vir sy insiggewende en interessante taalrubrieke waarin sy uitmuntende kennis van en liefde vir sy moedertaal na vore gekom het – hy is by uitstek 'n Afrikaanse taalfynproewer. Die redaksie sal gewis sy aanvoeling vir korrekte taalgebruik mis.

Vir professor Van Rensburg is die einde van sy redakteurskap die begin van 'n nuwe arbeidsera – 'n tydvak waarin hy beoog om veel meer as tevore te skryf en te publiseer. Ons wens hom vrug op sy arbeid, gesondheid en veral geluk toe en sien met verwagting uit na dit wat nog uit sy pen gaan verskyn. Ek is oortuig daarvan dat hy nog veel dieper spore as vroeër in ons regsweese gaan trap.

Dit was vir my 'n voorreg om vir vyf jaar saam met Daan van Rensburg, 'n gewaardeerde kollega en vriend, op die redaksie te kon dien; en dit is vir my 'n eer om hom as redakteur van die *Tydskrif* op te volg.

JOHANN NEETHLING





# Huldeblyk

## JC de Wet: Vyf en sewentig jaar

Aan die begin van 1940 is twee Stellenbosse dosente gevra om hulle aan te sluit by die redaksie van die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, wat toe nog 'n wankelende, hoewel darem al belowende, jongeling in sy vierde jaar was. Die een was doktor H VerLoren van Themaat en die ander die jong doktor JC de Wet, pas terug uit oorlogsverskeurde Europa met 'n tweede, Leidse, doktorsgraad. Sewe en veertig jaar later, op 13 Oktober 1987, vier professor JC de Wet sy vyf en sewentigste verjaarsdag in 'n kring van oud-kollegas en oud-studente. Hy is die tweede langs dienende lid van die redaksie van die *Tydskrif* (vanaf 1980 as erelid), oortref slegs deur die stigterslid en *Tydskrif*-historikus, professor Daan Pont.

Oor professor De Wet se ongeëwenaarde bydrae tot ons regsontwikkeling hoef daar nie nou iets gesê te word nie: *Exegi monumentum aere perennius!* En Jeremy Gauntlett het onlangs veel van JC de Wet as mens na vore laat kom in 'n treffende onderhoud wat in November 1987 se uitgawe van *De Rebus* (581) verskyn het. Hy is 'n man van vele fasette. Seker primêr 'n geleerde in die tydlose sin van die woord. Maar ook: dosent – nie die “spektakulêre” soort nie, maar wel een wat studente nooit vergeet nie; akademiese “politikus” aan die Stellenbosse universiteit, waar sy invloed as *eminence grise* 'n groot en weldadige een was; plaaslike leier as stadsraadslid en burgemeester in die gees van 'n *civis Romanus se honos publicus* (met die vereiste tikkie *gravitas* daarby); en mens – liefhebber van honde en motorkarre, spotter met eie swakhede en dié van ander, en eertydse rugby-skeidsregter.

En ook die *Tydskrif* is 'n belangrike faset van JC de Wet, die geleerde, se lewe. Die oorgrote meerderheid van sy publikasies, behalwe natuurlik sy boeke, het in die *Tydskrif* verskyn. Die eerste was in 1941 (“Opmerkings oor die vraagstuk van veroorsaking” 1941 *THRHR* 126) en toon reeds die tipiese stylkenmerke: diepgaande bronnnavorsing in sowel die Vastelandse as die Engelse regsliteratuur, vlymskerpe en oorspronklike analise, en pittige, maar sober gebruik van die Afrikaanse taal.

Die jare veertig word gekenmerk deur prinsipiële ondersoeke van grondliggende vraagstukke: in 1942 volg “'n Bydrae tot die geskiedenis van die ontwikkeling van direkte verteenwoordiging by die sluiting van ooreenkomste” (1942 *THRHR* 99 210); in 1944 “Huur gaat voor koop” (1944 *THRHR* 74 166 226); in 1945 “Die sogenaamde *exceptio non adimpleti contractus* in die praktyk van vandag” (1945 *THRHR* 239); en in 1948 sowel “Gemene reg of wetgewing” (1948 *THRHR* 1) as die korter bydrae oor “Roukoop” (1948 *THRHR* 301). Die spore van hierdie artikels in sy latere boeke is onmiskenbaar.

Die tweede helfte van die vyftigerjare sien die publikasie van veral regshistoriese studies: in 1957 “Coen, die Engelse en die Politieke Ordonnansie” (1957 *THRHR* 237); en in 1958 die gekoppelde drietal “Die resepsie van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika” (1958 *THRHR* 84), “Nederlandse reg in Suid-Afrika tot 1806” (1958 *THRHR* 162) en “Die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika na 1806” (1958 *THRHR* 239).



Tussenin was daar ook nog ander bydraes: regsgeskiedenis in “Jan Voet” (1948 *THRHR* 50), strafreg en kontraktereg in “Opmerkings oor twee artikels van die Algemene Regswysigingswet Nr 50 van 1956” (1956 *THRHR* 250), strafreg in vonnisbesprekings van 1957 en 1958 (1957 *THRHR* 89 en 1958 *THRHR* 181), en die plattelandse seun en Stellenbosse oewereienaar se stokperd: “Water” (1956 *THRHR* 28).

En dan is daar die beroemde boekbesprekings: vanaf 1942 tot 1981 een en dertig in die *Tydskrif*. Party is net ’n paragraaf lank, ander dek bladsye. Maar hulle is altyd kundig, veeleisend en reguit.

Die *Tydskrif* het ’n besondere rol gespeel in die wording van die Afrikaanse regstaal en daardeur in die uitbou van ’n Suid-Afrikaanse regstyl en -terminologie: gewortel in Nederlands, Duits en Engels, maar aangepas by ons eiesoortige ontwikkelingsgeskiedenis. Geen skrywer in die *Tydskrif* was waarskynlik so invloedryk in hierdie verband as professor JC de Wet nie. Hy het begrippe ingeburger wat sedertdien juridiese gemeengoed geword het. Maar, anders as heelparty latere gebruikers van die Afrikaanse regstaal, het hy steeds getrag – en daarin geslaag – om ’n verwronge *jargon* te vermy en ’n direkte en onopgesmukte styl te gebruik. Hy was altyd in taal geïnteresseerd en was daarom ’n jarelange bydraer tot die *Woordeboek van die Afrikaanse Taal*. Sonder hierdie aspek van sy werk sou die Suid-Afrikaanse regsgemeenskap baie armer gewees het.

JC de Wet het al vele eerbewyse ontvang, van ’n eenvoudige dankie-brief van ’n student tot die staat se hoogste siviele verering. In hierdie tweede helfte van sy sewende dekade kan hy verseker wees van nog een: die agting en toegeneentheid van sy oud-kollegas, oud-studente, vriende en vele bestudeerders.

AH VAN WYK

*Universiteit van Stellenbosch*

### BUTTERWORTH-PRYS

*Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1987 toegeken is aan:*

J Heaton, Universiteit van Suid-Afrika

# Taught law is tough law: The evolution of a South African law school\*

Denis V Cowen

BA LLD

*Advocate of the Supreme Court of South Africa; of the Inner Temple Barrister at Law. Formerly Professor of Law in the University of Cape Town and Professor of Law and Director of Legal Research in the University of Chicago*

“For precept must be upon precept,  
precept upon precept; line upon line,  
line upon line; here a little and there a little.”

Isaiah 28 10

## OPSOMMING

### “Taught law is tough law”: Die ontwikkeling van 'n Suid-Afrikaanse regs fakulteit

Die artikel skets die ontwikkeling van die regs fakulteit van die Universiteit van Kaapstad hoofsaaklik tussen die jare 1914 en 1946 aan die hand van veral bibliografiese sketse van Wille, Wylie, Emmett en Newton Thompson. Die uitdagings wat hierdie manne in die gesig gestaar het, word dan gebruik om die voortdurende relevansie van Maitland se stelling dat “taught law is tough law” vir regsopleiding in Suid-Afrika in die algemeen aan te toon. Daar word ook gepoog om die eietydse tersaaklikheid van die gedagtes in die artikel te beklemtoon teen die agtergrond van die oprigting van eg Suid-Afrikaanse regs fakulteite wat met tipies Suid-Afrikaanse probleme gekonfronteer word.

## INTRODUCTION

Some thirty years ago I was asked to write a paper for the centenary celebrations of the UCT's law faculty which took place in September 1959. I wrote on aspects of the history of the faculty. In that paper, which was published in 1959 in *Acta Juridica*,<sup>1</sup> I dealt mainly with the first sixty years – a period of aspiration and trial which stretches from the appointment in 1859 of Advocate JH Brand as the first, albeit part-time, professor of law in the South African College, with a seat in the senate, to the appointment of George Wille, who took up his duties

\* Text of a paper read in the Robert Leslie Building of the University of Cape Town on Thursday 4 June 1987 under the auspices of the Law Faculty of the University.

1 1-19.

early in 1920 as the first full-time professor of law in the University of Cape Town.

In this article I shall continue the story, dealing mainly with the “Wille-Wylie-Emmett epoch”- a seminal period of consolidation and development from approximately the time of the First World War until just after the end of the Second World War. We may regard the “Wille-Wylie-Emmett epoch” as starting somewhat earlier than the chronological year of Wille’s appointment, because several of the issues which loomed large in the time of those three men crystallised, and suggestions for dealing with them were made, during an earlier period dating from the proposals for reform contained in the report of the Laurence commission in 1914.<sup>2</sup> Professor Wylie, the last of the first trio or triumvirate of full-time professors to teach in the UCT’s faculty of law, died in harness in 1948.

I was appointed in the middle of 1945; and it may therefore be appropriate for me to say something about a few developments in the faculty during the period of just over sixteen years, from 1945 to 1961, while I enjoyed the privilege of being a professorial faculty member.<sup>3</sup> Much happened during that overall period of some forty-five years which was of importance for the faculty, and indeed for legal education in South Africa.

Before I settle to my task, I wish to thank the acting dean, Professor Reinhard Zimmermann, for giving me this opportunity to record a few facts and impressions. I am also grateful to Doctor Howard Phillips of the university’s department of history, who encouraged me to write this article.<sup>4</sup>

## THE SIGNIFICANCE OF THE EARLY YEARS

Shortly after the 1959 celebrations doubt seems to have been raised in some quarters as to whether the UCT was justified in including in the centennial tally those early years between 1859 and 1920, when men like JH Brand, FS Watermeyer, AW Cole, CH van Zyl, and later advocates Porter Buchanan, Louis

2 UG 42 - '14. On 1913-11-12, the Union government appointed a strong commission of four members (five if one includes the secretary, Mr WGR Murray, later the UCT’s Registrar) “to enquire into the facilities for higher education (general, professional and technical) existing in the Union of South Africa and to report as to what provision in regard to university teaching and research should exist in order to render such higher education suitable for, and adequate to, the needs of the people of the Union . . .”

Two members of the commission were distinguished lawyers. The chairman was Sir Perceval Laurence (1854-1930), a judge of the high court of Griqualand from 1882 until his retirement as judge president of that court in 1913. The other legal member was Melius de Villiers (1849-1939), a younger brother of Lord de Villiers, who was made a judge in the Orange Free State in 1876, becoming chief justice of that country in 1899. He was appointed professor of Roman-Dutch law at Leiden in 1905.

Among those who gave lengthy evidence to the commission - and no doubt influenced its conclusions - was the Hon WP Schreiner KC, who at the time was a senator and a member of both the SA College council and the council of the university of the Cape of Good Hope. He had been prime minister, colonial secretary and attorney-general of the Cape Colony.

3 The history of the faculty under the second trio of full-time professors (Cowen, Price and Beinart - in order of their dates of appointment) would require a separate paper. Only a few aspects of that period will be touched on here.

4 Although there are a number of persons still alive who were students of Wille, Wylie and Emmett, I was not only a student of all three, but, in addition was, albeit only for a few months in 1945, a professorial colleague of both Wille and Wylie; and I was a professorial colleague of Wylie for three and half years.

Benjamin, Clemens Gutsche, RB Howes, RP Davis, George Sutton, JE de Villiers and others, laboured on a part-time basis to keep legal education in South Africa alive. Were we in fact justified in speaking at all about legal education in this country before the establishment of faculties staffed by full-time law professors in the university institutions of Stellenbosch and Cape Town in the early 1920s?

In retrospect I think that we were. In saying this, I have weighed the fact that in 1917 Advocate RB Howes (later Mr Justice Howes), who was then a part-time professor in the faculty and its dean, stated in a memorandum to which I shall refer again later, that he and his other part-time colleagues were “not prepared to carry on a system which is in reality a farce under a high-sounding title.”<sup>5</sup> I am aware too, that Professor HM Robertson, in an unpublished chapter entitled “The Rise of a Law School,” passes over developments in the nineteenth century without so much as a mention.<sup>6</sup> I have also assessed Professor D Pont’s view that legal education in what he calls “the proper sense of the term” can only be said to have begun in South Africa in 1920.<sup>7</sup>

Nevertheless, however imperfect the efforts between 1859 and 1920 might have been – and they were defective – they were not negligible, still less a farce. I share the view of Professor Eric Walker, who, when writing the story of the South African College and the University of Cape Town in 1929, concluded that what he regarded as the “fully developed faculty of today” rests upon foundations patiently laid in the preceding century.<sup>8</sup> Indeed, I go further and would suggest that the work of the early part-timers amounted, in its practical effects, to nothing less than what I ventured to call in 1959 “a chapter in the survival and growth of the Roman-Dutch law in South Africa.”<sup>9</sup>

Legal education in this country starts with the establishment of the Board of Examiners in the Cape in 1858. Although the Board of Examiners and its 1873 successor, the University of the Cape of Good Hope, had all the faults which invariably attach to external examining bodies, they did in fact give the first official recognition to the need for providing legal education locally. Not only did they set educational standards for eligibility to practise in the Cape, but they also focused public and professional awareness on the truth that any vital force which the Roman-Dutch law might continue to exhibit, had to be looked for not overseas but here. What is more, the establishment of the Board of Examiners led directly, in the very next year, to the giving of lectures on South African law in South Africa under the auspices of the South African College.<sup>10</sup> Walker describes Brand’s appointment in 1859 as being to a lectureship in what was called “Colonial Law;” but even that humble rubric had potential. It certainly did not prevent the first professor from lecturing on Roman and Roman-Dutch law.<sup>11</sup>

5 We shall see, however, that those strong words were part of a brief pleading a specific cause. See below.

6 Professor HM Robertson’s chapter (part of a history of the university unfinished at his death and now being written by Dr Phillips) is in the university archives.

7 Pont “Die Opleiding van die Juris in Suid-Afrika” 1961 *Acta Juridica* 58–111.

8 Walker *The South African College and the University of Cape Town* (1929) 51.

9 Cowen 1959 *Acta Juridica* 1.

10 *ibid* 9.

11 Walker *op cit* 30; also see 1959 *Acta Juridica* 9–10. It is relevant to note that it was under the same title of “Colonial Law” that Sir Henry Juta was later to publish a useful book containing the extensive sections on Roman-Dutch law in Burge’s four-volume treatise on “Colonial and Foreign Laws” (see *Colonial Law* (1887)).



Most importantly, in my opinion, the efforts of the pioneers of legal education in the South African College illustrate the force of Maitland's insight that taught law is tough law. In his Rede-lecture on "English Law and the Renaissance" (1901), Maitland argued that the teaching of English law in the Inns of Court, very largely by practitioners for aspirant practitioners, was one of the main reasons why, during a critical period, the English common law proved tough enough to resist a major reception of Roman law.<sup>12</sup> It was fitting, if ironic, that Maitland's aphorism should operate in South Africa in a way which is the exact opposite of what happened in England. In South Africa taught law had the effect of establishing an important line of defence against massive anglicisation.

In this regard we should not forget that throughout the nineteenth century a wholesale reception of the English common law was an ever-present threat in the South Africa colonies.<sup>13</sup> That threat was sometimes quite open and blatant, especially during the first quarter of the century, though later it became more subtle and insidious. As that learned jurist and doughty Scots patriot, Professor Sir Thomas Smith, often reminds us, the English common law is a persistent cuckoo.<sup>14</sup>

Fortunately, there was during that early period no lack of influential lawyers in the Cape who valued the Roman-Dutch law and the Civilian tradition and were determined that they should not go under. One such was the brother of our second professor (Professor FS Watermeyer), namely EB Watermeyer (1824-1867), a distinguished member of the Cape Bench during the 1850s and the 1860s, who said, in his "Notes on Roman Law in the Cape Colony," that

"no statesman or lawyer who has given serious thought to the subject, would substitute what is vaguely called English law for Roman law, as adopted in the Netherlands."<sup>15</sup>

Those are congenial sentiments, but it is certain that the Roman and Roman-Dutch law and the Civilian tradition would have had to struggle for survival even harder, had no attempt been made in those early years by South African lawyers to preserve their heritage by getting on with the job of teaching what they conceived to be the Roman-Dutch law as then operative in South Africa. No doubt, their teaching was, by modern standards, unscientific and unsystematic, and library facilities were minimal; but the pioneers nevertheless produced a small band of competent and patriotic South African lawyers at a time when the central issue was, quite starkly, not whether there should be excellent law teaching in our land, in an optimum environment, but whether there should be any law teaching at all.

It should also be emphasised that Maitland's insight about the toughness and durability of taught law continues to have great continuing relevance for all South African law schools today. Indeed, the best hope for a distinctively South African synthesis of diverse but compatible legal elements drawn from many sources,<sup>16</sup> about which Reinhard Zimmermann writes so persuasively in his

12 Maitland *English Law and the Renaissance* (1901) 25.

13 Cowen 1959 *Acta Juridica* 1-5.

14 See, e.g., Smith "The Common Law Cuckoo" 1956 *Butterworth's South African Law Review* 147 *et seq.*

15 *Selections from the Writings of EB Watermeyer* (1887) 157.

16 In the richly-textured, multi-cultural context of South African society, it is unlikely that these sources will be purely Western; and probably they should not be.

article entitled "Synthesis in South African Private Law,"<sup>17</sup> lies precisely in the teaching of law in the grand manner by properly qualified jurists in properly equipped South African law schools. This is a proven way of ensuring that South African law will continue to be adaptive to contemporary social needs, while retaining its identity as one of the few remaining great examples of a modern uncodified system in the Civilian tradition.

The *usus hodiernus pandectarum* would seem now to have established itself in South Africa as a durable system, but there can be no room for complacency about the future of any legal system, especially in our tumultuous and unpredictable part of the world. If vigilance is slack, the hard-won gains of many generations may be lost virtually overnight. Even Maitland, in the Rede-lecture to which I have referred, expressed the view that:

"The so-called 'Roman-Dutch law' of certain outlying parts of the British Empire now stands alone, and few, I imagine, would foretell for it a brilliant future, unless it passes into the hand of the codifier and frankly ceases to be nominally Roman."<sup>18</sup>

I like to think of that utterance as an example of Homer nodding; but it also shows a danger from which we escaped. Who knows when it may have to be faced again?

I wished finally, in 1959, to call attention to the fact that it was experience of the ill effects of the old makeshift system of lectures by part-time staff at odd hours at odd places, with no adequate library facilities, which led the last stalwarts of the old order – Professors Howes and Gutsche and lecturers Sutton and Davis – to campaign vigorously for reform. It may be obvious, but it apparently needs to be said, that their years of struggle for a better dispensation were themselves an enlightening and constructive period in the history of South African legal education, not just an episode in a farce.

Yet, when all this has been said, it cannot be denied that the experience of the pre-1920 period demonstrated what should be avoided.

## PERENNIAL ISSUES OF LEGAL EDUCATION

A sustained movement for the reform of South African legal education took place during the decade before the coming into operation, in 1918, of the 1916 Act which converted the old South African College into the University of Cape Town. During that period at least five different sets of proposals were made which are relevant to this article, probably the most influential being those contained in the report of the Laurence commission, published in 1914, which concluded, fairly enough, that the existing dispensation was "of a make-shift and provisional character."<sup>19</sup> Proposals were also made by the Thompson commission;<sup>20</sup> by a special committee of the South African College known as the Lewis committee;<sup>21</sup> by the Under-Secretary for Education, Mr GR Hofmeyr;<sup>22</sup> and by the College law board in the so-called "Howes Memorandum."<sup>23</sup>

17 1986 *SALJ* 259 *et seq.*

18 *op cit* 31.

19 UG - '14 para 98.

20 Referred to in UG - '14 para 99.

21 The two-page report of this committee (October 1916) is included in the minutes of the board of the medical school, UCT Archives.

22 UG 17 - '19 17-18.

23 A two-page memorandum set forth in the minutes of the law board, UCT 1917-08-11, UCT Archives.

These documents brought into sharp focus, as matters requiring urgent attention, a number of basic issues of South African legal education. In summary, the issues were:

- 1 The appropriate physical accommodation for the teaching of law.
- 2 The provision of an adequate South African law school library, having due regard to the great complexity and evolving nature of our richly textured legal system, this being necessarily a very costly item.
- 3 Whether law should be taught in a university solely as a professional discipline, or also as part of a general education in the humanities.
- 4 The content of an appropriate professional law syllabus in the South African context.
- 5 The size of an adequate teaching staff, coupled with the crucial question of manageable staff/student ratios.
- 6 Whether the LLB degree should be offered as a four-year first degree, or whether it should be preceded by a bachelor's degree in another faculty, for example in the faculty of arts or of commerce, and the minimum period of required study.
- 7 The linguistic requirements for the adequate study of law in South Africa, and especially the role of Latin.
- 8 The extent to which members of the judiciary, the bar and the side-bar might, appropriately and realistically, become involved in determining the policy of a law school.

Although the lines of possible ways of grappling with these issues were foreshadowed in the early proposals, and although headway was made in dealing with some of them during the Wille-Wylie-Emmett epoch, the problems which I have summarised are perennial. They are never finally solved in the sense of being removed from the field of continuing effort and experimentation. Each generation must face them anew and find its own appropriate method of adaptation and adjustment.

In preparing this article, I was faced with the choice of discussing these matters separately, or as part of the biographies of the men who had to cope with them in a particular South African university. I unhesitatingly chose the latter course as being by far the more interesting (and certainly less soporific) way of handling the subject.

## CONSOLIDATION AND GROWTH UNDER PROFESSOR WILLE

George Wille was born in Graaff Reinet in 1880.<sup>24</sup> He died at Hermanus in 1966, in his eighty-seventh year. His father came to South Africa from Germany. His mother was a Baumann, a distinguished South African Jewish family. George was baptised as a member of the Anglican communion, though in later years he gave the impression of being agnostic. He was a tallish, well-built man with an erect and impressive bearing. He was proud of his Jewish blood and often said in class during the years of Hitler's madness:

---

<sup>24</sup> I am indebted to Professor Wille's niece, Dr Patricia Massey, and to his daughter, Mrs Sylvia Smith, for several personal details concerning his life.

"I am half Jewish and, although Hitler would hate to hear me say so, I know which is the better half."

However, those were grim days, and he also honoured the German strain in him. He went to school in Hastings, England, and studied law at Cambridge University (Christ's College) where he obtained the degrees of BA LLB. A barrister of the Middle Temple (he was called in 1903), he was admitted to the Johannesburg bar in that interesting but difficult period of so-called "reconstruction," under Milner, between the Anglo-Boer War and Union. He practised as an advocate in Johannesburg for well over a decade.

The demand for his services as an advocate seems to have been of the kind which saved him, on the one hand, from the purgatory of over-worked success, and, on the other, from the limbo of briefless frustration. He was the reporter for the official law reports of the Witwatersrand local division of the supreme court for 1911, 1912 and 1914, and in that capacity no doubt acquired his skill in summing up the essence of a decided case in a few well-chosen sentences. His practice certainly left him sufficient time to devote his considerable talents to legal writing.

A comprehensive book on *Landlord and Tenant in South Africa* came from Wille's pen in 1910. At the time the only South African text on the subject was Doctor HDJ Bodenstien's short thesis, entitled *Huur van Huizen en Landen volgens het hedendaagsch Romeinsch-Hollandsch Recht*, which Bodenstien submitted for the degree of LLD at Leiden in 1907.<sup>25</sup> Wille's able and practical book soon began to be quoted in the courts.

His next publication was a work of co-authorship. That classical text, *Mercantile Law of South Africa*, now in its 19th edition and still going strong, first appeared in 1917 as the joint work of George Wille and Phillip Millin (later Mr Justice Millin). Sarah Gertrude Millin (the judge's wife and a well-known writer) used to say that it was her husband who made the major contribution, a view which was not shared by Professor Wille and which angered him considerably. One of his favourite classroom exercises was to ask us to guess who wrote which chapters, giving as a clue the following acid guideline:

"The solid and accurate law is mine, the poetical flourishes are Judge Millin's."

Fortunately, by then the book had become a fused integral whole, rightly known simply as "Wille and Millin."

Wille was undoubtedly appointed on the strength of his published work.

His later books on *Mortgage and Pledge* (1920), and especially his *Principles of South African Law* (1937), were a boon to students and practitioners. Indeed, my generation was lucky in the text-books that were available to us. Admittedly, we did not yet have "De Wet and Yeats," but apart from Wille's writings we had Mackeurtan's *Sale*, Lee's *Introduction*, McKerron's *Delict*, Maasdorp, and – notably – the two volumes of Wessels's *Contract*, which appeared in 1937–1938. Nothing like the current plethora of South African law reviews (almost an embarrassment of riches) was then available. There was, of course, the doyen of them all – *The South African Law Journal*. *The South African Law Times* was coming to the end of its interesting short life.<sup>26</sup> Fortunately, however, the *Tydskrif*

25 HDJ Bodenstien became a professor of law at Stellenbosch in the early 1920s.

26 *The South African Law Times*, a monthly, edited by Dr Manfred Nathan, ran from 1932 to 1936.



*vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* was just beginning its very distinguished and scholarly career. The first number appeared in March, 1937, at the beginning of my final BA year. Wille's *Principles* also appeared in 1937, while I was attending his first course in Roman-Dutch law; and he took us through it, almost line by line, from beginning to end. It came like a breath of fresh air. He was also interested in what is nowadays called street law; and towards the close of his life wrote a little book on *Law for the Layman*.

The year 1920 must undoubtedly be regarded as a watershed year not only in the history of the UCT law faculty, but also in the history of South African legal education; for George Wille proved to be an excellent law teacher and an efficient administrator who made his mark both on a revitalised faculty and on South African law. It is true that the UCT cannot claim the sole honour of being the first South African university to appoint a full-time professor of law; for in that same year, 1920, Advocate HA Fagan (later chief justice) was appointed to the first full-time chair of law at the University of Stellenbosch – not to be the last example of an honourable draw between Maties and Ikeys. However, it is not really a question of which law school, or of who among the country's legal scholars has been first, or even foremost, in promoting legal education in South Africa. The co-operative efforts of many persons, possessing many diverse talents, has been decisive in the past, and will be in the future. In such an enterprise we all necessarily stand on one another's shoulders.

From the outset, Professor Wille and his colleagues were faced with difficult issues of policy, and especially with the tasks of rationalising, consolidating and developing what already existed. The potential for development was limited, moreover, by the economic constraints of a post-war depression and by the extreme caution of a conservative university council.

As far back as 1917, the college senate had approved a recommendation that there be appointed a "Law Advisory Committee to the Senate" to consider "matters of policy and general regulations affecting the faculty."<sup>27</sup> The dean of the faculty was to be chairman, and the following gentlemen accepted invitations to be members: The chief justice of South Africa (*ex officio*); the judge president of the Cape provincial division of the supreme court (*ex officio*); the chairman of the Cape bar council (*ex officio*); the president of the incorporated law society (Cape) (*ex officio*); Sir William Solomon, Sir John Kotze and Mr Justice Gardiner. All very impressive; but it has always seemed to me to be preferable (provided the busy persons concerned are able and willing to spare the time and provided that not too many meetings are involved) to aim at having, at most, one member of the bench, one member of the bar and one member of the sidebar, attending meetings of the faculty board as participating members of that body. Such a system has worked well at the University of the Witwatersrand for many years, and I understand that the faculty at Cape Town may currently be moving in that direction.

Be that as it may, Professor Wille was quick to see the value of the separate and august advisory committee which had already been established, and he realised the potential influence which such a body would have on the senate and council. Accordingly, in the forefront of the calendar for 1920, prominent

<sup>27</sup> Law board minutes 1917-08-11, UCT Archives.

notice was given of the existence of the advisory committee and its composition. Wille was soon to need the help of the committee.

In 1917 steps had been taken at Cape Town to offer the degree of LLB as a first degree after four years of post-matriculation study; and by the time Wille arrived the four-year LLB degree was a *fait accompli*. An alternative avenue of entitlement to practise at the bar had also been introduced at the same time; namely a five-year BA LLB course. This was made possible by the debatable expedient of including certain law courses among the options for the BA course, namely the course in jurisprudence and some of the courses in Roman law and in Roman-Dutch law.<sup>28</sup>

On the very eve of Wille's arrival the status of the four-year LLB course came under attack in the Cape supreme court; for in February 1920, a full bench of the supreme court (Sir Henry Juta JP, Sir John Kotze and Searle J) had to decide in *Ex parte Van der Willigen*,<sup>29</sup> whether the applicant, who possessed the UCT's four-year LLB degree, was entitled to admission to practise law as an advocate by virtue of that qualification.

The immediate issue was one of statutory interpretation. By virtue of section 20 of Act 16 of 1873 any person who had obtained the degree of LLB of the University of the Cape of Good Hope was eligible to be enrolled as an advocate of the Cape supreme court. However, by virtue of section 8 of that same act, the LLB of the University of the Cape of Good Hope could not be conferred upon him unless he had first obtained the degree of Bachelor of Arts. Section 8 of the 1873 act was, however, repealed by the 1916 act incorporating the University of Cape Town; and, by virtue of section 3 of the 1916 act, Van der Willigen was eligible for admission if he were able to show that his four-year LLB of the UCT was a "like degree" to the LLB of the University of the Cape of Good Hope. In short, was the four year LLB degree of the UCT a "like degree" to an LLB degree which could only be conferred on a person with a required prior BA degree?

Juta JP and Searle J, focussing attention solely on the law degree as such, had no difficulty in deciding in favour of the applicant; but Sir John Kotze, while prepared in the particular case to grant admission to the applicant, made several observations which are still topical – and controversial.

Unlike his two colleagues, Kotze J concentrated on what he regarded as the necessary linguistic attainments of persons undertaking the serious study of Roman and Roman-Dutch law. In the first year of study for the four-year LLB course, Van der Willigen had been required to pass university degree examinations in Latin, English and Dutch. Was that enough? enquired Sir John. After stating:

"No one can understand Roman-Dutch law, as it should be understood, without a competent knowledge of Latin and Dutch,"

28 The LLB course, after only four years of post-matriculation study, continued to be offered at the University of Cape Town for some nine years from 1918 to 1926, when it was discontinued in favour of a minimum period of five years of post-matriculation study, making the LLB degree, in effect, a post-graduate degree – most candidates opting for the BA LLB combination. A strong case may, however, be made for a six-year BA LLB course, excluding so-called "dual purpose" courses. However, the latter approach only began to be discussed seriously, at Cape Town, after the Wille-Wylie-Emmett epoch.

29 1920 CPD 302.

he went on:

“Should it at any time appear that the qualifying course in Latin and Dutch is not what it should be, I reserve to myself the right of reconsidering the question whether the LLB degree of Cape Town is a ‘like’ degree within the meaning of the Act of 1916.”<sup>30</sup>

Professors Wille and Ritchie were then deputed by the university to discuss the content of the two language courses with Sir John, and the university records disclose that he “appeared to be satisfied with the courses in Latin and Dutch.” However, if the learned judge were correct in his approach to the question of statutory interpretation – and that, with respect, is doubtful – a sword of Damocles was left over the four-year degree.

Kotze J quite pointedly suggested that the University of Cape Town should reconsider the relevant qualifications, stating his own strong preference for a five-year BA LLB course of study. Had he been able to foresee the brilliant professional careers of some of those who were admitted to practise on the strength of the four-year degree, he might have had fewer reservations; for that was the qualification of N Ogilvie Thompson (subsequently chief justice, who obtained the degree with distinction in 1925), of Arthur Williamson (subsequently a judge of appeal) and also of Graeme Duncan QC who obtained the four-year LLB degree with distinction in 1921.

Sir John Kotze’s judgment also contains an interesting discussion of the study of Roman and Roman-Dutch law in South Africa; and few will quarrel with his conclusion:

“The future of the legal profession is a matter of great public concern to the country, and what that future is to be, will greatly depend upon the systematic and scientific teaching of law in our law schools.”

In regard to Sir John’s insistence upon a degree course in Latin, times are – perhaps regrettably – changing. Latin is no longer widely taught in contemporary South African schools, and a huge population requiring legal qualifications finds a conventional university arts course in Latin a serious obstacle. I am aware that this topic is currently still a vexed one,<sup>31</sup> and that this is not the occasion for careful consideration of it. Although I am myself a supporter of a Latin requirement (I do not pause to specify which), it may be that we are now faced with a situation which requires a re-think and a more pragmatic approach, with the emphasis, perhaps, on ability to translate legal texts. *Tempora mutantur, et nos mutamur in illis*. Not only must the law adapt to circumstances if it is to survive, but law curricula must also be adaptable.

Probably the main thrust of Wille’s early endeavours was to continue a struggle, which had begun long before he arrived, for the appointment of an adequate full-time staff.

In 1914 the law staff consisted of four part-time members, two called professors, namely Advocates C Gutsche and RB Howes, two called lecturers, namely Advocates GG Sutton and WR Toms. They all received the same slender remuneration (namely 15s 0d per lecture), and the distinction in nomenclature seems to have been purely cosmetic – part of what Professor Howes later called “a pretence.”

30 309.

31 See e.g Boule “Latin, the Future of the Past” 1987 *De Rebus* 23; Barker “Latin – The Value of a Dead Language” 1987 *De Rebus* 111; Douglas “Latin: The Death Throes” 1987 *De Rebus* 115; Lubbe “Latyn en die Regstudent” 1987 *De Rebus* 169.

What is surprising, however, is to note how difficult it was in those days to persuade the decision-makers that a law faculty is a truly great and venerable academic institution, which must be adequately – indeed generously – staffed, and which cannot be run on a shoe-string. One is astonished to find, for example, that in 1912 the Thompson commission reported that the Cape law faculty should be “strengthened” by the “addition” – as that commission put it – of one full-time professor “in the place of” the existing two part-time professors and the two part-time lecturers. On that sophistry, it is satisfactory to record that the Laurence commission commented drily:

“It is rather difficult to regard this as an ‘addition’ in the ordinary sense of that word.”<sup>32</sup>

Nevertheless the Laurence commission itself considered in 1914 that it would suffice if a start were made with the appointment of one full-time professor of law to be assisted by a few part-time lecturers.

A change of heart occurred in 1916 when a special committee of the South African College, under Professor Lewis, “considered” proposals for the establishment of four full time professorships of law in the university, namely, chairs of jurisprudence, Roman law, Roman-Dutch law and English law.<sup>33</sup> So far as I have been able to gather, these proposals came from the law board, although the extant records are not quite clear.<sup>34</sup> Be that as it may, in October 1916, the Lewis committee actually recommended the *en bloc* establishment of ten new chairs in the University, but no chairs in law were included in that number. The reason for the omission, according to a statement in the final paragraph of the report of the Lewis committee, was:

“In view of the fact that the law committee was considering the whole question of the establishment of a school of law, the Special Committee refrained from making any suggestions in this connection”

– a case of the law committee missing the boat.

In August 1917, in the so-called Howes memorandum, the law committee or board went so far as to threaten to discontinue lectures unless full-time professors of law were appointed but recommended as a minimum temporary measure that there be appointed as from the end of 1917 “one whole-time professor, who shall be Dean of the Faculty, and at least three part-time lecturers.” This, it was observed, would involve an annual expenditure of about £1750, whereas “the four full-time professors originally proposed would have cost the university at least £3000 per annum.”<sup>35</sup>

The council was unmoved; and eighteen months later the minutes of a senate meeting, held in March 1919, reveals that the part-time staff were still at their posts, their public spirit apparently having overcome their indignation. Senate again resolved to draw the attention of council to:

“The urgent need for the appointment of whole-time professors of law and the unsatisfactory position under the present arrangements whereby the Dean of the Faculty is only a part-time official.”

32 UG 42 – ‘14 para 99.

33 See n 21 above.

34 I infer that the recommendations came from the law board because of what is stated in the text to n 35 below.

35 The Howes memorandum also stated bluntly: “If the University intends to have a Faculty of Law it must be prepared to make some effort to finance it.”



An annexure to the senate minutes then put forward yet another – the fifth – proposal. It was recorded that “two professors and two lecturers are the least on which a satisfactory law school can seriously be contemplated.” This dickering between four professors and one, and then between four and two, has an undignified, almost desperate, ring about it; but a limited measure of success was, at last, at hand.

One year later, the university council appointed one law professor, Advocate George Wille of the Johannesburg bar, to be assisted by four part-time lecturers, Advocates Howes, Sutton, Davis and Reid. It was now for Wille, as dean, to pull the labouring oar. It was to take five more years before a further two full-time professors were appointed.

In November 1921 the university decided to establish a second professorship of law, namely a professorship of Roman law and jurisprudence. It was hoped to fill the chair for the 1923 academic year, but a suitable candidate only became available in 1924, namely John Kerr Wylie, who was appointed in that year at the age of 40.

Meanwhile a committee had been set up outside the university to collect funds to establish a chair of jurisprudence in honour of the memory of WP Schreiner. The funds were duly collected and offered to the university. However, the subject of jurisprudence had already been entrusted to Wylie, so the faculty recommended that a new third chair should be established either in commercial and industrial law or in English law.

The issue was referred to the advisory committee, which reported that the subject of jurisprudence should be associated with Roman law and that the memorial chair should be designated the WP Schreiner chair of Roman law and jurisprudence. The advisory committee did not approve of the faculty’s view that a third chair should be established in either commercial and industrial law or English law. It recommended, instead, that the third chair should be in international and constitutional law.

In the result, the existing course in constitutional history was renamed constitutional history and law, the legal content being strengthened, albeit marginally. A third chair, like Wille’s chair, was to be unnamed,<sup>36</sup> but its duties were to be a kind of catch-all, including lectures, not exceeding eleven per week, in public international law, in private international law, in English law, in commercial law and (such apparently was the current belief in the fungibility of legal topics and of law professors) “in any other topic required by the faculty.” Professor Eric Emmett was appointed to the chair in 1925.

Thus ten years after the Lewis committee had duly “considered” the appointment of four professors of law – and with the aid of donated funds – the faculty managed to obtain three.

The staffing position remained numerically unchanged for several decades. Indeed, when I was appointed to Professor Emmett’s chair in 1945, the position was still the same, although I managed to persuade the university to have the third chair named to embrace commercial and comparative law. This seemed to be in line with strong recommendations of the past; and it also accorded with

---

36 Walker *op cit* 114, writing in 1929, describes Professor Emmett’s chair as being one in “English and International Law;” *sed quaere*.

my own predilections. My two professorial colleagues and I also managed to have provision made for the appointment of two full-time senior lecturers.

It is chastening to recall that a fourth chair of law – that of public law – was only established at the UCT in 1967 – a full fifty years after the Howes proposals – when Advocate Donald Molteno was appointed to such a chair. As Isaiah says: “Here a little and there a little.”

Fortunately, in some respects, the tempo of change is quicker nowadays. Today, a mere twenty years after Molteno’s appointment, I understand that the law faculty has nine full-time professorships.

During the whole of the Wille-Wylie-Emmett epoch, the physical accommodation in which the faculty worked was not satisfactory. Lectures in law courses which also qualified as arts courses were offered at Rosebank on the main upper campus. Lectures in law courses for the final two years of the LLB syllabus were given in the old “Egyptian Building” at the top of Government Avenue. We shared that building with the lecturer in sculpture, Lippy Lipschitz. Commuting was difficult, some compensation for students being found in the proximity of the Michaelis school of fine art, to which many law students were attracted or distracted like bees to honey. Here, again, changes have been dramatic; and soon, I understand, the law faculty is to have its own substantial building.

Against this background, it is time for me to return to the men themselves who shaped the faculty during the period under review, and to record my impressions of the quality and efficacy of their teaching.

Professor Wille’s knowledge of the law was derived primarily from a close study of the South African law reports. He knew his Grotius well, also Schorer’s and Van der Keessel’s Commentaries on Grotius, a great deal of Voet, much of Pothier (whose exceptional clarity and comprehensiveness appealed to Wille and whom he constantly held up as a model) and some Glück. He was not widely read in modern Civilian legal literature or in the works of the medieval and later commentators on Roman law, and he did not encourage in-depth study of the court decisions of Holland or of the Dutch *Consultatien en Advysen*. He was, however, a very sound lawyer in touch with the living law and with contemporary legal problems. But although he was not like Wylie – who was primarily a scholar, albeit a legal one – it would be a mistake to regard Wille as being unscholarly. He was indeed a scholarly lawyer, with the emphasis, perhaps, on the word lawyer.

Wille was, without question, an excellent teacher, bringing to that task rare intellectual honesty, dedication to the primacy of good faith, a powerful and logical mind, an interest in definitions and a talent for framing useful ones, and a gift of lucid and arresting exposition. His desire for completeness and clarity – almost a passion – sometimes did him disservice; for he was constitutionally incapable of dissembling, or of shrouding in a fog of ambiguous words, topics which he knew to be difficult. Instead of saying nothing on a difficult subject – as Lee was prone to do – Wille would jump in, always emphatically, but sometimes greatly over-simplifying. He was incapable of using the word “quasi,” except as a swear-word. Echoing Sir George Jessel, MR, he used to say: “If I am wrong, I am at least unmistakably wrong.” The result was that Lord Atkin’s

remark “short, simple – and wrong” could be applied to some of Wille’s confident utterances, but he was probably more often right than wrong, and that surely is an achievement for even the best of mortals.

In the course of my citation on George Wille, when in 1959 I presented him to the chancellor for the honorary degree of Doctor of Laws, I stated:

“If one were to single out the characteristic which most distinguish him as a lawyer, it would be his exact, indeed meticulous, regard for language and its meaning. Jeremy Bentham has said that ‘Laws can only be made with words. Life, liberty, property, honour: everything which is dear to us depends upon the choice of words.’ George Wille understands this as well as any man, and has acted upon it to the benefit and inspiration of all who have come into contact with him and his works.”

Sometimes his insistence upon exactness of expression bordered on pedantry. For example, if one were to say “John was killed in a motor-car accident,” Wille would respond by asking:

“Why do you say accident? Tell me the facts. You will find that he was killed because of some cause of which you are now ignorant or which has not yet been established. You may find that the person you are speaking about was killed because of somebody’s negligence or because of his own negligent act or omission. In the case of motor-car collisions, it seldom happens that damage or death are due to an act of God or to an accident.”

This sort of thing could be traumatic, but it was wholesome. It kept us on our toes, and made us think before we talked.

Wille loved Cambridge and gave her more than a normal share of loyalty. It was almost a fierce loyalty, involving disdain for Oxford. He used to growl about Oxford men: “They are too smooth for my liking. Too many poets. You have to watch your daughters with them.” One wonders what Wordsworth and Rupert Brooke (to mention two who spring to mind) might have said about the dig that Oxford rather than Cambridge produced poets.

When Adrian Roberts’s *South African Legal Bibliography* was published I lent my copy to Wille. His eye fell immediately on the brief biographies of South African judges which appear at the back of the book. He counted how many had been to Cambridge, how many to Oxford, and returned the book to me with a handwritten annotation recording that 36 had been educated at Cambridge, only 25 at Oxford, making a total of 61 out of 144. In passing, I may say that I was more interested in knowing who were either self-educated or had received a wholly South African education. They are an impressively distinguished group.

Professor Wille was a man of extreme likes and dislikes. He was what Doctor Johnson admired – a good hater. He had a low opinion of Professor Wylie, a sentiment which was reciprocated; and both men expressed their views of each other quite openly and with little regard for the subtleties of *innuendo*. Wille would quite literally froth when told that Wylie disagreed with him on whether a lessee under a short lease, who was in occupation, enjoyed a real right; or on whether one could be said to have a “real,” in the sense of an “absolute,” right in one’s reputation – topics on which Wille was not disposed to brook opposition. I have forgotten now who used to call whom “that learned baboon”; maybe they both used that expression of contempt. No matter.

Although it is a pity that they did not communicate more – for they might have learned much from each other – the opposition between the two men was,

on the whole, good for the faculty. It produced a creative tension, not a destructive one. It also compelled independent research. Wille and Wylie often seemed both to be right, though in apparent disagreement, and it was instructive to try to find an explanation and, if possible, a method of reconciliation. It often transpired that they would be talking about quite different things under the same name.

Fortunately, Wille had a robust disposition and a sense of humour. He could enjoy a joke against himself. Here is a memorable example. While lecturing on defamation, he was saying brutal things about someone one day. He paused and said to the class: "I have been saying that publicly for years. Why doesn't the damned scoundrel sue me for defamation?" He was expecting the answer: "Because what you say, sir, is true and it is in the public interest to be told that particular truth." Instead, he got from that gallant and sparkling soul, Percy Burton (one of Churchill's "few" in the Battle of Britain), the quiet reply: "If I were acting for you I would argue that your language is not defamatory." "How so, Mr. Burton? I am trying my best to expose the shameless rogue for what he is, though I am well aware that I may be damaging him." "Well sir," said Burton, "there is a difference between defamatory words, which are likely to lower the reputation of a person in the mind of a reasonable man, and mere vulgar abuse which leaves the hearer cold; and your intemperate language belongs to the latter category." Wille, to his credit, joined in the laughter and Percy in due course got his first class. Wille's bark was much worse than his bite.

Poets and poetry were anathema to George Wille. His ultimate disparagement of a person was to call him a poet. He had, for example, a poor opinion of the writings of Maasdorp, Lee and McKerron; and they were all labelled poets. One of them – I think it was Maasdorp – was the major poet, while Lee and McKerron were dismissed as minor poets; though I must say that it was never clear to me whether it was worse, in Wille's idiom, to be a major or a minor poet.

Wille's aversion to poets and poetry intrigued me. Although I think his attitude was wrong, we may learn something about poetry, certainly about Wille and maybe about ourselves, by examining what it was all about. Although Wille used to say that poetry and law do not mix, and that lawyers can only learn from the poets what to avoid, the truth is that lawyers like Holmes and Pollock were not diminished in their stature as lawyers by reason of their love of poetry; nor, in our country, were "Toon" van den Heever or EB Watermeyer diminished for writing it.

Wille was, in fact, never able to explain what was wrong with poets, save for the statement that they never call a spade a spade, which of course they do. As I suspected that his attitude was an emotional one, which had not been thought through, I once suggested that he should read (if he had not already done so) TL Peacock's attack on poetry<sup>37</sup> and Shelley's famous reply, entitled "A Defence of Poetry,"<sup>38</sup> the last sentence of which says, without exaggeration, that "poets are the unacknowledged legislators of the world." I also risked incurring his displeasure by remarking that Shakespeare was a poet who uttered truths clearly

37 "The Four Ages of Poetry" reprinted in *The Works of Shelley*, ed Buxton Forman, vol 7 386 *et seq.*

38 *The Works of Shelley* 99 *et seq.*



and simply. "Nonsense," replied Wille, "Bacon wrote what you call Shakespeare, and he was a lawyer."<sup>39</sup>

Many years passed before I began to understand why poetry was not for Wille. I found the key when reading GK Chesterton's biography of Robert Browning. "Poetry", says Chesterton, "presents things as they are to our emotions, not as they are to any theory however plausible, or any argument, however conclusive."<sup>40</sup> Two things about that perception are relevant. Wille feared the emotions and had difficulty in handling his own. More importantly, he was a rationalist who constructed firm theories and conceptions in the light of which he approached – and often judged – reality. He tended, for example, to view economics through the spectacles of Henry George. By contrast, a poet knows that if you try to understand any aspect of life, wearing the spectacles of an inflexible theory, you do so at your peril.

Before I turn to Professor Wylie, this is perhaps a convenient point to say a little about the UCT law library. During the whole of the Wille-Wylie-Emmett epoch the state of the library was poor. This is not to say that Wille was indifferent, but as late as August 1929, he was setting his sights low. In a memorandum signed by Wille, attached to the minutes of a law board meeting of that date, one finds him stating that most of the important original Roman-Dutch law books are in the UCT library, and he then proceeded very painstakingly to motivate an elaborate plea for completing the holdings in South African law reports, as there were missing volumes in the library's collection. And that was that. Many years later, Wylie told me that he considered the task of persuading the university's general library committee to build up a good law library of the far-ranging kind essential in South Africa, to be so formidable that he had given up trying and preferred not even to think about the matter. "The law library", he sighed, "is cast for Cinderella's role."

When I was appointed to a chair of law, the library was still sparse, to put it mildly. Modern Continental literature was not to be found, and the law reports and law reviews of countries outside South Africa were very thinly represented. Astonishing as this will seem to lawyers, I once had to battle to explain how the American Restatement could possibly be of use in South Africa; had we perhaps decided to teach American law? As early as 1914, the Laurence commission had recommended that there should be established within the walls of the university a comprehensive law library, which should bear a relationship to the general library similar to that obtaining at Oxford between the Codrington (at All Souls) and the Bodleian, or – one may add – between the Squire library and the general library at Cambridge. Yet, when I was appointed more than thirty years later, the law library was not housed as a single collection in a separate building, or in a separate part of any one building. When, during one of my spells as dean, the collection of old authorities, known as the Van Zyl collection, was donated to the university by the governor-general, Major GB

39 Interestingly, it was the poet Shelley who recognised the poet in Bacon. "Lord Bacon," said Shelley, "was a poet. His language has a sweet and majestic rhythm, which satisfies the sense, no less than the almost superhuman wisdom of his philosophy satisfies the intellect" (*Works* vol 7 107). Yet, although many excellent lawyers have been poets, or have loved poetry, poets may not find the law congenial (see OW Holmes *Collected Legal Papers* (1921) 29).

40 GK Chesterton *Robert Browning* (1911) 184.

van Zyl, I remember how delighted I was that the council and senate accepted a recommendation from the faculty that we should seriously begin (I use the word advisedly) to establish a modern law school library by housing the bequest, and our other law books, close to each other in rooms occupying a separate part of the Hiddingh Hall. Some provision was also made for reading rooms and for photocopying equipment.

The chancellor, General Smuts, who attended the opening ceremony, expressed the hope that the library would continue to expand as a separate and distinct entity along lines familiar overseas. I have a photograph, taken on that occasion, showing the chancellor, the donor and his wife, the principal of the university (Doctor TB Davie), the chairman of council (Doctor Duncan Baxter), and the dean of the law faculty in what was then the new Van Zyl seminar room.

Things have changed for the better since those days. The law library now has an aura about it – even in its present temporary premises – which one missed in the days when I knew the faculty intimately, and I believe that Professor Solly Leeman and his colleagues on the faculty's library committee are just getting into their full stride. They deserve the support of all well-wishers of the university.

### JOHN KERR WYLIE

John Kerr Wylie studied law at the University of Edinburgh, and when appointed to the WP Schreiner chair of Roman law and jurisprudence at the age of 40, held the degrees of MA, LLB and DLitt of that university. He also obtained the degree of LLB of the University of London and the LLM of the University of South Africa. He was an advocate of the Scottish bar and of the supreme court of South Africa, but it does not appear that he ever practised in those capacities.

Wille and Wylie were poles apart, and mixed or rather failed to mix like proverbial oil and water. Even physically they were opposites, Wylie being shortish and rotund. However, as I have already suggested, the tension between them was invigorating; for each was a foil to the other, highlighting each other's qualities and, by the same token, each other's deficiencies.

Wylie was a genuinely learned man, gifted with an acute and subtle analytical mind. He was a master of languages, both ancient and modern, and had unusual powers of clear and elegant exposition. He gave constant attention to distinctions, conceptions, classifications, and their systematisation. In short, he was strong on legal *dogmatik*, though of course he knew perfectly well that the classical Roman lawyers had no time for that sort of thing.<sup>41</sup> Yet when it came to the business of translating the abstract into the real and the general into the particular – the task, so to speak, of simplifying the day's work – his touch was less sure.

Like Wille, Wylie disdained to gloss over difficulties; but, unlike Wille, he used to tread extremely warily, like Agag, pointing – so it seemed to me – more to difficulties and conflicts of opinion and what he liked to describe as “trends of thought,” than to solutions. The result of a session with Wylie was, therefore, often inconclusive. This was perplexing to many students who tend – no doubt

<sup>41</sup> See, e.g., Fritz Schulz *Principles of Roman Law* (1936) 43 *et seq.*

vainly – to seek “certainty” where non exists; but that is a hard lesson for any of us to learn.

He was dealing one day with the so-called *traditio clavium apud horrea* of the classical Roman law, in accordance with which the requirements of a *traditio* of goods stored in a warehouse were satisfied if the parties proceeded to the warehouse and there handed over the keys to the transferee with the intention of transferring possession. He opened, very helpfully, by saying that it was important that we should keep a dogmatic distinction in mind. In classical Roman law, he said, the keys served merely as a means for the exercise of effective control over the goods in the warehouse – a means for obtaining the physical element, or *corpus*, of possession. “By way of distinction,” he emphasised, “you should note that there is no suggestion in the Classical law that the keys are a symbol representing the goods.” We were, he said, concerned with a form of constructive delivery known as *longa manu traditio*, and not with “symbolical delivery,” in the strict sense of the latter term. Symbolical delivery, he explained, was a much later development of the middle ages. Then there followed the statement that in Justinian’s day the delivery of the keys need no longer be made *apud horrea*, and the further statement that although the trend of Justinianian (he insisted on spelling the adjective that way) legal thought was in the direction of genuine symbolical delivery, the concept was only fully developed in the middle ages under Germanic influence. We were then given a medieval example of symbolical delivery, namely the so-called *traditio cartae*, and also a modern example, namely delivery of a bill of lading.

Meanwhile, as I tend to be interested in workaday specifics as well as generalities, I wished to pursue the topic of *traditio clavium* a little more deeply; so I asked whether in modern Roman-Dutch law, the delivery of the keys, with the necessary intention, would suffice to transfer possession and ownership of the goods in the warehouse; and, if so, whether this was because the keys were a means of transferring control over the goods or whether they would, nowadays, be regarded as a symbol of the goods themselves; for, depending on the facts of a particular case, it could make a great deal of difference. Wylie’s answer was typical. “I am dealing,” he said “with Roman law and more particularly with the Classical Roman law. It is for each modern legal system, including South African law, to work out in the light of current requirements which is the most appropriate principle to adopt. You should ask Professor Wille what the current position is in the modern law.”

This was faultless as far as it went; but it would have been comforting to have been given something a little less precarious, or at least to have been referred to the discussion of the topic in the South African cases.<sup>42</sup> Somehow, Wylie never quite managed to bring his subject consistently to life. That should not be interpreted as an indictment; it is intended rather as a prayer – a miserere.

Nevertheless, by insisting on the conceptual distinction between transferring the means of control, on the one hand, and symbolic delivery in the strict sense, on the other hand, Wylie had given us something of lasting value. I could give other examples drawn from other fields of law where, over the years, I have found Wylie’s legal *dogmatik* has stood up well.

<sup>42</sup> which could have been found in those days in Mackeurtan, for example.

Just as Wille had an aversion to poetry, Wylie had his own pet aversion. It was a distaste for legal philosophy; in fact for philosophy in general. As poets and philosophers have much in common, this was perhaps one of the few points of agreement between Wille and Wylie. Wylie used to warn against the harm which would come to us, as lawyers, if – as he put it – we dared to put a sickle into the dread field of legal philosophy, or even worse, of theology. “That sort of thing,” he would add, “is best left to my colleague Doctor Versfeld.” Lawyers, he said, had enough hay on their forks without taking on unnecessary burdens from other fields of knowledge. Meanwhile, Martin Versfeld, in the department of philosophy, went on quietly with the work of civilising – or trying to civilise – many lawyers, including me.

I was never able to share Wylie’s distaste for philosophy, even in my student years; and I remain unrepentant. The divisions between the fields of knowledge are drawn provisionally and for convenience only; and it has seemed to me that better than Wylie’s attempt to raise artificial barriers is the holistic view of that great American judge and legal philosopher, Mr Justice OW Holmes. In his lecture on “The Profession of the Law,” he expressed a truth which gripped my imagination in my student days and which has never lost its hold.

“If your subject is law,” he wrote, “the roads are plain to anthropology, the science of man, to political economy, the theory of legislation, ethics, and thus by several paths to your final view of life . . . To be master of any branch of knowledge, you must master those which lie next to it.”<sup>43</sup>

As a “realist,” Holmes used to insist that we need this holistic approach to ensure that the legal system draws its basic postulates and its legislative justification from science, as we slowly learn the lessons of science. When, for example, as lawyers we are challenged to explain the rationale of a particular principle or rule of law – and which law teacher is not constantly so challenged? – it is not sufficient to rely upon tradition, or vague sentiment, or the fact that we never thought of any other way of doing things, as our only warrant. The relevant principle or rule should, wherever possible, be put into its factual historical setting. So regarded, we find that rules which have sometimes been hailed as revealed wisdom turn out to be historical relics which have outlived their usefulness. *Cessante razione legis, cessat ipsa lex*.

Wylie was aware of this; yet he never made it live in his teaching. He seemed closer to the classical conservatism – the respect for tradition – of the jurist Neratius who says in the Digest:

“The reasons underlying the rules [of the legal system] should not be inquired into, otherwise much of what is certain will collapse.”<sup>44</sup>

As the pot is disposed to call the kettle black, so dry scholars were prone to call Wylie a dry scholar. It is not a phrase that I care to use. I suppose that they meant that Wylie was not prolific in regard to published work and that what he published lacked charm. Yet he published some excellent pieces, among them his essay on the *actio de pauperie*.<sup>45</sup> Admittedly, his early book on *Correality and Solidarity* and his *Roman Constitutional History* are unrewarding, but the long and the short of it was that Wylie was an example of that self-defeating

43 OW Holmes *op cit* 30.

44 D 1 3 21; and see D 1 3 20 (Julian).

45 *Studi in onore di Salvatore Riccobono* (1936) vol IV 459–521.



phenomenon – the perfectionist. He set himself extremely high – maybe impossible – standards. His admirable lecture notes (which incidentally he used to dictate too rapidly for comfort) made that plain. Nor should we judge a university teacher's influence solely – or perhaps even mainly – by the volume of his published output. Wylie's counterpart at Stellenbosch – Professor WMR Malherbe – published extraordinarily little, although I do not think he quite equalled Socrates's distinction of publishing nothing. Nevertheless, one of the most moving tributes to Morty Malherbe which I ever heard – it came from that warm human being, the late Professor Swanepoel of Potchefstroom – was that he wrote his books in the hearts and minds of his students. Wylie had something of that quality.

One of the most perceptive descriptions of Wylie was given to me by Advocate Gerald Gordon QC, who in 1928 obtained the BA degree of the University of Cape Town with distinctions in Latin, Roman law and jurisprudence. Gordon describes Wylie as a walking oxymoron. Wylie was indeed a compound of contradictions. Habitually shy and timid, yet when he caught the public eye it was often in an unexpectedly robust, sometimes aggressive, role. He flirted, for example, with the Grey Shirt movement, yet claimed that his best students were Jews. He was often cynical yet remained a true scholar. He professed great respect for the scientific assessment of evidence, yet would say – as he once said to Gerald Gordon – “Oh, don't worry about finishing your examination paper; you are going to get a first class in any event.” Yet he retained our respect and remained essentially likable. Perhaps he was just incapable of concealing common human weakness as well as some of the rest of us.

Both the Laurence commission in 1914, and Mr GR Hofmeyr in 1917, stressed that the teaching of law in a university should not be geared solely to the technical needs of those studying law as a professional career. They would have agreed with Blackstone's eighteenth-century view that law could and should be taught as part of the general education in the humanities which is becoming of a gentleman. However, this was a point of view which never made headway in the Willie-Wylie-Emmett epoch, despite the fact that the first courses in both Roman and Roman-Dutch law were made qualifying courses for the BA degree. The emphasis in those courses was on the professional requirements of law students. From the talks which I have had with Professor Zimmermann and with Father Julian Hoffmann, it seems that nowadays the offerings at UCT – in legal philosophy for example – are more extensive and generally educative than they have ever been before. However, the question of offering instruction in aspects of law as a general arts course, is a difficult and controversial one, which I cannot deal with comprehensively in this article.

It may suffice merely to suggest a method of approach. A faculty of arts, devoted to a liberal education, should not attempt to offer courses in law geared to the professional needs of lawyers; that is, the kind of courses given in law schools. Conversely, laymen should not receive professional training in law. But there are certain fundamental aspects of the nature of law and justice, many facts relating to the history and development of the world's great legal systems, a number of fundamental legal conceptions and their systematisation, and certain principles underlying the proper administration and efficient enforcement of law, which should indeed become part of the intellectual equipment of every educated citizen. An arts course, imaginatively designed along these lines, could

do much to remove the average layman's sad idea that the law is an ass, or that law is – as Burke once alleged – something which sharpens the intellect by narrowing it.

### ERIC EMMETT AND CN THOMPSON

If I am comparatively brief in regard to Professor Eric Emmett and Advocate C Newton Thompson (later Mr Justice Newton Thompson) it is not because these two men were not influential. They were very influential, but not controversial.

I was on fairly intimate terms with Eric Emmett, a reserved and courteous gentleman, whose apparent stolidity concealed a sensitive and kind nature. I was later to write a book on negotiable instruments, using some of the foundations which he had laid in a very useful work on the subject published in 1938. I remained a friend of his charming wife, Doris, until her recent death at an advanced age; and still count their son Michael – himself a highly respected lawyer – as a valued friend.<sup>46</sup>

Eric Emmett, who was born in Lancashire in 1897, received his school education at Elmfield College, York, and qualified in law at Manchester University. In the First World War he served on the Western Front for four years as a young infantry officer, his survival being statistically against all odds.

He was appointed to a chair of law at the UCT at the young age of 27, and though made responsible for an almost crippling wide and diverse range of subjects, managed to cope extremely well. Apart from his book on *Negotiable Instruments*, he wrote a useful little book on *Company Law* together with Trafford Barlow; and also several good legal articles. He was for many years a popular warden of College House, and during the Second World War was the commander of the university's training corps with the rank of major. He was always a keen sportsman, having been Victor Ludorum at school and in later life represented Northern Transvaal on the South African Rugby Board. He was appointed a King's Counsel in 1944.

Emmett typified the solid citizen, being patient, careful, accurate, full of practical common sense and – on the surface – unemotional, although, I am told, he was prone to worry. He studiously avoided personal controversy. I certainly never heard him say anything but good about anyone. He was widely respected by his colleagues in all the other university faculties. Had he lived he might have made an excellent principal.

One of the courses for which Emmett was responsible was entitled English law – a chameleon-like offering which found a place in the annual calendars for some fifty years until soon after my appointment, when I managed to have it discontinued and rationalised as a course on special topics to be studied comparatively. During the Wille-Wylie-Emmett epoch, it was not envisaged, as I think it might reasonably have been, that English law should provide material for the 'significant teaching of particular topics on a comparative basis (as, for example, in Buckland and McNair's *Roman Law and Common Law*).<sup>47</sup> On the

46 I am indebted to Mr Michael Emmett for several interesting personal details concerning his father.

47 In the place of "English law," I used to offer a course on select topics (including trusts, estoppel and statutory interpretation) all treated comparatively.



contrary, according to the published syllabi, English law in the mind of the law board (between 1910 and approximately 1930) seems to have been a flexible description, meaning either the law of evidence, or criminal law, or the law of contract, or what was called the law of torts, or a combination of those subjects. By 1930 English law had effectively dwindled to the law of evidence. However, in 1920, when Wille was at the helm, one still found, in the university-calendar, the following text-books recommended under the heading "English Law": Anson's *Contract*, Pollock's *Torts*, Kenny's *Outlines of Criminal Law* and Phipson's *Evidence* – all admirable books on aspects of English law: but it was to be several years before the first three basic topics were to be brought fully into the Roman-Dutch and South African legal fold.

Advocate Newton Thompson, who was a part-time lecturer in the faculty for many years, and whose subject was criminal law, was a splendid teacher, whose influence was consistently wholesome, partly, I think because he had the grace of humility and a bubbling sense of humour. He also had the courteous manners of an English gentleman. His beaming smile on a cold misty day in the Cape was like a ray of sunshine – he took the first early morning period. He would encourage debate, and if he did not know the answer to a searching question (which was not often) he would frankly say so, generally, however, pointing to a source where an answer might be found. And if he said that he would try to suggest an answer when we next met, he would keep his word.

Advocate Marius Diemont (later a Judge of Appeal) was also responsible in my day for some part-time lecturing on the drawing of pleadings, and he did the job very well indeed. The main part-time load was, however, carried by Advocate Newton Thompson. If the early part-time lecturers in the nineteenth century and at the beginning of the twentieth did as well as "the Newt" and Marius Diemont, we certainly owe the part-timers a major debt of gratitude.

## CONCLUSION

I have tried, amongst other things, to pay an honest and unvarnished tribute to the memory of the men who first taught me, and many others, to love the law; and it is now time to close. I should like to do so on a simple but challenging note. In the story of any law school there must always be a gap between the ideals of aspiration and the actual achievements of any particular time, determined as the latter are by what is possible and practicable in the circumstances. Indeed, an observer, taking a broad over-view, may discern a kind of ebb and flow in the goals of endeavour and the levels of achievement. The University of Cape Town has aimed, so it has seemed to me, to foster a genuinely South African law school, responsive in the quest for justice, to the complex needs of our very complex society. The level of aspiration has been high, and by and large over a long period of time, the level of achievement has also been high. It was so during the Wille-Wylie-Emmett epoch. May I express the hope – and also my belief – that, proud as we have reason to be of the past of this South African law school, its future will be greater still. *Floruit; floreat; florebit.*

# Enkele bibliografiese gegewens oor Cornelis van Bynkershoek en die Romeins-Hollandse versekeringsreg

JP van Niekerk

BA LLB LLM LLM

Professor in die Handelsreg, Universiteit van Suid-Afrika

## SUMMARY

A few bibliographical facts about Cornelis van Bynkershoek and the Roman-Dutch insurance law

The importance of Cornelis van Bynkershoek's exposition of the Roman-Dutch insurance law of his time for the development of a modern South African law of insurance drawing upon our common law is considered in this contribution. It is hoped that the bibliographical information provided on the two main sources upon which Van Bynkershoek based his treatment of insurance law in the fourth book of his *Quaestiones Juris Privati*, viz insurance legislation and legal opinions and decisions on insurance matters, will result in greater use being made of these valuable sources of our insurance law.

## INLEIDING

In die belangwekkende beslissing in *Mutual & Federal Insurance Co v Oudtshoorn Municipality*<sup>1</sup> het ons hoogste hof duidelik aangetoon en opnuut bevestig dat die Suid-Afrikaanse versekeringsreg in eerste instansie deur die Romeins-Hollandse reg beheers word. In sy meerderheidsuitspraak verduidelik appèlregter Joubert:<sup>2</sup>

“[T]he Hooge Raad through its decisions, and the Dutch jurists by means of their works, collectively succeeded in moulding the principles of marine insurance as an integral part of Roman-Dutch law. By analogy with marine insurance, other forms of indemnity insurance were recognised by the Dutch jurists . . . The principles of the Roman-Dutch law of marine insurance are indeed capable of application, with adaptation if necessary, to other forms of insurance to meet the requirements of modern society.”

Van al ons gemeenregtelike skrywers wat oor die versekeringsreg geskryf het, was Van Bynkershoek in talle opsigte een van die belangrikstes.

1 1985 1 SA 419 (A).

2 430A-C. Vir 'n beskouing van die rol van die Romeins-Hollandse versekeringsreg in Suid-Afrika, kyk in die algemeen Van Niekerk *The Decline, Revival and Future of the Roman-Dutch Law of Insurance in South Africa* (1986).

## VAN BYNKERSHOEK SE LEWE EN WERKE

Cornelis van Bynkershoek is op 29 Mei 1673 te Middelburg in Zeeland gebore. In 1689 is hy na die Universiteit te Franeker in Friesland waar hy aanvanklik teologie en later regte studeer. In 1694 behaal hy die graad *doctor utriusque juris* en begin daarna as advokaat in Den Haag praktiseer. In 1704 word hy deur die provinsie Zeeland as 'n lid van die Hooge Raad van Holland, Zeeland en Wes-Friesland aangewys. Twintig jaar later, in 1724, word hy ten spyte van bedenkings en teenstand van die meerderheid van die lede van die Hooge Raad (wat Hollanders was), tot president van dié liggaam verkies en beklee hy die pos tot met sy dood op 16 April 1743.<sup>3</sup>

Van Bynkershoek was een van die belangrikste Nederlandse regsgeleerdes van die agtiende eeu. Enersyds het hy as praktisyn 'n belangrike invloed op die regspleging in Nederland gedurende die eerste helfte van dié eeu gehad. Veral as lid van die Hooge Raad vir 'n tydperk van byna veertig jaar, was hy daagliks gemoeid met die praktiese toepassing van die geldende Romeins-Hollandse reg van sy tyd. Andersyds was hy ook 'n vrugbare skrywer oor die Romeins-Hollandse reg en sy werke vul 'n belangrike gaping tussen dié van die gemeenregtelike skrywers van die sewentiende en vroeg-agtiende eeu soos De Groot, Van Leeuwen en Voet, en dié van die laat-agtiende-eeuse-skrywers soos Van der Keessel en Van der Linden.

Sy geskifte bied geen omvattende en sistematiese uiteensetting van die reg nie, maar handel eerder oor spesifieke regsgebiede en -vraagstukke wat gedurende die agtiende eeu van bepaalde praktiese belang was. Gedurende sy lewe was Van Bynkershoek in Nederland veral bekend vir sy werke oor die Romeinse reg, byvoorbeeld *Observationes Juris Romani Libri IV* (1710) en *Observationes Juris Romani Libri IV, Quatuor Prioribus Additi* (1733). Hy het egter ook talle werke oor die volkereg en die Romeins-Hollandse reg geskryf en as volkereggeleerde en gesaghebbende skrywer oor die handels- en maritieme reg het Van Bynkershoek nie alleen in Nederland bekendheid verwerf nie, maar oor die hele Europa naam gemaak. So het Lord Mansfield, hoofregter van die Kings Bench (1756–1785) en 'n grondlegger van die moderne Engelse handelsreg, gedurende die vormingsperiode van die Engelse versekeringsreg dikwels kers opgesteek by die werke van vastelandse juriste, insluitend dié van Van Bynkershoek. In die seeversekeringsregbeslissing *Goss v Withers*<sup>4</sup> word byvoorbeeld berig:

“Lord Mansfield spoke extremely well of Bynkershoek’s writings . . . and recommended especially as well worth reading his book of Prizes (Quaestiones Publici Juris).”<sup>5</sup>

3 Vgl in die algemeen vir uitvoerige besonderhede oor Van Bynkershoek se lewe en werke, Star Numan *Cornelis van Bynkershoek. Zijn Leven en Zijne Geschriften* (1869). Ander bronne wat in hierdie verband geraadpleeg kan word, sluit in Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (1908) 332–341; Kotze “The History of the Roman-Dutch Law” 1910 *SALJ* 200–204; Phillipson “Cornelius van Bynkershoek” in MacDonnel & Manson *Great Jurists of the World* (1913) 390–416; Roberts *A South African Legal Bibliography* (1942) 68–71; Dekkers *Bibliotheca Belgica Juridica. Een Bio-bibliographisch Overzicht der Rechtgeleerdheid in de Nederlanden van de Vroegste Tijden af tot 1800* (1951) 15–16; Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 557–559; Scott “Our Legal Heritage: Cornelis van Bynkershoek” 1977 *De Rebus* 595–597; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1983) 367–370.

4 (1758) 2 Burr 638, 97 ER 511.

5 690, 516 vn l.

Vandag is Van Bynkershoek internasionaal bekend hoofsaaklik vir sy geskrifte oor die volkereg (byvoorbeeld *De Dominio Maris Dissertatio* (1702) en *Quaestiones Juris Publici Libri II* (1737)), terwyl sy waarde vir die moderne Suid-Afrikaanse reg veral geleë is in sy werke oor die Romeins-Hollandse reg, by name *Quaestiones Juris Privati Libri IV* (1744) en *Observationes Tumultuariarum* (1926–1962).<sup>6</sup>

Vanweë sy betrokkenheid by die daaglikse toepassing van die reg, vertoon Van Bynkershoek se werke oor die Romeins-Hollandse reg 'n praktiese eerder as 'n bloot akademiese inslag. Anders as sommige van sy voorgangers, bepaal hy hom nie in hoofsaak by 'n teoretiese bespreking van duistere en suiwer akademiese aangeleenthede nie. Van Bynkershoek se bydraes oor die gemenerereg is 'n uiteensetting van die geldende en toegepaste Romeinse-Hollandse reg van sy tyd<sup>7</sup> en daarom van groot praktiese waarde vir die ontwikkeling van die hedendaagse Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika<sup>8</sup> en meer bepaald dan ook vir die ontwikkeling van 'n Suid-Afrikaanse versekeringsreg aan die hand van ons gemenerereg.

### VAN BYNKERSHOEK EN DIE ROMEINS-HOLLANDSE VERSEKERINGSREG

Van Bynkershoek se uiteensetting van die Romeins-Hollandse versekeringsreg in sy *Quaestiones Juris Privati* is in talle opsigte die belangrikste bydrae van al die Nederlandse skrywers oor hierdie afdeling van ons gemenerereg.<sup>9</sup> Eerstens skryf hy oor die Romeins-Hollandse versekeringsreg in 'n veel later stadium van die ontwikkeling daarvan as wat byvoorbeeld De Groot in *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (1631) gedoen het. Tweedens gaan Van Bynkershoek op 'n veel praktieser vlak met die Romeins-Hollandse versekeringsreg om as talle van die ander gemeenregtelike skrywers en beskryf hy in wese die geldende versekeringsreg in teenstelling met die formele *ius strictum*. Hierdie kenmerk van sy werk is vandag van groot waarde veral omdat daar in die Romeins-Hollandse reg wesenlike verskille tussen versekeringspraktyk en -wetgewing bestaan het.<sup>10</sup>

Die *Quaestiones Juris Privati* verskyn in Leiden in 1744 (ná Van Bynkershoek se dood) en beleef pas in 1969 weer 'n herdruk. Dit bestaan uit vier boeke

6 Oor die *Observationes Tumultuariarum*, sy privaatversameling van meer as 3 000 hofbeslissings met kommentaar wat regspraak gedurende die periode 1704–1743 dek, en oor die publikasie daarvan gedurende hierdie eeu, kyk, benewens die gesag waarna in vn 3 hierbo verwys is, bv Bodenstern "Bynkershoek's Reports of the Hoge Raad of Holland" 1922 *SALJ* 291; Bisschop "The Diary of a Judge" 1927 *SALJ* 488; Lee "Bynkershoek's Observations Tumultuariarum" 1935 *SALJ* 473; Kahn 1963 *SALJ* 156.

7 In die voorwoord (v) tot die Nederlandse vertaling van sy *Quaestiones Juris Privati* word tereg opgemerk dat "[d]eze Verhandelingen behoren meer tot de Rechtbank, dan tot de Hooge Schoole, en de meeste tot de Rechtbank van Holland." Kyk verder bv Lichtenauer *Geschiedenis van de Wetenschap van het Handelsrecht in Nederland tot 1809* (1956) 109–119.

8 Vgl bv die opmerkings in die onlangse beslissing in *AB Wall's Marriage Bureau v Pienaar* 1986 2 SA 165 (T) 172A–B.

9 Ten spyte hiervan is Van Bynkershoek hier te lande in versekeringsbeslissings waarin daar na Romeins-Hollandse skrywers verwys is, sleg afgeskeep en is voorkeur verleen aan die (vertaalde) werke van De Groot, Van der Keessel en Van der Linden.

10 Vgl hieroor bv Den Dooren de Jong "De Practijk der Amsterdamsche Zeeverzekering in de 17e Eeuw" 1927 *Het Verzekerings-Archief* 1 en Van Apeldoorn "Theorie en Practijk van de Rechtsbronne in Holland in den Tijd van Cornelis van Bynkershoek (1673–1743)" 1937 *THRHR* 10–11.



“quarum plerisque insertae sunt utriusque in Hollandia curiae res de his ipsis quaestionibus judicatae.” Na alle waarskynlikheid is die werk geredigeer, vir publikasie voorberei en van ’n voorwoord voorsien deur sy skoonseun Willem Pauw.<sup>11</sup> Reeds teen hierdie tyd was die rol van Latyn as wetenskaplike voertaal egter feitlik uitgespeel en ten einde dié belangrike werk oor die Nederlandse reg veral vir die handel meer toeganklik te maak, verskyn in 1747 te Amsterdam ’n Nederlandse vertaling daarvan “door een onbekenden”<sup>12</sup> in twee bande (wat onderskeidelik boek I en II en boek III en IV bevat) onder die titel *Verhandelingen over Burgerlyke Rechts-Zaaken*. Boek IV van die *Quaestiones Juris Privati* handel oor die Romeins-Hollandse maritieme reg en die versekeringsreg word in hoofstukke 1–17 en 26 daarvan behandel.<sup>13</sup> Soos alreeds uit die inhoudsopgawe blyk, betrek Van Bynkershoek ’n wye verskeidenheid versekeringsaangeleenthede by sy bespreking. Uit die talke verwysings na sy beskrywing van die versekeringsreg wat in die werke van skrywers soos Van der Keessel en Van der Linden voorkom, is dit duidelik dat sy bydrae tot die Romeins-Hollandse versekeringsreg spoedig in Nederland groot aansien verwerf het.

’n Verdere kort bydrae van Van Bynkershoek oor ’n bepaalde aspek van die versekeringsreg word aangetref in hoofstuk 21 van boek I van sy *Quaestiones Juris Publici* wat reeds in 1737 verskyn het. Genoemde werk is in 1740 deur Matthias de Ruusscher in Nederlands vertaal as *Verhandelingen over Staats-Zaaken* terwyl Engelse vertalings daarvan ook later verskyn het.<sup>14</sup>

## VERSEKERINGSREGTELIKE BRONNE WAAROP VAN BYNKERSHOEK STEUN

In sy beskrywing van die Romeins-Hollandse versekeringsreg in die *Quaestiones Juris Privati* steun Van Bynkershoek hoofsaaklik<sup>15</sup> op twee bronne. Die eerste en in ’n sin die primêre bron waarop hy sy uiteensetting baseer, is die nasionale en stedelike versekeringswetgewing van sy tyd.

Hoewel ’n volledige bespreking van die wetgewende geskiedenis van die Romeins-Hollandse versekeringsreg nie hier van pas is nie,<sup>16</sup> word die volgende

11 Vgl Star Numan 423 483.

12 *ibid* 226.

13 Die orige hoofstukke in boek IV handel oor skeepsbotsings en die berekening en verdeling van skadevergoeding in verband met sodanige ongelukke, asook oor algemene awery. Die bodemerykontrak word kortliks in hfst 26 van boek III bespreek.

14 Boek I van hierdie werk is in 1810 deur Peter Stephen du Ponceau vertaal as *Treatise on the Law of War* terwyl die werk in sy geheel in 1930 deur Tenney Frank vertaal is as een van die bande in die reeks *The Classics of International Law*.

15 Enkele verwysings na die Romeinse reg word wel aangetref (o m i v m die *Lex Rhodia de Iactu* asook die *nauticum foenus*), maar verwysings na die sienings van ander skrywers (bv dié van De Groot) oor die Romeins-Hollandse versekeringsreg ontbreek feitlik geheel en al (vgl egter 1077 van die Nederlandse vertaling waar verwys word na De Groot se *De Jure Belli ac Pacis*). Verwer se siening (waarmee Van Bynkershoek nie akkoord gaan nie) dat ’n bepaalde koninklike versekeringswet nie in Holland van krag was nie, word wel vermeld (752-753) terwyl ’n tweetal verwysings (769 en 776 onderskeidelik) na die sienings van buitelandse skrywers oor die versekeringsreg (Straccha *Tractatus de Assuranceionibus* (1569) en (die standpunte van Marquardus en Loccenius soos vermeld in) Struvius *Syntagma Jurisprudentiae, Secundum Ordinem Pandectarum Concinnatum* 3e uitg (1663)) ook aangetref word.

16 Vgl hieroor in die algemeen bv Goudsmit *Geschiedenis van het Nederlandsche Zeerecht* (1882) waar die betrokke aangeleentheid in besonderhede bespreek word.



chronologiese lys van die belangrikste relevante wetgewende verordeninge oor die versekeringsreg waarna Van Bynkershoek verwys,<sup>17</sup> as hulpmiddel verskaf:

31 Oktober 1563 – *Placaet vanden Koninck. Ordonnantie, Statuyt ende eeuwich Edict . . . op't faict vander Zee-vaert*. Titel VII van hierdie plakkaat van koning Filips II bevat 'n twintigtal artikels onder die opskrif *Ordonnantie op de Verseeckeringe oft Assurantie*.<sup>18</sup> Van Bynkershoek verwys hierna as “de Zee-rechten of Plakaat van Koning Filips van 1563.”

20 Januarie 1570<sup>19</sup> – *Ordonnantie, Statuyt ende Policie . . . op't faict vande Contracten vande Assurantien ende verseeckeringen in dese Nederlanden*. Hierdie plakkaat van Filips II bevat ses en dertig artikels oor die versekeringskontrak asook 'n voorgeskrewe polisformulier.<sup>20</sup> Van Bynkershoek verwys hierna as die “Plakaat 1570.”

31 Januarie 1598 – *Ordonnantie, By den Heeren vanden Gerechte der Stadt Amstelredamme gemaect op't stuck vande Assurantie*.<sup>21</sup> Dié Amsterdamse versekeringskeur van 1598 (Van Bynkershoek verwys daarna bloot as die “Ordonnantie van Amsterdam”) het talle wysigings en verbeterings ondergaan<sup>22</sup> totdat dit op 10 Maart 1744, nadat Van Bynkershoek reeds oorlede is, deur 'n nuwe keur vervang is.<sup>23</sup>

16 September 1600 – *Ordonnantie opte Assurantien van Middelburg*.<sup>24</sup> Hierdie versekeringskeur van die stad Middelburg in Zeeland (deur Van Bynkershoek na verwys as die “Ordonnantie van Middelburg”) is gelykluidend met die Amsterdamse keur van 1598.<sup>25</sup>

12 Maart 1604 – *Ordonnantie opte Assurantien van Rotterdam*.<sup>26</sup> Van Bynkershoek verwys na hierdie keur as die “Oude Ordonnantie van Rotterdam.” Dit is op 28 Januarie 1721 deur 'n nuwe keur vervang<sup>27</sup> (die “Nieuwe Ordonnantie van Rotterdam”) en dié Rotterdamse keur van 1721 het op sy beurt weer die inhoud van die nuwe Amsterdamse versekeringskeur van 1744 beïnvloed.

17 Vgl 751–754 van die Nederlandse vertaling.

18 *Groot Placcaet-Boeck (GPB)* bd I 797 821–829. Vermelde plakkaat van 1563 se reëling van die versekeringsreg is voorafgegaan deur die minder omvangryke bepalinge oor versekering (wat Van Bynkershoek nie behandel nie – kyk egter 1077 van die Nederlandse vertaling) vervat in a 20–23 van die plakkaat van keiser Karel V oor die maritieme reg van 1549-01-29 (kyk *GPB* bd IV 1219 1224), welke verordeninge herhaal is in a 19–22 van sy plakkaat van 1551-07-19 (kyk *Placcaet-Boeck van Vlaenderen* bd I 375 383–384).

19 1570 volgens die tradisionele gebruik in Holland en Vlaandere in dié tyd dat die jaartelling met die Pase 'n aanvang neem; 1571 volgens die nou gebruiklike jaarberekening vanaf 1 Januarie: vgl Goudsmit 251–253 asook *GPB* bd I 330 340–341 vir a 40 van die plakkaat van 1 April 1580 (die bekende *Politieke Ordonnansie*) waar die gebruik van die sg “nuwe styl” by die berekening van die kalenderjaar in Holland en Friesland voorgeskryf word.

20 *GPB* bd I 829–841. Hierdie plakkaat is voorafgegaan deur 'n plakkaat van koning Filips II van 1569-03-31 (of 1568 volgens die ou berekeningsmetode) waarin die aangaan van versekering verbied is (vgl Goudsmit 273–280 waar dié plakkaat gereproduseer is) en sy plakkaat van 1570-10-27 waarin genoemde verbod weer herroep is. Met die plakkaat van 1571 (of 1570) moet ook gelees word die *Placaet, in date den 20 Ianuarij 1570, interpreterende 't Placaet van Assurantien vanden selven date* (kyk *GPB* bd II 2115–2116).

21 *GPB* bd I 846–857 of Noordkerk *Handvesten; ofte Privilegien ende Octroyen; mitsgaders Willekeuren, Costuimen, Ordonnantien en Handelingen der stad Amstelredam* (1748) bd II 653–656.

22 Kyk Goudsmit 313–333 vir besonderhede. Sommige van die wysigings op die Amsterdamse keur van 1598 verskyn in *GPB* bd I 857–859 asook meer volledig in Noordkerk *Handvesten* bd II 656–662.

23 Noordkerk *Handvesten* bd II 662–671.

24 *GPB* bd I 866–875.

25 Dieselfde geld vir die versekeringskeur van Vlissingen van 1661-02-12 (kyk Goudsmit 450) wat Van Bynkershoek wel noem (kyk 753 van die Nederlandse vertaling), maar waarna hy nie verder verwys nie.

26 *GPB* bd I 858–865.

27 Die *Ordonnantie op het stuk van Assurantie ende van Avarye: mitsgaders Zee-Zaken*; versekering word in a 23–82 gereël. Kyk oor die versekeringskeure van Rotterdam, Goudsmit 392–403.

Die tweede en in vele opsigte die belangriker bron van die versekeringsreg waarvan Van Bynkershoek gebruik maak, is die verskeie versamelings regsmenings en regspraak van sy tyd. Sy uiteensetting van die geldende Romeins-Hollandse versekeringsreg geskied dan ook hoofsaaklik<sup>28</sup> aan die hand van verwysings na die *Hollandsche Consultatien*, die *Nederlands Advys-Boek*, en veral<sup>29</sup> sy eie *Observationes Tumultuariæ*; en juis hierin is die waarde van Van Bynkershoek se bydrae oor die Romeins-Hollandse versekeringsreg in sy *Quæstiones Juris Privati* geleë. Vanweë die talle verwysings daarin na regsmenings en hofbeslissings oor die versekeringsreg, is dié enigsins kasuïstiese werk by uitstek geskik om as 'n inleidende handleiding tot hierdie grootliks onontginde maar ryke bron van ons gemenerereg gebruik te word. Om hiermee behulpsaam te wees, word 'n lys van daardie *consultatien* en *observationes* wat met die versekeringsreg te make het – insluitend dié waarna Van Bynkershoek nie verwys nie – volledigheidshalwe hieronder verskaf. Waar nodig sal telkens ook aangedui word op welke bladsy van die Nederlandse vertaling van sy werk Van Bynkershoek (VB) na die betrokke regsmening of uitspraak verwys.

a **Hollandsche Consultatien:**<sup>30</sup>

**Deel I**

- |   |                      |
|---|----------------------|
| bl 316 <i>cons</i> 187 (Den Haag 23 Jan 1602)     | – VB 752n7<br>1076n7 |
| bl 385 <i>cons</i> 234 (Rotterdam 21 Okt (1622?)) |                      |
| bl 455 <i>cons</i> 282 ( ? 30 Jul 1605)           | – VB 781n16          |
| bl 459 <i>cons</i> 284                            | – VB 769n4           |

**Deel II**

- bl 59 *cons* 30 (Den Haag 25 Mei 1633)  
bl 646 *cons* 322 (Middelburg 16 Feb 1594)

**Deel III (1)**

- bl 24 *cons* 13 (Amsterdam 8 Jan 1629)  
bl 162 *cons* 80 (Amsterdam 3 Mei 1640)

**Deel III (2)**

- |   |             |
|---|-------------|
| bl 240 <i>cons</i> 80n4 & 5 (Amsterdam 3 Mei 1641)              | – VB 780n15 |
| bl 471 <i>cons</i> 175n1–5 (Amsterdam 6 Apr 1622) <sup>31</sup> |             |
| bl 540 <i>cons</i> 203n4 (Parys 21 Jan 1631)                    |             |

**Deel V**

- |  |             |
|--|-------------|
| bl 647 <i>cons</i> 222 (Den Haag 3 Jun 1636) | – VB 1075n6 |
|--|-------------|

**Deel VI**

- bl 21 *cons* 13 (Amsterdam 8 Jan 1629)<sup>32</sup>

28 Verwysings na bv Loenius *Decisionen en Observatien* (1712) en Neostadius *Curiae Hollandiae, Zelandiae et West-Frisiae Decisiones* (1617) kom ook voor: kyk onderskeidelik 779 en 913 van die Nederlandse vertaling.

29 Kyk die inleidende par tot hfst III, 782 van die Nederlandse vertaling.

30 Naeranus se *Consultatien, Advysen, en Advertissemerten, Gegeven ende Geschreven by Verscheijden Treffelijke Rechts-geleerden in Hollandt en Elders* (1645–1666) Rotterdam, bestaan uit ses bande. Colom se onegte “Amsterdamsche derde deel” (1647) word aangedui as deel III(1) – sommige van die menings daarin is ook opgeneem in deel VI – en Naeranus se eie egte “Rotterdamsche derde deel” (1648) as deel III(2). Die plek en datum wat telkens vermeld word, is dié waar en wanneer die betrokke mening gegee is.

31 'n Vertaling van hierdie opinie deur De Groot is opgeneem in De Bruyn *The Opinions of Grotius* (1894) 594–598.

32 Hierdie opinie is dieselfde as *cons* 13 wat in deel III(1) 24 verskyn.

b **Nederlands Advys-Boek:**<sup>33</sup>**Deel I**

bl 85 <i>cons</i> 43 (Amsterdam Nov-Des 1655)	- VB 755n16
bl 328 <i>cons</i> 130 (Amsterdam 7 Jun 1667)	
bl 330 <i>cons</i> 131 (Amsterdam 9 Jun 1667)	
bl 340 <i>cons</i> 135 (Amsterdam 6 Feb 1666)	- VB 769n3
bl 342 <i>cons</i> 136 (Amsterdam 22 Feb 1666)	- VB 769n3
bl 343 <i>cons</i> 137 (Amsterdam 24 Feb 1666)	- VB 769n3
bl 344 <i>cons</i> 138 (Amsterdam 25 Feb 1666)	- VB 769n3
bl 554 <i>cons</i> 243 (Amsterdam 8 Des 1668)	
bl 555 <i>cons</i> 244 (Amsterdam 3 & 10 Apr 1674)	
bl 666 <i>cons</i> 288 (Amsterdam Mrt-Apr 1672)	- VB 1079n11 1080n12

**Deel II**

bl 299 <i>cons</i> 120 (Amsterdam 29 & 31 Jan 1669)	- VB 757n18
bl 452 <i>cons</i> 170 (Amsterdam 26 Mrt 1678)	- VB 763n23 779n14

**Deel III**

bl 48 <i>cons</i> 17 (Amsterdam 25 Mrt 1675)	- VB 759n19
bl 454 <i>cons</i> 168 (Amsterdam 22 Des 1655 & Haarlem 4 Jan 1666)	- VB 756n17
bl 458 <i>cons</i> 169 (Amsterdam 5 Okt 1665) <sup>34</sup>	- VB 756n17
bl 658 <i>cons</i> 248 (Amsterdam 18 Jun 1674)	

**Deel IV**

bl 601 <i>cons</i> 198 (Amsterdam 20 Jul 1694)	
--	--

c **Observationes Tumultuariae:**<sup>35</sup>**Band I**

bl 150 ( <i>Nederl Comp</i> bl 62) <i>obs</i> 296 (19 Jul 1707)	- VB 786n4
bl 202 ( <i>Nederl Comp</i> bl 75) <i>obs</i> 380 (28 Feb 1708)	- VB 793n9
bl 374 ( <i>Nederl Comp</i> bl 155) <i>obs</i> 676 (13 Des 1710)	- VB 1074n4
bl 425 ( <i>Nederl Comp</i> bl 173) <i>obs</i> 776 (?)	

33 Isaac van den Berg se *Nederlands Advys-Boek, inhoudende Verscheide Consultatien en Advysen van Voorname Regtsgeleerden in Nederland* (1693-1698) Amsterdam, bestaan uit vier bande. Van Bynkershoek verwys daarna as die *Nederlands Consultatien*. Die bronne waarna die juriste in hul opinies verwys, bied 'n goeie aanduiding van die gesaghebbende werke oor die versekeringsreg gedurende hierdie periode.

34 In hierdie en die vorige opinie is o a verwys na die werke oor die versekeringsreg van Santerna, Straccha en Roccus asook na die *Decisiones Rotae Genuae*. Hierdie bronne word deur Van Bynkershoek (756) as "eenige halfbarbaarsche auctoriteiten" beskou!

35 Die publikasie van Van Bynkershoek se *Observationes Tumultuariae* (1926-1962) bestaan uit vier bande. Bd I bevat *observationes* 1-1041, bd II *observationes* 1042-2017, bd III *observationes* 2018-2913 en bd IV *observationes* 2914-3317. Vir bd I en II bestaan daar ook 'n *Nederlandsch Compendium* (1935) in twee bande terwyl Van Oosten se *Systematisch Compendium* (1962) al die *observationes* volgens onderwerpe rangskik: dié oor versekering word op 126 gelys. In hierdie verband kan Van Warmelo *Registers op die Observationes Tumultuariae van Cornelis van Bijnkershoek en van Willem Pauw* (1983) ook geraadpleeg word. Van Bynkershoek verwys telkens na sy eie (toe nog) ongepubliseerde bande van die *Observationes Tumultuariae*. Die datum wat in iedere geval vermeld word, is dié waarop die Hooge Raad uitspraak gegee het.

bl 426 ( <i>Nederl Comp</i> bl 174) <i>obs</i> 779 (2 Okt 1711)	- VB 797
bl 427 ( <i>Nederl Comp</i> bl 174) <i>obs</i> 781 (7 Okt 1711)	- VB 802
bl 481 ( <i>Nederl Comp</i> bl 195) <i>obs</i> 883 (8 Sept 1712)	- VB 805
bl 498 ( <i>Nederl Comp</i> bl 203) <i>obs</i> 909 (25 Nov 1712)	- VB 815
bl 557 ( <i>Nederl Comp</i> bl 235) <i>obs</i> 1037 (12 Apr 1714)	- VB 817

**Band II**

bl 81 ( <i>Nederl Comp</i> bl 43 ) <i>obs</i> 1168 (13 Sept 1715)	- VB 819 820
bl 171 ( <i>Nederl Comp</i> bl 97 ) <i>obs</i> 1290 (11 Nov 1726)	- VB 828n1
bl 200 ( <i>Nederl Comp</i> bl 117) <i>obs</i> 1332 (19 Mrt 1717)	- VB 833n3
bl 215 ( <i>Nederl Comp</i> bl 127) <i>obs</i> 1357 (3 Jul 1717)	- VB 840n7
bl 220 ( <i>Nederl Comp</i> bl 130) <i>obs</i> 1363 (23 Jul 1717)	- VB 841n8
bl 229 ( <i>Nederl Comp</i> bl 136) <i>obs</i> 1374 (30 Sept 1717)	- VB 851n2
bl 231 ( <i>Nederl Comp</i> bl 137) <i>obs</i> 1375 (6 Okt 1717)	- VB 856n3
bl 349 ( <i>Nederl Comp</i> bl 205) <i>obs</i> 1542 (30 Jun 1719)	- VB 861n1
bl 384 ( <i>Nederl Comp</i> bl 217) <i>obs</i> 1579 (6 Des 1719)	- VB 865n2
bl 419 ( <i>Nederl Comp</i> bl 228) <i>obs</i> 1621 (11 Apr 1720)	- VB 871n1
bl 421 ( <i>Nederl Comp</i> bl 228) <i>obs</i> 1623 (18 Apr 1720)	- VB 874n2
bl 432 ( <i>Nederl Comp</i> bl 233) <i>obs</i> 1641 (27 Jun 1720)	- VB 877n3
bl 436 ( <i>Nederl Comp</i> bl 235) <i>obs</i> 1647 (11 Jul 1720)	- VB 881n1
bl 557 ( <i>Nederl Comp</i> bl 305) <i>obs</i> 1819 (20 Feb 1722)	- VB 887n2
bl 596 ( <i>Nederl Comp</i> bl 335) <i>obs</i> 1873 (30 Jul 1722)	- VB 891n3
bl 637 ( <i>Nederl Comp</i> bl 350) <i>obs</i> 1916 (9 Apr 1723)	- VB 895n1

**Band III**

bl 69 <i>obs</i> 2124 (22 Feb 1715)	- VB 899n2
bl 108 <i>obs</i> 2185 (13 Sept 1725)	- VB 902n3
bl 112 <i>obs</i> 2191 (21 Sept 1725)	- VB 909n1
bl 147 <i>obs</i> 2242 (26 Feb 1726)	- VB 917n6
bl 309 <i>obs</i> 2449 (16 Jun 1728)	- VB 919n1
bl 316 <i>obs</i> 2459 (28 Sept 1728)	- VB 921n2
bl 342 <i>obs</i> 2492 (15 Jan 1729)	- VB 925n3
bl 344 <i>obs</i> 2496 (27 Jan 1729)	
bl 384 <i>obs</i> 2554 (5 Nov 1729)	- VB 933n1
bl 451 <i>obs</i> 2646 (18 Jul 1731)	- VB 940n4
bl 452 <i>obs</i> 2647 (21 Jul 1731)	- VB 946n2
bl 524 <i>obs</i> 2734 (19 Nov 1732)	
bl 547 <i>obs</i> 2766 (7 Mei 1733)	
bl 664 <i>obs</i> 2900 (7 Mei 1735)	- VB 950n3

**Band IV**

bl 132 <i>obs</i> 3074 (19 Feb 1738)	- VB 954n1
bl 174 <i>obs</i> 3121 (7 Feb 1739)	- VB 958n2
bl 193 <i>obs</i> 3148 (31 Jul 1739)	- VB 960n2
bl 209 <i>obs</i> 3168 (15 Jan 1740)	- VB 966n3
bl 213 <i>obs</i> 3173 (10 Feb 1740)	- VB 969n4
bl 264 <i>obs</i> 3246 (28 & 29 Jun 1741)	
bl 290 <i>obs</i> 3287 (13 Jul 1742)	
bl 299 <i>obs</i> 3299 (2 Okt 1742)	

**SLOT**

Talle van die beginsels van die Romeins-Hollandse versekeringsreg wat Van Bynkershoek in sy *Quaestiones Juris Privati* behandel, is duidelik vandag nog relevant terwyl andere weer aangepas sal moet word om in moderne omstandighede toepassing te kan vind. Die mate waarin 'n moderne Suid-Afrikaanse versekeringsreg aan die hand van die beginsels van ons gemenerereg kan ontwikkel en uitgewerk kan word, sal grootliks afhang van die ontginning deur ons howe en juriste van die ryke verskeidenheid bronne van die Romeins-Hollandse reg. In hierdie verband bied Van Bynkershoek se bydrae 'n goeie wegspringplek.<sup>36</sup>

36 Die Engelse vertaling deur RA Whitaker van die *Quaestiones Juris Privati* in vier bande as deel 11 van die Suid-Afrikaanse regskommissie se navorsingsreeks is daarom des te meer welkom. Die eerste twee bande het reeds in 1987 verskyn terwyl die laaste twee na wat verneem word eersdaags die lig sal sien.



# Limitation of action and the conflict of laws

Erwin Spiro

*LLB Dr Juris Utriusque LLD (hc)*

*Advocate of the Supreme Court of South Africa, Kammergerichtsanwalt*

## OPSOMMING

### Bevrydende verjaring en internasionale privaatreë

In *Laconian Maritime Enterprises Ltd v Agromar Lineas Ltd* 1986 3 SA 509 (D) word 'n aansoek om 'n vreemde arbitrasietoekenning 'n hofbevel te maak, gehandhaaf nieteenstaande die feit dat die skuldenaar hom op die *exceptio rei iudicatae* en verjaring beroep het. Daar word in oorweging gegee dat die *exceptio rei iudicatae* moes geslaag het.

Hierdie artikel is 'n regsvergelykende ondersoek ten opsigte van internasionale kontrakte.

## 1 INTRODUCTION

In *Laconian Maritime Enterprises Ltd v Agromar Lineas Ltd*<sup>1</sup> the creditor<sup>2</sup> applied for an order in South Africa on November 22, 1982, making a London arbitration award of January 23, 1979, an order of court in terms of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act 40 of 1977. The debtor raised two defences, namely (1) the *exceptio rei iudicatae*, based upon a judgment of 1983-05-19 of a United States district court in Alabama which had dismissed an action of the creditor for the enforcement of the London arbitration award, the action not having been filed within three years in terms of 9 US Convention section 207; and (2) the defence of prescription. Booyens J dismissed the *exceptio rei iudicatae* and, applying the South African law of prescription under which prescription had not been completed, granted the application with costs.

Simple as the facts appear, the judge experienced great difficulties in finding his way through a mass of legal principles which he thought were applicable. It is proposed first to outline the court's reasoning and then to deal with the problems involved.

## 2 THE REASONING OF THE COURT

Whatever the theoretical basis of the rules of South African private international law might be, certain rules which have been formulated do supply answers, however imperfectly, to most of the questions presented for decision in this matter.<sup>3</sup>

1 1986 3 SA 509 (D), hereinafter referred to as the *Laconian* case.

2 The terms "creditor" and "debtor" seem to me clearer than "applicant" and "respondent," respectively.

3 516B.



## 2 1 Classification

Although counsel did not in argument refer to the concept or principle of characterisation or classification, it is apparently generally recognised that the first step a court should take in an attempt to resolve disputes to which private international law applies, is that of classification, characterisation or qualification.<sup>4</sup> The classification was done in terms of the *lex fori*, there being no grounds for departing from this in the present case.<sup>5</sup>

## 2 2 Plea of *res iudicata*

In regard to *res iudicata* the court had to distinguish between rules of procedural law and rules of substantive law, the former being governed by the *lex fori* and the latter by the *lex causae*: it was generally accepted and logical that the rules relating to *res iudicata* were characterised as procedural and, therefore, governed by the *lex fori*.<sup>6</sup> The requisites for a valid plea of *res iudicata* are that a prior final judgment must have been given in court proceedings involving the same grounds and between the same parties,<sup>7</sup> it making no difference whether the prior judgment was a foreign one or not<sup>8</sup> or whether it was right or wrong.<sup>9</sup> What the subject-matter was, had to be gathered from the pleadings.<sup>10</sup> There was expert evidence to the effect that if the action were to be brought again in any other jurisdiction in the United States of America it would fail and the dismissal of the action ought to be regarded as a substantive dismissal.<sup>11</sup> While the subject of the prior judgment was a claim that the applicant was entitled to have the award recognised and enforced in Alabama in terms of statutes of the United States enacted in conjunction with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 9 USC section 201–208 (1970), the subject-matter of the present proceedings was a claim that the court should recognise and enforce the award in terms of the South African legislation (Act 40 of 1977) which differed from that applicable in Alabama, *inter alia* in that it had no provision limiting recognition to awards made within three years prior to commencement of the proceedings for recognition and enforcement. The earlier proceedings did not, therefore, involve the same subject-matter nor were they based on the same grounds, there thus being no alternative but to dismiss the plea of *res iudicata*.<sup>12</sup>

## 2 3 Defence of prescription

Counsel were in agreement that the rules of prescription of the United States were substantive and those of England procedural in character. The parties were also in agreement that the respective rules of Colombia and South Africa were identical, the judge feeling obliged to accept this proposition. The parties were,

---

4 517G.

5 521A.

6 521B–D.

7 521G.

8 521H.

9 521I.

10 521J.

11 522C–523B.

12 523D–G.

however, not in agreement on the nature or effect of the respective South African and accordingly also Colombian law.<sup>13</sup>

The judge agreed with O'Donovan J in *Kuhne & Nagel AG Zurich v APA Distributors (Pty) Ltd*<sup>14</sup> that the South African Prescription Act 68 of 1969, unlike its predecessor, was substantive in character.<sup>15</sup> The *forum's* rules are thus substantive, but the *lex causae's* rules are either substantive if the law of the United States applies or procedural if English law applies.<sup>16</sup> In such a case the result is not that neither law applies and the claim remains perpetually enforceable: the result is, in the view of the judge, admittedly influenced to some extent

“by Ehrenzweig's scepticism and preference for the residual *lex fori* approach where no formulated or non-formulated rule exists,”

that the (deciding) judge's own law must be applied.<sup>17</sup>

The applicant's claim being prescribed if the *lex causae* is that of the United States of America,<sup>18</sup> the judge then proceeded to ascertain the proper law. It seemed to be the English law, as it was the *lex loci contractus* as well as the *lex loci solutionis*, and as London was the place where arbitration had to take place.<sup>19</sup> The proper law of the charter party as far as the performance of the obligation to make payment was concerned, was English law so that the claim for recognition had not become prescribed by virtue of United States law nor by English law, and in any event, the English rules being procedural, were not applicable, the South African law of prescription applying in the circumstances.<sup>20</sup> Therefore, in terms of section 13(1)(d) of the Prescription Act 68 of 1969, the debtor not having been within the Republic since the debt became due, prescription had not been completed, notwithstanding the fact that prescription might thereby be delayed indefinitely.<sup>21</sup>

In the result the arbitration award was made an order of court and judgment was granted for payment of a sum slightly smaller than the one mentioned in the award, the reason for this not being reported.<sup>22</sup>

### 3 THE PROBLEM OF *RES IUDICATA*

#### 3 1 “On the merits”

##### 3 1 1 *A doubtful phrase*

It is, with respect, believed that the *exceptio rei iudicatae* should have succeeded. The distinction between judgments on the merits and other judgments is no longer valid – if it ever was as regards dismissals of claims for limitation of

13 523H.

14 1981 3 SA 536 (W) 538.

15 524A.

16 524B.

17 524B-F.

18 524B,I.

19 528H-529F.

20 530H-J.

21 531E-F.

22 531G-J.

action. The phrase "on the merits" is not only elusive as a term of art<sup>23</sup> (Megaw LJ in the court *a quo* even conceding that he was unable to understand its meaning in the context<sup>24</sup>), it also ignores the rule to the point of the South African law that it is not the policy of the law to encourage litigation—

"hence the reasonable doctrine of prescription in regard to actions (cf (J) Voet 5.1.53); and as the Code reminds us *nefas est litem alteram consurgere ex litis primae materia*."<sup>25</sup>

### 3 1 2 Comparative law

In this connection some comparative remarks on limitation of actions as the subject-matter of *res iudicata* may be permitted.

#### 3 1 2 1 Continent of Europe

Both in France and Germany (East and West) "prescription" is governed by the law applicable to the claim.<sup>26</sup> Where a foreign law applies the *lex fori*, the hypothetical *renvoi* of the foreign law of procedure to the German law as *lex fori* will be accepted.<sup>27</sup>

#### 3 1 2 2 England

That a judgment for defendant because of a time bar was not a judgment on the merits was held so more particularly in *Harris and Adams v Quine*,<sup>28</sup> a four-judge decision which, according to Lord Wilberforce in the *Black-Clawson* case,<sup>29</sup> applied a principle too firmly established to be now put in question, the case having been cited often enough in English and Commonwealth decisions. But Cockburn CJ could not help conceding in the *Harris* case:<sup>30</sup>

"If the matter were *res integra* and I had to form an opinion unfettered by authority, I should be much inclined to hold, when, by the place of contract, an action on contract must be brought within a limited time, that the contract ought to be interpreted to mean 'I will pay on a given day, or within such time as the law of the place can force me to pay'."

As pointed out by Wolff,<sup>31</sup> such law also places a debtor who, in reliance on the foreign law, threw away all his receipts at an unfair disadvantage.

All this is now history. In 1980 a Working Paper<sup>32</sup> recommended that a foreign judgment dismissing a claim as statute-barred should be regarded as being on the merits, that is substantial. Implementing that recommendation, the Foreign Limitation Period Act of 1984<sup>33</sup> provides that all foreign statutes of limitation,

23 Lord Diplock in his dissenting judgment in *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* 1975 1 All ER 810 (HL) 833h.

24 1974 2 All ER 611 (CA) 618h.

25 Kotzé JA in *West Rand Estates Ltd v New Zealand Insurance Co Ltd* 1926 AD 173 194.

26 Kegel *Internationales Privatrecht* (1985) 371.

27 *ibid* 233 ("zu beachtende Rueckverweisung") 372. See particularly Kegel *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjaehrungsrecht* (1962) 39–41; Mueller-Freienfels "Die Verjaehrung Englischer Wechsel vor Deutschen Gerichten" in *Zeposfestschrift II* (1973) 491 *et seq* 528–534.

28 (1869) LR 4 QB 653.

29 *supra* n 23 830de.

30 *supra* n 28 657.

31 *Private International Law* (1950) § 219.

32 n 75 § 70.

33 c 16 s 1(1)(a).

whether characterised as substantive or procedural by the foreign law, should be characterised as substantive for the purposes of the English rules of the conflict of laws,<sup>34</sup> and where the matter is governed by both foreign and English law, the foreign rules of limitation should apply.<sup>35</sup> The foreign limitation rules must, however, not contravene English public policy which is the case if such application would cause undue hardship to a person who is, or might be made, a party to the action or proceedings.<sup>36</sup> As should be emphasised, *renvoi* is excluded, that is to say that only internal foreign law is referred to.<sup>37</sup> The act also extends to arbitration.<sup>38</sup>

### 3 1 2 3 *United States of America*

Although recognising limitation provisions which extinguish the right of action as substantial, Story<sup>39</sup> applies, on principle, forum law to the limitation of action as it strictly affects the remedy and not the "merits,"<sup>40</sup> as do the First<sup>41</sup> and the Second<sup>42</sup> Restatements of the Law of the Conflict of Laws. A relaxation has been brought about by the so-called borrowing statutes, in terms of which the cause of action will be barred in the forum if it is barred where it arose, accrued or originated.<sup>43</sup> Some jurisdictions, re-evaluating the traditional doctrine, set about to consider limitations to be substantive,<sup>44</sup> and in *Heavner v Uniroyal, Inc*<sup>45</sup> – a products liability action – the essentially substantive impact of a statute of limitation of the forum on the parties was stressed.<sup>46</sup>

### 3 1 2 4 *South Africa*

Even without taking notice of the present development of the English law on the point which was set out above, it is submitted that the *Harris* case<sup>47</sup> is not a binding precedent in South Africa. It was quoted by Pollak<sup>48</sup> for the proposition that a foreign judgment, to support a plea of *res iudicata*, must be final and conclusive on the merits, but no Roman-Dutch or South African authorities were referred to. It was also quoted, together with *Huber v Steiner*,<sup>49</sup> by O'Donovan J in *Kuhne and Nagel AG Zurich v APA Distributors (Pty) Ltd*<sup>50</sup> to support the rule that the extinction (or creation) of a right was a matter of substantive law.

Be this as it may, what matters in the present case is, as it appears to me, that the claim in question was one to have a judgment (arbitral award) declared

34 See also Morris *The Conflict of Laws* (1984) 454 455.

35 *supra* n 33 s 1(1)(b) and (2).

36 *ibid* s 2(2).

37 *ibid* s 1(5).

38 *ibid* s 5.

39 *Commentaries on the Conflicts of Laws* (1872) § 582.

40 *ibid* § 576 *et seq.*

41 (1934), §§ 603 604.

42 (1971) (3 vls) § 142.

43 Scoles and Hay *Conflict of Laws* (1982) 62.

44 *ibid* 64–65.

45 63 NJ 130, 305 A 2d 412 (1973).

46 *supra* n 43 66.

47 *supra* n 28.

48 *The South African Law of Jurisdiction* (1937) 247 n 9.

49 (1835) 2 Bing NC 202.

50 1981 3 SA 536 (W) 538F.



executable; the forthcoming judgment was in so far on the merits and, whether correctly decided or not, as a judgment on the merits not subject to any re-examination.<sup>51</sup>

As was said by De Villiers CJ in *Bertram v Wood*,<sup>52</sup> the authority of *res iudicata* induces a presumption that the judgment upon any claim submitted to a competent court is correct, this presumption being *ius et de iure* and thus excluding every proof to the contrary. This view was approved of in *African Farms and Townships Ltd v Cape Town Municipality*<sup>53</sup> and *Le Roux v Le Roux*.<sup>54</sup> The chief justice found the presumption founded on public policy which requires that litigation should not be endless, as well as on the requirements of good faith which does not permit of the same thing being demanded more than once (Gaius<sup>55</sup>).

I submit further that by applying the statutory limitation the Alabama court impliedly affirmed the (prescribed) claim as a valid one before it was prescribed. Seen in this light, the said judgment was also a judgment on the claim awarded by the arbitrator.

It is, however, not necessary to say more: under the Prescription Act of 1969,<sup>56</sup> in force since 1970-12-01, the extinction or creation of a right by prescription is in South Africa now a matter of substantive law.<sup>57</sup>

### 3 2 Identity problems

There still remains the question whether the Alabama proceedings related to the same subject-matter, being based on the same grounds. Booysen J answered the question in the negative because South African law differed from the law of Alabama (or England?) which limits recognition to awards made within three years prior to the commencement of the proceedings for (recognition and) enforcement.

#### 3 2 1 Subject-matter and grounds

However, it is not the law of the two countries in question which must be identical, but the subject-matter and the grounds. The subject-matter is the declaration of the award to be executable, and the grounds are the claims awarded. There was full identity in both respects. It was rightly pointed out by Greenberg J, as he then was, in *Boshoff v Union Government*<sup>58</sup> that in (J) Voet 44 2 3 “cause

51 Huber *De Conflictu Legum* § 6; *Joffe v Salmon* 1904 TS 317; *Verwaeke v Smith (Messina and Attorney General intervening)* 1982 2 All ER 144 (HL) 156d per Lord Simon; Story (*supra* n 39) § 603 607; Pollak (*supra* n 48) 226–227 (a foreign judgment cannot be attacked for any error either of fact or of law); Ehrenzweig *Conflict of Laws* (1962) 202; Ehrenzweig-Jayme *Private International Law* vol II (1973) 80–81; Dicey & Morris *Conflict of Laws* (1980) 1072 *et seq*; Morris (*supra* n 34) 122 (error of fact or law no defence); Scoles-Hay (*supra* n 43) 940 961; Kegel (*supra* n 26) 85 (no re-examination of correctness); I Restatement (*supra* n 41) § 431; II Restatement (*supra* n 42) § 106.

52 10 SC 177 180.

53 1963 2 SA 555 (A) 564D.

54 1967 1 SA 446 (A) 461–462.

55 *D* 50 17 57.

56 68 of 1969.

57 *Kuhne* case (*supra* n 50); see also Spiro *General Principles of the Conflict of Laws* (1982) 72–74.

58 1932 TPD 345 349; see also *Liley v Johannesburg Turf Club* 1983 4 SA 548 (W) 551 per Goldstone J.



of action" was not meant in the narrow sense in which it was sometimes used as a term of pleading.

### 3 2 2 Conclusion

It can thus be truly said that the matter had already been litigated in the Alabama court and that the principle *nemo debet bis vexari pro eadem causa*<sup>59</sup> applied. The South African court should have dismissed the action.

## 4 STATUTORY LIMITATION OF ACTION (PRESCRIPTION)

### 4 1 Summary of judgment

Alas, the judge dismissed the *exceptio rei iudicatae* and thus had no alternative but to deal with the incidence of statutory limitation of action (prescription). As more fully set out, he arrived at the conclusion that in all the circumstances he had to apply his own law: according to that law there was no prescription, and, at any rate, the debtor not having been within the Republic since the debt became due, prescription could not have been completed. There was accordingly judgment for the creditor. The position appears to me as will now be set out.

### 4 2 Starting point

According to the present law of South Africa<sup>60</sup> prescription belongs to the substantive law, and it therefore becomes necessary to ascertain the *lex causae*. The judge held, correctly, the proper law and, therefore, the *lex causae*, to be English. But neither the parties nor the judge paid any attention to the recent trend and the new legislation in England<sup>61</sup> – such legislation, by the way, to come into force on a day appointed by the Lord Chancellor. However, the parties were in agreement that the rules of England were procedural in character and the court accepted that agreement.

### 4 3 Renvoi

I accept the theory of *renvoi*.<sup>62</sup> The rule that prescription is governed by the *lex fori* means not only that the law of the forum is applied, but also that, where the forum is a foreign one, the law of the country of the forum applies, but as it follows, so to speak *ex natura rei*, its internal law only. For this reason, the application of the law of South Africa was correct. This is, however, without prejudice to what was said in sub-paragraph 3 above.

### 4 4 Oath of the judge

It follows, it is submitted, that it was not here necessary to fall back on the judge's oath compelling him to apply his country's law if not enjoined thereby to apply foreign law.<sup>63</sup> The judge's oath is, however, not without any meaning in the conflict of laws, binding the judge, as it does, to administer justice in accordance with the law and customs of his country.<sup>64</sup>

59 quoted by the defence in the *Harris* case (*supra* n 28) 656.

60 See *supra* 3 1 2 4 last para.

61 See *supra* 3 1 2 2 nn 12–18.

62 *supra* n 27 and *ad notam* 7.

63 *supra* n 1 524E.

64 See Spiro *Conflict of Laws* (1973) 4 n 15; Spiro (*supra* n 57), 11 n 13.

# Die beperking van die vryheid van politieke kritiek en protes ingevolge artikel 47(2)(e) van die Wet op Publikasies 42 van 1974\*

JL Pretorius

*BCom BA Hons LLD*

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

## SUMMARY

**The restriction of the freedom of political criticism and protest in terms of section 47(2)(e) of the Publications Act 42 of 1974**

In terms of section 47(2)(e) of the Publications Act a publication may be declared undesirable if it is found to be detrimental to the safety of the state, the general welfare, peace and good order. Although the Publications Appeal Board has made some attempt to clarify the juridical content of these norms, uncertainty as to the extent of their restricting function remains. The board has, however, on several occasions stated its commitment to upholding the freedom of political criticism and protest and described itself as a judicial body entrusted with the function of effecting a reasonable balance between the freedom of speech and the said restricting public interests. It has maintained repeatedly that these public interests are not ideological concepts prescribing adherence to a specific political programme, excluding the propagation of alternatives or safeguarding organs of state from exposure of abuse of power or incompetence. The practical results of the board's decisions are not, however, always in accordance with these stated normative points of departure. This seems to be due to its peculiar technique of concretising the statutory norms. In apparent orientation to criminal law, the board has developed a casuistry of aggravating and alleviating "factors" which are sometimes applied in a way that obscures the norms of undesirability and leads to practical results incompatible with the board's own normative standards.

## 1 INLEIDING

Artikel 47(2)(e) van die Wet op Publikasies 42 van 1974 stel as ongewenstheidskriteria vir publikasies die benadeling van die "veiligheid van die staat, die algemene welsyn of die vrede en goeie orde." In hierdie artikel word die benadering van die appèlraad oor publikasies in sy toepassing van genoemde ongewenstheidsnorme ondersoek. Alhoewel die betrokke norme nie net politieke meningsvryheid begrens nie, maar onder meer ook vryheid van kuns en wetenskap raak, word alleen eersgenoemde vir bespreking uitgesonder. In die eerste

---

\* Die navorsing van hierdie artikel is onderneem met die finansiële bystand van die RGN en maak deel uit van Pretorius *Die Begrip Openbare Belang en Burgervryheidsbeperking* (LLD-proefskrif UOVS 1986).

plek val die klem op die inhoud wat die appèlraad aan hierdie publieke belange gee; tweedens word die begrensingsrol ondersoek wat dit ten aansien van politieke meningsvryheid vervul; en laastens word eie praktiese implementering daarvan in die uitsprake van die raad ontleed. By eersgenoemde twee gaan dit in hoofsaak om die uiteensetting en beoordeling van die raad se eie normatiewe standpunte met betrekking tot die tersaaklike onderwerpe, terwyl laasgenoemde die benadering van die raad in die praktiese toepassing van hierdie vertrekpunte ondersoek.

## 2 DIE BEPALING VAN DIE INHOUD VAN DIE BEGRIPPE “STAATSVEILIGHEID”, “ALGEMENE WELSYN” EN “VREDE EN GOEIE ORDE”

Van Rooyen vermeld dat die raad bogenoemde begrippe generies uitlê in die sin dat dit oor staatsbelange gaan en dat waar van algemene welsyn, vrede en goeie orde gepraat word, daarmee eintlik die welsyn en orde van die staat bedoel word.<sup>1</sup> Dit beteken waarskynlik nie dat 'n mens hier met blote wissel terme te doen het nie, maar dat al die begrippe in publiekregtelike sin verstaan moet word; “algemene welsyn” of “goeie orde” moet met ander woorde nie in nie-juridiese trant as byvoorbeeld ekonomiese of morele welstand of orde opgevat word nie. Indien dit korrek is, het die appèlraad 'n voorlopige begrensing van hierdie begrippe verskaf wat ten minste duidelik maak dat die bedoeling nie is om aan die staat deur middel van publikasiebeheer 'n ongekwalifiseerde segenskap oor publikasies te verskaf nie, maar om dit te beperk tot die behartiging van tipes publiekregtelik gekwalifiseerde staatsbelange. (Andersins sou “staatsbelang” net 'n geografiese betekenis hê en allerlei nie-juridiese terreine aan staatsoorheersing blootstel.) As 'n mens hier inderdaad nie met wissel terme te doen het nie, is die volgende vraag hoe die appèlraad hierdie begrippe van mekaar onderskei.

In *Saspu National*<sup>2</sup> is die noodsaak van 'n nadere omskrywing van die begrip “staatsveiligheid” beklemtoon:

“Recourse to the seemingly unlimited scope of the concept of ‘state security’ should be had only in clearly defined circumstances. It is all too easy to invoke the aid of concepts such as ‘state security’ to stifle matters without adequate grounds for doing so.”

Om staatsveiligheid van die ander (staats-) belange vervat in artikel 47(2)(e) te onderskei, doen Van Rooyen<sup>3</sup> aan die hand dat die publikasie gerig moet wees op “landspolitiese ontwinging,” met die klem op die *handhawing* van wet en orde en die ontwinging van die *organe* wat daarvoor verantwoordelik is. Benadeling van staatsveiligheid het betrekking op die aktiewe ondermyning van die gesag van die staatsowerheid deur aansporing tot wetteloosheid of gewelddadige verset teen, en belemmering of dwarsboming van spesifiek die regs-

1 Van Rooyen *Publikasiebeheer in Suid-Afrika* (1978) 129. Sien *Peace and Freedom* 145/76 7: “The interests which are guarded in this subsection have to do with the state itself. It is the welfare of the state and the safety of the state which comes into play in this subsection.”

2 211/84 9.

3 *op cit* 130.

handhawende organe van die staat. Klaarblyklik in ooreenstemming hiermee word as standaardmaatstaf vir die beoordeling van die vraag of 'n publikasie nadelig vir die staatsveiligheid is, gewoonlik gevra of die publikasie tot "terrorism, sabotage, subversion, public violence, the furthering of communism or civil disobedience"<sup>4</sup> sou bydra.

In die lig van hierdie omskrywing van die begrip "staatsveiligheid," is dit moeilik om die betekenis van die begrip "vrede en goeie orde" daarvan te onderskei. Daar is uitsprake van die raad waar dit klaarblyklik as wisselterm vir "staatsveiligheid" gebruik word,<sup>5</sup> terwyl dit soms ook op 'n wyse aanwending vind wat suggereer dat dit 'n inhoud onderskeibaar van "staatsveiligheid" het.<sup>6</sup> Die praktiese belang hiervan blyk byvoorbeeld uit die beslissing van die raad in *Krisis*,<sup>7</sup> waar 'n bevinding van ongewenstheid op grond van benadeling van die vrede en goeie orde gemaak is, alhoewel daar in die betrokke publikasie geen "oproep tot die oorgaan tot rewolusionêre aksie" gedoen is nie, en daar derhalwe geen benadeling van die staatsveiligheid in die hierbo vermelde sin teenwoordig was nie.

Dit kom in die algemeen voor of die raad "vrede en goeie orde" nie in 'n onderskeibare sin van "handhawing van wet en orde" gebruik nie, alhoewel uitsprake soos dié hierbo aandui dat dieselfde "politieke motief" nie hier teenwoordig hoef te wees nie. Dit stem dan ooreen met die algemene strafregtelike gebruik van die begrip "openbare orde" wat dui op die voorkoming van openbare regsverstoring wat nie noodwendig instrumenteel tot enige staatspolitieke verandering hoef te wees nie.<sup>8</sup>

As begrensingsnorm vir die vryheid van politieke kritiek en protes, lewer die begrip "algemene welsyn" die meeste probleme. Reeds die feit dat "algemene welsyn" 'n ongewone statutêre verskyningsvorm van publieke belange is wat nog selde die voorwerp van gesaghebbende judisiële uitleg was, maak die grense wat daardeur op die vryheid van politieke kritiek en protes gestel word, onseker. Ook die terminologiese verwantskap van "algemene welsyn" met begrippe soos die *bonum commune* en die Duitse *Gemeinwohl* wat histories dikwels die funksie gehad het om die onbeperkte seggenskap van die staat oor die totale samelevingsbestaan juridies uit te druk,<sup>9</sup> bevestig die gemak waarmee so 'n begrip misbruik kan word om aan die staat 'n ongekwalfiseerde kompetensie te verleen om in die breedste sin van die woord die "algemene welsyn" te bevorder.

Ook ten aansien van hierdie begrip is die uitsprake van die raad nie sonder dubbelsinnigheid nie. Daar is weer eens aan die een kant beslissings wat "alge-

4 *Izwi Lase Township* 144/82 2; sien ook *The Promised Land* 187,188/82 3-4; *Interaction: A Public Event* 189/82 2; *Alan Boesak: Choosing for Justice* 31/85 2; *Nigrizia* 42/85 2; *Grassroots* 54/85 3.

5 bv in *Izwi Lase Township supra* 2; *The Promised Land supra* 3-4; *The Theory and Practice of Black Resistance to Apartheid* 4/85 5.

6 Vgl *Work in Progress* 10,11/82 5: "subversive activities and/or political public disorder"; *Grassroots* 14, 15/82 3; *Krisis* 173/85 2.

7 *supra* 2.

8 Sien Ackermann *Die Reg insake Openbare Orde en Staatsveiligheid* (1984) 3; vgl Du Plessis "Thoughts on Law, Order and State Security" 1985 *TSAR* 241.

9 Vgl Crofts "The Common Good in the Political Theory of Thomas Aquinas" 1973 *The Thomist* 155; Stolleis *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (1974).



mene welsyn" saam met "vrede en goeie orde" onder die sambreelterm "staatsveiligheid" skyn tuis te bring.<sup>10</sup> Dit is waarskynlik die oogmerk met die onelegant geformuleerde opmerking in *Boycott Alert* dat al "die begrippe in artikel 47(2)(e) . . . verband moet hou met die veiligheid of welstand van die staat in die veiligheidsin van die woord."<sup>11</sup> Gedagtig aan wat die raad onder die "staatsveiligheid" verstaan, is dit egter duidelik dat hierdie spesifiek publiekregtelike toespitsing van die begrip "algemene welsyn" nie konsekwent gehandhaaf word nie. In *Wilson Rowntree Workers' Struggle*<sup>12</sup> is dit klaarblyklik anders verstaan. Dit het hier gehandel oor 'n publikasie wat 'n landwyse verbruikersboikot van 'n bepaalde produk propageer het. Die raad wys daarop dat die aanmoediging van die boikot nie op sigself 'n misdaad is nie. Die beplande optrede is teen 'n spesifieke onderneming gerig en reeds daaruit kan die afleiding seker gemaak word dat daar nie sprake kon wees van 'n benadeling van spesifiek publiekregtelike belange nie. Die raad bevind egter dat indien die oproep effektief sou wees en tot 'n landwyse boikot sou lei, dit op 'n "national undermining of the economy" sou neerkom wat 'n skending van die "state's general welfare" daar sou stel. Hieruit blyk nie duidelik of die boikot instrumenteel tot die omverwerping van die staatsgesag of wet en orde moet wees of daartoe moet bydra voor die raad 'n bevinding van ongewenstheid sal maak nie.

Die saak *Boycott Alert*<sup>13</sup> skyn egter in 'n ander rigting te dui. Die betrokke publikasie was in die vorm van 'n kennisgewing van 'n moontlike boikot van die produkte van 'n bepaalde onderneming wat sou intree as die loongeskil van 'n vakbond met die onderneming nie besleg sou kon word nie. Die raad bevind dat alhoewel

"die dreigende boikot sekerlik vir die vermelde onderneming verleentheid en ongerief mag meebring . . . dit geen besondere effek op die ekonomie in die algemeen of die landsveiligheid behoort uit te oefen nie."<sup>14</sup>

Of dit beteken dat die nadelige effek van boikotaksies op ekonomiese aktiwiteit na die oordeel van die raad sonder meer op aantasting van die publiekregtelike belange "in die veiligheidsin van die woord" sou neerkom, blyk nie duidelik uit die beslissing nie. *Consumer Boycott*<sup>15</sup> skep wel die indruk dat die raad meer as blote ekonomiese nadeel vereis. In die saak is opgemerk dat die loods van boikotaksies oor die algemeen nie ongewens is nie; dit sal slegs ongewens wees "waar dit wel die veiligheid van die staat raak." Eersgenoemde twee beslissings is egter vatbaar vir die interpretasie dat aan hierdie vereiste voldoen word reeds as dit sou blyk dat die betrokke publikasie wel 'n impak op die ekonomiese bedrywigheid van die land sou hê. Indien dié interpretasie korrek is, is die implikasie dat die begrip "algemene welsyn" sy publiekregtelike toespitsing ontnem is<sup>16</sup> en die deur in beginsel vir die raad oopgemaak is om deur middel van publikasiebeheer eintlik verbruikers- en werknemersaksies as sodanig te beheer. Die benadering in laasgenoemde saak is daarom te verkies.

10 Sien vn 4 *supra*.

11 67/82.

12 115/81 10.

13 *supra*.

14 *ibid* 2.

15 199/85 6. Vgl ook *Saspu Focus* 19/1985 6, waar sprake is van "the use of violence and subversion to paralyse the country and its economy."

16 Vgl daarenteen die behandeling van publikasies wat handel oor skoolboikotte, stakings en oproepe tot "wegbly-aksies" in *Grassroots* 79/81 4; *Stanley Bekker en die Boikot* 56/85 2-3; *Saspu Focus supra* 6.



### 3 DIE BEGRENINGSFUNKSIE VAN “STAATSVEILIGHEID,” “ALGEMENE WELSYN” EN “VREDE EN GOEIE ORDE”

Benewens die blyke wat die raad by sy omskrywing van die inhoud van bogenoemde norme van sy eie begrip van die begrensingsfunksie van die publieke belange op publikasies gee, is die volgende belangrike vraag watter rol die raad hierdie belange laat speel by die bepaling van die inhoud en omvang van toelaatbare vryheid van politieke kritiek en protes. Hier is onder meer die volgende vrae relevant: ken die raad aan hierdie belange ’n konstitutiewe funksie toe, of word dit as eksterne juridiese grense op die genoemde vryheid beskou? Vereenselwig die raad die betrokke belange met ’n spesifieke staatspolitieke program en maak hy die positiewe bevordering daarvan ’n voorwaarde vir politieke meningsvryheid? Gaan die raad van ’n *a priori* voorkeur vir die betrokke publieke belange uit, of sien hy sy taak om dit juis in die lig van die beginsel van die *salus publica* met die vryheid van politieke kritiek en protes te integreer?

Daar is diegene wat van oordeel is dat die statutêre sensuurfunksie van die raad eenvoudig met die bestaan van politieke meningsvryheid onversoenbaar is en dat enkel om hierdie rede reeds die werksaamhede van die raad al bogenoemde bedenkinge moet bevestig.<sup>17</sup> Daarenteen is daar kwalik ’n enkele van sy beslissings waarin die raad nie blyke van ’n teenoorgestelde siening van sy eie funksie gee nie. By meer as een geleentheid het die raad sy sentiment ten gunste van vryheid van spraak uitdruklik beklemtoon. ’n Betreklik ondubbel-sinnige verklaring in dié verband kom onder meer in *The Struggle for the Land*<sup>18</sup> voor. Daarin word verklaar:

“Freedom of speech is one of the corner stones of our society, and it is not necessary to refer to the many occasions on which it has been emphasised, both by the Supreme Court and by this Board that it should not be curtailed unless there is a clear necessity to do so. The stifling of another man’s point of view, of criticism and of grievances, is apt, in the long run, to cause more problems than it solves.”

Daar moet nietemin steeds ondersoek word hoe die raad sy funksie verstaan en of hy nie, ten spyte van sy verbintenis tot politieke meningsvryheid, aan die betrokke publieke belange ’n rol toeken wat daarop dui dat hy die funksie van publikasiebeheer aan ’n staatsidee oriënteer wat nie met hierdie vryheid versoenbaar is nie.

In die enkele gevalle waar die raad iets van ’n *Selbst-verständnis* laat blyk, toon hy wel begrip vir die tersaaklike problematiek en stel hy ten minste *uitgangspunte* wat nie strydig met sy erkenning van politieke meningsvryheid hoef te wees nie. In *Saspu National*<sup>19</sup> was die argument van die publikasiekomitee dat die raad deel van die “staatsgesag” is en daarom die funksie het om te “orden.” Dit is egter duidelik dat die raad nie daarvoor te vinde was om vir so

17 Vgl Du Toit “The Rationale of Controlling Political Publications” in Coggin (red) *Censorship. A Study of Censorship in South African by Five Distinguished Authors* (1983) 100; Hachten en Gifford *Total Onslaught. The South African Press under Attack* (1984) 157–159.

18 178/82 4–5. Sien ook *Benoni Student Movement* 159/81 3: “For a free flow of ideas and an open discussion of the political situation, it is indeed necessary that all parties concerned be well informed about grievances, problems, and views of other parties”; *Heartland* 43/82 29: “Op die politieke en verhoudingsvlak moet skerp en neerhalende kritiek verdra word ter wille van die behoud van die demokrasie en die vryheid van spraak”; *Newsweek* 187/85 4: “Open discussion of the use of authority is a necessary ingredient of democracy, even at a time like the present.”

19 101/85.

'n ongekwalifiseerde ordefunksie in te staan nie en die raad antwoord soos volg hierop:

"If this contention amounts to an argument that the Publications Appeal Board has a role to play similar to that of authorities like the police or the army, this is not justified in law. It is foreign to the Board's character as a judicial body. In this process it cannot be partisan and regard its role as part of the defensive or restoring powers of the state."<sup>20</sup>

Die raad sien dit dus as sy taak om 'n redelike afbakening van belange te weeg te bring en beskou homself nie as "'n vervolger namens die sedes, godsdiens of staatsveiligheid" nie, maar wel as 'n

"arbitrêr tussen dié belange en die vryheid van spraak, godsdiensvryheid, kuns, tegniek, wetenskap, letterkunde en die belange van die waarskynlike leser en die volwasse leser."<sup>21</sup>

In *Crisis News*<sup>22</sup> laat die raad hom eksplisiet uit oor die funksie wat publieke belange in publikasiebeheer vervul. Dit blyk uit die relevante passasies in die saak dat die betrokke norme nie konstitutief, in die positief bevorderende sin van die woord,<sup>23</sup> vir politieke meningsvryheid gemaak moet word nie, maar as eksterne juridiese grens daarvoor fungeer. Daar word met instemming verwys na die direktoraat se behandeling van die argument dat die openbare belang vereis dat die betrokke publikasie (waarin 'n skerp aanval gedoen is op die wyse waarop die polisie onluste beheer) verbied moet word, ook al sou die insidente waarna verwys is inderdaad plaasgevind het. Hierop is geantwoord dat die wet nie primêr ten doel het om die "openbare belang" in hierdie sin te bevorder nie, aangesien so 'n benadering sou neerkom op 'n

"ingrype in die reg op vrye spraak en 'n ongeoorloofde opportunistiese om dinge wat moontlik waar en korrek mag wees, te moet verswyg omdat dit hipoteties 'in openbare belang' mag wees."<sup>24</sup>

Juis omdat dit nie die doel van publikasiebeheer is om net publikasies toe te laat wat publieke belange bevorder nie, stel die raad dit as algemene uitgangspunt dat die vraag nie is of die publikasie "nodig" is nie, maar of die verbod nodig is.<sup>25</sup>

Nou verbonde met die probleem van die begrensende – in teenstelling tot die konstitutiewe – funksie van publieke belange, is die verdere vraag of die raad aan hierdie begrippe 'n spesifiek publiekregtelike inhoud gee en of hy dit as invalspoort laat dien vir die staat om op allerlei nie-juridiese terreine sy segenskap uit te brei. Hierbo by die behandeling van die inhoud van die begrippe "staatsveiligheid," "algemene welsyn" en "vrede en goeie orde" is reeds na standpunte van die raad in dié verband verwys. Nou is spesifiek ter sake of die raad sy funksie sien en die onderhawige publieke belange verstaan asof dit die positiewe bevordering van 'n bepaalde staatspolitieke ideaal magtig.<sup>26</sup>

'n Duidelike ontkenning hiervan blyk uit *Saspu National* waar die raad opmerk dat

"if the Publications Act were to have based its wording in section 47(2)(e) on ideological concepts, it would probably have been easier to find such a publication as this undesirable."

20 *ibid* 5.

21 *Heartland supra* 1 (addendum).

22 200/85 4.

23 Vgl ook *Heartland supra* 2.

24 *supra* 4.

25 *Heartland supra* 1.

26 *supra* 5.

By verskeie geleenthede is ook beklemtoon dat die oogmerk met publikasie-beheer nie is om regeringsbeleid positief te bevorder en kritiek daarop te inhibeer nie;<sup>27</sup> of om die propagering van alternatiewe beleidsrigtings te verbied nie;<sup>28</sup> of om die regering van politieke verleentheid te vrywaar nie;<sup>29</sup> of om die openbare beeld van bepaalde staatsinstansies ten koste van die openbaarmaking van magsmisbruik of onbevoegdheid te beskerm nie.<sup>30</sup>

Die maatstawwe wat die raad stel om konkreter aan te dui presies wanneer die publieke belang nou in spesifiek publiekregtelike sin aangetas is, wissel, maar blyk in die algemeen nie in stryd te wees met die uitgangspunte van die raad wat tot dusver behandel is nie. Ongewensheid word of aangedui met verwysing na gevestigde strafregtelike begrippe soos terrorisme, sabotasie, subversie en openbare geweld,<sup>31</sup> of meer algemeen omskryf as buite-konstitusionele of ge-welddadige optrede,<sup>32</sup> of daar word gewoon net melding gemaak van “onreg-

- 27 Vgl *Saspu National* 61/82 5: “Met die beoordeling van hierdie publikasie het die Raad in gedagte gehou dat weens die inisiatiewe van die huidige regering wat daarop gemik is om die lot van die Nie-Blanke gedeelte van die bevolking te verbeter, en om aan die Bruin en Indiër gemeenskappe groter seggenskap in landsake te gee, die huidige toestand baie delikaat, selfs plofbaar is, en die versoeking is groot om alles wat gemoedere mag opswEEP, te onderdruk”; *Marx, Money, Christ* 103/82; *Alan Boesak: Choosing for Justice supra* 2; *Learn and Teach* 148/85 4: “The right to air grievances, and to criticise government policy is part of the democratic process and may not be curtailed without good and sufficient reason”; *Work in Progress* 204/81 3.
- 28 Die propagering van onder meer die volgende word nie as *per se* ongewens beskou nie: “majority rule” en “one man, one vote” (*Give the People What They Want* 45/82 2); ’n nuwe konstitusionele orde (*Social Review* 127/81); die verandering van die “entire structure of society” (*Black Urban Public Road Transport* 139/82 4); die vrylating van Nelson Mandela (*The People Shall Govern* 117/85 3); die afskaffing van verpligte militêre diens (*Are You Prepared* 144/85 3). Ook die “mere fact that a book is pro-communistic would not in itself lead to a finding of undesirable” (*Ten Days that Shook the World* 28/82 2). Dieselfde geld klaarblyklik vir publikasies met ’n anti-kapitalistiese strekking (*Radical Geography* 91/82). Dit is egter oënskynlik ’n ander saak as die publikasie kommunisme direk propageer (*IOJ News Letter* 164/82 2–3; *Social Review* 78/82 5; *Russia in Revolution* 146/82 5). Vermelding van die “Freedom Charter” as sodanig, asook die propagering van dieselfde ideale wat daarin vervat is, is eweneens nie *per se* ongewens nie (*The Freedom Charter: Thirty Years Later* 151/85 1). Ook is die “history of the ANC and its activities . . . a legitimate subject for publication” (*Saspu Focus supra* 5; *Speak* 152/85 4). Propagering wat daarenteen neerkom op ondersteuning of bevordering van die ANC, is ongewens (*IOJ Newsletter supra* 3–4; *Campus Action for Democracy* 133/82 3–4). Dieselfde benadering skyn te geld vir publikasies wat handel oor Swapo (*Apartheid’s Army in Namibia* 160/82 3; *Work in Progress* 204/82 2.)
- 29 *Saspu Focus* 164/83 5.
- 30 Sien *Crisis News supra* 4: “Dit is nie die taak van hierdie Raad om binne die bepaling van artikel 47(2)(e) die polisie te beskerm nie. Die Polisiewet bevat reeds afdoende bepaling in dié verband.” Vgl ook *Newsweek supra* 4; *Saamstaan* 171/85 5; *Learn and Teach supra* 4; *Objector* 141/85 4; *Learn and Teach* 99/85 7–8. Die effek van die publikasie op die “doeltreffendheid” van die betrokke owerheidsinstansie, sonder meer, skyn daarenteen die deurslaggewende oorweging te wees het in *Swapo sê Nee vir Registrasie en Militêre Diensplig* 11/85 2 en in *Apartheid’s Army in Namibia supra* 3.
- 31 *Work in Progress* 54/82 2–3; *Izwi Lase Township supra* 2; *The Promised Land supra* 3–4; *Interaction: A Public Event supra* 2.
- 32 *Marx, Money, Christ supra* 3: “glamorise violence or incite likely readers to violence”; *Black Urban Public Transport supra* 4; “a call for unconstitutional and/or violent action or a contribution to this cause”; *Give the People What They Want supra* 3: “violent extra-constitutional change”; “promote a violent struggle for an extra-constitutional take-over of the government.”



matige optrede.”<sup>33</sup> In dié verband dien die raad hom egter soms ook van formuleringe wat beslis problematies is. Dit behels onder meer die volgende: ongekwalifiseerde verwysings na “state security generally,” waar dit in alternatiewe of bykomstige sin toegevoeg word tot die spesifieke staatsveiligheidsbedreigende handeling hierbo vermeld;<sup>34</sup> ongespesifiseerde verwysings na die propagering van ’n “programme of action,”<sup>35</sup> militante protes<sup>36</sup> en burgerlike ongehoorsaamheid sonder meer.<sup>37</sup>

Pogings van die raad om politieke meningsvryheid vanuit die teenoorgestelde hoek, naamlik positief-inhoudelik, te omskryf, kom selde voor. Dit is opvallend dat die raad in sy meer resente beslissings nie meer so pertinent gebruik maak van die steriele onderskeiding tussen kritiek op die staat, konstitusionele-, of regeringsstelsel enersyds en kritiek op die regering van die dag andersyds nie.<sup>38</sup> Hierdie onderskeiding is problematies omdat dit in Kelseniaanse trant vatbaar is vir die identifikasie van die staat met die bestaande konstitusionele regsorde;<sup>39</sup> dit sou beteken dat die konstitusionele *status quo* onaantasbaar gemaak en politieke kritiek slegs tot nie-fundamentele, perifere aangeleenthede beperk word.<sup>40</sup> Aangesien die raad in *Black Urban Public Road Transport*<sup>41</sup> beslis het dat selfs ’n aanval op die “entire structure of society” nie as sodanig die grense van regmatige politieke kritiek oorskry nie, is dit duidelik dat genoemde onderskeiding nie meer in die breë benadering van die raad enige deurslaggewende rol het om te speel nie.

Moontlik is dit egter die nalewing daarvan wat in sommige beslissings wel nog kop uitsteek. Waar die raad byvoorbeeld in *Marx, Money, Christ*<sup>42</sup> “ordinary political criticism” kontrasteer met politieke kritiek wat geweld verheerlik of aanmoedig, word in *Benoni Students Movement*<sup>43</sup> spesifiek gepraat van

“normal party political, journalistic, or intellectual opposition which is traditional in South Africa.”

Moontlik is dit nie die oogmerk hiermee om die spektrum van legitieme vorme van politieke kritiek en protes so beperk af te baken nie, maar so ’n eng aksent is soms tog onmiskenbaar aanwesig. In *Objector*<sup>44</sup> is byvoorbeeld ten aansien

33 *Nigrizia supra* 2: “geen aanduiding van enige ophitsing tot onregmatige optrede.” Vgl ook *Reggae Sunsplash* 79/82 3: “the spirit of revolution and lawlessness evinced in a good deal of the dialogue and some of the songs is likely to endanger the interests safeguarded by section 47(2)(e) of the Act.”

34 *Work in Progress supra* 3.

35 *Saspu National* 61/82 5.

36 *Social Review* 78/82 5; *Apartheid's Army in Namibia supra* 3. In *Speak, The Voice of the Community* 41/85 2 is militante protes egter in verband gebring met gewelddadige onluste. Politieke bewusmakingsliteratuur val daarenteen binne die perke van politieke kritiek en protes (*The Freedom Charter: Thirty Years Later supra* 2).

37 *Benoni Student Movement supra* 4; *Izwi Lase Township supra* 2. So ’n eenduidige betekenis het hierdie begrip nou eenmaal nie (vgl *Du Toit Reg, Mag en Orde. 'n Besinning oor die Noodtoestand in Suid-Afrika* (1985) 13).

38 Vgl *Du Toit op cit* 104–107 en die sake daar bespreek.

39 Vgl *Van Rooyen op cit* 129.

40 Sien in dié verband die argument van die publikasiekomitee in *Saspu Focus* 19/85 2, waar die klem klaarblyklik op die behoud van die “existing state system” geval het.

41 *supra* 4.

42 *supra* 3.

43 *supra* 4.

44 *supra* 5.

van 'n vroeër standpunt van die raad dat die propagering van die afskaffing van verpligte militêre diens ongewens is, die volgende opgemerk:

“Since that decision however, the position has changed considerably, and the abolishing of compulsory military service has become a legitimate political issue and a plank in the platform of the official opposition in parliament.”

Die implikasie is dan dat die propagering van die betrokke standpunt sy teenswoordige legitimiteit ontleen aan die blote feit dat dit deel van die beleid van die amptelike opposisie en 'n debatspunt binne die parlement geword het. Die konsekwensies van so 'n benadering vir buite-parlementêre politieke opposisie spreek vanself.<sup>45</sup>

#### 4 DIE PRAKTIESE VASSTELLING VAN NORMSKENDING

Waar die klem tot dusver op die selfverklearde beginsel-uitgangspunte van die raad geval het, is die vraag nou of hierdie normatiewe vertrekpunte ook by die praktiese implementering daarvan tot hul reg kom.

Die konkretiseringstegniek van die raad by die praktiese vasstelling van normskending kan beskryf word as 'n strafregtelik georiënteerde kasuïstiek van verswarende en versagende faktore. By die praktiese vasstelling van oorskryding van die grense van toelaatbare politieke meningsvryheid, ken die raad aan die reaksie van die waarskynlike leser, kyker of hoorder deurslaggewende betekenis toe. As voorbeeld van die standaard-formulering in dié verband kan verwys word na *Lenin Collected Works*<sup>46</sup> waar gesê word dat die “effek van die boek of rolprent op die waarskynlike kyker . . . deurslaggewend is,” terwyl dit in verskeie ander uitsprake as van “cardinal importance”<sup>47</sup> beskou is. Om nou te verhoed dat die toelaatbaarheidsgrense van politieke meningsvryheid volkome wisselend afgesteek word ooreenkomstig die betrokke leserskring, moet iewers 'n maatstaf gevind word wat die saak van totale verstrikking in relatiewe lesersreaksies red. Dit word klaarblyklik gedoen deur eerstens 'n bepaalde erns of graad van bedreiging van die staatsveiligheid ensovoorts te vereis, waardeur ten minste die geïsoleerde, ongewone of volkome onvoorspelbare lesersreaksie as kriterium uitgeskakel word. Die waarskynlikheid van lesersreaksies word tweedens verder “gestandaardiseer” deur die kategorisering van leserstipes enersyds en publikasietipes aan die hand van inhoud en styl andersyds, wat afhangende van besondere kombinasies van beide, of as verswarende, of as versagende omstandighede in berekening gebring word.

Wat in die eerste plek die *erns* van die bedreiging van die staatsveiligheid, algemene welsyn, vrede en goeie orde betref, het die raad by herhaling beslis dat “remote contingencies and mere possibilities” nie 'n voldoende graad van bedreiging van die genoemde belange daarstel nie.<sup>48</sup> Aangesien die wet praat van publikasies wat vir die betrokke belange nadelig “is,” is blote berekening nie

45 Vgl daarenteen *Saspu Focus* 163/83 10, waar die raad aanvaar dat ook vorme van “mass resistance” regmatige vorme van politieke protes kan wees.

46 22/81 2.

47 *Work in Progress* supra 4; vgl *Campus Action for Democracy* supra 3; *Work In Progress* 54/82 3; *Al Zahf Al Akhdar* 55/81 2.

48 *Saspu Focus* 19/85 3.



voldoende nie,<sup>49</sup> maar word ten minste 'n hoë mate van waarskynlikheid vereis voordat 'n bevinding van ongewensheid gemaak kan word.<sup>50</sup> In dié verband het die raad by die “clear and present danger”-leerstuk van die Amerikaanse hooggeregshof aansluiting gevind en in verskeie van sy eie uitsprake met instemming na *dicta* van daardie hof verwys.<sup>51</sup> Volgens die raad is die betrokke leerstuk bykomend tot die “absolute necessity principle”<sup>52</sup> en dien dit as rigsgnoer om te bepaal

“whether the likely reader of the publication would react in such a manner as to violate or contribute towards a violation of the interests protected by section 47(2)(e).”<sup>53</sup>

Die wyse waarop die raad met die betrokke leerstuk omgaan, maak dit egter duidelik dat dit nie met dieselfde sentiment ten gunste van staatsonthouding hanteer word as wat die Amerikaanse sake in dié verband soms kenmerk nie. In *Saspu National*<sup>54</sup> sê die raad dat die Amerikaanse gewysdes

“are only referred to as typical developments of the concept of freedom of speech”;

en dat

“it needs little explanation that different limits to freedom will be placed in accordance with time and place.”

Die “clear and present danger”-leerstuk het slegs 'n “general bearing on our approach,” sodat bloot 'n bydrae tot benadeling van die staatsveiligheid reeds 'n voldoende graad van oortreding daarstel,<sup>55</sup> en alhoewel die gevaar wel “duidelik waarneembaar” moet wees, hoef dit nie van “onmiddellike aard” te wees<sup>56</sup> nie. Daar moet verder voldoende rekening gehou word met 'n bepaalde tyds-gewrig, soos oorlogstoestande<sup>57</sup> of 'n revolusionêre klimaat,<sup>58</sup> en in die algemeen met spesifiek Suid-Afrikaanse omstandighede.<sup>59</sup>

Wat die kategorisering van leserstipes betref, is daar in die uitsprake van die raad onder andere al van die volgende melding gemaak: die “gesofistikeerde kommuniste as lid van die gesofistikeerde lesersgroep,”<sup>60</sup> die “informed, sophisticated reader,”<sup>61</sup> “an unsophisticated Black reader,”<sup>62</sup> die “likely reader of the

49 Lenin *Collected Works supra* 2; *Al Zahf Al Akhdar supra* 2; *Divide the Night* 60/81 3; *The Dawn Comes Twice* 100/85 2: “When section 47(2)(e) is compared with other examples of security legislation like that, for example, in the Internal Security Act, it appears that section 47(2)(e) is much more concerned with real consequences than those provisions are . . . [T]he word ‘is’ in section 47(2)(e) indicates a closer nexus between a publication and the consequences that would ensue.”

50 *The Autobiography of an Unknown South African* 134/85 11; *Saspu National* 61/82 6; *Crisis News supra* 2.

51 *Sien Anti-Saic News* 38/83; *Saspu National* 105/83; *Saspu Focus* 164/83; *Saspu National* 221/84; *Grassroots* 54/85 3-4: “This Board has repeatedly held itself guided by the ‘clear and present danger’ test enunciated by the Supreme Court of the United States.”

52 *Saspu National* 221/84 4.

53 *ibid.*

54 101/85 3.

55 *Divide the Night supra* 3.

56 *Learn and Teach* 99/85 10.

57 *Divide the Night supra* 3.

58 *Learn and Teach* 99/85 10-11.

59 *Saspu National* 101/85 3.

60 Lenin *Collected Works supra* 4.

61 *Ten Days That Shook the World supra* 6; *Work in Progress* 54/82 3; *Work in Progress* 204/82 3; *Saspu Focus* 19/85 3.

62 *Learn and Teach* 41/82 3.

more arduous kind,"<sup>63</sup> "university students of above average intelligence,"<sup>64</sup> studente as waarskynlike dienspligtiges,<sup>65</sup> die man op straat,<sup>66</sup> die rewolusionêre filosoof,<sup>67</sup> die gevorderde student op die gebied van die sosio-ekonomiese en politieke wetenskappe,<sup>68</sup> 'n "popular readership,"<sup>69</sup> die gevorderde student en ernstige navorser<sup>70</sup> en skoolkinders.<sup>71</sup> Die algemene uitgangspunt ten aansien van die belang van die waarskynlike leserskring is klaarblyklik dat "hoe meer populêr die waarskynlike leserskring is, hoe gouer sal die publikasie ongewens wees."<sup>72</sup>

Samehangend hiermee beskou die raad ook onder meer die volgende faktore met betrekking tot die inhoud en styl van die publikasie as verswarende oorwegings: "emotive content,"<sup>73</sup> eensydigheid,<sup>74</sup> 'n "anti-capitalistic trend,"<sup>75</sup> onwaarheid,<sup>76</sup> "sympathy with banned organisations or communism,"<sup>77</sup> 'n propagandistiese inslag,<sup>78</sup> die ekspressie van haat,<sup>79</sup> "writing of a rabble-rousing nature"<sup>80</sup> en 'n militante,<sup>81</sup> bitter en propagandistiese toon.<sup>82</sup> Daarenteen geld die volgende as versagende faktore: 'n ouderwetse skryfstyl sonder "vividness and impact,"<sup>83</sup> 'n dokumentêre<sup>84</sup> onemosionele, "droë" of akademiese styl,<sup>85</sup> objektiwiteit<sup>86</sup> en wetenskaplikheid.<sup>87</sup>

## 5 EVALUASIE

Ten aansien van bogenoemde oorwegings kan opgemerk word dat hulle seker almal relevante faktore is vir die bepaling van die waarskynlike effek wat 'n publikasie op sy leserskring kan hê en derhalwe wel oriënterende waarde het vir die vasstelling van die vraag of die publikasie 'n "gevaar" ooreenkomstig die vereiste graad van bedreiging inhou. Dit kan egter nie, soos die raad by geleentheid ten aansien van die "clear and present danger"-leerstuk sê, bepalend wees vir die primêre normatief-juridiese onderskeiding tussen "the protected advocacy of ideas and the unprotected incitement to violence" nie.<sup>88</sup> Die versagende

63 *Transvaal Episode* 49/82 2.

64 *Campus Action for Democracy* supra 3.

65 *Swapu sê Nee vir Registrasie en Militêre Diensplig* supra 3.

66 *Gramsci Political Thought* 64/82 4.

67 *ibid.*

68 *Radical Geography* supra 3.

69 *Black Urban Public Road Transport* supra 5.

70 *Russia in Revolution* supra 4.

71 *Heartland* supra 14; *Russia in Revolution* supra 4.

72 *Heartland* supra 14.

73 *Learn and Teach* 41/82 3.

74 *Work in Progress* 54/82 3.

75 *ibid.*

76 *Campus Action for Democracy* supra 3.

77 *Izwi Lase Township* supra 3.

78 *Saspu National* 61/82 5.

79 *The Road is Much Longer* 184/82 4.

80 *The Theory and Practice of Black Resistance to Apartheid* supra 5.

81 *Saspu Focus* 19/85 6.

82 *Second Class Taxi* 97/82 4.

83 *Ten Days that Shook the World* supra 3.

84 *ibid.*

85 *Campus Action for Democracy* supra 3; *The Theory and Practice of Black Resistance to Apartheid* supra 5.

86 *The Promised Land* supra 4; *Work in Progress* 204/82 4.

87 *Gramsci Political Thought* supra 3.

88 *Grassroots* supra 4.

en verswarende faktore, waarvan hierbo enkeles genoem is, verteenwoordig oor die algemeen primêr nie-juridiese norme. "Objektiwiteit" is byvoorbeeld 'n norm vir die beoordeling van die wetenskaplikheid of joernalistieke gehalte van 'n bepaalde geskrif, terwyl die stylfaktore estetiese norme behels wat nooit 'n primêre of deurslaggewende funksie kan hê om die *regmatigheid* al dan nie van die publikasie te bepaal nie. Wanneer hierdie kasuïstiek van faktore nou in die oorwegings van die raad die primêre posisie begin inneem, moet juis die vryhede – die beskerming waarvan die raad as deel van sy funksie sien – noodwendig in gedrang kom omdat sodoende wetenskaplike, estetiese, joernalistieke en ander nie-publiekregtelike kriteria die norm vir ongewenstheid word.

Dit sou onbillik wees om te beweer dat die raad oor die algemeen aan sy eie kasuïstiek so 'n funksie toeken. Nietemin is die raad in dié verband nie van kritiek vry te spreek nie. Eerstens bestaan daar enkele uitsprake waar een of meer van hierdie oorwegings *eksplisiet* met die publiekregtelike norm vir regmatige politieke kritiek en protes gelykgestel word. In *Work in Progress*<sup>89</sup> word die volgende byvoorbeeld alles sommerso in een en dieselfde asem genoem:

"On the positive side there are the fact of the limited likely readership, the inherent difficulty in reading this kind of material, and the fact that people have the right to criticise and bring grievances to the fore."

So geformuleer, word die vryheid van politieke kritiek self net een van die vele "versagtende" omstandighede, op gelyke voet met al die ander, en van dieselfde relatiewe gewig as enige van die verswarende faktore.

Tweedens is daar gevalle waar een of meer van die verswarende faktore op *indirekte* wyse tog van deurslaggewende betekenis gemaak word. In *Ten Days that Shook the World*<sup>90</sup> is enersyds tereg opgemerk dat die feit dat die publikasie

"presents a distorted and unbalanced picture of central events during the October Revolution in Russia does not make it undesirable in terms of section 47(2)(e) of the Publications Act."

In kombinasie met die boek se waarskynlike leserskring, naamlik die "informed and sophisticated reader," word die "objektiwiteit" daarvan egter tog die deurslaggewende criterium vir ongewenstheid aangesien die raad ter motivering van sy bevinding van nie-ongewenstheid aanvoer dat hierdie leser "will recognise it as a book . . . founded on a legend, one which has largely triumphed over the facts."<sup>91</sup> Op dié wyse kom die eintlike vraag, naamlik of die publikasie as sodanig die perke van toelaatbare politieke meningsvryheid oorskry, tog kwalik tot sy reg. Dieselfde kan van *Work in Progress*<sup>92</sup> gesê word waar ten aansien van die betrokke publikasie opgemerk is dat alhoewel dit na die oordeel van die raad 'n eensydige weergawe van gebeure gee, dit nie "emotive" is nie en ook nie in 'n "propagandistic or inciting manner" geskryf nie. Nogtans word bevind dat

"if this were to have been published in a pamphlet with a mass circulation, it would probably have been undesirable. The intellectual readership of the present publication however, renders this aspect negative."<sup>93</sup>

Derdens dui die wyse waarop die raad soms met die betekenis van die "huidige tydsgewrig" omgaan, op 'n soort situasie-etiek wat net eenvoudig die plek van

89 *supra* 4.

90 *supra* 2.

91 *ibid* 6; vgl ook *The Promised Land supra* 5.

92 204/82.

93 *ibid* 2-3; sien ook *Krisis supra* 2.

die normatief-juridiese kriteria vir ongewenstheid inneem. In *Newsweek*<sup>94</sup> was die huidige onlustoestand klaarblyklik die vernaamste grond vir die bevinding dat 'n artikel waarin die menings van jong radikales aangehaal is, ongewens is. Hiermee kan *The Autobiography of an Unknown South African*<sup>95</sup> vergelyk word, waarin die volgende oorweging van belang geag is:

“Wat betref die opsweping tot en die pleeg van onwettige ondermynende daade wat as aansporing tot soortgelyke optrede deur andere kan dien, moet die boek teen die werklikhede van die huidige situasie gesien word. Die onwettige ondermynende daade wat deur die Komitee gemeld word, is die verbranding van passe, oortreding van die aandklokkeëls, die reëling van 'n onwettige optog wat misluk het, verbreking van sy inperkingsbevel en die reëling van 'n eendaagse staking. As hierdie tipe van optrede al was waarmee die owerhede vandag te kampe gehad het, sou daar geen noodtoestand gewees het nie.”<sup>96</sup>

Uit bogenoemde voorbeelde blyk dat daar soms op so 'n wyse op een of meer van die verswarende of versagterende faktore gefikseer word, dat die raad sy normatiewe vertrekpunte nie altyd konsekwent handhaaf nie. Die probleem lê natuurlik nie by hierdie praktiese riglyne as sodanig nie; dit is by alle vorme van regstoepassing aanwesig. Dit is ook verstaanbaar dat konkrete formules soos hierdie juis by publikasiebeheer 'n belangrike rol sal speel. Dit word as noodsaaklik aan gevoel om die beslissing nie so afhanklik van die “subjektiewe” normbesef van die regstoepasser te laat lyk nie en om 'n voorkoms van groter “meetbaarheid” daaraan te gee.<sup>97</sup> Dit is egter futiel om te glo dat die normbesef van die regstoepasser as't ware deur norm-neutrale “resepte” uitgeskakel kan word. Sommige van die sake hierbo genoem, illustreer juis die feit dat wanneer konkreet-praktiese oorweginge of “faktore” die oorheersende rol begin speel, die subjektiwiteit van die regstoepasser daardeur nie uitgeskakel nie, maar van deurslaggewende belang gemaak word, aangesien die norm waarop hy sy bevinding moet baseer op dié wyse geëlimineer word.

94 *supra* 7.

95 *supra*.

96 *ibid* 12; vgl in dieselfde verband *News and Letters* 170/85 3-4; *Saamstaan supra* 5; *The Trial of Dedan Kimathi* 189/85 4.

97 Sien *Heartland supra* 30 waar verseker word dat publikasiebeheer “'n wetenskap en nie 'n lukrake spel met veerpyltjies is nie.”

#### LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R10,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert  
 Sekretaris  
 Vereniging Hugo de Groot  
 Posbus 1263  
 PRETORIA  
 0001



# Is gravity really an element of *crimen iniuria* and criminal defamation in our law?

John van der Berg

BA LLB

Senior lecturer in law, University of the Western Cape

## OPSOMMING

Is ernstigheid werklik 'n element van strafregtelike laster en *crimen iniuria* in ons reg?

In hierdie artikel word die misdrywe laster en *crimen iniuria* in oënskou geneem, meer bepaald met die soeklig op die "element" van *ernstigheids* of beduidendheid wat deur sommige skrywers en howe aan dié misdrywe toegedig word. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die definisie van die misdryf laster nie so 'n element insluit nie en dat daar soms op 'n gronde betoog word dat nie-ernstige laster nie die misdryf se wederregtelikeheidselement bevredig nie. Wat *crimen iniuria* betref, word daarop gewys dat die howe feitlik eenvormig die houding huldig dat die misdryf nie gepleeg word indien die handeling nie ernstige gevolge meebring nie. Daar word op gewys dat 'n lang lys gewysdes tot dié effek gebaseer is op die uitspraak in *R v Umfaan* 1908 TS 62 en daar word aan die hand gedoen dat dié uitspraak sowel *obiter* as verkeerd is. Die benadering van die Natalse hof in *S v Bugwande* 1987 1 SA 787 (N) word onderskryf.

## 1 INTRODUCTION

It has been widely accepted by academic writers and by our courts that a charge of *crimen iniuria* must fail if the conduct complained of was insufficiently serious to merit a conviction. It has been widely suggested, and wildly speculated, that a charge of criminal defamation can similarly be sustained only if the defamation was of a sufficiently serious degree.

While there is not much difference of opinion regarding the contention that gravity is an element of *crimen iniuria*, neither our academic writers nor our courts have reached consensus on the issue of gravity in criminal defamation. It is not intended hereby to resolve the debates surrounding the issue: what follows is an exposition of the law as it appears to be at present, and a discussion of arguments for and against the introduction (or retention) of gravity as an element of *crimen iniuria* and criminal defamation.

In treating the topic under discussion, it is necessary at the outset to consider the ambit of the maxim *de minimis non curat lex*, and to examine the question whether it has any bearing on the arguments in favour of the denial of prosecutions (or convictions) where the crimes in question lack gravity. Thereafter,



the current law of *crimen iniuria* and criminal defamation will be examined with reference to the various arguments regarding gravity.

## 2 DE MINIMIS NON CURAT LEX

The maxim *de minimis non curat lex* is a rule of law meaning that the law does not concern itself with trifles.<sup>1</sup> Underlying the rule is the consideration that, although criminal law is concerned with the interests of the community as a whole, it cannot be said that the community demands the punishment of a person who has committed but a trifling transgression.<sup>2</sup> In spite of the rule, in a number of cases involving the possession or sale of drugs<sup>3</sup> convictions were upheld even though the quantity of drugs involved was minimal – the reasoning being that the relevant prohibition and the criminal act involve public welfare. It may nevertheless be postulated that the rule has found a place in our criminal law.<sup>4</sup> In *R v Dane*<sup>5</sup> the court held the rule to be applicable to “charges of *extreme triviality*,”<sup>6</sup> the example given being the theft of a pin. In *S v Kgotong*<sup>7</sup> the appellate division related the rule to theft of “an article of *trivial or no value*.”<sup>8</sup> It was held that such cases should not be prosecuted; and if prosecuted, an acquittal should follow, for “the offence must be *regarded as not having been committed*.”<sup>9</sup>

The rule apparently has its origin in English law,<sup>10</sup> and it is difficult to discern parallel or prior development in Roman-Dutch law.<sup>11</sup> It is submitted, however, that the rule is applicable across the spectrum of common-law<sup>12</sup> and statutory<sup>13</sup> categories of crime in South Africa. Some crimes, such as murder, will fall outside the ambit of the rule; but the general category of crimes against the person will not. It is accordingly submitted that crimes against dignity, honour and reputation are subject to the rule. Where, on a charge of *crimen iniuria*, the conduct complained of is so trivial that only a hyper-sensitive person would feel offended thereby and society cannot be said to demand punishment therefor, no prosecution will lie; and if prosecuted, the accused will be acquitted on the basis that the rule implies that the offence must be regarded as not having been committed.<sup>14</sup> The same consideration applies to charges of criminal defamation.

It seems that conduct which violates non-physical personality interests (such as the violation of dignity and reputation) must be judged on exactly the same footing as conduct which violates a physical personality interest (such as assault).

1 Burchell and Hunt *SA Criminal Law and Procedure* I (1983) 381.

2 *ibid*; cf Strauss 1970 *SALJ* 483; Labuschagne 1973 *Acta Juridica* 304.

3 See e.g. *S v Shangase* 1972 2 SA 410 (N).

4 See e.g. *R v Dane* 1957 2 SA 472 (N); *S v Kgotong* 1980 3 SA 600 (A).

5 *supra* 473.

6 my emphasis.

7 *supra* 604; see also Snyman 1980 *SACC* 313.

8 My emphasis.

9 My emphasis. Kok 1981 *THRHR* 66 speculates on the interesting question whether a distinction should be drawn between cases of *de minimis* and attempt. See also Strauss 1970 *SALJ* 483 on the nature of the defence of *de minimis*; cf Snyman 1980 *SACC* 314.

10 Burchell and Hunt 381; *R v Morris* (1840) 173 ER 864.

11 See Labuschagne 1973 *Acta Juridica* 291-295.

12 Labuschagne 1973 *Acta Juridica* 295.

13 *S v Van Wyk* 1974 1 SA 36 (A).

14 *S v Kgotong* 604; cf Van Oosten 1978 *SALJ* 513.

Burchell and Hunt<sup>15</sup> mention a friendly handshake and a slap on the back as assaults which are so trivial that they will be disregarded by the law; but the authors point out that a mere touching or other slight contact may constitute assault.<sup>16</sup> Furthermore, the mere threat of an assault may amount to assault itself,<sup>17</sup> and the mere pointing of a fire-arm constitutes a serious assault.<sup>18</sup>

If the analogy between *iniuriae* in respect of physical and non-physical personality interests is taken to its logical conclusion, it transpires that the rule *de minimis non curat lex* does not necessarily exclude convictions of all trivial assaults; and, it is submitted, it does not necessarily exclude convictions of all trivial violations of *dignitas* or *fama*. What must be clear, therefore, is that it cannot be said that the oft-stated "requirement" of gravity in charges of *crimen iniuria* and criminal defamation derives from this rule.<sup>19</sup>

### 3 GRAVITY AS AN ELEMENT OF CRIMEN INIURIA

#### 3 1 The textbook definitions

Burchell and Hunt,<sup>20</sup> Snyman<sup>21</sup> and Hunt<sup>22</sup> all consider gravity in some degree or other to be an element of *crimen iniuria*. While Burchell and Hunt<sup>23</sup> point out that

"non-serious harm goes unpunished in these instances not because of the *de minimis* rule but because serious harm is an element of [*crimen iniuria*],"

Hunt<sup>24</sup> defines *crimen iniuria* as the unlawful, intentional and serious impairment of the *dignitas* of another. Snyman<sup>25</sup> defines *crimen iniuria* as

"the unlawful and intentional violation of the dignity or privacy of another, in circumstances where such violation is *not of a trifling nature*."

Snyman's definition creates the appearance of not requiring positively *serious* harm, but only *non-trifling* harm.<sup>26</sup> In the light of numerous convictions for patently *non-serious* conduct,<sup>27</sup> many of them confined to lower courts, Snyman's definition seems, at face value, to be an accurate reflection of our law. On the other hand, conduct which is trifling will in any event go unpunished by virtue of the rule *de minimis non curat lex*. It becomes apparent, then, that Snyman's *non-trifling* conduct means something more than conduct which merely crosses

15 Burchell and Hunt 383.

16 See e.g. *R v Herbert* (1900) 10 CTR 424 425.

17 Hunt *SA Criminal Law and Procedure II* (1982) 479 *et seq.*

18 *R v Du Plessis* 1956 1 PH H115 (R).

19 This view is also taken by Burchell and Hunt 381 n 540. Snyman *Criminal Law* (1984) 409 candidly describes the requirement that the violation of *dignitas* should be serious, as "vague."

20 381.

21 409.

22 528 *et seq.*

23 381.

24 525; contrast Verschoor *Misdaad, Straf en Verweer* (1986) 66.

25 404 (my emphasis).

26 Gardiner and Lansdown *SA Criminal Law and Procedure II* (1957) and De Wet and Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreë* (1960) 281 opted for a definition which does not include an element of seriousness. The latter authors' committed stance against a requirement of gravity for *crimen iniuria* and criminal defamation has not resurfaced in the work's 1985 edition.

27 such as the cases dealing with mere impertinence – see e.g. *R v Marimuthoo* 1956 3 SA 231 (N) 233; *R v Xabanisa* 1946 EDL 167; *S v Ngwenya* 1962 1 SA 367 (N).

the *de minimis* hurdle. That this was the author's intention becomes clear from his treatment of the element concerned.<sup>28</sup> It is thus safe to say that both Snyman and Hunt see *seriousness* as an element of *crimen iniuria*.<sup>29</sup>

Both Hunt<sup>30</sup> and Snyman<sup>31</sup> rely on a line of cases beginning with a passage from *R v Umfaan*<sup>32</sup> in stating the requirement of seriousness. It is therefore necessary to examine the *Umfaan dictum* in order to comment on the authors' stance.

### 3 2 R v Umfaan and after

In *R v Umfaan* the accused's case went before the court on review.<sup>33</sup> He had been convicted on a charge of uttering threatening words which were calculated to cause a breach of the peace.<sup>34</sup> The threat to kill Y was made in private, and it was accordingly held that a conviction could not be sustained as public conduct was required for the offence charged.<sup>35</sup> It follows that the remarks made by Innes CJ regarding the nature of *iniuriae* capable of founding convictions of *crimen iniuria* were *obiter*. Another "ground" upon which the conviction was set aside was that, even if it were to be assumed that the charge related to *crimen iniuria*, a threat to kill does not constitute an *iniuria* in respect of either *corpus* or *dignitas*.<sup>36</sup> It is submitted that the court's discussion of this second "ground" of acquittal was itself *obiter*, as there were no grounds for believing that the prosecution's case was intended to relate to *crimen iniuria*.<sup>37</sup> It is further submitted that the court's assessment of a threat to kill as not constituting an *iniuria* is clearly wrong, for it must be accepted that such a threat may in itself amount to an assault,<sup>38</sup> and could constitute a violation of *dignitas* of the most serious kind.<sup>39</sup> Against the background of this erroneous judgment one now turns to consider the particular *obiter dictum* relied upon by Hunt and Snyman.

What Innes CJ said in *Umfaan's* case,<sup>40</sup> and on which reliance is placed for the contention that seriousness is an element of *crimen iniuria*, was the following:

"And it seems clear . . . that once an *injuria* was established not only did a civil action for injury lie, but criminal proceedings were also competent. The Court, for instance, has held that a criminal action will lie for slander . . . Voet is quite clear on the point, and so also is Matthaeus. But I do not wish to be understood as saying that in all cases of *injuria* the courts nowadays would sanction criminal proceedings. Some of the jurists remark that it was unusual, even in their day, to prosecute criminally for the lighter species of *injuria*; and I have no doubt there are many cases in which this Court would say that criminal proceedings have by our practice become obsolete. But that the right existed under Roman-Dutch law is clear."

28 404 n 2 409; cf Snyman *Strafreg* (1986) where the word "ernstig" is actually employed.

29 Snyman 404 n 2.

30 528 n 87.

31 409 n 56.

32 1908 TS 62 67.

33 *ibid* 63.

34 *ibid* 64.

35 *ibid* 65.

36 *ibid* 68.

37 Cf *R v Umfaan* 65 *in fine*.

38 Hunt 482; *R v Sibanyone* 1940 1 PH H67 (T); see also De Wet and Swanepoel (1960) 233.

39 De Wet and Swanepoel (1960) 283-284; Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 114; cf the facts in *S v De Lange* 1983 4 SA 621 (Z).

40 67.

It appears from Innes CJ's judgment that he was speculating on the question whether certain *iniuriae* were excluded from the criminal courts on account of a rule of practice whereby prosecutions were rarely brought, or because lighter *crimen iniuria* had become obsolete. It is submitted that this is an unsatisfactory way of dealing with the problem. "Lighter species of *iniuria*" have not become obsolete as crimes. If they are no longer of substance as forming the basis of criminal prosecutions, it must be because they fail to amount to criminal conduct because they do not meet the essential requirements of the crime; or because prosecuting authorities prefer not to prosecute.

It is necessary, in view of the remarks of Innes CJ in *Umfaan's* case, to examine briefly the Roman and Roman-Dutch law in point, and thereafter the South African case law.

### 3 2 1 Roman law

It appears from Justinian's Institutes<sup>41</sup> that in all cases of *iniuriae*, whether serious or not, civil or criminal action could be taken in the alternative.<sup>42</sup>

### 3 2 2 Roman-Dutch law

In Roman-Dutch law there was difference of opinion on whether it was desirable that both serious and non-serious *iniuriae* were criminally punishable. Van der Linden<sup>43</sup> states that aggravating circumstances had to be present:

"De misdaden tegen de eer van onze mede-menschen, anders injuriën genaamd, hebben doorgaans alleenlijk een civiele actie, tot amende honorabel en profitabel, ten gevolge . . . Zeldzaam is eene bloote injurie het voorwerp van lijfstraffelijk onderzoek, ten waare bijkomende verzwarende omstandigheden daar toe aanleiding geven . . ."

He is supported by a bevy of commentators: Van Leeuwen,<sup>44</sup> Van der Keessel<sup>45</sup> and Huber.<sup>46</sup>

A contrary view is propagated by Matthaeus<sup>47</sup> and Voet.<sup>48</sup> They, in turn, are supported in their statements that both serious and non-serious *iniuriae* could give rise to criminal prosecutions, by Vinnius,<sup>49</sup> Groenewegen<sup>50</sup> and Carpzovius.<sup>51</sup> Hunt unfairly claims the support of Carpzovius for the "seriousness" lobby, whereas Carpzovius in fact had this to say:<sup>52</sup>

"Hieruyt blykt, dat elk hooner voor de lasterlyke woorden tot twee onderscheyden zaaken gehouden wordt. 1. Tot herroeping des hoons. 2. Tot eene hem naar's Rechters willekeure opteleggen straffe."

It is submitted that it is inconclusive to appeal to the Roman-Dutch authors for an answer to the question whether *crimen iniuria* based on non-serious

41 *Inst* 4 4 10: "In summa sciendum est de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter."

42 Hunt 520; Burchell *The Law of Defamation in South Africa* (1985) 325.

43 *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* (1806) 2 5 16.

44 *Het Roomsche Hollandsche Recht* (1780) 4 37 1.

45 *Praelectiones ad Jus Criminale* (1809) 47 10 14.

46 *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* (1742) 6 10 2.

47 *De Criminibus* (1672) 47 4 2 7.

48 *Commentarius ad Pandectas* (1698) 47 10 15.

49 *Commentarius ad Institutiones* (1642) 4 4 10.

50 *Tractatus de Legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (1649) 4 4 10.

51 *Verhandeling der Lijf- Straffelijke Misdaden en Haare Berechtinge* (1772) 86 7.

52 *ibid.*



conduct is part of our common law. The correct interpretation of these authors seems to be that non-serious *iniuriae* were regarded as crimes, but were, as a matter of policy, infrequently prosecuted.<sup>53</sup>

### 3 2 3 *South African law*

The question arises: do the policy considerations of Dutch society, whereby non-serious *iniuriae* were crimes but were simply not often prosecuted, amount to authority for Innes CJ's statement in *R v Umfaan*<sup>54</sup> that such cases "have by our practice become obsolete"? Surely not. The further question then arises: what "practice" did the judge have in mind as the foundation for his remarks regarding the obsolescence of non-serious *crimen iniuria*?

The judgment in *R v Umfaan* must be seen in historical perspective. During the nineteenth century not a single case of *crimen iniuria* was reported in South Africa.<sup>55</sup> As Hunt<sup>56</sup> points out, neither Tredgold<sup>57</sup> nor Nathan<sup>58</sup> made any mention of *crimen iniuria* when writing shortly before *Umfaan's* case. The reason for this is that *crimen iniuria* was unknown to English law, which was transplanted onto the law of South Africa during the nineteenth century. It is therefore an overstatement to say that any form of *crimen iniuria* had become obsolete by 1908, for the crime seems to have remained in abeyance under the negative influence of English law, only to be revived with a vengeance early in the twentieth century. An obsolete crime is not thus revived. It is furthermore both wrong and unfounded to say that non-serious *crimen iniuria* had become obsolete by 1908 by a rule of our practice. It is submitted that no practice whatsoever had developed in South Africa over the 100 years or so preceding the *Umfaan* judgment. If this stagnation was seen as grounds for declaring non-serious *crimen iniuria* obsolete, it should similarly constitute grounds for holding that *serious crimen iniuria* had become obsolete. As has been observed, our courts have chosen rather arbitrarily to regard the one as obsolete and the other not.

Interestingly, barely a month after the delivery of the *Umfaan* judgment,<sup>59</sup> a full bench of the same court made certain *obiter* remarks that were irreconcilable with Innes CJ's expressed anticipation of the demise of non-serious *crimen iniuria*. In *R v Jack*<sup>60</sup> Smith J, in a judgment in which Innes CJ and Solomon J concurred, intimated that *iniuria* was a general term for a class of offence known in our law, and that *all iniuriae* were punishable:

"[I]t seems to me that the unlawful infliction of bodily harm does fall within the definition of *injuria* – a general term for a class of offences known to the law. *Injuria* may, I think, be defined as every intentional and unlawful act that impairs the person, dignity or reputation of another. . ."

Significantly, the court's definition of the class of offences called *iniuria* makes no mention of an element of seriousness. It is submitted that no reason exists

53 Cf Burchell 326.

54 67.

55 *R v Halloran* 1810 was a defamation case and not, as Hunt 523 contends, a prosecution for *crimen iniuria*.

56 523.

57 *Colonial Criminal Law* (1904).

58 *Common Law of SA* (1907).

59 1908-02-20.

60 1908 TS 131 132. Judgment was delivered on 1908-03-23.



why this *obiter* remark by a full court should be subservient to the *obiter* remarks of a single judge in *Umfaan's* case.

In *R v Robinson*<sup>61</sup> Searle J observed that

“it is not all *injuriae* giving rise to the *actio injuriarum* that in practice were also treated as offences, though of course, as Groenewegen (Code 9: 13: 2) points out, the *actio injuriarum* is both civil and criminal, and he adds that in his day it was the Fisc that took steps in the criminal action.”

In *R v Kobi*<sup>62</sup> Gregorowski J remarked that in practice the law's machinery would not be invoked except in serious cases of criminal *iniuria*. This view coincides with the views of those Roman-Dutch authors who saw the reluctance to prosecute non-serious cases as a reflection of the prosecution's exercise of its discretion. The judge continued:

“Some authorities suggest that trivial acts of *injuria* are not criminal offences. It is not necessary to decide this point as the acts charged in this case are of a serious character.”

It does seem that the judge was prepared to accept quite readily the fact that prosecutions were as a matter of policy reserved for serious cases, but was reluctant similarly to accept that non-serious *iniuria* was not criminal.

In *R v Howard*<sup>63</sup> Dove-Wilson JP merely reiterated the passage from *Umfaan's* case in his *obiter* observations, without examining its validity.

In *R v Van Meer*<sup>64</sup> De Villiers JP cited the passage from *R v Umfaan* with approval but without critical analysis. Nevertheless, the judge went on to say that instances such as a man insulting a man could be left for resolution in a civil court. It is clear that the judge accepted the notion that non-serious *iniuria* was not criminal, even though he made no attempt to trace its validity by looking at the old authorities or the cases.

Relying heavily on *R v Umfaan* and Gardiner and Lansdown, De Villiers JP reiterated his stance in *R v Terblanche*.<sup>65</sup> He went on to interpret<sup>66</sup> Innes CJ's remarks in *Umfaan's* case as meaning that certain *types of conduct* have become obsolete as criminal conduct. This represents a shift from his previously stated view that Innes CJ was making reference to the degree of seriousness of the conduct complained of.

In *R v Muller*<sup>67</sup> Botha JP<sup>68</sup> and Van den Heever J<sup>69</sup> took a strong view of prosecutions of trivial *injuriae*. It seems as though Botha JP saw the conduct complained of in that case as causing “very slight, if any” harm, and that the judge may have had the *de minimis* rule in mind when he remarked that the accused should have been acquitted. However, Van den Heever J pointed out that minor insults were punishable in Holland in the eighteenth century by virtue of statutory measures, and observed that “if such words constituted the *crimen*

61 1911 CPD 319 325.

62 1912 TPD 1106 1109.

63 (1917) 38 NLR 192 196 – 197. The case of *R v Ismail Nera* (1922) 43 NLR 153, quoted by Hunt 528 n 87 as supporting the view that seriousness is an element of *crimen iniuria*, does not, in fact, go beyond a statement by Dove-Wilson JP that “I think it is unnecessary to consider whether . . . the actions of the appellant would amount to *crimen iniuria*.”

64 1923 OPD 77 80.

65 1933 OPD 65 69.

66 *ibid* 71.

67 1938 OPD 141.

68 *ibid* 142.

69 *ibid* 143.

*iniuria*, it would have been unnecessary to pass any special legislation . . ." While superficially attractive, the judge's observation fails to take account of the fact that duplication of common-law crimes in statutes is not an uncommon phenomenon.<sup>70</sup>

In *R v S*<sup>71</sup> Hofmeyr AJ reviewed a number of cases<sup>72</sup> dealing with impudent conduct, deciding that *crimen iniuria* had been established *in casu*.<sup>73</sup> He did not, however, make a pronouncement on whether or not non-serious *iniuria* may be a crime. The Natal court in *R v Marimuthoo*<sup>74</sup> did much the same, but acquitted the accused.

Van Winsen J in *R v Olakawu*<sup>75</sup> appears to have accepted the prior statements of our courts to the effect that conduct may amount to an *iniuria* without necessarily being indictable as *crimen iniuria*. What is clear, however, is that the judge was puzzled<sup>76</sup> by the distinction made between civil and criminal *iniuria*:

"The ground for making this distinction is not altogether clear. If the position is that because of the changed values and sentiments of modern society conduct which in bygone days would have been regarded as impairing the dignity of a person, is no longer so regarded, then one would have thought such conduct ought not to be regarded as giving rise to an *injuria* at all, much less an indictable one. The distinction may however mean no more than that if the injury to the complainant's dignity is of a trifling nature, and is not of such a reprehensible character as in the interests of society to merit punishment, then the court would not entertain a criminal indictment in regard thereto."

In *S v Jana*<sup>77</sup> Human J held that calling a policeman a "pig" did not constitute *crimen iniuria*, as the accused's conduct did not detrimentally affect the interests of the state or the community. It is submitted that this reasoning goes beyond the scope of *crimen iniuria*, which is a crime of which publication is not an element; the interests raised are more apposite to a discussion of criminal defamation, and it appears that the judge merely adopted the wording of the judgment in *R v Fuleza*,<sup>78</sup> which concerned criminal defamation. The judge also sought to place *crimen iniuria* and criminal defamation on the same footing,<sup>79</sup> thereby facilitating the argument that what was said in *Fuleza's* case with regard to gravity, could be equally applied to *crimen iniuria*. It must be noted, however, that the court in *R v Fuleza* made no unequivocal pronouncement that *iniuriae* (and specifically defamation) had to be serious in order to be criminal.

The Rhodesian courts have been consistent in their approach to *crimen iniuria*, holding that gravity is an element of the crime.<sup>80</sup>

70 In *R v Japel* 1906 TS 111 Innes CJ e.g. pointed out that oral defamation was punishable under Roman-Dutch law and South African law, and that the Volksraad Besluit of 1871 merely kept the existing law alive. The judge's argument is diametrically opposed to the approach he himself adopted in *R v Fuleza* 1951 1 SA 519 (A). See also Burchell 324-325.

71 1955 3 SA 313 (SWA) 314-315.

72 To wit, *R v Ismail Nera supra*; *R v Van Meer supra*, *R v Ferreira* 1943 NP 19; *R v Terblanche supra*.

73 316.

74 *supra*.

75 1958 2 SA 357 (C).

76 359; see also *S v A* 1971 2 SA 293 (T).

77 1981 1 SA 671 (T) 676.

78 *supra* 532-533.

79 675F: "There is no logical distinction between words which injure a person's *fama* and words which injure his *dignitas*."

80 See e.g. *R v Phillimon* 1953 2 SA 812 (R); *R v Walton* 1958 3 SA 693 (R); *R v Dibden* 1967 1 PH H137 (RAD).

However, in Natal the position has changed with the pronouncement of the judgment in *S v Bugwandeen*,<sup>81</sup> where it was stated:

"The test requiring the *injuria* to be 'serious', in so far as it can be called a test at all, is so nebulous as to lead to arbitrariness in its application. While *injuriae* of a trivial nature should not engage the attention of the courts (they can be excluded on the principle *de minimis non curat lex*), any real and substantial impairment of a person's *dignitas* should merit punishment, irrespective of whether it is of such a nature that it should be punished in the interests of the State – unless under 'interest of the State' is understood in this regard, that interest which the State generally has in safeguarding the right of the individual to the tranquil enjoyment of his rights of personality, self-respect, privacy and mental tranquillity.

In deciding whether the *injuria* in the circumstances of a particular case merits a conviction of *crimen injuria*, the Court has to some extent to pass a value judgment in regard to the reprehensibility of the offending conduct, viewed in the light of the principles of morality and conduct generally accepted as the norm in society. Wassenaar *Practyck Judicieel* 19.7 expresses it thus:

'Eindelyk also alles injurien worden verstaan van 't geene dat tot iemands schade en verwyrt word geseit end gedaan, daar die geschieden, Matt.d.tit.4 num. 1,2 *late*, ende dat sommige saeken en woorden op d'een plaitse end land voor meer en min injurieuus worden gehouden, als op d'ander soo moeten veele saeken in desen gelaten worden tot arbitrage van den Rechter die ten reguard van de saeken en personen plaatsen ende tyden, sal statuieren of de lastering iemand angeseit of aangedaan voor injurieuus moet worden aangenomen . . .'

### 3 3 Criticism of *R v Umfaan*

It is submitted that the weight of authority is in favour of the view that only serious *crimen iniuria* is punishable. A number of criticisms may be raised in this regard:

- a The view that criminal *iniuria* denotes a narrower crime than the Roman-Dutch *iniuria*<sup>82</sup> has been adopted in our law under the influence of the *obiter* remarks of a single judge in *R v Umfaan* who, moreover, based his remarks on trends in "our practice," whereas no such practice existed for a century.
- b The requirement of gravity has similarly been adopted in our law on the shaky authority of *R v Umfaan*.
- c By requiring *iniuria* to be more serious for purposes of criminal prosecutions than for civil actions, sight is lost of the fact that *injuriae* are recognised according to the prevailing mores in a community at a particular time.<sup>83</sup>

If a community does not regard conduct as injurious, no *iniuria* is recognised, and no civil or criminal action will lie. But once it is conceded that society recognises certain conduct as an *iniuria*, it means that *society regards it as sufficiently serious to merit recognition and redress*. What form such redress ought to take, depends largely on a weighing up of the interests of the individual against the demands of society, and whether a need exists for criminalising injurious conduct.

- d By placing the emphasis on gravity, the interests of the state and the welfare of the community are easily over-emphasised<sup>84</sup> and sight may be lost of the

81 1987 1 SA 787 (N) 796A–B.

82 Snyman 409.

83 Hunt 529; Snyman 410; De Wet and Swanepoel (1960) 287. Burchell 329 says much the same by emphasising the objective aspect of the test of *iniuria*.

84 Cf *R v Walton* 695; *S v Momberg* 1970 2 SA 68 (C) 71; *S v Jana* 676.

highly personal nature of the injury suffered as a result of what is, after all, an infringement of a personality right.<sup>85</sup>

e It is not always clear what the true objection to non-serious *crimen iniuria* is. It is axiomatic that extremely trivial assault, defamation and insult, being infringements of personality rights, must all be excluded from the courts on the basis *de minimis non curat lex*. In *S v Bugwandeen*<sup>86</sup> Thirion J remarked that

“*crimen iniuria* would, on an acceptance of Hunt’s view, be about the only crime in which it would be required, for it to be a crime at all, that in addition to all the elements of the crime being present one element, namely the *iniuria*, has to be present to a particular degree . . . Assault is also a species of *iniuria* but it is not required that it be serious for it to be a crime.”

Once conduct crosses the hurdle of the *de minimis* rule by being more substantial than mere “trivial conduct,” can there be any logical reason why assault may be prosecuted, defamation may or may not be, and insult may definitely not be charged?

### 3 4 The Hunt catalogue

a Arguments against the recognition of non-serious *crimen iniuria* have lacked cogency and consistency. The non-existent practice on which the remarks in *R v Umfaan* were based, have already been referred to. Hunt<sup>87</sup> argues that

“if every *iniuria* were treated as criminal, the criminal courts would be cluttered up with trivialities.”

The same argument was raised by Marais J in *S v S*.<sup>88</sup> What this argument ignores, however, are the process and standard whereby it must be determined whether or not an *iniuria* is serious. Notwithstanding the pronouncement of our courts that non-serious *iniuriae* are not criminal, people are going to continue to level such insults at each other; aggrieved persons are going to continue laying complaints; complaints are going to continue being referred to prosecuting authorities; and the latter are going to continue referring such cases to the courts. The simple reason why the courts will not be significantly relieved of their duty to decide such cases, is that it is an almost impossible task for prosecutors to decide when exactly conduct which is not covered by the *de minimis* rule reaches a point where it may be said to be non-trifling.

From the cases discussed above, it is obvious that even our supreme courts have experienced difficulty in achieving consistency in this regard. The reason for this is that seriousness

“depends to a large extent upon the modes of thought and conduct prevalent in a particular community at a particular time and in a particular place”<sup>89</sup>

85 Cf De Wet and Swanepoel 287; see also n 86.

86 *supra* 793A–B; cf Van den Heever JA in *R v Fuleza* 529. The paucity of prosecutions for *crimen iniuria* (by contrast, the frequency of prosecutions for assault) may be explained by the description of the former as a private wrong and the latter as a public wrong compelling criminal action (cf *R v Fuleza* 529; Hunt 563).

87 528.

88 *supra* 322–323.

89 Snyman 410; *R v Terblanche* 69; *R v Muller* 143; *R v Olakawu* 359; *R v Walton* 695; *S v A* 299.



– considerations which are by no means static or certain. Thus Snyman<sup>90</sup> says that it is difficult to propound hard and fast rules for distinguishing the trivial *iniuriae* from the serious ones. Indeed, in *Bugwandeem's* case<sup>91</sup> Thirion J complained that

“the difficulty which the test laid down by Hunt presents is that it provides no yardstick by which to determine the degree of seriousness which would suffice to qualify an *iniuria* as *crimen iniuria* . . . The test requiring the *iniuria* to be ‘serious’, in so far as it can be called a test at all, is so nebulous as to lead to arbitrariness in its application.”

Van Oosten<sup>92</sup> really sums up the whole problem:

“Seriousness as a requirement for *crimen iniuria* gives rise to the same uncertainties, confusions, anomalies and inconsistencies in respect of criminal liability as seriousness does as a requirement for criminal defamation.”

b Hunt contends that the rule does not mean that trivial *iniuriae* are simply not prosecuted, but that no crime is committed at all where the *iniuria* is non-serious. The author argues that to hold otherwise (i) would be to leave too much discretion in the hands of the prosecuting authorities<sup>93</sup> and (ii) would lead to “undesirable successful private prosecutions.” With respect, the first argument begs the question. Even if it is universally accepted that non-serious *iniuriae* are not criminal, the first step in the sifting process separating the trifling from the serious is carried out by the prosecuting authorities. They have to decide whether an *iniuria* has been committed at all; whether it passes the *de minimis* barrier; whether, beyond that, it is of sufficient substance to warrant a prosecution. The discretion of the prosecuting authorities thus remains unaffected by the rule, as does their difficulty in deciding extra-curially what is and what is not serious.

The author's second argument also lacks force. If a reason for holding non-serious *iniuriae* to be non-criminal (and not merely mitigating) is that private prosecutions would otherwise succeed to the extent that convictions and mitigated sentences, instead of acquittals, will follow, it is difficult to understand why decisions not to prosecute will prevent the courts from being cluttered by those private prosecutions. A flood of private prosecutions is only slightly less undesirable than a flood of *successful* private prosecutions. Moreover, to link the first and second arguments, it is likely that the prosecuting authorities will prosecute those cases where the gravity element is uncertain or difficult to determine, for fear of the very risk of promoting successful private prosecutions.<sup>94</sup>

### 3 5 Conclusion

If it is accepted that the *de minimis* rule provides an inadequate screening process whereby trivial *iniuriae* can be excluded from the criminal courts, then Snyman's statement<sup>95</sup> that

90 410; *R v Van Meer* 81: “It is very difficult, of course, to lay down a general definition of what acts, what exact form of conduct, or what amount of repetition of objectionable conduct would constitute *crimen iniuria*; and I do not think it advisable for the Court to attempt to lay down such a definition. The criminal or innocent character of the acts would depend upon very many circumstances.”

91 *supra* 793A 796A.

92 1978 *SALJ* 512.

93 *R v Chikerema* 1954 1 721 (F) 723.

94 The state, of course, runs the risk of being ordered to pay the costs of a successful private prosecution (Act 51 of 1977 s 15(2)). It will therefore not lightly decline to prosecute in doubtful cases.

95 409. It must be conceded that it seems undesirable for mildly anti-social conduct to be punished in the criminal courts. It appears that such are the sentiments of our courts, and that reasons for excluding such prosecutions have had to be found to support the courts' stance.

“although the requirement that the violation of the *dignitas* should be serious may be vague, it is nevertheless necessary,”

would deserve approval. In this regard it may be said that the most attractive of the arguments in favour of seriousness being a requirement of *crimen iniuria* is that freedom of speech must be treasured and that members of modern society must be prepared to absorb a certain amount of annoyance, offence or abuse.<sup>96</sup> (This argument seems to explain why society may recognise that certain conduct could both subjectively and objectively constitute an *iniuria* without provoking a demand for criminal prosecution.) However, it is submitted that, unless one is dealing here with the *de minimis* rule, in such cases a crime will have been committed and that a prosecution will be denied on policy grounds in the discretion of the prosecuting authority.<sup>97</sup> It appears, however, that (outside Natal) our law currently dictates that *iniuriae* which are so extremely trivial as to be hit by the *de minimis* rule as well as those that measure up to some vague gravity criterion would fail to constitute a crime at all.

### 3 6 Judging gravity

As was noted above, the gravity of an *iniuria* falls to be judged by the standards of the *boni mores*, and may therefore fluctuate from time to time and from place to place.<sup>98</sup> Much will depend on the relationship between the parties;<sup>99</sup> the age,<sup>100</sup> sex<sup>101</sup> and race<sup>102</sup> of wrongdoer and victim; the social standing<sup>103</sup> of the parties; and whether the conduct complained of contained an element of sexual impropriety.<sup>104</sup> Further indications are the degree of persistence<sup>105</sup> and of publicity<sup>106</sup> of the offensive conduct;<sup>107</sup> its effect on the victim, both subjectively and objectively judged;<sup>108</sup> and the public interest.<sup>109</sup> Neither Hunt nor Snyman insists

96 *R v Walton* 695.

97 A similar approach seems to have been adopted by the American Law Institute in its *Model Penal Code* (1961) 44: “Usually we reserve the criminal law for harmful behaviour which exceptionally disturbs the community’s sense of security. This may be because the harm done is very grave, as in rape or murder, so that even the remote possibility of being similarly victimized terrifies us. Or our alarm may, as in the case of petty theft . . . , derive from the higher likelihood that such lesser harms will be inflicted upon us by those who manifest disregard of other people’s ownership. It seems evident that personal calumny falls into neither of these classes . . . , that it is therefore inappropriate for penal control, and that this probably accounts for the paucity of prosecutions . . . in this country.” See also *S v Bugwande* 796C; Steyn 1958 *SALJ* 380; *S v S* 1964 3 SA 319 (T) 332–333.

98 *Cf R v Muller* 143; *S v A* 299; see also De Villiers *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* (1899) 83–84; Hunt 528–529; Snyman 410.

99 *R v Gosain and Damain* 1928 TPD 516; *R v Martin* 1928 CPD 5; *R v Ismail* 1933 1 PH H88; *R v M* 1947 4 SA 489 (N) 492; *R v S* 1955 3 SA 313 (SWA) 315; *R v Walton* 695; *R v Olakawu* 360.

100 *R v Kobi* 1108; *R v M* 1915 CPD 334 340; *R v Van Meer* 81; *R v Olakawu* 359. For a case where the age of the complainant assisted the accused, see *R v S* 316.

101 *R v Van Meer* 80; *R v Walton* 695–696; *cf R v Curtis* 1926 CPD 385; *R v X and Y* 1938 EDL 30.

102 But *cf* Hunt 532 and cases there cited. It is submitted that race is an obnoxious consideration, the validity of which must be questionable today.

103 *R v Kaye* 1928 TPD 463 465; *R v Mavundhla* 1932 TPD 194 195; *R v Olakawu* 359.

104 *R v Terblanche supra*; Hunt 531.

105 *R v Van Meer supra*; *cf R v Ferreira* 21; *R v Marimuthoo* 232–233.

106 *R v Holliday* 402; *R v Mavundhla* 196; *R v Sackstein* 1939 TPD 40 43.

107 Hunt 533.

108 *ibid.*

109 *R v Van Meer* 82; *R v Walton* 695; *S v Momberg* 71; *S v Jana* 676; SA Law Commission *Eleventh Annual Report* (1983) 15 (but contrast the Afrikaans text 16).

that the element of seriousness should be dependent on the conduct complained of having a tendency or being calculated to provoke a breach of the peace. It is submitted that the authors are correct in doing so. The "breach of the peace" element has been variously discredited in the context of criminal defamation,<sup>110</sup> and it is submitted that it does not have a place in *crimen iniuria* either.<sup>111</sup>

Where the accused's conduct threatens the public peace, however, the probable (but not inevitable<sup>112</sup>) effect would be to render such conduct serious and to require criminal sanction in the public interest.

## 4 GRAVITY AS AN ELEMENT OF CRIMINAL DEFAMATION

### 4 1 Introduction

It has been observed that, despite a number of criticisms which may be levelled at our courts' reasoning, it is now generally accepted that conduct must be serious in order to become the subject of a charge of *crimen iniuria*. It has been widely contended<sup>113</sup> that the same obtains in the law of criminal defamation. However, our courts have not come out in unequivocal support of this contention. Once again, as with *crimen iniuria*, the question is whether non-serious conduct which passes the *de minimis* barrier constitutes the crime of defamation at all, or whether it is simply undesirable to prosecute such conduct.<sup>114</sup> It is useful to traverse the Roman-Dutch authorities on this topic, and thereafter to discuss our case law in order to assess what current South African law is on the point.

#### 4 1 1 Roman law

Justinian's *Institutes*<sup>115</sup> held all defamatory conduct punishable, irrespective of its possible lack of seriousness. Roman law allowed for the commission of criminal defamation by conduct which was inherently potentially serious, such as *convicium*, as well as for conduct which did not amount to grave conduct at all.

#### 4 1 2 Roman-Dutch law

It was submitted above that the Roman-Dutch authorities are inconclusive as to whether or not seriousness is an element of *crimen iniuria*. As regards criminal defamation, there are no stronger grounds for holding that seriousness is an element of criminal defamation, or that prosecutions ought not to be instituted

110 See e.g. the English Law Commission *Criminal Libel* (1982) 41; Law Reform Commission of Canada *Defamatory Libel* (1984) 17; *R v Wicks* (1936) 1 All ER 384 (CA); *R v Chikerema* 723; *Gleaves v Deakin* (1980) AC 477 (HL); Hunt 564; Burchell 327.

111 See Law Reform Commission of Canada *op cit* 17 with regard to a statutory crime bearing the same elements as *crimen iniuria*.

112 Burchell 331; *R v Chikerema* 722-723.

113 By *ia* Hunt 563; Strauss, Strydom and Van der Walt *Die SA Persreg* (1976) 215 n 7; Snyman 412; Nathan *The Law of Defamation in SA* (1933) 186; Wijegoonewardane *The Law of Defamation* (1956) 48; Blackwell and Bamford *Newspaper Law of SA* (1963) 30; and Stuart *The Newspaperman's Guide to the Law* (1982) 53. All seem to support the contention that only serious defamation ought to be prosecuted, but do not regard seriousness as an element of the crime. Burchell 331 and Van Oosten 1978 *SALJ* 512 express themselves against the notion that seriousness is an element of the crime.

114 See n 113.

115 4 4 10; *D* 47 10 37 1.

in its absence. While Voet,<sup>116</sup> Matthaeus,<sup>117</sup> Groenewegen,<sup>118</sup> Carpzovius<sup>119</sup> and Vinnius<sup>120</sup> are adamant that all defamatory conduct could be criminally prosecuted, Van der Linden<sup>121</sup> and Huber<sup>122</sup> state that prosecutions were undesirable unless the conduct complained of was serious. Van Leeuwen<sup>123</sup> writes that

“the State has no special right to prosecute (defamation) criminally, unless it be an extraordinary case of defamation, affecting the common weal in its results . . .”

while Van der Keessel<sup>124</sup> asks:

“How shall we allow a criminal action for *iniuria* where the civil action ought scarcely to be granted on account of the extreme slightness of the insult . . . ? I consider, therefore, that the matter must be one of some importance before a criminal prosecution may be allowed.”

#### 4 1 3 *South African law*

In only a few South African cases have the courts applied their minds to the question whether seriousness is an element of criminal defamation. In *Le Sueur v Geary*<sup>125</sup> the court, by omission, implied that non-serious libels are not crimes. However, the case was decided on a different ground. In *Horstock v Boniface*<sup>126</sup> the attorney-general contended (but it was not decided) that libel on private individuals did not give rise to criminal prosecution. In *R v Houghton and Wright*<sup>127</sup> Buchanan J held:

“That there has been a disinclination to act upon the provisions of the law may be true, but this is not sufficient to abrogate or repeal it. After a consideration of all the authorities, and in the absence of any statutory change, it is my opinion, that though the law has not of late years been put in operation, libel upon a private individual is still a crime known to and punishable under the law of this Colony.”

The judge did not express an opinion on whether non-serious libel on private individuals were criminal; however, to the extent that libels on private individuals were seen as libels distinct from serious libel cases, namely where the state or its officials were injured, it is submitted that *Houghton and Wright* allowed for the prosecution of non-serious cases.<sup>128</sup>

In *R v Japel*<sup>129</sup> Innes CJ strongly implied that “ordinary” or non-serious defamation could be a crime, but in *R v Harrison and Dryburgh*<sup>130</sup> he intimated that prosecutions in such cases should not, as a matter of practice, be instituted.

116 47 10 15.

117 47 4 2 7.

118 4 4 10.

119 86 7. It is submitted that Carpzovius commits himself, and is not neutral, as Snyman 412 claims.

120 4 4 10.

121 2 5 16.

122 6 10 2.

123 4 37 1.

124 47 10 14. It is submitted that Burchell 326 lacks justification in disclaiming the validity of Hunt’s “third category,” viz those writers requiring seriousness.

125 (1877) 7 B 115 119.

126 (1830) 1 M 467.

127 (1881) 2 EDC 35 40.

128 See also Hunt 561; Van Oosten 1978 *SALJ* 506.

129 *supra* 111.

130 1922 AD 320 327; Hunt 561–562. Contrast the interpretation of this judgment by Van Oosten 1978 *SALJ* 506.



In *S v Miller*<sup>131</sup> and *R v McIver*<sup>132</sup> it was implied that seriousness is not a requirement of criminal defamation, but Gardiner JP's insistence in *R v Ginsberg*<sup>133</sup> that a criminal libel must have a tendency to cause a breach of the peace implies a contrary view.

Rhodesian courts have consistently held that seriousness is a requirement of criminal defamation.<sup>134</sup>

#### 4 2 R v Fuleza and after

In *R v Fuleza*<sup>135</sup> the appellate division considered (but did not decide, nor resolve) the matter. In the course of his judgment Van den Heever JA expressed the firm view that

"the limitation of prosecution at the public instance (in Roman-Dutch law) was not notional but a matter of policy."<sup>136</sup>

The judge went on to comment<sup>137</sup> that

"it would be a peculiar system of law which allowed the State to intervene and demand sanctions when one subject lightly smacked another's face in anger, yet failed completely to intervene when one subject completely undermined the very existence of another by means of a malicious whispering campaign."

It would appear from these *dicta* that the judge did not consider seriousness to be an element of criminal defamation. In the same case both Hoexter JA<sup>138</sup> and Fagan JA<sup>139</sup> left open the question. However, Fagan JA gave a strong indication of his view:<sup>140</sup>

"I wish to leave the question open whether this limitation is merely a matter of policy depending on the decision of the public prosecutor in each individual case in which a complaint is lodged with him, or whether the practice has in the course of time hardened into a legal rule which should also be applied by a court trying the criminal charge. . . . It . . . seems to me that a great deal may be said for empowering a judicial officer to *acquit or dismiss the charge (not merely to impose a light penalty)* in prosecutions for defamation that are not serious, leaving complainants to their civil remedy if they desire to use it."

In *S v Beyers*<sup>141</sup> Steyn CJ in a case concerning civil contempt of court, remarked *obiter* with reference to the attorney-general's power to prosecute:

"Na my mening besit hy wel die bevoegdheid om ook vir siviele minagting te vervolg. Dit kan veronderstel word dat hy, net *soos by kriminele laster*, dit nie geredelik sal doen nie, maar waar die omstandighede dit in die openbare belang nodig maak, sou dit ook sy plig wees om op te tree."

The judgment of the Transvaal court in *R v McDonald*<sup>142</sup> reveals a refreshing readiness to follow its own mind, notwithstanding the forceful remarks of

131 (1899) 6 OR 76; but see the criticism by Hunt 562.

132 1929 TPD 547; see also *R v Reichman* 1934 SWA 113 115-117.

133 1934 CPD 166 175.

134 *R v Chipu* 1953 3 SA 602 (R) 604; *R v Walton* 694; *R v Joseph* 1960 1 SA 819 (R) 820; *S v Dziva* 1971 4 SA 185 (R) 188; *S v I* 1976 1 SA 781 (RAD) 784; see also *R v Masoja and Mtelo* 1930 SR 167 171; *R v Chikerema* 722-723; *S v Marangarire* 1977 4 SA 237 (R) 239.

135 *supra*.

136 *ibid* 526.

137 *ibid* 529.

138 *ibid*.

139 *ibid* 533.

140 *ibid* 532 (my emphasis).

141 1968 3 SA 70 (A) 81 (my emphasis).

142 1953 1 SA 107 (T).

Fagan JA in *R v Fuleza*. The clear finding in *McDonald's* case<sup>143</sup> was that the defamation was not serious, or calculated to provoke a breach of the peace, or likely to affect the common weal. Dowling J who delivered the court's judgment, was equally clear, however, in his observation<sup>144</sup> that prosecuting authorities should, as a matter of policy, be slow to prosecute for defamation "unless it can for good reason be regarded as a proper (case) for prosecution by the Crown." The judge continued by issuing a warning<sup>145</sup> which has been gratefully adopted by writers and courts who share the view that seriousness is or should be a requirement of criminal defamation:

"There is always the obvious danger of the Crown being used as a stalking horse to enable the complainant by successfully obtaining a conviction thereafter to hold the pistol of the conviction to the head of the defamer for the purpose of extracting payment of civil damages for defamation without being subjected to the risk of costs of an unsuccessful civil suit."

In *S v Gibson*<sup>146</sup> Milne J found it unnecessary to consider the

"interesting question as to whether the crime of defamation is restricted to 'serious' cases or cases of an aggravated nature."

In *S v Revill*<sup>147</sup> Munnik J in convicting the accused made no reference to the question of gravity; however, it is submitted that *Revill's* case, where the accused had defamed a judge in extravagant terms, was clearly a serious one.

It is submitted that, otherwise than in the case of *crimen iniuria*, where the clear weight of authority favours seriousness as an element of the crime, no such trend is discernible in the field of criminal defamation. It may be said, however, that our courts seem to favour the view that prosecutions should, as a matter of policy, be instituted only if the gravity of the conduct demands it. As Milne J expressed it in *Gibson's* case:<sup>148</sup>

"Whatever may be the position in a civil case, I think it is only where the interests of the injured party clearly require it that a criminal prosecution should be considered."

### 4 3 The Hunt catalogue

Hunt<sup>149</sup> summarises the arguments usually put forward in favour of seriousness being an element of criminal defamation in the ongoing debate which has surrounded the crime.

a He argues<sup>150</sup> that the civil law in most cases offers sufficient remedy whereby aggrieved people might "avenge their injured reputations." It is therefore undesirable, he says, that the door should be left open for successful private prosecution of non-serious defamation.

143 *ibid* 110.

144 *ibid* 111.

145 *ibid*.

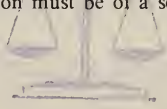
146 1979 4 SA 115 (D) 150. As this line of cases has revealed, our courts have not decided that gravity is an element of the crime. Contrast SA Law Commission *Eleventh Annual Report* (1983) 15-16: "Today the courts and writers have generally accepted that for criminal liability the defamation must be of a serious nature before a prosecution can be instituted (my emphasis).

147 1970 3 SA 611 (C).

148 *supra* 150 (my emphasis).

149 563.

150 *ibid*.



- b It is also argued,<sup>151</sup> relying on *R v Chikerema*,<sup>152</sup> that, assuming “that *someone* has to decide the difficult question of what is serious, surely it is better to leave this decision to judicial rather than administrative discretion?”
- c Next, the “stalking horse” argument<sup>153</sup> is advanced,<sup>154</sup> whereafter the learned author points out that *crimen iniuria* is restricted to serious impairments of dignity and that, on similar grounds, a like restriction is called for in the scope of criminal defamation.
- d Hunt<sup>155</sup> also deals with the argument that other trivial crimes are readily prosecuted,<sup>156</sup> and points out that such civil remedies as do exist, for instance, in cases of theft, do not contain the penal element<sup>157</sup> of the civil action for defamation.

These arguments are open to criticism:

- i As was pointed out above,<sup>158</sup> the mere restriction by the courts or by legislation of criminal defamation to serious cases will not obviate the process whereby the prosecuting authorities have to decide whether or not to prosecute. Should it be wrongly decided at that level that a defamation was serious, and a prosecution be brought, an acquittal would follow (if seriousness were to be an element of the crime) or a conviction and light sentence would follow (if it were not an element). If the prosecuting authority wrongly decided that a defamation was slight, and declined to prosecute, a private prosecution could succeed to the same extent that it could succeed if seriousness were not a requirement and the state declined to prosecute. It thus appears that the mere formal requirement of a vague concept of “seriousness” will not necessarily rule out successful private prosecutions. It must be reiterated that, in any event, both successful *and* unsuccessful private prosecutions are undesirable.
- ii Hunt’s argument<sup>159</sup> that, if *someone* had to decide what was serious and what was not, it is preferable that the *courts* should so decide, is not clear. If the courts lay down that seriousness is an element of criminal defamation, cases arising in future will be brought to court only if the *prosecuting authorities* (and not the courts) considered them to be serious. It may be argued that Hunt contends that all cases should be prosecuted, but that only serious ones would lead to conviction. That would, however, be an untenable argument, for it would mean the prosecution of cases where, to the knowledge of the prosecuting authority, the element of unlawfulness was lacking.<sup>160</sup> It is difficult to understand

151 *ibid.*

152 *supra* 723.

153 See *R v McDonald* 111.

154 Hunt 563.

155 563–564.

156 See e.g. *R v Fuleza* 526–527; De Wet and Swanepoel (1960) 279.

157 See e.g. *Salzmann v Holmes* 1914 AD 471 483; *Buthelezi v Poorter* 1975 4 SA 604 (W); Kuper 1966 *SALJ* 477. Hunt seems to consider that *most* (but not *all*) defamations may be adequately redressed in civil actions. This implies that he regards the civil law as inadequate for serious defamation (see Hunt 563; Burchell 328).

158 Para 3.

159 563.

160 Moreover, the argument levelled against the prosecution of non-serious *crimen iniuria*, viz that the courts would be cluttered up with trivial cases, would then apply to criminal defamation too (see also Burchell 328).

just how the decision on gravity may be left to the courts without a similar decision first having been made at prosecution level.

iii It is submitted that the argument that the state should not be used as a stalking-horse to enable a complainant armed with a conviction in the criminal court to extort civil damages from the wrongdoer, is only superficially attractive. It loses sight of the fact that defamation may, historically, be redressed both civilly *and* criminally, and not only in the alternative. The argument also overlooks the fact that the same conduct may constitute both a crime and a delict and thus underlie different fields of liability which are not mutually exclusive.<sup>161</sup> If the conduct complained of harms only the victim, a civil action is indicated. If it harms both the victim and the community, there is cogent ground for allowing a criminal prosecution. The distinction between civil and criminal liability is paramount in this regard: delictual liability denotes patrimonial or sentimental loss suffered by the victim, who resorts to civil action to salve his injury; criminal liability denotes the threat of harm to the community, coupled with actual harm to the victim,<sup>162</sup> as was made admirably clear by Milne J in *Gibson's* case.<sup>163</sup> The "stalking-horse" argument also ignores the fact that the victim might resort to using the state as a stalking-horse, thereby concealing his true motive, in any case where a delict is also a crime. Thus the victim may use the state as a "stalking-horse" even where only serious defamation is punishable.<sup>164</sup> It is common practice, moreover, for a potential plaintiff in an action to be based on the Aquilian remedy<sup>165</sup> to resort openly to using the state as a "stalking-horse," for instance in running down cases.<sup>166</sup>

iv Hunt's argument<sup>167</sup> that what applies to *crimen iniuria* should equally apply to criminal defamation is similarly not convincing. First, that would entail applying the concept of seriousness, which has been described by Snyman<sup>168</sup> as "vague" and by Hunt<sup>169</sup> himself as "a difficult question," to defamation. Would clarity then prevail? Van Oosten<sup>170</sup> states that

"seriousness as a requirement for *crimen iniuria* gives rise to the same uncertainties, confusions, anomalies and inconsistencies in respect of criminal liability"

as it does as a requirement for criminal defamation. Secondly, the objective nature of the enquiry in defamation cases will ensure that non-serious defamation which passes the *de minimis* test<sup>171</sup> is sufficiently substantial to merit criminal sanction.<sup>172</sup>

161 Van Oosten 1978 *SALJ* 512.

162 *ibid.*

163 *supra* 150.

164 Burchell 328.

165 and frequently in cases based on the *actio iniuriarum* resulting from physical assaults.

166 The simple truth is that a record is "prepared" in the criminal trial for later use in the civil trial, in the event of the wrongdoer's not compensating the victim out of court in consequence of his conviction. Running down cases often have the plaintiff claiming both under the *actio legis Aquiliae* and the *actio iniuriarum*.

167 563.

168 409.

169 563; *cf* Burchell 331.

170 Van Oosten 1978 *SALJ* 512. Burchell 331 also describes seriousness as "confusing."

171 See also Burchell 329.

172 *ibid.*



v Hunt's view<sup>173</sup> of the analogy between petty theft and trivial defamation is that it is "a strained analogy." He reasons that theft is a more widespread and significant form of anti-social conduct than defamation. He also observes that civil actions for theft are rare and lack any penal element.<sup>174</sup> Van Oosten<sup>175</sup> rejects this view inasmuch as it purports to justify seriousness as an element of criminal defamation, and doubts whether theft is truly a more significant form of anti-social conduct than defamation. In this regard it is useful to recall that Van den Heever JA in *R v Fuleza*<sup>176</sup> remarked that a defamation could "undermine the very existence" of the victim; and in *S v Van Vuuren*<sup>177</sup> Van der Riet J considered that an injury to a non-physical personality interest "may be even more serious than (assault) and less easily remedied."

Burchell<sup>178</sup> points out that no crime "except perhaps *crimen iniuria*"<sup>179</sup> has seriousness as an element of liability, and questions whether a distinction should be made between non-serious theft and non-serious defamation,<sup>180</sup> and between serious and non-serious defamation.

The fact that the civil law of defamation has a strong penal element is an inroad made by the civil law into criminal law, for the purpose of the law of delict is not to punish, but to compensate.<sup>181</sup> It is therefore not valid to argue that the *crime* of defamation, rather than the civil penalty, should be restricted.

vi A further criticism of Hunt's contention that the civil action with its penal element should satisfy victims of defamation, is that it presupposes that the potential victim of defamatory conduct is of sufficient means to undertake the risk of a civil action.<sup>182</sup> If seriousness were to be regarded as an element of criminal defamation, the impecunious victim of a non-serious defamation would be non-suited. (It cannot be denied, however, that the civil remedy for defamation is a strong one which would satisfy most victims of defamatory conduct: it is aimed at salving the victim's injury, and allows for punitive or exemplary damages in appropriate cases.)

vii It is not clear whether seriousness forms part of the *actus reus* or *mens rea* of the crime.<sup>183</sup> Hunt<sup>184</sup> relates seriousness to unlawfulness, but in doing so he has regard to the wrongdoer's motive,<sup>185</sup> which tends to cloud the issue.<sup>186</sup>

#### 4 4 Conclusion

As with *crimen iniuria*, it is submitted that, on the arguments discussed above, the *de minimis* rule should be seen as an adequate measure whereby defamations that warrant prosecution are separated from those that do not. However, it is

173 563.

174 *ibid* 563-564.

175 Van Oosten 1978 *SALJ* 512.

176 *supra* 529.

177 1961 3 SA 305(E) 308.

178 329.

179 Burchell (*ibid*), in two separate passages, seems to harbour a doubt as to the correctness of holding that seriousness is an element of *crimen iniuria*. Hunt 81-82 considers seriousness to be an element of public violence.

180 *Cf* De Wet and Swanepoel (1960) 279; *R v Fuleza* 526-527 529.

181 Van Oosten 1978 *SALJ* 512.

182 *ibid* 511; Burchell 333; see also the remarks of Milne J in *S v Gibson* 150F.

183 Burchell 330.

184 557.

185 *ibid* 564.

186 See Van Oosten 1978 *SALJ* 508.

submitted that there are two remaining arguments to be raised in favour of seriousness, not as an element of criminal defamation, but as a factor to weigh heavily with prosecuting authorities in their decisions on whether or not to prosecute:

a Slight defamations, as are committed daily in the give and take of modern society (and even in the idle gossip of a more even-paced society) may be compensated by civil damages; but it is perhaps feasible to suggest that members of modern society should take such injuries in their stride.

b To prosecute for defamation constitutes a serious curtailment of freedom of speech. Furthermore, it is submitted that the freedom of expression which is the right of every member of society, and the duty of the press, should not be constantly threatened by the risk of criminal sanction. As Milne J put it in *Gibson's case*:<sup>187</sup>

"It would be highly unfortunate, and indeed contrary to the public interest, if the Press were to be discouraged from reporting on matters such as those that are dealt with in the main part of the article in question in this case, by prosecutions of this nature, unless the interests of the individual have been seriously infringed."

#### 4 5 Judging gravity

Just as the gravity of *crimen iniuria* is determined largely by objective factors such as, notably, the *boni mores*, the fact and the gravity of a defamation are largely determined by the views of "ordinary, right-thinking members of society."<sup>188</sup> The identity and position of the victim are relevant to the enquiry regarding gravity: imputations upon the integrity<sup>189</sup> and impartiality<sup>190</sup> of public officials are likely to be serious. It may be argued, as Hunt<sup>191</sup> does, that the same applies to public figures. It should be borne in mind, however, that such figures are expected to absorb a certain amount of robust criticism and even caricature by virtue of their notoriety. It should also be noted that defamation of a private individual may be serious and worthy of criminal sanction.<sup>192</sup>

Further factors relevant to the issue of gravity are the manner and extent of the publication;<sup>193</sup> the question whether the wrongdoer was actuated by express malice;<sup>194</sup> and the nature of the defamatory matter and its likely impact on the community.<sup>195</sup> The *boni mores* and lack of apology<sup>196</sup> may also provide pointers to the seriousness of the conduct.

187 *supra* 150; see also Burchell 334.

188 See e.g. *Demmers v Wyllie* 1978 4 SA 619 (D).

189 *R v Chikerema supra*.

190 *S v Revill supra*.

191 564.

192 *S v F* 1967 3 SA 407 (SWA).

193 Hunt 564.

194 Kuper 1966 *SALJ* 485.

195 Hunt 564.

196 *ibid*; Kuper 1966 *SALJ* 486.

# AANTEKENINGE

## DIE BEGRIP “OKKUPEER” VIR DOELEINDES VAN MUNISIPALE STEMREG VAN REGSPERSONE IN DIE KAAPPROVINSIE

In die Kaapprovinsie en die Oranje Vrystaat en in 'n beperkte mate in Natal kan 'n regs persoon munisipale stemreg uitoefen in die hoedanigheid van geregistreerde eienaar van onroerende goed binne 'n munisipale gebied (sien Meyer *Local Government Law* bd 2 deel 2 par 26(c) en (d)). Slegs in die Kaapprovinsie het 'n regs persoon ook stemreg as *okkupeerder* van onroerende goed.

Artikel 11(1)(b) van die Munisipale Ordonnansie 20 van 1974 (Kaapprovinsie) bepaal soos volg:

“Elke . . . fiktiewe persoon wat op die eerste dag van Januarie van enige jaar die eienaar of okkupeerder is van onroerende goed binne 'n munisipale gebied is . . . geregtig om as kieser ingeskryf te word op die kieserslys vir sodanige munisipale gebied of, as sodanige munisipale gebied in wyke verdeel is vir elke wyk waarin hy aldus onroerende goed besit of okkupeer.”

Die begrip “okkupeerder” word in die woordbepalingsartikel van die ordonnansie omskryf as

“die persoon wat beheer het oor onroerende goed en daarop woon of wat beheer daaroor het en dit andersins gebruik.”

Die begrip “fiktiewe persoon” sluit volgens die woordbepalingsartikel 1(xx) in: 'n bestorwe boedel, maatskappy, vennootskap, enige vereniging van persone met regs persoonlikheid en 'n boedel wat afgestaan is tot voordeel van skuldeisers.

Die begrip “okkupeer” is al in talle sake deur die howe geïnterpreteer vir doeleindes van verskillende wette, en die presiese betekenis van “okkupeer” vir doeleindes van 'n bepaalde wet word grootliks bepaal deur die doelstellings van die betrokke wet en die verband waarin die begrip gebruik word (sien *Madrassa Anjuman Islamia of Kholwad v Municipal Council of Johannesburg* 1922 1 AC 500 505:

“The word “occupy” is a word of uncertain meaning . . . Its precise meaning in any particular statute or document must depend on the purpose for which and the context in which, it is used;”

en sien ook *R v Moosa* 1955 3 SA 442 (A) 445D; *Lenz Township Co (Pty) Ltd v Lorentz* 1960 4 SA 341 (W) 345A; *R v Sibanda* 1964 1 SA 311 (R) 317H; *Fen Sam Jackson v Conradie* 1955 4 SA 266 (OK) 266-267; *R v Ghoor* 1960 3 SA 42 (K) 44B-C).

Dit is duidelik dat 'n “fiktiewe persoon” soos in die ordonnansie omskryf slegs kan aanspraak maak om die “okkupeerder” van onroerende goed te wees op grond van “beheer” plus die “andersins gebruik” van die betrokke onroerende goed. Die ander vorm van okkupeer waarvoor Ordonnansie 20 van 1974 voorsiening maak, naamlik “beheer” plus “woon,” is klaarblyklik nie op regs persone van toepassing nie, maar net op natuurlike persone. Die wesenlike vereistes vir

die betrokke aansoek is dus die “beheer” en “andersins gebruik” van “onroerende goed.”

“Onroerende goed” word wel in artikel 2 van Ordonnansie 20 van 1974 omskryf, maar slegs vir doeleindes van hoofstuk IX en nie vir doeleindes van die stemregbepalings in hoofstuk III van die ordonnansie nie. Die gemeenregtelike betekenis van onroerende goed is dus toepaslik vir doeleindes van die begrippe “beheer” en “gebruik” in die onderhawige verband.

Die woorde “andersins gebruik” moet klaarblyklik in samehang met eersgenoemde vorm van okkupasie, naamlik “beheer” plus “woon,” gelees word. Dit beteken dat ’n persoon as okkupeerder kan kwalifiseer deur beheer te hê oor onroerende goed en deur dit te gebruik op ’n ander wyse as deur bewoning. Die andersoortige gebruik word geensins verder gekwalifiseer nie, en die afleiding is dus geregverdig dat enige vorm van gebruik wat gepaard gaan met beheer oor onroerende goed voldoende is. ’n Sekere omvang of intensiteit van gebruik word geensins vereis nie. In hierdie verband is soos volg kommentaar gelewer in *Latsky v Carnarvon Munisipale Hersieningshof* 1979 3 SA 503 (K) 505D-E:

“[G]ebruik is ’n rekbare begrip. Indien ek ’n kantoor huur, maar nooit daar kom nie, kan dit gesê word dat ek dit nie gebruik nie. Hoe dikwels ek daar moet kom om te kwalifiseer, kan dalk probleme oplewer.”

In *R v Ghoor* 1960 3 SA 42 (K) 45C kom die volgende stelling voor:

“In statutes conferring a franchise or imposing liability for rates upon the ‘occupier’ the element of control is generally regarded as sufficient, and the extent of actual use or physical presence is immaterial.”

Mits daar dus inderdaad ’n vorm van gebruik is, word aan die vereistes van die ordonnansie voldoen. Blote gebruik van onroerende goed as geregistreerde maatskappyadres (bv vir ontvangs van pos en verrigting van sekere sekretariële dienste) sou dus voldoende gebruik wees. Die enigste ander vereiste is dat die betrokke maatskappy terselfdertyd ook “beheer” oor die betrokke onroerende goed moet hê.

Die kernvraag is dus of die betrokke regs persoon “beheer” oor bepaalde onroerende goed het. Ook ter sake in hierdie verband is of elkeen van ’n hele reeks maatskappye oor dieselfde onroerende goed “beheer” kan uitoefen. Ordonnansie 20 van 1974 omskryf nie die begrip “beheer” nie en die begrip soos gebruik in die ordonnansie of sy voorganger, Ordonnansie 19 van 1951, is nog nie pertinent in regspraak geïnterpreteer nie. Vir ontleding van hierdie begrip is dit dus nodig om te kyk na die agtergrond en doelstelling van die betrokke bepaling, en na regspraak oor die analoë gebruik van die begrippe “okkupeer” en “beheer” in ander wetgewing.

In vroeëre munisipale ordonnansies in die Kaapprovinsie, 10 van 1912 en 22 van 1925, is die begrip “okkupeer” nie omskryf nie. By interpretasie van die begrip “okkupeer” in regspraak is egter beklemtoon dat “beheer” (“control”) ’n noodsaaklike element van okkupasie is. In *Steytler v Philipstown Divisional Council* 1921 KPA 96 is beslis:

“A man cannot be said to be an occupier of or in occupation of immovable property unless at least he resides or has a right to reside on the property and in addition exercises or has the right to exercise control over it.”

Soortgelyke uitsprake kom in ander sake voor (vgl *Gedge v Pretoria Suburbs Health Committee* 1910 TS 111 113; *Stellenbosch Student’s Case* 1915 KPA 599



608; *R v Ghoor* 1960 3 SA 42 (K) 44F). In laasgenoemde saak is ten opsigte van okkupasie vir doeleindes van munisipale stemreg gesê:

"The real question in such cases being who is using or drawing some benefit from the premises . . ."

Die aard van die beheer ("control") word nie duidelik in die regspraak omskryf nie, maar dit blyk wel uit sekere beslissings wat in hierdie verband deur die houe vereis word. In die saak *Botes* 22 SC 289 is vir doeleindes van munisipale stemreg beslis dat 'n seun wat saam met sy pa 'n plaashuis bewoon, nie 'n okkupeerder is nie:

"The term 'occupation' should in the opinion of the Judges receive a liberal interpretation, but it would be an unreasonable construction to hold that merely living in the house of another person on a farm, without exercising a control or supervision of some kind, or making some personal use of a portion of the farm, constitutes occupation."

In 'n soortgelyke geval waar die seun oor weiregte vir 300 skape beskik het en ook as voorman op die plaas opgetree het, is bevind dat die nodige "degree of control and personal interest" wel aanwesig was (stemreghersieningsaak *Hanover* 22 SC 292).

In 'n paar sake wat oor die munisipale stemreg van studente in koshuise en ander losiesplekke op Stellenbosch gehandel het, was die aard van die beheer wat die betrokke studente oor hul kamers kon uitoefen bepalend vir die vraag of hulle as okkupeerders beskou kon word. In die saak *Alheit* 13 CTR 373 375 is byvoorbeeld bevind dat 'n student wat gedurende vakansietye regmatig toegang tot sy kamer geweier kon word, nie kwalifiseer nie. In die *Stellenbosch Student's Case supra* 608 word dit uitdruklik gestel dat "exercise of control [is] an essential element in occupation" en dat die betrokke studente nie kwalifiseer nie:

"[T]he claimants in the present case are only lodgers. They do not control the buildings which they claim to occupy. They are in statu pupillari . . . residing in a boarding house, controlled by the educational establishment which they attend" (611).

In ooreenstemming hiermee is in *In re Stellenbosch University Students* 1924 CPD 186 194 beslis dat sekere privaatstudente wel as okkupeerders kon kwalifiseer op grond van die beheer wat hulle oor 'n gedeelte van 'n woonhuis kon uitoefen, maar dat studente van 'n universiteitskoshuis nie kwalifiseer nie:

"[T]he occupants (of John Murray Huis) are to some extent under discipline, as indeed one would expect students living in a well regulated university hostel to be; and I think this discipline affects that full and free control of their rooms, which is necessary for 'occupation'."

Uit 'n daaropvolgende uitspraak blyk dat koshuisstudente op Stellenbosch later gewysigde huurkontrakte met die universiteitsowerhede aangegaan het. Daarin is die reg vir die studente voorbehou om ook vakansies in kamers aan te bly en geen uitdruklike dissiplinêre beheer deur die universiteit is daarin vervat nie. In *In re Stellenbosch University Students* 1926 CPD 176 is beslis dat sodanige studente volle "rights of tenancy" geniet en "in the position of ordinary occupiers" verkeer en dus kwalifiseer vir stemreg ingevolge die indertyd geldende ordonnansie. (Sedertdien is die inwoners van koshuise, hotelle of losieshuise se munisipale stemreg hulle ontnem; sien a 2(1iv)(c) van Ordonnansie 20 van 1974.)

Uit die regspraak voor 1951 blyk dus dat 'n persoon as okkupeerder kon kwalifiseer slegs indien hy die feitlik uitsluitlike seggenskap oor die geheel of 'n bepaalde gedeelte van 'n perseel gehad het. Die wesenlike kenmerk van sodanige

seggenskap of beheer kan opgesom word as onbeperkte reg van toegang tot en onafhanklikheid van optrede op die perseel.

Teen hierdie agtergrond het die wetgewer in Munisipale Ordonnansie 19 van 1951 vir die eerste keer uitdruklik bepaal dat beheer-plus-bewoning of beheer-plus-andersoortige-gebruik vereis word om as “okkupeerder” te kwalifiseer (a 15 van Ordonnansie 19 van 1951). Daar moet aanvaar word dat die wetgewer kennis gedra het van die bogemelde voor-1951-regspraak. Gevolglik moet “beheer” in artikel 15 van Ordonnansie 19 van 1951 en in die gelykluidende artikel 2 (1iv) van die huidige Ordonnansie 20 van 1974 geïnterpreteer word ooreenkomstig die vroeëre regspraak soos hierbo opgesom.

Die begrip “beheer” soos in artikels 15 van Ordonnansie 19 van 1951 en 2 van Ordonnansie 20 van 1974 gebruik, is nog nie uitdruklik in regspraak geïnterpreteer nie. Regspraak oor analoë gebruik van die begrippe “okkupeer” en “beheer” in ander wetgewing bevestig egter dat “beheer” ’n uitsluitlike of dominerende seggenskap en onafhanklikheid van optrede veronderstel.

In *S v Marks* 1965 3 SA 834 (W) 841E–H word ’n oorsig gegee van die gewone betekenis van “beheer” (“control”), synde die ekwivalent van Afrikaanse begrippe soos “bestuur,” “toesig,” “administrasie,” “kontrole,” “bevoegdheid om in besit te hou of te beskik oor,” en Engelse begrippe soos “power or authority over,” “to dominate,” “command.” In *Assistent Ongevallekommissaris v Ndevu* 1980 2 SA 976 (O) 981G word “beheer” geïnterpreteer as synde “onder die gesag en daadwerklike kontrole.” In *Cape United Sick Fund Society v Forrest* 1956 4 SA 519 (A) word gesê dat beheer (“control”) ’n wye betekenis het wat “domination” en “command” insluit. In *Oates & Gore Investments (Pty) Ltd v Sandton Town Council* 1981 1 SA 581 (W) 590G word “okkupeer” en “beheer” soos volg toegelig:

“Bearing in mind the two elements of habitual physical presence or presence for substantial periods of time, coupled with some form or other of control, it follows that each tenant occupies the flat of which he is the lessee. It is the absence of the element of control which gives the reason why dependants of a tenant or others who live in a flat with him cannot be said to occupy the flat . . .”

Uit die voorafgaande oorsig van regspraak blyk duidelik dat “beheer” soos in ander wetgewing gebruik, die betekenis het van uitsluitlike of dominerende seggenskap, gesag, beskikkingsreg of bestuursbevoegdheid. ’n Maatskappy wat ’n gebou bloot as geregistreerde adres gebruik (bv vir ontvangs van pos en verrigting van sekere sekretariële dienste), sou hiervolgens dus geensins “beheer” oor sodanige gebou hê nie.

Ook in ander artikels van Ordonnansie 20 van 1974 self is geen aanduiding dat onder “beheer” iets minder as ’n uitsluitlike of dominerende seggenskap, gesag, beskikkingsreg of bestuursbevoegdheid oor onroerende goed verstaan moet word nie. Die uitsluitingsklousule 2(1iv)(c) waarin aangedui word wanneer ’n persoon geag word nie ’n okkupeerder van onroerende goed te wees nie, handel juis met gevalle waar onvoldoende seggenskap, gesag of beskikkingsreg oor die betrokke onroerende goed aanwesig is omdat bewoning of okkupasie slegs betrekking op ’n deel van die betrokke onroerende goed het. (Uitgesluit is bv bewoning of okkupasie van ’n vertrek of vertrekke in ’n losieshuis, koshuis, hotel; of die okkupasie van onroerende goed deur ’n familielid.) Sodoende maak die bepaling die uitwerking van die beslissing in *In re Stellenbosch University Students supra* ongedaan. Die uitsluitings dui dus ook daarop dat die wetgewer

'n taamlik omvattende vorm van beheer as vereiste vir okkupasie in gedagte gehad het.

Wat die moontlikheid van gesamentlik beheer betref, blyk nie uit Ordonnansie 20 van 1974 dat die wetgewer gesamentlike okkupasie op grond van gesamentlike beheer en gebruik van onroerende goed geheel en al uitgesluit het nie. Weliswaar word nie meer uitdruklik na die moontlikheid van gesamentlike okkupasie – soos in artikel 21(b)(iii) van Ordonnansie 19 van 1951 – verwys nie; maar meerdere persone kan denkbaar gesamentlik dominerende seggenskap, gesag of beskikkings-bevoegdheid oor dieselfde onroerende goed uitoefen. Dönges en Van Winsen *Municipal Law* (1953) 60 maak in hierdie verband die volgende stelling:

“If two or more associations, firms, etc, jointly owned or occupied premises, then such associations, firms, etc, would be joint owners or occupiers of the premises within the meaning of the Section [21(b)(iii) van Ordonnansie 19 van 1951].”

Dit wil egter voorkom of sodanige gesamentlike okkupasie wat nie op fisies afgesonderde gedeeltes van onroerende grond betrekking het nie, net by uitsondering sal plaasvind. In *S v Dhlamini* 1962 3 SA 821 (T) 822D-E word naamlik vir doeleindes van 'n ander wet soos volg kommentaar gelewer op die moontlikheid van gesamentlike okkupasie:

“[I]n many cases it has been held that the word ‘occupier’ refers to a person having control of premises and the conception of more than one person having the control of premises is a conception which would only occasionally, if ever, be accepted.”

Die rede waarom gesamentlike okkupasie (wat nie op fisies afgesonderde gedeeltes van onroerende goed betrekking het nie) uitsonderlik is, is klaarblyklik te vind in die omvattende aard van beheer wat okkupasie veronderstel. 'n Aantal persone sal selde in gelyke mate seggenskap, gesag, beskikkingsreg of bestuursbevoegdheid oor dieselfde onroerende goed kan uitoefen. In die geval van 'n groep maatskappye wat saam 'n kantoorgebou gebruik, sal die beheerende maatskappy gewoonlik die dominerende seggenskap, gesag, beskikkingsreg of bestuursbevoegdheid uitoefen en dus alleen as okkupeerder in die beheer-plus-gebruik-kategorie kwalifiseer. Sekerlik sal 'n maatskappy wat in werklikheid elders besigheid bedryf en 'n gebou slegs as geregistreerde adres gebruik, nie gesamentlike okkupeerder wees met 'n maatskappy wat inderdaad vanuit die gebou besigheid bedryf nie. Ewemin sou 'n maatskappy gesamentlike okkupeerder wees met 'n vennootskap van prokureurs of rekenmeesters wie se kantoor as geregistreerde adres vir die maatskappy dien.

As eenvoudige en praktiese riglyn kan aanvaar word dat waar daar nie sprake van fisies afgesonderde gedeeltes is nie, daar in die beheer-plus-gebruik-kategorie normaalweg slegs een okkupeerder ten opsigte van onroerende goed sal wees. Dit sal die natuurlike persoon of regspersoon wees wat die dominerende seggenskap, gesag, beskikkingsreg of bestuursbevoegdheid ten opsigte van die betrokke onroerende goed uitoefen.

In gevalle van beheer-en-gebruik van fisies afgesonderde gedeeltes van 'n geboukompleks (bv afgesonderde kantore of winkelpersele) kan daar klaarblyklik afsonderlike okkupeerders ten opsigte van die betrokke kamers of gedeeltes van 'n gebou wees, mits sodanige afsonderlike okkupasie nie deur bogemelde artikel 2(1v)(c) van Ordonnansie 20 van 1974 uitgesluit word nie.

Ten slotte dien daarop gelet te word dat die Wet op Stemreg vir Plaaslike Owerheidsliggame 117 van 1984 by inwerkingtreding sal meebring dat okkupasie as grondslag vir munisipale stemreg van regspersone verval. (Die behoud van



stemreg van reeds geregistreeerde kiesers ingevolge a 4 is nie op regs persone van toepassing nie.) Volgens artikel 2(2)(b) gelees met artikel 2(1)(b) van hierdie wet, sal slegs eiendomsreg van belasbare onroerende eiendom met 'n bepaalde kwalifiserende waarde 'n grondslag vir stemreg van regs persone wees. Die datum van inwerkingtrede van hierdie wet is nog nie bepaal nie.

MAX LOUBSER

*Universiteit van Stellenbosch*

## DIE MISKENNING VAN DIE AARD VAN DIE ALTERNATIEWE AANKLAG

Indien 'n beskuldigde in 'n summere verhoor skuldig pleit aan die ten laste gelegde misdryf, of aan 'n misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind kan word en die aanklaer daardie pleit aanvaar, kan daar ingevolge artikel 112(1)(a) of artikel 112(1)(b) van die Strafproseswet 51 van 1977 (hierna die wet genoem) opgetree word. Eersgenoemde artikel het betrekking op 'n pleit van skuldig aan 'n minder ernstige misdryf en is vir doeleindes van hierdie aantekening nie van belang nie. Die tersaaklike gedeelte van artikel 112(1)(b) lui soos volg:

“Waar 'n beskuldigde in 'n summere verhoor in enige hof skuldig pleit aan die ten laste gelegde misdryf, of aan 'n misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind kan word en die aanklaer daardie pleit aanvaar . . . moet die . . . voorsittende regter, streeklanddros of landdros . . . die beskuldigde met betrekking tot die beweerde feite van die saak ondervra ten einde vas te stel of hy die bewerings in die aanklag waarop hy skuldig gepleit het erken, en, indien hy oortuig is dat die beskuldigde skuldig is aan die misdryf waaraan hy skuldig gepleit het, kan hy die beskuldigde op sy pleit van skuldig skuldig bevind en 'n geoorloofde vonnis ople . . .”

As 'n beskuldigde skuldig pleit aan “die ten laste gelegde misdryf,” is 'n pleit-aanvaarding deur die aanklaer, soos bedoel in artikel 112(1), nie nodig nie. Sodanige pleit-aanvaarding is wel nodig voordat die ondervraging ten opsigte van “*n misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind kan word,*” moontlik is (vgl *S v Nyambe* 1978 1 SA 311 (NK)).

Die opvatting bestaan dat die gekursiveerde gedeelte hierbo nie alleen slaan op enige misdryf waaraan 'n beskuldigde in 'n geoorloofde uitspraak, soos bedoel in hoofstuk 26 van die wet, skuldig bevind kan word nie (verder 'n “mindere misdryf” genoem, alhoewel dit nie noodwendig 'n minder ernstige misdryf as die ten laste gelegde een hoef te wees nie – vgl bv a 262 van die wet), maar ook op enige misdryf wat 'n beskuldigde in 'n alternatiewe aanklag ingevolge artikel 83 van die wet ten laste gelê word (vgl Van der Merwe, Barton, Kemp *Plea Procedures in Summary Criminal Trials* (1983) 41 e v). Hierdie opvatting het ook reeds in die regspraak neerslag gevind (vgl bv *S v Langa* 1985 3 SA 833 (N)).

Die rede vir die neiging om 'n mindere misdryf en 'n misdryf opgeneem in 'n alternatiewe aanklag vir doeleindes van artikel 112(1) van die wet oor dieselfde kam te skeer, moet vermoedelik daaraan toegeskryf word dat, vir sover dit die voortbestaan van die hoofaanklag betref, die effek van die aanvaarding van 'n pleit van skuldig, hetsy aan 'n mindere misdryf, hetsy aan 'n misdryf opgeneem in 'n alternatiewe aanklag, dieselfde is. Die effek is naamlik dat as die pleit-aanvaarding aan die begin van die verrigtinge op pleitstadium geskied, die hoofaanklag daarmee heen is en die hof geen seggenskap daarvoor het nie (vgl *S v*



*Cordozo* 1975 1 SA 635 (T); *S v Mlangeni* 1976 1 SA 528 (T); *S v Mokoena* 1981 1 SA 148 (O)). Bied die beskuldigde egter 'n pleit van skuldig in die loop van die verhoor aan – nadat die staat met die beskuldigde in geding getree het – en aanvaar die aanklaer die pleit, verval die hoofaanklag slegs met die goedkeuring van die hof (vgl *R v Komo* 1947 2 SA 508 (N); *S v Cordozo supra*; *S v Mlangeni supra*; *S v Mokoena supra*). As die hof hom nie deur die pleitaanvaarding wil laat bind nie, moet hy sy beskouing oor die saak aan die partye bekend maak (vgl *S v Henning* 1964 1 SA 703 (O)). (Die beslissing in *S v Bokapane* 1964 1 SA 695 (O) – wat in *S v Zanajo* 1979 1 PH H63 (O) gevolg is – dat selfs waar 'n pleit van skuldig op 'n alternatiewe aanklag aan die einde van die staat se saak aanvaar word, die hof sonder meer gebonde is en nie meer aan die hoofaanklag kan skuldig bevind nie, is klaarblyklik nie korrek nie: sien Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafsproes* (1986) 275–276.)

In hierdie stadium moet terloops daarop gewys word dat waar die woord “hoofaanklag” hierbo gebruik word, dit in navolging van die regspraak gedoen word om òf 'n aanklag ten opsigte waarvan 'n geoorloofde uitspraak ingevolge hoofstuk 26 van die wet moontlik is, òf die eerste aanklag waar 'n beskuldigde in die alternatief aangekla is, aan te dui (vgl bv *S v Mokoena supra*). “Hoofaanklag” word hierna ook so gebruik, maar waar geoorloofde uitsprake moontlik is, sou dit streng gesproke beter gewees het om, afhangende van die konteks, te praat van “die ten laste gelegde misdryf” of bloot die “aanklag.” “Hoofaanklag” kan 'n plek hê waar daar alternatiewe aanklagte is, maar nie noodwendig nie want meerdere aanklagte kan 'n beskuldigde ten laste gelê word sonder dat een daarvan as hoofaanklag geïdentifiseer is (vgl *S v Langa supra* 837D–E).

Die onsekerheid wat voorheen bestaan het in verband met die vraag of 'n aanvaarding van 'n pleit van skuldig aan 'n mindere misdryf of aan 'n misdryf opgeneem in 'n alternatiewe aanklag, neerkom op 'n terugtrekking van die hoofaanklag dan wel 'n staking van die vervolging (sien bv Kotze “Stopsetting van 'n Vervolging en die Toestemming van die Prokureur-Generaal” 1978 *De Jure* 211; Joubert “Terugtrekking en Staking van Vervolgings” 1982 *De Jure* 344), is sedert die beslissing in *S v Ngubane* 1985 3 SA 677 (A) uit die weg geruim. In hierdie saak is onder andere beslis dat die aanvaarding van 'n pleit van skuldig aan 'n mindere misdryf nòg 'n terugtrekking van die hoofaanklag nòg 'n staking van die vervolging ten opsigte daarvan is, maar wel

“a *sui generis* act by which he [die aanklaer] limits the ambit of the *lis* between the state and the accused in accordance with the accused's plea” (683E–F).

Alhoewel alternatiewe aanklagte nie in hierdie saak ter sprake was nie, word aan die hand gedoen dat die beslissing ook vir alternatiewe aanklagte behoort te geld. Wat die voortbestaan van die hoofaanklag betref, het, soos reeds aangedui, die aanvaarding van 'n pleit van skuldig aan 'n mindere misdryf presies dieselfde effek as die aanvaarding van 'n pleit van skuldig aan 'n misdryf wat 'n beskuldigde in 'n alternatiewe aanklag ten laste gelê word. Indien die optrede van 'n aanklaer wat in een geval 'n bepaalde effek het, gesien moet word as 'n *sui generis*-handeling wat die omvang van die *lis* tussen die staat en die beskuldigde ooreenkomstig die beskuldigde se pleit beperk, is die noodwendige afleiding dat waar so 'n optrede van die aanklaer in 'n ander geval presies dieselfde effek het, laasgenoemde optrede ook as so 'n *sui generis*-handeling gesien moet word.

Dit alles beteken egter nie dat 'n mindere misdryf en 'n misdryf vervat in 'n alternatiewe aanklag nie weselik van mekaar verskil nie. In *R v Seboko* 1956 4 SA 618 (O) word byvoorbeeld gesê:

“Die mindere aanklag is geen alternatiewe aanklag nie, en staan van die meerdere aanklag nie afgesonder nie. Word die meerdere aanklag teruggetrek, verval ook die mindere aanklag (vgl *Kerr v Rex* 1907 EDL 324). Dit is slegs ten gevolge van 'n uitdruklike wetteregtelike bepaling dat 'n beskuldigde wat weens een of ander misdryf aangekla word, op dieselfde aanklag weens 'n mindere misdryf skuldig bevind kan word” (622H-623).

In *R v M* 1959 SA 332 (A) is ook daarop gewys dat 'n mindere misdryf nie gesien moet word as 'n misdryf wat opgeneem is in 'n versweë alternatiewe aanklag nie.

Vervolgens sal gepoog word om aan te toon dat vir doeleindes van artikel 112(1) van die wet die onderskeid tussen 'n mindere misdryf en 'n misdryf vervat in 'n alternatiewe aanklag, streng gehandhaaf behoort te word.

Hoofstuk 26 van die wet waarin vir sogenaamde geoorloofde uitsprake voorsiening gemaak word, magtig 'n hof om 'n beskuldigde wat enigeen van bepaalde misdrywe ten laste gelê word, aan enigeen van bepaalde ander misdrywe skuldig te bevind. Dit kan die hof slegs doen indien die getuienis nie die ten laste gelegde misdryf nie, maar wel so 'n ander misdryf bewys (vgl die bewoording van 256 tot 270 van die wet). Hierdie mindere misdryf word 'n beskuldigde nie uitdruklik in 'n afsonderlike aanklag ten laste gelê nie en hy word nie gevra om daarop te pleit nie. Hy kan wel uit eie beweging ingevolge artikel 106(1)(a) van die wet 'n pleit van skuldig daaraan aanbied. As die aanklaer daardie pleit aanvaar, is dit klaarblyklik die aanvaarding van die beskuldigde se pleit van skuldig “aan 'n misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind kan word.” Eers na sodanige pleitaanvaarding kan 'n ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) van die wet ten opsigte van die mindere misdryf plaasvind.

Alternatiewe aanklagte word aan die ander kant 'n beskuldigde ingevolge artikel 83 van die wet ten laste gelê. Hierdie artikel lui soos volg:

“Indien dit vanweë onsekerheid omtrent die feite wat bewys kan word of indien dit weens 'n ander rede twyfelagtig is watter van verskeie misdrywe uitgemaak word deur die feite wat bewys kan word, kan die beskuldigde weens die pleging van al daardie misdrywe of enigeen daarvan aangekla word, en kan enige aantal van daardie aanklagte tegelykertyd bereg word, of kan die beskuldigde weens die pleging van enige aantal van daardie misdrywe in die alternatief aangekla word.”

Volgens hierdie artikel is dit duidelik dat in bepaalde omstandighede (waarop hieronder teruggekom word) 'n beskuldigde meerdere misdrywe in meerdere aanklagte (in die alternatief of kumulatief) ten laste gelê kan word. 'n Beskuldigde word in die alternatief aangekla deur hom minstens twee misdrywe alternatief ten laste te lê. Alhoewel dit nie deur artikel 83 van die wet vereis word nie, word een misdryf gewoonlik in 'n hoofaanklag en een of meer ander misdrywe in (n) alternatiewe aanklag(te) opgeneem. Dit spreek vanself dat sowel die hoofaanklag as die alternatiewe aanklag moet voldoen aan die vereistes wat vir aanklagte in die algemeen gestel word. So byvoorbeeld is die bepalings van artikel 84 van die wet op albei van toepassing en moet die beskuldigde ingevolge artikel 106 van die wet op albei pleit (*S v Shazi* 1974 4 SA 569 (N)). Pleit hy onskuldig op die hoofaanklag en skuldig op die alternatiewe aanklag, kan nie ingesien word hoe laasgenoemde pleit vertolk kan word as enigiets anders as 'n pleit van skuldig “aan die ten laste gelegde misdryf” soos bedoel in artikel 112(1) van die wet nie. Die feit dat die beskuldigde toevallig ook 'n ander misdryf in die hoofaanklag

ten laste gelê word, beteken tog nie dat die misdryf vervat in die alternatiewe aanklag nou iets anders as 'n "ten laste gelegde misdryf" is nie. In elk geval, as dit iets anders moet wees, moet dit 'n misdryf wees waaraan die beskuldigde "op die aanklag skuldig bevind kan word" soos bedoel in artikel 112(1); dit wil sê 'n ander misdryf as die ten laste gelegde misdryf, maar een waaraan die beskuldigde op die aanklag wat die ten laste gelegde misdryf bevat, skuldig bevind kan word. Die enigste ander aanklag waarvan daar sprake kan wees, is die hoofaanklag. Dié bevat weliswaar ook 'n ten laste gelegde misdryf, maar selfs nie met die grootste verbeeldingskrag kan ingesien word hoe 'n beskuldigde se pleit van skuldig aan 'n misdryf vervat in 'n alternatiewe aanklag, vertolk kan word as 'n pleit van skuldig aan 'n misdryf waaraan hy op die hoofaanklag skuldig bevind kan word nie.

Feit is dat 'n misdryf wat 'n beskuldigde in 'n alternatiewe aanklag ten laste gelê word, net so 'n ten laste gelegde misdryf is as die misdryf vervat in die hoofaanklag. Vir sover dit die aanvaarding van 'n pleit van skuldig betref, is dit duidelik dat artikel 112(1) bewoord is met die oog op geoorloofde uitsprake waarvoor in hoofstuk 26 voorsiening gemaak word en nie met die oog op alternatiewe aanklagte nie. Die enigste bevredigende wyse waarop 'n pleit van onskuldig op 'n hoofaanklag en skuldig op 'n alternatiewe aanklag hanteer kan word, is deur albei hierdie aanklagte te erken vir wat hulle is, naamlik substantiewe aanklagte. Die enigste betekenis van die feit dat hierdie aanklagte die beskuldigde in die alternatief, en nie kumulatief nie, ten laste gelê word, is dat die beskuldigde slegs aan een van hulle skuldig bevind kan word. As uitsondering geld waar die hof, soos in *R v Davies* 1928 AD 165, bevind dat die beskuldigde nie in die alternatief aangekla moes gewees het nie, maar dan word die meerdere aanklagte behandel asof die beskuldigde kumulatief aangekla is.

Die benadering wat hier voorgestaan word, beteken nie dat verkondig word wat Van der Merwe, Barton en Kemp (a w 43) "the scrambling of section 112 and section 115 procedures" noem nie. So 'n "scrambling" moet voorkom word, maar dit kan gedoen word sonder om geoorloofde uitsprake en alternatiewe aanklagte vir doeleindes van artikel 112(1) oor dieselfde boeg te gooi. Dit is ongelukkig wat genoemde skrywers doen. Die gesag wat hulle vir hulle standpunt aanbied (a w 41 vn 149), steun hulle egter nie.

In *S v Langa supra* is sonder meer aanvaar dat 'n pleit van skuldig op 'n alternatiewe aanklag eers aanvaar moet word voordat 'n ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) ten opsigte daarvan gedoen kan word. In hierdie saak het die beskuldigde in die landdroshof onskuldig op die hoofaanklag en skuldig op 'n alternatiewe aanklag gepleit. Die landdros het die beskuldigde ingevolge artikel 112(1)(b) ondervra en tydens hierdie ondervraging het die beskuldigde sekere erkennings gemaak wat onder andere 'n vermoede met betrekking tot die hoofaanklag in werking kon laat tree het. Die beskuldigde het nie getuienis aangebied om die vermoede te weerlê nie en die beskuldigde is op die hoofaanklag skuldig bevind. By hersiening het die Natalse volbank die skuldigbevinding ter syde gestel. Die *ratio* vir die beslissing is kortliks die volgende. Die beskuldigde se pleit van skuldig op die alternatiewe aanklag is nie deur die aanklaer aanvaar nie. Hier was dus, volgens die hof, nie 'n geval waar die beskuldigde skuldig gepleit het "aan 'n misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind kan word en die aanklaer daardie pleit aanvaar" het nie. Ten einde vas te stel of die beskuldigde skuldig gepleit het "aan die ten laste gelegde misdryf" (welke pleit



nie aanvaar hoef te word voordat 'n ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) gedoen kan word nie) wys die hof eerstens tereg daarop dat waar 'n beskuldigde in die alternatief aangekla word, 'n besondere aanklag nie noodwendig as hoofaanklag geïdentifiseer hoef te word nie – “aanklag A, alternatief aanklag B” beteken dieselfde as “aanklag B, alternatief aanklag A.” Alhoewel 'n “hoofaanklag” wel in hierdie saak in die klagstaat geïdentifiseer is, bevind die hof (blykbaar op grond van die bewoording van die klagstaat) dat die “hoofaanklag” nie as sodanig beskou kan word nie. Omdat die aanklaer nie die pleit van skuldig op die alternatiewe aanklag aan vaar het nie, het hy egter volgens die hof die “hoofaanklag” wat nie 'n ware hoofaanklag was nie (en dus nie “die ten laste gelegde misdryf” bevat het nie) tot ware hoofaanklag (en dus tot aanklag wat die “ten laste gelegde misdryf” bevat) verhef. Omdat die beskuldigde nie daarop skuldig gepleit het nie, was 'n ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) op grond van 'n pleit van skuldig aan “die ten laste gelegde misdryf” volgens die hof nie moontlik nie. Die hof maak dan die volgende bevinding:

“The magistrate was accordingly not entitled to act under section 112(1)(b), and should have proceeded to apply the provisions of section 115 of the Act. By questioning the accused as he did, he compelled him to make admissions which were subsequently used as the basis for his conviction” (838B).

Dit blyk dus dat die hof dit eintlik gehad het teen die feit dat “erkenning” wat die beskuldigde tydens die artikel 112(1)(b)-ondervraging gemaak het, aangevend is om die aanklag te bewys waarop hy onskuldig gepleit het. Dit is egter 'n bewysregprobleem wat as sodanig opgelos moes word sonder om verkeerde strafprosesregtelike beskouings te bestendig. Dieselfde probleem kan trouens ontstaan as 'n beskuldigde meerdere misdrywe kumulatief ten laste gelê word; dan sal die uitweg wat in die onderhawige geval gevolg is, nie beskikbaar wees nie.

In *S v Molele* 1978 2 SA 668 (O) is die feite wesenlik dieselfde as in die *Langa*-saak, maar in eersgenoemde vermy die hof die strafprosesregkwessie (wat ook in daardie saak (670E-F) gedreig het om op die voorgrond te kom) en formuleer die probleem suiwer soos volg:

“Die beslissende vraag is derhalwe of iets wat 'n beskuldigde in die loop van 'n ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) sê en wat nie 'n erkenning is van 'n bewering in 'n aanklag waarop hy skuldig gepleit het, gebruik kan word as bewys van 'n bewering in 'n ander aanklag waarop hy onskuldig gepleit het. Indien die antwoord bevestigend is, volg dit dat indien 'n beskuldigde op een aanklag skuldig en op 'n ander aanklag (hetsy 'n selfstandige, hetsy 'n hoofaanklag) onskuldig pleit, hy op laasgenoemde aanklag skuldig bevind kan word sonder dat enige getuënis aangebied word. Dit sal die geval wees indien hy ingevolge artikel 112(1)(b) ondervra word en dan toevallig alle bewerings in die aanklag waarop hy onskuldig gepleit het, erken” (672D-F).

Na analogie daarvan dat 'n erkenning wat tydens verrigtinge ingevolge artikel 115 van die wet gemaak word slegs (soos die hof destyds gemeen het) teen die beskuldigde gebruik kan word indien so 'n erkenning as sodanig en met toestemming van die beskuldigde aangeteken is, beslis die hof dat 'n “erkenning” wat tydens die artikel 112-ondervraging gemaak word, nie ten opsigte van 'n aanklag waarop die beskuldigde onskuldig gepleit het in aanmerking geneem kan word nie. Volgens die hof kan dit nie gedoen word nie omdat die beskuldigde se aandag in die reël nie op die bewerings in bedoelde aanklag toegespits sal wees nie en dit dus nie gesê kan word dat hy so 'n erkenning bewustelik gemaak het nie. Die *ratio* vir hierdie beslissing sal in enkele opsigte, in die lig van die beslissings in *S v Sesetse* 1981 3 SA 353 (A) en *S v Mjoli* 1981 3 SA 1233 (A),



nie meer standhou nie, maar in wese is die beslissing steeds geldig. Wat egter vir die huidige van belang is, is dat die hof in *S v Molele supra* 'n bewysregtelike oplossing vir 'n bewysregtelike probleem gevind het.

Daar moet in hierdie stadium beklemtoon word dat hoegenaamd nie te kenne gegee word dat daar in sowel die *Molele*- as die *Langa*-saak nie ernstige onreëlmatighede in die landdroshof begaan is nie. In nie een van hierdie sake het die landdroste ooit laat blyk dat hulle ingevolge artikel 115 van die wet optree nie. Deur "erkenning" wat die beskuldigdes tydens die artikel 112-ondervragings gemaak het in verband met die hoofaanklagte toe te laat, is die beskuldigdes se swygreg (sien *S v Evans* 1981 4 SA 52 (K); *S v Daniëls* 1983 3 SA 275 (A)) wat die hoofaanklagte betref, hulle in werklikheid ontnem. Hulle is dus onder die dekmantel van artikel 112 ingevolge artikel 115 ondervra sonder dat hulle ooit gewaarsku is dat hulle in verband met die hoofaanklagte geen verklaring hoef te maak en geen vrae hoef te beantwoord nie (sien *S v Evans supra* 59B-C). Om dié rede was die uiteindelijke bevindings in albei die betrokke sake korrek, maar dit was nie nodig om, soos wat in die *Langa*-saak gebeur het, die strafprosedure vir die doel skeef te trek nie.

Die belang daarvan dat by die toepassing van artikel 112 die onderskeid tussen 'n mindere misdryf waaraan 'n beskuldigde in 'n geoorloofde uitspraak skuldig bevind kan word aan die een kant, en 'n misdryf wat 'n beskuldigde in 'n alternatiewe aanklag ten laste gelê word aan die ander kant, streng gehandhaaf moet word, is nie bloot akademies van aard nie. Die beklemtoning van hierdie onderskeid verteenwoordig ook nie 'n oordrewe verknogtheid aan formalisme nie. Of hierdie onderskeid gehandhaaf word of nie, het uiters belangrike praktiese implikasies wat veral duidelik word indien die bepalings van artikel 83 van die wet in gedagte gehou word. Hierdie artikel magtig die aanklaer slegs in bepaalde omstandighede om 'n beskuldigde in die alternatief aan te kla, naamlik

"indien dit vanweë onsekerheid omtrent die feite wat bewys kan word of indien dit weens 'n ander rede twyfelagtig is watter van verskeie misdrywe uitgemaak word deur die feite wat bewys kan word . . ."

Soos Hiemstra (a w 199) aantoon, het hierdie artikel sy uitwerking aan die begin van die verhoor en het dit primêr betrekking op die formulering van die aanklagte. Die twyfel of onsekerheid wat die aanklaer, wanneer hy die aanklagte formuleer, noop om 'n beskuldigde in die alternatief aan te kla, verdwyn nie ewe skielik sodra die beskuldigde op 'n alternatiewe aanklag skuldig pleit nie. Dit kan wees dat die aanklaer hoegenaamd nie seker is of hy daarin gaan slaag om te bewys dat die beskuldigde aan die hoofaanklag of die alternatiewe aanklag skuldig is nie. 'n Pleit van skuldig op die alternatiewe aanklag beteken dan bloot dat die beskuldigde dink dat hy skuldig is aan die misdryf wat in die alternatiewe aanklag vervat is, maar dit kan nie veel daartoe bydra om die aanklaer se twyfel of onsekerheid uit die weg te ruim nie. Dit kan ook wees dat die aanklaer nog altyd seker was dat hy daarin sal slaag om die alternatiewe aanklag te bewys, maar nie dieselfde sekerheid gehad het wat die hoofaanklag betref nie. Pleit die beskuldigde in so 'n geval skuldig op die alternatiewe aanklag, sal dit ook nie die twyfel of onsekerheid van die aanklaer met betrekking tot die hoofaanklag enigszins uit die weg ruim nie. In die lig van artikel 83 van die wet kan dus klaarblyklik nie, soos deur Van der Merwe, Barton en Kemp (a w 43) gedoen

word, van 'n aanklaer vereis word om onmiddellik nadat die beskuldigde op 'n alternatiewe aanklag skuldig gepleit het, aan te dui of hy die pleit van skuldig aanvaar al dan nie. Hierdie vereiste bestaan slegs waar die beskuldigde 'n bepaalde misdryf ten laste gelê word en dan skuldig pleit aan 'n mindere misdryf waaraan hy uit hoofde van hoofstuk 26 van die wet skuldig bevind kan word. Die toepassing van so 'n vereiste in die geval van 'n pleit van skuldig aan 'n alternatiewe aanklag hou ernstige benadeling vir die staat in, want as die aanklaer die pleit van skuldig op 'n alternatiewe aanklag aanvaar, boet hy die hoofaanklag in (vgl *S v Ngubane supra*) en loop die risiko dat indien 'n pleit van onskuldig ingevolge artikel 113 van die wet aangeteken word en die alternatiewe aanklag nie bewys word nie, die beskuldigde vry uitgaan selfs al word die hoofaanklag bewys. Aanvaar die aanklaer nie die pleit van skuldig nie, doen hy afstand van die voordele wat artikel 112(1)(b) ten opsigte van die alternatiewe aanklag vir die staat inhou (sien bv *S v Fikizolo* 1978 2 SA 675 (NK) 680E-F; *S v Serumala* 1978 4 SA 811 (NK) 815A) en loop hy onder andere die risiko dat indien nóg die hoofaanklag nóg die alternatiewe aanklag bewys word, die beskuldigde ook vry uitgaan ten spyte daarvan dat hy op die alternatiewe aanklag skuldig gepleit het en dit nie uitgesluit is nie dat, wat daardie aanklag betref, die hof na ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b), van die beskuldigde se skuld oortuig kon gewees het. (Selfs al word die alternatiewe aanklag in so 'n geval bewys, sal dit streng gesproke onreëlmstig wees om hom daaraan skuldig te bevind. Eerstens sal 'n gebiedende bepaling van artikel 112(1)(b) dat die beskuldigde ondervra "moet" word, nie nagekom word nie. Tweedens sal in stryd met beslissings soos *S v Mkhize* 1978 1 SA 264 (N), *Khumalo v S* 1978 4 SA 516 (N), *S v Quinta* 1979 2 SA 326 (O) en *S v Sethole* 1984 3 SA 620 (O) – waarin beslis is dat solank 'n pleit van skuldig staan, daar nie ruimte vir die aanbod van getuienis is nie – opgetree word.)

Dit is so dat indien 'n beskuldigde nie in die alternatief aangekla word nie, maar 'n misdryf ten laste gelê word ten opsigte waarvan 'n skuldigbevinding aan 'n mindere misdryf uit hoofde van hoofstuk 26 moontlik is, die staat met wesenlik dieselfde nadele te kampe sal hê as wat hierbo genoem is. Dit is egter geen rede om die staat met dieselfde nadele op te saal waar die beskuldigde in die alternatief aangekla word nie, veral nie as dit slegs gedoen kan word deur basies verkeerde uitgangspunte met betrekking tot die aard van die alternatiewe aanklag aan te hang nie.

Die benadering wat voorgestaan word, word vervolgens aan die hand van 'n voorbeeld nader toegelig.

Gestel 'n beskuldigde word misdryf A, alternatief misdryf B, ten laste gelê en gestel die beskuldigde pleit onskuldig aan A en skuldig aan B. As die aanklaer om watter rede ook al die pleit van skuldig aan B aanvaar, beperk hy daardeur die *lis* met die beskuldigde tot B en wat ook al verder gebeur, kan die beskuldigde nie meer aan A skuldig bevind word nie (vgl *S v Ngubane supra*). As die twyfel of onsekerheid soos bedoel in artikel 83 van die wet nog steeds bestaan nadat die beskuldigde gepleit het (en gewoonlik sal dit die geval wees), hoef die aanklaer nie die pleit van skuldig te aanvaar nie, maar dit beteken nie dat hy daardeur aandui dat die pleit van skuldig geïgnoreer kan word nie.

Artikel 115 van die wet behoort dan toegepas te word ten opsigte van A. Selfs al word aanvaar dat die toepassing van artikel 115 nie gebiedend is nie (sien

Van der Merwe, Barton en Kemp a w 79–82) word aan die hand gedoen dat ten einde bewysregtelike probleme soos dié wat in *S v Molele supra* en *S v Langa supra* voorgekom het, te ondervang, artikel 115 in 'n geval soos hierdie altyd toegepas behoort te word waar alternatiewe aanklagte 'n beskuldigde ten laste gelê word. Indien die beskuldigde sy swygreg uitoefen met betrekking tot die hoofaanklag waarop hy onskuldig gepleit het, behoort enige “erkennings” wat hy later tydens die artikel 112(1)(b)-ondervraging maak, nie aangewend te word om die hoofaanklag te bewys nie. Nadat aan artikel 115 voldoen is, word artikel 112(1)(b) met betrekking tot B toegepas. Indien die hof oortuig is dat die beskuldigde skuldig is aan B, vind hy hom nie in hierdie stadium aan B skuldig nie, want dit mag wees dat die hof later ook oortuig kan wees van die beskuldigde se skuld aan A en A 'n ernstiger misdryf as B mag wees of die beste by die feite mag pas (sien Hiemstra a w 204). Na die ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) ten opsigte van B word die getuienis ten opsigte van A aangebied. Word A bewys, kan die beskuldigde daaraan skuldig bevind word sonder dat daar enigsins verder na B verwys word. Word A egter nie bewys nie of blyk dit dat B die beste by die feite pas of 'n ernstiger misdryf as A is, word die beskuldigde aan B skuldig bevind. Dat die beskuldigde nie onmiddellik na ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) aan B skuldig bevind hoef te word nie, is 'n noodwendige implikasie van die feit dat die beskuldigde in die alternatief aangekla is. 'n Skuldigbevinding na ondervraging ingevolge artikel 112(1)(b) is in elk geval nie gebiedend nie, soos blyk uit die woorde “kan hy die beskuldigde op sy pleit van skuldig skuldig bevind” in genoemde artikel. Indien die hof na ondervraging van die beskuldigde ten opsigte van B 'n pleit van onskuldig ingevolge artikel 113 van die wet aanteken, gaan die verrigtinge natuurlik – behoudens die bepaling van artikel 113 – normaalweg voort asof die beskuldigde van die begin af aan sowel A as B onskuldig gepleit het. Dit is moontlik dat die onsekerheid of twyfel wat die aanklaer genoep het om die beskuldigde in die alternatief aan te kla, na die toepassing van artikel 115 en artikel 112(1)(b) uit die weg geruim is. Die aanklaer kan byvoorbeeld na die ondervraging seker wees dat hy nie daarin sal kan slaag om A te bewys nie. As dit verder ook blyk dat die hof reeds oortuig is dat die beskuldigde skuldig is aan B, kan die aanklaer besluit om nie met A te volhard nie. Streng gesproke kan hy egter nie in hierdie stadium meer ingevolge artikel 112(1)(b) sy houding kenbaar maak deur die pleit van skuldig aan B te aanvaar nie, want daardie artikel maak nie voorsiening vir 'n pleit-aanvaarding na ondervraging nie. Die aanklaer behoort in so 'n geval bloot die staat se saak te sluit.

Dit is nie die bedoeling om enigsins verder voorskriftelik te probeer wees vir sover dit die prosedure betref wat in elke moontlike ander geval gevolg moet word waar 'n beskuldigde wat in die alternatief aangekla is, op een aanklag skuldig en op 'n ander een onskuldig pleit nie. Daar behoort egter steeds in gedagte gehou te word dat 'n hoof- en alternatiewe aanklag elkeen 'n ten laste gelegde misdryf bevat wat as sodanig behandel moet word; dat, sover moontlik, artikel 115 ten opsigte van die een aanklag voor artikel 112 ten opsigte van enige ander aanklag toegepas moet word; en dat enige bewering wat 'n beskuldigde tydens artikel 112(1)(b)-verrigtinge maak, nie sonder meer kan dien as



erkenning van 'n feit wat met betrekking tot die aanklag relevant is waarop hy onskuldig gepleit het nie – die beslissings in *S v Molele supra*, *S v Evans supra* en *S v Daniëls supra* moet in dié verband steeds voor oë gehou word.

JH KOK

*Justisie-opleiding*

## SOME REFLECTIONS ON PUBLIC POLICY AND THE STRICT LIABILITY OF THE PRESS

“Law is asked . . . to cease treating ‘public interest’ as an unruly horse or, at best, as just another private interest to be weighed against the rights of individuals, to recognize instead a moral hierarchy of interests, to turn its attention from past actions, immediate interests and abstract rights of parties before the court to the social context, the social implications, and the future consequences of such actions as a general class. Law is being asked to shift its attention from adjudicating between ‘private’ interests after they are already in conflict to securing and regulating the conduct of social affairs in the name of the social good” (Kamenka and Tay “Beyond Bourgeois Individualism: The Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology” 1975 *Feudalism, Capitalism and Beyond* 130).

In the case of *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A), the appellate division confirmed that the liability of the press in cases of defamation was to be assessed on the basis of strict liability. It is my task in this note to determine whether indeed the law has acted “in the name of the social good.” Clearly there are two competing considerations: the freedom of the press must be weighed against the protection of the personality. This note will endeavour to determine which consideration should be accorded primacy in a moral hierarchy of interests.

There are many hidden ironies and difficulties in this task. It is possible to argue the question within a liberal paradigm and to obtain conflicting conclusions. Liberalism requires freedom of speech, expression and the press, and yet it requires that the individual be protected against false insults which assail his reputation. This is not all. Strict liability and risk liability are seen as developments from fault liability which demonstrate a movement from legal-individualistic principles towards the ideology of welfare and social utility; and yet, in the law relating to defamation, strict liability is being used to protect an individualistic interest – ‘reputation’. What really completes the irony is that most of the defendants of freedom of the press do so on the basis of its social utility.

### The arguments in favour of strict liability

The arguments for the imposition of strict liability first reared their heads in an *obiter dictum* of Rumpff CJ in the case of *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A). This *obiter dictum* contained two basic policy considerations. The first indicated the difficulties facing a person defamed in the media to trace intent to a particular person. Continental jurists have referred to this problem as one of *Beweisnotstand*. The argument depicts the press as a faceless enterprise which will clandestinely cover up any information which may be pertinent to an impending defamation suit. The second relates to the disparity in power positions between the defenceless citizen and the mass media. The mass media are seen as complex and organized institutions with financial resources far greater than those of a defamed individual. In addition to their financial resources they are able to



insure themselves against liability for defamation (insurance expenses can be set off against profits for tax purposes, or at least "spread" by increasing the price of the newspaper). This argument may, of course, be threatened when applied to newspapers with limited finances and circulations, such as student or local newspapers.

In an interesting process which looks suspiciously like judicial law-making this *obiter dictum* was followed in the TPD in *De Flamingh v Pakendorf* 1979 3 SA 676 (T), and confirmed on appeal by Rumpff CJ, who handed down the judgment (see *Pakendorf v De Flamingh supra*). In this judgment the chief justice mentioned another two considerations of public policy which favour strict liability. The first consideration is one which relates to the peculiar development of the action for defamation. It requires fault in the form of *animus iniuriandi*, mere negligence being insufficient to found fault. In effect then, the judge indicated, where there is defamatory publication resulting from the negligence of reporters, there is a possibility that *animus iniuriandi* will not be shown because there was no knowledge of unlawfulness on the part of the reporters. What this really amounts to is a fear that the press may be provided with a convenient escape in defamation actions by simply claiming a *bona fide* mistake.

Before I consider the final policy reason given for the introduction of strict liability – that of risk liability – I shall dwell on the legal solutions to the very real problems enumerated above. Various commentators have indicated that the law and case law relating to defamation had within them the solutions to the problems visualised by Rumpff CJ. Some indicate that the presumptions of unlawfulness and *animus iniuriandi* furnish sufficient protection for the victims of press defamation. Difficulties in proof are imaginary since a burden of proof rests on the press to show that the publication was lawful, or without *animus iniuriandi*. Furthermore, that liability does not have to be traced to any person in particular, since owner, publisher, printer and editor are all potentially liable in accordance with the maxim *qui facit per alium, facit per se*. They also hold the view that it is dangerous and artificial to distinguish between the individual and press as perpetrators of defamation; rather, the distinction should lie in the damages awarded. The measure of the damages should be correlated to the extent of the publication (in particular see Stuart *The Newspaperman's Guide to the Law* (1982) 37). Others have proposed the introduction of liability for defamation based on negligence (see Burchell 1980 *SALJ* 212; Visser 1982 *THRHR* 168 340). They indicate that there is authority for this view to be found in South African legal precedent (see *Nasionale Pers Bpk v Long* 1930 AD 87; *Trimble v CNA* 1934 AD 34; *Hassen v Post Newspapers* 1965 3 SA 562 (W)). A negligence criterion for fault would allow the weighing up of objectively determinable policy considerations: the social utility of the statement, the interest of the public in receiving newsworthy information and the standard of diligence required of the media. This innovation is said to be essential because the subjective fault element, "intention", prohibits an enquiry into objective factors. Another means of preventing a *bona fide* mistake from functioning as a defence would be to utilise *dolus eventualis* as a criterion of fault. *Modern Newspapers v Bill* 1978 4 SA 149 (C) probably reflects this approach. In that case it was decided that where a newspaper editor had failed to take adequate and proper steps to ascertain whether the information he published was correct, his conduct was accompanied by *dolus eventualis*.

One cannot deny that there is much merit in some of these arguments and solutions, nor can one deny that they were available to the chief justice. He could have availed himself of these arguments and yet he preferred the introduction of strict liability as a solution. For these reasons I can only conclude that his actual *raison d'être* for introducing strict liability lay with the analogies to be found in risk liability.

The principal apologist for risk liability in South Africa is JC van der Walt. In his thesis and several articles he has documented the demise of the maxim "no liability without fault," which had been revered as an eternal truth (see Van der Walt 1968 *CILSA* 49; 1969 *THRHR* 319; 1976 *HL Swanepoel Gedebundel* 41). In these works he traced the movement away from liberalistic individualism, epitomised by "no liability without fault," to a more community-minded legal ideology which conceived of delictual liability arising out of the creation of risk. Briefly, its history was as follows: in Roman-Dutch law, fault was the only basis for shifting the injured person's loss onto the wrongdoer. This created a condition in which the industrial revolution, and its concomitant philosophy of *laissez-faire*, could thrive. As industry developed, however, the risk of harm to labourers and bystanders increased. The scope and the seriousness of the harm also increased in accidents involving cars and aeroplanes, in the mines and on the railways. Technological development created risks which could not be eliminated, even by the exercise of the utmost care. As a result, accidents frequently occurred without fault on anyone's part, or even if there was fault, it was often virtually impossible for the victim to prove it because of the new and peculiar nature and origin of the harmful event.

Clearly, the doctrine that based liability exclusively on fault became untenable; the law was required to reflect the new socio-economic relations of production, and found an additional basis of liability for delictual damage. Faultless liability was introduced and various rationalisations were relied upon: the economic fairness argument that the victim's loss should be borne by the perpetrator, since his was the "deepest pocket"; the interest theory, that the person who profits from a particular activity must bear the burdens and disadvantages attached to his economic interest; and finally, the most satisfactory rationalisation, the risk theory, which held that the person who creates an increased risk must compensate for all loss flowing from it.

It was Van der Walt's suggestion, one accepted by Rumpff CJ, that risk liability be extended to the press. The argument held that the press created a sufficiently typical risk, a risk involving the infraction of personality rights. The risk arose primarily out of sensationalism – a propensity for the press either to distort the facts to boost circulation figures or to delve into people's private lives where they did not belong. Furthermore, modern technology facilitated access to people's private lives – telephoto lenses, tapping devices et cetera. There also existed a risk that reporting could be false or inaccurate because the continual race against time when putting together a newspaper prevented sufficient control over reporting. This created a potentially prejudicial situation, without there necessarily being negligence or intent on the part of the editor or the reporters. In addition to all this, modern technology enabled the immediate and vast circulation of information which might assail the reputation of the defenceless individual.

## The arguments against strict liability

"If it were left to me to decide whether we should have a government without newspapers or newspapers without a government I should not hesitate to prefer the latter" (Thomas Jefferson).

Succinctly stated, the argument against the strict liability of the press is that it will unduly inhibit the freedom of speech, expression, discussion and of the press. It holds that the press represents no more and no less than the freedom of speech exercised to its greatest degree. It depicts reporters as the eyes and the ears of the reading public. The reading public have, as it were, given reporters the mandate to cover the great multiplicity of activities in which humans involve themselves. This then leaves members of the public free to pursue their own callings, comfortable in the knowledge that the newspapers will compile the information which they need in order to conduct their lives. Every member of the public is entitled to be informed about the events and happenings surrounding him to enable him to understand the problems facing society in general and the individual in particular. In short, the press democratises information. In turn, democratised information and a free press will tend to curtail speculative and unenlightened discussion, which usually gives rise to ignorant and prejudiced views (see in this regard the *Sunday Times Case* European Court HR 30 1979).

It is interesting to note that the US supreme court was the forum of this same debate in the case *Gertz v Robert Welch Inc* (1974) 418 US 323. The argument of behalf of the victim of press defamation proposed that it would not be contrary to precedent to introduce strict liability for the press. The defendants argued that an introduction of strict liability would violate the First Amendment, which guaranteed the freedom of speech of discussion and the free flow of truthful information to the public. The court held that strict liability imposed on the press would give rise to self-censorship, which would be in violation of the First Amendment. The court demonstrated that freedom of discussion embraced all issues about which information is needed or appropriate to enable the public to cope with the exigencies of the time. The press, it indicated, played a central role in informing citizens unable to devote themselves continually to the gathering of facts. The court ratified the arguments in *New York Times v Sullivan* (1964) 376 US 254 where it was held that the citizen's limited resources and time to observe the operations of the government at first hand, placed a great responsibility on the press to report governmental activities fully and accurately. It held that undue censorship directly impeded the pursuit of democratic self-government, and that self-censorship under strict liability "dampens the vigour and limits the variety of public debate" (279).

The fear that Rumpff CJ regarded as necessitating the introduction of strict liability, was that negligence on the part of the editor or reporter would constitute an easy defence in a defamation claim. I have already indicated that that fear was unfounded, since a little imaginative manipulation of our defamation law would have ensured that a mistake could be prevented from succeeding as a defence.

I cannot argue that strict or risk liability does not represent a useful and necessary development in the law of delict. Van der Walt's historic analysis demonstrates very clearly that it does. All that I wish to argue is that the law of defamation is an inappropriate domain for its introduction. The historic development of faultless liability shows that its introduction was necessitated

primarily by industrial accidents which did not result from any person's negligence or intent, and which could not be eliminated by the exercise of the utmost care. The victims of these extremely hazardous activities were, by and large, powerless workers or innocent bystanders. The harm flowing from the accidents was physical harm. Moreover, there were no countervailing policy considerations based on the "social good" which opposed the introduction of strict liability in this field.

I would argue that press freedom is not an extremely hazardous activity; negligence can usually be traced to a particular person. Mistakes can most certainly be eliminated by the exercise of careful screening and proof-reading. The victims of defamation are usually not simple and passive bystanders; they are sophisticated people concerned with their reputations. I have already outlined the very real policy considerations which favour uninhibited press freedom.

My final submission is one founded on logical rather than ideological argument. What does the freedom of speech mean? Absolute freedom of speech allows anyone to say anything. Understandably this conceptualisation is untenable and limitations have been introduced by the law of defamation (among others). It provides for compensation where people's reputations are falsely tainted by others. The law of defamation has refined the basic conceptualisation of the freedom of speech. Clearly then, the freedom of speech posits the *fundamental* right, which right in turn gives rise to the right not to be defamed.

I have endeavoured to demonstrate that the "social good" is served when the press provides information to the public. The information will largely be the truth, but may contain sensationalism or falsehood. Some falsehood must, however, be condoned in order to protect the speech that matters.

MICHAEL EDMUNDS

*Final year LLB student University of Stellenbosch*

#### CORRECTION

\* Anton Trichardt, co-author of "A Confession for a Concession" 1987 *THRHR* 428, is not employed by the Department of Justice, but is an articulated clerk at Edward Nathan and Friedland Incorporated, Johannesburg.



# VONNISSE

## BEREKENING VAN SKADEVERGOEDING BY *DOLUS* *INCIDENS*

Colt Motors (Edms) Bpk v Kenny 1987 4 SA 378 (T)

Dit staan reeds vir 'n geruime tyd vas dat waar 'n kontrak wat deur 'n opsetlike wanvoorstelling beïnvloed is, in stand gehou word en skadevergoeding geëis word, 'n vergelyking tussen die onderskeie prestasies van die partye nie die enigste wyse is waarop die omvang van die skade bereken word nie (sien veral *Bill Harvey's Investment Trust (Pty) Ltd v Oranjezicht Citrus (Estates) (Pty) Ltd* 1958 1 SA 479 (A); *Scheepers v Handley* 1960 3 SA 54 (A); *De Jager v Grunder* 1964 1 SA 446 (A); *Ranger v Wykerd* 1977 2 SA 976 (A)). Dit is ook sedert *De Jager v Grunder supra* duidelik dat skade gely kan word selfs waar die teenprestasie wat deur die misleide ontvang is nie minder werd is nie (of selfs meer werd is) as die prestasie wat hy self gelewer het. Probleme bestaan egter steeds wat betref berekening van die skade wat veroorsaak word deur 'n wanvoorstelling in kontraktuele verband (sien Anthea Cameron "Measuring Delictual Damages for Fraudulent Misrepresentation: The Law as it was before *Ranger v Wykerd*, is now and ever shall be?" 1982 *SALJ* 99).

Wanneer dit blyk dat as daar nie 'n wanvoorstelling was nie daar glad nie 'n kontrak tot stand sou gekom het nie ('n geval van *dolus dans causam contractui*), is die aangewese wyse van berekening 'n vergelyking tussen die waarde van die prestasie wat deur die misleide gelewer is en die waarde van die teenprestasie wat deur hom ontvang is (gevolgskade wat mag ontstaan het buite rekening gelaat). Wanneer dit aan die ander kant blyk dat 'n kontrak in elk geval gesluit sou geword het maar dat die wanvoorstelling slegs die bedinge van die kontrak wat wel gesluit is, beïnvloed het ('n geval van *dolus incidens in contractum*), is die aangewese wyse 'n vergelyking tussen die kontrak wat wel gesluit is en die (putatiewe) kontrak wat gesluit sou gewees het indien daar geen wanvoorstelling was nie. Dit is hoofsaaklik die toepassing van laasgenoemde metode wat probleme veroorsaak. Die jongste bespreking en toepassing daarvan het in die onderhawige saak voorgekom. Die uitspraak is deur regter Stegmann gelewer en regter Schabert het saamgestem.

Die feite van die saak, vir sover hulle relevant is, was redelik eenvoudig. Die verweerder het 'n nuwe motorvoertuig van die eiser gekoop. Soos gewoonlik in

dié gevalle gebeur, het die verweerder 'n ander voertuig ingeruil. Hy het die eiser se verteenwoordigers verseker dat die ingeruilde voertuig 'n 1980-model was terwyl hy daarvan bewus was dat dit 'n 1979-model was. As gevolg van dié wanvoorstelling, so beweer die eiser, het hy ooreengekom op 'n inruilprys wat R1 550 hoër was as die prys waarop hy sou ooreengekom het as hy van die ware feite bewus was. Die eiser eis gevolglik R1 550 skadevergoeding. In die landdroshof gaan die uitspraak teen hom op grond van 'n bevinding dat hy nie bewys het op watter inruilprys hy en die verweerder sou ooreengekom het as daar nie 'n wanvoorstelling was nie. Teen dié uitspraak appelleer die eiser.

Die hof van appèl beklemtoon in die eerste plek dat die eiser se eis suiwer op die onregmatige daad wat deur die verweerder gepleeg is, gebaseer is en nie op moontlike kontraktbreuk deur die verweerder nie. Die eerste vraag wat aan die orde kom, is gevolglik 'n kousaliteitsvraag, naamlik presies hoe die kontrak wat later gesluit is deur die aanvanklike wanvoorstelling beïnvloed is. Die hof wys in dié verband daarop dat die eiser in sy pleitstukke van die veronderstelling uitgaan dat die wanvoorstelling slegs een element van die kontrak beïnvloed het, te wete die inruilprys wat vir die verweerder se motor toegestaan is. Dié prys is as gevolg van die wanvoorstelling verhoog met 'n gevolglike verlaging in die kontantbedrag wat deur die verweerder betaalbaar sou wees. Indien die wanvoorstelling nie gepleeg is nie, so voer die eiser aan, sou die inruilprys R1 550 minder en die kontantbalans R1 550 meer gewees het terwyl alle ander bedinge van die kontrak dieselfde sou gebly het. Die feite is dus vergelykbaar met dié in *De Jager v Grunder supra* en die hof meen dan ook dat wat hierdie aspek betref die benadering van die meerderheid van die hof in *De Jager v Grunder* gevolg moet word. Die eiser word gelyk gegee omdat daar geen aanduiding in die getuienis was dat enige ander aspek van die transaksie deur die wanvoorstelling geraak is nie. Maar met dié bevinding is die saak nie afgehandel nie. Daar bly nog die vraag of die eiser bewys het dat hy inderdaad skade gely het en wat die omvang daarvan was. In hierdie verband moet gemeld word dat die eiser nie probeer bewys het wat die werklike waarde van die voertuig was wat deur die verweerder ingeruil is nie (en dit sou in die normale geval vanselfsprekend meer wees as die inruilprys), of deur direkte getuienis probeer aantoon het dat die verweerder 'n inruilprys van R1 550 minder sou aanvaar het nie.

Wat hierdie aspek betref, gaan die hof eerstens oor tot 'n bespreking van "[d]ie grondslae van deliktuele skade by bedrieglike wanvoorstelling." In die loop van dié bespreking word verklaar (391B) dat dit nog onseker is

"of daar gesê kan word dat daar een grondliggende beginsel is waarvolgens die vermoënsverlies wat deur bedrieglike wanvoorstelling veroorsaak word, gemeet kan word."

Met dié stelling bevraagteken die hof klaarblyklik nie of die gewone deliktuele maatstaf, naamlik dat die slagoffer van 'n onregmatige daad in die posisie geplaas moet word waarin hy sou gewees het indien die onregmatige daad nie gepleeg is nie, ook in geval van bedrieglike wanvoorstelling aanwending vind nie. Al wat die hof eintlik sê is dat daar nie slegs een metode bestaan waarop die betrokke maatstaf in die praktyk toegepas word nie. Die hof meen egter dat vir sover dit die berekening van die skade betref wat uit 'n bedrieglike wanvoorstelling ontstaan, die meeste sake in een van die volgende drie kategorieë geplaas kan word:

1 Waar daar 'n vergelyking van markwaarde (van 'n eiser se boedel) voor pleging van die onregmatige daad met markwaarde daarna plaasvind;

2 waar die koste van herstel van skade geag word die omvang van die skade te verteenwoordig; en

3 waar die prysverhoging wat deur die bedrieglike wanvoorstelling veroorsaak is, aanvaar word as die skade wat gely is.

In die eerste kategorie kry 'n mens eintlik meer dikwels met gevalle van saak-beskadiging te doen, maar dit is ook die aangewese metode van berekening by *dolus dans*. Vir sover die misleide in die geval van *dolus dans* sy posisie hoegenaamd nie sou verander het as dit nie vir die wanvoorstelling was nie, hoef 'n mens slegs die markwaarde van sy boedel voor die wanvoorstelling te vergelyk met die markwaarde daarna om vas te stel wat die omvang van die skade was. (By die werklike berekening word natuurlik kortpad gevat en slegs die waarde van die tersaaklike items, dit wil sê prestasie en teenprestasie, vergelyk.)

Die tweede kategorie is nie in beginsel 'n aparte kategorie nie – eerder 'n uitbreiding van die eerste. Die hof verklaar self (392G) dat hierdie kategorie

“bestaan uit gevalle waar dit onprakties mag wees om die betrokke boedelwaardes voor en na pleging van die delik direk te bewys, en waar die verskil in sulke waardes afgelei kan word van die waarde wat geheg moet word aan iets wat die tersaaklike verskil verwesenlik.”

In hierdie kategorie sou 'n mens nie normaalweg sake oor bedrieglike wanvoorstelling verwag nie, maar die hof meen dat sake soos *Ranger v Wykerd supra* wel in hierdie kategorie geplaas kan word. Dit is miskien debatteerbaar, maar sien ook die artikel van Anthea Cameron waarna hierbo verwys is.

Die derde kategorie sê die hof (393A–C)

“bestaan uit gevalle wat miskien kenmerkend is van die delik van bedrieglike wanvoorstelling en wat geen vergelykbare vorm het by ander delikte [nie]. Dit is gevalle waar die eiser sy vermoënsverlies (dit wil sê die nadelinge verandering in sy boedelwaarde) bewys sonder om na die markwaarde van die betrokke bates, of die markprys vir die herstel daarvan, te verwys. Dit is gevalle waar die getuienis aandui dat die eiser . . . deur die bedrieglike wanvoorstelling oorreed is om meer te betaal as wat hy andersins sou betaal het. In sulke gevalle is die vraag eintlik net die kernvraag oor hoeveel meer die eiser as gevolg van die delik oorreed is om te betaal.”

Dit gaan dus hier oor gevalle van *dolus incidens*. Sake wat in hierdie kategorie tuishoort, is volgens die hof onder andere *Bill Harvey's Investment Trust (Pty) Ltd v Oranjezicht Citrus Estates (Pty) Ltd supra*, *Scheepers v Handley supra* en *De Jager v Grunder supra*. Die hof verwys in hierdie verband deurgaans na 'n verhoging van sy eie prestasie deur die misleide. 'n Mens moet egter in gedagte hou dat die wanvoorstelling ook tot gevolg kan hê dat die misleide toestem tot 'n verminderde teenprestasie deur die misleier. Maar dit terloops.

Aanvanklik is gemeen dat dit vir 'n misleide dikwels byna onmoontlik sou wees om te bewys hoe die kontrak tussen hom en die misleier daar sou uitgesien het as daar nie 'n wanvoorstelling was nie aangesien hy nie slegs sou moes aantoon waartoe hy bereid sou gewees het om homself te verbind nie, maar ook dat die misleier bereid sou gewees het om hom dienooreenkomstig te verbind: iets wat die misleier in die normale geval natuurlik heftig sou ontken. Gesag vir die standpunt dat dit die posisie sou wees, is skynbaar verskaf deur die opmerkings van appèlregter Rumpff in sy minderheidsuitspraak in *De Jager v Grunder supra* 457G–458B. Dit het egter terselfdertyd uit sowel die betrokke gedeelte van regter Rumpff se uitspraak as later uit die meerderheidsuitspraak in *Ranger v Wykerd supra* geblyk dat indien daar in geval van 'n koopkontrak deur die eiser beweerd word dat hy en die verweerder teen die markwaarde van



die koopsaak (of teen 'n hoër prys as die markwaarde) sou gekontrakteer het, 'n hof by afwesigheid van getuienis tot die teendeel altyd bereid sou wees om dié bewering te aanvaar. Vir ander gevalle het die vraag na die wyse waarop 'n eiser sy skade by *fraus (dolus) incidens* moes bewys egter bly bestaan. Die belang van die uitspraak in *Colt Motors (Edms) Bpk v Kenny* is veral geleë in die indringende bespreking van die betrokke vraag en die antwoord wat daarop gegee is.

Die hof stel dit as uitgangspunte dat daar onwenslike ruimte vir onsekerheid bestaan; dat dit dikwels veels te duur is om 'n saak op so 'n manier voor te berei dat dit alle moontlikhede sal dek; en dat dit uiters wenslik is dat daar sover moontlik beginsels erken moet word wat die verlangde sekerheid sal verleen deur (a) die eiser te laat weet wat die *facta probanda* is wat hy moet kan beweer en bewys en (b) die verweerder in staat te stel om die omvang van sy moontlike aanspreeklikheid te bereken. Die hof verklaar dan:

“In die lig van die hoë gesag wat daarop dui dat dit eintlik 'n onbegonne taak is om beginsels neer te lê wat alle gevalle van skadevergoeding vir bedrieglike wanvoorstelling sal dek, sou dit gewaagd wees om 'n voorstel in die teenoorgestelde rigting te probeer maak. Ek wil nogtans eerbiediglik aan die hand doen dat daar wel 'n praktiese benadering is wat, al stel dit geen beginsel daar wat alle gevalle sal dek nie, ten minste in baie gevalle behulpsaam sal kan wees met die uitkakeling van moontlikhede wat eintlik nie gedek hoef te word nie. Dit is veral wenslik om te kan weet in watter omstandighede markwaarde bewys moet word, en wanneer daar dus oorweging gegee moet word aan die vraag of deskundige opiniegetuienis gelei moet word” (395E–G).

Vroeg in sy uiteensetting van die praktiese benadering waarna hy in die aanhaling hierbo verwys, verklaar die hof (397A) dat die maatstaf vir die berekening van skadevergoeding in die betrokke gevalle van bedrieglike wanvoorstelling die verskil is

“tussen die bedrag wat die eiser sonder die bedrieglike wanvoorstelling sou betaal het, en die bedrag wat hy as gevolg van bedrieglike wanvoorstelling oorreed is om te betaal.”

Na dié maatstaf verwys die hof as die *Bill Harvey*-beginsel en verklaar dan (397B–C) dat om van dié beginsel gebruik te maak daar net drie *facta probanda* is wat 'n eiser moet beweer en bewys, naamlik:

- (1) die teenprestie (gewoonlik 'n bedrag geld) wat die eiser sonder die bedrieglike wanvoorstelling vir die verweerder se prestasie (dikwels 'n *merx*) sou afgestaan het;
- (2) die feit dat die eiser deur middel van die bedrieglike wanvoorstelling oorreed is om hom tot 'n hoër teenprestasie te verbind (die kousale verband tussen die delik en die beweerde skade); en
- (3) die bedrag van sodanige verhoogde teenprestasie.”

Uit die *Bill Harvey*-beginsel volg daar volgens die hof die belangrike implikasie dat die eiser gewoonlik nie die markwaarde van die *merx* hoef te bewys nie en ontstaan daar die moeilike vraag of die eiser, om hom van sy bewyslas te kwyt om sy skade te bewys, getuienis moet lei om te bewys dat die verweerder wel met die eiser teen die eiser se prys sou gekontrakteer het. Na oorweging van die betrokke implikasie en die betrokke vraag som die hof sy gevolgtrekkings self soos volg op:

“1. 'n Eiser wat skade weens bedrieglike wanvoorstelling gely het, word nie deur enige regsreël verplig om die markwaarde van die *merx* wat hy as gevolg van bedrog om [teen?]'n opgeblaaide prys gekoop het, te beweer of te bewys nie.

2. Om sy skade te bewys, staan dit die eiser vry om te beweer en te bewys watter bedrag hy bereid sou gewees het om vir die *merx* te betaal indien hy nie mislei was nie; en dit sonder om getuienis te lei dat die verweerder sodanige bedrag sou aanvaar het. Tensy die eiser se getuienis ongeloofwaardig is, of tensy ander getuienis gelei word om dit in



twyfel te trek, sal sy skade dan op die verskil tussen die bedrag wat hy bereid sou gewees het om te betaal en die verhoogde bedrag waarop hy as gevolg van die bedrog ooreengekom het, bepaal word.

3. As die eiser nie in staat is om te bewys watter bedrag hy sou betaal het nie, staan dit hom vry om die markwaarde van die *merx* te beweer en te bewys. By ontstentenis aan getuienis wat enige ander bevinding regverdig, sal daar dan afgelei word dat die partye die kontrak teen die markprys van die *merx* sou aangegaan het as die eiser nie mislei was nie. Die eiser se skade word dan op die verskil tussen die markwaarde en die verhoogde bedrag waarop daar as gevolg van die wanvoorstelling ooreengekom is, bepaal.

4. As die eiser nie die markwaarde van die *merx* bewys nie, staan dit die verweerder vry om self die markwaarde te beweer en te bewys, en om die eiser se saak daarmee te bestry.

5. Indien die prys wat die eiser beweer dat hy vir die *merx* sou betaal het laer is as die markwaarde van die *merx*, sal die eiser verder moet beweer en bewys dat dit waarskynlik is dat die verweerder sodanige laer prys sou aanvaar het. In so 'n geval sal die hof eerder aanvaar dat die partye op die markprys sou ooreengekom het, tensy die eiser hom van daardie bewyslas kwyt" (400E-401A).

In die lig van wat in paragrawe 1 en 2 van die opsomming gesê word, kan paragraaf 5 nie beteken dat die eiser reeds in sy uiteensetting van eis moet beweer dat die verweerder die prestasie wat die eiser na bewering bereid sou gewees het om te lewer, sou aanvaar het nie. Waarskynlik beteken dit dat indien dit in die loop van die geding blyk dat die prestasie wat die eiser beweer hy sou gelewer het minder werd is as die teenprestasie wat deur die verweerder gelewer is, die eiser in sy getuienis sal moet beweer en deur sy getuienis sal moet bewys dat die verweerder wel die prestasie sou aanvaar het. Maar hoe dit ook al sy, die posisie skyn dus te wees dat die eiser in sy uiteensetting van eis slegs hoef te beweer wat hy bereid sou gewees het om te presteer, wat hy as gevolg van die wanvoorstelling wel presteer het (of onderneem het om te presteer) en dat hy skade gely het ten bedrae van die verskil tussen die putatiewe en werklike prestasies. Indien dié bewerings deur getuienis gestaaf word, rus daar 'n weerleggingslas op die verweerder om aan te toon dat hy nie die putatiewe prestasie sou aanvaar het nie. Van dié weerleggingslas kan hy hom aanvanklik kwyt deur slegs aan te toon dat die waarde van die prestasie waartoe die eiser na bewering bereid sou gewees het om hom te verbind, minder is as dié van die teenprestasie wat die verweerder gelewer het (of waartoe verweerder hom verbind het). Indien dit gebeur, sal die eiser hom van sy bewyslas kwyt slegs indien hy die hof kan oortuig dat die verweerder die putatiewe prestasie inderdaad sou aanvaar het. Aan die ander kant, indien dit sou blyk dat die putatiewe prestasie dieselfde (of 'n hoër) waarde het as die verweerder se teenprestasie, sal die verweerder hom van sy weerleggingslas kwyt slegs indien hy die hof kan oortuig dat hy nie die putatiewe prestasie sou aanvaar het nie. Op die feite in die onderhawige saak kom die hof na oorweging van die getuienis en met klem op paragraaf 5 van die aangehaalde opsomming tot die gevolgtrekking dat hoewel die inruilprys wat die eiser na bewering vir verweerder se voertuig sou toegelaat het, laer was as die markwaarde van die voertuig, die eiser hom wel van sy bewyslas gekwyt het en dit as waarskynlik bewys het dat die verweerder die betrokke prys sou aanvaar het sonder om aan te dring op wysiging van enige ander aspekte van die transaksie. Die eiser het sowel die kousale verband tussen die wanvoorstelling en die verhoogde inruilprys as die omvang van sy skade bewys. Die appèl slaag gevolglik.

Die beslissing is allesins te verwelkom. Dit verteenwoordig inderdaad 'n praktiese benadering tot die hele kwessie van *dolus incidens* en rus tegelykertyd op

'n baie suiwer teoretiese grondslag. Dit is ook billik teenoor sowel die misleide as die misleier. Ek is daarvan oortuig dat die lewe in die toekoms 'n bietjie makliker gaan wees vir praktisyns wat met probleme moet worstel wat ontstaan uit opsetlike wanvoorstellings wat kontraksluiting beïnvloed.

Ten slotte en terloops: die hof (395H-1) spreek die mening uit dat waar dit wat as 'n bedrieglike wanvoorstelling begin het uiteindelik 'n beding van die kontrak geword het, dit onnodig en soms selfs nadelig mag wees om deliktuele skade weens bedrieglike wanvoorstelling in plaas van kontraktuele skade weens kontrakbreuk te probeer vorder. Die moontlikheid van 'n deliktuele aksie word egter nie uitgesluit nie. Is daar dus hier 'n tipe geval ter sprake waar 'n eiser 'n vrye keuse tussen 'n deliktuele en 'n kontraktuele aksie het?

JG LOTZ  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## DIE TYDSTIP VIR DIE VASSTELLING VAN DIE IDENTITEIT VAN INTESTATE ERFGENAME

**Harris v Assumed Administrator, Estate MacGregor 1987 3 SA 563 (A)**

1 'n Erflater wend gewoonlik 'n poging in sy testament aan om intestate vererwing sowel by sy dood as op 'n latere tydstip te voorkom deur vir (volgens hom) alle redelike moontlikhede voorsiening te maak. Hierdie pogings ten spyte, tree intestate vererwing soms tog in lank na die erflater se dood en die aanvanklike inwerkingtreë van die testament. Die vraag ontstaan dan met verwysing na watter tydstip die intestate erfgename se identiteit vasgestel moet word: die erflater se dood of die uiteindelijke intrede van intestate vererwing?

2 Presies hierdie vraag het vir die soveelste keer die aandag van die hof geveer in die beslissing *Ex parte Harris: In re Estate MacGregor* 1985 4 SA 302 (C). Die feite is kortliks die volgende: die erflater het in 1943 te sterwe gekom en 'n testament nagelaat waarin hy 'n trust geskep het. Die inkomste uit die trust moes tydens sy oorlewende eggenoot se lewe aan haar betaal word. By laasgenoemde se dood moes die trustkapitaal verdeel word onder die kind of kinders wat uit hulle huwelik gebore sou word. Indien sy vrou sou sterf sonder oorlewende kinders moes die kapitaal na die erflater se broer gaan. Ook vir die broer is substitute in die persone van sy oorlewende kinders voorsien. Die erflater en sy eggenoot het nooit kinders gehad nie en die broer is in 1979 ook sonder kinders oorlede. Dit het dus duidelik geword dat, ondanks die erflater se noukeurige voorsorgmaatreëls, die trustkapitaal intestaat sou moes vererf. Die hof moes toe bepaal met verwysing na watter tydstip die identiteit van die intestate erfgename vasgestel moes word: die dood van die erflater in 1943 of die dood van sy broer in 1979 toe intestate vererwing 'n werklikheid geword het?

3 Reeds in die beslissing *Union Government (Minister of Finance) v Olivier* 1916 AD 74 is die appèlhof met 'n vraag na die tydstip vir die vasstelling van

die identiteit van intestate erfgename gekonfronteer. In hierdie geval het die interpretasie van 'n spesifieke wetgewende bepaling (nl a 4(1) Wet 30 van 1908 (O)) ter sprake gekom. Die volgende uitlating is in die loop van die uitspraak gemaak:

“By the words ‘a descendant who is also an heir *ab intestato* of such deceased person’ is meant one who, if the deceased had died without a will would have been an heir *ab intestato*. In determining who are the heirs *ab intestato* of a deceased person regard must be had to the date of his death.”

Die laaste gedeelte van hierdie aanhaling is gesien as sou dit die algemene reël neergelê het dat die identiteit van intestate erfgename met verwysing na die tydstop van die erflater se dood vasgestel moet word – dus ook in gevalle waar intestate vererwing nie by die erflater se dood nie, maar eers later ingetree het. Hierdie interpretasie blyk uit talle beslissings wat oor 'n lang tydperk gelewer is (*Jooste and Parfitt v Jooste's Executor* 1934 TPD 350 355; *In re Estate Ross* 1941 CPD 426; *Ex parte Dodgson* 1942 CPD 199 204; *Ramsumer v The Master (NPD)* 1978 4 SA 877 (N) 881; *Administrators, Estate Davies v Administrators, Estate Glaiser* 1982 4 SA 184 (W) 185). In laasgenoemde beslissing stel regter FS Steyn dit onomwonde in die volgende woorde:

“[B]y the unqualified statement that regard must be had to the date of his death in determining who are heirs *ab intestato* of a deceased person, a general principle was laid down.”

Ook skrywers oor die erfreg aanvaar blykbaar die algemene gesag van *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* in hierdie verband (sien o a Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn *The Law of Succession in South Africa* (1981) 581; Lee en Honoré *Family, Things and Succession* (1983) 408; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* (1987) 81 104).

4 In *Estate Anderson v Anderson* 1946 NPD 568 578 is die vraag vir die eerste keer geopper of *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* wel aanwending behoort te vind in ander gevalle as dié waar die erflater inderdaad intestaat *gesterf* het. Regter-president Hathorn kom egter tot die gevolgtrekking dat hy die betrokke *dictum* in die geval voor hom moes aanwend. Dieselfde vraag is ook deur die appèlhof in 'n *obiter dictum* in *Lello v Dales* 1971 2 SA 330 (A) 337–338 gevra maar die aangeleentheid is geensins verder gevoer nie. Die eerste doelbewuste afwyking van die *Union Government-dictum* het in die hooggeregshof van Zimbabwe plaasgevind. In *Swift v Pichanick* 1982 1 SA 906 (Z) is beslis dat by 'n latere intrede van intestate vererwing die identiteit van intestate erfgename met verwysing na laasgenoemde gebeurtenis vasgestel moes word en nie met verwysing na die erflater se dood nie. Daar is bevind dat die appèlhof in *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* inderdaad nie 'n algemeen-toepaslike reël neergelê het nie en dat die hof homself (anders as sy Suid-Afrikaanse eweknieë) nie gebonde hoef te ag aan die lang reeks gewysdes op hierdie punt nie. Ook is die hof nie beïnvloed deur die “formidable weight of textbook authority” in hierdie verband nie (910). In *Ex parte Harris: In re Estate MacGregor supra* het regter Tebbutt, na 'n deeglike ontleding van beskikbare gesag, sy steun vir die Zimbabwiese beslissing uitgespreek. Hy het hom egter verplig gevoel om die beslissings van die vorige 70 jaar te volg, ondanks sy “feelings as to their correctness to the contrary” (315). In die geval voor hom het dit dus beteken dat die intestate erfgename steeds vasgestel moes word met verwysing na die dood van die erflater in 1943 en nie die intrede van die intestate vererwing in 1979 nie. Tog het regter Tebbutt die versugting uitgespreek dat die



appèlhof die geleentheid sou kry om die hele vraagstuk weer in heroorweging te neem.

5 Hierdie geleentheid het besonder gou gekom, aangesien die onsuksesvolle applikant (die erflater se oorlewende eggenoot) in *Ex parte Harris: In re Estate MacGregor supra* teen die beslissing geappelleer het (*Harris v Assumed Administrator, Estate MacGregor* 1987 3 SA 563 (A)). Na 'n deeglike ontleding van verskeie gemeenregtelike bronne handel appèlregter Joubert die posisie in die Suid-Afrikaanse reg in enkele sinne af. Die regter bevind dat die hof in *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* nooit die bedoeling gehad het om 'n reël neer te lê wat algemene toepassing moes vind nie. Die betrokke *dictum* was slegs veronderstel om gevalle te reël waar die erflater intestaat *gesterf* het en nie waar intestate vererwing eers later ingetree het nie. Sonder om hoe-genaamd na enige ander beslissing te verwys, vervolg regter Joubert soos volg (575):

“Unfortunately there are some cases in which our Courts, without having regard to the principles of our common law, wrongly assumed that the second sentence of the *dictum* was a universal principle of our law which was also applicable to instances of supervening intestacy where a testator died leaving a valid will which subsequently became inoperative. Such cases were clearly wrongly decided and should therefore not be followed.”

Daar word aan die hand gedoen dat appèlregter Joubert hier tot die korrekte gevolgtrekking gekom het. Enkele opmerkings behoort egter gemaak te word met betrekking tot die werkswyse wat gevolg is om dié gevolgtrekking te bereik. Hierdie opmerkings hou slegs verband met die wyse waarop die appèlhof in hierdie geval beslissings van homself en ook provinsiale howe hanteer het.

6 In die Engelse reg het die presedenteleer tot in 1966 onverbiddelik toepassing gevind in die House of Lords vir sover dit oor eie vorige beslissings gegaan het. In Julie van daardie jaar het die Lord Chancellor egter in 'n sogenaamde “practice direction” verklaar dat, alhoewel daardie liggaam sy vorige beslissings normaalweg sou volg, daarvan afgewyk sal word “when it appears right to do so” (sien Lloyd *Introduction to Jurisprudence* (1985) 1157; Kahn 1966 *SALJ* 503–504). Hierdie beleidsverandering het hoe-genaamd nie tot 'n losse hantering van presedente gelei nie (Lloyd *op cit* 1104 e v). In hierdie verband is dit insiggewend om te let op die volgende woorde van Lord Hailsham in *Cassel & Co Ltd v Broome* 1972 AC 1027 (1972 1 All ER (HL) 801 810):

“[T]he House will act sparingly and cautiously in the use made of the freedom assumed by this declaration.”

(Sien ook *Jones v Secretary of State for Social Services* 1972 AC 944 (1972 1 All ER (HL) 145 171).) Ons appèlhof het homself nooit absoluut gebonde geag aan sy eie vorige beslissings nie en het dus deurgaans 'n meer pragmatiese benadering as die House of Lords gevolg (sien *Fellner v Minister of Interior* 1954 4 SA 523 (A) 529). (Met “vorige beslissing” word hier bedoel 'n vroeër beslissing van die appèlhof waar die meerderheidsuitspraak 'n duidelike *ratio decidendi* bevat: Kahn 1967 *SALJ* 179 e v.) Soos tans in die Engelse reg die geval is, sal enige afwyking wat wel plaasvind egter met “circumspection” geskied (*John Bell & Co Ltd v Esselen* 1954 1 SA 147 (A) 154; sien ook Kahn 1967 *SALJ* 179 e v). 'n Bewys hiervan is die talle beslissings waarin daar gepoog is om riglyne of kriteria neer te lê op grond waarvan 'n afwyking geregverdig sou wees. Hieronder tel oorwegings soos dat:

a 'n vorige beslissing “duidelik verkeerd” blyk te wees (*Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Strydom* 1984 1 SA 1 (A) 16 waar hierdie



die “vernaamste vereiste” genoem is; sien ook *Collett v Priest* 1931 AD 290 297; *Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A); *R v Sibiyi* 1955 4 SA 247 (A); *Rainbow Diamonds (Edms) Bpk v Suid-Afrikaanse Nasionale Lewensassuransiematskappy* 1984 3 SA 1 (A) 14); of

b ’n vorige beslissing “volkome in stryd met ons gemenerereg” is (*Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Strydom supra* 25); of

c die *handhawing* van ’n vorige beslissing “tot min of meer permanente onreg aanleiding kan gee” (*Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Strydom supra* 18); of

d die vorige beslissing praktiese probleme veroorsaak (*Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy* 1985 2 SA 769 (A) 780).

Die appèlhof is egter nie bereid om elke vorige beslissing van hom wat verkeerd is of met die gemenerereg bots, omver te werp nie. Inteendeel, verskeie faktore kan die hof in ’n bepaalde geval oortuig om dit nie te doen nie. Die belangrikste voorbeelde hiervan is oorwegings soos dat:

a die regsreël in die beslissing neergelê ’n nuttige een is (*Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 780); of

b “persone regte kon verkry en verpligtinge aangegaan het in vertroue op die finaliteit van ’n vorige beslissing . . .” (*Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Strydom supra* 16–17; *Cullinan v Noordkaaplans Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk* 1972 1 SA 761 (A) 767); of

c ’n regsreël wat in ’n vorige beslissing neergelê is konsekwent vir ’n lang tydperk toegepas is – iets wat natuurlik noodwendig met die vorige oorweging saamhang (*Cullinan v Noordkaaplans Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk supra* – 100 jaar; *Rainbow Diamonds (Edms) Bpk v Suid-Afrikaanse Nasionale Lewensassuransiematskappy supra* – 70 jaar; *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* – 70 jaar).

Dat die inhererende invloed van die beginsel van *stare decisis* by veral die laaste twee oorwegings ’n belangrike rol speel, kan sekerlik nie ontken word nie. Teen hierdie agtergrond is dit dan ook verstaanbaar waarom appèlregter Joubert in die onderhangige saak probeer aandui dat *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* nie as ’n presedent in sy weg staan nie. Soos reeds aangetoon, wys hy daarop dat die appèlhof nooit die bedoeling gehad het om ’n reël neer te lê wat algemene toepassing moes vind nie. Die betrokke *dictum* was spesifiek nooit veronderstel om ’n geval te reël waar intestate vererwing eers later ingetree het nie. Hierdie gevolgtrekking het dit dus eintlik onnodig gemaak om te motiveer waarom van ’n vorige beslissing afgewyk moes word. Die vorige tersaaklike beslissing was bloot nie ’n presedent nie. Daar word egter ter oorweging gegee dat hierdie gevolgtrekking nie so voor-die-hand-liggend is as wat uit appèlregter Joubert se uitspraak mag blyk nie. Eerstens word dit geïllustreer deur die feit dat *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* deur ’n hele reeks provinsiale houe oor ’n lang tydperk inderdaad as gesag aanvaar is vir die algemene stelling dat intestate erfgename met verwysing na die erflater se dood vasgestel moet word. Dan is daar natuurlik ook ’n “formidable weight of textbook authority” (sien *supra*) wat in dieselfde rigting dui. Verder was selfs die appèlhof by geleentheid huiwerig om die beperkte toepassing van *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* só duidelik uit te spel. In *Lello v Dales supra* (’n beslissing waarna appèlregter Joubert glad nie verwys nie) het

waarnemende appèlregter Miller (soos hy toe was) bloot die volgende versigtige stelling gemaak (337–338):

“In appropriate circumstances, however . . . the question whether the *dictum* in *Union Government (Minister of Finance) v Olivier* 1916 AD 74 at 90, was intended to be of general application . . . or was merely attuned to the particular circumstances of the case [might merit consideration].”

In hierdie omstandighede sou ’n omvattender ontleding van *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra*, in die lig van die wydgaande effek wat dit gehad het, miskien nie onvanpas gewees het nie.

7 Die appèlhof is as ons hoogste hof natuurlik nie gebonde aan ’n beslissing of selfs ’n hele reeks beslissings van provinsiale howe wat hy as verkeerd beskou nie (*Peri-Urban Areas Health Board v Munarin* 1965 3 SA 367 (A) 376; *LTA Engineering Co Ltd v Seacat Investments Ltd* 1974 1 SA 747 (A) 771; Kahn 1967 SALJ 191–193). Ondanks die bevoegdheid waaroor die hoogste hof beskik om sulke beslissings omver te werp, sal hy nietemin soms huiwerig wees om dit wel te doen. Hoofregter Centlivres het dit besonder duidelik gestel in *Holmes Executor v Rawbone* 1954 3 SA 703 (A) 711:

“[W]here decisions of inferior Courts have been regarded for a long period of time as being correct and where in all probability they have been acted on this Court should not lightly disturb those decisions.”

Die appèlhof sal dus versigtig wees om ’n reeks provinsiale beslissings omver te werp indien daardie beslissings oor ’n lang tydperk strek en die moontlikheid bestaan dat regsobjekte op grond daarvan regte kon verkry en verpligtinge kon aangegaan het (*Joubert v Enslin* 1910 AD 6 48; *Kergeulen Sealing and Whaling Co Ltd v CIR* 1930 AD 487 505; *Coronel’s Curator v Estate Coronel* 1941 AD 323 341–342; *Union Government v Rosenberg (Pty) Ltd* 1946 AD 120 130; *The Mine Workers Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 (A) 852). *Prima facie* lyk dit asof die reeks provinsiale beslissings wat op *Union Government (Minister of Finance) v Olivier supra* gevolg het wel in hierdie kategorie tuishoort. Nie alleen strek dit oor ’n tydperk van 70 jaar nie, maar die moontlikheid bestaan ook dat al dikwels staatgemaak is op die reg soos daarin uiteengesit. Juis laasgenoemde is een van die oorwegings waaraan regter Tebbutt in *Ex parte Harris: In re Estate MacGregor supra* 315 ernstige aandag geskenk het:

“There must also . . . be numerous instances where that date [die erflater se dood] has been applied unquestioningly by executors and administrators who, having referred to the cases and to the textbooks mentioned, have accepted that as the law.”

Hoe dit ook al sy, dit kom tog voor of die appèlhof ten volle geregverdig was om, soos hy wel gedoen het, van hierdie beslissings af te wyk. Buiten die duidelike gemeenregtelike gesag wat appèlregter Joubert behandel, is daar ook voldoende ander (praktiese) oorwegings waarom hulle nie gehandhaaf moes word nie. Hier kan net verwys word na die moontlikheid dat baie jare reeds kon verloop het sedert die erflater se dood en die uiteindelijke mislukking van sy testament. Dit kan groot praktiese probleme veroorsaak betreffende byvoorbeeld die opspoor van begunstigdes en die “heraktivering” van boedels wat reeds afgehandel is (sien *Swift v Pichanick supra* 905 e v; Murray 1982 *Annual Survey* 252–253). Desnietemin word hierdie oorweging nie genoem nie. Belangriker nog is die opvallende afwesigheid van enige verwysing, aan die hand van die riglyne genoem, na die status of effek van die reeks provinsiale beslissings wat hier ter sprake kom. Inteendeel, behalwe vir die kriptiese stelling dat hulle verkeerd

beslis is en dus nie gevolg behoort te word nie, word hoegenaamd nie na hierdie beslissings verwys nie.

8 'n Omvattende ontleding van beskikbare gemeenregtelike gesag is natuurlik altyd belangrik en dit is dan ook in die onderhawige beslissing met kenmerkende deeglikheid deur appèlregter Joubert onderneem. (Soos die appèlregter dit self stel (572): “*melius est petere fontem quam sectari rivulos*”.) Tog skep die werkswyse in hierdie geval die indruk dat die *uitsluitlike* klem daarop geplaas is. Uit die aard van die saak is só 'n benadering nie noodwendig vatbaar vir kritiek nie. Vrae ontstaan egter wanneer daar, benewens die stand van die gemenegereg, ook ander oorwegings ter sprake behoort te kom en dit om een of ander rede nie aangespreek word nie. Daar word aan die hand gedoen dat die oorwegings wat hierbo uiteengesit is inderdaad hier aandag moes gekry het. Die afwesigheid daarvan laat in die eerste plek die onbevredigende gevoel ontstaan dat die uiteindelige (waarskynlik korrekte) standpunt wat ingeneem is, nie na behore getoets is nie. In hierdie opsig is die beslissing dan ook minder bevredigend as wat dit andersins kon (en moes) gewees het. Belangriker nog is egter die vraag waarom die appèlhof verkies het om nie die status en effek van die beslissings wat genoem is, aan die relevante riglyne te toets nie. Dit was immers die bepalende faktor in die hof *a quo* se beslissing en is ook 'n aspek wat volledig in appèl geargumenteer is (soos blyk uit die advokate se argumente (564–571)). Het die sterk gemeenregtelike gesag dit hier minder relevant gemaak? Was die reël wat vir 70 jaar toegepas is só duidelik verkeerd dat dit nie nodig was om 'n afwyking te motiveer nie? Kan die afleiding dan gemaak word dat die werkswyse wat hier gevolg is, ook vir ander howe in soortgelyke omstandighede aanvaarbaar sou wees? Die gewig wat elke appèlhofbeslissing noodwendig dra, beteken dat hierdie vrae uiteindelik van meer as bloot akademiese belang is. Dit is daarom jammer dat die appèlhof nie in die onderhawige beslissing sy uitgangspunte duideliker uitgespel het nie.

MJ DE WAAL

*Universiteit van Stellenbosch*

**STATUM PERSONALE, LEX LOCI REGIT ACTUM EN DIE  
BEGINSEL VAN EKSTERRITORIALITEIT**

**Santos v Santos 1987 4 SA 150 (W)**

Die regspraak wat in hierdie saak voorgekom het, het betrekking op die sogenaamde internasionale privaatrek (of die botsing van statute, soos dit voorheen gestel sou geword het). Hierdie regsgebied het vandag baie afgedwaal van die oorspronklike Romeins-Hollandse reg en het 'n doolhof van reëls geword, danksy die invloed van die Engelse reg en van die Suid-Afrikaanse regsbeslissings, terwyl daar geen omvattende statutêre of gewoonteregtelike reëling erken word nie. Om die woorde van regter-president Van den Heever (soos hy destyds was) in die



saak van *Pretorius v Pretorius* 1948 SA 144 (0) 146 in hierdie verband aan te haal:

“Daar is geen samevattende reglement [nie] maar ’n bonte verskeidenheid van wetgewende lapwerk, soms van g’n hoë gehalte nie.”

In die *Santos*-saak kom hoofsaaklik ter sprake die toepassing van (1) die sogenaamde *statutum personale* wat die status van persone bepaal; (2) die reël *lex loci regit actum* (dit wil voorkom of Hahlo & Kahn *The South African Law of Husband and Wife* (1975) 585 e v die twee elemente nie presies onderskei nie); en (3) die beginsel van eksterritorialiteit wat weer op die gebied van die volkereg beweeg.

In die betrokke saak word ’n geval behandel van twee partye wat ’n huwelik aangegaan het in die land van domisilie (Suid-Afrika). Daar kan aanvaar word dat daar niks in die Suid-Afrikaanse reg, wat hulle *statutum personale* voorskryf, voorgekom het wat hulle huwelik enigszins belet het nie. Hulle gaan die huwelik egter in die Portugese konsulaat in Johannesburg aan en die vise-konsul voltrek die huwelik. Hy is egter nie ’n huweliksbeampte wat die huwelik volgens die Suid-Afrikaanse reg, dit wil sê ooreenkomstig Suid-Afrikaanse regsvoorskrifte, kan voltrek nie. Daar kan aanvaar word dat hy inderdaad die bevoegdheid gehad het om ’n huwelik volgens Portugese reg te voltrek. Maar die huwelik word in die Portugese konsulaat in Johannesburg voltrek en nou kom die vraag na eksterritorialiteit ter sprake: vorm die konsulaat vir doeleindes van die verrigting van regshandelinge, soos die sluiting van ’n huwelik, deel van die territoriale gebied van Suid-Afrika of moet dit geag word Portugese gebied te wees? Word die konsulaat geag Suid-Afrikaanse gebied te wees, dan sal die huwelik nietig wees volgens die reël *lex loci regit actum* aangesien dit nie deur ’n erkende huweliksbeampte voltrek is nie; beteken die begrip eksterritorialiteit daarenteen dat die konsulaat Portugese gebied is, dan sal die huwelik geldig wees, weer met toepassing van die reël *lex loci regit actum*, aangenome dat die vise-konsul so ’n huwelik volgens Portugese reg regmatig kon voltrek.

Afgesien van moontlike besondere reëlings tussen state (wat in die geval van Portugal en Suid-Afrika, vir sover dit die regshandeling van ’n huweliksluiting betref, nie bestaan nie), wil dit voorkom dat daar nie genoegsame duidelikheid is nie oor die vraag of eksterritorialiteit beteken dat ’n regshandeling wat in ’n konsulaat of soortgelyke perseel voltrek word, beskou moet word om bereikbaar te wees volgens die *lex fori* van die gasheerland (in die *Santos*-geval, Suid-Afrika) of ooreenkomstig die *lex fori* van die gasland (in die betrokke geval, Portugal). Dit is ’n probleem wat deur ’n ander vae begrip beheers word, naamlik dié van *comitas gentium*. *Comitas gentium* is ’n gedagtegang wat eeue gelede ontstaan het. Dit beteken dat die wellewendheid tussen state volgens die volkereg verg dat state oor en weer sekere toegewings in die geval van botsende regsreëls sal maak. Die geldigheid van vreemde reg en die toepassing daarvan in ’n gewee land word naamlik erken selfs al word daar op hierdie manier inbreuk gemaak op die basiese reël dat ’n hof slegs sy eie reg, die *lex fori*, erken en toepas.

Die idee van *comitas gentium* (De Vattel *Le Droit des Gens* 11 I 12) was in ’n groot mate bruikbaar in vroeëre eeue. Dit was ’n tyd toe die wêreld net uit Europa bestaan het en die state van Europa ’n min of meer gelyke peil van ontwikkeling en beskawing geken het. Selfs geloof het in ’n mate ooreengestem. In die moderne tyd, waarin ’n ander internasionale wêreld ontstaan het, is die situasie nie meer so eenvoudig nie. Tog moet daar in gedagte gehou word dat



die toepassing van die idee van *comitas gentium* altyd beperk is. Daar is naamlik aanvaar dat die vreemde reg nie eerbiedig sal word nie wanneer dit pertinent deur 'n bepaling van die *lex fori* uitgeskakel word; of waar dit in stryd is met die morele en godsdienstige opvattinge van die gemeenskap wat deur die *lex fori* beheers word; of wanneer die toepassing van die vreemde reg skadelik vir die staat of die lede van die betrokke gemeenskap sou wees (kyk in hierdie verband bv na *Seedat's Executors v The Master (Natal)* 1917 AD 302 en daarteenoor *Friedman v Friedman's Executors* 1922 NLR 259). Dit kan dus gebeur dat 'n regshandeling (bv huweliksluiting) geldig is in die land van sy voltrekking (volgens die reël *lex loci regit actum*), maar as ongeldig geag word in die land van die domisilie van die party(e) (en selfs elders) ooreenkomstig die *statutum personale* wat 'n persoon se status beheers. Dit is 'n ongelukkige toestand wat die partye merendeels aan hulself te wyte het. Dit gebeur naamlik in die praktyk dat die partye 'n huwelik binne 'n vreemde regsgebied laat voltrek met die doel om op hierdie manier by die beperkings van die *statutum personale* of van die *lex fori* verby te kom. Die Romeins-Hollandse skrywers het destyds nie moeilikheid gehad om sodanige huwelike te negeer nie. As voorbeeld word geneem persone wat in Rotterdam gedomisilieer is en 'n huwelik in Engeland sluit waar daar minder formaliteite as in Rotterdam verlang word (kyk bv Voorda *De Statutis* (1985) cap 3 s 28; ook bv Huber *Heedendaegse Rechtsgeleerdheyt* 1 3 32; Huber *Praelectionum Iuris Civilis Tomi Tres* 1 111, *De Conflictu Legum* s 8; Voet *Commentarius ad Pandectas* 1 4 11 14, XXIII 2 4; De Vattel *Le Droit des Gens* II VIII 115). In die *Santos*-saak word nie gemeld of die partye die huwelik in die konsulaat gesluit het met die doel om die Suid-Afrikaanse formaliteite te omseil nie. Aangenome dat dit nie so is nie, dan hoort die huwelik volgens die *lex loci regit actum*-reël in Suid-Afrika geldig te wees aangesien 'n huwelik volgens Portugese reg seker nie in Suid-Afrika in stryd met die plaaslike sedes en gewoontes geag sal word nie.

Maar nou kom die vraag van eksterritorialiteit na vore. Beteken die feit dat 'n konsulaat eksterritorialiteit geniet, en met inagneming van die *comitas gentium*, dat 'n regshandeling of enige ander handeling wat daar voltrek word, nie in stryd met die reg van die gasheerland sal wees nie? Ten spyte van 'n mate van verskil van mening onder die skrywers oor die volkereg, moet die begrip van eksterritorialiteit, soos in die *Santos*-saak verduidelik, die betekenis van immuniteit gegee word en daarbenewens ook dié van onskendbaarheid. Die gedagte is ten eerste dat geakkrediteerde buitelandse personeel (en dit sluit in die moderne tyd merendeels konsuls in) in die gasheerland immuun teen vervolging is en dat die howe van daardie land hulle handelinge (siviël- en strafregtelik) nie sal bereg nie. Soos dit in die meeste gevalle gestel word, is die begrip eksterritorialiteit slegs 'n fiksie en word daarmee slegs die immuniteit van die geakkrediteerde persoon, die geboue van die betrokke gasland, ensovoorts aangedui. So is dit voorheen verstaan (kyk bv Grotius *De Iure Belli ac Pacis* II XVIII IV 5 (*quasi extra territorium*); Van Bynkershoek *Quaest Iur Publ* I 8 9 10 11; Groenewegen *De Legibus Abrogatis ad C* 3 24 *pr -L ult*; Van Zurck *Codex Batavus s v Ambassadeurs* ens, in besonder ss V XVII n 6 XIX; Vromans *De Foro Competenti* I 1 n 28; Bort *Tractaet Handelende van de Arresten* 4, in besonder n 6 11 15 18 20 21; De Vattel *Le Droit des Gens* IV VI 76 120 IV VII 98-101, IV VIII 110 115 IV IX 117) en so ook merendeels vandag (kyk bv Brownlie *Principles of Public International Law* (1979) 347 ("exterritoriality now

discredited”); Oppenheim *International Law* (1958) 793 (“Exterritoriality a fiction”), en wat die funksies van konsuls betref (839): “to register marriages of the subjects of the State which they represent”; Rousseau *Droit International Public* IV (1980) s 135; Delbez *Les Principes Généraux du Droit International Public* (1964) 297 (“qu’on désigne traditionnellement, quoique l’expression soit impropre, du nom d’exterritorialité . . .”) en 303; ook De Vattel *Le Droit des Gens* IV VIII 111 113 *in fine* (“les chose là sont considérées comme étant hors du Territoire, avec la persone à qui elles appartiennent”), 115 (l’Ambassadeur . . . il est censé hors du Territoire . . .). Die uitgangspunt is natuurlik gesond, maar gelyktydig is dit ’n feit dat handelingse soos moord, verkragting, invoer van wapens en verdowingsmiddels – om nie van verkeersoortredings te praat nie – taamlik dikwels deur sodanige personeel van sommige lande gepleeg word. Eweneens word baie sivielregtelike verpligtings nie nagekom nie. Die gasland self is dikwels nie bekommerd oor sulke optredes nie en help selfs daarmee, ook al word dit veronderstel dat bedoelde personeel en state nie aan sodanige oortredings deel sal hê nie.

Afgesien van immuniteit, beteken eksterritorialiteit ook onskendbaarheid: niemand mag die gebied van byvoorbeeld ’n ambassade sonder die toestemming van die bevoegde geakkrediteerde personeellid van sodanige gebou betree nie. In besonder is hierdie verbod van toepassing op die geregtelike of gewapende magte van die gasheerland. Die verbod kom vanselfsprekend as resultaat van die begrip *comitas gentium*. Dit is primêr bedoel as ’n beskermingsmaatreël vir die personeel en belange van die betrokke vreemde moondheid. Ook in hierdie verband vind misbruik meermale plaas, in die sin dat persone teen hulle sin op sulke persele aangehou word, verbode materiaal soos wapens en verdowingsmiddels op sodanige persele aangehou of verberg word, stappe tot ondermyning van die gasheerland daarvandaan onderneem word en asiel aan misdadigers of vermeende misdadigers daar verleen word. (kyk bv Grotius *De Iure Belli ac Pacis* II XVIII VIII 2 (“ius asyli in domo sua quibusvis eo confugientibus, ex concessione pendat eius apud quem agit”); De Vattel *Le Droit des Gens* IV VII 91, IV VIII 110, IV IX 118). Dit verleen dus nie die bevoegdheid om regshandeling daar te laat verrig wat nie in ooreenstemming met die regsvoorskrifte van die gasheerland is nie.

Soos in die *Santos*-saak genoem word, kan dit gebeur dat sommige lande (waaronder ook Suid-Afrika) die aangaan van sekere regshandeling (waaronder die huwelik) in die konsulate van sodanige lande, ooreenkomstig die regsvoorskrifte van sodanige lande, wetlik erken. In ’n groot mate het sodanige praktyk verdwyn (kyk Berber *Lehrbuch des Völkerrechts* I (1975) 289 291 (k), 365 (“Konsulargerichtsbarkeit obsolet”). Die gasheerland hoef egter nie sulke regshandeling (bv ’n huwelik) as geldig te erken nie. Die gasheerland sou dus kon besluit dat sodanige regshandeling ongeldig is. Bowendien, die reg van retorsie kan aangewend word om al sulke regshandeling ongeldig te verklaar; nie slegs die handeling wat in so ’n konsulaat aangegaan word nie, maar ook dieselfde regshandeling wat op die nasionale gebied van die gasland verrig word.

**DIE BENADELING VAN DIE GEMEENSAPLIKE BOEDEL OF  
VAN 'N GADE GETROUD BINNE GEMEENSAP VAN  
GOEDERE DEUR DIE NALATIGE OPTREDE VAN DIE ANDER  
GADE EN 'N DERDE**

**Labuschagne v Cloete 1987 3 SA 638 (T)**

In hierdie saak is die eiser en sy vrou binne gemeenskap van goedere getroud. Terwyl die vrou haar skoonma na 'n besoek huis toe geneem het, word die motor ('n bate van die gemeenskaplike boedel) waarin hulle gery het, beskadig in 'n ongeluk met 'n motorfiets. Die eiser stel 'n aksie vir skadevergoeding teen die bestuurder van die motorfiets (die verweerder) in.

Die verweerder ontken dat hy nalatig opgetree het. As alternatief beweer hy nietemin dat indien daar wel nalatigheid aan sy kant was, die eiser se vrou ook nalatig was en dat die eiser se skade ingevolge artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 verminder moet word. Die rede hiervoor is volgens die verweerder òf die eiser se middellike aanspreeklikheid vir sy vrou se optrede, òf skuldidentifikasie (die vrou se nalatigheid word die eiser weens die bestaan van die gemeenskaplike boedel toegereken). Hierbenevens stel die verweerder ook 'n teeneis teen die eiser, as verteenwoordiger van sy vrou, vir skade aan sy motorfiets in (sien 640-641).

Die hof bevind dat sowel die vrou as die verweerder die ongeluk nalatig veroorsaak het (641-643); dat die man nie middellik vir sy vrou se optrede aanspreeklik is nie (omdat, in navolging van *Du Plessis v Faul* 1985 2 SA 85 (NK) 92, die motor nie in sy belang bestuur is nie - sy vrou het dit naamlik bloot as deeleienaar gebruik - en hy ook nie 'n reg op beheer gehad het oor die wyse waarop sy die motor moes bestuur nie) (643-645); dat skuldidentifikasie nie tussen gades getroud binne gemeenskap van goedere geskied nie (645-647; hierop word *infra* uitgewei); en dat die verweerder se teeneis nie deugdelik is nie omdat die eiser se vrou nie as 'n party tot die geding gevoeg is nie (647-649). Gevolglik slaag die eis.

Alhoewel nou volmondig met die uitspraak van regter Kirk-Cohen saamgestem word, verdien die kwessie van *skuldidentifikasie* nadere beskouing. Die beginsel dat 'n vrou se nalatigheid haar man toegereken word met wie sy binne gemeenskap van goed getroud is, is vir die eerste keer in ons reg in *Van Zyl v Gracie* 1964 2 SA 434 (T) toegepas. Ook hier is 'n gemeenskaplike bate, 'n motor, weens die nalatigheid van die vrou en 'n derde beskadig. Die man in sy hoedanigheid van beheerder van die gemeenskaplike boedel, eis die volle skade van die derde. Die hof neem egter die vrou se bydraende nalatigheid in ag en verdeel die skadevergoeding dienooreenkomstig. Mens het dus te doen met skuldidentifikasie: die vrou se nalatigheid word die man, as eiser, toegereken omdat die man en vrou gemeenskaplike eienaars van die motor is en die man, as beheerder van die gemeenskaplike boedel, dus eintlik namens albei ten behoeve van die



gemeenskaplike boedel eis. In *Rosen v Pretorius* 1970 2 PH J32 (N) bereik die hof dieselfde resultaat. (Sien ook *in casu* 645–646 vir ’n bespreking van hierdie twee sake.)

Hierdie benadering is egter direk strydig met die uitdruklike bepalings van artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding wat soos volg lui:

“Waar iemand skade ly wat deels aan sy eie skuld en deels aan die skuld van ’n ander persoon te wyte is, word ’n vordering ten opsigte van bedoelde skade nie ten gevolge van die skuld van die eiser verydel nie, maar word die skadevergoeding wat ten opsigte daarvan verhaalbaar is in so ’n mate deur die hof verminder as wat die hof, *met inagneming die mate van die eiser se skuld met betrekking tot die skade*, regverdig en billik ag” (my kursivering).

Die eenvoudige waarheid is dus dat ’n eiser se eis verminder mag (en moet) word *slegs* vir sover *hyself* “skuld met betrekking tot die skade” het. Daarom behoort die derde dan ook nie in die onderhawige gevalle op ’n verdeling van skadevergoeding aanspraak te kan maak nie, bloot omdat die eiser (onskuldige gade) geen skuld ten aansien van die skade het nie. Hierdie redenasie blyk ook uit *Van Schalkwyk v Fölscher* 1974 4 SA 967 (NK) 968–969, en *Grove v Ellis* 1977 3 SA 388 (K) 390 waar tereg tot die slotsom gekom word dat *Van Zyl v Gracie* en *Rosen v Pretorius* verkeerd beslis is. (Sien ook *in casu* 646–647 vir ’n bespreking van eg twee sake.) In *Grove v Ellis supra* 390 stel die hof dit soos volg:

“[I]n my view the language of s 1(1)(a) of Act 34 of 1956 is not wide enough to include the negligence of the claimant’s wife to whom he is married in community of property, regardless of whether the spouses are regarded as co-owners with only one estate or one pecuniary interest being at stake.

Section 1(1)(a) only allows an apportionment in those cases where the ‘claimant was at fault’, and in my view it cannot be said, in the present case, that the claimant was in any way at fault.

Ordinarily one spouse is not responsible for the delicts of the other, and the negligence of the one would not be imputable to the other, save in those cases based on vicarious responsibility. This is the case even where the parties are married in community of property . . .

This being the case, it would require an extended interpretation of the wording of s 1(1)(a) in order to impute to the claimant also his wife’s negligence, which, in my view, is not justified on the wording of the Act.”

*In casu* onderskryf regter Kirk-Cohen ook die *Van Schalkwyk*- en *Grove*-saak. Hy verklaar (647):

“Na my mening het die hof in *Van Zyl v Gracie* art 1(1)(a) verkeerd vertolk; ’n man en vrou getroud binne gemeenskap van goed is nie een persoon of dader vir doeleindes van die artikel nie – anders gestel, waar die artikel bepaal dat verdeling plaasvind met ‘inagneming van die mate van die eiser se skuld met betrekking tot die skade’ sluit dit nie die eiser se eggenote met wie hy binne gemeenskap van goedere getroud is in nie. (Dit sou anders wees waar middellike aanspreeklikheid ter sprake is.) Die juiste uitleg van die artikel is dié in *Grove v Ellis* uiteengesit.

Die benadering in *Van Schalkwyk v Fölscher* (en gevolglik ook dié in *Grove v Ellis*) is in *Kapp v Protea Assurance Co Ltd* 1981 (3) SA 168 (A) goedgekeur. In gemelde saak het die appellant (eiser) se oorlede vrou sy voertuig tydens ’n botsing bestuur. Op appèl is bevind dat die respondent (verweerder) wel nalatig was. Op 172B–C het Jansen AR die volgende gesê: ‘Whether the deceased was at all negligent is unnecessary to decide. An alternative contention advanced in the respondent’s heads of argument, viz that the damages should in any event be reduced in terms of s 1 of Act 34 of 1956, was not persisted in, no doubt in view of a case such as *Van Schalkwyk v Fölscher* 1974 (4) SA 967 (E).’”



In die lig van bostaande kan mens dus met redelike sekerheid verklaar dat die beginsel van skuldidentifikasie tussen gades getroud binne gemeenskap van goedere nie deel van ons reg is nie. Die vraag ontstaan nou of die verweerder in die situasie onder bespreking noodwendig altyd die volle skade moet dra, en of daar nie vir hom 'n ander uitweg is nie. Reeds in *Grove v Ellis* (*supra* 390; vgl ook in *casu* 647) verskaf regter Viviers die antwoord:

“Under the amendments effected to the Apportionment of Damages Act by Act 58 of 1971, the proper remedy of a defendant, under circumstances such as the present, would be to claim a contribution from the negligent wife as a joint wrongdoer.”

Ten einde hierdie remedie in die regte perspektief te plaas, moet enigsins uitgewei word.

Voor die inwerkingtreeding van die Wysigingswet op die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 58 van 1971 kon 'n eggenoot getroud binne gemeenskap van goed nie as 'n mededader saam met 'n derde teen die onskuldige gade (eiser) beskou word nie. Soos bekend, het hierdie toedrag van sake voortgevloeit uit die reël dat 'n gade getroud binne gemeenskap van goed nie 'n delik teen die ander kan pleeg nie en dat hulle mekaar daarom nie *ex delicto* kan aanspreek nie (sien bv *Tomlin v London and Lancashire Insurance Co Ltd* 1962 2 SA 30 (D) 32–33; *Kleinhans v African Guarantee and Indemnity Co Ltd* 1959 2 SA 619 (OK) 626). Die rede hiervoor is die bestaan van die *gemeenskaplike boedel* – aanspreeklikheid sou sinloos wees omdat die onskuldige gade vergoed sou moes word met bates uit die gemeenskaplike boedel om dit daarna net weer in die gemeenskaplike boedel terug te plaas; dus 'n geval van met die een hand neem en met die ander weer teruggee (sien ook Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1985) 349). In ooreenstemming met hierdie reëling het die hof dan ook beslis dat die onskuldige gade, hetsy die man as beheerder van die gemeenskaplike boedel vir skadevergoeding, hetsy die man of vrou vir genoegdoening weens persoonlike beserings, die volle bedrag vergoeding van die derde kon verhaal en daarmee uit en gedaan; die derde kon nie 'n regreseis teen die skuldige gade as mededader instel nie (sien bv die *Kleinhans*-saak *supra* 626; Van der Merwe en Olivier 355).

Hoe dit ook al sy, die inwerkingtreeding van die Wysigingswet van 1971 het 'n verandering in hierdie onbevredigende toedrag van sake teweeggebring. Artikel 1(a)(1A) lui naamlik soos volg:

“Behoudens die bepalings van die eerste voorbehoudsbepaling by subartikel 6(a), word 'n persoon by die toepassing van hierdie artikel geag 'n mededader te wees indien hy 'n mededader sou gewees het as dit nie was vir die feit dat hy binne gemeenskap van goedere met die eiser getroud is nie.”

'n Eggenoot getroud binne gemeenskap van goed kan dus nou as 'n mededader saam met 'n derde teen die ander gade beskou word. Dit beteken dat die onskuldige gade steeds sy of haar volle eis om skadevergoeding of genoegdoening van die derde kan verhaal. Op sy beurt het die derde egter – mits die nodige kennis van aksie ingevolge artikel 2(2) van Wet 34 van 1956 gegee is – 'n regsesreg teen die gemeenskaplike boedel (vgl nietemin *infra* oor a 19 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984) deur middel van die skuldige gade as mededader (vgl in hierdie verband *SA Onderlinge Brand- en Algemene Versekering Bpk v Van den Berg* 1976 1 SA 602 (A)). (Let daarop dat ten spyte van die feit dat die skuldige gade as mededader geag word, die onskuldige eggenoot steeds nie – weens die bestaan van die gemeenskaplike boedel – 'n aksie teen hom of haar kan instel nie: sien *Delport v Mutual and Federal Insurance*

*Co Ltd* 1984 3 SA 191 (D) 194–195.) In hierdie lig beskou, is dit eintlik on-verstaanbaar waarom die verweerder nòg in *Grove v Ellis supra*, nòg *in casu* die aangeduide weg gevolg het deur die skuldige gade as mededader te betrek (in *Van Schalkwyk v Fölscher supra* het die betrokke ongeluk voor die inwerking-treding van die Wysigingswet van 1971 plaasgevind).

Volledigheidshalwe kan daarop gewys word dat die posisie sedert 1984 verder deur die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 gereël word. Ingevolge artikel 33 van hierdie wet word die voorbehoudsbepaling tot artikel 1(a)(1A) van die Wysigingswet van 1971 geskrap. Die Wet op Huweliksgoedere (a 18(a)) onderskei nou geheel en al tussen skadevergoedings- en genoegdoeningseise. Genoe-gdoening word die afsonderlike goed van die (onskuldige) gade aan wie dit toegeken is. Die derde kan dus nie sy regresreg daarteen uitoefen nie. Skadevergoeding vir vermoënskade (soos m b t die motor *in casu*) val daarenteen in die ge-meenskaplike boedel en is daarom onderworpe aan die derde se regreseis. Juis omdat genoegdoening die afsonderlike goed van die onskuldige gade word – en die gemeenskaplike boedel dus nie meer in die weg staan nie – bepaal die wet (a 18(b)) voorts dat sodanige gade wel 'n eis vir genoegdoening weens persoonlike beserings teen die ander gade kan instel. (Hierdie artikel wysig gevolglik die *Delpont*-saak *supra* in die huidige verband.) Die onskuldige gade kan dus nou met betrekking tot genoegdoening òf die ander gade, òf die derde, òf albei aan-spreek. Ten slotte bepaal die Wet op Huweliksgoedere (a 19) dat indien 'n gade wat binne gemeenskap van goedere getroud is, deliktueel aanspreeklik is vir skadevergoeding of genoegdoening (of indien 'n bydrae kragtens die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 op hom verhaalbaar is), sodanige vergoeding of bydrae (of enige koste teen hom toegeken) van sy afsonderlike goed, indien daar is, verhaal moet word voordat die eiser hom tot die gemeen-skaplike boedel wend. Indien die gemeenskaplike boedel wel vir hierdie doel gebruik is, moet verrekening ten gunste van die onskuldige gade (of sy boedel) by ontbinding van die gemeenskaplike boedel geskied.

J NEETHLING

*Universiteit van Suid-Afrika*

**OORDRAG VAN BATES IN GEVAL VAN EGSKEIDING  
INGEVOLGE ARTIKEL 36 VAN DIE WET OP  
HUWELIKSGOEDERE 88 VAN 1984**

**Mathabathe v Mathabathe 1987 3 SA 45 (W)  
Milbourn v Milbourn 1987 3 SA 62 (W)**

Artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 voeg subartikels 7(3) tot 7(6) in die Wet op Egskeiding 70 van 1979 in. Volgens hierdie subartikels verkry die hof wat 'n egskeidingsbevel verleen, die bevoegdheid om in bepaalde omstandighede te gelas dat sommige of al die bates van die een gade aan die

ander gade oorgedra word. Hierdie bevoegdheid kan net uitgeoefen word indien die gades voor 1 November 1984 getroud is, 'n huweliksvoorwaardeskontrak aangegaan het waarin gemeenskap van goed, gemeenskap van wins en verlies en enige vorm van aanwasdeling uitgesluit is en die gades geen ooreenkoms betreffende die verdeling van hulle bates aangegaan het nie. Indien aan hierdie vereistes voldoen word, kan een van die gades op grond daarvan dat hy of sy gedurende die bestaan van die huwelik direk of indirek bygedra het tot die instandhouding of groei van die ander gade se boedel, so 'n aansoek tot die hof rig.

Met die eerste oogopslag lyk dit of artikel 36 slegs ter sprake kan kom indien die partye buite gemeenskap van goed getroud was en die huweliksvoorwaardeskontrak 'n kontrak in die tradisionele sin was, dit wil sê een wat nie vir gemeenskap van goed, gemeenskap van wins en verlies of aanwasdeling in enige vorm voorsiening gemaak het nie. Die relevante gedeelte van artikel 36(b) lui naamlik soos volg:

“ 'n Hof wat 'n egskedingsbevel verleen ten opsigte van 'n huwelik buite gemeenskap van goed wat voor die inwerkingtreding van die Wet op Huweliksgoedere, 1984, gesluit is *ingevolge huweliksvoorwaardes waardeur gemeenskap van goed, gemeenskap van wins en verlies en aanwasdeling in enige vorm uitgesluit is . . .*” (my kursivering).

Hierdie besondere bewoording van die wet laat die vermoede ontstaan dat 'n huwelik tussen Swartes ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927, waar die huwelik outomaties buite gemeenskap van goed is (met behoud van die maritale mag van die man), buite die trefwydte van die artikel val. Dieselfde geld vir huwelike wat outomaties buite gemeenskap van goed is volgens die reg van die plek waar die man ten tyde van huweliksluiting gedomisileer is, byvoorbeeld huwelike gesluit volgens die Engelse reg.

Twee beslissings oor die toepassing van artikel 36 in genoemde twee gevalle is onlangs gerapporteer. In die eerste beslissing, *Mathabathe v Mathabathe*, is die ter sake feite kortliks die volgende: Die partye in die egskedingsgeding is Swartes wat ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 buite gemeenskap van goed getroud is. Die regspraak is of die hof ooreenkomstig artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 'n herverdelingsbevel van die partye se bates kan gelas. In die saak is nie betwis dat die partye voor 1 November 1984 buite gemeenskap van goed getroud is nie. Die vraag of die partye 'n “tradisionele” huweliksvoorwaardeskontrak gesluit het, kom egter ter sprake. Namens die man (die eiser in die egskedingsgeding) is aangevoer dat sy huwelik buite gemeenskap van goed is slegs omdat artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 so bepaal (48H-I). Artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 is dus nie op die partye se huwelik van toepassing nie aangesien die partye geen huweliksvoorwaardeskontrak gesluit het nie. 'n Huweliksvoorwaardeskontrak ingevolge artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding beteken slegs 'n formele, notarieel-verlyde kontrak (49D-H).

Namens die vrou (die verweerder in die egskedingsgeding) is aangevoer dat die verwysing na 'n huweliksvoorwaardeskontrak in artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (50C)

“must not be understood in a narrow sense as being confined to a formal antenuptial contract, executed before a notary public, expressly excluding the three institutions mentioned, and registered in the deeds registry.”



Op 50E-F is verder geargumenteer dat 'n huweliksvoorwaardeskontrak wyd geïnterpreteer moet word. Daarom is 'n huweliksvoorwaardeskontrak "in its broadest sense . . . simply a contract concluded before a marriage and relating to the intended marriage."

Hierdie wye interpretasie van 'n huweliksvoorwaardeskontrak vind byval by die hof want regter Stegmann wys daarop dat 'n huweliksvoorwaardeskontrak òf 'n formele, notarieel-verlyde kontrak kan wees (51D), òf 'n blote ooreenkoms tussen die partye om die vermoënsregtelike gevolge van hulle huwelik te reël en wat nie notarieel verly of geregistreer is nie (in welke geval dit slegs *inter partes* geldig is (51E-G)), òf dit kan enige voorhuwelikse kontrak wees – selfs 'n verlosing! (51I-J). Regter Stegmann laat hom soos volg uit (51J-52A):

"Every seriously intended promise of marriage, or contract of betrothal, or engagement to be married, has potential legal consequences and is literally an 'antenuptial contract' when that expression is used, as it properly may be, to refer to every kind of pre-marital agreement."

Na 'n bespreking van hoofregter Watermeyer se uitspraak in *Ex parte Minister of Native Affairs: In re Molefe v Molefe* 1946 AD 315 kom regter Stegmann tot die gevolgtrekking dat ook 'n huweliksvoorwaardeskontrak soos bedoel in artikel 36 wyd geïnterpreteer moet word en nie slegs as 'n formele, notarieel-verlyde kontrak gedefinieer moet word nie. Die regter beslis gevolglik dat Swartes wat ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 buite gemeenskap van goed getroud is, wel 'n huwelik soos bedoel in artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding gesluit het.

Oor die vraag of die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 hoegenaamd op Swartes van toepassing is, wys regter Stegmann daarop dat artikel 25(1) van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 uitdruklik bepaal dat hoofstukke II en III van hierdie wet nie op Swartes se huwelike van toepassing is nie. Hoofstukke I en IV is wel. Aangesien artikel 36 in hoofstuk IV voorkom, is dit 'n aanduiding dat artikel 36, waardeur subartikels 7(3) tot (6) in die Wet op Egskeiding 70 van 1979 ingevoeg is, wel op huwelike tussen Swartes van toepassing is wat ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 buite gemeenskap van goed getroud is.

Wat Swartes se huwelike betref, behoort 'n soortgelyke situasie in die toekoms eger nie weer probleme op te lewer nie aangesien 'n wysiging van artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 nou in die vooruitsig gestel word. Artikel 2 van die Wysigingswetsontwerp op Huweliks- en Huweliksgoederereg 120 van 1987 bepaal uitdruklik dat 'n hof in geval van 'n egskeiding tussen Swartes wat ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 buite gemeenskap van goed getroud is, 'n herverdelingsbevel van die partye se bates kan gelas ooreenkomstig die bepalings van artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984. Hierdie wysiging spruit voort uit die aanbevelings van die Suid-Afrikaanse regs-kommissie na aanleiding van die ondersoek na huwelike en gebruikelike verbindings van Swartes.

In die tweede saak, *Milbourn v Milbourn*, is adjunk-regter-president Coetzee se uitspraak direk teenstrydig met die beslissing in die *Mathabathe*-saak. Hy sê (65A): "I find myself in respectful disagreement with my Colleague about the meaning of these words in s 7(3)" omdat sy kollega se vertolking volgens hom duidelik verkeerd is (65D). Dit het tot gevolg dat daar twee teenstrydige beslissings in die Witwatersrandse plaaslike afdeling oor dieselfde aangeleentheid



bestaan. Tot tyd en wyl 'n hoër hof of die wetgewer die kwessie opklaar, heers daar dus onsekerheid.

In die *Milbourn*-saak is die partye in Engeland getroud waar hulle ook op daardie stadium gedomisileer was. Die partye het geen huweliksvoorwaardeskontrak gesluit nie, maar volgens die Engelse reg was hulle outomaties buite gemeenskap van goed met uitsluiting van wins en verlies en aanwas getroud. Die regspraak is weer eens of die hof 'n herverdelingsbevel van die partye se bates kan gelas ooreenkomstig artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984.

Regter Coetzee beslis dat artikel 36 nie van toepassing is op die huwelik van partye wie se huwelik kragtens 'n ander regstelsel outomaties buite gemeenskap van goed is nie. Die hof kan slegs 'n herverdelingsbevel van die partye se bates gelas indien die partye inderdaad 'n huweliksvoorwaardeskontrak gesluit het. Verder beteken 'n huweliksvoorwaardeskontrak in hierdie verband slegs 'n kontrak wat die vermoënsregtelike posisie van die partye tydens die bestaan van die huwelik reël. Die verlowingskontrak kan dus net as 'n huweliksvoorwaardeskontrak beskou word indien dit iets meer bevat as die blote ooreenkoms om in die toekoms met mekaar in die huwelik te tree, met ander woorde

“it must contain the further terms relating to the proprietary regime after marriage for the judicial discretion to be exercisable” (65B).

Regter Coetzee swyg egter oor die notariële verlyding en registrasie van die huweliksvoorwaardeskontrak. Indien die hierbo vermelde drie moontlike interpretasies van 'n huweliksvoorwaardeskontrak in gedagte gehou word, wil dit voorkom asof hy 'n huweliksvoorwaardeskontrak nie bloot as 'n formele, notarieel-verlyde en geregistreerde kontrak definieer nie, maar daarby ook enige ooreenkoms tussen die partye insluit wat hulle vermoënsregtelike gevolge tydens die bestaan van die huwelik reël. Hy vind dit onnodig om 'n mening oor die verskillende interpretasies van 'n huweliksvoorwaardeskontrak uit te spreek (65E).

In die lig van die teenstrydige uitsprake in bogemelde twee vonnisse is dit duidelik dat daar onsekerheid bestaan met betrekking tot die toepassing van artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 onder genoemde omstandighede. In die *Mathabathe*-saak beslis regter Stegmann dat die verdeling van bates tussen Swartes moontlik is al het hulle geen huweliksvoorwaardeskontrak gesluit wat die vermoënsregtelike gevolge van hulle huwelik reël nie; in die *Milbourn*-saak laat Coetzee die punt uitdruklik oop (65C). Die gevalle waar huwelike outomaties buite gemeenskap van goed is volgens die reg van die plek waar die man ten tyde van huweliksluiting gedomisileer was, kan volgens die *Milbourn*-saak nie vir herverdeling van bates in aanmerking kom nie; in die *Mathabathe*-saak daarenteen is regter Stegmann van mening dat dit in beginsel wel moontlik is. Hy verklaar: (58C-D):

“In support of this contention that s 36(b) did not apply to the marriage in this case, Mr Tuchten also argued that it would not apply to a marriage concluded between parties who at the time of entering into the marriage were domiciled in a jurisdiction in which the matrimonial property regime was automatically one which excluded community of property, community of profit and loss and the accrual system. I doubt if that argument was correct. However, in view of the conclusion which I have reached as set out above, it is unnecessary to deal with that argument further.”

Die voorgestelde wetsontwerp waarna vroeër verwys is, behoort die onduidelikheid met betrekking tot die posisie van Swartes uit die weg te ruim. Ten einde regsekerheid te bewerkstellig ten opsigte van partye wat kragtens die voorskrifte

van die een of ander regstelsel outomaties buite gemeenskap van goed getroud is, behoort wetgewing ook hierdie aangeleentheid te reël. Die eenvoudigste oplossing sal wees om in artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 'n duidelike omskrywing van die begrip huweliksvoorwaardeskontrak in dié verband te gee. Die verskillende betekenisse wat aan die begrip geheg kan word, is uitdruklik in die *Mathabathe*-saak uitgespel.

RITA JORDAAN

*Universiteit van Suid-Afrika*

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

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

*Aansoek om sodanige hulp moet gerig word aan:*

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

# BOEKE

## THE INTERPRETATION OF STATUTES

deur LOURENS M DU PLESSIS

*Butterworth Durban Pretoria 1986; xxviii en 165 bl*

Prys R47,00 + AVB

Aangesien daar haas geen gebied van ons reg is wat nie in mindere of meerdere mate deur wetgewing (van welke aard ook al) geraak word nie, spreek dit vanself dat die uitleg of interpretasie van wetgewing vir elke regsgeleerde van belang is.

Jare lank is daar hoofsaaklik na een teksboek verwys wanneer 'n probleem van wetsuitleg opgeduik het, naamlik Steyn se *Uitleg van Wette* wat al sy vyfde uitgawe beleef het. Dié werk kan sekerlik as die standaardwerk oor die onderwerp in Suid-Afrika beskou word. Dit is dus myns insiens noodsaaklik dat elke regsgeleerde in ons land kennis moet neem van die nuwe werk wat oor die onderwerp die lig gesien het en hier bespreek word.

Eerstens iets oor die skrywer. Professor Lourens du Plessis was hoof van die departement van regsfilosofie aan die Potchefstroomse Universiteit; tans beklee hy 'n leerstoel aan die Universiteit van Stellenbosch. Hy is 'n bekende in die regswêreld en is 'n veelsydige juris – 'n feit wat deur die publikasie van hierdie boek bevestig word. Omdat hy regsfilosoof is, is dit te verstane dat die werk onder bespreking 'n duidelik filosofiese inslag het. Daardeur bevraagteken die skrywer heelwat gevestigde idees aangaande die uitleg van wette. Dit sal dus nie verbaas indien daar kritiek vanuit die regspraktyk teen sommige van sy idees kom nie.

Die filosofiese inslag kan nie in perspektief gesien word indien 'n mens nie ook kennis neem van onlangse ontwikkelinge op die gebied van die uitlegkunde of hermeneutiek nie. Du Plessis bespreek dan ook die bydraes wat Du Toit, Van den Bergh, Labuschagne en Lategan (laasgenoemde weliswaar 'n teoloog maar 'n belangrike eksponent van die hermeneutiek) tot die jongste stand van die uitlegkunde gemaak het. Hierdie filosofiese benadering bevraagteken dan die heersende bedoelingsteorie wat deur ons howe aangewend word in die uitleg van wetgewing. Die benadering speel ook klaar met die regspositivisme wat hier te lande so hoogty vier. Die skrywer se vernaamste beswaar teen die regspositivisme is dat dit taamlik onsensitief teenoor aangeleenthede is waar geregtigheid ter sprake kom (39).

Die skrywer se eie benadering tot wetsuitleg word uiteengesit in hoofstuk 2. Dit is gegrond op die konsep van normatiewe transposisie binne 'n bepaalde kontekstuele raamwerk (47). Dit behels die transposisie van eksterne data van

'n wet (bv konteks, bedoeling van die outeur – laasgenoemde geniet nie voorrang bo die ander data nie anders verval 'n mens weer in die tradisionele interpretasiemethode – geskiedenis, taal ens) in die subjektiewe ervaringsveld van die wetsuitlêer. Die resultaat van die proses is dat die *betekenis* van die wet aan die lig sal kom. In die proses word sekere norme aangewend en hierdie norme is reëls en vermoedens van wetsuitleg wat nie alleen afkomstig is van die gemene reg nie maar ook van die statutereg.

Die skrywer stel vervolgens sekere stappe voor wat gevolg moet word by wetsuitleg (55–60): die (bekende) vermoedens moet gedurende die hele proses voor oë gehou word; die taal moet ontleed word (hier waarsku die skrywer dat taal slegs toegang tot die betekenis van 'n wetsbepaling verleen, dit wil sê slegs 'n middel is en nie 'n doel op sigself nie); die bepaling moet gekontekstualiseer word deur byvoorbeeld 'n besondere betekenis aan sekere (tegniese en ander) woorde te verleen, die geskiedkundige oorsprong van die bepaling in ag te neem ensovoorts; die resultate moet gekonkretiseer word deur hulle as moontlike antwoorde aan te wend. Dan maak hy voorsiening vir moontlike restriktiewe of ekstensiewe interpretasie. In die hele omskrywing van sy *modus operandi* mis ek praktiese voorbeelde. Dit sou die werk soveel meer oortuigend gemaak het.

Die skrywer gee geredelik toe dat sy voorstelle tot uitleg van 'n wetsbepaling nie neerkom op 'n towerformule wat altyd dieselfde resultate tot gevolg sal hê nie. Dit verleen egter 'n teoretiese fundering aan die uitlegkunde en bring dit binne 'n nuwe dimensie – een waarvan die howe beslis kennis sal moet neem.

Wat die res van die boek betref, bespreek die skrywer die vermoedens van wetsuitleg, die eienaardighede (“peculiarities”) van statutêre taal, die historiese konteks van wetsbepalings, die gesag en geldigheid daarvan en ten slotte die konkretisering van die resultate wat bereik is.

Du Plessis het beslis prikkelende – maar soms moeilik verteerbare – idees oor die uitlegkunde. Vir teoretici oor hierdie gebied van ons reg sal die boek baie stof tot nadenke besorg. Vir die regspraktisyns en die regbank behoort die boodskap hieruit duidelik te spreek dat wetsuitleg nie meer net 'n paar reëls is wat gou-gou in Steyn nageslaan kan word nie: die eksponente van dié wetenskap, met Du Plessis aan die spits, het hulle stem baie duidelik laat hoor. Dit is beslis 'n boek waarvan almal wat hulle met die reg besig hou, kennis sal moet neem. Ek beveel die boek dan ook by alle regsgeleerdes aan.

Daar is egter meer spesifieke kommentaar wat ek my gedwonge voel om te maak: skrywer se verwysing op 9 na die Wet op Provinsiale Bestuur 1961 en alles wat daarmee saamhang, is verouderd. Dit is natuurlik ou nuus dat die Wet op Provinsiale Regering 1986 laasgenoemde wet vervang het, provinsiale rade afgeskaf het en al laasgenoemde se wetgewende bevoegdhede aan die provinsiale administrateurs oorgedra het (kyk ook op 115 (35 10, 11)). Die verwysing op 12 en 14 na die Black States Constitution Act moet natuurlik lees National States Constitution Act. Op 14 lyk dit of dit die skrywer ontgaan het dat ons 'n nuwe grondwet het aangesien hy die stelling maak (5 2) dat die staatspresident op advies van sy ministers optree. Aangesien die gevalle waarna hy verwys klaarblyklik algemene sake is, sal die staatspresident ingevolge artikel 19(1)(b) van die Grondwet 1983 in oorleg met sy kabinetsministers moet optree (kyk ook op 115 (35 12)). Op 76 word die indruk geskep (in 23 5) dat handeling van die staatsadministrasie net op grond van *ultra vires* en nie-nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid hersien kan word. Tensy die skrywer onder



*ultra vires* al die hersieningsgronde wil saamvat, moet daarop gewys word dat ons howe beslis meer hersieningsgronde erken as die twee genoemdes. By die bespreking van dwingende en aanwysende bepalings, mis ek 'n verwysing na Wiechers se bespreking van die onderwerp in *Administratiefreg* (1984).

Die drukkersduiwel het hier en daar sy kop uitgesteek maar nie onnodig veel nie.

Ek vind dit interessant dat die boek in Engels geskryf is, komende van 'n Afrikaner van 'n Afrikaanse universiteit. Hy verskaf geen rede daarvoor in die voorwoord nie. Kan dit wees met die oog op 'n groter lesersmark of het die feit dat die meerderheid van uitsprake in die hooggeregshof nog in Engels gelewer word, iets met die saak te make?

HENNING VILJOEN  
*Universiteit van Pretoria*

**VERRYKINGSAANSPREEKLIKHEID IN DIE  
SUID-AFRIKAANSE REG**  
deur WOUTER DE VOS

*Derde uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1987; xxxi en 389 bl*  
Prys R72,00 (hardeband) R56,00 (sagteband) + AVB

Dit is die lot van menige proefskrif om stof te vergaar op biblioteek- en studeerkamerrakke. So af en toe verskyn daar egter een wat weens die aktualiteit en gehalte daarvan onmiddellik as gesaghebbende handboek aanvaar word. In Suid-Afrika is een van die bekendste voorbeelde van laasgenoemde soort die verhandeling op grond waarvan professor Wouter de Vos in 1957 die LLD-graad aan die Universiteit van Kaapstad verwerf het. Dié verhandeling is in 1958 in onverwerkte vorm gepubliseer en is in so 'n mate aanvaar dat 'n tweede (onveranderde) druk nodig was voordat 'n tweede uitgawe in 1971 verskyn het. Van die tweede uitgawe het daar ook 'n tweede druk verskyn. 'n Stuk of sestien jaar is egter 'n lang leeftyd vir enige regshandboek, selfs vir een oor 'n betreklik "rustige" gebied van die reg, en die aankondiging van 'n derde uitgawe, nog steeds deur professor De Vos self bewerk, was dus welkome nuus. Daardie derde uitgawe is nou op ons lessenaars en boekrakke.

Dat *Verrykingsaanspreeklikheid* die standaardhandboek oor die Suid-Afrikaanse verrykingsreg geword het, was geen toevalligheid nie maar was te danke aan die uitmuntendheid daarvan. Dit het spoedig geblyk dat die navorsing waarop die werk gebaseer was, absoluut betroubaar was. Daarby was die skrywer se bewerking en interpretasie van die materiaal wat hy deur sy navorsing versamel het so hoogstaande en die eie standpunte wat hy gestel het deurgaans so goed verantwoord dat dit kwalik anders kon as dat sy menings feitlik onmiddellik as gesaghebbend aanvaar sou word. Die posisie is dan ook spoedig bereik dat geen advokaat wat 'n verrykingsaak moes voorberei, geen regter wat uitspraak in 'n verrykingsaak moes gee en geen akademikus wat iets oor die verrykingsreg wou

sê daaraan sou dink om De Vos te ignoreer nie. Meer nog, dit het ook nie dikwels gebeur dat 'n mens met De Vos wou of kon verskil nie. Soos bekend, het die appèlhof wel De Vos se standpunt in een baie belangrike opsig verwerp, naamlik toe daar in *Nortje v Pool* 1966 3 SA 96 (A) beslis is dat ons hedendaagse reg nie 'n algemene verrykingsaksie ken nie. Maar soos ook bekend, was dit 'n bra ongelukkige beslissing en word die behoefte aan 'n algemene verrykingsaksie al meer gevoel – ook in die howe. So verklaar regter Booyen in *Rulten v Herald Industries (Pty) Ltd* 1982 3 SA 600 (D) 607:

“The question may well be asked, with great respect, whether the stage has not been set for the recognition of a general action for enrichment in our law along the lines suggested in the minority judgment of Rumpff JA, as he then was, at 119G–H [van die Nortje-saak], in terms whereof the plaintiff could succeed against a defendant who has been enriched at his expense where such enrichment is unjustified and not allowed by any rule of law, and none of the *condiciones* of classical Roman-Dutch law are available. It is of course a question which only the Appellate Division can answer.”

En in *Alard (Pty) Ltd v Pfizer Laboratories (Pty) Ltd* (ongerapporteer; in die loop van 1983 in die Witwatersrandse plaaslike afdeling beslis) verklaar regter Coetzee:

“Perhaps the present case is a suitable one for further development of the enrichment actions but that, in the light of Botha, JA's majority judgment in the *Nortje* case, is not a task that I can undertake.”

Dit was dus nie vir professor De Vos nodig om sy standpunt ten aansien van die wenslikheid van 'n algemene verrykingsaksie te wysig nie.

Daar is ook 'n ander belangrike aspek van verrykingsaanspreeklikheid waar die appèlhof moontlik twyfel gewerp het op die standpunt wat deur De Vos gehuldig word. Ek is egter van mening dat ook in dié geval De Vos se standpunt die korrekte is. Ek verwys na die interpretasie van die “ten koste van”-vereiste by gevalle van sogenaamde “indirekte verryking,” dit wil sê gevalle waar X 'n prestasie lewer aan Y ingevolge 'n kontrak wat hy met Y gesluit het maar die voordeel van die prestasie aan Z toeval terwyl Y op sy beurt versuim om teenoor X te presteer. De Vos is van mening dat Z in so 'n geval ten koste van Y verryk is en nie ten koste van X nie (sien 345–353). Dié standpunt is deur die Transvaalse provinsiale afdeling aanvaar in *Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd* 1968 3 SA 563 (T), maar die latere *Brooklyn House Furnishers Ltd v Knoetze and Sons* 1970 3 SA 264 (A) kan moontlik twyfel laat ontstaan oor die korrektheid van die betrokke standpunt – slegs “moontlik” omdat die appèlhof in laasgenoemde saak sy aanmerkings uitdruklik beperk het tot *retensieregte* en verklaar het dat dit nie nodig was om op De Vos se menings aangaande die “ten koste van”-vereiste by *verrykingsaksies* in te gaan nie. Twyfel kan egter nogtans ontstaan omdat 'n verrykingsretensiereg in die hedendaagse reg tog slegs dien om 'n verrykingskuld te verseker. Soos ek egter reeds gesê het, meen ek dat De Vos se standpunt die korrekte is. Dit is vir my moeilik om in te sien hoe die antwoord op die vraag of Z ten koste van X dan wel Y verryk is, kan verskil ahangende van Y se vermoë of onvermoë om sy *kontraktuele verpligtings* teenoor X na te kom.

Die sistematiek van die eerste twee uitgawes is behou vir die derde. Die Romeinse reg, Romeins-Hollandse reg, die aanwending van die ou aksies in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg en die uitbreiding van verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg word dus steeds in afsonderlike afdelings (hoofstukke) behandel. Dit het tot gevolg dat *Verrykingsaanspreeklikheid* nie 'n

ideale studentehandboek is nie aangesien 'n student waarskynlik moeilikheid sal hê om 'n volledige prent van 'n bepaalde verrykingsaksie uit die boek te haal. Vir ingewydes skep die sistematiek egter geen probleme nie – veral nie as die uitstekende kruisverwysings in die voetnote in ag geneem word nie.

Soos dit maar met alle regshandboeke gaan, het die teks van *Verrykingsaanspreeklikheid* aangegroei van 331 bladsye in die tweede tot 378 in die derde uitgawe. Die belangrikste oorsaak van die “groei” is die bespreking van ontwikkelinge in die verrykingsreg sedert die verskyning van die tweede uitgawe – en wat 'n voorreg is dit nie om professor De Vos se insiggewende en gesaghebbende kommentaar op die jongste ontwikkelinge ter hand te hê nie (sien bv 193–196 236–238 256–261 283–292). Sover ek kan oordeel, het niks wat gedurende die afgelope sestien jaar in Suid-Afrika op die gebied van die verrykingsreg gebeur het sy aandag ontsnap nie – maar ek sou niks minder verwag het nie. Die afdelings oor die Romeinse en Romeins-Hollandse reg is ook plekplek aangevul (sien bv 58–59 106–110 115–116 118). In die teks van die afdeling (hoofstuk III) waarin die posisie in 'n sestal vreemde regstelsels kortliks bespreek word, is slegs geringe wysigings aangebring. Die voetnote bevat egter heelwat nuwe literatuurverwysings en die betrokke afdeling bly 'n interessante en nuttige verwysings- en vergelykingsbron.

Taalkundig en tegnies is die nuwe uitgawe ewe goed versorg as die voriges. Miskien moet ek darem net so terloops daarop wys dat Alexander die knoop van Gordius deurgehak en nie deurgehaak het nie (196 par 2).

Om op te som, ek is daarvan oortuig dat *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* nog vir baie jare die toonaangewende handboek oor die Suid-Afrikaanse verrykingsreg gaan bly. Dit is steeds 'n boek wat ek wens ek self kon geskryf het.

JG LOTZ

*Universiteit van Suid-Afrika*

## STRAFREG

deur CR SNYMAN

*Tweede uitgawe; Butterworth Durban Pretoria 1986; xv en 644 bl*

Prys R105,00 (hardeband) R79,00 (sagteband) + AVB

Die eerste uitgawe van Snyman se *Strafreg* is in 1982 *De Jure* 383 e v deur die skrywer van die onderhawige resensie bespreek. Omdat die sisteem van die werk grotendeels dieselfde gebly het en daar weinig of geen veranderinge in die bespreking van 'n aantal onderwerpe aangebring is nie, word hier nie weer 'n indeling van die werk gegee nie en word die werk ook nie van nuuts af aan bespreek nie. Trouens, in hierdie bespreking sal daar volstaan word met kommentaar op sommige van die bygewerkte en oorgewerkte gedeeltes van die werk.



Laat dit met die intrapslag gesê word dat die tweede uitgawe van *Strafreg* grondig op datum gebring is, ook al ontbreek verwysings na nuwe gerapporteerde vonnisse en literatuur hier en daar. Soos met die eerste uitgawe van sy werk, het Snyman opsigtelik moeite gedoen om op die een of ander wyse van die rykdom aan regspraak, wetgewing en regsliteratuur wat voortdurend op die gebied van die strafreg verskyn, rekenskap te gee. Dit is dan ook een van die redes waarom Snyman se werk as strafreghand- en leerboek werklik geslaagd is, want in weerwil van die sterk Duits-dogmaties georiënteerde sistematiek en onderbou wat Snyman aan die algemene beginsels van die strafreg gee, word die Suid-Afrikaanse regspraktyk nóg uit die oog verloor nóg uit verband geruk. Gevolglik bly die skeiding tussen *de lege lata* en *de lege ferenda* stellings in die werk feitlik deurgaans duidelik gehandhaaf.

Dit is egter met die eerste oogopslag duidelik dat Snyman nie alleen sy boek op datum wou bring nie, maar ook sy siening van die grondslae van die algemene beginsels van die strafreg wou verdiep en uitbou. In dié verband val dit op dat hy, in vergelyking met die vorige uitgawe van sy werk, sy hakke in die tweede uitgawe aansienlik dieper in die heersende Duitse strafregdogmatiek ingeskop het. Indringender aandag word geskenk aan die onderlinge verhouding tussen die verskillende misdadelemente, die finalistiese handelingsleer word afgesweer ten gunste van 'n normatiewe handelingsleer wat die wesenskenmerke van 'n sosiale handelingsleer bevat, die onregsbegrip maak sy verskyning en die normatiewe skuldleer word met nog groter oortuiging as voorheen gepropageer.

Dit spreek vanself dat menings oor die wese en samehang van die strafbedreiging, daad, wederregtelikheid, toerekeningsvatbaarheid en skuld sal verskil en gevolglik sal daar lank nie altyd met Snyman se stellinginnames oor dié omstrede kwessies akkoord gegaan word nie. Sonder om die saak hier te debatteer (dit is nouliks die forum daarvoor), kan by ontstentenis van 'n evaluering daarvan deur Snyman daarop gewys word dat die uitleg wat ons howe aan die handelingsbegrip gegee het, in breë trekke strook met sy normatiewe handelingsbegrip (eerder as die Duitse kousale handelingsleer), gestroop van sy sosiale elemente. In dieselfde trant kan opgemerk word dat dit enersyds moeilik is om in te sien hoe daar van *normatiewe skuld*, laat staan *normatiewe opset*, sprake kan wees en andersyds dat die indwing van sowel opset as nalatigheid in 'n normatiewe korset, net soos die indwing van sowel opset as nalatigheid in 'n psigologiese korset, eweseer op 'n miskennis van die radikale verskil tussen opset en nalatigheid neerkom. Te oordeel aan ons regspraktyk, lyk dit eerder of opset psigologies en nalatigheid normatief getoets word, wat meebring dat nalatigheid, anders as opset, inderwaarheid geen skuldvorm uitmaak nie. Waar die skuldbegrip hier te lande tans enigszins in die smeltkroes is (sien *S v Ngubane* 1985 3 SA 677 (A)), kan 'n mens dus maar net hoop dat ons howe nie voetstoots (vgl *S v Bailey* 1982 3 SA 772 (A) 799; *S v Barnard* (1) 1985 4 SA 431 (W) 438) met die normatiewe skuldbegrip en die daarmee gepaardgaande Duitsgeoriënteerde misdaadsistematiek op loop sal gaan nie. Eerstens is daar in Duitsland self geen eenstemmigheid oor die skuldbegrip en daarmee saam die misdaadsistematiek nie. Tweedens is daar hier te lande onder diegene wat skuld as 'n verwytsien (sien bv Snyman teenoor Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in Suid-Afrika* (1985) 109–110 125 oor 'n subjektiewe dan wel objektiewe toets vir wederregtelikheidsbewussyn), eweneens skerp meningsverskille. Derdens kan daar uiteraard met vrug kennis geneem word van ontwikkelinge en



standpunte in die Duitse strafreg, maar is dit lonend om eers deeglik die voor- en nadele daarvan uit te pluus voordat dit heelhuids of selfs gedeeltelik by ons geïnkorporeer word. Inmiddels het Snyman se voorstelle ten minste dié voordeel dat dit nie alleen die debat rondom die skuldvereiste en misdadaansistematiek op die voorgrond plaas nie, maar dit ook op 'n prikkelende wyse verder voer.

Opvallend is dat Snyman absolute onmoontlikheid (sien 56) as verweer tans (anders as in die vorige uitgawe van sy werk) tereg onder die handeling (meer bepaald die late) tuisbring (55 e v). Waar dit 'n mens met *relatiewe* onmoontlikheid en *omissiones* by dwang in dié verband laat, vertel hy ons egter nie. Ook die hoofstuk oor oorsaaklikheid het 'n grotendeels nuwe gedaante aangeneem. Al kritiek wat ek op dié bespreking het, is dat Snyman my standpunt verkeerd weergee waar hy beweer (70) dat ek oorsaaklikheid as 'n blote feitlike aangeleentheid beskou (sien 1983 *De Jure* 56 e v waar ek pertinent oorsaaklikheid en daarmee saam die *conditio sine qua non*-toets tot 'n *jurisdiese* aangeleentheid verklaar), asook waar hy te kenne gee (71) dat my begrensing van feitlike (!) oorsaaklikheid slegs in skuld lê (sien 1983 *De Jure* 57 e v, waar ek uitvoerig betoog dat die *wederregtelikheidsvereiste* saam met die skuldvereiste ingespan moet word om die draagwydte van die *conditio sine qua non*-toets te beperk).

Of provokasie in gegewe gevalle 'n volkome verweer behoort uit te maak, soos in *S v Arnold* 1985 3 SA 256 (K) beslis is, is 'n aangeleentheid waarvoor Snyman (206) tereg bedenkinge het, ofskoon hy toegee dat dit wil voorkom of onlangse ontwikkelinge in ons regspraak in die rigting dui (vgl inmiddels *S v Campher* 1987 1 SA 940 (A), wat egter allesbehalwe duidelik op dié punt is). Waar Snyman (207 e v) egter die heersende regsposisie weergee as synde dat provokasie, net soos dronkenskap,

“in uiterste gevalle . . . tot 'n volkome onskuldigbevinding kan lei, òf omdat X ontoerekeningsvatbaar is òf omdat opset dan ontbreek,” (207)

moet met hom verskil word. Met dié stelling word nie alleen die beslissing op die feite in *S v Arnold* (wat Snyman 207 weliswaar verwerp) nie, maar ook die beginsel neergelê in *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) dat provokasie en dronkenskap onderskeidelik benewens 'n ontoerekeningsvatbaarheidsgrond en skuld-uitsluitingsgrond ook 'n handelingsuitsluitingsgrond kan uitmaak, verontsgaam. Inmiddels is dit (in die lig van die aanbevelings van die Suid-Afrikaanse regskommissie se voorgestelde wetsontwerp in sy verslag *Misdade Gepleeg onder die Invloed van Drank en Dwelms* (1986) 120 e v) natuurlik glad nie uitgesluit dat die werking van dronkenskap as verweer teen *strafregtelike aanspreeklikheid*, sy dit dan wetteregte, aanstons ingekort gaan word nie; in welke geval provokasie (indien dit uiteindelik wel algemeen as volkome verweer aanvaar sou word) en dronkenskap in ieder geval nie meer oor dieselfde kam geskeer sal word nie. Andersins slaag Snyman voortreflik daarin om die deurmekaar en verwarrende beeld wat ons regspraak tans op die gebied van provokasie weer- spieël, sistematies en helder weer te gee.

Die *via media* wat Snyman (215 e v) neem met sy standpunt dat *dolus eventualis* enersyds die voorsien van “'n *wesenlike* of *redelike* moontlikheid . . . dat die *gevolg* kan intree” (215–216; my kursivering) vereis (*contra* die beslissing in *S v Ngubane*), maar nietemin andersyds ook 'n “*versoening* met die *ingetrede gevolg*” (216; my kursivering) vereis, bevat aan die een kant al die moontlikhede om die probleme verbonde aan voorkeur vir die een dan wel die ander as vereiste vir *dolus eventualis* te verdubbel, en verontsgaam aan die ander kant die rol

van die wederregtelikheidsvereiste en *wederregtelikheidsbewussyn* by die voorsien van verwyderde of geringe moontlikhede. In verband met *luxuria* kan terloops daarop gewys word dat die sinsnede

“[p]rakties gesproke maak dit nie saak of ’n mens bewuste nalatigheid grond op die oorweging dat X die moontlikheid . . . wel voorsien het *maar onredelikerwys hom nie daarmee versoen het nie*” (219; my kursivering)

waarskynlik eerder moes gelees het “*maar dit onredelikerwys nie verwerp het nie;*” anders kom dit daarop neer dat X bewus nalatig opgetree het omdat hy onredelikerwys nie opset aan die dag gelê het nie!

Weer eens sonder om die saak te debatteer, moet opgemerk word dat Snyman se argumente dat die sogenaamde laatkommer nie as medepligtige nie, maar as poger aan moord skuldig is (286 e v), en daarmee saam (anders as in die vorige uitgawe van sy werk) dat medepligtigheid aan moord onbestaanbaar is (281-294), allermens oortuig. Afgesien van ander probleme wat sy standpunt oor medepligtigheid aan moord meebring, kan dit doodgewoon strydig met die feite wees om te ontken dat ’n deelnemer aan moord geen dadersdaad (doodsveroorsoaking) verrig het en/of dadersopset (die opset om self op die een of ander wyse dood te veroorsaak) gehad het nie (vgl Snyman 281–283). Tensy ’n mens van die veronderstelling uitgaan dat so ’n “deelnemer” aan poging tot moord (vgl Snyman 281 vn 14) of aan aanranding skuldig is (*indien* hy aan die vereistes vir die een of die ander van hierdie misdade voldoen, wat natuurlik nie *noodwendig* die geval sal wees nie), sal dié deelnemer wat hom met blote medepligtigheidsofset met die pleging van moord vereenselwig en/of wat nie die dood van die slagoffer op enige wyse veroorsaak nie, strafvry uitgaan. Verder verbaas Snyman se kritiek op waarnemende appèlregter Botha se uitspraak in *S v Khoza* 1982 3 SA 1019 (A) dat hy (onder meer) nie die (vir Snyman 287–289) “korrek[te], navolgenswaardig[e] bindend[e]” (289) beslissing in *S v Thomo* 1969 1 SA 385 (A) nagevolg het nie, vir sover hy (Snyman) twee kardinale punte van die *Thomo*-beslissing verswyg wat juis deur appèlregter Botha in sy verwerping (1056–1057) daarvan as gesaghebbend vir die *Khoza*-beslissing aangegryp word: Eerstens was daar in *S v Thomo* geen sprake van gemeenskaplike opset (oftewel deelnemingsopset, as ’n mens buite die kloue van die verwerplike *common purpose*-leerstuk met sy verontagsaming van die oorsaaklikheidsvereiste by mededaderskap aan moord wil bly) by die laatkommer nie (399–400). Tweedens vereis *S v Thomo* (399) klaarblyklik voldoening aan die oorsaaklikheidsvereiste vir sowel daderskap as medepligtigheid aan moord (wat op sy beurt onversoenbaar is met Snyman se eie standpunt (281 e v 286 e v 294 e v) dat medepligtigheid aan moord onbestaanbaar is en dat medeveroorsoaking by moord mededaderskap daarstel. Dat die laatkommer in *S v Thomo* aan poging tot moord skuldig bevind is, is dus in die lig van die feite van en die beginsel neergelê in dié beslissing voor-die-hand-liggend. Snyman se goedkeuring van die *Thomo*-beslissing en kritiek op waarnemende appèlregter Botha se uitspraak bring hom dus nie alleen in teenspraak met homself nie, maar verwag ook van appèlregter Botha dat hy op ander feite en ten spyte van ’n beginsel wat ten dele deur Snyman self verwerp word, dieselfde slotsom in die *Khoza*-beslissing moes bereik het. Afgesien daarvan dat waarnemende appèlregter Botha sake sonder twyfel aansienlik sou vergemaklik het as hy die laatkommer skuldig sou bevind het as *medepligtige* aan moord en nie bloot as deelnemer (hetsy mededader of medepligtige) daaraan nie, is dit eenvoudig te veel gevra.

Wat die besondere misdade betref, kan volstaan word met enkele opmerkings. Eerstens moet die korrektheid van Snyman se stelling (485) dat provokasie volgens ons howe nooit die opset wat vir gewone aanranding vereis word, kan uitskakel nie, in die lig van die beslissing in *S v Arnold* (en miskien selfs *S v Campher*) bevraagteken word. Tweedens word met Snyman (487) saamgestem dat die benadering in *S v F* 1982 2 SA 580 (T) te verkies is bo dié in *R v Abrahams* 1918 CPD 590, maar dan behoort die misdaadnaam dienooreenkomstig eerder “aanranding met ’n onsedelike doel” te lui. Derdens is die gestroomlynde omskrywing van diefstal (511) ’n besliste verbetering op sy voorganger. Ten slotte val die afwesigheid van ’n bespreking van afkoop van misdade (in teenstelling met die vorige uitgawe van die werk) op.

Die belangrikste deel van ’n boekresensie is uiteindelik die waarde-oordeel (van die resensent) wat daaroor gevel word, en in dié opsig slaag Snyman se *Strafreg* die toets met vlieënde vaandels. Dit is die onbetwisbare koning van die Afrikaanse handboeke oor die strafreg en, in elk geval op die gebied van die algemene beginsels van die strafreg, ’n waardige mededinger vir die uitstekende Burchell en Hunt strafreghandboeke. Snyman se taal is steeds onopgesmuk, op die punt af en ’n les vir diegene wat dink dat die gewig van hulle wetenskaplike bydraes gemeet word aan die lettertal en eksklusiwiteit van die woorde wat hulle gebruik. Dit skep die indruk dat Snyman sy onderwerp ken en verstaan. Om sy Duits-geïnspireerde misdaadsistematiek asook die werking van sommige beginsels duideliker by die leser tuis te bring, het Snyman sy werk op die koop toe van ’n aantal handige begeleidende skematiese voorstellings voorsien. Die werk verskyn aantreklik gedruk en gebind (harde- sowel as sagteband) en die peil van redaksionele versorging is oor die algemeen hoog. Kortom, indien die eerste uitgawe van Snyman se *Strafreg* ’n goeie boek was, is die tweede uitgawe beter en word dit gevolglik weer eens sonder voorbehoud en van harte aanbeveel vir ’n ieder en ’n elk wat belang by die strafregwetenskap en/of die strafregspleging het.

FFW VAN OOSTEN  
*Universiteit van Pretoria*

## UITSPRAKE VAN DIE MEDIESE RAAD

deur T VERSCHOOR

*Digma-Publikasies 1985; xxii en 127 bl*

Prys R18,95 + AVB

Beroepsetiek speel ’n belangrike rol by die daaglikse beoefening van die geneesheer se beroep. Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad is ’n statutêre liggaam waarvan een van die oogmerke is om die wyse van die beoefening van mediese praktyke te beheer. Die raad is dan ook beklee met ’n tugbevoegdheid wat daarop neerkom dat die raad ondersoek kan instel na ’n klage,



beskuldiging of bewering van onbetaamlike of skandelige gedrag en by skuldigbevinding 'n straf kan ople wat kan wissel van 'n waarskuwing aan die een kant tot die skrapping van die betrokke geneesheer se naam van die register van geneeshere aan die ander kant. Die Mediese Raad (soos die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheekundige Raad algemeen bekend staan) is verder verplig om van tyd tot tyd reëls uit te vaardig wat die handeling of versuime uiteensit ten opsigte waarvan die raad tugstappe teen praktisyns kan doen. Hierdie reëls is uitgevaardig in GK R2278 van 1976-12-03 en GK R884 van 1977-05-27. Die Mediese Raad se tugbevoegdheid is egter nie beperk tot die handeling en versuime uiteengesit in die gepubliseerde reëls nie. In die inleidende hoofstuk tot die werk wys die outeur daarop dat, afgesien van die uitgevaardigde reëls, daar in die loop van die navorsing vir die werk op nog 43 verdere soorte onbetaamlike en skandelige gedrag afgekome is waarvan die raad kennis neem en waarvoor dit tugstappe kan instel.

Teen hierdie agtergrond moet die publikasie van die werk in besonder verwelkom word. In die lig van die ernstige gevolge wat 'n oortreding of verontagsaming van 'n beroepsetiese reël vir 'n geneesheer mag inhou, is 'n grondige kennis van die reëls, sowel as die interpretasie van die betrokke reëls deur die Mediese Raad, van die grootste belang, nie net vir die geneesheer nie maar ook vir die regspraktisyn wat deur die geneesheer geraadpleeg word.

Die werk is in twee dele verdeel. Deel I word gewy aan die gepubliseerde gedragsreëls. (Daar is 28 sodanige reëls.) Die betrokke reël word telkens weergegee met 'n aantal opsommings van geselekteerde uitsprake wat handel oor die betrokke reël. Vanselfsprekend sou dit 'n onbegonne taak wees om elke uitspraak van die raad oor 'n bepaalde reël te publiseer. Die uitsprake wat wel gepubliseer is, is egter so uitgekies dat dit meer lig werp op die reël of aandui op welke wyse 'n besondere reël geïnterpreteer moet word. Die gepubliseerde reëls, en so ook die geselekteerde uitsprake daaromtrent, dek 'n wye veld en handel oor aspekte soos adverteer, naamplate, gelde, vennootskappe, professionele geheimhouding en spreekkamers.

Deel II handel oor uitsprake ten opsigte van die ongepubliseerde gedragsreëls. Hierdie reëls sluit in aspekte soos weiering om te behandel, 'n skuldigbevinding in 'n strafhof, die voorskryf van medisyne sonder 'n ondersoek en nadelige, onbevredigende of onnodige behandeling van 'n pasiënt. Die uitsprake waarna in hierdie gedeelte van die werk verwys word, sluit ook in beleidsverklarings van die Mediese Raad ten opsigte van aspekte soos die voltooiing van MVA 13-verslagvorms ten aansien van derdepartyese en die toelaatbaarheid van sterilisasies.

Wat veral die ongepubliseerde gedragsreëls betref, spreek die outeur in die inleidende hoofstuk die mening uit dat die publikasie van die werk regsekerheid en meer konsekwente besluite ten opsigte van tugstappe behoort te bevorder en tot 'n afname in herhaalde navrae oor dieselfde aangeleentheid by die raad behoort te lei. Hierdie mening moet ten volle onderskryf word. Elke saak is bondig beskryf en die raad se uitsprake is sonder kommentaar verstrek.

Die werk is van 'n volledige indeks sowel as 'n register voorsien wat die opspoor van 'n spesifieke onderwerp vergemaklik.



*Uitsprake van die Mediese Raad* is 'n baie nuttige en welkome werk wat vir die geneesheer, regspraktisyn en student van groot waarde sal wees.

MC MARÉ

*Universiteit van Suid-Afrika*

**THE DECLINE, REVIVAL AND FUTURE OF THE ROMAN-DUTCH  
LAW OF INSURANCE**

deur JP VAN NIEKERK

*UNISA Pretoria 1986; 78 bl*

Gratis

Hierdie publikasie is die derde in 'n reeks monografieë wat gepubliseer word deur die Sentrum vir Belasting- en Besigheidsreg aan die Universiteit van Suid-Afrika. In die bestek van 78 bladsye word 'n bondige, dog baie volledige geskiedkundige oorsig gegee oor die bronne van die Suid-Afrikaanse versekeringsreg.

Met verwysing na die regspraak (vanaf die eerste gerapporteerde versekeringsaak op eie bodem in 1829) en plaaslike wetgewing (veral die Algemene Regswysigingswet 8 van 1879 (K)) word die toenemende Engelsregtelike beïnvloeding op hierdie terrein van die reg bespreek. Aan die hand van die Hersieningswet op Voor-Unie Wette 43 van 1977, die Wet op die Reëling van Admiraliteitsjurisdiksie 105 van 1983 en veral die opspraakwekkende appèlhofuitspraak in *Mutual and Federal Ins Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A), word die terugkeer na die beginsels van die Romeins-Hollandse reg verduidelik. Die implikasies van die *Oudtshoorn*-saak (met betrekking tot die bronne-probleem) word uitvoerig onder agt punte uiteengesit (68-78). Tereg word aangetoon dat dié beslissing nie (soos sommige kritici beweer) 'n terugkeer na 'n gebrekkige verlede inhou nie, maar aantoon dat die Romeins-Hollandse versekeringsreg wel ons gemenerereg in versekeringsaangeleenthede is en, as sodanig, as vertrekpunt dien van waar moderne Suid-Afrikaanse versekeringsreg moet ontwikkel. Kritici van hierdie beslissing word met die volgende slotopmerking (op 78) tereggewys:

“[F]inal judgment on the irrelevancy or otherwise of Roman-Dutch insurance law should be reserved until sufficient evidence has been produced. In the meantime, let it not be said of South African insurance lawyers that their contempt for the Roman-Dutch law of insurance is in direct proportion to their ignorance of it.”

Hierdie monografie word aanbeveel by veral nagraadse studente in versekeringsreg, alhoewel dit natuurlik ook vir praktisyns en akademici wat in dié afdeling van die reg spesialiseer, van nut kan wees.

RCD FRANZSEN

*Universiteit van Pretoria*

**HANDBOEK VIR ARBEIDSWETGEWING**

Redakteurs AA LANDMAN en JPA SWANEPOEL

*Digma-publikasies 1986; 319 bl*

Prys R19,95 + AVB

Hierdie boek is die nuutste publikasie in die *Digma-wetgewingreeks*. Dit bevat die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956, die regulasies tot dié wet (insluitend die reëls van die Nywerheidshof), die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 3 van 1983 en die regulasies tot hierdie wet.

Die doel van hierdie publikasie is om die praktisyn en student te voorsien van 'n bundel waarin die arbeidswette wat die meeste gebruik word volledig uiteengesit word. Daar word ook beoog om die publikasie by te hou deur gereelde nuwe uitgawes die lig te laat sien.

Hierdie publikasie sal beslis 'n nuttige rol in dié verband speel. Dit is netjies en duidelik gedruk en is maklik om te lees. Dit bevat deeglike inleidings tot albei wette asook nuttige registers. Vir die praktisyn sal die volledige stel regulasies wat hier verskyn ook baie nuttig wees.

PAK LE ROUX

*Universiteit van Suid-Afrika***GAIUS EN PAULUS**

vertaal deur JE SPRUIT en KEM BONGENAAR

*(Het erfdeel van de klassieke romeinse juristen II) Walburg Pers, Zutphen  
1984; 223 bl*

Prys 30 gulden

Hierdie is die tweede band van 'n versameling van pre-Justiniaanse geskryfte met 'n vertaling in Nederlands wat onder die titel "Het erfdeel van de klassieke romeinse juristen" verskyn. Waar die vertalers in die eerste band met 'n vertaling van die Institute van Gaius op die bestaande vertalings daarvan kon voortbou, het hulle, soos hulle self in die voorwoord sê, in die tweede band op onbetrede paaie gegaan. Ten opsigte van vele gedeeltes bestaan daar nog geen *communis opinio* nie en sommige fragmente is inderdaad, sover bekend, in geen moderne taal vertaal nie.

Die vertalers het die beleid voortgesit wat hulle met die vertaling van die eerste band neergelê het, naamlik om 'n vertaling in moderne Nederlands daar

te stel waarin ook soveel moontlik van die Latynse regsterme vertaal word. Ook in hierdie band word die Latynse teks aan die linkerkant van elke bladsy afgedruk met die vertaling daarvan aan die regterkant. Die teks wat gebruik is, is dié wat voorkom in Girard en Senn *Textes de droit romain I* (Parys 1967). Spruit en Bongenaar het egter verder gegaan en, in 'n poging om so 'n volledig moontlike Latynse teks daar te stel, foute in die teks in Girard-Senn verbeter en *lacunae* wat in dié teks voorkom, aangevul deur konjektuur met vermelding van die bron waaruit dit afkomstig is. Hierin het Spruit en Bongenaar blykbaar 'n konserwatiewe benadering gevolg en nie ligtelik van die bestaande tradisie afgewyk nie. Hulle verkies byvoorbeeld die indeling van Girard-Senn van die *Epitome Gai* in twee boeke ten spyte van navorsing wat daarop dui dat die *Epitome* slegs uit een boek bestaan het (vgl Nelson *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones (Studia Gaiana* bd VI) (Leiden 1981) 127).

Die vertaling bestaan uit twee dele. Die eerste deel bevat 'n vertaling van fragmente van 'n kommentaar op die Institute van Gaius afkomstig uit Autun en voorts 'n vertaling van die *Epitome Gai*. Die fragmente van die kommentaar op Gaius se Institute is in die jaar 1898 deur die Paryse paleograaf Chatelain ontdek onder die skrif op 'n manuskrip wat die *Instituta Cassiani* bevat. Ten spyte van groot praktiese probleme – die oorspronklike Gaius-kommentaar is deur middel van chemiese middels sodanig uitgewis dat die ontsyferaar hoofsaaklik aangewese was op die merke wat die pen van die skrywer op die manuskrip gemaak het – word die teks daarvan in 1899 deur Chatelain publiseer. Die opgewondenheid oor die nuwe vonds is spoedig vervang deur 'n diepe teleurstelling toe beseef is dat die skrywer van die manuskrip bloot die Institute van Gaius op 'n verduidelikende (soms langdradige) wyse parafraseer het. Die algemene beskouing oor hierdie kommentaar van Autun word daarna moontlik die beste deur Kübler (*PW s v Gaius* 503) verwoord. Hy beskryf dit as niks anders nie as “eine breite Bettelsuppe, die sich über den hie und da eigestreuten Text ergießt.”

Die *Epitome Gai* (wat in die meeste handskrifte as die *Liber Gai* bekend staan), is 'n bestanddeel van die *Lex Romana Visigothorum* wat op 2 Februarie 506 te Toulouse publiseer is. Die titel *Epitome* is misleidend – dit is eerder ook 'n kommentaar op Gaius se Institute wat in die vorm van 'n parafrase by die behoeftes van die tyd aangepas is. Boek IV van Gaius se Institute word byvoorbeeld geheel en al deur die opsteller(s) van die *Epitome* uitgelaat. As sodanig bied sowel die fragmente uit Autun as die *Epitome Gai* weinig vir die Romanis en kan, streng gesproke, nie as bronne van die Romeinse reg beskou word nie. Hulle waarde moet egter nie misken word nie. Met behulp van die fragmente uit Autun (par 80) kan byvoorbeeld 'n *lacuna* in Gaius se Institute (*G* 4 45–46) aangevul word. Met behulp van *Epitome Gai* 2 9 4 weer kan die ontbrekende vier reëls in *G* 39 6 aangevul word.

Die tweede gedeelte van die vertaling word hoofsaaklik opgeneem deur die *Sententiae Pauli* (bekend as die *Sententiarum ad filium libri V*). Dit is egter onseker of Paulus wel die outeur van die *Sententiae* was. Wat wel vasstaan, is dat die *Sententiae* teen ongeveer die begin van die na-klassieke periode aansienlik hersien is en gevolglik spore van Bisantynse of Wes-Gotiese beïnvloeding dra. Die gesag van die *Sententiae* is egter gedurende die na-klassieke periode deur Konstantyn bevestig in 'n verordening van 327 of 328. In die *lex Citationis* van 426 word die geskrifte van Paulus in die algemeen vermeld (*scripta universa*

Pauli), maar dan word die *Sententiae* spesifiek uitgesonder: *Pauli quoque Sententias semper valere praecipimus* (C Theod 1 4 3). Die gesag en populariteit wat die *Sententiae* geniet het, blyk ook uit die wyse waarop die werk behoue gebly het. (Die ongeveer een sesde van die *Sententiae* wat oorgelewer is, is bekend deels uit die uittreksels van die *Sententiae* wat in die *Digesta* voorkom, deels uit 'n verkorte weergawe van die *Sententiae* wat in die *Lex Romana Visigothorum* opgeneem is en ten slotte uit uittreksels van die *Sententiae* wat in die *Lex Romana Burgundionum* en in die *Edictum Theodorici* opgeneem is.) Die *Sententiae Pauli* beslaan verreweg die grootste gedeelte van die Paulus-deel (trouens, dit beslaan ongeveer twee derdes van die vertaling in geheel), en dit is hierin wat die waarde van die vertaling vir die Romanis hoofsaaklik geleë is. Die *Pauli Sententiae* is 'n belangrike bron van die Romeinse reg en met die vertaling daarvan dra Spruit en Bongenaar ongetwyfeld daartoe by om die belang en rol van Paulus in dié verband te bevestig.

Die res van die Paulus-gedeelte word opgeneem deur 'n aantal fragmente afkomstig uit sy *Institute* (214–215); fragmente, waarskynlik afkomstig uit Paulus se *Libri ad Edictum*, bekend as die *Fragmentum Berolinense* (214–217); die *Fragmenta Vindobonense* “*De Formula Fabiana*” (218–221); en die Oxfordfragment wat in die Bodleiana biblioteek bewaar word en uit die twee-en-derdigste boek van bogemelde kommentaar op die edik afkomstig is.

Die laaste vier fragmente wat aan Paulus toegeskryf word en deur Spruit en Bongenaar in die vertaling opgeneem is, is op papyrus oorgelewer en die teks daarvan is oorgeneem uit Sierl *Nachträge zu Lenel's Palingenesia Iuris Civilis anhand der Papyri* (diss) (Fürth 1958) (te vinde in Lenel *Palingenesia iuris civilis* II (herdruk Graz 1960)). Hierdie kort Griekse fragmente het Spruit en Bongenaar, benewens natuurlik van die vertaling in Nederlands, ook van 'n vertaling in Latyn voorsien.

Met die vertaling self kan Spruit en Bongenaar gelukkig word. Hulle slaag daarin om 'n idiomatiese vertaling daar te stel wat nie net maklik lees nie, maar by die leser ook telkens die indruk laat van die groot gemak waarmee hulle die stof hanteer. 'n Blyk van laasgenoemde is te vinde in die feit dat Spruit en Bongenaar, soos reeds opgemerk, bykans alle tegniese Latynse terme ook in Nederlands vertaal. Ten spyte van die besware wat (m i tereg) teen sodanige werkswyse ingebring kan word, moet toegegee word dat Spruit en Bongenaar met hulle vertalings van die tegniese terme meerendeels in die kol is. Hier en daar is dit moontlik om met die vertalers te verskil en om dié rede is dit verblydend dat hulle besluit het om sterk oorweging te skenk aan die insluiting van 'n alfabetiese lys van Latynse terme in band IV van die huidige reeks. Sodoende kan moontlike vae of onakkurate vertalings van tegniese terme meer volledig omskryfen verduidelik word. So is dit myns insiens nodig om *deportatio* (98–99) verder te omskryf. In die vertaling word dit bloot as “deporteer” weergegee. *Deportatio* (in teenstelling met *relegatio*) bring egter ook die verlies van burgerskap mee en gewoonlik ook die konfiskering van eiendom. Hiervan bring die vertaling weinig by die leser tuis. Nodeloos om te sê, benodig *relegatio* dus ook 'n beter omskrywing en kan daar nie bloot volstaan word met Spruit en Bongenaar se vertaling daarvan as “verbanning” nie (201). Ook is dit myns insiens misleidend om *bonorum possessio* met “bezit van de boedel” te vertaal (128–129). Dit is welbekend dat *bonorum possessio* 'n spesifieke betekenis kan dra van besit van 'n erfenis wat deur die *praetor* toegestaan en beskerm is. Dit



is hierdie tipe besit wat in *Pauli Sententiae* 3 1 en 3 2 (128–129) ter sprake kom. Aangesien *bonorum possessio* óók blote besit sonder die tussenkoms van die *praetor* kan beteken (Heumann en Seckel *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (herdruk Graz 1958) *s v possidere* (b)) is dit noodsaaklik om die onderskeid tussen bogemelde vorme van “besit” duidelik te laat blyk. Myns insiens sou dit in hierdie geval beter gewees het om die Latynse term (*bonorum possessio*) te behou.

’n Laaste punt van kritiek kan ingebring word teen Spruit en Bongenaar se vertaling van die vier Griekse fragmente waarvan hierbo melding gemaak is. In die Griekse teks word elke fragment ingelei deur die woord *ὅτι*. In die Latynse vertalings van dié fragmente wat in Sierl (*Nachträge* XIX, XX en XXV) opgeneem is, is *ὅτι* telkens onvertaald gelaat. Spruit en Bongenaar, daarenteen, het dit telkens in Latyn vertaal met *quia*, en in Nederlands weergegee met “omdat.” Hier deel ek die bedenkinge wat uitgespreek word deur Stolte 1986 *T v R* 193 194. *ὅτι* word dikwels pleonasties gebruik voor ’n aanhaling en vervul dan eenvoudig die rol van aanhalingstekens. Myns insiens is dit ook hier die geval.

Die kritiek wat hierbo (met huiwering) uitgespreek word, word by verre oorskadu deur die gehalte van die vertaling en die goeie versorging van die werk in die algemeen. Drukfoute is uiters seldsaam (ek het slegs op die volgende afgekom: “Zo ’n” i p v “Zo’n” (73); “Als” i p v “als” (85); en voetnoot 13 op 120 moet waarskynlik lees “Zie nt. bij II, 19, 5”). Spruit en Bongenaar het daarin geslaag om die hoë standaard te handhaaf wat hulle met die vertaling van die eerste band van die reeks daargestel het. Mag die vertalers van die volgende band ook deur “een Dionysisch vuur” aangevuur word en op hulle beurt ook werk van so ’n gehalte lewer!

BC STOOP

*Universiteit van Suid-Afrika*

## BURRELL: SOUTH AFRICAN PATENT LAW AND PRACTICE

by TD BURRELL

*Second edition; Butterworth Durban 1986; pp xxxvii + 699*

Price R105,00 + GST

The second edition of this work is the only comprehensive textbook on South African patent law as governed by the Patents Act 57 of 1978. The only other writing on the subject is the title “Patents” in *LAWSA*.

The principal aim of the author in both the first and second editions is the same, namely, to provide an accurate statement of South African patent law and practice. In this regard the second edition includes developments up to the end of 1984. However, this work is not limited to a statement of South African patent law and practice. Guidance is also given on possible future developments.

Apart from an analysis of the legal position under the 1978 Patents Act, the second edition retains virtually all the comments on the provisions of the repealed 1952 Patents Act contained in the first edition. This was necessitated by the fact that the provisions of the 1952 act will continue to apply for some twenty years in respect of patents granted under it.

The work is aimed primarily at the patent practitioner. A great deal of emphasis has been placed on procedural and practical aspects. It is therefore disappointing that Anton Piller-orders as applied to patents have received no mention while delivery up-orders have received only cursory treatment.

The second edition has the same basic structure as the first edition. The subject matter of the second edition is divided into 10 chapters (covering 480 pages) at the end of which are a number of appendices comprising the texts of the 1978 Patents Act, the regulations, the repealed 1952 Patents Act, selected provisions of the Nuclear Energy Act 1982 and the Paris Convention, comparative tables of the 1952 and 1978 acts, the South African Law Reports and Burrell's Patent Law Reports. In addition, the book contains a bibliography, a table of South African and foreign cases and a comprehensive index. The text of the 1978 Patents Act contains very useful annotations at the foot of each section. These comprise South African historical notes, the corresponding sections of the 1949 and 1977 British Patents Acts, the applicable regulations and the relevant paragraph references in the text of the book itself.

The particular copy of the book under review happened to have a number of blank pages in the appendices. However, an examination of a number of other copies revealed no similar defect.

The appearance of this book is to be welcomed. It can be recommended to patent practitioners and students specialising in patent law.

BR RUTHERFORD

*University of South Africa*

### **BASIC EMPLOYMENT LAW**

by JULIAN RIEKERT

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1987; pp xvii and 120*

Price R22,90 + GST (soft cover)

Labour law is a field of law in South Africa which changes constantly and extensively. To write a book on South African labour law is therefore no easy matter.

In the preface the author indicates that this book is the first of a "proposed trilogy." The second volume will apparently be entitled "Industrial Relations Law" and the third volume "Labour Law Cases and Materials." The author gives no indication of the expected publication dates of the said two volumes.

It is unfortunate that they have not been published simultaneously with the book under discussion – especially in view of the frequent references in the latter to the other two volumes for in-depth discussions of various subjects which are merely touched upon in this book. At 41, for example, the author mentions the employers' "lock-out" practice and thereafter refers the reader to the second volume where this practice "is more fully discussed." A further example is found at 55 where the reader is also referred to the second volume for a more detailed discussion of victimisation and the problem of proving that such victimisation has taken place. This aspect has made it more difficult to review this book and to judge its value. However, a deliberate effort has been made to judge this book on its own merit.

The author also says in the preface that the work is directed at law students and "others who are approaching the challenging, but bewildering, topic of labour law for the first time." His object has therefore been to write a book on labour law which is simple in its presentation and yet of sufficient depth to be of value to the persons to whom it is directed.

Subject to a few reservations which will be mentioned below, the book will serve the stated purpose. It will certainly be of value to law students and to those actively involved in labour relations. The book sets out the individual labour law in clear and easily understandable language. The subject is authoritatively dealt with and the law as such is set out in succinct and unequivocal terms.

At 7, the author makes use of an algorithm to explain the procedure which must be adopted in determining the applicable law when one is dealing with a specific employee. This algorithm will be of great assistance to any person who has to decide which of the different laws which could be applicable is applicable in a particular case. The tables which one finds in chapter 5 will also be of assistance to the reader in gaining an understanding of the various provisions of the Basic Conditions of Employment Act in respect of working hours, vacation, leave accrual, pay on public holidays and sick leave. The appendices A to D also provide useful information and contribute to a better understanding and appreciation of individual labour law.

This book deals with what is generally called "individual labour law." In view of the type of reader for whom this book has been written, it would be necessary to discuss the concepts of individual and collective labour law, to explain the differences between these concepts and furthermore to indicate the role played by each of these concepts in labour law. This, however, is something which the author has failed to do. The author makes no reference to the major role played by collective measures in the shaping of the substance of the individual employment relationship. The reader may easily gain the impression that there are no other measures which would influence a separate contract of employment apart from those mentioned in the book.

A further point which should be borne in mind is that the reader of this work will probably have little, if any, knowledge of Latin. Unfortunately the author often uses Latin words and phrases. This could have the effect that the reader may not understand what is being said or explained. For instance, it is said (89) that the Latin maxim *lex non cogit ad impossibilia* also applies to contracts of employment. No explanation or even translation of the maxim is given to assist the reader who has no knowledge of Latin.

Apart from these few reservations it is believed that the book has a role to play in the field of labour law in South Africa. The reader will unquestionably find it is a useful and enlightening book, which will prepare him or her for detailed complementary textbooks on this subject.

The book is recommended for law students and others who have no knowledge of labour law and now find themselves embroiled in labour relations.

EML STRYDOM

*University of South Africa*

### THE LAW OF THE SEA

by TW BENNETT *et al*

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1986; pp 225*

Price R64,00 + GST (soft cover)

The book consists of a collection of articles first published in *Acta Juridica* in 1986.

South Africa signed the United Nations Convention on the Law of the Sea in December 1984. Signature does not, however, constitute ratification. South Africa, like most of the signatory states, must therefore still consider whether or not to ratify the convention. The editors expressed the hope that this book will make a substantial contribution towards shedding light on some of the important factors which governments, and in particular the South African government, will have to consider before such a decision is taken.

The book is divided into six chapters: general; living resources; non-living resources; pollution; coastal zone and navigation. The topics dealt with in these chapters are: the status of the convention, dispute settlement in terms of the convention and some problems concerning South Africa and the law of the sea. Substantial contributions on the resources of the sea are made in the fields of fisheries and mineral exploitation in particular. Two articles deal with Antarctica's resources and one with the not very well known, but nevertheless very interesting topic of marine archeological research. Finally, there is one contribution each on marine pollution, the admiralty reserve and sea passage in South Africa's maritime zones.

Very few typographical errors occur and the few that are to be found do not affect the reading quality of the book. The contribution on the control of South Africa's living marine resources which is included in the chapter on pollution should, however, surely have been included in the chapter on living resources. Although the book is bound in soft cover it is sturdy and should not come apart easily.

The editors must be commended for making this series of articles available to a wider user public than merely the readers of *Acta Juridica*. The book should



certainly be of value not only to legal scholars but also to government officials and environmentalists.

Finally, one cannot help but observe that the price is a little exorbitant for a soft-cover collection of previously published articles. It is to be regretted that a work of undoubted academic and practical value has been priced out of the range of most private collections.

FRITZ VISSER

*University of South Africa*

### INDUSTRIAL COURT DIGEST

by CLIVE THOMPSON

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1986*

Price R48,00 + GST

The important role which the industrial court has come to play in South African labour law and industrial relations during the last few years has become evident to those involved in this field. No employer or union (or their legal advisers) can afford to ignore the principles formulated by the court when making decisions or formulating policies in the industrial relations sphere.

Unfortunately, however, the decisions of the industrial court are not always easily accessible as many of them are not published or summarised in the various journals dealing with labour law. The *Industrial Court Digest* tries to rectify this problem by providing summaries of all the available industrial court decisions – irrespective of whether they have been published elsewhere or not.

These summaries, together with a detailed index, constitute an attempt to provide a comprehensive guide to the relevant principles formulated by the court.

In my opinion the *Industrial Court Digest* has succeeded admirably in this task.

During the relatively short period I have had the publication at my disposal I have found its detailed index especially useful. It has introduced me to decisions I did not have knowledge of and has highlighted aspects of familiar decisions which I had not previously considered. Trying to summarise the most important aspects of industrial court decisions adequately can often be a difficult task. The author has, however, succeeded in this task. The summaries are accurate, informative and state the relevant principles concisely. Whilst (as the author indicates) it may often be necessary to consult the original decisions, the summaries provide a useful starting point.

The copy of the publication provided for review contained the first two services of this loose-leaf edition. The third service was distributed to subscribers in September 1987. This, it is hoped, will provide subscribers with a virtually

complete record of all available industrial court decisions. It is intended that the digest will be kept up to date by means of regular supplementary services (three times annually).

I am certain that the *Industrial Court Digest* will provide an invaluable guide to all those people involved in labour law and industrial relations.

PAK LE ROUX

*University of South Africa*

### DRIETALIGE REGSWOORDEBOEK/TRILINGUAL LEGAL DICTIONARY

deur VG HIEMSTRA en HL GONIN

*Tweede uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1986; xiii en 529 bl*

Prys R118,00 + AVB (slegs hardeband)

Hierdie drietalige (Engels-Afrikaans; Latyn-Afrikaans-Engels; en Afrikaans-Engels) regswoordeboek is die tweede – en volgens die advertensie daarvan “heeltemal hersiene, bygewerkte en vermeerderde” – uitgawe van die opvolger (1981) van die ou bekende *Engels-Afrikaanse Regswoordeboek*. Laasgenoemde werk het reeds ongeveer 23 jaar gelede, in 1963, sy verskyning gemaak het en nie 18 jaar gelede soos in die voorwoord te kenne gegee word nie! Die voorwoord is klaarblyklik geskryf met die oog op die eerste uitgawe – vergelyk die woorde “The dictionary now appears for the first time in the form English-Afrikaans and Afrikaans-English” (ix) – en slegs die datering daarvan is vir doeleindes van hierdie uitgawe verander (sien ook Kahn 1987 *SALJ* 219).

Volgens die outeurs (v) moet ’n regswoordeboek aan twee grondliggende vereistes voldoen, te wete juridiese akkuraatheid en taalkundige suiwerheid. Daarna – op die tweede trap van belangrikheid – staan vereistes soos volledigheid, leksikografiese styl, algemene versorging en oordeelkundigheid by die keuse van watter woorde regstegnies van aard is. Mens wonder egter of die vereiste van volledigheid nie ook op die eerste trap moet staan nie. Dat Hiemstra en Gonin self groot waarde hieraan heg, blyk uit waar hulle sê:

“Om te veel op te neem maak die woordeboek nie slegter nie . . . , maar om weg te laat wat daar moes gewees het, is ’n fout. Ons kan net die uitnodiging aan Suid-Afrikaanse juriste herhaal wat in die voorwoord by hierdie boek se voorganger . . . gestaan het, nl. om terme in te stuur wat ontbreek.”

Nou lê dit nie op my weg om die tweede uitgawe aan ’n deurtastende ondersoek te onderwerp nie. Dit het Van der Vyver reeds ten aansien van die eerste uitgawe gedoen (sien 1982 *SALJ* 160); en volgens Kahn (1987 *SALJ* 220) is die meeste van sy besware uit die weg geruim. Daarom word hier grootliks op genoemde uitnodiging gereageer en wel met betrekking tot woorde wat op die gebied van *iniuria* en onregmatige mededinging (vakgebiede wat my besonder interesseer) in regstegniese sin algemeen gebruiklik is maar tog nie in die woordeboek voorkom nie.

Hulle is: *aanleuning* – “misappropriation of trade mark on non-competing goods;” *boikot* – “boycott” (ontbreek by Afrikaans-Engels); *handelsgeheim* (eerder as vakgeheim) – “trade secret;” “breach of trust or confidence” – vertroulikheidskending; *afluister* of *meeluister* (as privaatheidskending) – “eavesdrop;” *afloer(der)* (as privaatheidskending) – “peep (*Peeping Tom*);” *fisiese integriteit* (as persoonlikheidsgoed) – “physical integrity;” *emosionele skok* – “emotional shock;” *slaafse navolging* (van produk) – “slavish copying;” *beskrywende woorde* (as onderskeidingsteken) – “descriptive words;” “*fancy name*” (as onderskeidingsteken) – unieke (sonderlinge) naam; *diensmerk* (as onderskeidingsteken) – “service mark;” *groeplaster* – “group (or class) defamation;” “*get-up*” – verpakking of aankleding (van produk); *onregmatige* (eerder as onbillike of onge-regverdigde) mededinging – “unlawful” of “wrongful (unfair) competition;” *prestasiededinging* – “performance-competition;” *mededingingsprinsiep* – “competition principle;” *model(le)* (reg op) – “model(s);” *reklameteken* – “advertising sign or symbol;” *onderskeidingsteken* – “distinguishing sign or symbol;” “*unclean hands*” (verweer van); *vergelykende reklame* – “comparative advertisement.”

Hierbenewens mis ek ook verwysings na *verdienvermoë* (*arbeidsvermoë*) – “earning capacity” en *regsverkeer* – “legal traffic.” Dieselfde geld vir *actio legis Aquiliae* wat as besondere aksie (vgl 161) met sy Latynse naam net so algemeen gebruik word as Aquiliese aksie – “Aquilian action.”

Hier en daar word nie aan die grondliggende vereiste van juridiese akkuraatheid voldoen nie: die *actio iniuriarum* geld ten aansien van enige persoonlikheidskrenking en nie net ten aansien van eerskending (of *belediging*) nie; *persoonlikheidskending* is beslis nie die sinoniem vir *crimen iniuria* nie, enersyds omdat persoonlikheidskending ook ’n vereiste vir enige deliktuele *iniuria* is, en andersyds omdat *crimen iniuria* tot eerskending beperk is; en *animus iniuriandi* beteken die bedoeling om ’n *iniuria* (persoonlikheidskending) te begaan en nie bloot die bedoeling of wil om te benadeel of te krenk nie. Voorts kan ek die woord *bevoorregte* (i p v bevoorregte) geleentheid nie opspoor nie en is sowel *gemenerereg* as *gemene reg* korrek (alhoewel eersgenoemde vorm verkieslik is: sien Van Rensburg 1980 *THRHR* 351–352; Kahn 1987 *SALJ* 219).

Hierdie opmerkings ten spyt, is die voorkoms, tegniese versorging en die deurgaans baie hoë standaard van hierdie monumentale werk indrukwekkend. Die woordeboek behoort daarom voortdurend as “noodsaaklike korrektief” (soos dit al tevore gestel is) deur elke juris (praktisyn en akademikus) ingespan te word.

J NEETHLING

*Universiteit van Suid-Afrika*

Die aanvang van verjaring waar die skuldeiser oor die opeisbaarheid van die skuld kan beskik

.....  
DATUM

GF Lubbe

BA LL.M.

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

Professor in die Privaatreg, Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

The commencement of prescription where the creditor is in a position to enforce the debt

The notion of *contra non valentem agere non currit praescriptio* is manifested in the provision of section 12(1) of the Prescription Act 68 of 1969, which provides that prescription starts to run only when the debt becomes due, and not necessarily as soon as the debt is created. *Dicta* in a number of decisions indicate that the postponement of the start of prescription in regard to a debt that is not due, is inapposite where the nature of the impediment is such that the creditor may, at his discretion and through his unilateral act, render the debt enforceable. Actual judicial support for the notion that prescription will in such cases run from the moment on which the creditor could first have acted to make the debt due, is not as wide-spread as pronouncements in the case law suggest. Many statements of the supposed principle are by way of *obiter dicta*, while others appear in judgments that are less convincing on account of imprecise analyses of the problem. It is nevertheless concluded that policy considerations bear out those decisions which positively hold that the start of prescription will be delayed only where the impediment to the debt's becoming due is extraneous to the will and discretion of the creditor.

I

Artikel 12(1) van die Verjaringswet 68 van 1969 bepaal dat skuldverjaring loop vanaf die oomblik waarop die skuld opeisbaar word. Die begrip "opeisbaarheid" word nie statutêr omskryf nie, maar volgens die regspraak is daar sprake van 'n opeisbare skuld indien dit een is

"for which an action could presently be brought against the debtor. . . [T]he debt must be one in respect of which the debtor is under an obligation to pay immediately."

Waar die skuld dus bestaan, maar onopeisbaar is, byvoorbeeld vanweë die teenwoordigheid van 'n opskortende tydsbepaling of voorwaarde of die ontbreking van 'n substantiewe voorvereiste vir die ontvanklikheid van 'n aksie, sal verjaring nie teen die skuldeiser begin loop nie. Hierdie gedagte, dat verjaring eers begin loop *sicut actio nata est*, dit wil sê wanneer die skuldeiser in staat is om

1 per wn ar Galgut in *The Master v IL Back & Co Ltd* 1983 1 SA 986 (A) 1004; vgl *Benson v Walters* 1984 1 SA 73 (A); *List v Jungers* 1979 3 SA 106 (A) 121.



sy reg deur aksie<sup>2</sup> te verweselik, en nie sonder meer as die reg ontstaan nie, is 'n uiting van 'n fundamentele beginsel van ons verjaringsreg. Alhoewel in die belang van die gemeenskap en ter beskerming van skuldenaars aanvaar word dat verbintnisse nie onbepaald bly voortbestaan nie en tot niet gaan na verloop van die voorgeskrewe termyn,<sup>3</sup> word ter beveiliging van die skuldeiser aanvaar dat verjaring nie teen hom loop as hy nie in staat is om sy reg af te dwing nie. Ingevolge die stelreël *contra non valentem agere non currit praescriptio* word nie slegs rekening gehou met beletsels wat tydens die verjaringstermyn intree en die skuldeiser verhinder om te ageer nie.<sup>4</sup> Daar word ook gereël dat verjaring nie begin loop teen 'n skuldeiser wat reeds 'n reg verwerf het, maar wat vanweë faktore wat sy reg onafdwingbaar maak nog nie in staat is om teen die skuldenaar te ageer nie. Anders as wat die geval is in verband met skorsing bevat die Verjaringswet geen aanduiding van die omstandighede wat vir doeleindes van die aanvang van verjaring as beletsels geld nie.<sup>5</sup> Die onderliggende gedagte, naamlik dat die algemene beginsels van die verbintenisreg in hierdie verband die deurslag moet gee,<sup>6</sup> skakel nie alle probleme uit nie. Veral problematies is daardie gevalle waarin skuld, alhoewel dit om die een of ander rede tegnies onopeisbaar is, deur die eensydige optrede van die skuldeiser opeisbaar gemaak kan word. Die omstandigheid dat 'n skuldeiser deur willekeurige optrede die aanvang van verjaring kan bepaal, opper die moontlikheid dat die situasie tot nadeel van die skuldenaar gemanipuleer kan word.<sup>7</sup> Die oogmerk van hierdie bydrae is om te ondersoek of die beginsel dat verjaring aan opeisbaarheid van die skuld gekoppel word, onwrikbaar in hierdie situasies gehandhaaf moet word al dan nie.

Ten einde hierdie vraag te probeer beantwoord, sal die posisie ten opsigte van verbintnisse wat uitdruklik "op aanvraag" betaalbaar gestel word in die volgende afdeling in oënskou geneem word. Daarna sal die posisie bekyk word ten opsigte van die aanvang van verjaring by skulde waar die skuldeiser by magte is om dit eensydig opeisbaar te maak, en laastens sal die aanvang van verjaring ten opsigte van kontrak remedies wat afhanklik van die uitoefening van 'n ekseksie deur die skuldeiser staan, onder die loep kom.

## II

Die regspraak aanvaar dat waar 'n skuld in 'n promesse vervat op aanvraag betaalbaar gestel word, verjaring begin loop vanaf die oomblik waarop die skuldeiser vir die eerste keer op betaling sou kon aandrang.<sup>8</sup> Verskeie beslissings voer

2 Sien by *Benson v Walters supra* 82G.

3 Sien in die algemeen *Murray & Roberts Construction (Pty) Ltd v Upington Municipality* 1984 1 SA 571 (A); De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 255-256.

4 Sien hieroor a 13(1) van die Verjaringswet; vgl *Dahl v Klaveness & Co A/S* 1953 1 SA 134 (K); *Montagu Wine Co v Rabie* 1915 TPD 483; De Wet en Van Wyk *op cit* 265-269.

5 Sien a 13 van die Verjaringswet 68 van 1968 i v m die omstandighede wat die afloop van die verjaringstermyn raak. Onkunde van die skuldeiser i v m die bestaan van die skuld raak weliswaar die aanvang van verjaring onder omstandighede wat in a 12(2) en (3) aangedui word.

6 Vgl De Wet en Van Wyk *op cit*.

7 Sien by *Benson v Walters* 1981 4 SA 42 (K) 50B-C (1984 1 SA 61 (A) 86D).

8 *Louw v Skead* (1885) 4 SC 109; *Dumont v Van Zyl* 1962 4 SA 47 (T); Wessels *Contract II* par 2800; Delport "Prestasie 'op aanvraag' en art 12(1) van die Verjaringswet 1969" 1979 *De Jure* 65. Hierdie houding is skynbaar nie onwrikbaar nie: sien by *Van Gent v Kenter* 1946 TPD 506, maar vgl die kritiek van De Wet en Van Wyk *op cit* 263 vn 46.

hierdie reël ten opsigte van promesses deur na ander gevalle van skulde wat “op aanvraag” betaalbaar gestel word<sup>9</sup> op grond daarvan dat die woorde “op aanvraag” nie verstaan word in die sin van ’n voorwaarde of formaliteit vir die opeisbaarheid van die skuld nie; dit dien slegs om te beklemtoon dat die skuldeiser na willekeur kan invorder.<sup>10</sup> So verstaan, is die posisie van die skuldeiser wat “op aanvraag” geregtig is op betaling eintlik gelyk aan dié van ’n skuldeiser ingevolge ’n verbintenis wat geen tyd vir prestasie stel nie.<sup>11</sup> Ooreenkomstig algemene beginsels is sodanige prestasie te eniger tyd beskikbaar na gelang van die willekeur van die skuldeiser.<sup>12</sup> Indien, soos vry algemeen aanvaar word, verjaring in dié gevalle loop vanaf die ontstaan van die skuld, dan geld dieselfde in geval van ’n skuld wat “op aanvraag” betaalbaar gestel is. In *Nicholl v Nicholl*<sup>13</sup> word die twee situasies dan ook aan mekaar gelykgestel in hierdie opsig. In albei gevalle bestaan daar geen beletsel wat aksie deur die skuldeiser verhinder nie, en is daar bygevolg geen redes om ingevolge die stelreël *contra non valentem agere non currit praescriptio* die aanvang van die verjaringsloop uit te stel nie. Hier kan sydelings vermeld word dat die noodsaaklikheid van ’n aanmaning (*interpellatio*) om ’n skuldenaar in *mora* te stel ten opsigte van ’n verbintenis waarby geen tyd vir prestasie gestel is nie, nie afdoen aan bogenoemde gevolgtrekking nie. Die afdwingbaarheid van die primêre prestasieverpligting ingevolge die verbintenis staan naamlik los van die vestiging van sekondêre verpligtinge op grond van kontrakbreuk.<sup>14</sup> Derhalwe staan die aanvang van verjaring ten opsigte van die primêre verpligting los van die tot stand bring van *mora debitoris* deur aanmaning.

So gesien, is die vraag na die aanvang van verjaring ten opsigte van skuld “op aanvraag” onproblematies. Dit is egter nodig om kennis te neem van die standpunt van Delport dat die regspraak se benadering in hierdie verband ’n ooreenvarende is.<sup>15</sup> Volgens die skrywer hang die juridiese konstruksie van die skuld “op aanvraag” af van die bedoeling van die partye. Terwyl Delport toegee dat die woorde “op aanvraag” as sinoniem vir “onmiddellik betaalbaar” bedoel kon gewees het, kritiseer hy beslissings soos *Nicholl v Nicholl* (en dié wat daarop gevolg het) waarin te kenne gegee is dat dit die uitsluitlike betekenis van die gemelde frase is. Volgens Delport is daar ook ’n ander moontlikheid, naamlik dat die partye inderdaad kon bedoel het dat “aanvraag ’n voorvereiste vir die ontstaan van die skuldeiser se eis is”.<sup>16</sup> Inderdaad kom dit voor of betoog word dat rekening gehou word met ’n kontrak onderworpe aan ’n opskortende, postestatiwede voorwaarde, dit wil sê dat die skuldenaar onderneem om te presteer

9 *Nicholl v Nicholl* 1916 WLD 10; *Webb v Van der Wath* 1914 OPD 17; *Cassimjee v Cassimjee* 1947 3 SA 701 (N); *Lamprechts v Lyttleton Townships (Pty) Ltd* 1948 4 SA 526 (T); *Van Vuuren v Boshoff* 1964 1 SA 395 (T); *Olthover & List Trust Co Ltd v Strauch* 1972 4 SA 48 (SWA).

10 sien veral *Nicholl v Nicholl supra* 12 en *Lamprechts v Lyttleton Township (Pty) Ltd supra* 529 waar “on demand” verstaan is in die sin van “due and enforceable at any time”; vgl Delport *loc cit* 71.

11 Vgl De Wet en Van Wyk *op cit* 262, waar verklaar word dat ’n “skuld op aanvraag” ’n suiwer, d w s ’n onvoorwaardelike, skuld is.

12 Vgl *Fluxman v Britain* 1914 AD 273 294; *Dumont v Van Zyl supra* 52D.

13 *supra* 12.

14 Vgl *Ridley v Marais* 1939 AD 5 9; *Lamprechts v Lyttleton Township (Pty) Ltd supra*; *Theron v Theron* 1973 3 SA 667 (K).

15 1979 *De Jure* 65.

16 *loc cit* 71; vgl die opmerkings op 70.

indien die ander party dit sou aanvra.<sup>17</sup> In sodanige gevalle, meen die skrywer, behoort verjaring eers te loop vanaf vervulling van die voorwaarde, dit wil sê vanaf die oomblik van aanvraag. Of so 'n konstruksie bestaanbaar is in die lig van die siening dat 'n potestatiëwe voorwaarde wat 'n diskresie aan die skuldeiser gee geen effek het nie,<sup>18</sup> is twyfelagtig. Delport sukkel in elk geval om voorbeelde van sodanige gevalle te gee. In die beslissings waarin daar in dié rigting geneig word,<sup>19</sup> was die vraag na die aanvang van die verjaringsloop in ieder geval nie ter sprake nie. Selfs al sou mens dus aanvaar dat die partye aanvraag as voorvereiste vir opeisbaarheid kan stel en dit gedoen het, is die betrokke beslissings nie gesag vir die stelling dat dié feit die aanvang van verjaring sal beïnvloed nie. Ter ondersteuning van laasgenoemde proposisie beroep Delport<sup>20</sup> hom op sekere Engelse beslissings wat natuurlik nie as gesaghebbend vir ons reg beskou kan word nie. Die standpunt dat *Mostert v Mostert*<sup>21</sup> by implikasie te kenne gee dat verjaring in die gepostuleerde geval eers vanaf aanvraag sal loop,<sup>22</sup> is bedenklik. Die beslissing bevestig bloot dat aanvraag nie 'n voorvereiste vir die instel van die *actio pro socio* is nie, en dat die vordering dus met die ontstaan daarvan begin verjaar. Hierin is op sigself geen steun vir Delport se houding te vind nie. Die teendeel is inderdaad waar: *dicta* in die uitspraak van regter Mason stel naamlik die grondslag daar vir die beginsel dat verjaring ten opsigte van 'n onopeisbare skuld onmiddellik begin loop indien die skuldeiser by magte is om dit eensydig opeisbaar te maak.<sup>23</sup>

Vir sy gevolgtrekking dat, volgens sy alternatiewe konstruksie, verjaring eers vanaf aanvraag sal loop, steun Delport in die afwesigheid van direkte gesag bloot op die beginselargument dat enige faktor wat bogenoemde opeisbaarheid raak, ingevolge die stelreël *contra non valentem agere non currit praescriptio* die aanvang van verjaring sal uitstel. Hierdie sienswyse oortuig egter nie, en wel omrede die faktor wat hier ter sprake is nie werklik 'n beletsel daarstel nie. Anders as wat die geval is by 'n verbintenis onderworpe aan 'n gemengde of toevallige opskortende voorwaarde of 'n opskortende tydsbepaling, is die posisie by 'n skuld "op aanvraag" wat as 'n potestatief voorwaardelike gesien word; dit is dat die skuldeiser te enige tyd die beletsel uit die weg kan ruim. In die lig daarvan dat so 'n persoon nie werklik van buite verhinder word om te ageer nie, volg dit myns insiens nie vanselfsprekend dat hy geregtig is op die beskerming wat ingevolge die stelreël *contra non valentem agere non currit praescriptio* aan skuldeisers verleen word nie. Steun vir hierdie sienswyse blyk daaruit dat De Wet en Van Wyk hul siening dat verjaring by die skuld "op aanvraag" onmiddellik begin loop, nie uitsluitlik daarop baseer dat die eis onmiddellik opeisbaar is nie. As verdere rede vir die genoemde standpunt word die volgende oorweging genoem:

"Die skuldeiser het immers die hef in die hande en kan die aanvraag maak of kennis gee onmiddellik nadat die skuld ontstaan het. Dit sou strydig wees met die wese van

17 Sien veral die opmerkings op 72 vn 32.

18 Wessels *Contract* par 1317.

19 Sien bv *Hubbard v Rogers* 1915 WLD 39; *Western Bank v Pretorius* 1976 2 SA 481 (T); vgl die tentatiewe opmerkings op 71 vn 30.

20 *loc cit* 65-69.

21 1913 TPD 255.

22 *loc cit* 70.

23 Sien 1913 TPD 255 259; vgl afdeling III hieronder.



skuldverjaring indien die skuldeiser, wat eensydig en na willekeur die vervaldatum kan bepaal, die aanvang van die loop van verjaring kan uitstel.”<sup>24</sup>

Hierdie argument is logieserwys oorbodig in gevalle waar die partye se bedoeling was dat “op aanvraag” onmiddellik opeisbaar beteken. In so ’n geval is die skuld in ieder geval opeisbaar, en is daar niks wat die aanvang van verjaring kan vertraag nie. Alhoewel dit dan nie uitdruklik so gestel word nie, is die oorweging wat De Wet en Van Wyk noem, juis relevant vir die geval waar, in Delpont se terminologie, die bedoeling van die partye was dat aanvraag ’n voorvereiste vir aksie is. Op beleidsgronde voel die skrywers dan dat selfs in sodanige gevalle verjaring steeds onmiddellik moet begin loop, in elk geval so gou as wat die skuldeiser geregtig is om die skuld op te roep. Elders<sup>25</sup> bepleit De Wet inderdaad die erkenning van hierdie beginsel, wat in artikel 12(2) van sy voorgestelde Ontwerp-Verjaringswet as volg geformuleer is:

“Indien die dag waarop ’n skuld opeisbaar word, eensydig deur ’n skuldeiser bepaal mag word, word die skuld geag opeisbaar te wees op die vroegste dag wat die skuldeiser geregtig was om te bepaal.”<sup>26</sup>

Die vraag wat nou na vore kom, is of hierdie beginsel inderdaad deel uitmaak van ons verjaringsreg, meer bepaald in die lig van die feit dat die voorgestelde artikel 12(2) van De Wet se Verjaringswetsontwerp nie vervat is in die Verjaringswet van 1969 nie. Hierdie en verwante vrae kom in die volgende afdeling aan die orde.

### III

In *Benson v Walters* verklaar regter Van den Heever sonder huiwering:

“Our courts have consistently held that a creditor is not able by his own conduct, to postpone the commencement of prescription.”<sup>27</sup>

Volgens regter Van den Heever dui die weglating van artikel 12(2) van De Wet se Ontwerp-Verjaringswet uit die Verjaringswet van 1969 nie op die wegdoen van die beginsel daarin vervat nie, maar bloot daarop dat statutêre verskansing daarvan in die lig van die gevestigde regspraak as oorbodig beskou is.

’n Beskouing van die regspraak toon dat die *fons et origo* van die gewraakte beginsel in *Mostert v Mostert* te vinde is.<sup>28</sup> Regter Mason bevind dat die *actio pro socio* opeisbaar word by ontbinding van die vennootskap, en dat verjaring vanaf daardie oomblik loop. In die besonder word bevind dat die skuldeiser se besluit om nie onmiddellik te ageer nie, nie die aanvang van verjaring kan beïnvloed nie:

“I do not understand him [d i Voet] to mean that the partner’s right of action is postponed until such time as he may, either, in his wisdom or when he thinks that he ought to bestir himself, demand an account.”<sup>29</sup>

In die algemeen word dit dan ook gestel dat dit onaanvaarbaar sou wees om ’n persoon toe te laat om op sy eie “default or negligence” te steun ten einde die

24 *op cit* 262.

25 Vgl “Memorandum insake verjaring (1967)” vervat in De Wet *Opuscula miscellanea* (Gauntlett red (1979)).

26 *op cit* 140.

27 1981 4 SA 42 (K) 49; vgl *Western Bank Ltd v SJJ van Vuuren Transport (Pty) Ltd* 1980 2 SA 348 (T) 353G; *The Master v IL Back & Co Ltd* 1980 4 SA 763 (K).

28 1913 TPD 255.

29 259.



aanvang van die verjaringsloop uit te stel.<sup>30</sup> Aangesien daar in ieder geval sprake was van 'n opeisbare vordering, is bogenoemde uitlatings, vir sover dit werklik gemik was op die situasie waar 'n skuldeiser by magte is om eensydig te beskik oor die juridiese opeisbaarheid al dan nie van die vordering, *obiter dicta* en sonder veel gesag. Rekening moet ook gehou word daarmee dat regter Mason nie die beginsel wat ter sprake is in *Benson* se saak<sup>31</sup> in gedagte het nie. Heel waarskynlik is die bedoeling bloot om aan te dui dat die verjaringsaanvang ten opsigte van 'n opeisbare vordering nie geraak word deur die skuldeiser se besluit om sy aksie te vertraag nie.

Ook ander beslissings waarop daar in *Benson* se saak gesteun is, lewer by analise nie onomwonde gesag vir die gewraakte beginsel nie. In *Mahomed v Yssel*<sup>32</sup> verset regter Miller hom teen die gedagte dat 'n skuldeiser toegelaat kan word

“[to] wield a power to regulate the period of prescription applicable and according to his whim or fancy”;

terwyl regter Steyn in *Lydenburg Voorspoed Ko-operasie v Els*<sup>33</sup> 'n *caveat* rig teen “leaving the determination of the period of prescription in the hands of the person against whom it would otherwise be running.”

In albei gevalle egter word die *dicta* geuiter in kontekste wat nie *in pari materia* is met dié wat in *Benson* se saak aangeraak is nie, en wat getuig van dieselfde dubbelsinnigheid waarna in verband met die *Mostert*-saak verwys is.<sup>34</sup>

Meer pertinente gesag vir die gedagte dat 'n skuldeiser wat eensydig oor die opeisbaarheid van 'n vordering kan beskik, nie by magte is om die aanvang van verjaring te vertraag nie, is te vinde in *Lamprechts v Lyttleton Township (Pty) Ltd.*<sup>35</sup> 'n Koper van grond het in 1947 oordrag van twee erwe geëis op grond van kontrakte wat in 1929 onderteken is en waarvolgens die laaste paaieimente in 1932 en 1936 onderskeidelik betaalbaar was. In reaksie op 'n pleit van verjaring het die eiser aangevoer dat hy geen “right of action” gehad het solank die verkoper nog die *exceptio non adimpleti contractus* tot sy beskikking teen 'n eis om lewering gehad het nie. Verjaring, so is betoog, sou eers kon begin loop vanaf die oomblik waarop laasgenoemde verweer ontsenu is, dit wil sê deurdat die koper die koopprys sou betaal of sou aanbied om dit te doen. Hierdie argument word deur die hof verwerp. Tereg word aangedui dat die regte en verpligtinge van die partye by kontraksluiting tot stand kom. Die *exceptio* verhinder dus nie dat die skuld ontstaan nie, maar tref bloot die afdwingbaarheid daarvan.<sup>36</sup> Oor die aanvang van verjaring ten opsigte van 'n koper se eis om lewering by 'n paaieimentskoop vertoon regter Murray 'n mate van huiwering. Enersyds word gevoel dat, omrede die tydsbepalings gewoonlik *pro debitore* beding is en die koper dus in staat is om onmiddellik betaling aan te bied en lewering te eis, daar baie te sê is vir die siening dat verjaring onmiddellik begin loop:

30 *ibid.*

31 *supra.*

32 1963 1 SA 866 (D) 870.

33 1966 3 SA 34 (T) 37.

34 Vgl veral die *Lydenburg*-saak *supra* 38B-C waar dit lyk of r Steyn bloot sê dat 'n besluit van die skuldeiser om aksie te o v 'n vorderingsreg uit stel, nie die aanvang van verjaring affekteer nie.

35 1948 4 SA 526 (T).

36 530.

"It is consequently open to argument that extinctive prescription in respect of the purchaser's action for transfer or delivery runs against him as from the date of the sale and is only interrupted from time to time by a payment of an agreed instalment."<sup>37</sup>

(Hiermee word waarskynlik bedoel dat aanvaarding van 'n paaient deur die verkoper telkens dien as 'n erkenning van sy verpligting om te lewer, en dus verjaring in dié verband stuit.) Ten gunste van die koper word egter aanvaar dat verjaring van sy eis om lewering op die laatste sou begin loop het vanaf die datum waarop hy aan sy verpligting ten opsigte van betaling moes voldoen het.<sup>38</sup> Op die gegewe datums in 1932 en 1936 het die beletsels op opeisbaarheid daargestel deur die tydsbepalings in die kontrak dus verval. Omrede die koper se versuim om te betaal, was sy vorderings op daardie datums inderdaad nog onopeisbaar want die verkoper sou enige eis met die *exceptio non adimpleti contractus* kon afweer. Met beroep op *Mostert v Mostert supra* word egter beslis dat verjaring nietemin in 1932 en 1936 begin loop het:

"Had he carried out this obligation, he would have been in a position to institute action in 1932 or 1936 to secure transfer, and his omission to do so would have resulted in his action becoming prescribed six years therefrom: I am unable to appreciate . . . that he can rely on his own default to improve his position by extending the period in which the law compels him to take action to enforce his legal rights."<sup>39</sup>

Anders gestel, die *exceptio* as 'n beletsel teen die opeisbaarheid van die verkoper is een wat hy eiehandig kon verwyder het deur sy kontraktuele verpligtinge na te kom, en as sodanig stel dit nie die aanvang van verjaring uit nie. Dit is belangrik om daarop te let dat regter Murray ook volgens sy alternatiewe konstruksie verjaring sou laat loop het vanaf die ontstaan van die reg op lewering, die *exceptio non adimpleti contractus* ten spyt. Daar kan dus nie gesê word dat die bedoeling was om die werking van die beginsel te beperk tot situasies waar die eiser se versuim om betaling te tender op kontrakbreuk neerkom nie.

In aansluiting by die *Lamprechts*-saak is in *Van Vuuren v Boshoff*<sup>40</sup> beslis dat 'n "simple procedural step" (soos die oproep van 'n skuld) wat 'n skuldeiser sonder "extraneous aid" kan neem, nie die aanvang van verjaring uitstel nie:

"If he fails to take that step, he is guilty of the type of inaction which the prescription act is designed to penalise."

Die formulering van die beginsel op hierdie wyse dui egter ook onmiddellik op 'n beperking daarvan; tereg verklaar regter Coleman:

"The same reasoning cannot be applied where there is a necessary element of the creditor's cause of action which is dependent upon something other than his own conduct."<sup>41</sup>

Ooreenkomstig hierdie benadering, goedgekeur in *Rogers v Erasmus*,<sup>42</sup> is die werking van die beginsel *contra non valentem agere non currit praescriptio* met betrekking tot die aanvang van verjaring afhanklik van 'n beletsel wat buite die willekeur van die skuldeiser lê. Waar die beletsel 'n vereiste vir opeisbaarheid is waaroor die skuldeiser eensydig beheer kan uitoefen, loop verjaring vanaf die oomblik waarop die skuldeiser kon optree om die skuld opeisbaar te maak.

In die lig van die voorafgaande blyk dit dat daar wel 'n mate van gesag bestaan vir die onomwonde erkenning op provinsiale vlak van die gewraakte beginsel

37 531.

38 *ibid.*

39 *ibid.*

40 1964 1 SA 395 (T) 400.

41 *ibid.*

42 1975 2 SA 59 (T).

in *Benson v Walters* en *The Master v IL Back & Co Ltd*.<sup>43</sup> Hierdie sake dra egter nie self veel tot bestending van die beginsel by nie. In eersgenoemde geval bevind regter Van den Heever dat die verjaring van 'n prokureur se eis om vergoeding teen sy kliënt loop vanaf die uitvoering of beëindiging van sy mandaat, en nie eers vanaf die taksering van die kosterekening nie. Met beroep op bogenoemde beslissings word verklaar:

"If an attorney may himself determine from what date his client's debt is to be due, by delaying the initiatory procedural step within his sole control, then attorneys would be immune against prescription and taxation itself would be reduced largely to a formal ritual. Would a Taxing Master ten years hence be able to assess the reasonableness or otherwise of work done and fees charged a decade ago?"<sup>44</sup>

Of die uiteindelijke beslissing werklik berus op die gewraakte beginsel is egter nie so duidelik nie. Regter van den Heever verklaar naamlik dat taksering nie 'n "condition precedent" vir die opeisbaarheid van die prokureur se eis is nie.<sup>45</sup> Dit beteken dat die skuld in elk geval opeisbaar is vanaf die beëindiging van die mandaat. Die verwysing na die optrede van die prokureur in verband met die vertraging van die verjaringsaanvang is dus oorbodig en *obiter dictum*. Regter van den Heever se bevinding ten opsigte van die aanvang van verjaring is in *Benson v Walters*<sup>46</sup> deur die appèlhof bekragtig. Die uitspraak van appèlregter Van Heerden berus uitdruklik op die grondslag dat taksasie nie 'n voorvereiste vir die instel van regsverrigtinge deur 'n prokureur is nie, dat die prokureur se eis dus opeisbaar geword het met die beëindiging van die mandaat en dat verjaring bygevolg vanaf daardie oomblik begin loop het.<sup>47</sup> Die gewraakte beginsel was dus nie ter sprake nie, maar die appèlhof beklemtoon nietemin die onaanvaarbaarheid daarvan dat 'n prokureur wat twintig jaar wag voordat hy 'n kosterekening laat takseer, hom suksesvol op verjaring kan beroep.<sup>48</sup>

Die uitspraak in *The Master v IL Back & Co Ltd*<sup>49</sup> kan eweneens nie as 'n finale bevestiging van die betrokke beginsel gesien word nie. Die vraag was wanneer verjaring begin loop ten opsigte van die verpligting van 'n maatskappy wat vrygestel word van 'n geregtelike bestuursbevel, om heffings deur die meester ingevolge Wet 61 van 1973 te betaal. Die meester het aangevoer dat dit eers sou gebeur vanaf die oomblik dat die betrokke heffing deur hom vasgestel is. Waarnemende appèlregter Galgut beslis egter dat verjaring alreeds begin loop het met die opheffing van die geregtelike bestuursbevel. Op daardie datum was die bruto-waarde van die maatskappy se bates (wat dien as basis vir die berekening van die heffings) reeds bekend, en kon die heffing deur 'n eenvoudige berekening bepaal word. Omdat die berekening gemik was slegs op die vasstel van die *quantum*, was dit bloot 'n "procedural matter relating not to the creation of the cause of action but only to its proof", en nie iets wat die skuld substantief onopeisbaar gemaak het nie. Op hierdie grondslag was dit dus nie vir die hof nodig om uitsluitel te gee oor die beginsel wat tans ter sprake is nie. Nogtans word by wyse van *obiter dictum* goedkeuring verleen aan 'n alternatiewe argument van die verweerders, naamlik dat

43 *supra*.

44 1981 4 SA 42 (K) 50B-C.

45 49C-D, cf 49 *in fine* en 50A.

46 1984 1 SA 73 (A).

47 86C-D.

48 86D.

49 1983 1 SA 986 (A).



“[i]f all that is required to be done to render the debt payable is a unilateral act by the creditor, the creditor cannot avoid the incidence of prescription by studiously refraining from performing that act.”<sup>50</sup>

Ook in die verhoorhof word beslis dat bepaling van die heffing nie ’n voorvereiste vir die opeisbaarheid van die vordering was nie, en is die gewraakte beginsel slegs as ’n alternatiewe grond van beslissing geopper.<sup>51</sup>

Afgesien van bogenoemde beslissings, kom die gewraakte beginsel ook ter sprake by die vraag of die aanvang van verjaring ten opsigte van remedies *ex contractu* beïnvloed word deur die omstandigheid dat die skuldeiser ’n eleksie tussen botsende regs middels het. Van belang is veral ’n reeks beslissings betreffende eise om vervroegde betaling van paaiement- of termynskulde ingevolge ’n vervroegingsbeding.<sup>52</sup> In *Big Rock (Pty) Ltd v Hoffman*<sup>53</sup> word die vroeër uitsprake in hierdie reeks gesien as gesag vir die standpunt dat verjaring in hierdie tipe geval begin loop by die eerste daad van kontrakbreuk en nie eers vanaf die uitoefening van die eleksie nie. Regter Melamet weer in *Western Bank Ltd v SJJ van Vuuren Transport (Pty) Ltd*<sup>54</sup> verklaar hierdie resultaat met verwysings na *Mostert v Mostert*<sup>55</sup> aan die hand van die beginsel dat “a creditor is not able by his own conduct to postpone the commencement of prescription”.

Dit wil voorkom of die posisie nie heeltemal só klinkklaar is nie. In *Orton v Barhouch*<sup>56</sup> het dit gegaan om ’n skuldbewys wat die verweerder onderteken het, en wat bepaal het:

“Should I fail to pay any one or more of the instalments by due date, or should I fail to pay the interest on the due date, then the balance of capital and interest shall at the option of the creditor become due and payable forthwith.”

Regter Shearer beslis dat

“the first breach took place . . . when defendant failed to pay the first instalment of capital. Then the lender had the right to sue for all the capital and interest”<sup>57</sup>

en dat

“once there was a breach, then a cause of action arose for all that remained owing of the whole debt”.<sup>58</sup>

Dit blyk nie onomwonde dat hierdie konklusie die gevolg is van die toepassing van die beginsel onder bespreking op ’n vordering wat eers opeisbaar sou word met die skuldeiser se eleksie nie, en of die regter eenvoudig van mening is dat eleksie nie ’n voorvereiste vir die werking van die vervroegingsbeding was nie. Die betrokke beginsel is nooit eksplisiet geartikuleer nie. *Dicta* uit Engelse beslissings<sup>59</sup> wat met goedkeuring aangehaal word en die bewoording van die

50 1006–1007.

51 sien die uitspraak van r Tebbut soos gerapporteer in 1981 4 SA 763 (K).

52 *Orton v Barhouch* 1973 2 SA 565 (D); *Hamilton Plase (Edms) Bpk v Stadler* 1977 3 SA 361 (NKA); *Western Bank Ltd v SJJ van Vuuren Transport (Pty) Ltd* 1980 2 SA 348 (T); *First Consolidated Leasing Corporation (Pty) Ltd v Servic SA (Pty) Ltd* 1981 4 SA 380 (W); *Big Rock (Pty) Ltd v Hoffman* 1983 1 SA 534 (T); *Bank of Orange Free State v Cloete* 1985 2 SA 859 (OK); sien *Pienaar v Boland Bank* 1986 4 SA 102 (O) 114 i v m die uitoefening van ’n eleksie as ’n voorvereiste vir die inwerkingtreding van ’n vervroegingsbeding.

53 *supra* 534.

54 353.

55 1913 TPD 255.

56 *supra*.

57 569.

58 570.

59 *Hemp v Garland* 114 ER 994 996; *Reeves v Butcher* (1891) 2 QB 509.



vervroegingsbeding dui daarop dat die regter waarskynlik, vir doeleindes van verjaring, die opeisbaarheidsvoorvereiste hier as bevredig beskou het. By 'n evaluering van die *Orton*-saak is dit verder belangrik om daarop te let dat die kritiek van McLennan<sup>60</sup> nie spesifiek gerig is teen die onderhawige beginsel of die bevinding dat verjaring ten opsigte van die reg uit die vervroegingsbeding vanaf kontrakbreuk loop nie. Waarom dit gaan, is die gevolgtrekking dat nie slegs die reg om die volle balans te eis nie, maar ook die skuldeiser se reg om hom by die kontrak te hou en die paaïemente op die afgesproke tye te in, verjaar het.

In *Hamilton Place (Edms) Bpk v Stadler*<sup>61</sup> onderskryf regter Van den Heever die beslissing in *Orton v Barhouch*. Ongelukkig is die grondslag vir haar beslissing ook nie volkome duidelik nie. In navorolging van *Orton* se saak en die Engelse gesag aldaar aangehaal, verklaar die regter:

“Waar 'n kontrakbreuk 'n skuldenaar meerdere, maar onversoerbare remedies veroorloof lyk dit vreemd dat hy deur te versuim om te kies welke hy gaan volg langer sy vorderingsreg beskerm as die man wat slegs een uitweg het wat hy kan volg, en ook maar stilsit.”<sup>62</sup>

Die gesag wat hierdie stelling bied vir die betrokke beginsel word egter aansienlik afgewater deurdat verklaar word dat die geval tog nie eintlik een is waar botsende vorderingsregte vir die skuldeiser beskikbaar is

“sodat 'n uitgesproke keuse voorvereiste sou wees tot die ontvanklikheid van die een of die ander nie”.

Die keuse van die skuldeiser slaan volgens die hof nie op *wat* gevorder kan word nie, maar slegs op die tydstip van optrede: dit is 'n keuse om op te tree by die eerste kontrakbreuk of om te wag tot 'n latere stadium. Dit is volgens die regter 'n keuse wat vir iedere kontraktant beskikbaar is

“waardeer hy dan ook, sou hy te lank wag, die risiko van verlies van sy vorderingsreg mettertyd loop”.<sup>63</sup>

Hiermee word die geval van die vervroegingsbeding eintlik gelykgestel aan die skuld “op aanvraag” wat gekonstrueer word as een wat onmiddellik opeisbaar is, sodat 'n aanvraag of eleksie nie as voorvereiste vir opeisbaarheid geld nie. Op hierdie basis is die verwysing na die posisie waar eleksie wel 'n voorvereiste vir opeisbaarheid is, *obiter* en dus oorbodig en sonder gesag. Dit blyk egter by nadere analise dat ook hierdie tweede siening bloot 'n sydelingse is. Die werklike *ratio decidendi* is skynbaar dat ingevolge artikel 5(1)(d) van Wet 18 van 1943, wat van toepassing was, verjaring sou begin loop het “vanaf die datum waarop die vorderingsreg eers teen die skuldenaar ontstaan het”. Hiervolgens, altans op 'n streng letterlike uitleg, is die onopeisbaarheid van die eis om vervroegde betaling alvorens die vervroegingsbeding in werking gestel is, geen struikelblok vir die loop van verjaring nie. 'n Resultaat soortgelyk aan dié in *Orton v Bahouch* kan dus bereik word sonder verwysing na die beginsel dat waar 'n skuldeiser eensydig 'n skuld opeisbaar kan maak, verjaring loop vanaf die oomblik waarop hy hierdie bevoegdheid verkry het.<sup>64</sup>

60 1973 *Annual Survey of South African Law* 72; sien ook die teks wat verband hou met vn 108 hieronder.

61 *supra*.

62 363.

63 363-364.

64 363. Sien egter De Wet en Van Wyk *op cit* 262 en Wessels *Contract II* par 2780-2781 wat daarop dui dat verjaring ingevolge a 5(1)(d) Wet 18 van 1943 ook eers begin loop het vanaf die oomblik dat die skuld opeisbaar geword het.

'n Gebrekkige besef van die onderhawige problematiek blyk ook uit *Western Bank Ltd v SJJ van Vuuren Transport (Pty) Ltd*.<sup>65</sup> In eersgenoemde geval beslis regter Melamet weliswaar dat verjaring ten opsigte van 'n eis vir die volle uitstaande balans ingevolge 'n huurkontrak begin loop het toe die huurder kontrakbreuk gepleeg het. Die grondslag vir hierdie bevinding is skynbaar nie die beginsel dat verjaring loop sodra die skuldeiser in staat is om 'n onopeisbare vordering opeisbaar te maak nie. Die betrokke klousule het naamlik bepaal dat die uitstaande huurgeld onmiddellik opeisbaar sou word by kontrakbreuk ongeag 'n besluit in hierdie verband deur die skuldeiser, en dat daar dus geen beletsel teen die aanvang van die verjaringsloop was nie.<sup>66</sup> Hierdie redenasie kan in die lig van die bewoording van die kontrak geredelik aanvaar word, maar dit maak die verwysings na *Orton v Barhouch supra* en na die "similar approach" wat in *Mostert v Mostert* en die daaropvolgende sake gevolg is (sien die bespreking hierbo), verwarrend. Die gekose uitgangspunt in die *Western Bank*-saak maak die vraag na die effek van 'n skuldeiser se versuim om 'n onopeisbare eis opeisbaar te maak, irrelevant. Ook *First Consolidated Leasing Corporation (Pty) Ltd v Servic SA (Pty) Ltd*<sup>67</sup> getuig van oorvereenvoudiging. Hier het dit nie gegaan oor 'n vervroegingsbeding nie, maar oor 'n klousule wat bepaal het dat in 'n geval van kontrakbreuk, die verhuurder 'n eleksie sou hê tussen kansellasië en 'n eis vir agterstallige paaiemente en rente, of afdwinging van die kontrak met 'n vordering van die huurpaaiemente soos dit van tyd tot tyd opeisbaar sou word.<sup>68</sup> Die verhuurder kanselleer die kontrak en eis die agterstallige huurgeld en skadevergoeding. Op gesag van die *Western Bank*- asook *Hamilton Plase*-saak word aanvaar dat die skuld opeisbaar word "once the right of election arises",<sup>69</sup> dit wil sê by die eerste daad van kontrakbreuk. Omdat hierdie daad plaasgevind het meer as drie jaar voor die datum waarop dagvaarding uitgereik is, sou dit beteken dat die skuld *in toto* verjaar het.<sup>70</sup> Regter Goldstone se bewering dat die verhuurder se reg dieselfde was as dié van die verhuurder in die *Western Bank*-saak, lyk nie korrek nie. In laasgenoemde geval was daar sprake van 'n vervroegingsbeding, terwyl die inligting wat omtrent die bedinge van die kontrak in die *Servic*-saak gegee word, daarop dui dat so iets nie ter sprake was nie.<sup>71</sup> In die lig hiervan en van die feit dat die eis in *Servic* se saak een was vir agterstallige huurgeld,<sup>72</sup> lyk dit onvanpas om die reël aangaande eensydige opeisbaarmaking hier te wil toepas. Meer korrek is die standpunt dat verjaring ten opsigte van elke huurpaaiement begin loop het telkens wanneer die huurder *in mora* verval het deur te versuim om betyds te betaal. Of op hierdie veronderstelling gesê kan word dat dagvaarding uitgereik is meer as drie jaar vandat die verjaringstermyn ten opsigte van elke huurpaaiement begin loop het, blyk nie uit die karige feite in die hofverslag nie.

In verband met vervroegingsbedinge moet ten slotte verwys word na twee beslissings waar so 'n beding ter sprake was. In *Big Rock (Pty) Ltd v Hoffman*<sup>73</sup>

65 *supra*.

66 sien veral die opmerkings op 353.

67 *supra*.

68 sien 382E-F.

69 *ibid*.

70 382-383.

71 sien 382E-F; vgl egter 382C.

72 383H; 382E-F en 383 *in fine*.

73 *supra* vn 52.

was die verkoper van grond op afbetaling se reg op vervroegde betaling in geval van kontrakbreuk deur die skuldenaar onderworpe daaraan dat die koper ingevolge artikel 13 van Wet 72 van 1971 aangemaan en 30 dae gegun moes word om sy *mora* aan te suiwer. Regter Nicholas beskou die kennisgewing en die verloop van die voorgeskrewe termyn as 'n "condition precedent" vir die ontvanklikheid van die verkoper se eis. Die volle balans van die koopsom word dus eers opeisbaar ná verstryking van die 30-dae termyn, en volgens die hof beteken dit dat die skuld dan ook eers vanaf daardie tydstip begin verjaar.<sup>74</sup> *Orton v Barhouch* en die ander beslissings hierbo aangehaal waarop die koper gesteun het vir die argument dat verjaring onmiddellik vanaf die eerste versuim begin loop het, word onderskei:

"None of them was a case of the sale of land by instalments, and in none of them was the giving of notice by the seller to remedy a default and a failure of the purchaser to comply with such notice a condition precedent to the seller's right to claim payment of the full balance of the purchase price owing under the contract."<sup>75</sup>

'n Soortgelyke bepaling in artikel 12(b) van die Wet op Huurkoop 36 van 1942<sup>76</sup> was ter sprake in *Bank of The Orange Free State v Cloete*.<sup>77</sup> Kontrakbreuk deur die huurkoper ingevolge 'n kontrak wat 'n vervroegingsbeding vervat het, het aanleiding gegee tot 'n aksie teen 'n borg deur die sessionaris van die verkoper se regte vir 'n bedrag gelykstaande aan uitstaande huurkoopskuld. Die borg pleit verjaring, waarop die sessionaris-bank hom daarop beroep dat die voorskrifte van artikel 12(b) nie nagekom is nie, dat die huurkoopskuld derhalwe nie op die datum van kontrakbreuk opeisbaar was nie en dat verjaring derhalwe nie toe teen die koper begin loop het nie. Dieselfde geld, so lui die argument, vir die borg as gevolg van die aksessore aard van die borgskuld. Regter Kannemeyer verwerp hierdie redenasie. Een grond vir die beslissing is dat die bepaling van artikel 12(b) gerig is op die beskerming van die koper, en dat die verweer wat dit beliggaam nie *in rem* is nie, maar bloot *in personam*. 'n Versuim om aan die voorskrifte te voldoen, immuniseer dus die koper teen aanspreeklikheid sonder dat die borg hom daarop kan beroep.<sup>78</sup> 'n Verdere (skynbaar alternatiewe) grond vir die beslissing is dat met verwysing na *Benson v Walters*<sup>79</sup> en die sake daar aangehaal, 'n beroep gedoen word op

"the well-established principle that a creditor is not, by his own conduct, entitled to postpone the commencement of prescription".

Artikel 12(b) vereis dat die verkoper die betrokke kennisgewing stuur, en

"[h]e cannot . . . postpone the commencement of extinctive prescription by his own failure to give the notice, either so far as the surety or the buyer himself is concerned".<sup>80</sup>

Hierdie aspek van die beslissing druis reëlreg in teen die uitspraak van regter Nicholas in die *Big Rock*-saak en die poging aldaar om die gelding van die beginsel dat verjaring ten opsigte van 'n onopeisbare vordering loop vanaf die oomblik waarop die skuldeiser geleentheid het om dit opeisbaar te maak, uit te sluit in gevalle waar daar statutêr voorskrifte neergelê word in verband met die

74 539.

75 540.

76 Sien die *Big Rock*-saak 539D-F.

77 *supra* vn 52.

78 Sien 863-864.

79 *supra*.

80 864B.



uitoefening van die skuldeiser se eleksie ten opsigte van die werking van 'n vervroegingsbeding.

In die lig van die voorafgaande bespreking blyk dit dat die aanwending van die beginsel dat verjaring loop vanaf die oomblik dat 'n skuldeiser, wat by magte is om dit te doen, 'n onopeisbare skuld opeisbaar kon maak, ten opsigte van vervroegingsbedinge problematies is. Die neiging om, na aanleiding van *Orton v Barhouch*, veralgemenend te verklaar dat ons reg in hierdie konteks so 'n beginsel erken, moet boonop nog gestel word teen die afwysing van hierdie gedagtegang in *HMBP Properties (Pty) Ltd v King*.<sup>81</sup> Hierdie saak handel in die algemeen oor die effek van 'n eleksie tussen botsende remedies vir kontrakbreuk op die aanvang van verjaring ten opsigte van die skuldenaar se verpligtinge. In die *King*-saak is 'n repudiëring *in anticipando* van 'n kontrak deur die skuldeiser aanvaar. 'n Aksie vir skadevergoeding is ingestel, en die vraag was of verjaring begin loop het vanaf die datum van die repudiëring of eers vanaf die oomblik waarop dit deur die skuldeiser aanvaar is. Die verweerder het ten gunste van die eerste standpunt aangevoer dat die onskuldige party by 'n repudiëring *in anticipando* onmiddellik 'n "right of election" verkry en dat 'n besluit dat verjaring nie onmiddellik by die repudiëring begin loop nie, die skuldeiser in staat sou stel

"to delay, or by his own default or neglect to prevent, prescription from commencing to run".<sup>82</sup>

Met beroep op *Lydenburg Voorspoed Ko-operasie v Els* en *Mostert v Mostert*<sup>83</sup> is betoog dat so 'n resultaat onaanvaarbaar is. Regter Thirion verwerp egter hierdie redenasie:

"I do not think that this argument takes account of the fact that the election is a prerequisite to the accrual of the plaintiff's right to claim damages arising from anticipatory breach and that therefore the plaintiff cannot be said to be in default or guilty of dilatoriness until he has made his election – an election which he is not obliged to make at all. Furthermore the party who has repudiated can always, before the innocent party has made his election, retract his repudiation and thus purge his own continuing refusal to be bound by the contract."<sup>84</sup>

Op grond van die siening dat 'n repudiëring *in anticipando* eers 'n daad van kontrakbreuk word wanneer die onskuldige dit aanvaar en sodoende die kontrak kanselleer,<sup>85</sup> word beslis dat die aksie vir skadevergoeding eers toeval – en daarmee saam die skuld eers opeisbaar word en verjaring ook eers dan begin loop – vanaf uitoefening van die skuldeiser se eleksie.<sup>86</sup>

Die redenasie waarlangs hierdie resultaat bereik word, is vatbaar vir kritiek. Die standpunt dat repudiëring *in anticipando* as sodanig nie 'n vorm van kontrakbreuk is nie, maar dit eers word wanneer die onskuldige party dit aanvaar, is doodeenvoudig verkeerd. Regter Thirion baseer sy siening op 'n onversigtige uittaling van appèlregter Trollip in *Novick v Benjamin*<sup>87</sup> wat in die lig van latere beslissings van die appèlhof nie as gesaghebbend beskou kan word nie.<sup>88</sup> Hierdie

81 1981 1 SA 906 (N).

82 911.

83 *supra*.

84 911D–E.

85 910F–G.

86 911H.

87 1972 2 SA 645 (A).

88 *Sien Stewart Wrightson (Pty) Ltd v Thorpe* 1977 2 SA 943 (A); *Tuckers Land Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 2 SA 645 (A); De Wet en Van Wyk *op cit* 155.



verkeerde uitgangspunt, naamlik dat daar van *kontrakbreuk*, dit wil sê van 'n gedingsoorsaak, eers sprake kan wees by aanvaarding van die repudiëring, bring mee dat die werklike vraag, te wete of die remedies op grond van kontrakbreuk verjaar vanaf die datum van kontrakbreuk, of eers vanaf die oomblik dat die skuldeiser sy eleksie uitoefen en besluit om terug te tree, myns insiens nie behoortlik aandag kry nie. Volgens die regter se siening is aanvaarding 'n voorvereiste, nie slegs vir die afdwingbaarheid van remedies vir kontrakbreuk en regte daaruit nie, maar ook vir die ontstaan van die gedingsoorsaak. Die argument dat 'n skuldeiser wat by magte is om deur middel van 'n eleksie 'n skuld opeisbaar te maak, deur 'n versuim om dit te doen nie die aanvang van verjaring kan vertraag nie, word dus nie in ware perspektief gesien nie. Die verwerping van die beginsel kan dus nie veel gewig dra nie. Weliswaar is 'n skuldeiser altyd by magte om, by 'n kontrakbreuk *in anticipando*, te besluit om die prestasiedag af te wag en dan teen die skuldenaar op te tree. In so 'n geval is die skuldeiser se reg op die primêre prestasieverpligting per definisie onopeisbaar, en sal verjaring in dié opsig nie begin loop alvorens die prestasiedatum aanbreek of die opskortende voorwaarde wat ter sprake mag wees, vervul word nie. Die versuim om sy eleksie uit te oefen, raak dus nie die verjaring van die primêre verpligting nie. Dit volg egter nie dat dieselfde geld ten opsigte van die verpligtinge op grond van kontrakbreuk wat die skuldeiser deur 'n besluit om terug te tree, opeisbaar kan maak nie. Dit is waar dat die skuldeiser nie verplig is om die eleksie ten gunste van terugtrede uit te oefen nie, en dat die skuldenaar die bevoegdheid om dit te doen deur aansuiwering van die kontrakbreuk kan vernietig, maar dit bring nog nie mee dat verjaring ten opsigte van die sekondêre verpligtinge nie onmiddellik by kontrakbreuk begin loop nie. Hier bestaan geen werklike beletsel teen die instel van die aksie teen die skuldenaar nie, want soos toegegee deur die regter kan die eleksie selfs in 'n dagvaarding gemaak word.<sup>89</sup> Die beheptheid met die idee dat kontrakbreuk eers plaasvind by aanvaarding van die repudiëring, bring mee dat die onwenslike gevolge wat intree deurdat 'n skuldeiser toegelaat word om die aanvang van verjaring te beheer, nooit ondersoek of oorweeg word nie.

Hierdie oorsig van die regspraak dui myns insiens daarop dat die stelling van regter Van den Heever in *Benson v Walters*<sup>90</sup>

“that our courts have consistently held that a creditor is not able by his own conduct to postpone the commencement of prescription”

nie volkome akkuraat is nie. Weliswaar is daar beslissings waar hierdie beginsel erken en toegepas is.<sup>91</sup> Ander beslissings wat as gesag aangehaal word, spreek egter nie so duidelik nie en getuig dikwels nie van 'n suiwer siening nie.<sup>92</sup> Nou moet toegegee word dat die oorwegende sentiment in hierdie beslissings is dat dit onaanvaarbaar is dat 'n skuldeiser kontrole uitoefen oor die aanvang van die verjaringsloop. Die uitlatings in hierdie sake is egter meesal by wyse van *obiter dicta*; dit geld ook vir die appèlhofbeslissings in *Benson v Walters* en *The*

89 910.

90 *supra* 49.

91 Sien by *Lamprechts v Lytleton Township (Pty) Ltd supra*; *Van Vuuren v Boshoff supra*; *Rogers v Erasmus supra*; *Orton v Barhouch supra*; *Bank of The Orange Free State v Cloete supra*. *Big Rock (Pty) Ltd v Hoffman supra* erken inderdaad die betrokke beginsel, maar dan met die onoortuigende beperking dat 'n statutêre aanmaningsvereiste as 'n beletsel geld.

92 Sien veral *Mohamed v Yssel* 1963 1 SA 866 (D); *Lydenburg Voorspoed Korporasie v Els* 1966 3 SA 34 (T); *Mostert v Mostert* 1913 TPD 255.

*Master v I L Back & Co Ltd*.<sup>93</sup> Hierteenoor staan die verwerping van die beginsel in *HMBMP Properties Pty Ltd v King*,<sup>94</sup> hoe onoortuigend dit ook al mag wees, en die feit dat die wetgewer nie die beginsel soos vervat in artikel 12(2) van De Wet se Verjaringswetsontwerp in die wet van 1969 beliggaam het nie. Teen hierdie agtergrond kan daar nie sonder meer gesê word nie dat die wetgewer se optrede geskied het in die oortuiging dat 'n statutêre verskansing van die beginsel oorbodig sou wees. So 'n gevolgtrekking stuit teen die relatiewe skraal gesag vir die erkenning van die beginsel, en die feit dat sommige uitlatings ten gunste daarvan *obiter dicta* is en voorkom in beslissings waarin die ware aard van die probleem nie goed ingesien is nie. Bygevolg skyn dit nodig te wees om op beginsel- en beleidsgronde oor die aangeleentheid te besin ten einde die breë tendens ten gunste van die reël te bestendig of te bestry.

#### IV

Soos hierbo aangedui word,<sup>95</sup> beskerm die stelreël *contra non valentem agere non currit praescriptio* die skuldeiser teen die moontlikheid dat verjaring teen hom kan begin of aanhou loop terwyl hy nie in staat is om sy reg af te dwing nie. Die oorwegings van regsbeleid en billikheid wat dit wenslik maak om in die gemeenskapsbelang en ter beskerming van skuldenaars 'n tydperk op die bestaan van verbintenisse te stel, regverdig nie dat so 'n gevolg intree waar 'n versuim om te ageer die skuldeiser nie ten laste gelê kan word nie. Bygevolg koppel artikel 12 (1) van die Verjaringswet 68 van 1969 die aanvang van verjaring aan die bestaan van 'n opeisbare skuld, dit wil sê een ten opsigte waarvan die skuldeiser onmiddellik 'n aksie kan voer.<sup>96</sup>

Waar 'n skuld onopeisbaar is maar die skuldeiser by magte is om dit deur eensydige, willekeurige optrede opeisbaar te maak, skyn daar op billikheids-oorwegings beskou, geen goeie grond te wees om aan die skuldeiser die beskerming van die stelreël *contra non valentem agere non currit praescriptio* te verleen nie. Die juridiese onopeisbaarheid van die skuld is in sodanige gevalle hoogstens 'n tegniese of formalistiese beletsel, sodat die substantiewe vooropstelling van die stelreël, naamlik 'n werklike onvermoë om te ageer wat selfs 'n skuldeiser sal tref wat begerig is om te dit te doen, ontbreek. Waar die skuldeiser die hef in die hande het en kan beskik oor die opeisbaarheid al dan nie van die skuld, lê die verklaring vir die uitbly van 'n aksie nie in die onwillige onmag van die skuldeiser nie. Veel eerder sou mens te doen hê met 'n skuldeiser wat nalatig staan teenoor sy vordering of wat willens en wetens die situasie manipuleer tot nadeel van die skuldenaar. In albei gevalle bestaan daar geen besondere simpatie vir die skuldeiser nie, en dus geen rede om verjaring eers te laat loop van die oomblik waarop die skuld tegniese opeisbaar word nie.<sup>97</sup> Selfs die feit dat die skuldeiser hom daarvan weerhou om die skuld opeisbaar te maak ten einde langs hierdie weg sake vir die skuldenaar makliker te maak, behoort nie die loop

93 onderskeidelik 1984 1 SA 73 (A) en 1983 1 SA 986 (A).

94 *supra* vn 81.

95 Sien afdeling I hierbo.

96 Vgl die gesag aangehaal in vn 1 hierbo.

97 Vgl *Van Vuuren v Boshoff* 1964 1 SA 395 (T) 400 waar gesê word dat 'n skuldeiser wat nalaat om 'n "simple procedural step" te doen waarvan die opeisbaarheid van die skuld afhang, skuldig is aan "the types of inaction which the Prescription Act is designed to penalise".

van verjaring te affekteer nie. Terwyl dit die skuldeiser vrystaan om met hierdie gesindheid te handel, behoort hy steeds in die proses op sy hoede te wees en om te sien na sy eie belange, byvoorbeeld deur van die skuldenaar wat so tegemoet gekom word, 'n skulderkenning met stuitende effek te verkry.<sup>98</sup>

Uitlatings in *Mohamed v Yssel*<sup>99</sup> suggereer dat die omstandigheid dat 'n skuldeiser ten gevolge van die gewraakte beginsel miskien nie die volle verjaringstermyn tot sy beskikking sal hê vir doeleindes van aksie nie, nie sterk genoeg weeg om die beginsel se aanvaarbaarheid in die gedrang te bring nie. Vanuit hierdie oogpunt skyn dit dan ook of die blote feit dat 'n statutêre formaliteit nagekom moet word vir opeisbaarmaking,<sup>100</sup> nie die aanvang van verjaring behoort uit te stel nie. Ook die feit dat 'n skuldeiser in die situasie wat tans ter sprake is miskien nie verplig is om die skuld opeisbaar te maak nie,<sup>101</sup> is van ondergeskikte belang. Daar is geen besondere billikheidsoorwegings wat vereis dat verjaring ten opsigte van 'n skuld wat eensydig en na willekeur deur die skuldeiser opeisbaar gemaak kan word, eers vanaf opeisbaarwording loop nie.

Hierteenoor sou die aanvaarding van so 'n standpunt die beleidsoorwegings onderliggend aan die verjaringsinstelling in verskeie opsigte ondermyn. Dit sou onsekerheid skep met 'n wesenlike gevaar dat 'n skuldenaar belas mag word met antieke vorderings ten opsigte waarvan die relevante bewysmateriaal nie meer bestaan nie. Dit is klaarblyklik onaanvaarbaar dat van die skuldenaar verwag word om dokumentasie betreffende die skuld en die voldoening daarvan vir 'n onheuglike tyd te bewaar.<sup>102</sup> Die skuldenaar sal ingevolge so 'n benadering gevolglik die beskerming wat hy aan die verjaringsinstelling ontleen, verbeur en blootstaan aan die manipulasie van die instelling deur die skuldeiser. Terselfdertyd sal die moontlikheid dat die skuldeiser die aanvang van die verjaringsloop na willekeur manipuleer en vertraag, die algemene gemeenskapsbelang in die spoedige beeindiging van verbintenisse ondermyn. Tereg verklaar De Wet en Van Wyk<sup>103</sup> dat waar opeisbaarmaking van 'n skuld binne die bevoegdheid van 'n skuldeiser lê, dit strydig met die aard van verjaring is om die aanvang van die termyn uit te stel totdat die skuldeiser die skuld opeisbaar gemaak het.<sup>104</sup>

98 Vgl *Hamilton Plase (Edms) Bpk v Stadler* 1977 3 SA 361 (NKA) 364; *Mohamed v Yssel* 1963 1 SA 866 (D). Dit behoort dan ook die vertrekpunt te wees by die hantering van die sg familielening waar voorskotte op 'n losse basis, sonder pertinente reëlings aangaande terugbetaling, gemaak word. Sien egter ook vn 106 hieronder i v m omstandighede waaronder die pleit van verjaring in so 'n konteks moontlik onbehoorlik sal wees.

99 *supra* 870.

100 Vgl *Big Rock (Pty) Ltd v Hoffman supra*; *Bank of The Orange Free State v Cloete supra*.

101 Vgl *HMBMP Properties (Pty) Ltd v King supra*.

102 Vgl *Benson v Walters* 1984 1 SA 73 (A) 86 (1981 4 SA 42 (K) 50); *Mohamed v Yssel supra* 870.

103 *op cit* 262.

104 Delpont *loc cit* 71 poog om die onbillikheid wat mag voortvloei daaruit om verjaring by 'n skuld wat onderworpe aan die voorwaarde dat die skuldeiser dit mag oproep, (sien die bespreking hierbo) eers vanaf die oomblik van aanvraag te laat loop, uit die weg te ruim deur te aanvaar dat as die partye nie 'n uitdruklike termyn daarvoor gestel het nie, die skuld binne 'n redelike tyd opgeroep moet word. Volgens hierdie siening sal die potestasiewe voorwaarde ontbreek en die skuldenaar bevry word indien vervulling (deurdadig die skuld opgeroep word) nie binne sodanige redelike tyd plaasvind nie. So 'n konstruksie voorkom inderdaad dat die skuldenaar aan 'n lyntjie gehou word deur 'n *mala fide* of sorglose skuldeiser, maar kom gekunsteld voor. Dit blyk veral daaruit dat — op grond van Anglo-Amerikaanse gesag — as uitgangspunt aanvaar word dat die verjaringstermyn *prima facie* 'n aanduiding is van wat as 'n redelike tyd vir aanvraag sal geld (*loc cit* 71),



Die feit dat 'n bevoegdheid om oor opeisbaarheid te beskik as sodanig nie onderworpe aan verjaring is nie — die Verjaringswet handel immers slegs oor skuldverjaring en betrek nie sogenaamde kompetensies nie — gekoppel aan die beslissing in *Mahabeer v Sherma*<sup>105</sup> waarvolgens 'n bevoegdheid om 'n eleksie tussen kontraktuele remedies uit te oefen, nie outomaties na 'n redelike tyd verval nie, maak die risiko dat hierdie onaanvaarbare resultate mag intree besonder akueel. Die voor-die-hand-liggende uitweg is dan om te aanvaar dat waar 'n skuldeiser eensydig en na willekeur oor die opeisbaarheid van skuld kan beskik, verjaring ten aansien van die onopeisbaarheid van die skuld sal begin loop vanaf die eerste geleentheid waarop die skuldeiser kan optree.<sup>106</sup>

'n Moontlike beswaar teen die standpunt wat hier voorgestaan word, kan wees dat die toepassing daarvan kan lei tot anomaliese of onaanvaarbare resultate wat nie geduld kan word nie. Daar kan in hierdie verband verwys word na *Orton*

*vervolg van vorige bladsy*

sodat die skuldenaar deur ontbreking van die voorwaarde bevry sal word presies asof verjaring t o v die sg opskortende voorwaarde begin loop het vanaf die eerste oomblik dat die skuldeiser die skuld kon oproep. Hierdie omweg is nie slegs onnodig nie, maar ook onaanvaarbaar. Enersyds berus dit op 'n fiksie aangaande die oproeptermyn en andersyds is daar nie gesag vir die standpunt dat die bevoegdheid om 'n skuld opeisbaar te maak, summier na 'n redelike tyd verval nie (sien *Mahabeer v Sharma* 1985 3 SA 729 (A); vgl die advokaatsargument in *The Master v IL Back & Co Ltd* 1983 1 SA 986 (A) 994D–F).  
105 1985 3 SA 729 (A).

106 Delpont *loc cit* 70 se stelling dat dit strydig met die wese van skuldverjaring sou wees “indien 'n skuldeiser se eis deur verjaring ontnem word terwyl die kontrakspartye in werklikheid bedoel het dat die skuldeiser eensydiglik en na willekeur die datum vir prestasie kan bepaal”, oortuig nie. Ter verduideliking van sy standpunt gee die skrywer die vlg voorbeeld: “In 'n geval byvoorbeeld waar A aan B geld leen, terugbetaalbaar ‘op aanvraag’ en A te kenne gee dat hy, ten einde B tegemoet te kom, vir etlike jare nie betaling sal aanvaar nie, sal dit tog baie onbillik wees indien bevind word dat A se eis verjaar het omdat hy B nie binne drie jaar na kontraksluiting vir betaling gedagvaar het nie” (*ibid*). Dit is nie sonder meer duidelik of hierdie feitestel die aangeleentheid verder voer nie. Die feitestel impliseer nl dat die partye ooreengekom het op 'n opskortende tydsbepaling deurdat beding is dat die skuld “vir etlike jare” nie opgeroep sal word nie. As sodanig bestaan daar 'n beletsel wat die skuld onopeisbaar maak (mits dit natuurlik 'n bepaalde of bepaalbare termyn daarstel) sonder dat die skuldeiser uitsluitlike kontrole oor die aangeleentheid het. Uit die feit dat verjaring in so 'n geval uitgestel sal word, kan geen afleidings gemaak word t o v die geval waar die skuldeiser eensydig en na willekeur oor opeisbaarheid kan beskik nie. Die blote feit dat die partye kon bedoel het dat aanvraag na verloop van die verjaringstermyn sou kon geskied het, is ook geen goeie grond vir Delpont se standpunt nie. Verjaring is iets wat nie slegs dien ter beskerming van die skuldenaar nie, maar ook werk ter bevordering van die openbare belang. Dit wil dus voorkom of daar verkeerdelik te veel klem gelê word op die outonomie van die partye in hierdie verband (sien bv *De Wet en Van Wyk op cit* 274 aangaande die onafdwingbaarheid van 'n poging om in *anticipando* van verjaring afstand te doen). Vir sover die standpunt dat verjaring m b t onopeisbare skulde loop vanaf die eerste oomblik dat die skuldeiser dit eensydig opeisbaar kon maak, onbillik teenoor die skuldeiser kan werk, sou probleme wat moontlik by die sg familieleninge kan opduik moontlik beweer kon word deur die skuldenaar wat verjaring pleit nadat die skuldeiser hom herhaaldelik tegemoetgekom het deur nie die skuld op te roep nie, met 'n beroep op die *bona fides* die verweer van verjaring te ontsê. Erkenning van hierdie maatstaf as 'n korrektyf vir die gedrag van partye ná kontraksluiting is implisiet in beslissings soos *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A); vgl ook *Meskin v Anglo American Corporation of SA Ltd* 1968 4 SA 793 (W) 802 en *Wessels Contract* par 1997. Daar moet natuurlik beklemtoon word dat so 'n vordering slegs relevant sal word indien daar nie feitelik sprake is van stuiting van verjaring ten gevolge van 'n erkenning van aanspreeklikheid nie.



*v Barhouch*<sup>107</sup> waar die skuldbewys 'n vervroegingsbeding bevat het. Die hof beslis dat omdat die skuldeiser by kontrakbreuk geregtig was op betaling van die hele skuld, verjaring vanaf daardie oomblik begin loop het. Hiervolgens sou nie alleen die reg op vervroegde betaling van die skuld na drie jaar verval het nie, maar daarmee saam ook die regte op die bedongte paaielemente. Dit was dus volgens die regter vir die skuldeiser nie moontlik om, in stede van sy eis ingevolge die vervroegingsbeding, steeds op die paaielemente aan te dring nie. (Op die feite was sekere van die paaielemente nog uitstaande drie jaar vanaf die oomblik van kontrakbreuk.) Op die aanname dat verjaring van die reg op paaielemente eers vanaf die vervaldag van elke paaielement begin loop,<sup>108</sup> lyk die benadering in *Orton v Barhouch* beslis eienaardig, en sou dit denkbaar daartoe kan lei dat 'n huurkoopkontrak verjaar voordat die laaste paaielement betaalbaar geword het. Volgens McLennan is die volgende houding te verkies:

"The rights conferred on a creditor by an acceleration clause . . . are additional to and not in substitution for the ordinary rights attaching to the debt. So, although the periods of prescription in respect of the right flowing from the acceleration clause may begin to run as soon as the debtor is in default, this does not, it is submitted, affect the creditor's right in respect of the instalments that are not yet due."<sup>109</sup>

Daar is veel vir hierdie standpunt te sê. Die uitspraak in *Orton v Barhouch* vertoon 'n verwarring van die primêre prestasieverpligtinge ingevolge 'n kontrak met sekondêre verpligtinge, soos dié ingevolge die vervroegingsbeding wat deur kontrakbreuk geaktiveer word. Die implikasie van die beslissing, naamlik dat die aanvang van verjaring ten opsigte van laasgenoemde verpligtinge noodwending ook meebring dat verjaring ten opsigte van eersgenoemde moet loop, is nie houbaar nie, soos blyk uit 'n beskouing van die posisie ingevolge 'n kontrakbreuk *in anticipando*. Hierdie kritiek teen anomaliese gevolge wat kan voortspruit uit *Orton v Barhouch*, impliseer egter nie dat die beslissing verkeerd is vir sover dit erken dat waar 'n skuldeiser eensydig oor die opeisbaarheid van 'n skuld kan beskik, verjaring ten opsigte van daardie skuld onmiddellik begin loop sodra die skuldeiser daarvoor kan beskik nie.

Die problematiese aspek van *Orton* se saak doen dus nie afbreuk aan die oorwegings wat spreek ten gunste van die erkenning van laasgenoemde beginsel nie. Dit wil dus voorkom of hierdie beginsel genoegsaam gerugsteun word deur oorwegings van billikheid en regsbeleid sodat die onbevredegende aspekte in verband met die positiefregtelike erkenning daarvan in die regspraak geïgnoreer kan word. Alhoewel daar nie met die definisie van die begrip "opeisbaarheid" vir doeleindes van artikel 12(1) van die Verjaringswet op bogenoemde beginsel ag geslaan is nie,<sup>110</sup> word dit in oorweging gegee dat die implikasie van beslissings soos *Lamprechts v Lyttleton Township (Pty) Ltd*,<sup>111</sup> *Van Vuuren v Boshoff*<sup>112</sup> en *Orton v Barhouch*<sup>113</sup> is dat 'n skuld wat die skuldeiser eensydig en na willekeur opeisbaar kan maak, vir doeleindes van artikel 12(1) van die Verjaringswet as opeisbaar beskou kan word sodra die skuldeiser in staat is om sy bevoegdheid uit te oefen.

107 *supra*.

108 Vgl McLennan 1973 *Annual Survey of South African Law* 72, maar vgl *Lamprechts v Lyttleton Township (Pty) Ltd supra*.

109 *ibid*.

110 Vgl *List v Jungers* 1979 3 SA 106 (A); *The Master v IL Back & Co Ltd* 1983 1 SA 956 (A); *Benson v Walters* 1984 1 SA 73 (A).

111 *supra* vn 35.

112 *supra* vn 40.

113 *supra* vn 52.

# Reflections on legal education\*

Joan Church

BA *BIur* LLB

Professor of Law, University of South Africa

## OPSOMMING

### Gedagtes oor regsonderrig

Ten einde 'n sinvolle inset in die gemeenskap te lewer, moet die reg die gemeenskapsbewussyn weerspieël. Binne die Suid-Afrikaanse opset vereis dit 'n breër perspektief wat 'n groter erkenning van sowel inheemse reg as die inburgering daarvan in die huidige regsisteem insluit.

Die benadering tot regsopleiding moet insgelyks holisties wees. Ten einde aan die behoeftes van die gemeenskap te voldoen, moet regsopleiding nie alleen die gespesialiseerde opleiding van juriste insluit nie, maar ook 'n openbare opleidingsprogram wat daarop gemik is om landsburgers in te lig oor hul regte en verpligtinge asook regspleging in die algemeen.

Regsopleiding word tradisioneel in twee komponente verdeel: 'n akademiese en 'n praktiese of professionele komponent, waarvoor die universiteit en praktyk respektiewelik verantwoordelik is. Ook op hierdie gebiede is 'n groter mate van integrasie wenslik. Dit kan onder andere geskied deur die opgradering van regs klinieke, sodat hierdie klinieke, in ooreenstemming met duidelik gedefinieerde onderrigdoelstellinge, praktiese opleidingskole — ekwivalent aan opleidingshospitale — kan word.

## 1 INTRODUCTION — THE CONCEPT OF INTEGRATION

So much has been said and written on the subject of legal education over the ages that one is tempted, in sublime resignation, to invoke the words of the Biblical sage:

“What has been will be again, what has been done will be done again; there is nothing new under the sun.”<sup>1</sup>

Although the landscape has thus been mapped out by eminent and scholarly predecessors, I shall nevertheless endeavour to state some personal reflections on legal education.

The title of this article has been borrowed from an essay of a famous English jurist<sup>2</sup> but the setting is South African and the basis is a personal philosophy of law and of education with all its limitations, and my own experience and research. Any hope of a comprehensive statement on so vast a subject would be vain, but I shall try, within the limited scope of this article, to focus my thoughts

\* Inaugural lecture delivered at the University of South Africa, 1987-09-10. The research abroad on legal education was made possible by a Unisa travel bursary and an *ad hoc* grant from the HSRC.

<sup>1</sup> Ecclesiastes 1 9.

<sup>2</sup> Kahn-Freund “Reflections on legal education” in *Otto-Kahn Freund — Selected Writings* published under the auspices of the *Modern Law Review* (1978).

on legal education first on the question of integration (here the approach is holistic), secondly and within this broad framework, on the question of curriculum design (axiomatic here is the determination of overall and specific instructional objectives) and thirdly on present trends and possible future developments in the training of lawyers (here comparisons will be drawn with the training of medical practitioners).

While law and education are aspects and thus reflections of the culture or total way of life of a people, both should express an underlying philosophy of service to the community. Where the society in question is made up of various communities and is thus labelled heterogeneous (as ours is) a wide perspective is needed. We can be justly proud of the Western European legal culture that is part of our legal heritage<sup>3</sup> but to overlook our African heritage in the fields both of jurisprudence and of what is generally termed "substantive law" is not only insensitive but dangerous.<sup>4</sup>

This view needs further elaboration. As an aspect of culture, law serves as a system for the ordering of human conduct and the adjusting of human relations.<sup>5</sup> It should therefore be certain and predictable.<sup>6</sup> "Fixed rules", it is said, "are the essence of law".<sup>7</sup> At the same time, in order successfully to fulfil its purpose of maintaining order and peace in the community, law should be seen to be just.

Admittedly justice is a slippery concept. In the words of Professors Hahlo and Kahn, the closest we can get to defining it is

"by considering it to be the prevailing sense of men of goodwill to what is fair and right — the contemporary value system".

However, in order to be a "living force", law must be able to adapt to changing political and socio-economic circumstances and to changing views of justice.<sup>8</sup>

Where the legal system is out of keeping with the values and needs of the various communities that go to make up society at large, it runs the risk of being labelled unjust. At best this may lead to what rather emotively has been termed "the crisis of disillusionment"<sup>9</sup> and at worst to revolution.

The tension between the demand for certainty and concomitant stability and the demand for change, has long been recognised.<sup>10</sup> A fine balance is needed to contain this tension so that it may be a catalyst for constructive development rather than a destructive force. It is in this context then that legislators, courts and legal scholars should serve as agents and protagonists of evolutionary legal development.

The greater recognition of customary or indigenous law will serve not only to reflect more realistically the popular legal consciousness of a large segment of our society but, within a broad comparative perspective, to enrich the South

3 See *Our legal heritage* eds Mellet, Scott and Van Warmelo (1982) (hereafter cited as *Legal Heritage*).

4 See Kaburise "The role of legal education in a changed South African society (paper delivered at the SA congress of university teachers of law — to be published shortly in *CILSA*).

5 Pound *An introduction to the philosophy of law* (1925) 31.

6 See too Van der Vyver "Regsekerheid" 1981 *THRHR* 269.

7 Hahlo and Kahn *The South African legal system and its background* (1973).

8 Hahlo and Kahn 31.

9 See Robertson "Popularization of law" 1982 *CILSA* 159.

10 Pound *Interpretations of legal history* (1930) 1.

African legal system. Here the analogy may be drawn between the present situation and the reception of Roman law in Western Europe where the *ius commune* became a unifying force.

But it is not enough that law be a true reflection of popular legal consciousness. Cognisance must also be taken, by legal educators and the administrators of justice alike, of the needs of society at large. In a world dominated by the idea of specialisation, it is understandable that legal knowledge is properly considered the sole preserve of the specially trained lawyer. However, for "justice to be seen to be done", the ordinary citizen should have a basic knowledge of his rights and duties which the law serves to protect and of the legal processes that are designed to safeguard not only his interests but also those of the society to which he belongs.

These sentiments are by no means new. Similar views were expressed in evidence before the Royal Commission on Legal Services in the United Kingdom a decade ago, namely that:

"Everyone should have some knowledge of the framework and machinery of the law, of their basic legal rights and obligations and of the ways in which they can seek advice and assistance when those rights are threatened or challenged . . . Much more should be done to inform and educate the public about legal matters not only in schools, but in adult education, and by the imaginative use of radio and television."<sup>11</sup>

## 2 TOWARDS THE RECOGNITION OF INDIGENOUS LAW AND OF PUBLIC EDUCATION

Against this background tentative, albeit encouraging steps have been taken: first with regard to the recognition of indigenous legal institutions and secondly with regard to the need for a more enlightened public. Notable in the first instance are the proposals of the South African Law Commission<sup>12</sup> that the customary marriage be recognised and protected as a legal institution as is its civil or common law counterpart. With regard to a programme of public education, the Association of Law Societies has initiated and funded a project on "Street Law". Although this designation may have a dubious connotation, the programme is aimed at informing the public, and at this stage more particularly young people, about the law as it affects them in their everyday lives, their rights and duties and where they can obtain help in instituting legal action. This move followed upon the pilot project of the University of Natal, under the auspices of the Natal Law Society initiated by Professor David McQuoid-Mason. In the Transvaal, street-law workshops have been held this year in Soweto through the Soweto Careers Centre; at the University of Pretoria through its department of school guidance; at the University of the Witwatersrand through its law clinic; in Mamelodi and at the Department of Prisons in Pretoria where the workshop was attended by their educationalists and psychologists.<sup>13</sup> The committee of the Legal Aid Centre of Unisa is also presently considering the street law programme. The University of South Africa can play a significant role, particularly against the background of its experience in the field of distance education, towards the

11 National Association of Citizens' Advice Bureaux Evidence to the Royal Commission on Legal Services (1977) quoted by Robertson 1.

12 South African Law Commission Report: *Marriage and customary unions of Black persons* 1987-04-30.

13 See 1987 *De Rebus* 395.



preparation of mentors in street law programmes. Law students of the various universities should also be encouraged to become involved on a voluntary basis.

A holistic approach to law and to legal education and concomitant community involvement will lead not only to challenge and critique but in the result to evolutionary legal development and a greater respect for the legal order.

The idea of a holistic approach to law and legal knowledge brings us to the next topic, namely the specialised training of lawyers.

### 3 TRAINING FOR THE PROFESSION

#### 3 1 Introduction

While not all law graduates join the ranks of the organised profession in the private practice of law, most enter the ranks of what should be seen as the legal profession in the wider sense.

A profession generally is held:<sup>14</sup>

- a to have an intellectual basis;
- b to embody a tradition of service to the community (here the professional is equipped with specialised knowledge and skills which other members of the community do not have);
- c to be an organised profession;
- d as a rule, to be exercised independently, objectively and for private account; and
- e to be governed by a professional code.

From this it is clear that advocates and attorneys would be regarded as members of the legal profession, but judges, magistrates and other officials in the department of justice, as well as salaried professional assistants within a law firm, should also be so regarded. With regard to the criterion "exercised independently, objectively and for private account", objectivity and independence override "practice for private account".<sup>15</sup> (Here one may draw the analogy with medical doctors and teachers in the service of the state; it can hardly be said that they are not members of the medical and teaching professions respectively.)

If, as has been suggested, legal education should serve to prepare men and women for the legal profession, the question is then what qualities characterise the ideal lawyer. Perhaps this can be best determined by referring to the oft quoted sentiments of a famous South African judge:<sup>16</sup>

"Ours is a noble profession: it is the pursuit of justice and of truth, and these are surely well worth pursuing for their own sake, regardless of reward. And they should be pursued, too, regardless of consequences. He is but a poor member of that fine profession who dares not undertake a case in which he believes because he knows it to be unpopular, or, if he be a judge, hesitates to give a judgment because he thinks it would not be applauded by the newspapers or might offend powerful interests."

The qualities of a "fine profession" suggested in these words, are integrity, knowledge and technical skills, objectivity and dignity. The overall educative goal

14 See Bobbert "Die bemerking van prokureursdienste" 1976 TRW 134-138; Du Plessis *Die professionele gedrag van die juris* (1982) 2; Viljoen *Die prokureurspraktik* (1980) 4.

15 See Du Plessis: "The ideal legal practitioner" 1981 *De Rebus* 425.

16 Mr Justice RPB Davis in his foreword to the first edition of Herbststein and Van Winsen *The civil practice of the superior courts in South Africa* (1954).

should accord with this profile. A general goal of this kind is not likely to generate much controversy but there is a need to be more specific.<sup>17</sup> However, before more specific instructional objectives are discussed, a few words on the historical background of legal education in South Africa.

### 3 2 Historical background<sup>18</sup>

Contrary to popular belief, the present-day division of the two branches of the practising profession is a Roman-Dutch and not an English legacy, although the position in England is similar. In the early days at the Cape, in accordance with the Western European tradition, advocates presumably were doctors of law as in the Netherlands, while no formal professional training was required of attorneys.

In 1804, during the short-lived Batavian interlude, advocates were expressly required to be law graduates of Holland while attorneys had to undergo an examination conducted by the Cape courts' commissioners.<sup>19</sup>

Under British rule, the Royal Charter of Justice of 1832 stipulated that advocates were to be members of a United Kingdom Bar or doctors of law of Oxford, Cambridge or London. Despite English influence (a university education as a standard preparation for entry into the legal profession was not part of the English tradition) on the training of advocates during the nineteenth century (which it seems was regarded as leaving much to be desired<sup>20</sup>), the tradition of a university education for advocates was maintained and subsequently entrenched by statute in the twentieth century.<sup>21</sup> Until recently, however, it was the *only* qualification for entry into the profession and even today only those advocates who wish to become members of the various bar associations, are required to undergo pupillage.

For would-be attorneys a system of articles of clerkship as the sole preparation for practice was introduced in 1829 while the further prerequisites of a practical examination and a certificate in law and jurisprudence were added in 1877 and 1883 respectively. Today a university degree is a prerequisite for entry into the profession but the compulsory system of a minimum two-year period of articles still obtains.<sup>22</sup>

Against this background, education for the legal profession is presently seen to encompass three main components: an academic component comprising theoretical instruction; a practical/professional component which involves training in practical skills and instruction directed towards a sense of professionalism; and the component of continuing legal education for post-admission training.

17 See Thomas "A modest programme for the improvement of law teaching" 1978 *Victoria University Law Review* 407.

18 See in general Botha "Early legal practitioners of the Cape Colony" 1924 *SALJ* 255-262; Hahlo and Kahn *South Africa — the development of its laws and constitution* (1960) 202 *et seq*; Sampson "Legal education" in *Legal Heritage*; Van Dijkhorst "Advocates" 14 *LAWSA*.

19 14 *LAWSA* 233.

20 De Villiers "Legal education in South Africa" 1918 *SALJ* 155.

21 in terms of the Admission of Advocates Act of 1921 as amended in 1946 and replaced by Act 74 of 1964.

22 Attorneys Act 53 of 1979 s 2.

Whilst the interrelationship between these components and their methodologies has been widely debated<sup>23</sup> and the need to integrate all aspects of legal education has been recognised,<sup>24</sup> in the main practical and professional training of lawyers in South Africa is divorced from the academic component. The academic training of lawyers is properly seen to be the province of the university, while the responsibility for practical training is seen to rest with the practising profession.

Before discussing the desirability of integration and measures that might bring about a desired result, it is necessary to reflect briefly and with due regard for the need for determining instructional objectives in each case, on the academic and practical/professional components respectively.

### 3 3 Academic component

In general, the priorities of academic training for the profession are seen to be the imparting to students of a specialised body of knowledge as well as principles of theory organised systematically and the application of knowledge and theory to problem solving.<sup>25</sup> Academic training, therefore, would fall within the cognitive domain in the broad taxonomy of educational objectives defined in the seminal work on learning objectives by Benjamin Bloom.<sup>26</sup>

This domain includes objectives<sup>27</sup> dealing with

“the recall or recognition of knowledge and the development of intellectual abilities and skills”;

the six major classes of cognitive learning objectives being: knowledge, comprehension, application, analysis, synthesis and evaluation. According to Bloom the arrangement of these classes represents a hierarchy based on the increased “complexity” of the behaviour required to achieve each subsequent objective. The hierarchy is cumulative in the sense that the attainment of a particular objective depends to some degree on the attainment of objectives in the preceding class or classes. Courses in the fields of substantive law would be classified as belonging in this domain.

At the same time, but to a lesser degree, what Bloom terms the affective domain would also fall within the ambit of academic training as it includes

“objectives which describe changes in interest, attitudes and values, and the development of interest and adjustment”.

23 particularly and recently at the conference on legal education organised by the University of the Witwatersrand held in Johannesburg from 1983-10-06 to 1983-10-08 (hereafter cited Wits Conference). The unpublished papers and proceedings of this conference included contributions by leading academics, members of both branches of the practising profession and judges. The need for a greater measure of integration was recognised in the paper delivered by Professor WBH Dean “Where should the responsibility for practical training lie?” published in 1985 *De Rebus* 282.

24 Van der Walt and Wilson “The training of candidate attorneys in South Africa — a report to the Association of Law Societies of South Africa” (1983) (hereafter referred to as Van der Walt/Wilson).

25 See Van der Walt/Wilson 4 and the unpublished paper delivered by Prof ADJ van Rensburg at the panel discussion on “What are the objectives of academic and professional training of lawyers?” at the Wits Conference.

26 Bloom *et al*: *Taxonomy of education objectives* (1974).

27 These are quoted and discussed by Petter: “A closet within the house: learning objectives and the law school curriculum” in *Essays on Legal Education* ed Neil Gold (1982) 76-96.

In terms of legal education some examples of objectives in the affective domain would be:<sup>28</sup>

“That the student be aware that legal decisions affect people’s lives”; “That the student accept the legitimacy of the courts for resolving private disputes”; “That the student speak out when he or she disagrees with the professor’s views regarding the proper function of criminal law within our society”.

Courses in the philosophy of law and in legal ethics would properly belong in this domain.

The third domain classified by Bloom is the psychomotor domain which encompasses objectives that

“emphasize some muscular or motor skill, some manipulation or some act which requires a neuromuscular co-ordination”.

Although these objectives have little relevance to either academic or practical training, body language, which is sometimes regarded as belonging to the psychomotor domain, would be an important aspect of training in interactive skills such as interviewing, negotiation and trial advocacy. At whatever level, however, and whatever the domain, objectives should be determined in terms of desired student performance, otherwise there is no sound basis for the selection of the desired materials, content or method. In the words of Robert Mager:<sup>29</sup>

“If you don’t know where you’re going, it is difficult to select a suitable means for getting there.”

This can be illustrated by means of a simple example from the law of delict, using a combination of the so-called case-study method<sup>30</sup> and the so-called pandectist approach<sup>31</sup> and at a very elementary level within the cognitive domain. Given the general principles of delictual liability and after studying the decision in *Minister van Polisie v Ewels*<sup>32</sup> (a case that involved the question of liability when an off-duty policeman failed to act in the presence of an assault at a police station), the stated learning objectives might include: (i) that students be able to state the facts and *ratio decidendi* (here knowledge is the major concern); (ii) that students be able to state in their own words the meaning of the statutory provision in the case (here the objective relates to comprehension); (iii) that students be able to apply the relevant legal rule when presented with a similar problem (here it is application); (iv) that students be able to write a “judgment” when presented with facts that raise a similar issue (here the level is synthesis); and (v) that students determine the effect of the judgment on legal development by reference to subsequent cases (here evaluation is involved).

No doubt much of this is self-evident to law teachers; but the principle is an important one and should apply irrespective of whether one is developing intellectual or practical skills.

What has been said thusfar would apply in general to the various courses offered for a law degree whatever they might be. With regard to the more specific designing of the curriculum, it is not intended to go into the question of what courses should or should not be regarded as core courses and ancillary courses.

28 Petter 89 91.

29 Mager *Preparing instructional objectives* (1975) 4.

30 See Allan “Teaching law — the case study method” 1986 *Obiter* 71.

31 See the paper delivered by LTC Harms SC (now Mr Justice Harms) at the Wits Conference.

32 1975 3 SA 590 (A).



As Professor Hosten has pointed out,<sup>33</sup> the question of what these should be, is to a certain extent superfluous and its resolution arbitrary. At present there is a measure of uniformity in the curricula for the degrees offered by the various South African universities. Societal needs, and thus the needs of the profession, will change as times change. What courses are offered, will depend on these changing circumstances. At present, for example, faced with the vast body of law and particularly of statute law, students need to be taught where to find the law, how it should be interpreted and possibly how it should be drafted. Suffice it to say, further, that the emphasis should be on fundamentals. Thus courses in the recognised major fields of law: private law, criminal law, mercantile law and constitutional law, would be regarded as fundamental. However, as has already been mentioned, knowledge of substantive law is not enough. Students should be given the opportunity of understanding and questioning rules of law in historical and philosophical perspective and courses in legal history and in legal philosophy would serve these ends. Finally, for the purposes of legal development and intelligent law reform, and in order to meet the needs of an international community, courses in comparative law and in conflict of laws should be regarded as fundamental.

### 3 4 Practical/professional component

Recent moves towards the integration of academic and practical/professional components of legal education at university level are evidenced in most of the curricula of South African universities.<sup>34</sup> In some cases the course is offered in conjunction with compulsory service in law clinics. Some examples may serve as an illustration. At the University of the Witwatersrand a course is offered in Practical Legal Studies which includes legal writing, legal practice and professional responsibility and ethics. While the University of Cape Town offers a

33 in his paper on the core courses for a law degree delivered at the Wits Conference.

34 The following was extracted from the calendars of the various universities:

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO: Professionele Etiek* — Verpligte vak in derde studiejaar: professies in die regte; professionele vereistes; normraamwerk waarbinne professies funksioneer.

*Randse Afrikaanse Universiteit: Praktiese Regskunde* — Verpligte vak vir LLB V: praktiese regs-werk by regshulpklinieke; toegepaste siviele proses, strafproses en bewysreg; konsultasietegniek; professionele etiek; pleitbesorging en regs-dokumentasie; gedingvoering.

*Universiteit van die Oranje-Vrystaat: Notariële praktyk.*

*Universiteit van Pretoria: Praktiese Regskunde* — Keusevak vir LLB: praktiese werk en gevalle-studies in regshulpkliniek.

*Universiteit van Wes-Kaapland: Formele Reg 401* — Keusevak in finale jaar B Proc LLB: sluit in regspraktyk; etiek, ordening van praktyk en regshulp.

*University of Cape Town: Clinical Legal Education* — Optional course in final year LLB: the aim of the course is to give practical training in representative facets of legal practice, in particular relating to the bar and side-bar. Tuition is by means of lectures, seminars, practical exercises and mock court appearances.

*University of Port Elizabeth: Conveyancing and notarial procedure* — Compulsory course in the third year (includes the drafting and authentication of documents, deeds and bonds).

*University of the Witwatersrand: Practical legal studies* — For LLB (optional): legal writing; legal practice; professional responsibility and ethics.

*University of Zululand: Applied Legal Studies* — Subject in final year B Proc: application of basic principles of the various branches of the SA law in historical, practical and theoretical perspectives.

*Unisa:* In conjunction with service in legal aid clinic. The LLB elective paper: *Introduction to practice.*

course in Clinical Legal Education aimed at giving practical training in representative facets of legal practice, the University of Pretoria and the Rand Afrikaans University respectively offer the practice-oriented courses of *Praktiese Regskunde* and *Prokureurspraktyk*. Two years ago the LLB elective, *Introduction to Practice*, offered in conjunction with service in the Legal Aid Centre, was introduced at Unisa. While in most cases the courses are community-service oriented, in the main they are not compulsory, a notable exception being the course at the Rand Afrikaans University. Furthermore, those in which clinical experience is required, can by their nature generally accommodate only a small and selected number of students. Thus, for example, while there were 109 final-year LLB students at Unisa last year, only 44 final and pre-final year students could be accommodated in the course.

Most law graduates then must be content with what may be termed the in-service training provided by the organised profession in preparation for the admission to practice. As has already been indicated, for attorneys, continuing a 150-year old tradition, this is still a system of articles.

In recent times, and more particularly in the last decade both at home and abroad,<sup>35</sup> the system has come under fire. In South Africa the system was critically scrutinised in 1976 by a committee appointed by the standing committee on Legal Education of the Association of Law Societies and in its report, better known as the Sampson report, as well as in subsequent publications<sup>36</sup> the deficiencies of the system have been highlighted. In summary these are as follows: training is unsystematic "and the tuition provided remains that of an amateur teacher"; the increasing trend towards specialisation inhibits the general training that is required; the demands of carrying inexperienced clerks in a law firm create undue financial burdens; the present system "pitchforks the clerk into the hurly burly of practice without any preparation";<sup>37</sup> the graduate clerk serves as a messenger boy who, while attempting to "learn the law on the soles of his feet",<sup>38</sup> enjoys a reduced status in the law office which places him at a disadvantage when dealing with clients; and finally, would-be attorneys are lost to the profession if they are unable to find places as clerks. Despite these deficiencies, articles are still seen as providing a valuable exercise for young lawyers to gain experience and insight at first hand into what happens in a law office.<sup>39</sup>

Expressed concern on the shortcomings of articles has mainly come from the profession itself as have the proposed, or already implemented, reform measures. Thus, for example, the proposal that the act be amended to relax the procedure for the ceding of articles in order that clerks receive training in different fields of specialisation, emanated from the Transvaal Law Society. Furthermore, and following upon the recommendations in the Sampson Report, practical training

---

35 in the UK by the Ormrod Committee — Report of the Committee on Legal Education (1971) Cmnd 4595 (cited hereafter as *Ormrod*). In Australia these were highlighted in various reports, *inter alia* Trew (1966 NSW); Freadman (1969 Victoria) and Brown (1979 NSW).

36 notably the Van der Walt/Wilson Report.

37 in the words of JE Knoll in a paper delivered at the Port Elizabeth Conference on Legal Education (1975) as quoted in the Sampson Report, Appendix IV.

38 Parmanand "Articles of clerkship and law school education" 1984 *De Jure* 51.

39 recognised, e.g. by E Southey, the then Vice-President of the Transvaal Law Society, in his paper delivered at the Wits Conference.

schools initiated in a pilot project in Pretoria in 1979, have been presented by the legal education section of the Association on a national level since 1981. The schools are held in the major centres (Pretoria, Johannesburg, Potchefstroom, Durban, Pietermaritzburg, Bloemfontein, Cape Town and Port Elizabeth) and while attendance is not compulsory, the increasing number of clerks attending the schools (from 27 in 1983 to 404 in 1987) and the rise in the pass rate in the attorneys admission examination are indicative of the success of the venture. However, it seems that there is still a measure of resistance among practitioners to the idea of practical training schools and the 1987 figure represents only about half the yearly intake of clerks. Mentors are practitioners and academics, but the ratio of practitioners to academics reflects an imbalance. According to the statistics, kindly supplied by the association, this year there are 123 practitioners and only 9 university lecturers involved in the programmes.

As has been mentioned, practical/professional training for advocates consists solely in a four-month pupillage. The system was initiated in the early seventies in conjunction with, since 1980, a national and uniform bar examination undertaken on a regional basis. Under the supervision of a master, pupil advocates are required to participate in a specified number of civil and criminal trials and application proceedings. Although the master must submit a report on the pupil's competence, there is no on-going and progressive system of evaluation of the kind recognised by educationalists as being necessary for training in practical skills.<sup>40</sup> The four-month period culminates in an arduous four-day oral and written examination and, while endurance no doubt is important in the life of a busy practitioner, it seems the examination is a mammoth test of endurance. While the introduction of pupillage clearly is a progressive step towards the education of competent lawyers, the system has also been criticised. In 1984, at a conference on legal education, misgivings about the present system were expressed thus:<sup>41</sup> the bar was not really organised to conduct the professional training of lawyers, and while it appointed a master for each pupil, the nature of masters' practices differed as did their respective abilities. Moreover, (and understandably) some were less willing than others to take pupils. For these reasons pupils did not enjoy uniformly good training.

In-service training within the public service is undertaken by the justice training section of the Department of Justice. A wide range of practical courses is offered to would-be prosecutors and magistrates amongst others. The Hoexter Commission of Enquiry acknowledged the value of this in-service training but at the same time recognised that serious problems are experienced in obtaining and retaining the services of "professional educators".<sup>42</sup>

The measures taken by the various branches of the profession are to be commended and are indicative of the real concern for the protection of the public and of the legal profession as a whole. However, as outlined above, there still are problems. In the main, practical/professional training is neither general nor uniform and by and large the mentors, while able practitioners, are not dedicated teachers. What then are the possible alternatives?

40 See e.g. Yule Steyn Soobiah and Keri-Davies *Teaching and microteaching*, (1983) 103.

41 by LTC Harms SC, formerly an eminent member of the Pretoria Bar and member of the National Board of Examiners, now Mr Justice Harms.

42 See the fifth and final report of the Hoexter Commission of Enquiry into the Structure and Functioning of the Courts RP 78/1983 302 *et seq.*



#### 4 TOWARDS INTEGRATION

An alternative might be to establish a college of law for practical/professional training. For example, this was a step taken in Australia where the inadequacy of articles was recognised and the Sydney College of Law, functioning within the academic structure of the Kuring-gai College of Advanced Education in New South Wales, was established. A national college of law in South Africa within the Department of Justice was also an idea mooted by the Hoexter Commission. However, the logistic and obvious financial implications of such a venture would militate against it.

Another alternative which has been suggested, is to up-grade law clinics attached to universities so that they could become practical training schools, the counterpart of the teaching hospitals.<sup>43</sup> The introduction of clinical education is a feature of recent changes to law school programmes in the USA and as well as a means of providing legal aid,<sup>44</sup> the clinical experience has been recognised as a means of practical skills training generally.<sup>45</sup> Furthermore, since clinical education exposes students to "real-life" situations which call for interaction not only with clients but with all the other actors in the legal drama, other lawyers, state officials and the public at large, it is argued that training in interpersonal dynamics, particularly in a multi-cultural society, is best served in a clinical context.<sup>46</sup>

#### 5 THE FINAL ANSWER?

The major problem, I believe, is inherent in the very structure of legal education at present, more particularly in the division between academic and practical/professional phases. The reasons for this division are largely historical. The problem is one that will not be resolved by patch-work or *ad hoc* measures. The restructuring of legal education will require innovative thinking in an effort to determine an alternative structure. A holistic approach will have to be taken in order to achieve what may be termed an integrated or total system of legal education.<sup>47</sup>

Briefly, some of the arguments<sup>48</sup> for an integrated programme are: theoretical learning in a "real-life" perspective is enhanced and reinforced; integration helps to avoid the belief that law in the text-books and law in practice is the same thing while at the same time it dispels perceptions that problems are not multifaceted. Non-academic skills are generally best learned across time and an integrated programme would satisfy this criterion. Moreover, the overall structure

43 Chaskalson "Responsibility for practical training" 1985 *De Rebus* 117.

44 defined as "the gratuitous provision of legal assistance to persons who cannot afford to employ the services of legal practitioners" in McQuoid-Mason *An outline of legal aid in South Africa* (1982) 1.

45 The introduction of clinical service programmes may be seen as a move away from the traditional "rule-oriented" approach to legal education — see Harris: "Curriculum development in legal studies" 1986 *The law teacher* 91-94 and in general Church: "Towards integration in legal education: An introduction to practice" *Distance Education in Southern Africa: Preparing for the 21st Century* Unisa (1987) Conference Papers 4 2 205-212 (hereafter cited *Integration*).

46 *Integration* 206.

47 See Jackling "Academic and practical legal education: where next?" Part 1 *Journal of Professional Education* (December 1986) 1-11.

48 Jackling: "Academic and practical legal education: where next?" — Part 2 *Journal of Professional Education* (June 1987) 82.



of the various courses would best be done by those who traditionally are involved in teaching rather than practising law. A final answer on how this should be effected cannot be given. In the inimitable words of the great American jurist Benjamin Cardozo:<sup>49</sup>

“Fusion in due proportion is the problem of the ages.”

However, whatever the alternative path to entry to the profession that is taken, it will have to be taken with due regard for financial implications and available manpower. For reasons of expediency, therefore, a restructuring of the system of legal education must needs be within the ambit of existing structures and infrastructures.

In the 1971 Ormrod Report on legal education in the United Kingdom, it was suggested that law should follow medicine's lead in finding ways to combine the academic phase with the vocational phase.<sup>50</sup> To date that has not been done in that country. These views, however, have been echoed in South Africa notably by Advocate Arthur Chaskalson SC in regard to the upgrading of law clinics. I have no first-hand knowledge of the training of medical practitioners, but from interviews conducted with professors of medicine at the University of Pretoria and in the experience of a recently graduated doctor who is presently serving his period of internship, it seems to me that medical education may well serve as a model.

In the six-year career of a medical student before graduation, medical practice becomes a reality — albeit on a very elementary level — from the fourth year onwards, when students are required to attend ward rounds and, for example, are taught the basic techniques of patient examination. In the fifth year students become more active in patient care under the guidance of final-year students, clinical assistants and consultants. Formal lectures are in the afternoons after a morning's session of practical experience. During this year students spend periods when they are “on call” at night under the supervision of more senior students and housemen and on a structured basis each student has the opportunity during subsequent morning ward rounds of “presenting” patients; the presentation includes a profile of the patient and his complaint, medical history and examination and a differential diagnosis. Clearly, at this stage, students are dealing with “real-life situations” and applying theory to practice. Integration of academic and practical components continues in the sixth year which, although practice-oriented, is fallaciously regarded as being merely practical. The academic component consists in preparation for academic ward rounds and oral and written examinations at the end of each period of experience in the various provincial hospitals. This integration is also reflected in the final examination where, over the period of a week and in the major fields of medicine, the clinical competence and academic prowess of students are evaluated; in the first instance in the morning by means of their examination and diagnosis of patient material, and in the afternoon by means of an oral examination. After graduating, the student is registered by the South African Medical and Dental Council as competent to commence his internship or period of restricted practice.

Teachers and professors are members of the profession who hold dual appointments by the province and university respectively and who are engaged in

49 Cardozo *The growth of the law* (1966) 3.

50 Ormrod par 85.

patient care, teaching and research. Also involved in the education of medical practitioners are consultants who are appointed on a part-time basis and clinical assistants who are preparing to be specialists.

The main principles to be drawn from this broad outline are:

- a medical education is integrated at an early stage;
- b education in the academic and practical spheres is concurrent;
- c teachers are at the same time academics and practitioners (in the wide sense); and
- d final registration by a medical council comes only after a period of restricted practice.

Translated into terms of legal education, in order to provide for concurrent academic and practical/professional phases and to accommodate both phases in an integrated programme of education, these principles may be applied as follows:

- The period of study for the traditional law degrees be extended to cover a further period of six to twelve months.
- During the total period of study and at various levels academic and practical/professional training be integrated. (For example, training in legal writing and research could be given at an early stage in the first year; training in the drafting of pleadings, cross-examination and trial advocacy together, with the later courses on criminal law and procedure.) Graduation would be with a degree and diploma/certificate in legal practice.
- The present compulsory period of articles be abolished and replaced by a period of restricted practice; similarly, pupillage may be retained in its present form, but as an alternative to the required period of restricted practice. In both cases the present system of final examination may be restructured to provide for a system of ongoing evaluation and ultimate certification of competence.
- Further options for the required period of restricted practice before ultimate certification be recognised, including service in a law clinic, legal aid centre or within a state department such as the Master's Office, for example.

In order to accommodate practical/professional training, I would favour the up-grading of law clinics since this could be accommodated within existing structures, but an institute or department for practical training might also serve, provided this were established within the structure of a university faculty or law school.

Tuition could be provided by academics/practitioners appointed on a full-time or part-time basis, but the study material and method in accordance with educational objectives as already outlined, should be determined by the teaching staff in the centre or institute that functions within the university.

A total system of education for the professional would necessitate the establishment of a co-ordinating body to determine criteria and accreditation. A national council for legal education is a possibility to be considered here, and

once again at present there are various bodies — the recently established regional liaison committees<sup>51</sup> for example — that may serve as models.

Finally, it seems to me, particularly with regard to instructional design and instructional objectives, that legal educators should be kept up-to-date in two disciplines; law and education.

51 In 1982 a liaison committee to meet annually and comprising members drawn from the ALS Standing Committee on Legal Education, the committee of the University Teachers Association and the SA Bar Council, was formed. This model served in the formation of regional liaison committees in 1986. These meet three times a year.

#### LIDMAATSKAP: VERENIGING HUGO DE GROOT

*Ingevolge artikel 3.1 van die Reglement van die Vereniging Hugo de Groot kan enige persoon, op uitnodiging van die bestuur van die Vereniging, as lid van die Vereniging toegelaat word. Op grond hiervan rig die bestuur 'n uitnodiging aan alle belangstellende persone om aansoek tot lidmaatskap van die Vereniging te doen. Aansoeke moet gerig word aan:*

Prof DJ Joubert  
Sekretaris  
Vereniging Hugo de Groot  
Posbus 1263  
PRETORIA  
0001

# Dekriminalisasie van eutanasie\*

JMT Labuschagne

MA DPhil LLD

Professor in die Inheemse-Reg, Universiteit van Pretoria

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

## SUMMARY

### Decriminalisation of euthanasia

This article deals with the question whether euthanasia, both passive and active, should be decriminalised. The current relevance and importance of the euthanasia debate is explained. Thereafter, the positive law in this respect is expounded. Psychological and sociological aspects of suicide, the dying process and the death concept as well as the concept "human being" are discussed. The various arguments for and against euthanasia are evaluated. It is finally concluded that both active and passive euthanasia should be decriminalised.

## 1 INLEIDING

Dit is opvallend dat 'n dier hedendaags in alle (ontwikkelde) kulture om "humanitêre" redes gedood mag word, maar nie 'n mens nie.<sup>1</sup> Die mens "eien" hom, masochisties genoeg, die "plig" toe om selfs die ergste graad van lyding te ondergaan terwyl hy dit die dier spaar. Die filosofie van die vitalisme, wat tot inhoud het dat die menslike lewe as sodanig heilig is, staan voorop.<sup>2</sup> Hierdie filosofie het 'n sterk spesiesistiese ondertoon omdat slegs die menslike lewe, die lewe van een spesie dus, verheilig word. Hoe dit ook al sy, die uitgangspunt is dat die menslike lewe ten alle koste gehandhaaf moet word.

\* Erkennung geskied hiermee aan die Alexander von Humboldt-Stiftung, die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing, die Universiteit van Pretoria en die Getrouheidswaarborgfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers wat my finansiële in staat gestel het om 'n deel van die navorsing gedurende 1987 aan die Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau, Wes-Duitsland, te onderneem. Die menings in dié artikel uitgespreek is eger my eie. Wat die verwysingsmetode betref, moet daarop gewys word dat indien 'n skrywer meer as een bydrae gelewer het, die jaar waarin dié betrokke werk verskyn het, telkens na die skrywer se naam vermeld word.

1 Labuschagne en Bekker "Dieremishandeling" 1986 *Obiter* 33 46; Downing "Euthanasia: the human context" in Downing (red) *Euthanasia and the right to death* (1969) 19; Flew "The principle of euthanasia" in Downing *supra* 33-34.

2 Eser "Freiheit zum Sterben - Kein Recht auf Tötung" 1986 *JZ* 790; Matthews "Voluntary euthanasia: the ethical aspect" in Downing *supra* 25; Walter *Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens* (1935) 1 e v; Glanville Williams *The sanctity of life and the criminal law* (1958) 1 e v; Law Reform Commission of Canada *Euthanasia, aiding suicide and cessation of treatment* (1982, Working Paper 28) 3-4; Tooley "Decisions to terminate life and the concept of person" in Ladd (red) *Ethical issues relating to life and death* (1979) 68; Singer "Unsanctifying human life" in Ladd *supra* 43.



'n Paring van die inherente menslike vrees vir die dood met die hedendaagse (veral die breëre Westerse) waardesisteem het 'n neurotiese beskouing van die dood tot gevolg gehad.<sup>3</sup> Dit belemmer op sy beurt weer 'n rasonale en realistiese benadering tot die kwaliteit en waarde van die menslike lewe en veral die einde daarvan, naamlik die dood. Dat daar groepe is wat in opstand is teen dié toedrag van sake, blyk uit die feit dat daar verskeie organisasies wêreldwyd in die lewe geroep is wat hulle vir die erkenning en toepassing van eutanasië beywer.<sup>4</sup>

Die problematiek rondom die dood en eutanasië word veral gekompliseer deur die multidissiplinêre aard daarvan.<sup>5</sup> In die onderhawige artikel word die problematiek in dié verband uit 'n swaar juridies gelaaide oogpunt betrag.<sup>6</sup> Ter wille van toeligting word egter ook na ander fasette van die eutanasië-probleem verwys. Dat dit 'n gewigtige en komplekse probleem is, val egter nie te betwyfel nie.<sup>7</sup>

## 2 HEDENDAAGSE BELANGRIKHEID VAN EUTANASIE

Daar is min onderwerpe waaroor juriste teenswoordig meer skryf as juis eutanasië. Daar was die afgelope dekade of meer 'n ontploffing van belangstelling in hierdie onderwerp.<sup>8</sup> 'n Mens kan met reg die vraag vra: waarom dan? Die volgende redes kan geïdentifiseer word.

- 3 Erlemeier "Beiträge der psychologischen Thantologie zum Euthanasieproblem" in Eid (red) *Euthanasie oder soll man auf verlangen töten* (1975) 120; Hahn en Thom *Sinnvolle Lebensbewahrung – humanes Sterben* (1983) 55; Strauss "Euthanasia: a South African view" in Carmi (red) *Euthanasia* (1984) 83; Qvarnström "Patient's reactions to impending death" in Carmi *supra* 144; Balkisson "A psychological view of euthanasia" in Oosthuizen, Shapiro en Strauss (red) *Euthanasia* (1978) 226; Slater "Death. The biological aspect" in Downing *supra* 52 59: "Death at a ripe age should be no occasion for regret or mourning. Illness and accident, not to speak of war, remain the enemies of mankind, but death is not." Sien ook Fletcher "The patient's right to die" in Downing *supra* 62–63 wat wys op die paradoks dat baie mense, waaronder Christene, in lewe na dood glo en nogtans die dood vrees. Dit hang klaarblyklik saam met die Christelike uitverkiesingsleer waarvolgens sekere mense na die dood verdoem en aan swaarkry oorgelewer word. Sien verder Heifetz en Mangel *The right to die* (1975) 98.
- 4 Russel *Freedom to die* (1977) 63–214. Kaplan "Euthanasia legislation: a survey and a model act" 1976 *American Journal of Law and Medicine* 41 wys op wetgewing en voorstelle vir wetgewing in dié verband.
- 5 Fritsche "Das Recht auf menschwürdiges Sterben" in *Das Recht auf einen menschwürdigen Tod?* (voordragte van die Duits-Franse Juristekonferensie, 1976–11–27 en 28) 1 7; Schrotten e a (red) *Euthanasie* (1979) 8.
- 6 Wilson *Death by decision* (1975) 46–47 toon aan dat daar drie redes is waarom die eutanasiëkontroversie so lank onopgelos gebly het: eerstens is die mediese en juridiese problematiek daarvan kompleks; tweedens raak dit fundamentele menslike waardes; en derdens is die dood so 'n taboe-onderwerp dat dit gevrees en selfs ontken word.
- 7 Sien die treffende opmerking van Eser (1986) 786: "Wenn spätere Generationen einmal über die bewegenden Themen unserer Zeit zu urteilen haben, könnten sich vielleicht die gegenwärtigen Auseinandersetzungen über Schaffung und Beendigung Menschlichen Lebens als epochal erweisen. Gewiss gehören Leben und Sterben zu den 'ewigen Themen' der Menschheit. Was aber unsere Zeit besonders prägt, ist die Tatsache, dass dem Menschen noch niemals zuvor in seiner Geschichte ein derartiges Mass an lebensschaffendem wie auch lebensgefährdendem Potential in die Hand gegeben war."
- 8 Calaluca en Hirsch "Active and passive euthanasia: medical and legal considerations" in Carmi *supra* 155.

## 2 1 Medies-tegnologies

Die ontwikkeling van die mediese tegnologie<sup>9</sup> het die sterwensproses ingrypend verander. In sekere gevalle kan 'n pasiënt onbepaald aan die lewe gehou word. Dit skep ontsaglike probleme, nie slegs vir die pasiënt nie, maar ook vir die dokter en die familie. Crane<sup>10</sup> sê in dié verband:

"In the past, when the majority of patients suffered from acute illness, aggressive treatment was almost always appropriate. Gradually it has become apparent that some chronically ill patients do not benefit from such treatment and that they or their families may in fact be adversely affected by such efforts."

Die mediese tegnologie het inderdaad dramatiese magte oor lewe en dood bekom.<sup>11</sup> Lewensverlenging het egter dikwels ook (liggaamlike en psigiese) lydingsverlenging tot gevolg.<sup>12</sup> Dit is veral laasgenoemde wat die gemoedere opsweep.

## 2 2 Lewensfilosofies

Die opkoms van die filosofie van menslike individualisme het die tradisioneel-paternalistiese orde tot in sy wortels geskud. Dat die mens hedendaags nie regtens oor sy eie lewe mag beskik nie, blyk uit die volgende opmerking van ons gemeeneregskrywer Moorman,<sup>13</sup> wat deur die Suid-Afrikaanse appèlhof bevestig<sup>14</sup> is:

"Dus is gebleken dat iemand geen meester is over zyn eigen leven sodanig, dat hy selfs aan een ander geen macht kan geven om hem te doden."

Hand aan hand met die idee van menslike individualisme het die beklemtoning van menslike privaatheid ontwikkel en dit het ook 'n invloed op die samelewing se siening van die dood gehad. In die woorde van Aries:<sup>15</sup>

"De samenleving heeft immers vergoed besloten dat de dood haar zaak niet meer is."

Gepaardgaande hiermee het 'n verset teen mediese mag ontwikkel.<sup>16</sup> 'n Verdere aspek hier van belang is die eis dat die reg neutraal moet wees, in die sin dat dit nie die Christelike of enige ander dogma of lewensbeskouing moet bevorder nie: ruimte moet sover moontlik gelaat word aan mense van alle lewensbeskouings om hulle beginsels uit te leef.<sup>17</sup> Dit hang weer saam met die proses van dereligiëring wat oor 'n wye front in die strafreg sigbaar is.<sup>18</sup>

9 Kluge *The ethics of deliberate death* (1981) 30 verklaar: "Until approximately the turn of the century medical technology was not sufficiently sophisticated for the physician to keep a seriously ill, debilitated, or suffering individual alive to the point where the question of death in order to preserve dignity to preclude what amounted to torture presented any real choice."

10 "Decisions to treat critically ill patients: a comparison of social values versus medical considerations" in McKinlay (red) *Law and ethics in health care* (1982) 373.

11 Maguire *Death by choice* (1974) 3; Cranford "Brain death and persistent vegetative state" in Doudera en Peters (red) *Legal and ethical aspects of treating critically and terminally ill patients* (1982) 63; Krauss *Der ersehnte Tod* (1976) 11; Le Roux "Aspekte van eutanase in die strafreg" 1979 *De Jure* 73.

12 Wunderli *Euthanasie oder über die Würde des Sterbens* (1974) 62.

13 *Verhandelinge over de misdaden* 2 11 4.

14 *S v Robinson* 1968 1 SA 666 (A) 678.

15 "De samenleving tegenover de dood" in Banck (red) *Gestalten van de dood* (1980) 75. Sien ook Laeyendecker "Zingevingvragen" in Banck *supra* 301; Heifetz en Mangel 20.

16 Hilhorst *Euthanasie in het ziekenhuis* (1983) 20.

17 Dierick *Vragen om de dood* (1983) 195.

18 Labuschagne "Strafsinvolheid: opmerkinge oor die wese van strafregtelike aanspreekbaarheid" in Joubert (red) *EM Hamman-gedenkbundel* (1984) 225.

### 2 3 Sosiopsiologies

Aangesien bogenoemde medies-tegnologiese apparate en instrumente dikwels slegs by hospitale en inrigtings beskikbaar is, bring pasiënte nie meer hulle laaste dae in die warmte, liefde en ondersteuning van hulle families deur nie maar in die professionele koudheid van 'n hospitaal of inrigting.<sup>19</sup> Hospitalisasie het 'n effek op die psigiese welsyn van veral bejaarde en terminale pasiënte. 'n Gevoel van eensaamheid, afsondering, nutteloosheid en magteloosheid kan as gevolg van dié sosiale ontworteling ontstaan. Hierby kan nog gevoeg word dat alle mense angsgevoelens jeens hulpbehoewendheid, invaliditeit, siekte, aftakeling en ontluistering van die lewe, asook vir pyn en lyding ervaar. Dit skep 'n gunstige klimaat vir 'n eutanasierversoek.<sup>20</sup> Hierdie sosiopsiologiese faktore kan nie by 'n ondersoek soos die onderhawige geïgnoreer word nie.<sup>21</sup>

### 2 4 Ekonomies

Om 'n persoon met genoemde medies-tegnologiese metodes en hulpmiddele aan die lewe te hou, is uiters duur.<sup>22</sup> Die vraag kan gevra word of dit die moeite werd is om sodanige onkoste aan te gaan waar die pasiënt in elk geval volgens bestaande kennis geen hoop het om te herstel nie.

### 2 5 Geriatrics

As gevolg van die fenomenale ontwikkeling op die gebied van die geneeskunde het die getal bejaardes aansienlik toegeneem. Dit is juis ten aansien van bejaardes waar vrae in verband met eutanasië die meeste na vore kom.<sup>23</sup>

## 3 DIE POSITIEWE REG

In dié afdeling word die positiewe reg uiteengesit en geanaliseer. Daar word in gepaste omstandighede na die posisie in enkele ander regstelsels verwys.

### 3 1 Die gemenerereg

Die posisie in ons gemenerereg kan soos volg saamgevat word:

a Selfmoord (selfdoding) en poging daartoe is aanvanklik as 'n misdadig beskou.<sup>24</sup> Carpovius verwys daarna as 'n "schriklyke en verfoeyelyke misdadig".<sup>25</sup> Die lyk is in geval van 'n suksesvolle selfmoord wat gepleeg is met die doel om 'n straf vry te spring aan allerhande vernederende handelinge onderworpe gestel, 'n eerbare begrafnis is so 'n persoon ontsê en sy eiendom is gekonfiskeer. An-

19 Eser (1986) 787.

20 Schroten 17.

21 Sien ook Crane 374.

22 Eser (1986) 787.

23 Kapp en Bigot *Geriatrics and the law* (1985) 1; Maguire 4.

24 Sien in die algemeen Maes *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht* (1947) 411-413.

25 *Verhandeling der lyfstraffelyke misdaden* (Van Hogendorp se vertaling) hfst 2 13.

dersins is selfmoord blykbaar nie gestraf nie.<sup>26</sup> 'n Onsuksesvolle poging is gestraf hoewel nie met die dood nie.<sup>27</sup> Later is selfmoord, omdat dit sinloos is om 'n lyk te bestraf,<sup>28</sup> nie meer gestraf nie hoewel dit nog as (moreel) ongeoorloof beskou is. Dit is klaarblyklik vandag nog die posisie.<sup>29</sup>

b Iemand wat 'n ander op laasgenoemde se versoek dood, is nie strafregtelik verskoon nie.<sup>30</sup>

## 3 2 Selfmoord

### 3 2 1 Algemeen en terminologie

Moord kan omskryf word as die opsetlike, wederregtelike dood van 'n medemens.<sup>31</sup> Die woorddeel "moord" in die begrip "selfmoord" is derhalwe misleidend. In geval van selfmoord is daar geen sprake van moord nie. Die begrip "selfdoding" sou juridies 'n beter beskrywing van die werklikheid wees maar aangesien die begrip "selfmoord" so ingeburger is, word dit desnieteenstaande in dié ondersoek gebruik.

Vrywillige eutanase is in sy wese niks anders nie as, vanaf die kant van die "slagoffer" gesien, 'n vorm van selfmoord en, vanaf die kant van die "toediener", 'n vorm van selfmoordaandadigheid.<sup>32</sup> In dié verband wys Grisez en Boyle verder daarop dat selfmoord op "self-administered euthanasia" kan neerkom.<sup>33</sup>

### 3 2 2 Selfmoordaandadigheid

Die eerste saak wat in dié verband vermelding verdien, is *R v Peverett*.<sup>34</sup> Die feite is soos volg: P en S, sy minnares, het op laasgenoemde se voorstel besluit om selfmoord te pleeg. P het sy motor se uitlaatpyp met die binnekant van sy motor verbind. Hy en S het vervolgens in die geslote motor gaan sit waarna hy die motor aangeskakel het. Hulle is albei later in 'n toestand van bewusteloosheid gevind. P is skuldig bevind aan poging tot moord op S. In appèl verklaar appèlregter Watermeyer:<sup>35</sup>

"In the present case it is clear that the accused contemplated and expected that as a consequence of his acts Mrs Saunders would breathe the poisoned gas and die. In the

26 Sien Damhouder *Practyke in civile en criminele saken afd Criminele saken* hfst 81 wat daarop wys dat 'n persoon wat as gevolg van geesteskrankheid of depressiwiteit of 'n ernstige siekte of armoede homself dood, se lyk nie gestraf word nie. Sien ook De Groot 2 1 44; Carpovius hfst 2 17; Van Leeuwen *RHR* 4 34 12; Mattheus *De criminibus* 48 5 1 9; Voet 48 21 1; Moorman *Verhandelinge over de misdaden* 2 11 2; Van der Keessel *Praelectiones ad ius criminale* 48 21 1.

27 Moorman 2 11 2.

28 Anders "Suicide" 1908 *SALJ* 417.

29 Van der Linden *Koopmans handboek* 2 5 14; Lansdown "Criminal liability of survivor in suicide pact" 1963 *SALJ* 331; Zimmermann "Self-determination, paternalism or human care? Suicide and criminal responsibility in South African and German law" 1979 *TSAR* 184; Snyman *Strafreg* (1986) 462.

30 Moorman 2 11 4.

31 Hunt en Milton *South African criminal law and procedure* vol 2 (1982) 340; Snyman 461.

32 Barrington "Apologia for suicide" in Downing *supra* 157; Eser "Zum 'Recht des Sterbens' - einige grundsätzliche Überlegungen" in *Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod?* (1977) *supra* 32; Kenter *Het leven verlaten. Over euthanasie* (1984) 101; Klijn "Ethische analyse en waardering" in Klijn en Nieboer (red) *Euthanasie en hulp bij zelfdoding* (1984) 15; Sporken "Euthanasie: etische overwegingen" in Elders (red) *Euthanasie, recht en ethiek* (1985) 70; Schönke-Schröder-Eser *Strafgesetzbuch. Kommentar* (1982) 1286.

33 *Life and death with liberty and justice* (1979) 121.

34 1940 AD 213.

35 219.



eye of the law, therefore, he intended to kill her, however little he may have desired her death."

Van Oosten<sup>36</sup> wys tereg daarop dat

"die hof die bestaan van 'n oorsaaklike verband tussen die handeling van die beskuldigde en die bewusteloosheid van die slagoffer op skuld grond".

Die feit dat die hof ook die argument verwerp dat P nie strafregtelik aanspreeklik is nie omdat S 'n vrywillige deelnemer was,<sup>37</sup> is vir die onderhawige ondersoek van besondere belang.

In *R v Nbakwa*<sup>38</sup> het N, 'n swarte wat volgens stamtradisies geleef het, sy moeder daarvan verdink dat sy verantwoordelik was vir sy kind se dood. Hy het haar daarvan beskuldig waarop sy hom versoek het om haar te dood. N het later na sy moeder se hut gegaan waar sy siek gelê het, 'n tou met 'n lus onderaan aan die dak vasgemaak en haar versoek om haarself op te hang. Sy het hom gevra om haar regop te help asook vir iets om op te staan. Hy het haar vervolgens opgehelp en 'n houtblok onder die tou geplaas. Daarna het hy gestaan en toekyk hoedat sy haarself ophang. Regter Beadle verklaar in sy uitspraak:<sup>39</sup>

"The accused did not actually kill the deceased himself, but if his acts could be construed as an attempt to do so he could be legally convicted of attempted murder, since on an indictment for murder a verdict of attempted murder is a competent one. I will first consider, therefore, whether these particulars disclose on the part of the accused an attempt to murder the deceased. In my view the acts of the accused on this occasion do not go far enough to constitute an attempt; they go no further than what are commonly called acts of preparation. The accused provided a means for causing death and he persuaded the woman to kill herself, but the actual act which caused the death of the woman was the act of the woman herself. There was, to use a common legal expression, a *novus actus interveniens* between the actions of the accused and the death of the deceased which in my view broke the chain of causation between the act of the accused and the death of the deceased. The direct cause of the death of the deceased was the act of the deceased woman in getting up on to the block of wood, putting her head in the noose and then kicking away the block of wood. The direct cause of death was not the action of the accused.

I come to the conclusion, therefore, that the accused's acts did not go far enough to constitute an attempt to murder; at most his acts went no further than acts of preparation."

Hy beslis verder dat daar nie gesê kan word dat die beskuldigde die slagoffer gedwing het om selfmoord te pleeg nie; hy het haar bloot oorgehaal om selfmoord te pleeg sonder om geweld of bedreiging daartoe te gebruik. Die hof konkludeer:<sup>40</sup>

"If suicide is not a crime in Southern Rhodesia the facts disclose nothing more than that the accused has been guilty of inciting the deceased to do something which was in itself not a crime, and therefore the incitement being itself accessory to the suicide also could not be a crime. This being so, I am of opinion that the indictment, on the particulars disclosed, does not disclose the offence of murder, or any other offence for which the accused can be found guilty on that charge."

In *S v Gordon*<sup>41</sup> het G en 'n meisie besluit om selfmoord te pleeg. G het 'n aantal tablette voorsien en albei het 'n hoeveelheid daarvan geneem. Die meisie het gesterf maar G het bly lewe. G word van moord aangekla. Regter Henning onderskei die onderhawige saak van *R v Peverett*:<sup>42</sup>

36 "Aandadigheid aan selfmoord in die Suid-Afrikaanse strafreg" 1985 *TSAR* 190.

37 1940 AD 213 218.

38 1956 2 SA 557 (SR).

39 559.

40 560.

41 1962 4 SA 727 (N), bespreek deur Strauss 1963 *THRHR* 57.

42 730.

"Now it will be observed that in that case the accused completed every necessary act to bring about the death of himself and Mrs Saunders, the starting of the engine being the final act. In the present case it is an accepted fact that the deceased took the tablets herself and that was the final act which brought about her death."

Hy vervolg dan:<sup>43</sup>

"To my mind, the mere fact that he provided the tablets knowing the deceased would take them and would probably die cannot be said to constitute, in law, the killing of the deceased. The cause of her death was her own voluntary and independent act in swallowing the tablets. He undoubtedly aided and abetted her to commit suicide, but that is not an offence. The fact that he intended her to die is indisputable, but his own acts calculated to bring that result about fall short of a killing or an attempted killing by him of the deceased. One might say that the accused, as it were, provided the deceased with a loaded pistol to enable her to shoot herself. She took the pistol, aimed it at herself and pulled the trigger. It is not a case of *qui facit per alium facit per se*."

In *Ex Parte die Minister van Justisie: In re S v Grotjohn*<sup>44</sup> het G sy invalide en depressiewe vrou van 'n gelaaide vuurwapen voorsien waarmee sy haarself doodgeskiet het. In sy uitspraak wys hoofregter Steyn daarop dat selfmoord of poging daartoe nie meer in ons reg strafbaar is nie en vervolg:<sup>45</sup>

"Die persoon wat 'n ander aanmoedig, help of in staat stel om homself om die lewe te bring, is besig, nie met sy eie lewe of liggaam nie, maar met dié van 'n ander, en of hy 'n misdaad pleeg, moet beoordeel word volgens die desbetreffende beginsels van ons strafreg."

Hy lig dié stelling later soos volg toe:<sup>46</sup>

"Of 'n persoon wat 'n ander aanmoedig, help of in staat stel om selfmoord te pleeg, 'n misdaad begaan, sal afhang van die feite van die besondere geval. Met die oog op die gewysdes wat aanleiding tot die vrae gegee het, is dit egter nodig om op die voorgrond te stel dat die blote feit dat die laaste handeling die selfmoordenaar se eie, vrywillige, nie-misdadige handeling is, nie sonder meer meebring dat bedoelde persoon aan geen misdaad skuldig kan wees nie. Die antwoord op die tweede vraag hang eweser van die feitlike omstandighede af. Na gelang daarvan kan die misdaad moord, poging tot moord of strafbare manslag wees."

Ook in *S v Hibbert*<sup>47</sup> het H 'n vuurwapen aan sy depressiewe vrou, wat die behoefte uitgespreek het om selfmoord te pleeg, oorhandig. Sy het haarself geskiet en gesterf. H is van moord aangekla. Regter Shearer bevind hom aan moord skuldig en verduidelik:<sup>48</sup>

"Now in the present case the accused set in motion a chain of events which ended in the deceased pressing the trigger of a fire-arm which she had been given by the accused and thus causing her death. The successive words and actions of the accused were designed to place her in possession of that fire-arm and were accompanied by the obvious hazard that the deceased might be persuaded to inflict upon herself an injury which could result in her death. The accused's conduct fell short only of the final act of pulling the trigger. It seems to me that the act of pulling the trigger to which all the other conduct conduced, cannot in any sense be described as independent of the course of conduct. That being so, we conclude that there was, in the proper sense of that expression, no *actus novus interveniens* which broke the chain of causation set in motion and continued by the series of acts of the accused which I have mentioned. The accused must, as we have found, have appreciated that injury and possibly death could result from his actions. That being so there is present the necessary intention to bring home a charge of murder. We find

43 731.

44 1970 2 SA 355 (A); sien ook Van der Merwe 1969 *THRHR* 187; Du Plessis 1970 *Scintilla Juris* 6; Hugo 1969 *SALJ* 148; Van Rooyen 1979 *TSAR* 69.

45 363.

46 365.

47 1979 4 SA 717 (D).

48 722.

therefore that the accused occasioned the death of the deceased by his conduct; that he had the necessary intention and is therefore guilty as charged of murder.”

Die straf wat opgelê is, was 4 jaar gevangenisstraf wat vir 5 jaar opgeskort is.

In verskeie lande is selfmoordooreenkomste<sup>49</sup> asook aandadigheid<sup>50</sup> aan selfmoord statutêr strafbaar.

### 3 2 3 Konklusie

Cohen<sup>51</sup> wys daarop dat selfmoordooreenkomste al hoe meer voorkom. Die meerderheid sodanige ooreenkomste kom tussen gades voor en onder laasgenoemde kom dit weer die meeste voor waar “an ageing man and woman, one or both suffering from grave illness, which constantly occupies their thoughts” besluit om hulle lewens te beëindig.

Soos hieronder<sup>52</sup> aangetoon word, bestaan daar onder sekere omstandighede ’n plig op sekere persone om te poog om selfmoord te voorkom. Die eienaardige is dat selfmoord deur eetstaking nie deur gedwonge toediening van voedsel verhoed mag word nie.<sup>53</sup> Sou ’n gevangene egter, byvoorbeeld, ’n rewolwer gebruik om homself om die lewe te probeer bring, het ’n bewaarder blykbaar ’n plig om dit te probeer verhoed.<sup>54</sup> In die lig van die feit dat die gewone selfmoordpoging in die reël gebaseer is op ’n geestestoestand wat van ’n verbygaande aard is en in die lig van die spreuk *in dubio pro vita* behoort lede van die publiek in die algemeen ’n reg (en in sekere gevalle ’n plig) te hê om te voorkom dat selfmoord gepleeg word.<sup>55</sup> Ek stem gevolglik saam met die volgende opmerking van Zimmermann:<sup>56</sup>

“Every individual has the right to be left alone in deciding such existentially important questions. But then, the suicidal person would be obliged to execute his decision in a manner appropriate to the privacy of this act.”

Wat aandadigheid aan selfmoord betref, lewer onvrywillige selfmoord, dit wil sê in die gevalle waar die aandadige die “selfmoordenaar” se wil beheer en die spreuk *qui facit per alium facit per se* van toepassing is, nie probleme op nie.<sup>57</sup> In die lig van die standpunt wat in hierdie artikel ingeneem word, behoort (ten minste) aandadigheid aan eutanatiewe selfmoord nie gestraf te word nie.

49 Sien a 4(1) van die Engelse Homicide Act van 1957; Smith en Hogan *Criminal law* (1978) 336.

50 Sien a 2 van die Engelse Homicide Act; Smith en Hogan 335; a 224 van die Kanadese strafdokode: “Every one who (a) counsels or procures a person to commit suicide, or (b) aids or abets a person to commit suicide, whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.” Sien ook *Law Reform Commission of Canada* (1982) *supra* 19. Sien verder a 294 van die Nederlandse strafdokode: “Hij die opzettelijk een ander tot zelfmoord aanzet, hem daarbij behulpzaam is of hem de middelen daartoe verschaft, wordt, indien de zelfmoord volgt, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.”

51 “A study of suicide pacts” in Giddens (red) *The sociology of suicide* (1971) 349–351.

52 Sien hieronder par 3 4.

53 Dierick 187; sien ook Bray en Beukes “Enkele gedagtes oor eetstakings: selfmoord of nie” 1981 *Codicillus* 54 wat verwys na ’n verklaring van die Wêreld Mediese Vereniging wat onder andere soos volg lui: “Where a prisoner refuses nourishment and is considered by the doctor as capable of forming an unimpaired and rational judgment concerning the consequences of such a voluntary refusal of nourishment, he or she shall not be fed artificially.”

54 Hunt en Milton 365; sien ook Wieners *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord* (1958) 117.

55 Sien hieronder par 3 4.

56 194.

57 Van Oosten 1985 *TSAR* 271–272.



### 3 3 Eutanاسie

Hieronder kan die volgende onderskei word:

#### 3 3 1 *Aktiewe optrede deur die eutanaseur*

In *R v Davidow*<sup>58</sup> het D sy moeder wat aan 'n ongeneeslike siekte gely het, in die hospitaal doodgeskiet met die doel om haar uit haar lyding te verlos. Hy is op 'n aanklag van moord onskuldig bevind omdat "hy nie oor die vermoë beskik het om sy wil te bepaal nie" en as tydelik ontorekeningsvatbaar verklaar.<sup>59</sup>

In *S v De Bellocq*<sup>60</sup> het D haar uiters geestelik-vertraagde kind wat geen vooruitsig gehad het om 'n intelligente menslike wese te word nie, in sy badwater verdrink. In sy uitspraak verklaar regter-president De Wet soos volg:<sup>61</sup>

"The law does not allow any person to be killed whether that person is an imbecile or very ill. The killing of such a person is an unlawful act and it amounts to murder in law. However, on the facts of this case and the extenuating circumstances it seems to me that there would be no object in sending the accused to prison and I do not think that a suspended sentence is appropriate in a case like this because it would be difficult to decide what condition to impose when a sentence is suspended . . .

The sentence will be that the accused is discharged on condition that she enters into recognizances to come up for sentence within the next six months if called upon. I will not order any amount of money to be deposited in connection with these recognizances."

Die hof lê dus 'n baie geringe, byna oneffektiewe straf op.<sup>62</sup>

In *S v Hartmann*<sup>63</sup> het 'n mediese praktisyn sy vader wat kanker onder lede gehad het, gedood deur hom met 250 milligram pentothal in te spuit. Regter van Winsen verklaar:<sup>64</sup>

"It is true that the deceased was in a dying condition when this dose of the pentothal was administered and that there is evidence that he may very well have died as little as a few hours later. But the law is clear that it nonetheless constitutes the crime of murder even if all that an accused has done is to hasten the death of a human being who was due to die in any event . . . Here the State has proved that but for the accused's action the deceased would not have died when he did. That such action, if wilfully undertaken, constitutes murder . . ."

Hy word skuldig bevind aan moord met versagtende omstandighede en hy word, benewens 'n opgeskorte termyn van gevangenisstraf, gestraf tot aanhouding tot dat die hof verdaag.<sup>65</sup>

In die lig van die strawwe wat in bogenoemde sake opgelê is, vra Strauss tereg of mens dit nog strafreg kan noem as 'n mens beweer dat moord 'n ernstige misdaad is maar dat daar 'n soort moord is wat 'n mens hoegenaamd nie wil straf nie:

"Have we not thereby transformed the criminal law into criminal 'nonlaw'?"<sup>66</sup>

58 WPA, Junie 1955; Van Dyk "Die Davidow-saak" 1956 *THRHR* 286.

59 Van Dyk 287-288.

60 1975 3 SA 538 (T).

61 539; sien ook Strauss "Onvrywillige genadedood: 'n belangwekkende Transvaalse beslissing" 1969 *THRHR* 392.

62 Sien hieroor Labuschagne "Die strafteoretiese begronding van vonnisuitstel en berisping" 1978 *SASK* 247.

63 1975 3 SA 532 (K), bespreek deur Le Roux 1976 *De Jure* 171; sien ook Van Zyl "No greater love" 1976 *Die Landdros* 12.

64 534.

65 537.

66 Strauss (1984) 88.



'n Verdere vraag wat in dié verband geopper kan word, is of die verhasing van die dood as gevolg van die toediening van pynstillende verdowingsmiddels, wetende dat dit die dood gaan verhaas, strafbaar is. Le Roux<sup>67</sup> beweer dat sodanige optrede volgens ons positiewe reg tot strafregtelike aanspreeklikheid behoort te lei. Hy verwys in dié verband na *R v Makali*<sup>68</sup> waar regter Broome die volgende sê:

"The true enquiry is whether the deceased would have died *when he did* but for the appellant's unlawful act. If this enquiry gives an affirmative answer, appellant is responsible for the death because he caused it to take place when it did, that is to say because he hastened it."

Hiervolgens sou dieselfde moes geld as 'n lewensonderhoudende masjien afgeskakel word. Dit is egter te betwyfel of sodanige optrede hedendaags tot strafregtelike aanspreeklikheid aanleiding sal gee.<sup>69</sup> In die lig van die standpunt wat hieronder ingeneem word, vervaag die positiefregtelike relevansie daarvan.

### 3 3 2 *Passiewe optrede deur die eutanaseur*

Die algemene standpunt is dat daar nie 'n plig op 'n dokter rus om 'n "hopelose geval" aan die lewe te hou nie.<sup>70</sup> Die taak van die geneesheer is om lyding te voorkom en nie te verleng deur 'n ongeneesbare pasiënt aan die lewe te hou nie.<sup>71</sup>

### 3 3 3 *Konklusie*

Dit wil voorkom of slegs direkte aktiewe eutanase in ons reg strafbaar is. Die howe lê egter in die reël baie ligte strawwe op. Ook in Nederland<sup>72</sup> en Duitsland,<sup>73</sup> om maar twee voorbeelde te noem, word doding op versoek ligter gestraf.

## 3 4 **Moord deur 'n late**

'n Verdere aspek van ons positiewe reg waarna ek nog wil verwys, is die problematiek in verband met moord wat deur 'n late gepleeg word. In sekere gevalle rus daar 'n plig op 'n persoon om te poog om die dood van 'n medemens te voorkom. Vir doeleindes van die onderhawige ondersoek is die volgende van belang:

a Waar daar 'n beskermingsverhouding bestaan. In *R v Chenjere*<sup>74</sup> verklaar regter Biggs soos volg:

67 Le Roux (1979) 81-82; sien egter Le Roux (1976) 172.

68 1950 1 SA 340 (N) 344.

69 Strauss (1984) 89. In 'n verklaring "Ethical and religious directives for Catholic health facilities" (no 28) word gesê: "It is not euthanasia to give a dying person sedatives and analgesics for the alleviation of pain, when such a measure is judged necessary, even though they may shorten life." Sien verder Kluge 16.

70 Rall "The doctor's dilemma: relieve suffering or prolong life?" 1977 *SALJ* 51; Strauss (1984) 89; sien egter Van der Vyver "Euthanasia and the law" in Oosthuizen, Shapiro and Strauss *supra* 119.

71 Smit "Some legal aspects of euthanasia" in Oosthuizen, Shapiro en Strauss *supra* 127.

72 Sien a 293 van die Nederlandse strafwetboek: "Hij die een ander op zijn uitdrukkelijk en ernstig verlangen van het leven berooft, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie."

73 Sien a 216 van die Duitse strafwetboek: "(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernsthafte Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen. (2) Der Versuch ist strafbar."

74 1960 1 SA 473 (FC) 482; sien ook Hunt en Milton 364; sien verder t a v die Duitse reg Zimmermann 198; Kion *Die Beteiligung am Selbstmord* (1970) 96.

“To cause death by inaction may be criminal if there is a positive duty to preserve the life of the person in question. The duty arises where the potential victim is helpless through infancy, senility or illness and the potential killer stands, either naturally or through a deliberate acceptance of responsibility, in a protective relationship to the victim.”

In so 'n geval bestaan daar klaarblyklik ook 'n plig om 'n selfmoordpoging deur die persoon ten aansien van wie die beskermingsplig bestaan, te voorkom. Dié beskermingsplig bestaan klaarblyklik nie tussen gades nie want anders sou die beskuldigde in *Grotjohn* aan moord skuldig bevind moes gewees het.

b 'n Mediese praktisyn het 'n plig om 'n pasiënt, insluitende 'n pasiënt met selfmoordneigings, te behandel om sodoende sy dood te probeer voorkom.<sup>75</sup> Doding op verlangete kan ook deur 'n late geskied, naamlik wanneer die dokter op versoek van die pasiënt behandeling staak.<sup>76</sup>

Hierdie opmerkinge moet gesien word in die lig van sowel die voorafgaande as die verdere opmerkinge wat in die onderhawige ondersoek gemaak word.

#### 4 BEGRIPSPRESISERING

Die woord “eutanase” is afgelei van die Griekse woorde “eu” wat “goed” en “thanatos” wat “dood” beteken. Dit het derhalwe aanvanklik “goeie dood” beteken.<sup>77</sup> In geval van 'n “slegte dood” word van “maltanase” gepraat.<sup>78</sup>

##### 4 1 Sterwenshulp

Hiersche, met verwysing na Ehrhardt, onderskei die volgende vorme van sterwenshulp:<sup>79</sup> (i) Sterwenshulp sonder lewensverkorting;<sup>80</sup> (ii) sterwenshulp deur staking van behandeling en daaruitvoortvloeiende lewensverkorting; (iii) sterwenshulp deur toepaslike terapie met lewensverkortende newewerking; (iv) sterwenshulp deur doelgerigte “terapie” wat tot lewensbeëindiging lei, dit wil sê dood op verlangete; en (v) die vernietiging van 'n lewenswaardige lewe.<sup>81</sup>

Eser onderskei in dié verband tussen “hulp in die sterwensproses” (“Hilfe im Sterben”) en “hulp tot die sterwensproses” (“Hilfe zum Sterben”). In eersgenoemde geval word gepoog om die sterwensproses so lig moontlik te maak, selfs al word die dood daardeur versnel en in laasgenoemde geval gaan dit om die doelbewuste bewerkstelling van die dood.<sup>82</sup>

75 *Magware v Minister of Health* 1981 4 SA 472 (Z) 477; sien Mannes *Last rights* (1974) 73–74 waarvolgens 'n dokter selfmoord deur sy pasiënt moet probeer voorkom; sien ook Strauss “Liability for a so-called ‘mere omission’ and the duty to rescue in South African law” in Vogler (red) *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck* (1985) 515 524.

76 Kion 104.

77 Kenter 14; Gillon “Suicide and voluntary euthanasia: historical perspective” in Downing *supra* 173; Knevels “Euthanasie – aus Liebe” in Knevels e a (red) *Euthanasie* (1975) 9. Wilson 17–18 wys daarop dat die betekenis van “goeie dood” ook uit die Romeinse literatuur blyk. Onder die invloed van die Stoïsyne is die begrip “eutanase” ook gebruik om 'n edel dood te beskryf as “the fitting climax to a valiant life”. Eers aan die einde van die 19e eeu word die woord “eutanase” gebruik in die sin van die neem van die lewe van 'n ander met die doel om lyding te beëindig.

78 Kenter 17.

79 “Euthanasie aus ärztlicher Sicht” in Hiersche (red) *Euthanasie* (1975) 220.

80 Reiser “Ich möchte beim Sterben helfen” in Atrott *Sterbehilfe. Mitleid oder Mord?* (1984) 99 101 wys daarop dat sterwensmeelewing ook sterwenshulp is.

81 Sien ook Knevels 9; Atrott “Humanes Sterben” in Atrott *supra* 90.

82 Eser “Sterbehilfe und Euthanasie in rechtlicher Sicht” in Eid *supra* 47.

## 4 2 Omskrywing

Dierick<sup>83</sup> sê ten aansien van die begrip “eutanasie”:

“Het woord euthanasie munt niet uit in definitonische exactheid.”

Vir doeleindes van die verdere bespreking kan eutanasie omskryf word as die opsetlike dood van ’n medemens met die doel om lyding of ’n sinlose lewe te beëindig.<sup>84</sup>

## 4 3 Vrywillige en onvrywillige eutanasie

Daar word tussen vrywillige en onvrywillige eutanasie onderskei. In laasgenoemde geval word ’n persoon sonder sy toestemming gedood om redes wat die eutanaseur as genadig beskou.<sup>85</sup> In eersgenoemde geval geskied dit met die toestemming van die persoon wat gedood word.<sup>86</sup>

## 4 4 Direkte en indirekte eutanasie

Direkte eutanasie vind plaas wanneer die intrede van die dood direk bewerkstellig word. Volgens Fletcher<sup>87</sup> kan indirekte eutanasie drie vorme aanneem, naamlik: (i) wanneer intrede van die dood deur toediening van ’n pynstillende middel verhaas word; (ii) indien behandeling wat die pasiënt se lewe sou verleng, gestaak word; en (iii) wanneer behandeling van die begin af weerhou word.

## 4 5 Aktiewe en passiewe eutanasie

Aktiewe eutanasie kan beskryf word as die uitvoering van ’n positiewe handeling waardeur ’n ander se lewe beëindig word met die doel om hom lyding te spaar of om ’n sinlose lewe te beëindig. In geval van passiewe eutanasie word dieselfde doel bereik, nie deur ’n positiewe handeling nie, maar deur nie op te tree nie.<sup>88</sup> In laasgenoemde geval word ook soms van *abstinensie* (“abstinentie”) gepraat.<sup>89</sup> By passiewe eutanasie is die doodsoorsaak reeds in die betrokke persoon (pasiënt) teenwoordig terwyl dit in geval van aktiewe eutanasie deur eksterne (mediese) ingryping geskep word.<sup>90</sup>

83 24.

84 Wessels “’n Strafbare beskouing van genadedood en aanverwante aangeleenthede in die Suid-Afrikaanse reg” 1974 *Meditationes Medii* 53 verklaar: “’n Doelbewuste menslike ingreep om ’n persoon se lyding te beëindig deur sy lewe te neem of om optrede te versuim wat sy lewe kon gered het.” Meyers “The legal aspects of voluntary medical euthanasia” in Behnke en Bok (red) *The dilemmas of euthanasia* (1975) 52 sê: “Euthanasia may generally be defined as the taking of another’s life because of a merciful motive to alleviate his pain and suffering.” Schrotten 14 omskryf eutanasie aan die hand van die omskrywing daarvan in die “Advies inzake euthanasie” van die “Gezondheidsraad” (1973): “Euthanasie is een opzettelijk nalaten van levensverlengend handelen bij een ongeneeslijke patiënt in diens belang.” Kohl en Kurtz “A plea for beneficent euthanasia” in Kohl (red) *Beneficent euthanasia* (1975) 233 234 omskryf eutanasie as “a mode or act of inducing or permitting death painlessly as a relief from suffering”.

85 Gillon 173; Schrotten 14.

86 Gillon 173–174 verklaar: “Voluntary euthanasia is essentially a form of suicide, involving the assistance of others.”

87 Fletcher in Downing *supra* 66; sien ook Fletcher “Ethics and euthanasia” in Horan en Mall (red) *Death, dying, and euthanasia* (1977) 298; Klijn 10.

88 Calaluca en Hirsch 156; Klijn 13; Schrotten 14; Schadewaldt “Euthanasie. Eine medizinisch-historische Einführung” in Hiersche *supra* 18.

89 Sien by Van Wijnen “Gezondheidsrecht en euthanasie” in Elders (red) e a *Euthanasie, recht en ethiek* (1985) 13.

90 Klijn 16.



Die grens tussen aktiewe en passiewe eutanase kan vloeibaar wees.<sup>91</sup> Uit 'n morele oogpunt gesien, is die verskil tussen aktiewe en passiewe eutanase tereg al as 'n "moral quibble" beskryf.<sup>92</sup>

## 5 SELFMOORD: PSIGOLOGIESE EN SOSIOLOGIESE ONDERBOU

### 5 1 Slegs die mens kan selfmoord pleeg

Den Hertog verklaar:<sup>93</sup>

"Zelfmoord is een spesifiek menselijke verschijnsel, daad der zedelijke persoonlijkheid."

Aangesien slegs die mens 'n analitiese selfbewussyn<sup>94</sup> het, is hy die enigste spesie wat sy lewe berekend kan beëindig.<sup>95</sup>

### 5 2 Die element van berekendheid

Speijer<sup>96</sup> bied die volgende definisie aan:

"Van zelfmoord kan men spreken als een persoon een handeling verricht of nalaat, die zijn dood ten gevolge heeft, als dit gevolg daar hem is bedoeld of wel door hem is geaccepteerd."

Volgens Kapp en Bigot<sup>97</sup> moet 'n selfmoordhandeling aan drie vereistes voldoen: (i) dit moet 'n handeling wees wat met redelike sekerheid tot die dood van die dader sal lei; (ii) die dader moet dit weet; en (iii) "the actor engages in that action for the express purpose, and with the express intent, of bringing about his or her own death". Sou 'n derde met die selfmoord meehelp, is dit "assisted suicide, active or voluntary euthanasia, or mercy killing".

Hieruit blyk dat by selfmoord, in teenstelling met toevallige nie-bedoelde selfdoding,<sup>98</sup> daar 'n element van opset of berekendheid teenwoordig moet wees.

91 Sien by Kuitenbrouwer "Euthanasie: de vrijheid voorop" 1973 *Maandblad geestelijke Volksgezondheid* 471; Knevels 25; Haemmerli "Das Problem der Euthanasie. Versuch einer Begriffsbestimmung aus der Sicht eines Arztes" in Witte (red) *Für und wider Sterbehilfe im Krankenhaus* (1976) 71; Thielicke "Wer darf sterben?" in Atrott *supra* 117; Glaser "A time to live and a time to die: the implication of negative euthanasia" in Behnke en Bok *supra* 134; "Between the poles of positive and negative euthanasia lies a middle ground wherein the situation is not clear-cut - where positive merges into negative and negative merges into positive." Sien ook Foot "Euthanasia" in Ladd *supra* 28-29.

92 Wilson 118; sien ook Maguire 116; Ladd "Positive and negative euthanasia" in Ladd *supra* 184; Fletcher 68.

93 *De zedelijke waardeering van den zelfmoord* (1913) 84. Sien ook Hirzel *Der Selbstmord* (1908) 1: "Der Selbstmord ist ein Vorrecht des Menschen, das ihn über das Tier erhebt." Sien verder Maguire 2.

94 Sien Schaefer "Can a mouse commit suicide?" in Schneidman (red) *Essays in self-destruction* (1967) 494 508: "We agree that suicide requires premeditation and intent. Without knowledge about death, without an understanding of the meaning of death, no organism can be said to commit suicide as we use the term."

95 Schneidman, Farberow en Litman *The psychology of suicide* (1970) 8-9 wys daarop dat daar vier erkende vorme van dood is, naamlik natuurlike dood, dood deur 'n ongeluk, selfmoord en doodslag ("homicide"). Hierdie indeling is volgens hulle twyfelagtig: "An individual who torments an animal into killing him is said to have died an accidental death, whereas an individual who torments a drunken companion into killing him is called a homicidal victim." Hulle wys verder daarop dat 'n mens nie sy eie dood kan beleef nie, maar slegs die gevolge van 'n ander se dood. Hulle voeg (11) by: "[D]ying can be a supreme passivity rather than the supreme act or activity. It will be done for you; dying is one thing that no one has to 'do'."

96 *Het zelfmoordvraagstuk* (1969) 25.

97 164.

98 Sien Kubie "Multiple determinants of suicide" in Schneidman *supra* 457.



'n Geesteskranke, wat homself gedurende 'n hallusinasie dood, is derhalwe nie 'n selfmoordenaar nie.<sup>99</sup>

### 5 3 Gemeenskapsafkeur in selfmoord

Volgens Grisez en Boyle<sup>100</sup> is daar vier redes waarom selfmoord in die verlede as ongeoorloof beskou is:

a Dit is 'n onnatuurlike handeling wat die natuurlike geneigdheid tot selfbehoud skend. In dié verband is dit interessant om daarop te wys dat, volgens Freud, daar in die mens twee basiese dryfkragte teenwoordig is, naamlik die drang tot oorlewing en die drang tot selfvernietiging.<sup>101</sup> In die lig hiervan kan selfmoord nie as onnatuurlik beskou word nie. Intendeel, dit is natuurlik.

b Selfmoord is in stryd met die Goddelike verbod op doodmaak van 'n mens. Hierop kan geantwoord word dat alle mense nie gelowiges is nie en dat ook vir nie-gelowiges in 'n sosiale sisteem voorsiening gemaak moet word.

c Selfmoord benadeel die koning (soewerein) aangesien dit een van sy onderdane vernietig.

d Selfmoord is in stryd met die koning (soewerein) se belange "since it runs counter to his intention to prevent bad example".

Die laaste twee argumente is verouderd en stry teen die hedendaagse konsep van menslik-individuele selfbestemming en waardigheid.

Met bogenoemde kritiek wil ek nie voorgee dat selfmoord in die algemeen nie verhinder behoort te word nie. Ek stem saam met die benadering van Choron:<sup>102</sup>

"Suicide prevention does not need any justification beyond those cited by its proponents: the ambivalence of most suicidal persons, the passing nature of suicidal crises, and the serious psychological trauma that suicide causes in the survivors. A further argument, however, is that many suicidal people have gifts and talents which can benefit society."<sup>103</sup>

Dieselfde geld vir "passiewe" selfmoord. Von Lutterotti<sup>104</sup> gee die volgende voorbeeld in dié verband: 'n meisie het ernstige blindedermonsteking, maar weier 'n operasie omdat sy wil sterf aangesien haar vriend haar afgesê het. In so 'n geval kan sy myns insiens teen haar sin geopereer word.

### 5 4 Selfmoordetiologie

#### 5 4 1 Algemeen

Psigoloë is dit eens dat nie alle selfmoordenaars, in die lig van bestaande kennis en insig, geesteskrank is nie.<sup>105</sup> In die woorde van Kubic:<sup>106</sup>

"Any assumption that suicidal efforts imply psychosis is fallacious, or at least premature."

99 Den Hertog 85.

100 122.

101 Stengel *Suicide and attempted suicide* (1964) 44.

102 *Suicide* (1972) 81. Separovic "Euthanasia and related issues – a Yugoslav approach" 1982 *Jus Medicum* 173 verwys na selfmoord as "unpunishable but not permitted".

103 Die *Law Reform Commission of Canada* (1982, Working Paper 28) 37 wys daarop dat die mens 'n reg op persoonlike outonomie en selfbeskikking moet hê. Op morele en godsdienstige redes kan beperkinge gestel word: "However, these limits must not be imposed on him by the law except in cases where the exercise of this right is likely to affect public order or the rights of others."

104 *Menschenwürdiges Sterben* (1985) 33.

105 Sien bv Bleischwitz *Selbstötung-Sterbehilfe* (1986) 35; Barnette *Exploring medical ethics* (1982) 117; Stengel 50; Halbwachs *The causes of suicide* (1978) 245 e v.

106 458; sien ook Morgan *Death wishes?* (1979) 23–28.

Selfmoord kom ook by “normale” mense, psigopate, neurote en selfs swak-sinniges voor.<sup>107</sup> By alkoholiste en veral bejaarde depressielyers kom selfmoord meermale voor.<sup>108</sup> Ten aansien van laasgenoemde verklaar Morgan:<sup>109</sup>

“The increased suicide risk in older depressives may be due as much to a sense of alienation and isolation generated by the inability of others to retain sympathy and understanding as any inherent worsening of the illness itself with increasing age.”

Ongeneeslike siekte – veral as dit gepaard gaan met depressie – lei meermale tot selfmoord veral by ouer persone. Depressie kan deur sekere geneesmiddels veroorsaak of gestimuleer word.<sup>110</sup>

Shneidman, Farberow en Litman<sup>111</sup> wys daarop dat selfmoord by kankerlyers gedurende al die fases van die siekte voorkom, insluitende gevalle waar daar weinig ongerief en pyn is. Dit kom ook voor by persone (kankerlyers) wat “alert and orientated rather than confused” is asook by diegene wat voel dat hulle nie meer emosionele ondersteuning van andere geniet nie. Laastens kom dit voor by persone “who feel their psychological and physical resources have been exhausted”. Dit alles skep ’n gunstige klimaat vir ’n eutanasierversoek.

Daar is by geleentheid gestel dat die selfmoordgroep gekenmerk word deur:<sup>112</sup> (i) uiterste internalisasie van kulturele suksesnorme;<sup>113</sup> (ii) uiterste gevoeligheid vir mislukking; en (iii) die onvermoë om doelstellinge en rolle te verander. Daar kan hier bloot genoem word dat bogenoemde eienskappe dikwels nie by eutanasie relevant is nie.

#### 5 4 2 Diepere psigologiese motiewe

By selfmoord het die dood dikwels bloot ’n instrumentele funksie.<sup>114</sup> Soos Diekstra treffend verklaar:<sup>115</sup>

“Uit onderzoeken na opvattinge over de dood zowel in die algemene kulturele konteks als in groepe van somacidale persone word echter duidelik, dat de betekenis van de dood voor individuen altijd beschreven dient te worden in termen van psychologische concepten en waarden. In het licht hiervan wordt aannemelijk gemaakt, dat zelfmoord als het zich ontdoen van die eigen lichamelijke een gedrag is, waarvan de verwachte en geprefereerde uitkomst iets anders is dan de biologische dood. Het laatste bezit primair een instrumentele functie.”

Kubie wys op verskeie motiewe, benewens selfvernieting, wat ’n rol by selfmoord kan speel.<sup>116</sup> Die volgende is vir ons doeleindes van belang:

a Die selfmoordpoging kan ’n fantasie uitdruk om terug te keer na die lewensaanvang met die doel om die lewe oor te begin.

b Dit kan ook verband hou met “a hidden need to obliterate a congenital defect”.

107 Speijer 183–225.

108 Morgan 24; Barnette 112.

109 25.

110 Morgan 28; Speijer 179.

111 *The psychology of suicide* (1970) 344.

112 Breed “Social psychology of suicide” (1967 Proceedings of the fourth conference of suicide prevention, Los Angeles) 286–292 aangehaal deur Diekstra *Crisis en gedragskeuze. Een theoretiese en empiriese bydrage tot het selfmoordprobleem* (1973) 59.

113 Sien ook Den Hertog 196.

114 Barnette 116 verklaar: “Suicidal persons appear to want to live as much as they desire to die.”

115 243.

116 455–456; sien ook McCulloch en Philip *Suicidal behaviour* (1972) 34–40.

- c Soms verwys dit na 'n fantasie om weer met 'n gestorwene verenig te word.
- d Talle selfmoordpogings "are acts of deliberate and conscious rage, or they may arise out of an unconscious need for vengeance".
- e Sommige selfmoordpogings is handeling van selfbestraffing en selfskending om hewige skuldgevoelens, wat op bewussynsvlak bestaan of selfs diep verborge is, goed te maak.
- f 'n Ander voorbewustelike of onbewustelike doel mag wees "to avert the possibility of yielding to forbidden impulses".

Dikwels is daar 'n mengsel van botsende determinante teenwoordig. Daar moet verder duidelik onderskei word tussen 'n selfmoordfantasie en 'n daadwerklike selfmoordpoging.<sup>117</sup>

### 5 4 3 Konklusie

Die selfmoordpoging word dus bepaal deur sowel psigologiese as sosiologiese<sup>118</sup> faktore. In die woorde van Morgan:<sup>119</sup>

"Most would agree that an individual's final decision to end his life is probably influenced by both his psychological state and the situation he finds himself in, the one usually reinforcing the other regardless of which may have originated first."

## 6 DIE STERWENSPROSES EN DOODSBEGRIP

### 6 1 Die sterwensproses

Kübler-Ross<sup>120</sup> het 'n studie van hierdie onderwerp gemaak. Sy identifiseer vyf stadia in dié verband.<sup>121</sup> Sommige mense kan in een stadium bly totdat hulle sterf, terwyl andere heen en weer van een stadium na 'n ander beweeg. Daar bestaan geen rigiede patroon wat op alle sterwendes van toepassing is nie.

Die eerste stadium is dié van *ontkenning*. Pasiënte ontken aanvanklik die bestaan van hulle siektetoestand. Dit is eger in die reël van verbygaande aard. Die tweede stadium is dié van *woede*. Dit gebeur wanneer die pasiënt besef dat hy gaan sterf. Die woede kan in alle rigtings uitstraal, teen mense en/of die omgewing. Vervolgens is daar die stadium van *onderhandeling* ("bargaining"). Die onderhandeling kan geskied met die dokter, met God of die familie, gewoonlik vir meer tyd of gemak. Die volgende stadium is dié van *depressie*. Die pasiënt se liggaam verswak, sy finansiële laste word groter, die pyn is ondraagbaar en verhoudinge met ander mense is afgebreek. Dit alles genereer depressie. Die vyfde stadium is dié van *aanvaarding*. Die pasiënt aanvaar sy lot. Dit is veral in dié stadium waar 'n mens 'n ernstige eutanasierversoek kan teëkom.

Uit die navorsing van Venter<sup>122</sup> blyk dat die algemene probleme en prosesse wat by toenemende bejaardheid ontstaan baie ooreenkom met dié wat Kübler-Ross by die sterwensproses beskryf. Ten slotte moet daarop gewys word dat die

117 Kubie 457.

118 Sien hieroor Durkheim *Suicide* (1952) 241 e v.

119 36.

120 *On death and dying* (1972) bespreek en saamgevat deur Lewis en Warden *Law and ethics in the medical office* (1983) 194-195.

121 Sien ook Shaw "The social worker and euthanasia" in Oosthuizen, Shapiro en Strauss *supra* 86.

122 *Die bediening van die versoening aan die bejaarde* (ThD-proefskrif PU vir CHO 1975) 330 e v.

sterwensproses deel van die lewe is: sterwenshulp is 'n vorm van lewenshulp.<sup>123</sup> Om met waardigheid te sterwe, beteken derhalwe om met waardigheid te lewe.

## 6 2 Doodsdimensies

Mannes<sup>124</sup> wys daarop dat die volgende vorme van dood geïdentifiseer word, naamlik: (i) *sosiale* dood, in welke geval 'n persoon se vryheid van keuse vervang word deur afhanklikheid, isolasie en eensaamheid; (ii) *geestelike* dood, "when intellectual activity and emotional vigor founder in a lost memory and a vacant mind";<sup>125</sup> en (iii) *biologiese* dood, wanneer die liggaam ophou om te funksioneer. Shneidman, Fareberow en Litman<sup>126</sup> gebruik in dieselfde trant die woord "cessation" om aan te dui "the stopping of the potentiality of any (further) conscious experience". Verder word die woord "termination" gebruik om die beëindiging van 'n biologiese organisme aan te dui. Die woord "interruption" word gebruik om "the stopping of consciousness with the actuality, and usually the expectation, of further conscious experience" aan te dui. Die beste voorbeeld van laasgenoemde is die toestand van slaap.

Myns insiens kan 'n mens sinvol tussen 'n biologiese en 'n (bewussyns- of) interaksiedood onderskei.<sup>127</sup> In eersgenoemde geval hou die menslike liggaam op om te funksioneer. In laasgenoemde geval verloor 'n mens permanent sy (of het 'n mens nooit 'n) vermoë om psigies met sy medemens en omgewing te interreageer nie. Wat laasgenoemde betref, dink 'n mens veral aan die gevalle waar iemand in 'n permanente toestand van bewusteloosheid verkeer. Die vraag of 'n interaksiedood in sekere omstandighede in 'n biologiese dood verander mag word, raak die eutanasiëproblematiek ten nouste en word later in die artikel bespreek.

## 6 3 Die (biologiese) doodsmoment

In 1981 het 'n presidensiële kommissie in die VSA die volgende definisie van die begrip "dood" aanbeveel:<sup>128</sup>

"An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead."

Hierdie omskrywing is algemeen gunstig ontvang.

123 Böckle "Menschenwürdiges Sterben" in Knevels *supra* 35–36; Schmalenberg "Zum Sinn des Lebens und des Todes" in Knevels *supra* 48; Bleischwitz 65.

124 58.

125 Tooley "Decisions to terminate life and the concept of person" in Ladd *supra* 64–65 wys daarop dat indien iemand in staat is om 'n ander se gees te verander, sy geheue uit te wis en met 'n ander te vervang en ook sy waardesistiem te verander, gesê kan word dat lg geestelik dood is, maar dat sy liggaam nog lewe.

126 12–13.

127 Sien ook Van Till-d'Aulnis de Bourouill "Diagnosis of death in comatose patients under resuscitation treatment: a critical review of the Harvard report" 1976 *American Journal of Law and Medicine* 38: "Philosophically, the death of a person is the total and permanent disintegration of the psychic-physical entity, specifically, the total and permanent loss of the capacity for any form of perception. Medically, the death of a person is brain death, the total and irreversible cessation of all neuronal function in the whole brain."

128 Kapp en Bigot 166; Capron "Determination of death" in Benesch (red) e a *Medicolegal aspects of critical care* (1986) 109.



Die Law Reform Commission of Canada<sup>129</sup> beveel die volgende omskrywing aan:

"A person is dead when an irreversible cessation of all that person's brain functions has occurred.

The cessation of brain functions can be determined by the prolonged absence of spontaneous cardiac and respiratory functions.

When the determination of the absence of cardiac and respiratory functions is made impossible by the use of artificial means of support, the cessation of the brain functions may be determined by any means recognized by the ordinary standards of current medical practice."<sup>130</sup>

In Suid-Afrika bestaan daar nie 'n regsdefinisie van dood nie.<sup>131</sup> Die breindood, soos hierbo genoem, word egter algemeen aanvaar en daarom word, vir doeleindes van hierdie artikel, daarmee volstaan.<sup>132</sup>

## 7 DIE MENSBEGRIP

Die mens probeer al vir eue om homself te omskryf. In die woorde van Cassell:<sup>133</sup>

"Attempts to define himself seem to have arisen with men. These attempts have given rise to religions, philosophies, and even science. Understanding what makes man more than animated body continues to elude."

Vir doeleindes van die onderhawige bespreking kan twee benaderingswyses onderskei word:

### 7 1 Die eienskapsbenadering

Volgens dié benadering tot mensomskrywing word gepoog om die mens te beskryf aan die hand van 'n eienskap of eienskappe wat hom uniek maak. 'n Groot voorstander van hierdie benadering is Catel.<sup>134</sup> Volgens hom is die basis van 'n definisie van die mens geleë in die feit dat die mens 'n selfbewussyn het. Hiervolgens is 'n idiotiese wese<sup>135</sup> en 'n persoon wat onherroeplik in 'n toestand van bewusteloosheid<sup>136</sup> verval het, nie 'n mens nie of nie meer 'n mens nie. 'n Dier het myns insiens egter ook 'n rudimentêre selfbewussyn, anders sou hy hom nie teen 'n aanval van 'n ander dier verweer het nie.

129 *Protection of life. Criteria for the determination of death* (Working Paper 23) 58-59.

130 Sien ook die Australian Law Reform Commission *Report on human tissue transplants* (1977) 6. Cheng "Euthanasia" 1982 *Jus Medicum* 179 wys daarop dat in Singapoer 'n persoon dood is as aan die volgende vereistes voldoen is: "1. Loss of response to the external environment (loss of all reflexes). 2. Continuous falling of blood pressure when it is not maintained artificially. 3. No spontaneous respiration or heart beat. 4. Linear EEG for 24 hours with maximum stimulation. This is done by neurologist experienced with intensive care and EEG."

131 Sien Strauss *Doctor, patient and the law* (1980) 366.

132 Sien bv Strauss (1980) 367; Fritsche 4; Russel 33; Friloux "Death, when does it occur?" in Horan en Mall *supra* 17-33; Kautzky "Die Freiheit des Sterbenden und die Pflicht des Arztes" in Eid *supra* 34; Ahnefeld "Die Grenzen zwischen Leben und Tod" in Witte *supra* 29; Ladd "The definition of death and the right to die" in Ladd *supra* 127; Englert *Todesbegriff und Leichnam als Element des Totenrechts* (1979) 65-112.

133 "Permission to die" in Behnke en Bok *supra* 122.

134 *Leidminderung richtig verstanden* (1966) 123. Op 57 sê hy: "Dem Menschen ist Psychisches nur als Bewusstes bekannt. Des einzige Merkmal des Psychischen überhaupt ist, dass es uns bewusst ist."

135 123.

136 Krauss 12-13; Tooley 71; Brook "Moral rights and permissible killing" in Ladd *supra* 94.

Volgens Kluge<sup>137</sup> is 'n mens iemand of iets wat ten minste die volgende eienskappe het:

“Self-awareness, rationality, symbolic awareness of reality, and the capability of language, awareness of itself as a free causal agent, and volition.”

Volgens Maguire<sup>138</sup> onderskei “creative imagination” die mens van ander wese. Thielicke<sup>139</sup> wys daarop dat die mens 'n toekomsbewussyn en ook 'n doodsbewussyn het. Hy het derhalwe ook die vermoë, soos hierbo op gewys,<sup>140</sup> om lyding finaal uit te skakel deur die keuse om sy lewe te beëindig. Omdat die mens 'n doodskeuse het, kan hy, anders as die dier, ly by die uitoefening van die keuse; dit wil sê hy kan ook eties ly.

Die mens onderskei hom myns insiens van die dier omdat hy 'n analitiese (of toekomsbeplanning-) selfbewussyn het. Laasgenoemde sluit alles in wat Kluge, Maguire en Thielicke noem. Die begrip “mens” sluit ook diegene in wat, hoewel hy nie op 'n gewisse tydstip 'n analitiese selfbewussyn het nie, volgens bestaande kennis die potensie daartoe het. Pasgebore babas en diegene wat 'n tydelike bewussynsverlies het, soos slapendes, val derhalwe ook binne die mensomskrywing.

## 7 2 Die oorsprongbenadering

Volgens dié benadering kwalifiseer enige wese wat uit 'n vrou gebore is as mens.<sup>141</sup> Hoewel die eienskapsbenadering tot mensomskrywing filosofies suiwerder is, word die oorsprongbenadering in dié artikel as uitgangspunt gebruik, bloot omdat die mens nog nie die vlak van (morele en emosionele) ontwikkeling bereik het om vanuit eersgenoemde benadering te argumenteer nie.

## 8 BEOORDELING VAN DIE ARGUMENTE TEEN EUTANASIE

Uitgaande van die hipotese dat vrywillige (passiewe en aktiewe) eutanase toelaatbaar behoort te wees in geval van 'n persoon (pasiënt) wat aan 'n ongeneeslike siekte ly en ondraaglike pyn verduur, is verskeie argumente al vir en teen eutanase geopper. Hierdie argumente word vervolgens kortliks onder die loep geneem.

### 8 1 Religieus-morele argumente

Die grondslag vir die uitlopende menings oor eutanase is dikwels in verskillende godsdienstige of morele uitgangspunte te vinde.<sup>142</sup> Williams<sup>143</sup> voer tereg aan dat godsdienstige argumente teen eutanase op sigself nie bevredigend is nie. Persone wat nie die betrokke godsdienstige oortuiging deel nie, behoort ook nie daardeur getref te word nie. 'n Reël moet nodig wees vir die “worldly welfare of society generally” voordat dit aanspraak op juridiese status het. Soos by ander geleenthede aangetoon is, is daar oor 'n wye front 'n dereligiëringsproses in die

137 126.

138 102.

139 111.

140 Sien par 5 1 hierbo.

141 Sien Rosenblum “Infanticide, euthanasia, in vitro fertilization, and fetal experimentation” in Bopp (red) *Restoring the right to life* (1984) 193 waarvolgens 'n mens “an individual, living organism of the species *homo sapiens*” is.

142 Kluge 9.

143 (1958) 278.

strafreg sigbaar.<sup>144</sup> Vervolgens word enkele argumente in dié verband van nader betrag.

### 8 1 1 *God het aan elke mens 'n bepaalde sterwenstyd toegedeel*

Daar word soms geargumenteer dat God in sy voorsienigheid aan elke mens 'n spesifieke tyd waarop hy moet sterf, toegedeel het en dat die mens nie daarmee mag inmeng nie. Indien hierdie argument ernstig opgeneem word, kan die vraag tereg gevra word waarom lewens dan deur die geneeskunde verleng word.<sup>145</sup> Die geneeskunde is wesenlik 'n inmenging in die prosesse van die natuur. Fletcher<sup>146</sup> wys daarop dat dinge soos sterilisasie, kunsmatige inseminasie en geboortebeperking

"are all medically discovered ways of fulfilling and protecting human values and hopes in spite of nature's failures and foolishnesses. Death control, like birth control, is a matter of human dignity."

Later konkludeer hy:<sup>147</sup>

"Natural and physical determination must give way to the morality of love."

### 8 1 2 *Die verbod teen doodslag*

Daar word soms geargumenteer dat eutanasie tot inhoud het dat 'n medemens gedood word en dat dit in stryd is met die sesde gebod wat doodslag verbied.<sup>148</sup> Die dood van 'n medemens word tog in sekere omstandighede gemagtig, soos wanneer in noodweer opgetree word.<sup>149</sup> Die vraag is gevolglik nie of 'n medemens gedood is nie, maar of dit geregverdig is.<sup>150</sup> Dié vraag word in die loop van hierdie artikel bespreek.

### 8 1 3 *Lyding het 'n doel*

Daar word soms aangevoer dat die mens lyding moet verduur aangesien dit 'n Goddelike doel het. Hierteenoor egter staan die beginsel van naasteliefde wat juis ten doel het om medemenslike lyding te verminder of uit te skakel.<sup>151</sup> Matthews verklaar in die verband treffend:<sup>152</sup>

"Nothing could be more distressing than to observe the gradual degeneration of a fine and firm character into something which we hardly recognize as our friend, as the result of physical causes and of the means adopted to assuage intolerable pain. It is contended

144 Sien my artikels "Strafsinvolheid: opmerkinge oor die wese van strafregtelike aanspreeklikheid" in Joubert (red) *EM Hamman-gedenkbundel* (1984) 225; "Dekriminalisasie van bigamie" 1986 *De Jure* 82; "Dekriminalisasie van godslaster" 1986 *THRHR* 446.

145 Matthews 26.

146 69.

147 70; sien ook Russel 218.

148 Russel 217; Flew 42; Douma *Euthanasie* (1973) 11.

149 Matthews 27.

150 Hadding "Prevent or aid suicide?" in Carmi *supra* 154 wys daarop dat 'n liggaamlik aktiewe persoon selfmoord kan pleeg as hy wil sterf. 'n Persoon wat verlam is en dodelik siek is en sy dood wil verhaas, kan nie selfmoord pleeg nie. Waarom kan hy nie gehelp word om selfmoord te pleeg nie? Word die geregtigheidsfundeerde gelykheidsbeginsel nie deur dié toedrag van sake geskend nie? Flew 33 wys daarop dat soms beweer word dat die menslike persoonlikheid absolute waarde het en dat eutanasie dit skend. Hy antwoord hierop tereg: "[T]o meet the patient's longing for death is a means of showing for human personality that respect which cannot tolerate any ghastly travesty of it."

151 Knevels 9; Wilson 54.

152 26; sien ook Flew 33.

that the endurance of suffering may be a means of grace and no Christian would deny this, but I would urge that, in the case of man whose existence is a continuous drugged dream, this cannot be alleged."<sup>153</sup>

## 8 2 Diagnostiese en prognostiese foute

Die argument word dikwels geopper dat medici diagnostiese en prognostiese foute kan maak.<sup>154</sup> Reiser<sup>155</sup> wys tereg daarop dat mense soms bo alle verwagting van 'n siekte herstel.

Ingebou in bykans alle voorstelle vir die dekriminalisasie van eutanase is dat nie volstaan moet word met slegs een deskundige (dokter) se mening nie.<sup>156</sup> Dit moet die besluit van meer as een dokter – 'n paneel dus – wees. Dat daar desnieteenstaande foute gemaak sal word, kan nie betwis word nie. Foute is 'n tipies menslike verskynsel wat orals voorkom. Slegs indien die mens daarin sou slaag om homself uit te skakel, sou menslike foute verval. Die onderhawige argument dra derhalwe niks tot die eutanasiengesprek by nie. Soos Flew<sup>157</sup> tereg opmerk:

“To try to ignore our fallibility is unrealistic, while to insist on remembering it only in the context of the question of voluntary euthanasia is arbitrary.”

## 8 3 Geen siekte is ongeneeslik nie

Daar word soms geargumenteer dat daar geen siekte is wat inherent ongeneeslik is nie: waar daar lewe is, is daar hoop! Die geneeskunde kan altyd 'n geneesmiddel vir 'n sekere siekte vind.<sup>158</sup> 'n Mens kan egter slegs jou lewe rig volgens bestaande kennis. Hieroor sê Matthews:<sup>159</sup>

“We cannot regulate our conduct at all unless we assume that we must be guided by the knowledge we have. We take for granted that known causes will be followed by known effects in the overwhelming majority of cases. Any other assumption would strike at the roots of sanity.”

## 8 4 Die dun-end-van-die-wig-argument

Daar word soms geargumenteer dat vrywillige eutanase slegs die dun end van die wig is en dat die waarde van die menslike lewe daardeur verminder word.<sup>160</sup> Wettiging van vrywillige eutanase sou hiervolgens tot “abuse” en “foul play”

153 Bok “Euthanasia and the care of the dying” in Behnke en Bok *supra* 3 wys op die volgende: “Since the appeal to mercy is the basic argument for euthanasia, it is not immediately clear why only patients who are actually dying should be shown mercy, whereas those who face much longer periods of suffering must continue without relief.” Die pasiënt wat nie sterwend is nie, het nog hoop in die lig van bestaande kennis, terwyl dit nie van 'n sterwende gesê kan word nie. In geval van twyfel moet altyd ten gunste van die lewe besluit word.

154 Sien bv Kamisar “Euthanasia legislation: some non-religious objections” in Downing *supra* 87; Russel 222; Gould en Craigmyle *Your death warrant?* (1971) 83; Sanders “Euthanasia: none dare call it murder” 1969 *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 353.

155 “The dilemma of euthanasia in modern medical history: The English and American experience” in Behnke en Bok *supra* 41.

156 Williams (1958) 305.

157 40.

158 Sien bv Le Roux (1979) 76; Flew 38; Sanders 353.

159 28–29.

160 Sien bv Williams (1958) 280; Grisez “Suicide and euthanasia” in Horan en Mall *supra* 810; Meves “Der Mensch – Herr über Leben und Tod?” in Atrott *supra* 79; Foot 38; Sanders 354.



lei.<sup>161</sup> Williams<sup>162</sup> wys in 'n antwoord op dié aantygings tereg daarop dat daar geen menslike gedrag is waaruit "evil cannot be imagined to follow if it is persisted in when some of the circumstances are changed".<sup>163</sup> Tooley<sup>164</sup> verwerp die onderhawige argument met 'n insiggewende analogie:

"If someone were to advocate sexual activity, and a critic were to object that while only voluntary sexual activity is being advocated at present, the proposal will soon be extended to cover compulsory sexual activity, ie, rape, the critic would hardly be taken seriously."

## 8 5 Medies-etiese argumente

Hieronder kan die volgende onderskei word:

### 8 5 1 *Die Hippokratiese eed word geskend*

Daar word soms aangevoer dat aktiewe eutanase in stryd is met die Hippokratiese eed wat geneesheer moet aflê. Indien dié bewering juis is, kan gevra word of dit sinvol is om jou gebonde te ag aan 'n eed wat meer as 2000 jaar oud is.<sup>165</sup> Indien dit nodig is, behoort die eed gewysig te word.<sup>166</sup> Hiersche<sup>167</sup> wys daarop dat die Hippokratiese eed in ieder geval progressief geïnterpreteer word, dit wil sê dit word nie presies soos by die ontstaan daarvan geïnterpreteer nie. Die taak van die geneesheer is nie slegs om siektes te genes nie, maar ook om lyding uit te skakel.

### 8 5 2 *Vertroue in die geneeskunde word geskend*

Daar word ook soms aangevoer dat die wettiging van (veral aktiewe) eutanase die vertroue van die bevolking in die geneesheer en die geneeskunde sal skend.<sup>168</sup> Daar word gesê dat pasiënte dokters as laksmanne en nie as geneesheer nie sal beskou.<sup>169</sup> Daar word verder gesê dat wettiging van eutanase "would cause a general weakening of public and social morality and a demoralization of doctors".<sup>170</sup> Die antwoord hierop is, soos hieronder aangetoon word,<sup>171</sup> dat die pasiënt se toestemming enersyds vereis word en dat meganismes andersyds in die eutansieproses ingebou kan word om misbruik te voorkom. 'n Dokter wat sy posisie wil misbruik, hoef beslis nie te wag totdat 'n (aktiewe) eutansiegeval hom voordoen nie.

161 Russel 226.

162 (1958) 281.

163 Op 281 wys hy ook daarop dat die psigologiese argument wat soms geopper word dat 'n persoon wat 'n ander se lewe op 'n regmatige wyse neem, dit waarskynlik ook op 'n onregmatige wyse sal doen, nie opgaan nie, want dit sou ook moes geld vir 'n soldaat en 'n laksman waar die praktyk aantoon dat dit nie die geval is nie.

164 69.

165 Kautzky 37.

166 Thielicke 106-107; Schadewaldt 18; Fletcher 64; Russel 220.

167 "Euthanasie aus ärztlicher Sicht" in Hiersche *supra* 217-218.

168 Hahn en Thom 143.

169 Russel 223.

170 *ibid* 231.

171 Sien par 8 6 hieronder.

### 8 5 3 Eutanase vergemaklik orgaanoorplantings

Daar word soms aangevoer dat die wettiging van eutanase dokters in staat sal stel om goeie menslike organe betyds vir oorplantings beskikbaar te hê.<sup>172</sup> Hoewel orgaanoorplantings deur wettiging van eutanase vergemaklik kan word, kan dit myns insiens nooit as regverdiging vir eutanase dien nie.

### 8 6 Die toestemmingsproblematiek

'n Mens kan vervolgens vra of 'n eutanasebeslissing wat 'n pasiënt in die aangesig van pyn, lyding en die dood en in die gepaardgaande toestand van angs en depressie maak, die pasiënt toegereken kan word.<sup>173</sup> Hierbenewens bestaan daar 'n verskil tussen 'n doodsverlange en 'n versoek om gedood te word. Dierick<sup>174</sup> wys daarop dat daar 'n geleidelike oorgang is tussen die versugting "was ek maar dood" en die uitdruklike versoek om gedood te word. Hy stel voor dat die terme "affectief en effectief willen van de dood" aangewend kan word om dié verskil aan te dui.

Hilhorst,<sup>175</sup> wat 'n empiriese studie in dié verband onderneem het, wys daarop dat baie doodsvroeke "vaak bedoeld" is en eerder as noodkrete verstaan moet word "op zijn minst als vragen om aandacht en hulp". In dié verband kan die volgende opgemerk word:

a Die pasiënt se reg om beslissings te maak ten aansien van mediese behandeling, moet erken word. Dit sluit die reg in om mediese behandeling te weier. Wanzer e a<sup>176</sup> sê hieroor:

"Ideally, the right is exercised when the diagnoses and treatment are clear, the physician is skilled and sensitive, and the patient is competent and informed."

Faktore soos pyn, siekte, verdowingsmiddels en 'n verskeidenheid ander omstandighede wat 'n effek op 'n persoon se geestestoestand het, kan die pasiënt se oordeelsvermoë ernstig aantas. Dié omstandighede kan fluktureer, met die gevolg dat 'n pasiënt sy toestemmingsvermoë met tussenposes kan verloor en dan weer herwin. Re-evaluasies moet gevolglik met tussenposes gemaak word. Dieselfde behoort myns insiens ten aansien van toestemming tot aktiewe eutanase te geld.<sup>177</sup>

b Daar behoort verpligte konsultasie tussen en kontrole deur deskundiges plaas te vind. Oor die rede hiervoor sê Wanzer e a:<sup>178</sup>

"Physicians are strongly influenced by their personal values and unconscious motivations. Although they should not be forced to act against their moral codes, they should guard

172 Dempster "Legalize euthanasia for transplants" 1968 2 *Codicillus* 13; Strauss (1969) 388.

173 Sien Russel 225; Kamisar 93; Williams "Euthanasia legislation: a rejoinder to the non-religious objections" in Downing *supra* 138; An Anglican contribution to the debate on euthanasia *On dying well* (1979) 13; Heifetz en Mangel 13; Eibach "Recht auf Leben – Recht auf Sterben" in Atrott *supra* 76.

174 18–19.

175 45–46.

176 "The physician's responsibility toward hopelessly ill patients" in Society for the right to die *The physician and the hopelessly ill patient* (1985) 6.

177 Kennedy "The legal effect of requests by the terminally ill and aged not to receive further treatment from doctors" 1976 *Crim LR* 231 sê: "Consent which lies at the root of self-determination should be the conceptual mechanism whereby the right is guaranteed and safeguarded."

178 8; sien ook Russel 225.

against being excessively influenced by unexamined inner conflicts, a tendency to equate a patient's death with professional failure, or unrealistic expectations."

c Die dokter moet sy pasiënt diagnosties en prognosties inlig oor sy siekte. Dit moet egter gedoen word slegs as die pasiënt die inligting verlang en al die inligting hoef ook nie by een geleentheid verskaf te word nie.<sup>179</sup> Toestemming wat met behoorlike inligting geskied, staan bekend as ingeligte toestemming ("informed consent"). Laasgenoemde is weer gefundeer in menslike individualiteit, waardigheid en outonomie en vorm een van die grondpilare van regverdigbare eutanase. In die woorde van Kapp en Bigot:<sup>180</sup>

"The legal counterpart to the concept of autonomy is the inherent right of self-determination, the recognition that each individual has the fundamental prerogative to control his or her own body and deserve to be protected from unwanted intrusions or unconsented-to touchings. As a patient ages, this right of self-determination should become, if anything, stronger rather than weaker."<sup>181</sup>

Vir ingeligte toestemming word die volgende vereistes gestel: (i) die pasiënt moet behoorlik ingelig word; (ii) hy moet die inligting begryp; en (iii) hy moet sy toestemming vrywillig verleen.<sup>182</sup> Vir doeleindes van die onderhawige ondersoek is dit nie nodig om dieper op dié problematiek in te gaan nie.

## 9 DEKRIMINALISASIE VAN EUTANASIE

Soos reeds uit bogenoemde uiteensetting blyk, is ek ten gunste van die dekriminalisasie van (passiewe en aktiewe) eutanase. In hierdie verband wil ek nog op die volgende wys:

### 9 1 Vereistes vir regverdigbare eutanase

Dat passiewe eutanase, veral in die sin van die afskakeling van lewensbehoudende masjiene,<sup>183</sup> in die praktyk dikwels voorkom, blyk uit die vele bekentenisse wat dokters in dié verband maak.<sup>184</sup> Hierdie posisie behoort gewettig te word indien dit nie reeds regtens toelaatbaar is nie<sup>185</sup> en riglyne behoort daarvoor gestel te word.<sup>186</sup> Soos hierbo<sup>187</sup> aangetoon is, bestaan daar geen moreel-prinsipiële verskil tussen passiewe en aktiewe<sup>188</sup> eutanase nie.

Sonder om op te veel besonderhede in te gaan, kan gekonstateer word dat die volgende voorwaardes *de lege ferenda* moet bestaan voordat aan 'n (mediese) eutanaseversoek voldoen behoort te word:

a Die pasiënt moet aan 'n *ongeneeslike* siekte ly;

179 Zander "Arztliche Aufklärung am Kranken - und Sterbebett" in Hiersche *supra* 197-204; Von Lutterotti 27; Adams, Berant en Sharon "Informing the individual of impending death" in Carmi *supra* 97.

180 15; sien ook Bayley "Who should decide?" in Doudera en Peters *supra* 9.

181 Sien ook Faden en Beauchamp *A history and theory of informed consent* (1986) 235.

182 Wanzer e a 10; Faden en Beauchamp 274; Heifetz en Mangel 26.

183 as dit passiewe eutanase genoem kan word.

184 Sharpe "Quinlan euthanasia, and the physician's dilemma" 1982 *Jus Medicum* 159; Le Roux (1979) 77; Downing 20; Krauss 28.

185 Sien par 3 3 2 hierbo.

186 Sien "Advies inzake eutanase" 1973 - Interimadvies uitgebring op 1972-10-19 deur die Kommissie Mediese Ethiek van die Gezondheidsraad 25.

187 Sien par 4 5 hierbo.

188 Miskien sou dit suiwerder wees om in dié verband te praat van doen- en late-eutanase, in stede van die verwarrende begrippe "passief" en "aktief" te gebruik.

- b die lyding moet subjektief *ondraaglik*<sup>189</sup> wees;
- c die pasiënt moet (ingeligte) *toestemming* tot die eutanasihandeling gee; en
- d bogenoemde feite moet deur ten minste twee medici *gesertifiseer* word.<sup>190</sup>

Om enige vorm van toekomstige regs aanspreeklikheid uit te skakel, sou dit verkieslik wees om die hooggeregshof voor die eutanasihandeling, indien dit moontlik is, om 'n verklarende bevel te nader dat aan genoemde vereistes voldoen is. Daar kan selfs oorweeg word om eutanasieregters in die groot sentra vir dié doel aan te stel. 'n Voorafgaande verklaring ("living will") van 'n pasiënt kan meehelp om te bepaal of toestemming bestaan of nie.<sup>191</sup>

Die problematiek ten aansien van nie-mediese eutanase kan aan die hand van die volgende hipotetiese voorbeelde verduidelik word:<sup>192</sup>

a Motorbestuurder A is vasgevang in sy brandende motor. Hy versoek B om hom te dood aangesien hy nie wil doodbrand nie. B haal sy rewolwer uit en dood A.

b C, 'n soldaat, lê ernstig gewond op die slagveld. Terwyl die vyand nader, versoek hy sy vriend D om hom te dood om sodoende 'n marteldood aan die hand van die vyand vry te spring. D dood hom.

Nòg B nòg D is myns insiens strafregtelik aanspreeklik. Hier het 'n mens met regverdigbare doodslag in noodtoestand te make en aan die reëls van laasgenoemde moet voldoen word voordat daar sprake van strafregtelike vrywaring kan wees. Anders as by mediese eutanase is die tydsfaktor in dié gevalle van deurslaggewende belang.

Die voorstelle wat hierbo gemaak word, word onderlê deur 'n respek vir menslike waardigheid en medelye met jou medemens wat aan swaar lyding en beproewing onderworpe is. Die klem val derhalwe op die "heiligheid" van lewenskwaliteit<sup>193</sup> en nie op die heiligheid van die lewe *per se* nie.<sup>194</sup> Fletcher<sup>195</sup> verklaar tereg:

"[I]t is harder morally to justify letting somebody die a slow and ugly death, dehumanized, than it is to justify helping to avoid it."

## 9 2 Die reg om te sterf

Tradisioneel word "die reg om te sterf" deur die staat ontken omdat dit in stryd is met (i) die idee dat die menslike lewe ten alle koste bewaar moet word; (ii) die belange van derdes; (iii) die reël teen voorkoming van selfmoord; en (iv) die handhawing van die etiese integriteit van die mediese profesie.<sup>196</sup>

189 Hoewel lyers aan bv suikersiekte ook aan 'n ongeneeslike siekte ly, is hulle lyding nie ondraaglik nie - Kuitenbrouwer 485.

190 Arr Rechtbank Leeuwarden 1973 NJ 556; Le Roux (1979) 174; Eser (1986) 795; Krauss 15-16; Grisez en Boyle 139; Atrott 97; Remmelink *Het wetboek van strafrecht* (1985) 948.

191 Barrington 171; Calaluca en Hirsch 162; Schroten 14.

192 An Anglican contribution to the debate on euthanasia *On dying well* (1979) 10.

193 Jonsen, Siegler en Winslade *Clinical ethics* (1982) 112 omskryf lewenskwaliteit in sy primêre sin soos volg: "Quality of life may refer to the subjective satisfaction expressed or experienced by an individual in his physical, mental and social situation."

194 Dowling 24 verklaar: "By the bed of an actual sufferer the proportions of the problem are seen quite differently. It becomes no longer a question of the sanctity of 'life' and the need to prolong a suffering existing just as long as it is technically possible, but a case in which the compelling demands of compassion and dignity combine to impose merciful death as the only natural solution." Sien ook Russel 41.

195 300.

196 Liacos "Dilemmas of dying" in Doudera en Peters *supra* 154; Shapiro en Frader "Critically ill infants" in Benesch e a *supra* 62.



In die lig van die opkoms van die idee van menslike outonomie en waardigheid en die vervaging van gemeenskapspaternalisme, kan die vraag tereg gevra word of die mens nie 'n reg behoort te hê om te sterf nie. Die antwoord is voor-die-hand-liggend: beslis, indien aan die vereistes wat in hierdie artikel<sup>197</sup> uiteengesit is, voldoen word. Hierdie benadering vind ondersteuning by verskeie regs- en ander wetenskaplikes.<sup>198</sup>

Kenter<sup>199</sup> wys daarop dat daar drie tipes verhoudinge tussen dokter en pasiënt kan bestaan: (i) Die *paternalistiese model*. Hiervolgens neem die dokter 'n outoritêre posisie in en besluit self op die wyse van hulpverlening. (ii) Die *meganiese model*. Hiervolgens bepaal die pasiënt self op welke wyse hulpverlening sal geskied "ingegeven door zijn eigen normen, waarden en opvattingen". (iii) Die *deelnemingsmodel*. Hiervolgens werk die dokter en pasiënt saam en besluit op 'n behandelingswyse. Laasgenoemde model is myns insiens die beste, hoewel die selfbestemmingsreg van die pasiënt in finale instansie ook daarbo verhewe is. Russel,<sup>200</sup> met beroep op Fletcher, verklaar treffend:

"The whole history of man's moral growth . . . has been the steady march upward in the scale of responsibility from predetermined to self-determined action."

Die feit dat 'n sekere persoon, soos hierbo uiteengesit is, 'n reg sal hê om te sterf, beteken nie dat iemand anders 'n plig sal hê om hom te dood nie.<sup>201</sup> Hier het 'n mens 'n goeie voorbeeld waar 'n reg sonder 'n plig as teenkant kan bestaan. Niemand kan (huidig) gedwing word om 'n ander te dood nie, ook nie 'n dokter nie. Indien 'n dokter egter sou besluit om die eutanasihandeling te verrig, sou 'n derde hom nie kan verhoed om dit uit te voer nie.<sup>202</sup>

Individuele vryheid en menslike selfbestemming bring ook groter verantwoordelikheid mee. Soos Maguire<sup>203</sup> tereg opmerk:

"There are times when the ending of life is the best that life offers. Moral man will see this, and then, more than ever, he will know the full price of freedom."

## 10 DIE POSISIE VAN TOESTEMMINGONBEKWAMES

In dié verband is dit gepas om te onderskei tussen die vraag, enersyds, of eutanisie toegepas behoort te word ten aansien van toestemmingonbekwames en, andersyds, of 'n defekgebore baba gedood behoort te word.

197 Sien par 9 1 hierbo en par 10 2 hieronder.

198 Sien bv Klijn 20; Klijn "Euthanasie. Ethise analyse en waardering" in de Graaf (red) e a *Euthanasie* (1985) 17-68; Van Till-d'Aulnis de Bourouill (1970) 25; Roscam Abbing "Euthanasie en mensenrechten" in Elders e a *supra* 54; Keesberry "Enkele rechtsfilosofiese aspecten van euthanasie" in Elders e a *supra* 59; Fritsche 23; Knevels 13-16; Böckle 35; Heifetz en Mangel 101; Baer *Der Patient soll entscheiden* (1980) 169; Eid "Freie Verfügung über das eigene Leben?" in Eid *supra* 71; Geilen "Das Recht auf den eigenen Tod - juristisch gesehen" in Evangelischer Pressedienst *Neue Diskussion um Sterbehilfe* (1975) 4; Von Lutterotti 114; Hackethal "Schwerkranken haben das Recht auf einen würdigen Tod" in Atrott *supra* 7.

199 52.

200 230.

201 Flew 326; Heifetz en Mangel 101.

202 Iemand wat tot eutanisie toegestem het, kan sy besluit egter te enigertyd herroep. Sien Gould en Craigmyle 83-84.

203 221.

## 10 1 Toestemmingonbekwames

Indien 'n mens (ingeligte) toestemming as 'n vereiste vir eutanase stel, word teen toestemmingonbekwames, soos jong kinders, geesteskrankes en permanente bewusteloses gediskrimineer.<sup>204</sup> Sonder om in onnodige besonderhede in te gaan, kan verklaar word dat genoemde persone dieselfde reg op eutanase, sowel passief as aktief, behoort te hê as toestemmingbekwames. In so 'n geval sal die hof (of eutanasiereger) 'n beslissing moet vel in die lig van verskeie faktore, insluitende die waarde-sisteem van die pasiënt – sou hy 'n eutanasierversoek gerig het, indien hy in 'n posisie was om dit te doen?<sup>205</sup> – en die vraag of die familie en dokters dit aanbeveel.<sup>206</sup> Die lewenskwaliteit van die pasiënt moet in geval van twyfel die deurslag gee. In geval van 'n bewustelose persoon, wat geen hoop het om sy bewussyn te herwin nie, behoort eutanase (passief of selfs aktief) die aangewese weg te wees.<sup>207</sup>

## 10 2 Defekgebore babas

In die ou tyd het ouers die reg gehad om kinders wat met 'n ernstige defek gebore is, te dood.<sup>208</sup> Cantor<sup>209</sup> wys daarop dat duisende babas wat met ernstige defekte gebore word, jaarliks toegelaat word om te sterf.<sup>210</sup> Hiermee gaan ek akkoord. Soos Heifetz en Mangel<sup>211</sup> verklaar:

“We must weigh the validity of that future subhuman existence, the right to maintain that life, against the sadness and cruelty imposed on parents and siblings living with a subhuman organism.”

In gepaste omstandighede, veral in geval van ernstige lyding, sou aktiewe eutanase myns insiens die menslikste uitweg wees.

## 11 KONKLUSIE

In die lig van bogaande uiteensetting behoort eutanase gedekriminaliseer te word. Daardeer word 'n “nuwe” vlak van beskawing betree wat vir die mens nie alleen die moontlikheid van uitskakeling van onnodige pyn en lyding nie, maar ook ontsaglike verantwoordelikhede meebring.

204 Sien Fletcher “Prolonging life: some legal consideration” in Downing *supra* 72.

205 Voorafgaande verklarings sou hier 'n belangrike rol kon speel.

206 Sien hieroor Eser (1977) 36; Kenter 61; Schmalenberg 53; Wilson 56; Shaw “Dilemmas of ‘informed consent’ in children” in Horan en Mall *supra* 75; Von Lutterotti 59; Deutsch “Euthanasia: a German view” in Carmi *supra* 92; Calaluca en Hirsch 160; Wanzer e a 6–7; Kapp en Bigot 147; Tooley 72; Byrne “Deciding for the legally incompetent: a view from the bench” in Doudera en Peters *supra* 24; Relman “The Saikewicz decision: a medical viewpoint” in Doudera en Peters *supra* 138 147.

207 Vgl Van Till – d’Aulnis de Bourouill (1970) 110.

208 Handke *Die Kindstötung* (1937) 3.

209 “Law and the termination of an incompetent patient’s life-preserving care” in Behnke en Bok *supra* 70.

210 Sien ook oor dié onderwerp Williams (1958) 311; Robertson “Involuntary euthanasia of defective newborns: a legal analysis” in Horan en Mall *supra* 139; Pauleikhoff *Ideologie und Mord* (1986) 12; Bachmann en Fouquet *Euthanasie und Vernichtung ‘lebensunwerten’ Lebens unter Berücksichtigung des behinderten Menschen* (1978) 137; Singer 60; Jonsen “Ethics, the law and the treatment of seriously ill newborns” in Doudera en Peters *supra* 240.

211 52. Sien ook Advies van de Gezondheidsraad *Euthanasie bij pasgeboren* (1975, tweede interimadvies uitgebring deur die “Commissie Medische Ethiek”) 26 wat aanbeveel dat passiewe eutanase by pasgeborenes toelaatbaar behoort te wees (i) in 'n geval waar daar oorlewingskans is, maar as gevolg van breindefekte intermenslike kontak met die buitewêreld permanent afgesluit is; en (ii) indien dit direk na geboorte bekend is dat die dood kort daarna sal intree en 'n mens boonop by behandeling ernstige lyding kan ver wag.

# Administratiewe regspraak en geregtelike hersiening: projek 24 van die Suid-Afrikaanse regskommissie

AWG Raath

*B Iur LLB MA DPhil*

*Mede-professor in die Administratiefreg en Regsfilosofie, Universiteit van  
die Oranje-Vrystaat*

## SUMMARY

### **Administrative decisions and judicial review: project 24 of the South African law commission**

During August 1986 the South African law commission published project 24 on the investigation of the courts' ability to review administrative action. In this report *inter alia* the following topics were dealt with: (a) The existing procedure for reviewing administrative action; (b) the grounds for testing the validity of administrative action on review; (c) the possibility of extending the existing grounds of judicial review and (d) administrative appeals and the control of administrative action by other administrative bodies.

In this contribution the author examines the findings of the law commission. It is found that this report contains very important recommendations that could improve the existing system of judicial review. On the other hand important defects in the report are also discussed. It is suggested that no investigation of judicial review and the courts' role in this regard can be undertaken unless the terms "administrative law", "judicial review" and the theoretical basis of the courts' functions in reviewing administrative action have been clarified. The author discusses these terms and provides a theoretical foundation for evaluating the courts' role in this regard. Furthermore it is found that (a) a partial codification of the grounds of review should be instituted in our legal system and (b) the institution of a system of lower and higher administrative courts for South Africa should seriously be considered.

## 1 INLEIDING

Wat is die rol van geregtelike hersiening in die administratiefreg? Wat is die verband tussen geregtelike hersiening en administratiewe legaliteit? Behoort 'n afsonderlike regbank vir die hantering van administratiewe regspraak ingestel te word? Hierdie is van die vraagstukke wat tans wêreldwyd aandag kry. Die belangstelling in die vraagstuk van die kodifisering van die gronde van ge-

rektelike hersiening het daartoe gelei dat gedeeltelike kodifikasies in Nederland,<sup>1</sup> Amerika<sup>2</sup> en Kanada,<sup>3</sup> asook 'n meer uitvoerige kodifikasie in Australië,<sup>4</sup> aanvaar is.

Ook in Suid-Afrika geniet van hierdie vraagstukke veel besinning onder regs-akademici.<sup>5</sup> Dit is egter opvallend dat onder plaaslike akademici ernstige bedenkinge uitgespreek word oor die toepassing van die legaliteitsvereistes deur die howe. Onlangs skryf Baxter<sup>6</sup> byvoorbeeld dat die beginsel van legaliteit deur die Suid-Afrikaanse howe ontwikkel is met die toepassing van die *ultra vires*-leerstuk. Volgens Baxter het die kasuïstiese aard van hierdie ontwikkeling tot grootskaalse regsonsekerheid en selfs onreg in ons administratiewe regspraak gelei.<sup>7</sup>

Enkele jare gelede het Wiechers<sup>8</sup> aangaande die legaliteitsgronde vir geregtelike hersiening verklaar dat dit die voorkoms van 'n klomp losstaande voorskrifte het.<sup>9</sup> Die vraag ontstaan dan of hierdie losstaande hersieningsgronde nie gekodifiseer moet word ten einde die howe in staat te stel om hulle hersieningstaak beter uit te voer nie. Dit was juis aan hierdie en aanverwante vrae wat die Suid-Afrikaanse regs-kommissie in 1986 in 'n verslag<sup>10</sup> met die titel *Ondersoek na die howe se hersieningsbevoegdheid ten aansien van administratiewe handeling* aandag geskenk het. Die besondere vraagstukke waaraan die regs-kommissie aandag geskenk het, was die volgende: (a) die bestaande prosedure ingevolge waarvan administratiewe optrede of regspraak in appèl en hersiening geneem word;<sup>11</sup> (b) die gronde waarop administratiewe optrede of regspraak by wyse van hersiening getoets word;<sup>12</sup> (c) die vraag of die gronde vir hersiening ten opsigte van administratiewe en kwasieregtelike handeling uitbrei of beperk moet word;<sup>13</sup> en (d) die prosedure van administratiewe appèlle en die kontrole van administratiewe handeling deur ander administratiewe organe.<sup>14</sup>

In hierdie artikel word eerstens besondere aandag gegee aan die bydrae van die verslag tot die rol van die legaliteitsgronde in die administratiewe reg en die moontlike kodifikasie daarvan. Tweedens word die aanbevelings van die regs-kommissie ten aansien van die moontlike instelling al dan nie van 'n afsonderlike administratiewe regbank ondersoek.

1 Sien Viljoen " 'n Administratiewe regbank volgens Nederlandse voorbeeld" 1980 *De Jure* 337-338.

2 soos vervat in a 706 van die federale Administrative Procedure Act 5 USC.

3 Vgl a 28 hfst 1 van die Federal Court Act 1970-1972.

4 in a 5-7 van Administrative Decisions (Judicial Review) Act van 1977.

5 Sien bv Baxter *Administrative Law* (1984) 339-342.

6 339.

7 "We have seen that the principle of legality has been developed by the courts by means of the application of the *ultra vires* doctrine, and that the casuistic nature of this development has led to considerable confusion and sometimes even injustice" (*ibid*).

8 *Administratiewe Reg* (1984) 205.

9 " 'n [V]erdere beswaar teen die behandeling van die geldigheidsvereistes onder bloot verskillende hoofde is dat die eenheid daardeur verlore gaan en dat die vereistes bloot as 'n klomp losstaande voorskrifte aangebied word" (*ibid*).

10 Werkstuk 15 projek 24. Dit het in Augustus 1986 verskyn.

11 Verslag van die regs-kommissie (1986) 1.

12 *ibid*.

13 *idem*.

14 *idem*.



## 2 DIE AARD EN ROL VAN GEREGETELIKE HERSIENING IN DIE ADMINISTRATIEFREG

### 2 1 Wat is die aard en die materiële grense van die administratiefreg as juri-diese vakwetenskap?

In die lig van die Christelike staatsidee verklaar Dooyeweerd<sup>15</sup> dat die administratiefreg primêr betrekking het op die uitoefening van die staatlike *bestuurs-taak*.<sup>16</sup> Hierin volg Van Eikema Hommes<sup>17</sup> vir Dooyeweerd na:

“De juiste wijze om beide te onderscheiden is m.i. deze, dat we het administratiefrecht verbinden met de typische aard van het bestuurstaak van de overheid. Het omvat dan de regelen inzake politie, leger, belastingheffing, buitenlands beleid, onderwijs, sociale verzekeringen en het bestuur in de ruimste zin van het woord, bestaande in het verwezenlijken van alle secundaire staatsdoeleinden. Ook de interne organisaties van de bestuursorganen en de regelen van de administratieve rechtspraak behoren hiertoe.”

Nou is dit eerstens opmerklik dat Van Eikema Hommes in die omskrywing van die administratiefreg na die taak van die staat verwys. Tweedens sluit hy al die bestuursaktiwiteite van die staat se publiekregtelike interorde-reëlings sowel as die beginsels van administratiewe regspraak by sy omskrywing in.

Op prinsipiële gronde behoort 'n mens egter in aansluiting by die staatstaak tussen die administratiewe bestuursreg en die administratiewe prosesreg te onderskei. In omvattende sin kan die *administratiewe bestuursreg* omskryf word as *daardie deel van die publieke reg wat betrekking het op die bestuursfunksies van die staatsadministrasie in die behartiging van die primêre taak van die staat, synde die reëling van 'n universele juridiese inter-orde as doel binne 'n bepaalde landsgebied asook die bestryding met die swaardmag van alle onreg, en voorts sy behandeling van hulpverlenende en bykomende take soos begrond in en gelei deur sy primêre taak*.<sup>18</sup>

Hierbenewens kan 'n mens die *administratiewe prosesreg* onderskei as *daardie deel van die publieke reg wat betrekking het op die oorgang van 'n onsekere of kontensieuse regstoestand tot 'n sekere en onbetwisbare regstoestand deur 'n geding voor 'n kompetente regsprekende gesagsinstansie op grond van die bestuursfunksies van die staatsadministrasie in die behartiging van die primêre taak van die staat, synde die reëling van 'n universele juridiese inter-orde as doel binne 'n bepaalde landsgebied asook die bestryding van alle onreg, en voorts sy behandeling van hulpverlenende en bykomende take soos begrond in en gelei deur sy primêre taak*.<sup>19</sup>

Die administratiewe bestuursreg gaan in 'n bepaalde sin die administratiewe prosesreg vooraf. Dit is naamlik 'n belangrike uitgangspunt van die administratiewe prosesreg om 'n kontensieuse regstoestand op te klaar wat sy oorsprong in die staat se bestuurshandeling in die handhawing van die regsorde gehad het.

15 *Encyclopaedie der Rechtswetenschap (publiek en privaatrecht)* (1969) 56.

16 “Het administratiefrecht heeft echter in het bijzonder betrekking op de uitoefening van de *bestuurstaak*, ingegrepen de verzorging der publieke veiligheid” (*ibid*).

17 *Hoofdlijnen der rechtssociologie en de materiële indelingen van publiek- en privaatrecht* (1975) 56.

18 Vgl Raath “Die staats- en administratiefreg in die lig van die staatstaak” 1986 TRW 75.

19 Hierdie omskrywing sluit aan by dit wat onder regsproses in die administratiewe regspraak verstaan word. Dooyeweerd *Encyclopaedie der rechtswetenschap (vervolg hfst V)* (1969) 105 omskryf die begrip “proses” soos volg: “Het proses is in algemene zin het voortschrijden (*procedere, processus*) van een onzekere of betwiste tot een zekere of onbetwisbare rechtstoestand door een geregelde rechtsstrijd (*geding*), gevoerd voor een orgaan, dat tot beslissing van die geding competent is.”

## 2 2 Wat is die rol van geregtelike hersiening in die administratiewe regspraak?

### 2 2 1 Wat behels die regsprekende funksie van die staatsowerheid?

Teorieë aangaande die aard en rol van die regsprekende handeling van die staatsowerheid kan in die *monistiese* en *dualistiese* teorieë verdeel word.

Laband en G Jellinek<sup>20</sup> vind die essensie van die regsprekende funksie in die toepassing van 'n abstrakte norm op die feite ten einde 'n beslissing te bereik:

“[D]er Rechtsspruch subsidiert einen konkreten Fall unter die abstrakte Norm und entscheidet ihn.”

Fleiner<sup>21</sup> se monistiese siening wentel om die opvatting dat by die uitoefening van die regsprekende funksie die reg as *doel* beskou word, in teenstelling met die uitvoerende funksies waar die reg as *middel* opgevat word:

“Für die Justiz ist die Anwendung des Rechts Selbstzweck, für die Verwaltung nur Mittel zum Zweck.”

Coester<sup>22</sup> sien die wesensverskil tussen administratiewe funksies en regsprekende funksies daarin dat by alle staatshandeling (“Staatsakte”) onderskei kan word tussen “Gestaltungsakte” wat verrig word in die geval van administratiewe funksies en “Erkenntnisakte” wat ter sprake kom in die geval van regsprekende handeling.

Wat die dualistiese teorieë oor die aard van die regsprekende gesag betref, stel hierdie skrywers as uitgangspunt dat die aard van die regsprekende funksie slegs deur 'n kombinasie van verskillende kenmerke beskryf kan word.<sup>23</sup> In sy ondersoek na die wese van die “acte juridictionnel” kyk Duguit na die elemente wat noodsaaklik vir die totstandkoming van die “acte juridictionnel” is.<sup>24</sup> Eerstens moet daar van 'n “eis” sprake wees. Hierdie “eis” is 'n handeling of 'n toestand wat in stryd met die regsorde is en wat ongedaan gemaak of opgehef moet word.<sup>25</sup> Die tweede vereiste verg 'n ondersoek of daar in stryd met die reg gehandel en 'n reg geskend is.<sup>26</sup> Derdens word vereis dat 'n beslissing (“*décision*”) geneem moet word waardeur hierdie toestand opgehef kan word. Duguit<sup>27</sup> verklaar:

“Finalement, trois elements apparaissent dans l'acte juridictionnel: le on pose au juge ou il se pose à lui-même une question de droit qu'il doit résoudre; 2e le juge donne une solution à la question de droit, une solution à la question de droit, une solution qui a force de vérité légale; 3e le juge, tirant la conséquence logiquement nécessaire de cette solution fait un acte juridique, . . . . . tendant à la réalisation en fait de cette solution.”

Die bewering (“*prétention*”) waardeur 'n onsekere regstoestand ontstaan en wat om 'n oplossing vra, is dus die voorwaarde wat verwezenlik moet word voordat daar van die uitoefening van 'n regsprekende funksie sprake kan wees. Eers as die “*prétention*” geformuleer is waardeur die regsvraag in die lewe groep word,

20 *Allgemeine Staatslehre* (1914) 611.

21 *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts* (1928) 7.

22 *Die Rechtskraft der Staatsakte* (1927) 14 e v, veral 19.

23 Vgl Duguit *Traité de droit constitutionnel II* (1927–1930) 437: “[L]a fonction juridictionnelle présente un caractère de complexité qui n'existe pas au même degré dans les deux autres fonctions de l'Etat.”

24 *op cit* 418–421.

25 Die besondere aard van die eis stel Duguit *op cit* 423 soos volg: “il faut, qu'une certaine volonté prétende qu'il y a quelque chose, soit un acte, soit une attitude, soit une situation qui est contraire au droit.”

26 m a w die “constation” word die tweede element wat vir die “acte juridictionnel” nodig is.

27 *op cit* 431.

dan vind die eintlike regsprekende handeling plaas, bestaande uit 'n "constation" wat die regsvraag tot oplossing bring en 'n "décision" waardeur die gevonde oplossing verwesenlik word.

Wat die onderlinge verhouding van hierdie twee elemente betref, verklaar Duguit dat hulle twee afsonderlike en selfstandig denkbare elemente is. Wanneer daar egter van 'n "acte juridictionnel" sprake is, word hulle onafskeidbaar deur 'n "union indissoluble et logique"<sup>28</sup> verbind. Die "décision" op sigself kan nooit 'n "acte juridictionnel" word nie — wanneer dit op sigself staan, is dit niks meer as 'n administratiewe handeling nie.<sup>29</sup> Slegs wanneer die "constation" en die "décision" tesame voorkom — die laaste as 'n logiese gevolg van die eerste — kan 'n regsprekende handeling bestaan, mits natuurlik aan die ander voorwaardes van die bestaan van 'n "prétention" voldoen is.

Volgens Jéze<sup>30</sup> daarenteen word die essensiële elemente van die "acte juridictionnel" gevorm deur die feit dat daar eerstens 'n "constation" bestaan en tweedens deur die omstandigheid dat hierdie "constation" voorsien is van wat hy "force de vérité légale" noem.<sup>31</sup> Deur hierdie twee eienskappe word volgens Jéze die "acta juridictionnel" volkome gekarakteriseer. Met Duguit verskil Jéze daarin dat hy die "décision" — wat volgens Duguit op die "constation" moet volg en onafskeidbaar daaraan verbonde is — beskou as 'n handeling wat weliswaar in baie gevalle onmiddellik met die "constation" saamhang, maar wat in die geheel nie noodsaaklik is om die "constation" tot 'n "acte juridictionnel" te laat verander nie. Die "décision" kan volgens Jéze negeer word, terwyl daar tog 'n "acte juridictionnel" tot stand kan kom. Aan die ander kant beskou hy dit as 'n ernstige leemte in die teorie van Duguit dat daarin nie meer aandag geskenk word aan die krag van die beslissing nie. Wat die krag van regspraak betref, stel Jéze die vereiste van "force de vérité légale".<sup>32</sup>

Die monistiese teorieë is vatbaar vir die volgende kritiek: (a) Jellinek bly vassteek by die wyse waarop in die regsproses vanaf 'n onsekere na 'n sekere regstoestand oorbeweg word sonder om die *wesensaard* van die *regsprekende funksie* te deurgrond; (b) Fleiner se ondersoek vra na die *rol van die reg* in die opklaring van 'n kontensieuse regstoestand sonder om die *wese* van die *regsprekende funksie* te ondersoek; en (c) Coester laat die klem eerder op die *gevolg* van die *regsprekende funksie* as op die *aard en inhoud* daarvan val.

Die dualistiese teorieë van Duguit en Jéze konsentreer duidelik op die elemente van die *regsprekende proses*. Hulle beantwoord egter nog nie die vraag na die *inhoud* van die *regsprekende funksie* nie.

Myns insiens kom Wiechers naby aan 'n omskrywing van die ware aard van die *regsprekende funksie*:

"'n Regsprekende handeling kan omskryf word as die gesaghebbende vinding en toepassing van die reg deur 'n owerheidsorgaan in die oplossing van 'n regsdispuut of

28 *op cit* 443.

29 Volgens Duguit *idem* speel die "constation" dus nie op sigself 'n deurslaggewende rol nie: "La constation toute seule d'un fait, d'une situation de droit, d'une violation de la légalité, d'une situation légale n'est rien en droit; elle ne produit aucun effet dans le monde de droit. Elle ne fait pas que le fait ou la situation juridique constatés soient s'ils n'étaient pas auparavant ou soient autres qu'ils étaient."

30 *Les principes généraux du droit administratif* (1925).

31 *op cit* 48 e v.

32 *idem*.



onsekerheid; hierdie vinding en toepassing is bindend en finaal en daaraan kan effektief uitvoering gegee word.”<sup>33</sup>

Wiechers verloor egter uit die oog dat ook die uitvoerende owerheidsinstansies met die toepassing van die reg gemoed is. Wat werklik die regsprekende funksie anders maak, is die *vinding* en *bevestiging* van die reg (menseregte, regsnorme en die regsorde) in die oorgang van ’n betwiste en onsekere na ’n sekere en onbetwiste regstoestand deur die regsprekende gesagsinstansies. Samevattend sou ’n mens dus die aard van die regsprekende funksie in die “konstatering” van die reg kan sien.

### 2 2 2 *Wat behels die administratiewe regspraak?*

Volgens Mayer en andere kom die *aard* van administratiewe regspraak na vore in die vraag na *wie* die betrokke regsprekende instansie is. Mayer deel die administratiewe regspraak onder die “Rechtsschutz in Verwaltungssachen” in.<sup>34</sup> Volgens hom is die administratiewe regspraak beperk tot die werksaamheid van “besondere” regsprekende instansies wat nie onder die “gewone” regsprekende gesag tuishoort nie. Administratiewe regspraak as deel van die “Rechtsschutz in Verwaltungssachen” word eerstens verwesenlik deur die “förmliche Beschwerde”, tweedens deur die “Verwaltungsrechtsplege” en derdens deur die “Zuständigkeit der Zivilgerichte”.<sup>35</sup> Vir Mayer is die aard van die beslissende instansie van deurslaggewende belang in die administratiewe regspraak:

“Der Begriff der Verwaltungsrechtsplege geht von dem der Zivilrechtsplege aus. Er bedeutet diesem gegenüber einen Gegensatz der *Behördenart*, von welcher die Tätigkeit geübt wird; statt des ordentlichen Gerichtes eine der Ordnung der Verwaltung eingereichte Behörde. Er bedeutet aber andererseits eine Gleichheit der *Tätikeitsart*: die zur Verwaltung gerechnete Behörde handelt wie ein Gericht und zwar wie ein Gericht bei Entscheidung bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.”<sup>36</sup>

’n Tweede denkrigting sien as besondere eienskap van administratiewe regspraak die aard van die reg wat die regsprekende instansie toepas. Aldus sien W Jellinek<sup>37</sup> die wese van die administratiewe regspraak in die toepassing van die publieke reg:

“Da der Gedanke einer Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit der justiz-staatlichen Gedanken ersetzt, wird immer ein naher Zusammenhang bestehen zwischen Verwaltungsrechtsplege und ordentlicher Rechtsplege. Man kann daher die Verwaltungsrechtsplege zunächst umschreiben als Nachbildung der ordentlichen Gerichtsbarkeit für *Streitigkeiten des Verwaltungsrechts*.”

Derdens sien sommiges die wesensaard van administratiewe regspraak in die belanghebbendes by die juridiese dispuut. Trouens, die meeste van die skrywers oor die administratiefreg sien die optrede van ’n owerheidsliggaam as belanghebbende as ’n kriterium vir die bepaling van die begrip “administratiewe regspraak”. Dusdoende sien Laferrière,<sup>38</sup> Hauriou<sup>39</sup> en Bonnard<sup>40</sup> die administratiewe regspraak as daardie gevalle van regspraak wat tot stand kom as gevolg van ’n konflik op grond van die optrede van die staatsadministrasie. In hierdie verband

33 *op cit* 113.

34 Vgl sy *Deutsches Verwaltungsrecht I* (1924) 122 e.v.

35 *ibid.*

36 *op cit* 131.

37 *Verwaltungsrecht* (1931) 299.

38 *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1896).

39 *Précis de droit administratif et de droit public* (1927).

40 *Précis de droit administratif* (1935).



verwys Laferrière na die “action administrative”,<sup>41</sup> Hauriou na die “activité des administrations publiques”<sup>42</sup> en Bonnard na

“On entend donc ici par contentieux administratif l'ensemble des procès qui sont soulevés par l'activité administrative et dans lesquels les autorités administratives ou leurs agens sont en cause.”<sup>43</sup>

Tereg sien Van Poelje in dat die regsprekende instansies wat vir administratiewe regspraak verantwoordelik is, in verskillende groepe gedeel kan word.<sup>44</sup> Eerstens kan tussen die “gewone” en die gespesialiseerde regsprekende instansies onderskei word.<sup>45</sup> So onderskei Van Poelje enersyds dié regsprekende instansies wat as afsonderlike en onafhanklike instellings bestaan en as die “gewone regsprekende gesag” beskou word; andersyds bestaan daar volgens hom ’n groot aantal instansies wat nie tot die gewone regsprekende instansies behoort nie.<sup>46</sup>

Ook sien Van Poelje tereg in dat die onderskeid tussen “algemene” en “besondere” regsprekende instansies nie die wese van die administratiewe regspraak bepaal nie.<sup>47</sup> Vir sover Mayer<sup>48</sup> die wese van administratiewe regspraak in die formele regsprekende funksies van die “besondere” regsprekende instansies vind, bied hy geen materiële maatstaf aan die hand waarvan die aard van die administratiewe regspraak bepaal kan word nie.

Die kriterium van publieke reg wat deur die tweede denkringting<sup>49</sup> hierbo tot eienskap van administratiewe regspraak verhef word, is essensieel vir ’n begrip van die administratiewe regspraak. Hierdie vorm van regspraak lê eerstens op die terrein van die *administratiewe prosesreg*. Tweedens is hierdie regspraak die resultaat van die optrede van regsprekende instansies om op ’n gesaghebbende wyse die reg te vind en te verklaar (konstateer) in die opklaring van ’n kontensieuse regstoestand. Die derde kriterium<sup>50</sup> ten aansien van die partye betrokke by ’n administratiewe geskil wat tot administratiewe regspraak aanleiding gee, is reeds implisiet vervat in die feit dat mens hier met *publieke* regspraak te make het. Op sigself kan die partye betrokke by ’n kontensieuse regstoestand egter nie so ’n geding tot administratiewe regspraak verhef nie. Tereg verklaar Van Poelje:<sup>51</sup>

“Het is dus niet mogelijk, om zonder nadere beperking te handhaven, dat het betrokken zijn van een overheidsorgaan bij een geskil de berechting van dit geskil tot administratieve rechtspraak stempelt.”

Samevattend kan die ware aard van administratiewe regspraak soos volg weer-gegee word: *Administratiewe regspraak vorm deel van die administratiewe prosesreg en behels die gesaghebbende vinding en verklaring (konstatering) van die reg deur ’n kompetente regsprekende gesagsinstansie in die oorgang van ’n onsekere of kontensieuse regstoestand tot ’n sekere en onbetwisbare regstoestand*

41 *op cit* 11.

42 *op cit* 941.

43 *op cit* 103.

44 *De administratieve rechtspraak in Engeland* (1937) 39: “De beslissende instantie, die het onmiddellijk werktuig is bij het verrichten van de rechtsprekende handeling, kan in verschillende soorten onderscheiden worden.”

45 *idem*.

46 “Naast de ‘gewone rechterlijke macht’ bestaan echter in groten getale organen, die evenzeer geheel of gedeeltelijk tot taak hebben, om rechtsprekende handelingen te verrichten. Het aantal van deze organen neemt voortdurend toe, door het zich gestadig uitbreiden van het arbeidsveld van de overheid” (*idem*).

47 *idem*.

48 *op cit* 41.

49 Vgl bv W Jellinek *op cit* 299.

50 Sien bv Lafférière, Hauriou en Bonnard vne 38, 39 en 40 *supra*.

51 *op cit* 49.

*deur 'n geding, op grond van die bestuursfunksies van die staatsadministrasie in die behartiging van die primêre taak van die staat, synde die reëling van 'n universele juridiese inter-orde as doel binne 'n bepaalde landsgebied asook die bestryding van alle onreg, en voorts die staat se behandeling van hulpverlenende en bykomende take soos begrond in en gelei deur sy primêre taak.*

### 2 2 3 *Wat behels die geregtelike hersiening van administratiewe optrede?*

Dit is eerstens belangrik om daarop te let dat geregtelike hersiening 'n belangrike onderdeel van die administratiewe prosesreg uitmaak en deur die beginsels ten aansien van administratiewe regspraak beheers word. As sodanig het geregtelike hersiening primêr te make met die taak van die regsprekende gesag van die owerheid by die behartiging van die administratiewe prosesreg. By die geregtelike hersiening van administratiewe handeling behoort die howe se administratiewe regspraak deur die beginsels van die administratiewe prosesreg gelei te word. Die verband tussen geregtelike hersiening en die administratiewe prosesreg word oor die algemeen duidelik deur akademië gesien. Aldus verklaar Baxter<sup>52</sup> dat geregtelike hersiening die inherente funksie van die howe is om die legaliteit van administratiewe optrede te toets:

“The jurisdiction to review the legality of administrative acts is inherent to the function of the courts . . .”

Volgens Jowell<sup>53</sup> is geregtelike hersiening 'n inherente deel van die administratiewe prosesreg. Administratiewe optrede kan volgens hom geregtelik gekontroleer en hersien word deur verskeie wyses van “legalisering” of “judisialisering”. Onder “legalisering” verstaan Jowell die ondersoek van administratiewe besluite aan die hand van vooraf neergelegde norme. “Judisialisering” verwys na die proses waarvolgens administratiewe besluite aan geregtelike prosedures onderwerp word.<sup>54</sup> Jaffe<sup>55</sup> sien geregtelike hersiening as die belangrikste deel van die administratiewe reg. Vir Jaffe is die primêre taak van die administratiewe reg daarop gerig om geregtelike remedies te voorsien aan die onderdaan wat onregmatig deur administratiewe optrede benadeel is.<sup>56</sup> Jaffe onderskei drie bronne van die reg wat by 'n ondersoek na die geldigheid van administratiewe optrede relevant is.<sup>57</sup> Hierdie beginsels word deur die regters toegepas by die oorweging van die geldigheid van administratiewe optredes.

Voorts word oor die algemeen aanvaar dat geregtelike hersiening die toetsing van die staatsadministrasie se optrede aan bepaalde fundamentele kriteria behels. Baxter<sup>58</sup> verklaar byvoorbeeld dat die administratiewe reg op die legaliteitsbeginsel berus:

52 *op cit* 706.

53 “The legal control of administrative discretion” 1973 *Public law* 183.

54 *Nonet Administrative justice* (1969) en *Selznick Law, society and industrial justice* (1969) onderskei nie tussen die begrippe “legalisering” en “judisialisering” nie.

55 “Research and reform in English administrative law” 1968 *Public law* 119.

56 “The primary task of administrative law is to provide judicial remedies to the citizen who is adversely affected by administrative actions contrary to the law” (*op cit* 120).

57 “There are, one might say, three sources of law relevant to the validity of an administrative action. The first is derived from the statute or other source of authority pursuant to which the action is taken. The second is the body of statutes and common law which prescribe the procedure applicable to the exercise of authority. The third more intangible and no doubt debatable is the current body of general axioms of justice presumptively applicable unless excluded by the governing statute. These axioms are substantive as well as procedural. They are most obviously exemplified by constitutional prescription. But they exist quite independently of constitutions” (*idem*).

58 *op cit* 299.

“Administrative law as it is applied in the courts rests upon the principle of legality. Where a litigant can show that his interests have been harmed as a result of administrative action or inaction not authorized by law, the court may grant him a suitable remedy . . . This process is usually referred to as ‘judicial review’, though it is important not to confuse the jurisdiction of the courts to review the legality of administrative action with their jurisdiction to award a remedy in consequence of the action having been found to be unlawful.”

In die besonder sien Baxter<sup>59</sup> geregtelike hersiening as ’n proses wat die eksterne ondersoek behels van die wyse waarop die uitvoerende gesagsliggame die voor- skrifte van die wetgewende gesagsliggame nagekom het.

In dieselfde trant verklaar Wiechers<sup>60</sup> dat geregtelike hersiening ’n ondersoek behels na die nakoming van enige van die geldigheidsvereistes wat daar vir die verrigting van administratiewe handeling geld.<sup>61</sup> Elders verklaar Wiechers dat die regsgebondenheid van die administrasie in sy bevordering van die algemene belang en die erkenning van beskerming van individuele regte en vryhede die inhoud van die legaliteitsbeginsel uitmaak.<sup>62</sup> In die verslag van die regskommissie<sup>63</sup> word ook besondere klem gelê op die hooggeregshof se bevoegdheid om volgens die gemener eg en op grond van die erkende gronde van onregmatigheid of ongeldigheid, die verrigting van die administratiewe pligte van publieke owerheidsliggame, tribunale en amptenare wat hulle van regsweë opgelê word, ter syde of reg te stel. Met hierdie opvatting vind die verslag aansluiting by die gedagte in *Johannesburg Consolidated Investment Co v Johannesburg Town Council*<sup>64</sup> dat hersiening in die besonder beteken om te “oorweeg” of “in aanmerking te neem”.<sup>65</sup>

Voormelde opvattinge is vatbaar vir kritiek. Eerstens bring hulle nie die verbondenheid van geregtelike hersiening met die administratiewe prosesreg aan die lig nie. Dit is besonder belangrik omdat op die terrein van die administratiewe prosesreg belangrike beginsels na vore kom wat die geregtelike hersiening deur die houe grondliggend medebepaal. So behoort die volgende prosesregtelike beginsels wat in ’n universele regsins<sup>66</sup> vervat is ook ten opsigte van die geregtelike hersiening van administratiewe optrede deur die houe te geld: (a) regspraak moet slegs deur regsgeleerde regters geskied;<sup>67</sup> (b) regspraak moet nie deur ’n

59 “[T]he substantive content of the principle of legality is determined as much by the process of review itself as by the formal prescriptions of the law. Judicial review is a process which entails external supervision of the way in which the executive has observed the behests of the legislature” (*op cit* 300).

60 “Die gronde vir gemeenregtelike hersiening is in die algemeen magsoorskryding en onreëlmatigheid wat neerkom op die nie-nakoming van enige van die geldigheidsvereistes wat daar vir die verrigting van administratiewe handeling geld” (*op cit* 300).

61 Wiechers verwys in besonder na die volgende aanhaling in *Johannesburg Consolidated Investment Co v Johannesburg Town Council* 1903 TS 111 114 in hierdie verband: “Whenever a public body has a duty imposed upon it by statute, or is guilty of gross irregularity or clear illegality in the performance of the duty, this Court may be asked to review the proceedings complained of and set aside or correct them.”

62 *op cit* 84.

63 8.

64 1903 TS 111.

65 “So employed the expression ‘review’ seems to mean ‘examine’ or ‘take into consideration’” (117).

66 dit is regsbeginsels wat op alle terreine van die reg voorkom en telkens in ’n betrokke regsgebied ’n partikuliere toespising, gerig op die aard van die besonder gebied, verkry.

67 Hierdie beginsel kom bv voor in a 35, 48, 64 en 86 van die Nederlandse Wet op de Rechterlijke Organisatie van 1827-04-18.



enkele regter nie, maar deur 'n kollege, wat deur middel van 'n meerderheid van stemme beslis, gelewer word (kollegialiteit in die regspraak);<sup>68</sup> (c) die beginsel van hoër beroep ten opsigte van uitsprake van laere howe moet geld;<sup>69</sup> en (d) die onafhanklikheid en onpartydigheid van regsprekende gesagsinstansies moet vasstaan.<sup>70</sup> Hierdie beginsels is daarop gerig om die beste waarborge vir 'n deugdelike beregting van regsdispute te verseker. In die administratiewe prosesreg dra hierdie vier beginsels ten opsigte van geregtelike hersiening van administratiewe optrede 'n onbetwisbare publiekregtelike karakter.

Tweedens bring die uitgangspunte hierbo die aard van die legaliteitskriteria ten aansien waarvan geregtelike hersiening onderneem word, nie duidelik genoeg aan die lig nie.

Op grond hiervan kan samevattend verklaar word dat geregtelike hersiening as administratiewe regspraak daardie terrein van die administratiewe prosesreg behels wat gemoeid is met 'n ondersoek deur die regsprekende gesagsinstansies van die vraag of die legaliteitsvereistes ten opsigte van die administratiewe bestuurs-handelinge nagekom is. Die legaliteitskriteria aan die hand waarvan die ondersoek deur die howe onderneem word, is daardie juridiese beginsels waaraan die staats-administrasie se juridiese bestuursfunksies moet beantwoord. As sodanig kan 'n mens ook van die *legaliteitsbeginsels of legaliteitsgronde* praat. Op grond van die Calvinistiese regsbeskouing is hierdie administratiewe legaliteitsbeginsels daardie eerste, oorspronklike en onherleibare uitgangspunte wat die juridiese bestuurshandelinge van die staatsadministrasie behoort te rig en lei en wat tot die terrein van die administratiewe bestuursreg beperk is.<sup>71</sup>

### 2 3 Evaluering van die verslag van die regskommissie

Die volgende aspekte in die verslag verdien besondere vermelding:

a Die opvatting oor die aard en rol van die administratiewe prosesreg, administratiewe regspraak en geregtelike hersiening loop wyd uiteen. Opvatting oor hierdie sake verskil namate opvatting oor die aard en die rol van die administratiefreg verskil. Dit is besonder belangrik dat die regskommissie hom tog tot 'n besondere siening verbind. Nêrens gee die regskommissie egter 'n aanduiding van sy eie siening in hierdie verband nie.

b Op die *teoretiese grondslae* van die verskille tussen appèl en hersiening het die regskommissie nie ingegaan nie. Dit is gedeeltelik daaraan te wyte dat die regsteoretiese inhoud van onder andere die begrip "geregtelike hersiening" in verband met administratiewe optrede nie behoorlik ondersoek is nie. Geregtelike hersiening van administratiewe optrede verskil naamlik van ander vorme van geregtelike hersiening. By eersgenoemde is die howe spesifiek geroepe om die

68 Vgl *idem* a 26 en 27.

69 Vgl *idem* a 69.

70 Sien bv *idem* a 8 en 9.

71 Vgl hier bv Stoker *Beginsels en metodes in die wetenskap* (1969) 32-33 se uiteensetting van die aard van beginsels: "(a) 'n Beginsel is 'n begin, 'n eerste, 'n oorspronklike, 'n onherleibare iets. Dit is 'n fondament, 'n uitgangspunt, 'n standpunt. Dit is 'n *a priori* (iets wat vooraf bestaan, vooraf gegee is, vooraf aanvaar word, vooraf bv ons denke en doen bepaal). (b) 'n Beginsel bepaal en lei wat daarin gefundeer is, resp wat daaruit voortvloei. Dit is regulatief, m a w dit rig en gee koers aan wat daarvan afhanklik is en daaruit voortvloei. So rig en lei dit ook bv die vorming van menslike kennis en van sy gedrag. (c) 'n Beginsel geld vir 'n bepaalde gebied, is tot daardie gebied beperk en aan daardie gebied gebind. Dit geld slegs vir 'n bepaalde gebied, is slegs daarvan grond en gee slegs daarbinne leiding."



vraag uit te maak of die staatsadministrasie in ooreenstemming met die administratiewe legaliteitsbeginsels gehandel het. Aldus verskil dit van die geregtelike hersiening van die bevindinge van besondere howe ten aansien van die vraag of die betrokke hof tot 'n korrekte bevinding gekom het. As sodanig is appèl niks anders as 'n besondere vorm (*specie*) van die *genus* geregtelike hersiening nie. As *besondere* soort geregtelike hersiening is dit daardie vorm van geregtelike hersiening wat handel oor 'n ondersoek na die vraag of die laer regsprekende instansie die reg gesaghebbend gevind en toegepas het in die oorgang van 'n kontensieuse na 'n sekere regstoestand. Ten spyte van Baxter<sup>72</sup> se opmerkinge tot die teendeel, steek daar tog heelwat waarheid in die bewering dat "one 'appeals' to the tribunal to 'review' or 'revise' a previous decision". Dat die bevoegdheid om in appèl die optrede van laer regsprekende instansies te hersien, wyer of enger kan wees, moet ook aan Baxter<sup>73</sup> toegegee word. Nêrens verbind die regs kommissie hom tot 'n besondere standpunt wat die onderskeid tussen appèl en hersiening duidelik maak nie. Inteendeel, die indruk word gewek dat in alle gevalle waar die oorweging van die staatsadministrasie se optrede ter sprake kom, 'n mens met administratiewe appèlle te make het.<sup>74</sup>

Ook word die indruk gewek dat 'n mens in gevalle van die administratiewe hersiening van administratiewe optrede met 'n vorm van geregtelike appèl te make het. Sonder kritiese ondersoek verwys die verslag<sup>75</sup> na Rabie<sup>76</sup> se opmerking dat die hoër liggaam wat interne kontrole moet toepas, of na wie deur interne beroep geappelleer word, nie los staan van die aangeleentheid wat hy moet beslis nie. Rabie sluit dus selfs interne beroep onder die appèlprosedure in. Hiervan onderskei hy daardie appèlle wat gerig word na 'n administratiewe tribunaal waar daar 'n groter "afstand" is vanaf die liggaam teen wie se beslissing geappelleer word.<sup>77</sup>

Ook die verwysing in die verslag<sup>78</sup> na die howe<sup>79</sup> se siening van die betekenis van appèl, is te wyd:

"In its ordinary sense the word 'appeal' denotes an application to a higher authority for relief from a decision of a lower one."

Die wyse waarop in ons administratiewe regspraak en in die verslag na die begrippe "appèl" en "hersiening" verwys word, is vaag, onduidelik en maak geen materiële onderskeid tussen dié begrippe nie.

c In die verslag verbind die regs kommissie hom nie tot 'n bepaalde opvatting oor die aard en die rol van die administratiefreg en die materiële kompetensiegrense van hierdie vakterrein nie. Inteendeel, daar word deurgaans na die standpunte van skrywers verwys sonder om dit prinsipiëel en krities te beoordeel. Ook oorweeg die verslag nie die diepgaande verskille wat daar tussen hierdie

72 *op cit* 256–257.

73 *idem*.

74 Vgl 79–106 van die verslag.

75 76.

76 "Administratiefregtelike appèlle: kontrole van administratiewe handeling" 1979 *De Jure* 153.

77 "Waar die appèl gerig word na 'n administratiewe tribunaal, is daar weliswaar groter afstand vanaf die liggaam teen wie se beslissing geappelleer word. Aangesien die tribunaal egter gewoonlik deur die Minister wie se departement betrokke is by die aangeleentheid, aangestel word, bestaan die suspisie steeds dat sodanige tribunal nie werklik onafhanklik is nie" (*ibid*).

78 4.

79 *bv R v Keeves* 1926 AD 410 416.

skrivers bestaan nie. Oor geregtelike hersiening en legaliteit beroep die verslag hom byvoorbeeld op sowel Baxter<sup>80</sup> as Wiechers<sup>81</sup> se sienswyses.

Soos elders in die reg, speel voorwetenskaplike, individualistiese, staatsabsolutistiese, ekonomiese ensomeer sienings ook 'n rigtinggewende rol op die terrein van die administratiefreg. Wat veral hinder by sowel Wiechers as Baxter se administratiefregopvatting is die staatsabsolutistiese moontlikhede wat in dié teoretiese uitgangspunte opgesluit lê vanweë 'n onvermoë om die staat se administratiefregtelike optrede uit ander materiële regsgebiede te hou. So verklaar Wiechers<sup>82</sup> byvoorbeeld dat die georganiseerde staatsmag al meer die private handels-, eiendoms- en selfs kulturele en arbeidsterreine van die individu betree sodat die privaatreë vandag binne 'n administratiefregtelike raam van owerheidsbemoëing geld.<sup>83</sup> Nêrens gee Wiechers 'n aanduiding onder welke omstandighede die staatsowerheid die geregverdigde grense van owerheidsbemoënis op die private vryheidsfere van individue en samelewingskringe oorskry nie. As enigste teenvoeter neem Wiechers sy toevlug tot die beginsel van "non-intervensie" van owerheidsoptrede in die private vryheidsfere soos dit in die sogenaamde "rule of law"-gedagte beliggaam is.<sup>84</sup>

Selfs meer markant is dié probleem by Baxter waar hy geen werklike waarde in die onderskeid tussen publiek- en privaatreë sien nie. Baxter verklaar byvoorbeeld:

"No purpose will be served by placing great importance on the concepts of 'public law' and 'private law'. In legal systems such as those of England and South Africa the concepts have been used more successfully as terms of art, giving expression to the need to recognize the broader concerns relating to the public interest where the mood of the times demands that this be done, and helping to analyse the issues before the court. They are used as *vehicles* in the process of legal reasoning when it is argued that matters of wider interest than those affecting the disputants alone are at stake, but they cannot alone provide the *answers*."<sup>85</sup>

Baxter se versuim om die betrokke onderskeid te maak, lei tot die volslae onvermoë om te oordeel oor die staat se onregmatige inmenging in die interne aangeleenthede van byvoorbeeld die Effektebeurs<sup>86</sup> en die aangeleenthede van die kerk as samelewingskring.<sup>87</sup>

80 12 e v van die verslag.

81 bv 13 e v van die verslag.

82 *op cit* 10.

83 "In die moderne staat dring die staatsadministrasie al hoe meer die gebied van die privaatreë binne. Die georganiseerde staatsmag betree al hoe meer die private handels-, eiendoms- en selfs kulturele en arbeidsterreine van die private individu sodat die privaatreë vandag binne 'n administratiefregtelike raam van owerheidsbemoëing geld. Enersyds word die toepassing en gelding van die privaatreë deur administratiewe beheer beïnvloed en beperk en andersyds bied die privaatreëtelike wyse van optrede wat op ooreenkoms berus, weer vir die administrasie die moontlikhede van wyer en doelmatiger optrede. Administratiefreg en privaatreë het vandag in vele opsigte sensitiewe grensgebiede van regstoepassing in die moderne staat geword" (*idem*).

84 Vgl *op cit* 12-17.

85 *op cit* 63.

86 Vgl *op cit* 100.

87 Hy verklaar bv: "Even if it is decided that an institution is private and not public the result might not be substantially different. As a general principle any private institution which exercises powers over individuals is obliged to observe common law requirements which do not differ in principle from those applied to public bodies. Thus the courts have always been prepared to review the decisions of private or 'domestic' bodies, such as the disciplinary tribunals of churches, trade unions or clubs, and even the decisions of arbitrators" (*op cit* 101; vgl ook *supra* vn 57).

### 3 'N MOONTLIKE KODIFIKASIE VAN DIE ADMINISTRATIEWE LEGALITEITSVEREISTES?

#### 3 1 Welke administratiewe legaliteitsvereistes kan onderskei word?

Soos reeds hierbo genoem, lê daar op die terrein van die administratiewe bestuursreg fundamentele regsbeginsels die staatsadministrasie se handeling ten grondslag. In sy administratiewe bestuursoptrede behoort die staatsadministrasie met beginsels van sowel 'n konstitutiewe as 'n regulatiewe aard rekening te hou. Ten eerste moet die staatsadministrasie rekening hou met daardie groep beginsels wat in alle materiële regsgebiede 'n rol speel en eerbiedig moet word. In elk van die materiële regsgebiede ontvang hierdie beginsels 'n besondere toespitsing.<sup>88</sup> Op die gebied van die administratiefreg ontvang hierdie beginsels 'n besondere administratiefregtelike toespitsing. Aldus vervul die beginsels van byvoorbeeld<sup>89</sup> juridiese eenheid en veelheid; juridiese geldingsgebied; juridiese konstansie en dinamiek; regskrag en juridiese gelding; juridiese kousaliteit; regseweword, regsorganisasie en regsorgaan; juridiese wilsfunksie; juridiese toerekening; juridiese ooreenstemming en teenspraak, juridiese nietigheid en onregmatigheid; regsmag en regsekerheid; juridiese betekenis; juridiese verkeer; juridiese ekonomie; regsbelang en juridiese ewemaat; juridiese eweredigheid en harmonie; en die regsdeed in die administratiefreg 'n ander rol as in byvoorbeeld die strafreg, burgerlike en nie-burgerlike privaatrecht, ensomeer. Omdat hierdie beginsels nie slegs tot die administratiefreg beperk is nie maar op alle materiële regsgebiede voorkom, sou 'n mens ook kon praat van die *administratiefregtelike beginsels* wat in 'n *algemene regsins* vervat is.<sup>90</sup>

Tweedens behoort die *administratiefregtelike beginsels* wat in 'n *partikuliere regsins* vervat is, onderskei te word. Hierdie beginsels kom slegs op die terrein van die administratiewe bestuursreg voor.<sup>91</sup> Die volgende beginsels hoort tot hierdie kategorie:<sup>92</sup> (a) Die beginsel van die aanspreeklikheid van die staat teenoor onderdane op grond van "risque exceptionnel"; (b) die beginsel dat 'n deur die administrasie met die onderdaan geslote ooreenkoms nie optrede in die publieke belang mag verhoed nie; (c) die beginsel van die verbod op bevoegdheidsoorskryding (*ultra vires*); (d) die beginsel dat die administrasie by die verrigting van 'n handeling nie sy bevoegdheid vir 'n ander doel mag gebruik as waarvoor dit verleen is nie (*détournement de pouvoir*); (e) die beginsel van die verbod op willekeurige handeling van die administrasie (*exès de pouvoir*); en (f) die beginsel van behoorlike bestuur. By hierdie legaliteitsgronde gaan dit om materiële publiekregtelike maatstawwe vir die toetsing van die staatsadministrasie se bestuurshandeling. So resorteer onder die beginsel by (f) genoem nog die volgende materiële beginsels:

i Van bestuursliggame word verwag om hulle taak met so 'n mate van sorgvuldigheid te verrig dat diegene wie se belange geraak word, nie onnodig geskend

88 Vgl Van Eikema Hommes *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap* (1972) 459-460.

89 Sien Van Eikema Hommes (1972) 106-124; 125-139; 140-150; 151-170; 171-218; 219-236; 237-258; 259-281; 282-322; 323-374; 375-402; 403-436; 437-467; 468-480; 481-546.

90 Vgl vn 88 *supra*.

91 Vgl Van Eikema Hommes *Hoofdlijnen der rechtssociologie en de materiële indelingen van publiek- en privaatrecht* (1975) 65-69.

92 Sien in algemeen hiervoor Van Eikema Hommes (1975) 67-68; vgl Dooyeweerd *Encyclopaedie de rechtswetenschap (publiek-en privaatrecht)* (1969) 75-77.



word nie. Hieruit spruit dat aan belanghebbendes behoorlik geleentheid gegee sal word om 'n aanspraak uit 'n algemeen geldende voorskrif tydig op te werp, en wanneer die onmoontlikwording van tydige opwerping te wyte is aan gebrek aan sorgvuldigheid van die bestuur ten aansien van die inagneming van die betrokke belang, die bestuur die belanghebbendes vir die daaruit voortvloeiende nadelige gevolge behoort te vergoed vir sover dit regtens moontlik is.

ii Verdere belangrike beginsels van behoorlike bestuur is dat die administrasie sy beskikkinge sorgvuldig moet voorberei. Hieruit vloeit onder andere voort dat die feite wat die administrasie in aanmerking neem in ooreenstemming met die werklike stand van sake moet wees; dat persone wat op gelyke voet verkeer, gelyk behandel moet word; dat 'n beslissing behoorlik gemotiveer moet wees; en dat regsekerheid nie ondermyn moet word nie, wat meebring dat onderdane die voordele uit 'n begunstigende beskikking moet geniet wat hulle op grond van 'n vergissing aan die kant van die owerheid toegeval het sonder dat enige verwyf die staatsadministrasie tref.

Al hierdie partikuliere administratiefregtelike beginsels staan uiteindelik onder die leiding van die beginsel van die algemene staatsbelang (*salus publica suprema lex est*).<sup>93</sup>

Die beginsels hierbo genoem is in alle opsigte materiële legaliteitsgronde wat die staatsadministrasie se optrede behoort te lei. Hierdie beginsels is die *grondslae* en nie die *resultate* van die geregtelike hersiening van administratiewe optrede soos Baxter<sup>94</sup> beweer nie. Enkele van die partikuliere beginsels hierbo genoem, kom ook in Baxter se uiteensetting van die legaliteitsbeginsels voor. Hy<sup>95</sup> onderskei meer bepaald die volgende beginsels:

- “— the perpetrator of the action in question must be legally empowered to perform the act;
- administrative action may only be taken by the lawfully constituted authority;
- the act must have been performed in accordance with the circumstantial and procedural prerequisites prescribed by the empowering legislation;
- the power to act must not be exercised unreasonably;
- the decision to act must be taken in a fair manner;
- action taken without lawful authority generally attracts the same liability as would the acts of private persons.”

Dit is opvallend dat Baxter nie die beginsels in 'n universele regsins in aanmerking neem nie — vandaar onder meer sy onvermoë om die verskeidenheid materiële regsgebiede van byvoorbeeld publiek- en privaatreg te onderskei.<sup>96</sup>

In die verslag<sup>97</sup> beroep die regskommissie hom grootliks op die legaliteitsgronde wat Wiechers onderskei. Hulle is meer bepaald die geldigheidsvereistes ten opsigte van<sup>98</sup> (a) die outeur van die administratiewe handeling wat insluit dié ten aansien van (i) die *ratione personae*, (ii) *ratione loci*, (iii) *ratione materiae*, (iv) *ratione temporis*; (b) die vorm van die administratiewe handeling;

93 Sien Van Eikema Hommes (1975) 69.

94 “These principles, and their further elaboration, are the product of the process of judicial review” (*op cit* 301).

95 *ibid.*

96 Sien par 2 3 *c supra*.

97 13 e v.

98 Sien Wiechers *op cit* 206 e v; 221 e v; 257 e v; 278 e v; 286.



(c) die doel van die administratiewe handeling; (d) die gevolge van die administratiewe handeling; en (e) die vereiste van *bona fides*.

Wiechers se opvatting is onderhewig aan dieselfde kritiek as wat pas teen die standpunt van Baxter uitgespreek is.

### 3 2 Behoort die legaliteitsbeginsels gekodifiseer te word?

Van die legaliteitsgronde verklaar Wiechers<sup>99</sup> by geleentheid dat dit 'n "klomp losstaande voorskrifte" in ons reg is. Dit is egter nie net in Suid-Afrika waar die behoefte aan 'n duidelike uiteensetting van die gronde vir die geregtelike hersiening van administratiewe optrede gevoel word nie. Soos gestel,<sup>100</sup> is die laaste aantal jare gedeeltelike kodifikasies in Nederland,<sup>101</sup> die Verenigde State van Amerika<sup>102</sup> en Kanada<sup>103</sup> aanvaar en is 'n meer uitgebreide kodifikasie in Australië<sup>104</sup> opgestel. Die vraag is of dieselfde rigting nie ook in Suid-Afrika ingeslaan moet word nie. Eerstens is die huidige stand van geregtelike hersiening en die toepassing van die legaliteitsgronde in ons land ver van bevredigend. Die onvermoë van ons houe om hierdie gronde konsekwent toe te pas, behoort 'n mens daartoe te noop om die kodifikasie van die legaliteitsvereistes in beginsel te ondersteun. Tweedens behoort Baxter se vermaning egter ter harte geneem te word dat kodifikasie nie die "skeppende" judisiële vermoëns moet ondergrawe nie.<sup>105</sup> Derdens, in aansluiting by die voorgaande, moet 'n kodifikasie van legaliteitsgronde nie die vinding en verklaring van dié gronde deur die houe ophef nie. Daarby vorm die legaliteitsgronde 'n onoorsigtelike menigte wat nie maklik in 'n omvattende kode vervat sal kan word nie. Ten einde regsekerheid op hierdie terrein te verseker en die taak van die houe ten opsigte van hersiening nie onnodig te "formaliseer" nie, word aanbeveel dat ten minste die administratiefregtelike beginsels wat in 'n partikuliere regsinsin vervat is, in 'n kode vervat word. Die houe behoort egter nie die nakoming van die regsbeginnsels wat in 'n universele regsinsin vervat is, af te skeep nie. Die gevaar by kodifikasie is immer dat die houe die gronde vir geregtelike hersiening bloot as "formele" gronde sal opvat sonder om self die nakoming van materiële regsbeginnsels van die administratiefreg te gelas.

### 3 3 Die regskommissie se aanbevelings aangaande die moontlike kodifikasie van die hersieningsgronde

Soos reeds hierbo genoem, huldig die regskommissie 'n beperkte siening van die legaliteitsbeginnsels. Deur sy beroep op Wiechers<sup>106</sup> verleen die verslag<sup>107</sup> slegs erkenning aan enkele van die administratiefregbeginnsels wat in 'n partikuliere

99 *op cit* 339.

100 Sien par 1 *supra*.

101 Sien vn 1 *supra*.

102 Sien vn 2 *supra*.

103 Sien vn 3 *supra*.

104 Sien vn 4 *supra*.

105 "But one important consideration should be borne in mind when codification is advocated: whatever the code provides, its full meaning will ultimately be influenced by the conception of justiciability entertained by the reviewing court. Codification cannot eliminate judicial creativity or abstention" (*op cit* 340).

106 *op cit* 206 e.v.

107 13 e.v.

regsin vervat is. Die materiële regsbeginsels wat in 'n algemene regsinsin vervat is, word dusdoende grootliks buite rekening gelaat.

In die konsepwet wat 'n bylae tot die werkstuk uitmaak, gaan die regs-kommissie egter verder deur van die mees algemeen aanvaarde hersieningsgronde wat in vastelandse wetgewing vervat is, saam te voeg. Steeds bly hierdie legaliteitsgronde merendeels beperk tot dié wat in 'n partikuliere regsinsin vervat is. In die konsepwet<sup>108</sup> word vir die volgende gronde vir hersiening voorsiening gemaak: (a) dat die reëls van natuurlike geregtigheid nie nagekom is nie; (b) dat enige prosedure wat regtens in verband met die neem van die beslissing vereis word, nie nagekom is nie; (c) dat die administratiewe orgaan wat die beslissing geneem het, nie regtens bevoeg was om die beslissing te neem nie; (d) dat die beslissing nie gemagtig word deur die bepalings van die wet ingevolge waarvan dit voorgee geneem te gewees het nie; (e) dat die beslissing 'n onbehoorlike uitoefening van 'n bevoegdheid uitmaak; (f) dat die beslissing op 'n regs- of feitedwaling berus; (g) dat daar nie genoegsame gronde of getuienis vir die neem van die beslissing was nie; (h) dat die beslissing onbillik of onredelik is; (i) dat dwang, bedrog, onbehoorlike beïnvloeding, ongeoorloofde motief, willekeur of bevooroordeeldheid 'n rol gespeel het by die neem van die beslissing; (j) dat die beslissing geneem is sonder inagneming van relevante oorwegings of met inagneming van irrelevante oorwegings; (k) dat die beslissing op enige ander grond nie ooreenkomstig die reg is nie; (l) dat die administratiewe orgaan wat die beslissing geneem het, weier of versuim om die redes vir die neem daarvan te verstrek. Daar word ook bygevoeg<sup>109</sup> dat hierdie tabel van hersieningsgronde geen uitvoerende en geslote kodifikasie daarstel nie. Hierin lê die besondere meriete van die aanbeveling opgesluit, naamlik dat dit die onsekerheid vir die houe opklaar of vele van hierdie gronde in der waarheid nagekom moet word. Daarbenewens neem dit nie die plig van die houe weg om op eie inisiatief die nakoming te gelas van die beginsels wat in 'n universele regsinsin vervat is nie. Hiermee word 'n oormatige "formalisering" van die hersieningsgronde verhoed. Indien hierdie aanbevelings van die regs-kommissie aanvaar word, kan dit 'n belangrike bydrae lewer om die houe bewus te maak van hulle taak om legaliteitsgronde te eerbiedig.

Die aanbeveling dat die weiering om redes vir 'n beslissing te gee 'n hersieningsgrond moet wees, het besondere meriete.<sup>110</sup> Hierdie aanbeveling sal baie tot 'n regverdige administrasie bydra. Nou is dit ook nie meer nodig dat die weiering om redes te verstrek langs 'n omweg as 'n afleiding van *mala fide*-optrede deur die houe ingeklee moet word ten einde staatsonderdane te hulp te kom nie.<sup>111</sup> Die plig om redes vir 'n beslissing te gee, sal ook veel daartoe bydra dat litigante beter voorbereid in hoër beroep sal kan gaan. Die statutêre erkenning van hierdie gronde van geregtelike hersiening word allesins verwelkom.

Ten slotte moet gewys word op die aanbeveling in die verslag<sup>112</sup> dat 'n algemene lys van hersieningsgronde in wetgewing vervat moet word sonder dat dit 'n

108 a 3(1)(a)-(l).

109 109 van die verslag.

110 a 3(1)(l).

111 Sien bv die ongerapporteerde beslissing in Bophuthatswana *AS Herbst Passasiers en Diesel (Edms) Bpk Sentrale Padvervoerraad; Makodis Transport (Edms) Bpk Suid-Afrikaanse Spoorweë* CA & R 420/81.

112 109.

kodifikasie daarstel. Hiermee word uit die oog verloor dat kodifikasies minder of meer omvattend kan wees. Die tabulering van die hersieningsgronde in die konsepwetgewing is niks anders as 'n beperkte kodifikasie nie.

#### 4 DIE MOONTLIKE INSTELLING VAN GESPECIALISEERDE ADMINISTRATIEWE REGBANKE IN SUID-AFRIKA

##### 4 1 Behoort 'n afsonderlike administratiewe regbank in Suid-Afrika ingestel te word?

In Suid-Afrika word die hersiening van administratiewe optrede in die algemeen deur die gewone burgerlike regsprekende instansies behartig. In uitsonderlike gevalle word voorsiening vir juridiese beroep na meer gespesialiseerde administratiewe tribunale gemaak. Op dié wyse maak byvoorbeeld die Wet op Gemeenskapontwikkeling<sup>113</sup> voorsiening vir appèl na 'n hersieningshof teen waardasies van die basiese waarde van geaffekteerde eiendom; maak die Wet op Voorkoming van Lugbesoedeling<sup>114</sup> voorsiening vir appèl na die appèlraad op lugbesoedeling teen besluite van die hoofbeampte; maak die Wet op Nasionale Bouregulasies en Boustandaarde<sup>115</sup> voorsiening vir appèl na 'n hersieningsraad teen beslissings van 'n plaaslike bestuur en so meer. Gespesialiseerde administratiewe tribunale word ook ingestel deur onder andere die Ongevalwet,<sup>116</sup> die Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek,<sup>117</sup> die Wet op Beheer van Effektebeurse,<sup>118</sup> die Wet op Beheer van Medisyne en Verwante Stowwe,<sup>119</sup> die Veeverbeteringswet,<sup>120</sup> die Plantverbeteringswet,<sup>121</sup> die Wet op Militêre Pensioene,<sup>122</sup> die Handelskeepvaartwet,<sup>123</sup> die Wet op Publikasies,<sup>124</sup> die Bevolkingsregistrasiewet,<sup>125</sup> die Wet op Beheer oor Wyn en Spiritus,<sup>126</sup> die Nasionale Welsynwet,<sup>127</sup> die Wet op Fondsinsameling<sup>128</sup> en die Wet op Binnelandse Veiligheid.<sup>129</sup>

Vir meer onafhanklike administratiewe regsprekende liggame word voorsiening gemaak in onder andere die Wet op die Handhawing en Bevordering van Mededinging,<sup>130</sup> die Inkomstebelastingwet,<sup>131</sup> die Verkoopbelastingwet,<sup>132</sup> die Boedelbelastingwet,<sup>133</sup> die Wet op Patente<sup>134</sup> en die Waterwet.<sup>135</sup>

113 3 van 1966 (a 33(4)(a) en (5)).

114 45 van 1965 (a 13).

115 103 van 1977 (a 9).

116 30 van 1941 (a 25).

117 59 van 1972 (a 6).

118 7 van 1947 (a 10).

119 101 van 1965 (a 24(1)).

120 25 van 1977 (a 27).

121 53 van 1976 (a 32).

122 84 van 1976 (a 14).

123 57 van 1951 (a 274).

124 42 van 1974 (a 13, 14, 23, 24, 31 en 32).

125 30 van 1950 (a 11).

126 47 van 1970 (a 7).

127 100 van 1978 (a 15).

128 107 van 1978 (a 10).

129 74 van 1982 (a 35(1)).

130 96 van 1979 (a 15(1)).

131 58 van 1962 (a 83(1)).

132 103 van 1978 (a 22)).

133 45 van 1955 (a 24).

134 57 van 1978 (a 75).

135 54 van 1956 (a 98).



Een van die belangrikste vraagstukke in die Suid-Afrikaanse administratiefreg is die vraag of 'n eenheid dan wel 'n verskeidenheid in die regsprekende instansies verantwoordelik vir die administratiewe regspraak gehandhaaf moet word. Die probleem hou grootliks verband met die vraag of onpartydige en onafhanklike regsprekende liggame te verkies is bo die deskundigheid van regsprekende instansies binne die staatsadministrasie. Die volgende vrae kom hier na vore: Is die onafhanklike regter volkome onpartydig en is die administratiewe regter nie voldoende onpartydig nie? Is die administratiewe regter deskundig en is die geheel buite die administrasie staande onafhanklike regter volkome ondeskundig? Moet in die belang van 'n goeie regsbedeling volkome deskundigheid gepaard gaande met nie-volkome onpartydigheid verkies word bo volkome onpartydigheid vergesel van gehele of gedeeltelike ondeskundigheid, of is die omgekeerde situasie verkieslik?

Reeds vroeg hierdie eeu het Struyken<sup>136</sup> as aanhanger van die opportunistiese teorie daarvan uitgegaan dat dit moontlik is dat die integriteit van die regsprekende gesagsinstansies nie aan die onafhanklike posisie van dié instansies te wyte is nie maar eerder aan die feit dat hulle hulself nie met die interne werkinge van die staatsadministrasie bemoei nie.<sup>137</sup> Vervolgens stel Struyken ook dat die kontrole oor administratiewe bestuurshandelinge sover moontlik binne die administrasie gehou moet word.<sup>138</sup> Onder "administrasie" verstaan hy in ruime sin sowel die samestelling van die hiërargies-geordende aktiewe bestuursorgane as die totaliteit van rade, kommissies en semi-amptelike instellings in die staatsadministrasie. Die begrip "regter" sien hy daarenteen "eng" as uitsluitlik die gewone regsprekende gesagsinstansies. Onder kontrole binne die staatsadministrasie verstaan Struyken ook die toesig en beheer oor die totaal van owerheidsliggame in die staatsapparaat.

Struyken se konklusie is dat 'n uniforme eenheid ten opsigte van administratiewe regspraak nie gewens is nie.<sup>139</sup> In die besonder wys hy op die noodsaaklikheid van aanpassing van elke konkrete geval aan die besondere omstandighede en die feit dat mens nie hoef terug te deins voor die moontlikheid van regspraak deur administratiewe liggame nie. Aldus verklaar Struyken:<sup>140</sup>

"Neem mijn antwoord is geweest: een algemene oplossing is niet te geven noch met betrekking tot de wettigheid, noch tot de behoorlijkheid der administrasie; en elk geval moet worden beoordeeld, wat practisch als eisch moet worden gesteld voor een deugdelijke administratie."

Elders<sup>141</sup> stel hy dit soos volg:

136 Vgl sy *Administratie of rechter* (1910) en "Wenselijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande" 1912 *Rechtsgeleerd magazijn* 523 e.v.

137 1912 *Rechtsgeleerd magazijn* 560.

138 Wanneer Struyken verklaar dat die kontrole sover moontlik binne die administrasie gehou moet word, dan sluit "kontrole" ook die verskeidenheid regsprekende tribunale in wat binne die staatsadministrasie bestaan. Voorts verklaar Struyken *Administratie of rechter* 39: "Dat daartoe (te weten: ter verkrijgen van een behoorlijke administratie) geheel of ten deele de administratie zal moeten worden *gescheiden* in organen, die besluiten en handelen, en andere, die in processueelen vorm over de eerste rechtscontrole zullen uitoefen, is *mogelijk* — praktische eischen zullen beslissen, óf en in hoeverre dit noodzakelijk is — maar niet mag doctrinair, a priori die scheidings over het geheele gebied tot eisch worden gesteld."

139 Kranenburg *Het Nederlandsch staatsrecht II* (1933) 63 beskuldig Struyken selfs daarvan dat hy die beginsels van administratiewe regspraak ondermyn.

140 1912 *Rechtsgeleerd magazijn* 544.

141 1912 *Rechtsgeleerd magazijn* 562.



“En dan is het mijn overtuiging, dat terwille van een gezonde administratie, die de volle verantwoordelijkheid harer daden draagt, terwille van de deskundigheid der administratieve rechtspraak, ter wille van het vertrouwen ook, dat de bevolking in de administratie moet stellen, de contrôle zoveel mogelijk gehouden moet worden binne de administratie zelve.”

Op hierdie gedagtes wat steeds in sommige kringe voortleef, kan kortliks soos volg geantwoord word:

a Die keuse tussen 'n eenheid of 'n gespesialiseerde verskeidenheid in die administratiefreg skep 'n valse dilemma. Van alle regsprekende instansies word verwag om die eenheid in die toepassing van regsbeginsels te eerbiedig maar te spesialiseer waar die eise van die tyd dit nodig maak. Trouens, eenheid en verskeidenheid is twee kante van dieselfde beginsel by die regsprekende funksies van die howe. Beide moet eerbiedig word sonder om een te verabsoluteer of na te laat.

b Die standpunte wat op 'n keuse tussen spesialisasie of onafhanklikheid van die regbank aandring, verval in 'n eensydige siening van die grondslae van die regsprekende gesag. Hierbo<sup>142</sup> is reeds gestel dat onder andere vier fundamentele beginsels die inrigting van die regsprekende gesagsinstansies ten grondslag lê, naamlik (i) regspraak deur regsgeleerde regters; (ii) die kollegialiteit in die regspraak; (iii) die beginsel van regspraak in hoër beroep en (iv) die onafhanklikheid en onpartydigheid van die regsprekende gesag. In alle gevalle van administratiewe regspraak behoort hierdie vier beginsels teenwoordig te wees. Sowel die kundigheid- as die onafhanklikheidsargumente hierbo is betreklik eensydig. Aan beide hierdie beginsels sou gevolg gegee word indien 'n regsprekende liggaam, waarop regters met 'n kundigheid van die administratiefreg dien, los van die staatsadministrasie tot stand gebring word.

Struyken verval ooglopend in 'n eensydigheid waar hy kundigheid as vereiste ten koste van die onbevooroordeeldheid van die regbank bevorder. In hierdie lig is die debat oor die “kundigheid” van regsprekende instansies teenoor die “onafhanklikheid” van die regbank betreklik eensydig en hou boonop nie rekening met al die noodsaaklike vereistes vir die inrigting van administratiewe regbanke nie. Aan al die beginsels moet effek gegee word sonder om “kundigheid” bo “onafhanklikheid” te verkies of *vice versa*.

c Van die opvatting van Struyken het Kranenburg<sup>143</sup> by geleentheid verklaar dat dit die beginsels van administratiewe regspraak self ondermyn:

“Zij richtte zich in werkelijkheid tegen het beginsel van administratieve rechtspraak zelve.”

Hierdie aanklag het Struyken eksplisiet verwerp.<sup>144</sup> Struyken was wel gekant teen die uniforme en grootskaalse organisasie van die hele administratiewe regspraak, maar ook 'n voorstander van die geregtelike kontrole van administratiewe handeling.<sup>145</sup>

Die verskille tussen Struyken en Kranenburg moet verstaan word teen die agtergrond van hulle sienswyses oor die aard en wese van administratiewe regspraak.

142 Par 2 1 c *supra*.

143 Sien vn 139 *supra*.

144 1912 *Rechtsgeleerd magazijn* 544.

145 Vgl ook vn 141 *supra*.

Hierbo<sup>146</sup> is 'n omvattende omskrywing van die administratiewe regspraak gegee met verwysing na die gesaghebbende vinding en verklaring van die reg deur die kompetente regsprekende gesagsinstansie.<sup>147</sup> Oor die vraag wie of wat 'n kompetente regsprekende instansie is, verskil Kranenburg en Struyken. Volgens Kranenburg<sup>148</sup> is dit noodsaaklik dat die “judex” buite die administrasie staan en nie slegs materieël nie maar ook formeel onafhanklik is vir sover hierdie formele onafhanklikheid in die reg bereik kan word. Daarenteen wil Struyken<sup>149</sup> iedereen as “judex” erken wat 'n geskil op 'n objektiewe, onpartydige en deskundige wyse oplos; hy is bowendien van mening dat in die geval van administratiewe regspraak die “judices” selfs uit die administratiewe amptenare en liggame aangewys kan word.<sup>150</sup>

Struyken verset hom dus nie teen die administratiewe regspraak as sodanig nie<sup>151</sup> maar teen algemene en uniforme reëlings waarvolgens alle gevalle van administratiewe regspraak aan 'n enkele onafhanklike liggaam opgedra word.<sup>152</sup>

In verband met die voorgaande moet eerstens opgemerk word dat Kranenburg die formele onafhanklikheid verkeerdelik tot noodsaaklike voorvereiste vir administratiewe regspraak verhef. Struyken is egter ook verkeerd in sy opvatting dat die formele onafhanklikheid van die regbank geen rol speel nie. Alhoewel nie absoluut essensieel nie, behoort die formele onafhanklikheid van die regbank wel nagestreef te word.

Tweedens verloor Struyken die beginsel van eenheid en eenvormigheid in die administratiewe regspraak uit die oog waar hy van die regbanke as deel van die

146 Sien par 2 2 b.

147 Alhoewel ek grootliks met die volgende omskrywing van 'n onbekende outeur in 'n koerantknipsel saamstem, is my omskrywing hierbo tog veel meer omvattend: “Administratiewe regspraak is, in grove trekken aangeduid, regspraak over geschillen tusschen overheid en burgers of overheidsorganen onderling, indien die geschillen bij de uitoefening van de bestuurswerkzaamheden rijzen.” Ook is my omskrywing meer genuanseerd as dié van Van Poelje *op cit* 289 wat van administratiewe regspraak verklaar: “[A]dministratiewe regspraak” bestaan voor het overgrote deel uit judiciële contrôle op de handelingen van overheidsorganen.”

148 *op cit* 63 e v.

149 Sien in die algemeen die bronne waarna in vn 136 hierbo verwys is.

150 Daarmee ontken Struyken nie die noodsaaklikheid van waarborge om die onbevooroordeelheid van dié regsprekende instansies te verseker nie. Aldus verklaar hy: “Gezocht worde, niet op doctrinaire, maar op practische gronden, of en in hoeverre onze administratie in staat is, bij de vervulling van hare taak, hetzij die bestaat in het geven van algemeene regelen, hetzij in het verrichten van concrete handelingen, de individueele belangen, die zij ontmoet, naar behooren te waardeeren. Voor zoover zij daartoe in staat blijkt, verontruste men haar niet met een nieuwe rechterlijke contrôle. Voor zoover zij niet er toe in staat blijkt, zoeken men vóór alles de verbetering in hare samenstelling en werkwijze, in aansluiting aan de plaats, die zij in het staatkundig organisme inneemt. Onder die verbeteringen zal ook eene plaats innemen de uitbreiding, versterking van de judicieele werkwijze der administratie. . . . Het streven naar uiterlijke uniformiteit der rechtswaarborgen worde achtergesteld bij den eisch, die rechtswaarborgen te doen aanpassen aan het zoo uiteenlopend karakter, dat de administratiewe organen, hunne verschillende functies en de verhouding, waarin de burger tot hen treedt, vertoonen: de ingewikkeldheid van het gemeenschapsleven eischt, onder éénheid van rechtsgedachte, differentiatie van waarborgen” (*Administratie of rechter* 99-100).

151 Ook Kruseman *Het vraagstuk der administratiewe regspraak* (1924) 123 wys daarop dat Struyken nie teen die administratiewe regspraak in die algemeen gekant was nie “al heeft de brochure van Struyken tot die laatste meening eenige aanleiding gegeven”.

152 Vgl 1912 *Rechtsgeleerd magazijn* 544.

staatsadministrasie uitgaan. Die bestaan van 'n wye verskeidenheid regbanke binne die staatsadministrasie dra grootliks tot die toestand by wat Huart<sup>153</sup> "het volstrekt ontbreken van architectonisch eenheid" genoem het. Tereg verklaar Kranenburg<sup>154</sup> dat hierdie gebrek aan eenheid aan die wetgewer gewyt moet word. In hierdie verband praat hy van die "falen van het legislatief vormingsvermogen".

Die vraag is: indien die nodige eenheid in die administratiewe regspraak wel deur die instelling van onafhanklike administratiewe regbanke tot stand gebring kan word, wanneer behoort dit te geskied? Dit sou betreklik sinloos wees om sulke regbanke tot stand te bring sonder 'n gedeeltelike kodifikasie van die hersieningsgronde. Meer gespesialiseerde administratiewe regbanke behoort die hersieningsgronde in gekodifiseerde vorm as riglyn vir sy administratiewe regspraak te hê. Sonder so 'n kodifikasie sal van materiële eenheid in die administratiewe regspraak weinig tereg kom.

Om saam te vat: om die materiële eenheid in die geregtelike hersiening van administratiewe handeling te bevorder sonder om die gespesialiseerde en kundige werkswyse van regters op te hef, behoort in Suid-Afrika onafhanklike administratiewe regbanke ingestel te word as plaasvervangers vir die huidige stelsel van 'n groot verskeidenheid regbanke in die administrasie en die burgerlike howe wat die administratiewe regspraak onafhanklik maar sonder die nodige deskundigheid behartig. Vanaf hierdie administratiewe regbanke behoort die normale appèlprosedure tot selfs by die appèlafdeling van die hooggeregshof te geld. Die standpunte van sowel Van der Grinten<sup>155</sup> as De Vries<sup>156</sup> moet dus afgewys word. Van der Grinten se teenkanting teen 'n groter eenheid in die regspraak kan nie aanvaar word nie vir sover hy verklaar "geen uniformiteit dus, doch differentiatie", en waarsku teen "een schoonschijnend rechterlijk contrôleapparaat".<sup>157</sup> De Vries se opmerkinge dat 'n onafhanklike administratiewe regbank 'n blote hersenskim is, moet ook afgewys word. Hy stel dit soos volg:

"[T]erwijl overal om ons heen een gedecentraliseerde rechtspraak niet is te onderdrukken, zelfs niet in de landen, welke in beginsel het ideaal der centralisatie getracht hebben in praktijk te brengen, tobben onze rechtsgeleerden om één system van administratieve rechtspraak te vinden."<sup>158</sup>

De Vries vervolg dat pogings om so 'n onafhanklike administratiewe regbank in te stel, ten doel het om "des châteaux en Espagne" op te rig.<sup>159</sup> Die werking van die administratiewe regbanke in Frankryk toon duidelik die werkbaarheid van sulke instellings. Die instelling van hierdie strukture is egter onderhewig aan die volgende voorwaardes: (a) daar moet gewaak word teen 'n oorspesialisasie in die administratiewe regspraak wat die eenheid in die regspraak kan bedreig en (b) die instelling van hierdie strukture moet oorweeg word na die bereiking van 'n meer bevredigende materiële eenheid van die hersieningsgronde in die vorm van 'n gedeeltelike of algehele kodifikasie.

153 "Le contentieux administratif aux Pays Bas" 1933 *Gemeentebestuur* 669.

154 "De bescherming tegen onrechtmatig bestuur" 1930 *Nederlandsch bestuursrecht* 264.

155 *Administratiewe regspraak* (rede voor die Nederlandse vereniging vir gemeentebelange) (1924).

156 "De indeeling der administratieve rechtspraak" 1930 *Gemeentebestuur* 192.

157 *op cit* 30.

158 *op cit* 192.

159 "De administratieve rechtspraak in Nederland" 1930 *Gemeentebestuur* 419.



#### 4 2 Die aanbevelings van die regs kommissie

a Na oorweging van die strukture wat die administratiewe regspraak in 'n verskeidenheid lande behartig, ondersoek die regs kommissie vier moontlikhede in verband met die instelling van 'n sentrale appèlliggaam vir Suid-Afrika.

i Eerstens word die moontlikheid ondersoek om die huidige stelsel basies te laat soos dit is met 'n poging om regbanke waar moontlik saam te voeg en die prosedures van die onderskeie instansies sover moontlik te standaardiseer.<sup>160</sup> Die beswaar teen hierdie aanbeveling is dat die algemene ontwikkeling van die administratiewe regspraak hierdeur stagneer.<sup>161</sup>

ii Tweedens word oorweeg om 'n administratiewe hof te skep soos deur Robson by die Franks-komitee aanbeveel.<sup>162</sup> Hierteen word in die verslag as kritiek aanvaar dat so 'n instelling as van minderwaardige status beskou sal word, dat probleme ervaar sal word om geskikte persone as regters vir so 'n hof te vind en dat probleme ervaar sal word ten opsigte van die verhouding tussen dié liggaam en die hoogeregshof.<sup>163</sup>

iii Die derde moontlikheid lê in die oprigting van 'n administratiewe appèltribunaal van dieselfde aard as wat die regshervormingskommissie van Nieu-Suid Wallis en die administratiewe hersieningskomitee aanbeveel het.<sup>164</sup> As kritiek teen so 'n administratiewe appèltribunaal wat deur die Administrative Appeals Tribunal Act<sup>165</sup> in die lewe geroep is, word die kritiek van die Australiese federale wetgewer aanvaar. Dit behels die volgende: om konstitusionele redes, op grond van die skeiding van regsprekende en uitvoerende funksies, kan die statebond nie administratiewe gesag aan 'n regsprekende liggaam toeken nie. Gevolglik was dit nodig om 'n tribunaal wat met nie-judisiële gesag bekleed is, buite die howe om tot stand te bring, tensy die diskresie-uitoefening van administratiewe beamptes sodanig verander kon word dat dit wel beregbaar sou wees. Volgens die Kerr-komitee behoort hierdie moontlikheid nie oorweeg te word nie en is aanbeveel dat 'n hoër hof, behalwe in uitsonderingsgevalle, nie administratiewe handeling op die meriete daarvan behoort te hersien nie.<sup>166</sup>

iv Die vierde moontlikheid is om 'n administratiewe afdeling van die hoogeregshof te skep. Alhoewel besware teen so 'n instelling ingebring kan word,

160 Sien 101–102 van die verslag.

161 "In making its recommendations the Committee rejected the notion that a general administrative appeal tribunal was required in Britain. This, according to some commentators, has 'frozen' the lines of development of administrative law in Britain" (*ibid*).

162 *ibid*.

163 "(i) Whether or not a new Administrative Court was deemed by statute to have the status of the present Supreme Court, many would inevitably regard it as inferior. Its status in fact would tend to be little higher than that of the present appeal authorities. There would be difficulty in attracting suitable persons to sit as judges of the Court. Members of the public involved as parties would continue to suspect, rightly or wrongly, that they had been accorded second-class justice. Appeals from administrative tribunals raise issues of first-class importance in modern society. So far as humanly possible, they should be dealt with, and manifestly be seen to be dealt with, by a court of appropriate stature both in fact and in theory. (ii) The establishment of a separate Administrative Court would raise problems as to its relationship with the Supreme Court. If an attempt were made by statute to give it theoretically equal status, there would be a danger that the two courts would give conflicting and irreconcilable decisions" (102–103 van die verslag).

164 *ibid*.

165 1975–1981.

166 103 van die verslag.



aanvaar die verslag<sup>167</sup> dat dit in Wes-Australië goeie resultate lewer. Gevolglik sien die regs kommissie hierdie moontlikheid deels as antwoord vir administratiewe kontrole in Suid-Afrika.

b Bykomstig aanvaar die regs kommissie dat die huidige appèlsisteem, soos in die bestaande wetgewing beliggaam, behou kan word omdat hierdie liggame die geskikste is om gedinge in appèl te oorweeg.<sup>168</sup>

Die instelling van 'n administratiewe afdeling van die hooggeregshof word van harte ondersteun. Die regs kommissie se aanvaarding van die huidige stelsel van administratiewe regsprekende liggame moet egter totaal afgewys word. Nòg verseker die bestaande stelsel die onpartydigheid van die regsprekende instansies, nòg bestaan die nodige eenheid ten opsigte van die toepassing van die gronde van geregtelike hersiening en die eenvormige uitbouing en ontwikkeling van die administratiewe regspraak. In die plek hiervan word ten sterkste aanbeveel dat die bevoegdheide van hierdie liggame in 'n enkele laer administratiewe regbank verenig word.

Op hierdie hoër en laer administratiewe regbanke behoort permanente en kundige regsprekende amptenare aangewys te word. Hierdeur behoort aan sowel die beginsels van eenheid ten opsigte van die gronde van geregtelike hersiening as kundigheid in die administratiewe regspraak uitdrukking gegee te word.

c In die verslag<sup>169</sup> word voorts vermeld dat die regstelling van die hele sisteem van administratiewe regspraak wat tans in ons land kennelik gebrekkig is, nie op die gebied van appèlle lê nie maar die uitbreiding van die hersieningsbevoegdheid van die houe behels. Hierdie sienswyse getuig van 'n gebrekkige insig in die aard van administratiewe appèlle. Administratiewe appèlle is niks anders as 'n besondere vorm van geregtelike hersiening nie. Voorts is die nakoming van die beginsels van eenheid in die regspraak, onafhanklikheid en kundigheid nie slegs tot een faset van geregtelike hersiening beperk nie, maar raak dit ook die hele stelsel van appèlle in die administratiefreg.

d Benewens die beginsels van onafhanklikheid en kundigheid in die administratiewe regspraak, behoort ook verseker te word dat vanaf die laer en hoër administratiewe regbanke die moontlikheid van hoër beroep — ook na die appèlafdeling van die hooggeregshof — bestaan. Die benadering van ons houe jeens hierdie aangeleentheid is verblydend. In die onlangse beslissing *Kruger v Le Roux*<sup>170</sup> handhaaf die appèlhof die beginsel dat daar tans geen regverdiging daarvoor bestaan om die reg van appèl wat deur artikel 49(1) van die Waterwet<sup>171</sup> verleen word, te negeer deur dit onderhewig te stel aan artikel 20(4) van die Wet op die Hooggeregshof<sup>172</sup> waarkragtens daar geen appèl sonder verlof van die hof *a quo* of die appèlhof is nie. Derhalwe is alle finale uitsprake van 'n waterhof, insluitende finale kostebevele, aan appèl na die appèlhof onderhewig sonder dat verlof van enige hof verkry hoef te word.

e Voorts behoort die beginsel van kollegialiteit in die administratiewe regspraak in hierdie laer en hoër administratiewe regbanke gehandhaaf te word.

167 104.

168 106.

169 *ibid.*

170 1987 1 SA 866 (A).

171 54 van 1956.

172 59 van 1959.

Die nakoming van hierdie beginsel sal nie slegs die materiële onafhanklikheid in die regspraak in 'n groter mate verseker nie, maar ook die vormingsvermoë en uitbouing van die administratiewe regspraak aanmerklik verbeter deur die teenwoordigheid van meerdere regsprekende beamptes op die regbank.

f Ten slotte moet beklemtoon word dat die instelling van hierdie onafhanklike laer en hoër administratiewe regbanke eers oorweeg behoort te word nadat die kodifikasie van die gronde van geregtelike hersiening in die praktyk deurgevoer is en ons howe meer ervaring van die eenvormige toepassing van hierdie gronde in die praktyk verkry het.

## 5 SAMEVATTING

Met die verskyning van projek 24 van die Suid-Afrikaanse regskommissie oor die ondersoek na die howe se hersieningsbevoegdheid ten aansien van administratiewe handeling, is 'n waardevolle begin gemaak om die probleme wat op hierdie gebied bestaan, op te los. Die navorsing wat vir hierdie verslag onderneem is, getuig dat die regskommissie werklik erns gemaak het met die probleme wat in die administratiewe regspraak bestaan. Hiervan getuig veral die regsvergelijkende navorsing in die verslag. Daar moet egter op die volgende leemtes in die verslag gewys word:

a Doelmatigheidsoorwegings oorwoeker 'n prinsipiële suiwer benadering tot die bestaande problematiek. Die gevolg is dat in die verslag 'n beroep op teoretiese argumente gemaak word wat mekaar selfs drasties weerspreek.

b Die regskommissie kom nie tot 'n duidelike en klare siening van begrippe soos "geregtelike hersiening", "administratiewe regspraak" en "legaliteit" nie. Die gevolg is dat die regskommissie uitgelewer is aan die standpunte van skrywers wat gebrekkige prinsipiële insig hieroor openbaar. Hierby kan die onkritiese oordeel oor vele van hierdie standpunte gevoeg word.

c 'n Belangrike leemte is die versuim van die regskommissie om die ter sake beginsels onderliggend aan die administratiewe bestuursreg en administratiewe prosesreg met groter teoretiese visie te benader. Hierdeur word uit die oog verloor dat enige praktiese regshervorming op hierdie terreine *finaliter* bepaal word deur die teoretiese visie wat 'n mens daarop nahou.

d Nog 'n belangrike leemte is die feit dat die regskommissie nie die beginsel van groter eenheid in die groot verskeidenheid administratiewe tribunale onderskryf nie. Geen eenvormige uitbouing van die Suid-Afrikaanse administratiewe reg kan plaasvind terwyl die huidige toedrag van sake voortduur nie.

# Die wisselwerking tussen Suid-Afrikaanse maatskappyereglerstukke

JSA Fourie

BA LLD

Professor in die Handelsreg, Universiteit van Stellenbosch

## SUMMARY

### The interaction between South African company law doctrines

The different doctrines which apply in company law should not be studied *in vacuo*. In their interaction the importance of these doctrines manifests itself in the supplementary but sometimes also restrictive effect which they have on one another. The notion that the *ultra vires* doctrine has been abolished as against outsiders by the legislature is shown to be unwarranted. Only *ultra vires* acts which comply with the stringent requirements of section 36 of the Companies Act 61 of 1973 will be valid. Therefore, the importance of this section should not be over-emphasised. On the other hand, however, when this section applies, no interaction with the *Turquand*-rule is possible. Owing to the fact that the company retains its limited capacity, non-compliance with internal prerequisites will not serve as a defence in the case of *ultra vires* acts.

It is also submitted that only *ultra vires* acts are capable of ratification. The principle of unanimous assent cannot justify a departure from or amendment of any provisions of the public documents of a company.

## 1 INLEIDING

In die Suid-Afrikaanse maatskappyereg speel sekere leerstukke, reëls en beginsels 'n fundamentele rol. In die besonder word hier verwys na die *ultra vires*-leerstuk, die leerstuk van toegerekende kennis, die *Turquand*-reël en die beginsel van openbaarmaking. Behalwe laasgenoemde wat 'n statutêre skepping is, is die res van gemeenregtelike oorsprong. Regstudente is dikwels geneig om hierdie leerstukke afsonderlik te bestudeer terwyl die belangrikheid daarvan juis tot uiting kom in hul onderlinge wisselwerking met mekaar. In hierdie interaksie werk sommige leerstukke aanvullend tot, maar soms ook beperkend op, mekaar in. Die doel van hierdie bydrae is om dié wisselwerking te ondersoek sonder om die inhoud van die besondere leerstukke te behandel aangesien daar 'n redelike mate van eenstemmigheid hieroor bestaan.

## 2 TOEGEREKENDE KENNIS

Die beginsel van openbaarmaking, wat 'n statutêre skepping is en soos 'n goue draad deur die Maatskappywet 61 van 1973 loop, vorm die grondslag van die gemeenregtelike leerstuk van toegerekende kennis.<sup>1</sup> Die publikasie-beginsel, wat

<sup>1</sup> Cilliers en Benade *Maatskappyereg* (1982) 51.

die registrasie en openbare insae van, onder andere, die akte en statute teweeggebring het, het tot gevolg gehad dat die howe kennis van die inhoud van hierdie dokumente eenvoudig aan derdes gaan toeskryf het.<sup>2</sup>

Hierdie leerstuk van toegerekende kennis beskerm<sup>3</sup> uitsluitlik die maatskappy en het 'n driediedige funksie. Die belangrikste funksie is

“om skynbare volmag wat in stryd met die publieke dokumente van die maatskappy is te ontsenu en daardeur die derde se beroep op estoppel uit te sluit.”<sup>4</sup>

Indien die statute van 'n maatskappy byvoorbeeld bepaal dat slegs A namens die maatskappy kontrakte mag sluit, sou 'n derde nie die maatskappy op grond van estoppel aanspreeklik kan hou waar B sonder volmag “namens” die maatskappy met hom (die derde) kontrakteer nie. Nie alleen werklike kennis nie, maar ook toegerekende kennis sal nou genoegsaam wees om die skynbare volmag te neutraliseer.<sup>5</sup> Dit is egter belangrik om daarop te let dat alhoewel die openbare dokumente in die voorbeeld hierbo 'n skyn kan uitsluit, dit nie noodwendig beteken dat estoppel nooit by maatskappye ter sprake kan kom nie. Dit kan wel geskied in gevalle waar die statute 'n skyn skep en die derde die statute gelees het;<sup>6</sup> andersins kan 'n skyn ook deur die gedrag<sup>7</sup> van die maatskappy geskep word.

Die tweede funksie van die leerstuk van toegerekende kennis is om 'n derde se beroep op die *Turquand*-reël uit te sluit. Alhoewel hierdie reël derdes beskerm omdat die prinsipaal (die maatskappy) gebonde gehou word aan die handelinge van 'n verteenwoordiger met gebrekkige volmag, sal die derde eers op hierdie beskerming aanspraak kan maak indien hy nie, onder andere, deur die leerstuk van toegerekende kennis gefnuik word nie. Indien die statute bepaal dat slegs die direksie 'n verband mag passeer mits die toestemming van die algemene vergadering verkry is en 'n besturende direkteur sonder die nodige toestemming 'n verband passeer, sal toegerekende kennis die derde se beroep op die *Turquand*-reël uitsluit. In alle gevalle waar die derde hom op hierdie reël wil beroep, sal hy as 't ware eers die hekkie van toegerekende kennis moes oorgesteek het. Dit beteken nie dat die derde wat met die *Turquand*-reël wil slaag inderdaad die openbare dokumente van die maatskappy moet gelees het nie,<sup>8</sup> maar hy loop dan die risiko dat daar bepalinge in gemelde dokumente kan voorkom wat sy beroep op die *Turquand*-reël neutraliseer. Samevattend kan verklaar word dat die *Turquand*-reël nie die derde se las ingevolge die leerstuk van toegerekende kennis verlig nie. Aan die ander kant vereis die reël egter ook niks meer van die derde nie, behalwe dat hy te goeie trou moet wees en dus nie kennis van die gebrekkige volmag moet gehad het nie.

2 Oosthuizen *Die Turquand-reël in die SA maatskappyereg* (LLD-proefskrif Unisa 1977) 23.

Weens die feit dat 'n vennootskap nie openbare dokumente het nie, kan die leerstuk van toegerekende kennis nie beswarend op derdes inwerk wat met vennote onderhandel nie.

3 Vgl Naudé “'n Nuwe benadering tot die funksie van maatskappydoelstellings” 1971 *SALJ* 510; Oosthuizen “Aanpassing van die verteenwoordigingsreg in maatskappyverband” 1979 *TSAR* 14. Beide skrywers verklaar tereg dat die leerstuk die maatskappy oorbeskerm veral by a 36 van die Maatskappywet 61 van 1973.

4 Oosthuizen *Proefskrif* 23.

5 Die leerstuk van toegerekende kennis in die maatskappyereg is die hoofrede waarom estoppelbeginsels minder dikwels hier toepassing vind as in die vennootskapreg.

6 Vgl *Rama Corporation Ltd v Proved Tin & General Investments Ltd* 1952 1 All ER 554 (KB) waar die derde egter nie die statute gelees het nie.

7 Vgl *Freeman & Lockyer v Buchurst Park Properties* 1964 1 All ER 630 (CA).

8 *Mineworkers Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 (A).



### 3 ULTRA VIRES-HANDELINGE

Die derde funksie van die leerstuk van toegerekende kennis kom ter sprake by artikel 36 van die Maatskappywet.<sup>9</sup> Dit is belangrik om daarop te let dat hierdie artikel nie die gemeenregtelike *ultra vires*-leerstuk uitdruklik afskaf nie.<sup>10</sup> Al wat die wetgewer bepaal, is dat indien aan al die vereistes van die betrokke artikel voldoen word, die gevolge van die besondere *ultra vires*-handeling geldig is. Slegs die gevolge van die *ultra vires*-handeling word dus verander. Die handeling self bly egter nog *ultra vires*. Daar kan hoogstens gesê word dat *waar artikel 36 geld* die *ultra vires*-leerstuk by implikasie na buite afgeskaf word; gevolglik stel dit 'n statutêre uitsondering op die gemeenregtelike reël daar dat 'n verteenwoordiger sonder volmag nie sy prinsipaal kan bind nie. Waar 'n derde nie slaag om artikel 36 op die maatskappy van toepassing te maak nie, sal die gemeenregtelike *ultra vires*-leerstuk nog met al sy konsekwensies bly geld. Gevolglik sal so 'n derde nooit kan slaag om die maatskappy op grond van estoppel aanspreeklik te hou vir 'n *ultra vires*-handeling nie omdat 'n maatskappy weens die leerstuk van toegerekende kennis<sup>11</sup> nie 'n skyn met betrekking tot sy vermoë kan skep nie, asook weens die sterk werking van die *ultra vires*-leerstuk.

Die negatiewe bewoording van die artikel maak dit moeilik verstaanbaar. 'n Positiewe uitleg is heelwat makliker. Hierdie artikel bind slegs die maatskappy en derdes indien (i) die vermoë van die maatskappy oorskry is en (ii) die volmag van die direkteure gebrekkig is slegs omdat die vermoë oorskry is. Artikel 36 het dus 'n beperkte toepassingsgebied omdat nie alle *ultra vires*-handelinge nou geldig is nie. Soos later aangedui sal word, is daar wel faktore wat die gelding van hierdie eng omskrewe artikel kan uitskakel. Die effek van die artikel is dat die derde se werklike of toegerekende kennis van die doelstellingsklousule irrelevant word.<sup>12</sup> Met verwysing na werklike kennis verklaar Meskin:<sup>13</sup>

"The existence of such knowledge cannot qualify as the fact additional to the fact that the company was without capacity etc: for the section would then be a dead-letter since everyone is deemed to know what the company's memorandum states and therefore what its legal capacity is."

Met betrekking tot toegerekende kennis is die stelling volkome korrek, maar ten opsigte van werklike kennis is dit egter 'n *non sequitur*. Die skrywer aanvaar nietemin dat werklike kennis dat die handeling buite die maatskappy se vermoë is, nie die werking van die artikel sal uitsluit nie aangesien goeie trou nie uitdruklik as vereiste gestel word nie.

Die artikel het nie tot gevolg dat die maatskappy nou 'n onbeperkte vermoë verkry nie.<sup>14</sup> Selfs waar artikel 36 geld en die *ultra vires*-handeling geldig is,

9 Vir 'n breedvoerige bespreking hiervan vgl Cilliers en Benade 108-110; Naudé "Company contracts: the effect of section 36 of the new act" 1974 *SALJ* 315; McLennan "The ultra vires doctrine and the Turquand rule in company law — a suggested solution" 1979 *SALJ* 329; Oosthuizen 1979 *TSAR* 1; Fredman "A note on section 36 of the Companies Act" 1982 *SALJ* 283; Meskin (red) *Henochoberg on the Companies Act* (1985) 54.

10 nietaenstaande sy misleidende kantskrif.

11 Toegerekende kennis van die hoofdoelstellingsklousule het slegs irrelevant geword waar a 36 geld. Indien a 36 nie geld nie, geld die gemeenregtelike leerstuk van toegerekende kennis nog in sy oorspronklike vorm. Gevolglik sal 'n derde nie kan aanvoer dat hy mislei is m b t die vermoë van die maatskappy nie.

12 Vgl Naudé 1974 *SALJ* 335.

13 a w 55.

14 Vgl Fredman 1982 *SALJ* 286.

behou die maatskappy sy beperkte vermoë soos bepaal deur die hoofdoelstellingsklousule.<sup>15</sup> Elke maatskappy is nog steeds verplig om so 'n klousule in sy akte van oprigting te voeg en in die interne bestuur van die maatskappy behou dit die belangrike funksie dat die ledevergadering slegs handeling binne die vermoë van die maatskappy kan magtig of ratifiseer. Verder verkry dit 'n belangrike funksie as handrem of afskrikmiddel vir direkteure wat 'n *ultra vires*-handeling beoog. Hulle sal moet rekening hou met die feit dat 'n lid 'n interdik teen die beoogde *ultra vires*-handeling kan aanvra (soos in die verlede) en waar die transaksie reeds voldonge is, sal die maatskappy hulle vir skadevergoeding aanspreeklik kan hou weens verbreking van hul vertrouensplig.

Alhoewel die leerstuk van toegerekende kennis nie uitdruklik deur die wetgewer in artikel 36 afgeskaf is nie, het dit nogtans irrelevant geword vir sover dit die hoofdoelstellingsklousule in die akte van oprigting van die maatskappy betref.<sup>16</sup> Ten opsigte van alle ander bepalinge in die akte en statute geld die leerstuk nog onveranderd. Waar die statute byvoorbeeld slegs aan drie direkteure gesamentlik volmag verleen om namens die maatskappy te kontrakteer en twee direkteure sou "namens" die maatskappy 'n *ultra vires*-handeling aangaan, is die maatskappy nie ingevolge die artikel gebonde nie. Die twee direkteure se volmag sal nou nie net gebrekkig wees weens die feit dat die maatskappy se vermoë oorskry is nie, maar 'n addisionele faktor, naamlik die beperking in die statute, kom ter sprake en die derde moes hiervan bewus gewees het. Artikel 36 geld nie want die leerstuk van toegerekende kennis beskerm die maatskappy. Dit is dan ook die derde funksie van hierdie leerstuk. Die bepaling in die statute hierbo kon ook natuurlik as 'n spesiale voorwaarde in die akte van oprigting ingesluit gewees het, in welke geval die leerstuk van toegerekende kennis ook die maatskappy sou beskerm het. Waar 'n derde dus *ex facie* die openbare dokumente (met uitsluiting van die hoofdoelstellingsklousule) sien, of kon gesien het indien hy dit gelees het, dat die direkteure nie volmag kan hê nie, dan geld artikel 36 nie. Meskin<sup>17</sup> wys egter tereg daarop dat ook ander faktore die aanwendingsgebied van hierdie artikel kan beperk.

Naudé<sup>18</sup> is van mening dat 'n maatskappy die werking van gemelde artikel kan neutraliseer deur in die statute te bepaal dat die direksie nooit volmag sal hê om 'n *ultra vires*-handeling aan te gaan nie. As sodanig sou die leerstuk van toegerekende kennis die maatskappy beskerm omdat dit 'n addisionele faktor daarstel. Hierdie benadering skyn egter nie korrek te wees nie. Aangesien die hoofdoelstellingsklousule die vermoë van die maatskappy bepaal en elke maatskappy dus 'n beperkte vermoë het, kan die statute en die ander klousules in die akte van oprigting nie regtens die direksie volmag verleen om *ultra vires*-handeling aan te gaan nie. Gevolglik is die bepaling *ex abundanti cautela* in die statute ingevoeg en het dit geen uitwerking op die trefkrag van artikel 36 nie. Die enigste rede waarom die direksie se volmag gebrekkig is, is omdat die handeling die vermoë van die maatskappy oorskry. (Indien die statute byvoorbeeld bepaal dat alle *ultra vires*-handeling van die direksie eers deur die algemene vergadering geratifiseer moet word, sou dit weens dieselfde redes ongeldig wees.) Bowendien, 'n derde wat die statute van die maatskappy gelees het, sal

<sup>15</sup> met inagneming van die bepalinge van a 33 en 34 van die Maatskappywet.

<sup>16</sup> Vgl vn 12 *supra*.

<sup>17</sup> a w 55.

<sup>18</sup> 1974 *SALJ* 334.

nie kan vasstel of die direksie hul volmag oorskry het sonder om die hoofdoelstellingsklousule van die maatskappy te lees nie. Hierbo is reeds daarop gewys dat die wetgewer vir doeleindes van beoordeling van die vraag of 'n *ultra vires*-handeling geldig is, by implikasie werklike of toegerekende kennis van die klousule as irrelevant beskou. Indien bedoelde bepaling in die statute die maatskappy sou beskerm, sou dit beteken dat die derde nou 'n plig moet nakom (dit wil sê om die hoofdoelstellingsklousule te lees) wat nie deur die wetgewer vereis word nie. *Ex facie* die openbare dokumente (met uitsluiting van die doelstellingsklousule) sou die derde dus nie kon vasstel dat die direksie se volmag gebrekkig was nie. Die *ultra vires*-handeling is geldig omdat die leerstuk van toegerekende kennis nie die maatskappy hier beskerm nie.

Gestel die doelstellingsklousule in die akte van oprigting van 'n boerdery-maatskappy bepaal dat Jerseybeeste onder geen omstandighede deur die maatskappy gekoop mag word nie. Terselfdertyd bepaal die statute dat die direksie aankope namens die maatskappy mag doen, maar dat die voorafgaande toestemming van die algemene vergadering benodig word alvorens beeste aangekoop word. Die direksie koop namens die maatskappy 'n aantal Jerseybeeste. Alhoewel hierdie feite oënskynlik op 'n klassieke *Turquand*-situasie dui, word hierdie reël vir die oomblik buite rekening gelaat. Die eerste vraag wat beantwoord moet word, is of die maatskappy ingevolge artikel 36 aan hierdie *ultra vires*-handeling gebonde is.<sup>19</sup> Oënskynlik lyk dit of 'n derde nie sal slaag met artikel 36 nie; die direksie se volmag is nie net gebrekkig omdat die maatskappy se vermoë oorskry is nie, maar ook omdat daar 'n addisionele faktor bykom, te wete die feit dat voorafgaande toestemming nie verkry is nie. Dit is egter die skrywer se standpunt dat artikel 36 wel hier sal geld. Die afwesigheid van voorafgaande toestemming kan nie hier as addisionele faktor die werking van die artikel neutraliseer nie om die eenvoudige rede dat die algemene vergadering *regtens nie toestemming kan verleen* aan die direksie om Jerseybeeste te koop nie omdat die doelstellingsklousule dit verbied. Regtens kan toestemming verleen word ten opsigte van *intra vires*-handelinge met betrekking tot alle beeste behalwe Jerseybeeste. Die feit dat toestemming nie verkry is of dat toestemming selfs verleen is met betrekking tot die aankoop van Jerseybeeste, is juridies irrelevant. Regtens kan toestemming nie verkry of verleen word nie want die handeling is *ultra vires*.<sup>20</sup> Die direksie se volmag is gebrekkig slegs omdat die vermoë oorskry is en vir geen ander geldige rede nie. Die maatskappy is dus gebonde teenoor die derde. Aangesien daar geen interne vereistes is wat nagekom kan word nie, vind die *Turquand*-reël nie hier toepassing nie. Gevolglik is Oosthuizen se benadering verkeerd dat die weg hier *prima facie* oop is vir 'n beroep op die reël.

Oosthuizen<sup>21</sup> is van mening dat alhoewel daar voor die inwerkingtreding van artikel 36 nooit 'n wisselwerking tussen 'n *ultra vires*-handeling en 'n *Turquand*-reël-situasie moontlik was nie, daar egter nou gevalle is waar die derde ten spyte van die werking van die leerstuk van toegerekende kennis nogtans deur die *Turquand*-reël beskerm sal word. As voorbeeld noem hy die volgende geval: die doelstellingsklousule beperk die maatskappy se leningsbevoegdheid tot R500 000

19 Vgl vir 'n soortgelyke voorbeeld Oosthuizen *Proefskrif* 261.

20 Vgl Meskin a w 54: "[I]t is, of course, impossible for directors to have authority to do something on behalf of the company which the company is incapable itself of doing."

21 *Proefskrif* 261.



en die statute bepaal daarbenewens dat voordat die direksie 'n leningsbevoegdheid van meer as R50 000 mag uitoefen, die direksie eers die toestemming van die die algemene vergadering moet verkry. Die volle leningsbevoegdheid word uitgeoefen. Daarna leen die direksie sonder die nodige voorafgaande toestemming nog R100 000. Ook in hierdie geval sal artikel 36 die maatskappy bind aangesien die algemene vergadering die direksie nie geldig kan magtig om 'n *ultra vires*-handeling aan te gaan nie. Gevolglik is die direksie se volmag slegs gebrekkig omdat die vermoë van die maatskappy oorskry is. Oosthuizen verklaar dat die vraag hier ontstaan

“of die derde hom op die *Turquand*-reël mag beroep indien die maatskappy agter die nie-nakoming van die interne vereistes probeer skuil. Hier sal die reël wel die derde beskerm. Die leerstuk van toegerekende kennis benadeel nie die posisie van derdes nie aangesien die derde nie uit die openbare dokumente kan vasstel of die optrede inderdaad buite die vermoë van die maatskappy val nie . . . Slegs in enkele uitsonderingsgevalle waar die handeling inderdaad *ultra vires* is, maar dit nie duidelik uit die openbare dokumente blyk nie, kan die derde onder die Reël beskerm word. Inderdaad het mens hier te doen met 'n situasie waar 'n *ultra vires*-handeling met beroep op die *Turquand*-reël geldigheid verkry”.

Dit is duidelik dat Oosthuizen hier, net soos in die vorige geval, verkeerd is omdat hy uit die oog verloor dat daar geen geldige interne vereiste is wat as verweer deur die maatskappy opgewerp kan word nie. Gevolglik geld artikel 36 en is daar geen plek vir die werking van die *Turquand*-reël nie. Die skrywer is van mening dat artikel 36 geen verandering meegebring het met betrekking tot die gemeenregtelike werking van die *Turquand*-reël nie. Soos in die verlede sal die *Turquand*-reël slegs toepassing by *intra vires*-handelinge vind. In beide voorbeelde hierbo vind die bepaling in die statute met betrekking tot interne vereistes slegs aanwending by *intra vires*-handelinge. Die feit dat die wetgewer in artikel 36 sekere *ultra vires*-handelinge geldig verklaar, regverdig nie die afleiding dat interne vereistes ook toepassing vind by *ultra vires*-handelinge nie. Dit is regtens onmoontlik. Die eindresultaat is dus dat artikel 36 geen verandering aangebring het aan die gemeenregtelike reël dat interne vereistes slegs gestel kan word ten opsigte van *intra vires*-handelinge nie. Waar die handeling *ultra vires* is en artikel 36 geld, bestaan daar geen aanwendingsgebied vir die *Turquand*-reël nie en gevolglik ook geen wisselwerking nie. Waar artikel 36 nie geld nie sal die *Turquand*-reël (indien dit hoegenaamd toepassing kan vind) eenvoudig moet wyk voor die sterk werking van die *ultra vires*-leerstuk. Artikel 36 het dus geen verandering aangebring aan die gemeenregtelike posisie dat die *Turquand*-reël slegs toepassing by *intra vires*-handelinge vind nie.

Oosthuizen<sup>22</sup> wys tereg daarop dat die praktiese effektiwiteit van artikel 36 ernstig aan bande gelê sal word indien die verwysing na “die direkteure” deur die howe geïnterpreteer word as synde die direksie en nie individuele direkteure deur hom (die direksie) gemagtig om namens die maatskappy op te tree nie. Hy wys ook sonder motivering daarop dat dit te betwyfel is of die voorskrif geïnterpreteer sal word as “the board of directors or any person authorized by them to act on behalf of the company”.<sup>23</sup> Dit is die skrywer se standpunt dat die howe nie die betrokke artikel kan interpreteer as synde ook van toepassing te wees op *ultra vires*-handelinge deur individuele direkteure nie. Die term “direksie” word nêrens in die Maatskappywet gebruik nie terwyl die term “die direkteure”

22 *ibid* 140.

23 *na v Naudé* 1974 *SALJ* 333 se standpunt.



gebruik word om na sowel die meervoud van 'n individuele direkteur as die direksie as geheel te verwys. Waar die wetgewer na 'n individuele direkteur verwys, gebruik hy die term " 'n direkteur" of "elke direkteur". Alhoewel die direksie oor die algemeen in die statute die bevoegdheid verkry om hul bevoegdhede aan byvoorbeeld die besturende direkteur te delegeer, is hierbo alreeds daarop gewys dat, afgesien van die feit of artikel 36 geld al dan nie, die maatskappy sy beperkte vermoë behou. Gevolglik kan die algemene vergadering of die direksie nie 'n individuele direkteur of enige ander persoon magtig om in die maatskappy se naam *ultra vires*-regshandelinge aan te gaan nie. Om te voorkom dat die eng toepassingsgebied van hierdie artikel nog meer beperk word, word aanbeveel dat die wetgewer dringend hieraan aandag skenk.

Samevattend kan verklaar word dat artikel 36 'n eng toepassingsgebied het wat deur die leerstuk van toegerekende kennis en ander faktore beperk kan word. Die trefwydte van die artikel moet nie deur regsgeleerdes oorskakel word nie. Die vraag kan gestel word of dit nie die belangrikste rede is waarom hierdie artikel nog nooit deur ons howe oorweeg is nie. Slegs *ultra vires*-handelinge wat voldoen aan die streng vereistes deur die wetgewer neergelê, is geldig. Aan die ander kant moet die trefwydte van artikel 36 egter ook nie onderskat word nie, aangesien hierbo daarop gewys is dat sekere bepalinge in die statute of nie-nakoming van interne vereistes nie die toepassing van die artikel sal fnuik nie. Bowendien, aangesien die *ultra vires*-leerstuk nie uitdruklik deur die wetgewer in artikel 36 afgeskakel is nie, behou sowel hierdie leerstuk as die leerstuk van toegerekende kennis hul gemeenregtelike werking waar die betrokke artikel nie geld nie.

#### 4 RATIFIKASIE

Die vraag ontstaan of die ratifikasie van 'n *ultra vires*-handeling enige rol kan speel in die lig van artikel 36 van die Maatskappywet. Voor die inwerkingtreding van hierdie artikel kon 'n *ultra vires*-handeling weens sy absolute werking nie geratifiseer word deur 'n meerderheid van lede<sup>24</sup> of selfs deur die eenparige toestemming van al die lede van 'n maatskappy nie.<sup>25</sup> In die eerste plek is dit duidelik dat waar artikel 36 geld, die maatskappy en die derde statutêre gebonde is en dat ratifikasie deur die maatskappy, vir doeleindes van hierdie eksterne gebondenheid, onnodig is. Naudé<sup>26</sup> is egter van mening dat waar artikel 36 nie geld nie — omdat die betrokke direkteur<sup>27</sup> sy volmag oorskry het weens 'n bepaling in die statute wat verklaar dat direkteure nie volmag sal hê om *ultra vires*-handelinge te verrig nie — ratifikasie wel 'n rol kan speel:

"Since the capacity and powers of the company no longer affect persons contracting with the company, ratification is logically possible in all cases where the person or persons who have represented the company exceeded their authority, irrespective whether the contract is *ultra vires* the company. Vis-à-vis the third party such a ratification should be effective."

Hierdie benadering is verkeerd. Met betrekking tot die voorbeeld wat Naudé gebruik, is alreeds hierbo<sup>28</sup> daarop gewys dat artikel 36 wel behoort te geld. Dus

24 Vgl *Edwards v Halliwell* 1950 2 All ER 1064 (CA) 1066-1067.

25 *Quadrangle Investments (Pty) Ltd v Witind Holdings Ltd* 1975 1 SA 572 (A) 579.

26 1974 SALJ 334.

27 Naudé (vgl vn 23 *supra*) is van mening dat a 36 wel toepassing kan vind by regshandelinge van individuele direkteure.

28 Sien teks by vn 18 *supra*.

verval die behoefte aan ratifikasie. Naudé se opvatting dat ratifikasie<sup>29</sup> in elk geval hier moontlik is, is egter ook verkeerd. Aangesien 'n maatskappy nooit magtiging aan 'n direkteur kan gee om 'n *ultra vires*-handeling te verrig nie, moet enige ratifikasie *ex post facto* ook ongeldig wees. Eintlik erken Naudé by implikasie dat sy standpunt verkeerd is aangesien hy verklaar<sup>30</sup> dat dit argumenteerbaar is dat 'n ontevrede lid moontlik 'n interdik kan aanvra om die ratifikasie te verbied van die kontrak wat buite die vermoë van die maatskappy val.

Waar artikel 36 dus geld, is ratifikasie deur die ledevergadering regtens onmoontlik. Dit maak egter nie saak nie aangesien die maatskappy en die derde ekstern gesproke in elk geval statutêr gebonde is. Ook na binne sou ratifikasie ongeldig wees. In artikel 36 het die wetgewer die gemeenregtelike reël dat lede met 'n afgeleide aksie skadevergoeding kan eis van direkteure wat hul volmag oorskry het, by implikasie erken. Gevolglik sou die maatskappy (of die lede met 'n afgeleide aksie) van die direksie skadevergoeding kon eis weens verbreking van hul vertrouensplig teenoor die maatskappy. Fredman<sup>31</sup> verklaar dat nie-teenstaande die feit dat 'n *ultra vires*-handeling nou moontlik geldig is, is so 'n handeling

“incapable of ratification because the articles are a contract and each member is entitled to have the affairs conducted in terms of that contract. Such ratification would be a breach of that contract.”

In die algemeen word hiermee saamgestem behalwe vir sover die verwysing na die statute eintlik 'n verwysing na die akte van oprigting moet gewees het. Die skrywer het reeds hierbo aangetoon dat artikel 36 se toepassingsgebied beperk is. Waar artikel 36 geld, sal dit wees omdat die handeling *ultra vires* was en die direkteure se gebrekkige volmag net daaraan te wyte was. Gevolglik verbreek 'n direkteur sy vertrouensplig, nie omdat hy buite die statute gehandel het nie, maar omdat hy buite die vermoë van die maatskappy, soos bepaal deur die hoofdoelstellingsklousule, gehandel het en regtens dus nie volmag kon hê nie. Ratifikasie van hierdie handeling deur die lede met 'n besluit sou daarom neerkom op 'n verbreking van die kontraksbepaling in die akte dat slegs *intra vires*-regshandelinge namens die maatskappy aangegaan mag word.<sup>32</sup> Waar die handeling *ultra vires* is en artikel 36 nie geld nie, geld die ou *ultra vires*-leerstuk steeds en sou ratifikasie deur middel van 'n besluit of deur middel van eenparige toestemming ongeldig wees. Die regsposisie is hier dus presies dieselfde as voor die inwerkingtreding van artikel 36.

Probleme kan ook ontstaan by *intra vires*-handelinge. Gestel die akte van oprigting magtig die maatskappy om geld te leen. Verder bepaal die statute dat slegs die direksie geld namens die maatskappy mag leen en dat hierdie bevoegdheid nie aan individuele direkteure gedelegeer mag word nie. Daar word ook in die statute bepaal dat die bedrag geld wat geleen mag word nooit meer as die helfte van die maatskappy se uitgereikte kapitaal mag oorskry nie tensy die toestemming van die algemene vergadering verkry is. In hierdie geval is dit

29 Ek veronderstel Naudé bedoel hier ratifikasie d m v 'n besluit.

30 1974 SALJ 334.

31 1982 SALJ 289.

32 Vgl *ibid* 290: “It is submitted that *ultra vires* acts will remain an exception to the rule in *Foss v Harbottle* despite the fact that they are beyond the capacity or powers of the company and are therefore incapable of ratification by a simple majority by an ordinary resolution.”

duidelik dat waar die direksie die algemene vergadering se toestemming benodig vir so 'n *intra vires*-handeling, dit by wyse van besluit verleen sal moet word. Hierdie toestemming wat verleen word, is nie ratifikasie nie maar die uitoefening van 'n bevoegdheid wat in die statute verleen is. Waar die direksie sonder die nodige toestemming die geld gaan leen, sal die maatskappy *prima facie* ingevolge die *Turquand*-reël aanspreeklik wees.

Meer problematies is egter die geval waar die besturende direkteur, in stryd met die statute wat bepaal dat slegs die direksie geld mag leen, 'n lening namens die maatskappy met 'n buitestaander aangaan. Regtens is die maatskappy nie gebonde aan hierdie *intra vires*-handeling nie aangesien die direkteur se volmag gebrekkig was en die derde dit weens die leerstuk van toegerekende kennis moes gewet het. Van die *Turquand*-reël kan hier nie sprake wees nie want die leerstuk van toegerekende kennis sal die derde se beroep uitskakel. Die statute bepaal immers uitdruklik dat slegs die direksie geld mag leen en dat hierdie bevoegdheid nie aan individuele direkteure gedelegeer mag word nie. Ratifikasie deur middel van 'n besluit sou ongeldig wees aangesien dit 'n afwyking van die bepalings van die maatskappy se statute sou wees waaraan die maatskappy en sy lede kontrakteel gebonde is. Alhoewel die handeling *intra vires* die maatskappy is, het die besturende direkteur geen volmag gehad nie. Een metode ter oplossing van die probleem sou wees om 'n spesiale besluit te neem ten einde die statute te wysig om nou voorsiening te maak dat die direksie hul bevoegdhede aan die besturende direkteur mag deleger. Indien hy daarna *de novo* so 'n lening sou aangaan en toestemming deur die algemene vergadering by wyse van 'n besluit aan hom verleen word, sal die maatskappy aan hierdie lening gebonde wees.

## 5 EENPARIGE TOESTEMMING

Om die bespreking van die wisselwerking tussen die verskillende leerstukke, reëls en beginsels in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg af te sluit, moet nog verwys word na die beginsel van eenparige toestemming.<sup>33</sup> In teenstelling met die reeds genoemde leerstukke en reëls, voer dit 'n selfstandige bestaan sonder enige noemenswaardige interaksie met die ander leerstukke.

Hierdie beginsel is deur die appèlhof oorweeg in *Gohlke & Schneider v Westies Minerale*<sup>34</sup> waar by monde van appèlregter Trollip bevind is<sup>35</sup> dat

“[t]he company and its members are bound only to the same extent as if the articles had been signed by each member, that is, as if they had contracted in terms of the articles. The articles, therefore, merely have the same force as a contract between the company and each and every member as such to observe their provisions . . . Consequently, I can see no reason why, as with any other contract, it cannot be departed from by a *bona fide* agreement conducted between the company and its members to do something *intra vires* of the company's memorandum but in a manner contrary to the articles, and why that agreement should not bind them, at least for as long as they remain the only members. Of course, for it to bind new members and affect outsiders, the agreement would probably

33 Vir 'n breedvoerige bespreking hiervan vgl Cilliers en Benade a w 292; De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 664 vn 938; Meskin a w 274 312 e v; Beuthin “The principle of unanimous consent” 1974 *SALJ* 2; Beuthin “More about special resolutions and unanimous consent” 1981 *SALJ* 261; Fourie “Unanimous assent and special resolutions” 1979 *SALJ* 263.

34 1970 2 SA 685 (A) 692.

35 met verwysing na a 16 van die SWA Companies Ordinance 19 van 1928 wat byna woordeliks ooreenstem met a 65(2) van die Maatskappywet.



have to be incorporated into the articles by a special resolution which would have to be registered.”

Om appèlregter Trollip se uitgangspunt in perspektief te sien, moet gelet word op die bewoording van artikel 65(2) van die Maatskappywet:

“Die akte en statute bind die maatskappy en sy lede, in dieselfde mate asof dit onderskeidelik deur elke lid onderteken is, tot nakoming, behoudens die bepalings van hierdie Wet, van al die bepalings van die akte en van die statute.”

Dit is duidelik dat die wetgewer hier die gemeenregtelike beginsel<sup>36</sup> wil bestendig dat die akte en die statute die maatskappy en sy lede kontraktueel bind. Aangesien sowel die gemenerereg as die wetgewer die kontraktuele verhouding tussen die lede en die maatskappy, soos geskep deur die openbare dokumente, as uitgangspunt aanvaar, is appèlregter Trollip se *obiter* benadering dat ’n informele eenparige afwyking van ’n maatskappy se statute geldig is, met die eerste oogopslag aantreklik. Aangesien *consensus* die basis van ’n kontrak is, waarom sou die lede nie eenparig daarvan kan afwyk nie?

Hierdie benadering lyk egter verkeerd omdat die wetgewer in artikel 65(2) verklaar dat die openbare dokumente die maatskappy en sy lede bind “behoudens die bepalings van hierdie Wet”. Hierdie woorde is ’n duidelike aanduiding dat die wetgewer hier besef dat alhoewel daar ’n kontraktuele verbondenheid is, hierdie kontrak slegs volgens die prosedure in die Wet neergelê gewysig kan word. Die enigste metode om regtens die akte en statute te wysig, is deur middel van ’n spesiale besluit.<sup>37</sup> Aangesien die beginsel van eenparige toestemming nie aan die vereistes van ’n spesiale besluit voldoen nie, sal ’n informele wysiging van die statute deur middel van eenparige instemming ongeldig wees.

’n Argument wat moontlik teen hierdie standpunt opgewerp kan word, is dat ’n afwyking van die statute nie op ’n wysiging daarvan neerkom nie. So ’n argument gaan egter nie op nie. In die kontraktereg beteken afwyking van ’n kontrak dat al die partye tot die kontrak deur middel van ’n nuwe ooreenkoms hulself verbind dat die regte voortvloeiend uit die oorspronklike kontrak gewysig word.<sup>38</sup> Aangesien die oorspronklike bedinge van die kontrak deur middel van ’n afwyking gewysig word, al is dit net deur middel van ’n opskorting daarvan, is dit in stryd met die uitdruklike bepalings van artikel 65(2) wat slegs ’n wysiging ingevolge die bepalings van die Maatskappywet toelaat. ’n Afwyking van die bepalings van die statute deur middel van gepoogde eenparige toestemming is regtens ’n informele wysiging daarvan en derhalwe ongeldig.<sup>39</sup>

36 Vgl Cilliers en Benade a w 84.

37 Vgl Fourie 1979 *SALJ* 263 wie se standpunte deur Meskin a w 94 312–313 aanvaar word.

38 Vgl *Venter v Bircholtz* 1972 1 SA 276 (A) 286 waar ar Jansen die onderskeid tussen wysiging en afwyking van ’n kontrak as logies moeilik regverdigbaar beskou.

39 Daarom is Oosthuizen 1975 *THRHR* 303 se standpunt verkeerd t o v ’n afwyking van bepalings in die akte van oprigting van ’n maatskappy.



# AANTEKENINGE

## PENSIOENVERWAGTINGE EN DISKRESIONÊRE BATEVERDELING BY EGSKEIDING

### Die probleem

Die hantering in ons huidige huweliksgoederereg van wat reeds 'n kwarteeu gelede tereg beskryf is as die "new property" (Reich "The new property" 1964 *Yale LJ* 733), dit is die pensioen- en versekeringsaansprake van getroude persone, is 'n aangeleentheid wat al hoe belangriker begin word. Die Suid-Afrikaanse regskommissie het reeds die aangeleentheid ondersoek (Werkstuk 4, Projek 41: *Ondersoek na die moontlikheid om voorsiening te maak dat 'n geskeide vrou in die pensioenvoordele van haar voormalige gade deel* (Oktober 1984)) en verskeie skrywers het aandag daaraan bestee (sien Van Wyk "Regsaanpassing vir inflasie: familiereg" 1984 *MB* 23; Sinclair *Inleiding tot die Wet op Huweliksgoedere* 1984 (1984) 75 e v; Van Zyl "Sharing of pension interest by spouses on divorce" 1985 *De Rebus* 343). In verskeie ander lande bestaan omvangryke wettereregtelike reëlings in hierdie verband.

'n Bepaalde aspek van die problematiek wat nou ook indirekte aandag in ons regspraak begin geniet, is die vraag watter rol die aansienlike pensioenverwagtings van 'n eggenoot wat vóór die inwerkingtreding van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 (1984-11-01) buite alle gemeenskap van goedere getroud is, in ons huidige egskedingsreg by die verdeling van bates speel.

Soos bekend is, het die invoeging van subartikels 7(3) tot en met 7(6) in die Wet op Egskeiding 70 van 1979 deur die Wet op Huweliksgoedere aan die hof 'n diskresionêre bevoegdheid verleen om by sulke huwelike, as 't ware as 'n noodmaatreël (Van Wyk 1985 *De Rebus* 61), 'n billike verdeling van bates te gelas. Kom ons veronderstel 'n egpaar wat op 1 Januarie 1970 getroud is. Die man is in diens van die staat of 'n semi-staatsinstelling en dus lid van die regeringsdienspensioenfonds of die pensioenfonds vir geassosieerde inrigtings. As sodanig is hy by aftrede geregtig op 'n pensioen ( $1/55 \times$  finale salaris  $\times$  aantal diensjare, wat bv teen 'n huidige professorale maksimum na 30 jaar diens  $\pm R28\ 000$  se jaarlikse pensioen sou lewer) en 'n aansienlike gratifikasie ( $6,72/100 \times$  finale salaris  $\times$  aantal diensjare, wat by soortgelyke gegewens 'n gratifikasie van  $\pm R102\ 000$  sou lewer). Sou hy te sterwe kom terwyl hy in diens is, ontvang sy weduwee 'n gratifikasie gelyk aan sy gratifikasie plus 5 maal sy jaarlikse pensioen, asook 'n pensioen gelyk aan die helfde van sy pensioen. Sou hy binne 5 jaar na sy aftrede te sterwe kom, ontvang sy weduwee 'n gratifikasie gelyk aan eenmaal sy jaarlikse pensioen en 'n pensioen gelyk aan die helfte van sy pensioen. (Die beginselargument verderaan sal nie verskil as hy in die privaatsektor is nie. Die openbare sektor word bloot as 'n gerieflike, gestandaardiseerde voorbeeld gebruik.)

Die man word nou deur sy nie-verdienende vrou vir egskieding gedagvaar en sy eis dat haar man gelas word om 'n bepaalde deel van sy bates aan haar oor te dra ingevolge die bepaling van artikels 7(3)–(6) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979, benewens 'n sekere bedrag aan maandelikse onderhoud. Subartikel 7(3) lui soos volg:

“'n Hof wat 'n egskiedingsbevel verleen ten opsigte van 'n huwelik buite gemeenskap van goed wat voor die inwerkingtreding van die Wet op Huweliksgoedere, 1984, gesluit is ingevolge huweliksvoorwaardes waardeur gemeenskap van goed, gemeenskap van wins en verlies en aanwasing in enige vorm uitgesluit is, kan, behoudens die bepaling van subartikel (4), (5) en (6), op aansoek van een van die partye by die huwelik, by ontstentenis van 'n ooreenkoms tussen hulle betreffende die verdeling van hulle bates, beveel dat dié bates, of dié gedeelte van die bates, van die ander party wat die hof billik ag aan eersgenoemde party oorgedra word.”

(Sien in die algemeen oor dié bepaling Sinclair 53–61; Sonnekus 1985 *De Rebus* 327; Dillon 1986 *CILSA* 271.)

Die vraag wat nou ontstaan, val in twee dele uiteen: (i) Is die man se pensioenverwagtinge 'n bate wat vir verdeling ingevolge subartikel 7(3) vatbaar is; of (ii) as dit nie 'n verdeelbare bate is nie, is die bestaan van so 'n pensioenverwagting 'n faktor wat by die verdeling van die egpaar se verdeelbare bates in ag geneem mag word en, indien wel, op welke basis?

### Is pensioen 'n verdeelbare bate?

Dit lyk duidelik dat volgens ons huidige positiewe reg 'n pensioenverwagting vóór aftrede (d w s vóór dit wat in die staatsdiens die “ontvriessingsgebeurlikheid” genoem word: sien 13 van die regskommissie se Werkstuk 4, Projek 41) slegs 'n *spes* is en nog geen reg nie:

“In my opinion the annuity enjoyed jointly by the deceased and his wife during his lifetime and enjoyed after his death by his widow, came into existence on his retirement. In terms of clause 26 of the second schedule there is only one annuity; it commences on the retirement of the employee. . .” (r Hoexter in *CIR v Nolan's Estate* 1962 1 SA 785 (A) 791C; sien ook Van Zyl 1985 *De Rebus* 343).

Hierdie siening word versterk deur artikel 37C van die Wet op Pensioenfonds 24 van 1956, wat 'n pensioenaanspraak uitdruklik uit 'n lid se boedel uitsluit en soos volg lui:

“Ondanks andersluidende bepalinge van 'n Wet of van die statute van 'n geregistreerde fonds . . . maak enige voordeel wat deur so 'n fonds ten opsigte van 'n gestorwe lid betaalbaar is, nie deel van die bates in die boedel van so 'n lid uit nie . . .”

Die feit dat regter Kriegler in die hof *a quo* in *Beaumont v Beaumont* 1985 4 SA 171 (W) die “wide generality” van die woord “assets” wat in subartikel 7(3) gebruik word, beklemtoon het (175F–G), kan myns insiens nog nie van 'n *spes* 'n bate maak nie. Dieselfde geld vir appèlregter Botha se goedkeuring in die appèluitspraak in *Beaumont v Beaumont* 1987 1 SA 967 (A) 989H van regter Kriegler se stelling dat in die hof *a quo* dat “there are no express or implied limits to the mechanics of the redistribution”.

Van 'n verdeling van die pensioen self kan daar dus geen sprake wees nie. Ook artikel 7(1)(b) van die Algemene Pensioenwet 29 van 1979 maak hieraan geen verskil nie. Dié bepaling lui soos volg:

“As die Minister . . . oortuig is dat . . . nie ten volle voldoen is nie aan 'n vonnis of bevel vir die betaling van geld wat voor of na die inwerkingtreding van hierdie Wet gegee of uitgereik is deur 'n geregshof teen 'n pensioentrekker in geregtelike verrigtinge vir die

ontbinding van die huwelik tussen bedoelde pensioentrekker en sy gade, kan die Minister . . . na goeë dunde gelas dat soveel van 'n jaargeld of voordeel wat aan bedoelde pensioentrekker betaalbaar is kragtens 'n pensioenwet as wat nie die bedrag van die bydraes of gelde wat nie betaal is nie of die bedrag van die vonnis of bevel waaraan nie voldoen is nie, te bowe gaan nie, aan daardie fonds of daardie gade, na gelang van die geval, betaal word . . .”

Hierdie artikel handel slegs oor 'n vonnis wat gegee is teen iemand wat reeds 'n pensioentrekker geword het en skep bloot 'n meganisme vir die direkte oorbetalings van veral onderhoudsbedrae aan 'n geskeide eggenoot van die pensioentrekker, soortgelyk aan artikel 12 van die Wet op Onderhoud 23 van 1963.

### **Pensioen as faktor by verdeling**

Die feit dat 'n pensioenverwachting nie self vatbaar vir verdeling ingevolge artikel 7(3) is nie, beteken nie dat dit nie 'n faktor is wat die hof by die verdeling van 'n egskeiding se verdeelbare bates in ag mag en sal neem nie.

Volgens artikel 7(5) van die Wet op Egskeiding neem die hof, benewens 'n eiseres se direkte of indirekte bydrae tot boedelgroei en die partye se bestaande vermoëns en verpligtinge (en twee ander genoemde faktore wat nie vir die onderhawige doeleindes van belang is nie) by 'n verdelingsbesluit in ag “enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in aanmerking geneem behoort te word” (7(5)(d)). In verskeie beslissings oor die aangeleentheid het die hof die baie wye betekenis van die woord “enige” (“any”) beklemtoon en bevind dat hulle geensins in hierdie opsig aan bande gelê is nie en byvoorbeeld ook die partye se skuld vir die verbrekking van die huwelik in ag mag neem (sien veral *Kritzinger v Kritzinger* 1987 4 SA 85 (K) 95G 96I; die appèlhofuitspraak in *Beaumont v Beaumont supra* 1987E 989D-E 994B-D; en ook *Grasso v Grasso* 1987 1 SA 48 (K) 59J)). Die hof mag dus enige faktor in ag neem wat na sy mening “warrants being taken into account” (*Kritzinger v Kritzinger* 96I).

In *Kroon v Kroon* 1986 4 SA 616 (OK) (opgesom in 1987 *De Rebus* 77) het regter Baker dan ook inderdaad in 'n oorwoë *obiter dictum* gesê dat 'n pensioenverwachting (*in casu* 'n regterspensioen) in ag geneem moet word by 'n verdeling van bates ingevolge artikel 7(3). In 'n uitspraak wat gegaan het oor *onderhoud* na egskeiding, onderskei hy (633-634) die vier elemente van 'n regterspensioen (dieselfde as die vier elemente van die pensioen wat hier as voorbeeld gebruik word), naamlik (1) die jaarlikse pensioen; (2) die gratifikasie; (3) die weduwee se jaarlikse pensioen; en (4) die weduwee se gratifikasie. Hy verklaar dan dat die weduweespensioen en -gratifikasie “may, and I think do, fall to be considered in any claim for a redistribution of property” (634H). Ten opsigte van die regter se eie gratifikasie het hy vroeër verklaar dat “it might conceivably be the subject of an order under sec 7(3) of the Divorce Act as amended by the 1984 Act” (634B-C), maar die regter se eie pensioen bespreek hy net as inkomstebron vir toekomstige onderhoud (634A-B).

In *Macgregor v Macgregor* 1986 3 SA 644 (K) 652C-D is eenvoudig, sonder enige gerapporteerde beredenering in die uitspraak, aangeneem dat 'n pensioenaanspraak wel as faktor by 'n verdelingsbevel in ag geneem moet word.

Dit skyn dus bo twyfel te staan dat 'n hof wat gevra word om 'n bevel ingevolge artikel 7(3) te maak, geregtig is om 'n pensioenaanspraak in aanmerking te neem by sy diskresieuitoefening.



### Basis van inagneming

Die volgende vraag is egter: op watter basis kan die hof so 'n pensioenaanspraak in ag neem? In *Kroon v Kroon supra* het regter Baker klaarblyklik in gedagte gehad dat die verlies van 'n toekomstige aanspraak op weduweespensioen en -gratifikasie deur 'n verdelingsbevel "vergoed" moet word. Blykbaar sou hy die man se eie gratifikasie op 'n soortgelyke basis in aanmerking neem.

Die vraag is egter of hierdie *obiter* sienings van regter Baker korrek is en of hy in hierdie verband nie deur ontoepaslike Engelse gesag beïnvloed is nie. Die Engelse Matrimonial Causes Act van 1973 het, vóór wysiging deur die Matrimonial Proceedings Act van 1984, bepaal dat die hof die partye moes probeer plaas in die finansiële posisie waarin hulle sou gewees het as die huwelik nie verbrokkel het nie (die oorspronklike a 25(1); sien Cretney *Principles of family law* (1984) 760). Binne die raamwerk van hierdie doelwit moes die hof ook die waarde van enige verlore pensioenvoordele in ag neem (ou a 25(1)(g); sien SA regs kommissie se werkstuk 4 43-45). In die wet soos in 1984 gewysig, is die voorskrif geskrap dat die partye sover moontlik geplaas moet word in die posisie waarin hulle sonder verbrokkeling sou gewees het, maar artikel 25(1)(h) bepaal nog steeds dat die hof in die besonder ag moet slaan op

"the value to each of the parties to the marriage of any benefit (for example, a pension) which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage that party will lose the chance of acquiring" (sien Cretney 806-810 hieroor).

Vergoeding vir verlore pensioenkanse word dus uitdruklik in die Engelse wet genoem en dit is op Engelse gesag in hierdie verband wat regter Baker in *Kroon v Kroon* steun.

In ons wetgewing is daar egter geen vergelykbare bepaling nie, en in die hof *a quo* in *Beaumont v Beaumont supra* het regter Kriegler ook tereg gewaarsku teen die gevaar om te swaar op die betrokke Engelse wet te steun (179I-180A).

In laasgenoemde uitspraak het regter Kriegler die volgende betekenisvolle woorde kwytgeraak (9175D-E):

"As regards the means and obligations of the parties (condition (a) in ss (5)) it is to be noted that only the existing means and obligations of the parties are to be considered. This is to be contrasted with the first guideline under ss (2), which refers to both existing and prospective means and obligations. *This tends to suggest that the determination of maintenance looks more to the future, whereas the question of redistribution looks more to the past - and possibly the present.* Such a conclusion is consonant with an intention on the part of the Legislature to permit a 'settling of accounts' upon divorce - and a final one" (my beklemtoning).

Die laaste frase in hierdie aanhaling is met goedkeuring na verwys in *Kritzinger v Kritzinger supra* 96F en deur die appèlhof in *Beaumont v Beaumont supra* 993F.

Hierdie bewoordingsverskil tussen artikels 7(2) en 7(3) dui daarop dat dit die *huidige waarde* van 'n pensioenaanspraak is wat by artikel 7(3) in ag geneem moet word, en nie die onseker toekomstige waarde van 'n salaristrekker of sy vrou se *spes* nie. Dit is inderdaad ook wat in *Macgregor v Macgregor supra* in aanmerking geneem is. Op 652 word verwys na die man se pensioenbydrae van R13 322 wat in daardie stadium 'n bedankingswaarde van R17 719 gehad het (by aftrede sou hy 'n maandelikse pensioen van R1 601 ontvang). Op 654 word die verdelingsbevel dan uitgereik op die basis dat die verweerder een derde moet kry van onder andere die "*present-day value* of defendant's pension fund".



As die eiseres in die onderhawige voorbeeld voldoening aan die ander vereistes in artikel 7(3)–(6) kan bewys, sal die man dus moet aanvaar dat die huidige bedankingswaarde van sy pensioen (d w s die bedrag wat hy sou ontvang indien hy nou sy bedanking sou indien) deur die pensioenfonds bereken word en deur die hof in aanmerking geneem word by die besluit ingevolge artikel 7(3). Dit lyk egter nie juis om, soos regter Baker in *Kroon v Kroon supra* gesuggereer het, die onsekere toekomstige waarde van 'n moontlike gratifikasie en 'n weduweespensioen en -gratifikasie in ag te wil neem nie. (Sien ook Van Zyl 1985 *De Rebus* 345 oor die gebruik van die “present cash value” van 'n pensioen deur die Amerikaanse hof. Die alternatiewe “reserved jurisdiction”-metode wat genoem word, lyk onversoenbaar met artikel 37C van die Wet op Pensioenfondse.)

### Die bydrae vereiste en die verdelingsomvang

'n Gedetailleerde analise van die verdere vereistes wat die eiseres moet bewys en van die omvang van 'n moontlike verdeling val buite die bestek van die huidige bespreking, maar twee uiters belangrike verbandhoudende aspekte moet tog nog beklemtoon word.

In *Beaumont v Beaumont supra* het die hof *a quo* die feite wat bewys moet word, soos volg geanaliseer:

“Subsection (4) contains two conjoined jurisdictional preconditions to the exercise of the discretion, namely some contribution by the one spouse to the estate of the other and, by reason of such contribution, fairness. Subsection (5), in turn, contains mandatory guidelines for the extent, form and mode of the transfer. The first is the contribution itself. Then follow three specific considerations and one general consideration” (175B–D).

Hierdie analise is deur appèlregter Botha in *Beaumont v Beaumont supra* 988H–J goedgekeur.

Die feitlike vereiste wat hier ter sprake is, is dus 'n bydrae deur die eiseres. Dit gaan uiteraard van die besondere omstandighede afhang of daar wel bewys is van 'n direkte of indirekte bydrae deur die eiseres

“that die instandhouding of groei van die boedel van die ander party, hetsy deur die lewering van dienste, of die besparing van uitgawes wat andersins aangegaan sou moes word, of op enige ander wyse” (subartikel 7(4)).

Dit is egter nodig om te beklemtoon dat die begrip “bydrae” volgens die appèlhof in *Beaumont v Beaumont supra* 'n wye een is en nie beperk is tot 'n bydrae wat die omvang van 'n nakoming van 'n gade se *ex lege*-onderhoudspelig oorskry nie:

“One searches in vain for any suggestion of a qualification of the nature of the contribution required, in the sense contended for by counsel [996G–H]. . . In my view there can be no doubt that the plain meaning of these words [in artikel 7(4)] is so wide that they embrace the performance by the wife of her ordinary duties of ‘looking after the home’ and ‘caring for the family’; by doing that, she is assuredly rendering services and saving expenses which must necessarily contribute indirectly to the maintenance or increase of the husband’s estate” (997F–G).

Hiermee is die teenoorgestelde betoog van Sonnekus (1986 *SALJ* 367) verwerp (sien ook die bespreking van die *Beaumont*-saak deur Sonnekus in 1987 *THRHR* 331, veral 336–338). Ook is in *Van Gysen v Van Gysen* 1986 1 SA 56 (K) 61I–62B 63I 64B aanvaar dat hulp in die huis en in die tuin 'n bydrae vir doeleindes van artikel 7(4) is. En in *Kritzinger v Kritzinger* is die man se opoffering van sy loopbaan ten gunste van sy vrou se loopbaan as 'n belangrike bydrae beskou (94C–95I).

Dit lyk dus asof dit baie moeilik vir die verweerder sal wees om sy huidige pensioenwaarde te beskerm deur die lewering van 'n bydrae deur die eiseres te ontken. Slegs as sy geen vinger in die huishouding of ten opsigte van die kinders verroer het nie en alles deur huishulpe of deur koshuise laat doen het, sal daar nie sprake van 'n bydrae deur die eiseres wees nie.

Ook wat die omvang van 'n moontlike verdelingsoorbetaling met inagneming van huidige pensioenwaarde betref, is dit duidelik dat die hof 'n baie wye diskresie het (ar Botha in die *Beaumont*-saak *supra* 987E). Dit blyk verder dat daar 'n onderlinge verband tussen 'n onderhoudstoekenning en 'n bateverdeling bestaan: hoe groter die bates wat toegeken word, hoe laer die onderhoud wat verhaal sal kan word, en omgekeerd (die hof *a quo* in die *Beaumont*-saak *supra* 184D-E; die appèlhof in dieselfde saak *supra* 992D-E; *Kroon v Kroon supra* 629I-630J). Dit is egter nie 'n onverbiddelike eis dat die hof, ter wille van die sogenaamde "clean break"-beginsel, die hoeveelheid bates wat toegeken word, moet maksimaliseer nie. Alles sal afhang van die omstandighede (die appèlhof in die *Beaumont*-saak *supra* 993A-E; Sonnekus 1987 *THRHR* 338 e v). By 'n kwantifisering sal daar verder selfs nie eers 'n uitgangspunt van een derde of een helfte gebruik word nie, maar die hof is heeltemal op sy diskresie aangewese. Die hof *a quo* in *Beaumont v Beaumont supra* 180C-D het wel sy goedkeuring aan die een-derde-benadering geheg en ook in *Kroon v Kroon supra* 638B was daar aanduiding van steun vir dié riglyn (afkomstig uit ouer Engelse uitsprake, maar ook daar op die terugtog), maar dit is uitdruklik deur die appèlhof in die *Beaumont*-saak *supra* 991E-H 998E-G verwerp. In *Van Gysen v Van Gysen supra* 65E-G is weer bevind dat daar geen aanduiding ten gunste van 'n outomatiese gelykop-verdeling is nie.

AH VAN WYK

*Universiteit van Stellenbosch*

### MINAGTING VAN DIE HOF EN VONNISBESPREKINGS VAN BESLISSINGS WAARIN 'N APPÈL HANGENDE IS

Dit is bekend dat daar dikwels uitsprake van die provinsiale afdelings van die hooggeregshof in die Suid-Afrikaanse hofverslae of byvoorbeeld die Prentice Hall-verslae gepubliseer word waarteen later geappelleer word. Die vraag ontstaan of dit behoorlik is dat so 'n uitspraak aan kommentaar in die vorm van 'n vonnisbespreking, aantekening of selfs 'n artikel in 'n regstydskrif onderwerp word nog voordat die appèl verhoor is. Die vraag het natuurlik ook betrekking op gevalle waar 'n ongerapporteerde uitspraak in 'n regstydskrif bespreek word op 'n tydstip nog voordat 'n appèl verhoor is wat teen so 'n uitspraak aangeteken is. In die bespreking wat volg, word kortliks ingegaan op die vraag in hoeverre die skryf en publikasie van sodanige kommentaar op die pleeg van die misdad minagting van die hof kan neerkom.

Die misdad minagting van die hof kan op 'n verskeidenheid maniere gepleeg word, soos deur woorde of gedrag tydens 'n werklike hofsitting wat die waardigheid, aansien of gesag van die regterlike amptenaar aantast; die publikasie van bewerings wat daarop bereken is om regters, landdroste of die regspleging deur die howe in die algemeen te minag of om die regspleging onbehoorlik onder verdenking te plaas; versuim om aan 'n hof bevel te voldoen; die omkoop van

'n getuie of regterlike beampte; om privaat, buite die hof, met 'n regterlike beampte in verbinding te tree en hom te beïnvloed om 'n sekere uitspraak te gee; of om inligting of kommentaar op 'n saak wat nog aanhangig (*sub judice*) is, te publiseer. Vir doeleindes van hierdie bespreking is slegs laasgenoemde aspek van belang. (Vir 'n bespreking van die misdaad oor die algemeen, sien Hunt *South African criminal law and procedure vol II Common-law crimes 2e* uitg deur Milton (1982) 178–210; Joubert (red) 6 *LAWSA* (1981) par 188–203; Snyman *Strafreg* (1986) 374–383.)

Om te begryp waarom die publikasie van kommentaar op aanhangige sake as minagting van die hof strafbaar is, is dit nodig om op die bestaansrede vir die misdaad te let. Die verbod op minagting van die hof het nie die beskerming van die waardigheid van regterlike amptenare in hulle individuele hoedanigheid ten doel nie, maar die beskerming van die regspleging. Dit is 'n openbare onreg — nie 'n private onreg nie. Deurdat die agting vir en waardigheid van 'n hof of regterlike beampte aangetas word, word die respek van die publiek vir die hof en die regspleging, en gevolglik vir die hele regsorde, ondermyn. As die agting vir en gesag van 'n hof ondermyn is, is die openbare belang self ondermyn aangesien die howe juis bestaan ter wille van die belange en welsyn van die hele gemeenskap (*Attorney-General v Crockett* 1911 TPD 893 926–927; *R v Torch Printing and Publishing Co (Pty) Ltd* 1956 1 SA 815 (K) 821; *S v Van Niekerk* 1972 3 SA 711 (A) 720H). Wat die publikasie van kommentaar op aanhangige sake meer in die besonder betref, is die doel van die bestrawwing van sodanige gedrag die oorweging dat howe in staat moet wees om tot 'n besluit te geraak sonder onbehoorlike beïnvloeding van buite. Kommentaar op aanhangige sake kan ook die ongewenste uitwerking hê dat dit getuies kan beïnvloed om nie te getuig nie of om valse of verdraaide getuienis af te lê, of om partye tot 'n siviele geding te beweeg om te swig voor druk om 'n saak te skik of byvoorbeeld sekere erkennings te maak, of selfs (hoewel dit minder waarskynlik is) om die vervolging te beweeg om 'n klage terug te trek of af te water. Dit ondermyn die publiek se vertroue in die juistheid van 'n uitspraak of die onpartydigheid van 'n hof: as die uiteindelijke uitspraak van die hof ooreenstem met die spekulasie of standpunt wat in die geskrif ingeneem is, kan die indruk gewek word dat die hof hom deur sodanige standpunt of spekulasie laat beïnvloed het — al was dit inderdaad glad nie die geval nie. As die uitspraak verskil van die spekulatiewe verwagtings wat geskep is, kan dit dalk weer beteken dat valse hoop geskep is en dat die publiek onwillig kan wees om die juistheid van die hof se bevinding te aanvaar (sien in hierdie verband die raak opmerkings van r Van Dijkhorst in *S v Harber: in re S v Baleka* 1986 4 SA 216 (T) 221A–E).

'n Saak is aanhangig vanaf die oomblik dat dit 'n aanvang neem (byvoorbeeld deur dagvaarding of inhegtenisneming) totdat dit finaal in die regsproses afgehandel is. Vir huidige doeleindes is dit van belang om daarop te let dat 'n saak se verloop in die regsproses nie beëindig is wanneer die hof van eerste instansie sy uitspraak gelewer het nie, maar eers wanneer die laaste moontlike appèl afgehandel is (*Attorney-General v Crockett supra* 904; *S v Van Staden* 1973 1 SA 70 (SWA) 76). Appèlle vanaf die provinsiale afdelings van die hooggeregshof geskied nie altyd outomaties nie; die reëls van die prosesreg maak daarvoor voorsiening dat 'n party of 'n beskuldigde binne 'n sekere tydperk nadat uitspraak in die provinsiale afdeling gelewer is, sekere stappe moet doen indien hy teen die uitspraak wil appelleer. 'n Beskuldigde in 'n strafsak moet naamlik



binne 'n sekere tydperk aansoek doen om verlof om te appelleer. As die tydperk verstryk het waarin die genoemde stappe gedoen is en dit duidelik is dat daar nie 'n appèl sal wees nie, kan met veiligheid aangeneem word dat die saak se verloop in die regsproses finaal tot 'n einde gekom het en dat kommentaar op die uitspraak (natuurlik binne die perke van billikheid) toelaatbaar is. Wat is die posisie indien kommentaar op die uitspraak gepubliseer word voordat sodanige tydperk verstryk het? Ofskoon daar sover vasgestel kon word geen gesag in hierdie verband in die gepubliseerde Suid-Afrikaanse regspraak is nie, sal ons howe na alle waarskynlikheid dieselfde standpunt inneem as wat in die Engelse reg ingeneem is, naamlik dat die regsproses gedurende hierdie tydperk nog nie as afgehandel beskou kan word nie en dat die publikasie van kommentaar gedurende hierdie tydperk wel neerkom op minagting van die hof (*R v Duffy* 1960 2 All ER 891).

Dit is nie enige geskrif of bespreking van 'n aanhangige saak wat tot 'n skuldigbevinding aan minagting van die hof lei nie. Ten einde tot so 'n gevolg aanleiding te gee, moet die inhoud van dit wat gepubliseer word die strekking hê om die eindresultaat van 'n geding te beïnvloed. In *S v Van Niekerk supra* 724H het hoofregter Ogilvie Thompson dan ook soos volg beslis:

"I accordingly hold that the test to be applied is whether the statement or document in issue tends to prejudice or interfere with the administration of justice in a pending proceeding." (Sien ook in *In re Norrie v Consani* 1932 CPD 313 316; *Makiwame v Die Afrikaanse Pers Bpk* 1957 2 SA 560 (W) 563.)

Die vraag is telkens die volgende:

"[I]f the facts as set forth in the document were accepted by the tribunal would this influence the case?" (*In re Norrie v Consani supra* 316; *S v Van Niekerk supra* 724D-E).

Die toets is besonder wyd. Dit maak nie saak of die verklaring inderdaad onder die aandag van die hof gekom het, en indien wel, of die hof dit geglo het en werklik daardeur beïnvloed is nie (*R v Hardy* 1904 NLR 359 369; *S v Van Niekerk supra* 724). Geen daadwerklike benadeling word dus vereis nie; indien dit wel vereis was, sou die mees verregaande pogings tot inmenging met die regspraak ongestraf toegelaat kon word bloot omdat die inmenging nie suksesvol was nie (*R v Hardy supra* 369). Dit is dus duidelik dat die feit dat dit hoogs onwaarskynlik is dat die betrokke hof of regter deur die geskrif beïnvloed sou word, geen verweer is nie. Indien dit wel 'n verweer was, sou mens die eenaardige situasie hê dat dit toelaatbaar sou wees om die ontvanklikheid vir beïnvloeding van individuele regters te ondersoek.

Publikasie van kommentaar op 'n aanhangige saak is voorts slegs strafbaar indien die skrywer of tydskrifredakteur wat vir die publikasie verantwoordelik is, die opset gehad het om die hof te probeer beïnvloed. Dit beteken eerstens dat so 'n persoon moet geweet het dat die saak nog aanhangig is. In die konteks van die situasie wat tans onder bespreking is, beteken dit dat die skrywer of redakteur moet geweet het dat daar teen die uitspraak wat bespreek word, gappelleer word of dat die tyd waarbinne aansoek om verlof tot appèl aangeteken kan word nog nie verstryk het nie. Opset in die vorm van *dolus eventualis* is voldoende vir aanspreeklikheid. Dit beteken dat opset aanwesig is as die skrywer of redakteur die moontlikheid voorsien het dat daar teen die uitspraak gappelleer gaan word, maar nie enige moeite gedoen het om vas te stel of dit wel die geval is nie en eenvoudig voortgegaan het met die publikasie.



Die opsetvereiste behels verder dat die skrywer of redakteur moet gewees het of die moontlikheid moet voorsien het dat die bespreking stellings of argumente bevat wat die uitspraak van die appèlhof kan beïnvloed of vooruitloop. Hierbo is aangetoon dat daar nie bewys hoef te word dat die appèlregters die geskrif inderdaad gelees het nie, en selfs nie eers dat dit waarskynlik is dat die appèlhof deur die geskrif beïnvloed sal word nie. Toegepas op die opsetvereiste beteken dit dat dit geen verweer vir die skrywer of redakteur is om te beweer dat hy van mening was dat die geskrif nie onder die aandag van die appèlregters sou kom nie, of, indien dit wel onder hulle aandag sou kom, dit hoogs onwaarskynlik is dat hulle daardeur beïnvloed sou word.

Dwaling ten aansien van 'n wesenlike vereiste vir aanspreeklikheid sluit opset uit. Dit beteken dat opset ontbreek as die skrywer of redakteur eerlik onder die indruk was dat daar nie geappelleer word teen die beslissing wat bespreek word nie of dat die bespreking niks bevat wat die uitspraak van die appèlhof kan beïnvloed nie (soos wanneer die redakteur bv onder die waan verkeer dat die bespreking wesenlik maar net neerkom op 'n opsomming van die verhoorhof se bevindings). Die feit dat die skrywer of redakteur nalatig opgetree het, is nie voldoende om hom of haar aanspreeklik te stel nie. Die skuldvorm wat by hierdie misdaad vereis word, is opset; nalatigheid is nie voldoende nie. (Sien *i v m* die opsetvereiste *Silber* 1952 2 SA 475 (A) 484D; *Foley* 1968 1 SA 694 (T) 697H; *Van Niekerk* 1970 3 SA 655 (T) 657F-G; *Gibson* 1979 4 SA 115 (D) 121.) Daar is 'n aantal sake waarin beslis is dat wanneer dit by die aanspreeklikheid van die pers vir die publikasie van kommentaar op aanhangige sake kom, opset nie bewys hoef te word nie (sien *S v Harber, in re S v Baleka supra* en beslissings waarna in hierdie saak verwys word). Hierdie vorm van skuldlose aanspreeklikheid is gegrond op die verreikende invloed van massakommunikasiemedia, soos dagblaaië, populêre algemene tydskrifte, die radio en televisie, op die gemeenskap in ons moderne samelewing. Omdat regstydskrifte normaalweg met betreklik lang tussenposes in 'n relatief klein oplaag verskyn, en bedoel is vir slegs 'n klein groep uitgesoekte lesers, kan dit beswaarlik aan 'n massakommunikasiemedium gelykgestel word. Daarom kan die opheffing van die opsetvereiste in gevalle van die aanspreeklikheid van die pers na my mening nie by wyse van analogie uitgebrei word na die aanspreeklikheid van 'n redakteur van 'n regstydskrif nie.)

Uit die voorafgaande bespreking van die regsvereistes vir aanspreeklikheid in hierdie gevalle van minagting van die hof, blyk dit onomstootlik dat die skrywer van 'n vonnisbespreking van 'n beslissing wat nog aan appèl onderhewig is, of die redakteur van 'n regstydskrif wat toelaat dat dit gepubliseer word, hom aan minagting van die hof skuldig kan maak. Om hierdie rede is dit raadsaam vir voornemende skrywers van 'n vonnisbespreking of aantekening in 'n regstydskrif om versigtigheid aan die dag te lê. Dikwels is daar 'n aansienlike tydsvloerloop (bv 'n jaar) tussen die skryf van 'n bespreking en die publikasie daarvan, en as publikasie plaasvind nadat die uitspraak op appèl reeds gelewer is, is daar natuurlik van minagting van die hof geen sprake nie. (In die ietwat vergesogte denkbeeldige geval waar 'n skrywer 'n bespreking skryf *met die opset* om 'n hof van appèl te beïnvloed, maar hy nie in sy doel slaag nie omdat die publikasie eers verskyn nadat die hof van appèl sy uitspraak gegee het, kan die skrywer aan poging tot minagting van die hof skuldig bevind word.)

Hier word nie betoog dat 'n voornemende skrywer van 'n vonnisbespreking in ieder en elke geval voordat hy sy bespreking skryf, eers navraag moet doen

(bv by die prokureur van een van die litigante) of die uitspraak in appèl geneem word of nie. Die skrywer moet hom laat lei deur omstandighede, soos die datum waarop die uitspraak gegee is. Indien hy geen rede het om te dink dat die uitspraak aan appèl onderhewig is nie, pleeg hy nie die misdaad as hy voortgaan om die vonnisbespreking te laat publiseer nie, want hy het dan geen opset om 'n hof van appèl te beïnvloed nie. Waar hy egter om welke rede ook al 'n vermoede het dat die uitspraak in appèl geneem mag word, behoort hy eers navraag te doen. Veral voornemende skrywers van besprekings van ongerapporteerde beslissings behoort in hierdie verband versigtig te wees, te meer as die datum van die beslissing wat bespreek staan te word redelik onlangs is. Die blote feit dat mens te doen het met 'n ongerapporteerde beslissing van 'n provinsiale afdeling van die hooggeregshof waarin byvoorbeeld 'n nuwe regspunt beslis is, gekoppel met die feit dat die beslissing nog nie gerapporteer is nie, behoort 'n voornemende skrywer op sy hoede te stel.

Die redakteur van 'n regstydskrif moet hom ook deur omstandighede laat lei by sy besluit of 'n vonnisbespreking geplaas mag word of nie. Dit sou na my mening verkeerd wees om te beweer dat daar in alle gevalle 'n plig op 'n redakteur rus om by ontvangs van 'n vonnisbespreking eers navraag te doen of 'n appèl hangende is in die saak wat bespreek word. Die plig ontstaan eers wanneer hy rede het om te glo dat 'n appèl dalk hangende is. Die datum waarop die beslissing gerapporteer is, verwysings na 'n appèl in die openbare pers in die geval van 'n verhoor wat groot openbare belangstelling uitgelok het, of 'n mededeling in verband met 'n appèl wat hy toevallig uit 'n ander bron ontvang het, is almal faktore wat in hierdie verband 'n rol speel.

'n Redakteur behoort op sy hoede te wees indien hy 'n bespreking ontvang van iemand wat as prokureur, advokaat of getuie in die saak opgetree het. Hiermee word nie te kenne gegee dat sodanige persone geensins vonnisbesprekings van 'n saak waarin hulle opgetree het, behoort te skryf nie. Gevalle is trouens bekend van vonnisbesprekings wat deur advokate geskryf is van sake waarin hulle opgetree het. (Sien bv die bespreking van *S v September* 1972 3 SA 389 (K) deur Rossouw 1973 *THRHR* 161-165 en dié van *S v Bailey* 1982 3 SA 772 (A) deur Van Zyl 1982 *THRHR* 437-439 — nie een van hierdie vonnisbesprekings was egter ten opsigte van 'n saak waarin 'n appèl hangende was nie.) Indien 'n vonnisbespreking kort nadat die uitspraak gelewer is deur iemand geskryf is wat, soos bogemelde persone, direk by die saak betrokke was, behoort 'n redakteur op sy hoede te wees omdat sodanige persone 'n motief sou kon hê om deur middel van die publikasie van 'n vonnisbespreking 'n hof van appèl te probeer beïnvloed.

CR SNYMAN

*Universiteit van Suid-Afrika*

### IS KONTRAKBREUK MOONTLIK BY 'N OPSIEKONTRAK?

Om in hierdie stadium nog te vra of kontrakbreuk van 'n opsiekontrak moontlik is, klink miskien effens laf: die appèlhof het immers al ses en vyftig jaar gelede in *Boyd v Nel* 1922 AD 414 'n onomwonde bevestigende antwoord op dié vraag gegee en die korrektheid van die antwoord word nie deur latere regspraak of deur skrywers in twyfel getrek nie. Maar ten spyte daarvan, as 'n mens na die

konstruksie van 'n opsie kyk, kan jy soms tog nie help om 'n bietjie te wonder nie.

Soos bekend, is die konstruksie wat algemeen in ons reg aanvaar word dat 'n mens by 'n opsie te doen het met 'n aanbod om 'n bepaalde kontrak te sluit (die substantiewe aanbod) gepaard met 'n kontraktuele onderneming deur die aanbieder om die substantiewe aanbod vir 'n bepaalde (of bepaalbare) tyd in stand te hou (sien bv *Boyd v Nel supra*; *Hersch v Nel* 1948 3 SA 686 (A); *Venter v Birchholtz* 1972 1 SA 276 (A)). Indien die saak niks verder gegaan het nie, met ander woorde indien 'n opsiekontrak slegs 'n verbintenis geskep het met as inhoud 'n reg vir die opsienemer op instandhouding van die substantiewe aanbod en 'n ooreenstemmende verpligting tot instandhouding vir die opsiegewer, sou die vraag wat hierbo gestel is nie ontstaan nie. Soos enige ander verbintenis sou ook hierdie een gebreek kon word, meer bepaald deur herroeping van die substantiewe aanbod. Maar nou skyn die posisie verder te wees dat die opsiekontrak die substantiewe aanbod inderdaad *onherroeplik* maak (sien daaromtrent *Thompson v Van der Vyver* 1954 2 SA 192 (K); De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 29; Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 54; Kritzinger "The irrevocable offer" 1983 *SALJ* 441). Dit beteken myns insiens dat die opsiekontrak nie 'n verbintenis skep wat die verpligting op die opsiegewer lê om die substantiewe aanbod in stand te hou nie of beoog om so 'n verbintenis te skep nie. Die substantiewe aanbod gaan immers vir 'n sekere tyd in stand bly, wat die aanbieder ook al doen, en om in sodanige omstandighede te praat van 'n verpligting om dit in stand te hou, is sinloos. Dit lyk eerder of 'n mens hier te doen het met 'n ooreenkoms waardeur die aanbieder homself sy bevoegdheid om die aanbod te herroep vir 'n sekere tyd ontnem (sien Van Rooyen "Aspekte insake die konstruksie van die opsie" 1974 *De Jure* 120; vgl Asser-Rutten II (1982) 58 102; Bloembergen en Kleyn (reds) *Contractenrecht II* par 567-569). Indien dit so is, kan ek, ten spyte van die besware wat deur onder andere professor Kerr ("Offers, offers said to be irrevocable, options, rights of pre-emption and double sales" 1981 *SALJ* 6) en Kritzinger (in die artikel in die 1983-*SALJ* waarna hierbo verwys is) geopper word, geen beginselbeswaar daarteen sien dat die aanbieder die beperking ook deur 'n eensydige regshandeling bewerkstellig nie. Die gedagte dat 'n persoon sy regte (of bevoegdhede) deur eensydige optrede kan beperk, is immers nie vreemd aan ons reg nie. (Vgl nog 'n keer die gedeeltes uit Asser-Rutten II en *Contractenrecht II* waarna hierbo verwys is; sien ook Beinart "Offers stipulating a period for acceptance" 1964 *Acta Juridica* 200; *Musa v Fischat* 1980 2 SA 167 (SOK).)

'n Mens kan moontlik ook redeneer, hoewel nie sonder 'n aansienlike mate van spitsvondigheid nie, dat die opsiekontrak wel 'n verbintenis skep wat die verpligting vir die opsiegewer inhou om die substantiewe aanbod in stand te hou maar dat dié verbintenis onmiddellik by die ontstaan daarvan vervul word deur die onherroeplikwording van die substantiewe aanbod. Maar hoe dit ook al sy, of 'n mens nou te make het met 'n beperking van die opsiegewer se bevoegdheid om te herroep of met 'n verbintenis wat gelyktydig met die ontstaan daarvan vervul word, kontrakbreuk (ofte wel verbintenisbreuk) ten aansien van die sogenaamde verpligting om die substantiewe aanbod in stand te hou, lyk nie moontlik nie. (Ander verbintenisse wat uit die opsiekontrak kan ontstaan, bv waar daar 'n teenprestasie vir die opsie beding word, is hier natuurlik nie ter sprake nie.)



Van Rensburg en Treisman *The practitioner's guide to the Alienation of Land Act* (1984) 68 gee 'n effens ander inhoud aan die opsiekontrak as die een wat hierbo ter sprake is. Hulle verklaar naamlik:


"In terms of this option contract the holder of the option acquires the right that the grantor of the option shall do nothing which will prevent a valid, efficacious contract from coming into existence if the substantive offer is accepted (i.e. by an exercise of the option by the option holder)."

"Efficacious contract" beteken hier waarskynlik een wat *in forma specifica* ver-  
 vulbaar en afdwingbaar is. Só gesien, ontstaan daar wel 'n verbintenis uit die  
 opsiekontrak maar nie een om die substantiewe aanbod in stand te hou nie (dié  
 aanbod sal per slot van rekening nog steeds onherroeplik wees); wel een wat die  
 negatiewe verpligting op die opsiegewer plaas om niks te doen om die moontlike  
 totstandkoming van 'n *in forma specifica* vervulbare en afdwingbare (substan-  
 tiewe) kontrak te verhinder nie. Ten aansien van dié verbintenis is verbinten-  
 nisbreuk (kontrakbreuk) wel moontlik, maar slegs deur onmoontlikmaking van  
 die prestasie wat ingevolge die substantiewe kontrak verskuldig mag word. Die  
 totstandkoming van 'n "efficacious contract" kan immers nie belet word deur  
 die gepoogde herroeping van die substantiewe aanbod of deur 'n verklaring dat  
 die opsiegewer nie bereid is om die substantiewe kontrak uit te voer nie.

Die probleem wat hier aangeraak is, is nie die enigste waartoe die opsie aan-  
 leiding gee nie; ander probleme blyk onder andere uit artikels deur Joubert ("Die  
 opsie: 'n voorwaardelike reg?" 1971 *THRHR* 380; sien ook sy *General principles*  
*of the law of contract* 54-55); Zeffert ("Some thoughts on options" 1972 *SALJ*  
 152) en Van Rooyen (die artikel in 1974 *De Jure* waarna hierbo verwys is). Die  
 probleme hou egter almal verband met die teoretiese verklaring van dit wat in  
 die praktyk gebeur. In die alledaagse regsverkeer funksioneer die opsie uitstekend  
 en lewer dit skynbaar geen probleme op nie; en dit is per slot van rekening die  
 belangrikste. Dit sou aanmatigend van 'n akademikus wees om te verwag dat  
 die konstruksie of toepassing van 'n bepaalde regsfiguur gewysig moet word net  
 omdat hy nie in staat is om al die insidente van daardie figuur soos dit deur  
 die howe toegepas word, bevredigend te verklaar nie.

JG LOTZ

*Universiteit van Suid-Afrika*

WERSKRIJF	
FAKULTEIT: RECHTSWETENSCAP	
	1990-04-24 DATUM
UNIVERSITEIT	STRAAT



## A CISKEIAN (AND EAST GERMAN) CAT AMONGST THE ENGLISH PIGEONS: ON THE SLIPPERY SLOPE TO RECOGNITION

**Gur Corporation v Trust Bank of Africa Ltd 1986 3 WLR 583**

In 1983 Harris stated:

“[T]here will come a time when, if the Transkei and other independent homelands survive the pressure of non-recognition, the same problem as arises with the illegal but successful acquisition of territory will have to be faced. In that context, international law has ultimately ‘faced the facts’ and, by a process of general recognition, acknowledged the changed situation” (*Cases and materials on international law* 3ed (1983) 89).

A small step on this “facing the facts exercise” appears to have been taken by the English court of appeal in *Gur Corporation v The Trust Bank of Africa Ltd* 1986 3 WLR 583.

Succinctly put, in this case a construction contract had been entered into between the government of Ciskei and the Gur Corporation. The Trust Bank had provided a guarantee for US\$375 000; any amount claimed under this guarantee would be payable on receipt of a certificate from the Ciskeian department of public works, signed by a registered quantity surveyor to the effect that such amount was payable. The Gur Corporation requested the return of its deposit of \$300 000 held by the Trust Bank, but this was refused because the Ciskeian government claimed that it had suffered damage in excess of the amount of the guarantee. The Gur Corporation issued a summons against the Trust Bank for the sum of \$300 000, claiming that the guarantee had expired; Trust Bank served a third party notice on the Republic of Ciskei claiming a declaration that the guarantee had expired without a valid demand being made on it. The question of the *standing of the Ciskei* was raised by the court.

Before this case can be discussed any further, however, it is imperative to go back two decades to the decision of the House of Lords in *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd* 1967 AC 853. Ever since this case there has been a problem in English courts regarding the executive’s refusal to recognise a foreign entity as a state. The meaning and purpose of non-recognition is simple and straightforward: the United Kingdom expresses its disapproval of the foreign entity, its origin and its policies. Therefore the United Kingdom regards it as

non-existent, denies efficacy to its institutions, law and activities (though there may possibly be certain limited exceptions in matters of a purely private nature). In particular, the United Kingdom denies an unrecognised state the right to become a party to a treaty, refuses to accept a diplomatic note or other official communication, or to recognise a passport issued by it. Diplomatic immunities are non-existent. *In law*, therefore, the non-recognised state does not exist. It is, if one prefers so to put it, a nullity. *In fact*, of course, it may exist.

To a lawyer this may not be such an unfamiliar situation. As declared by Mann when he discussed the *GUR Corporation* case:

"In law a contract may be null and void and unenforceable, but in fact may have been concluded and performed" ("The judicial recognition of an unrecognised state" 1987 *ICLQ* 348).

In the *Zeiss* case a statute passed by the unrecognised German Democratic Republic in its own name was given effect to in England, because it was deemed to have been sanctioned by the alleged lawful sovereign, the Soviet Union. Such a result was derived from a sentence in the Foreign Office certificate which had certified that:

"Her Majesty's government have recognised the State and government of the USSR as *de jure* entitled to exercise governing authority in respect of the Soviet zone of occupation."

Everything done by the German Democratic Republic in its own name and under its own flag was *deemed* to be done by or with the authority of the Soviet Union, and thus carried the Soviet seal of validity and efficacy. The *practical effect*, therefore, was that the German Democratic Republic had in English courts exactly the same status *as if* it had been recognised *de iure*.

It would appear as if a similar situation has now arisen in the court of appeal's consideration of *GUR Corporation v The Trust Bank of Africa Ltd* and that the *effect* of the decision is that the party before the court was not the Republic of South Africa, *but* the non-recognised Republic of Ciskei represented by its department of public works.

To get back to the facts of that case. In *GUR Corporation v the Trust Bank of Africa Ltd* the plaintiffs had built a hospital and two schools for the department of public works of the Republic of Ciskei. The plaintiffs demanded from the defendant bank the return of a deposit of \$300 000 in respect of a guarantee given by it to the building owners. The defendants appear to have joined the building owners as a third party and the question before the court was whether the latter could be sued in an English court. Steyn J in the Queens Bench Division, answered in the negative, but the court of appeal (Sir John Donaldson MR, Nourse and Glidewell LJJ) reversed this decision. The court of appeal referred to the Status of Ciskei Act which was passed by the Republic of South Africa in 1981 to set up the Republic of Ciskei and to the Republic of Ciskei's Constitution Act 1981 whereby the "Republic's" department of public works was created. Although the Foreign and Commonwealth Office had certified that Ciskei was not recognised as a state either *de iure* or *de facto*, the court looked at section 3(1) of the South African Status of Ciskei Act 1981 according to which "the legislative Assembly of Ciskei . . . may . . . make laws (including a constitution) for the Ciskei" and regarded this as "a straight-forward delegation of legislative power" to Ciskei as a *subordinate body* of the Republic of South Africa.

As stated above, the effect of the court of appeal's decision is much the same as in the *Zeiss* case (*supra*) namely that the party before the court was not the Republic of South Africa, but the non-recognised Republic of Ciskei represented by its department of public works. (In the case of *Zeiss* the practical effect was that the German Democratic Republic had the same status in English courts as if it had been recognised *de iure*.)

As the court of appeal saw it, doubt arose from the Foreign and Commonwealth Office's statement on the Ciskei that Her Majesty's government has not taken and does not have a formal position as regards the exercise of governing authority over the territory of Ciskei. Two further statements from the Foreign and Commonwealth Office were also before the court. The one certified that Her Majesty's government did not recognise the Republic of Ciskei as an independent, sovereign state, either *de iure* or *de facto*. The second certified that Her Majesty's government did not have a formal position as regards the exercise of governing authority over the territory of Ciskei and that it had made certain representations to the South African government about certain matters occurring in Ciskei.

As a consequence of these obscure policy statements Nourse LJ declared:

"The rule that the judiciary and the executive must speak with one voice presupposes that the judiciary can understand what the executive has said. In most cases there could hardly be any doubt in the matter. But in a case like the present, where there is a doubt, the judiciary must resolve it in the only way they know, which is to look at the question and then construe the answer given. It is not for the judiciary to criticise any obscurity in the expressions of the executive nor to inquire into their origin or policy. They must take them as they stand" (604).

By using the formula of the *Zeiss* case (*supra*) the court of appeal framed for consideration the question

"whether the Ciskei certificates, either alone or taken in conjunction with other evidence, point to any superior authority, of which the courts can take cognisance, as supplying the requisite authority to enable the government of the Republic of Ciskei to undertake executive, administrative or legislative acts" (601-602).

The court of appeal answered this question in the *affirmative*. Donaldson MR found that the certificates pointed to the Republic of South Africa as the *de iure* authority in the Ciskei and concluded that the effect of these certificates was that Her Majesty's government recognised the Republic of South Africa as *de iure* entitled to exercise governing authority in the Ciskei. As a result of this, the order was made that the government of the Republic of Ciskei has *locus standi* in the English courts as a "subordinate body set by the Republic of South Africa on its behalf" (603).

It would appear that the court of appeal has now placed the Ciskei in the same position as that in which the House of Lords put East Germany in the *Zeiss* case. The approach of the appeal court relied heavily on the decision of the House of Lords in the *Zeiss* case and in fact very closely followed the reasoning of Lord Reid in that case. (According to Beck "A South African homeland appears in the English courts: legitimation of the illegitimate" 1987 *ICLO* 350 this was an error.) Donaldson MR concludes in so many words that

"the legal status of the Republic of Ciskei and its government is indistinguishable from that which obtained in the case of the GDR and its government" (602-603).

David Lloyd Jones writing in the *Cambridge Law Journal* submits that the court of appeal was fully justified in holding that Ciskei fell within the exception of

the *Zeiss* case which held that the German Democratic Republic had the same status in English courts as if it had been recognised *de iure*. (See "Recognition of states and governments — Republic of Ciskei" 1987 *CLJ* 7.)

Beck, who is critical of the approach of the appeal court, does, however, admit the significance of the decision for the Ciskei:

"Although Ciskei was only accorded the status of a subordinate body, even this is on the slippery slope to legitimacy: after all, the precedent used to justify this approach involved the case of the German Democratic Republic" (*op cit* 362).

Does this mean that a deduction can be made that English courts, are, in keeping with some decisions in the United States, moving towards a position which holds that non-recognition cannot be pressed to its ultimate logical limit? That where private rights, or acts of everyday occurrence, or perfunctory acts of administration are concerned, the courts may, in the interests of justice and common sense, where no strong consideration of public policy to the contrary has to prevail, give recognition to the actual facts or realities found to exist in the territory in question?

In the United States some glimmerings of this position can be found — admittedly as no more than *dicta*, but they are *dicta* by judges of some authority. In the American civil war case of *US v Insurance Companies* 89 US 199 (1874) 103 the United States supreme court applied the following rule:

"All the enactments of the *de facto* Legislatures in the insurrectionary States during the war, which were not hostile to the Union or to the authority of the General Government and which were not in conflict with the Constitution of the United States, or of the States, have the same validity as if they had been enactments of legitimate Legislatures."

In *Sokoloff v National City Bank* 239 NY 158 (1924) 165 Cardozo J in the New York court of appeals proposed as the correct test, without having to apply it to the facts of the case, that an unrecognised government which has established itself in control of its state's territory could have its acts and decrees recognised.

In *Upright v Mercury Business Machines Co Inc* 213 NY 2d 417 (1961) 419 in which, as in the *Zeiss* case, the acts of a public institution of the German Democratic Republic were in issue, the New York supreme court stated:

"A foreign government, although not recognised by the political arm of the United States government, may nevertheless have *de facto* existence which is juridically cognisable. The acts of such a *de facto* government may affect private rights and obligations arising either as a result of activity in, or with persons or corporations within, the territory controlled by such *de facto* government."

(For the opposite view, however, see *The Maret* 145 F 2d 431 (1944) 442.) Rebecca Wallace declares that the *Sokoloff* and *Upright* cases show a willingness to modify the legal consequences of non-recognition and that they indicate common sense and fairness (*International law* (1986) 78).

An *obiter dictum* of Lord Denning in *Hesperides Hotels v Aegean Holidays Ltd* 1978 QB 205 (CA) 218 which mitigates the strict non-recognition rule is strongly reminiscent of the sentiments expressed in the *Mercury Business Machines* case (*supra*).

*Hesperides Hotels v Aegean Holidays Ltd* concerned two hotels owned by the Greek Cypriot plaintiffs which were being run by Turkish Cypriots with the approval of the Turkish Cypriot administration which had governed the part of Cyprus in which the hotels were located since the armed invasion of Cyprus by Turkey in 1974. The plaintiff's action in trespass was rejected by the court of appeal for lack of jurisdiction on the basis of English conflict-of-law rules.



Addressing the fact that the United Kingdom continues to recognise the pre-invasion constitutional government of Cyprus as the *de iure* government of the whole of Cyprus and does not recognise the Turkish administration *de iure* or *de facto* (and had produced to the court a certificate to this effect), Lord Denning stated *obiter*:

“If it were necessary to [do so] . . . I would unhesitatingly hold that the courts of this country can recognise the laws or acts of a body which is in effective control of a territory even though it has not been recognised by Her Majesty’s Government *de iure* or *de facto*: at any rate, in regard to the laws which regulate the day to day affairs of the people, such as their marriages, their divorces, their leases, their occupations, and so forth; and furthermore that the courts can receive evidence of the state of affairs so as to see whether the body is in effective control or not.”

Where do the cases of *Zeiss*, *Hesperides Hotels* and *GUR Corporation v Trust Bank of Africa* lead us? They show that English courts need not be so severely restricted in cases concerning the cognisance of acts of “unrecognised” governments. There appears to be no compelling reasons for restricting the exception in the *Zeiss* case to governmental acts directly affecting family or property rights of individuals. The divorce of *executive recognition* from *judicial cognisance* — subject to the limitation of public policy — appears to have been precipitated.

One may differ as to these conclusions. What does appear clear, however, is that the court of appeal has successfully sidestepped, in a particular case, the problem of non-recognition. It did this by using the gap created for it by the House of Lords in the *Zeiss* case.

Who would ever have dreamt that the paths of the Republic of Ciskei and the German Democratic Republic would cross in the English appeal court?

GN BARRIE

*Rand Afrikaans University*

## PROTOKOL I TOT DIE GENEEFSE KONVENSIES VAN 1949 – GEWOONTEREGTELIKE VOLKereg?

S v Petane 1987-11-03 saak no ss 221/87 (K) (ongerapporteur)

Baie min volkeregtelikes sou seker die vraag of Protokol I tot die Geneefse Konvensies van 1949 alreeds as gewoonteregtelike volkereg beskou kan word, met erns bejeën. Protokol I, wat betrekking het op die beskerming van slagoffers van internasionale gewapende konflikte, en Protokol II, wat betrekking het op die beskerming van slagoffers van interne gewapende konflikte, is op 8 Junie 1977 te Genève aanvaar. Hierdie protokolle is aanvaar deur ’n diplomatieke konferensie wat vanaf 1974 tot 1977 in vier sessies gesit het en wat deur die Switserse federale raad byeengeroep is. Suid-Afrika het slegs die eerste sessie van die konferensie bygewoon en het nóg die protokolle onderteken, nóg later getoetree. Protokol I (a 1(4)) bepaal dat

“armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in their exercise of their right of self-determination”,

internasionale konflikte is. Die gevolg hiervan is dat persone wat aan sodanige konflikte deelneem en later gevang word, op krygsgevangene-status geregtig sal wees. Dié protokol, in stryd met die algemene reëls van die volkereg, stel geen verdere vereistes vir die “verheffing” van ’n interne konflik na ’n internasionale konflik nie. Daarenteen stel Protokol II, wat op interne gewapende konflikte betrekking het, meer vereistes voor binnelandse oproer as ’n interne konflik beskou kan word as wat Protokol I vir ’n internasionale konflik stel: die opstandelinge, georganiseer en onder verantwoordelike bevel, moet naamlik in beheer van ’n deel van die land wees sodat hulle in staat sal wees om militêre operasies uit te voer en die reëls van oorlog na te kom. Protokol I se verheffing van interne oproer en interne konflikte tot internasionale konflikte in die geval van ’n gewapende stryd teen ’n sogenaamd rassistiese regering, is eensydig en in besonder teen Suid-Afrika gerig. Die kans is dus skraal dat Suid-Afrika ooit daartoe sal toetree of dit in die praktyk sal toepas.

Ratifikasies en toetredes tot Protokol I kom in die internasionale gemeenskap drupsgewyse voor. Aan die ander kant het die president van die Verenigde State van Amerika pas in Januarie 1987 verklaar dat Protokol I “fundamentally and irreconcilably flawed” is en geweier om die protokol vir ratifikasie na die senaat deur te stuur (sien “Letter of transmittal” van 1987-01-29 in 1987 *AJIL* 911). State waar konflik-situasies voorkom wat oënskynlik onder die bepaling van Protokol I val, soos Israel, pas ook nie die bepaling daarvan toe nie en beskou dit duidelik nie as bindend nie (sien Dugard “Israel and the international community: the legal debate” 1984 *SAYIL* 51). Die hele vraag of Protokol I gewoonteregtelike status verkry het, is in hierdie stadium duidelik prematuur. Dit is selfs te betwyfel of die oorspronklike Geneefse Konvensies van 1949 wat deur die protokolle van 1977 aangevul word, al gewoonteregtelike status in die volkereg verkry het. (Sien Draper “The status of combatants and the question of guerilla warfare” 1971 *British Yearbook of International Law* 181. Dié skrywer het in 1971 nog net die Den Haagse Regulasies van 1907 as gewoonteregtelike volkereg beskou.) Die gewoonteregtelike status van Protokol I het in *S v Sagarius* 1983 1 SA 833 (SWA) ter sprake gekom maar die vraag is nie met besondere erns bejeën nie en is ook nie positief beantwoord nie.

In *S v Petane* het die vraag of Protokol I as gewoonteregtelike volkereg beskou kan word, pertinent ter sprake gekom. Indien wel, sou die verdere vraag ontstaan het of dit deel van ons reg is en of ANC-lede wat hulle aan geweldsmisdade skuldig maak, ingevolge die protokol krygsgevangene-status geniet. Regter Conradie beperk sy uitspraak slegs tot die vraag of die protokol al gewoonteregtelike status verkry het.

Die regter aanvaar dat indien ’n gewoonteregtelike reël as sodanig in die volkereg aanvaar word, dit ook deur ons reg erken sal word. Vir doeleindes van die uitspraak stel die hof die universele en die algemene erkenning van ’n gewoonteregtelike reël gelyk met die gevolg dat dit onnodig is om dieper in te gaan op die appèlhof se beslissing in *Nduli v The Minister of Justice* 1978 1 SA 893 (A) dat slegs gewoonteregtelike volkereg wat die toestemming van Suid-Afrika verkry het of wat universeel erken word, deel van ons reg is. Daar word ook vir doeleindes van die uitspraak aanvaar dat gewoonteregtelike volkereg na ’n kort tydsverloop kan ontstaan. Die hof voeg egter by:

“[B]efore it will be considered by our municipal law as being incorporated into South African law the custom, whether created by *usus* and *opinion juris* or only by the latter, would at the very least have to be widely accepted.”

Die hof beskou dit met reg hoogs twyfelagtig of resolusies van die algemene vergadering van die Verenigde Volke hoegenaamd as state-praktyk vir doeleindes van die ontstaan van gewoonteregtelike volkereg beskou kan word. Aangesien die protokol oop is vir ratifikasie of toetrede deur enige staat,

“very little short of that could be construed as an acceptance of its provisions”.

Die hof maak ook die volgende algemene, myns insiens aanvaarde, stelling oor die effek van Verenigde Volke-resolusies met betrekking tot gewoonteregtelike volkereg:

“In particular, United Nations resolutions cannot be said to be evidence of state practice if they relate, not to what the resolving states take it upon themselves to do, but to what they prescribe for others. Customary international law is founded on practice, not on preaching.”

Afgesien van die feit dat Verenigde Volke-resolusies nie aan die gebruiksvereiste vir gewoonteregtelike volkereg voldoen nie, bevredig dit volgens die hof ook nie die tweede vereiste vir die ontstaan van gewoontereg nie, naamlik die *opinio iuris*, dit wil sê die nakoming van ’n gebruik weens die besef dat dit ’n verpligting is. Dit vloei voort uit die feit dat resolusies van die algemene vergadering en in die meeste gevalle ook van die veiligheidsraad, slegs aanbevelingswaarde het en dat state dit ook so insien wanneer hulle vir resolusies stem. Ook hierdie siening van die hof is in ooreenstemming met die aanvaarde beginsels van die volkereg en sal na alle waarskynlikheid die meeste volkeregakademië se instemming wegdra.

Die hof verklaar ook dat Protokol I nog nie deur gebruik tot gewoonteregtelike volkereg kon ontwikkel het nie aangesien die meeste state (gelukkig) nog nie die geleentheid gehad het om die bepalings daarvan toe te pas nie. Die gevolg is dat geen algemene gebruik ten opsigte van die gewapende konflikte soos bedoel in die protokol kon ontstaan het nie. Die hof aanvaar dat norme in multilaterale verdrae deur gewoonte bindende krag ten opsigte van nie-partye kan verkry. Die hof is van oordeel dat die nie-ratifikasie van ’n verdrag sterk bewys van nie-aanvaarding is. In die onderhawige geval het nòg Suid-Afrika, nòg die ANC die protokol aanvaar en nagekom. ’n Mens het dus met die situasie te doen dat die hof gevra word om ’n gewoontereël op partye toe te pas terwyl beide partye die bindende geaardheid daarvan ontken. Hiervoor bestaan daar geen presedent nie, sê die hof:

“There is hardly likely to be such a case, since customary international law rests on a foundation of consensuality.”

Laasgenoemde argument berus op die veronderstelling dat die ANC wel ’n party tot ’n konflik is – ’n punt wat slegs deur die hof aanvaar is vir doeleindes van die argument. Die feit dat die ANC nie internasionale regs persoonlikheid en verdragsluitingsbevoegdheid het nie en dit besluit nie *vis-à-vis* Suid-Afrika sal kan hê in die afwesigheid van ’n erkenningshandeling nie, is nie deur die hof bespreek nie. Dit was nie nodig nie en geen afleidings kan in hierdie verband uit die uitspraak gemaak word nie.

Die hof is van mening dat die

“approach of the world community to Protokol I is, on principle, far too half-hearted to justify an inference that its principles have been so widely accepted as to qualify them as rules of customary international law”.



Dit is dan ook geen wonder dat nêrens in die literatuur beweer word dat die protokol die status van gewoonteregtelike volkereg verkry het nie. Die hof beslis dan dat dit nie gewoonteregtelike status verkry het nie en daarom nie deel van ons reg is nie. Die vraag of 'n hof hoegenaamd gewoonteregtelike volkereg kan toepas wat met ons gemenerereg of statute bots, ontstaan dus nie en behoef volgens die hof geen beslissing nie.

Met die regsgevolgtrekkings van die regter kan 'n mens na my oordeel geen fout vind nie. Dit is beslis 'n uitspraak waarna studente by die bespreking van die ontstaan van gewoonteregtelike volkereg verwys kan word. Of 'n konvensie soos Protokol I, in teenstelling met slegs 'n bepaalde reël of norm, in sy geheel ooit bindend kan word deur middel van gewoonteregtelike volkereg is hoogs twyfelagtig – 'n punt wat ook deur regter Conradie gemaak word. Wat moontlik wel kan gebeur, is dat slegs 'n bepaalde reël of gebruik in die protokol later gewoonteregtelike status sal verkry; dan sal daardie reël of gebruik natuurlik gepresiseer moet word. Wat die verdediging eintlik probeer bewys het, is dat Suid-Afrika deur gewoonte lid geword het van die protokol; iets wat nie heeltemal onmoontlik in die volkereg is nie en wat ook al in die volkereg bespreek is deur byvoorbeeld Wolfram Karl in sy uitstekende werk *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* ((1983) 198 e v). In so 'n geval het mens egter met ander regsfigure soos estoppel te doen wat nie in die onderhawige saak ter sprake gekom het nie en die verdediging na alle waarskynlikheid nog minder sou gehelp het om die bindende krag van die protokol te bewys. Suid-Afrika se gebondenheid aan Protokol I in sy totaliteit, hetsy op grond van gewoontereg of op grond van gebruik of ander regsfigure, is 'n vraag wat, alhoewel dit 'n verband daarmee het, tog afsonderlik is van die meer beperkte vraag of persone wat teen Suid-Afrika of enige ander staat 'n sogenaamde selfbeskikkingstryd voer op krygsgevangene-status geregtig is. Hierdie twee vrae behoef verskillende besprekings, volgens reg en feite, en is nie geskei in die hofsaak onder bespreking nie. Dit is ook hoogs twyfelagtig of 'n hof hoegenaamd Suid-Afrika *via* gewoontereg gebonde mag hou aan 'n verdrag wat die uitvoerende gesag uitdruklik geweier het om te onderteken. Volgens ons staatsreg is dit die prerogatief van die uitvoerende gesag om verdrae namens die staat aan te gaan (sien a 6(3)(e) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983; *Rustomjee v R* 1876 2 QB 69; *Pan American World Airways Inc v SA Fire & Accident Insurance Co Ltd* 1965 3 SA 150 (A) 161), en dit sal beslis teen ons staatsreg indruis indien 'n hof hierdie prerogatief namens die uitvoerende gesag sou uitoefen en die staat op grond van gewoontereg aan 'n verdrag gebonde sou hou.

Die hof postuleer:

“A captive who raises such a defence [van krygsgevangene-status] avers that, because he fought a war as a soldier in accordance with the laws of war, he is not guilty of any crime, despite having deliberately killed or injured others or damaged their property.”

Hierdie is egter geen postulaat nie en die stelling kan betwyfel word selfs al sou Protokol I, en krygsgevangene-status daarkragtens, van toepassing wees. Afgesien van strafregtelike aanspreeklikheid vir misdade soos moord of saakbeskadiging, is dit hoogs twyfelagtig of krygsgevangene-status 'n persoon sal onthef van sy strafregtelike aanspreeklikheid wat voortvloei uit sy burgerskap of trou teenoor die staat waarteen hy veg. Selfs die nakoming van die reëls van oorlog gaan so 'n persoon nie noodwendig van sy individuele strafregtelike aanspreeklikheid onthef nie. Protokol I bepaal uitdruklik in artikel 4 dat die toepassing



van die Geneefse Konvensies van 1949 en die protokol nie die regstatus van die partye tot die konflik affekteer nie. Die protokol wettig nie 'n veltende groep nie (sien Gasser "An appeal for ratification by the United States" 1987 *AJIL* 917). Krygsgevangene-status gaan 'n persoon dus nie onthef van sy strafregtelike aanspreeklikheid teenoor die staat vir sy dade nie, of van die feit dat so 'n persoon die staatsgesag wou omverwerp nie. Misdade soos hoogverraad en terrorisme gaan nie deur sodanige status beïnvloed word nie. Artikel 75(4)(c) van Protokol I veronderstel duidelik dat 'n persoon verhoor kan word vir misdade ingevolge die staatlike reg. Daarbenewens is daar 'n goue draad van beslissings dat persone wat trou aan 'n staat verskuldig is, nie op krygsgevangene-status geregtig is nie en as misdadigers gestraf kan word (sien bv *Proceedings against Aeneas MacDonald alias Angus MacDonald* (1747) 18 St Tr 858 860; *The Public Prosecutor v Die Hee Koi* 1968 AC 829 858). Die najaag van krygsgevangene-status vir burgers en persone in die trouverhouding met die doel om strafregtelike aanspreeklikheid vir misdade teen die staat te ontgom, lyk na die najaag van 'n juridiese hersenskim.

Ter afsluiting verdien 'n gedagte oor die verlening van krygsgevangene-status aan burgers en persone in die trouverhouding vermelding (maar behoort deegliker bespreek te word as wat 'n vonnisbespreking toelaat). Mag howe hoe genaamd krygsgevangene-status aan burgers en persone in die trouverhouding verleen? Hierdie vraag is nog dringender as 'n mens die standpunt inneem dat hierdie status die burgers van strafregtelike aanspreeklikheid onthef vir hulle misdade teen die staat. Krygsgevangene-status in ons reg bestaan wel in tyd van oorlog en ten aansien van vyandelike onderdane (sien bv *Labuschagne v Maarburcher* 1915 CPD 423; *R v Superintendent of Vine Street Police Station: Ex parte Liebmann* 1916 1 KB 268; *R v Bottrill: Ex parte Kuechenmeister* 1947 KB 41 (CA)). Dit is dus vreemdelinge wat krygsgevangene-status verkry en in tyd van oorlog het die uitvoerende gesag wye prerogatiwew magte ten aansien van sodanige persone. Krygsgevangene-status aan burgers, en dan ook nog in die afwesigheid van 'n staat van oorlog, skep 'n geprivilegieerde status vir 'n bepaalde groep individue en daarby vir individue wat teen die staat se gesag in opstand kom. Vanwaar, uit watter bron, sal die howe die bevoegdheid verkry om aan sekere individue so 'n bevoorregte status, selfs immunitieit van ons gewone strafreg, te verleen? Indien 'n mens sou argumenteer dat gewoonteregtelike volkereg, die uitlatings van die Verenigde Volke of die internasionale mening aan 'n hof so 'n bevoegdheid verleen, aanvaar 'n mens dat hierdie buite-staatlike bronne aan die howe gesag bied wat hulle volgens ons reg nie het nie. Die probleem is verder dat van dieselfde bronne (soos resolusies van die Verenigde Volke) wat agiteer om krygsgevangene-status vir sekere individue in Suid-Afrika (sien bv Booyen "Terrorists, prisoners of war and South Africa" 1975 *SAYIL* 14 e v), ook geweld teen die Suid-Afrikaanse regering aanmoedig en wettig en boonop die Suid-Afrikaanse regering se beleid as misdaad verklaar het. (Vir voorbeelde van Verenigde Volke-resolusies in hierdie verband, sien Botha "Discussions and resolutions on South Africa in the United Nations - 1985" 1985-86 *SAYIL* 199 e v.) 'n Hof wat krygsgevangene-status aan sy eie land se burgers verleen op grond van hierdie bronne bevraagteken in werklikheid die wettigheid van die hele staatsbestel. Die verlening van krygsgevangene-status en die gevolglike erkenning van die bestaan van die interne of internasionale konflik, impliseer ook die abdikasie van staatsgesag, nie noodwendig oor 'n bepaalde gebied nie, maar

oor bepaalde individue. Is dit versoenbaar met 'n hof se plig om die staat se gesag en reg te handhaaf? Mag 'n hof die gesag waaraan hy sy eie bevoegdheid ontleen, bevraagteken of laat bevraagteken? Mag 'n regter weier om die land se reg toe te pas en die gesag van die staat oor sy eie burgers te handhaaf? Die antwoord hierop blyk "nee" te wees. Die staat se gesag kan nie op grond van buite-staatlike bronne bevraagteken word nie. Selfs al aanvaar 'n mens dat die leerstuk van noodsaaklikheid (wat veral by rewolusies 'n rol speel by die vraag na die geldigheid van wette en die houe se plig of vermoë om dit te handhaaf) deel van ons reg is (sien bv *Madzimbamuto v Lardner-Burke* 1968 3 All ER 561; *R v Ndhlovu* 1968 4 SA 515 (RAD)), is daar op die oomblik hoegenaamd geen feitlike basis vir die noodsaaklikheid van die verlening van krygsgevangene-status, of vir die erkenning van die bestaan van 'n internasionale stryd, of vir 'n erkenning van die abdikasie van die staat se gesag nie. Dit is interessant dat die enigste rede waarom die vraag oor krygsgevangene-status juis nou in ons reg ontstaan, die feit is dat Protokol I die normale feitlike vereistes vir die ontstaan van 'n interne konflik en vir 'n internasionale konflik totaal ignoreer.

H BOOYSEN

*Universiteit van Suid-Afrika*

### *DELEGATUS NON POTEST DELEGARE*

#### **SA Freight Consolidators Pty Ltd v Chairman National Transport Commission 1987 4 SA 155 (W)**

In the presence of so much uncertainty about what constitutes an act of delegation and about when the power to subdelegate is implied, the decision in *SA Freight Consolidators* has to a great extent brought, developed and enhanced a new perspective. It is desirable that this should be maintained and be carried on to a better perception of the distinction between *deconcentration* and *decentralisation* of administrative powers.

The facts of the case were as follows: The applicant in review proceedings challenged the validity and legality of the authorisation of one E as one of the senior legal assistants of SA Transport Services, the second respondent. In response, SATS's general manager, one G, filed an affidavit in which he stated that he had specifically delegated the authority and responsibility to SATS's legal assistants, including E, to decide whether to institute or defend legal proceedings on behalf of SATS; to represent SATS in any legal proceedings; and to make and sign, on behalf of SATS, any affidavits or other documents which might be necessary for the fulfilment of the above-mentioned rights and responsibilities.

Section 2(4) of the South African Transport Services Act 65 of 1981 entrusts the management of SATS to the general manager and section 2(5) empowers him to delegate, together with the power of assumption, such powers and responsibilities as he may deem desirable to employees of SATS.

The basic submission of the applicant was that the said delegation was invalid, improper and unlawful, or that it had not been proved on the papers before the court. Furthermore, the applicant argued (164) that G had abdicated his function of decision-making in litigation. He contended (*ibid*) that a proper analysis of what G said

“amounts to a *total parting* of his powers relating to litigation and contains no evidence of any retention of control or supervisory function relating to the litigation, and embodies no guidelines in connection with the discretionary powers involved in litigation” (my emphasis).

The legal issue in this case was whether the person who had deposed the second respondent's opposing affidavit, one E, had been properly authorised to do so.

The court decided that, on a proper construction of section 2(5) of the act, it had been the intention of the legislature to empower the general manager to delegate all or any of his responsibilities and powers to employees with or without the power of assumption. Since section 2(5) empowered G to delegate powers to employees of SATS such as E, E was accordingly lawfully delegated to oppose the review proceedings, and the point *in limine* was dismissed.

Before one can venture to point out the significance of the case and the measure of certainty it has brought about, the following questions need to be taken into account. Does delegation mean complete surrender of power to the delegate, or does it entail joint administration under the supervision of the *delegans*? Our courts accept that delegation is necessary, because administrative officials cannot reasonably be expected to perform personally every task nominally imposed on them by statute; hence parliament itself recognises the inevitability of delegation by giving statutory power to delegate. The question as to the precise nature and extent of delegation has, however, not been satisfactorily addressed in some of the decisions of our courts (*Du Plessis v Administrateur-generaal vir die Gebied van Suidwes-Afrika* 1980 2 SA 35 (SWA); *Citimakers (Pty) Ltd v Sandton Town Council* 1977 4 SA 959 (W)).

In *Attorney-General, OFS v Cyril Anderson Investments (Pty) Ltd* 1965 4 SA 628 (A) 639 the court stated:

“The maxim *delegatus delegari non potest* is based upon the assumption that, where the Legislature has delegated power and functions to a subordinate authority, it intended that authority itself to exercise these powers and to perform those functions, and not to delegate them to someone else, and that the power delegated does not therefore include the power to delegate. It is not every delegation of delegated powers that is hit by the maxim, but only such delegations as are not, either expressly or by necessary implication, authorised by the delegated powers” (see also *in casu* 164C-D).

However, our courts have to examine and determine the definition of delegation, its effect and the meaning of the term. As to the question what constitutes delegation, whether the power that is delegated is plenary or independent, or, as was hinted in the case of *SA Freight Consolidators* (164F-G), whether there should be any *total parting* with power or a retention of supervision and control, recourse may be had to the decision in *Huth v Clarke* 25 QBD 391. Here it was pointed out that the term delegation was

“never used by legal writers, so far as I am aware, as implying that the delegating person parts with his power in such a manner as to denude himself of his rights. If it is correct to use the word in the way in which it was used in the maxim [*delegatus non potest delegare*] as generally understood . . . , the word delegate means little more than agent . . .”

Be that as it may, Wiechers (*Administrative law* (1985) 52-53) states:



“[H]owever, it is clear that if the delegate has already finalised the matter, the *delegans* will have to be content with that since, in accordance with the principles governing administrative deconcentration the delegate will have acted on behalf of the *delegans* in full. In such a case the *delegans* may decide to revoke the delegation or act against the delegate in some other way, but he cannot undo the effect of the contemplated function.”

Does this mean that *delegation* is the conferment of a completely separate and unsupervised power for a specific aspect or objective to be attained or decided and validly finalised before interference by the *delegans*? In other words, does it mean that once a decision is taken by the delegate, the effect is irreversible and that delegation is a plenary, separate, unsupervised, uncontrolled power? If delegation is revocable, then there is no complete surrender of power; quite the contrary. If the effect of the contemplated function cannot be undone, I submit that the power is uncontrolled and unsupervised, *unless the delegate is intercepted in the act of completing his action*, which then converts the conduct or delegation and makes it supervised and controlled. Division of delegation into deconcentration and decentralisation of power seems to be serviceable in an endeavour to resolve the complexities and intricacies entailed in the maxim *delegatus non potest delegare*. The distinction has been propounded by Wiechers (*supra*) and adopted and applied by Coetzee J in *Naidoo v Johannesburg City Council* 1979 4 SA 893 (W) 897A–F. This could, to a certain extent, have created a platform for future approach, but in contrast to the *Naidoo* decision the court declined to adopt the distinction in *Citimakers (Pty) Ltd v Sandton Town Council* 1977 4 SA 959 (W).

The case of *SA Freight Consolidators* has confirmed the importance of distinguishing between deconcentration and decentralisation of administrative activities. Recognising and applying the two forms of delegation of power, the court, after a proper analysis, clearly and correctly dealt with the distinction and held that (169D–E) *in casu* there is an express authority given to the general manager to delegate, and that the functions delegated by the general manager fell within the deconcentration of administrative power. For that reason, it found that E was lawfully delegated to oppose the review proceedings. Stafford J said:

“In order to express the varying degrees of devolution, Professor Wiechers has delineated the three-fold distinction between mandate, deconcentration and decentralization. (Wiechers at 52–62.) Mandate refers to an authorisation to perform a purely mechanical act or give effect to a decision already taken. Deconcentration is where the subdelegate is given limited discretionary powers but exercises them in the name of the delegator (*delegans*), who can withdraw them at any time and who retains full authority over and responsibility for the acts of the delegee, and decentralization occurs where there is a full delegation of power and sub-delegee becomes fully responsible for the exercise of the power” (165C–D).

The court in *SA Freight Consolidators* also approved and applied these distinctions. This will contribute greatly to the development of the rule against delegation, since the topic of delegation forms an important part of modern administrative law, and may perhaps even provide a solution to some of or all the questions I have posed in this discussion.

The confusion as to what constitutes an act of delegation is well illustrated by the judgment of the court in *Du Plessis v Administrateur-generaal vir die Gebied van Suidwes-Afrika* (*supra*), where Badenhorst JP sought to make the distinction between delegation and agency (cf Dixon 1984 *TSAR* 256–259). The contention of the plaintiff in this case was that proclamation AG 21 of 1979



which established the national assembly as the legislative authority for South-West Africa was invalid, representing an unauthorised subdelegation of his own powers by the administrator-general of South-West Africa. Badenhorst JP considered that the administrator-general of South-West Africa was indeed a delegate and hit by the rule against subdelegation, but he held that the national assembly was not a subdelegate, but only an agent of the administrator. The proclamation was therefore valid. Kritzinger AJ concurred but for different reasons. He considered that there had been *no real delegation* of power by the administrator, because the administrator-general *had not parted with* any of his powers entrusted to him by the state president in Proclamation 181 of 1977, but could still make use of those powers.

What should be understood by "no real delegation"? To what extent must the *delegans*, as was contended in the *SA Freight Consolidators* case (164H), part with his powers? These questions could perhaps have been answered if the two distinctions employed by Wiechers had been utilised. The significance of the definition and determination of delegation, its meaning and the extent of the powers conferred, were addressed in the case of *SA Freight Consolidators* (157G) where the applicant contended, *inter alia*, that each case must be treated on its own merits and that the court must decide whether enough has been placed before it to warrant the conclusion that it is the applicant which is litigating and not some unauthorised person on its behalf.

Certain problems for the parties involved also flow from the definition of delegation as was indicated by Dixon ("Delegation of powers in South African administrative law" 1985 *TSAR* 310-317), such as the question whether the administrative action taken by the subdelegate is void *ab initio* or merely voidable at the instance of the aggrieved party; citing parties in proceedings to determine whether the delegate or the grantor of the power is legally responsible; ratification and the possibility of estoppel being raised against the *delegans*.

In conclusion, the case of *SA Freight Consolidators*, quite correctly and properly in my view, has given rise to a new line of development. Since a new perspective has been introduced, one can only hope that subsequent decisions will also enhance and apply the criteria which have been laid down. However, it is important to take note of the remarks made by Stafford J when he said:

"These distinctions have been approved and applied on at least one occasion (*Naidoo v Johannesburg City Council* 1979 (4) SA 893 (W) at 897-8). But it should be remembered that they will retain their use only as the categories are employed as means of expressing various degrees of devolution and are not treated as fixed concepts" (165D-E).

K KEKANA

*University of the North*

## ARTIKEL 82(1) EN 82(8) VAN DIE INSOLVENSIEWET 24 VAN 1936

**Mookrey v Smith 1987 1 SA 332 (K)**

Dat die verkoop van die bates van 'n insolvente boedel 'n baie belangrike deel van die administrasieproses van so 'n boedel vorm (indien nie die belangrikste nie), word nie betwyfel nie. In artikel 82 van die Insolvensiewet 24 van 1936

(hierna “die wet” genoem), is sekere bepalings neergelê waaraan ’n geldige verkoop van bates uit die insolvente boedel moet voldoen. Uit die bestudering van die regspraak blyk dit duidelik dat die problematiek rondom veral artikels 82(1) en 82(8) sentreer. Hierdie twee subartikels word in hierdie ondersoek ontleed.

#### Artikel 82(1) lui:

“Behoudens die bepalings van artikels 83 en 90, moet die kurator van ’n insolvente boedel sodra hy daartoe gemagtig word op die tweede byeenkoms van die skuldeisers van daardie boedel, al die goedere in daardie boedel verkoop en wel op die wyse en voorwaardes wat die skuldeisers mag voorskrywe: Met dien verstande dat as bate in daardie boedel bestaan uit regte, kragtens ’n huur, lisensie, koop of toekening van grond van die Staat verkry, die kurator by sy bereddering van die boedel moet handel volgens die bepalings (as daar bestaan) wat deur die wet, uit kragte waarvan die regte verkry is, verklaar word van toepassing te wees in geval die boedel van die persoon, wat daardie regte verkry het, geskwestreer word: Met dien verstande dat, as die skuldeisers voor die finale sluiting van die tweede vergadering van skuldeisers van daardie boedel geen instruksies gegee het nie, die kurator die goedere by openbare veiling of by openbare inskrywing moet verkoop. As goed by openbare veiling of openbare inskrywing verkoop word, moet daarvan vooraf kennis gegee word in die Staatskoerant en op sodanige ander wyse as wat die Meester mag voorskrywe en as die skuldeisers geen verkoopvoorwaardes voorgeskrywe het nie, moet die goed verkoop word op die voorwaardes wat die Meester mag voorskrywe.”

#### En subartikel (8) bepaal:

“As iemand anders as ’n persoon bedoel in sub-artikel (7) te goeder trou goed uit die insolvente boedel gekoop het, wat in stryd met hierdie artikel aan hom verkoop is, of as iemand te goeder trou en vir waarde van ’n persoon bedoel in sub-artikel (7) goed verkry het, wat laasbedoelde persoon in stryd met daardie sub-artikel uit ’n insolvente boedel verkry het, dan is die koop of ander verkryging desnietemin geldig, dog die persoon wat die goed verkoop of andersins van die hand gesit het is teenoor die boedel aanspreeklik tot vergoeding van tweemaal die bedrag van die verlies wat die boedel mag gely het as gevolg van die beskikking oor die goed in stryd met hierdie artikel.”

Sekere aspekte van hierdie twee subartikels behoef veral in die lig van *Mookrey v Smith* verdere kommentaar. Die feite van die *Mookrey*-saak is kortliks die volgende:

Applikant (M) is ’n ongerehabiliteerde insolvent; eerste respondent (S) is sy kurator; tweede respondent (BM) is M se broer en ook die koper van sekere onroerende eiendom van die insolvente boedel wat deur S verkoop is. Na sekwestrasie van M se boedel en wel op die tweede skuldeisersvergadering, het die skuldeisers aan die kurator opdrag gegee om die onroerende eiendom op ’n openbare veiling te verkoop. In sy verslag, wat op hierdie vergadering voorgehou en aanvaar is, het S ’n waarde van R25 000 op die eiendom geplaas. M was op die vergadering teenwoordig, maar BM nie. Omdat BM egter die sekwestreerende skuldeiser was, sou BM wel die kurator se verslag ontvang het. In stryd met genoemde besluit, het S die eiendom uit die hand vir ’n bedrag van R34 000 aan BM verkoop. Ter motivering van sy optrede voer S aan dat hy van mening was dat dit ’n regverdige en redelike opbrengs was en dat die risiko bestaan het dat die verkoop per openbare veiling ’n mindere bedrag sou oplewer. S verklaar verder dat die eiendom met die volle kennis van en sonder enige nadeel vir die skuldeisers verkoop is. Ook BM verklaar dat M hom vóór die koopkontrak gesluit is, versoek het om ’n aanbod vir die eiendom te maak. Hierdie aanbod van R34 000 is gemaak op ’n vergadering van die applikant, eerste en tweede respondent en ’n prokureur wat sekere skuldeisers van die insolvente boedel verteenwoordig het. S het die aanbod aanvaar en die koopakte is opgestel. Oordrag het egter nog nie plaasgevind nie.

M doen vervolgens aansoek vir die nietigverklaring van die verkoop. Die aansoek word gegrond op artikel 82(1) van die wet. BM, wat die aansoek opponeer, se verweer berus op artikel 82(8) van die wet.

Die wese van artikel 82(1) is dat die eiendom deur die kurator verkoop moet word op die wyse en volgens die voorwaardes wat deur die skuldeisers op die tweede skuldeisersvergadering bepaal word. In die huidige feitestel het die kurator in stryd met die besluit van die skuldeisers opgetree. Die verweer van BM en artikel 82(8) kom daarop neer dat, indien die koper van die betrokke goed te goeder trou opgetree het, die koop nietemin geldig is. Die verkoper kan daarenteen aangespreek word vir 'n bedrag twee maal die waarde van die verlies (indien enige) wat die boedel gely het.

In sy uitspraak neem regter King die volgende standpunte in:

1 Die insolvent het steeds 'n belang in die administrasie van sy boedel. Ingevolge artikel 116 van die wet kan die oorskot van gerealiseerde bates die insolvent toeval. Hy besit 'n erkende belang om daardie oorskot te beskerm en in verband daarmee te ageer. Dit is in ooreenstemming met 'n aantal uitsprake. In *Ex parte Parker* 1946 CPD 536 word die hof benewens die aansoek om rehabilitasie ook versoek om 'n uitwysingsbevel met betrekking tot sekere eiendom te gee. Die hof beslis dat wanneer die betrokke bate onder beheer van die kurator val, dit sy plig is om dit te administreer (541). Nie slegs die skuldeisers nie, maar ook die insolvent het 'n belang in daardie bate. Indien die kurator dan, ten volle op hoogte van die feite, verkies om nie die bate te administreer nie en die skuldeisers nie van die kurator verwag om die bate te realiseer nie, kan die insolvent die hof nader vir 'n bevel om die bate aan hom toe te sê (sien verder *Brown v Oosthuizen* 1980 2 SA 155 (O)). Maar die belang bestaan nie alleen waar die realisering van 'n boedelbate ter sprake is nie. In *Jordaan v Richter* 1981 1 SA 490 (O) word bevind dat 'n insolvent 'n belang in die behoorlike administrasie van sy totale boedel behou (sien ook *Kruger v Symington* 1958 2 SA 128 (O)).

In die *Mookrey*-beslissing sê die regter egter dat die aard van die insolvent se belang beperk is tot die vraag of 'n besondere bate verkoop moet word en, indien wel, teen welke prys:

“The nature of an insolvent's interest, as the person entitled to the surplus, if any, in the estate after creditors' claims have been satisfied, must be in the sale of a particular asset, ie if it must necessarily be sold and, if it must be sold, in the achievement of the best price” (337I).

Volgens die feite van die betrokke saak gaan dit wel oor die verkoop van bates uit die insolvente boedel. Die uitlating moet egter nie as 'n algemene reël interpreteer word nie. Dit lyk of regter King hom hierbo verspreek het, want hy sê:

“One instance where the right would be exercisable is where there has been an improper disposition of assets by the trustee . . .” (335I; my beklemtoning).

Waarom die aard van die belang slegs tot die verkoop van 'n besondere bate beperk word, is nie duidelik nie. 'n Insolvent behoort ook 'n belang by enige optrede van die kurator in die administrasie van die insolvente boedel te hê waar dit blyk dat die boedel of die insolvent deur dié optrede benadeel kan word. Hierdie standpunt word ook ondersteun in *Mears v Rissik* 1905 TS 303 305 waar die volgende beslis is:



"The law provides that if there is any residue after paying the debts it is to be handed to the insolvent. Not only so, but it is to his interest that as many assets as possible shall be brought into the estate, and the debts reduced to their proper limits. He has an interest in seeing that that is done. An asset may suddenly become valuable which has been considered worthless, or he may have a legacy left to him which may enable him to clear off all his liabilities. Apart from that it is to the interest of the insolvent that his assets should be increased and liabilities reduced, because in that way the stigma of insolvency rests less heavily upon him; and when he applies for his rehabilitation he is in a better position than if he had a very large margin of unpaid debts. Therefore from whatever standpoint we regard it the insolvent has a very real interest in the administration of his estate" (my kursivering).

(Sien verder *Kruger v Symington* 1958 2 SA 128 (O); *Jordaan v Richter* 1981 1 SA 490 (O); *Brown v Oosthuizen* 1980 2 SA 155 (O).)

2 As gevolg van die belang van die insolvent het hy 'n beperkte reg of bevoegdheid om hom tot die hof te wend. Die bevoegdheid is beperk omdat dit alleen in twee gevalle beskikbaar is, naamlik waar 'n onreëlmatigheid plaasgevind het, of by afwesigheid van *bona fides* aan die kant van die kurator of skuldeiser(s).

Die hof steun op *Kruger v Symington supra* en *Jordan v Richter supra*. (Sien ook *Hodson v Abib* 1981 1 SA 556 (N).) Bogenoemde standpunt impliseer dat die insolvent, om sy *locus standi* te bewys, die *onus* dra om op 'n oorwig van waarskynlikheid die onreëlmatigheid of afwesigheid van *bona fides* te bewys.

Die vraag wat ontleed moet word, is wanneer 'n onreëlmatigheid plaasgevind het. Is die optrede van 'n persoon slegs onreëlmatig indien elke jota en tittel van 'n wetsbepaling nie nagekom is nie? Kan daar van 'n onreëlmatigheid sprake wees indien geen spesifieke bepaling van die wet betrokke is nie? Sal die afwesigheid van *bona fides* nie outomaties onreëlmatig wees nie? Indien wel, is dit dan hoognaamd nodig om die twee gevalle te onderskei?

In *Kuper v Stern and Hewitt* 1941 WLD 1 3 word beslis:

"Although the bulk of the other instances in which his status as a litigant is recognised are those where either (1) he claims from a third person assets which fall into the insolvent estate if the claim succeeds or (2) he alleges maladministration by the trustee, *this is not an exclusive category.*"

In dié saak was daar geen sprake van 'n onreëlmatigheid in die sin dat 'n spesifieke bepaling van die wet nie nagekom is nie. Ook was daar geen sprake van *mala fides* aan die kant van die kurator of skuldeisers nie. Tog het die hof die insolvent se bevoegdheid om hom op die hof te beroep, erken:

"In view of the recognition for many years prior to the enactment of the present Insolvency Statute of the retention by the insolvent of such an interest in his estate as to give him a status within certain limits to enforce even by legal proceedings the proper administration thereof, it is too late now to contend that his rights of action or of intervention must be denied because they conflict with the trustee's powers of administration, or because it is too difficult to see precisely where the line must be drawn and the right to sue or intervene be refused. These difficulties arise in the very nature of things once the insolvent's retention of an interest in the administration of his estate is accorded recognition; they were obvious when the Insolvency Act was passed, and the Legislature took no steps to alter the state of law at the time of the passing thereof" (4; my beklemtoning).

Nog 'n voorbeeld waaruit dit duidelik blyk dat *mala fides* of 'n onreëlmatigheid in die sin dat daar nie volkome aan 'n spesifieke wetsbepaling voldoen is nie, nie 'n vereiste is vir die bevoegdheid van die insolvent om hom op die hof te beroep nie, vind 'n mens in *Mears v Rissik* 1905 TS 303. Daarin beweerd die insolvent dat sekere eiendom aan die insolvente boedel behoort, maar dat die



kurator weier om enige stappe vir die verkryging daarvan te doen. Hy stel gevolglik self 'n aksie in. Die hof beslis:

"Generally the trustee is the person to take action in matters connected with the estate; but if the trustee will not do so, or whether *bona fide* or *mala fide* does not see his way to take action, is the insolvent on that ground without remedy? . . . I think, the existence of a remedy has been recognised" (305; my beklemtoning).

Die volgende stelling kom ook voor:

"The insolvent comes into Court alleging that his property was transferred by his trustee — his trustee and one G making a declaration of purchase and seller. . . He says that those declarations are false. Now Mr. Macfadyen [vir die insolvent] admits that by the word 'false' he does not mean 'fraudulent'; he means 'untrue'" (307).

Op grond hiervan beslis die hof dat die insolvent se verklaring onduidelik en dubbelsinnig is, en wys die aksie van die hand. Die hof beslis egter nie daarmee dat die aksie nié sou slaag indien die insolvent dit duidelik in sy stukke gestel het dat die verklarings van die ander partye òf bedrieglik òf slegs onwaar was nie.

In *Joseph v Cahi* 1921 EDL 207 het die hof die insolvent se *locus standi* om die likwidasierekening aan te val en om 'n eis deur die verweerder as skuldeiser van die insolvente boedel te laat skrap, erken. Hierdie eis is deur die kurator toegelaat en die juistheid of korrektheid van daardie stap word deur die insolvent bevraagteken. Volgens die feite van die saak was daar weer eens geen sprake van *mala fides* aan die kant van die kurator nie. Geen spesifieke artikel van die Insolvensiewet is met die toelating van die eis oortree nie (sien ook *Contat v Contat's Trustee and Attorney-General* 10 SC 314).

In *Rabinowitz v Norwich Union Fire Insurance Society Ltd* 1913 WLD 28 is verlof om as verweerder tot 'n geding toe te tree aan die insolvent toegestaan. Hy wou 'n preferente eis bevraagteken wat teen sy boedel bewys is. Die skuldeisers van die insolvente boedel was blykbaar nie van voornemens om dit te doen nie. Alhoewel daar in hierdie geval bewerings van bedrog was, was die bestaan van sulke bewerings nie die enigste grond waarop toetrede toegelaat is nie.

In *Witz v Additional Assistant Magistrate and Witz's Trustee* 1931 WLD 180 word bevind dat geen *mala fides* teenwoordig was nie. Die regter verklaar:

"And moreover, I think there is a certain amount of ambiguity about the ruling as recorded by the preceding officer. There was room for serious doubt in the mind of the applicant as to whether there has not been a definite ruling declaring that no privilege existed. . . . The application, therefore, has served the purpose of clearing up the position" (190; my beklemtoning).

In die lig van hierdie sake is dit duidelik dat die insolvent nie slegs in geval van *mala fide*-optredes 'n bevoegdheid het om by die hof om hulp aan te klop nie. Ook blyk dit dat "onreëlmatigheid" nie noodwendig die nie-voldoening aan 'n bepaling van die wet beteken nie. Gevolglik is ek van mening dat die insolvent slegs hoef te bewys dat daar 'n onreëlmatigheid aan die kant van die kurator of skuldeisers plaasgevind het. "Onreëlmatigheid" beteken dan 'n onbehoorlike optrede òf enige ander optrede van die kurator of skuldeisers wat aanleiding gee tot twyfel oor die korrektheid van sodanige optrede. Onbehoorlike optrede kan een van drie situasies impliseer: eerstens kan dit op die aanwesigheid van *mala fides* dui; tweedens kan dit nie-voldoening aan 'n gebiedende bepaling van die wet impliseer; en derdens kan dit enige ander optrede wees wat *prima facie* en objektief gesien nie in ooreenstemming met die letter en gees van die wet is nie.

3 Die bevinding van regter King in die onderhawige beslissing dat die vraag of 'n onreëlmatigheid deur die kurator gepleeg is, afhang van die vraag of artikel 82(1) gebiedend of slegs aanwysend is, moet verder ontleed word. Sonder om te beslis gaan die regter van die veronderstelling uit dat die kurator wel verplig was om die skuldeisers se aanwysings te volg. Sy versuim om dit te doen, was dus onreëlmatig. Hierdie onreëlmatigheid, asook die insolvent se belang in die administrasie van sy boedel, maak laasgenoemde geregtig om op die kurator se versuim te steun;

“in other words that this is not a matter exclusively between the trustee and the creditors”.

Daar word dus te kenne gegee dat indien 'n saak uitsluitend op die kurator en die skuldeisers betrekking het, die insolvent nie *locus standi* het om op die kurator se versuim te steun nie. Geen onreëlmatigheid wat die bedoelde belang van die insolvent nadelig kan affekteer en 'n gebiedende bepaling ignoreer, kan 'n eksklusiewe saak tussen die kurator en die skuldeisers wees nie. Gesien in die lig van my standpunt oor wanneer 'n insolvent die bevoegdheid het om die hof te nader, is ek van mening dat dit in die huidige feitestel nie nodig was om oor die gebiedendheid al dan nie van die bepaling te beslis nie. Steeds is hier 'n onreëlmatigheid want *prima facie* bestaan daar twyfel oor die korrektheid van die kurator se optrede. Hy het direk in stryd met die skuldeisers se besluit gehandel.

Tog sou dit, in die lig van die vele teenstrydige hofuitsprake, sinvol wees om 'n definitiewe beslissing oor die gebiedendheid al dan nie van artikel 82(1) te maak. Die sake waarin bevind is dat die bepalings van artikel 82(1) (of sy voorganger a 78(1) Wet 32 van 1916) gebiedend is, is onder andere *Etheridge v Jones and Coetzee* 1923 OPD 1; *Eksteen v Estate Kapp* 1931 OPD 1; en *Du Toit v Du Toit's Trustee* 1934 CPD 229. Aan die ander kant is in die volgende sake beslis dat die betrokke artikel bloot aanwysend is: *Collison Ltd v Castle Wine and Brandy Co* 1907 TS 587; en *Ex parte Niland's Estate* 1941 ECD 208. Die hof het myns insiens die korrekte aanname gemaak, naamlik dat die kurator verplig was om die skuldeisers se aanwysings uit te voer. Die aanvaarbaarste toets om vas te stel of 'n bepaling gebiedend of aanwysend is, is om na die doel van die wetgewer met die daarstelling van die besondere artikel te kyk. As die doel van die artikel deur nie-nakoming verydel word, is die bepaling gebiedend en moet daaraan voldoen word. Word die doel nie verydel nie, is die artikel bloot aanwysend (sien *Ex parte Meyer* 1927 OPD 170; *Ex parte Hogg* 1950 2 SA 606 (N); *Ex parte Lategan en Lategan* 1951 2 SA 242 (K); *Ex parte Hetzler* 1969 3 SA 90 (T)).

In *Jacobs v Hessels* 1984 3 SA 601 (T) is daar ook na die doel en inhoud van artikel 82(1) gekyk. Regter van Dijkhorst beslis ook dat die doel daarvan die spoedige tegeldemaking van die bates van die bedoel is. Die woord “sodra” (Engels “as soon as”) beklemtoon die feit dat daar nie gesloer moet word nie. Die oogmerk is dat skuldeisers nie oormatig lank vir die betaling van skuld moet wag nie. Die skuldeisers se belang strek egter nie verder as die volle vereffening van alle boekskulde nie. Die regter verklaar dat dit onnodig en onsinnig sou wees om, waar hulle eise ten volle bevredig en alle uitgawes in verband met die sekwestrasie gedek is, enige verdere bates te gelde te maak. Hy sê voorts dat wanneer daarby in gedagte gehou word waarop die klem in artikel 82(1) val, die artikel nie gebiedend uitgelê moet word nie.

Die inhoud van die artikel kan in twee kategorieë ingedeel word. In die eerste deel word bepaal *wat* die kurator moet doen:

“Behoudens die bepalings van artikels drie-en-tagtig en negentig, moet die kurator van ’n insolvente boedel sodra hy daartoe gemagtig word op die tweede byeenkoms van die skuldeisers van daardie boedel, al die goedere van daardie boedel verkoop.”

Die res van die artikel handel oor die *wyse* *waarop* die verkoping moet geskied: “en wel op die wyse en voorwaardes wat die skuldeisers mag voorskrywe . . .”

Dit is inderdaad so dat die klem in die feite van laasgenoemde hofspraak op die eerste deel van die artikel val: “[D]ie kurator . . . [moet] al die goedere in daardie boedel verkoop.” Wat hierdie deel van die artikel betref, is die beslissing onaanvegbaar.

By oorweging van die daaropvolgende sinsnede in artikel 82(1) (“en wel op die wyse en voorwaardes wat die skuldeisers mag voorskrywe . . .”) blyk die *doel* te wees dat die eiendom van die insolvent op ’n openbare veiling of by openbare inskrywing verkoop moet word, *tensy* die skuldeisers ’n ander wyse van verkoop voorskryf. Dit is duidelik die wetgewer hierdeur die belange van die skuldeisers wou beskerm. Sekerlik is die skuldeisers as ’n groep die beste beoordelaar van die metode waarvolgens die bates tot die beste voordeel van die groep gerealiseer kan word. Hiermee stem regter King saam. Dat die kurator nie uit sy eie mag besluit wat om te doen nie, blyk ook duidelik uit die bewoording van die artikel. Daar word bepaal dat die skuldeisers die wyse en voorwaardes van verkoop *mag* voorskryf. Indien die skuldeisers geen instruksies oor die wyse van verkoop gee nie, moet die kurator dit op ’n openbare veiling verkoop op die voorwaardes wat deur die *skuldeisers* bepaal word. In afwesigheid van laasgenoemde moet die *meester* die verkoopsvoorwaardes bepaal. Geen verwysing na die kurator word gemaak nie.

Soos reeds gesê, as die doel van ’n artikel deur nie-nakoming verydel sal word, is die bepalings daarvan gebiedend en *moet* daarvan voldoen word. In die huidige omstandighede is die doel met die daarstelling van die tweede gedeelte van artikel 82(1) wel verydel. Die wense van die skuldeisers van die insolvente boedel is nie uitgevoer nie. Dié deel van die bepaling is dus gebiedend.

4 Ingevolge artikel 82(8) is ’n kontrak wat teenstrydig met die aanwysings van die skuldeisers gesluit is, nietemin geldig indien die koper te goeder trou gekoop het.

Daar word deur die hof aanvaar dat die *onus* om goeie trou te bewys, op die koper rus. Hierdie geval moet egter nie verwar word met die bespreking in paragraaf 2 hierbo nie. Die insolvent het reeds ’n onreëlmatigheid ingevolge artikel 82(1) bewys. Nou gee artikel 82(8) aan die koper ’n verweer, naamlik om sy *bona fides* te bewys, in welke geval die reg nie van die onreëlmatigheid kennis neem nie behalwe vir sover die kurator vir twee maal die waarde van die verlies wat dit vir die boedel inhou, aangespreek kan word.

5 Voorts vra die hof wat “goeie trou” in die lig van artikel 82(8) beteken. In artikel 2 van die wet word die begrip soos volg omskryf:

“Met betrekking tot die vervreemding van goed, beteken te goeder trou sonder die beoelning om skuldeisers by die verkryging van die betaling van hul eise te benadeel of een skuldeiser bo ’n ander te bevoordeel.”

Die regter kom tot die gevolgtrekking dat, met verwysing na artikel 82(8), aan “goeie trou” die wyer betekenis gegee moet word soos dit algemeen in die reg verstaan word.



Waarom kan die omskrywing van die begrip in artikel 2 nie ook hier aangewend word nie? In die omskrywing van “goeie trou” word na “vervreemding van goed” verwys. In die woordomskrywingsartikel word “vervreemding” onder andere omskryf as ’n *verkoop* van goed en nie ook ’n *koop* van goed nie. In daardie omskrywing gaan dit spesifiek oor ’n oordrag of afstand van regte. Die woord “koop” impliseer tog die verkryging van regte. Na my mening het regter King ook reg wanneer hy sê dat die woordomskrywing van “goeie trou” in artikel 2 oor die vervreemding van eiendom deur die vervreemder handel en nie oor die koop daarvan deur die koper nie. Laasgenoemde bedoeling word in artikel 82(8) getoets.

Wat behels die wyer betekenis van “goeie trou”? Die regter aanvaar dat “goeie trou” ’n morele begrip is. Dit dui op ’n persoon se motief, beoordeel met verwysing na algemeen aanvaarde moraliteitstandaarde. Met betrekking tot ’n persoon se optrede dui dit op wat eerlik gedoen is sonder ’n bedoeling om te mislei. Regter King sê dan dat goeie trou in wese afwesigheid is van ’n bedoeling om skuldeisers te benadeel.

Na my mening kan die begrip nog wyer kring. Die begrip “goeie trou” in die insolvensiereg is daarop gerig om die belange van die skuldeisers, maar ook dié van die insolvent te beskerm. Dit gebeur wanneer soveel moontlik skuldeisers se eise teen die boedel betaal word en met die gelyke behandeling van al die skuldeisers, ooreenkomstig die voorkeurorde soos deur die wet gestel. Dit is egter nie al nie. Die oogmerk van die wet is in ’n sekere mate ook om die insolvent te beskerm in die sin dat sy boedel op die effektiëste wyse moontlik geadministreer moet word sodat sy kans op rehabilitasie beter is. In die lig van hierdie oogmerk moet die optrede van die koper en die aan- of afwesigheid van *bona fides* oorweeg word. Verder moet hierdie begrip aangewend en aangepas word in die verband waarin dit geplaas is, naamlik met verwysing na artikel 82(8). Wat artikel 82(8) betref, beteken “goeie trou” die afwesigheid van ’n bedoeling aan die kant van die koper om skuldeisers of die insolvent te benadeel. Die omskrywing van “goeie trou” word dus uitgebrei sodat die bedoeling (teenoor sowel die skuldeisers as die insolvent) van *enige* betrokke party getoets kan word. Op die feite van die saak bevind die regter dat daar niks in die transaksie of gebeure rondom die sluiting van die kontrak is wat aandui dat BM (die koper) anders opgetree het as eerlik en sonder die bedoeling om te bedrieg nie. Daar is ook geen getuienis om die afwesigheid van dié bedoeling te bevraagteken nie. Die koper hoef nie te bewys dat hy die reg nie geken het óf dit verkeerd verstaan het nie. Slegs waar die feite op ’n *mala fide* transaksie dui, sal dit vir daardie party nodig wees om die vermoede van kwade trou te weerlê. Dit is irrelevant of die koper van artikel 82 geweet het. Hy was van die skuldeisers se besluit bewus, maar hy het ook van die kurator se waardasie geweet. Die aanbod wat hy gemaak het (nadat die insolvent hom gevra het om ’n aanbod te maak) was vir ’n baie hoër bedrag. Die kurator was tevrede met die aanbod. In hierdie feite is geen aanduiding van kwade trou nie. Die regter beslis dan ook dat die koper *bona fide* opgetree het en dat die kontrak geldig en afdwingbaar is.

### Opsomming

Dit is duidelik dat die eiendom van die insolvente boedel deur die kurator verkoop moet word, maar slegs indien dit nodig sou wees om die eise van die skuldeisers te bevredig. Is die skuldeisers se eise nog nie ten volle vereffen nie,



moet die verkoping geskied op die wyse en volgens die voorwaardes deur die skuldeisers op die tweede skuldeisersvergadering bepaal. Dit is die geval omdat artikel 82(1) van die Insolvensiewet aanwysend is wat betref die verkoping van bates uit die insolvente boedel, maar gebiedend is wat betref die wyse waarop hierdie verkoping moet geskied. Indien die kurator strydig met artikel 82(1) van die wet en die besluit van die skuldeisers optree, handel hy onreëlmatig en kan die insolvent hom tot die hof wend om die optrede van die kurator tersyde te laat stel.

Na my mening het die insolvent in elk geval die bevoegdheid om die hof te nader waar die kurator of skuldeisers onbehoorlik met betrekking tot die administrasie van sy boedel optree. Onbehoorlike optrede sluit – behalwe vir die reeds genoemde geval – ook *mala fide*-optredes in, sowel as enige ander optrede waar dit op die oog af blyk dat daardie persone onbehoorlik en oneerlik handel. 'n Verdere geval waar die insolvent ook die bevoegdheid behoort te hê om hom tot die hof te wend, is waar daar twyfel bestaan oor die korrektheid van die kurator se optrede. Die insolvent het hierdie bevoegdheid omdat hy 'n belang in die administrasie van sy boedel behou.

Die verkoop van bates strydig met die aanwysings van die skuldeisers is nietemin geldig ingevolge artikel 82(8) indien die koper te goeder trou gekoop het. Die *onus* om goeie trou te bewys, rus op die koper. Goeie trou beteken die afwesigheid van 'n bedoeling om die skuldeisers van die insolvente boedel te benadeel of om een skuldeiser bo 'n ander te bevoordeel. Dit is egter nie al nie. Goeie trou beteken ook, in die konteks van artikel 82, die afwesigheid van 'n bedoeling om die insolvent te benadeel.

AL STANDER

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

#### PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

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

*Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:*

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

# BOEKE

## STRAFREG

deur JC DE WET

*Vierde uitgawe; Butterworth Durban 1985; 485 bl*

Prys R60,00 + AVB (hardeband) R47,00 + AVB (sagteband)

### Algemeen

De Wet (of dan De Wet en Swanepoel) se *Strafreg* het onder regsgeleerdes geen bekendstelling nodig nie. Nagenoeg veertig jaar het verloop sedert die verskyning van die eerste uitgawe van hierdie werk in 1949; 'n uitgawe wat veral gekenmerk is deur 'n soms aggressiewe en polemiese skryftrant, 'n poging om die materiële strafreg op 'n sistematiese, prinsipiële en wetenskaplike grondslag te plaas, 'n algemeen analities-kritiese benadering tot ons strafregspraak en -wetgewing en 'n breë regshistories-regsvergelykende inslag. Voeg daarby dat dit die eerste handboek oor die strafreg met Afrikaans as voertaal was, asook dat dit die eerste Suid-Afrikaanse strafreghandboek was waarin daar na vastelandse strafregsteme verwys is, en die opspraak wat die werk in regsringe verwek het, is te verstane. Alhoewel De Wet en Swanepoel se *Strafreg* aanvanklik gemengde reaksies ontlok het, het dit mettertyd 'n merkbare invloed op ons strafregpraktyk begin uitoefen. 'n Ietwat in styl getemperde en in die algemeen heelwat verbeterde tweede uitgawe van die werk onder die titel *Die Suid-Afrikaanse strafreg* in 1960 het dié invloed in so 'n mate versterk en uitgebou dat dit ondoenlik is om hier elke regsontwikkeling in die strafregspraak waaraan De Wet en Swanepoel 'n aandeel gehad het, uit te stippel. Om alleen die sake te noem waarin hulle werk pertinent aangehaal word, sou geen reg aan hulle bydrae laat geskied nie, want daar is ook talle beslissings waarin verwysings na hulle werk ontbreek, maar waarin hulle denkbeelde 'n duidelik waarneembare rol gespeel het. Hierdie indirekte neerslag van De Wet en Swanepoel se handboek is waarskynlik in geen geringe mate nie te danke aan talle oudstudente wat die outeurs se idees in die strafregpraktyk ingedra het. Dit is egter nie net in die strafregpraktyk dat De Wet en Swanepoel se werk neerslag gevind het nie. Die invloed van hulle werk is ook onmiskenbaar in Burchell en Hunt se *South African criminal law and procedure* band 1 en 2 (1970 en hulle opvolgers in 1983 en 1982 onderskeidelik) en veral in Snyman se *Strafreg* (1981 en sy opvolger in 1986), asook in talryke proefskrifte, verhandelings, artikels, aantekeninge en vonnisbesprekings oor die strafreg. Vanselfsprekend het nie almal De Wet en Swanepoel se siening van die

strafreg gedeel nie ('n prerogatief waarvan die skrywers hulle op hulle beurt, veral m b t die beskouings van ons howe, ook ryklik bedien het), maar ook in die reaksie wat hulle beskouings ontlok het, is hulle invloed merkbaar. Dat De Wet en Swanepoel se eerste en tweede uitgawes van hulle handboek 'n uiters belangrike rol in sowel die strafregpraktyk as die strafregwetenskap in Suid-Afrika gespeel het, val dus nie te betwyfel nie.

Dit is dan ook juis daarom dat die derde uitgawe van die werk in 1975 en des te meer die vierde uitgawe in 1985 'n mens met 'n gevoel van teleurstelling gelaat het en steeds laat. In die algemeen het die werk dikwels onvoldoende tred gehou met nuwer ontwikkelinge op die gebied van ons strafregpraktyk. Die bibliografie van Suid-Afrikaanse proefskrifte, verhandelings, artikels, aantekeninge en vonnisbesprekings op strafreggebied die afgelope twee dekades wat De Wet (anders as ons howe en in besonder die appèlhof) verkies het om te ignoreer, is, soos 'n vergelyking met Rabie *A bibliography of South African criminal law* (1987) onmiddellik sal aantoon, heelwat indrukwekkender as dié waarna in sy *Strafreg* verwys word. Talle belangrike beslissings word nie eens genoem nie en ander word iewers in voetnote weggesteek. Trouens, na vermeldings van beslissings uit die Prentice Hall-hofverslae soek 'n mens tevergeefs. Insgelyks word daar na etlike regstydskrifte in die geheel, waarin daar belangrike publikasies oor die strafreg verskyn het, nooit verwys nie. Waarmee 'n mens dus hier te doen het, is 'n hoogs subjektiewe en eensydig geselekteerde bronnelys aan die hand waarvan die Suid-Afrikaanse strafreg uiteengesit word; iets wat uiteraard die skrywer se weergawe van die Suid-Afrikaanse strafreg onder verdenking plaas. Neem 'n mens die relatiewe moeite wat die skrywer met buitelandse regsbronne in die regsvergelende dele van sy werk gedoen het, asook die besondere deeglikheid wat sy verwysings na ons ou bronne in die regshistoriese dele van sy werk openbaar, in ag, is sy onvolledigheid wat betref die moderne Suid-Afrikaanse strafregliteratuur doodgewoon onverklaarbaar (vgl die skrywer se eerste woorde in sy inleiding: "Hierdie werk gaan oor die *Suid-Afrikaanse strafreg*" (1; my kursivering)). Onvolledigheid is egter nie alleen 'n kenmerk van die skrywer se omgang met sy Suid-Afrikaanse tydgenote se geskifte nie, maar ook van sy behandeling van die besondere misdade vir sover hy sonder enige verduideliking of motivering 'n hele aantal gemene-regtelike misdade nie behandel nie. Ook dít plaas 'n ernstige beperking op die werk. Van 'n handboek oor die strafreg kan 'n mens met reg verwag dat dit sowel in sy bronneverwysings as in die onderwerpe wat dit behandel, betreklik volledig sal wees. Vanselfsprekend is absolute volledigheid 'n moeilik bereikbare ideaal, maar De Wet se *Strafreg* getuig in die gemelde opsigte nie eens van 'n poging daartoe nie.

Aangesien hierdie die vierde uitgawe is wat die werk onder bespreking beleef, is dit nie nodig om 'n uiteensetting van die indeling van die werk te gee nie; in breë trekke is dié nou al welbekend. Gevolglik word daar onmiddellik oorgegaan tot 'n bespreking onder aparte hoofde van die twee afdelings waarin die werk uiteenva, te wete die algemene leerstukke en die besondere misdade.

### Die algemene leerstukke

De Wet se geskiedkundige agtergrond van die Suid-Afrikaanse strafreg, soos uiteengesit in sy inleiding en die hoofstuk oor die geskiedenis en bronne van ons strafreg, bly steeds die beste tot op hede. In sy inleiding (3 e v) en die hoofstuk

oor straf (209 e v) mis 'n mens 'n verwysing na of bespreking van die strafteorieë. Die inleiding van die eerste uitgawe van *Strafreg* (1 e v) het 'n beknopte bespreking van die strafteorieë bevat, maar dit was die eerste en laaste keer dat die werk iets oor die aangeleentheid te sê gehad het. In die lig van die toenemende belangrikheid van straftoemeting en in dié verband die rol van die strafteorieë hier te lande, moet dit as 'n ernstige leemte in die werk aangemerkt word. Die moontlike argument dat 'n behandeling van dié aangeleentheid eerder in 'n werk oor die strafprosesreg tuishoort, sou in die lig van die feit dat die werk onder bespreking wel 'n hoofstuk oor straf (waarin onder meer die strafvorme bespreek word) bevat en dat al die ander moderne Suid-Afrikaanse strafreghandboeke wel ruimte aan hierdie belangrike onderwerp afstaan, nie opgaan nie.

De Wet behandel die *nullum crimen sine lege*-leerstuk in sy hoofstuk oor die geskiedenis en bronne van die Suid-Afrikaanse strafreg en nie as aparte misdaadvereiste (die strafbedreigingsvereiste) naas (volgens sy sisteem) die handeling, wederregtelikheid en skuld nie. In sy bespreking van die *nullum crimen sine lege*-beginsel ontbreek 'n behoorlike onderskeid tussen uitdruklike en implisiete strafbedreigings, asook 'n onderskeid tussen soewereine en ondergeskikte wetgewing in ons regspraktyk. Van die rol van "regsvinding" (47) in die Suid-Afrikaanse strafreg en voldoening aan die legaliteitsvereiste word daar geen voorbeelde gegee nie.

In die hoofstuk oor die handeling tref 'n mens ook 'n bespreking van die kousaliteitsvraag aan; en dit terwyl die skrywer self (48-49) 'n onderskeid tussen materieel omskrewe en formeel omskrewe misdade maak. Indien handelingsmisdade en gevolgs misdade nie dieselfde ding is nie, sou 'n mens verwag (veral waar hulle binne die raamwerk van die betrokke hoofstuk apart behandel word) dat hulle onder 'n naam wat altwee insluit (soos "daad"), tuisgebring sou gewees het. Van die "tussenskakerings" tussen handelings- en gevolgs misdade (die sg hibriede misdade) waarvan die skrywer melding maak (48), word daar geen voorbeelde gegee nie. Op die verskillende handelingsteorieë (kousaal, sosiaal en finaal) word daar nie as sodanig ingegaan nie (alhoewel daar wel kortliks op die belang van die finale handelingsleer by skuld gewys word (137 vn 178 150-151). Hierbenewens word daar in hoofsaak volstaan met relatief uitvoerige besprekings van ons ouer sake (sien bv die bespreking van *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) op 52-53) ten koste van nuwer en meer gesaghebbende beslissings. (*S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) word bv op 53 in enkele sinne afgemaak met die toegewing dat "[i]n die lig van hierdie uitspraak . . . *S v Johnson* nie meer as gesaghebbend beskou [kan] word nie".) Na sake soos *S v Trickett* 1973 3 SA 526 (T) en *S v Stellmacher* 1983 2 SA 181 (SWA) word hier byvoorbeeld glad nie verwys nie (na eersgenoemde hoegenaamd nie in die hele werk nie).

Weselik dieselfde beswaar kan teen die behandeling van die kousaliteitsvraag ingebring word. 'n Belangrike onlangse appèlhofbeslissing soos *S v Daniëls* 1983 3 SA 275 (A) word in twee reëls in 'n voetnoot afgemaak (65 vn 90) ten gunste van 'n aantal ouer sake (waaronder bv die bykans niksseggende *R v Gonya* 1919 EDL 62 en *R v Potgieter* 1920 EDL 254). In die lig van wat hierbo omtrent die Prentice Hall-hofverslae gesê is, spreek dit vanself dat die appèlhofbeslissing in *S v Mokoena* 1979 1 PH H13 (A), asook dié beslissing in ons strafreg oor adekwasië, naamlik *R v Loubser* 1953 2 PH H190 (W), nie De Wet se *Strafreg* gehaal het nie. Trouens, om hier 'n katalogus te lys van die belangriker beslissings



(wat in die Suid-Afrikaanse hofverslae gerapporteer is) op die gebied van oorsaaklikheid in die strafreg waarvan die skrywer geen melding maak nie, sou geen geringe taak wees nie (soos enige vergelyking met ander moderne Suid-Afrikaanse strafreghandboeke terstond sal uitwys). Met Van Rensburg se belangrike navorsing oor die oorsaaklikheidsvraag word daar korte mette gemaak met die opmerking in 'n voetnoot (63 vn 87) dat sy proefskrif nie gepubliseer is nie. Hieruit moet 'n mens aflei dat De Wet, tydskrifartikels in dié verband daargelaat, nooit die *Huldigingsbundel Daniel Pont* (1970) onder oë gehad het nie (soos onder meer ook blyk uit die verswyging van sy vroeëre mede-outeur, Swanepoel, se bydrae oor die *novus actus interveniens*). As gepubliseerde Suid-Afrikaanse werk oor die oorsaaklikheidsprobleem De Wet se kriterium vir vermelding is, verbaas dit 'n mens dat hy dan na geen gepubliseerde Suid-Afrikaanse literatuur (insluitend die resensent se uitgebreide artikels) oor dié onderwerp (behalwe sy eie 1941 *THRHR* 126-artikel wat, terloops, nog steeds die basis vir sy afdeling oor oorsaaklikheid vorm) verwys nie. Op die onhoudbaarheid van die skrywer se sienings van alternatiewe veroorsaking (van kumulatiewe veroorsaking word daar geen melding gemaak nie) en die *novus actus interveniens* hoef hier nie ingegaan te word nie. Van enige sistematiese van die oorsaaklikheidsprobleem in ons regspraktyk aan die hand van die verskillende kategorieë feitestelle wat hulle voorgedoen het (miskien ook omdat daar so min sake genoem word), is daar geen sprake nie (vgl die ander moderne Suid-Afrikaanse strafreghandboeke, waarin sodanige gesistematiseerde uiteensettings wel voorkom).

Ten slotte val dit op dat die skrywer die kwessie van aanspreeklikheid vir 'n late (weer eens met 'n verontagsaming van belangrike regspraak en sonder enige poging tot kategorisering van die standaardgevalle wat 'n mens hier aantref), wat eintlik 'n wederregtelikhedsprobleem daarstel, tuisbring onder die kousaliteitsvraag (66 e v), en die kwessie van die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone onder die handeling (53 e v) eerder as onder middellike aanspreeklikheid.

In sy inleiding van die hoofstuk oor wederregtelikheid maak De Wet geen melding van die verskillende wederregtelikheidsteorieë (insluitend die *boni mores*-of objektiewe redelikheidstoets) nie en verwys hy ook na geen Suid-Afrikaanse regsliteratuur of regspraak oor die aard en inhoud van hierdie misdaadvereiste nie. Van die onderskeid tussen formele en materiële wederregtelikheid word daar ook geen melding gemaak nie en gevalle van die inagneming van dader-subjektiewe faktore by die bepaling van wederregtelikheid word genoem, maar nie verklaar nie. Meer bevredigend is die bespreking van die regverdigingsgronde noodweer (ofskoon 'n verwysing ontbreek na gesag tot die teendeel van die standpunt dat noodweersbedoeling 'n vereiste vir die verweer is), noodtoestand (ofskoon die regspraak wat in verband met eie gevaarskepping genoem word, onvolledig is vir sover daar nie na nuwer beslissings verwys word nie), onmoontlikheid (ofskoon die onderskeid tussen hierdie verweer en noodtoestand en die vraag of daar plek vir onmoontlikheid as aparte verweer in ons strafreg is, nêrens aangeroer word nie), saakwaarneming en bevel. Van bevoegdheid as regverdigingsgrond word daar, behalwe vir 'n kort bespreking van lyfstraf vir kinders onder die opskrif "Tugreg" (-bevoegdheid?) (98) geen melding gemaak nie. Waarom die skrywer "Mediese behandeling" (101) apart behandel en nie onder toestemming en saakwaarneming, waarmee dit volgens hom verband hou, nie, is nie duidelik nie.

Van 'n bespreking van die verskillende skuldteorieë (psigologies en normatief) en die belang daarvan vir ons strafreg tref 'n mens geen spoor in De Wet se inleiding tot sy hoofstuk oor skuld aan nie. Insgelyks soek 'n mens tevergeefs na 'n verklaring vir die bespreking van die toerekeningsvatbaarheidsvereiste onder skuld (veral in die lig van die skrywer se stellings dat

“[i]n engere sin . . . ‘skuld’ die laakbare gesindheid [is] waarmee 'n persoon handel. Dit is ‘skuld’ in hierdie engere betekenis waarmee ons in hierdie hoofstuk te doen het” (103)

en dat

“[d]ie gesindhede wat van oudsher as laakbare gesindhede beskou is, . . . die gesindhede van kwaadwilligheid en onagsaamheid [is] wat miskien beter bekend is onder hulle Latynse name van *dolus* en *culpa*” (104),

gekoppel aan sy standpunt dat 'n persoon wat ontoerekeningsvatbaar is wel met 'n laakbare gesindheid kan handel (t a p)). Met die uitsondering van Bodenstein se 1919 *SALJ* 323-artikel word daar na geen enkele van die hele aantal Suid-Afrikaanse publikasies verwys waarin die aard en inhoud van die skuldbegrip bespreek word nie. Die bespreking van absolute verbodings (104–105) en aanspreeklikheid vir die dade van 'n ander (106–107) is tereg drasties besnoei.

Soos te verstane, is die hoofstuk oor kranksinnigheid (113 e v) oorgeskryf. Ongelukkig is ook die skrywer se behandeling van dié onderwerp onbevredigend. In sy inleidende paragraaf tot die huidige Suid-Afrikaanse strafreg aangaande dié onderwerp sê De Wet:

“Met die ontwikkeling van die psigiatriese wetenskap en gevolglik beter insigte in geestesafwykings, is besef dat iemand nie rasend mal hoef te wees om geestesiek te wees nie” (113),

waarmee die niksseggende trant van dié paragraaf bepaal word. Verder verklaar die skrywer:

“Geesteskrankheid en ontoerekeningsvatbaarheid is nie begrippe van gelyke betekenis nie. Die een is 'n begrip van die mediese wetenskap en die ander 'n juridiese begrip” (t a p),

sonder om aan te toon waar hy daaraan kom dat “geesteskrankheid” 'n mediese begrip is. Met De Wet (116–117) moet saamgestem word dat die gebruik van die woord “handeling” in artikel 78(6) van die Strafproseswet 51 van 1977 (vgl ook a 78(1)) streng gesproke 'n opnemingsbevel in 'n geval van sogenaamde kranksinnige outomatisme, asook die tradisionele onderskeid tussen sodanige outomatisme en sogenaamde gesonde outomatisme, in die ban doen. Insgelyks word met die skrywer (119–121) se opmerkings oor die bewyslas by kranksinnigheid akkoord gegaan. Andersins gaan die afdeling oor kranksinnigheid egter mank aan 'n logiese en sistematiese uiteensetting van dié onderwerp. De Wet sou hier met vrug gebruik kon gemaak het van onlangse proefskrifte en artikels (vgl bv 1983 *TRW* – een van die regstydskrifte wat *in toto* deur hom verontgasaam word – 121 e v, wat 'n hele nommer aan die reg en die psigiatrie afstaan).

Dieselfde geld die skrywer se bespreking van dronkenskap, waarin die jongste – en tegelyk enigste – Suid-Afrikaanse regstydskrifbydrae waarna daar verwys word, Verloren van Themaat se 1937 *THRHR* 291-artikel is. Alhoewel De Wet sy bespreking van die voor-*S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A)-beslissings verkort het, kon die ruimte wat die lang bespreking van die inmiddels verouderde *S v Taylor* 1949 4 SA 702 (A) in beslag neem (126–128), beter benut gewees het deur sinvolle kommentaar, na aanleiding van die talryke uiteenlopende en botsende reaksies wat *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) ontlok het, op

laasgenoemde beslissing. Om net te verklaar dat dié beslissing “suiwer en aanneemlik” (129) lyk en dat

“[h]oe afkeurenswaardig misbruik van drank ook mag wees . . . net nie aanvaar [kan] word dat die afkeuring tot uitdrukking moet kom deur die versaking van ’n grondbeginsel van die strafregpleging nie” (129-130),

voer die saak nie eintlik verder nie en plaas bowendien ’n vraagteken agter die “grondbeginsel van die strafregpleging”. Na die belangrike onlangse beslissing in *S v Baartman* 1983 4 SA 395 (NK) oor die sogenaamde *actio libera in causa* word daar nêrens verwys nie. Alhoewel die inkorting van die uiteensetting van die voor-*S v Mokonto* 1971 2 SA 319 (A)-beslissings verwelkom moet word, ontbreek ’n prinsipiële stellingname deur die skrywer oor die strafregtelike uitwerking van provokasie en ’n vermelding van die beslissings in *S v Zengeya* 1978 2 SA 319 (RA), *S v Turk* 1979 4 SA 621 (Z) en *S v Van Vuuren* 1983 1 SA 12 (A) in dié verband. Laastens kom die beperking van die emosies waarom dit by provokasie gaan tot toorn, ook al sou dit die gemoedstoestand wees wat meesal op provokasie volg, darem te eng voor.

Ofskoon die behandeling van opset en nalatigheid oor die algemeen meer bevredigend is, is daar tog ’n aantal dinge wat haper. Eerstens ontbreek ’n verwysing na *R v Peverett* 1940 AD 213 by die behandeling van oogmerkopset (138; vgl daarenteen die 3e uitg (136)). Tweedens word geen geskrif en bygevolg geen standpunt van enige Suid-Afrikaanse skrywer oor dwaling aangaande die oorsaaklike verloop, *aberratio ictus* en regsdwaling aangehaal nie (nie eens ’n enkele bespreking van *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A) word vermeld nie). Derdens word die kwessies van die graad van die moontlikheid wat by *dolus eventualis* voorsien moet word (insluitend die beslissing van die appèlhof in *S v Shaik* 1983 4 SA 57 (A), asook ander beslissings en die publikasies van Suid-Afrikaanse skrywers dienaangaande) en die verhouding tussen motief, begeerte en opset (asook beslissings dienaangaande) hoegenaamd nie aangeraak nie. Vierdens erken De Wet (140 160) tans (anders as in die 3e uitg van sy werk waar dit verswyg word) sonder enige verwysing na gesag blykbaar wel ’n vorm van nalatigheid uit hoofde waarvan

“die dader die moontlikheid van die intrede van die gevolg voorsien het, maar tot die gevolgtrekking geraak het dat die gevolg nie sal intree nie” (160),

maar weier hy (160 vn 290) om van “bewuste skuld” te praat omdat

“het hy hom nie met die moontlikheid *versoen* nie, is daar van ‘*bewuste skuld*’ geen sprake nie” (my kursivering).

’n Raadpleging van die geskrifte van Suid-Afrikaanse skrywers sou die naam “bewuste nalatigheid” (*dolus eventualis* = bewussyn (kognitiewe element) + wil (konatiewe element) teenoor bewuste nalatigheid = bewussyn – wil) en die skrywer se verwarring en vereenselwiging van hierdie twee elemente wat uit sy laaste stelling spreek, voorkom het. Vyfdens word die *imperitia culpa adnumeratur*-reël (wat ook al die besware daarteen mag wees, het ons howe dit by geleentheid toegepas (sien bv *R v Van der Merwe* 1953 2 PH H124 (W) en *S v Mkwetshana* 1965 2 SA 493 (N)) en die sogenaamde eierdopskedelgevalle hoegenaamd nie aangeroer by die behandeling van nalatigheid nie. Laastens is die vonnisverwysings by nalatigheid weer eens onvolledig. Trouens, dit val op dat De Wet nie eens na die beslissing in *S v Malatjie* 1981 4 SA 249 (B), wat ’n lansie vir sy subjektiewe toets vir nalatigheid breek, verwys nie.

Waarskynlik hoofsaaklik omdat daar die afgelope dekade of twee weinig nuwe ontwikkelinge aan die pogingsfront was, word dié leerstuk bevredigend bespreek.



By die bespreking van vrywillige terugtrede (170–171) sou 'n verwysing na die Snyman-Rabie-debat oor die aard en uitwerking daarvan nie onvanpas gewees het nie. Dieselfde geld 'n verwysing na die Van Wyk-Bertelsmann-debat oor die vraag of poging, uitlokking, medepligtigheid en begunstiging onder die algemene beginsels of onder die besondere misdade tuishoort.

By die bespreking van die deelnemingsleer (175), waaronder De Wet ook begunstigers (202–203 e v), uitlokkers en samesweerders (203 e v) behandel, wat geeneen aan sy omskrywing van deelnemers voldoen nie (sien 202 205), word die onlangse welkome vernuwend appèlhofbeslissings insake mededaderskap en medepligtigheid maar bra stief behandel in vergelyking met hulle ouer en verouderde eweknieë. Neem 'n mens die elf bladsye historiese en regsvergelende oorsig (178–188) oor die deelnemingsleer, asook die betreklik uitvoerige bespreking van die voor-1980-beslissings in ag, is die bykans deurgaanse wegsteek van die na-1980-beslissings in die voetnote (sien bv 196 vn 86 197 vn 88 201 vn 103) tekenend van die wanbalans wat so dikwels in dié werk aangetref word tussen die oue en die nuwe. Alhoewel De Wet by deelneming na enkele geskifte van Rabie (waarvan die jongste uit 1971 dateer) en selfs een van Whiting (wat darem uit 1980 dateer (201 vn 103)) verwys, het hy geen poging aangewend om kennis te neem van die standpunte van ander Suid-Afrikaanse skrywers oor hierdie onderwerp die afgelope aantal jare nie. In die lig van wat hierbo gesê is, spreek dit vanself dat daar ook geen poging aangewend is nie om, ten spyte van uiteenlopende en selfs botsende uitsprake, 'n uiteensetting van ons deelnemingsreg aan die hand van die nuwe regspraak te gee nie, al sou dit dan net die gemeenskaplike standpunte teenoor die meningsverskille weergee.

Die skrywer se standpunt dat daar by moord geen ruimte vir aanspreeklikheid as medepligtige is nie (201), hang natuurlik saam met sy omskrywing van 'n medepligtige as iemand wat met die nodige opset die dood van die slagoffer bevorder (t a p). Waar dit 'n mens nou laat met gevalle waarin die beskuldigde homself wel deur sy handeling (bv skoppe, houe) met die doodslag van die slagoffer vereenselwig het, maar daar geen oorsaaklike verband tussen sy handeling en die dood van die slagoffer bewys kan word nie (veral waar hy geen dadersopset gehad het nie, maar hoogstens medepligtigheidsopset), vertel De Wet ons nie. Miskien lê die knoop maar net by die skrywer se omskrywing van medepligtigheid, wat slegs (sonder enige aanwysbare rede daarvoor) 'n onderskeid tussen daderskap en medepligtigheid by handelingsmisdade moontlik maak en nie te rym is nie met sy eie stelling (177) dat by

“moord . . . 'n mens eintlik tussen daders [sou] gaan onderskei, want die deelnemers sal meestal aan die vereistes vir daderskap voldoen” (my kursivering).

Ewe onaanvaarbaar is De Wet se standpunt dat

“moord . . . *gepleeg* [is] toe die doodveroorsakende *handeling* verrig is, ook al kom die slagoffer, tengevolge van die moorddadige aanval, eers maande daarna in die hospitaal te sterwe” (197 vn 86; my kursivering)

wat, letterlik geneem, beteken dat 'n mens as “vermoor” kan deurgaan selfs al lewe hy nog. Om daarop te antwoord dat alleen *ex post facto* verklaar kan word dat die moord ten tyde van die doodveroorsakende handeling gepleeg is, staaf maar net die punt dat dit die moment van die intrede van die dood is wat moord as misdaad voltooi en nie die moment van die verrigting van die doodveroorsakende handeling nie. In die geheel genome is die skrywer se bespreking van hierdie weliswaar moeilike en onopgeloste terrein van die strafreg verouderd, onvolledig en bied dit geen nuwe perspektiewe nie.



By die bespreking van begunstiging en wat De Wet “wetterregtelike komplot en uitlokking” noem, mis ’n mens nogmaals verwysings na ’n hele aantal belangrike sake en is die behandeling van komplot, oftewel sameswering, so kripties dat dit aan die niksseggende grens.

Die hoofstuk oor straf (209 e v) is klaarblyklik in die lig van die inmiddelste (sedert die 1975-uitg) inwerkingtrede van die Straffproseswet 51 van 1977 grotendeels oorgeskryf en op datum gebring.

### Die besondere misdade

Omdat die besware teen die skrywer se behandeling van die besondere misdade veelal dieselfde elemente bevat as dié teen sy behandeling van die algemene leerstukke en dus, *mutatis mutandis*, op ’n herhaling van wesenlik dieselfde kritiek sou neerkom, word hier slegs met enkele algemene opmerkings volstaan.

Die eerste punt wat opval met die deurlees van die inhoudsopgawe, is dat ’n hele aantal gemeenregtelike misdade (wetterregtelike misdade word in die werk glad nie behandel nie – ook nie vrugafdrywing nie) sonder enige verduideliking (vgl die anderhalf-flange-reël-voorwoord en ’n ontbrekende inleiding tot die besondere misdade, waarin minstens die klassifikasiesistiem wat gevolg is – soos in die 2e uitg (194) – gemotiveer kon gewees het) nie hulle weg tot hierdie afdeling van die werk gevind het nie. Hulle is openbare onsedelikheid, godslaster, grafskending (en lykskending?), afkoop van misdade, minagting van die hof, omkoperij, hoogverraad, sedisie en openbare geweld. Vir regsverdeling (regsbelemmering) word daar darem terloopse plek afgestaan onder “Oorkonde en getuienisvervalsing” (437 e v). Tweedens word die besondere misdade nóg van omskrywings voorsien nóg sistematies aan die hand van geïdentifiseerde elemente daarvan bespreek; iets wat uit die oogpunt van die *nullum crimen sine lege*-leerstuk hoogs onbevredigend is. Derdens bestaan daar dikwels ernstige leemtes en lastighede in die behandeling van die besondere misdade. Enkele voorbeelde daarvan is die volgende: in die bespreking van laster mis ’n mens ’n vermelding van die spesiale regverdigingsgronde billike kommentaar, privilegie en waarheid en openbare belang, asook ’n verwysing na die onuitgemaakte probleem of die skending van *fama* ernstig moet wees alvorens ’n mens aan dié misdaad skuldig bevind kan word. Die bespreking van *crimen iniuria* wentel byna uitsluitlik om die betekenis van die begrip “*dignitas*”, waarmee die ander elemente van dié misdaad verwaarloos word. Die standpunte van ons houe word by verskeie geleenthede gemanupuleer om aan te pas by dié van die skrywer. Alhoewel die skrywer na teenoorgestelde gesag in dié verband verwys, stel hy dit byvoorbeeld as reëls van die strafreg dat eggenote (waarby die vrou dus inbegrepe is) nie saakbeskadiging (289) en diefstal (320) ten opsigte van hulle gemeenskaplike boedel kan pleeg nie, en dat grypdiefstal nie roof uitmaak nie (376). Deel van die probleem met De Wet se behandeling van die besondere misdade is dat hy dikwels (sien veral sy bespreking van misdade soos “skaking en ontvoering”, menseroof en kinderdiefstal, laster, *crimen iniuria*, brandstigting en regsverdeling) bloot kritiese kommentare op ons (veral ouer) regspraak gee sonder ’n voorafgaande sistematiese uiteensetting van die regposisie (ook al is daar dikwels onversoenable of teenstrydige uitsprake), met daarna ’n kritiese evaluering daarvan (soos ’n mens by Snyman en Hunt aantref). Dit sou die onderskeid tussen *de lege lata*- en *de lege ferenda*-stellings wat deurgaans vermeng voorkom, aansienlik vergemaklik het. Daarteenoor is dit opmerklik dat

De Wet 'n veel sistematieser en beskrywender benadering tot ander misdade (sien veral die diefstal- en bedrogverwante misdade) volg. Ten slotte is dit haas nodeloos om vir die soveelste keer daarop te wys dat daar ook in hierdie afdeling van die werk telkens belangrike sake in die slag gebly het, om nie te praat van die talle geskifte van Suid-Afrikaanse skrywers oor 'n verskeidenheid van hierdie onderwerpe nie. In die geheel genome stel die bespreking van die besondere misdade in De Wet se *Strafreg* (dieselfde geld die 1975-uitg) geen verbetering op die 1960-uitgawe daar nie.

### Slotopmerkings

Van die nagenoeg 270 bronne wat die skrywer in sy bibliografie vermeld, is minder as 50 (selfs al tel 'n mens dié by waarna daar in die voetnote, maar nie in die bibliografie nie, verwys word en inaggenome dat nie almal oor die strafreg handel nie) Suid-Afrikaans. Sonder om enigszins te kenne te gee dat ons strafreg in isolasie beoefen moet word en daarmee die belangrikheid van regsvergeelyking te ontken, kan gekonstateer word dat 'n werk wat kan bekostig om veral sy nuwer denkrigtings so te verontagsaam, geen verteenwoordigende beeld van die huidige stand van sake in ons strafregwetenskap kan gee nie. Voeg daarby dat ons regspraak veelal onvolledig weergegee en aan nuwer sake dikwels nie hulle regmatige plek toegeken word nie, en dit verbaas nie dat die werk ook nie altyd 'n getroue weergawe van die huidige stand van sake in ons regspraktyk bied nie. Gevolglik kan die werk nie aanbeveel word as hand- en leerboek oor die Suid-Afrikaanse strafreg nie. As sekondêre bron van die Romeinse en Romeins-Hollandse strafreg en as bron van De Wet se siening van die strafreg bly dit egter leersaam en bruikbaar.

Ofskoon die boek se druk- en bindwerk baie netjies vertoon, is heelwat drukfoute in die verbygaan opgemerk, en alhoewel De Wet sy styl van kritiek teen die beslissings van ons howe deur die opeenvolgende uitgawes enigermate getemper het, is daar nog talle voorbeelde van gevalle waarin sy kommentaar opvallend fel is. So praat hy van die appèlhof se "jammerlik onbeholpe gespartel met begrippe" (52); "As hierdie raaiselagtige betoog iets beteken" (127); "Afgesien daarvan dat die eerste been van sy redenasie alles behalwe solied is, is die tweede been eenvoudig mank en lendelam" (242); en "En hierdie brabbelry moet nou as 'n gesaghebbende uiteensetting van die reg beskou word!" (392), om maar enkele te noem. Vanselfsprekend is hofbeslissings nie bo kritiek verheue nie, maar krashede van dié aard is onnodig, veral teenoor 'n vertakking van die regsberoep wat nie in 'n posisie is om daarop te antwoord nie. Ook die wetgewer kom nie skotvry daarvan af nie, soos onder meer blyk uit die skrywer se stellings: "Hierdie verwronge gedagtegang getuig maar net dat die wetgewer self nie mooi weet wat hy juis wil sê of doen nie" (59); en: "As die spektakel van kriminele aanspreeklikheid van regspersone behou moet word, dan moet die pleger van die misdaad darem nie tussen die pleging van die misdaad en die vonnis 'n gedaanteverwisseling in die wetgewer se beeldspraak ondergaan nie" (t a p). Stellings van dié aard kon sonder om enige afbreuk te doen aan die kritiek waarom dit gaan, daargelaat gewees het.

Kortom, die tyd het De Wet se *Strafreg* ingehaal, sowel in inhoud as in styl.

**SOUTH AFRICAN PROPERTY PRACTICE AND THE LAW  
A PRACTICAL MANUAL FOR ESTATE AGENTS AND PROPERTY  
PRACTITIONERS**

compiled and edited by HJ DELPORT

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1987; xxiv and 470 pp*

Price R49,95 + GST (looseleaf)

The *Estate agent's manual* was published for the first time during 1982, in order to "improve the stature and professionalism of the practice of estate agency in South Africa and to improve relations between estate agents and others involved in fixed property transactions" (see Preface vii). *South African property practice and the law* was published as a successor to the original *Estate agent's manual*, but then "to serve the needs of estate agents first and foremost, as well as others involved in the property industry" (Preface vii). Only selected parts of this work will serve as the prescribed study material for compulsory Estate Agent Board examinations (Preface vii). This publication is obviously meant to serve not only the needs of estate agents, but also those of lawyers and others involved in property transactions.

In order to serve the purposes listed above the publication is composed of six parts, namely—

- I Immovable property and interests in immovable property
- II Sectional titles, share blocks and time-share
- III Statutory control over property
- IV Contracts
- V Estate agents and statutory control over estate agents
- VI Estate Agents Act 112 of 1976,

complemented by a table of cases, a short bibliography, the regulations published under the Estate Agents Act 112 of 1976, an index and learning objectives (questions for candidates preparing to write the Estate Agents Board examinations).

Parts I, II and III of this publication will arguably be the most valuable as far as lawyers are concerned. Although part IV, which deals with contracts, also involves a discussion of the relevant legal issues, the sections on immovable property are especially valuable for the selection and combination of the material dealt with there, since some of the subjects discussed in parts I–III are not usually found in textbooks on the law of property. This is especially true of the sections on land tenure by different population groups, aliens and persons entitled to diplomatic privileges in part I and most of the sections in part III dealing with



statutory control over immovable property. The inclusion of these subjects will help to rectify the mistaken impression created by most textbooks, according to which the law of property is made up of 90% common law and 10% statutory law, while the true situation seems to be almost the exact opposite.

In part I (Immovable property and interests in immovable property) various aspects of the law pertaining to immovable property are dealt with. Chapter 1 deals with the concept of immovable property (including aspects such as improvements and permanent fixtures), interests in immovable property (the distinction between real and personal rights and the various real rights) and the capacity to acquire real rights in land in South Africa (including the Group Areas Act 36 of 1966 and the question of land tenure by aliens and persons entitled to diplomatic privileges). Chapter 2 deals with the concepts of ownership, possession and occupation, and in this regard the author must be commended for a clear exposition of a confusing and difficult subject. The distinction between a possessor and an occupier (22-23) should really be studied by all lawyers in order to avoid the confusion resulting from the loose usage of terminology in most cases and textbooks. It was interesting to note, however, that the author fell prey to the same confusion when discussing liens (77):

"It must be emphasized that a lien is dependent upon possession of the property by the holder of the lien."

Clearly the holder of a lien is an example of an occupier, who holds or controls the property with the intention "to merely gain some benefit from the property", and not the intention "of being the owner thereof" (23). The distinction between direct physical control or occupation and indirect control mentioned on 23 is also interesting and worthy of further explanation. In chapter 3 the nature and results of joint ownership are set out, and chapter 4 deals with land tenure by Blacks. The inclusion of this chapter in a work of this nature must be commended. The chapter deals with leasehold, ownership by Blacks and contracts relating to the acquisition of leasehold and ownership. Chapter 5 deals with servitudes and mineral rights, and chapter 6 with real securities. It is understandable that a work of this nature should concentrate on real securities relating to immovable property, and especially mortgage, but even then the sections dealing with tacit hypothecs and liens are perhaps a little brief. Chapter 7 gives an overview of the principles relating to the registration of rights over immovable property and to land surveying.

Part II deals with sectional titles, share blocks and time-sharing. The discussion of sectional titles in chapter 8 concentrates on the new Sectional Titles Act 95 of 1986, and chapters 9 and 10 deal with the Share Blocks Control Act 59 of 1980 and the Property Time-Sharing Control Act 75 of 1983 respectively. Existing textbooks (e.g. Van der Merwe and Butler *Sectional titles, share blocks and time-sharing* (1985)) still deal with the old Sectional Titles Act 66 of 1971, and the discussion of the new act in chapter 8 is therefore especially valuable. Unfortunately the lack of references to other authorities such as Van der Merwe and Butler or Pienaar 1986 *Tydskrif vir Regswetenskap* 1-14 will detract from the value of these three chapters for lawyers, even though it might be adequate for estate agents.

Part III contains a brief discussion of a variety of legislative measures pertaining to immovable property, such as the Advertising on Roads and Ribbon Development Act 21 of 1940 and the National Roads Act 54 of 1971, the Fencing



Act 31 of 1963, the Community Development Act 3 of 1966, the Housing Act 4 of 1966, the Physical Planning Act 88 of 1967, the Subdivision of Agricultural Land Act 70 of 1970, the Expropriation Act 63 of 1975, the Land Titles Adjustment Act 68 of 1979, the Slums Act 76 of 1979, the Valuers' Act 23 of 1982, the Environment Conservation Act 100 of 1982 and the Development and Housing Act 103 of 1985. In the context of their applicability to the estate agent and his business, these short expositions are quite adequate, but the lawyer who needs more specific information will have to consult more detailed works. The selection and combination of statutory measures that are mentioned are, however, important, and lawyers and law students may find it instructive. A short overview such as this should really be included in either the undergraduate or the LLB curriculum on property law. The author may perhaps consider including brief discussions of other acts such as the National Monuments Act 28 of 1969 in this section.

Part IV deals with contracts, and the following aspects are discussed: general principles (chapter 12), purchase and sale of immovable property (chapter 13), sale of land on instalments (chapter 14) and lease of immovable property (chapter 15). Once again the legal principles dealt with are discussed in the framework of the estate agent's needs and their general applicability to the business of estate agents. The Alienation of Land Act 68 of 1981, the Usury Act 73 of 1968 and the Rent Control Act 80 of 1976 are dealt with, and other important acts such as the formalities in respect of Leases of Land Act 18 of 1969, are mentioned.

In parts V and VI the various aspects of estate agency are discussed in somewhat greater detail than some of the earlier parts. Part V deals with estate agency in general (chapter 16), the Estate Agents Board (chapter 17), the description of and requirements to practise as an estate agent (chapter 18), the relationships between the estate agent and his principal (chapter 19) and between the estate agent and third parties (chapter 20), commission (chapter 21), the Estate Agents Fidelity Fund (chapter 22), disciplinary action (chapter 23) and the establishment, running and termination of an estate agency business (chapter 24). Part VI contains a detailed commentary on the Estate Agents Act 112 of 1976, and is followed by the regulations pertaining to it.

In general, the publication is a useful and valuable addition to the literature on the subject, and it will no doubt prove its worth to estate agents and those involved in estate transactions. Lawyers will also find it valuable, even if some aspects are dealt with somewhat cursorily. The main value of the work is to be found in the fact that it offers a collection of all the relevant material on this subject in a handy and usable format. The looseleaf edition will also ensure that users will be kept up to date with new developments. Law teachers should seriously consider including a caput on statutory developments in property law in their curriculum, and a book such as this should prove its worth in that respect as well. This publication is recommended to all estate agents, as well as to lawyers and law students interested or involved in transactions relating to immovable property.

AJ VAN DER WALT  
*University of South Africa*

# Huldeblyk

## WA Joubert: Sewentig jaar

Vanjaar word professor WA Joubert – prof Willem, soos sy oudstudente hom noem – sewentig jaar oud. Vir negentien van hierdie jare was sy naam onafskeidbaar aan die *Tydskrif* verbonde; vandaar hierdie welverdiende en gepaste huldeblyk.

Laat ons in voëlvlug die hoogtepunte van sy merkwaardige loopbaan beskou. Willem Adolf Joubert is op 27 Oktober 1918 gebore te Stellenbosch waar sy vader hoogleraar in Nederlands was – ’n vroeë vingerwysing na sy latere aanleg vir tale. Hy matrukeleer aldaar aan die Hoër Jongenskool en gaan studeer aan die Universiteit van Stellenbosch waar hy in 1938 die BA-graad verwerf en in 1940 ’n MA in klassieke tale – beide *cum laude*. Hierdie prestasie besorg hom die gesogte



Abe Bailey-stipendium wat hom enkele jare later in staat sou stel om vir twee jaar oorsee te studeer met die oog op ’n doktorsgraad; egter nie in klassieke nie, maar in die regte want die jong Joubert besluit om ’n nuwe rigting in te slaan en verwerf in 1945 die LLB-graad. Tussendeur sien hy kans om die studenteblyd *Matieland* op te rig en as die eerste redakteur daarvan te dien. Aldus openbaar sy studentejare drie groot liefdes wat soos ’n goue draad deur sy lewe sou loop: vir taal, vir die regswetenskap en vir die uitgewerswêreld. Niemand voor of na hom kon sekerlik op meer uitmuntende wyse hierdie drie kombineer nie.

In 1945 word hy aangestel as lektor aan die Potchefstroomse Universiteitskollege vir Christelike Hoër Onderwys met leeropdrag in die Regte en Latyn. Die daaropvolgende jaar sien sy bevordering tot senior lektor en hoof van die fakulteit regsgeleerdheid. Tussendeur werk hy verder aan sy doktorstesis onder Stellenbosch se professor Mortie Malherbe, gaan doen navorsing in Brittanje, Nederland, Duitsland en Switserland en promoveer in 1950 met sy bekende proefskrif *Grondslae van die persoonlikheidsreg*. In 1952 word hy beroep na die Universiteit van die Oranje-Vrystaat as professor en dekaan van die regs fakulteit. Doseer en fakulteitbou is die dubbele taak wat hy met geesdrif en onderskeiding vervul, soos talle oudstudente en -kollegas kan getuig. Steeds iemand om ’n nuwe uitdaging te aanvaar, neem hy ’n soortgelyke taak in groter mate op hom toe hy in 1960 ’n aanstelling as professor by Unisa aanvaar en nog in dieselfde jaar dekaan word. Wat hy daar in die daaropvolgende dekades tot stand bring, is vandag vir almal sigbaar; slegs sy kollegas van daardie jare weet hoeveel dit van sy talente geveerg het. Hy beoefen die “nuwe” afstandsonderrig met begeesting, herorganiseer die administrasie van die fakulteit, werf en

lei sy dosente, bou 'n boekery op, is medestigter en -redakteur van *Codicillus*, begin die Instituut vir Buitelandse Reg en Regsvergelyking asook dié se tydskrif *CILSA*, dien op honderd en een universiteitsliggame (insluitende die raad), bou brûe na susterfakulteite, nooi buitelandse kollegas en vervul tallose ander take om sy nuwe fakulteit en universiteit tot volle wasdom te bring. Ook na buite bly hy bedrywig: so dien hy vir baie jare op die Regshersieningskomitee, "herstig" die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte en is sedert 1966 aktief as volle lid by die Akademie vir Wetenskap en Kuns betrokke.

By dit alles egter dien hy sy ou liefdes, regs wetenskap, taal en uitgewery met onverminderde trou. Gemeet aan sy onbetwiste vermoëns is sy regstreekse invloed op eersgenoemde nie altyd groot genoeg nie; sy wye betrokkenheid laat hom, tot sy verdriet soms, nie toe om self veel te skryf nie (hoewel sy artikels oor die subjektiewe reg en kousaliteit tot vandag toe rigtinggewend bly). Maar soos in die geval van sy leermeester, professor Mortie Malherbe, is sy indirekte invloed, *via* sy studente en veral sy doktorstudente, des te groter. Van laasgenoemde het hy oor die jare meer as enige ander regsgeleerde hier te lande. Sy jurisprudensiële en regsvergelykende benadering, reeds kenmerkend van sy tesis, kom by al sy *promovendi* na vore en maak hom as't ware die vader van 'n nuwe skool wat die voorafgaande sogenaamde (en eintlik misnoemde) historiese skool op nuwe weë lei. En dit nie alleen op die gebied van sy eerste liefde, die privaatreë, nie; hy skroom nie om ook op die gebied van onder andere die publiekreg en die handelsreg sy leiding ter beskikking te stel nie. Terselfdertyd dien hy hier sy taalliefde; almal wat onder sy hande deurgeloopt het, kan getuig van sy streng gesteldheid op akkurate en elegante taalgebruik.

Laasgenoemde kenmerk maak hom die ideale en voor-die-hand-liggende keuse om professor Daan Pont in 1960 as redakteur van die *Tydskrif* op te volg. Oor sy onvermoeide en vernuwende werk op hierdie taalakker oor die daaropvolgende negentien jaar is reeds geskryf; sy vriende en kollegas van daardie jare dra persoonlik kennis van sy soektog na bydraes (toe nog baie moeiliker as nou), sy opsporing van "bladvullers", en bowenal die ontelbare ure waartydens hy met nougesette hand en eindelose geduld die skrywers se bydraes taalkundig versorg en proeflees. Hierdie groot bydrae tot Afrikaans as regstaal kan hy verder uitbou terwyl hy as direkteur van Butterworth 'n kragtige stoot aan die snelle opbloeit van 'n Suid-Afrikaanse regs literatuur gee. Sy verbintenis met die uitgewers lei uiteindelik na 'n gepaste kroon op hierdie lewenstaak. In 1972 onderneem hy die tot dan toe onmoontlik geagte taak om die teboekstelling van die hele Suid-Afrikaanse reg in 'n omvattende ensiklopediese werk te lei en te organiseer. Vandag getuig 22 dele van *LAWSA*, of "Joubertsbury" soos dit trefend in die volksmond genoem word, van die sukses van hierdie onderneming.

Van ander aspekte van professor Joubert se haas onbepaalde belangstellings kan hier slegs melding gemaak word: Joubert, die advokaat en stigter van die "rebel-balie" te Bloemfontein; die man wie se sin vir geregtigheid hom uiteindelik tot die openbare lewe en die politiek gedryf het; die klassikus wie se eerlikheid en sin vir realiteit hom, ten spyte van sy agtergrond, gedwing het om teen die vereiste van Latyn vir regspraktisyne in opstand te kom; en talle meer.

Die waardering vir sy werk en die eerbewyse bly nie uit nie. In 1965 is hy gasprofessor aan die Universiteit van Hamburg en in 1969 aan die Universiteit van Kiel. In 1965 word die Butterworths Fellowship aan hom toegeken vir 'n

besoek aan die Institute of Advanced Legal Studies in Londen. In dieselfde jaar verteenwoordig hy Unisa by 'n internasionale kongres oor afstandsonderrig te Stockholm, en by die Universiteit van Wenen se vyfhonderdste verjaarsdag. In 1972 besoek hy op uitnodiging van die Amerikaanse State Department 'n aantal Amerikaanse regs fakulteite. Van sy eie universiteit ontvang hy in 1966 die Raads-toekenning vir uitmuntende diens en in 1978, 'n jaar na sy formele aftrede, word hy in sy ou departement privaatreg tot ereprofessor benoem. In 1987 vereer sy ander *alma mater*, die Universiteit van die Oranje-Vrystaat, hom met die graad *doctor legum (honoris causa)* en ontvang hy ook die eerste erepenning van die Vereniging van Regsdosente van Suider-Afrika as 'n blyk van erkenning vir sy diens aan die Vereniging, die universiteitswese en die regs wetenskap.

Vir almal ooit by die *Tydskrif* betrokke, vir almal wie se lewenspad syne gekruis het, die talle kollegas en vriende, is dit egter Willem Joubert die mens wat in hul herinnering sal voortleef en wat in dankbare hulde hier geëer word: die onverskrokke vegter vir sy oortuigings, die onbaatsugtige helper, die min-same, goeie vriend. Mag hy en sy vrou Hulda vir baie jare nog die Suid-Afrikaanse regswêreld met hul teenwoordigheid en ja, sy aktiewe deelname, sier. Vir die res – *si monumentum requiris, circumspice*.

WILLY HOSTEN

*Universiteit van Suid-Afrika*

#### PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

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

*Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:*

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



# Die funksies en omskrywing van besit<sup>1</sup>

AJ van der Walt

*B Jur Honns (BA) LLM LLD*

*Professor in die Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

### The functions and definition of possession

Possession is widely regarded as one of the most complex problem areas in the contemporary South African law of property. One aspect of the problems surrounding possession is terminology. An important reason for this is the fact that authors fail to provide one comprehensive definition of possession, arguing that possession has a variety of functions or legal effects, that it takes on a different form for each of these functions, and that it should accordingly be defined differently for each function. An analysis of the literature indicates that this approach does not solve any of the problems surrounding the definition of possession, and that it in fact contributes to the confusion by institutionalising the inconsistent and unscientific usage of possessory terminology. Apart from the fact that the functions themselves are not defined or classified according to a sufficiently scientific approach, the definition of possession according to its functions is not consistent either. What is needed is a terminological discipline aimed at clarifying the content and meaning of terminology in order to avoid ambiguity and contradiction. Both the principles of common law and of jurisprudence offer the necessary material and scope for such an approach. Suggestions are made for an alternative approach based upon the concept of control.

## 1 INLEIDING

“Possession”, so lui die gesegde, “is nine points of the law”.<sup>2</sup> Hierdie uitdrukking is egter misleidend, want daar bestaan soveel onduidelikheid en meningsverskil oor wat besit is dat die regsgevolge en voordele daarvan nie altyd ewe maklik bepaal kan word nie.<sup>3</sup> Die terminologiese verwarring in die Suid-Afrikaanse besitsliteratuur skep soms die indruk dat die besitsbegrip deur *commixtio* of *confusio* eerder as deur wetenskaplike arbeid ontstaan het.<sup>4</sup> Die verwarring dra op sy beurt weer daartoe by dat regsontwikkeling op hierdie gebied onbevredigend is.<sup>5</sup>

1 Intreerede gelewer op 1988-03-17.

2 Sien daaroor Egan “Possession is nine points of the law” 1951 *Commercial LR* 522.

3 Van der Vyver “Die juridiese grondslag van besitsbeskerming” 1970 *THRHR* 232 is van mening dat die regsgevolge en implikasies van besit tans duidelik omskryf is. Sien ook Van der Merwe *The law of things* (1987) 51 § 53.

4 Mathews “The mental element in possession” 1962 *SALJ* 179 verwys na die “bewondering variety of usages” van die besitsbegrip.

5 Sien in die algemeen Van der Walt “Die beskerming van besit en houerskap in die Suid-Afrikaanse reg” 1987 *THRHR* 139-153. Van der Vyver 1970 *THRHR* 232 vermeld ook die behoefte aan ’n behoorlike insig in die struktuur van besit met die oog op toekomstige ontwikkeling.

Die uiteenlopende betekenis wat aan die *begrip* "besit" geheg word,<sup>6</sup> maak dit moeilik om 'n werkbare terminologiese raamwerk te vind waarbinne die *regsfiguur* besit sinvol ondersoek kan word. Talle skrywers lui hulle bespreking van besit met 'n amper verskonende verwysing na die terminologiese probleme rondom besit in,<sup>7</sup> 'n gebruik wat soos volg deur Van Oven verklaar word:

"En het is werklik wel te begrip, dat men, op het punt zijnde zijne gedachten omtrent dit leerstuk te uiten, zich genoopt voelt den lezer even aan die moeilijkheid te herinneren, want er is zeker in het gansche privaatrecht bijna geen leerstuk waarover een zoo uitgebreide literatuur bestaat, geen onderwerp waarbij de strijdvragen in zoo grooten getale aanwezig zijn. Wat is dus natuurlijker dan dat hij, die die groote literatuur weder met een werk gaat verrijken, de behoefte gevoelt zich bij het publiek te verontschuldigen voor zijn stoutmoedigheid?"<sup>8</sup>

In die lig van die probleme rondom die onderwerp bestaan daar die gevaar dat nóg 'n "stoutmoedige toevoeging" tot die bestaande literatuur die "duisternis nog swarter doet schijnen".<sup>9</sup> Desnieteenstaande is daar 'n behoefte aan 'n ondersoek na die omskrywing van besit in die hedendaagse Suid-Afrikaanse sake-reg, al is dit dan 'n ondersoek wat, soos Mathews voorstel, met beskeidenheid aangepak word,

"content . . . with the humble task of writing a series of footnotes . . . to dominant themes framed by others".<sup>10</sup>

Terselfdertyd is dit egter noodsaaklik om die vraagstukke wat daarby betrokke is op sigself grondliggend te analiseer ten einde die wetenskaplike verteerbaarheid van die eindproduk te verseker.<sup>11</sup>

Die tema van hierdie artikel is dat die besitsproblematiek in die huidige Suid-Afrikaanse reg grotendeels die resultaat van 'n spesifieke benadering tot die omskrywing van besit is, en dat hierdie problematiek slegs opgelos kan word deur die omskrywing van besit vanuit 'n ander teoretiese vertrekpunt te benader.

## 2 AARD EN OMVANG VAN DIE BESITSPROBLEMATIEK

### 2 1 Inleiding

Die doel van hierdie afdeling is om enkele probleme rondom die omskrywing van besit uit te sonder en onder die soeklig te plaas, asook om in die lig daarvan aan te dui dat die teoretiese uitgangspunt op grond waarvan besit tans omskryf word, nie vir hierdie probleme 'n oplossing bied nie.

6 Sien in hierdie verband voorlopig Van der Vyver 1970 *THRHR* 234 en Van der Merwe (1987) 59 § 63 vir voorbeelde van die standpunt dat die term *besit* fundamenteel verskillende betekenis het.

7 Sien by Mathews 1962 *SALJ* 179; Van Rensburg en Van der Merwe "Die aard van besit en die animus-element daarvan" 1978 *THRHR* 114; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 62; De Vos "'n Bespreking van sekere aspekte van die regsposisie van besitters" 1959 *Acta Juridica* 184; Van der Vyver 1970 *THRHR* 233 234 e.v. Vgl ook Van der Vyver se resensie van Van der Merwe *Sakereg* (1979) in 1980 *SALJ* 315-316.

8 Van Oven *De bezitsbescherming en hare functies* (1905) l. Mathews 1962 *SALJ* 179 is van mening dat "[o]ne who enters upon the ground contested by giants of the stature of Savigny and Jhering may be admired for his intrepidity and nothing more".

9 Van Oven (1905) 2.

10 Mathews 1962 *SALJ* 179.

11 Met verwysing na Van der Vyver 1970 *THRHR* 232, waar hy dit het oor die tipe ondersoek wat die koring met die kaf verlore laat gaan en terselfdertyd afval in die sakke laat beland, met die gevolg dat daar "uiteindelik in die regs wetenskap en -praktyk . . . onverteerbare broodjies gebak [word]".

## 2 2 Gebruik van gemeenregtelike terminologie

Een van die gebiede waarop die begripsverwarring rondom besit die duidelikste blyk, is by die gebruik van gemeenregtelike besitsterminologie.<sup>12</sup> Die volgende voorbeelde dien ter illustrasie.

a Skrywers en hofuitsprake stel *detentio* soms met die *corpus*-element van *possessio* gelyk,<sup>13</sup> terwyl *detentio* terselfdertyd ook gebruik word om na houerskap te verwys.<sup>14</sup> Die begrip *detentio* het nooit in die klassieke Romeinse reg<sup>15</sup> of gedurende die ontwikkeling van die Romeinse reg tydens die Middeleeue,<sup>16</sup> die sestiende eeu<sup>17</sup> of die Romeins-Hollandse reg<sup>18</sup> die tegniese betekenis van *blote fisiese beheer* verkry nie; en hoewel daar in die loop van die geskiedenis aanknopingspunte bestaan vir die gebruik om *detentio* eenvoudig met die fisiese element van *possessio* gelyk te stel,<sup>19</sup> was dit geensins 'n algemeen aanvaarde gebruik nie. In die huidige reg is houerskap 'n verhouding tussen 'n regsobjek en 'n saak wat, net soos besit, uit 'n fisiese en 'n geestelike element bestaan;<sup>20</sup> en wanneer die begrip *detentio* vandag gebruik word om na die *corpus*-element van *possessio* te verwys, word die indruk geskep dat die *detentor* geen wilsingesteldheid teenoor die saak in sy beheer het nie. As gevolg van hierdie misverstand bestaan daar 'n onwilligheid om regsgevolge aan houerskap te heg.

b Van der Vyver<sup>21</sup> het reeds daarop gewys dat die onderskeid tussen *mala fides* en *bona fides* slegs vir die besitsreg betekenis het wanneer dit na onregmatige besit verwys. Die *bona* of *mala fides* van die besitter is vir die reg irrelevant wanneer hy die saak regmatig (in ooreenstemming met die voorskrifte van die objektiewe reg) beheer, omdat die regsgevolge van sy beheer dan nie van sy subjektiewe wilsingesteldheid nie, maar van die objektiewe regsbasis vir sy beheer afhanklik is. Hierdie onderskeid word egter deur skrywers en die houe geïgnoreer, met die resultaat dat 'n regmatige houder soos 'n huurder, op grond

12 soos *possessio civilis, possessio naturalis, bona fide possessio, mala fide possessio, detentio, ius possidendi* en *ius possessionis*.

13 Sien bv Van der Vyver 1980 *SALJ* 315; Silberberg-Schoeman *The law of property* (1983) 114; Delport en Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 55; Van der Merwe (1987) 53 § 56; *Mbuku v Mdinwa* 1982 1 SA 219 (Tk) 220H 222F-G; *Bank van die Oranje-Vrystaat v Rossouw* 1984 2 SA 644 (K) 648A-F.

14 Vgl bv Van der Vyver 1970 *THRHR* 237; Van der Merwe (1979) 75-76; Van der Merwe (1987) 62 § 68.

15 Vgl Kaser "Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten" 1950 *Deutsche Landesreferate zum III. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London* 1-35; Radin "Detention at Roman law" in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* vol 3 (1930) 153-162.

16 *Detentio* kan volgens Bartolus op *D* 41 2 1 n 27 nie *solo animo* behou word nie, waaruit afgelei kan word dat dit 'n verhouding met 'n fisiese en 'n geestelike element is. Sien ook Jason de Mayno op *D* 41 2 10 n 2.

17 Vgl Zasius op *D* 41 2 3 5.

18 Vgl Voet op *D* 41 2 n 1-3.

19 Vgl Antonius Gomezius *Ad Leges Tauri commentarius* op *lex* 45 n 7-8 10-11; asook Van der Walt "Dominium, possessio en detentatio in Antonius Gomezius se kommentaar op die *Leges Tauri*" 1986 *THRHR* 425-433; Duarenus *Disputationum anniversarium* 1 17; Van Leeuwen *Censura forensis* 2 10 1; Huber op *D* 41 2 42; Van der Linden *Koopmans handboek* 1 13 1.

20 Vgl Van der Walt *Die ontwikkeling van houerskap* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1986) 893-894. Sien ook Kleyn *Die mandament van spolie in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UP 1986) 363-364.

21 Vgl 1970 *THRHR* 237-238; 1980 *SALJ* 316.



van die feit dat hy daarvan bewus is dat hy nie die eienaar van die saak is nie, 'n *mala fide possessor* genoem word.<sup>22</sup>

c Die *ius possidendi* is die reg om op grond van 'n regsgeldige aanspraak fisiese beheer van 'n saak op te eis; die *ius possessionis* is die aanspraak op grond waarvan bloot feitelike beheer van 'n saak ongesteurd voortgesit kan word.<sup>23</sup> Hierdie begrippe word egter nie konsekwent gebruik nie; skrywers<sup>24</sup> interpreteer soms die begrip *ius possessionis* asof dit verwys na regte en bevoegdhede wat uit bloot feitelike beheer sou voortspruit. Sommige skrywers<sup>25</sup> gaan nog 'n stap verder deur hierdie interpretasie van die begrip by die teorie van subjektiewe regte te laat inpas. Daarvolgens verwys die *ius possessionis* na die besitsbevoegdheid<sup>26</sup> wat uit die *besitsreg* (*ius possidendi*) voortspruit.<sup>27</sup> Beide hierdie benaderings skep die verkeerde indruk dat bloot feitelike besit aan 'n besitter, soos 'n dief, 'n subjektiewe besitsbevoegdheid verleen.<sup>28</sup> Dit betrek die vraag of besit as 'n saaklike reg gesien moet word.

22 Vgl bv Van der Merwe (1979) 82. Van der Merwe (1987) 88 § 92.6 aanvaar egter die indeling van De Vos. Vgl verder *Weilbach v Grobler* (2) 1982 2 SA 15 (O); *JOT Motors h/a Vaal Datsun v Standard Kredietkorporasie* 1984 2 SA 510 (T). Van der Vyver 1980 *SALJ* 316 kritiseer hierdie benadering ten sterkste. Sien ook De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 256-257; Van der Walt "The bona fide occupier of land" 1984 *SALJ* 257-265. Hoewel Olivier in sy vonnisbespreking van die *JOT Motors*-saak (1987 *THRHR* 99-103; sien ook Delpont en Olivier (1985) 513-514) die uitspraak kritiseer, beskou hy die betrokke houër as 'n *mala fide* onregmatige houër en nie as 'n regmatige houër nie. Visser bevraagteken in sy resensie van Delpont en Olivier (1985) (sien 1985 *SALJ* 570-571) Olivier se standpunt en stel die vraag of die betrokke party nie eerder as 'n sg regmatige besitter beskou moet word nie.

23 Vgl Van der Merwe (1979) 76 96; Van der Merwe (1987) 50 § 52; Silberberg-Schoeman (1983) 117-118 132-135.

24 Vgl Van der Merwe (1987) 50 § 52.

25 soos Van der Vyver 1970 *THRHR* 234-235, maar veral 1980 *SALJ* 315. Sien ook Van der Vyver "Expropriation, rights, entitlements and surface support of land" 1988 *SALJ* 1 e.v.

26 Vgl Van der Merwe (1987) 50 § 52 se "powers". Van der Vyver verkies om "bevoegdheid" te vertaal met "entitlement": vgl 1988 *SALJ* 1 e.v.

27 In die teorie van subjektiewe regte waarmee Van der Vyver werk, is bevoegdhede dit wat die regsobjek met die saak kan doen uit hoofde van sy subjektiewe reg. Vgl Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 413.

28 As gevolg van die verwarring wat daar rondom die gebruik en inhoud van hierdie en ander gemeenregtelike besitsbegrippe bestaan, is daar al in die verlede voorgestel dat sommige of al die begrippe laat vaar moet word. Van der Vyver 1970 *THRHR* 237 doen byvoorbeeld aan die hand dat die onderskeid tussen *possessio naturalis* en *possessio civilis* aan die een kant (sien in hierdie verband ook Van der Merwe (1979) 80; Silberberg-Schoeman (1983) 131) en tussen *detentio* en *possessio* aan die ander kant, laat vaar kan word. In lg verband steun Van der Vyver op die gesag van Middelberg "Beskerming van die houerskap in die Suid-Afrikaanse reg" 1954 *THRHR* 268-283 vir die stelling dat die onderskeid tussen *detentio* en *possessio* "gerus ook maar oorboord gegooi [kan] word omdat die implikasies daarvan in alle opsigte identiek is". Middelberg a w 272 (sien ook sy proefskrif *Bescherming van het houderskap* (1953) 88) se gevolgtrekking is egter van 'n meer beperkte strekking: die onderskeid tussen besit en houerskap is *vir doeleindes van die mandament van spolie* betekenisloos aangesien die mandament, synde die enigste werklike besitsremedie in die Suid-Afrikaanse reg, vir sowel besitters as houers beskikbaar is. Sien in dieselfde verband Van der Walt (1986) 724-725; 1987 *THRHR* 139-153. Dit is onduidelik waarom Van der Vyver die onderskeid tussen *possessio iusta* en *possessio iniusta* nog steeds as betekenisvol vir verjaring beskou, aangesien dit juis by die verjarringsreg geen rol meer speel nie (vgl Van der Merwe (1979) 81; Delpont en Olivier (1985) 234). Die probleem is dat 'n benadering waarvolgens die basiese onderskeid tussen besit *animo domini* (*possessio civilis* of *possessio*) en houerskap (*possessio naturalis* of *detentio*) geïgnoreer of laat vaar word, die feit buite rekening laat dat besit *animo domini* nog steeds in die huidige Suid-Afrikaanse



### 2 3 Is besit 'n feitelike toestand of 'n saaklike reg?

Hierdie vraag is lank reeds in die Romeinsregtelike besitsliteratuur bekend. Vandag word daar gewoonlik gesê dat die probleem tradisioneel te eng geformuleer is, en dat besit tegelyk na 'n feitelike toestand en na 'n reg kan verwys.<sup>29</sup> Die algemene standpunt is dat besit 'n feitelike toestand is wat bepaalde regte aan die besitter verleen.<sup>30</sup> Pogings om al die regsgevolge van feitelike beheer aan die hand van die bestaan van regte (en spesifiek saaklike regte) te verklaar, is egter teoreties onaanvaarbaar.

'n Voorbeeld hiervan is die poging<sup>31</sup> om besitsbeskerming en die regsgevolge van besit volledig aan die hand van die handhawing van saaklike regte te verklaar. Die stelling dat die beskerming van sogenaamde regmatige besitters<sup>32</sup> in die lig van hulle reg op die saak verklaar moet word, is minstens ten aansien van bepaalde remedies<sup>33</sup> korrek, maar pogings om dieselfde argument ten aansien van onregmatige besitters te handhaaf, is onaanvaarbaar. Op grond van die standpunt<sup>34</sup> dat onregmatige besitters deur die mandament van spolie<sup>35</sup> teen onregmatige spoliase beskerm word, kom sommige skrywers tot die gevolgtrekking dat 'n onregmatige besitter 'n subjektiewe reg het wat op hierdie manier beskerm word. Omdat hierdie reg nie teen alle derdes<sup>36</sup> afgedwing kan word nie, word dit as 'n relatiewe saaklike reg<sup>37</sup> of 'n saaklike reg *sui generis* beskou.<sup>38</sup> Hierdie standpunt is een van die duidelikste voorbeelde van die verwarring wat deur 'n onakkurate en onwetenskaplike gebruik van die besitsterminologie veroorsaak word.

Hierdie benadering berus op 'n grondliggende teenstrydigheid. Die uitgangspunt is dat die juridiese grondslag van besitsbeskerming, waarvan die mandament van spolie die belangrikste voorbeeld is, in die handhawing van 'n

vervolg van vorige bladsy

sakereg vir enkele baie belangrike doeleindes soos eiendomsverkryging en vergoeding vir verbeterings van ander vorme van saakbeheer onderskei moet word. Sien hieroor Van der Walt 1987 *THRHR* 152-153. Hoewel daar geen besware geopper kan word teen die gedagte dat verwarrende en uitgediene historiese uitdrukkings laat vaar kan word nie, is dit natuurlik noodsaaklik om vooraf te verseker dat die begrippe wat behou word steeds die werking van die sakereg voldoende kan verklaar. Sien daarvoor afdeling 4 2 hieronder.

- 29 Vgl in hierdie verband Van der Merwe (1979) 50-51 § 53 en die bronne daar in vne 1 en 10-13 vermeld.
- 30 Dit is die *ius possessionis* waarvan hierbo melding gemaak is.
- 31 Vgl Van der Vyver 1970 *THRHR* 231 veral 241-242. Dieselfde standpunt word ook aange-tref by Wille *Principles of South African law* (1977) 195; Silberberg-Schoeman (1983) 117.
- 32 'n Begrip waarop hieronder weer teruggekom word. Sien daarvoor voorlopig Van der Vyver 1970 *THRHR* 237-238; Klopper "Die aard van die juridiese belang van houters by skadevergoeding" 1983 *Obiter* 75-76; Visser 1985 *SALJ* 570-571.
- 33 soos die interdik of die Aquiliese aksie. Sien verder in hierdie verband Van der Walt 1987 *THRHR* 139-153. Hierop word hieronder kortliks weer teruggekom.
- 34 Sien Van der Vyver 1970 *THRHR* 231 veral 242.
- 35 Van der Vyver verwys in hierdie verband ook na die remedies wat deur De Vos 1959 *Acta Juridica* 187-189 behandel word.
- 36 en by name die eenaar en ander derdes met 'n beter reg.
- 37 Sien daarvoor ook Van der Vyver in Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1985) 13-22; en die kommentaar van Van der Walt "Relatiewe saaklike regte?" 1986 *TSAR* 173-179.
- 38 Vgl ook hierby Van Zyl en Van der Vyver (1982) 511, waar besit omskryf word as 'n regsfeit wat vir bepaalde doeleindes onregmatig is, maar wat andersyds vir bepaalde doeleindes regmatig is en daarom deur die mandament van spolie beskerm word.

subjektiewe reg gesoek moet word.<sup>39</sup> Terselfdertyd moet egter in gedagte gehou word dat daar by die toepassing van die mandament van spolie glad nie van regte sprake kan wees nie, aangesien die remedie op die beginsel *spoliatus ante omnia restituendus est* berus.<sup>40</sup> Hierdie gedagte is in *Nino Bonino v De Lange*<sup>41</sup> baie duidelik gestel:

“It is a fundamental principle that no man is allowed to take the law into his own hands; no one is permitted to dispossess another forcibly or wrongfully and against his consent of the possession of property, whether movable or immovable. If he does so, the court will summarily restore the *status quo ante*, and will do that as a preliminary to any inquiry or investigation into the merits of the dispute. It is not necessary to refer to any authority upon a principle so clear.”

Dit is voor die hand liggend dat enige poging om die werking van hierdie remedie aan die hand van die beskerming van ’n “dieperliggende subjektiewe reg” te verklaar, noodwendig op innerlike teenstrydighede moet stuit.

In die tweede plek is dit opvallend dat die subjektiewe reg van die onregmatige besitter volgens hierdie benadering ’n relatiewe reg genoem word. Die relatiewiteit van die onregmatige besitter se reg kan egter nie ’n gevolg wees van die feit dat sy beskerming met die mandament van spolie *op die lang duur* nie teen die aanspraak van die eenaar of ander beter reghebbendes kan standhou nie, omdat dit sou impliseer dat die onderskeid tussen die mandament van spolie as besitsremedie enersyds en die vindikatoriese aksie op die meriete andersyds nie gehandhaaf word nie.<sup>42</sup> Aan die ander kant kan die relatiewiteit van die onregmatige besitter se reg ook nie na ander remedies as die mandament van spolie verwys nie, omdat die stelling juis in die konteks van die beskerming van die mandament van spolie gemaak word.

’n Derde punt van kritiek op hierdie benadering is dat dit impliseer dat ’n onregmatige besitter (wat die saak per definisie in stryd met die vereistes van die objektiewe reg beheer) oor ’n onregmatige reg op die saak sou beskik. Die konsep van ’n onregmatige reg is ’n *contradictio in terminis* wat op wetenskaplike gronde verwerp moet word.<sup>43</sup> Juis daarom kom Klopper<sup>44</sup> byvoorbeeld tot die gevolgtrekking dat die regmatige besitter ’n subjektiewe reg het, maar die onregmatige besitter nie.

Hierdie voorbeeld bewys dat dit onmoontlik is om al die regsgevolge van besit aan die hand van die handhawing van subjektiewe regte te verklaar. Dit is meer akkuraat om te stel dat besit (feitelike beheer) ’n feitelike toestand is wat bepaalde regsgevolge het, sonder om al daardie regsgevolge noodwendig aan die hand van subjektiewe regte te probeer verklaar. Die punt is dat alle regsgevolge van ’n bepaalde regsfeit nie noodwendig op die bestaan of beskerming van ’n subjektiewe reg berus nie. Besitsbeskerming is die beste voorbeeld van regsgevolge van besit wat nie as die handhawing van ’n subjektiewe reg verklaar kan word nie.

39 Vgl Van der Vyver 1970 *THRHR* 232 233 242.

40 Sien vir ’n samevatting van die belangrikste gesag Van der Walt (1986) 666–673; Kleyn (1986) 297–323.

41 1906 TS 120 122 per hr Innes.

42 Vgl Kleyn (1986) 387.

43 Sien in hierdie verband ook die kritiek van Van der Walt (1986) 615; Kleyn (1986) 387; Sonnekus “Mandament van spolie – kragtige remedie by kragonderbreking?” 1985 *TSAR* 334.

44 1983 *Obiter* 85 e.v.

## 2 4 Besitsbeskerming<sup>45</sup>

Verskeie skrywers<sup>46</sup> gebruik die begrip *besitsbeskerming* met verwysing na sowel die mandament van spolie as die interdik. Daarteenoor gebruik Kleyn<sup>47</sup> die begrip *besitsremedie* uitsluitlik met verwysing na die mandament van spolie; hy benadruk die feit dat die begrip "besitsremedie" nie 'n toevallige woordkeuse is wat bloot aandui dat die remedie met die beskerming van besit te make het nie. Die begrip "besitsremedie" is volgens hom die produk van 'n lang ontwikkeling; dit dui aan dat die betrokke remedie bepaalde unieke kenmerke vertoon, die belangrikste waarvan daarin geleë is dat die hof by die toepassing daarvan geensins op die meriete van die onderskeie partye se aansprake op die saak ag slaan nie:

"Die term 'besitsremedie' dui op 'n besondere tipe remedie met eiesoortige kenmerke wat tradisioneel daarmee vereenselwig is . . . Die belangrikste kenmerk van die besitsremedie hang saam met die feit dat die besittingsgeding en die geding op die meriete geskei is. Die mandament as besitsremedie poog bloot om die besit te herstel terwyl 'n ondersoek na die regte van die partye by die geding op meriete tuishoort."<sup>48</sup>

Sistematies is dit korrek om die enger betekenis aan hierdie begrip te heg, aangesien dit die verskille tussen die mandament en die interdik benadruk.<sup>49</sup> Tog ignoreer die meeste outeurs hierdie kwalifikasie met die gevolg dat die interdik saam met die mandament van spolie as besitsremedies behandel word; hierdeur word die indruk geskep dat die juridiese grondslag van die mandament van spolie en die interdik dieselfde is.<sup>50</sup> Die gevolg is dat die wanindruk ontstaan dat 'n besitsremedie 'n regsmiddel is waardeur die reg op besit beskerm word. Dit lei tot onreëlmatighede by die toepassing van sowel die mandament van spolie as die interdik. Terselfdertyd word sinvolle begripsontwikkeling deur die verwarring wat hieruit voortspruit, belemmer.

## 3 DIE FUNKSIES VAN BESIT

### 3 1 Inleiding

Die kern van die besitsproblematiek is die feit dat die begrip *besit* meer as een betekenis het en dat dit nie altyd duidelik is watter betekenis in 'n besondere konteks daaraan geheg moet word nie. Verskeie pogings is al aangewend om 'n besitsteorie te ontwerp waarin hierdie probleem oorbrug word. Dit sluit 'n sistematiese heroorweging van die aard van besit en van die grondslag van besitsbeskerming in;<sup>51</sup> 'n analise van die *animus*-element van besit en die invloed daarvan op die omskrywing van besit;<sup>52</sup> ondersoeke na die onderskeid tussen besit en houerskap;<sup>53</sup> en omskrywings van verskillende soorte besit vir spesifieke

45 Vir literatuur oor die aard en werking van die betrokke remedies sien De Vos 1959 *Acta Juridica* 184-199; Van der Walt 1987 *THRHR* 139-153.

46 Sien Van der Merwe (1979) 87 e.v.; (1987) 65-66 § 72; asook Van der Vyver 1970 *THRHR* 231-242; Sonnekus se bespreking van *De Beer v Firs Investments* 1980 3 SA 1087 (W) in 1980 *TSAR* 295.

47 Sien veral (1986) 297 e.v.; "Die mandament van spolie as besitsremedie" 1986 *De Jure* 1-16; sien ook Middelberg (1953) 89; 1954 *THRHR* 278.

48 Kleyn (1986) 300; sien ook Middelberg (1953) 89; 1954 *THRHR* 268 278.

49 Sien hieroor ook Kleyn (1986) 307; asook Van der Walt "Mandament van spolie 'n interdik?" 1984 *De Rebus* 477-479; (1986) 673; 1987 *THRHR* 143-144 146-147.

50 Sien daaroor Van der Walt 1987 *THRHR* 143-144 146-147.

51 Van der Vyver 1970 *THRHR* 231-242.

52 Mathews 1962 *SALJ* 179-188; Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 113-130.

53 Middelberg (1953); Van der Walt (1986).



doeleindes soos die verhaal van vergoeding vir verbeterings<sup>54</sup> en die skadevergoedingsaksie van nie-eienaars.<sup>55</sup> Die belangrikste poging om die besitsproblematiek op te los, is egter die standpunt wat vandag algemeen aanvaar word, naamlik dat een omvattende omskrywing van besit nie gegee kan word nie en dat besit vir elkeen van die funksies daarvan afsonderlik omskryf moet word.<sup>56</sup> In die betrokke bronne word daar nie noodwendig by name na die *funksies van besit* verwys nie; ander uitdrukkings soos *regsgevolge van besit* en *implikasies van besit* word ook in dieselfde verband gebruik.<sup>57</sup>

Die belangrikste gevolg wat tans aan die onderskeid tussen die verskillende funksies van besit geheg word, is dat daar geen eenduidige omskrywing van besit verskaf word nie,<sup>58</sup> en dat die inhoud van die besitsbegrip van die indeling en omskrywing van die funksies van besit afhanklik gemaak word.

### 3 2 Die funksies van besit en die funksies van besitsbeskerming

Dit is belangrik om te onderskei tussen die *funksies van besit* enersyds en die *funksies van besitsbeskerming* andersyds. Laasgenoemde konsep, wat uit die proefskrif van Van Oven<sup>59</sup> afkomstig is,<sup>60</sup> verskil in enkele opsigte van die Suid-Afrikaanse outeurs se konsep van die *funksies van besit* sodat 'n oppervlakkige

54 Veral De Vos (1987) 245–247. Hierdie indeling en die omskrywings wat daarmee gepaard gaan, is sedert die eerste en tweede uitgawes van De Vos se werk (1958 en 1971 onderskeidelik) redelik konsekwent deur ander skrywers en die howe nagevolg.

55 Sien veral Klopper 1983 *Obiter* 71–112; Silberberg-Schoeman (1983) 150.

56 Vgl veral Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 113–130, veral 116 121 e v; Van der Merwe (1979) 65 73–75; (1987) 49 § 52 53–54 § 56; Silberberg-Schoeman (1983) 123; Kleyn (1986) 365.

57 De Vos het reeds in 1959 in die verbygaan na die invloed van die verskillende funksies van besit op die omskrywing daarvan verwys (1959 *Acta Juridica* 184), maar sonder om uitvoerig daarop in te gaan. Hy onderskei (a) verrykingsaansprake van besitters en okkopeerders; (b) die mandament van spolie; (c) die Aquiliese aksie van besitters; en (d) retensieregte as gebiede waarop die omskrywing van besit telkens verskil. Daarna het Van Rensburg en Van der Merwe in 1978 in 'n artikel die *regsgevolge van besit* uitdruklik by die omskrywing daarvan betrek (1978 *THRHR* 113–130). In die hoofstuk oor besit in Van der Merwe se handboek (1979) is hierdie artikel as basis gebruik, met die verskil dat die handboek uitdruklik van die *funksies van besit* melding maak (Van der Merwe (1979) 62). In Van der Merwe se latere Engelse bydraes in Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk *Lee and Honoré: family, things and succession* (1983) 242 § 244 en (1987) 51 e v § 54 gebruik hy weer die uitdrukking “legal consequences of possession”, in lg geval saam met “legal functions of possession”. In Delpont en Olivier se vonnisbundel word die uitdrukking *juridiese implikasies van besit* in dieselfde konteks gebruik (*Sakereg vonnisbundel* (1985) 57). Sien verder Kleyn (1986) 357.

58 Vgl voorlopig Van der Merwe (1979) 64–65: “In die lig van die verskeidenheid van funksies wat besit in die reg vervul, is dit onmoontlik om 'n eenduidige omskrywing van besit te gee . . . Meer as een omskrywing van besit is nodig na gelang van die verskillende funksies van besit.” So ook Delpont en Olivier (1985) 57: “Die inhoud van die begrip verskil gevolglik afhankende van die verband waarin dit voorkom.” Vgl verder Kleyn (1986) 357.

59 (1905) 1 e v.

60 Verwysings daarna is redelik skaars; vgl bv Asser-Beekhuis *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* deel 3/1 (*Zakenrecht: algemeen deel*) 11e druk (1980) 92–95; Pitlo-Brahn *Het Nederlands burgerlijk wetboek* deel 2 (*Het Zakenrecht*) 8e druk (1980) 66–67. Asser-Beekhuis (1980) 93 verwys by name na Van Oven, terwyl Pitlo-Brahn (1980) 66–67 geen direkte verwysings bevat nie. Vgl verder Delpont en Olivier (1985) 57, waar daar in aanhalingstekens na die sg “politioele functie” verwys word. Delpont en Olivier (*ibid*) verwys ook by name na die moderne Nederlandse bronne wat hierbo genoem is.



gelykstelling van die twee onvermydelik tot verwarring moet lei. Van Oven verwys met die begrip *besitsbeskerming* na die handhawing van besit sonder enige verwysing na die regmatigheid of meriete daarvan. In die Nederlandse reg was daar op die tersaaklike tydstip twee remedies waardeur ongekwalifiseerde besit beskerm is.<sup>61</sup> Die hooftema van Van Oven se proefskrif is dat elkeen van hierdie remedies 'n afsonderlike funksie in die sakereg vervul en dat die twee funksies verkieslik in afsonderlike regsfigure gereël moet word.<sup>62</sup>

Van Oven noem die eerste funksie van besitsbeskerming die *politioneele funksie* vanweë die regspolitieke *ratio* daarvan.<sup>63</sup> Dit hou in dat ongekwalifiseerde besit, sonder enige verwysing of ondersoek na die regmatigheid of die meriete daarvan, ten minste tydelik deur die regsorde teen ongemagtigde eierigting beskerm word deurdat die onregmatig versteurde besit summier herstel word. Hierdie funksie van besitsbeskerming is volgens Van Oven noodsaaklik ten einde onregmatige dade in die kader van die verhouding tussen persoon en saak teen te gaan;<sup>64</sup> en die primêre motivering daarvan is reaksie teen onregmatige optrede<sup>65</sup> in belang van die handhawing van staatlke orde.<sup>66</sup>

Die tweede funksie van besitsbeskerming word die *zakelijke funksie* genoem op grond van die feit dat ongekwalifiseerde besit as 'n relatiewe eiendomsreg beskerm word.<sup>67</sup> Die gedagte is, soos met die Romeinse *actio Publiciana*, om naas eiendomsreg 'n relatiewe eiendomsreg te skep wat teen almal behalwe die ware eienaar beskerm word asof dit eiendomsreg is, met die bedoeling om die eienaar-besitter in staat te stel om sy eiendomsreg te handhaaf sonder dat hy hom van 'n moeilike bewyslas hoef te kwyt.<sup>68</sup> Hierdie funksie werk dus met 'n bewysregtelike vermoede dat die *de facto* besitter van 'n saak die eienaar is.

61 Onderskeidelik a 619 (*politioneele*) en a 618 (*zakelijke*) van die *Burgerlijk Wetboek*; vgl Van Oven (1905) 211.

62 Let daarop dat Oven dus eintlik oor die funksies van bepaalde *remedies* (waardeur besit beskerm word) skryf, en nie oor die funksies van *besit* self nie. Daar sal later weer op die relatiewe meriete van die twee benaderings teruggekom word.

63 Dit is die funksie wat tans in die Suid-Afrikaanse reg deur die mandament van spolie vervul word. Daar moet in gedagte gehou word dat die mandament van spolie nooit dieselfde betekenis in die Romeins-Hollandse of in die moderne Nederlandse reg gehad het as wat dit vandag in die Suid-Afrikaanse reg het nie, en dat Van Oven ook hier nie na die werking van die mandament van spolie verwys nie, maar na a 619 van die destyds geldende *BW* (vgl daaroor Van Oven (1905) 211 e v). Vgl verder oor die mandament van spolie in die Romeins-Hollandse reg Kleyn (1986) 220 e v, veral 278.

64 (1905) 227. Van Oven verkies dat hierdie funksie van die besitsbeskerming in die algemene gedeelte van die sakereg gereël word, sover dit die sistematiek van die wetboek raak. Dit is egter nie noodsaaklik dat dit noodwendig in die sakereg tuishoort nie – veral as die sakereg op die lees van reëls oor saaklike regte geskoei word – aangesien dit in hierdie funksie nie oor saaklike regte handel nie. In hierdie opsig vind Van Oven in 'n beperkte mate by sommige van die Duitse Romaniste van die negentiende eeu aansluiting. Vgl by Puchta *Pandekten* (1848) 174; *Cursus der Institutionen* (1851) 530–531 579 waar besit saam met die *Rechte an der eigenen Person* behandel word en waarvolgens besitsversteuring gevolglik 'n delik teen die persoon is.

65 Van Oven (1905) 24.

66 Van Oven (1905) 4.

67 Dit is by benadering die funksie wat vandag in die Suid-Afrikaanse reg deur die *sg besitsaksie* vervul word, hoewel die besondere remedie nooit hier dieselfde betekenis as in Nederland verkry het nie. Van Oven skryf spesifiek oor die destyds geldende a 619 van die *BW*. Vgl (1905) 211 e v.

68 Vgl Van Oven (1905) 218. Daar bestaan 'n eeue-oue debat onder Romaniste oor die vraag of daar werklik so 'n moeilike bewyslas op die eienaar rus (die *sg probatio diabolica*). Sien

Dit is duidelik dat Van Oven se *funksies van besitsbeskerming* van die Suid-Afrikaanse outeurs se *funksies van besit* onderskei moet word:

a Van Oven verwys met die *funksies van besitsbeskerming* spesifiek na die handhawing van ongekwalifiseerde besit (dit is fisiese beheer sonder enige verwyding na die meriete of regmatigheid daarvan), terwyl die Suid-Afrikaanse outeurs met die *funksies van besit* na die regsgevolge van besit in die algemeen verwys.

b Wanneer die Suid-Afrikaanse outeurs na die *saaklike funksie van besit* verwys, het dit gewoonlik op die eiendomsverkrygende gevolge van gekwalifiseerde besit betrekking,<sup>69</sup> terwyl Van Oven se *saaklike funksie van besitsbeskerming* spesifiek op ongekwalifiseerde besit betrekking het en niks met eiendomsverkryging te doen het nie. Die *saaklike funksie van besitsbeskerming* kan vir doeleindes van die moderne Suid-Afrikaanse reg moontlik met die vermoede van eiendomsreg vergelyk word, maar selfs dan moet in gedagte gehou word dat die vermoede tot gekwalifiseerde besit beperk is.<sup>70</sup> Die sogenaamde besitsaksie is ook nie die presiese ekwivalent vir die *saaklike funksie van besitsbeskerming* nie aangesien daar ook vir die besitsaksie 'n gekwalifiseerde besit vereis word.<sup>71</sup> Daar bestaan dus geen remedie in die Suid-Afrikaanse reg wat met die *saaklike funksie van besitsbeskerming* volgens Van Oven se uiteensetting vergelyk kan word nie.

c Daar bestaan wel 'n mate van ooreenstemming tussen Van Oven se *regspolitiese funksie van besitsbeskerming* en die Suid-Afrikaanse outeurs se *regspolitiese funksie van besit*, solank laasgenoemde streng as besitsbeskerming van ongekwalifiseerde besit omskryf word. Soos hierbo aangetoon is, bestaan daar egter verwarring oor die inhoud van die begrip *besitsbeskerming* in die huidige Suid-Afrikaanse reg.

### 3 3 Die funksies van besit

#### 3 3 1 Inleiding

Alhoewel daar geen eenvormige indeling van die funksies van besit in die Suid-Afrikaanse literatuur bestaan nie, kan die volgende funksies onderskei word: (a) die *saaklike funksie*; (b) die *sekuriteitsfunksie*; (c) die *bewysregtelike funksie*;

*vervolg van vorige bladsy*

daaroor o a Wubbe "Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action publicienne" 1961 *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 417-440; Sturm "Zur ursprünglichen Funktion der Actio Publiciana" 1962 *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 357-416; Wubbe "Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?" 1963 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 175-205; Kiefner "Qui possidet dominus esse praesumitur. Untersuchungen zur Geschichte der Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers seit Placentinus" 1962 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 212-232; Diosdi *Ownership in ancient and pre-classical Roman law* (1970) 154-155 160-165; Feenstra "Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du Moyen Age" in *Fata iuris Romani* (1974) 119-138.

69 Op grond van die spesifieke soort besit wat vir verkrygende verjaring vereis word, nl "besit van 'n ander se roerende of onroerende goed . . . voortdurend vir dertig jaar, *nec vi, nec clam, nec precario*" (a 2(1) van die Verjaringswet 18 van 1943), of "[besit] openlik en asof hy eienaar daarvan was . . . vir 'n ononderbroke termyn van dertig jaar" (a 1 van die Verjaringswet 68 van 1969).

70 Vgl Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 127.

71 Vgl hieroor voorlopig Van der Walt 1987 *THRHR* 144.

(d) die regspolitiese funksie; (e) die verrykingsfunksie; (f) die vergoedingsfunksie; en (g) die strafregtelike funksie.

Die omskrywing van elkeen van hierdie funksies, asook die besondere vorm wat besit vir elkeen van die funksies aanneem, sal in hierdie afdeling ondersoek word.

### 3 3 2 Die saaklike funksie

Besit of die verkryging daarvan is een van die vereistes vir 'n aantal oorspronklike en afgeleide wyses van eiendomsverkryging soos *occupatio*, verkrygende verjaring en lewering.<sup>72</sup> Hierdie funksie word deur die Suid-Afrikaanse outeurs die *saaklike funksie van besit* genoem.<sup>73</sup> Van der Merwe<sup>74</sup> verklaar die teoretiese grondslag daarvan as “die omskepping van 'n feitelike toestand in 'n regstoe-stand” waardeur die “noue betrekking van die besitter tot die saak” “juridiese permanensie” verkry. In die konteks van eiendomsverkryging word *besit* omskryf as 'n saaklike verhouding wat bestaan uit fisiese beheer (*corpus*) met die *animus domini* of eienaarsbedoeling. Die eng omskrywing wat vir hierdie funksie aan die besitsbegrip toegeskryf word, is in ooreenstemming met die vereistes wat vir die betrokke wyses van eiendomsverkryging gestel word.<sup>75</sup> Daar bestaan egter onduidelikheid oor die omvang van die saaklike funksie van besit, soos blyk uit 'n analise van die sogenaamde sekuriteits- en bewysregtelike funksies.

### 3 3 3 Die sekuriteitsfunksie

Die literatuur skep die indruk dat die saaklike funksie van besit ook na die besitsvereiste vir die vestiging van saaklike regte in die algemeen verwys, aangesien besit as een van die vereistes vir die verkryging of behoud van beperkte saaklike sekerheidsregte, en spesifiek pand- en retensieregte, gestel word.<sup>76</sup> Hierdie indruk is egter misleidend, soos uit die omskrywing van besit in hierdie

72 Vgl Van der Merwe (1979) 63; (1987) 51 § 54; Delpont en Olivier (1985) 57.

73 Sien Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 115; Van der Merwe (1979) 63; Delpont en Olivier (1985) 57.

74 (1979) 63. Sien ook Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 115. Die doel van die betrokke funksie word meer uitvoerig deur Peiris “Possession and policy in a modern civil law system” 1983 *CILSA* 314–317 behandel.

75 Vgl in die algemeen hieroor Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 130; Peiris 1983 *CILSA* 309–314; m b t lewering sien Van der Merwe (1979) 202 e v; Sonnekus *Sakereg vonnisbundel* (1980) 284 e v; Silberberg-Schoeman (1983) 72 e v; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983) 281 § 340; Delpont en Olivier (1985) 273 e v; Carey Miller *The acquisition and protection of ownership* (1980) 120 e v; m b t *occupatio* sien Van der Merwe “Animus occupandi” 1967 *THRHR* 330–338; Van der Merwe (1979) 138 e v; Sonnekus (1980) 160 e v; Silberberg-Schoeman (1983) 203 e v; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983) 267 § 304 e v; Delpont en Olivier (1985) 199 e v; Carey Miller (1986) 10 e v; Van der Merwe (1987) 116 § 132 e v en gesag daar aangehaal; m b t verkrygende verjaring sien a 2 van die Verjaringswet 18 van 1943; a 1 van die Verjaringswet 63 van 1969; Van der Merwe (1979) 181 e v; Sonnekus (1980) 211 e v; Silberberg-Schoeman (1983) 233 e v; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983) 275 § 327; Delpont en Olivier (1985) 225 e v 263; Carey Miller (1986) 69 e v; Van der Merwe (1987) 138 § 152 e v en gesag daar aangehaal.

76 Vgl veral Sonnekus (1980) 88. Vgl egter daarby Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 115 128; Van der Merwe (1979) 465–466 501–502 507–509; Van der Merwe (1987) 51–52 § 54; Silberberg-Schoeman (1983) 470–471 472–474 483–485; Delpont en Olivier (1985) 57.



konteks blyk. Die *animus domini* word nie vir die vestiging of behoud van pand- en retensieregte vereis nie;<sup>77</sup> die *animus ex re commodum acquirendi* (en spesifiek die bedoeling om die saak vir doeleindes van saaklike sekerheid terug te hou) is daarvoor voldoende. Besit word dus vir doeleindes van die sekuriteitsfunksie as *natural possession* omskryf, en sodoende van besit met die oog op eiendomsverkryging of sogenaamde *judicial possession* onderskei.<sup>78</sup> Die onderskeid verwys vermoedelik na die Romeinsregtelike onderskeid tussen siviele en natuurlike besit.<sup>79</sup> In die Romeinse reg is siviele besit *animus domini* vir eiendomsverkryging vereis.

Hoewel die begrip *saaklike funksie van besit* dus die indruk skep dat hierdie funksie met die besitsvereiste vir die verkryging van saaklike regte in die algemeen verband hou, verskil die omskrywing van die besitsvereiste vir die verkryging van eiendomsreg dus van die besitsvereiste vir die vestiging van beperkte saaklike sekerheidsregte. Dit is waarskynlik waarom die skrywers die saaklike funksie van besit tot die vestiging van eiendomsreg beperk, en die besitsvereiste by die vestiging van saaklike sekerheidsregte daarvan onderskei. Die twee funksies van besit word dus van mekaar onderskei op grond van die *animus* waarmee die persoon die saak in elke geval beheer. Die implikasie is dat die onderskeid tussen die funksies van die omskrywing van besit afhanklik gemaak word, terwyl die omskrywing van besit juis veronderstel is om van die onderskeid tussen die funksies afhanklik te wees. Om hierdie teoreties onbevredigende resultaat te vermy, sal die sogenaamde saaklike funksie van besit nader omskryf moet word ten einde dit tot eiendomsverkryging te beperk. Die begrip *saaklike funksie* sal nie gebruik kan word nie, maar sal deur 'n enger omskrywing, soos *die eiendomsverkrygende funksie van besit*, vervang moet word.

### 3 3 4 Die bewysregtelike funksie

Besit laat in bepaalde omstandighede die vermoede ontstaan dat die besitter van die saak ook die eienaar daarvan is.<sup>80</sup> Die bewysregtelike funksie wat besit in hierdie verband vervul, is op die publiseiteitsbeginsel gebaseer.<sup>81</sup> Gevolglik is

77 Vgl in die algemeen Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 128; en verder Van der Merwe (1979) 465 507; Sonnekus (1980) 445 490; Silberberg-Schoeman (1983) 472 484; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983) 336 § 470 349 § 491 352 § 496; Delpont en Olivier (1985) 428 487; Scott en Scott *Wille's law of mortgage and pledge in South Africa* (1987) 60.

78 Vgl veral *Zandberg v Van Zijl* 1910 AD 302 313; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) 611H; *United Building Society v Smookler's Trustees and Golombick's Trustee* 1906 TS 623 632; *Rubin v Botha* 1911 AD 568 576; *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Anglo American (OFS) Housing Co* 1960 3 SA 642 (A) 649C. Sien ook Scott en Scott (1987) 60.

79 *Possessio civilis en possessio naturalis*. Vgl daaroor *D* 41 3 16; *D* 41 2 1 1; *D* 43 16 1 9; *D* 43 16 1 10; en *D* 41 2 3 3; *D* 4 3 5; *D* 41 5 2 1 onderskeidelik. Sien verder Van Oven *Leerboek van romeinsch privaatrecht* (1948) 118–119; Buckland *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian* (1975) 197; Thomas *Textbook of Roman law* (1976) 139.

80 Vgl Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 114 127; Van der Merwe (1979) 63, waar dit as deel van die saaklike funksie behandel word; Van der Merwe (1987) 52 § 54; Delpont en Olivier (1985) 57.

81 Sien bv Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 114 vn 1; Silberberg-Schoeman (1983) 133 vn 114.



dit net op besit van roerende sake van toepassing aangesien die publisiteitsbeginsel ten aansien van onroerende sake deur registrasie oorgeneem is. Regspraak<sup>82</sup> dui daarop dat die *animus domini* 'n vereiste vir die inwerkingtreding van hierdie vermoede is,<sup>83</sup> minstens sover dit die bewysregtelike aspek daarvan betref.<sup>84</sup> In hierdie verband word besit as "juristic possession" omskryf. Soos in die geval van "civil possession" verwys dit na besit met die *animus domini*.<sup>85</sup> Die omskrywing van besit vir die bewysregtelike funksie stem dus met die omskrywing vir die eiendomsverkrygende funksie ooreen vir sover die *animus domini* in albei gevalle vereis word. Dit is waarskynlik die rede waarom die twee funksies soms saam vermeld word, of waarom die bewysregtelike aspek soms as deel van die saaklike funksie behandel word.<sup>86</sup> Die motivering vir die onderskeid tussen die funksies verval dus sodra die omskrywings van besit ooreenstem, waardeur die indruk versterk word dat die onderskeid tussen die funksies die omskrywing van besit volg.

### 3 3 5 Die regspolitiese funksie

Daar bestaan meningsverskil in die Suid-Afrikaanse besitsliteratuur oor die teoretiese verklaring van die regspolitiese funksie van besit. Die eerste strydpunt handel oor die remedie of remedies wat by die regspolitiese funksie van besit betrokke is. Die kernvraag is of die regspolitiese funksie van besit, soos dit in besitsbeskerming vergestalt word, net op die mandament van spolie betrekking het en of ander remedies ook daarmee verband hou. 'n Hele aantal skrywers het oor die laaste jare die standpunt ingeneem dat ander remedies naas die mandament van spolie ook as besitsremedies gesien moet word en dat hierdie remedies dieselfde regspolitiese funksie as die mandament vervul.<sup>87</sup> Hierdie skrywers argumenteer dat die voorkoming van eiergting (ter wille van orde in die regsgemeenskap) 'n doelstelling is wat deur verskillende remedies nagestreef en bereik word.<sup>88</sup> Die remedie wat veral in hierdie verband met die mandament van spolie op gelyke voet gestel word, is die interdik.

Hoewel hierdie standpunt in die onlangse literatuur heelwat ondersteuning gevind het,<sup>89</sup> is dit klaarblyklik foutief. Daar bestaan wesenlike verskille tussen

82 Sien *Policanski Brothers v Hanau* (1908) 25 SC 670 672; *Zandberg v Van Zijl* 1910 AD 302 308; *Weeks v Amalgamated Agencies* 1920 AD 218 226 237; *Gleneagles Farm Dairy v Schoombee* 1949 1 SA 830 (A) 836-837; *Ruskin v Thiergin* 1962 3 SA 737 (A) 745F. Sien egter daarmee saam *Silberberg-Schoeman* (1983) 135.

83 Sien ook *Van Rensburg en Van der Merwe* 1978 *THRHR* 127. Vgl egter *Silberberg-Schoeman* (1983) 135.

84 Sien *Delpont en Olivier* (1985) 73 waar tussen die twee aspekte van hierdie vermoede onderskei word. In die eerste plek impliseer die bewysregtelike aspek dat besit van 'n saak bewysregtelike waarde het wanneer die eiendomsreg daarop in geskil is, en tweedens het besit bepaalde implikasies vir die bewyslas omdat die persoon wat die saak op grond van sy beweerde eiendomsreg wil terugeis die bewyslas dra.

85 Sien veral *Ruskin v Thiergin* 1962 3 SA 737 (A) 745F. Vgl egter *Silberberg-Schoeman* (1983) 135.

86 Vgl *Van der Merwe* (1979) 63.

87 Sien veral *Van der Merwe* (1979) 63; (1987) 51 § 54. In lg geval vermeld *Van der Merwe* wel t a p in vn 10 dat "[t]his is especially apposite in the case of the mandament van spolie".

88 *Delpont en Olivier* (1985) 57 skep die indruk dat hulle dieselfde standpunt inneem deur die besitter se aanspraak op skadevergoeding saam met sy aanspraak op die mandament van spolie onder die hoof "politionele funksie" te behandel.

89 Vgl voorlopig daarvoor *De Waal* 1984 *THRHR* 118; *Sonnekus* 1985 *TSAR* 336; 1986 *TSAR* 246. Sien in die ouer literatuur ook *Van der Vyver* 1970 *THRHR* 241. *Contra* *Van der Walt* 1984 *THRHR* 429-439; *Kleyn* 1986 *De Jure* 1-16.

die mandament van spolie en die interdik, met die gevolg dat gelykstelling van die twee remedies teoreties onaanvaarbaar is.<sup>90</sup> Die persoon wat om die verlening van 'n interdik aansoek doen, moet bewys dat hy 'n duidelike reg of *clear right* ten aansien van die betrokke saak het, terwyl die onderskeie regte van die partye in die geval van 'n mandament van spolie glad nie in ag geneem word nie. Hierdie en ander verbandhoudende verskille dui daarop dat die twee remedies verskillende funksies in die sakereg vervul. Die mandament van spolie is die enigste ware besitsremedie in die huidige Suid-Afrikaanse reg aangesien dit die enigste remedie is wat besit ongekwalifiseerd, sonder verwysing na die meriete daarvan, handhaaf.<sup>91</sup> Daar bestaan dus min ruimte vir twyfel dat die mandament van spolie inderdaad in hierdie sin uniek is, en dat die regspolitieke funksie van besit (of eintlik van besitsbeskerming) tot die werking van hierdie unieke remedie beperk is.

Gewoonlik word die regspolitieke funksie van besit gekoppel aan die handhawing van ongekwalifiseerde besit teen onregmatige versteuring of ontneming daarvan.<sup>92</sup> Die meeste bronne vermeld die feit dat hierdie summiere handhawing of herstel van die *status quo* op regspolitieke oorwegings berus, en dat dit gerig is teen onregmatige eierigting,<sup>93</sup> gebaseer op die onderliggende beginsel *spoliatus ante omnia restituendus est*.<sup>94</sup> Daar bestaan egter onduidelikheid oor die doel van besitsbeskerming. Van der Vyver<sup>95</sup> het reeds in 1970 besware geopper teen die gedagte dat die mandament van spolie tot die besitter se beskikking gestel sou word bloot om te voorkom dat die reg in eie hande geneem word:

“Buitendien kan ek in my gemoed geen vrede vind met die slotsom dat die reg in enige geval beskerming verleen *bloot* om eierigting tee te werk nie. Alle aksies is natuurlik daarop gerig om te voorkom dat die reg in eie hande geneem word. Maar bykomstig beskerm die reg 'n dieperliggende subjektiewe reg met 'n aksie. Nie dat 'n mens 'n subjektiewe reg het omdat jy 'n aksie het nie, maar jy het 'n aksie omdat jy 'n subjektiewe reg het.”

Dieselfde standpunt is sedertdien, met variasies, deur ander skrywers<sup>96</sup> herhaal in reaksie teen die gedagte dat die mandament van spolie gesien moet word as 'n remedie wat in die eerste plek daarop gerig is om die regsorde teen eierigting

90 Vgl in hierdie verband veral Van der Walt 1987 *THRHR* 139–153; asook 1984 *De Rebus* 477–479 waar sommige van die belangrike verskille tussen bv die mandament van spolie en die interdik saamgevat word. Sien in lg verband ook Kleyn (1986) 323 e v 257 e v.

91 Sien Middelberg (1953) 87; 1954 *THRHR* 272; Peiris 1983 *CILSA* 305–308; Kleyn (1986) 297–307, veral 306; 1986 *De Jure* 1–16, veral 8; Van der Walt (1986) 715–725, veral 726; 1984 *THRHR* 429–439.

92 Vgl Van der Merwe (1979) 63; (1987) 51 § 54; Delpont en Olivier (1985) 57; Kleyn (1986) 357 e v; asook literatuur wat in die volgende vn vermeld word.

93 Sien bv Van der Merwe (1979) 63; (1987) 51 § 54, 68 § 75; Silberberg-Schoeman (1983) 135; Peiris 1983 *CILSA* 308. Sien verder Kleyn 1986 *De Jure* 1–16; Van der Walt 1987 *THRHR* 146–147. Daar bestaan onenigheid oor die formulering, omvang en implikasies van hierdie funksie, waarop hieronder weer teruggekom word. Verdere literatuur word by die bespreking daarvan hieronder vermeld.

94 Afkomstig uit die *Pseudo-Isidoriana* van die negende eeu. Vgl daarvoor verder Kleyn (1986) 73–84.

95 1970 *THRHR* 241.

96 De Waal “Die mandament van spolie – meer as besitsherstel?” 1978 *Responsa Meridiana* 275–278; *Die moontlikheid van besitsherstel as wesenselement vir die aanwending van die mandament van spolie* (LL M-verhandeling US 1982) 91; vonnisbespreking van *Naidoo v Moodley* 1982 4 SA 82 (T) in 1984 *THRHR* 118; Sonnekus 1985 *TSAR* 336; vonnisbespreking van *Ness v Greef* 1985 4 SA 641 (K) in 1986 *TSAR* 246; Kleyn (1986) 298–300 331–341; 1986 *De Jure* 9–16.

te beskerm.<sup>97</sup> Van die skrywers wat die standpunt verwerp dat die mandament van spolie 'n remedie vir die beskerming van die openbare orde eerder as 'n remedie vir die beskerming van besit genoeg moet word, is dit net Kleyn<sup>98</sup> wat 'n alternatiewe teoretiese gronding vir sy standpunt aanbied.

Die eerste rede waarom Kleyn die mandament van spolie 'n remedie vir die beskerming van besit eerder as vir die beskerming van die openbare orde noem, berus op die feit dat die mandament van spolie al die tradisionele kenmerke van 'n egte besitsremedie vertoon, en die karakter van die besitsremedie is volgens Kleyn "'n waardevolle gemeenregtelike erfenis"<sup>99</sup> wat deur die houe erken word. Indien die mandament van spolie as 'n remedie vir die beskerming van die openbare orde eerder as vir die beskerming van besit bestempel word, sal die begrip *besitsremedie*, waaraan hierdie gemeenregtelike erfenis gekoppel is, verlore gaan. Hoewel hy dus enersyds die unieke rekuperatoriese werking van die mandament van spolie beklemtoon, wil Kleyn andersyds die konsep van die besitsremedie behou. Handhawing van die openbare orde teen eierigting is volgens Kleyn 'n funksie wat deur alle remedies vervul word, en die mandament van spolie bereik hierdie doel *indirek* deur die beskerming van besit, net soos ander remedies dit *indirek* deur die beskerming van ander belange bereik.

Kleyn<sup>100</sup> doen aan die hand dat die mandament van spolie besit herstel ten einde orde in die gemeenskap te handhaaf, net soos die *rei vindicatio* eiendomsreg herstel ten einde dieselfde doelstelling te bereik. Om hierdie standpunt te kan handhaaf, moet Kleyn aantoon dat die mandament van spolie besit *direk* beskerm ten einde die regsorde *indirek* te beskerm. Besit kan, anders as eiendomsreg in die geval van die *rei vindicatio*, nie in hierdie verband aan die hand van subjektiewe regte of bevoegdhede geformuleer word nie aangesien dit met die summere werking van die mandament sou bots. Kleyn formuleer sy standpunt soos volg:

97 Soos voorgestel is deur Van der Walt "Three cases on the mandament van spolie" 1983 *SALJ* 689-699; vonnisbespreking van *Naidoo v Moodley* 1982 4 SA 82 (T) in 1983 *THRHR* 237-240; "Nog eens *Naidoo v Moodley* - 'n repliek" 1984 *THRHR* 429-439; "Toepassing van die mandament van spolie op onroerende sake" 1986 *TSAR* 223-232; (1986) 662-673. Vir sover die besware op die klaarblyklik foutiewe gedagte dat die mandament van spolie die besitter se reg op besit beskerm (soos wat Van der Vyver 1970 *THRHR* 231-242 impliseer) of op ander misverstande en wanopvattinges berus, sal dit vir huidige doeleindes buite rekening gelaat word. De Waal 1984 *THRHR* 118, Sonnekus 1985 *TSAR* 336 en Kleyn (1986) 334 verkeer by almal onder die wanindruk dat Van der Walt se teorie inhou dat al die "beginsels onderliggend aan die regsfiguur oorboord gegooi word" en dat die mandament vir alle vorme van vredesbreuk en regsversteuring aangewend kan word. Dit is moeilik om te sien hoedat hierdie wanindruk kan ontstaan as die baie duidelike vereistes vir die mandament van spolie in gedagte gehou word. Waarskynlik is die misverstand die gevolg van 'n waninterpretasie van die klem wat Van der Walt op die onregmatigheid van die vredesbreuk plaas, waardeur nie geïmpliceer word (soos Sonnekus 1985 *TSAR* 336 aanvaar) dat die toepassing van die remedie op spesifiek saaklike verhoudinge geïgnoreer word nie. Sonnekus 1985 *TSAR* 335 misverstaan die begrip "regspreserverende funksie van die mandament", waarmee juis na die sg regspolitiese funksie van die remedie verwys word (d w s die gedagte dat die regsorde daardeur beskerm word en nie subjektiewe regte nie) as sou dit beteken dat die mandament van spolie vir die beskerming van subjektiewe regte beskikbaar sou wees.

98 Vgl Kleyn (1986) 298; 1986 *De Jure* 8; asook (1986) 331-341; 1986 *De Jure* 9-16; maar veral (1986) 388-389.

99 Kleyn (1986) 298.

100 Sien (1986) 331-341; 1986 *De Jure* 9-16.



“Die objektiewe reg laat niemand toe om eiemagtig teen die besitter op te tree nie. Hieruit volg dat die objektiewe reg aan elke besitter, ook aan die onregmatige besitter, ’n *bevoegdheid* verleen om in sy besit gehandhaaf te word totdat hy regmatig, dit wil sê vrywillig, deur ’n hofbevel of deur ’n statutêre voorskrif, daarvan ontnem word. Hierdie deur die *objektiewe reg-verleende bevoegdheid*, behels nie die inhoudsbevoegdheid van ’n subjektiewe reg nie, maar is eerder vergelykbaar met dié tipe bevoegdhede wat ’n ouer van die objektiewe reg verkry om sy minderjarige kind teen ongewenste verhoudinge te beskerm of om toegang tot die kind te hê.”<sup>101</sup>

Volgens Kleyn se standpunt sou die regspolitieke funksie van besit dus daarin bestaan dat die objektiewe reg aan die besitter die bevoegdheid verleen om sy besit teen onregmatige versteuring te handhaaf. Die aard, inhoud en oorsprong van die *bevoegdheid* om bestaande besit voort te sit totdat dit regmatig ontnem word, en die regsteoretiese verklaring daarvan, is egter onduidelik.<sup>102</sup> Die besitsbevoegdheid wat Kleyn in gedagte het, is kennelik nie een van die inhoudsbevoegdhede wat uit ’n subjektiewe reg<sup>103</sup> voortvloei nie, aangesien dit met die summiere werking van die mandament van spolie sou bots. Aan die ander kant is dit moeilik om te sien hoedat hierdie bevoegdheid onder die regs- en handelingsbevoegdheid, wat aan ’n regsobjek toekom omdat hy ’n regsobjek is,<sup>104</sup> tuisgebring kan word. Die voorbeeld van ’n ouer se reg om sy minderjarige kind teen ongewenste verhoudinge te beskerm of om toegang tot die kind te verkry, help nie om die saak duideliker te maak nie. Hoewel Kleyn hierdie reg nie as ’n subjektiewe reg beskou nie, neig die tentatiewe verklaring wat Van Zyl en Van der Vyver<sup>105</sup> daarvoor gee juis in die rigting van ’n subjektiewe reg.

Tweedens, selfs al word Kleyn se teoretiese konstruksie aanvaar, is dit nog steeds nie duidelik waarom die reg hierdie bevoegdheid aan die besitter verleen nie. As die oorsprong daarvan nie na die bestaan van ’n subjektiewe reg herlei kan word nie, moet die objektiewe reg dit kennelik om ’n ander rede aan die besitter verleen. Die voor-die-hand-iggende rede vir die verlening van so ’n bevoegdheid is regspolitieke oorwegings, veral in die lig van die feit dat die werking van die mandament van spolie algemeen as die regspolitieke funksie van besit aangemerkt word.<sup>106</sup> As daar egter geredeneer word dat die besitter se bevoegdheid om die saak te bly besit om regspolitieke redes deur die objektiewe reg aan hom verleen word, kan daar seker ook geredeneer word dat bestaande besitsverhoudings om regspolitieke redes deur die objektiewe reg gehandhaaf word sonder om bevoegdhede hoegenaamd daarby te betrek. Kleyn se teorie oor die besitsbevoegdheid openbaar dus nog steeds nie die regspolitieke *ratio* vir besitsbeskerming nie en dien daarom geen doel nie. Daar kan egter min twyfel daaroor bestaan dat hierdie konstruksie die reeds verwarrende literatuur en praktyk oor hierdie onderwerp verder sal verwar, omdat dit ongetwyfeld met die beskerming van subjektiewe regte en inhoudsbevoegdhede in verband gebring sal word.

101 (1986) 388.

102 Vgl Van Zyl en Van der Vyver (1982) 373–374 413.

103 Van Zyl en Van der Vyver (1982) 413 omskryf hierdie bevoegdheid as dit wat die regsobjek regtens met sy regsobjek mag doen juis omdat hy oor die subjektiewe reg beskik.

104 Van Zyl en Van der Vyver (1982) 413 verkies in daardie geval die begrip *kompetensies*, alhoewel die begrip *bevoegdhede* nog steeds algemeen gebruik word.

105 (1982) 411 vn 15. Kleyn (1986) 389 vn 465 verwys na hierdie oplossing van Van Zyl en Van der Vyver, asook na Pauw 1980 *De Jure* 272–273, wat aan die hand doen dat die betrokke reg van ’n ouer juis nie ’n subjektiewe reg is nie, maar deur die objektiewe reg verleen is.

106 Sien Kleyn (1986) 357.



'n Verdere beswaar teen Kleyn se konstruksie van die besitsbevoegdheid is dat dit moeilik met bepaalde hofuitsprake oor die mandament van spolie versoen kan word. In verskeie uitsprake is die standpunt gestel dat verlening van die mandament van spolie nie impliseer dat die hof daardeur die besitter se voorafgaande besit erken of kondoneer nie, maar dat die *status quo ante* bloot herstel word hangende 'n behoorlike juridiese beoordeling van die meriete van die partye se besitsaansprake.<sup>107</sup> Dit lyk onwaarskynlik dat die objektiewe reg aan 'n onregmatige besitter die *bevoegdheid* sal verleen om sy besit voort te sit, terwyl die objektiewe reg terselfdertyd nie daardie besit erken of kondoneer nie.

Kleyn se teoretiese verklaring vir die regspolitieke funksie van besit kan dus nie aanvaar word nie, omdat dit innerlike teenstrydighede bevat sonder om 'n bevredigende verklaring vir die teoretiese basis van die regspolitieke funksie van besit te bied.

As gevolg van die verwarring wat daar oor die teoretiese begroning van die regspolitieke funksie van besit bestaan, ondervind die meeste skrywers ook probleme met die omskrywing van besit vir doeleindes van hierdie funksie. Diegene wat die regspolitieke funksie van besit nie tot die mandament van spolie beperk nie, en die interdik daarby insluit,<sup>108</sup> word byvoorbeeld met die probleem gekonfronteer dat besit in die konteks van hierdie twee remedies twee verskillende betekenis het. Die regmatigheid van besit is by toepassing van die mandament van spolie irrelevant, terwyl dit in die geval van die interdik 'n vereiste is omdat die applikant 'n *clear right* of duidelike (materiële) reg moet bewys.<sup>109</sup> In beginsel verwys die besitsbegrip in die konteks van die interdik dus net na regmatige besit, terwyl dit in die konteks van die mandament van spolie ook onregmatige besit insluit en inderdaad geen onderskeid op grond van regmatigheid maak nie. Die betrokke skrywers ignoreer egter hierdie probleem en bied geen oplossing daarvoor nie.

Kleyn<sup>110</sup> se vertrekpunt in hierdie verband is, soos dié van Middelberg,<sup>111</sup> suiwerder omdat dit op die summiere rekuperatoriese werking van die mandament gebaseer is: vir doeleindes van die toepassing van die mandament van spolie word daar geen ag op die meriete van die applikant se aanspraak op besit geslaan nie en daarom is die onderskeid tussen regmatige en onregmatige besit vir hierdie doel irrelevant.<sup>112</sup> Tog aanvaar Kleyn Van der Merwe se standpunt dat almal wat die beskerming van die mandament van spolie geniet as besitters aangemerkt moet word. Van der Merwe<sup>113</sup> se standpunt in hierdie verband is dat die beskerming van die mandament van spolie aanvanklik net vir besitters beskikbaar was, terwyl houters onbeskermd was. Deur ontwikkeling is die mandament van spolie egter na bepaalde houters uitgebrei en Van der Merwe voer aan dat dit as 'n uitbreiding van die besitsbegrip eerder as 'n uitbreiding van

107 Sien veral *Mans v Marais* 1932 CPD 352 356; *De Jager v Farah and Nestadt* 1947 4 SA 28 (W) 35; *Kelly v Kok* 1948 3 SA 522 (A) 530; *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 (A) 739A; *Fredericks v Stellenbosch Divisional Council* 1977 3 SA 113 (K) 117A.

108 Vgl Van der Merwe (1979) 89 95; (1987) 69-70 § 76 84-85 § 87 51 § 54.

109 Vgl in hierdie verband verder Van der Walt 1987 *THRHR* 139 143-144 146-147 150-153. Sien ook Kleyn (1986) 327-328; Van der Walt (1986) 673.

110 Sien (1986) 375.

111 Sien Middelberg (1953) 88; 1954 *THRHR* 279.

112 Sien ook Van der Walt (1986) 725.

113 Sien Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 127; Van der Merwe (1979) 77-79; Kleyn (1986) 375.

besitsbekerming gesien moet word.<sup>114</sup> Hierdie standpunt word deur Kleyn onderskryf.<sup>115</sup> Besit moet gevolglik, vir doeleindes van die regspolitieke funksie daarvan, omskryf word aan die hand van die besitsvereiste wat vir die mandament van spolie gestel word.

Volgens Van der Merwe<sup>116</sup> word besit vir hierdie funksie omskryf as fisiese beheer (*corpus*) van die saak met die bedoeling om voordeel daaruit te verkry (*animus ex re commodum acquirendi*). Die bedoeling moet egter nie te eng gesien word nie.<sup>117</sup> Kleyn<sup>118</sup> doen aan die hand dat die *animus* in hierdie geval as die *animus possidendi* of die wil om te besit, omskryf moet word. Hierdie omskrywing is ietwat wyer as dié van Van der Merwe, en nader aan Silberberg-Schoeman<sup>119</sup> se “witting control”. Die regspraak<sup>120</sup> maak dit ook duidelik dat die *animus domini* nie vereis word nie. Vir hierdie funksie word daar glad nie op die presiese aard van die besit ingegaan nie, met die gevolg dat die remedie nie spesifiek vir die beskerming van besit met die eienaarsbedoeling of van besit sonder die eienaarsbedoeling bestem is nie, maar vir besit afgesien van die aan- of afwesigheid van die eienaarsbedoeling. Die onderskeid tussen die twee soorte besit speel egter nog steeds by die ander funksies van besit ’n rol.

### 3 3 6 Die verrykingsfunksie

Dit besitter van ’n *res aliena* wat verbeterings aan die saak aangebring het, verkry in bepaalde omstandighede ’n verrykingsaanspraak teen die eenaar van die saak. Hierdie aanspraak kan die vorm van ’n *ius tollendi* of van ’n verrykingseis aanneem,<sup>121</sup> en berus op die beginsel dat niemand toegelaat moet word om ten koste van ’n ander verryk te word nie.<sup>122</sup> Die verrykingsaanspraak van ’n besitter neem ’n besondere vorm aan op grond van die fisiese beheer wat hy oor die saak uitoefen wanneer hy die verbeterings daaraan aanbring.<sup>123</sup> Fisiese beheer

114 Sien Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 127; Van der Merwe (1979) 79; (1987) 62 § 68. Sien Van der Walt 1987 *THRHR* 153 vir kritiek op hierdie standpunt.

115 Kleyn (1986) 375; sien ook Mathews 1962 *SALJ* 179; Silberberg-Schoeman (1983) 128.

116 Sien Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 126; Van der Merwe (1979) 69–75; (1987) 71–73 § 78.

117 Sien Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 126; Van der Merwe (1979) 78.

118 (1986) 365–375, veral 374–375.

119 (1983) 129.

120 Sien veral *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 (A) 739D–H. Verdere regspraak word behandel deur Kleyn (1986) 365–375; Van der Walt (1986) 687–692.

121 Vgl Van der Merwe (1979) 63, waar hierdie funksie tot die beskerming van die *bona fide* besitter beperk word en as deel van die saaklike funksie behandel word; asook Van der Merwe (1987) 52 § 54. Delpont en Olivier (1985) 57 verwys hierna as die *vergoedingsimplikasie*, maar dit skep verwarring met die vergoeding wat ’n besitter in ’n skadevergoedingsaksie kan verkry. Sodanige vergoeding word deur Delpont en Olivier (1985) 57 saam met die mandament van spolie onder die *politonele* of *sg beskermingsimplikasie* behandel, maar dit is duidelik dat die twee van mekaar onderskei moet word. In die geval van die regspolitieke funksie (mandament van spolie) word ongekwalifiseerde besit beskerm op grond van regspolitieke oorwegings, terwyl slegs gekwalifiseerde besit deur middel van die Aquiliese aksie beskerm word. Vgl Van der Walt 1987 *THRHR* 145 e.v.

122 *D 50 17 206*: “Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum.” Sien De Vos (1987) 5.

123 Sien Peiris 1983 *CILSA* 318.

verleen byvoorbeeld gewoonlik aan die verbeteraar 'n retensiereg waarmee hy sy verhaalsreg kan afdwing.<sup>124</sup>

Hoewel hierdie aanspraak aanvanklik vir die *civilis possessor* beskikbaar was,<sup>125</sup> is die *animus domini* nie meer vandag 'n vereiste nie. In navolging van De Vos<sup>126</sup> word daar vandag aanvaar dat die verhaalsreg vir verbeterings aan sowel besitters as houers beskikbaar is en dat die verskillende besitters en houers vir doeleindes van berekening van die eis van mekaar onderskei moet word.<sup>127</sup> Besit word omskryf aan die hand van die *animus domini* en word onderskei van houerskap of okkupasie,<sup>128</sup> waarvoor 'n mindere wilsingesteldheid soos die *animus ex re commodum acquirendi* voldoende is.<sup>129</sup> Besit word dus vir doeleindes van hierdie funksie enersyds wyd omskryf om sowel besitters *animus domini* as houers in te sluit, maar andersyds word hierdie groepe en hulle onderverdelings weer van mekaar onderskei omdat dit die omvang van die spesifieke eiser se verhaalsreg kan medebepaal.<sup>130</sup> Die indeling van die verskillende besitters en houers word taamlik konsekwent gebruik wanneer die verrykingseis op grond van verbeterings aan *res aliena* ter sprake kom.<sup>131</sup>

### 3 3 7 Die vergoedingsfunksie

Die besitter kan onder bepaalde omstandighede in eie naam skadevergoeding van derdes eis wat sy belang in die saak deliktueel aangetas het.<sup>132</sup> Die funksie wat besit hier vervul, is om die belang wat 'n besitter by die saak in sy besit het teen deliktuele nadeel te beskerm.

Hierdie remedie is aanvanklik tot beskikking van die *bona fide possessor* gestel, maar is deur Suid-Afrikaanse ontwikkelinge na 'n aantal houers uitgebrei.<sup>133</sup> Dit is opvallend dat Silberberg-Schoeman<sup>134</sup> voorstel dat die indeling van besitters en houers, wat volgens De Vos slegs op die verrykingsaanspraak betrekking het, ook hier gevolg moet word. Van Rensburg en Van der Merwe<sup>135</sup> betoog dat die

124 Vgl Peiris 1983 *CILSA* 318, maar sien ook Delpont en Olivier (1985) 514; *Grobler v Boikhutsong Business Undertakings* 1987 2 SA 547 (BGD) 576G 578A: die hof beskik oor 'n diskresie by die verlening van 'n retensiereg, selfs al beskik die verbeteraar wel oor 'n afdwingbare verhaalsreg. Vgl *Boikhutsong Business Undertakings v Grobler* 1988 2 SA 676 (BAD) 683F-G.

125 Vgl Peiris 1983 *CILSA* 319.

126 Vgl sy proefskrif *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1957). Die tweede uitgawe van 1971 was veral invloedryk. Sien daarvoor verder Van der Walt (1986) 610-613.

127 De Vos (1987) 246; 1959 *Acta Juridica* 184 beperk hierdie onderskeid tot hierdie spesifieke funksie, en stel uitdruklik dat die omskrywing van besit, en veral die onderskeid tussen verskillende besitters en houers, nie ten aansien van ander funksies soos die mandament van spolie, die Aquiliese aksie of retensieregte toepaslik is nie.

128 van onroerende goed.

129 Vgl veral De Vos (1987) 245-247 waar hierdie onderskeid uiteengesit word. Sien daarby Silberberg-Schoeman (1983) 152-158; Delpont en Olivier (1985) 126-127; Van der Merwe (1987) 88 § 92.

130 Vgl in hierdie verband Van der Walt (1986) 790-854; 1987 *THRHR* 147-149 150-153.

131 Vgl hieroor Van der Walt 1987 *THRHR* 147-148; sien ook Silberberg-Schoeman (1983) 152-158; Van der Merwe (1987) 87 e v §§ 90-102; De Vos (1987) 244-270.

132 Sien Van der Merwe (1979) 107; Silberberg-Schoeman (1983) 150-152; Delpont en Olivier (1985) 122; Van der Merwe (1987) 86 § 89. Sien verder Van der Walt (1986) 738-789; 1987 *THRHR* 145-146.

133 Sien Van der Walt (1986) 740-744 en die literatuur daar vermeld; 1987 *THRHR* 145.

134 (1983) 150. Sien ook Delpont en Olivier (1985) 70.

135 1978 *THRHR* 129.



houers wat hierby betrokke is as besitters beskou moet word omdat die “prinsipiële onderskeid tussen houers en besitters . . . lankal vervaag [het]”. Hoewel die tendens is om besit wyd te omskryf ten einde sowel besitters *animo domini* as houers in te sluit, kan daar geargumenteer word dat dit vir die korrekte toepassing van die betrokke remedie tog noodsaaklik is om tussen besitters *animo domini* en houers te onderskei.<sup>136</sup> Indien dit nie gedoen word nie, kan daar verwarring ontstaan, soos uit die regspraak oor hierdie onderwerp blyk.

Omdat die *bona fide possessor* volgens die gemenerereg toegelaat is om self die *actio legis Aquiliae* in te stel, is die huurkoper of kredietkoper in verskeie uitsprake<sup>137</sup> met die *bona fide possessor* vergelyk ten einde aan die huurkoper die *actio utilis* te verleen. In die minderheidsuitspraak<sup>138</sup> in *Smit v Saipem*<sup>139</sup> is tereg betoog dat dit onaanvaarbaar is om die twee gevalle te vergelyk, aangesien hulle verhoudinge tot die saak wesenlik van mekaar verskil.<sup>140</sup>

### 3 3 8 Die strafregtelike funksie

Besit van 'n saak is 'n element van 'n aantal strafregtelike oortredings wat gewoonlik statutêr geskep en omskryf word.<sup>141</sup> Omdat die omskrywing van besit telkens van die statutêre omskrywing daarvan afhang, is dit teoreties gesproke onnodig om die strafregtelike omskrywing van besit met enige van die ander funksies te vergelyk.<sup>142</sup> In sommige gevalle is die besit wat vir statutêre doeleindes vereis word niks meer as blote fisiese beheer nie; in ander gevalle word 'n bepaalde wilsingesteldheid vereis. Geen teoretiese afleidings behoort egter uit die statutêre omskrywing van besit gemaak te word nie en daarom sal hierdie funksie vir huidige doeleindes buite rekening gelaat word.

### 3 4 Samevatting

Bogaande oorsig dui aan dat die verskillende funksies nie goed van mekaar onderskei word nie en ook nie baie duidelik omskryf word nie. In meer as een geval is dit duidelik dat besit nie vir elke funksie afsonderlik omskryf word nie, maar dat die funksie juis van ander onderskei word op grond van die verskillende betekenis wat aan die besitsbegrip geheg word. Die onderskeid tussen die besitsfunksies bring geen duidelikheid oor die omskrywing van besit nie, maar verskans trouens die bestaande onsistematiese en inkonsekwente gebruik van verskillende besitsomskrywings.

Die benadering waarvolgens die inhoud van die besitsbegrip vanuit die verskillende funksies van besit bepaal moet word, is ook op 'n logiese teenstrydigheid gebaseer. Hierdie teenstrydigheid kan soos volg geformuleer word: indien die besitsbegrip geen vaste inhoud het nie, maar telkens vir elke besondere

136 Sien Van der Walt 1987 *THRHR* 145-146; asook Klopper 1983 *Obiter* 76 92.

137 soos *Lean v Van der Mescht* 1972 2 SA 100 (O) 109G; *Vaal Transport Corporation v Van Wyk Venter* 1974 2 SA 575 (T) 577G. Sien verder Boberg 1969 *Annual Survey* 144.

138 per ar Rabie.

139 1974 4 SA 918 (A) 938E-F.

140 In die meerderheidsuitspraak is dit onnodig bevind om oor hierdie aspek uitspraak te lewer (932H). Sien ook Silberberg-Schoeman (1983) 151; Klopper 1983 *Obiter* 93-98; Delpont en Olivier (1985) 122; Van der Walt (1986) 753 vn 311.

141 Vgl Van der Merwe (1979) 64; (1987) 52 § 54; Delpont en Olivier (1985) 57; sien ook Hugo “The concept ‘possession’ in the South African criminal law” 1974 *THRHR* 148-158 295-307.

142 Vgl Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 129-130.



funksie van besit afsonderlik bepaal moet word, wat is dan die inhoud van die begrip *besit* binne die uitdrukking *funksies van besit*?<sup>143</sup>

Om die omskrywing van die besitsbegrip afhanklik te maak van hierdie konseptuele raamwerk, wat op sigself nog nie behoorlik deurdink is nie en wat deur innerlike teenstrydighede gekenmerk word, is nie wetenskaplik verantwoordbaar of aanvaarbaar nie. Daarom word hier 'n alternatiewe benadering voorgestel.

(*Word vervolg*)

---

143 Vgl in hierdie verband veral Van der Merwe (1987) 52 § 54.

#### LIDMAATSKAP: VERENIGING HUGO DE GROOT

*Ingevolge artikel 3.1 van die Reglement van die Vereniging Hugo de Groot kan enige persoon, op uitnodiging van die bestuur van die Vereniging, as lid van die Vereniging toegelaat word. Op grond hiervan rig die bestuur 'n uitnodiging aan alle belangstellende persone om aansoek tot lidmaatskap van die Vereniging te doen. Aansoeke moet gerig word aan:*

Prof DJ Joubert  
Sekretaris  
Vereniging Hugo de Groot  
Posbus 1263  
PRETORIA  
0001

# Alternative divorce procedures in the interests of children: some comparative aspects\*†

ID Schäfer

BA LLB PhD

Professor of Law, Rhodes University

## OPSOMMING

Alternatiewe egskeidingsprosedures in die belang van kinders: enkele vergelykende aspekte

Die ondersoek na die wyse waarop die belange van kinders by egskeiding die beste beskerm kan word, is 'n voortgesette taak. In die lig hiervan word die voorgestelde Wysigingswetsontwerp op Egskeiding van 1985 en die Wetsontwerp op Bemiddeling in sekere Egskeidingsaangeleenthede van 1986 ondersoek. Alhoewel hierdie wetsontwerpe as stappe in die regte rigting beskou kan word, kan tekortkominge daarin moontlik uitgeskakel word deur kennis te neem van onlangse Engelse ondervinding met soortgelyke wetgewing. Sou die wetsontwerpe bekragtig word, kan dit wel 'n geleibuis vir die daarstelling van gesinshowe in Suid-Afrika verskaf.

## INTRODUCTION

The current problem with the law of divorce in its broadest sense is that, inasmuch as significant changes in recent years have been effected to the substantive law of divorce, very little has been done to overhaul the court structure and the divorce procedures that govern it. This is by no means a recent complaint<sup>1</sup> and the Family Law Sub-Committee of the English Law Society,<sup>2</sup> for example, accurately describes the problem as follows:

"Family law was first designed in a past age when its main purpose was to produce a verdict upon the morality of the conduct which led to the divorce. It has not kept pace with all the changes in society and its machinery still reflects that function. It was not planned with the object of providing the best help in resolving the practical and emotional

\* I wish to acknowledge the financial assistance of the Human Sciences Research Council which enabled me to visit and research material at various English centres.

† Submitted for publication in February 1987. (In the meantime the Mediation in Certain Divorce Matters Bill 132 of 1986 has become the Mediation in Certain Divorce Matters Act 26 of 1987. This act is, however, not yet in operation (editor).)

1 See e.g. Schäfer *The concept of family courts in South Africa* (doctoral thesis University of Natal, Durban 1981).

2 In a discussion paper of January 1979 entitled *A better way out 1*, in which suggestions for the reform of the law of divorce and other forms of matrimonial relief, for the setting-up of a family court, and for its procedure are discussed; see below.

problems of those in confusion and distress because of the breakdown of their marriage, but that is now what is expected of it and what it should do.”<sup>3</sup>

Indeed, the truth of this observation was clearly recognised by the Hoexter Commission Report<sup>4</sup> which constitutes the most important impetus in recent years to the reform of the family and divorce law procedures and which clearly had uppermost in its mind the best interests of the children of divorce.

## THE CHILDREN OF DIVORCE

Despite the peremptory wording of section 6(1)<sup>5</sup> of the Divorce Act that “[a] decree of divorce shall not be granted until the court is satisfied that the provisions made or contemplated with regard to the welfare of any minor or dependent child of the marriage are satisfactory or are the best that can be effected in the circumstances”, both public<sup>6</sup> and parliamentary interest in the quest for the best means of protecting the interests of the children of divorce continues unabated. Thus the Hoexter Commission, in addition to its recommendations regarding family courts, recommended that where there were any minor children of a marriage, no divorce action should be allowed to be instituted until “an approved social agency had investigated the circumstances both of the children and of the parties to the action”. Furthermore, both parties to the action should have to testify before the court. Thereafter, the court, after having had regard to the welfare report and the evidence of the parties, would have to be satisfied that the arrangements proposed for the minor children were satisfactory.<sup>7</sup>

Reacting to this recommendation, the Department of Justice published a proposed Divorce Amendment Bill 63 of 1985, along the lines suggested. At the same time, a proposed Family Court Bill 62 of 1985, to provide for the establishment of a family court, was published. Both bills were referred to a joint committee of all three houses of parliament for further investigation. As far as the proposed Divorce Amendment Bill is concerned, the following preliminary observations<sup>8</sup> would seem to be relevant.

- 3 Cf McGregor “The Morton Commission: a social and historical commentary” 1956 *Br Journ Sociology* 184, who concludes, after a review of the history of divorce in England, that “changes in the legal procedure by which divorce might be obtained have been more important for the community as a whole than changes in the grounds on which divorce is permitted”.
- 4 The Commission, under the chairmanship of Mr Justice GG Hoexter, was concerned with an inquiry into the structure and functioning of the courts and part of its remit was to consider the possibility of establishing family courts as a branch of the so-called intermediate court system: see the Fifth and Final Report RP78/1983, Part vii. Family courts are dealt with briefly below.
- 5 S 6(1) deals with the “consent paper situation” where the parties are able to agree on the provisions regarding the welfare of their minor or dependent children. Where they are unable to agree, the court is enjoined by s 6(3) to make an appropriate order with reference to the interests of the children and, if necessary (though this happens very rarely in practice), may appoint a legal practitioner to represent such children (s 6(4)): see generally Hahlo *The South African law of husband and wife* (1985) 387–407; Joubert and Van der Vyver *Persone en familiereg* (1985) 619–623.
- 6 E g concern for the interests of the children of divorce came through loud and clear at the inter-disciplinary workshop conducted by the Human Sciences Research Council at the Rand Afrikaans University in September 1985: see e g the paper presented by Swart “Divorce – its impact on the child.”
- 7 Report RP78/1983, par 8 10 3 and 9 7 1. See also Schäfer (*supra* n 1) 246–253.
- 8 by no means exhaustive; although the joint committee has further published a proposed Mediation in Certain Divorce Matters Bill 132 of 1986 (see below) the observations made are still considered to be relevant.

In the first place, the proposed requirement that no divorce action should be allowed to be instituted before a social worker's certificate has been lodged with the registrar, raises a number of questions of practical importance, the main one being: who will commission the social worker's report – the mother, the father or the court? To be of any real value, such report would have to be by an impartial social worker "accountable" only to the court and not to the mother or the father.<sup>9</sup> Separate but conflicting social workers' reports are not unusual and, far from being helpful to the judge, often make it difficult for him to resolve the issues at hand.<sup>10</sup> In any event, the court is not bound to accept the findings and recommendations of a social worker as happened, for example, in *Willers v Serfontein*.<sup>11</sup> In the end, judges often have to rely on their own experience and precedents. Furthermore, welfare reports take a notoriously long time to prepare, especially where the mother and father are living in different towns or cities, so that a potentially or actually adverse situation might continue to operate to the disadvantage of the children for longer than is desirable. In addition, one is also mindful of the limited welfare staff resources<sup>12</sup> and the commonly voiced complaint about the lack of experience of welfare officers.<sup>13</sup>

9 Cf generally Schäfer (*supra* n 1) 234 ff.

10 Cf *Van Oudenhove v Gruber* 1981 4 SA 857 (A) 866C where Galgut AJA, after referring to the fact that the motion proceedings consisted of 25 affidavits running into 300 pages, added that there was a "sharp conflict in the evidence of the expert and teaching profession".

11 1985 2 SA 591 (T) 595F-G ("Ek is nie bereid om in belang van die kinders die aanbeveling . . . [van die] welynsverslag te aanvaar wat betref twee-weeklikse kontak deur applikant met die kinders aan huis van die respondente nie. Die toegang van applikant moet beperk word tot een naweek per maand en alternatiewe skoolvakansies" – per Steyn AJ). Earlier, the judge had expressed the view that in the divorce situation it was not desirable for children to have to go to the non-custodian parent every 14 days. No reasons for this view were given.

12 Cf the Hoexter Report par 7 6 5 which pointed out that in 1983 there were more than 400 registered social workers in South Africa. Of course, not all of them are active in practice. Part of the solution to the manpower problem might be found in a provision similar to s 12 of the Australian Family Law Act 53 of 1975, which gives that country's attorney-general the power to accord to any voluntary welfare organisation an official status to enable it to engage in the welfare activities provided for by that act. In this way the under-utilised resources of voluntary welfare organisations would be used to the full. See also Maudment *Child custody and divorce* (1984) 73–79 who argues that because the welfare resources in England are so thinly stretched they could be better employed elsewhere than in the situation where the mother and father are in agreement. "Agreements" between the mother and father are, more often than not, simply endorsed by social workers in much the same way as they are rubber-stamped by our judges (cf the views of Didcott J expressed to the Hoexter Commission: Report RP78/1983, par 6 3 and see 1980 *SALJ* 665–666); see also the similar conclusions of Eekelaar, Clive, Clarke and Raikes *The disposition of custody in divorce cases in Great Britain* (Centre for Socio-Legal Studies, Oxford 1977). However, it would seem that this criticism fails to take account of the adversary setting in which such "agreements" are reached: see e.g. Schäfer "The role of the attorney in the divorce process" 1984 *De Rebus* 16; cf n 37 below.

13 See e.g. the views of Tebbutt J reported in the Hoexter Commission Report RP78/1983 par 6 9 to the effect that "very often the social welfare officer who goes to do the report is a very young girl who has just come out of university, who really has no experience whatsoever of life at all, who herself has never really been in a position to experience any of the sort of things upon which she is now being called to pronounce a mature and adult judgment in regard of the welfare of the children". See also the views of Fagan J *op cit* par 6 5: "Jy kry verslae, in die algemeen baie goed, maar nou en dan kan jy sien dit is maar jong meisietjies wat die goed opstel . . . en [van]waar kom hierdie mannekrag of vrouekrag?"



In the second place, the need to hear the evidence of both parties could cause tremendous practical difficulties. It is true that the court might waive the evidence of the defendant on "adequate grounds". But the danger is that in the ordinary course, compliance with this formality could degenerate into an empty ritual with an unnecessary increase in the costs. If the parties are agreed on the arrangements regarding their children then it may be asked why it should be necessary to hear them on this point. On the other hand, it might be argued that such question tends to overlook the fact of the adversarial background against which such agreements are reached. Thus it could be countered that the judicial check envisaged by this proposed change is a healthy safeguard to ensure that the arrangements regarding the children are indeed the best in the circumstances and that the marriage is in fact well and truly dead. It might, therefore, be important that what in reality is only the symbolic authority of the court to hear both parties should not be tampered with in a situation such as this where the parties bargain in the shadow of the law.<sup>14</sup>

It would seem, then, that our parliamentary draftsmen will have to return to the drawing boards to consider afresh other alternatives in the light of such criticisms of the proposed bill and also in the light of experience gained in other jurisdictions.

The modern English experience with attempting to deal with the problems of the children of divorce has its origin in the Morton Commission Report<sup>15</sup> which concluded<sup>16</sup> that

"what is needed is a procedure which, firstly, will ensure that the parents themselves have given full consideration to the question of their children's future welfare and, secondly, will enable the control of the court over the welfare of the children to be made more effective".

A procedure along these lines found its way through successive statutes into the Matrimonial Causes Act of 1973.<sup>17</sup> Thus section 41 of this act provides that the court shall not grant a final decree of divorce<sup>18</sup> unless it has declared itself satisfied that the arrangements made for the welfare of every child of the family to whom the section applies<sup>19</sup> are satisfactory or are the best that can be devised in the circumstances or that it is impracticable for the party or parties before the court to make such arrangements.

To assist the court in discharging its duties under this section the petitioner (plaintiff) is obliged to file with the petition a "Statement as to arrangements

14 Mnookin and Kornhauser "Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce" 1979 *Yale LJ* 950; see also Mnookin "Divorce bargaining: the limits on private ordering" in Eekelaar and Katz *The resolution of family conflict: comparative legal perspectives* (1984) 364; Mnookin "Child custody adjudication: judicial functions in the face of indeterminacy" 1975 *Law and Contemp Problems* 226.

15 1951-1955 Cmnd 9678 "The Royal Commission on Marriage and Divorce".

16 par 372.

17 The background is documented by Cretney *Principles of family law* (1984) 387-389.

18 or a decree of nullity or a decree of judicial separation.

19 S 41(2) of the act states that the section applies to any minor child of the family under the age of sixteen or who is receiving instruction at an educational establishment or undergoing training for a trade, profession or vocation, whether or not he is also in gainful employment. It also applies to any other child of the family to whom the court directs that the section should apply on the grounds that special circumstances exist making this desirable.

for children".<sup>20</sup> The procedure that is to be followed is best described in *Undefended divorce. A Guide for the petitioner acting without a solicitor*<sup>20</sup> as follows:<sup>21</sup> the petitioner is enjoined to read the prescribed form carefully and to bear the following in mind:

- "1) The desirability of reaching agreement with the respondent over the proposed arrangements for the children, wherever possible . . . [A] copy of your statement will be sent to the respondent . . . and even though the respondent consents to, or does not oppose the granting of a divorce, he may still, if he so wishes, attend and be heard by the judge on the arrangements for the children. The respondent may suggest alternative arrangements. If he does a copy of his counter proposals will be sent to you . . .
- 2) [T]he proposed arrangements should be as full as possible.
- 3) The suggested arrangements must be more than temporary.
- 4) The statement will be considered by the judge at a hearing in his private room . . . [B]oth you and the respondent will be invited to attend . . . [T]he judge may ask you questions concerning any proposals you have included in your statement or on any other matter relating to the welfare of the children. If the judge is in any doubt about your proposals or considers that you have not been completely frank, he may refer the matter to a court welfare officer to investigate and report to the court before any final decision is reached."

The guide then continues to add<sup>22</sup> that –

"If the case is referred to the court welfare officer, he will visit your home and that of the respondent, will interview each of you, and will want to see the children before making his report. The welfare officer is an impartial experienced official and his report will assist the judge in making a decision about the children."<sup>23</sup>

It should be mentioned that the introduction of the "special procedure"<sup>24</sup> in no way relieves the court of its duties under section 41. Thus if there are any children involved in the divorce, the registrar will arrange for the parties to attend a "Children's appointment" in accordance with the instructions mentioned in the

20 See Cretney *op cit* 390–391 for an example of such a statement which is obtainable from any registrar's office together with a booklet issued by the Lord Chancellor's office entitled *Undefended divorce. A guide for the petitioner acting without a solicitor*. The statement specifically requires the petitioner to outline the arrangements proposed for the children in regard to their residence, education, financial provision and access. The statement also requires disclosure about any serious disability or chronic illness experienced by the children. Full particulars are also required if the children are under the care or supervision of a welfare officer.

21 13.

22 25–26.

23 Although the report will be marked "CONFIDENTIAL REPORT TO THE COURT – NOT TO BE PUBLISHED", the petitioner and respondent (and their legal advisers) have the right to inspect the report and to obtain copies of it. For an overview of the functions of the divorce court, the way in which its decisions are made and the role of the welfare services in advising both the judges and the parents see Wilkinson *Children and divorce* (1984). This work is also instructive in examining the effects of the courts' decisions and how parents can be helped to respect their own and each other's responsibilities.

24 As to which see, *inter alia*, Cretney *op cit* 181–188; Hoggett and Pearl *The family, law and society* (1983) 175–179; Eekelaar *Family law and social policy* (1984) 51–53; Schäfer (*supra* n 1) 296–300. Because most divorce actions are undefended, the so-called "special" procedure is really the normal procedure. In terms of this procedure the registrar examines the court file and if he is satisfied that the conditions for divorce have been met, he will issue a certificate to this effect. Thereupon, the file is laid before a judge who formally grants the final decree of divorce in open court. Neither party need attend court. The judge's function is, in effect, an empty ritual and more often than not he simply says, for example: "I pronounce decree nisi in cases 1–150."

guide. The appointment is normally fixed for the day on which the decree of divorce is pronounced and the purpose of the appointment is to give the judge an opportunity to look into the arrangements regarding the children.

Section 41 has by no means received unanimous approval and it has been subjected to considerable scrutiny by a number of commentators.<sup>25</sup> The main criticisms can be conveniently tabulated as follows:<sup>26</sup>

a The main aim of the "Children's appointment" would seem to be to assess the extent to which the stated arrangements are the result of mutual discussion and agreement between the parents and the extent to which these are in the best interests of the children. The fact that most divorces are undefended, and because both parents are not obliged to attend the "Children's appointment", might suggest a high level of agreement between them. This, however, is illusory because many such agreements are the result of the adversary elements in the divorce procedure and are, in any event, often moulded out of the unequal bargaining positions of the parents. Despite this, however, where there is satisfaction that the arrangements regarding the children are the arrangements of both parents, the courts tend to endorse such arrangements without much ado.<sup>27</sup> However, because of the large number of scheduled appointments that are set down,<sup>28</sup> it is seriously doubted whether the judges have the time to go behind the agreements to ensure that the arrangements are really in the best interests of the children.<sup>29</sup> This, of course, is no fault of the judges who, according to the Oxford Study,<sup>30</sup> generally take their protection role seriously despite their considerable workload. The conclusion is accordingly reached<sup>31</sup> that, at best, the only role that the court can play with regard to custody is a supervisory one;

25 Apart from textbooks such as those by Hoggett and Pearl *op cit* 370-376; Maidment *op cit*; Eekelaar *op cit* 53 68-72; and Cretney *op cit* 393; see also Eekelaar, Clive, Clarke and Raikes *supra* n 12 (the Oxford Study); Davis, MacLeod and Murch "Undefended divorce. Should section 41 of the Matrimonial Causes Act 1973 be abolished?" 1983 *MLR* 121 (the Bristol Study); Dodds "Children and divorce" 1983 *Journ Social Welfare Law* 228 (the Manchester Study); Maidment "The Matrimonial Causes Act, s 41, and the children of divorce: theoretical and empirical considerations" in Freeman *State, law and the family* (1984) 159-181; Freeman "When marriage fails - some legal responses to marriage breakdown" 1978 *Current Legal Problems* 132-133; Hall "The future of the divorce court welfare service" 1977 *Fam Law* 101; Maidment "The future of the divorce court welfare service - an alternative view" 1977 *Fam Law* 246; Report of the Matrimonial Causes Procedure Committee, presented to the Lord Chancellor July 1985 (under the chairmanship of Mrs Justice Booth) par 2 23-2 24 4 126-4 127; Lund "Research on children and divorce" 1984 *Fam Law* 198.

26 It is not possible in an article of this kind to deal exhaustively with all the criticisms of s 41; but see the references in n 25 above where the criticisms are discussed in some detail.

27 See the Oxford Study *supra* par 13 22-13 30; the Bristol Study *supra* 142-143; the Manchester Study *supra* 233; Maidment (*supra* n 25) 175-178.

28 The fact that so many appointments are scheduled for the same day means that the judge has very little time to devote to each case. According to the Bristol Study (*supra* 124) this averaged out at 2 to 5 minutes per case. Waiting to be interviewed also creates considerable discomfort for those waiting; see the Bristol Study 124-125.

29 In any event, as Cretney *op cit* 393 points out, there is no guarantee that the information given in the "Statement as to the arrangements for the children" is correct. Since it is necessary only for the petitioner to attend the "Children's appointment", the court is placed in some difficulty when it wants to test the truth of the information given. Also, the questionnaire itself may not reveal all the information that might be needed. And, finally, the "Statement" might even have been filed by a petitioner who does not have the custody of the children.

30 *supra* par 4 6.

31 *ibid* par 13 22.



b the scheduling of the "Children's appointment" for the same day that the order of divorce is granted, has been criticised<sup>32</sup> and it has been suggested that a considerable improvement could be effected by making the appointment before the divorce itself. It is argued, with some justification, that the arrangements regarding the children are of considerable importance and should be disposed of even before the divorce is considered;<sup>33</sup>

c there appears to be a lack of consistency on whether the hearing should be conducted in a formal or an informal manner. Thus some appointments are conducted in a judge's chambers and others in a courtroom; sometimes the parties are sworn in while on other occasions they are not; sometimes they give their evidence from the witness-box and on other occasions they do not; some judges are formal and aloof while others are not;<sup>34</sup>

d there do not appear to be any well-defined criteria for the ordering of welfare reports.<sup>35</sup> Thus for her part, Hall<sup>36</sup> takes the view that not enough welfare reports are called for, while Maidment takes the contrary view.<sup>37</sup> Maidment argues that welfare reporting in respect of the uncontested custody scene puts the already strained welfare resources under further strain. Such reporting, she argues, is a meaningless task of a routine nature which does not advance the cause of children's interests any further than if there were no reports.<sup>38</sup> Such limited resources

32 See Hoggett and Pearl *op cit* 373-374 and see n 28 above.

33 Hoggett and Pearl *op cit* 373. In fact, it is alleged that the "Children's appointment" sometimes takes place only after the divorce has been granted (*ibid*).

34 See generally Davis, MacLeod and Murch (Bristol Study) 127-130 133-136. On the aloofness of certain judges the authors have the following to say (134): "In defence of this approach it might be said that the judge has a symbolic function, which may possibly be assisted by his being aloof, cool, impartial and creating a semblance of power. On this reasoning, one should not assume that a judge's approach is wrong simply because people find it unexpectedly unpleasant." But the authors conclude (136) that "the symbolic elevation of the judge and other trappings of the courtroom are inappropriate if the hearing is intended to elicit information on interview lines".

35 Cretney *op cit* 395 points out that the various surveys (see n 25 above) reveal that welfare reports are called for more often in disputed custody cases than in uncontested ones: see the Oxford Study *supra* par 4 7 6 3. Apart from this, the author refers (*ibid*) to "regional variation". The Oxford Study *supra* par 13 10 concludes: "Factors associated with a tendency to seek welfare reports include the following: the number of children in the family; whether the child had moved between separation and petition; where it was proposed that the child's residence should be changed; if non-relatives (other than a co-habitee) were present in the same household; if the children were in different households; where the children were living with persons other than a parent. It was more common to find a welfare report where the children were with the husband rather than the wife. However, the courts were more likely to adjourn for further information if the children were resident with the husband."

36 "The future of the divorce court welfare service" 1977 *Fam Law* 101. Indeed, she takes the view that the judge is not the appropriate person to order such report and that it should rather be the registrar who should order it, because he is in a better position to "screen" those cases which require investigation and those that do not.

37 Maidment "The future of the divorce court welfare service - an alternative view" 1977 *Fam Law* 246; see also Maidment in Freeman (*supra* n 25) 159-181.

38 Cf Giller and Maidment "Representation of children: does more mean better?" in Eekelaar and Katz *op cit* 405-420. In any event, as Cretney *op cit* 395 points out, the welfare resources are limited. There are approximately 150 probation officers employed full-time as divorce court welfare or liaison officers; but, in addition, a high proportion of the 5 000 probation officers in England and Wales spend some time on this work. In 1981, the probation service prepared 31 870 reports concerning custody and access (cf n 12 above).



could be better utilised in other areas; for example, they could be better employed in a counselling, conciliation or mediation role rather than being merely gatherers of meaningless information for the court. Her view – and this is confirmed by the Oxford Study – is that where welfare reports are ordered they generally confirm the arrangements already made;<sup>39</sup>

e it has been suggested<sup>40</sup> that because a divorce is conditional on a judge's being satisfied about the arrangements for the children, this may actually be to the disadvantage of children since parents might be tempted to hide away conflicts that may exist. In any event, modern commentators such as Maidment<sup>41</sup> support the findings of recent studies which show that children prefer to live in an unhappy home rather than for the parents to divorce. She concludes<sup>42</sup> that

“in our present state of knowledge the ill effects for children of divorce may not be as widespread as have been believed, not as serious, and are probably reversible, able to be mitigated, or even avoided altogether by satisfactory post divorce arrangements”.

The problem, of course, as Maidment adds,<sup>43</sup> is to identify those cases where the children may be at “risk” and to provide for the appropriate mitigating circumstances.

Despite these and other criticisms, it would seem that the general mood is in favour of the retention of the section 41 procedure. Indeed, of the main commentators on the section 41 procedure, only Davis, MacLeod and Murch seriously suggest that it should be abandoned.<sup>44</sup> Despite her criticisms of the section 41 procedure, Maidment does not go so far as to argue in favour of its abolition. She does concede that it is a useful procedure in a small minority of cases<sup>45</sup> and that in the contested custody situation it has a useful role to play.

In view of the obvious importance to the quest for devising ways of protecting the best interests of children of divorce, it is instructive to cite at some length

39 See also Davis, MacLeod and Murch 1983 *MLR* 121; Dodds 1983 *Journ Social Welfare Law* 228; Hoggett and Pearl *op cit* 374–376. For their part, Davis, MacLeod and Murch seriously doubt whether divorcing parents and their children are in need of special attention from the courts (142–143). Like Maidment, they argue in favour of a “switch of resources” (145) so that the welfare resources can be better employed rather than in simply gathering information for the court which influences the court neither one way nor the other. What is needed, according to the writers, is the counselling of couples whose marriages are in a state of stress but who would not necessarily opt for a divorce if they received proper counselling at an early stage of marital breakdown. Finally, they argue (145–146) that “a judge can only address himself to those matters where legal processes are relevant”. Some judges are uncomfortable in a role which requires “direct communication with parents”.

40 e.g. by Maidment in Freeman (*supra* n 25) 177–178; but she did concede earlier (177) that the “Children's appointment” is the one stage in the present process when any potential difficulties can be detected.

41 *ibid* and see the works and references cited by Maidment 178–181; see also *inter alia* Rubenstein “Divorce today” 1983 *New LJ* 979; Dingwell and Eekelaar “Rethinking child protection” in Freeman (*supra* n 25) 93–114, who cite Freeman to the effect that concern now seems to be concentrated on the “dangers that parental civil liberties may be very easily infringed”; Kelly “Children of divorce: at separation and five years later” in Bostock *Children and the law* (Centre for Socio Legal Studies, Oxford 1984) 11–31.

42 in Freeman (*supra* n 25) 177.

43 *ibid*.

44 It does seem to the present writer that the main burden of the criticisms of Davis, MacLeod and Murch is directed not so much at the procedure itself but rather at the attitude and approach of the judges and others, like solicitors, who may be involved: their energy is being misdirected. Rather, it is argued, they should be concentrating on the “giving of advice” and mediating in contentious issues.

45 See n 40 above.

the recently published views of the Booth Committee in England<sup>46</sup> on the section 41 procedure. In this regard it said:<sup>47</sup>

“[S]ection 41 . . . can serve to remind parents of their continuing responsibility. The section 41 appointment can be of considerable value in a significant number of cases where the court is able to assist the parties with matters which might otherwise be overlooked. It is also important in alerting the court to the relatively small number of cases in which some form of outside intervention may be necessary and to those cases in which an issue remains unresolved. But we think it unfortunate that . . . the section 41 appointment is usually attended only by the petitioner. We believe that in practice the section would be of greater value if both parents appeared before the court . . .

We do not think that an independent investigation as to the position of the children should be undertaken in every case . . . In the majority of cases the parents are well able to make satisfactory arrangements for their children. To require a welfare report in every case would be to impose, for no good reason, an impossible burden upon resources which are already stretched, with the inevitable consequence that less help would be available in those cases where it is most needed. Only in a minority of cases is it necessary for the court to request a report before granting the certificate.”

In view of the fact that the Booth Committee was obviously mindful of the criticisms of the section 41 procedure, its observations clearly carry much weight and must be regarded as significant in the South African context. It would not be inappropriate to suggest at least the following amendments to the proposed Divorce Amendment Bill:<sup>48</sup> (i) that the submission of a welfare report should not be necessary in each and every divorce case in which children are involved; and (ii) that a procedure should be provided for which will make it possible to identify only those cases where it is felt that a welfare report is needed.<sup>49</sup> Rather than scrap the proposed Divorce Amendment Bill, it might be better to adapt it in the light of the experience gained from similar legislation elsewhere.

## FAMILY COURTS

Despite the fact that the establishment of a family court system would be seen by many as the first prize in the overhaul of the divorce and matrimonial law procedures, particularly where the interests of children are concerned, it has to be conceded that, at present, the obstacles in the path of their establishment would seem to be insurmountable.<sup>50</sup> Certainly, so far as England is concerned, the real obstacle to the establishment of a family court system is probably the lack of understanding of, and the lack of agreement on, the true nature and

46 Report of the Matrimonial Causes Procedure Committee under the chairmanship of Mrs Justice Booth, a judge of the Family Division of the English High Court, presented to the Lord Chancellor July 1985.

47 par 4 126 4 127; see also par 2 23 2 24.

48 63 of 1985.

49 In this regard, clearly defined criteria outlining the circumstances in which a welfare report is necessary should be provided for (see n 35 above).

50 Cf Cretney *op cit* 982 (“On the most optimistic assumptions . . . it would seem that legislation to create . . . a family court is not likely to be enacted for some time”). In reality, many of the so-called insurmountable obstacles are probably more imagined than real (see Schäfer (*supra* n 1) 325–329). It is not the purpose of this article to canvass the arguments for and against the establishment of a family court system, but see generally Schäfer *op cit*. It may, however, be noted that according to the English experience, the most widely stated official reason for not establishing family courts is the problem of cost (see n 59 below).

function of a family court.<sup>51</sup> Thus, for example, Elizabeth Szwed<sup>52</sup> pertinently observes:

“Whereas the idea of a family court seems to attract general support there would, however, appear to be little consensus on such matters as ideology or structures beyond vague generalizations. The family court tends to be perceived as some utopian tribunal capable of dealing with a whole array of family problems as well as meeting some of the deficiencies of the welfare agencies.”

However, despite the many obstacles that would have to be overcome before family courts become a reality, interest in their establishment has never really waned and, if anything, it has gained momentum in recent years as is evidenced by the proliferation of journal articles and discussions on this topic.<sup>53</sup> Furthermore, in recent years there has been a growth in the number of influential pressure groups favouring the establishment of family courts.<sup>54</sup> Not surprisingly, in face of this mounting pressure there has been an apparent revival of official interest in family courts and in 1984 the Lord Chancellor announced that an inter-departmental committee would be set up to re-examine the idea of a unified family court system. This has resulted in the recent publication of a Consultation Paper setting out the various options for a family court in England.<sup>55</sup>

It may be mentioned that, of the various reasons for the continued interest in family courts, the following would appear to be the more important: the

51 See e.g. Murch *Justice and welfare in divorce* (1980) 235–238. On the other hand, there are those who would argue that a system of family courts already exists in England. Thus, some believe that the Family Division of the High Court is to all intents and purposes a family court (e.g. Bromley *Family law* (1981) 8). Others, like the Justices' Clerk's Society, believe that the magistrates' courts already function as a family court (cf. Barnard *The family court in action* (1983) which is not about family courts in the sense in which the term is used in this article).

52 in Freeman (*supra* n 25) 266. Szwed tends to adopt a cautionary approach to family courts.

53 See the following selected articles: Hall “Outline of a proposal for a family court” 1971 *Fam Law* 3; Turner “University of Birmingham – Institute of Judicial Administration, Family Courts” 1974 *Fam Law* 39; Harris “The Juvenile court: time to give way to the family court” 1978 *Fam Law* 68; Macdonald “The future of the family court in Canada” 1980 *Fam Law* 123; Cripps “A family court for England” 1984 *Fam Law* 72; Hoggett “Family courts or family law reform – which should come first?” 1986 *Legal Studies* 1. In addition, see, *inter alia*, the following text-book discussions: Murch *op cit* 230–247; Hoggett and Pearl *op cit* 625–636; Freeman *op cit* 265–280 (Szwed); Eekelaar and Katz *op cit* 7–25 (Freeman); Cretney *op cit* 971–982.

54 Among these groups are the following: The Gingerbread Association for One-Parent Families (1976) – compiled for the Law Commission; The Society of Conservative Lawyers *The case for family courts* (1978); The Family Law Sub-Committee of the English Law Society in a booklet entitled *A better way out* (1979) – this was followed by a further publication of the Law Society's Standing Committee on Family Law in 1982 entitled *A better way out reviewed* (see also their Consultation Paper on Family Courts in March 1985); the Justices' Clerk's Society *Resolving family conflict in the 1980's* (1982); The British Association of Social Workers *Family courts – a discussion document* (1984); a Bristol Group of Lawyers *The family court – a new and practical proposal* 1983 *Fam Law* 63; The British Juvenile and Family Courts Society Report on Family Courts (1984); The Bristol Law Society Conference on “A family court for England” 1985 *Fam Law* (special issue); Association of Magisterial Officers “Magistrates and the family courts” 1986 *Fam Law* 250. This formidable list (by no means complete) has led to the establishment of a Family Courts Campaign – see 1986 *Fam Law* 254 – which boasts of “well over 100 supporters, including virtually every organization with an interest in the legal and social issues involving children and their families” (see also 1986 *New LJ* 594). Of course, support for the family court system is by no means universal (see e.g. the Bristol Law Society's Conference Proceedings 1985 *Fam Law* (special issue) 45).

55 Interdepartmental Review of Family and Domestic Jurisdiction: May 1986.



feeling that the piecemeal reform of the substantive family law and its procedures is just not good enough – what many feel is needed is a complete break with the past and that this can only be achieved by the setting up of family courts; the view that the law has not kept pace with public demands;<sup>56</sup> and dissatisfaction with the fragmentation and duplication of proceedings in family matters which has the effect of making the procedures unduly complex and costly.

Yet, family courts have a long way to go before they see the light of day. As Maidment correctly observes:<sup>57</sup>

“The only hope . . . of persuading the Government to make the reform (that is, the establishment of family courts) would be by showing that overall it would not cost more than the present system.”

It is for this reason, therefore, that the views of the Family Law Sub-Committee of the English Law Society<sup>58</sup> are particularly instructive.

On the question of the cost of establishing a family court system this committee observed:<sup>59</sup>

“Every time the setting up of a family court is proposed, the current government, whatever its political complexion, has dismissed it as impractical on the grounds of costs. However, no explanation has ever been given as to why a family court should be expensive.”

It concluded:<sup>60</sup>

“Because of the Government’s consistent refusal even to argue this issue, it is hard to avoid the suspicion that the issue of cost may be at least in part merely a diversionary tactic, possibly to disguise official apathy.”<sup>61</sup>

It is argued that the cost of establishing a family court system would not be so prohibitive as to make it an impossibility for the following reasons:

a The family court could be set up by means of a “re-allocation of business” as a result of which the present workload of courts would be re-distributed and not increased.<sup>62</sup> This might, in fact, result in a saving of expenditure for the Exchequer, since this would reduce the need to build new courts to cope with the increasing crime rates, especially in urban areas;<sup>63</sup>

b it would not be necessary to build new buildings to house the family courts, since the traditional type of courtroom is not a condition precedent to the establishment of a family court.<sup>64</sup> In fact, existing buildings could be rented for this purpose;

56 See n 3 above.

57 1986 *New LJ* 593.

58 For the most part, the sub-committee comprised practising solicitors in various parts of England and Wales. Apart from a few notable exceptions (e.g. Mr Justice Trengove and Mr Justice Didcott) the legal profession in South Africa tends generally to resist the idea of family courts: see Hoexter Commission Report RP78/1983 par 6. The English Law Society’s sub-committee’s views are contained in a publication entitled *A better way out*. The proposals contained in this publication were reviewed by the Law Society’s Standing Committee on Family Law in July 1982 in a publication entitled *A better way out reviewed* where the conclusion was (par 111) that “the more experience our correspondents had of family practice, the stronger was their support for the proposal (for the establishment of family courts)”.

59 *Better way out reviewed* par 120.

60 *Better way out* par 122.

61 Cf Green “Still a better way out” in the Bristol Law Society’s Conference Proceedings 1985 *Fam Law* (special issue) 14 who refers in similar vein to “institutional inertia”.

62 *Better way out* par 200.

63 *op cit* par 202; *Better way out reviewed* par 120.

64 *op cit* par 147 203.



c the simplified procedures proposed for the family court<sup>65</sup> would not only reduce costs for the parties themselves, but would also cut down on public spending because of a saving on preparation time in respect of each case;<sup>66</sup>

d it is argued<sup>67</sup> that, since the overall workload of the courts would remain the same as before, there would be no reason to employ additional staff.

The committee did concede, however, that there were at least two areas which would unavoidably add to the cost of the present system were family courts to be established; that is, in respect of the counselling services and the staffing of the bench.<sup>68</sup> However, despite this it is argued:

“Even if the immediate cost proved to be higher, the ultimate benefit to society generally and those involved in matrimonial disputes in particular, would be such that the amount spent on the family court would represent a more profitable and effective use of public resources.”<sup>69</sup>

While it may well be that the arguments advanced by the Family Law Sub-Committee of the English Law Society regarding the cost of establishing a family court system might have little or no relevance in South Africa, the fact is that an influential section of the practising solicitors in that country have come out very strongly in favour of family courts. It is the writer's firm belief that with the passage of time, once the true nature and function of a family court system is properly understood, practising attorneys in particular will become more receptive to, and supportive of, the idea of family courts.<sup>70</sup> Certainly the experience in other jurisdictions is that the former resistance on the part of the legal profession as a whole has often been converted to an apparent acceptance of, if not enthusiastic support for, family courts.<sup>71</sup>

So for the time being then, while family courts may be regarded by many as the first prize in the overhaul of our divorce and family law procedures, the quest for alternatives continues. In this regard, the concept of mediation may well prove to be the back door through which family courts will be established.

## MEDIATION

There is, of course, no new magic about the word “mediation” which is used interchangeably with the word “conciliation”.<sup>72</sup> Both these words are well known in the field of resolving labour and industrial disputes by bringing the parties

65 *op cit* par 149-169.

66 *op cit* par 206-207. The need to prepare fresh documents (affidavits etc) every time circumstances change would be largely eliminated, since the “consolidation of hearings of various aspects of a case would reduce this problem” (par 208).

67 *op cit* par 212.

68 *op cit* par 214.

69 *op cit* par 215.

70 It is not anticipated that the same degree of support for the family court concept will come from the ranks of practising advocates: cf Schäfer “The role of the attorney in the divorce process” 1984 *De Rebus* 16.

71 (*supra* n 1) 328-330.

72 There are some, however, who would argue that there is a difference between “mediation” and “conciliation”. Thus, e.g. Coogler *Structured mediation in divorce settlement* (1978) 2-3 argues that a mediator's role does not include deciding upon the issues in dispute between the parties: it must be the parties who must be responsible for the decisions reached, the rationale being that such decisions are more likely to be honoured by the parties than when the decisions are made for them. The conciliator, on the other hand (so it is argued) must offer various options for the parties to consider and point out the advantages and disadvantages of the various options. Unlike the mediator, the conciliator must encourage the parties to adopt one of the available options rather than “remain at an impasse” (see also Roberts “Mediation in family disputes” 1983 *Mod LR* 537).

together with a view to influencing them to make a settlement.<sup>73</sup> In the divorce context mediation is well described by Elaine Cigler<sup>74</sup> as follows:

“Mediation is involved with the settlement of issues of dispute in a non-antagonistic, non-adversarial setting. Divorce mediation . . . is used to describe the process of aiding estranged spouses who do not wish to continue their marriage resolve issues of conflict by direct communication and by taking responsibility themselves without recourse to court action. The issues in conflict generally revolve around custody, visitation, child support, division of property and spousal support. The aim or goal is not merely the resolution of the issues in conflict but that of making parting less traumatic and more workable because the issues have been resolved in a fair, equitable and positive manner for children and parents alike.”<sup>75</sup>

Unlike, say, arbitration, there is no question of the parties who are subject to mediation being obliged to accept any award or suggestion made by the mediator. Mediation in the divorce and matrimonial law context is not well known in South Africa.<sup>76</sup> It is better known in the United States<sup>77</sup> while the concept of conciliation has been gaining much support in England in recent years.<sup>78</sup> However, before one can draw on the experience gained in other jurisdictions, it

73 Both words are also commonly used in the international sphere as a means of attempting to resolve a conflict situation between two or more countries: see e.g. Walker *Oxford companion to law* (1980) 266 831.

74 *Mediation – its significance, technology and feasibility in social work services related to divorce issues* (doctoral thesis RAU 1986) 54. This work represents the first comprehensive study of mediation in South Africa.

75 Cf the Finer Committee Report on One-Parent Families (July 1974) cmdn 5629 par 4 288 where conciliation is defined as the “assisting of parties to deal with the consequences of the established breakdown of their marriage, whether resulting in a divorce or a separation, by reaching agreements or giving consents or reducing the area of conflict upon custody, support, access to and education of the children, financial provision, the disposition of the matrimonial home, lawyer’s fees, and every other matter arising from the breakdown which calls for a decision on future arrangements”.

76 Apart from Cigler’s doctoral thesis (see n 74 above) see also Macnab and Mowatt “Mediation and arbitration as alternative procedures in maintenance and custody disputes in the event of divorce” 1986 *De Jure* 313; cf Macnab and Khan “Mediation and arbitration as forms of dispute settlement in the South African criminal law 1985 *SACC* 103.

77 See Coogler *supra* n 72. Of the many journal articles and comments on mediation in the United States, see e.g. Silberman “Professional responsibility problems in divorce mediation” 1982 *Fam LQ* 107; Crouch “Divorce mediation and legal ethics” 1982 *Fam LQ* 219; Wolff “Family conciliation: draft rules for the settlement of family disputes” 1982–83 *Journ Fam Law* 213; Loeb “Introduction to the standards of practice for family mediators” 1984 *Fam LQ* 451; Bishop “The standards of practice for family mediators” 1984 *Fam LQ* 461; Coombs “Non court-connected mediation and counseling in child-custody disputes” 1984 *Fam LQ* 469; Pearson and Thoennes “Mediating and litigating custody disputes: a longitudinal evaluation” 1984 *Fam LQ* 497 (for a comment on this article see Levy 1984 *Fam LQ* 525); Cornblatt “Matrimonial mediation” 1984–85 *Journal Fam Law* 99; Galanter “Judicial mediation in the United States” 1985 *Journ of Law and Society* 1.

78 Discussion on the concept of conciliation in England may be found in, *inter alia*, the following works: Grant *Conciliation and divorce – a father’s letter to his daughter* (1981); Forster *Divorce conciliation. A study of services in England and abroad with implications for Scotland* (1982); Report by a Committee of the Order of Christian Unity *Reconciliation and conciliation in the context of divorce* (1983); Hoggett and Pearl *op cit* 635–656; Eekelaar *Family law and social policy* (1984) 53–63; Freeman *op cit* 281 (Gerard) and 293 (Bottomley); Eekelaar and Katz *op cit* 99 (Priestly), 193 (Folberg), 211 (Crouch); 364 (Mnookin); Cretney *op cit* 188–204; Parkinson *Conciliation in separation and divorce* (1986). The following official publications also have a bearing on the question of conciliation: *Marriage matters* (1979 HMSO) (a consultative document by a working party on marriage guidance set up by the Home Office in consultation with the Department of Health and Social Security) 74–79; Report of the Inter-Departmental Committee on Conciliation (Lord Chancellor’s

would be appropriate first to outline the proposed legislation regarding mediation in South Africa.

According to the memorandum accompanying the recently published Mediation in Certain Divorce Matters Bill,<sup>79</sup> there are two basic reasons for the proposed legislation. In the first place, the adversary divorce procedure continues to have the effect of inhibiting the court's function of resolving the "essential disputes within the family [which] are often artificially withheld from a decision of the court". In the second place, proper provision for the minor children of divorce is not always achieved. Accordingly, the proposed legislation seeks

"to put the court in a better position to decide on matters affecting the welfare of minor and dependent children in those cases where it is deemed necessary in the interests of minor and dependent children".

Provision is made for the appointment of family advocates who will be qualified advocates involved and experienced in "the adjudication or settlement of family matters".<sup>80</sup> They will be assisted by a "suitably qualified or experienced" family counsellor.<sup>81</sup> Clause 4 spells out the proposed powers and duties of the family advocate, which are to be both discretionary and peremptory. Thus the family advocate must (if requested by either party to the proceedings or by the court) or may (if it is deemed to be in the interests of the minor or dependent children concerned) institute an enquiry to enable him to furnish "a report and recommendations on any matter"<sup>82</sup> concerning the welfare of each minor or dependent child of the marriage". It is not entirely clear from the wording of the proposed legislation, but it seems that the family advocate will not be given a discretionary power to enquire into just any aspect of a child's welfare. Clauses

*continued from previous page*

Office 1983 HMSO); Report of the Matrimonial Causes Procedure Committee (1985 HMSO) par 4 53-4 65. Apart from the above, the following selected articles and comments on conciliation may be consulted: Davis "Settlement seeking in divorce" 1982 *New LJ* 355; Davis "Conciliation and the professions" 1983 *Fam Law* 6; Davis "Mediation in divorce: a theoretical perspective" 1983 *Journ Social Welfare Law* 131; Davis and Bader "In-court mediation observed" (part 1) 1983 *New LJ* 355; (part 2) 1983 *New LJ* 403; Davis and Bader "In-court mediation: the consumer view" (part 1) 1985 *Fam Law* 42, (part 2) 1985 *Fam Law* 82; Davis, MacLeod and Murch "Divorce and the resolution of conflict" 1982 *Law Soc Gazette* 40; Hall "The case for conciliation bureaux" 1976 *Fam Law* 231; James and Wilson "Conciliation - the way ahead" 1984 *Fam Law* 104; Latham "Welfare reports and conciliation" 1986 *Fam Law* 195; Marshall "Domestic courts and the philosophy of conciliation" 1985 *JP* 3; Pugsley, Cole, Stein and Trosdale "Conciliation and report writing" 1986 *Fam Law* 164; Parkinson "Bristol courts family conciliation service" 1982 *Fam Law* 13; Parkinson "Conciliating matrimonial disputes - an international perspective" 1982 *Law Soc Gazette* 1307; Parkinson "Conciliation - pros and cons" (part 1) 1983 *Fam Law* 22; (part 2) 1983 *Fam Law* 183; Parkinson "International conference on conciliation in divorce" 1986 *Fam Law* 287; Parkinson and Westcott "Bristol courts family conciliation service" 1980 *Law Soc Gazette* 96; Parmiter "Bristol in-court conciliation procedure" 1981 *Law Soc Gazette* 96; Roberts "Mediation in family disputes" 1983 *Mod LR* 537; Taylor "Conciliation: divide and rule" 1984 *Fam Law* 300; Wilkins "Conciliation: a friendly feeling?" 1984 *Fam Law* 122; Yates "Development of conciliation in divorce proceedings" 1982 *New LJ* 102; Yates "Out of court conciliation services: the tolling bell that dropped a clanger" 1983 *New LJ* 993; Yates "Interdepartmental committee report on conciliation - a step backwards" 1983 *Journ Soc Welfare Law* 335.

<sup>79</sup> 132 of 1986 (now Act 26 of 1987 (editor)).

<sup>80</sup> cl 2.

<sup>81</sup> cl 3.

<sup>82</sup> Emphasis supplied.



4(1)(b) and 4(2)(b) seem to indicate that he is to be limited to matters concerning the custody or guardianship of, or access to, minor children. He would not appear, for example, to be allowed to concern himself with the question of financial provision for the children nor would he be allowed to conduct the type of enquiry referred to in the Child Care Act<sup>83</sup> relating to children alleged to be in need of care.<sup>84</sup> Of course, the family advocate would be permitted to appear on behalf of children at the trial for divorce, to lead evidence and to cross-examine any witnesses giving evidence.

Although very little is said about the family counsellor<sup>85</sup> it is clear that he will have a pivotal role to play. He will presumably be a social worker.

Should legislation along these lines ever see the light of day in South Africa, it would represent an important breakthrough in the formal recognition that both the legal and social work disciplines have much to contribute, as a result of joint effort, to the attempted resolution of the many problems flowing from divorce. We are now living in the era of the emerging professional and in this respect the social worker is now as identifiable as the lawyer.<sup>86</sup> However, the proposed legislation, because it in effect seeks to bridge the gap between the legal and social welfare disciplines, will undoubtedly have a rough passage, for reasons best explained by Jane Forster<sup>87</sup> as follows:

"The two professions – social work and law – start on an unequal footing. The legal profession has been established much longer and solicitors are not only accorded higher status than social workers, but also have greater self-confidence in their professional standing. In addition, some solicitors are highly critical of social workers, claiming they do not understand legal matters, get too involved with clients to be objective and dress up common sense in psychodynamic jargon. Social workers retort that lawyers are only concerned with winning and making money at the expense of peoples' long-term needs. Combined together, the differences in origins, status and attitudes sow the seeds for mutual mistrust and even antagonisms."<sup>88</sup>

The endeavour to bridge the gap between the legal and social work disciplines is to be welcomed. However, problems will be experienced and can be overcome only by adjustment, tact and understanding. One thing is clear, though, and that is that mediation, although intended to be complementary to the existing divorce procedures, must still remain part of the legal machinery. This is rightly envisaged in the proposed legislation in that the family counsellor will be expected to play a role subordinate to that of the family advocate. This makes sense and one can do no better than to cite Mervyn Murch,<sup>89</sup> a well-known English social administration lecturer, to the following effect:

83 74 of 1983.

84 See s 13 – 15 Child Care Act 74 of 1983.

85 except for his 3-year appointment, his right to resign and the power of the Minister of Justice to dismiss him.

86 Cf Freeman "Questioning the delegalization of movement in family law: do we really want a family court?" in Eekelaar and Katz *The resolution of family conflict* (1984) 7–25.

87 Forster *Divorce conciliation. A study of services in England and abroad with implications for Scotland* (1982) 35.

88 Cf Bates "The social worker as expert witness in modern Australian law" 1982 *Aust LJ* 330; Bullock "The helping professions – law and social work" 1984 *Aust LJ* 333.

89 in an address to the Bristol Family Law Conference in March 1982; the report was published by the Bristol Law Society.



“Orthodox social workers should not be allowed to extend their domain by jumping on the conciliation bandwagon. If conciliation is removed from the machinery of justice, you risk emasculating it.”<sup>90</sup>

Apart from addressing itself to the problems of bridging the gap between the legal and social work disciplines, the legislature would have to consider a number of other problems before such legislation can be allowed to see the light of day. For example, the boundaries of the family advocate’s powers will have to be more clearly spelt out. What weight must be attached to the family advocate’s report and recommendations? Is the family advocate to be bound by the rules of hearsay evidence? What is the extent of the confidentiality to be attached to the family advocate’s report and recommendations? Will the parents be allowed legal representation at the enquiries to be conducted by family advocates? Will any appeals be allowed against the recommendations of the family advocate?<sup>91</sup> These are but a few of the relevant questions.

It should also be remembered that the title of the proposed legislation may be something of a misnomer: it really has nothing to do with mediation in the accepted sense of helping couples in the process of divorce to reach agreement on disputes concerning their children. Rather, it appears to constitute an enquiry and reporting procedure regarding the welfare of the children. Although this may be contemplated in the proposed regulations that would have to be drawn up in terms of clause 4, there is nothing to suggest, as was the case with the proposed Divorce Amendment Bill,<sup>92</sup> that both parents should be obliged to attend any enquiry in an atmosphere of “gentle judicial coercion”.<sup>93</sup>

Despite all the question marks surrounding the proposed legislation, it nevertheless represents a step in the right direction. It certainly needs much further consideration and refinement before it should be allowed onto the statute books. On the other hand, there is the attendant danger that if such legislation is unduly

90 Cf the emphasis placed on the legal nature of the proposed family court system by the Hoexter Commission Report – RP78/1983, par 8 6 3 8 6 4 8 16 1 and 8 16 2.

91 Even to attempt to answer these and a host of other relevant questions would be beyond the scope of this article.

92 63 of 1985: see above.

93 Cf Schäfer (*supra* n 1) 323–324. Apart from the problems discussed earlier in this article regarding the attendance of both parties to a divorce action, the one merit of such a procedure might be the curtailment of unduly lengthy bargaining in the divorce process with the attendant savings in costs: e.g. in the recent case of *Kroon v Kroon* 1986 4 SA 616 (E), although the issues were concerned with the division of the matrimonial assets and maintenance, one is prompted to wonder whether the attorney for the plaintiff would not have been more conscious of “the moral duty of lawyers to try to settle cases and not to prolong the fight” (635D) if an enquiry of the sort envisaged by the proposed Mediation in Certain Divorce Matters Bill had been conducted. See also *Grasso v Grasso* 1987 1 SA 48 (C) where the pre-trial conference procedure contemplated by Rule of Court 37 was grossly abused by the attorneys for the parties who simply held a short telephone conversation and agreed with little ado that nothing could be agreed upon. It was indeed fortunate that the plaintiff’s attorney, whose duty it was to convene the Rule 37 conference, was not held personally liable for the costs of the first day’s hearing because the matter had not been “fully canvassed” (61F) and no “notice that an order to that effect might be made” (*ibid*) had been given. In the event the plaintiff had to carry the burden of wasted costs (62B). One trusts that the attorney concerned was able to explain this to the satisfaction of his client: cf *Search Surviving divorce: a handbook for men* (1983) 40 where the following is reported: “My solicitor had a print on his office wall. It showed a cow being tugged by two litigants; one was pulling its head, and one was pulling its tail, and there was a figure in a wig sitting underneath the cow milking it. And that sums up my feelings perfectly – I was milked.”

delayed there is the real possibility that independent mediation services will continue to mushroom because of the real concern for the children of divorce.<sup>94</sup> This would only exacerbate the suspicion that already exists between the legal and social work disciplines,<sup>95</sup> and would create confusion and misunderstanding, so that a uniform and controlled system of mediation would become impossible to attain. This is certainly the lesson to be learnt from the English experience with conciliation.

The failure to respond positively and timeously to the proposals of the Finer Committee for the establishment of a family court in England<sup>96</sup> has, in large measure, provided the impetus for the development of the various conciliation services that presently exist in that country. There are, in the main, two types of conciliation services, namely, in-court and out-of-court services, and there is a considerable variation within these two categories.<sup>97</sup> The in-court conciliation services were established through the efforts of county court registrars or divorce court welfare officers<sup>98</sup> and

"[t]he usual procedure is that once an issue has been filed in court, an appointment is fixed before the registrar at an early date at which the parties and their legal advisers, if any, and the divorce court welfare officer attend. There are no sanctions for non-attendance. If the issue has not been previously resolved by the parties (as often happens) the registrar seeks to establish the area of disagreement, following which the parties, their advisers and the divorce court welfare officer confer in a separate room and seek to resolve the dispute . . . If they succeed an order is made. If they fail, the registrar gives directions for the trial of the dispute. Financial provision may be considered concurrently with the presented issue, but seldom is".<sup>99</sup>

On the other hand:

"Out of court voluntary conciliation services . . . exist primarily to give help with issues relating to children. In some, both parties are required to attend together, while in others, the parties may be seen both separately and together during the process. The conciliator is usually a trained social worker. Joint or separate meetings may be held over many weeks and, if agreement is reached, the parties (and their solicitors if any) will normally receive a letter setting out the agreement. Subsequent difficulties may be referred to the service and negotiations may take place, either in writing with the service as a channel of communication, or at further meetings. Services sometimes charge fees to the parties and . . . in some areas and in certain circumstances the fee may be charged to the legal aid fund."<sup>100</sup>

The Lord Chancellor's Inter-Departmental Committee Report on Conciliation concluded, *inter alia*, that while there was a future for conciliation in England,

94 e.g. the Family and Marriage Society of South Africa in various centres in South Africa is already endeavouring to perform a useful and meaningful role in this regard.

95 This inter-disciplinary suspicion came to the fore at the recent Human Sciences Research Council Workshop on Marriage and Family Life at the Rand Afrikaans University in September 1985.

96 Report of the Committee on One-Parent Families under the chairmanship of Sir Monis Finer July 1984 cmnd 5629 par 4 278-4 424.

97 See the Report of the Inter-Departmental Committee on Conciliation (Lord Chancellor's office 1983 HMSO) par 3 9.

98 An early example of an in-court conciliation scheme is that which was established in Bristol in March 1977. This scheme is comprehensively described by the registrar of the Bristol Country Court, G M Parmiter, in 1981 *Law Soc Gazette* 96.

99 Report of the Inter-Departmental Committee on Conciliation par 3 14.

100 *op cit* par 3 10.

it would be best that it be made part of the court system.<sup>101</sup> Continuing along these lines the Booth Committee<sup>102</sup> recently recommended the following:

- a That the parties to a matrimonial suit, together if they wish with their legal advisers, should attend an informal hearing before a registrar;<sup>103</sup>
- b that conciliation should be available at the initial hearing;<sup>104</sup>
- c that any adjournment for conciliation should be for a specified period of time to ensure that the hearing is resumed without unnecessary delay;<sup>105</sup>
- d that the court should have the power to refer parties to a welfare officer for the purpose of discussing the nature of conciliation and its relevance to the dispute in which they are engaged, but that the decision whether to take part in conciliation should be for the parties.<sup>106</sup>

With regard to the question whether conciliation should be confined to custodial issues, the Booth Committee made no firm recommendations beyond disagreeing with the view that welfare officers were not competent to conciliate in matters other than custodial issues. It concluded:

"In respect of financial matters we agree that the need for professional advice is much greater than in relation to custody and access agreements or even in relation to the suit. Nevertheless, we believe that there is still potential for conciliation, although it is most advisable that the parties should seek legal advice before concluding financial agreements."<sup>107</sup>

At present, the future for conciliation in England looks good. The idea of conciliation is strongly supported by important sections of the practitioners in law such as the Solicitor's Family Law Association<sup>108</sup> and the Family Law Bar Association, which has set up a conciliation service to deal essentially with financial matters.<sup>109</sup> It does, of course, enjoy the widespread support of a broad cross-section of the social work discipline.

There are, however, a number of difficulties that have still to be resolved<sup>110</sup> and in 1985 the Lord Chancellor established a Conciliation Project Unit at the

101 It is quite beyond the scope of this article to consider the pros and cons of the various conciliation schemes. Apart from the Inter-Departmental Report, see the selection of articles cited in n 78 above.

102 Report of the Matrimonial Causes Procedure Committee July 1985 HMSO.

103 *op cit* par 4 53.

104 par 4 56.

105 par 4 57.

106 par 4 59.

107 par 4 65.

108 See Schäfer "The Solicitor's Family Law Association and Code of Practice" 1985 *De Rebus* 323.

109 See 1985 *New LJ* 624-625 for a full description of the services offered. The conciliation scheme consists of a panel of senior barristers with specialist experience in family law. The parties involved in a financial dispute can apply through their solicitors for a member of the panel to make a recommendation of terms of settlement (for a fee). The recommendations are expected to be made on the basis of the barrister's assessment of how the court would be likely to decide the case. The parties can, if they wish, agree to be bound by the recommendation - a form of arbitration (cf Macnab and Mowatt "Mediation and arbitration as alternative procedures in maintenance and custody disputes in the event of divorce" 1986 *De Jure* 313). Alternatively, the parties might decide afterwards whether to accept the recommendation. This procedure, of course, does not apply to child custody disputes. The expectation is that this procedure should cut down considerably on the costs of matrimonial litigation.

110 This emerges clearly from the literature on the subject of conciliation: see the references in n 78 above.



University of Newcastle-upon-Tyne to monitor the cost and effectiveness of different conciliation procedures used in relation to matrimonial disputes.<sup>111</sup> Presumably, any further official developments in regard to conciliation are dependent upon the completion of the work of the Conciliation Project Unit.

In the meantime, the number of out-of-court (private) conciliation services continues to grow. It was against the background of this growth in the number of conciliation services that the National Family Conciliation Council was established in 1983, which, according to its constitution, has the following as its objects:

a To provide assistance through conciliation for married couples whose relationships appear to be breaking down; and

b where such relationships have already broken down, to advise and help in the settlement of differences or potential differences over associated matters such as custody of and access to children and financial matters.

In order to achieve these aims the constitution further states that the Council shall, *inter alia* -

a lay down an agreed standard of training and professional practice and accountability in relation to its conciliators;

b cause to be provided for its members an efficient service of information;

c maintain an active link of communication with the general public and charitable bodies in matters of family conciliation; and

d maintain a close and active cooperation with the courts and the legal profession in the operation of family conciliation services.

According to the most recent newsletter<sup>112</sup> of the National Family Conciliation Council, there are now 34 fully affiliated conciliation services from all over England and Wales with the numbers increasing all the time. In this way it is hoped that the affiliated services will develop uniform aims and standards. Accordingly, the Code of Practice<sup>113</sup> drafted by the National Family Conciliation Council in consultation with the Law Society's Family Law Committee, contains a number of useful and instructive pointers for those persons or bodies in South Africa interested in establishing a conciliation service. For example, the function of conciliation is explained as follows:

"Conciliation is a process that can only take place with the cooperation of both parties.

a The issues appropriate for referral are:-

Custody: Disputes over the custody, care and control of the children, and joint custody.  
Access to children at any stage of separation, divorce proceedings or after divorce.

b Disputes about the irretrievability of the breakdown and the timing of the divorce.

c Conciliation may include outline discussions on issues of finance and property where these are inextricably linked with issues concerning the children. The council recommends that where a couple attend a conciliation service with problems concerning only property and finance, and not problems concerning children, that these couples be referred to solicitors.

<sup>111</sup> See e.g. 1986 *New LJ* 672.

<sup>112</sup> dated 1986-11-15.

<sup>113</sup> The Code of Practice has been published in 1984 *Fam Law* 107.



d Agreements that are reached during conciliation are subject to legal advice . . . During conciliation, the conciliator should seek the consent of the parties to contact their solicitors. The council views continuing liaison with the solicitor as being of the greatest importance.

e The council recommends, as a matter of good practice:-

- i Services should acknowledge receipt of referrals and inform solicitors of the date of their clients' first appointment.
- ii That within a reasonable time, the service should send the solicitor a summary of the outcome of conciliation or an interim report on its progress.
- iii At the end of conciliation a final report should be prepared. This should be marked 'without prejudice'. It should record agreements reached between the parties and clarification of issues which remain unresolved. The contents of the letter should be agreed with the parties. It should not contain a conciliator's personal assessment or evaluation."

The Code of Practice then proceeds to outline the question of the confidentiality and privilege of the discussions and correspondence between a conciliator and the parties. Thereafter, the code stresses that

"the parties are, at all times, free to disregard the professional advice of the conciliator when reaching an agreement on issues in dispute. However, in extreme cases, where this disregarding seems to the conciliator to be grossly detrimental to the welfare of the children, the conciliator is free to withdraw from further conciliation".

Finally, the following guidelines are offered for solicitors:

- 1 Where a client consults a solicitor over issues concerning his children, the solicitor should bring the existence of conciliation services to the client's attention.
- 2 When referring a party to a conciliation service it is desirable that a solicitor should inform the other party's solicitor, to establish whether his client is willing to participate.
- 3 If a solicitor has grounds for advising his client to withdraw from conciliation, the solicitor should normally inform the conciliation service of this advice."<sup>114</sup>

It is clear from the above brief survey of conciliation in England that much more research is needed before legislation such as that proposed in the Mediation in Certain Divorce Matters Bill can be placed on the statute books. Certainly, the English experience reveals that the quest for alternatives in the divorce process is not an easy one. It is, however, comforting to note that the interests of the children of divorce have not been entirely forgotten by those who have it in their power to ameliorate their disadvantages. Children are as much the consumers of our divorce and matrimonial procedures as are their parents.

114 Cf the Solicitor's Family Law Association's Code of Practice *supra* n 108.

*The essence of law is not command but obligation and obedience* (Goodhart *The Journal of the Society of Public Teachers of Law* vol 19 293).



# VIGS en die reg: 'n verkenning

CW van Wyk

BA LL.M

Mede-professor in Regsgeskiedenis, Regsvergelyking en Regsfilosofie,  
Universiteit van Suid-Afrika

## SUMMARY

### AIDS and the law: a reconnaissance

AIDS is possibly the most serious health threat of this century. In addition, it poses a challenge to the values of our society and to our legal system. The rights and interests of the individual AIDS patient or AIDS carrier have to be carefully weighed against those of society and may be infringed only when outweighed by the latter.

Apart from the possible civil or even criminal liability that an AIDS-patient may incur, several of his rights and liberties may be implicated, such as his right to privacy, his ability to secure medical care and to obtain insurance. In addition, rather stringent regulations were published in 1987 which provide *inter alia* for compulsory AIDS antibody testing, hospitalisation and isolation of AIDS-patients and AIDS-carriers. These regulations also contain specific measures relating to pupils and teaching institutions.

## 1 MEDIESE EN WETENSKAPLIKE FEITE

In 1981 het vyf jong mans van Los Angeles 'n seldsame vorm van longontsteking (*pneumocystis carinii*) opgedoen en ongeveer dieselfde tyd is agt gevalle van die seldsame kanker, Kaposi se sarkoom,<sup>1</sup> in New York gediagnoseer. Al die pasiënte, wat voorheen gesond was, het 'n uiterste gebrek aan immuniteit ontwikkel. Hierdie toestand het spoedig bekend gestaan as verworwe immuniteitsgebreksindroom (VIGS). Teen 1983 het wetenskaplikes by die Pasteur Instituut in Parys 'n virus geïsoleer wat met VIGS verband hou. Die menslike retrovirus, wat geïsoleer is, staan algemeen onder die afkorting HIV ("human immunodeficiency virus" of menslike immunogebreksvirus) bekend.<sup>2</sup> Tot dusver is dit onbekend of die VIGS-virus alleen die ernstige immuniteitsgebrek veroorsaak en of ander bydraende faktore aanwesig moet wees.

1 'n kanker wat die vel en mond aantast en rooi of blou-pers kolle op die vel of in die mond veroorsaak.

2 'n Retrovirus het die eienskap dat dit vir jare geen nadelige uitwerking op die draer mag hê nie. Dit integreer sy genoom met die genoom van die gasheersel waarna meer virusse geproduseer word. Agt tot twaalf weke na infeksie ontwikkel teenliggaampies in die bloed teen sekere proteïene van die HIV, maar hierdie teenliggaampies tree nie noodwendig beskermd op nie. Een van die kenmerkendste eienskappe van HIV is sy vermoë om 'n voortdurende draer-status in geïnfecteerde of besmette mense teweeg te bring ten spyte van die teenwoordigheid van teenliggaampies. Die virus staan ook bekend as die HTLV-3/LAV ("human T-cell lymphotropic virus type 3/lymphadenopathy-associated virus").

Hierdie virus val hoofsaaklik sekere witbloedselle (T-limfosiete) aan alhoewel dit ook ander selle van die sentrale senuweestelsel kan affekteer. Dit is die besmetting van die T-limfosiete wat daartoe lei dat die individu geen weerstand teen ander infeksies kan bied nie.

Nie almal wat aan HIV blootgestel word, word deur die virus besmet nie en nie almal wat sodanige besmetting opdoen, sal noodwendig ook VIGS ontwikkel nie.<sup>3</sup> Dit is onseker hoeveel van die besmette persone (draers) die siekte self sal ontwikkel, maar volgens Amerikaanse studies<sup>4</sup> sal 25% tot 50% van besmette persone teen 1991 aan VIGS ly.<sup>5</sup>

VIGS word gekenmerk deur 'n wye spektrum kliniese manifestasies, insluitende asimptomaties siektes, Kaposi se sarkoom, kwaadaardige neoplasmas, dodelike opportunistiese infeksies<sup>6</sup> en neurologiese en psigiatriese afwykings.<sup>7</sup> VIGS sou soos volg gedefinieer kon word: 'n Sindroom van opportunistiese siektes, infeksies en sekere kankers wat voorkom by mense met 'n verworwe immuniteitsgebrek wat te wyte is aan infeksie met HIV.

Gedurende die ses jaar wat VIGS bekend is, is effektiewe terapie al ontwikkel om sommige van die begeleidendes siektes te behandel, maar geen geval is tot dusver bekend van iemand wat van VIGS genees is nie. Daarby bestaan daar ander verwante afwykings wat met verworwe immuniteitsgebrek saamhang en wat saamgevat word onder die uitdrukking VIGS-verwante toestand (VVT). Dié toestand is nie noodwendig dodelik nie, alhoewel dit ook die immuniteitsstelsel so kan beskuldig dat die liggaam uiteindelik nie in staat is om homself te verdedig teen siektes wat normaalweg geen probleem vir gesonde mense sou wees nie.

Alhoewel heelwat belowende navorsing tans aan die gang is, is nog geen effektiewe entstof teen VIGS beskikbaar nie. Metodes word ondersoek om die vermeerdering van die virus in die liggaam te inhibeer en om die immuniteitsgebrek wat ontstaan, te probeer regstel.<sup>8</sup> 'n Veilige en effektiewe middel sal waarskynlik nie binne die volgende paar jaar ontwikkel word nie. Boonop bestaan die moontlikheid dat middels wat ontwikkel word, slegs die HIV-virus sal onderdruk en nie sal uitwis nie, met die gevaar dat mutasies van die virus wat teen die middels bestand is, kan ontstaan. Omdat 'n afdruk van die virus se genetiese materiaal 'n integreerende en permanente deel van die DNA van die besmette individu word en hy waarskynlik vir die res van sy lewe 'n draer van

3 Dit lyk of mense tussen 20 en 40 jaar die ergste deur VIGS getref word en of vroue gouer aan die siekte sterf as mans (*Pretoria News* (1987-10-20) 10). As VIGS eers ontwikkel het, leef pasiënte selde langer as drie jaar.

4 Institute of Medicine, National Academy of Sciences *Confronting AIDS: directions for public health, health care and research* (1986) 7. Sommige studies stel die persentasie tussen 30% en 70% van besmette persone, ander so hoog as 100% binne 16 jaar (*AIDS Update* Maart 1988 8).

5 Daar is tans tussen 1 en 2 miljoen besmette mense in die VSA (Schultz "AIDS-rechtliche Probleme im internationalen Vergleich" 1987 *AIDS-Forschung* 46). Syfers vir Suid-Afrika is in die omgewing van 10 000: SA Instituut vir Mediese Navorsing (SAIMN). Die gemiddelde tydperk wat verloop vanaf infeksie tot manifestasie van VIGS is vier jaar of meer.

6 o a tuberkulose, meningitis, toksoplasmose en longontsteking wat voorkom waar immuniteit swak is.

7 bv demensie wanneer die virus die brein aantast.

8 Entstof sal waarskynlik nie help vir die miljoene mense wat reeds besmet is nie. AZT, 'n middel wat die vermeerdering van die virus onderdruk, bring verligting aan lyers, maar het ernstige newe-effekte en is baie duur.

die virus bly,<sup>9</sup> is dit moeilik om 'n veilige teenmiddel te vind wat die HIV-virus sal inhibeer of uitwis maar nie die liggaamselle self in gevaar sal stel nie.

Teen 1985 is aansienlike vordering gemaak in die opsig dat serologiese toetse<sup>10</sup> ontwikkel is waarmee die teenwoordigheid van teenliggaampies teen die virus in die bloed vasgestel kan word.<sup>11</sup> Dit het die toetsing van bloed en plasma moontlik gemaak en kan ook met 'n redelike mate van betroubaarheid gebruik word om vas te stel of iemand deur die virus besmet is en dus 'n groter gevaar loop om VIGS te kry, alhoewel hy of sy geen simptome mag toon nie.

Die HIV-virus word aangetref in liggaamsvloei-stowwe en is al geïsoleer in bloed, semen, moedersmelk, die brein, beenmurg, harsingsrugmurgvog, urine, trane, vaginale afskeidings, fetale weefsel en speeksel. Studies het aangetoon dat van hierdie liggaamsvloei-stowwe slegs bloed, semen en vaginale afskeiding genoeg virusliggaampies bevat om die oordrag van VIGS te laat plaasvind.<sup>12</sup> Die drie wyses waarop oordrag kan plaasvind, is deur homo- en heteroseksuele omgang; die oordrag van besmette bloed en bloedprodukte deur byvoorbeeld die gebruik van vuil spuitnaalde deur dwelmslawe<sup>13</sup> of by bloedoortapping;<sup>14</sup> en derdens van moeder na kind, *in utero*, met geboorte en moontlik deur borsvoeding. Daar bestaan geen afdoende bewys dat VIGS op enige ander manier as bogenoemde drie oorgedra kan word nie.<sup>15</sup> Teoreties sou infeksie tydens operasies, outopsies en tandheelkundige behandeling kon voorkom,<sup>16</sup> maar waarskynlik is sekere basiese voorsorgmaatreëls soos die dra van handskoene en gesigsmaskers voldoende om sowel pasiënt as mediese werker te beskerm.

Alhoewel VIGS die meeste aangetref word by homoseksuele mans en intraveneuse dwelmslawe, onderskei die virus nie op grond van ras, geslag of ouderdom nie en neem die verspreiding onder die heteroseksuele bevolking<sup>17</sup> en selfs kinders<sup>18</sup> toe. Wat wel waar is, is dat seksuele kontak en die deel van spuitnaalde

9 Sien vn 2 hierbo.

10 o a die ELISA- ("enzyme-linked immunosorbent assay") en sg Western Blot-toets.

11 Sien vn 2 hierbo.

12 Francis en Chin "The prevention of acquired immunodeficiency syndrome in the United States" 1987 *Journal of the American Medical Association (JAMA)* 1358. Oor die vraag of 'n klein hoeveelheid bloed aan 'n spuitnaald se punt genoeg kan wees om infeksie te laat posvat, is daar nie eenstemmigheid nie.

13 omdat bloed dikwels volgens die sg "pre-flagging" metode getrek word uit die een dwelmslaaf se bloedstroom, met die dwelmmiddel gemeng word en in die tweede persoon ingespuut word.

14 Die moontlikheid van oordrag op hierdie wyse (behalwe in Derde Wêreldlande) het baie skraal geword omdat hoë-risikoskenkers weggevoer word, serologiese toetse op geskenkte bloed en plasma uitgevoer word en stollingskonsentrate met hitte en chemiese stowwe behandel word. Volgens dr R Crookes van die SA Bloedoortappingsdiens is bloed 99,6% veilig in Suid-Afrika. Sien vn 34 hieronder.

15 Francis en Chin 1987 *JAMA* 1358. Risiko's by orgaanplanting kan gereken word onder moontlike oordrag deur bloed en bloedprodukte.

16 Feldman "AIDS - a medical-legal nightmare" Aug 1987 *Legal Aspects of Medical Practice* 8.

17 Vgl die toename van VIGS in Afrika onder die heteroseksuele bevolking. Hierdie toename is waarskynlik te wyte aan sosiale en mediese redes en aan virusmutasies. Verstedeliking, toename in prostitusie, die gebruik van vuil spuitnaalde en onversigtige bloedoortappings in hospitale en klinieke, dikwels aan swanger vroue en wanvoede kinders, kan as oorsake aangetoon word (Francis en Chin 1987 *JAMA* 1358).

18 Volgens "Centers for Disease Control", Atlanta, Georgia, VSA: *Public Health Reports* (1986) 343 sal meer as 3 000 kinders teen 1991 in die VSA aan VIGS ly o a omdat meer vroue wat kinders in die wêreld bring, dan besmet sal wees.



met besmette persone, hoë-risikobedrywighede is. Die belangrikste element by seksuele kontak is verder nie noodwendig seksuele voorkeur (homoseksualiteit) nie, maar eerder promiskuïteit. Ongelukkig is dit hier waar prostitute en sommige homo- en biseksuele<sup>19</sup> mans 'n groot gevaar vir die samelewing daarstel.

Op 19 April 1988 was die volgende statistiek<sup>20</sup> in Suid-Afrika beskikbaar:

Totale getal Suid-Afrikaanse VIGS-lyers aangemeld . . . . .	98
Totale getal VIGS-lyers oorlede . . . . .	62
Homo- of biseksuele mans . . . . .	79
Heteroseksuele gevalle . . . . .	10
Vroue . . . . .	4
Bloeddoortappings pasiënte en hemofieliërs . . . . .	9
Blankes . . . . .	90
Swartes . . . . .	6
Asiërs . . . . .	1
Kleurlinge . . . . .	1
Intraveneuse dwelmslawe . . . . .	0
Gevalle aangemeld in Suid-Afrika van persone afkomstig uit lande ten noorde van Suid-Afrika . . . . .	22
Gevalle uit hierdie groep reeds oorlede . . . . .	14

Daar moet aanvaar word dat bostaande nie die volledige beeld weergee nie. Teen Desember 1987 is maar 72 004 VIGS-gevalle uit 128 lande aan die Wêreld-Gesondheidsorganisasie gerapporteer. Uit Afrika is slegs 8 490 gevalle gerapporteer terwyl daar na raming 50 000 VIGS-lyers op dié kontinent is. Die skatting is dat tussen vyf en tien miljoen mense wêreldwyd tans draers van die siekte is.

## 2 UITDAGING AAN DIE GEMEENSAP

Alhoewel VIGS nog nie die omvang van die builepesepidemie van 1348 of die griepidemie van 1918 aangeneem het nie, het geen ander siekte hedendaags die gemoedere so gaande gemaak soos VIGS nie.<sup>21</sup> VIGS is tot dusver ongeneeslik en dodelik,<sup>22</sup> en dit is waarskynlik die grootste openbare gesondheidsbedreiging van ons eeu.

19 Meer as 18 miljoen Amerikaanse mans bo die ouderdom van 16 jaar kan as homo- of biseksueel geklassifiseer word. Schatz "The AIDS insurance crisis: underwriting or over-reaching?" 1987 *Harvard LR* 1783 vn 9. Sien vn 31.

20 Statistiek is beskikbaar gestel deur die SAIMN.

21 In sekere Amerikaanse stede soos San Francisco het alreeds meer mense aan VIGS gesterf as die totale getal soldate en matrose van dié stad wat in die twee wêreldoorloë, die Koreaanse en die Viëtnamese oorlog omgekom het (Francis en Chin 1987 *JAMA* 1357). Teen 1991 sal na raming meer as 179 000 Amerikaners al aan VIGS gesterf het (Clifford en Iuculano "AIDS and insurance: the rationale for AIDS-related testing" 1987 *Harvard LR* 1806).

22 *Mortaliteit weens virusinfeksies*

<i>Infeksie</i>	<i>% sterftes</i>
Hondsdoelheid	99
Ebola/Marburg	25-80
HIV (draer-status)	25-50
Hepatitis B	5
Polio	0,1

(Francis en Chin 1987 *JAMA* 1359)

Dit is moeilik om die publiek bewus te maak van die gevare wat die siekte inhou en van die noodsaaklikheid om voorsorgmaatreëls te tref, sonder om terselfdertyd paniek te saai en diskriminasie teen lyers, draers of groepe mense wat as potensiële draers beskou word, aan te moedig. Die publiek word ongelukkig blootgestel aan botsende en verwarrende berigte oor die siekte soos blyk uit die volgende aanhalings uit twee vooraanstaande publikasies:

“For most people the risk of AIDS is essentially zero.”<sup>23</sup>

en

“We see that many, if not most Americans, are at risk.”<sup>24</sup>

Dit lei vanselfsprekend tot vrees en agterdog. Voldoende inligting ontbreek oor die aard van die siekte, die maniere waarop dit oorgedra word en die risiko's verbonde aan terloopse en ander kontak met iemand wat aan VIGS ly.<sup>25</sup> Die feit dat die siekte hoofsaaklik, alhoewel nie uitsluitlik nie, onder homo- en biseksuele mans voorkom – tradisioneel nie baie gewilde groepe nie – het boonop daartoe gelei dat die gemeenskap dikwels eerder onverdraagsaamheid en afkeer as simpatie teenoor lyers betoon. Probleme wat VIGS-lyers ondervind, kan die volgende inhou: diskriminasie in die werkplek, uitsetting uit huise en skole, weiering om mediese dienste te verskaf en om VIGS-lyers te begrawe.<sup>26</sup>

Hierdie diskriminasie is in stryd met die algemene filosofie wat sedert die tweede wêreldoorlog die internasionale regstoneel oorheers. Die Verenigde Volkehandves is in 1945 onderteken met die idee dat internasionale vrede slegs gehandhaaf kan word indien individuele menseregte omvattend beskerm word. In 1948 het die Universele Verklaring van Menseregte gevolg, wat uitdrukking gee aan die sogenaamde siviele en politieke regte (wat tradisioneel deur die Westerse lande beklemtoon word) en aan die ekonomiese, sosiale en kulturele regte, insluitend die reg op indiensneming en onderwys, wat deur die ontwikkelende en kommunistiese lande benadruk word. Ander verdrae en dokumente het gevolg en alhoewel opinies mag verskil oor die bindende gesag van hierdie verskillende dokumente, het 'n internasionale klimaat wat die individu en sy regte begunstig, gaandeweg ontwikkel.<sup>27</sup>

23 *Time* (1987-06-08) 26. Die woorde is dié van Jaffe, hoofepidemioloog van die “Centers for Disease Control”, Atlanta, Georgia.

24 Schatz 1987 *Harvard LR* 1784.

25 Inligtingskampanjes oor o a die wyses waarop VIGS versprei en die maniere waarop die onbesmette deel van die bevolking hulself kan beskerm, kan veel doen om ongegronde vrese en vooroordele uit die weg te ruim. Studies toon aan dat VIGS *nie* versprei kan word deur insekte, lugreëling, terloopse kontak soos handskud of die deel van eetgerei (mits dit deeglik gewas word) of van badkamergeriewe en swembaddens met draers van VIGS nie; ook nie wanneer daar gehoos, genes of gespoeg word nie. Versigtigheidshalwe moet tandeborsels, skeermesse of apparaat wat met bloed besmet kan word, nie gedeel word nie (Francis en Chin 1987 *JAMA* 1359).

26 In die VSA het dit aanleiding gegee tot die interessante vraag of anti-diskriminasiewetgewing net op lewende persone van toepassing is. 'n Hof van die staat New York het beslis dat regsbeskerming nie beëindig moet word by dood nie en het magtiging verleen aan die New York City Commission on Human Rights om begrafnisondernemers te vervolp weens diskriminasie in dié verband (Dalton en Burris (reds) *AIDS and the law* (1987) 183 en gesag deur hulle aangehaal).

27 sien in die algemeen Van Wyk *Die misdaad van apartheid in die volkereg* (LLM-verhandeling 1979 UNISA) 14 e v.

Teen hierdie agtergrond gesien, stel VIGS nuwe en uitdagende eise aan die reg en die gemeenskap. Daarom moet dit miskien nie as 'n straf vir sondige praktyke – soos moraliseerders graag predik – gesien word nie, maar eerder as 'n toets vir die waardes van die gemeenskap.

### 3 DIE ROL EN BEPERKINGE VAN DIE REG

Die reg se belangrikste oogmerk is waarskynlik om die sosiale orde en vrede te handhaaf en om geregtigheid te bevorder.<sup>28</sup> Opvattinge omtrent geregtigheid is egter veranderlik en die reg moet voortdurend 'n ewewig tussen die botsende belange en aansprake in die gemeenskap vind en sosiale (openbare) en individuele (private) belange probeer harmonieer. Openbare belange omvat nasionale veiligheid en gesondheid, die ekonomiese welvaart van die staat en die beskerming van godsdienstige, morele en intellektuele waardes.<sup>29</sup> Privaatbelange omvat belange van 'n meer persoonlike aard, soos die minimum bestaansmiddele wat die individu vir homself beding, sy outonomie en sy privaatheid.

Dit is duidelik dat die VIGS-krisis baie kwelvrae na vore bring. Hoe moet die individu se belang in byvoorbeeld vryheid en privaatheid opgeweeg word teen die maatskappy se belang in gesondheid, ekonomiese welvaart en veiligheid? Wat die afweeg van belange besonder moeilik maak, is die feit dat die belange wat weerskante op die spel is, so fundamenteel is. Maatreëls om die verspreiding van VIGS te keer, kan die individu se outonomie ernstig skend deurdat dit inbreuk maak op sy vrye wilsuitoefening ten aansien van sy seksuele gedrag en voortplantingsdrang.<sup>30</sup>

'n Verwante probleem is of die reg gebruik mag word om uitdrukking te gee aan 'n gevoel van afkeer teenoor die homoseksuele deel van die bevolking wat tans nog die grootste persentasie van VIGS-lyers uitmaak. Een standpunt is dat moraliteit deur die reg afdwinging moet word omdat dit op sigself noodsaaklik sou wees vir die maatskappy se voortbestaan. Benewens die feit dat standarde van (seksuele) moraliteit nie staties is nie, is 'n bykomende probleem dat die praktyk om sekere afwykings van sedelike norme as strydig met die reg te brandmerk, dikwels ander euwels tot gevolg het. Sodomie (geslagsverkeer tussen manlike persone) is 'n misdadig volgens ons gemene reg. Alhoewel vervolgings skaars is, het die moontlikheid van vervolging die nadelige gevolg dat moontlike VIGS-draers huiwerig is om hulself as sodanig te identifiseer.<sup>31</sup> Inligting is noodsaaklik vir die voorkoming van VIGS-verspreiding en dit is in die openbare belang dat betroubare data-versameling plaasvind: ideaal-gesproke moet statistiek gehou word van homo- en biseksuele mans, prostitute en intraveneuse dwelmslawe, asook van mense wat alreeds met die VIGS-virus besmet is en deur vrywillige toetsing geïdentifiseer is. Vir sover sodomie, prostitusie en dwelmgebruik strafbaar is, is die kans skraal dat mense wat dit bedryf, na vore sal kom.

28 welke doelstellings nie noodwendig altyd maklik met mekaar versoenbaar is nie (sien by Hosten e a *Inleiding tot die SA reg en regsleer* (1979) 17).

29 Pound "A survey of social interests" 1943-4 *Harvard LR* 1 e v.

30 Sommige Amerikaanse skrywers meen dat dit een van die ernstigste probleme is waarmee hul konstitusionele reg en openbare gesondheid te kampe gehad het sedert die Supreme Court verpligte immunisering in 1905 goedgekeur het (Mills Wofsy en Mills "The acquired immunodeficiency syndrome" 1986 *The New England Journal of Medicine* 931).

31 Baie homo- en biseksuele mans kan probeer om diskriminasie te ontduik deur konvensionele huwelike te sluit wat VIGS verder deur die heterogene bevolking kan versprei, of om die gevaarlike praktyk van anonieme seksuele byeenkomste te beoefen.



Om hierdie rede is VIGS nie 'n aanmeldbare siekte ingevolge die Wet op Gesondheid 63 van 1977 nie. Die Mediese Vereniging van Suid-Afrika het aanvanklik aanbeveel dat VIGS wel 'n aanmeldbare siekte moet wees in die lig van die moontlike gesondheidsrisiko's vir die gemeenskap, maar het intussen sy standpunt in die lig van bostaande probleme hersien.<sup>32</sup>

Die benadering wat prakties en filosofies gesproke die heel beste verantwoord skyn te wees, kan nouliks beter uitgedruk word as in die woorde van Mill:<sup>33</sup>

"The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant."

Maatreëls wat met die individu se regte inmeng, moet regverdigbaar wees in die lig van die openbare belang wat daarmee gedien word. Om in staat te wees om 'n billike afweging te kan doen, sal regsgeleerdes hulle grootliks moet verlaat op die jongste mediese en wetenskaplike inligting oor VIGS.

#### 4 VIGS EN DIE INDIVIDU SE REGTE

##### 4.1 Die reg op privaatheid (vertroulikheid)

Die waardigheid van die mens en sy privaatheid noodsaak 'n respek vir sy private en intieme lewe. Dit is veral belangrik wat betref die verhouding tussen die geneesheer en sy pasiënt. Die geneesheer het 'n plig tot geheimhouding betreffende die siekte waaraan sy pasiënt ly, die behandeling, prognose en selfs die blote feit dat die pasiënt mediese behandeling ontvang. Die plig tot geheimhouding bestaan teenoor elke derde party, insluitende die eggenoot en kinders van die pasiënt. Skending van hierdie verpligting kan aanleiding gee tot 'n deliktuele eis.

Die bekendmaking dat iemand aan VIGS ly, kan verreikende gevolge hê, soos verhoudings wat skipbreuk ly, sosiale wanaanpassing en probleme om mediese en tandheelkundige versorging en lewensversekering te bekom. Daar bestaan egter gevalle waar bekendmaking geregverdig kan wees, byvoorbeeld:

- a Waar die pasiënt sy ingeligte toestemming daartoe verleen.
- b Waar daar 'n verpligting van regsweë op die geneesheer gelê word om die siekte aan te meld. In lande soos Noorweë, Swede en Italië is VIGS 'n aanmeldbare siekte. Soos gemeld, is dit nie die geval in Suid-Afrika nie.
- c Waar 'n ernstige bedreiging vir die lewe en gesondheid van derde partye bestaan. Indien 'n persoon, wat so pas as VIGS-draer geïdentifiseer is, kort tevore bloed geskenk het, sou dit byvoorbeeld in die openbare belang wees om die bloedbank in te lig, selfs al het die betrokke nie toestemming daartoe verleen nie.<sup>34</sup> Die geneesheer wat die pasiënt behandel, het waarskynlik 'n reg om ook

32 in 'n verklaring van 1987-05-15. In die VSA is VIGS wel 'n aanmeldbare siekte en kan boetes van tot \$1 000 opgelê word aan geneesheer, hospitale en laboratoriums wat nalaat om dit te doen (Mills Wofsy en Mills 1986 *The New England Journal of Medicine* 932). Die Supreme Court het ook beslis dat 'n wet van die staat Georgia, wat homoseksuele geslagsverkeer tussen toestemmende volwassenes verbied, grondwetlik is. 'n Argument was dat die wet 'n goeie manier sou wees om die verspreiding van die VIGS-virus onder beheer te bring (*Bowers v Hardwick* (1986) 106 S Ct 2841).

33 *On liberty* (1859; Penguin uitg 1974) 68.

34 Die rede hiervoor is dat tot 12 weke kan verloop vanaf blootstelling aan HIV totdat daar teenliggaampies in die bloed (wat op infeksie dui) aanwesig mag wees. In die tussentydperk sou roetine bloedtoetse van 'n bloedbank so 'n persoon as "skoon" aangedui het.



die seksuele maat(s) van die pasiënt in te lig indien dit blyk dat die pasiënt nie ag slaan op die geneesheer se waarskuwing dat hy veilige seksuele praktyke moet beoefen nie.<sup>35</sup>

d Waar die mediese praktisyn deur die hof beveel word om vertroulike inligting te verstrek.<sup>36</sup>

Die vraag wat in hierdie verband ontstaan, is of die geneesheer in die lig van die huidige regsdoelstelling van die gemeenskap en van die *Ewels*-beslissing,<sup>37</sup> 'n regsplig het om mense, wat 'n redelike belang by die inligting het, in te lig. Indien wel, sou 'n *omissio* in beginsel aanleiding kon gee tot deliktuele aanspreeklikheid vir die dokter. Waarskynlik sal ons howe in die reël nie so ver wil gaan nie.<sup>38</sup> Uitsonderings sou moontlik wees waar die seksuele maat van die geïnfecteerde persoon ook die dokter se pasiënt is, of in die geval van die bloedbank hierbo. In sodanige gevalle sal die dokter waarskynlik 'n plig hê om in te lig.<sup>39</sup> In alle ander gevalle sal die dokter waarskynlik sy plig teenoor die gemeenskap nakom indien hy sy pasiënt inlig oor sy siekte, hom aanraai om sy seksuele maat(s) daarvan te vertel en om die nodige voorsorg teen verspreiding van die siekte te tref.

Die vraag of ander belanghebbende persone, soos tandartse en ander medici onder wie se behandeling die VIGS-pasiënt verkeer, ook ingelig mag word deur die behandelende geneesheer, is problematies. Waarskynlik moet die toestemming van die pasiënt daarvoor verkry word, onder meer omdat die mediese professie tradisioneel 'n sekere mate van risiko as deel van sy professionele kode aanvaar het. Die opmerking is tereg al gemaak dat slegs die huidige geslag geneesheer, wat hul opleiding ontvang het nadat antibiotiese middels ontwikkel is, nog nooit met beroepsrisiko's soortgelyk aan VIGS geconfronteer is nie.<sup>40</sup>

Statistiek dui verder daarop dat mediese werkers 'n baie klein risiko loop om die siekte op te doen. Basiese voorsorgmaatreëls, wat in elk geval getref moet word om verspreiding van hepatitis B te voorkom, is egter wenslik veral waar oop wonde aanwesig is.<sup>41</sup>

35 So 'n derde se belange sou waarskynlik ingesluit kon word onder die sg "overriding social interest".

36 *Smit v Niekerk* 1976 4 SA 293 (A) 303; *Botha v Botha* 1972 2 SA 559 (N).

37 *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A).

38 In die *Ewels*-saak 597G sê die hof dat dit vir die polisie "redelik moontlik, selfs maklik, was om die aanval op die eiser te verhoed of te beëindig". Dieselfde sal waarskynlik nie van 'n besige praktisyn gesê kan word t o v sy vermoë om die derde te beskerm nie. In Kalifornië het die Supreme Court beslis dat 'n medikus 'n plig het om derdes te beskerm teen gevare wat deur sy pasiënt se siekte geskep word (*Tarasoff v Regents of the University of California* (1976) 17 Cal 3d 425, 551 P 2d 334, 131 Cal Rptr 14). Dit kan moontlik dui in die rigting van so 'n plig in VIGS-gevalle in Kalifornië.

39 moontlik omdat dit die regsdoelstelling van die gemeenskap sal wees dat die "slagoffer(s)" in die geval identifiseerbaar is, dat dit nie 'n te swaar las op die medikus se skouers sal lê nie en moontlik ook weens die lasgewingsooreenkoms tussen geneesheer en pasiënt wat meebring dat die dokter die pasiënt met "due care and skill" sal behandel (Strauss *Doctor patient and the law* (1984) 36. Sien in dié verband ook Dalton en Burris 205 e v en Schlund "Zur Berufsverschwiegenheit bei AIDS" 1987 *AIDS-Forschung* 404).

40 Dalton en Burris 176 en 217. Sien ook die SA Mediese Vereniging se besluit van 1987-05-15.

41 Jeffries "AIDS - legal and ethical aspects" in *Medical protection society, annual report* (1986) 19; Dalton en Burris 175 en bronne deur hulle aangehaal.

## 4 2 Deelname aan die arbeidsmark

Volgens die Suid-Afrikaanse gemenerereg kan 'n werkgewer 'n arbeidskontrak beëindig nadat redelike kennis gegee is of onmiddellik in geval van ernstige wangedrag. Kragtens die gemenerereg staan dit 'n werkgewer dus vry om na redelike kennis 'n werknemer af te dank waar dit bekend word dat laasgenoemde aan VIGS ly.

Die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956<sup>42</sup> het egter belangrike bepalings ten opsigte van industriële werkers en ander klasse werknemers ingevoer.<sup>43</sup> Werkers kan die nywerheidshof nader wanneer hulle voel dat hulle deur "onbillike arbeidspraktyke" benadeel is. 'n Onbillike arbeidspraktyk word tans nog baie wyd omskryf as<sup>44</sup>

"enige arbeidspraktyk . . . wat die uitwerking kan hê dat (i) enige werknemer of klas werknemers onregverdig daardeur geraak word of kan word of dat sy of hul werkgeleentheid, werksekerheid of fisiese, ekonomiese, morele of sosiale welsyn daardeur benadeel of in gevaar gestel word of kan word, . . . (iii) arbeidsonrus daardeur geskep of bevorder word of kan word".

Waarskynlik sal dit op 'n onbillike arbeidspraktyk neerkom wanneer 'n werkgewer 'n werknemer ontslaan omdat hy aan 'n ongeneeslike siekte ly wat nie onder normale omstandighede in die werkplek aan mede-werkers oorgedra kan word nie. In dié sin word aan hierdie tipe werkers aansienlike beskerming teen diskriminasie gebied.<sup>45</sup>

Aan die ander kant kan dit gebeur dat medewerkers, moontlik weens onkunde, meen dat hulle aan gevaarlike werksomstandighede blootgestel word en weier om saam met 'n VIGS-lyer te werk. Arbeidsonrus, op sigself 'n onbillike arbeidspraktyk, mag dus 'n wesenlike gevaar word. In die lig van die bestaande mediese kennis sal die nywerheidshof waarskynlik bevind dat dit nie op 'n onbillike arbeidspraktyk neerkom om 'n VIGS-lyer of -draer normaalweg te laat aanhou werk nie. Daar word van die veronderstelling uitgegaan dat aanraking met medewerkers se liggaamsvloeistowwe uitgesluit is en dat die werkgewer toesien dat die werkerskorps volledig oor VIGS en die maniere waarop dit versprei, ingelig word.

Die posisie wat betref mediese personeel is moeiliker. Kan 'n geneesheer wat VIGS onder lede het, afgedank word of verskuif word na 'n omgewing waar hy geen kontak met pasiënte het nie? Alhoewel die Amerikaanse "Centers for Disease Control" se verklaring dat dit veilig is om mediese personeel met VIGS

42 'n Wetsontwerp tot wysiging van dié wet het sedert die artikel geskryf is, wet geword.

43 A 2 bepaal o a dat die wet nie van toepassing is op persone t o v hul diens in boerdery-bedrywighede of in huishoudelike diens in private huishoudings nie, nóg op persone in diens van die staat t o v hul diens as sodanig, nóg op enige werknemer van 'n plaaslike owerheid.

44 a 1 van die wet. Bylae I(1) van die wetsontwerp behou hierdie omskrywing, maar voeg gedetailleerde omskrywings van onbillike arbeidspraktyke by.

45 In die VSA is wetgewing aanvaar waarvolgens arbeidsregtelike diskriminasie, ook deur privaatwerkgewers, teen *gestremde* persone of persone wat as *gestremd* beskou word, verbode is, mits die gestremdheid geen arbeidsongeskiktheid van die werknemer inhou of sy mede-werknemers aan buitengewone gevaar blootstel nie. 'n Gestremdheid word gedefinieer as 'n toestand wat belangrike liggaamsfunksies benadeel. Die Supreme Court het in *School Board of Nassau County v Arline* (1987) 107 S Ct 1123 bevind dat tuberkulose 'n toestand is wat kragtens die federale wet 'n gestremdheid kan inhou. Aangesien tuberkulose, soos VIGS, 'n oordraagbare siekte is, is dit 'n belangrike uitspraak en sal VIGS en HIV-infeksie waarstenlik ook as gestremdhede beskou word (Dalton en Burris 109).

normaalweg te laat aanhou werk mits sekere voorsorgmaatreëls getref word,<sup>46</sup> die huidige stand van mediese kennis oor VIGS waarskynlik korrek weergee, is daar baie pasiënte en hospitaaladministrateurs wat 'n ander opinie mag huldig. In die lig van die feit dat werknemers van staatsondersteunde mediese inrigtings uitgesluit word van die werking van die Wet op Arbeidsverhoudinge,<sup>47</sup> sal sodanige mediese personeel hulle nie op die nywerheidshof vir herstel in diens of staking van onbillike arbeidspraktyke kan beroep nie.

### 4 3 Toetsing en isolasie

Wanneer 'n werkgever sy werknemer verplig om hom te onderwerp aan toetsing vir VIGS en sodanige toetsing as voorwaarde vir voortgesette diens stel, kan dit as 'n onbillike arbeidspraktyk beskou word. 'n Werkgever kan wel van 'n voornemende werknemer vereis om by wyse van mediese toetse aan te toon dat hy medies geskik is.<sup>48</sup> Sodanige toets word dan vrywillig onderneem omdat die individu self kan besluit of hy vir die werk wil aansoek doen of nie. Waar daar 'n kontrak tussen werkgever en werknemer bestaan dat laasgenoemde op hoogte gehou moet word van eersgenoemde se gesondheidstoestand, pleeg die werknemer kontrakbreuk indien hy sy werkgever nie inlig dat hy aan VIGS ly nie.

Tot onlangs het betreklik min wette in Suid-Afrika vir verpligte mediese toetse voorsiening gemaak. Die Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek verleen wel die bevoegdheid aan 'n immigrasiebeampte om te vereis dat 'n persoon, wat na sy mening nie geregtig is om in die land te wees nie, hom moet onderwerp aan 'n mediese ondersoek of toets indien hy vermoed dat die persoon aangetas is deur 'n siekte wat van hom 'n verbode persoon sal maak.<sup>49</sup> Op 30 Oktober 1987 is 'n regulasie<sup>50</sup> ingevolge hierdie wet deur die minister van binnelandse sake gepubliseer waarin sowel VIGS as HIV-infeksie as sodanige siektes beskryf word. 'n Buitelandse werker wat getoets word vir VIGS en wie se uitslag positief is, word 'n verbode immigrant en sal nie toegelaat word om die republiek binne te kom of hier te vertoef nie. Die minister van binnelandse sake het verder 'n wye bevoegdheid om die verwydering van 'n persoon (wat nie 'n Suid-Afrikaanse burger is nie) uit die republiek te gelas indien hy dit in die openbare belang ag – sy besluit is finaal en hy hoef geen redes daarvoor te verstrek nie. Dit sou beteken dat voornemende immigrante en werkers uit ander lande verplig kan word om hulle aan mediese toetse (insluitende bloedtoetse) te onderwerp en selfs dat immigrasiebeamptes deur werkgevers in dié verband genader kan word. Indien vasgestel word dat voornemende werkers VIGS-draers is, kan hulle gedeporteer word.<sup>51</sup>

46 Feldman *Legal aspects of medical practice* (1987) 8.

47 sien vn 43 hierbo.

48 Luidens regulasies betreffende diensvoorwaardes vir inspekteurs en onderwysers van Transvaal, gepubliseer in administrateurskennisgewing 1053 van 53-12-23, word by voorsiening daarvoor gemaak dat 'n onderwyser hom aan mediese ondersoeke moet onderwerp. Procedures word voorgeskryf vir die hantering van so 'n ondersoek en o a vir die uiteindelijke beëindiging van die dienste van so 'n onderwyser. Die Transvaalse Onderwysordonnansie 29 van 1953 bepaal in a 6 dat 'n onderwyser nie aangestel word nie tensy hy 'n sertifikaat van goeie gesondheid voorlê.

49 a 34 van Wet 59 van 1972.

50 GK 2439, uitgevaardig kragtens a 54(1) van die Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek.

51 a 37 en 45 van Wet 59 van 1972. Sedert die Wet op die Herverlening van Suid-Afrikaanse Burgerskap 73 van 1986 is burgers van die Transkei, Bophuthatswana, Venda en Ciskei nie meer "vreemdelinge" nie.



Op 30 Oktober 1987 is verreikende regulasies<sup>52</sup> ook ingevolge die Wet op Gesondheid<sup>53</sup> deur die minister van gesondheid en bevolkingsontwikkeling gepubliseer. Hierdie regulasies maak voorsiening vir verpligte mediese ondersoek waar mediese gesondheidsbeamptes (op redelike gronde) vermoed dat iemand aan 'n oordraagbare siekte<sup>54</sup> ly of as draer 'n gevaar vir die openbare gesondheid inhou.<sup>55</sup> Verder word daarvoor voorsiening gemaak dat so 'n persoon hom moet onderwerp aan sodanige ondersoek asook aan die behandeling wat vervolgens voorgeskryf word. Dit beteken dat hy (of sy) na 'n hospitaal of na 'n plek van afsondering<sup>56</sup> verwyder kan word vir toesig en behandeling totdat hy vry is van infeksie<sup>57</sup> of totdat hy sonder enige gevaar vir die openbare gesondheid ontslaan kan word. Waarskynlik sal hierdie bepalinge so vertolk word dat 'n gesondheidsbeampte sy bevoegdheid op sodanige wyse moet uitoefen dat hy nie 'n onnodige las op enige persoon lê nie.<sup>58</sup> Ingrypende maatreëls word nie slegs op lyers aan oordraagbare siektes van toepassing gemaak nie, maar selfs draers kan gelas word om instruksies na te kom om besmetting te verhoed. Laasgenoemde persone kan ook gelas word om na 'n hospitaal of plek van afsondering geneem te word en om geen voedsel vir ander mense te berei nie en om geen voedsel of water of houers daarvoor te hanteer nie. Daar kan ook van hulle vereis word om mediese gesondheidsbeamptes in te lig van verandering van adres of werk.<sup>59</sup>

Die doelstellings van die 1987-regulasies is klaarblyklik om plaaslike owerhede en mediese gesondheidsbeamptes in staat te stel om die verspreiding van oordraagbare siektes te voorkom. Alhoewel kwarantyn en afsondering waarskynlik 'n baie beperkte rol het om te speel by die beheer van VIGS,<sup>60</sup> mag dwangmaatreëls nodig wees om openbare gesondheid te beskerm waar onverantwoordelike of geestelik onbekwame pasiënte betrokke is. Indien die beperking van individuele vryheid deur die openbare belang genoodsaak word, mag verpligte isolasie geregtig wees.

#### 4 4 Toegang tot mediese dienste

Alhoewel mense wat aan VIGS ly, ongetwyfeld toegang tot voldoende mediese versorging verdien, verseker die reg geensins sodanige toegang nie. Die reg beskou die verhouding tussen 'n privaattgeneesheer en sy pasiënt as een wat uit ooreenkoms spruit en gevolglik het die geneesheer geen regsplig om te behandel nie, behalwe in noodgevalle.<sup>61</sup> 'n Geneesheer kan besluit om sekere soorte sieketoestande nie te behandel nie en kan dienooreenkomstig kennis gee. 'n Geneesheer wat in 'n hospitaal werk, moet egter elke pasiënt behandel wat tot die hospitaal toegelaat word.

52 GK 2438.

53 Wet 63 van 1977.

54 Volgens aanhangsel 1 sluit "oordraagbare siektes" VIGS in.

55 reg 14(1); reg 17.

56 reg 17.

57 wat in die geval van VIGS "nooit" kan beteken.

58 Reg 6(2)(b) wat so 'n bepaling bevat, is eintlik slegs op reg 6(1) van toepassing, maar kan wyer aanwending vind.

59 reg 14(2); reg 14(3).

60 Francis en Chin 1987 *JAMA* 1363; Porter "History says no to the policeman's response to Aids" 1986 *British Medical Journal* 1589.

61 Strauss *Doctor patient and the law* (1984) 22 e v.



Daar bestaan geen absolute verpligting op 'n staats-<sup>62</sup> of private hospitaal om pasiënte toe te laat nie, behalwe in noodgevalle waar lewensreddende optrede onmiddellik geneem moet word. Waar geen noodgeval ter sprake is nie, kan 'n onredelike weiering om 'n pasiënt op te neem waar hospitaalfasiliteite beskikbaar is, daartoe lei dat die superintendent se beslissing op administratiefregtelike gronde, soos vooroordeel of growwe onreëlmatigheid, aangeveg word, en dat 'n *mandamus* verkry kan word. Indien 'n VIGS-lyer toelating geweier word weens byvoorbeeld vooroordeel en sy afhanklikes kan bewys dat sy lewe gespaar sou gewees het indien hy behandeling ontvang het, kan hulle 'n eis instel. Dit mag in die geval van VIGS-pasiënte bykans onmoontlik wees om te bewys dat sy lewe gered sou gewees het of selfs verleng sou gewees het deur tydiges hospitaaloptrede.<sup>63</sup> Gelukkig is berigte van artse, tandartse en verpleegsters wat weier om VIGS-pasiënte te behandel, in Suid-Afrika baie skaars.

Die regulasies van 30 Oktober 1987 is ook by die toegang en opname in hospitale van belang.<sup>64</sup> Soos hierbo gemeld, kan iemand onder bepaalde omstandighede gelas word om hom aan 'n mediese toets te onderwerp, na 'n hospitaal te gaan of "verwyder te word". Verder kan 'n mediese gesondheidsbeampte wat meen dat die verspreiding van 'n oordraagbare siekte daardeur voorkom of beperk sal word, vereis dat die persoon in beheer van 'n hospitaal of soortgelyke inrigting, die name en adresse van pasiënte, geneeshere, verpleegkundiges, werknemers en besoekers by die inrigting aan hom moet verstrek.

#### 4 5 Toelating tot skole

Geen bevestigde oordrag van VIGS binne huishoudings (buiten natuurlik seksuele oordrag en van moeder na kind) het nog plaasgevind nie.<sup>65</sup> en waar die kontak baie minder intiem is, soos by skole, is die risiko waarskynlik nog kleiner. Kinders wat byvoorbeeld weens geestesgebreke nie hul liggaamsfunksies kan beheer nie, mag bykomende sorg benodig en daar sal weer eens, soos by hospitale, voorsorg getref moet word waar oop wonde hul voordoen.

Die regulasies van 30 Oktober het egter ook in dié verband ingrypende maatreëls ingestel deur te bepaal<sup>66</sup> dat 'n prinsipaal wat vermoed of weet dat 'n leerling of 'n persoon wat werksaam is by die onderwysinrigting waarvan hy die prinsipaal is, (dus ook onderwysers) aan 'n oordraagbare siekte ly, of in kontak was met 'n persoon wat daaraan ly, die mediese gesondheidsbeampte onverwyld in kennis moet stel. Die prinsipaal mag nie toelaat dat so 'n persoon die onderwysinrigting betree nie, tensy 'n geneeskundige sertifikaat voorgelê word. Die ouer of voog van 'n kind wat aan VIGS ly of wat in kontak was met 'n persoon wat daaraan ly, moet die prinsipaal in kennis stel daarvan. Daar moet op gewys word dat die bewoording "in kontak was", vatbaar is vir wye interpretasie. As in ag geneem word dat oordrag volgens die huidige mediese kennis slegs kan

62 Wat provinsiale hospitale betref, is daar moontlik ingevolge die Transvaalse Hospitale Ordonnansie 14 van 1958 'n gekwalifiseerde plig tot toelating. A 33(1) bepaal: "Alle persone word in 'n provinsiale hospitaal opgeneem na gelang van die dringende aard van hulle behoefte aan behandeling, soos vasgestel deur die superintendent . . ."

63 Strauss "Some legal issues concerning Aids: an outline" *SA Praktyksbestuur/SA Practice Management* 13 e.v.

64 reg 14 en 6(1)(a)(iii) van GK 2438.

65 Francis en Chin 1987 *JAMA* 1364.

66 reg 7 van GK 2438.

plaasvind deur seksuele omgang, besmette bloed en bloedprodukte en van moeder na kind, moet "in kontak wees" waarskynlik uitgelê word om een van dié drie gevalle te beteken.

Die plaaslike bestuur (en ook 'n mediese gesondheidsbeampte) kan 'n onderwysinrigting sluit of die bywoning van enige persoon van so 'n onderwysinrigting belet.<sup>67</sup> Waar 'n leerling wat aan VIGS ly nie na 'n hospitaal of plek van afsondering verwyder kan word nie, kan hy onder kwarantyn geplaas word. Iemand wat in kwarantyn geplaas word, moet hom onderwerp aan mediese waarneming, ondersoek of toesig deur 'n geneesheer en sy beweging en verblyf op die perseel of binne die bepaalde gebied is onderworpe aan reëling deur 'n geneesheer.<sup>68</sup> Kwarantyn kan tot 28 dae of selfs langer strek indien so bepaal deur die minister.<sup>69</sup>

#### 4 6 Versekering

Alhoewel moontlik geargumenteer kan word dat versekering teen ongeskiktheid al ontwikkel het tot 'n normale verwagting van mense in Westerse samelewings, plaas die aard van versekering tog sekere beperkings op wie redelikerwys kan ver wag om sodanige versekering uit te neem, en op watter voorwaardes.

Onderskrywing moet die risiko beoordeel dat 'n onbekende en onverwagte gebeurtenis sal plaasvind en daardie risiko onder 'n groot aantal individue verdeel. 'n Versekeringsmaatskappy het die verpligting om al sy polishouers gelyk te behandel deur premies vas te stel wat ooreenstem met die risiko wat deur elke individuele polishouer verteenwoordig word. Besmetting met VIGS is bekend as 'n hoogs relevante risikofaktor, vergelykbaar met dié wat deur kanker of hartsiektes verteenwoordig word en dit kan nie deur 'n versekeringsstelsel wat op 'n gesonde aktuariële basis berus, verontagsaam word nie. Statistiek toon aan dat 'n persoon wat aan VIGS ly, waarskynlik binne twee jaar sal sterf en dat 'n persoon wat 'n draer is, se kans om te sterf oor 'n periode van sewe jaar, ses en twintig keer hoër is as dié van iemand wat in "normale" gesondheid verkeer.<sup>70</sup>

Daar word algemeen in Suid-Afrika aanvaar dat versekeringsmaatskappye 'n reg het om ondersoek in te stel en toetse te doen na gesondheidstoestande wat mortaliteit en morbiditeit kan beïnvloed.

Die toetsing vir VIGS-teenliggampies moet, ideaal-gesproke, egter nie gebaseer word op lidmaatskap van 'n spesifieke sosiale of gewaande hoë-risikogroep soos wel in die VSA gebeur het nie. Sommige Amerikaanse versekeringsagente is gewaarsku om op hul hoede te wees vir

"single males without dependants that are engaged in occupations that do not require physical exertion . . . restaurant employees, antique dealers, interior decorators, consultants, florists, and people in the jewelry or fashion business".<sup>71</sup>

Toetsing moet eerder gebaseer wees op mediese indikasies, die ouderdom van die aansoeker of die versekeringsbedrag waarom aansoek gedoen word.<sup>72</sup>

67 reg 2.

68 reg 8.

69 reg 4.

70 Clifford en Iuculano 1987 *Harvard LR* 1814.

71 Schatz 1987 *Harvard LR* 1787.

72 Volgens onlangse berigte skenk die LOA (Life Offices Association) oorweging daaraan om VIGS-toetsing verpligtend te maak vir alle polisaansoeke bokant 'n sekere bedrag (R200 000 is genoem). 'n Probleem is egter dat dit tot 12 weke kan neem voordat 'n persoon wat met die virus besmet is, teenliggaampies in sy bloed ontwikkel. In daardie tussenperiode kan hy, selfs met roetine VIGS-toetse, 'n polis koop. Sien vn 34.

Indien hoë-risikogevalle nie opgespoor word nie, sal dit meebring dat individue wat tot die hoë-risikogroep behoort, gesubsidieer word deur die ander polishouers. Dit mag ook antiseleksie meebring – die neiging van mense met swakker as gemiddelde gesondheidsvooruitsigte om in groter mate versekering te wil bekom as mense met gemiddelde en bo-gemiddelde gesondheidsvooruitsigte. Vanselfsprekend sal dit die finansiële posisie van versekeringsmaatskappye en van die ander polishouers benadeel deurdat laasgenoemde hoër premies sal moet betaal om vir verhoogde eise voorsiening te maak.

Polishouers wat VIGS opdoen nadat hulle polisse uitgeneem het, sal ten volle uitbetaal moet word, behalwe waar dit deur die maatskappy bewys kan word dat die polishouer geweet het dat hy 'n draer was tydens die aansoek en dit nie erken het nie – 'n bewyslas wat moeilik gekwyt sal kan word.<sup>73</sup>

Indien 'n VIGS-toets positief is, word die aansoeker nie net 'n onversekerbare risiko nie, maar loop hy ook die gevaar van sosiale verwerping. Versekeringsmaatskappye moet dus die grootste vertroulikheid handhaaf wat betref die toetsresultate. Die applikant sal vooraf sy toestemming tot die toets moet gee en te kenne gee dat hy begryp dat verslag oor die toets gedoen sal word.

Ernstige aandag behoort gegee te word aan die moontlikheid om beperkte dekking te gee aan diegene wat VIGS-positief getoets het of wat weier om die toets te ondergaan. Lewensversekering wat aanspreeklikheid van die versekeraar uitsluit waar die oorsaak van dood voortspruit of verband hou met VIGS, kan oorweeg word, alhoewel praktiese probleme rondom die bewysaspek voorsien word.

#### 4 7 Kriminele en siviele aanspreeklikheid

Heelwat skrywers meen dat die reg nie 'n geskikte instrument is om VIGS mee te beveg nie.<sup>74</sup> Wanneer draers en lyers soos kriminele oortreders behandel word, word hulle vervreem in plaas daarvan dat hul samewerking verkry word. Buiten oordrag van moeder na kind en met bloedoordrag, so lui die argument, word VIGS meestal oorgedra tussen toestemmende volwassenes wat beide 'n keuse het oor die VIGS-risiko wat hulle wil loop.

Wat moet egter gedoen word met besmette persone, soos prostitute, wat bewustelik voortgaan om mense aan VIGS bloot te stel? Benewens die moontlikheid van isolasie wat deur die 1987-regulasies in die vooruitsig gestel is, kan 'n VIGS-draer ingevolge ons gemenerg kriminele of siviele aanspreeklikheid opdoen.

'n Persoon wat weet dat hy VIGS het, nalaat of weier om voorsorg te tref en seksuele omgang het met iemand wat nie bewus is van sy toestand nie, kan, afhangende van die omstandighede, skuldig wees aan aanranding<sup>75</sup> of *crimen*

73 Aanspreeklikheid weens seksueel-oordraagbare siektes word soms uitgesluit. Aangesien VIGS ook op ander maniere oorgedra kan word, kan so 'n bepaling probleme skep (sien die verslag deur die "National Advisory Committee on Aids" (Australië) oor "AIDS and insurance" 1987 23 e.v.).

74 o.a. Porter 1986 *British Medical Journal* 1589 e.v.

75 wat taamlik wyd deur ons howe uitgelê word (sien *S v Marx* 1962 1 SA 848 (N) 853F: "[T]he crime of assault is concerned with that portion of the various types of injuria which relate specifically to an aggression against the bodily integrity of another." sien ook Strydom se bespreking van hierdie beslissing in 1962 *THRHR* 214 en dié van Lansdown in 1962 *SALJ* 133).



*iniuria*. Aanklagte van strafbare manslag in geval van nalatigheid en selfs van poging tot moord<sup>76</sup> en moord is suiwer teoreties gesproke moontlik alhoewel dit uiteraard baie moeilik sal wees om opset te bewys.

Wat siviele aanspreeklikheid betref, moet die eiser, om te kan slaag met die *actio legis Aquiliae*, aantoon dat die verweerder se onregmatige en skuldige handeling hom vermoënskade berokken het. Daarbenewens kan hy ook op grond van die *actio iniuriarum* genoegdoening vir persoonlikheidskrenking eis mits hy opset aan die kant van die verweerder bewys. Die aksie vir pyn en lyding is verder beskikbaar waarmee die verweerder kompensasie kan eis vir onder meer liggaamsverminking, verlies van lewensgenietinge, verlies van gesondheid en verkorte lewensverwagting – persoonlikheidsnadele wat nogal aansienlik by VIGS-besmetting kan wees.

Onregmatige skadeveroorsteking is slegs aanwesig indien daar 'n *regsplig* op die verweerder rus om dit nie te veroorsaak nie. Anders as wat die geval met griep of verkoue is,<sup>77</sup> rus daar waarskynlik 'n regsplig op mense om nie 'n potensieel-dodelike siekte oor te dra nie. Die verweerder wat geweet het (opset), of moes geweet het (nalatigheid) dat hy 'n VIGS-draer of lyster is, sal aanspreeklik gehou kan word vir skade wat uit die infeksie voortspruit.

Die toets wat deur ons howe in gevalle van nalatigheid toegepas word, is dié van die redelike man; dit sal waarskynlik inhou dat mense veilige seksuele praktyke moet beoefen en dat hulle hul maats moet inlig omtrent hul vorige seksuele geskiedenis of van die feit dat hulle draers van VIGS is. Alhoewel die verpligting om versigtig te wees in die lig van die openbare kennis van VIGS op albei partye gelê kan word, rus die *onus* op dié een wat die beste weet of veiligheidsmaatreëls nodig is.

Skadevergoeding kan toegestaan word vir skade wat alreeds berokken is asook vir skade wat die eiser in die toekoms te wagte kan wees. Die doelstelling is om die eiser sover as wat geldelik moontlik is, in die posisie te plaas waarin hy sou gewees het as die delik nie gepleeg was nie. Skadevergoeding kan toegestaan word vir hospitaaluitgawes, verlies aan inkomste, verwagte hospitaaluitgawes ensovoorts. Die huiwering van die howe om te spekuleer oor toekomstige skade kan die vermoë van die eiser beperk om mediese onkoste te verhaal wat uit toekomstige opportunistiese siekte en infeksies mag spruit.

Weens die aard van die siekte en die feit dat tekens van infeksie en simptome van die siekte maande of selfs jare kan neem om te ontwikkel, kan dit uiters moeilik wees om te bewys dat die verweerder die skade veroorsaak het. Die eiser kan hom ook vasloop teen die feit dat deliktuele eise verjaar drie jaar nadat die skade ontdek is of ontdek behoort te gewees het.<sup>78</sup>

76 In die VSA is alreeds 'n aantal strafklagtes gelê weens ernstige aanranding ("AIDS expanding legal frontier" *National LJ* 1986-02-03). In elke geval is die slagoffer ('n polisieman) deur die aangeklaagde ('n VIGS-draer) gebyt of gespoeg en is lg se tande en mond beskryf as "deadly weapons". Volgens die huidige stand van kennis is oordrag van VIGS deur te spoeg uitgesluit en is dit onwaarskynlik waar iemand gebyt word. In beide gevalle mag die dader daarvan oortuig wees dat hy d m v sy optrede die virus kan oordra. Sodanige ondeugdelike poging is sedert 1956 (*R v Davies* 1956 3 SA 52 (A)) volgens ons reg genoeg om 'n beskuldigde skuldig te bevind aan poging tot die spesifieke misdaad.

77 Sien Herzberg "Die AIDS-Infizierung als Straftat" 1987 *AIDS-Forschung* 53.

78 a 11 en 12 van die Verjaringswet 68 van 1969.



Die verwerre van bydraende nalatigheid en bydraende opset kan tot beskikking van die verweerder wees. Die verweer van die vrywillige aanvaarding van risiko in die sin van *volenti non fit iniuria*, sal waarskynlik nie beskikbaar wees in die geval van VIGS-besmetting nie omdat toestemming tot ernstige liggaamlike leed of dood teen die goeie sedes van die gemeenskap (*contra bonos mores*) sal wees.

Indien 'n ontvanger van bloed, semen of weefsel VIGS sou opdoen, sou dit moontlik wees om die skenker, die bloedoortappingsdiens, hospitaalowerheid, mediese praktisyn en mediese werkers wat betrokke is by die toetsing van skenkers en bloedprodukte, aanspreeklik te hou indien skuld bewys kan word. So-danige bewys kan baie moeilik wees aangesien streng beheermaatreëls by bloedoortapping toegepas word. In die geval van orgaanoorplantings, wat gewoonlik so gou moontlik moet geskied, kan dit moeilik, indien nie onmoontlik nie, wees om voldoende toetse uit te voer. In so 'n geval is dit wenslik om die pasiënt in te lig omtrent die risiko wat hy loop om 'n siekte op te doen en om sy ingeligte toestemming te verkry.

## 5 GEVOLGTREKKING

Dit is duidelik dat VIGS nuwe eise aan die reg stel. Daar is geen maklike antwoorde op verskeie belangrike vrae nie aangesien gevestigde beginsels op 'n totaal nuwe veld toegepas moet word. Die *boni mores* van die gemeenskap sal waarskynlik 'n beslissende rol moet speel, veral by die afweging van die belange van die individu en dié van die gemeenskap.

### LC STEYN-GEDENKBUNDEL

*'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R10,00 per eksemplaar van:*

Prof DJ Joubert  
Sekretaris  
Vereniging Hugo de Groot  
Posbus 1263  
PRETORIA  
0001

# Afstanddoeningsbedinge in sekerheidstellings-, geldleen- en skulderkenningskontrakte<sup>1</sup>

CFC van der Walt

*B Iur et Art LLD*

*Professor in die Privaatreg, Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## SUMMARY

In this article seven out of the fifteen typical renunciation clauses customarily encountered in contracts of suretyship, money-lending and acknowledgment of debt are scrutinised, namely the clauses relating to the *beneficium cedendarum actionum*; the *exceptio errore calculi*; the *exceptio non numeratae pecuniae*; rights under the Limitation Act 68 of 1969; rights under the Agricultural Credit Act 28 of 1966; rules of court; and each and every defence, exception and benefit whatsoever, with which the debtor professes to be profoundly familiar. The purpose is firstly to ascertain the true impact of each *exceptio*, defence or benefit upon the practical legal position of both contracting parties. Secondly, the purpose, mechanics and effect of renouncing same, are set out in detail. Thirdly, the question is posed whether the different renunciation clauses are functional and ought to be retained in their traditional form – i.e. what changes are needed to adapt the different legal figures and techniques to modern circumstances and practice.

In conclusion the advantages and dangers of using standard terms, and the impossibility of coping with the challenging task which contract as an instrument has in the modern marketplace, are highlighted. Unless the problems set out in the article (amongst others) are resolved in a manner that is in harmony with the maintenance of good faith as the basic norm of our contract theory, freedom of contract will destroy itself by denying this fundamental tenet of our legal culture to the non-drafting party as well.

## 1 INLEIDING

'n Tipiese beding in standaardkontrakte is die volgende:<sup>2</sup>

"I hereby renounce all benefits arising from the legal exceptions 'non numeratae pecuniae', 'non causa debiti', 'revision of accounts', 'no value received' and all other exceptions or benefits which might or could be pleaded or alleged against the validity of the said indebtedness or any part thereof or for any claim or right under this document, with the meaning and effect of which and of the said renunciation I declare myself to be fully acquainted."

Schorer het glo van bedinge soos dié wat net op die *exceptio non numeratae pecuniae* betrekking het, gesê dat dit eerder daarop gemik is om die sakke van

1 Die advies van prof GF Lubbe, Universiteit van Stellenbosch, op 'n konsep van die werksverslag wat vir indiening in verband met projek 47 van die Suid-Afrikaanse regs kommissie voorberei is en navorsingsassistensie deur mej R Nel word met dank erken. Standpunte hierin is egter dié van die skrywer.

2 geneem uit die kontrak in *Schoeman v Demeziers* 1981 4 SA 401 (K) 402H.

advokate as dié van hulle kliënte te vul.<sup>3</sup> Dit geld sekerlik des te meer vir bedinge wat as't ware met 'n skoot uit 'n afgesaagde haelgeweer voorgee om "al die verwere, voorregte en eksepsies" te tref; en in die besonder veral waar die betekenis van hierdie benamings miskien minder bekend is by diegene wat oor sodanige kontrakte onderhandel en ook dié wat dit onderteken.<sup>4</sup>

Die rede waarom bedinge van bedoelde aard so algemeen in standaardkontrakte voorkom, kan dalk gevind word in die gevestigde praktyk wat ontstaan het om afstanddoenings ten opsigte van sodanige eksepsies en verwere in alle notariële verbandaktes op te neem.

"His [n notaris se] duty is to insert in the deed those that are necessary, and to explain them to the contracting parties. (Zande, 3, 11, 3; Lybrecht, Vol. 2, pp. 194 & 195.) The law is an old one and has been a trap for many, and for all business purposes may for the present day be done away with; but so long as it is in existence, we must remember and observe it."<sup>5</sup>

Weens sodanige verpligting<sup>6</sup> is dit te verstane dat min notaris se sou versuim om enige van al die moontlike (en selfs haas ondenkbare) eksepsies, verwere, voorregte en regte in soveel moontlik kontrakte en in so wydlopieg moontlike terme uit te sluit. Of die situasie waarteen Van Zyl gewaarsku het vandag nog net so beoordeel moet word, is sekerlik oop vir bespreking.

Nog iets wat aan twyfel onderhewig is, is die effek van die gelding van bedinge soos die hierbo aangehaalde een. In die *Schoeman*-saak<sup>7</sup> sê regter Schock ten aansien van die betrokke bepaling dat dit geensins die verweerder sal verhinder om enige toepaslike verweer te opper nie – al effek wat dit sal hê, is om die *onus* wat op die verweerder rus, te bevestig ("reinforce").<sup>8</sup>

Terwyl dit so mag wees dat die verwere in vermelde beding in spesifieke gevalle bloot die *onus*-kwessie raak, kan nie sonder meer gesê word dat dit die geval is met al die verwere en eksepsies wat hier ter sprake is nie. Daar is naamlik 'n vermoede dat minstens sommige van hulle materieelregtelike werking het, of dan, dat afstanddoening daarvan nie materieelregtelik onbelangrik is nie. Die bedinge wat gewoonlik hierby betrokke is, is die volgende:

- *Beneficium excussionis*;
- *Beneficium divisionis*;
- *Beneficium de duobus vel pluribus reis debendi*;
- *Beneficium cedendarum actionum*;
- *Exceptio errore calculi*;
- *Exceptio non numeratae pecuniae*;
- *Exceptio non causa debiti*;

3 soos wn ar Van Heerden in *Wollach v Barclays National Bank Ltd* 1983 2 SA 543 (A) 560A meedeel.

4 Dit kom voor of wn ar Holmes in sy afwykende uitspraak in die *Wollach*-saak *supra* 563E-F 'n beding soos hierdie ook met versigtigheid wou bejeën. Sien ook die skeptisisme van die meerderheid van die hof in daardie saak 553 in *fin*-554A.

5 Van Zyl *The notarial practice in South Africa* (1909) 397. Hy (*ibid*) waarsku dringend teen die oloop van professionele aanspreeklikheid indien 'n notaris sou nalaat om in so 'n kontrak die nodige afstanddoeningsbedinge in te sluit, selfs al is hy nie daaromtrent geraadpleeg of daarom versoek nie.

6 wat lankal nie meer van praktiese nut is nie, en tog steeds nagekom moet word?

7 402H.

8 Steun hiervoor vind die hof in *Cohen v Louis Blumberg (Pty) Ltd* 1949 2 SA 849 (W) 851.

- Verweer van geen waarde ontvang nie;
- Voorreg van die hersiening van rekeninge;
- Voorreg van aanbidding, kennisgewing van dishonorerings en protesterings van enige promesse of wissel;
- Die regte kragtens die Wet op Verjaring 68 van 1969;
- Die regte kragtens die Wet op Landboukrediet 28 van 1966;
- Die regte kragtens die Moratoriumwet 25 van 1963;
- Afstanddoening van die werking van die hofreëls;
- “Alle eksepsies, verweere, voorregte en regte, van watter aard ook al, die inhoud en betekenis waarvan aan my bekend is”.

In hierdie artikel word na enkele van die miskien minder algemeen bekende bedinge uit bogenoemde lys gekyk.<sup>9</sup> Eerstens moet vasgestel word wat die betekenis van die gekose verweere, eksepsies, voorregte en regte is; daarna kan bepaal word wat die effek van die afstanddoening van daardie bedinge in standaardkontrakte is; en voorts kan die algemene vrae rakende die houdbaarheid van sodanige bedinge aan die orde gestel en voorstelle daarvoor gedoen word.

## 2 BESONDERE BEDINGE

### 2 1 *Beneficium cedendarum actionum*

Dit is die voorreg van die sessie van aksies. Oor die betekenis van die sessie van aksie waarop 'n borg geregtig word waar hy die skuld aan die hoofskuldeiser betaal het, hoef hier nie meer gesê te word nie.<sup>10</sup> Daar kan aanvaar word dat 'n borg wat deur die hoofskuldeiser aangespreek word, hetsy hy reeds betaal het of nie, geregtig is op sessie van al die hoofskuldeiser se aansprake in verband met die hoofskuld teen die hoofskuldenaar, enige medeborge en moontlike derdes.<sup>11</sup>

Hierdie voorreg bestaan in gevalle waar daar meerdere borge<sup>12</sup> is waarvan een bereid is om die hele hoofskuld self te betaal en nie begerig of in staat is om die voorreg van verdeling op te werp nie. 'n Geslaagde beroep op die *beneficium cedendarum actionum* het dan die effek dat alle aansprake wat die hoofskuldeiser teen die medeborge en die hoofskuldenaar het, deur die hoofskuldeiser aan die betrokke borg gesedeer sal moet word alvorens met enige aksie teen laasgenoemde voortgegaan sal kan word.

Dit is belangrik om daarop te wys dat die skuldeiser wat teen die borg optree maar nie bereid is om aan die borg sy eise teen die hoofskuldenaar, medeborge en derdes oor te dra nie, se aksie teen die borg met die *exceptio cedendarum actionum* teëgehou kan word totdat sodanige sessie geskied het.<sup>13</sup> Die effek van die onderhawige *beneficium* is dus om die hoofskuldeiser se aksie teen die borg

9 Die hele lys word volledig behandel in 'n werkverslag oor afstanddoeningsbedinge in sekerheidstellingskontrakte, ingedien in verband met projek 47 van die Suid-Afrikaanse regskommissie: “Onbillike kontrakbedinge en die rektifikasie van kontrakte”.

10 Kyk daarvoor Caney *The law of suretyship in South Africa* (1982) geredigeer deur Forsyth 120-135; Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse reg* (proefskrif Unisa 1977) 290-292.

11 Caney 122-123. Hieroor is Scott 292 tereg krities.

12 Vermoedelik geld dit ook vir ander medeskuldenaars.

13 Caney 121-122.



tydelik teë te hou totdat die sessie van die regte van die hoofskuldenaar aan die borg plaasgevind het.

Hierdie voorreg kan sowel voor as na betaling van die hoofskuld deur sodanige borg opgewerp word. Wat die hoofskuldeiser betref, hoef hy nie in sy dagvaarding of sy eisuiteensetting sodanige sessie aan te bied wanneer hy daardie borg aanspreek nie. Dit is voldoende indien die hoofskuldeiser net die sessie laat geskied wanneer hy daarom versoek word.<sup>14</sup>

Afstanddoening van die *beneficium cedendarum actionum* bring mee dat die borg nie die hoofskuldeiser se aksie teen hom sal kan teëhou tot tyd en wyl hy sessie van die hoofskuldeiser se regte teen die hoofskuldenaar, medeborge en moontlike derdes ontvang het nie.<sup>15</sup> Die feit dat die borg op sodanige sessies geregtig is en daarop aanspraak kan maak by betaling of nadat hy aan die hoofskuldeiser betaal het, word dus nie deur so 'n afstanddoening geraak nie. Al wat deur die afstanddoening tot niet gaan, is die verdragende werking van die voorreg.<sup>16</sup> Gesien die feit dat daardie vertragungseffek juis die manier is waarop die borg sy posisie sinvol kan verstewig, lyk dit nie reg om hom deur middel van 'n standaardbeding daarvan afstand te laat doen nie. Al wat die hoofskuldeiser hoef te doen om aan die verdragende werking van die voorreg te ontkom, is immers om, wanneer hy deur die borg daarom versoek word, die nodige sessie aan hom te laat geskied. Hierdie afstanddoeningsbeding lyk dus onnodig eenzydig en benadelend en behoort verbied te word.

## 2 2 *Exceptio errore calculi*<sup>17</sup>

Hierdie is die eksepsie van foutiewe berekening, oftewel dat 'n rekenfout begaan is.<sup>18</sup> Dit berus op *D* 49 8 1 1 en *C* 2 5.<sup>19</sup>

Dié eksepsie kan te alle tye opgewerp word ingevolge die uitgangspunt dat waar 'n berekeningsfout gemaak is, eintlik geen betaling plaasvind nie.<sup>20</sup> Waar die eksepsie slaag, het dit beëindiging van die betrokke aksie tot gevolg.<sup>21</sup>

Daar kan van die *exceptio errore calculi* afstand gedoen word.<sup>22</sup> Afstanddoening kom veral voor waar dit vir die vasstelling van die omvang van aanspreeklikheid nodig is om boekhou- of rekeningkundige tegnieke aan te wend.<sup>23</sup> Afstanddoening het die effek dat die korrektheid van die boekhoukundige of rekeningkundige tegnieke wat ter bepaling van die betrokke bedrag aangewend is, en gevolglik ook die spesifieke bedrag, nie in dispuut geplaas kan word nie.

14 Bell *South African legal dictionary* (1951) *s v Beneficium cedendarum actionum*, op gesag van *Horn v Loedolff et Uxor* 1 Menz 403 405, 'n geval waar die betrokke borg *in solidum* aanspreeklik was; *Lippert & Co v Van Rensburg* 1877 Buch 42 43, waar die persoon as borg en medehoofskuldenaar verbind was.

15 Caney 135.

16 *ibid*, op gesag van Voet, Schorer, Sande en Pothier.

17 ook *exceptio computationis* genoem.

18 Hiemstra en Gonin *Drietalige regswoordeboek* (1981) *s v Exceptio errore calculi*.

19 Berger *Encyclopedic dictionary of Roman law* (1953) *s v Error calculi*.

20 Lubbe par 433 vn 19.

21 *ibid*.

22 Van Leeuwen *RHR* 5 17 14.

23 Lubbe par 433 vn 19. Elliott *The South African notary* (1987) 157 praat egter van "any matter involving calculations", wat wyer is.

Daar bestaan vermoedelik spesifieke praktyksreëls in hierdie geval. Indien nie, sal dit tot onsinnige resultate kan lei want in 'n sin word die heel eenvoudigste optelwerk of die opstel van iets soos 'n eenvoudige rekeningstaat ook hierdeur getref. Die bedoeling is seker eerder dat dit betrekking het op gevalle waar besondere tegnieke, byvoorbeeld om depresiasie van kapitaalgoedere te bereken, ter sprake kom.

Vir sover hierdie afstanddoening die eiser kan beskerm teen die bevraagtekening van daardie deskundige tegnieke wat hy aangewend het – met die gevolg dat 'n hof nie voor die moeilike taak gestel sal word om te kies tussen deskundige tegnieke wat buite sy besondere ervaringsveld lê nie – kan nie teen so 'n afstanddoeningsbeding beswaar bestaan nie. Wat wel behoort te verander, is dat hierdie verweer nie meer in Latyn aangedui moet word nie en dat 'n verduidelikende nota enige afstanddoeningsbeding ten opsigte van hierdie verweer moet vergesel.

### 2 3 *Exceptio non numeratae pecuniae*<sup>24</sup>

a Hierdie eksepsie (dat 'n lening nie oorbetal is nie) word as analoog aan die *exceptio non adimpleti contractus* beskou, hoewel dit jonger as laasgenoemde is. Die *exceptio non numeratae pecuniae* is deur keiserlike ingrype ingevoer as middel waarmee die geskrewe akte, wat as afdoende bewys van die bestaan van die *stipulatio* beskou is, teengestaan kon word.<sup>25</sup>

Die *exceptio* word verder gekoppel aan die werking van die *exceptio doli* wat kragtens algemene regsbeginsels gegeld het voordat daar van hierdie spesifieke *exceptio* sprake was; dit sou naamlik op bedrog neerkom indien die eiser geld sou eis waar die verweerder bewys kan lewer dat hy nie daardie geld ontvang het nie. Voet se siening dat die invoer van die *exceptio non numeratae pecuniae* nie die *exceptio doli* opgehef het nie maar dat die twee as saamlopend beskou moet word,<sup>26</sup> geld waarskynlik steeds.<sup>27</sup>

Die mening is al uitgespreek dat hierdie *exceptio* in die Suid-Afrikaanse reg in onbruik geraak het.<sup>28</sup> Soos Kahn<sup>29</sup> egter tereg opmerk, is dit te betwyfel of hierdie mening steek hou.<sup>30</sup>

24 Ook genoem die “exceptie van ongetelde gelden” (Van Leeuwen *Paratitula juris novissimi, dat is, een kort begrip van het Rooms-Hollands-recht* 2de druk, ende daer by ghevoeght, *De practijque ende oeffeninghe der Notarissen* (1656) Boek III 167).

25 Bonfante *Grondbeginselen van het Romeinsche recht* (1919) 479.

26 12 1 33. Dit kom daarop neer dat die bewyslas ten opsigte van die *exceptio doli* ook vir die twee jaar-periode na afgifte van die skuldbewys omgekeer sal wees, iets waarop hieronder dieper ingegaan word (Voet 12 1 33 op gesag van C 4 30 3 en D 22 3 18 1).

27 Elliott en Banwell *The South African notary* (1933) 107; ook 5de uitg (1977) 99–100. In die 6de uitg, Elliott *The South African notary* (1987) 157, word hieroor egter niks gesê nie. Dit mag met die heersende twyfel oor die sinvolle voortbestaan van die *exceptio doli* verband hou. Sien hieroor Van der Walt “Die huidige posisie in die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot onbillike kontrakbedinge” 1986 *SALJ* 650–652.

28 Mulligan “Bonds, negotiable instruments, provisional sentence and their mystiques” 1951 *SALJ* 395.

29 *Contract and mercantile law through the cases* (1985) 906 (e) (a).

30 Sien ook Lubbe par 433 vn 17; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 450; asook die klaarblyklike aanvaarding van hierdie *exceptio* in *Trust Bank van Suid-Afrika v Eastview Chalet Estates* 1971 3 SA 928 (D).

Uit die opmerking in *Pillay v Krishna*<sup>31</sup> waarna in *Naidoo v Pather*<sup>32</sup> verwys word, naamlik “a plea of no consideration (in the case of a loan of money the *exceptio non numeratae pecuniae*) . . .”, kom dit voor of die onderhawige *exceptio* ’n vorm is van die wyer verweer van “no consideration”, oftewel “geen waarde ontvang nie”, en wel die vorm daarvan wat in verband met geldleningskontrakte voorkom. Hierdie indruk word versterk deur die oënskynlike ooreenkoms in die uitwerking van ’n geslaagde opwerp van die twee verweere.<sup>33</sup>

b ’n Onderskeid wat hier verduidelik moet word, is dié tussen die *exceptio non numeratae pecuniae* en die *querela non numeratae pecuniae*. ’n Verdere begrip wat ook kortliks uiteengesit sal moet word, is *exceptio non secutae solutionis*.

i Die *exceptio non numeratae pecuniae* was in die Romeinse reg die verweer dat die lener die geld wat van hom teruggeëis word, hoegenaamd nie van die eiser ontvang het nie. Dit was veral van belang waar ’n skuldenaar ’n skriftelike skuldbewys uitgereik het nog voordat hy die betrokke geld ontvang het.<sup>34</sup> Oorspronklik was die eksepsie net vir een jaar beskikbaar; later vir vyf jaar,<sup>35</sup> totdat dit deur Justinianus op twee jaar vasgepen is. Die twee jaar is bereken vanaf die tydstip waarop die *stipulatio* aangegaan is. Hierdie reëling is ten opsigte van skriftelike erkennings van die bestaan van ’n geldlening in die Romeins-Hollandse reg oorgeneem.<sup>36</sup>

ii Wat die *querela non numeratae pecuniae* betref, hoef ’n skuldenaar gedurende die twee jaar-periode nie te gewag het totdat hy gedagvaar is nie, maar kon hy ook regstreeks van die *querela non numeratae pecuniae* gebruik gemaak het.<sup>37</sup> Die skuldenaar wat ’n promesse uitgereik het ten opsigte van ’n toekomstige skuld en hy dan nie die geld ontvang wat hy erken het hy verskuldig is nie, kon hom met die *querela* by voorbaat verweer het teen die skuldeiser wat op grond van die promesse teen hom ageer het. Met die *querela* kon hy naamlik tersydestelling van die promesse verkry, mits hy binne die toegelate tyd van twee jaar daarvan gebruik gemaak het.<sup>38</sup>

Dit kom voor of die *querela* ook in die Romeins-Hollandse reg tot beskikking van die verweerder was wat nie op die skuldbewys gedagvaar is nie; andersins sou dit meebring dat hy nie die geleentheid sou kry om van die *exceptio* gebruik te maak nie. So ’n skuldenaar kon dus binne twee jaar eis dat die skuldbewys aan hom oorhandig word omdat geen waarde daarvoor ontvang is nie.<sup>39</sup> Die

31 1946 AD 946 958.

32 1952 3 SA 826 (N) 828C-D.

33 Kyk wat Maasdorp 79 (*Maasdorp's institutes of South African law, Vol III The law of contracts* (1970) gereedigeer deur Hall 79) in hierdie verband meedeel.

34 Berger *s v Exceptio non numeratae pecuniae*; Bell *s v Exceptio non numeratae pecuniae*.

35 deur Diocletianus neergelê, soos Bonfante 480 meedeel.

36 Voet 12 1 31, 32, 33; Van der Keessel *Thes Sel* 523 524; Van Leeuwen *RHR* 4 15 3 *in fine* en die *Cohen*-saak 850-851. In *Wollach v Barclays National Bank Ltd supra* aanvaar die meerderheid vir doeleindes van die beslissing dat die *exceptio* in sy Romeinsregtelike vorm bly voortbestaan het, terwyl wn ar Holmes in sy minderheidsuitspraak (571A-D) van die standpunt uitgaan dat die *exceptio* inderdaad so uit die Romeins-Hollandse reg oorgeneem is en steeds as sodanig geld.

37 Bonfante 480.

38 Berger *s v Querela non numeratae pecuniae*.

39 Maasdorp 80; Voet 12 1 31.

ooreenkoms tussen laasgenoemde motivering en die verweer van geen waarde ontvang nie, is net te opvallend om toevallig te wees.<sup>40</sup>

iii Bell verwys verder na die *exceptio non secutae solutionis* wat volgens hom "somewhat like" die *exceptio non numeratae pecuniae* is. Hiermee is die geldigheid van 'n kwitansie uitgereik deur die skuldeiser betwis. Voorts het dit meegebring dat die bewyslas ten opsigte van wat in die kwitansie vermeld is, op die uitreiker van die kwitansie geplaas is mits dit binne 30 dae na uitreiking van die kwitansie opgewerp is. Na verstryking van die 30 dae was die *exceptio* nie meer beskikbaar nie, selfs al sou die skuldeiser bereid wees om die bewyslas op hom te neem.<sup>41</sup> Daar word in Voet 12 1 32 uitdruklik na hierdie *exceptio* verwys. Die gesag waarop gesteun word loop vanaf *Codex* 4 30 14 1 en 2, oor Neostadius, Sande, Faber, Zangerus en Carpzovius tot by Van Leeuwen.<sup>42</sup> In die eerste uitgawe van die bekende werk van Elliott en Banwell oor die notariële praktyk<sup>43</sup> word ook met klaarblyklike goedkeuring na die 30 dae-reël ten opsigte van kwitansies verwys, 'n stelling wat steeds in die vyfde uitgawe van daardie werk voorkom, maar nie meer in die sesde uitgawe nie.<sup>44</sup> Geen ander verwysing na hierdie *exceptio* kon egter in die Suid-Afrikaanse reg opgespoor word nie. Gevolglik is dit te betwyfel of dit deel van ons reg is.

iv Oor die kwessie van die twee jaar-periode moet nou eers meer gesê word. In die *Cohen*-saak, waar regter Ramsbottom meer oor die *exceptio non numeratae pecuniae* gesê het, word geen melding van die twee jaar-kwalifikasie gemaak nie. Sou dit steeds geld? Oor hierdie vraag is daar klaarblyklik geen eenstemmigheid nie. Gane<sup>45</sup> wys daarop dat die twee jaar-periode as Romeins-Hollandse reg in ou Natalse regspraak aanvaar is.<sup>46</sup> Ook Van der Merwe<sup>47</sup> stel die saak asof die twee jaar-reël steeds in die Suid-Afrikaanse reg geld.<sup>48</sup>

In *Naidoo v Pather*<sup>49</sup> is die uitgangspunt van die landdros teen wie se beslissing in hoër beroep gegaan is, dat die *exceptio* se effek is dat indien binne twee jaar daarop 'n beroep gedoen word, die *onus* om te bewys dat geld wel oorbetal is ten spyte van die skriftelike skuldbewys op die eiser rus.<sup>50</sup> Die hof is van mening dat daar moontlik twyfel kan bestaan oor die korrektheid van die landdros se aannames, maar laat dit dan daarby omdat die landdros in elk geval gefouteer het ten opsigte van die effek van die bepalings van Wet 40 van 1884 (N). Laasgenoemde wet het meegebring dat die *exceptio* van geen waarde in Natal was nie en nie daar tot die beskikking van 'n verweerder was tensy dit uitdruklik vir hom voorbehou is nie.<sup>51</sup> Die kwessie van die twee jaar het dus nie die hof se aandag geniet nie.

40 Hieronder word op lg verweer ingegaan.

41 Bell *s v Exceptio non secutae solutionis* beroep hom op Schorer se nota by Gr 3 21; Voet 12 1 32 en 46 1 15 (in lg teks kom egter geen verwysing na hierdie *exceptio* of 'n dertig dae-reël voor nie).

42 Voet (Gane) 12 1 32 vn 6.

43 (133) 106.

44 (1977) 99; (1987) 157.

45 Nota 3(b) by Voet 12 1 31.

46 *Natal Land and Colonization Co v Molyneux* 1903 24 NLR 259 313.

47 450-451.

48 Sy gesag is Voet 12 1 33 en *Cohen v Louis Blumberg supra*.

49 *supra*.

50 828F-G.

51 *ibid* 828H-829B.



Maasdorp<sup>52</sup> verklaar dat 'n skriftelik skuldbewys *vir twee jaar* nadat dit gegee is, nie eens *prima facie* getuienis bied van die feit dat die bedrag wat luidens die skuldbewys aan die verweerder geleen is, inderdaad aan hom oorbetal is nie. Die rede daarvoor is volgens hom dat die verweerder òf die verweer dat geen geld aan hom oorbetal is nie, òf die *exceptio non numeratae pecuniae* kan opwerp.<sup>53</sup> Dieselfde geld in 'n geval waar gepoog word om ingevolge die skuldbewys 'n hoër bedrag van die verweerder te eis as wat hy erken het dat hy verskuldig is, en hy die *exceptio* opwerp. Die effek is dat die eiser sal moet bewys dat die bedrag in die skuldbewys vermeld inderdaad aan die verweerder oorbetal is.<sup>54</sup> *Na verstryking van die twee jaar* rus die bewyslas om nie-ontvangs te bewys, dan op die verweerder.<sup>55</sup> *Na verstryking van die twee jaar* bied die skuldbewys dus *prima facie* bewys van die ontvangs van die bedrag daarin vermeld.<sup>56</sup>

Die uitspraak in *Harrowsmith v Ceres Flats (Pty) Ltd*<sup>57</sup> laat dit egter lyk of die twee jaar-reël en die voortbestaan van die *exceptio* in die Romeins-Hollandse reg, onder druk van die eise van die handelsverkeer, in onbruik geraak het. Waarnemende regter-president Boshoff sê daar:

"After the lapse of the two years, the debtor could not avail himself hereof, but had to prove it to the satisfaction of the Judge according to the opinions of Accursius, Bartholus and others. Since, however, in the interest of commerce (which must be promptly carried on and in which the least delay may cause great loss), the doctrine of provisional sentence and previous securing of debts, arising out of simple writings . . . or bonds . . ., which cannot be denied, had been introduced into the Netherlands, this practice had of itself ceased to exist . . . and hence it had been often held by the Courts of Holland that a debtor could not avail himself of the exception or defence of not having received the money, but had to prove this *even within the two years* . . . which also agrees with the practice of other countries" (klem ingevoeg).

Die twyfel wat daar nou in hierdie verband oor die *exceptio* bestaan, is nie vir regsekerheid bevorderlik nie. Aan die een kant is daar die ou Natalse gesag van die *Molyneux*-saak en die aanname deur die appèlafdeling in die *Wollach*-saak dat die Romeins-Hollandse reg in hierdie verband oorgeneem is, gepaard met die standpunte van skrywers soos Van Zyl (1909), Bell (1951), Maasdorp (1970), Elliott en Banwell (1977) en Van der Merwe (1979) dat die twee jaar-reël geld; andersyds word die twee jaar-reël glad nie genoem in die weergawe van die *exceptio non numeratae pecuniae* in die uitspraak van die Witwatersrandse plaaslike afdeling in die *Cohen*-saak nie, is in die *Harrowsmith*-saak deur die Transvaalse provinsiale afdeling beslis dat die twee jaar-reël reeds in die Romeins-Hollandse reg as gevolg van die eise van die handelsverkeer en die ontwikkeling van namptissement in onbruik geraak het en swyg Elliott (1987) daaroor.

52 79.

53 Kyk ook Lubbe par 433 vn 17 oor lg aspek. Die "twee" verwere is eintlik net een, t w die *exceptio non numeratae pecuniae*.

54 Reeds in die Romeinse reg moes die eiser in die normale geval bewys dat die verweerder inderdaad die leningsbedrag ontvang het – al wat die verweerder hoef te gedoen het, was om die *exceptio* op te werp (Bonfante 479).

55 Maasdorp 80; Voet 12 1 33; Gr 3 5 3.

56 Maasdorp 80; Van Zyl 397 by (a); Elliott en Banwell (1933) 105–106; Elliott en Banwell (1977) 99; asook Voet 12 1 35; Van der Keessel *Thes Sel* 524; die *Cohen*-saak *supra* 850–852 wat Gr 3 5 3, Voet 12 1 30–35, Van der Keessel *Thes Sel* 523 en *Lee on Grotius* bd 2 commentary 264 by die voorgenoemde gesag voeg. Die *Cohen*-saak is met instemming aangehaal in sowel die meerderheid as die minderheid se uitsprake in die *Wollach*-saak *supra* 560A–B 571A–D.

57 *supra* 729B–E.

Oor hierdie kwessie behoort duidelikheid gebring te word. Die feit dat daar klaarblyklike verskille hieroor tussen die verskillende afdelings van die hooggeregshof bestaan, kan nie vir regsekerheid bevorderlik wees nie. Wat opval is dat die afwykende siening een is wat met gevalle van namptissement in verband staan. Die aangewese uitweg is om met betrekking tot namptissement te bepaal dat die twee jaar-reël (trouens die *exceptio*) nie geld nie. Daar bestaan egter geen rede vir 'n algehele afskaffing van die twee jaar-reël nie.

v 'n Verdere aangeleentheid wat aandag verdien, is die volgende: In die *Cohen*-saak word verwys na die siening van diegene wat nie met Grotius saamgestem het dat 'n beroep op die *exceptio non numeratae pecuniae* tot 'n omkeer van die bewyslas lei nie. In hierdie verband het Van der Keessel teen hulle die verwyte opgewerp dat hulle hulle steun soek in sake wat met voorlopige vonnisgevalle<sup>58</sup> verband hou, welke sake dan nie so betroubaar sou wees nie.

Regter Ramsbottom wys<sup>59</sup> daarop dat die bewyslas om nie-betaling te bewys in 'n voorlopige vonnisgeval beslis op die verweerder rus *sels al het hy nie van die exceptio afstand gedoen nie*. Die verweerder wat 'n skriftelike skuldbewys gegee het, kan dus nie deur hom op die *exceptio* te beroep die eiser verplig om die oorbetaling te bewys ten einde die voorlopige vonnis te verkry nie. Dit is die geval ongeag of die verweerder van die *exceptio* afstand gedoen het of nie. Afstanddoening van die *exceptio* bevestig dus net wat in elk geval die posisie in verband met voorlopige vonnisgevalle is.<sup>60</sup>

Die voorgaande beteken egter nie dat die verweerder wat afstand gedoen het van die *exceptio* en sodoende eintlik net bevestig het dat die bewyslas ten opsigte van nie-ontvangs in die hoofgeding op hom sal rus, hom nie in die voorlopige vonnisverrigtinge op nie-ontvangs van die geld sal kan beroep nie – met dien verstande dat hy dit sal moet bewys.<sup>61</sup>

Uiteraard sal dit nie vir die verweerder maklik wees om, waar hy in 'n skriftelike skuldbewys sy aanspreeklikheid – en gevolglik implisiet ook ontvangs van die bedrag genoem in die dokument – erken het, die hof op 'n oorwig van waarskynlikheid daarvan te oortuig dat hy inderdaad nooit die geld, of soveel geld, ontvang het nie. Om die voorlopige vonnis af te weer, sal hy dus genoegsame getuienis moet aanvoer om die hof daarvan te oortuig dat hy, ten spyte van die skuldbewys wat hy geteken het, waarskynlik in sy verweer teen die hoofeis sal slaag.<sup>62</sup>

In 'n reeks sake sedert die sewentigerjare<sup>63</sup> is of beslis of aanvaar dat voorlopige vonnis verleen kan word indien 'n skuldenaar in 'n skriftelike stuk, soos 'n dekkingsverband of 'n borgakte, erken het dat hy 'n onbepaalde bedrag tot 'n bepaalde maksimum verskuldig was, mits die stuk bepaal het dat die omvang

58 Sien oor voorlopige vonnis in hierdie verband veral die uitspraak van wn rp Boshoff in *Harrowsmith v Ceres Flats (Pty) Ltd* 1979 2 SA 722 (T) 727C e v.

59 in die *Cohen*-saak *supra*.

60 Kyk ook weer die standpunt wat hierbo met betrekking tot namptissement ingeneem is.

61 R Ramsbottom beskou *De Waal v De Kock & Van Zyl* 1884 3 SC 188 as in ooreenstemming met hierdie siening, terwyl daar nie gesag tot die teendeel aangevoer is nie. Kyk vir dieselfde siening Lubbe par 433 vn 17.

62 *Cohen*-saak *supra* 851; Lubbe par 433 vn 17.

63 *Bro-Trust Finance (Pty) Ltd v Pieters* 1973 3 SA 520 (T) en dié wat daarop gevolg het.

van die skuldenaar se aanspreeklikheid op enige gegewe oomblik met 'n dokument soos 'n sertifikaat bewys kan word en mits die eiser die sertifikaat verkry en daarop gesteun het.

Hierdie nuwe rigting is egter in stryd met die likiditeitsvereiste by voorlopige vonnis. Afstandoening van die *exceptio* deur die skuldenaar ondervang nie die likiditeitsvereiste nie, want die *exceptio* (en dus ook afstanddoening daarvan) het betekenis slegs indien 'n egte, onvoorwaardelike erkenning of betalingsbelofte uit die skriftelike stuk blyk.<sup>64</sup> Die *exceptio* én die afstanddoening daarvan is dus irrelevant by die beoordeling van die likiditeit van 'n skriftelike stuk soos 'n verbandakte.<sup>65</sup>

Die teendeel hiervan is natuurlik ewe waar. Die likiditeitsvereiste ten aansien van die voorlopige vonnisprosedure is dus ook irrelevant wanneer dit gaan oor die betekenis van die *exceptio non numeratae pecuniae* en die implikasies van die afstanddoening daarvan.

vi Waar die geld deur 'n bank uitgeleen is, of waar die skuldbewys ten opsigte van 'n reeds bestaande skuld gegee is, of waar 'n pand gegee is op 'n ander tydstip as dié waarop die lening gemaak is, kan nie op die *exceptio* 'n beroep gedoen word nie; gevolglik rus<sup>66</sup> die las om ontvangs te bewys op die eiser. In daardie gevalle bied die skuldbewys dus *prima facie* getuienis van ontvangs van die bedrag daarin vermeld.<sup>67</sup>

c Die *exceptio* word gewoonlik uitgesluit in alle gevalle van geldlenings.<sup>68</sup>

Soos reeds uit die voorgaande blyk, kan van hierdie *exceptio* afstand gedoen word, in welke geval die las om nie-ontvangs te bewys na die verweerder verskuif. Hierbo het geblyk dat die bewyslas om nie-ontvangs te bewys in voorlopige vonnisgevalle in elk geval reeds op die verweerder rus, sodat afstanddoening van die *exceptio* in daardie gevalle bloot die bestaande posisie bevestig.

Waar die verweerder 'n gedeelte van die skuld betaal het, of 'n skikking met betrekking tot betaling van die skuld aangegaan het, kan hy hom nie op die *exceptio* beroep nie.<sup>69</sup>

d In Natal was hierdie eksepsie egter nie tot 'n verweerder se beskikking nie tensy dit uitdruklik vir hom voorbehou is (as gevolg van die Bonds (Renunciations) Law 40 van 1884 (N)).<sup>70</sup> Hierdie bepaling is egter herroep deur Wet 57 van 1971 en Wet 36 van 1976.

e Ter samevatting kan dus gesê word dat daar duidelikheid gebring behoort te word oor die vorme van hierdie verweer wat in ons reg bestaan. Verder moet 'n duidelike reëling getref word met betrekking tot die voorlopige vonnisgevalle sodat die kwessie in verband met die twee jaar-reël ook duidelik kan word. Die gebruik om hierdie verweer in Latyn aan te dui, behoort laat vaar te word en

64 Die *Wollach*-saak *supra* 560A-B.

65 Die woorde is dié van wn ar Van Heerden in die *Wollach*-saak *supra* 560D (meerderheid); hiermee het die minderheid nie verskil nie (561D).

66 Voet 12 1 32.

67 Maasdorp 79-80; Voet 12 1 32.

68 Lubbe par 433 vn 17.

69 Voet 12 1 32.

70 *Naidoo v Pather supra* 828-829; *Sisson The South African judicial dictionary* (1960) s v *Exceptio non numeratae pecuniae*; Kahn 906 (e) n (b).



geen afstanddoeningsbeding wat nie van 'n verduidelikende nota vergesel is by die ondertekening daarvan, moet as geldig aanvaar word nie.

#### 2 4 Die regte kragtens die Wet op Verjaring 68 van 1969

In sy memorandum met betrekking tot sy voorgestelde Wet op Verjaring<sup>71</sup> wys De Wet daarop dat die kwessie of 'n kontraksparty geldig afstand kan doen van die beskerming wat die Wet op Verjaring aan hom bied, nog nie in gerapporteerde regspraak bespreek is nie. Die Verjaringswet 18 van 1943 het geen bepaling daaroor bevat nie.

De Wet het vasgestel dat die Vastelandse wetboeke wel bepalings bevat met die strekking dat 'n kontraktant nie voor die voltooiing van verjaring geldig kan afstand doen van sy beskerming ingevolge die toepaslike bepalings nie.<sup>72</sup> Hy wys daarop dat al die genoemde regstelsels wel afstanddoening van voltooide verjaring toelaat, maar dat dit dan byna as 'n nuwe skuldonderneming of vervreemding beskou word waarvoor handelingsbevoegdheid en soms formaliteite vereis word. Voorts word sodanige afstanddoening as 'n "beskikking" beskou waarteen skuldeisers by die insolvensie van die afstanddoener beswaar kan maak.

In die regspraktyk in Suid-Afrika word skynbaar aanvaar dat van onvoltooide verjaring afstand gedoen kan word.<sup>73</sup> De Wet vind hierdie toedrag van sake nie aanvaarbaar nie en stel voor dat geen onderneming waardeur iemand hom verbind of voorgee om hom te verbind om hom nie op verjaring te beroep, regs-geldig behoort te wees nie. Hy stel dan ook so 'n bepaling voor.<sup>74</sup>

Die voorstel van De Wet het die goedkeuring van die destydse regshersiensingskomitee en die wetsopstellers ontvang, soos blyk uit die feit dat sy voorstel in die Wetsontwerp tot Samevatting en Wysiging van die Wetsbepalings met betrekking tot Verjaring<sup>75</sup> verskyn het in presies dieselfde woorde as wat deur hom voorgestel is. De Wet se voorstel het egter klaarblyklik na hierdie belovende begin nie enduit byval gevind nie, met die gevolg dat daar uiteindelik geen artikel met bedoelde strekking in die Wet op Verjaring 68 van 1969 voorkom nie. Hoe dit gebeur het, is nie bekend nie.<sup>76</sup>

Hierdie toedrag van sake is nie aanvaarbaar nie en 'n klousule soos dié wat deur De Wet voorgestel is, behoort in die Verjaringswet opgeneem te word.

Indien intussen na die Wet op Verjaring gekyk word, lyk dit dus of wel kragtens ooreenkoms van die beskerming van die wet afstand gedoen kan word.

Watter effek sal so 'n afstanddoening hê? Beteken dit, vir sover dit as wenslik beskou moet word dat mense van hierdie beskerming in standaardbedinge afstand kan doen, dat die betrokke geval dan bejeën sal moet word volgens die reëls van die gemenerog? Die afstanddoeningsbedinge is immers spesifiek gerig

71 Gauntlett (red) *Opuscula miscellanea* (1979).

72 De Wet 134 verwys in hierdie verband na die Franse *CC* a 2220; die Nederlandse *BW* a 1984; die Switserse *OR* a 141; die Duitse *BGB* a 225 en Ontwerp *N-BW* van Nederland a 3 11 14(2).

73 De Wet 134 vir gesag.

74 Klousule 19 van sy "Ontwerp" lui so: "19 Enige onderneming waarin iemand voorgee om hom te verbind om hom nie op verjaring te beroep nie, is ongeldig."

75 Gepubliseer vir algemene kennisname in vol 18 van buitengewone staatskoerant 1249 (1965-10-06).

76 Oënskynlik is die rede daarvoor nêrens op skrif gestel nie. Telefoniese navraag by prof De Wet het ook nie lig daarop gewerp nie.



op die beskerming wat deur die Wet op Verjaring 68 van 1969 gebied word. De Wet sê nie in sy memorandum iets oor hierdie kwessie nie.

Die 1943-wet het in artikel 15 bepaal dat alle gemeenregtelike reëls in verband met verjaring, vir sover hulle nie saam met die bepalings van die wet kan bestaan nie, deur die wet opgehef word. Die 1943-wet is in die geheel deur die 1969-wet vervang. Beteken dit nou dat die effek van die onderhawige standaardbeding is om die gemeenregtelike posisie te laat herleef, of hou dit in dat die gemenerereg steeds vir volstrek alle doeleindes as ophef beskou moet word? Is die 1943-wet dus as 'n kodifisering van die hele verjaringsreg beskou? Volgens wat die adjunk-minister van justisie in sy repliek op die tweedelesingdebat oor die verjaringswetsontwerp meegedeel het,<sup>77</sup> kan die antwoord hierop net bevestigend wees. Die 1969-wet is klaarblyklik as 'n wet beskou wat "konsoliderend, wysigend en kodifiërend"<sup>78</sup> van aard is. Nietemin kan betoog word dat die gemenerereg behoort te geld waar van die beskerming van die Verjaringswet afstand gedoen is.

'n Verdere argument ter ondersteuning van die standpunt dat die afstanddoener beskerm behoort te word, is dat so 'n beding regte wegneem en daarom so beperkend moontlik uitgelê moet word. In verband met borgkontrakte kan dan moontlik geredeneer word dat dit net op verjaring van die borg se eie aanspreeklikheid slaan, terwyl die borg steeds verjaring met betrekking tot die hoofskuld behoort te kan opwerp. Dit sou egter vereis dat die siening dat die hoof- en die borgskulde saam verjaar, getemper moet word.

'n Aanvaarbaarder reëling sal egter wees om uitsluitingsbedinge soos die onderhawige ten minste (die beste sou wees om dit te verbied!) nie af te dwing nie. Die rede daarvoor is dat dit strydig met die openbare belang is om verwer wat deur wetgewing daargestel is, sommer deur 'n standaardbeding te laat negatiewe.

## 2 5 Regte kragtens die Wet op Landboukrediet 28 van 1966

Die standaardbeding is hier gemik op die bepalings in daardie wet wat vir die boer wat geld opgeneem het, sekere voorregte reserveer.

Van die beskerming wat deur hierdie wet gebied word, sê Gering<sup>79</sup> die volgende:

"Its provisions constitute a serious restriction on the ordinary rights of creditors, and confer extraordinary benefits on farmers. . . . The act was designed to interfere with the rights of creditors and to prevent them from sequestrating a farmer's estate. . . . Assistance is rendered to farmers who are in financial difficulties, by allowing them an extension of time or a moratorium, or relieving them of certain liabilities and affording them an opportunity of starting farming operations afresh, with a clean sheet. Assistance may also be rendered to farmers who are not necessarily in financial difficulty."

Dit gaan hier veral oor artikels 21(1) en 23(2).<sup>80</sup> In artikel 21(1) handel dit oor die (tydelike) skorsing van verrigtinge in enige hof waar aksie reeds ingestel is teen iemand op grond van 'n geldvordering teen hom, of vir beslagleggings of eksekusie van goedere wat aan hom behoort ter uitvoering van 'n bevel van daardie hof, deur die indiening van 'n sertifikaat met betrekking tot daardie

77 Debatte van die Volksraad, 1969-05-09, kol 5853-5854.

78 *ibid* tweedelesingdebat kol 5847 5852 5853-5854.

79 Gering 1976 1 *LAWSA* par 166.

80 Lubbe par 433 vn 23.

persoon in daardie hof. Sodra die sertifikaat verstryk, kan met die ingestelde aksie voortgegaan word.

In die geval waar nog nie aksie ingestel is nie, bepaal artikel 23(1)(c) dat geen geding ingestel kan word om die skuldenaar se boedel te sekwestreer of om 'n skuld teen hom af te dwing, totdat die sertifikaat verval of totdat 'n kennisgewing ingevolge artikel 22(1) gepubliseer is nie.

Voorts kan niemand wat van die sertifikaat of die publikasie van 'n kennisgewing bewus is of redelikerwys bewus behoort te wees, voor verstryking van die sertifikaat roerende of onroerende goed van die skuldenaar waarop by die tenuitvoerlegging van 'n vonnis beslag gelê is, verkoop nie;<sup>81</sup> mag die skuldenaar nie sy skulde betaal of sy bates van die hand sit sonder toestemming van die Landboukredietraad totdat die sertifikaat verstryk het of die kennisgewing gepubliseer is nie;<sup>82</sup> en mag niemand enige trekker of ander landboumasjinerie, landbougereedskap of besproeiingsmasjinerie of vragmotor wat onderworpe aan 'n opskortende of ontbindende voorwaarde aan die skuldenaar verkoop is, in besit neem of 'n geding vir die teruggawe daarvan instel nie.<sup>83</sup>

Daar kan nie van hierdie beskerming ten gunste van 'n skuldeiser afstand gedoen word nie. Oor die effek van gepoogde afstanddoening van die beskerming en van soortgelyke beskerming in ander wetgewing, heers daar nie eenstemmigheid nie.<sup>84</sup> Die uitsprake hieroor stem ook nie ooreen nie.<sup>85</sup> In *SANTAM Bank Bpk v Du Toit*<sup>86</sup> het die Kaapse hof nie die rigting wat deur die Vrystaatse hof in *De Wet v Dauth*<sup>87</sup> ingeslaan is, nagevolg nie. Dit kom daarop neer dat in die Kaapprovinsie nie geldig van die beskerming ingevolge die Wet op Landboukrediet 28 van 1966 afstand gedoen kan word nie. Hierdie verskil tussen die posisies in verskillende provinsies is nie vir regsekerheid bevorderlik nie en behoort uit die weg geruim te word. Die standpunt wat aanvaar behoort te word, is dat nie geldig van die beskerming van die wet afstand gedoen kan word nie. Die huidige onsekerheid kan kredietverskaffing aan boere in die gedrang bring.

Ten spyte van die uitspraak in *De Wet v Dauth* wat daarop neerkom dat wel geldig van die beskerming ingevolge die Wet op Landboukrediet afstand gedoen kan word, is die posisie in die Oranje-Vrystaat nie sonder komplikasies nie. In *Vrystaatse Lewendehawe Koöp Bpk v Pretorius*<sup>88</sup> is beslis dat afstanddoening van die beskerming teen eksekusie ingevolge artikel 23(1)(a) nie eksekusie in stryd met die voorskryfte van die wet kan regverdig nie. Nietemin is in die betrokke feitestel dieselfde resultaat as in die *De Wet*-saak bereik, omdat die skuldeiser die skuldenaar op grond van die afstanddoening kon verhoed om op regshulp ingevolge die wet aanspraak te maak.<sup>89</sup> Hierdie feit versterk die gevoel dat dit duidelik gereël behoort te word dat nie regstreeks of onregstreeks van die beskerming afstand gedoen kan word nie. Vir sover gepoogde afstanddoening daaraan toegeskryf moet word dat van die bepalinge in die wet gereeld misbruik

81 a 23(1)(a).

82 a 23(1)(b).

83 a 23(1)(d).

84 Lubbe par 433 vn 23.

85 *The South African encyclopedia of forms and precedents other than court forms* (1975) 290-291 verwys ook na hierdie meningsverskil.

86 1968 3 SA 520 (K); 1968 4 SA 254 (K).

87 1966 4 SA 57 (O).

88 1978 1 SA 651 (O) 653H 654B.

89 per Lubbe t a p.

word, moet dit eerder deur gepaste wetswysigings as deur bedenklige standaard afstanddoeningsbedinge reggestel word.

## 2 6 Bedinge waardeur die werking van hofreëls uitgesluit of beperk word

In die *Wollach*-saak<sup>90</sup> is 'n belangrike punt in hierdie verband opgehaal. Dit handel oor die vraag na die mate waarin partye die hof kragtens ooreenkoms kan dwing om dinge deur te laat wat nie in ooreenstemming met die hofreëls is nie.

Die hof sê daar uitdruklik dat dit hom in so 'n geval steeds vrystaan, ondanks die ooreenkoms tot die teendeel (*in casu* dat voorlopige vonnis verkry sal kan word op 'n illikiede dokument), om sy diskresie oor die toestaan al dan nie van die voorlopige vonnis uit te oefen. Die saak het gehandel oor die probleem in verband met 'n borg wat hom ten opsigte van 'n toekomstige skuld verbind (dit kan ook by wyse van dekkingsverband gebeur), en wat dan ooreenkoms dat die omvang van die skuld waarvoor hy hom verbind, te eniger tyd per sertifikaat bewys kan word op 'n wyse wat vir die verkryging van voorlopige vonnis voldoende is.

Die hof verduidelik dat dit in sodanige gevalle oor 'n belange-afweging handel. Die voordele vir 'n eiser ingevolge die voorlopige vonnisprosedure teen 'n verweerder sonder 'n *bona fide* verweer staan vas, maar daarteenoor moet die belange van die skuldenaar ook in ag geneem word.<sup>91</sup> Die hof sal dus nie toelaat dat hy sy diskresie oor die toestaan al dan nie van voorlopige vonnis deur so 'n beding ontnem word nie.<sup>92</sup>

Die hof verskaf voorts 'n rede wat vir die onderhawige ondersoek van die allergrootste belang kan wees:<sup>93</sup>

“ 'n Verdere oorweging is dat die soort afspraak onder bespreking gewoonlik vervat sal wees in die stuk wat die betrokke skuld geskep of daartoe aanleiding gegee het, en dat die skuldenaar wat bv op 'n geldlening of borgtog bedag is in die reël nie die vaagste benul sal hê van die nadele wat die afspraak moontlik vir hom kan inhou nie. Veral in die geval van 'n lening sal die skuldeiser bowendien gewoonlik in 'n magsposisie wees om die terme van die leningsooreenkoms voor te skryf.”

90 *supra* 553E-G.

91 *Wollach*-saak *supra* 553H.

92 Die uitspraak in *Standard Bank of SA Ltd v Neugarten* 1987 3 SA 695 (W) doen nie afbreuk aan hierdie siening nie. Dit het nie daar oor die likiditeitskwessie gehandel nie, maar oor die vraag of daar, ten spyte van 'n klousule in die kontrak dat 'n sertifikaat uitgereik deur 'n bestuurder van die bank (wie se bevoegdheid nie bevraagteken kan word nie) aangewend sal word om die verskuldigde bedrag afdoende vas te stel, steeds getuienis aangebied kan word oor die verskuldigde bedrag. Die hof vind aanknopings by Australiese en Britse uitsprake en Engelse en Amerikaanse standaardwerke en beslis dat die beding gehandhaaf moet word omdat dit nie die hof sy jurisdiksie probeer ontnem nie, maar net 'n “evidentiary device, optionally available, to avoid the necessity of itemized proof of individual debits” daarstel. 'n Eis op grond van so 'n sertifikaat kan slegs aangeveg word as bewys word dat die eiser die hof deur bedrog of kwade trou wil inspan om 'n spesifieke valse toedrag van sake te sanksioneer (700-702).

93 *Wollach*-saak *supra* 553 in fin-554A.

Hiermee kan net saamgestem word en daar word gehoop dat hierdie insig wyer aanwending sal verkry.<sup>94</sup>

Die hof verklaar voorts dat 'n mens jou nie moet blind staar teen die feit dat die soort afspraak wat hier aan die orde is, gewoonlik in borg- en verbandaktes, wat na hulle aard likiede dokumente kán wees, opgeneem is nie. Die hof sal steeds sy diskresie moet uitoefen oor die toestaan al dan nie van voorlopige vonnis.

Al wat nog aan die hof se stelling toegevoeg kan word, is dat die feit dat hierdie bedinge in oënskynlik likiede dokumente voorkom, juis belangrik is by die oorweging van die billikheid daarvan. Dit is naamlik juis die feit dat die bedinge in sodanige kontrakte voorkom, wat die indruk kan verwek dat die betrokke bedinge met die likiditeit van die dokumente of die hof se diskresie te make het. Dit sou natuurlik nie korrek wees nie, maar sou genoeg wees om die meeste verweerders om die bos te lei en sal veroorsaak dat hulle nie die saak in die hof sal gaan toets deur die aansoek om voorlopige vonnis op grond van 'n gebrek aan likiditeit teë te staan nie. Hierdie misleidende tipe afstanddoeningsbedinge, wat vanweë hulle standaard uiters benadelend kan werk, behoort desnoods op straf verbied te word.

## 2 7 “Alle eksepsies, verwere, voorregte en regte, van watter aard ook al, die inhoud en betekenis waarvan aan my bekend is”

Hierdie soort algemene woorde wat dikwels aan die einde van die onderhawige tipe afstanddoeningsbedinge staan en die strekking het dat “afstand” gedoen word van iets wat nie pertinent uitgespel word nie, moet volgens Pothier<sup>95</sup> as 'n blote slenter beskou word “die niets beteekent . . .”<sup>96</sup>

Met Pothier se oordeel oor sulke vae, algemene uitsluitingsklousules kan onomwonde saamgestem word. Sodanige bedinge behoort op straf verbied te word.

## 3 SLOT

Die kernprobleem met die meeste bedinge waarna hierbo verwys is, het betrekking op die standaardard daarvan. Dit beteken nie dat die standaardbedinge as sodanig onwenslik is nie. Voorts beteken dit ook nie dat al sodanige bedinge in alle omstandighede onaanvaarbaar hoef te wees nie. Juis die teendeel is waar, want die eise van die moderne handelsverkeer – met die kenmerkende verwyderdheid tussen die vervaardiger en verbruiker, massaproduksie en massaverbruik, om maar enkele eienskappe te noem – maak dit onontbeerlik dat soveel

94 Die uitspraak in *Nedbank Ltd v Van der Berg* 1987 3 SA 449 (W) kan ongelukkig die teenoorgestelde indruk versterk as dit nie goed begryp word nie. In daardie geval is op grond van so 'n sertifikaat aansoek gedoen om voorlopige vonnis, maar die toestaan van die aansoek is nie aangeveg nie. Net besonderhede van die bevel wat gevra is, is in geskil geplaas. Die hof stel toe bloot vas dat die respondent geen *bona fide* verweer het nie omdat die bedonge getuieniswaarde van die sertifikaat vasstaan, en staan die voorlopige vonnis toe. Die likiditeitsvraag of die hof se diskresie is dus nie oorweeg nie. Trouens, die hof bevestig met die volgende woorde die noodsaak vir die onderhawige ondersoek: “Whilst I do recognise that a term such as is found in the deed of suretyship is extremely harsh and onerous, I have no power on that ground to strike it out. It is also necessary to remember the well-worn maxim . . . *pacta servanda sunt*” (452D).

95 *Contracten* par 408.

96 Van Zyl 399–400 beklemtoon dieselfde punt.



moontlik van standaardbedinge gebruik gemaak word. Desnieteenstaande bring die standaardbedingverskynsel die realiteit na vore dat daar nie meer oor sodanige bedinge individueel onderhandel en wilsooreenstemming bereik word nie. Die klassieke kontrakmodel deug eenvoudig nie meer om die standaardbedingverskynsel bevredigend te hanteer nie. Die een party stel naamlik die standaardbedinge op, uiteraard met sy eie belange in die oog, en lê dit dan aan die ander party vir aanvaarding voor. Dit geskied dikwels skriftelik met al die implikasies wat ondertekening vir die ander party het.

Omdat die standaardbedinge in soortgelyke vertakkings van die handelswêreld meestal byna woordeliks ooreenstem, sal dit die ander party niks help om te weier om die standaardbedinge wat aan hom voorgelê word, te aanvaar of dit te kwalifiseer of om na 'n ander aanbieder van dieselfde dienste of goedere te gaan nie.

Ofskoon kontrakteervryheid ruimte moet laat vir die ontwikkeling en gebruik van standaardbedinge, sal gewaak moet word teen wanpraktyke wat daardeur moontlik word. Juis omdat standaardbedinge nie altyd gelees of verstaan word (of selfs *kan* word nie), en omdat sulke bedinge dikwels tot onvoorsiene resultate kan lei, is dit noodsaaklik dat stappe gedoen word om te verhoed dat kontrakteervryheid in die naam van kontrakteervryheid vernietig word. Anders kan dit gebeur dat die howe al hoe meer daartoe beweeg kan word om bedinge af te dwing wat op niks anders as die sanksionering van gevolge strydig met die goeie trou as grondslag van die Suid-Afrikaanse kontraktereg neerkom nie.

*Ohne Befurchtung von Aussen erasst das Recht wie alle anderen Kultursysteme (Sternberg Einführung I 90).*

# Spesifieke nakoming: 'n Regshistoriese herwaardering\*

JJ du Plessis

*B Proc LLM*

*Senior Lektor in die Handelsreg, Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

## SUMMARY

### Specific performance: A legal historical reappraisal

Although some authorities state that Roman law did not provide for an order of specific performance, it is contended that these statements are oversimplifications. The remedy of specific performance in Roman law can only be judged in accordance with different periods of development in Roman legal history. Such an approach leads to the conclusion that although an order of specific performance was possible under the system of *legis actio*, the state did not play any role in the execution of such orders. Judgment creditors, however, had effective methods of personally enforcing these orders. In the system of *formula* the *condemnatio* was always to pay a sum of money. This resulted in a move away from methods of executions *in personam* towards executions *in rem*. However, under the system of *cognitio extraordinaria* specific performance was again a well-established remedy ordered in appropriate circumstances; effective methods of execution also existed.

Roman-Dutch law is characterised by divergent arguments as regards this topic. However, a perusal of the authorities necessitates the conclusion that specific performance was a well-known remedy in Roman-Dutch law and that it was ordered regularly both in the case of obligations *ad faciendum* and *ad dandum*. Effective methods of execution also existed.

## 1 INLEIDING

'n Regshistoriese herwaardering van spesifieke nakoming as kontraktuele remedie is noodsaaklik aangesien daar verskeie wanopvattinge by sommige moderne skrywers oor die aard en omvang van dié remedie in ons gemene reg bestaan.<sup>1</sup> Wat die Romeinse reg betref, is dit byvoorbeeld vreemd dat verskeie moderne skrywers beweer dat spesifieke nakoming nie beveel sou word nie. Dié stelling is veral opvallend aangesien dieselfde skrywers aanvoer dat 'n bevel tot spesifieke nakoming allermens aan die Romeins-Hollandse reg onbekend was. Verder kom daar ook uiteenlopende beskouinge in die Romeins-Hollandse reg voor wat nadere toeligting verg.

In wat volg word gewys op wanopvattinge oor die Romeinse reg en redes word verskaf waarom die opvattinge nie korrek is nie. Aandag word ook geskenk aan die uiteenlopende standpunte in die Romeins-Hollandse reg en die wyse waarop die standpunte uitgelê moet word.

\* Hiermee betuig ek my opregte dank teenoor prof JJ Henning van die Departement Handelsreg, UOVS, vir waardevolle advies verleen tydens die voorbereiding van hierdie bydrae.

1 Joubert *General principles of the law of contract* (hierna Joubert *Contract*) (1987) 1-3 gee 'n uiteensetting van ons gemene reg op die gebied van die kontraktereg.

## 2 ROMEINSE REG

### 2 1 Uiteenlopende standpunte

Die bronne verskil drasties oor die vraag of 'n skuldenaar *in forma specifica* tot nakoming van sy verpligtinge gedwing kon word. Juis daarom word besondere probleme ondervind om die ware Romeinsregtelike posisie oor spesifieke nakoming vas te stel.

Sommige bronne volstaan deur te verklaar dat spesifieke nakoming nie in die Romeinse reg beveel kon word nie.<sup>2</sup> 'n Tweede groep trek die algemene stelling, naamlik dat die Romeinse reg nie 'n bevel tot spesifieke nakoming geken het nie, in twyfel maar verskaf ongelukkig geen stawende gesag nie.<sup>3</sup> Derdens word die argument geopper dat daar in die vroeëre Romeinse reg 'n onderskeid gemaak is tussen spesifieke nakoming in gevalle waarin iets gedoen moes word (*ad faciendum*) en in gevalle waarin iets gegee moes word (*ad dandum*).<sup>4</sup> Laastens bestaan daar dié bronne wat van die standpunt uitgaan dat daadwerklike vervulling van verpligtinge as kontrakremedie in die Romeinse reg slegs in saamhang met verskillende ontwikkelingsfases in die Romeinse geskiedenis beoordeel kan word.<sup>5</sup>

Laasgenoemde standpunt bied die aanvaarbaarste metode van ondersoek vir doeleindes van 'n herwaardering van die Romeinse reg ten opsigte van spesifieke nakoming. Vir huidige doeleindes word daar van 'n breë indeling van regstydperke gebruik gemaak. Dit geskied aan die hand van Jolowicz<sup>6</sup> se indeling wat soos volg daar uitsien:

- a Die vroeë tydperk (voor 450 vC).
- b Die tydperk vanaf die Twaalf Tafels (450 vC) tot die einde van die republiek (31 vC).
- c Die Keisertyd (27 vC – wat die prinsipaas en dominaas insluit) tot by die regering van Justinianus (565).

### 2 2 Tydperk voor 31 vC

#### 2 2 1 Vroeë tydperk (voor 450 vC)

Gedurende hierdie tydperk was bevel vir byvoorbeeld die lewering van 'n bepaalde saak welbekend aan die Romeinse reg.<sup>7</sup> Aangesien die staatsgedagte nog swak ontwikkel was, sou dit vir die staat beswaarlik moontlik gewees het om

2 De Wet en Van Wyk *De Wet en Yeats: Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 189; Joubert *Contract* 11 223; Gross "Specific performance of contracts in South Africa" 1934 *SALJ* 347; Fry (red Rawlins) *A treatise on specific performance of contracts* (1911) 4 par 6; Joubert "Some alternative remedies in contract" 1973 *SALJ* 45.

3 *Bergl & Co v Trott Bros* (1903) 24 *NLR* 503 512; *Manasewitz v Oosthuizen* 1914 *CPD* 328 331.

4 Nathan *Contracts in The common law of South Africa* bd II (1913) 744 par 840.

5 Beinart "Roman law in South African practice" 1952 *SALJ* 158; Lee *An introduction to Roman-Dutch law* (hierna *Lee Roman-Dutch law*) (1953) 265-266; Buckland *Equity in Roman law* (hierna *Buckland Equity*) (1911) 40-47; vgl in die algemeen Riccobonno *Stipulation and the theory of contract* (vertl Wylie) (1957) 225.

6 *Historical introduction to the study of Roman law* (1954) ix-xx 4-6.

7 Gaius *Inst* 4 48; Sanders *The institutes of Justinian with English introduction, translation and notes* (1903) 452 (aantekening op *Inst* 4 6 32).

toe te sien dat daar aan sodanige bevele gevolg gegee word.<sup>8</sup> Dit is gevolglik nodig om ondersoek in te stel na die wyses waarop vonniskskuldeisers uitvoering van hofbevele verkry het. Die verband tussen hofbevele en die wyses waarop dit uitgevoer word, is vir huidige doeleindes van besondere belang aangesien 'n hofbevel sonder die moontlikheid van eksekusie nutteloos is.<sup>9</sup>

In die vroeë tydperk was die onderskeid tussen die ontstaan van verpligtinge *ex delicto* en *ex contractu* nog onbekend.<sup>10</sup> 'n Gevolg hiervan was dat die benadeelde in beginsel op dieselfde remedies aangewese was sowel in die geval waar iemand iets ontoelaatbaars teenoor hom gedoen het (delik), as in die geval waar iemand nie uitvoering gegee het aan dit waaroor hulle ooreengekom het nie (kontrak). Die benadeelde was in albei gevalle op eierigting aangewese; dit het daarop neergekom dat hy teen die onregpleger weerwraak kon neem.<sup>11</sup> Ingevolge die *legis actio*-stelsel<sup>12</sup> is die onskuldige party toegelaat om weerwraak te neem deur op die onregpleger se liggaam beslag te lê (hom te gryp) met die doel om hom te dood.<sup>13</sup> Hierdie middel was meesal gemik teen onrekte wat direk teen die persoon gepleeg was (delik). Die gedagte van toekomstige verpligtinge wat uit kontrak voortspruit, was vir alle praktiese doeleindes onbekend.

Die geval van *nexum* was nietemin 'n interessante wyse waaruit toekomstige verpligtinge wel kon spruit.<sup>14</sup> Hierdeur is geld aan sekere persone (hoofsaaklik plebëers) voorgeskië.<sup>15</sup> Hulle het as *nexi* bekend gestaan.<sup>16</sup> Dié geldvoorskietery het met 'n bepaalde formaliteit gepaard gegaan waarvolgens die lener die geld in die teenwoordigheid van getuies en die *libripens* afgewee en aan die skuldenaar oorhandig het.<sup>17</sup> In ruil hiervoor het die geldskietery die mag verkry (byna soos in die geval van pand) om beslag op die skuldenaar se liggaam te lê indien laasgenoemde nie sy skuld op die voorgeskrewe tyd betaal het nie.<sup>18</sup> Die proses van beslaglegging op die persoon se liggaam het as *manus iniectio* bekend gestaan.<sup>19</sup> Die oogmerk met hierdie beslaglegging was, indien die skuldenaar sou volhard in die weiering om te betaal, om hom te dood of in slawerny te verkoop.<sup>20</sup>

8 Jolowicz 161 189–190; Declareuil *Rome the law-giver* (1927) 192.

9 Sanders Lxi; Declareuil 191; Hijmans *Romeinsch Verbintenissenrecht* (1927) 169. Vgl ook in dié verband die Engelsregtelike opvattinge soos weergegee deur Odgers *The common law of England* bd I (1911) 45.

10 Jolowicz 162 192.

11 *ibid* 162; Declareuil 67 192 194; Kaser *Roman private law* (vertl Dannenbring) (1980) 167; Van Warmelo *Die oorsprong en betekenis van die Romeinse reg* (1978) 249 252 par 90; Joubert *Contract* 5 6.

12 Van Warmelo 233 e v; Declareuil 60; Buckland *A text-book of Roman law from August to Justinian* (hierna Buckland *Roman law*) (1950) 607–608; Muirhead (red Goudy) *Historical introduction to the private law of Rome* (1899) 172 e v.

13 Kaser 167; Declareuil 67–69 190.

14 Hijmans 6; Joubert *Contract* 6.

15 Hijmans 8; Sinnigen en Boak *A history of Rome to AD 565* (1977) 76.

16 Jolowicz 166; Riccobonno 182 par 75; Muirhead 145.

17 Jolowicz 169.

18 Van Warmelo 250 par 90; Thomas *Textbook of Roman law* (1976) 216–217; Jolowicz 166 168; Kaser 202; Hijmans 86–87; Declareuil 211; Muirhead 145–146.

19 Jolowicz 168–169; Thomas 212 vn 36; Kaser 169; Hijmans 6; Declareuil 67 e v 211–212; Van der Ploeg *Het Romeinsche recht, naar aanleiding der Instituten* (1851) 400 par 249.

20 Van Warmelo 251 par 90; Jolowicz 168 193; Kaser 168; Sinnigen en Boak 77; Hijmans 87; Declareuil 69. In dié verband merk Muirhead 151 eger soos volg op: "But that [the creditor] could kill him [the debtor] or sell him, as some suppose, is a proposition that is unsupported by any distinct authority."



### 2 2 2 *Tydperk vanaf Twaalf Tafels tot einde van republiek*

Met die daarstelling van die Twaalf Tafels (teen ongeveer 450 vC)<sup>21</sup> was die onderskeid tussen delikte en kontrakte steeds baie vaag.<sup>22</sup> Bowenal het die behoefte aan kontrakte nie uitermate toegeneem nie want verpligtinge wat uit transaksies gespruit het, is onmiddellik nagekom. Koper as betaalmiddel is afgeweg direk nadat die saak gelewer is.<sup>23</sup> Daarenteen word die tydperk vanaf die Twaalf Tafels tot by die opkoms van prinsipaat gekenmerk deur radikale ontwikkelings op die gebied van *obligationes* in die algemeen asook op die gebied van kontrakte in die besonder.<sup>24</sup>

Die aard en omvang van *manus iniectio* was in 'n sekere mate deur bepalinge in die Twaalf Tafels getemper,<sup>25</sup> maar dit was eers die *lex Poetelia* (teen ongeveer 326 vC)<sup>26</sup> wat 'n verbod op die doding of verkoping in slawerny van skuldenaars geplaas het.<sup>27</sup> Ingevolge die *formula*-stelsel<sup>28</sup> is *manus iniectio* deur die praetoriese *actio iudicati* vervang, maar in wese het slegs die formaliteite van die proses verander. Origens kon die skuldenaar nog in bewaring gehou word ofschoon doding en verkoping in slawerny steeds verbode was.<sup>29</sup>

'n Belangrike klemverskuiwing was egter dat spesifieke nakomingsbevele nie meer geredelik ingevolge die *formula*-stelsel voorgekom het nie. Die rede vir dié ongeneëtheid is hoofsaaklik dat dit geblyk het dat die uitwerking van sodanige bevele besonder drasties kon wees teenoor die persoon teen wie dit verleen was. Die gevolg was dat die *condemnatio* onder dié stelsel in alle gevalle in geldterme uitgedruk moes word.<sup>30</sup> 'n Verdere klemverskuiwing was dat dit ook nou moontlik geword het om 'n saak van die skuldenaar (en nie slegs die skuldenaar self nie) in pand te neem (*legis actio per pignoris capionem*) om hom sodoende te dwing om sy verpligtinge na te kom.<sup>31</sup> Voortspruitend uit die *imperium* wat verskillende *magistrati* (waarvan die *praetor* die belangrikste was) besit het, kon hulle ook deur middel van interdikte, *restitutio in integrum missio in possessionem* en *stipulationes praetoriae* toesien dat verpligtinge nagekom word.<sup>32</sup>

### 2 2 3 *Perspektief*

Alhoewel dit duidelik is dat spesifieke nakoming as remedie – in die sin dat dit 'n hofbevel was en dat die staat sou toesien dat gevolg daaraan gegee word – nie in die tydperk voor die prinsipaat aan die Romeinse reg bekend was nie, lê

21 Sinnigen en Boak 77; Sanders xiii.

22 Schultz *Classical Roman law* (1969) 466–467.

23 Jolowicz 164–165; Hijmans 6; Muirhead 143; Joubert *Contract* 6.

24 Sanders xxv; Declareuil 354 355 e v; Muirhead 255 328.

25 Jolowicz 190 192; Kaser 167 169; Muirhead 101–102.

26 Van Warmelo 251 par 90; Joubert *Contract* 6; Jolowicz 167 193 292–293; Buckland *Roman law* 620; Muirhead 153. 'n Skrywer soos Hijmans 88 is egter van mening dat die *lex Poetelia* drastieser uitwerkings op *manus iniectio* gehad het. Hy sê: “Over haar inhoud verschild men van meening, maar in elk geval verbood zij den debiteur door kerker of boeien tot arbeid te dwingen. M.a.w. de mogelijkheid van fysieke dwang verdween, en de arbeid, verricht tot afbetaling der schuld, kreeg een meer vrijwillig karakter.”

27 Van Warmelo par 90; Joubert *Contract* 6–7; Jolowicz 166–167 193; Thomas 217.

28 Van Warmelo 255 e v; Buckland *Roman law* 606–607 630 e v; Muirhead 334 e v.

29 Van Warmelo 251 par 90; Buckland *Roman law* 643.

30 Gaius *Inst* 4 48; Sanders 452 (aantekening op *Inst* 4 6 32); Beinart 158.

31 Van Warmelo 253 par 91 en 308 par 103; Jolowicz 190. Vgl ook Declareuil 86–87; Joubert *Contract* 7.

32 Van Warmelo 52 308 311 e v; Muirhead 345–350.

die belangrikheid van die voorafgaande historiese uiteensetting daarin dat sodanige bevel nogtans moontlik was en dat daar ook besonder doeltreffende middele bestaan het om 'n skuldenaar te dwing om sy verpligtinge na te kom. Dié afleiding word eerstens gemaak omdat daar aanduidings bestaan dat skuldeisers aanvanklik nie altyd tot die finale fase van eierigting, naamlik doding of verkoping in slawerny, oorgegaan het nie, maar dat daar dikwels 'n ooreenkoms<sup>33</sup> tussen skuldeiser en skuldenaar tot stand gekom het ingevolge waarvan die skuldenaar sy skuld sou kon afwerk.<sup>34</sup> Die skuldenaar kon ook 'n kind of familielid in sy plek as gyselaar (pand) gee om sodoende in staat te wees om geld vir die afbetaling van sy skuld te gaan insamel.<sup>35</sup> Tweedens kon die middel teen die persoon van die skuldenaar, naamlik beslaglegging op sy liggaam, steeds na die *lex Poetelia* gebruik word as indirekte metode om toe te sien dat verpligtinge nagekom word.<sup>36</sup> Derdens sou die skuldenaar steeds na beslaglegging op sy liggaam gedwing kon word om sy verpligtinge af te werk.<sup>37</sup> In die lig van die drastiese keuses wat die skuldenaar moes uitoeven (aanvanklik tussen dood of slawerny en vergoeding aan die benadeelde: en na die *lex Poetelia* tussen beslaglegging op sy liggaam en nakoming van dit waartoe ooreengekom is), kan afgelei word dat hy indirek tot die nakoming van feitlik enige hofbevel geforseer is.<sup>38</sup>

In werklikheid het daar eers ingevolge die *formula*-stelsel 'n tempering in die drastiese middele teen die skuldenaar as persoon gekom. Dit het tot gevolg gehad dat spesifieke nakoming nie meer geredelik beveel is nie. Verder is eksekusie-middele *in personam* na die agtergrond verskuif terwyl *in rem*-middele aan die orde van die dag was.

### 2 3 Keisertyd (prinsipaas en dominaas)

Gedurende die prinsipaas het die rol van die staat prominenter geraak.<sup>39</sup> Dit is egter die dominaas,<sup>40</sup> en veral afleidings uit die *Corpus Iuris Civilis*,<sup>41</sup> wat vir huidige doeleindes van groot belang is. Die tydperk van die *legis actio* en *formula*<sup>42</sup> was verby, terwyl die periode van *extraordinaria cognitio* in volle swang was.<sup>43</sup>

Dit is inderdaad so dat daar tekste in die *Digesta* bestaan waaruit die afleiding gemaak kan word dat die skuldenaar altyd sy verpligtinge deur die betaling van skadevergoeding sou kon aflos.<sup>44</sup> Daar word egter aan die hand gedoen dat laasgenoemde aanduidings nie voldoende gesag daarvoor bied om te beweer dat 'n persoon nie gedurende die keisertyd gedwing kon word om *in forma specifica*

33 'n Skrywer soos Jolowicz 162 vind die ontstaanpunt van kontrakte juis in dié ooreenkoms.

34 Van Warmelo 251 par 90; Joubert *Contract* 6; Buckland *Roman law* 620; Declareuil 69 212; Hijmans 87; Van der Ploeg 401 par 249; Muirhead 148 151 152.

35 Jolowicz 162.

36 Van Warmelo 249 par 90 en 307 par 103; Joubert *Contract* 6 11; Jolowicz 166 169 189; Buckland *Roman law* 642; Declareuil 86; Van der Ploeg 401 par 249.

37 Van Warmelo 308 par 103; Van der Ploeg 401 par 249.

38 Jolowicz 189; Van der Ploeg 401 par 249; Sinnigen en Boak 77; Buckland *Roman law* 620; Hijmans 87; Declareuil 69.

39 Sinnigen en Boak 253-404; Sanders Lxi; Van Warmelo 333 par 109.

40 Gedurende die jare 285-565 - Jolowicz xx; Sinnigen en Boak 406-502.

41 Sinnigen en Boak 474-475 (ongeveer in die jaar 529); Sanders xxxi.

42 Buckland *Roman law* 607-608; Sanders Lxi.

43 Van Warmelo 323 e v; Buckland *Roman law* t a p; Buckland *Equity* 45; Lee *Roman-Dutch law* 266; Muirhead 344 e v.

44 Vgl D 42 1 13 1; D 45 1 113 1; Beinart 158.

gevolg te gee aan sy verpligtinge nie.<sup>45</sup> Oor die wyses waarop ooreenkomste gedurende die dominaat afgedwing is, bestaan daar 'n mate van onsekerheid,<sup>46</sup> maar die volgende tekste dui sterk daarop dat spesifieke nakoming in dié tydperk wel beveel en afgedwing sou kon word:

a Die *Digesta* bied onder andere gesag daarvoor dat die skuldenaar gedwing kon word om 'n bepaalde handeling te verrig, byvoorbeeld om klippe te verwyder<sup>47</sup> of 'n skip of huis te bou.<sup>48</sup> Verder is daar ook aanduidings dat die verkoper verplig was om onder bepaalde omstandighede die saak aan die koper oor te dra<sup>49</sup> en dat die verkoper ook slegs skadevergoeding (in plaas van lewering van die saak) kon betaal indien die koper daartoe toegestem het.<sup>50</sup>

b In *D* 42 1 13 1, 'n teks wat dikwels as gesag aangehaal word waarom spesifieke nakoming nie in die Romeinse reg beveel sou word nie,<sup>51</sup> is daar slegs sprake van skadevergoeding in *ad faciendum*-gevalle en gevolglik kan dié teks nie as gesag dien om te bewys dat die Romeinse reg onder geen omstandighede spesifieke nakoming sou beveel nie.

c *D* 45 1 113 1, nog 'n teks wat dikwels gebruik word om die remedie van spesifieke nakoming in die Romeinse reg te ontken,<sup>52</sup> handel slegs oor die verskaffing van waarborge, en kan derhalwe ook nie bo enige twyfel as gesag vir bedoelde ontkenning dien nie.

d Die *Digesta* verwys na 'n hele aantal middele waardeur gevolg aan hofbevele verseker kon word.<sup>53</sup> In gevalle waarin prestasie moontlik was, sou die regter, uit hoofde van sy *officium*, toesien dat gevolg aan sy bevel gegee word.<sup>54</sup> In tweede instansie was dié middele daarop gemik om toe te sien dat 'n vonnis-skuldenaar sy skuld moes betaal.<sup>55</sup> Vir dié doel kon daar beslag gelê word op die skuldenaar se vorderingsregte<sup>56</sup> en ook op geld wat hy in die bank gehad het.<sup>57</sup> Die moontlikheid het ook bestaan dat daar op die skuldenaar se goedere beslag gelê kon word<sup>58</sup>; daar kon desnoods van geweld (*manu militari*) gebruik gemaak word om toe te sien dat die hofbevel afgedwing word.<sup>59</sup> Inhegtenisname van die skuldenaar was ook moontlik as hy sou volhard om nie aan die hofbevel

45 Gross 347.

46 Riccobono 183 par 75.

47 *D* 19 1 9.

48 *D* 45 3 31; sien in die algemeen Buckland *Roman law* 669 vn 11.

49 *D* 19 1 11 2; Beinart 158; Buckland *Roman law* 669 vn 11; Sanders 452 (aantekening op *Inst* 4 6 32); Weeramantry *The law of contracts* bd 11 (1967) 953 par 972 vn 19.

50 *D* 39 1 21 4. Die skrywers Gross 347 en Weeramantry t a p gebruik die pasvermelde teks as gesag daarvoor dat verweerders hulle verpligtinge altyd sou kon aflos deur skadevergoeding te betaal. M i is dit nie 'n juiste beskouing nie omdat dié teks die keuse om op daadwerklike vervulling aan te dring in die hande van die eiser laat – “si hoc petitori placuerit”.

51 Vgl Gross 347; Weeramantry 952 par 972 vn 19; Buckland *Equity* 46; Buckland *Roman law* 669 vn 11.

52 Gross 347; Weeramantry 952 vn 19.

53 Beinart 158; Buckland *Equity* 45.

54 Declareuil 326.

55 *D* 42 1 4 3.

56 *D* 42 1 15 8.

57 *D* 42 1 15 11.

58 *D* 42 1 15 1 tot *D* 42 1 15 7.

59 Van Warmelo 333 par 109; Lee *The elements of Roman law* (hierna *Lee Roman law*) (1952) 446; Lee *Roman-Dutch law* 226; Wessels *The law of contract in South Africa* (red Roberts) (hierna *Wessels Contract*) (1951) 825 par 3091.



gevolg te gee nie.<sup>60</sup> 'n Afleiding wat gemaak kan word uit die feit dat 'n wye verskeidenheid middele bestaan het om gevolg aan hofbevele te gee, is dat dit in sowel 'n geval van 'n bevel tot skadevergoeding as 'n bevel tot spesifieke nakoming aangewend sou kon word.

Myns insiens verskaf paragrawe (a–c) voldoende bewys dat spesifieke nakoming gedurende die keisertyd beveel kon word en dat doeltreffende metodes bestaan het om toe te sien dat gevolg gegee word aan die bevele. Die presiese omstandighede waaronder daadwerklike vervulling beveel sou word, kan beswaarlik vasgestel word. Daar kan egter aanvaar word dat elke saak volgens meriete beoordeel is en dat die eiser 'n keuse gehad het om eerder vir skadevergoeding as vir spesifieke nakoming te vra.<sup>61</sup> Dit is ook voor-die-hand-liggend dat die skuldenaar nie *in forma specifica* tot nakoming gedwing sou kon word in gevalle waarin die prestasie onmoontlik was nie.<sup>62</sup>

## 2 4 Herevaluering

In die lig van die feit dat daar uit die regshistoriese ondersoek afgelei kan word dat spesifieke nakoming, ten minste ingevolge die *extraordinaria cognitio*-stelsel, wel in die Romeinse reg beveel én afgedwing kon word, moet die drastiese verskille wat in die bronne oor die Romeinse reg bestaan, herevalueer word.<sup>63</sup>

Fry<sup>64</sup> is een van die eerste moderne skrywers wat die spreuk “*nemo potest praecise cogi ad factum*” gebruik as verduideliking vir sy beskouing dat die Romeinse reg nie spesifieke nakoming beveel het nie. Hy haal Pothier as gesag aan.<sup>65</sup> Die eerste probleem met Fry se benadering is dat die werk van Pothier (*Traité des obligations*) nie uitsluitlik oor die Romeinse reg handel nie en dat Pothier ook nie in die gedeelte waarop Fry steun, na die Romeinse reg verwys nie.<sup>66</sup> Verder behandel Pothier in dié gedeelte slegs verbintenisse om iets te doen of nie te doen nie (*ad faciendum*-gevalle), wat in skelle kontras staan met sy benadering oor verbintenisse om iets te gee (*ad dandum*-gevalle). Pothier is naamlik van mening dat 'n skuldenaar in 'n *ad dandum*-geval drastieser middele het om sy eis af te dwing.<sup>67</sup> Die skuldeiser kan byvoorbeeld onder bepaalde omstandighede van eksekusie of andersins van 'n dagvaarding gebruik maak om 'n bepaalde saak aan hom te laat lewer.<sup>68</sup> Dit is slegs by verbintenisse *ad faciendum* dat Pothier die spreuk “*nemo potest praecise cogi ad factum*” gebruik.<sup>69</sup> Daar word gevolglik aan die hand gedoen dat Fry se benadering nie die juiste regsposisie weergee nie omdat hy Pothier te wyd interpreteer.<sup>70</sup>

In sy kommentaar op Pothier se gebruik van die spreuk “*nemo potest praecise cogi ad factum*” wys Van der Linden<sup>71</sup> daarop dat Pothier se benadering meer

60 Van Warmelo 334–335 par 109; Declareuil 326.

61 *D* 39 1 21 4.

62 *D* 50 17 185 – trouens, 'n geldige ooreenkoms het dan nie eers tot stand gekom nie (Declareuil 326).

63 Sien afdeling 2 1 *supra*.

64 4 par 6.

65 *ibid* – die verwysing is “Pothier, *Tr. des Oblig.* part 1 Ch ii. art. 2 par 2”.

66 Vgl Van der Linden *ad Pothier contracten* 1 2 2 2 157 (166).

67 *ibid* 1 2 2 1 156 (165).

68 *ibid* 1 2 2 1 155 (163 e v).

69 *ibid* 1 2 2 2 157 (166).

70 Fry 4 par 6.

71 *ad Pothier contracten* 1 2 2 2 157 (vertaler se nota op 166–167).



in ooreenstemming met die Romeinse reg is. Dit is ook uit *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek* duidelik dat Van der Linden<sup>72</sup> van mening is dat dit in die Romeinse reg nie moontlik was om 'n persoon tot spesifieke nakoming van 'n daad te dwing nie. Schorer,<sup>73</sup> Groenewegen<sup>74</sup> en Van der Keessel<sup>75</sup> wys ook daarop dat die Romeinse reg nie spesifieke nakoming sou beveel in gevalle waarin iemand iets moes doen nie. Christinaeus<sup>76</sup> en Vinnius<sup>77</sup> wys verder op uiteenlopende benaderings wat onder die Glossatore bestaan het oor die vraag of 'n skuldenaar in die Romeinse reg in alle gevalle sy verpligtinge sou kon aflos deur die betaling van skadevergoeding. So was Martinus van mening dat 'n persoon verplig kon word tot spesifieke nakoming en dat hy nie bevry kon word deur betaling van skadevergoeding nie.<sup>78</sup> Bulgarus, Azo<sup>79</sup> en Hugolinus<sup>80</sup> was egter die teenoorgestelde mening toegedaan.<sup>81</sup>

Uit dié benaderings kan afgelei word dat heelwat Romeins-Hollandse skrywers van oordeel was dat spesifieke nakoming in die Romeinse reg nie in *ad faciendum*-gevalle beveel sou word nie, maar selfs dit kan steeds nie dien, soos Fry<sup>82</sup> te kenne gee, as gesag vir alle moontlike gevalle (*ad faciendum* én *ad dandum*) in die Romeinse reg nie.

Daar is al so ver gegaan as om te beweer dat die spreuk "nemo praecise cogi potest ad factum praestandum" nie in alle *ad faciendum*-gevalle aangewend sou word nie, maar slegs

"[w]here . . . the act to be done was so personal that the debtor could not be made to do it except by using violence to him".<sup>83</sup>

Die verskil tussen die stelling dat die Romeinse reg nie daadwerklike vervulling van verpligtinge *ad faciendum* sou beveel nie, en die stelling dat die Romeinse reg slegs nie spesifieke nakoming sou beveel in gevalle waarin die verhouding van 'n besonder persoonlike aard was nie, is ver van mekaar verwyderd.

## 2 5 Slot

Daar kan nie betwyfel word dat ingevolge die *formula*-stelsel sekere klemverskuiwings plaasgevind het waarvan afgelei kan word dat 'n bevel tot spesifieke nakoming in daardie stadium nie gegee is nie. Dit op sigself kan egter beswaarlik dien as bewys dat spesifieke nakoming nie gedurende die vroeë tydperk beveel is nie. Verder dien so 'n argument ook nie as staving daarvan dat spesifieke nakoming nie gedurende die *extraordinaria cognitio*-stelsel beveel is nie en dit sal allermens gebruik kan word as motivering daarvoor dat die onskuldige party nie in die Romeinse reg sy teenparty *in forma specifica* tot nakoming kon dwing nie.

72 1 14 7 (125 vn 4).

73 *ad Gr* (vertl Austen) 3 3 41 (440 vn 94).

74 *ad Gr* 3 3 41 (204 vn 94).

75 *Praelectiones ad Gr* (red Van Warmelo 3 3 41 (*Th* 512 126).

76 *Decisiones* 323 (vol 1 418). Hiermee betuig ek my opregte dank teenoor prof HA Wessels van die Departement Romeinse Reg en Regsgeskiedenis, UOVS vir sy hulp i v m die vertaling van Christinaeus en Vinnius.

77 *ad Inst* 3 24 (742-744).

78 Christinaeus *Decisiones* 323 (vol 1 417 par 1 5).

79 *ibid* 323 (vol 1 414 par 2).

80 Vinnius *ad Inst* 3 24 (742 par 3).

81 Vgl Christinaeus *Decisiones* 323 (vol 1 418 par 3-4) vir die argumente t g v hierdie standpunt.

82 *supra* vn 66.

83 Wessels *Contract* 825 par 3092; vgl Claassen *Dictionary of legal words and phrases* bd 3 (1976) 22-23.

Die ware regsposisie oor spesifieke nakoming in die Romeinse reg word ook nie behoorlik weergegee deur die eensydige spreuk “*nemo potest praecise cogi ad factum*” nie. Verder bied die onderskeid tussen verpligtinge *ad faciendum* en *ad dandum* ook nie ’n bevredigende antwoord nie; omdat daar in beide gevalle teenstrydige benaderings bestaan, kan ’n eenvormige afleiding nie gemaak word nie. Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat die vraagstuk betreffende spesifieke nakoming in die Romeinse reg slegs korrek weergegee kan word deur te verwys na die verskillende ontwikkelingsfasies in die Romeinse regsge-skiedenis. Só beskou, kan met Buckland saamgestem word waar hy oor die latere Keisertyd die volgende stelling maak:

“It must not be inferred, however, that in Rome . . . specific performance was an exceptional remedy to be given only where damages would not be an adequate remedy. Except for [some] negative evidence . . . there is nothing to show that specific performance was in any way in an ancillary position. The judgment to be given was the one most convenient in the given case.”<sup>84</sup>

Uit bogenoemde behoort dit duidelik te wees dat die stelling dat spesifieke nakoming nie in die Romeinse reg beveel of afgedwing is nie, te wyd is.

### 3 ROMEINS-HOLLANDSE REG

#### 3 1 Heersende benaderings

In die Romeins-Hollandse reg word die regsposisie rakende spesifieke nakoming van verpligtinge deur uiteenlopende standpunte gekenmerk. Die standpunte word vervolgens van nader beskou.

Die benadering van De Groot<sup>85</sup> is dat in die geval waar iets gedoen moet word, die verweerder altyd sy verpligtinge kan aflos deur die betaling van skadevergoeding. In teenstelling daarmee is dié skrywer van mening dat die koper van ’n saak die keuse het tussen ’n eis om lewering van die saak en skadevergoeding.<sup>86</sup> Daar word derhalwe ’n onderskeid gemaak tussen *ad faciendum*- en *ad dandum*-gevalle. Ander Romeins-Hollandse skrywers wys egter feitlik<sup>87</sup> deurgaans daarop dat De Groot se benadering oor die spesifieke nakoming van verpligtinge *ad faciendum* nie in ooreenstemming met die Hollandse praktyk was nie.<sup>88</sup>

Die vertrekpunt van Voet<sup>89</sup> is

“[n]eque enim venditor ad traditionem rei venditae praecise cogi potest, sed liberarum praestando id quod interest”.

84 Buckland *Equity* 46–47. Ander bronne wat ’n soortgelyke opvatting steun, is o a Beinart 158; Sanders 452 (aantekening op *Inst* 4 6 32); Lee *Roman Dutch law* 266; Buckland *Roman law* 669 vn 11.

85 3 3 41.

86 *ibid* 3 15 6. Gross 349 verwys foutiewelik na “Gr. 3. 15. 16”.

87 Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* (red Van Warmelo) 3 3 41 (*Th* 512 126–129) verduidelik dat De Groot se benadering wel in ooreenstemming met die Romeinse reg was, maar dat hy nie so ver van die Hollandse praktyk verwyderd was as wat ander Hollandse kommentatore te kenne wil gee nie.

88 Groenewegen *ad Gr* 3 3 41 (204 vn 94) 3 15 6 (236 vn 26); Schorer *ad Gr* (vertl Austen) 3 3 41 (440 noot 94); sien ook Van Leeuwen *RHR* 4 2 13, 4 18 1; Huber *HR* 3 2 9. Lg verwysing is foutiewelik deur Decker in Van Leeuwen *RDL* (vertl Kotzé red Decker) 4 18 1 (bd II 142) en deur Nathan 743 opgeneem as 2 3 9.

89 19 1 14. Gane *The selective Voet being the commentaries on the pandects of Johannes Voet* bd III (1956) 388 vertaal dié gedeelte soos volg: “A seller cannot be absolutely forced into delivery of a thing sold, but is freed by making good the damages.” Vgl ook Decker se aantekening op Van Leeuwen *RDL* (vertl Kotzé red Decker) 4 18 1 (bd II 142).

Daar moet egter gewys word op 'n paar opvallende aspekte rondom dié benadering. Eerstens beskou Voet<sup>90</sup> die lewering van 'n saak nie as 'n verpligting om iets te gee nie, maar as 'n verpligting *ad faciendum*. Hy lê derhalwe klem op die leweringsaspek as sodanig en nie op die saak self nie.<sup>91</sup> Tweedens moet Voet se benadering beoordeel word in samehang met gevalle waarin prestasie onmoontlik geword het.<sup>92</sup> Skadevergoeding is dán die aangewese alternatief. Derdens gee Voet ook erkenning aan die feit dat daar uitsonderings kon bestaan op die reël dat die skuldenaar *in forma specifica* nakoming kan vryspring deur die betaling van skadevergoeding. Dié uitsonderings sluit in gevalle waar die skuldige party buitensporige voordeel daaruit sal trek of die onskuldige party buitensporig benadeel sal word indien slegs skadevergoeding betaal word;<sup>93</sup> waar die skuldeiser op die kundigheid van 'n bepaalde vakman aangewese is en hy (skuldeiser) besonder benadeel sou word indien dié vakman nie die werk verrig nie;<sup>94</sup> en waar 'n testamentêre bepaling dit as vereiste stel dat 'n bepaalde taak verrig word alvorens 'n voordeel uit die testament ontvang kan word.<sup>95</sup> Die benadering van Voet gee derhalwe erkenning daaraan dat spesifieke nakoming wel in uitsonderlike *ad faciendum*-gevalle (daar moet onthou word dat Voet ook die lewering van 'n saak hieronder klassifiseer) in die Romeins-Hollandse reg beveel kon word,<sup>96</sup> maar hy beskou 'n skadevergoedingseis as die primêre remedie.

Pothier<sup>97</sup> erken die onderskeid tussen verpligtinge *ad faciendum* en *ad dandum*. Wat eersgenoemde betref, voer hy aan dat die spreuk "nemo potest praecise cogi ad factum" geld<sup>98</sup> maar, soos voorheen daarop gewys is,<sup>99</sup> is hy ook van oordeel dat spesifieke nakoming wel in *ad dandum*-gevalle beveel kon word.<sup>100</sup> In sy kommentaar op Pothier wys Van der Linden egter daarop dat Pothier se standpunt oor *ad faciendum*-gevalle nie in ooreenstemming met die Hollandse praktyk is nie.<sup>101</sup>

Van Leeuwen en Huber is dit ook eens dat spesifieke nakoming beveel sou kon word by verpligtinge *ad faciendum* en *ad dandum*.<sup>102</sup> Dit is ook die gevolgtrekking waartoe verskeie meer moderne bronne oor die Romeins-Hollandse reg kom.<sup>103</sup>

Die aandag word vervolgens gevestig op die wyses waarop spesifieke nakomingsbevele in die Romeins-Hollandse reg afgedwing is.

90 19 1 14. Dit word soos volg gemotiveer: "[Q]uia obligatio ad tradendum est facti obligatio."

91 Vgl Steyn *Gijzeling* (1939) 32-33.

92 Steyn 32-33; sien ook Nathan 742; Gross 351.

93 Voet 42 3 5.

94 *ibid* 45 1 8.

95 *ibid* 45 1 8.

96 Wessels *History of the Roman-Dutch law* (hierna Wessels *Roman-Dutch law*) (1908) 618; Nathan 742-743 par 840; Gross 350-351.

97 Van der Linden *ad Pothier contracten* 1 2 2 1 156 1 2 2 2 157.

98 *ibid* 1 2 2 2 157 (166).

99 *supra* vne 67-69.

100 Van der Linden *ad Pothier contracten* 1 2 2 1 156 (165).

101 *ibid* 1 2 2 2 157 (vertaler se nota op 166-167).

102 Van Leeuwen *RHR* 4 2 13, 4 18 1; Huber *HR* 3 2 9.

103 *Manasewitz v Oosthuizen supra* 331; *Bergl & Co v Trott Bros supra* 512; De Wet en Van Wyk 189; Wessels *Contract* 825 par 3093; Steyn 29-31; Gross 351; Nathan 743-744 par 840; Wessels *Roman-Dutch law* 612-618.

### 3 2 Afdwinging van hofbevele

In Holland kon 'n hofbevel vir die oordrag van onroerende goed teen die einde van die 16de eeu<sup>104</sup> afgedwing word deur die skuldenaar sy besit te ontnem en die goedere aan die skuldeiser te gee.<sup>105</sup> Die betaling van 'n bepaalde geldsom kon weer verseker word deur beslag te laat lê op die skuldenaar se goedere en dit in eksekusie te verkoop.<sup>106</sup> In drie gevalle kon *gijzeling* gebruik word as 'n metode om hofbevele af te dwing, naamlik waar die hofbevel ten doel gehad het dat die skuldenaar iets moes doen;<sup>107</sup> waar die hofbevel teen byvoorbeeld 'n eksekuteur of 'n kurator was om 'n bepaalde geldsom te betaal;<sup>108</sup> en

“when a person was condemned by a judgement of the Provincial Court to perform an act and to pay a sum of money at the same time”.<sup>109</sup>

Dit is egter belangrik om daarop te let dat 'n bevel om 'n saak te lewer ook beskou is as die verrigting van 'n daad.<sup>110</sup> Gevolglik sou 'n skuldenaar ook deur *gijzeling* gedwing kon word om 'n saak te lewer. Klaarblyklik is *gijzeling* voor die sestiende eeu veel wyer aangewend as net in die gevalle waarna so pas verwys is.<sup>111</sup>

Gyseling het beteken dat 'n skuldenaar aangehou is in 'n herberg<sup>112</sup> of in die “chateau of the Provincial Court”.<sup>113</sup> Die skuldenaar wat volhard het in nienakoming van 'n hofbevel kon na die tronk oorgeplaas word.<sup>114</sup> Indien hy na 'n maand in die tronk steeds nie die hofbevel kon of wou nakom nie, was die skuldeiser daarop geregtig om aansoek te doen dat sy eis getakseer word en dat 'n geldsom daarvoor aan hom uitbetaal word.<sup>115</sup> Steyn argumenteer dat *gijzeling* bevel kon word selfs waar dit duidelik was dat dit onmoontlik sou wees om aan dié bevel gevolg te gee.<sup>116</sup> Die skuldenaar sou in só 'n geval steeds in *gijzeling* aangehou word, later tronk toe gaan en eers daarna sou die skuldenaar vir die taksering van sy eis kon vra.<sup>117</sup>

Die begrip *gijzeling* moet nie met siviele gevangesetting verwar word nie. Daar bestaan gewis ooreenkomste tussen die twee begrippe,<sup>118</sup> maar die ooreenkomste bied nie voldoende rede om 'n gelykshakeling tussen dié begrippe te regverdig nie.<sup>119</sup> Die bronne wat hierdie begrippe as sinoniem beskou, maak derhalwe 'n fout.<sup>120</sup>

104 Steyn 9.

105 *ibid* 33–35.

106 *ibid* 11.

107 *Woods v Walters* 1921 AD 303 309–310; Steyn 29 e v; Olivier “Gevangesetting weens nienakoming van 'n hofbevel om 'n vonnis ex contractu in paaieimente te betaal” 1969 *De Rebus* 221; Vermaak *Siviele gyseling en siviele minagting as eksekusiemiddels* (LLB-verhandeling UOVS 1969) 4 e v.

108 Steyn 36.

109 *ibid*.

110 *ibid* 32–33.

111 *ibid* 104.

112 *ibid* 39–41.

113 *ibid* 41 e v 52.

114 *ibid* 82 87.

115 *ibid* 87.

116 *ibid* 88.

117 *ibid*.

118 *ibid* 23–24.

119 *ibid* 3 24–25.

120 *Woods v Walters supra* 310; Gross 350 351; Wessels *Contract* 825 par 3094; Van Leeuwen *RDL* (vertl Kotzé red Decker) 4 2 13 (bd II 27); Groenewegen *ad Gr* (vertl Maasdorp) 3 15 6 vn 26.



### 3 3 Perspektief

Die Romeins-Hollandse reg het erkenning daaraan verleen dat spesifieke nakomingsbevele verkry kon word in gevalle waar iets gedoen of gegee moes word. Dié onderskeid is nie op berekende wyse gemaak nie, maar trek veel eerder die aandag omdat verskeie skrywers kommentaar gelewer het op De Groot se benadering dat spesifieke nakoming nie in *ad faciendum*-gevalle beveel sou word nie.<sup>121</sup> Bowenal word daarop gewys dat ook die lewering van 'n saak as die verrigting van 'n daad beskou is.<sup>122</sup> Dit laat die behoefte aan 'n onderskeid tussen verpligtinge *ad faciendum* en *ad dandum* verder vervaag. Daar kan tereg gesê word dat dié onderskeid in die Romeins-Hollandse reg verdwyn het.<sup>123</sup>

Die Romeins-Hollandse reg het hierbenewens effektiewe maatreëls gehad waardeur tenuitvoerlegging van 'n bevel tot spesifieke nakoming verkry kon word. Dié middele het gedien as doeltreffende wyses waarop die skuldeiser reële eksekusie kon verkry.

## 4 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKINGS

Opvatting oor die aanwendingsgebied en die mate waarin spesifieke nakoming in die Romeinse reg toegepas is, verskil radikaal van mekaar. Die stelling dat die Romeinse reg nie die daadwerklike vervulling van verbintenisse sou beveel of nie sou toesien dat daar gevolg aan so 'n bevel gegee word nie, is egter te wyd. Die vraagstuk betreffende spesifieke nakoming in die Romeinse reg kan slegs in samehang met die verskillende ontwikkelingsfasies in die Romeinse geskiedenis beoordeel word. Só beskou, kan die Romeinsregtelike benadering in drie punte saamgevat word. Eerstens was 'n bevel tot spesifieke nakoming as formele regsfiguur (wat ook eksekusie deur die staat impliseer) gedurende die vroeë tydperk (voor 450 vC) onbekend, maar daar het nogtans besonder doeltreffende wyses bestaan waarop skuldenaars gedwing kon word om hulle verpligtinge na te kom. Tweedens kan dit nie betwyfel word dat spesifieke nakoming nie meer geredelik ingevolge die *formula*-stelsel beveel was nie. Ingevolge hierdie stelsel het daar ook 'n klemverskuiwing plaasgevind na eksekusiemiddele *in rem*. In derde instansie kan sonder vrees vir veel teenspraak aangevoer word dat ingevolge die *extraordinaria cognitio*-stelsel spesifieke nakoming in gepaste gevalle beveel sou kon word en dat daar doeltreffende wyses bestaan het om toe te sien dat daar aan spesifieke nakomingsbevele gevolg gegee sou word.

Daar bestaan uiteenlopende benaderings in die Romeins-Hollandse reg oor spesifieke nakoming as kontraktuele remedie. Nogtans lei die bestudering van verskeie gemeenregtelike bronne tot die slotsom dat spesifieke nakoming 'n welbekende kontraktuele remedie was wat in bepaalde omstandighede in sowel *ad faciendum*- as *ad dandum*-gevalle beveel sou kon word. Daar het ook in die Romeins-Hollandse reg effektiewe eksekusiemiddele bestaan.

121 *supra* vne 83–88.

122 *supra* vne 90 91 96.

123 Nathan 744 par 840.

# AANTEKENINGE

## DIE KORREKTE NORM BY PUBLIKASIEBEHEER

### 1 Inleiding

Daar word op die oomblik weer debat gevoer oor moontlike strenger publikasiebeheer weens die feit dat sekere stof wat 'n redelike hoë graad van onwelvoeglikheid weerspieël, nie deur die appèlraad oor publikasies as ongewens ingevolge die Wet op Publikasies 42 van 1974 beskou word nie. Nou is dit in hierdie verband noodsaaklik om duidelikheid te verkry oor die presiese norm wat die wetgewer in die Wet op Publikasies neerlê by die beoordeling van ongewenstheid. In die besonder is dit nodig om artikel 1 van die wet, waarin die sogenaamde "beginselgrondslag" van die wet neergelê is (vgl Klopper *Strauss, Strydom en Van der Walt Mediareg* (1987) 67 e v), opnuut in oënskou te neem.

### 2 Die inhoud van artikel 1

Artikel 1 van die Wet op Publikasies lui soos volg:

"Erkenning van Christelike lewensbeskouing.—Die strewende van die volk van die Republiek van Suid-Afrika om 'n Christelike lewensbeskouing te handhaaf, word by die toepassing van hierdie Wet erken."

### 3 Juridiese beoordeling van artikel 1

Die meeste skrywers wat oor hierdie artikel kommentaar lewer, beweer dat die betrokke bepaling 'n nie-afdwingbare maatstaf daarstel (sien bv Klopper 75; Burns *Analysis of the Publications Act 42 of 1974* (verhandeling 1979) 89-90). Ook die huidige voorsitter van die appèlraad oor publikasies, professor JCW van Rooyen, is van mening dat artikel 1 geen afsonderlike maatstaf by die beoordeling van 'n publikasie uitmaak nie maar bloot die breë filosofiese grondslag stel waarop die betrokke wet berus (sien bv 1975 *De Jure* 128). Die bestaan van sodanige standpunte (waarvan die korrektheid hieronder by par 3 4 oorweeg word) maak dit ten aanvang noodsaaklik om die juridiese geldigheid en *prima facie* betekenis van artikel 1 te ondersoek.

#### 3 1 Die agtergrond tot artikel 1

Daar was geen bepaling in die voorganger van die Wet op Publikasies, die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede 26 van 1963, wat met die huidige artikel 1 ooreenstem nie. Waar daar in die eertydse wet 'n uitvoerige omskrywing van "skadelikheid" voorkom, is daar in die 1974-wet van 'n haarfyn definiëring van ongewenstheid nie sprake nie maar het die "oorkoepelende" artikel 1 bygekom. (Vir 'n interessante bespreking hieroor sien Van Rensburg 1986 *TSAR*

156 e.v.) Uit die invoeging van artikel 1 moet dus afgelei word dat die wetgewer met die 1974-wet iets nuuts beoog het. (Die nuwigheid wat die wetgewer deur middel van artikel 1 ingevoer het saam met die weglating van die omskrywings wat in die 1963-wet voorkom, impliseer dat hofbeslissings waarin 'n uitleg van begrippe in die voormalige wet gegee word, nie sonder meer 'n betroubare riglyn by die 1974-wet is nie (sien *Anchor Publishing Co (Pty) v Publications Appeal Board* 1987 4 SA 708 (N) 734H).)

Volgens die parlementêre kommissie wat publikasiebeheer ondersoek en aanbevelings gemaak het, wou hulle met hierdie nuwe benadering aandui dat die voorgestelde Wet op Publikasies “'n Christelike gees moet adem”; was hulle begierig om daardeur erkenning te verleen “aan die Christelike karakter van die grootste deel van die Suid-Afrikaanse bevolking”; en was hulle van mening dat “die Christelike standaard wat in die wetgewing vervat is, vir die meeste nie-Christene wat ordentlikheid nastreef, aanvaarbaar sou wees” (sien *Verslag van die kommissie van ondersoek insake die wysigingswetsontwerp op publikasies en vermaaklikhede* RP 17—1974 hfst IV par 21–23).

Die parlement het die aanbeveling van die kommissie aanvaar deur artikel 1 van die Wet op Publikasie goed te keur. Die debat in die volksraad oor artikel 1 is besonder interessant (sien bv 50 *Hansard* 1974.08.12–27; vgl nietemin oor die relevansie van so 'n debat by wetsuitleg Steyn *Uitleg van wette* (1981) 135 e.v.; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 133–134). Alhoewel daar skerp meningsverskil tussen die regering en die opposisie oor die wenslikheid van artikel 1 was, het twee dinge duidelik na vore gekom: *eerstens* het alle partye in die volksraad artikel 1 as 'n substantiewe *regs*bepaling beskou (en nie bloot as 'n onaktiewe “belydenis” of “filosofie” nie); en *tweedens* het die regering ondubbelsinnig sy ernstige bedoeling uitgespreek dat artikel 1 inderdaad in die uitvoering van die beoogde Wet op Publikasies toegepas moet word. Die minister van binnelandse sake laat hom byvoorbeeld soos volg oor artikel 1 uit:

“Hierdie bepaling is die fondamentsteen van die wetsontwerp. Al die ander klousules moet in die gees van hierdie bepaling vertolk word” en: “Dit is die basis waarop hierdie hele wetsontwerp staan en dit is die gees waarin elke klousule vertolk moet word” (50 *Hansard* kol 468 782).

Die adjunk-minister vereenselwig hom hiermee:

“Ons wil . . . graag hê dat aan die strewe van die oorgrote gedeelte van die bevolking van Suid-Afrika erkenning gegee word, naamlik dat hulle lewensopvatting Christelik is en dat *by die beoordeling en praktiese toepassing* [ons beklemtoon] van hierdie wetgewing, dit in aanmerking geneem word” (50 *Hansard* kol 1524).

Ook die opposisie het besef dat artikel 1 'n daadwerklike rol by die toepassing van die wet sou speel. Dit blyk nie net uit die blote feit dat die bepaling skerp teenkanting uit opposisiegeledere ontlok het nie, maar ook uit die uitdruklike woorde van opposisielede. Een spreker verklaar byvoorbeeld:

“Die Regering moet onthou dat hier vir die eerste maal die *toepassing in sy geheel* [ons beklemtoon] van 'n maatskaplike wet onderhewig gemaak word aan 'n lewensbeskouing, die Christelike lewensbeskouing” (50 *Hansard* kol 1508).

Die uitgangspunt van die kommissie en van die volksraad dat die grootste deel van die bevolking 'n Christelike karakter het, is in ooreenstemming met statistiek in 'n onlangse RGN-verslag waarvolgens byna tagtig persent van die totale Suid-Afrikaanse bevolking daarop aanspraak maak dat hulle Christene is (sien Oosthuizen, Coetzee, De Cruchy, Hofmeyr en Lategan *Religion, intergroup relations and social change in South Africa* (1985) 19–22). Dié statistiek toon dat die

verordening en toepassing van 'n Christelike benadering by publikasiebeheer oorweldigende steun behoort te geniet en 'n volkome legitieme basis het. Dit is tog kwalik denkbaar dat diegene wat beweer dat hulle Christene is (sowel as nie-Christene wat ook ordentlikheid nastreef) beswaar sal hê teen 'n verbod op stof wat teenstrydig is met die handhawing van 'n Christelike lewensbeskouing. Enige beswaar wat daar mag wees, sal noodwendig beperk wees tot 'n baie klein minderheid nie-Christene wat dan nie ordentlikheid nastreef nie of wat 'n geldelike belang in die verspreiding van ongewenste publikasies het. Voorts pas die verordening van 'n Christelike norm in hierdie verband wel by ons reg in die algemeen in. Van der Vyver verklaar naamlik dat die Suid-Afrikaanse reg hom op 'n Christelike grondslag stel ofskoon die prinsipes van die Christendom nie konsekwent gehandhaaf word nie (*Die beskerming van menseregte in Suid-Afrika* (1975) 83).

### 3 2 Basiese beginsels van wetsuitleg by artikel 1

Diegene wat hulle krities oor artikel 1 uitlaat, versuim sonder uitsondering om selfs die basiese reëls van wetsuitleg toe pas. Daarom is dit nodig om die betrokke reëls kortliks weer te gee (sien bv Steyn 17): By die uitleg van 'n wetsbepaling gaan dit om die vasstelling van die bedoeling van die wetgewer. Dié bedoeling word in die eerste plek en in hoofsaak gesoek in die woorde wat die wetgewer gebruik het. Dit beteken dat elke woord in 'n wet noukeurig betrag moet word. Die wetgewer weet immers dat sy woorde die belangrikste aanduiding van sy bedoeling is. Gevolglik kies hy sy woorde met sorg sonder om ydele of betekenislose woorde by sy wilsuiting te voeg. Hieruit word die reël van wetsuitleg afgelei dat aan elke woord in 'n wet 'n betekenis toegeskryf moet word (Steyn 17 e v). Voorts bestaan daar 'n vermoede dat die wetgewer geen kragteloze of doellose bepaling maak nie (Steyn 119).

Hierdie vermoede word ook positief gestel deur te sê dat die uitlegger van 'n wet van die veronderstelling moet uitgaan dat die wetgewer telkens 'n effektiewe, doeldienende bepaling beoog. Hieruit volg byvoorbeeld dat waar 'n bepaling twee moontlike betekenisne het, gevolg gegee moet word aan die uitleg wat die bepaling die effektiëfste maak of die bedoeling van die wetgewer die beste dien.

Dit spreek vanself dat geen korrekte uitleg van artikel 1 moontlik is sonder inagneming van ten minste hierdie beginsels nie.

### 3 3 Die uitleg van artikel 1

Die Wet op Publikasies het onder meer ten doel om effektiewe beheer uit te oefen oor sekere publikasies, voorwerpe, rolprente en openbare vermaaklikhede en lê voorskrifte neer waarvolgens bepaal moet word of sodanige stof ongewens is. Die feit dat die wetgewer artikel 1 *as substantiewe artikel* invoeg (en nie bloot as voorrede of *considerans* nie — sien ook Wiechers 1975 *De Rebus Procuratoris* 60), dui op die bedoeling om 'n funksionele maatreeël te skep. Indien die inhoud van artikel 1 bloot as 'n soort "belydenis" bedoel was, sou die wetgewer dit in 'n voorrede tot die wet gestel het (vgl die aanhef tot die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983 waarin onder meer erkenning verleen word aan die strewe om "Christelike waardes en beskaafde norme" te handhaaf). Die feit dat artikel 1 inderdaad 'n regsreël is, blyk ook uit die volgende woorde van Van der Vyver:



“The 1974 act suggests that the criteria of undesirability must be determined with due regard to the so-called ‘constant endeavour of the population of the Republic of South Africa to uphold a Christian view of life’ ”(2 *LAWSA* par 199; ook par 206).

Voorts onderstreep die wetgewer die belangrikheid van die betrokke bepaling deur dit in die eerste artikel van die wet te plaas. Ook hieruit blyk dat dit verkeerd sou wees om artikel 1 eenvoudig te verontagsaam.

Die bewoording van artikel 1 openbaar ’n wetgewersbedoeling dat daar by die *toepassing* van die wet (d w s by handeling waardeer aan die wet uitvoering gegee word) ’n sekere norm aangewend *moet* word (dié imperatief blyk ook duidelik uit die woord “shall” in die Engelse teks (vgl Du Plessis 144)). Die veralgemening in die artikel is opvallend: alhoewel die wetgewer al by ander geleenthede bewys het dat hy nie onbewus is van die verskeidenheid rasse, volke en ander groepe in die republiek nie, word sodanige verskille vir doeleindes van artikel 1 heeltemal geïgnoreer. Daar word eenvoudig van ’n enkele volk gepraat met ’n bepaalde strewende, naamlik om ’n Christelike lewensbeskouing te handhaaf. Uit hierdie woorde is net een sinvolle afleiding moontlik: wat publikasiebeheer betref, wil die wetgewer ’n oorkoepelende norm daarstel wat nie ag slaan op al die verskillende beskouinge wat in die Suid-Afrikaanse gemeenskap oor hierdie aangeleentheid kan bestaan nie. Die wetgewer kies uitdruklik ’n Christelike norm ten koste van ander norme wat daar moontlik kan wees.

Vervolgens kan die vraag ontstaan of so ’n algemene norm juridies-tegnies bestaanbaar en prakties uitvoerbaar is. Die antwoord hierop is bevestigend. Dit is geensins eienaardig om so ’n veralgemening in die reg aan te tref nie; die toets van die redelike man vir nalatigheid is ’n bekende voorbeeld van hoe individuele eienskappe en beskouinge regtens geïgnoreer word ten gunste van ’n algemene standaard van sorgsaamheid waaraan almal in die gemeenskap moet voldoen. Ook behoort daar geen ernstige praktiese probleme by die toepassing van die Christelike standaard te wees nie. Die inhoud van die maatstaf word duidelik geopenbaar in die Bybel as algemeen aanvaarde en gesaghebbende kenbron van ’n Christelike lewensbeskouing (sien bv die benadering van die appèlhof in *Publications Control Board v Gallo (Africa)* 1975 3 SA 665 (A) 674–675), is in Suid-Afrika goed bekend (Van Rooyen *Publikasiebeheer in Suid-Afrika* (1978) 106) en kan boonop maklik deur deskundige getuienis vasgestel word (*Eendag op ’n Reëndag* 27/75). (Die inhoud van ’n juridiese norm wat gebaseer is op die handhawing van ’n Christelike lewensbeskouing by publikasiebeheer, word later in par 5 in meer besonderhede bespreek.)

Nou moet in gedagte gehou word dat artikel 1 nie die enigste maatstaf by publikasiebeheer is nie. Die wetgewer het in artikel 47(2) die spesifieke kriteria uiteengesit waarvolgens die ongewenstheid van stof bepaal moet word. Hierdie norme (bv dat ’n publikasie ongewens is indien dit *onbetaamlik* is) moet uitgelê en toegepas word onderworpe aan die basiese uitgangspunt van die wet, naamlik die standaard in artikel 1 gestel (vgl 50 *Hansard* kol 1545). Artikel 1 medebepaal dus die betekenis van die begrippe in artikel 47(2). Waar artikel 1 juis gebied dat die Christelike lewensbeskouing by die toepassing van die wet erken moet word, is dit beswaarlik moontlik om sinvol betekenis te gee aan byvoorbeeld die woord “onbetaamlik” (wat verskillende dinge kan beteken) sonder inagneming van die algemene en oorkoepelende maatstaf in artikel 1. Die wetgewer beskou met ander woorde die blote *bestaan* van publikasiebeheer nie as voldoende erkenning van ’n Christelike lewensbeskouing nie, maar lê uitdruklik ’n

Christelike *norm* neer waarmee inhoud gegee word aan die ongewenstheid waarvan artikel 47(2) praat. Van Rensburg stel dit treffend:

“Tussen dié artikel [artikel 1] en . . . artikel 47(2) . . . sou ’n mens dus ’n mekaar ondersteunende of vervolledigende dialoog kon sien. Die oorkoepelende artikel [artikel 1] sê dat dit met ‘ongewenstheid’ in artikel 47(2) nie gaan om ’n skending van enige openbare sedes nie, maar spesifiek van Christelike sedes. ‘Christelike sedes’ het ’n sekere gedefinieerdheid, en is nie so algemeen en vaag as ‘sedelikheid-sonder-meer’ nie” (161).

In die lig van die verhouding tussen artikel 1 en artikel 47(2), kan die benadering van die hof in *Anchor Publishing Co (Pty) Ltd v Publications Appeal Board supra* waar hy bloot die “gewone” betekenis van onbetaamlikheid en onweloëglikheid probeer vasstel, nie as korrek aanvaar word nie. Die hof se aandag is skynbaar nie op die bestaan, inhoud en betekenis van artikel 1 gevestig nie.

Uit die voorafgaande moet dit duidelik wees dat ’n “toepassing” van die Wet op Publikasies sonder behoorlike inagneming van artikel 1 strydig met die wetgewersbedoeling is. Enige tribunaal of liggaam wat versuim om behoorlike erkenning aan artikel 1 te verleen volgens die bedoeling van die wetgewer, se optrede is ooreenkomstig die beginsels van die administratiefreg onreëlmatig en kan dus in ’n gepaste geval ingevolge artikel 39 van die Wet op Publikasies deur die hooggeregshof in hersiening geneem, ter syde gestel en na die appèlraad vir sy heroorweging en beslissing terugverwys word (3 4 hieronder; vgl in die algemeen *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA 1976 2 SA 1 (A) 10*).

### 3 4 Kritiese kommentaar op en die uitleg van artikel 1 deur skrywers

Volgens die voorsitter van die appèlraad oor publikasies bevat artikel 1 primêr “die breë filosofiese grondslag” vir die bestaan van die Wet op Publikasies (Van Rooyen *Publikasiebeheer* 63 96). Hy stel dit aanvanklik dat artikel 1 hoogstens een van die faktore is om die gemeenskapsopvatting (wat volgens hom dan, ten minste by artikel 47(2)(a), die korrekte norm by publikasiebeheer sou voorsien) te peil — “verder as dit gaan dit egter nie” (*Publikasiebeheer* 64). Dit is egter duidelik dat artikel 1 tans nie eers meer hierdie beperkte rol speel nie (sien by Potgieter *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdienstevoel* (proefskrif 1987) 186–188). (Die praktiese hantering van artikel 1 deur die appèlraad word in par 4 hieronder in meer besonderhede behandel.)

Aangesien daar geen gesag aangevoer word vir die interpretasie van artikel 1 as “filosofiese agtergrond” tot die wet nie (en daar inderdaad ook geen gesag vir so ’n standpunt is nie) behoort dit sonder meer verwerp te word. ’n Toepassing van die basiese beginsels van wetsuitleg (par 3 2 hierbo) toon dat die wetgewer hom in artikel 1 nie met die formulering van ’n filosofie besig hou nie, maar met ’n substantiewe regsreël.

Ook die gebruik van die gemeenskapsopvatting sonder meer as norm by publikasiebeheer berus nie op ’n bepaling in die wet self nie en is trouens strydig met artikel 1. Hierdie artikel maak juis melding van die handhawing van die Christelike strewe van die *volk* as norm by publikasiebeheer. Die wetgewer omskryf dus in werklikheid die “gemeenskapsopvatting” wat as maatstaf moet geld en die appèlraad is nie bevoeg om willekeurig ’n ander norm te kies nie. Tydens die debat in die volksraad is dan ook uitdruklik verklaar dat die regering “nie tevrede is” met die toepassing van die sogenaamde “contemporary standards” as norm by publikasiebeheer nie (50 *Hansard* kol 1546). Elders word verklaar:

“[Artikel 1] is ’n poging om ’n bepaalde standaard in ons wetgewing in te skryf wat nie so wisselend sal wees soos wanneer jy jou steur aan wat die gemeenskap as ’n geheel as standaard aanvaar nie. Dit is, met ander woorde, nie ’n glyende standaard nie, maar ’n betreklik vaste standaard . . . Met ander woorde, dit is nie die standarde wat algemeen aanvaar word in die gemeenskap nie, maar die standarde waarna daar in die gemeenskap gestrewe word. Dit is dus ’n strewe wat hoër is as die geldende standaard in die gemeenskap wat wisselend kan wees, wat van tyd tot tyd kan verander, en wat probleme kan skep met die vertolking van die wet of [van] wat ongewens mag wees” (50 *Hansard* kol 1521).

Maar selfs al laat mens artikel 1 buite rekening en al was die gemeenskapsopvatting op sigself die korrekte norm by publikasiebeheer; sou die appèlraad nogtans die *Christelike* gemeenskapsopvatting as norm moes aanwend in die lig van feitlik die hele bevolking se aanspraak dat hulle Christene is (par 3 l hierbo).

Dit val in hierdie verband op dat Van Rooyen meen dat die wet in die lig van die *gemenerereg* vertolk moet word (*Censorship in South Africa* (1987) 8), maar daarteenoor weer om die wet uit te lê in die lig van die uitdruklike aanwysings van die wet self wat in artikel 1 vervat is. Ewe ironies is Van Rooyen se opmerking dat indien die wetgewer ’n sede sou neerlê wat *teenstrydig* met die Christelike lewensbeskouing is, die appèlraad verplig sal wees om daaraan gevolg te gee (1975 *De Jure* 129). Inderdaad moet die appèlraad uitvoering gee aan elke “sede” wat die wetgewer voorskryf. Maar geld dit dan nie ten eerste vir artikel 1 waar die wetgewer uitdruklik ’n Christelike “sede” verorden het nie?

Klopper voer drie argumente aan waarom artikel 1 na bewering nie positiewe reg skep nie (67–69). *Eerstens* verklaar hy dat daar in die republiek geloofsvryheid geld en dat die Christelike geloof nie deel van die reg van die land is nie. Artikel 1 sou dus bloot ’n “godsbelydenis” wees soos die aanhef tot die Grondwet 110 van 1983. Hierdie argument is ooglopend verkeerd. Die Wet op Publikasies handel nie met die afdwing van godsdiens of beperkinge op godsdiensvryheid nie, maar met beheer oor publikasies ensovoorts. Deur artikel 1 skryf die Wet op Publikasies geensins die Christelike godsdiens as *godsdiens* voor nie maar lê bloot die beskouings in verband met oordentlikheid en betamlikheid wat daarin opgesluit lê, as riglyn neer by nie beoordeling van die gewenstheid van stof. Sodanige beheer geskied onder meer aan die hand van die oorhoofse norm wat die wetgewer in artikel 1 verorden: die handhawing van ’n Christelike lewensbeskouing. By doeltreffende publikasiebeheer moet daar noodwendig die een of ander norm toegepas word. *In casu* het die wetgewer die norm gekies wat waarskynlik vir die oorweldigende meerderheid van die bevolking aanvaarbaar is omdat hulle op Christenskap aanspraak maak (par 3 l hierbo). Dat die parlement as soewereine wetgewer so ’n norm mag kies, spreek vanself.

*Tweedens* voer Klopper aan dat die verwysing na ’n “Christelike lewensbeskouing” te vaag is in die lig van die beweerde uiteenlopende aard van lewensbeskouinge wat op die Christelike geloof gegrond is (sien ook Burns 90 vn 11). Ook hierdie argument hou nie steek nie. By die uitleg van artikel 1 word daar vermoed dat die wetgewer ’n praktiese en sinvolle maatstaf wou neerlê volgens die gewone betekenis van die woorde waarmee dit omskryf word. Die verwysing na ’n *Christelike lewensbeskouing* is dan ook nie minder vaag en bruikbaar as byvoorbeeld die maatstaf van die *bonus paterfamilias* aan die hand waarvan die howe nalatigheid bepaal nie. Van Rooyen wys trouens ook daarop dat die appèlraad selde getuienis oor die Christelike geloof inwin aangesien die



“Christelike geloof in Suid-Afrika goed bekend is” (*Publikasiebeheer* 106) en vir bepaalde doeleindes (byvoorbeeld die beskerming van die godsdiensgevoelens van die Christelike bevolkingsdeel) word die maatstaf van ’n *gemiddelde volwasse Christen* aanvaar (*Publikasiebeheer* 102). Dit is ook interessant dat die appèlraad in *Superstar* 82/83 die volgende sê:

“Die Christene is . . . ’n eenheid en kan nie na gelang van verskillende denominasies gesegmenteer word nie.”

Die appèlraad se eie uitgangspunt loënstraf dus die stelling van onder meer Klopper en Burns (*supra*) dat daar kwalik *consensus* bestaan oor wat ’n Christelike lewensbeskouing is. Dit behoort ook vir ’n ingeligte tribunaal moontlik te wees om op sinvolle wyse ’n maatstaf te formuleer waarin die strewe na die handhawing van ’n Christelike lewensbeskouing opgesluit is ten einde uitvoering te gee aan die wetgewersbedoeling in artikel 1.

*Derdens* gee Klopper te kenne dat daar geen regsgevolge kan intree indien die organe geskep deur die Wet op Publikasies hulle nie aan artikel 1 hou nie; geen sanksie is neergelê nie en daarom is ’n sogenaamde *lex imperfecta* hier ter sprake. Die rede waarom ook hierdie argument nie opgaan nie, is dat ’n administratiewe of kwasi-judisiële liggaam wat hom nie hou aan die wetsvoorskrifte wat op hom van toepassing is nie, se optrede onreëlmstig is en deur die hooggeregshof in hersiening geneem kan word (sien by Wiechers *Administratiefreg* (1984) 299 e.v.). Die diskresie van die appèlraad is ’n gebonde diskresie (Wiechers *Administratiefreg* 250) omdat die wet die kriteria vir die verklaring van stof tot ongewens uitdruklik in artikel 1 en artikel 47(2) voorskryf. As die appèlraad oor publikasies byvoorbeeld in ’n bepaalde geval uitspraak sou gee oor die ongewensheid van ’n publikasie sonder om artikel 1 behoorlik in ag te neem, oefen hy sy diskresie op ’n onreëlmstige wyse uit en tree hy gevolglik *ultra vires* op; sy bevinding kan gevolglik op versoek van onder meer die direktoraat van publikasies ingevolge artikel 39 van die wet in hersiening geneem word. Van ’n *lex imperfecta* is daar dus geen sprake nie.

Ook Wiechers aanvaar nie die letterlike strekking van artikel 1 nie (1975 *De Rebus Procuratoriis* 60). Hy verklaar dat dit juis deel van die Christelike lewensbeskouing is om die nie-Christelike lewensbeskouing van andere te aanvaar en selfs ook te respekteer. Die implikasie hiervan is dat die wetgewer artikel 1 maar gerus kon weggelaat het aangesien dit geen “Christelike” betaamlikheid waarborg nie; die sogenaamde “Christelike” maatstaf sou dan, anders as wat mens *prima facie* kon verwag, onweloweglike publikasies deurlaat indien dit by ’n nie-Christelike lewensbeskouing inpas! Nou spreek dit vanself dat die wetgewer nie so ’n absurde bedoeling met artikel 1 kon gehad het nie en dat Wiechers se uitleg verkeerd is.

Dit blyk uit die voorafgaande dat sowel die kritiek op artikel 1 as die eienaardige uitleg van die bepaling nie op gesag steun nie. Daar is dus regtens geen rede om artikel 1 anders te vertolk as wat hierbo in paragraaf 3 3 gedoen is nie.

#### 4 Die hantering van artikel 1 deur die appèlraad oor publikasies

Soos vroeër aangedui (par 3 4), sien die voorsitter van die appèlraad artikel 1 in hoofsaak as die breë filosofiese grondslag van die wet. Met so ’n uitgangspunt verbaas dit nie dat die betrokke artikel eers ’n geringe en tans skynbaar geen



rol by die toepassing van die Wet op Publikasies speel nie. Van Rensburg verklaar dan ook dat die appèlraad artikel 1 op die oomblik as 'n "dooie letter" behandel (161).

By sy beoordeling van die vraag of stof ingevolge artikel 47(2)(a) ongewens is weens byvoorbeeld onbetaamlikheid, gebruik die appèlraad die toets van die *gemeenskapsopvatting* (sien bv Van Rooyen *Publikasiebeheer* 63), vroeër soos verteenwoordig deur die sogenaamde *fiktiewe gemiddelde burger* (sien bv *Brandwagpers* 6/75 en vgl in die algemeen Potgieter 184 e v). Aanvanklik het die appèlraad beslis dat een van die vele faktore (een saak — *A Sparrow Falls* 49/77 2 — noem byvoorbeeld veertien) wat 'n rol speel om die gemiddelde burger se siening te bepaal, die feit is dat die Suid-Afrikaanse volk daarna streef om 'n Christelike lewensbeskouing te handhaaf. Daarom is die Christelike lewenshouding as *een* van die gemiddelde burger se persoonlikheidseienskappe beskou: benewens al sy ander karaktertrekke, handhaaf hy "Christian principles" (sien ook *The Dawn Comes Twice* 144/76 16). 'n Mens vind egter dat die appèlraad met verloop van tyd die verwysing na Christelike beginsels by die omskrywing van die "gemiddelde burger"-maatstaf begin weglaat het. Die vroeëre maatstaf word mettertyd vervang met die redelike man-kriterium wat in die deliktereg geld en nou gestroop is van die "Christelike beginsels" wat die eertydse "gemiddelde burger" gehad het (sien bv *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A); *Gerugte van Reën/Rumours of Rain* 67-68/78 1). In laasgenoemde saak aanvaar die appèlraad die volgende kriterium:

"[D]ie fiktiewe, normale, ewewigte, regsinnige en redelike mens, wat nie hiperkrities of oorsensitief is nie. Die vraag wat beantwoord moet word, is of die perke van sy verdraagsaamheid oorskry word."

In samehang met hierdie benadering verklaar die appèlraad dat die Christelike lewensbeskouing (op watter wyse so 'n lewensbeskouing tans erkenning geniet waar die redelike man-toets geen verwysing hierna insluit nie, is nie duidelik nie) 'n *verdraagsaamheid* inhou en nie "alle stof wil verbied nie". Dit impliseer volgens Van Rooyen dat byvoorbeeld stof wat "bloot" *vulgêr* is, nie verbied sal word nie (*Publikasiebeheer* 63; *Audrey Rose* 75/81). Van Rooyen verduidelik die saak so:

"[T]he allowing of a work does not necessarily suggest the board's approval of it, but amounts instead to a finding that it will be tolerated by the reasonable viewer or the average adult Christian in the light of all the relevant circumstances; a work should be found to be undesirable only if it is absolutely necessary to do so" (*Censorship* 12).

Ook word die vermaning geuiter dat geloofsvryheid nie deur publikasiebeheer bedreig word nie en mits daar geen pynigende ingreep op die Christelike of ander geloof gemaak word nie, geen verbod opgelê kan word nie (*Audrey Rose* 75/81; Van Rooyen *Publikasiebeheer* 63-64).

Mens kan nou soos volg standpunt inneem oor hierdie benadering van die appèlraad:

a Ten aanvang kan gevra word waar die appèlraad die bevoegdheid kry om 'n maatstaf soos dié van die redelike man toe te pas indien so 'n redelike man nie eers (soos aanvanklik tog wel die geval was) 'n "Christelike lewensbeskouing" as een van sy kenmerke het nie. Die wet maak nie voorsiening vir die norm wat die appèlraad tans gebruik nie. Daarom gee die appèlraad se optrede nie uitvoering aan die bedoeling van die wetgewer nie. Die maatstaf van die fiktiewe redelike-man-sonder-Christelike-beginsels wat die appèlraad gebruik om die

opvatting van die gemeenskap te verteenwoordig, is teenstrydig met artikel 1 aangesien die wetgewer uitdruklik bepaal dat die volk (dus die "gemeenskap") 'n strewe het na die handhawing van 'n Christelike lewensbeskouing. Bevestiging dat die redelike man-maatstaf nie die korrekte norm by publikasiebeheer is nie, blyk uit die volgende verklaring wat tydens die debat in die volksraad gemaak is:

"[Ons] is van oortuiging dat die leidraad *nie alleen die 'gemiddelde man' moet wees nie*, maar omdat ons die standaard selfs bó dit wou stel, het ons in die inleidingsklousule van hierdie maatreël geskryf dat die strewe van die volk van die Republiek om 'n Christelike lewensbeskouing te handhaaf, by die toepassing van hierdie Wet erken word. Dit is 'n leidraad, 'n norm, 'n ideaal wat *selfs hoër is as die skuiwende standarde van die gemiddelde man*. Ons . . . gaan nie uit van die libertynse gedagte dat die mens die norme in homself vind nie; dat die mens in sy redelike vermoë kan bepaal wat goed en sleg is en wat eties en oneties is nie. Ons glo dat die mens, op die een of ander wyse, vanuit sy lewensbeskouing norme moet vasstel buite homself, en so moet ons die Christelike lewens- en wêreldbeskouing, wat sy norm vind in die Skrif, as die breë raamwerk waarbinne hierdie wetsontwerp toegepas moet word as maatstaf aanlê . . ." (50 *Hansard* kol 1540–1541; ons beklemtoning).

Die afleiding is onvermydelik dat die appèlraad onwillig is om die maatstaf wat die wetgewer uitdruklik voorgeskryf het, toe te pas, en dit verontagsaam ten gunste van 'n maatstaf wat hy self geskep het. Vanselfsprekend is so 'n prosedure onreëlmatig en verydel dit die bedoeling van die wetgewer.

b Die argument dat die beweerde verdraagsaamheid van 'n Christelike lewensbeskouing alle onbetaamlikheid duskant die walglike akkommodeer, is ook onaanvaarbaar. 'n Uitvloeisel hiervan is dat stof net verbied word indien dit absoluut noodsaaklik is. So 'n uiterste standpunt toon dat die uitgangspunt van die appèlraad verkeerd is want daar is geen aanduiding in die wet dat die wetgewer so 'n uitermate toegeeflike houding voorstaan nie. Dit blyk uit artikel 1 dat die wetgewer eerder wou seker maak dat 'n betreklik streng standaard gehandhaaf word en dat hy die Christelike norm gekies het juis omdat dit *nie* verdraagsaam teenoor onwelvoeglikheid is nie. Dit is tog ondenkbaar dat die toelating van vulgêre stof inpas by die handhawing van 'n Christelike lewensbeskouing. Die wetgewer is klaarblyklik besorg oor die moontlike verspreiding van onwelvoeglike stof in die republiek en skryf daarom 'n norm vir publikasiebeheer voor wat op 'n eerbare lewenswyse gefundeer is. Om nou hierdie maatstaf van die wetgewer so "toe te pas" (sien ook Wiechers *supra*) dat dit juis byvoorbeeld vulgêre publikasies toelaat, kon nooit deur die wetgewer bedoel gewees het nie. Indien die wetgewer voorsien het dat die norm van 'n Christelike lewensbeskouing so 'n groot "verdraagsaamheid" teenoor onwelvoeglikheid openbaar as wat die appèlraad op die oomblik te kenne gee, sou hy waarskynlik liever 'n ander en "beter" norm gekies het om ongewenste stof uit te skakel. Die appèlraad se praktyk om in die naam van "Christelike verdraagsaamheid" vulgêre en ergerniswekkende stof toe te laat (sien *Brandwagpers* 6/75; *Audrey Rose* 75/81), is dus 'n ernstige wanvoorstelling van die Christelike lewensbeskouing en direk strydig met die wetgewer se bedoeling.

(Dit is ook interessant dat Van Rooyen met 'n alternatiewe toets werk en vra of 'n "reasonable viewer or the average Christian adult" iets sal verdra (*Censorship* 12; hierbo aangehaal). Hiervolgens is die norm nie net beweerde Christelike verdraagsaamheid nie maar ook die verdraagsaamheid van die sogenaamde redelike man (wat skynbaar nie 'n Christen is nie) wie se verdraagsaamheid uiteindelik so groot kan wees dat niks hom skok of pla nie! In hierdie verband

kan regter-president Van Wyk se opmerking dat “sommige sogenaamde gesofistikeerde lesers feitlik niks walglik of aanstootlik vind nie”, in gedagte gehou word (*Buren Uitgewers (Edms) Bpk v Raad van Beheer oor Publikasies* 1975 1 SA 379 (K) 399.)

c Die appèlraad se vermaning dat geloofsvryheid nie deur die toepassing van die wet aan bande gelê moet word nie, is nog ’n argument wat gebruik word om artikel 1 te verontagsaam. Die raad verklaar naamlik dat artikel 1 nie die “Christelike bevolkingsdeel” bo enige ander bevolkingsdeel bevoordeel nie en dat dit onrealisties en onredelik sou wees om ’n bedoeling aan artikel 1 toe te skryf wat impliseer dat artikel 1 geloofsvryheid negeer (*Audrey Rose* 75/81).

Daar is reeds verduidelik dat die Wet op Publikasies in die algemeen en artikel 1 in die besonder nie aan mense voorskryf hoe of wat hulle moet glo nie. Die wet voorsien bloot ’n objektiewe riglyn aan die hand waarvan beperkinge op ongewenste stof geplaas word. Dit is boonop nie duidelik vir wie die gebruik van ’n Christelike uitgangspunt ’n “bedreiging” inhou indien dit tot ’n verbod op byvoorbeeld vulgêre of ergerniswekkende publikasies sou lei nie. Byna tagtig persent van die bevolking beweer immers dat hulle Christene is en ’n groot deel van die oorblywende twintig persent het waarskynlik ook nie behoefte aan onbetaamlike stof nie. Daarbenewens hoef die appèlraad of enige ander liggaam nie verskoning te maak vir die Christelike uitgangspunt nie: die wetgewer skryf dit in soveel woorde voor en al taak wat die appèlraad en die komitees ingevolge die wet het, is om uitvoering daaraan te gee. Indien die Christelike norm onwenslik is, moet die wetgewer gevra word om die wet te wysig. Die appèlraad is egter onbevoeg om sogenaamd in die naam van godsdiensvryheid (wat in elk geval nie werklik ter sake is nie) van die wetgewer se bedoeling af te wyk.

Die besorgdheid oor en beskerming van godsdiensvryheid ten koste van die handhawing van artikel 1 om sodoende onwelvoeglike stof as nie-ongewens deur te laat, is onaanvaarbaar. As die beginsels van godsdiensvryheid werklik so kragtig was dat die appèlraad selfs artikel 1 op grond daarvan kon negeer, sou dié beginsels ook sterk genoeg gewees het om godslaster nie net tot die aantasting van die “Christian concept of God” te beperk nie (sien by *Play with Fire* 17/75 6), maar om ook enige neerhalende opmerkings oor ’n afgod by godslaster in te sluit (wat tans nie die geval is nie (*Play with Fire* 17/75)).

d Van Rooyen se standpunt dat die deurlaat van stof deur die appèlraad nie beteken dat die raad dit goedkeur nie (*Censorship* 12), kan ook nie aanvaar word nie. Volgens die bekende stelreël *unius inclusio est alterius exclusio*, impliseer ’n bevinding dat stof byvoorbeeld nie “onbetaamlik of onwelvoeglik” is nie, noodwending dat dit betaamlik en welvoeglik is en dat die appèlraad, deur stof nie af te keur nie, dit in werklikheid “goedkeur”. Die appèlraad as kundige tribunaal moet dus daarmee rekening hou dat mense sy bevindings dat stof nie ongewens is nie, inderdaad as betroubare riglyn aanvaar.

## 5 Evaluasie en aanbevelings

Dit behoort uit die voorafgaande afdoende te blyk dat artikel 1 van die Wet op Publikasies op ’n onreëlmatige wyse deur die appèlraad oor publikasies as ’n dooie letter behandel word. Die blote feit dat die appèlraad tans *ex confesso* vulgêre stof in die naam van Christelike verdraagsaamheid toelaat, dui daarop dat die korrekte norm nie toegepas word nie. Die besorgdheid wat daar tans in



verantwoordelike kringe heers oor die toename in onweloweglike stof wat nie deur die appèlraad as “ongewens” verbied word nie, staaf hierdie waarneming. Gevolglik behoort die appèlraad onmiddellik uitvoering aan die bedoeling van die wetgewer te begin gee aangesien sy huidige optrede onreëlmatig is en hom aan hersieningsverrigtinge blootstel.

Indien die wetgewer egter genoë sou neem met die norm wat op die oomblik deur die appèlraad neergelê en gebruik word, behoort artikel 1 summier uit die wet geskrap te word. Die voortbestaan van artikel 1 saam met die nie-Christelike norm wat die appèlraad tans toepas, is onaanneemlik omdat dit die verkeerde indruk kan wek dat die vulgêre stof wat die appèlraad deurlaat, aanvaarbaar is op grond van ’n Christelike lewensbeskouing. Sagkens gestel is dit erg misleidend om na buite te kenne te gee dat ’n Christelike maatstaf by publikasiebeheer geld terwyl die toepassing daarvan in werklikheid niks met Christelikheid te doen het nie.

Nou sou ’n mens die aanname dat feitlik die hele Suid-Afrikaanse bevolking Christene is, kon bevraagteken in die lig van bloot ’n paar hoogs sigbare verskynsels soos die toenemende huweliksverbrokkeling, geweld en doodslag, dwelmafhandlikheid, sedeloosheid, kindermishandeling en seksuele en oneerlikheidsmisdrywe wat hier hoogty vier. Nogtans gee die feit dat tagtig persent van die bevolking daarop aanspraak maak dat hulle Christene is, die staat sekerlik die reg — meer nog: lê dit hom die plig op — om ’n Christelike standaard by publikasiebeheer af te dwing totdat die bevolking openlik erken dat hulle nie Christene is nie en ’n “behoefte” het aan onweloweglike stof, in welke geval die wetgewer gevra sal moet word om artikel 1 te skrap en met ’n ander norm te vervang.

Wat is dan nou die korrekte norm by publikasiebeheer? Die korrekte norm by publikasiebeheer is die norm waarvoor die wetgewer in artikel 1 gelees met artikel 47(2) van die wet voorsiening maak. Die betrokke tribunaal moet die gemeenskapsopvatting soos in artikel 1 omskryf as uitgangspunt neem en die meer besondere kriteria van artikel 47(2) in die lig daarvan interpreteer en toepas. Dit beteken, soos vroeër aangetoon (par 3 3 hierbo), dat die strewe van die volk na ’n Christelike lewensbeskouing die rigsnoer moet wees aan die hand waarvan terme soos “onbetaamlik”, “onweloweglik” en “aanstootlik” in artikel 47(2) uitgelê en toegepas word. Neem mens die woord “onbetaamlik” in artikel 47(2)(1) as voorbeeld, sal dus nie gewerk kan word met die algemene woordeboek-betekenis daarvan, of met die beskouing van die sogenaamd redelike-mansonder-Christelike-beginsels (die norm wat die appèlraad tans anlê) nie, maar met die inhoud en betekenis wat die strewe na die handhawing van ’n Christelike lewensbeskouing aan die begrip gee.

Vir praktiese doeleindes kan die opvatting van ’n “verteenwoordiger” van hierdie lewensbeskouing, die sogenaamde *gemiddelde Christen*, hier ingespan word. Net soos die redelike man-kriterium, is die maatstaf van die gemiddelde Christen ’n suiwer juridiese toets wat toegepas kan word ongeag die godsdienstige of persoonlike opvatting van die persoon wat die norm aanwend. Daarby is die toets volkome werkbaar en realisties. Die appèlraad gebruik die maatstaf trouens reeds vir sekere doeleindes van die wet (sien Potgieter 225 e v).

Die gemiddelde Christen beskik uiteraard oor ’n verskeidenheid eienskappe benewens die feit dat hy ’n Christen is; hy kan onder meer ook as “regsinning”,



“ewewigtig”, “normaal”, “nie oorsensitief nie” ensovoorts beskryf word. Daarby word sy oordeel oor die ongewenstheid van stof deur ’n verskeidenheid faktore medebepaal. Hieroor het die appèlraad al uitvoerig riglyne neergelê (sien by *Heartland* 43/82; vgl Potgieter 235 e v). In hierdie verband is dit egter van die grootste belang dat daar nie eienskappe aan die gemiddelde Christen toegedig word wat teenstrydig met sy Christenskap is nie; ewemin kan hy beïnvloed word om stof as nie-ongewens te verklaar op grond van faktore wat bots met sy Christelike lewensbeskouing. In die lig hiervan sal sowel die redelike man- as die gemiddelde-Christen-maatstaf wat die appèlraad op die oomblik toepas, aan deeglike ondersoek onderwerp moet word. Dit is byvoorbeeld absurd om te suggereer dat die gemiddelde Christen verdraagsaam is teenoor vulgêre stof, of dat hy net die moed het om iets te verbied as dit absoluut noodsaaklik is, of dat hy alle onbetaamlikheid maar sal “verdra” net solank dit nog nie totaal walglik is nie, of dat die letterkundige meriete van ’n werk andersins walglike stof neutraliseer, of dat die “groter begrip” wat die veranderde gemeenskapsopvatting vir die afstootlike samesnoering van seks en godsdiens sou meebring, stof nie-ongewens maak, of dat die sogenaamde menseregte op die vryheid van spraak en van godsdiens alle onwelvoeglikheid tot nie-ongewens omskep behalwe “dit wat walglik of blatant skaamteloos is”.

Wat sy benadering tot kuns betref, kan met redelike sekerheid aanvaar word dat die gemiddelde Christen kuns nie as ’n verskoning vir onbetaamlikheid sien nie en dat kunstenaars wat hulle werk wil publiseer, “welvoeglike kuns” sal moet voortbring.

Daar behoort ook geen besondere probleem te wees om artikel 1 (wat die oorkoepelende Christelike maatstaf voorsien) met artikel 47(2)(b) (wat stof wat o a aanstootlik is vir die godsdiensgevoelens van ’n bevolkingsdeel, ongewens verklaar), te versoen nie. Ook artikel 47(2)(b) — soos trouens die res van artikel 47(2) — moet in die lig van artikel 1 uitgelê word. Dit kom eenvoudig daarop neer dat die Christelike standaard gebruik word om vas te stel of daar van godslaster sprake is (dit is reeds die praktyk van die appèlraad — sien by *Heartland* 43/82 add 8–9; *Back to the Future* 159/85 2–3) en of stof vir enige besondere Christelike of heidense bevolkingsdeel aanstootlik is (sien in die algemeen Potgieter 194–266). So kan ’n mens betoog dat stof wat bloot beledigend teenoor die godsdiensopvatting van enige bevolkingsdeel is, volgens die gemiddelde Christen ongewens is byvoorbeeld omdat Christelike norme verg dat daar in wysheid teenoor nie-Christene opgetree moet word (vgl 50 *Hansard* kol 735 738 1509–1510 1514–1515).

Dit is vir doeleindes van hierdie bydrae nie nodig om verder uit te wy oor die praktiese toepassing van wat die “gemiddelde Christen”-norm by publikasiebeheer genoem kan word nie. ’n Kundige tribunaal met die nodige ervaring sal dit wel as ’n werkbare juridiese maatstaf kan ontwikkel om publikasiebeheer sodoende weer in die rigting te stuur wat die wetgewer met die Wet op Publikasies beoog het. Die korrekte toepassing van hierdie norm behoort heelwat van die *prima facie* vulgêre en aanstootlike stof wat tans *per incuriam* as “gewens” deurgelaat word (dikwels tot groot geldelike voordeel van sekeres), uit die gemeenskap te onttrek.

JM POTGIETER

*Universiteit van Suid-Afrika*

PJ VISSER

*Universiteit van Pretoria*

## KUNDIGE-STELSELS (“EXPERT SYSTEMS”) EN DIE REG

’n Kundige- of ekspertstelsel is ’n nuwe tipe rekenaarprogrammatuur wat al op heelwat terreine opskudding veroorsaak het. Dit wil voorkom of die reg nou ook aan die beurt gaan kom en regsgeleerdes moet derhalwe van die nuwe gogga begin kennis neem.

Soos die naam aandui, maak so ’n stelsel gebruik van die kundigheid van deskundiges op ’n sekere gebied. ’n Sogenaamde “kennisingenieur” voer onderhoude met die deskundige en programmeer dan ’n rekenaar met hierdie kundigheid sodat die rekenaar tot ’n onafhanklike diagnose of oordeel kan kom waarteen die deskundige sy eie gevolgtrekking kan toets. Alhoewel daar al oor-optimistiese voorspellings was dat sekere beroepe in die toekoms uitgeskakel sal kan word (met die gepaardgaande vrese en vyandigheid van beoefenaars van daardie beroep), is ek van mening dat hierdie stelsels as ’n hulpmiddel, ’n soort tweede opinie, gesien behoort te word. ’n Tipiese kundige-stelsel bestaan gewoonlik uit twee dele. Eerstens is daar die kennisbasis (“knowledge base”). Dit bestaan uit die kundigheid op ’n sekere vakgebied en is gewoonlik in reëlformaat geformuleer, soos in die volgende voorbeeld: “Kolletjies op die tong is ’n indikator (alhoewel nie die enigste nie) vir Duitse masels.” Die tweede deel van die kundige-stelsel bestaan gewoonlik uit die afleidingsmeganisme (“inference engine”). Hierdie deel van die program prosesseer die reëls sodat daar op die volgende wyse tot ’n sekere gevolgtrekking geraak word: “Indien die pasiënt (a) kolletjies op die tong en (b) ’n koors van meer as 105 grade Fahrenheit het, ly hy met ’n waarskynlikheid van 98 persent aan Duitse masels.”

’n Ideaal van talle rekenaarwetenskaplikes is om ’n meerdoelige afleidingsmeganisme te skep sodat daardie deel van die program onveranderd bly en slegs die kennisbasis aangepas hoef te word, afhange van watter vakgebied betrokke is. Sulke meerdoelige afleidingsmeganismes word reeds kommersieël bemark as sogenaamde “expert system shells”. Die idee is dat ’n mens die “skulp” koop en self die reëls van die gebied inbou waarop hy ’n deskundige is. Die reëls moet so geformuleer word dat die antwoorde wat deur die stelsel vereis word aan die gebruiker duidelik is, sodat hy dit deur waarneming of ondervraging kan vasstel en vir die rekenaar invoer. Dit is terloops nog ’n rede waarom die rekenaar eintlik nie alleen behoort te funksioneer nie, maar van ’n mens afhanklik is om sy oë en ore te wees, oftewel om die vrae wat “hy” stel, te beantwoord.

Aangesien die reg volgens sekere sienings slegs uit ’n aantal reëls bestaan, word dit deur rekenaarwetenskaplikes as die ideale kandidaat vir ’n kundige-stelsel gesien. Des te meer omdat hierdie reëls dikwels in wette vervat is waartoe die publiek vrye toegang het en ook omdat die logiese redenasie in verband met die reg deur akademie en praktyk in onderskeidelik regstydskrifte en hofverslae gevolg kan word. Die eerste deel van hierdie aantekening handel oor die vraag of so ’n “robotregter” ’n praktiese proposisie is. Die tweede deel handel oor die regsgevolge indien ’n kundige-stelsel (nie noodwendig aangaande die reg nie) se “advies” byvoorbeeld tot gevolg het dat ’n pasiënt sterf of leed aangedoen word, ’n brug of gebou wat met die hulp van ’n rekenaar ontwerp is, inmekaarstort ensovoorts. Die twee dele van die aantekening behandel dus twee vrae. Eerstens, in hoe ’n mate kundige-stelsels vir die reg van hulp kan wees, en in die tweede plek, in hoe ’n mate die reg die probleme wat deur kundige-stelsels geskep word, kan help oplos. (Hierdie is basies die onderskeid tussen *rechtsinformatica* en *informaticarecht* wat ek gemaak het in my boek *Computers and the law* 1986.)

Daar bestaan, selfs onder deskundiges op hierdie gebied, meningsverskil oor terminologie. Alhoewel sekere databasisse gebruik maak van kunsmatige intelligensie in die koppeling met die verbruiker, deur byvoorbeeld met hom Engels te "praat" of deur vir hom 'n sogenaamde "smart form" te gee om in te vul, voldoen dit volgens Susskind nie aan die vereistes vir 'n werklike kundige-stelsel nie ("Expert systems in law: a jurisprudential approach to artificial intelligence and legal reasoning" 1986 *Modern LR* 168). Hy is van mening dat 'n ware kundige-stelsel probleme behoort te kan oplos wat die kundigheid van 'n spesifiek menslike deskundige vereis. 'n Databasis met net sekere kenmerke van kunsmatige intelligensie is dus nog nie 'n kundige-stelsel nie. Daarbenewens behoort laasgenoemde ook nog "deursigtig" (m a w "hy" moet die loop van sy redenasie kan verduidelik) en "heuristies" (m a w beskik oor die informele en "rule of thumb"-tipe kennis wat die gesoute praktisyn al opgedoen het) te wees asook buigsaam genoeg om maklike aanpassings van die kennisbasis toe te laat.

Alhoewel daar alreeds verskeie stelsels bestaan wat voorgee om kundig aangaande die reg te wees, voldoen nie een aan die hoë vereistes wat deur Susskind gestel word nie. Trouens, nie een van hierdie stelsels word enigszins entoesiasies in die praktyk gebruik nie. Wat is dan verkeerd met die aanname dat regsreëls as logiese reëls maklik by 'n kundige-stelsel ingebou sou kon word?

As hipotese sou ek wou voorstel dat die reg miskien nie so logies is as wat gedink word nie. Die klassieke aanhaling is natuurlik dié van Oliver Wendell Holmes: "The life of the law has not been logic, it has been experience" ('n goeie voorbeeld van die belang van heuristiese kennis). By straftoemeting het ek enkele jare gelede die vraag gestel of straftoemeting van wetenskap of intuïsie afhanklik is (1982 *De Jure* 260. Ondanks die mening van Klopper (1987 (Des) *Die Landdros* 16), het ek nie in my artikel 'n negatiewe waardeoordeel oor intuïsie probeer uitspreek nie maar was dit 'n *bona fide*-vraag wat nou nog by my leef.)

'n Aanverwante probleem is dat regsreëls nie selfstandig is nie maar normatiewe begrippe soos "redelikheid", "voorsorg" ensovoorts bevat. Dit sou baie moeilik wees om die onderbou van menslike ervaring onderliggend aan sulke begrippe vir die rekenaar te "leer". Daar moet ook aanvaar word dat regsreëls nie beskrywend soos die reëls van die natuurwetenskap is nie, maar voorskriftelik. Nog erger, die reëls self bevat nie altyd die norm nie – laasgenoemde kan soms eers deur regterlike interpretasie vasgestel word. In verband met interpretasie moet daarop gewys word dat terwyl een skool van wetsuitleg 'n letterlike uitleg voorstaan, 'n ander skool ten gunste van 'n teleologiese uitleg is wat aan die doel van die wetgewer uitvoering probeer gee, alhoewel die doel nie in so veel woorde in die betrokke artikel uitgedruk word nie. Dit is vir die rekenaar moeilik om hierdie onderliggende waardes uit die blote woorde te distilleer. Die rekenaar kan ook nie verstaan dat daar teenstrydige reëls en vermoedens van uitleg kan wees nie. "Hy" moet sy redenering van 'n vaste vertrekpunt begin.

Ten slotte kan ook gewys word op die probleem dat daar 'n verskil is tussen die eksterne prosedures van die reg en die interne gedagteprosesse van die kundige deelnemer daaraan. Beide mag tot 'n kundige-stelsel reduseerbaar wees maar die opsteller kan nie bekostig om die twee deurmekaar te laat loop nie.

Alles is egter nog nie verlore in die soektog na 'n kundige-stelsel vir die reg nie. Talle van die probleme hierbo het ontstaan as gevolg van 'n wanindruk



(gewoonlik onder rekenaarwetenskaplikes) oor wat die presiese geaardheid van regsreëls is. Susskind maak die insiggewende stelling dat die bouer van 'n kundige-stelsel eers 'n draai by die algemene regsleer ("jurisprudence") behoort te gaan maak ten einde 'n insig in die presiese geaardheid van die reg te kry. Volgens hom is die huidige stelsels sterk op deduktiewe logika ingestel, met al die nadele wat dit meebring. Hy wys daarop dat alhoewel Hart wel 'n teorie van die reg voorstaan wat op reëls gebaseer is, Dworkin weer klem lê op onderliggende beginsels. Susskind voorsien dat die bouer van 'n kundige-stelsel miskien van die logika van die deontologie gebruik behoort te maak.

Gewapen met hierdie insigte is dit nie onmoontlik dat talle verbeterde stelsels binnekort die lig kan sien nie. Nuwe deurbrake op rekenaar gebied maak die prognose ook meer gunstig. So is daar nou rekenaars met "parallel processing" in stede van "serial processing" (wat beteken dat inligting nie meer in 'n enkele stroom die verwerker bereik nie, maar in parallelle strome – meer soos die funksionering van die menslike brein). Terselfdertyd het die Amerikaner Marvin Minsky die konsep van rame ("frames") uitgevind. Daar moet in gedagte gehou word dat 'n rekenaar niks weet behalwe dit wat vir "hom" ingevoer word nie. Die invoering kan egter sinvoller geskied indien dit in 'n samehangende onderafdeling of "raam" van die werklikheid gedoen word. Saam met die konsep "hof" moet byvoorbeeld die verwantskappe met "hofspraak", "uitspraak", "regter" ensovoorts ingevoer word.

Soos gestel, word vervolgens gekyk na die regsprobleme wat kundige-stelsels veroorsaak. Die ergste *scenario* is seker die derde wêreldoorlog of 'n siviele kernramp – die moontlikheid dat 'n rekenaar beide kan ontkenen, is nie so vergesog as wat 'n mens mag dink nie! In die film "War Games" breek 'n skoolseun by die Pentagon se hoofraamrekenaar in om speletjies te speel en met die strategiese simulaties veroorsaak hy op 'n nippertjie na 'n kernoorlog. Daar is ook 'n teorie dat swak beheer van die rekenaargesteuende veiligheidsmaatreëls die kernramp by Three Mile Island heelwat vererger het. Alhoewel die hieropvolgende bespreking meesal oor deliktuele aanspreeklikheid handel, kan die wangebruik van kundige-stelsels natuurlik ook tot kontraktuele en selfs kriminele aanspreeklikheid lei (die medikus skuif byvoorbeeld nalatig 'n desimale punt by die data wat hy aangaande die pasiënt invoer, waarop die rekenaar 'n dodelike dosis medisyne voorskryf).

Colin Tapper is van mening dat "the law of tort remains a cinderella area for computer law" (*Computer law* (1983) 212). Hierdie situasie kan egter gou verander indien die gebruik van kundige-stelsels toeneem. Sodanige toename sal waarskynlik plaasvind aangesien dit 'n geval is van "damned if you do and damned if you don't". Marshall S Willick wys daarop dat dit later dalk 'n professionele persoon verwyf sal kan word indien daar 'n hulpmiddel soos 'n kundige-stelsel beskikbaar was en hy dit nie ten behoewe van sy kliënt gebruik het nie (1986 *Rutgers Computer & Technology LJ* 3). Indien die professionele persoon egter wel die stelsel gebruik, maar dit nalatig doen, of nalatig weier om die stelsel se advies te volg, of, nog erger, nalatig besluit om sy eie kop te volg ten spyte van die stelsel se advies, kan daar steeds 'n aksie teen hom ingestel word indien sy optrede tot nadeel van sy kliënt was. Willick wys voorts daarop dat dit relevant kan wees of die rekenaar as 'n werktuig gesien word of as 'n spesialis wat om advies of 'n tweede opinie ingeroep word:

"The distinction is important because professionals who competently select qualified specialists are generally insulated from liability arising out of the specialist's negligence,



whereas practitioners are often found liable when they rely upon defective subordinates or tools."

Dié skrywer maak ook 'n onderskeid tussen aanspreeklikheid van die stelselgebruiker, die stelselleweransier (die bemarker of outeur van die program) en die stelselbydraer (die deskundige wie se kennis "getap" en in die stelsel ingebou is). Shortliffe, skepper van een van die bekendste en suksesvolste stelsels, MYCIN, het hom daaraan getroos dat dit gewoonlik die gebruiker sal wees wat aan die pen ry:

"I have stressed, however, that MYCIN is a tool for the physician and not a replacement for his own clinical judgement. It therefore seems likely that the ultimate legal responsibility will rest with the clinician rather than the computer system or its developers" (*Mycin: A rule-based computer program for advising physicians regarding antimicrobial therapy selection* (PhD-proefskrif 1975)).

Die nalatigheid van die leweransier of programmeerder kan byvoorbeeld daarin lê dat hy te veel aan die gebruiker oorgelaat het deur nie voldoende gebruiksinstruksies saam met die program te voorsien nie (vgl die Three Mile Island-insident hierbo). Aan die ander kant is dit miskien te maklik vir die gebruiker om alle skuld op 'n "rekenaar-fout" te plaas. Gedurende die afgelope Aprilvakansie het die Suid-Afrikaanse Lugdiens byvoorbeeld honderde besprekings aanvaar vir 'n vlug vanaf Kaapstad na Johannesburg wat nooit sou plaasvind nie. "A SAA spokesman blamed a computer fault for the fictitious flight and apologised to passengers for any inconvenience" (*Pretoria News* 1988-04-12).

Indien die stelselbydraer vergoeding ontvang het vir die kennis wat van hom verkry is, bestaan daar 'n moontlikheid dat ook hy aanspreeklik gehou sal kan word weens die verskaffing van foutiewe inligting. Indien dit een of twee keer gebeur, sal dergelike deskundiges natuurlik ontmoedig word om hulle kennis te deel, iets wat baie stremmend op verdere ontwikkeling van kundige-stelsels kan werk. Aanvanklik kan sodanige aanspreeklikheid moontlik deur versekering gedek word, maar weens die omvang van die moontlike skade kan die premies so duur word dat die kommersiële sukses van die program op die spel kan kom. Susskind reken dat 'n soortgelyke ontwikkeling kan volg as wat die geval is met die rampspoedig hoë versekeringspremies wat dokters tans in die Verenigde State moet betaal weens die vele eise wat teen hulle ingestel word:

"A bill now pending before Congress would limit plaintiffs in medical malpractice actions to recovery of treatment costs, lost earnings, and attorneys fees, thus cutting off much higher potential recoveries for pain and suffering and punitive damages."

By al dergelike eise kan daar natuurlik aansienlike bewysprobleme wees. Enigiemand wat al 'n programfout (oftewel 'n "bug") probeer elimineer het, sal weet dat dit moeilik genoeg is om op te spoor, laat staan nog om nalatigheid vir die ontstaan daarvan te bepaal. Sommige skrywers beweer dat almal wat aan die stelsel meegewerk het aanspreeklikheid behoort te deel, sodat die slagoffer nie die moeilike bewyslas sal dra om nalatigheid spesifiek aan een persoon se deur te moet lê nie. (Juis die feit dat daar soveel persone met soveel verskillende funksies by die meeste rekenaarstelsels betrokke is, met die gevolg dat 'n enkele persoon nie 'n oorsig van die geheel het nie, is vir my die swak punt in die vereiste van die Wet op Rekenargetuïenis van 1983 dat een persoon 'n beëdigde verklaring moet aflê dat alles wel is met 'n betrokke rekenaarstelsel of netwerk.) Janet S Zeide sou verkies het om hierdie as skuldlose aanspreeklikheid ingevolge die Amerikaanse reg insake produkteaanspreeklikheid te beskou ("Using

expert systems: the legal perspective" 1987 (Spring) *IEEE Expert* 19). Die probleem is egter dat 'n "produkt" ingevolge die Amerikaanse reg 'n stoflike saak moet wees en dat 'n rekenaarprogram (nog nie) as sodanig deur die reg erken word nie. Die neiging is om dit as 'n "diens" te sien; gevolglik moet nalatigheid bewys word voordat deliktuele aanspreeklikheid volg.

Dit wil dus voorkom of die regsprobleme voortspruitende uit die gebruik van kundige-stelsels met ons gaan wees nog lank voordat ons die voordele van 'n juridiese kundige-stelsel sal geniet. Op hierdie gebied ontwikkel die *informati-carecht* dus vinniger as die *rechtsinformatica!*

DP VAN DER MERWE  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## RELATIEWE KANTE VAN DIE SUBJEKTIEWE REG

### 1 Inleiding

Daar word gewoonlik verklaar dat 'n subjektiewe reg absolute werking het (sien Joubert "Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van 'n realistiese begrip daarvan vir die privaatrek" 1958 *THRHR* 12 98 115; Van der Merwe *Die beskerming van vorderingsregte uit kontrak teen aantasting deur derdes* (1959) 147; Van Zyl in Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 430). Hierdie beskouing is myns insiens nie slegs op 'n onrealistiese beskouing van die reg gebaseer nie, maar ook op 'n oordrewe idealistiese siening van die funksionering van die menslike gemeenskapslewe in die algemeen. Die onderhawige aantekening is grootliks 'n samevatting van die resultate van navorsing wat by vorige geleenthede onderneem is. Onnodige duplikasie van verwysings word sover moontlik vermy. Vir doeleindes van die bespreking wat volg, kan onderskei word tussen die (samehangende) bestaansrelatiewe en werkingsrelatiewe aard van die subjektiewe reg.

### 2 Bestaansrelatiwiteit

Daar word soms aangevoer dat die inhoud van die subjektiewe reg deur die regsnorm gereguleer word (sien Joubert 115; Van Zyl 420). Die eerste vraag wat beantwoord moet word, is: wat is 'n regsnorm?

#### 2 1 Die regsnormaard

Tradisioneel word onderskei tussen 'n normatiewe wêreld (die "behoort"-wêreld — *sollen*) en 'n natuurwêreld (die "is"-wêreld — *sein*). Die regspreker pas hiervolgens bloot die norme toe en "toepassing" van die norme lewer, ongeag die vraag wie die "toepasser" is, deurgaans dieselfde resultaat. Hierdie benadering is onrealisties omdat dit die mensfaktor ignoreer. Dit kan in die besonder nie verklaar waarom regsprekers ten aansien van dieselfde "regsvrae" tot verskillende konklusies kom nie. Dit oorskat ook die kommunikasiekwaliteit van taal: mense interpreteer woorde nie noodwendig dieselfde nie bloot omdat menslike ontvanklikheidswêreld kan verskil. Daar bestaan in finale instansie slegs 'n "is"-wêreld en die mens en sy gemeenskap is deel daarvan. As gevolg van die werklikheidsvreemde grondslag daarvan word die onderskeid tussen die "behoort"- en "is"-wêreld hedendaags dan ook deur verskeie regsfilosowe verwerp (sien bv Bondy "Das Reich des Sollens" 1976 *Österreichische Zeitschrift für*

*öffentliches Recht* 85; Kaufmann *Analogie und "natur der Sache"* (1982) 18; Labuschagne "Regsdinamika: opmerkinge oor die aard van die wetgewingsproses" 1983 *THRHR* 424).

'n Regsnorm kan myns insiens slegs die resultaat van 'n sekere proses (regsnormatiewe proses) wees. Die proses neem 'n aanvang by die daarstelling van die struktuurnorm wat gerig is op die bevrediging van die normbehoefte. Die struktuurnorm word gevind in die tradisionele kenbronne van die reg, naamlik in wetgewing of die gemenerereg of die gewysdereg. Omdat reg nie gelyk is aan mag nie, is die regspreker in sy onvermydelike regsvormingsfunksie aan die struktuurnorm gebonde. Hy kan nie na willekeur reg skep nie. (Sien my aantekening "Die strafregnorm" 1982 *THRHR* 314 waar in meer besonderhede hiermee gehandel word.) Die ander rol wat die struktuurnorm vervul, is dat dit 'n beeld aan die regsonderdane bied van wat "min of meer" van hulle verwag word. Hulle kan met wisselende grade van sekerheid hulle gedrag daarvolgens rig. In sommige gevalle kan met bykans absolute sekerheid voorspel word wat 'n regspreker gaan beslis, terwyl dit in ander gevalle met bykans geen sekerheid voorspelbaar is nie. Eers wanneer gevolg gegee word aan 'n struktuurnorm, verkry die normproses (finale) funksionele betekenis en inhoud. Dan het 'n mens met 'n ware (funksionele) norm te make (sien hieroor my artikel 1983 *THRHR* 425; Ellis *Regterlike regsvorming en die spreuk judicis est jus dicere non dare* (LLD-proefskrif UPE 1987) 283). Hierdie normbeskouing het die volgende tot gevolg: (i) 'n Regsnorm (funksieregsnorm) ontstaan eers by die bylegging van 'n geskil. Sonder 'n geskil is 'n regsnorm nie nodig nie en is die bestaan daarvan onmoontlik. (ii) 'n Norm het 'n eenmalige bestaan. Daarom kan norme nie in konflik wees nie. (iii) Die enigste geadresseerde van 'n norm is diegene teen wie die normsanksie in werking gestel is. (iv) Regsaanspreeklikheid ontstaan gevolglik eers by die inwerkingstelling van die normsanksie. Laasgenoemde kan bloot bestaan in die nietigheid van 'n handeling of late of gevolg of toestand.

Die normteorie wat hierbo aangebied word, hou rekening met die onsekerhede en onvoorspelbaarhede wat die onvermydelike mensfaktor by die normproblematiek meebring. Die gangbare normteorie is werklikheidsontrou en fantaseer die mensfaktor uit die werklikheid uit. Werklikheidontkenning vertraag op sy beurt weer behoorlike begrip en sinvolle vooruitgang.

## 2 2 *Die verhouding van die regsnorm tot die subjektiewe reg*

Dit blyk duidelik uit bogenoemde normbeskouing dat 'n regsnorm nie die inhoud van die subjektiewe reg vooruit kan reël nie. Die onseker gevolg van 'n proses kan nie iets vooruit reël nie. Die regsnorm is die enigste regsfunksionele en die subjektiewe reg is myns insiens niks anders as die subjekaansig daarvan nie. Kortom, die regsnorm en die subjektiewe reg is wesenlik een en dieselfde ding. Dieselfde onderskeidings wat ten aansien van die normproses gemaak kan word, kan derhalwe ook ten aansien van die subjektiewe-reg-proses gemaak word. Daar bestaan gevolglik aanvanklik 'n subjektiewe struktuurreg en in finale instansie 'n subjektiewe funksiereg, dit is die ware en funksionele subjektiewe reg. Die vraag of 'n sekere subjektiewe reg bestaan, kom eers ter sprake wanneer die beweerde skending daarvan in geskil is. Die een regspreker kan beslis dat daar wel 'n subjektiewe reg bestaan wat geskend is, terwyl 'n ander tot die teenoorgestelde beslissing kan kom. Hierdie opmerkinge moet ook gesien word teen die agtergrond van die bespreking wat volg. Die onsekerhede en onvoorspelbaarhede



wat die mensfaktor, soos hierbo genoem, meebring, bestaan derhalwe ook ten aansien van die subjektiewe reg en stel die bestaansrelatiewe kant daarvan daar.

### 3 Werkingsrelatiwiteit

In dié verband kan die volgende onderskei word:

#### 3 1 *Etnoreg*

Die problematiek in dié verband kan aan die hand van die volgende hipotetiese voorbeelde verduidelik word:

a A, 'n swarte, defloreer B, 'n swart meisie. Sowel A as B leef in tradisionele stamtoestande. C, B se vader, stel 'n deliktuele eis weens die deflorering teen A in.

b D, 'n blanke man wat in 'n stedelike gebied woon, defloreer E, 'n swart meisie. E lewe nog in tradisionele stamtoestande. F, E se vader, stel insgelyks 'n eis teen D in.

A, in voorbeeld (a), het 'n subjektiewe reg van C geskend deur sy dogter te defloreer (sien Labuschagne "Regspluralisme, regsakkulturasie en deflorasie in die inheemse reg" 1983 *TSAR* 12). Die inheemse reg geld egter slegs ten aansien van swartes (sien a 35 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 en a 54 A(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944, asook Visser *Die Suid-Afrikaanse interne aanwysingsreg* (LLD-proefskrif UP 1979) 289 e v; Olivier *Regspluralisme in Suider-Afrika* (LLD-proefskrif UP 1986) 52 e v). Daarom kan D, in voorbeeld (b), nie F se subjektiewe reg ten aansien van die ongeskondenheid van sy dogter skend nie. Subjektiewe regte wat ingevolge die inheemse reg bestaan, het derhalwe 'n relatiewe werking in die sin dat dit slegs ten aansien van swartes geld. 'n Nie-swarte kan nie so 'n reg skend nie.

#### 3 2 *Geslagsgebonde reg*

Die reg wat 'n meisie op haar maagdelikheid (i g v seduksie) het, geld slegs ten aansien van manlike persone. Die lesbiese verleiding en ontmaagding van 'n meisie gee blykbaar nie aanleiding tot die aksie weens seduksie nie. Heteroseksuele geslagsomgang word vereis (sien Bekker *Die aksie weens seduksie* (LLD-proefskrif (Unisa 1977) 441). Die werking van die maagd se subjektiewe reg is in dié sin derhalwe relatief. Selfs al sou 'n ander vrou behulpsaam wees met die verleiding van 'n maagd, word steeds vereis dat 'n man met haar geslagsomgang moet hê (Bekker 442).

#### 3 3 *Skendingonvatbares*

Die problematiek in dié verband kan aan die hand van die volgende hipotetiese voorbeelde verduidelik word:

a A, 'n geesteskranke, steek B se motor aan die brand. B stel 'n eis vir ska-vergoeding teen A in.

b C val D met 'n mes aan. D verweer homself deur C met 'n rewolwer 'n skoot in sy arm te gee. C doen skade as gevolg daarvan op en stel 'n eis teen D in.

Die algemene standpunt is dat regsnorme, en bygevolg subjektiewe regte, teenoor alle mense geld (sien my aantekening 1982 *THRHR* 312). Die effek van dié benadering is dat A in voorbeeld (a) B se reg asook die betrokke regsnorm effekvry geskend het, want B se eis kan nie teen hom slaag nie.



Dit is 'n *contradictio in terminis*. Soos hierbo op gewys is, bestaan 'n norm, realities gesproke, juis in die inwerkingstelling van die normsanksie. Die konklusie is voor-die-hand-liggend: A het nie B se subjektiewe reg geskend nie want dit geld nie ten aansien van geesteskrankes, *infantes* en persone wat onwillekeurig optree nie (sien Labuschagne "Misdaadelementologie" 1977 *De Jure* 314; Labuschagne "Noodweer teen 'n regmatige aanval?" 1974 *De Jure* 112). Dit is so dat B teen A in noodweer mag optree. Hier het mens 'n geval, soos by 'n ander geleentheid aangetoon is, waar in noodweer teen 'n regmatige aanval opgetree kan word (1974 *De Jure* 108). 'n Realistiese beskouing van die regsnorm (en die subjektiewe reg) kan in ieder geval nie deur tegniese oorwegings verwring word nie: die vereistes vir noodweer sal dan bloot heromskryf moet word. Die feit dat C in voorbeeld (b) vir D aangeval het, het die werking van sy subjektiewe reg(te) in dié betrokke geval "opgeskort". Sy subjektiewe reg(te) het derhalwe in dié verband 'n relatiewe werking: dit geld nie teen D of persone wat tot sy hulp kom nie, dit wil sê dit geld nie teen noodweerdaders nie (sien Labuschagne 1977 *De Jure* 314 vir verdere analogiese voorbeelde). D skend gevolglik nie C se subjektiewe reg(te) nie. Hierdie siening geld vir al die sogenaamde regverdigingsgronde.

### 3 4 Relatiewe saaklike regte

Van der Vyver en Joubert wys hierbenewens daarop dat sekere saaklike regte slegs *inter partes* en nie teen derdes nie, werk (*Persone- en familiereg* (1984) 19). Hierop word nie verder ingegaan nie.

## 4 Konklusie

In die lig van bogaande uiteensetting is dit duidelik dat dit nie korrek is om te beweer dat subjektiewe regte 'n absolute werking het nie. Inteendeel, dit het essensieel 'n relatiewe werking.

JMT LABUSCHAGNE  
*Universiteit van Pretoria*

*Rechtvaardigheid en vryheid zyn de eenige ware kenmerken der echte menselijkheid* (de Houten *Woodrow Wilson* 27).

## UNIVERSITY SUBSIDIES - THE FINAL ROUND?

**The University of Cape Town and the University of the Western Cape v Ministers of Education and Culture (House of Assembly and House of Representatives), Minister of National Education and Minister of Home Affairs 1988 3 SA 203 (C)**

### Background

For the moment at least, the profoundly controversial subsidy conditions imposed on universities by the first respondent in this case, are something of the past. In this judgment, handed down by Howie J (Nel J and Conradie J concurring), an application for an order declaring the said conditions invalid was granted. An application by the respondents for leave to appeal has also since been refused.

The judgment merits attention not only because of its direct relevance to many of the readers of this journal, but also because interesting questions of law were at stake and a red-hot controversy was dealt with in a level-headed, almost "clinical" way.

The first respondent purportedly imposed the conditions by virtue of section 25 of the Universities Act 61 of 1955, subsection 1 of which provides as follows:

"The Minister, in consultation with the Minister of Finance, may out of moneys voted by Parliament for the purpose grant subsidies to universities in respect of capital and normal recurrent expenditure for such purposes and on such basis *and subject to such conditions* as may, in respect of each university, be determined by the Minister and with due regard to the requirements of each university in relation to the general requirements of higher education in the Republic" (our italics).

According to subsection 2, the "conditions" referred to in subsection 1 may (except in the case of the University of South Africa) include conditions with respect to the racial character of a university and related matters (in particular racial quotas etc). According to subsection 3, different conditions may be determined for different universities and, within one and the same university, different conditions with respect to (*inter alia*) different study courses may be imposed. Subsection 4 vests the minister with the power to amend or withdraw conditions.

Following a meeting between representatives of the universities and representatives of the government, the disputed conditions were imposed in identical form on all South African universities, instructing university councils to take steps directed towards a number of objectives expounded in some detail. These include:

- a the prevention of unlawful interference with, intimidation of, or discrimination against students or staff members of the university pursuing their normal and lawful university activities;
- b accomplishing the undisrupted and undisturbed continuance of teaching, research and related supporting activities;
- c deterring unlawful meetings, class and examination boycotts "or any other disruptive conduct";
- d preventing staff members or students or other persons from using university supplies, equipment and buildings or premises for certain specified purposes, e.g.
  - aa the promotion of the aims or public image of unlawful organisations;
  - bb the promotion, support or organising of various kinds of boycotts;
  - cc the incitement or encouragement of members of the public to stay away from work or to strike illegally;
  - dd the promotion, support or organising of civil disobedience campaigns;
  - ee "the printing, publishing or dissemination of any publication in contravention of a notice issued under section 5(1) of the Internal Security Act, 1982 (Act 74 of 1982)"; or
  - ff "the commission of any act which endangers the safety of the public or the maintenance of public order";
- e ensuring that disciplinary steps be taken against "offenders" (students and staff members) in terms of a-d above;
- f "ensuring that disciplinary steps be taken against any staff member who is found, to the satisfaction of the responsible disciplinary body of the University, on proof furnished by the Minister of Education and Culture at any place to have committed any act of which the Council is notified by the Minister, which constitutes an act in respect of which the Council is in terms of these conditions required to take preventive or disciplinary measures";
- g ensuring that disciplinary steps be taken against students who have intimidated other students or staff members; and
- h ensuring strict compliance with section 17 of the Joint Statute of the Universities in respect of submitting a certificate of conduct in the event of a student moving from one university to another - "provided that the University shall not register any student who has been expelled from another university on the grounds of misconduct contemplated in paragraphs (e), (f) and (g) above as long as such expulsion is of force and effect".

It was further required that, should an event of the kind contemplated in (a) to (c) above (and involving a student or staff member of a university) occur, and the university council concerned is aware of it or it is brought to its attention, the council should notify the Minister of Education and Culture of it in writing, within twenty-one days of the date on which it occurred, or within certain

extended periods which are also provided for. The council is required to explain the circumstances of the event to the minister and to state whether steps (including disciplinary steps) have been taken or are intended to be taken in order to prevent the recurrence of similar events in future.

On receipt of the above report, the minister will notify the council of his finding whether the council has complied with the aforementioned conditions. If the minister finds that any condition has not been met, he will give reasons for his finding and the council will have twenty-one days to make a submission to the minister with respect to the minister's finding. If this submission fails, the formal procedure in terms of section 27 of the Universities Act will commence. This procedure provides for certain steps to be taken in order to withhold payment of the whole or any portion of the subsidy of a university.

The applicants in the present case (208–209) attacked these conditions on three grounds, namely that

- “(1) their imposition exceeded the powers conferred by the legislature in section 25 of the Universities Act;
- (2) they are so vague that they do not convey with reasonable certainty what applicants are required to do in order to avoid non-compliance and its consequences; and
- (3) they involve unreasonably oppressive or gratuitous interference with applicants' rights”.

The court found that the conditions are invalid on all three grounds. This discussion will focus on four matters:

- The question whether the conditions in question were subordinate legislation or whether they were (purely) administrative acts.
- The unauthorised purpose they sought to achieve.
- Their alleged vagueness.
- Their unreasonableness.

We shall consider these matters *seriatim*.

### Legislation or administrative acts?

The court (211E) thought it unnecessary to give a definite answer to the question whether the conditions constitute subordinate legislation or administrative acts, in other words, whether they amount to the performance of a legislative administrative act or a purely (or executive) administrative act. It is submitted that the court should have dealt with this question more fully because if it were true that the conditions indeed constituted subordinate legislation, as the applicants averred, this would have had several important implications.

The necessity to distinguish between legislative administrative acts and purely administrative acts is underscored by the following considerations:

- 1 While an administrative body which has performed a purely administrative act may be *functus officio* in respect of that act, this is not the case as far as legislative administrative acts are concerned (s 10(3) of the Interpretation Act 33 of 1957; Baxter *Administrative law* (1984) 372; Wiechers *Administrative law* (1985) 66).
- 2 Moreover, while our courts have for more than a century acknowledged that subordinate legislation may be declared void on account of its unreasonableness,



they have, by and large, refused to do so in respect of purely administrative acts (cf Baxter *supra* 478–479).

3 Furthermore, the Interpretation Act (s 16) requires ministerial regulations, rules or orders to be published in the Gazette. *Prima facie* this provision seems also to apply to purely administrative precepts (“rules” or “orders”) issued by the minister, just as the first provision of the Act (s 1) states that the act applies to the interpretation of all by-laws, regulations, rules or orders. However, Steyn (*Die uitleg van wette* (1981) 162 184) submits that these provisions relating to rules and orders do not include precepts of a purely administrative nature, since the *eiusdem generis* rule serves to restrict the scope of the provisions to legislative precepts. If it therefore appears that the conditions constituted legislation, they had to be published in the Gazette.

4 Finally, the consequences of a court judgment on the validity of an administrative act differ according to the type of administrative act concerned. When a legislative administrative act is declared invalid, all the consequences and legal effects of the act are terminated *erga omnes*, whereas the annulment by the court of a purely administrative act results in the termination of its legal force only in respect of that individual act (Wiechers *supra* 65–66 302). In other words, depending upon which type of administrative act is involved, the judgment will affect only the two applicant universities or it will affect all universities subject to the conditions and residing in the area of the court’s jurisdiction.

Of the above considerations the second and third are particularly relevant. The above-mentioned provision of the Interpretation Act requiring publication of subordinate legislation in the Gazette is peremptory: non-compliance will result in the nullity of the “enactment” not thus promulgated (*Van Rooy v Law Society (OFS)* 1953 3 SA 580 (O) 584–5). In other words, if it appears that the conditions in fact amount to legislation, they would have been invalid since they were not published in the Gazette. This would have constituted yet a further ground for invalidity in addition to the three grounds already found by the court. Against this view it might be argued that the empowering statute by implication dispenses with the requirement of promulgation (cf *Van Rooy’s case supra* 585). It is nevertheless submitted that the mere fact that section 25 of the Universities Act does not prescribe a particular form in which conditions are to be made known, is not a sufficient indication of a necessary implication that the legislature intended to dispense with the mandatory requirements of the Interpretation Act.

As has been mentioned and as will be shown in due course, one of the grounds upon which the court held the conditions to be invalid is their unreasonableness. However, recourse to unreasonableness, as has been shown, would have availed the court only if the conditions amounted to legislation. It therefore becomes necessary to distinguish between legislative administrative acts and purely administrative acts and to determine the nature of the disputed conditions in view of this.

Both legislative and purely administrative acts relate to precepts made by a body authorised thereto by law and which have binding force in that they are buttressed by sanctions in case of non-compliance. The definition of legislation as “the enunciation of binding rules of law in a formalised way, by an authority endowed with legal capacity to do so” (Hahlo & Kahn *The South African legal system and its background* (1968) 142) is accordingly unacceptable since it applies with equal force to many instances of purely administrative acts and even, as

Kachelhoffer (*Die betekenis van ondergeskikte wetgewing vir die administratiefreg in Suid-Afrika* LLD Unisa (1972) 18) points out, to judicial acts. Much the same criticism would apply to the view according to which legislation is identified as the power to make law, that is, to create legal rights and liabilities (cf Gordon 1933 *LQR* 113; Galligan 1976 *Public Law* 345).

The main difference between legislation and administration has been sought in the nature and scope of their application. Thus Gardiner J in *R v Koenig* 1917 CPD 225 241 held the view – based upon Austin's *Jurisprudence* and endorsed in *Byers v Chinn* 1928 AD 322 329–330 – that a law (legislation) should be distinguished from a purely administrative act in that a law is a command with “obliges a person or persons, and obliges generally to acts or forbearances of a class”, while a purely administrative act consists of “an occasional or particular command”. In *R v Kotane* 1952 4 SA 359 (T) 361C it was also noted that legislation has “the force of law of general application”. Legislation has a general scope in that it is applicable to every member of the public or at least to a group; it establishes (amends or revokes) a general relationship between the administrative body concerned and the affected subjects (Wiechers *supra* 57). This also serves to explain the requirement of promulgation in the Gazette: public notice of rules affecting the public is required. Purely administrative acts, on the other hand, affect only specific members of the public; they bring about the establishment of an individual administrative relationship, whereby non-specific, impersonal legislative rules are individualised, that is, made applicable to the individual subject in a personal manner (Wiechers *supra* 58). Thus, although promulgation by notice in the Gazette is optional (s 15 of the Interpretation Act), individual notification to the subject concerned is sufficient. The above criteria according to which the distinction between legislative and purely administrative acts is drawn, are not, however, conclusive, since many legislative provisions, especially those contained in subordinate legislation, are nevertheless specific and personal (cf e.g. Rabie 1986 *Acta Juridica* 297–298). On the other hand, certain acts that have a general application, have at times been labelled “administrative” (*Duze v Eastern Cape Administration Board* 1981 1 SA 827 (A) 841C–H; *Mabaso v West Rand Administration Board* 1982 3 SA 977 (W) 987E) or “executive” (*Estate Breet v Peri-Urban Areas Health Board* 1955 3 SA 523 (A) 533B). This has led to some confusion and the same act has on different occasions variously been described as “executive” (*Breet case supra* 533B), “legislative” (*Broadway Mansions Ltd v Pretoria City Council* 1955 1 SA 517 (A) 523C) and even “quasi-legislative” (*Cotton Tail Homes v Palm Fifteen (Pty) Ltd* 1977 1 SA 264 (W) 272G).

From this rather brief discussion it would appear that although a distinction between legislative and purely administrative acts may be satisfactorily drawn in broad outline, it is one which sometimes breaks down when applied to certain provisions. The borderline between legislation and administration is therefore rather hazy and the assumption that they are fundamentally different powers is misleading.

As has been explained, it is nevertheless important to determine whether the minister's conditions amounted to administrative legislation or not. It is submitted that such conditions have the qualities of legislation rather than those of a purely administrative act. They consist of general rules of conduct applicable in identical form to all South African universities. The court (211G) also noted

these characteristics which the conditions share with subordinate legislation, i.e. that they were imposed on all universities and for an indefinite period.

The fact that the conditions are not couched in the traditional form of administrative legislation, i.e. regulations, does not detract from this view. It is significant that originally section 25 of the Universities Act empowered the minister to prescribe conditions by regulation, but that this part of the section had already been deleted by 1959, now authorising the minister simply to impose such conditions as he may determine. Whatever the form in which the conditions may be couched, it is submitted that in substance they constitute administrative legislation. There would, after all, have been no doubt that such conditions, if they were imposed before 1959 in the form of regulations, would have constituted subordinate legislation. Why should their nature undergo a change, merely on account of the different form in which they are now couched? While dealing with form, finally, it is noteworthy that the order which the court granted in declaring the conditions invalid, was a declaratory order – which is the type of remedy by which subordinate legislation is normally struck down – and not an order on review, the means whereby purely administrative acts are normally invalidated.

### Unauthorised purpose

The principle that an administrative act may be declared invalid if it is performed with a view to achieving a purpose which has not been authorised by the enabling legislation, has been consistently recognised and applied in a long line of cases dating back to the 1850s (cf Baxter *supra* 508–512; Van Dorsten 1985 *THRHR* 381–384). This principle is taken to be a matter of common sense requiring no authority to substantiate it (Van Dorsten *supra* 384). Its application in the instant case served as the first ground upon which the conditions were declared invalid. Our remarks are restricted to comment on four aspects:

1 First: since every power must be conferred with reference to a purpose, our courts are obliged through their interpretation of the enabling legislation in question to determine the authorised purpose. It is therefore somewhat strange that the court in the instant case failed to determine the purpose of the relevant legislation clearly and unequivocally, although it (212) did refer to “academic activities”, “the better functioning of universities” and “protecting the public purse”. Instead, the court (*ibid*) adopted a negative approach, holding that achieving the maintenance of law and order fell outside the scope of the authorised purpose. It would have been more satisfactory if the court had set about clearly to pinpoint the purpose authorised by the relevant legislation, for an unauthorised purpose would then have been more readily ascertainable. It nevertheless seems acceptable for the court simply to have held that the achievement of law and order was clearly not authorised by the enabling legislation, which, after all, dealt with a totally different field, namely that of education.

2 Secondly, it is to be noted that the court’s (211–212) consistent reference to “motive” and “ulterior motive” instead of “purpose” and “ulterior purpose” is unfortunate, albeit in conformity with many other *dicta* in our case law. Although a motive may be relevant in ascertaining a purpose (cf Baxter *supra* 513), purpose and motive are not identical concepts and should therefore preferably not be used interchangeably when the intention is to refer to purpose as “the



objectively ascertainable end, aim or object for the attainment of which the power exists or was granted" (Van Dorsten *supra* 390).

3 A third aspect that may be noted is first respondent's achievement of co-existing purposes. It appeared that although some of the conditions sought to achieve the ulterior purpose of law and order, others, or parts thereof, indeed focused on the disruption of academic activities – obviously an authorised purpose. The court (212H) concluded that in spite of the co-existence of conditions falling within the scope and purpose of the enabling legislation, the operation of the above-mentioned ulterior purpose in respect of other conditions rendered the conditions invalid in their entirety. The court did not attempt to ascertain whether the valid conditions could have been severed from the invalid ones. However, it seems that such an exercise would in any case have borne no fruit since severance would have proved to have been impractical, with certain conditions, according to the court, being only partly related to the authorised purpose.

Furthermore, it is submitted that even if severance could have been accomplished, this should not have availed the respondents, since the dominant purpose was an unauthorised one. The court held that the majority of the conditions dealt solely with considerations germane to, if not bearing directly upon, the achievement of an object not authorised by the enabling legislation. Our submission is that where an administrative body pursues more than one purpose in instances where only one is authorised, the validity of the administrative act which has been performed should be determined by reference to the dominant purpose.

4 Finally, the court invoked certain canons and/or techniques of statutory interpretation in order to determine the purpose and scope of section 25(1) of the Universities Act although, as pointed out earlier, the exact purpose was not identified: the court merely made a finding as to what the provision in question does not aim to achieve. A few remarks can be made about these canons and techniques:

Referring to the predecessor of section 25, to wit section 9 of the Higher Education Financial Provision Act of 1931, the court came to the conclusion that section 25 (read with sections 26 and 27) of the Universities Act introduces a novel element of safeguarding "the public purse against unrestricted financial obligations in respect of university development" to the whole concept and practice of financing higher education. This conclusion was reached with reference to the report of the Commission of Enquiry into University Finances and Salaries of 1951 (also known as the report of the Holloway Commission).

Traditionally, the rule that preceding deliberations are not to be taken into account in order to determine the meaning of an enactment, also pertained to the reports of parliamentary and other commissions of investigation from which the enactment flowed (Steyn *supra* 135–136; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 134). In *Hleka v Johannesburg City Council* 1949 1 SA 842 (A) 852 the question was left open. This gave rise to conflicting *dicta* in later judgments of other divisions of the supreme court.

In his minority judgment in *S v Mpheta* 1985 3 SA 702 (A) 712G–713D Galgut AJA approved of the fact that the court *a quo* had recourse to the report of the Commission of Enquiry into Security Legislation (the Rabie Commission report)



in order to determine what "mischiefs" the Internal Security Act 74 of 1982 seeks to remedy. Extensive reference was made to English case law authority.

In *Westinghouse Brake & Equipment (Pty) Ltd v Bilger Engineering (Pty) Ltd* 1986 2 SA 555 (A) 562C-563A the question was finally settled by Corbett JA in the following terms:

"In my opinion, our Courts . . . are entitled, when construing the words of a statute which are not clear and unambiguous, to refer to the report of a judicial commission of enquiry whose investigations shortly preceded the passing of the statute in order to ascertain the mischief aimed at, provided that there is a clear connection between, on the one hand, the subject-matter of the enquiry and the recommendations of the report and, on the other hand, the statutory provisions in question" (562I-563A).

This *dictum* has since been followed by Ackermann J in *Trident Steel (Pty) Ltd v John* 1987 8 ILJ 27 (W) 34H-I.

In the case presently under consideration the court invoked this method in order to ascertain the "mischief" at which section 25 is directed, without referring to any authority supporting its *modus operandi*. However, since the question has now been settled, the court was quite entitled to do so.

Assuming that the conditions are subordinate legislation, the way in which the court proceeded in determining their purpose, is also noteworthy. A speech of the second respondent at a meeting preceding the imposition of the conditions formed part of the papers before the court. It was common cause that this speech set out the motives for the imposition of the conditions. The contents of the speech as such read with paragraph 1 of the conditions as they stand, led the court (212B) to conclude that

"it is evident that while sub-paragraph (b) and parts of sub-paragraph (a) and (c) focus upon disruption of academic activities, the rest of the paragraph - constituting the majority of its provisions - deal solely with considerations germane to, if not bearing directly upon, the maintenance of law and order".

As pointed out, our law of interpretation as it stands, does not admit reference to preceding deliberations - including ministerial speeches - in determining the purpose and, hence, the meaning of a provision. This clearly applies to original legislation but there is no reason why, in principle, subordinate legislation should be excluded. Unfortunately, once again, the court does not refer to any authority in support of its *modus operandi* of referring to the minister's speech in order to determine the central object of the conditions.

In *Madzimbamuto v Lardner-Burke; Baron v Ayre* 1968 2 SA 284 (RAD) 353E-354G Beadle CJ considered the admissibility of reference to an official ministerial statement explaining the reasons for imposing a state of emergency, in order to determine the purpose for which certain emergency regulations were made. The court approved of such reference in principle. The statement referred to was a reproduction by the Ministry of Information of the minister's speech in parliament. The court's approval of reference to it was to a large extent prompted by the fact that, in its new context, it was no longer merely a Hansard-style record of a discussion in parliament. The possibility of speculation about the (varying) reasons why individual members of parliament would have voted for the measures referred to in the statement was therefore excluded. The very possibility of such speculation seems to have motivated the prohibition of reference to preceding deliberations (*Mathiba v Moschke* 1920 AD 361 362).

The judgment of Beadle CJ clearly illustrates that the consideration just mentioned need not exclude reference to statements or speeches explaining the reasons why subordinate legislation was made, especially in instances where an individual person (and not a body of individuals) acts as a subordinate legislature. Therefore, even on the assumption that the subsidy conditions in the case presently under discussion constitute subordinate legislation, reference to the speech of the second respondent in order to help ascertain their purpose was, though apparently unusual, nevertheless warranted. However, this being the case, the following contention of Steyn (*supra* 135) with respect to original legislation is also justified:

“Dit kan toegegee word dat die debatte in bv die Volksraad heel dikwels geen lig op ’n duistere bepaling sal werp nie, en dat dit soms nie veilig sal wees om daardie debatte as leidraad te neem nie, maar dit is ewe goed moontlik dat bv die tweedelesingstoespraak van die minister wat ’n wetsontwerp indien, waarin hy die algemene strekking daarvan verduidelik, of sy antwoord op die debat of op ’n bepaalde gesigspunt deur ’n lid geopper, of dat die verklarende memorandum wat soms op gesag van die betrokke minister aan die lede verskaf word ter verduideliking van ingewikkelde of moeilik verstaanbare wetgewing, wel kan dien tot beter begrip van so ’n bepaling. Dit is nie duidelik waarom dit nodig sou wees om ’n dergelike deugdelike hulpmiddel in beginsel uit te sluit nie.”

### Vagueness

The subsidy conditions are prefaced by the “instruction” that

“the Council of the University shall within the scope of the powers and the duties conferred or imposed upon it by law with regard to the government and the general control of the affairs and functions of the university, take steps directed towards”

and then follow the particular provisions contained in (a) to (h) which we referred to more fully above. The court came to the conclusion that the conditions are sufficiently vague to render them invalid:

“Putting it plainly, nothing in the conditions lays down the quality or number of the steps to be taken, the accuracy of efficacy with which they must be ‘directed’ or how far ‘towards’ the required goals they must go. Consequently, nothing expressed in the conditions provides a pointer as to what the intended meaning was or assists in determining where to draw the line which separates compliance from non-compliance” (213G–H).

The principles applied to justify this conclusion are not new. With reference to *R v Jopp* 1949 4 SA 11 (N) 13–14 and *United Democratic Front v State President* 1987 3 SA 206 (N) 312E–313A the court rightly held that it cannot invalidate the conditions merely because their implementation might be difficult – even extremely difficult. However, the court experienced difficulty with the conditions not for the said reason, but because it could not determine with sufficient certainty in how wide or how narrow a sense they are to be understood.

It was argued (213H–I) on behalf of the respondents that (a)–(h) set out certain objects which are to be achieved, and that therefore the measures which are to be taken in order to achieve them, are implied by mentioning the very objects themselves. Furthermore, these measures should at any rate occur quite readily to university councils, who are experts in running their institutions and in exercising disciplinary control.

The court (213–214) rejected this contention. First of all, it was held that the measures to be taken in order to achieve the listed objects, are not imported by necessary implication (*Collins v Minister of the Interior* 1957 1 SA 552 (A) 585A; *Rennie v Gordon* 1988 1 SA 1 (A) 22E–G). Secondly, the expertise of university

councils pertains to running the affairs of universities, whereas the conditions require from them to achieve objects "appropriate to experienced and well-staffed law enforcement agencies" (214D). Reliance by counsel for the respondents on the principles enunciated in cases such as *R v Supra* 1958 1 SA 474 (T) 478E-F (also see the cases referred to by Baxter *supra* 531 n 282) was, in consequence, misplaced.

A "last resort" argument advanced on behalf of the respondents (214G-H) was that even though the conditions as they stand do not exactly tell universities what is expected from them, the first respondent would in any event be in a position to tell them where they had transgressed and what steps he would require in future. The court (214-215) found very little difficulty to reject this contention on four grounds:

1 The act does not authorise the respondent to reserve to himself the power to determine *ex post facto* what constituted non-compliance with the conditions. Moreover, the existence of such reservation would emphasise the fact that what is contained in paragraph 1 of the conditions has no reasonably certain meaning.

2 "(I)t cannot be the law that someone can be pronounced in default without ever having been told what it was he was required to do" (214I-J).

3 Once the respondent found that a university did not comply with the conditions, such finding would blot the "errant" university's record even if the section 27 sanction was not imposed.

4 Finally, the first respondent's successor would not be bound to adopt a benevolent attitude in applying the conditions, thus imperilling a university's subsidy in an unjustified way.

We can find no fault with the court's reasoning with respect to the alleged vagueness of the conditions.

### Unreasonableness

In deciding this aspect of the matter, the court (215C-H) also reverted to well-established precepts and principles of our law, to wit those enunciated in *Kruse v Johnson* (1898) 2 QB 91 99-100, and followed in a number of South African precedents. For a number of reasons which will be mentioned shortly, it is appropriate briefly to refer to certain aspects of the court's judgment regarding the question of unreasonableness.

First of all, as we have already pointed out, the court's very willingness to consider the reasonableness of the conditions and, in the end, to declare them invalid because they were found to be unreasonable, clearly shows that it treated them as subordinate legislation and not as a purely administrative act. The court did state that, strictly speaking, if the first and second grounds of invalidity relied upon by the applicants were established, the third fell away (215I). It nevertheless proceeded to consider the third ground on the assumption that the first two had not been established.

Secondly, the way in which the court treated this issue clearly illustrates the value of letting a level-headed judicial authority decide issues which are also red-hot political controversies. University authorities who champion values such as academic freedom and freedom of speech, and who realised that the imposition of the conditions posed a real threat to the academic autonomy of their



institutions, strongly opposed these (what they rightly regarded as) most unjust and oppressive measures.

In effect, the court put these protesting authorities in the right, not merely by arguing the matter from the point of view of academic and/or moral values, but by heeding well-established legal values and principles. However, since legal values and social values do not exist in isolation from each other, a far-reaching infringement of the latter will most probably also amount to an unjust (and often judicially remediable) violation of the former. This is a fine example of an instance where what Baxter (*supra* 485–487) refers to as *dialectical* and *substantive* (un)reasonableness, overlap.

Finally, the legal arguments which the court (216–217) used in order to decide the question of unreasonableness, are interesting and convincing too. Paragraph (e) (and the ensuing subparagraphs (f)–(g)) of the conditions, require a university council to “take steps directed towards . . . ensuring that disciplinary steps (are) taken” against any student or staff member who “to the satisfaction of the responsible disciplinary body” is found to have committed any of the acts listed in the conditions. This, the court held, would amount to taking disciplinary steps against people who have been found guilty of certain “transgressions” already. Moreover, the disciplinary steps in question will *have to be* of a punitive nature and the disciplinary tribunal concerned will in effect be deprived of its discretion merely to reprimand offenders – the council is not allowed to let that happen.

“It is difficult to understand how in that context the council could possibly comply with this condition without prescribing to the trial tribunal. And for the council to do that would be highly irregular. It would vitiate at least the sentence. The same holds good if the council were to urge a heavier sentence than the trial tribunal had in mind” (216E–F).

If the council were called upon to act as an appellate body in instances where persons would appeal against a decision of the disciplinary tribunal, the situation will arise where it will have to sit disinterestedly upon a case in respect of which it had taken certain initial steps. From the point of view of an “accused person” it would be difficult to imagine that the council is not acting under ministerial pressure. All this amounts to a violation of a well-established principle of natural justice, to wit that justice must be seen to be done, in assuring that the persons concerned get a fair trial. The court concludes:

“Placing the university disciplinary tribunals under pressure to pass or sanction sentences that may or may not, depending on their severity, stave off withdrawal of the university’s subsidy is not only an unwarranted intrusion upon a council’s powers to administer discipline but an intolerable interference with its duty, and the accused’s right, to have those powers exercised freely and fairly” (217A–B).

### Concluding remarks: what next?

What possible courses of action can the Minister of National Education adopt in response to this judgment – particularly in view of his public statements that “other measures” will have to be considered to pursue the objects which were frustrated as a result of the fact that the conditions were struck down?

a He may abide by the court’s decision and desist from his attempt to use tertiary educational institutions as instruments to maintain law and order. This, it is submitted, would be the most desirable course of action.

b He may appeal against the judgment. We submit that his chances of success are slight, especially in view of the fact that the decision is based on three –



with a possible fourth – equally convincing grounds. It is therefore not surprising that the respondents' application for leave to appeal has since been refused.

c He may resort to having the legislation in question amended in order to give effect to his thwarted intention. This may be done in different ways:

i He may, through Parliament, have the conditions included in the Act. This would admittedly render them review-proof because parliamentary legislation may not be declared invalid by a court (s 34(3) of the Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983). This would, nevertheless, in no way eliminate the unsatisfactory situation which the court has depicted would prevail if university councils were obliged to abide by the conditions. Parliament would, after all, then deliberately promulgate measures which a court has already labelled as unreasonable and vague.

ii He may, through parliament, attempt to have judicial review in respect of the legislation in question excluded. However, our courts have managed effectively to resist such efforts (cf e g *Minister of Law and Order v Hurley* 1986 3 SA 568 (A)), so that this method would seem to hold little promise for the minister.

iii A more sinister *modus operandi* of indirectly excluding judicial review would be for the minister to have legislation promulgated by virtue of which the conditions are deemed to form part of the principal statute. Although this would not convert the conditions – which, as had been explained, seem to constitute subordinate legislation – into parliamentary legislation, it would have the effect that their validity may not be questioned (*Sekretaris van Binnelandse Sake v Jawoodien* 1969 3 SA 413 (A) 423C–F). This would lead to the same unsatisfactory situation as that referred to in (c)(i).

ANDRÉ RABIE  
LOURENS DU PLESSIS  
*University of Stellenbosch*

### BIOLOGIESE VADERSKAP: MOET DIT ALTYD SEËVIER?

F v L 1987 4 SA 525 (W)

In die onderhawige beslissing het verskeie interessante regsaspekte na vore gekom. Die ter sake feite is kortliks die volgende: die applikant vra 'n hofbevel aan om hom as die natuurlike vader van 'n sekere kind te verklaar op grond waarvan hy dan 'n reg op redelike toegang tot die kind sal hê. Die moeder van die kind en haar eggenoot (onderskeidelik die eerste en tweede respondent) ontken dat die applikant die vader van die kind is en staan die aansoek teen. Dit blyk dat die eerste respondent drie weke na haar huwelik op 15 Desember 1978 met die tweede respondent, geboorte geskenk het. Die applikant beweer dat hy die natuurlike vader van dié kind is omdat hy gedurende die tydperk van konsepsie, naamlik April 1978, met die moeder van die kind gemeenskap

gehad het. Die moeder erken dat sy met hom omgang gehad het, maar verklaar dat sy gedurende daardie tyd ook met die tweede respondent geslagtelik verkeer het en ondersteun die tweede respondent se bewering dat hy die vader van haar kind is. Die applikant en eerste respondent se verhouding is gedurende Mei 1978 beëindig.

In hierdie bespreking word aan die volgende aspekte aandag geskenk: 'n vader se reg op toegang tot sy buite-egtelike kind, die vermoede van vaderskap in geval van 'n getroude en ongetroude vrou en die keuse wat die moeder van die kind het om die vader van die kind aan te wys.

## 1 'n Vader se reg op toegang tot sy buite-egtelike kind

Regter Harms sê die volgende:

“The natural father has a duty to maintain his illegitimate offspring and the child has a right of maintenance against the father. That is trite. It is also trite that in common law no other rights and duties between them were recognised” (526E).

Die algemene reël is dat 'n buite-egtelike kind in geen regsverhouding tot sy natuurlike vader staan nie behalwe vir sover die vader verplig is om hom te onderhou (Boberg *The law of persons and the family* (1977) 327; Spiro *The law of parent and child* (1985) 458). Die vraag of die natuurlike vader redelike toegang tot die kind behoort te verkry terwyl die kind onder beheer en toesig van die moeder is, is nog nie finaal uitgepluis nie. Spiro *ibid* is van mening dat die natuurlike vader die reg van toegang behoort te hê net waar dit in die beste belang van die kind is. (Lee en Honoré *Family, things and succession* (1983) 162 huldig 'n soortgelyke standpunt.) Namens die applikant is aangevoer (526F-G) dat daar altyd in die moderne Suid-Afrikaanse reg aanvaar is dat die vader van 'n buite-egtelike kind op redelike toegang geregtig is. Die handboeke wat ter ondersteuning hiervan aangehaal word (Boberg 334; Barnard, Cronjé en Olivier *Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (1986) 50 en Bosman en Eckard *Welsynsreg* (1982) 171), steun egter op twyfelagtige gesag, naamlik *Matthews v Haswari* 1937 WPA 110 en *Wilson v Eli* 1914 WR 34. In die *Matthews*-saak is redelike toegang aan die natuurlike vader verleen, maar die bevel is nie verduidelik of verantwoord nie. In die *Wilson*-saak is bloot beslis dat die vader onder die omstandighede op redelike toegang geregtig was “especially as it was his duty to provide maintenance” (34).

Hierop het regter Harms tereg opgemerk:

“The statement that the duty to maintain gave rise to a right of access was not based on logic or authority. A right of access is not a *quid pro quo* for payment of maintenance” (527B).

Regter Harms is van mening dat die bevel tot redelike toegang in die *Matthews*-saak nie 'n presedent skep nie omdat die verlening van die bevel nie verduidelik of verantwoord is nie (526I); en aangesien die *Weekly Reporter*, waarin die *Wilson*-saak gerapporteer is, slegs 'n opsomming van die uitspraak bevat, is hy nie bereid om die saak as gesag vir enige regsbeginsele te aanvaar nie (527C). Gevolglik bevind hy dat die applikant *prima facie* geen reg op toegang tot die kind het nie (527J).

Dit sou nie wenslik wees om 'n onbuigsame reël neer te lê wat op alle gevalle van toepassing is waar 'n reg op toegang ter sprake is nie. 'n Aanvaarbare oplossing vir sulke gevalle is om aan die houe 'n diskresie te verleen om, met die beste belang van die kind as maatstaf, elke individuele geval te ondersoek ten

einde te bepaal of die natuurlike vader 'n reg op toegang moet verkry. Thomas ("Investigation into the legal position of illegitimate children" 1985 *De Rebus* 341) meen tereg dat 'n vader wat sy verantwoordelike sin openbaar het deur sy buite-egtelike kind te erken, onder andere ook 'n reg op toegang ten opsigte van die kind moet verwerf.

## 2 Die vermoede van vaderskap in geval van 'n getroude en ongetroude vrou

Namens die applikant is verder aangevoer dat al sou hy nie 'n reg op redelike toegang tot die kind hê nie, hy nogtans geregtig is om te weet of hy die kind se vader is of nie (528B-C). Dit laat die vraag ontstaan

"whether a natural father has the right to bastardise his child who is, by virtue of at least two legal presumptions, deemed to be the child of another" (528C).

Die eerste van hierdie vermoedens word uitgedruk deur die stelreël *pater est quem nuptiae demonstrant*. Hierdie weerlegbare vermoede beteken dat 'n kind die kind is van die man met wie die kind se moeder getroud is (hetsy ten tyde van die kind se geboorte of sy verwekking of te eniger tyd gedurende die swangerskap) tensy die teendeel bewys word. Oor wie die *pater est*-vermoede kan weerlê, bestaan daar geen eenstemmigheid nie. Dit blyk dat regter Harms van mening is dat geen ander persoon die vermoede van vaderskap kan weerlê nie buiten die gades, met ander woorde die moeder van die kind en die man met wie sy op daardie stadium getroud is. Hy kom tot die gevolgtrekking dat

"[i]n the absence of any authority or principle pointing in another direction I conclude that the applicant has no *prima facie* right to have himself declared the natural father of his illegitimate child" (528G).

Dit is ook die standpunt van sommige handboekskrywers dat slegs die gades, of selfs net die eggenoot van die kind se moeder, die vermoede kan weerlê. (Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1985) 207 beweer die volgende: "Uit hoofde van die stelreël: *pater est quem nuptiae demonstrant*, rus die bewyslas dus op die eggenoot van 'n kind se moeder om aan te toon dat hy nie die vader van die kind is nie"; Barnard, Cronjé en Olivier 44 verklaar: "Die bevoegdheid van die eggenoot om die vermoede van vaderskap te weerlê, gaan nie met verloop van tyd tot niet nie"; en Schmidt *Bewysreg* (1982) 149 sê: "Die bewyslas word op die eggenoot geplaas wat beweer dat hy nie die vader is nie. . .") Hierdie opvatting is moontlik die gevolg van die bewoording van artikel 3 van die Wet op Bewysleer in Sivele Sake 25 van 1965 wat die indruk kan skep dat slegs die gades die vermoede kan weerlê. Artikel 3 lui soos volg:

"Tot weerlegging van die vermoede dat 'n kind wat uit 'n getroude vrou gebore is, deur haar eggenoot verwek is, kan sy of haar man of hulle albei getuienis aflê dat hulle gedurende die tydperk toe die kind verwek is, geen geslagsgemeenskap met mekaar gehad het nie."

Dit beteken dat slegs die gades die *pater est*-vermoede op hierdie wyse, dit wil sê dat hulle nie geslagsgemeenskap met mekaar gehad het nie, kan weerlê. In navolging van die Engelse reg het die reël vroeër hier gegeld dat geeneen van die gades getuienis kon lewer dat hulle nie ten tyde van die verwekking van die kind met mekaar geslagsgemeenskap gehad het nie (*Russel v Russel* 1924 AC 687; *Surmon v Surmon* 1926 AD 47). Dit was die posisie ten spyte daarvan dat dit volgens die Romeins-Hollandse reg 'n geldige verweer was as bewys kon word dat die man nie op die betrokke tydperk met die vrou geslagsgemeenskap gehad het nie (Voet I 6 6; De Groot I 12 3). Hierdie verbod is deur die wetgewer opgehef in artikel 101(3) van die Algemene Regswysigingswet 46 van 1935, wat,



sover dit siviele sake aangaan, in artikel 3 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 herverorden is.

Sommige skrywers is egter van mening dat die vermoede van vaderskap deur enige belanghebbende persoon, insluitende die gades, weêrlê kan word. (Spiro "Legitimate and illegitimate children" 1964 *Acta Juridica* 58 sê uitdruklik: "[P]ersons other than the spouses may rebut the presumption, e.g. the natural father or the child. . ."; sien ook Lee en Honoré 154; Gibson *Wille's principles of South African law* (1977) 139; Bosman en Eckard 170; Spiro *Law of parent and child* 21; Suid-Afrikaanse Regskommissie *Ondersoek na die regsposisie van buite-egtelike kinders* (1985) 45; Lupton "The status of children born by artificial insemination in South African law" 1985 *TSAR* 283-284; Boberg "The would-be father" 1988 *Businessman's Law* 115; vgl *Fitzgerald v Green* 1911 EDL 425 465.)

Ek wil my by laasgenoemde groep skrywers skaar aangesien die feite van die saak onder bespreking 'n goeie voorbeeld is van waar 'n "moontlike" vader sy vaderskap wil bewys en die moeder dit ontken. Dit lyk onbillik om hom die geleentheid te ontsê om die vermoede van vaderskap te weêrlê. Al sê regter Harms dat "[i]n casu the welfare of the child is not an issue" (528E-F), kan daar gevalle wees waar dit tog in die beste belang van die kind sal wees, byvoorbeeld waar die kind dan ingevolge 'n sekere testament sal erf (Suid-Afrikaanse Regskommissie 45).

Die *pater est*-vermoede geld waar 'n *getroude* vrou geboorte skenk. Regter Harms konkludeer dan ook dat die tweede respondent vermoed word die vader van die kind te wees as gevolg van die *pater est*-vermoede (528C-D).

Die tweede vermoede waarvan regter Harms melding maak, is die vermoede van vaderskap wat ontstaan na erkenning van gemeenskap. Indien 'n *ongetroude* vrou geboorte skenk, bestaan daar geen vermoede aangaande vaderskap ten aansien van die kind nie. In hierdie geval moet die moeder bewys dat die persoon wat sy as die vader van haar kind uitgewys het, met haar gemeenskap gehad het. Bewys die vrou gemeenskap of erken die man hierdie feit, ontstaan daar 'n vermoede dat die man die vader van die kind is. Hierdie vermoede van vaderskap plaas die las op die man om die teendeel te bewys. Vroeër is die man vermoed die vader van die kind te wees indien hy gemeenskap erken het of indien daar bewys is dat hy *te eniger tyd* (selfs buite die tydstip waarin konsepsie moontlik kon plaasvind) met die vrou gemeenskap gehad het (*S v Swart* 1965 3 SA 454 (A) 459-460). Hierdie posisie is nou gewysig deur artikel 1 van die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 wat op 14 Oktober 1987 in werking getree het. Artikel 1 bepaal die volgende:

"Indien daar by geregtelike verrigtinge waarby dit in geskil geplaas is of 'n bepaalde persoon die vader van 'n buite-egtelike kind is, by wyse van 'n geregtelike erkenning of andersins bewys word dat hy vleeslike gemeenskap met die moeder van daardie kind gehad het op 'n tydstip toe daardie kind verwek kon gewees het, word, by ontstentenis van getuienis tot die teendeel vermoed dat hy die vader van daardie kind is."

Vroeër is ook vereis dat die vrou se bewering dat die man met haar gemeenskap gehad het of die vader van haar kind is, gekorroboereer (dit wil sê met ander getuienis gestaaf) moet word. In *Mayer v Williams* 1981 3 SA 348 (A) 351F-H het die appèlhof hierdie reël verwerp en beslis dat 'n ongetroude vrou se bewering aangaande vaderskap nie gekorroboereer hoef te word nie.



In *F v L* was die kind se moeder ten tyde van die geboorte met die tweede respondent getroud. Ongeag die feit dat die kind voor die huwelik van die eerste en tweede respondent verwek is, word die tweede respondent op grond van die *pater est*-vermoede geag die vader van die kind te wees. Tydens konsepisie het die applikant egter ook met eerste respondent gemeenskap gehad. Sowel die applikant (525I) as die tweede respondent (526A-B) het gemeenskap erken. Daarom kan gesê word dat, as eerste respondent nie drie weke voor die geboorte van die kind in die huwelik getree het nie, die applikant en die tweede respondent in dieselfde posisie sou gewees het as dit nie vir die *pater est*-vermoede was nie. Die eerste respondent het uitdruklik gemeenskap met beide applikant en tweede respondent erken (525I-J). In die lig hiervan verklaar Boberg (1988 *Businessman's Law* 115):

“[T]o deny the would-be father, who has at least as much chance as the husband of being the real father, an opportunity of proving his case, is grotesque.”

### 3 Die keuse wat die moeder van die kind het om die vader van die kind aan te wys

Regter Harms verklaar voorts dat

“[b]y virtue of the presumption of fatherhood following upon admission of sexual intercourse, it is presumed that both the applicant and the second respondent are the father of the child. However, *the law gives the mother the right to choose or appoint the father in such a case*. . . The first respondent has chosen the second respondent as father. Her selection is presumably irrevocable. I know of *no principle that gives the jilted lover the right to interfere with her choice* nor do I believe it to be in the public interest to create such a right. It may be otherwise if it were in the interests of the child. *In casu* the welfare of the child is not an issue” (528D-E; my kursivering).

Die sogenaamde reël dat die moeder ’n reg het om ’n vader vir die kind te kies of aan te wys, lyk onbillik. Boberg (1988 *Businessman's Law* 113) sê tereg die volgende in hierdie verband:

“After all, paternity is a biological fact beyond the wishes of the parties to a law suit. A man does not ‘become’ the father of a child because the mother ‘chooses’ him. A woman may choose with whom to have intercourse, but if that intercourse results in procreation the person with whom she had it is the father of the resultant child. And, of course, a child can have only one father.”

Regter Harms verwys ter ondersteuning van sy standpunt na regter Van der Heever se uitspraak in *MacDonald v Stander* 1935 AD 325 328:

“[I]ndien twee mans omtrent sewe minute na mekaar met ’n hoer omgang gehad het, die een vir die oogmerk van alimente as vader moet geld *wat deur die vrou aangewys word*. . . Daar sou dus geen ongerymdheid wees nie in die stelling dat ’n man, wat buitenegetelike gemeenskap het met ’n vrou, hom blootstel aan die gevaar dat, indien sy bevrug word, *hy aanspreklik gemaak kan word vir die onderhoud van die kind, afgesien van die feit of hy werklik die vader is of nie*. . .” (my kursivering).

Die gesag wat regter Harms aanhaal is nie so sterk dat aangeneem kan word dat die moeder in die geval waar meerdere mans gemeenskap erken, sonder meer die reg het om ’n vader vir die kind te kies of aan te wys nie. Hierdie “reg” wat die moeder sou hê, blyk ook nêrens uit die geraadpleegde handboeke nie. Indien die moeder besluit om ’n geding aanhangig te maak, moet in gedagte gehou word dat die appêlhof in *Mayer v Williams* 1981 3 SA 348 (A) 352A beslis het dat die getuienis van die moeder in vaderskapsake met groot versigtigheid benader moet word, en dat die hof by die beoordeling van die waarskynlikhede bedag moet wees op die moontlikheid dat die moeder valse getuienis aangaande die identiteit van die vader van die kind kan gee. Ongeag die moeder

se keuse, moet die kousale verband tussen gemeenskap en geboorte bewys word en is die biologiese vader vir die kind se onderhoud verantwoordelik en nie enige man wat moontlik met haar gemeenskap gehad het en wat sy miskien gerieshalwe kies nie. Na aanleiding van artikel 1 van die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 sal die moeder se keuse in elk geval beperk wees tot diegene wat met haar gemeenskap gehad het op 'n tydstip toe daardie kind verwek kon gewees het.

Die stelreël *mater semper certa est* (dit is altyd seker wie die moeder is) geld vandag nog, maar dieselfde kan nie van vaderskap gesê word nie. Onder sekere omstandighede kan dit gebeur dat die juridiese vader nie die biologiese vader is nie – 'n moontlikheid wat in die onderhawige saak nie heeltemal uitgesluit kan word nie. Dit kan veral die geval wees as die moeder 'n vrye keuse het om die vader aan te wys.

Faktore wat in hierdie verband in aanmerking geneem behoort te word, is die belange van die kind en die openbare belang. Regter Harms verklaar naamlik:

“[N]or do I believe it to be in the public interest to create such a right. It may be otherwise if it were in the interests of the child” (528E).

Ten spyte daarvan dat die welsyn van die kind in hierdie geval nie ter sprake was nie, is ek van mening dat die belange van die kind die belangrikste faktor behoort te wees in gevalle waar vaderskap in twyfel getrek word.

Alhoewel dit vanuit die applikant se oogpunt moontlik onbillik kan wees om hom die reg te ontsê om by die moeder se keuse in te meng, is dit in hierdie bepaalde situasie in die beste belang van die kind om in 'n binne-egtelike verband op te groei. Die emosionele ontwikkeling en stabiliteit van die kind kan onder hierdie omstandighede deur die aanwysing van 'n juridiese vader verseker word, al is hy nie noodwendig die biologiese vader nie.

Boberg (1988 *Businessman's Law* 115) is van mening dat “public policy in 1987 favoured discovering the truth about the paternity of children, if at all possible”. Dit hang eger af of dit in belang van 'n kind is dat die waarheid ten opsigte van vaderskap moet seëvier waar die biologiese vaderskap in twyfel getrek word. In die onderhawige saak is daar twee moontlike vaders wat elkeen bereid is om die verantwoordelikheid van vaderskap op hom te neem. 'n Verklaring van buite-egtelikheid sal die kind minstens in 'n mate benadeel omdat billikheid en regverdigheid eis dat kinders nie deur hulle ouers se wandade benadeel moet word nie. Myns insiens word in die gevalle waar daar twyfel aangaande die biologiese vaderskap bestaan, die beste belang van die kind gedien indien die kind die voordeel van die twyfel geniet en eerder binne-egtelik as buite-egtelik verklaar word. Dit is in elk geval in ooreenstemming met die gemeenereg: Voet (1 6 7 en 8: Buchanan-vertaling 117 en 118) sê naamlik:

“7. What then if a woman gives birth . . . and admits that she had conceived it by another: will the offspring not be lawful and the offspring of the husband? Certainly, if there is no other proof that the offspring is born from another than the husband beyond this very confession of the wife herself, it is more correct to say so, and that the woman should not injure herself by such a declaration, even if it were a sworn one, and thereby become guilty of adultery or whoredom, or be rejected by being repudiated. Nor should the offspring thus be injured thereby . . .

8. [I]f there be a doubt that it is born from the husband, if he, during that time in which the offspring could be conceived, cohabited with his wife, if he were not hindered by any manifest impotence, whether it is declared to be the offspring of the husband or

whether it is said to have the face of an adulterer. For the crime of adultery which is brought against the mother cannot prejudice the infant, for it is possible that she may be an adulteress and yet that the child born from her may have had the husband as its father . . . It will help also if we remember that where the beginning of a thing can both be derived from a lawful and from a base act, where there is a doubt we must presume in favour of the lawful act and of morality."

Ek is gevolglik van mening dat nie die keuse van die moeder nie, maar die beste belang van die kind in geval van twyfel aangaande vaderskap die deurslag moet gee.

RITA JORDAAN

Universiteit van Suid-Afrika

## DIE *SI SINE LIBERIS DECESSERIT*-BEPALING

Du Plessis v Strauss 1988 2 SA 105 (A)

### Inleiding

Die uitspraak van appèlregter Van Heerden in hierdie saak kan beslis as 'n hoogtepunt in die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse erfreg beskou word. Nie alleen het die appèlafdeling standpunt ingeneem ten opsigte van 'n geskil wat al sedert die Romeins-Hollandse tydperk voortduur nie, maar die hof het terselfdertyd ook die regsinding van bykans tagtig jaar omvergewerp.

### Die regspraak

Die vraag voor die hof was of 'n fideikommissêre bepaling wat gekoppel is aan die voorwaarde dat indien die *fiduciarius* sonder kinders sterf die erfenis na 'n derde moet gaan ('n *sg si sine liberis decesserit*-bepaling), sonder meer meebring dat indien die *fiduciarius* sterf terwyl hy wel kinders het, daardie kinders hul vader as *fideicommissarii* opvolg.

### Vorige regspraak

Om die volle implikasies van hierdie beslissing te verstaan, is dit nodig om aan te dui wat die regsposisie voorheen was. Dit sal spoedig blyk dat dié posisie glad nie duidelik is nie (vgl ook ar Van Heerden se bespreking 127-132 139-141).

Die eerste keer wat dié probleem werklik direk in Suid Afrika ter sprake gekom het, was in *Steenkamp v Marais* 1908 25 SC 483. Regter Maasdorp kom in die lig van die gemenerereg tot die gevolgtrekking dat 'n soortgelyke bepaling nie outomaties 'n *fideicommissum tacitum* ten gunste van die *liberi* skep nie. Die *liberi* sal slegs bevoordeel word indien *indicia* van so 'n bedoeling uit die testament self blyk. Hierdie beslissing is gevolg in *Ex parte De Klerk* 1912 CPD 388.

In 1915 lewer die appèlafdeling 'n uitspraak waaroor daar steeds meningsverskil bestaan. Die beslissing van *Estate Cato v Estate Cato* 1915 AD 290 het



menige regsgeleerdes op 'n dwaalspoor geplaas. In die saak het dit net gegaan oor die aanwesigheid al dan nie van 'n *si sine liberis decesserit*-bepaling. Tog het al die regters in hulle onderskeie uitsprake stellings gemaak wat op die effek van so 'n bepaling betrekking kan hê (sien hr Innes (304 305), wn ar De Villiers (308) en wn ar Juta (312)). Presies wat die onderskeie regters probeer sê het, bly 'n ope vraag. Dit is dan ook nie verbasend nie dat sowel die appellants as die respondent se advokate in die onderhawige saak op die *Cato*-beslissing as gesag vir hul onderskeie standpunte gesteun het.

Sedert die sestigerjare voer Van der Merwe en Rowland (*Die Suid-Afrikaanse erfreg* 5de uitg 310–311) aan dat die *Cato*-saak gesag is vir die standpunt dat 'n *fideicommissum tacitum* ten gunste van die *liberi* geskep word, mits hulle afstammeling van die testateur is. Cronje (1978 *THRHR* 445) gaan hiermee akkoord. Alhoewel daar beslis nie saamgestem kan word met die gesag waarop die skrywers vir dié stelling steun nie, verdien die gevolgtrekking waartoe hulle kom nietemin instemming. Ander skrywers wat ook van mening is dat bedoelde bepaling 'n *fideicommissum tacitum* skep, is Hahlo en Kahn (*The Union of South Africa: the development of its laws and constitution* (1960) 636) en Murray (1968 *Annual Survey of South African Law* 238–239).

In *Ex parte Odendaal* 1926 OPA 233 het regter McGregor 'n veel grondiger ondersoek na die gemeenregtelike bronne gedoen as wat in die *Steenkamp*-saak *supra* die geval was. Hy kritiseer dan ook dié saak (229–234) aangesien dit volgens hom die gemenerereg verkeerd vertolk. Op gesag van veral Grotius en Van Bynkershoek bevind hy dat in die geval van kollaterale “the indications in the will (*conjecturae*) would have to be very strong” voordat hulle as stilswyende *fideicommissarii* beskou en bevoordeel sou kon word. Sou hulle egter afstammeling van die testateur wees, word “much slighter” *conjecturae* vereis.

Latere provinsiale en plaaslike afdelings het sonder uitsondering uitgegaan van die standpunt dat in die geval van 'n *si sine liberis decesserit*-bepaling die *liberi* nie stilswyend aangewese *fideicommissarii* is nie. In hierdie sake is klakkeloos enersyds op die *Steenkamp*-saak en andersyds op die *Odendaal*-saak gesteun sonder dat daar werklik op die probleem ingegaan is (*Bredenkamp v SA Association* 1935 CPD 130; *Myburgh v Franken* 1935 CPD 322; *Scholtz's Executors v Roux* 1939 CPD 144; *Ex parte Van der Heyde* 1945 CPD 67; *Ex parte Richter Visser* 1945 OPA 297; *Ex parte Kops* 1947 1 SA 155 (N); *Ex parte Swanepoel* 1948 1 SA 1141 (O); *Engelbrecht v Engelbrecht* 1958 3 SA 571 (O); *Ex parte Van Schalkwyk* 1968 4 SA 441 (O)).

Die probleem is dat dit in die meeste van bovermelde gewysdes oor direkte substitusie gegaan het. Reeds so vroeg as 1900 is egter tereg in *Galliers v Rycroft* (1900) 17 SC 569 beslis dat die *si sine liberis decesserit*-reëls slegs by *fideikommissère* substitusie aanwending vind. Alle uitlatings met betrekking tot die probleem in vermelde sake moet dus as *obiter* beskou word. Slegs enkele van hierdie sake het melding gemaak van die voorbehoud wat in sowel die *Steenkamp* as *Odendaal*-saak voorop gestel is, naamlik dat *conjecturae* in die testament wel in ag geneem kan word en dat die *liberi* sodoende bevoordeel kan word. Nie in een van hierdie sake is egter pertinent daarop gewys dat die *Odendaal*-saak, anders as die *Steenkamp*-saak, 'n onderskeid maak tussen die *liberi* wat afstammeling van die testateur is en dié wat dit nie is nie. Verder word ook nie melding van die *Cato*-saak gemaak nie.



In *Ex parte Van Tonder* 1978 3 SA 369 (OK) en *Ex parte Gluckman* 1980 3 SA 1127 (T) is net aanvaar, sonder om so te beslis, dat geen *fideicommissum* ten gunste van *liberi* geskep word nie. In eersgenoemde saak het die meester op gesag van die *Cato*-saak aangevoer dat die *liberi* stilswyende *fideicommissari* is. Regter Smalberger oorweeg egter nie eers die argument nie. ('n Moontlike verklaring vir hierdie houding van die hof is dat die aangeleentheid feitlik altyd in *ex parte*-aansoeke ter sprake gekom het. Gevolglik het die hof nie die voordeel gehad om die argumente van die onderskeie advokate aan te hoor nie.)

### Die hof *a quo*

Regter Edelingh interpreteer die *Cato*-saak as gesag vir die standpunt dat 'n *si sine liberis decesserit*-bepaling in 'n testament nie *per se* 'n aanduiding is dat die *liberi* stilswyende *fideicommissarii* is nie. Hulle sal dit slegs wees indien *indicia* op so 'n bedoeling dui (156–157). Die regter ag homself gebonde aan die *Cato*-saak en sien dus nie raak dat die saak moontlik net *obiter* oor die punt gehandel het nie.

Die hof *a quo* verwerp gevolglik die standpunt in *Ex parte Van Tonder supra* – en terselfdertyd Van der Merwe en Rowland se interpretasie van die *Cato*-saak – en steun op die standpunt van Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn (*The law of succession in South Africa* (1980) 263–64). As gesag vir hul standpunt verwys dié skrywers in 'n enkele voetnoot na meeste van bogenoemde sake. Hiermee kan egter nie saamgestem word nie. Uit die voorafgaande en ook uit die uitspraak van die appèlafdeling *in casu* blyk duidelik dat hierdie gewysdes of net in *obiter dicta* die probleem aangeraak het, of verkeerdelik op sekere Romeins-Hollandse tekste gesteun het.

Regter Edelingh bevind dat daar in die onderhawige geval voldoende *indicia* is wat dui op 'n bedoeling om te bevoordeel. Die testateur se *liberi* was klaarblyklik ook afstammeling van hom. Hy het 'n toegeneentheid teenoor hulle gekoester aangesien hy bepaal het dat indien een van sy kinders sonder afstammeling te sterwe sou kom, die grond sou vererf op sy ander kinders “of hulle wettige afstammeling by plaasvervulling”. Dit is volgens die regter moeilik om te glo dat die testateur beoog het dat 'n afstammeling van een van sy kinders 'n moontlike *fideicommissarius* sou wees ten opsigte van grond wat aan 'n ander kind van die testateur bemaak is, maar geen regte sou hê ten opsigte van die grond wat in die eerste instansie aan sy of haar eie voorsaak bemaak is nie.

Die regter se redenasie is vatbaar vir kritiek. Sou een van die testateur se kinders voor hom sterf sonder nalating van afstammeling, sou die ander kinders of hul wettige afstammeling wel by plaasvervulling die plaas erf, maar hulle tree dan in as direkte substitute van die oorlede kind en nie as fideikommissêre substitute nie. Daar kan gevolglik nie gesê word dat dit nie die testateur se bedoeling kon gewees het dat 'n kind 'n *fideicommissarius* van een van sy pa se susters se deel kon wees, maar nie van sy eie vader nie. Dit skyn of appèlregters Corbett en Joubert in die onderhawige saak (146 e v) dieselfde fout begaan het.

Regter Edelingh vind dit ten slotte onnodig om op die argument van die testateur se advokate, dat die huidige regsposisie op 'n verkeerde vertolking van die gemeenregtelike stand van sake berus, in te gaan (158).

## Die appèlafdeling

Ten aanvang behandel die hof die respondent se advokate se standpunt dat die *Cato*-saak gesag is vir 'n *vermoede* dat die testateur sy *liberi* as *fideicommissarii* wou bevoordeel (127C–132D). Indien die hof hierdie argument sou aanvaar, sou dit natuurlik 'n effek op die bewyslas hê. Die appellante sou dan moes aantoon dat daar aanduidings teen die aanwending van so 'n vermoede is.

Appèlregter van Heerden ontleed die passasies uit die *Cato*-saak waarna hierbo verwys is deeglik en kom tot die gevolgtrekking (132) dat nêrens uitdruklik of by implikasie *beslis* is dat 'n uitdruklike of stilswyende *si sine liberis decesserit*-bepaling van regsweë aanleiding gee tot 'n *vermoede* dat die testateur 'n *fideicommissum tacitum* ten gunste van die *liberi* geskep het nie. Al wat gesê kan word, is dat hoofregter Innes en waarnemende appèlregter Juta, as deel van die *ratio decidendi*, aldus bevind het in die geval waar die *liberi* afstammeling van die testateur was en dat hierdie bevinding moontlik deur appèlregter Solomon en waarnemende appèlregter Wessels onderskryf is. Die hof ag hom dus, anders as die hof *a quo*, nie gebonde aan die *Cato*-uitspraak nie.

Die hof gaan dan voort om die tweede deel van die argument van die respondent se advokate te oorweeg, naamlik dat die huidige regsposisie op 'n verkeerde interpretasie van die Romeins-Hollandse reg berus (132E–139A).

Appèlregter van Heerden loods 'n diepgaande en indrukwekkende ondersoek na die antwoord wat die gemenerereg bied op die strydvraag: “An et quando positus in conditione censeatur positus in dispositione?” (Is diegene vermeld in die voorwaarde geroepe tot die beskikking?)

Die Romeinse reg het hierdie vraag nooit uitdruklik gestel en beantwoord nie.

In die vroeë Romeins-Hollandse reg was daar in dié verband aansienlike meningsverskil; soseer dat dit Sande genoop het om te sê: “[T]here is among jurists no question more debated than this” (*Decisiones Frisicae* 4 6 5 – Vos se vertaling 101). Gail en Sande sê dat die meerderheid juriste ontken dat die *liberi* bevoordeeldes is, terwyl Domat en Menochius 'n teenoorgestelde mening huldig. 'n Derde groep beweer dat indien die *liberi* afstammeling van die testateur is, hulle wel bevoordeel word. (Vir verwysings na die werke van hierdie juriste, sien 132G–133A.)

Die Nederlandse skrywers van die sewentiende en agtiende eeu was dit eens dat 'n *si sine liberis decesserit*-bepaling nie *per se* aanleiding tot 'n vermoede gee dat die *liberi* versweë aangewese *fideicommissarii* is nie. De Groot 2 20 5 meld egter drie gevalle waar die *liberi* wel bevoordeeldes sal wees: (a) indien hulle afstammeling van testateur is; (b) indien hulle ingevolge die testament van die oorspronklike erflater met 'n las beswaar is; en (c) indien daar *indiciae* in die testament is wat op 'n teenoorgestelde bedoeling dui.

Appèlregter van Heerden (134D) kom tot die gevolgtrekking dat slegs een skrywer, naamlik Van Leeuwen, met Grotius verskil het ten opsigte van die situasie vermeld in (a). Van Leeuwen het egter uit twee monde gespreek. In *Censura Forensis* neem hy standpunt in teen 'n *fideicommissum tacitum*, maar in sy latere werk, *Het Rooms-Hollandse Recht*, laat vaar hy dié siening en gaan hy akkoord met De Groot se standpunt dat indien die *liberi* afstammeling van die testateur is, hulle wel vermoed word bevoordeel te wees. Wat ander *liberi* betref, moet daar duidelike aanduidings van so 'n bedoeling wees. (Vir volledige verwysings na Van Leeuwen, sien 134C–H.)

In Friesland word egter 'n teenoorgestelde mening gehuldig. Sande verwerp uitdruklik die standpunt dat indien die *liberi* afstammeling van die testateur is, daar 'n vermoede is dat hulle bevoordeel moet word. Huber stem met hom saam. (Sien 136A-H vir volledige verwysings.) Appèlregter van Heerden verwerp hulle mening egter uitdruklik aangesien daar in Friesland 'n sterker resepsie van die Romeinse reg was as in Holland (136F). In gevalle waar die reg van Holland, maar nie dié van Friesland nie, van die Romeinse reg afgewyk het, sal Suid-Afrika nie die Friesiese skrywers steun nie. Dit is ook so aanvaar deur appèlregter Van den Heever in *Tjollo Ateljees (Eins) Bpk v Small* 1949 1 SA 856 (A) 865-866.

In die Suid-Nederlande het artikel 18 van die Ewige Edik van 1611 bepaal dat *liberi* wat afstammeling van die testateur is, wel as testamentêre bevoorreedes beskou moet word. Ook in Utrecht is hierdie mening gehuldig.

Die praktyk van Holland het met Grotius en Van Bynkershoek se siening ooreengestem. In die geval van *liberi* wat ook afstammeling van die testateur was, is *per se* vermoed dat hulle bevoordeel is. Geen *indicia*, selfs van 'n mindere graad, is vereis nie. Ook Van Bynkershoek (*Observationes Tumultuariae* no 1032) meld dat die howe meesal beslis het dat indien die *liberi* afstammeling van die testateur is, daar wel 'n stilswyende *fideicommissum* ten gunste van hulle geskep is, maar in die geval waar hulle in die sylinie aan die testateur verwant is, moet daar aanduidings in die testament wees dat die testateur hulle as *fideicommissarii* wou bevoordeel.

Volgens appèlregter Van Heerden is dit duidelik dat die Suid-Afrikaanse gemenerereg die Romeins-Hollandse reg van die sewentiende-agtiende eeu is. By die toepassing van die Romeins-Hollandse reg moet 'n mens trouens die regsposisie in Holland bepaal soos dit so na as moontlik aan 1806 was – dit is die datum waarop Suid-Afrika se bande met die Nederlande finaal verbreek is; kort daarna, in 1809, is die Romeins-Hollandse reg in elk geval in die Nederlande met die Kode van Napoleon vervang.

Die vraag wat vervolgens oorweeg is, was in hoeverre die bestaande regspraak van die gemenerereg afgewyk het (139A-141E). In dié verband word verwys na die *Steenkamp*-saak en na die feit dat dit in die *Odendaal*-saak in belangrike opsigte gekritiseer is. In die uitspraak onder bespreking word egter ook nie met die *Odendaal*-saak saamgestem nie (140D). In daardie saak is die gemenerereg eweneens verkeerd geïnterpreteer. Volgens appèlregter Van Heerden bied De Groot en Van Bynkershoek duidelike gesag daarvoor dat 'n *sine liberis*-bepaling, gekoppel aan 'n voorwaardelike *fideicommissum*, sonder meer aanleiding gee tot 'n vermoede dat die *liberi* fideikommissêre bevoorreedes is. Nêrens word vereis dat daar aanduidings van 'n bedoeling om te bevoordeel moet wees nie, selfs al is dit ook net "much slighter" aanduidings. Al die latere sake, wat op die gemelde uitsprake steun, kan dus op die selfde gronde aangeveg word.

Dit blyk dus dat oor 'n tydperk van ongeveer tagtig jaar provinsiale en plaaslike afdelings konstant beslis of aanvaar het dat 'n *sine liberis*-bepaling nie aanleiding gee tot 'n vermoede dat die *liberi* testamentêre bevoorreedes is nie; selfs al sou hulle afstammeling van die testateur wees. Dit blyk ook dat slegs in die *Odendaal*-saak, in die geval van *liberi* wat in die direkte linie aan die testateur verwant is, minder aanwysings van 'n anders duidende bedoeling van die testateur benodig word as wat die geval sou wees indien hulle nie afstammeling is nie.



Appèlregter van Heerden voel hom egter op grond van vier redes – selfs ter wille van uniformiteit – nie aan die bestaande regsinding gebonde nie; met ander woorde hy stem nie saam met die spreuk *communis error facit ius* nie (142E–143C).

Appèlregter van Heerden beslis dat in die geval waar die *liberi* afstammeling van die testateur is, 'n *sine liberis*-bepaling op sigself 'n *indicium* van die testateur se bedoeling is om die *liberi* te bevoordeel. By ontstentenis van ander *indicia* word dus aanvaar dat hulle bevoordeeldes is. Die vermoede sal vanselfsprekend wyk indien die testament as geheel aandui dat dit nie die testateur se bedoeling was om 'n *fideicommissum tacitum* te skep nie. In die geval waar die *liberi* nie afstammeling van die testateur is nie, sal hulle slegs bevoordeeldes wees indien daar genoegsame *indicia* in die testament is wat dui op 'n bedoeling om hulle te bevoordeel. In die onderhawige saak was die *liberi* wel afstammeling van die testateur en uit die testament as geheel was daar niks wat teen so 'n vermoede spreek nie.

In die ondersteunende en aanvullende uitspraak van appèlregter Corbett, waarmee appèlregter Joubert saamgestem het, word die *Cato*-saak ook ontleed. Hulle beslis dat hoofregter Innes hom glad nie oor die effek van 'n *sine liberis*-klousule uitgespreek het nie. Volgens appèlregter Corbett is dit hoogs onwaarskynlik dat hierdie regters onbewus van die polemieë rondom die probleem was. Indien hulle wel met die probleem gehandel het, sou hulle beslis 'n indringende ondersoek gedoen het – veral as in ag geneem word dat waarnemende appèlregter Jura 'n deskundige op die gebied van die erfreg was. Hy bevind voorts dat wat hoofregter Innes hieroor te sê gehad het, *obiter dicta* was (146F–148D).

Appèlregter Corbett het saamgestem met die interpretasie wat appèlregter Van Heerden aan die gemenerereg gegee het, maar verkies die benadering dat by die uitleg van 'n testament daar na die bedoeling van die testateur gesoek moet word (146G). Die feit dat die *liberi* ook afstammeling van die testateur is, behoort slegs een van die *conjecturae* te wees – alhoewel dit 'n baie sterk *conjectura* is – wat tesame met ander faktore op 'n stilswyende *fideicommissum* kan dui. Hy bevind ook dat al sou die regsposisie wees soos wat dit in die *Odendaal*-saak uiteengesit is, of selfs soos in die *Steenkamp*-saak, die appèl nog behoort te misluk want in die onderhawige saak is daar wel *indicia* wat op die skepping van 'n *fideicommissum tacitum* dui (150G).

Alhoewel daar myns insiens in beginsel niks verkeerd is met die benaderingswyse om die bedoeling van die testateur vas te stel nie, sal so 'n werkswyse vir die *liberi* 'n moeilike bewysprobleem inhou. Anders as in die geval van 'n vermoede om te bevoordeel, is die bewyslas op hulle om die aanwesigheid van toepaslike *indicia* te bewys.

## Slot

Die onderhawige beslissing beklemtoon weer eers die feit dat 'n testament nooit te noukeurig opgestel kan word nie. Almal wat met die opstel van testamente te doen het, behoort seker te maak dat dit baie duidelik blyk wat met die testateur



se besittings na sy dood gemaak moet word. Sou dit gebeur, sal minder testamente in die hof bevraagteken word; sodoende kan boedels vinniger en goedkoper afgehandel word.

LYNETTE THERON

*Universiteit van die Witwatersrand*

## ONREGMATIGHEID EN NALATIGHEID BY POLISIE-OPTREDE

**Prince v Minister of Law and Order 1987 4 SA 231 (OK)**

In hierdie saak het lede van die polisie 'n verdagte motor – wat 'n polisiepad-blokkade vermy het – in 'n nagtelike jaagtog agternagesit. Die polisie het drie skote op die betrokke motor gevuur. Die derde skoot het die bestuurder getref en die motor tot stilstand gebring. Dieselfde koeël het egter ook deur die liggaam van 'n passasier wat op die agterste sitplek gelê en slaap het – en dus buite die polisie se gesigsveld was – gegaan. Sowel die bestuurder as die passasier stel skadevergoedingseise teen die minister van wet en orde in.

Ten opsigte van die bestuurder se beserings oorweeg die hof die bepalings van artikel 49 van die Strafproseswet 51 van 1977 wat soos volg lui:

“(1) Indien iemand wat ingevolge hierdie Wet gemagtig is om 'n ander in hegenis te neem of om met sy inhegtenisneming behulpsaam te wees, poog om so 'n persoon in hegenis te neem en so 'n persoon-

(a) hom teen die poging verset en nie sonder die aanwending van geweld in hegenis geneem kan word nie; of

(b) vlug wanneer dit duidelik is dat 'n poging gedoen word om hom in hegenis te neem, of hom teen die poging verset en vlug,

kan die aldus gemagtigde persoon, ten einde die inhegtenisneming uit te voer, die geweld aanwend wat in die omstandighede redelikerwys nodig is om die verset te bowe te kom of om die betrokke persoon te verhinder om te vlug.

(2) Waar die betrokke persoon in hegenis geneem staan te word weens 'n in Bylae 1 bedoelde misdryf of in hegenis geneem staan te word op grond daarvan dat hy redelikerwys verdink word so 'n misdryf te gepleeg het, en die persoon wat ingevolge hierdie Wet gemagtig is om hom in hegenis te neem of om met sy inhegtenisneming behulpsaam te wees, hom nie op 'n ander wyse in hegenis kan neem of kan verhinder om te vlug as deur hom te dood nie, word die doding geag straffelose doodslag te wees.”

Regter Jones bevind dat die polisie gemagtig was om die bestuurder in hegenis te neem, en wel op grond van die redelike verdenking dat hy besig was om dagga te smokkel (236B). Verder bevind hy dat die bestuurder besig was om te vlug ten einde inhegtenisname vry te spring, weliswaar nie omdat hy besig was om dagga te smokkel nie, maar omdat hy onder die invloed van drank was en nie 'n bestuurderslisensie gehad het nie (236E-F). Vervolgens moet die regter besluit of die geweld wat die polisie onder hierdie omstandighede aangewend het, regmatig was. Ingevolge artikel 49(1)(b) sal die geweld regmatig wees indien dit *redelikerwys nodig* was om die ontvlugting te voorkom. Om te besluit of die polisie se gebruik van vuurwapens in die betrokke saak *redelik* was, oorweeg die hof enersyds die gedrag van die voortvluggende bestuurder en andersyds die polisie-optrede: die bestuurder het, benewens sy ontduiking van die padblokkade, op 'n roekelose manier bestuur (237B) en selfs probeer om die agtervolgende polisiemotor van die pad af te dwing (237A-B). Hierteenoor het die polisie onder andere hulle motor se ligte geflikker en die toeter geblaas alvorens hulle

begin skiet het (237G–H); en in laasgenoemde verband het hulle die skote na die bande gemik en nie direk na die bestuurder nie (237H). Verder neem die hof in ag dat die polisiemotor nie kragtig genoeg was om die voortvluggende motor in te haal en tot stilstand te dwing nie (237G), asook dat die voortvluggende vinnig besig was om 'n dorpsgebied te nader waar hulle waarskynlik die polisie veel makliker sou kon afskud (237F–G). In die lig hiervan bevind regter Jones dat die skote nie onregmatig teenoor die bestuurder was nie (237I).

Daar kan terloops opgemerk word dat die regter dit nie volkome duidelik maak of hy hierdie deel van sy bevinding op artikel 49(1)(b) dan wel artikel 49(2) baseer nie. Myns insiens is artikel 49(1)(b) hier toepaslik veral aangesien artikel 49(2) – letterlik uitgelê – net geld waar die inhegtenisnemer *dood*, en nie waar hy net *verwond* nie (maar sien die twyfel wat regter Jones hieroor uitspreek 233I–234B 236G). Verder dui die manier waarop regter Jones die *redelikheid* van die geweld ondersoek (veral 237A: “The yardstick is reasonableness”) myns insiens daarop dat hy self eintlik artikel 49(1)(b) in gedagte het. Die maatstaf by artikel 49(2) is immers – alhoewel dit sekerlik ook dáár oor redelikheid gaan – strenger geformuleer, naamlik dat die inhegtenisnemer *nie op 'n ander wyse* in hegtenis kon neem as om te dood nie. (Vgl regter Jones se woorde op 236G; maar sien ook 237D waar hy skynbaar besluit dat die polisie in die onderhawige saak *geen ander uitweg* gehad het as om te skiet nie – 'n gedagtegang wat weer aan artikel 49(2) herinner.)

Die hof moet vervolgens besluit of die skoot teenoor die *passasier* onregmatig was. Eerstens oorweeg regter Jones of artikel 49 van toepassing kan wees:

“It is not disputed that the first plaintiff [die passasier] was asleep on the back seat of the Cortina throughout the entire episode. The second defendant [die polisieman wat die gewraakte skoot gevuur het] was totally unaware of his presence there and he had no reason to suspect that there was anybody in the back hidden from his view. In these circumstances does s 49 apply? The first plaintiff was not suspected of having committed any offence. Nobody was attempting to arrest him and it was certainly not made clear to him that an attempt was being made to arrest him as contemplated by s 49(1)(b) (see *Macu v Du Toit* . . . ). He cannot be thought to have been fleeing from arrest. On the face of it, the requirements of the section have not been met, and it does not seem proper to conclude that the shooting of the first plaintiff is not wrongful simply because it was incidental to the justifiable shooting of the second plaintiff [die bestuurder]” (237I–238B).

Die regter bevind dan dat daar 'n ander rede is waarom die passasier se eis moet faal:

“[B]ecause the first plaintiff remained hidden throughout there was nothing to put the second defendant on his guard about possible back seat passengers. In these circumstances the first plaintiff's presence in the back was not only unforeseen; it was not reasonably foreseeable. It follows that when he decided to fire his second shot the second defendant owed no duty of care in respect of the first plaintiff and cannot therefore be said to have behaved wrongfully towards him.”

'n Paar opmerkings is miskien hier gepas. Regter Jones se stelling dat dit verkeerd sou wees om te bevind dat die skoot teenoor die passasier regmatig was eenvoudig omdat dit wel teenoor die bestuurder regmatig was, verdien myns insiens instemming. Ek meen ook dat met die uiteindelijke resultaat van die uitspraak saamgestem kan word. Dit lyk egter of die hof se hantering van die delikselemente onregmatigheid en nalatigheid nie honderd persent suiwer is nie.

Die handboekonderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid is dat by onregmatigheid die objektiewe redelikheid van die handeling *ex post facto* beoordeel word, terwyl by nalatigheid na die verwythbaarheid van die dader gevra

word deur sy gedrag te meet aan dié van die redelike man geplaas in die posisie van die dader. By die ondersoek na onregmatigheid moet die hof dus die omstandighede oorweeg wat objektief werklik teenwoordig was en die gevolge wat inderdaad ingetree het. By nalatigheid daarenteen oorweeg die hof daardie feite waarvan die dader bewus was ten tyde van die pleging van die beweerde delik – indien nodig aangevul deur die feite waarvan die redelike man in daardie posisie bewus sou gewees het – en vra dan of die werklik ingetrede nadeel vanuit daardie perspektief redelik voorsienbaar en voorkombaar was. (Vgl Boberg *The law of delict* Vol 1 (1984) 38–40; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1985) 129–132; Van der Walt *Delict: principles and cases* (1979) 21; Van Rensburg *Normatiewe voorsienbaarheid as aanspreeklikheidsbegreningsmaastaf in die privaatreë* (1972) 19 n 64.)

Vir sover die hof dus *in casu* die *regmatigheid* van die polisie se optrede op die *nie-voorsienbaarheid* van die passasier grond, is die beslissing vatbaar vir kritiek. Anders as wat die hof te kenne gee, gaan dit myns insiens hier oor nalatigheid en nie oor onregmatigheid nie. 'n Sterk saak kan trouens uitgemaak word dat die betrokke polisieman *onregmatig* teenoor die slapende passasier gehandel het. Die liggaamlike integriteit van die passasier is gekrenk. Nóg artikel 49 van die strafproseswet, nóg enige geykte gemeenregtelike regverdigingsgrond is hier toepaslik. Myns insiens kan die krenkende handeling ook nie deur die algemene onregmatigheidskriterium van die *boni mores* geregverdig word nie. Die ondersoek na die onregmatigheid van 'n handeling is in wese 'n belangafweging (vgl *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387D). In die onderhawige geval weeg die belang van die slapende passasier om nie ernstige liggaamlike leed berokken te word nie myns insiens swaarder as die belang wat die polisieman bevorder deur 'n voortvluggende verdagte in hegtenis te probeer neem. In hierdie stadium van die ondersoek – anders as wanneer die skuldvraag ter sprake kom – is dit waarskynlik vir die hof belangriker om in ag te neem dat 'n slapende passasier inderdaad objektief teenwoordig was, as om in ag te neem dat dié passasier se teenwoordigheid nie redelik voorsienbaar was nie. So gesien, is daar geen faktore wat swaar genoeg in die guns van die polisieman weeg dat sy optrede as objektief redelik – en dus regmatig – teenoor die slapende passasier bestempel kan word nie.

Hierdie slotsom beteken natuurlik dat die moontlike skuld – spesifiek nalatigheid – van die polisieman oorweeg sal moet word. Ek meen dat dit juis hiér is waar die feit dat die teenwoordigheid van die passasier nie voorsienbaar was nie, 'n belangrike rol vervul. Die klassieke nalatigheidstoets is immers of die redelike man in die posisie van die dader (i) skade of persoonlikheidsnadeel as 'n gevolg van sy handeling sou voorsien het, en indien wel, of hy (ii) voorkomende stappe sou gedoen het. Is die antwoord op beide vrae bevestigend, en het die dader se gedrag van dié van die redelike man afgewyk, is hy nalatig (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430). Aangesien die teenwoordigheid van die slapende passasier in die onderhawige saak nie redelik voorsienbaar was nie, was die persoonlikheidsnadeel deur hom opgedoen ook nie redelik voorsienbaar nie. Die polisieman was dus nie nalatig nie. Dit is myns insiens die ware rede vir die verweerder se nie-aanspreeklikheid in *Prince* se saak.

JC KNOBEL

*Universiteit van Suid-Afrika*



# BOEKE

## THE ACQUISITION AND PROTECTION OF OWNERSHIP

by DL CAREY MILLER

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1986; pp 358*

Price R64,00 (hard cover) R49,00 (soft cover) + GST

The field of property law is attracting much attention of late, and Carey Miller has contributed some valuable insights by the publication of *The acquisition and protection of ownership*.

The author's novel approach to this (at times very problematic) area of the law is to be welcomed, particularly for law students. He follows the traditional classification and employs the usual sources of the law of property, but his approach differs by introducing each mode of acquisition of ownership and each remedy with a definition of the relevant topic, thereby identifying the applicable principles. He then discusses each of the elements contained in the definition. Although major emphasis is placed throughout on the application, not only of the principles, but also of the facts of most of the authoritative court decisions, reference to the Roman-Dutch authorities has not been neglected.

The book is divided into three parts: Part I — Original acquisition; Part II — Derivative acquisition; and Part III — Protection of ownership. It includes, furthermore, a table of contents, a select bibliography, a table of cases, a table of statutes and an index.

The first part follows the well-known approach to all the original modes of acquisition of ownership, covering *occupatio*, *accessio*, *specificatio*, *confusio/commixtio*, acquisition of fruits, prescription and expropriation. To these Carey Miller adds, as a separate original method, treasure trove. Although traditionally part of *occupatio*, this classification has been questioned (Van der Merwe *Sakereg* 148).

When the author deals with original methods of acquisition of ownership, the "intention" element features throughout. Perhaps as a result of court decisions which tend to tip the balance somewhat, this element has been the subject of constant attention over the past few years in the case of for example *inaedificatio* (see e.g. Lewis "Superficies solo cedit sed quid est superficies?" 1979 *SALJ* 94; Sonnekus "Aanhegting — altyd 'naghel-vast?" 1984 *TSAR* 72; Carey Miller "Fixtures and auxiliary items: are recent decisions blurring real and personal



rights?" 1984 *SALJ* 205; Goldberg "Is a structure movable or immovable when annexed to movable property?" 1961 *SALJ* 366), while for example *occupatio* has perhaps received too little attention. Carey Miller now puts "intention" into perspective by pointing out that in the case of *occupatio* there must at some point be a coincidence of physical control and the intention to acquire, although the latter requirement has a less important role than the other factors such as possession, and the fact that the thing is a *res nullius* or *res derelicta* (10–11). After consideration of the case law and some of the literature on *inaedificatio* he criticises the emphasis on intention and concludes that

"the annexor's expressed intention may weigh the balance where an objective consideration of the physical facts and circumstances is inconclusive . . ." (31).

He advocates the conferment of a similar role on "intention" in the situation where movables are combined to form a single entity — intention cannot operate to produce a result which is inconsistent with the physical circumstances (39).

In regard to the "intention" element, or to its Latin equivalent *animus*, Carey Miller's use throughout his book of the term *animus domini* is questioned. The genitive of *dominus* (owner) is *domini*, the genitive of *dominium* (ownership) is *dominii*. The "intention of an owner" is clearly *animus domini*. In similar vein, the maxim is *de minimis non curat lex* (21).

Part II covers in systematic detail all the modes and elements of derivative acquisition of ownership. As he states in his preface, Carey Miller emphasises registration because of its practical considerations. None of the textbooks on property law cover this aspect in any detail and it is essential that students are given some initiation into registration practice and procedures. This practical approach is to be welcomed, but would have been enhanced by some examples of the forms and documents. To refer to "Form E", and "examine its component parts", so as "to understand this deed as the instrument through which ownership in land is passed . . ." (190) without an example at hand, makes an understanding of the principles very difficult.

Approximately a quarter of this book is devoted to the history of registration and a description of its application in practice. This takes the form of, *inter alia*, an explanation of the elements of a draft deed of transfer as well as the requirements for a power of attorney. In this section, too, some of the problems pertaining to the registrability of rights are examined under the heading "Conditions and servitudes". The case law on the distinction between real and personal rights is looked at in some detail. The theory is presented clearly, and a somewhat different perspective may be discerned in the examination of the issues involved. To mention but one example of this approach — Carey Miller concentrates on the restriction of, in particular, the *ius disponendi* (spelt both *jus* and *ius*) as a test for determining whether the right is real or personal (206 208–209). Simultaneously, he rejects the view held by Smit J in *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd v Registrar of Deeds* 1953 1 SA 600 (C) that a right "if binding on the owner's successors and creditors, would be a real right" (611G 609H). His explanation is that "the binding of successors is a consequence of the rights being real . . ." and for this reason

“the successor in title test should be directed to establishing whether the nature of the condition is such that successors in title would be bound rather than to draw the conclusion that the right is real from the fact that the condition purports to bind successors” (202).

Unfortunately, only cursory attention is devoted to the practical examination and explanation of some of the problematic issues arising from the real/personal right distinction. The section on options, pre-emptive rights and *fideicommissa* is treated briefly and could have been greatly enhanced had the author had the advantage of examining the detailed discussion of these issues in the unpublished doctoral thesis by Laurens entitled *Die ontstaan en tenietgaan van saaklike regte in die lig van die Suid-Afrikaanse stelsel van aktesregistrasie* (Unisa 1980).

A problem which often besets a publication which concentrates on certain aspects of a subject is that the basic principles may be neglected. An example which occurs in this publication is the absence of any introduction to the classification of things into for example, *res nullius* and *res alicuius*. This may well result in readers finding difficulty in understanding the principles of *occupatio*.

In part III, which deals with the protection of ownership, there is an extensive treatment of the *rei vindicatio*, with less, but essential, emphasis on the *condictio furtiva* and the delictual and enrichment remedies. The interdict is discussed too superficially in only one paragraph (342).

The right of retention as a defence to the *rei vindicatio* has not been overlooked. The description and position of *bona* and *mala fide* possessors in particular, and of *bona* and *mala fide* occupiers, which have long been the subject of some uncertainty, are examined in detail and clearly set out. As he does throughout this work, Carey Miller weighs up the different views and then provides his own solution or explanation. Particularly as regards the recognition of a *ius retentionis* for the *mala fide* possessor, his view is that this right should be denied, principally because justification for the recognition of such a right can exist only where the possessor effects the improvement “believing that he has a right in the thing”. Similarly, policy considerations dictate that the *mala fide* possessor should be denied this right, because there is “a potential as a charter for prolonging wrongful possession” (272).

The publication is particularly valuable in that it presents ownership in an up-to-date, approachable and understandable format. Sometimes, however, it is impossible for an author not to be overtaken by certain events. One of these is legislation. In this regard the appearance in September 1986 of the Sectional Titles Act 95 of 1986 is pertinent. The author briefly deals with sectional titles, and then only with the provisions of the Sectional Titles Act 66 of 1971. One does expect at least a reference to the new legislation, particularly in view of the fact that the 1986 Act was preceded by a draft Sectional Titles Bill published for comment in 1984 and the Sectional Titles Bill (B75-86(GA)). The reference to the Environment Planning Act 88 of 1967 is no longer correct since its title was changed to the Physical Planning Act 88 of 1967 in 1983.

A large measure of balance in the law relating to ownership has been brought about by, on the one hand, an exposition and explanation of some uncertain aspects, and on the other hand by a practical, systematic approach. For these two reasons I would recommend this work to legal academics as well as law students and practitioners.

JEAN BURDZIK  
*University of South Africa*

## THE CONSERVATION OF BUILDINGS AND TOWNSCAPES IN SOUTH AFRICAN LAW

deur AJ VAN DER WALT

*Uitgegee deur die outeur, Pretoria 1987; 134 bl*

Prys R35,00 (AVB ingesluit)

Hierdie monografie is 'n herdruk van 'n navorsingsverslag wat voorgelê is ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir 'n LLM-grad aan die Universiteit van die Witwatersrand.

Die begrip "omgewing" is vatbaar vir verskillende betekenisse, afhangende van die verband waarin dit aangewend word. Gedurende die laaste twee dekades is dit hoofsaaklik vereenselwig met die natuurlike omgewing en het die begrip "omgewingsbewing" gewoonlik dieselfde konnotasie. Soms word onder die term "omgewing" verstaan die "menslike omgewing", wat dan egter so 'n wye betekenis het dat dit kwalik prakties bruikbaar is. Daar is verder ook diegene wat by "omgewing" die mens se kultuur-historiese omgewing insluit, veral die beboude omgewing en die bewaring daarvan. Van der Walt val in laasgenoemde kategorie. Hy beskryf sy uitgangspunt as "holisties" omdat dit sowel die natuurlike as die kulturele omgewing insluit. Laasgenoemde word getipeer as die beboude omgewing ("built-up environment", of die meer gebruiklike term, "built environment"), wat dorpsbeelde ("townscapes"), geboue en monumente omvat.

Omgewingsbewing was in die verlede hoofsaaklik op die natuurlike omgewing gemik en dit is eers betreklik onlangs dat aandag aan die bewaring van die beboude omgewing gegee word. Die outeur ontleed die etiese grondslag van bewaring, welke grondslag egter tradisioneel op die natuurlike omgewing betrekking het. Hy poog wel om 'n etiese grondslag ook vir die beboude omgewing te vestig, maar dit sal in die toekoms deur voorstanders van bewaring in meer diepte ondersoek moet word, veral met die oog op die versoening tussen bewaring en ontwikkeling.

Ongeveer die helfte van die monografie word gewy aan 'n oorsigtelike uiteensetting van die Suid-Afrikaanse regsreëls vir die bewaring van die beboude omgewing. Hy toon aan dat met enkele uitsonderings ons gemenerg weinig tot bewaring bydra. Bewaringsmaatreëls word feitlik uitsluitlik in wetgewing vervat. Die belangrikste maatreëls word in die Wet op Oorlogsgrafte en Nasionale Gedenkwaardighede 28 van 1969 aangetref asook in voorskrifte wat in 'n groot verskeidenheid ander wetgewing neergelê is. 'n Bondige uiteensetting van hierdie maatreëls word verskaf. Soos verweg kan word, is 'n ernstige probleem wat teweeggebring word deur die groot getal statutêre voorskrifte wat in 'n verskeidenheid van uiteenlopende wetgewing aangetref word, die gebrekkige koördinasie van hul toepassing. Geen oplossing bestaan tans vir hierdie probleem nie aangesien daar nie net een staatsdepartement of statutêre liggaam is wat die bewaring van die beboude omgewing omvattend beheer nie. Dit sal waarskynlik moeilik of selfs onmoontlik wees om so 'n liggaam in te stel vanweë die beginsel dat een staatsdepartement nie aan 'n ander kan voorskryf nie en omdat dit prakties baie moeilik sou wees om alle voorskrifte met betrekking tot die bewaring van die beboude omgewing deur een liggaam te laat afdwing. Van der Walt doen aan die hand dat dit prakties moontlik is om alle handelinge wat



gemik is op die bewaring van die beboude omgewing te sentraliseer en te koördineer in een raadplegende liggaam.

'n Beperkte mate van regsvergelyking word gedoen, waarin kortliks kennis geneem word van die regsposisie in die VSA en in Wes-Duitsland. Daar word ook enkele opmerkings gemaak vanuit 'n volkeregetelike perspektief.

'n Afsonderlike hoofstuk word gewy aan die uitwerking van bewaringsvoorskrifte op eiendomsreg van privaatgrond, waaruit veral blyk dat sodanige voorskrifte aansienlike beperkings meegebring het op die tradisionele beskouing van eiendom van grond as 'n omvattende reg.

Uiteindelik word in 'n samevattende hoofstuk enkele gevolgtrekkings en aanbevelings gemaak. Sy voorstelle vir 'n doeltreffender bedeling vir die bewaring van die beboude omgewing berus op die skepping van 'n bewaringsetiek as grondslag, waarna dan 'n duidelike beleid geformuleer moet word, gevolg deur die daarstelling van 'n funksionele bewaringstrategie. Al hierdie aangeleenthede behoort volgens Van der Walt aangespreek te word in 'n nuwe omvattende wet op die bewaring van die beboude omgewing, wat dan die Wet op Oorlogsgrafte en Nasionale Gedenkwaardighede asook die groot verskeidenheid ander wetgewing behoort te konsolideer, welke voorgestelde wet eenvormig deur 'n enkele geskikte staatsdepartement geadministreer behoort te word.

Die meriete van Van der Walt se monografie lê nie soseer in die diepte of oorspronklikheid van sy bydrae nie, maar veral daarin dat hy baanbrekerswerk gedoen het op 'n terrein waar juriste hul nog maar baie selde begeef het. Sy bydrae is beslis die omvangrykste wat nog in ons land oor die betrokke regsaspekte gepubliseer is. Dat daar 'n behoefte bestaan aan hervorming en konsolidasie van die reg met betrekking tot die bewaring van die beboude omgewing, ly geen twyfel nie. Daar kan met vrug op Van der Walt se monografie gesteun word as 'n vertrekpunt en grondslag vir sodanige hervorming.

ANDRÉ RABIE

*Universiteit van Stellenbosch*

**A BIBLIOGRAPHY OF SOUTH AFRICAN CRIMINAL LAW  
(GENERAL PRINCIPLES)**

deur ANDRÉ RABIE

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1987; viii en 91 bl*

Prys R18,00 + AVB

Hierdie kort werk is die eerste bibliografie oor die strafreg wat in Suid-Afrika verskyn. Om hierdie rede is dit 'n baie waardevolle aanwinst en hulpmiddel vir sowel praktisyns as akademici en gevorderde studente op die gebied van die strafreg. Die indeling kom ooreen met die gebruikelike indeling van onderwerpe by die algemene beginsels van die strafreg. Onder elke onderwerp verskyn 'n



genommerde lys van literatuur oor die onderwerp. Die literatuur sluit in handboeke, artikels, aantekeninge, vonnisbesprekings, kommissieverlae en doktorsale proefskrifte. Indien 'n bepaalde bron volgens die skrywer se mening van besondere belang is, verskyn die nommer van die bron in vetdruk. Sodoende word navorsers wat nie tyd het om al die bronne deur te lees nie, gehelp om die belangrikstes te identifiseer. Na die literatuurlys verskyn enkele paragrawe waarin die skrywer kernagtig kommentaar lewer op die onderwerp en onder meer aantoon welke aspekte van die onderwerp nog nie behoorlik deurvors is nie. Voornemende nagraadse studente in die strafreg wat op soek is na 'n onderwerp waarvoor hulle navorsing kan doen, kan hierdie aantekeninge met vrug raadpleeg. Hoewel baie kernagtig, getuig die aantekeninge van 'n rype insig in die stof. Veral by die eerste onderwerpe, wat die *nullum crimen sine lege*-beginsel voorafgaan, is daar heelwat verwysings na literatuur wat meer bepaald oor die penologie, kriminologie en strafprosesreg handel. Dit is te verwelkom. Die in-deling van stof, taagebruik, redaksionele aspekte en algemene afwerking van die boek is puik. Die skrywer moet gelukkigewens word met die moeite wat hy met die voorbereiding van die werk gedoen het asook met die uitstekende en waardevolle eindresultaat.

CR SNYMAN  
Universiteit van Suid-Afrika

**HANDBOEK OOR DIE STRAFPROSESWET 51 VAN 1977**  
**HANDBOOK ON THE CRIMINAL PROCEDURE ACT 51 OF 1977**  
deur OJ BARROW

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1986; 264 bl*  
Prys R19,50 + AVB (sagteband)

Hierdie werk, in sagteband uitgegee in Afrikaans en Engels, bevat 'n volledige teks van die Strafproseswet en die regulasies daarkragtens uitgevaardig. Daar verskyn ook 'n volledige register van gerapporteerde beslissings oor die bepalings van die Strafproseswet, kronologies gerangskik volgens die betrokke artikel van die wet. 'n Handige en redelik breedvoerige trefwoord-register stel die gebruiker van die werk in staat om die tersaaklike bepaling van die wet aan die hand van die betrokke onderwerp in die register op te spoor.

Volgens die uitgewer se nota is die werk bedoel om 'n "studente-uitgawe" van die Strafproseswet te wees. Na my mening beantwoord die werk aan hierdie doel, aangesien dit die wet, regulasies, sakeregister en trefwoord-register saamvat in een handige en maklik hanteerbare volume, en teen 'n billike prys. Die boek word nie alleen vir studente aanbeveel nie, maar behoort ook 'n handige hulpmiddel te wees vir die jong strafhof-praktisyn, nie net by die voorbereiding vir 'n strafsak nie, maar ook om 'n onverwagte strafprosesregtelike probleem wat in die hof mag opduik, die hoof te bied deur gebruikmaking van die omvattende registers agterin die werk.

Daar kan dalk besware ingebring word teen die woord "Handboek" in die titel omdat die werk slegs die teks van die wet, sonder kommentaar daarop, en die vermelde registers bevat. In hierdie verband moet in gedagte gehou word dat die werk 'n handboek oor die Strafproseswet en nie oor die Strafprosesreg in 'geheel is nie. Vir sover hierdie boek die funksie het om die Strafproseswet vir die gebruiker meer toeganklik en hanteerbaar te maak, is dit myns insiens tog aanvaarbaar om daarna as 'n handboek te verwys.

CR BOTHA

*Universiteit van Suid-Afrika*

**THE LAW OF SOUTH AFRICA**

**RAILWAYS AND HARBOURS TO ROADS AND ROAD TRANSPORT  
(Band 23)**

Ere-Hoofredakteur WA JOUBERT

*Butterworth Durban Pretoria 1986; 384 bl*

Prys R139,00 + AVB

Die drie en twintigste band van *The law of South Africa* beslaan vyf titels wat die reg op 31 Desember 1985 aangaande die volgende onderwerpe weergee:

- 1 *Railways and Harbours* deur professore J Church en D van der Merwe;
- 2 *Rating* deur advokaat J Meyer;
- 3 *Religion* deur professor JD van der Vyver;
- 4 *Research* deur professor WJ Hosten; en
- 5 *Roads and road transport* deur professor AJ Middleton.

Soos wat die geval met die vorige uitgawes in die reeks is, het mens hier weer eens met 'n werk van hoogstaande gehalte te doen. Die verskillende medewerkers se hantering van hulle onderwerpe is, soos dit hoort, deeglik en op die punt af. Die werk is tipografies goed versorg en vertoon netjies en duursaam.

Band drie en twintig is besonders in die sin dat al vyf onderwerpe regsgebiede is wat op sigself nog min aandag in onafhanklike werke geniet. Dit is weer eens 'n bevestiging van die belangrike rol wat *The law of South Africa* in die ontsluiting en beskikbaarstelling van regsinsligting speel.

Aangesien die reg soos op 31 Desember 1985 weergegee word, is die nuutste ontwikkelinge ten opsigte van die inskakeling van die spoorwegpolisie by die Suid Afrikaanse polisie nie ingesluit by die titel *Railways and harbours* nie. Dit is ook die geval met die titel *Rating*, waar die heffings wat deur streekdiensterade gehef gaan word, nie verskaf word nie.

Ten slotte kan die redakteur, medewerkers en die uitgewers gelukkig word met die soveelste puik produk in hierdie reeks.

FRITZ VISSER

*Universiteit van Suid Afrika*



# Die belangrikste wysigings van die nuwe Wet op Deeltitels vanuit die oogpunt van die deeleienaar

CG van der Merwe

*BA LLD BCL (Oxon)*

*Professor in die Privaatreg, Universiteit van Stellenbosch*

## SUMMARY

**The most important innovations of the new Sectional Titles Act affecting sectional owners.**

The new Sectional Titles Act 95 of 1986 came into operation on 1 June 1988. Although the basic structure and principles of the old Sectional Titles Act 66 of 1971 were retained, this "second generation statute" streamlined several provisions of the old act and brought about a number of changes affecting the position of sectional owners. Major innovations concern unanimous and special resolutions; draft sectional plans; subdivision, consolidation and extension of units; the extension of a scheme by the addition of land; exclusive use areas; the participation quota; a compulsory first meeting of sectional owners within the first three months after the body corporate comes into existence; the reserve fund; separate valuation and rating of units and improvements of the common property.

It is submitted that although the legislature has done its utmost to improve the conveyancing aspects of sectional titles in order to ensure security of title, it has not done enough for the soul of sectional title schemes, namely harmonious communities of sectional owners. This is illustrated by the failure to provide for a speedy, inexpensive and efficient mechanism to settle disputes amongst owners and between owners and trustees. A further deficiency concerns the inadequate protection given to prospective purchasers of sectional title units. A final shortcoming is the failure to ensure the fundamental suitability of buildings for utilisation as sectional title schemes occasioned by the excessive restrictions placed by the legislature on a local authority's power to refuse a sectional title application. Essentially, sectional title owners who acquire perpetual title are entitled to a building with higher technical qualities than mere tenants with temporary occupancy rights.

## INLEIDING

Die nuwe Wet op Deeltitels<sup>1</sup> is reeds op 17 September 1986 afgekondig. Vanweë die probleme wat die nuwe Deeltitelregulasieraad<sup>2</sup> met die opstel van toepaslike regulasies en bestuurs- en gedragsreëls vir deeltitelskemas ondervind het, het die wet egter eers op 1 Junie 1988 in werking getree.<sup>3</sup>

1 Wet 95 van 1986.

2 Sien a 54 en 55 Wet 95 van 1986.

3 Prok 62 SK 11240 van 1988-04-08.



Die nuwe wet vervang die ou Wet op Deeltitels<sup>4</sup> wat as gevolg van verskeie wysigings 'n gelapte voorkoms begin kry het.<sup>5</sup> Bowendien was 'n grondige hersiening van die ou wet nodig. Slegs 'n klein aantal bepalings is net so behou,<sup>6</sup> verskeie bepalings is omtrent glad nie gewysig nie<sup>7</sup> terwyl ander slegs gestroomlyn is met behoud van die kern van die ou bepaling.<sup>8</sup> Verskeie van die meganismes van die ou wet word op 'n gesonder grondslag geplaas<sup>9</sup> terwyl 'n groot aantal nuwe bepalings ingevoer word om deeltitelskemas by moderne omstandighede aan te pas.<sup>10</sup> Met hierdie wet volg Suid-Afrika die voorbeeld van verskeie buitelandse regstelsels wat na 'n proeftydperk van ongeveer vyftien tot twintig jaar hul oorspronklike deeltitelwetgewing met 'n meer gesofistikeerde *second generation statute* vervang het.<sup>11</sup>

Alhoewel die nuwe wet te lank is<sup>12</sup> en desnieteenstaande verskeie leemtes bevat,<sup>13</sup> het die Suid-Afrikaanse wetgewer hom na my mening goed van sy taak gekwy. Die doel van hierdie artikel is om 'n paar belangrike wysigings van die nuwe wet wat deeleienaars direk raak onder die loep te neem en ook te wys op 'n paar tekortkominge van die wet wat geredelik deur latere wysigings van die wet, of desnoods 'n *third generation statute*, uit die weg geruim kan word.

## EENPARIGE EN SPESIALE BESLUIE

Een van die belangrikste wysigings vervat in die nuwe wet is die nuwe omskrywings van die begrippe *eenparige besluit* en *spesiale besluit*.<sup>14</sup> Die praktyk het geleer dat deeleienaars onverskillig staan teenoor die bywoning van vergaderings en dat dit daarom bykans onmoontlik was om 'n eenparige besluit of

- 
- 4 Wet 66 van 1971 soos gewysig. Sien die Bylae tot Wet 95 van 1986 wat aandui watter wette herroep is. Vir 'n opsomming van die belangrikste wysigings sien Van der Merwe en Butler *Sectional Titles, Share Blocks and Time-sharing* 7.
- 5 Sien veral die verbruikersbeskermingsbepalings, nl a 8A ingevoeg deur a 2 Wet 12 van 1981 (ter beskerming van kopers van eenhede) en a 8B deur a 5 Wet 77 van 1983 (ter beskerming van huurders by omskepping van huurwoonstelle in deeltitelwoonstelle).
- 6 Sien bv a 30 (ou a 21), a 33 (ou a 25), a 45 (ou a 33) en a 46 (ou a 34).
- 7 Sien bv a 9 (ou a 8A), a 10 (ou a 8B), a 16 (ou a 12), a 18 (ou a 14), a 28 (ou a 19), a 29 (ou a 20), a 31 (ou a 22), a 36 (ou a 28) en a 47 (ou a 35).
- 8 Vgl bv a 9(1) met ou a 8A(1); a 12 met ou a 5; a 17 met ou a 13; a 22 met ou a 16; a 34 met ou a 26; a 37 en 38 met ou a 29 en 30; a 49 met ou a 37; en a 55 met ou a 40.
- 9 Vgl bv a 24 (uitbreiding van dele) en 25 (uitbreiding van skemas deur byvoeging van dele) met die ou a 18 (uitbreiding van gebou). Sien hieroor Van der Merwe "Nuwe gesigspunte oor die ontwikkeling van 'n deeltitelskema in fases" 1987 *TRW* 43.
- 10 Sien bv a 5 en 7 (konsepdeelplanne), a 8 (onbehoorlike gedrag van landmeters en argitekte), a 19 (onteiening van gemeenskaplike eiendom), a 23 (konsolidasie van dele), a 25 en 26 (uitbreiding van skemas), a 27 (uitsluitlike gebruiksregte), a 40 (vertrouensposisie van trustees), a 41-43 (gedinge ten behoeve van regs persone), a 54 (deeltitelregulasieraad) en a 60 (voorbehoude en oorgangsbepalings).
- 11 Die oorspronklike Co-operative Houses Law van 1952 is in 1969 vervang deur 'n hoofstuk van die gekonsolideerde Land Law (Laws of the State of Israel 5729 van 1969); die oorspronklike Conveyancing (Strata Titles) Act 1961 van Nieu-Suid Wallis is vervang deur die Strata Titles Act 68 van 1973. Verskeie Noord-Amerikaanse state het ook reeds *second generation statutes* gepromulgeer: sien Van der Merwe "The Sectional Titles Act in the light of the Uniform Condominium Act" 1987 *CILSA* 1.
- 12 Die Duitse Wohnungseigentumsgesetz bevat 60 kort bepalings en is ongeveer 25 bl lank. Die hfst in die Israelse Land Law van 1969 wat oor condominium handel, is maar 7 bl lank. Daarteenoor beslaan die Suid-Afrikaanse Wet op Deeltitels van 1986 43 bl.
- 13 *infra*.
- 14 Sien a 1 *sv eenparige besluit* en *spesiale besluit*.

sels 'n spesiale besluit geneem te kry.<sup>15</sup> Die nuwe wet verslap gevolglik die vereistes vir hierdie soort besluite op tweërlei wyse. Eerstens word afgesien van die vereiste dat eenparige of spesiale besluite noodwendig op 'n algemene vergadering geneem moet word. Tweedens word die vereistes vir die neem van hierdie besluite op 'n algemene vergadering afgewater.

Wat die eerste verslapping betref, bepaal die nuwe wet dat 'n eenparige besluit verkry kan word deur die ondertekening van 'n skriftelike besluit deur al die lede vir die regspersoon of deur 'n gevolmagtigde of 'n regtens erkende verteenwoordiger van so 'n lid.<sup>16</sup> Desgelyks kan 'n spesiale besluit verkry word deur die ondertekening van 'n skriftelike besluit deur 75% van al die lede van die regspersoon of deur 'n gevolmagtigde of 'n regtens<sup>17</sup> erkende verteenwoordiger van so 'n lid. Die vereiste 75% word volgens sowel getal as waarde bereken. In die praktyk beteken dit dat sodanige besluite tussen die deeleienaars rondgestuur kan word totdat die vereiste aantal handtekening versamel is.

Wat die tweede verslapping betref, hoef 'n eenparige besluit nie meer eenparig op 'n algemene vergadering waarop al die eienaars persoonlik teenwoordig of verteenwoordig is,<sup>18</sup> geneem te word nie. Dié besluit moet voortaan slegs *eenparig* geneem word deur ten minste 80% van al die lede van die regspersoon, bereken in getal en waarde, wat persoonlik teenwoordig of verteenwoordig is op die algemene vergadering.<sup>19</sup> Die implikasie van hierdie wysiging is dat 'n eenparige besluit geneem kan word op 'n algemene vergadering waarop slegs 80% van al die lede van die regspersoon teenwoordig of verteenwoordig is indien geen lid teen die voorstel stem nie.<sup>20</sup>

Indien 90% van al die lede van die regspersoon teenwoordig is, moet hulle nog steeds die besluit *eenparig* neem. Dit is verkeerd om te beweer dat slegs 80% van die teenwoordiges die besluit kan neem.<sup>21</sup> Die benaming *eenparige besluit* en die bewoording van die artikel toon duidelik aan dat besluitneming eenparig moet geskied. Indien die wetgewer iets anders in die oog gehad het, sou die wetgewer 'n ander benaming, byvoorbeeld *buitengewone besluit*, in plaas van die benaming *eenparige besluit* gebruik het.<sup>22</sup> Verder hoef 'n *spesiale besluit* nie meer deur 75% van al die lede van die regspersoon (bereken in getal en waarde) geneem te word nie.<sup>23</sup> Dit is voldoende as 75% van die lede van die regspersoon teenwoordig of verteenwoordig op die algemene vergadering die voorstel aanvaar.<sup>24</sup>

Omdat 'n eenparige of spesiale besluit nou makliker geneem kan word, vereis die nuwe wet dat dertig in plaas van veertien dae<sup>25</sup> skriftelik kennis van die

15 Sien die Memorandum oor die Oogmerke van die Wetsontwerp op Deeltitels 1986 by die Wetsontwerp op Deeltitels [W76-86] (AS) 88.

16 a 1 *sv eenparige besluit* (a).

17 a 1 *sv spesiale besluit in medio*.

18 Sien a 1 *sv eenparige besluit* van die Wet op Deeltitels 66 van 1971.

19 a 1 *sv eenparige besluit principio*.

20 a 1 *sv eenparige besluit principio* gelees met a 1(3)(b).

21 Vgl Delpont "The new Sectional Titles Act 95 of 1986" 1986 *Juta's South African Journal of Property* 30.

22 Vgl die benaming "extraordinary resolution" in a 1 van die Unit Titles Act 1972 van Nieu-Seeland.

23 a 1 *sv spesiale besluit* Wet 66 van 1971.

24 a 1 *sv spesiale besluit principio* Wet 95 van 1986.

25 a 1 *sv eenparige besluit* (a) en *spesiale besluit* Wet 66 van 1971.

algemene vergadering gegee moet word.<sup>26</sup> In omstandighede in die reëls bepaal, kan 'n vergadering van die regs persoon belê word vir 'n datum dertig dae of minder nadat kennis aan al die lede van die regs persoon gegee is.<sup>27</sup> Dié kennisgewing moet die voorgestelde spesiale besluit vermeld<sup>28</sup> en per hand aan 'n lid oorhandig word of per voorafbetaalde geregistreerde pos na die adres van die lid se eenheid of ander adres wat skriftelik deur 'n lid vir doeleindes van sodanige kennisgewing aangedui is, versend word.<sup>29</sup>

Wat eenparige besluite betref, bepaal die nuwe wet dat 'n lid van die regs persoon wat buite stemming bly, geag word ten gunste van die besluit te stem.<sup>30</sup> Indien 'n betrokke besluit die eiendomsregte of -bevoegd hede van enige lid as eienaar nadelig raak, bepaal die nuwe wet dat daardie besluit nie as geneem beskou word nie tensy sodanige lid skriftelik daartoe toestem.<sup>31</sup> Met hierdie laaste voorbehoudsbepaling neem die wetgewer myns insiens baie van wat hy met die een hand gegee het, met die ander hand weg. Die aangeleenthede waarvoor 'n eenparige besluit vereis word,<sup>32</sup> is oor die algemeen so belangrik dat die een of ander deeleienaar se eiendomsregte of -bevoegd hede omtrent altyd nadelig deur die aanname van 'n eenparige besluit geraak sal word. Een halstarrige lid van die regs persoon kan dus soos in die verlede nog steeds in die meeste gevalle verhoed dat 'n eenparige besluit geneem word.

'n Netelige kwessie in verband met eenparige en spesiale besluite is presies hoe die 80% in die geval van 'n eenparige besluit en die 75% in die geval van 'n spesiale besluit bereken moet word. Volgens die ou Wet op Deeltitels is 'n spesiale besluit geneem deur 'n meerderheid van minstens 75% van die stemme bereken volgens waarde, en minstens 75% van die stemme bereken volgens getal, van *al die eienaars van dele*.<sup>33</sup> Dit impliseer dat 'n lid van die regs persoon wat eienaar van meer as een eenheid was, meer as een stem gehad het indien die stemme volgens getal bereken is. Ingevolge die nuwe wet word 'n eenparige of 'n spesiale besluit respektiewelik geneem deur ten minste 80% of 75% van al die lede, of die teenwoordige lede van die regs persoon bereken in getal, en ten minste 80% of 75% van al die lede, of die teenwoordige lede van die regs persoon bereken in waarde.<sup>34</sup> Wat die berekening volgens waarde betref, word die waarde van die stem van die eienaar of eienaars van 'n deel bepaal ooreenkomstig die deelnemingskwota of gewysigde stemwaarde wat aan die eenheid toegedeel is.<sup>35</sup>

26 a 1 *sv eenparige besluit in medio en spesiale besluit in medio* Wet 95 van 1986.

27 a 1 *sv eenparige besluit (a) in fine en spesiale besluit in fine*.

28 *ibid.*

29 a 1(2)(a) en (b) en a 1(3)(a).

30 a 1(3)(b). Let daarop dat hierdie reëling slegs geld vir die aanname van *eenparige besluite* en nie vir die aanname van *spesiale besluite* nie.

31 a 1(3)(c).

32 bv handelinge met die gemeenskaplike eiendom (a 17(1)), uitbreiding van sy deel deur 'n deeleienaar (a 24(1)), die reservering van uitsluitlike gebruiksgebiede ten gunste van een of meer deeleienaars deur die regs persoon (a 27(2)), 'n besluit dat die gebou geag word vernietig te wees (a 48(1)(b)), die magtiging van 'n skema vir algehele of gedeeltelike heropbou en die oordrag van die belange van deeleienaars by vermeende vernietiging of beskadiging van die gebou (a 48(3)) en 'n besluit om nie te herbou nie waar die gebou geag word vernietig te wees (a 49(1)).

33 a 1 Wet 66 van 1971 *sv spesiale besluit*.

34 a 1 Wet 95 van 1986 *sv eenparige besluit en spesiale besluit*.

35 Sien reël 63 van Aanhangel 8 van die Deeltitelregulasies R644 SK 11245 van 1985-04-08 (RK 4193). Sien hieroor Van der Merwe en Butler *op cit* 274.



By die berekening van stemme volgens getal lyk dit egter of een lid van die regs persoon nooit meer as een stem kan hê nie selfs al is hy eienaar van meer as een eenheid. Dit beteken dat 'n ontwikkelaar wat nege van die woonstelle in 'n deeltitelkompleks bestaande uit 100 woonstelle aan deeleienaars oorgedra het, wel 90% van die stemme bereken volgens waarde het, maar slegs 10% van die stemme volgens getal. Die resultaat hiervan is dat die ontwikkelaar nie sonder beduidende steun van die ander lede van die regs persoon 'n eenparige of 'n spesiale besluit geneem sal kan kry nie.

### KONSEPDEELPLANNE

Die deelplan is die belangrikste dokument van 'n deeltitelskema aangesien dit die basis van 'n deeleienaar se eiendomsreg op sy eenheid vorm. 'n Deeltitelbewys of 'n sertifikaat van geregistreerde deeltitel word op grond van 'n geregistreerde deelplan aan 'n deeleienaar uitgereik wat dan sy "kaart en transport" is. In die verlede het dit dikwels gebeur dat deelplanne onpresies en onnoukeurig opgestel is wat groot onsekerheid tot gevolg gehad het. Deeleienaars kon byvoorbeeld nie bepaal watter gedeeltes van die gebou deel van 'n deel en watter gedeeltes deel van die gemeenskaplike eiendom was nie.

Verskeie bepalings van die nuwe wet is gevolglik daarop gemik om te verseker dat 'n deelplan so noukeurig en presies as moontlik opgestel word:

a Landmeters of argitekte wat deelplanne opstel, kan deur die hoofdirekteur van opmetings en kartering<sup>36</sup> verplig word om 'n voorgeskrewe eksamen in die opstel van konsepdeelplanne af te lê.<sup>37</sup> Gevolglik sal onervarendheid en ondeskundigheid nie soos in die verlede daartoe bydra dat talle foutiewe deelplanne opgestel word nie.

b Landmeters en argitekte word ingevolge die nuwe wet verplig om deelplanne op te stel op grond van werklike opmetings deur hulleself of onder hulle toesig.<sup>38</sup> Vroeër is deelplanne dikwels op grond van bouplanne opgestel in 'n stadium toe die deeltitelgebou nog nie voltooi was nie. Na voltooiing is die gegewens nie noukeurig nagegaan om te verseker dat dit met die werklike toedrag van sake ooreenstem nie. Foute het dus maklik ingesluip.

c Indien landmeters en argitekte hulle skuldig maak aan sekere voorgeskrewe vorme van onprofessionele gedrag by die opstel van deelplanne, kan klagtes in dié verband deur die direkteur-generaal openbare werke en grondsake of 'n beampte deur hom gemagtig, na die Suid-Afrikaanse Raad vir Professionele Landmeters en Tegniese Opmeters<sup>39</sup> of die Suid-Afrikaanse Raad vir Argitekte<sup>40</sup> verwys word vir ondersoek en moontlike tugstappe.<sup>41</sup> Sowel die feit dat die

36 aangestel ingevolge a 1 van die Opmetingswet 9 van 1927.

37 a 5(2). Dit staan die hoofdirekteur natuurlik vry om ervare deelplanopstellers van hierdie eksamen vry te stel. Sien reg 43 oor hierdie eksamen.

38 a 6(1).

39 ingevolge die Wet op Professionele Landmeters en Tegniese Opmeters 40 van 1984.

40 ingevolge die Wet op Argitekte 35 van 1970.

41 a 8.



gewraakte vorme van onprofessionele gedrag noukeurig en in groot besonderhede omskryf is,<sup>42</sup> as die vrees vir tugmaatreëls, het tot gevolg dat landmeters en argitekte deelplanne voortaan met die grootste omsigtigheid sal opstel.

d Ingevolge die nuwe wet stel 'n landmeter of argitek slegs 'n konsepdeelplan op wat hy dan vir goedkeuring aan die landmeter-generaal en sy personeel moet voorlê.<sup>43</sup> Hierdie konsepdeelplan word eers 'n deelplan in die ware sin van die woord nadat dit deur die landmeter-generaal goedgekeur is.<sup>44</sup> Aangesien die landmeterskantoor jarelange ervaring met die opstel van planne en kaarte het, behoort hierdie maatreël in 'n hoë mate te verseker dat 'n mens peil kan trek op die deeltitelregister en deeltitelcertifikate wat op grond van 'n geregistreerde deelplan uitgereik is. Dit behoort daartoe by te dra dat ons deeltitelregistrasiestelsel mettertyd dieselfde hoë aansien sal geniet as ons grondregistrasiestelsel. Die moontlike vertraging wat hierdie maatreël in die proses van deeltitelontwikkeling kan meebring, weeg nie op teen die voordele wat 'n noukeurige deeltitelregistrasiestelsel vir sowel die deeleienaar, die ontwikkelaar en die publiek in die algemeen inhou nie.

## ONDERVERDELING, KONSOLIDASIE EN UITBREIDING VAN 'N DEEL

Die nuwe wet behou die meganisme van onderverdeling en maak verder daarvoor voorsiening dat 'n deeleienaar twee of meer aangrensende dele wat in sy naam geregistreer is, kan konsolideer.<sup>45</sup> Ingevolge die ou wet was 'n spesiale besluit nodig vir onderverdeling.<sup>46</sup> Ingevolge die nuwe wet kan daar met sowel onderverdeling as konsolidasie voortgegaan word indien die skriftelike toestemming van die trusteees daartoe verkry is.<sup>47</sup> Die nuwe wet bepaal ook dat die trusteees nie hul toestemming tot onderverdeling of konsolidasie op onredelike gronde mag weerhou nie.<sup>48</sup> Wat as onredelike gronde beskou word, sal met verloop van tyd deur die hof uitgemaak moet word.<sup>49</sup> Daar word ter oorweging gegee dat onderverdeling deur die trusteees geweier mag word indien die resulterende dele te klein sal wees vir die beoogde doel daarvan (byvoorbeeld om as wooneenhede gebruik te word), of indien die onderverdeling tot gevolg sal hê dat die beskikbare fasiliteite oorbenut sal word. Wat konsolidasie betref, sal twee

42 Onprofessionele gedrag bestaan waar 'n landmeter of argitek 'n deelplan onderteken sonder dat hy self die opmetings gemaak het, of indien die opmetings deur 'n ander onder sy toesig gemaak is, hy die deelplan onderteken sonder om die gegewens deeglik na te gaan; waar hy 'n foutiewe plan onderteken in die wete dat dit foutief is; waar hy herhaalde foutiewe deeltitelopmetings uitvoer; waar hy 'n aantekening in 'n veldrekord maak sonder dat hy inderdaad 'n werklike opmeting gemaak het; waar hy onjuiste inligting omtrent 'n skema aan die landmeter-generaal verstrek in die wete dat dit onjuis is; waar na ondersoek deur die hoofdirekteur bevind word dat hy sy pligte op 'n onbevoegde of onbevredigende wyse uitvoer; en waar hy 'n bepaling van die wet oortree of versuim om daaraan te voldoen. sien a 8(a)-(g).

43 a 7.

44 sien a 1 *sv* deelplan en konsepdeelplan.

45 a 20(1).

46 a 15(3) Wet 66 van 1971.

47 a 20(1).

48 *ibid.*

49 Die wetgewer skep met hierdie bepaling die moontlikheid dat daar 'n geskil tussen 'n deeleienaar en die regs persoon kan ontstaan. Hierdie geskil kan waarskynlik slegs met behulp van die hof opgelos word.

aangrensende eienaars nie toegelaat word om hul eenhede te konsolideer voordat hulle eers elke deel op hul name as mede-eienaars laat registreer het nie.<sup>50</sup>

Die nuwe wet skep ook die moontlikheid vir 'n deeleenaar om sy deel sydelings of in die lugruim bokant die gebou (indien sy deel op die boonste verdieping geleë is) uit te brei.<sup>51</sup> Aangesien die buite-aansig van die deeltitelgebou noodwendig deur dié uitbreiding verander sal word en sodanige uitbreiding waarskynlik daartoe sal bydra dat die omvang van die gemeenskaplike eiendom verminder word,<sup>52</sup> word 'n eenparige besluit van die lede van die regs persoon vereis.<sup>53</sup> Ten spyte van die verslapping van die vereistes vir 'n eenparige besluit, soos hierbo bespreek,<sup>54</sup> sal al die lede van die regs persoon in die praktyk dié uitbreiding moet goedkeur. Die persone wat nie meegewerk het tot die neem van die besluit op 'n algemene vergadering nie, kan nog altyd daarop aandrang dat hulle skriftelike toestemming vereis word omdat hulle eiendomsregte en -bevoegdhede nadelig deur die uitbreiding geraak sal word.

Die nuwe wet maak geen voorsiening vir die heronderverdeling van dele nie.<sup>55</sup> Daar word ter oorweging gegee dat 'n bepaling omtrent heronderverdeling ingevolge waarvan dele herrangskik kan word, van groot nut kan wees nie slegs by nie-residensiële skemas nie, maar ook by residensiële skemas. Daarbenewens is daar by nie-residensiële skemas 'n behoefte aan 'n bepaling wat 'n algehele rekonstruksie van die skema in gepaste omstandighede magtig. Sodanige magtiging stel die deeleienaars in staat om nie slegs die dele nie, maar ook gedeeltes van die gemeenskaplike eiendom te rekonstrueer.<sup>56</sup> Ten einde heronderverdeling van dele of algehele rekonstruksie van die skema ingevolge die nuwe wet te bewerkstellig, sal die deeleienaars eers die skema moet beëindig<sup>57</sup> en dan van vooraf moet begin.

## UITBREIDING VAN 'N SKEMA DEUR TOEVOEGING VAN GROND

Ingevolge die ou wet is die regs persoon nie toegelaat om bykomende grond as gemeenskaplike eiendom aan te koop nie. Hierdie beperking het onnodige ongerief veroorsaak in gevalle waar daar byvoorbeeld onvoldoende parkeerruimtes of ander geriewe op die perseel was. Die nuwe wet laat dus die regs persoon toe om die gemeenskaplike eiendom met die skriftelike magtiging van al die deeleienaars uit te brei.<sup>58</sup> Die addisionele grond mag egter nie gebruik word vir die oprigting van verdere deeltiteleenhede of vir eiendomspekulasie nie, maar slegs vir die skep van verdere fasiliteite, soos parkeerruimtes en ontspanningsgeriewe, 'n speelplek vir kinders, 'n klubhuis of 'n tennisbaan.<sup>59</sup> Hierdie grondstuk mag nie met 'n verband beswaar wees nie,<sup>60</sup> maar hoef nie noodwendig aangrensend

50 a 20(1). In die praktyk kan al die betrokke aansoeke waarskynlik gelyktydig geskied.

51 a 24(1).

52 In die gevalle waar uitbreiding van 'n deel in die praktyk die meeste sal voorkom, nl sydelingse uitbreiding van eenhede op die grondvloer van 'n deeltitelgebou, sal die opervlakte van die grond wat deel van die gemeenskaplike eiendom is, verklein word.

53 a 24(1).

54 *supra*.

55 Sien a 17 Wet 66 van 1971.

56 Sien verder Van der Merwe en Butler *op cit* 187-189.

57 ingevolge a 48 en 49.

58 a 26(1).

59 a 26(1) gelees met a 5(7); sien ook die *Memorandum (supra* vn 15) 88.

60 a 26(6).

te wees nie;<sup>61</sup> ook nie-aangrensende grondstukke wat byvoorbeeld oorkant 'n publieke pad geleë is, kan bygevoeg word.

## UITSLUITLIKE GEBRUIKSGBIEDE

Die ou wet<sup>62</sup> het geen meganisme gehad waarvolgens uitsluitlike gebruiksgebiede op die gemeenskaplike eiendom vir benutting as onder andere parkeerruimtes of stukkie tuingrond ten gunste van deeleienaars geskep kon word nie. Ontwikkelaars het dus by wyse van serwitute, notariële huurkontrakte of in die modelreëls van die skema vir hulleself sodanige uitsluitlike gebruiksgebiede gereserveer en dié gebiede dan te geleger tyd aan deeleienaars oorgedra.<sup>63</sup> 'n Sketsplan van die uitsluitlike gebruiksgebiede is in die praktyk by die gewysigde modelreëls gevoeg. Om die reëling op 'n vaste voet te plaas, maak die nuwe wet uitdruklik daarvoor voorsiening dat die ontwikkelaar reeds by registrasie van die deelplan,<sup>64</sup> of die regspersoon (gemagtig deur 'n eenparige besluit) agterna 'n uitsluitlike gebruiksgebied kan skep.<sup>65</sup> Dié gebruiksgebiede moet voortaan deur 'n landmeter op 'n wyse soos voorgeskryf by regulasie<sup>66</sup> op die deelplan geskets word en deur die landmeter-generaal goedgekeur word.<sup>67</sup> Die doel waarvoor dié gebied gebruik word, byvoorbeeld as parkeerruimte, tuingrond of 'n ruimte op die sondak van 'n gebou, moet aangedui word.<sup>68</sup> By registrasie van die deelplan moet die registrateur aan die ontwikkelaar sertifikate van saaklike regte ten opsigte van uitsluitlike gebruiksgebiede uitreik.<sup>69</sup> Indien die regspersoon nuwe gebruiksgebiede skep, sal dit noodwendig 'n wysiging van die geregistreerde deelplan meebring, waarna sertifikate van saaklike regte waarskynlik aan die regspersoon uitgereik sal word.<sup>70</sup> Die ontwikkelaar kan tesame met eenhede ook uitsluitlike gebruiksgebiede aan voornemende kopers verkoop. Oordrag van uitsluitlike gebruiksgebiede geskied deur die registrasie van 'n eensydige notariële akte van sessie ten gunste van die betrokke deeleienaars.<sup>71</sup> Oordrag van uitsluitlike gebruiksgebiede aan bepaalde deeleienaars deur die regspersoon geskied ook deur die registrasie van 'n notariële akte van sessie. Hierdie akte is 'n tweesydigde notariële akte waarin die regspersoon die deeleienaars as transportgewer verteenwoordig.<sup>72</sup>

By registrasie van die notariële akte verkry die betrokke deeleenaar 'n saaklike reg<sup>73</sup> wat as 'n reg ten aansien van grond beskou word en dus met 'n verband

61 a 5(7).

62 Wet 66 van 1971.

63 Sien Van der Merwe en Butler *op cit* 177-180 en die *Memorandum (supra vn 15)* 88.

64 a 27(1)(a). Dié gebiede word ingevolge a 5(3)(f) op die deelplan geskets en ingevolge a 11(2) as beperkende voorwaarde in die bylae tot die deelplan (soos bedoel in a 11(3)(b)) opgeneem.

65 a 27(2). Geen inbreuk mag op bestaande uitsluitlike gebruiksgebiede gemaak word nie.

66 reg 5(1)(m) en 5(2)(c)(viii).

67 Sien a 27(1)(a) en (2).

68 a 27(1)(a) *in fine*. Hoewel a 27(2) nie uitdruklik hierna verwys nie, kan aangeneem word dat die regspersoon ook die doel waarvoor uitsluitlike gebruiksgebiede geskep word, moet aandui.

69 a 12(1)(f). Volgens reg 14(3) moet hierdie sertifikaat in die vorm van Vorm G in Aanhangsel 1 van die regulasie wees. Sien ook reg 28(1).

70 Ek kan geen sodanige reëling in die nuwe regulasie opspoor nie.

71 a 27(1)(b).

72 a 27(3).

73 Die uitgereikte sertifikate van saaklike reg word dan aan die betrokke deeleienaars oorgedra.



beswaar kan word.<sup>74</sup> 'n Deeleienaar mag met die skriftelike toestemming van die houer van 'n deelverband oor sy deel, sy uitsluitlike gebruikgebied by wyse van die registrasie van 'n notariële akte van sessie vervreem, maar slegs aan 'n deeleienaar in die gebou.<sup>75</sup> Hierdeur word verhoed dat buitestaanders 'n aandeel in die skema verkry en sodoende die harmonie versteur. Die nuwe wet maak ook voorsiening vir die kansellasie van uitsluitlike gebruikgebiede met die skriftelike toestemming van die betrokke deeleienaar en 'n deelverbandhouer.<sup>76</sup> Daarbenewens bepaal die wet uitdruklik dat 'n deeleienaar alle gelde in verband met die uitsluitlike gebruikgebied (tariewe, belastings, versekeringspremies, instandhoudingsuitgawes en krag- en waterrekening) self moet betaal, tensy die reëls anders bepaal.<sup>77</sup> Die deeleienaar moet verder die uitsluitlike gebruikgebied skoon en netjies hou<sup>78</sup> en geen oorlasstigende aktiwiteite daarop bedryf nie.<sup>79</sup> Die wanpraktyk ingevolge waarvan ontwikkelaars 'n onrealisties groot aantal uitsluitlike gebruikgebiede vir hulleself behou het en dan vir eie gewin aan deeleienaars of buitestaanders uitverhuur of verkoop het, word deur bogenoemde bepalinge goed hokgeslaan.

Die oorgangsbepalings van die nuwe wet handhaaf bestaande uitsluitlike gebruikgebiede en bepaal dat gebiede wat ingevolge die reëls van die ou wet geskep is, op versoek van die deeleienaar en met die skriftelike instemming van sy verbandhouer by wyse van notariële akte aan daardie deeleienaar oorgedra kan word.<sup>80</sup>

## DEELNEMINGSKWOTA

Ingevolge die ou Wet op Deeltitels<sup>81</sup> is die deelnemingskwota van 'n deel bereken aan die hand van die proporsionele vloeroppervlakte van elke deel. Sodanig verkreë deelnemingskwota het drie belangrike aangeleenthede bepaal, naamlik:

- a die waarde van die stem van 'n deeleienaar in gevalle waar sy stem volgens waarde bereken word;
- b die onverdeelde aandeel van 'n deeleienaar in die gemeenskaplike eiendom; en
- c die verhouding waarin die deeleienaar moet bydra tot die instandhouding en bestuur van die gemeenskaplike eiendom en aanspreeklik is vir die betaling van die vonnis skuld van die regspersoon.<sup>82</sup>

Omdat 'n rigiede stelsel van relatiewe vloeroppervlakte nie altyd billike resultate oplewer nie, magtig die nuwe Wet op Deeltitels die ontwikkelaar om in die geval van nie-residensiële skemas (dit wil sê sake- of beroepsdeeleiendom) self die deelnemingskwotas van die onderskeie eenhede te bepaal.<sup>83</sup> Vloeroppervlakte as basis vir die bepaling van deelnemingskwotas vir residensiële eenhede

74 a 27(6); sien ook reg 28(3).

75 a 27(4); sien ook reg 28(3).

76 a 27(5); sien ook reg 28(3).

77 a 37(1)(b).

78 a 44(1)(c).

79 a 44(1)(e).

80 a 60(3); sien ook 28(2).

81 Wet 66 van 1971.

82 a 24(2); sien ook a 32(3) van die nuwe Wet op Deeltitels 95 van 1986.

83 a 32(2).



bly egter behoue.<sup>84</sup> In die geval van gemengde skemas wat uit sowel residensiële as nie-residensiële eenhede bestaan, moet die ontwikkelaar aandui watter persentasie kwotas hy aan residensiële en nie-residensiële eenhede onderskeidelik toeken. Die kwotas van die residensiële dele word dan toegedeel volgens die relatiewe vloeroppervlakte van die onderskeie residensiële dele, terwyl die ontwikkelaar self die kwotas van die onderskeie nie-residensiële dele bepaal.<sup>85</sup> By die bepaling van die kwotas van nie-residensiële dele is die ontwikkelaar nie gebonde aan vloeroppervlakte nie en kan hy ook ander faktore soos relatiewe waarde, ligging en die samestelling van die onderskeie eenhede (of hulle byvoorbeeld balkonne en toesluitmotorhuise het) in ag neem.

Ingevolge die ou Wet op Deeltitels<sup>86</sup> kon die deeleienaars by wyse van eenparige besluit die deelnemingskwotas wysig met betrekking tot die waarde van die stem van 'n deeleenaar en sy proporsionele bydrae tot bestuurs- en instandhoudingskoste.<sup>87</sup> Ingevolge die nuwe wet kan die ontwikkelaar reeds by sy aansoek om opening van die deeltitelregister spesiale reëls indien ingevolge waarvan die kwotas ten opsigte van bogenoemde twee aangeleenthede gewysig word.<sup>88</sup> Dit geld ten opsigte van sowel residensiële as nie-residensiële eenhede. Wat residensiële dele betref, word dus nog slegs die *aandeel* van die deeleenaar *in die gemeenskaplike eiendom* deur die vloeroppervlakte bepaal. Die ander twee aangeleenthede kan reeds van meet af aan deur die ontwikkelaar gewysig word. Al beperking wat op die ontwikkelaar rus, is om reeds die uiteindelijke toedeling van kwotas te openbaar indien hy eenhede vervreem voordat 'n deeltitelregister ten opsigte van die gebou geopen is.<sup>89</sup> Daarbenewens kan die regs persoon, nadat 30% van die eenhede aan buitestaanders vervreem is, by spesiale besluit die kwotas ten opsigte van dieselfde twee aangeleenthede wysig.<sup>90</sup> Indien 'n deeleenaar deur dié besluit benadeel word, moet sy skriftelike toestemming tot die wysiging verkry word.<sup>91</sup>

Hoewel die nuwe Wet op Deeltitels<sup>92</sup> groter soepelheid met betrekking tot deelnemingskwotas teweegbring, bestaan daar myns insiens nog steeds die volgende leemtes:

a Wat residensiële skemas betref, is dit onpresies om vir doeleindes van berekening van die deelnemingskwota die vloeroppervlakte van 'n deel korrek tot die naaste vierkante meter<sup>93</sup> in plaas van tot twee desimale plekke af te rond. Verder is dit onbillik dat die vloeroppervlakte van minder belangrike gedeeltes van 'n deel, soos stoepe, balkonne, motorhuise en bediendekamers, net soveel gewig dra by die berekening van kwotas as die vloeroppervlakte van hoofvertrekke. Ten slotte kan dit onvoldoende wees om slegs die vloeroppervlakte in plaas van die kubieke oppervlakte van dele te neem in gevalle waar die hoogte van die verskillende verdiepinge van 'n woonstelblok verskil. Relatiewe volume

84 a 32(1).

85 a 32(2)(a).

86 Wet 66 van 1971.

87 a 24(3).

88 a 32(4).

89 Laaste voorbehoud by a 32(4).

90 a 32(4) gelees met die eerste voorbehoud.

91 Tweede voorbehoud by a 32(4).

92 Wet 95 van 1986.

93 a 32(1).

eerder as vloeroppervlakte behoort in sodanige geval die basis van berekening te wees.<sup>94</sup>

b Wat die wysiging van kwotas betref, is dit onduidelik hoeveel soepelheid die ontwikkelaar of die regspersoon deur die wetgewer gegun word. Word hulle toegelaat om verskillende kwotas met betrekking tot die waarde van die stem van die deeleienaar en sy proporsionele bydrae te bepaal? Mag die kwotas vir die verskillende items van instandhouding verskil? Mag die ontwikkelaar of die regspersoon byvoorbeeld bepaal dat die relatiewe bydrae tot die onderhoud van buiteware volgens relatiewe buitewand-oppervlakte bereken moet word, dat die koste van instandhouding van die tuin gelykop tussen die deeleienaars verdeel moet word en dat 'n bydrae tot instandhouding van die gemeenskaplike swembad ooreenkomstig die benutting daarvan deur die onderskeie deeleienaars bereken moet word?<sup>95</sup>

c Die vereiste dat elke deeleienaar wat deur 'n wysiging van kwotas deur die regspersoon benadeel word, skriftelik daartoe moet toestem, skep 'n onnodige bron vir geskille tussen die regspersoon en deeleienaars. Oënskynlik sal een of ander deeleienaar altyd slegter daaraan toe wees na 'n wysiging en sal hy dus 'n nodige en selfs billike wysiging kan verhoed. Om te bepaal of 'n betrokke deeleienaar, objektief gesproke, deur 'n bepaalde wysiging benadeel is, kan 'n onmoontlike oefening wees.

d Die feit dat die aandeel van 'n deeleienaar in die gemeenskaplike eiendom eens en vir altyd deur relatiewe vloeroppervlakte by residensiële skemas of in die diskresie van die ontwikkelaar by nie-residensiële skemas vasgepen word, kan tot onbillike resultate lei. Dit is veral so indien deeleienaars die waarde van hul eenhede aansienlik verhoog deur luukse verbeterings soos volvloertapyte en ingeboude kombuiskeuse, boekrakke en kroegtoonbanke. Periodieke aanpassings van deelnemingskwotas ten einde die kwota in ooreenstemming met die relatiewe waarde van die onderskeie eenhede te bring, kan dié probleem ondervang.<sup>96</sup>

e Laastens behoort die ontwikkelaar die *sleutel* te openbaar waarvolgens hy kwotas aan nie-residensiële en residensiële dele toedeel. Daarbenewens behoort die ontwikkelaar en die regspersoon ook aan te dui op watter grondslag hulle die waarde van stemme van deeleienaars en hul proporsionele bydrae tot instandhoudingskoste later wysig. Slegs indien hierdie grondslag openbaar word, sal voornemende kopers kan oordeel of hulle in die skema wil inkoop. Sodanige openbaarmaking sal ook die nuwe toedeling van kwotas of die aanpassing van bestaande kwotas vergemaklik by latere onderverdeling of konsolidasie van eenhede, die uitbreiding van 'n deel of die gedeeltelike beëindiging van die skema.<sup>97</sup>

94 Sien ook Van der Merwe en Butler *op cit* 68–69.

95 Sien ook Van der Merwe "The allocation of interests in a sectional title scheme" 1987 *SALJ* 81–84. Ingevolge reël 33(3) van Aanhangel 8 tot die deeltitelregulasies moet die trustees, indien skriftelik daartoe versoek deur 'n meerderheid van eienaars, op onkoste van die regspersoon afsonderlike meters laat installeer en in goeie werkende toestand onderhou om die verbruik van krag, water en gas tot elke afsonderlike eenheid en die gemeenskaplike eiendom te meet. Elke eienaar moet dan sy eie rekening betaal en is verder mede-aanspreeklik vir die rekening tot die gemeenskaplike eiendom.

96 Sien Van der Merwe 1987 *SALJ* 77–80.

97 Sien Van der Merwe 1987 *CILSA* 16–17.

## REËLS

Die nuwe wet verbeter die onbevredigende bepalinge van die ou wet<sup>98</sup> met betrekking tot die reëls van 'n skema en die wysiging daarvan. Die nuwe wet verdeel die toepaslike reëls in bestuursreëls en gedragreëls en bepaal dat die reëls voortaan by regulasie voorgeskryf word.<sup>99</sup> Bestuursreëls handel oor bestuursaangeleenthede soos die posisie van trustees en bestuursagente en die reëling van algemene vergaderings van die regs persoon. Gedragreëls omvat reëlings omtrent die gebruik van dele en die gemeenskaplike eiendom.

Volgens die nuwe wet kan sowel die ontwikkelaar reeds by sy aansoek om opening van 'n deeltitelregister, as die regs persoon agterna die modelbestuursreëls en -gedragreëls vervat in aanhangsels 8 en 9 van die regulasies aanvul, wysig of herroep.<sup>100</sup> Wat bestuursreëls betref, bepaal die regulasies dat bepaalde bestuursreëls nie deur die ontwikkelaar vervang mag word nie<sup>101</sup> en dat die regs persoon slegs dié reëls by eenparige besluit mag wysig nadat ten minste 50% van die eenhede in die skema aan buitestaanders vervreem is.<sup>102</sup> Gedragreëls kan sonder beperking deur die ontwikkelaar of deur die regs persoon by spesiale besluit gewysig word<sup>103</sup> solank die gewysigde gedragreëls nie onversoenbaar met 'n bestaande bestuursreël is nie.<sup>104</sup> Die wet vereis verder dat enige gewysigde bestuurs- of gedragreëls redelik moet wees en in gelyke mate op alle eienaars van eenhede wat wesenlik vir dieselfde doel benut word, van toepassing moet wees.<sup>105</sup>

Die voorgeskrewe bestuurs- en gedragreëls, soos gewysig deur die ontwikkelaar, is vanaf die datum van die instelling van die regs persoon van krag en bind alle eienaars van dele asook persone wat dele okkupeer.<sup>106</sup> Indien bestuursreëls later deur die regs persoon gewysig word, moet die regs persoon 'n kennisgewing in die voorgeskrewe vorm<sup>107</sup> van sodanige wysigings by die registrateur indien.<sup>108</sup> Sodanige wysiging is slegs van krag nadat dit in die sertifikaat van die transportbesorger betreffende die reëls wat die deelplan vergesel, aangeteken is.<sup>109</sup> By regulasie moet die regs persoon die registrateur op die voorgeskrewe manier in kennis stel van enige aanvulling, wysiging of herroeping van gedragreëls.<sup>110</sup> Oënskynlik is gewysigde gedragreëls egter van krag sodra dit

98 Sien a 27 Wet 66 van 1971.

99 a 35(2)(a) en (b). Vir hierdie reëls sien Aanhangel 8 en 9 tot die regulasies ingevolge die Wet op Deeltitels GK R644 SK 11245 van 1988-04-08 (RK 4193). Een gevolg hiervan is dat die wysiging van die modelreëls voortaan by die minister van kommunikasie en van openbare werke en nie by die parlement soos ingevolge die ou wet berus nie.

100 a 35(2)(a) en (b).

101 a 35(2)(a) gelees met reg 30(1). Volgens die subreg mag die volgende bestuursreëls nie deur die ontwikkelaar vervang word nie: reëls 1 tot en met 6; reëls 10 tot en met 13; reëls 15(3) en (4); reëls 16 tot en met 26; reëls 28 tot en met 45; reëls 46(1); reëls 47 tot en met 56; reëls 57(1); reëls 59 tot en met 70.

102 reg 30(4).

103 a 35(2)(b).

104 a 35(2)(b) *in fine*.

105 a 35(3).

106 a 35(4).

107 Vorm V in Aanhangel 1.

108 a 35(5).

109 a 35(5) gelees met a 11(3)(e).

110 reg 30(7).



deur 'n spesiale besluit gesanksioneer is en nie eers wanneer dit in die aktekantoor aangeteken is nie.<sup>111</sup>

Ingevolge artikel 60 van die nuwe wet verval ongewysigde reëls vervat in Bylae 1 en 2 by die ou wet wat op 'n bestaande skema van toepassing is, by inwerkingtreding van die nuwe wet en word dit vervang deur die nuwe bestuurs- en gedragsreëls soos gewysig.<sup>112</sup> Indien enige van die modelreëls gewysig is en die wysiging reeds regsrag verkry het voor inwerkingtreding van die nuwe wet,<sup>113</sup> bly die wysiging van krag behalwe vir sover sodanige gewysigde reëls onbestaanbaar is met enige voorgeskrewe bestuursreëls.<sup>114</sup> Indien 'n modelreël wel gewysig is, maar by inwerkingtreding van die nuwe wet nog nie by die registrateur ingedien is nie, het die regspersoon ses maande om die gewysigde reëls in te dien voordat dit verval.<sup>115</sup>

Algemene kritiek op die bepalings omtrent die reëls van 'n skema is dat die benaming *bestuursreëls*, wat veral die amp van trustees en die prosedure op algemene vergaderings reël, onvanpas is. Die benaming *prosedurereëls* is moontlik meer aanvaarbaar hoewel dit dalk te eng kan wees. Dit is verder nie altyd maklik om 'n duidelike onderskeid tussen bestuursreëls en gedragsreëls te maak wanneer besluit moet word in watter kategorie 'n splinternuwe reël geplaas moet word nie.<sup>116</sup>

## EERSTE ALGEMENE VERGADERING

Die nuwe wet plaas vir die eerste keer 'n verpligting op die ontwikkelaar om 'n eerste algemene vergadering te belê binne sestig dae na die totstandkoming van die regspersoon.<sup>117</sup> Minstens sewe dae skriftelike kennisgewing van die vergadering moet gegee word en sowel die agenda van die vergadering as ander gewens moet die kennisgewing vergesel.<sup>118</sup> Die minimum-inhoud van die agenda word by regulasie voorgeskryf: onder andere die verkiesing van trustees; die oorweging van versekering aangegaan deur die ontwikkelaar of regspersoon; die oorweging van finansiële state met betrekking tot die beheer en bestuur van die gebou vanaf die totstandkoming van die regspersoon totdat kennis van die vergadering gegee is; die aanstel van 'n ouditeur of rekeningkundige beampte; en die beperking al dan nie van die werksaamhede en bevoegdhede van die trustees ingevolge artikel 39(1) van die wet.<sup>119</sup> Op dié vergadering moet die ontwikkelaar die deeleienaars voorsien van onder andere die deelplan en dokumente wat die finansiële stand van die regspersoon aandui.<sup>120</sup> Versuim om aan hierdie voorskrifte te voldoen, is 'n misdryf en strafbaar met 'n boete van hoogstens R1 000.<sup>121</sup> Hierdie bepaling was absoluut noodsaaklik om te verseker dat die

111 Nóg die wet, nóg die regulasies bevat enige bepaling omtrent die regsrag van gewysigde gedragsreëls. Sien verder Van der Merwe en Butler *op cit* 236–237.

112 a 60(7)(a) en (b).

113 dus voor 1988-06-01.

114 a 60(8).

115 a 60(6).

116 Vgl Van der Merwe en Butler *op cit* 235–236.

117 a 36(7)(a).

118 Aanhangsel 8 reël 50(1).

119 Aanhangsel 8 reël 50(2).

120 a 36(7)(a).

121 a 36(7)(b).



bestuur van 'n deeltitelskema so gou moontlik op die been kom en dat chaos in die beginstadium vermy word.<sup>122</sup>

## RESERWEFONDS

Die nuwe wet bepaal uitdruklik dat dit een van die funksies<sup>123</sup> van die regs persoon is om 'n redelike reserwefonds op te bou vir toekomstige instandhouding en herstelwerk.<sup>124</sup> Hierdeur maak die deeleienaars voorsiening vir 'n neseier vir die toekoms. Die regs persoon is egter nie *verplig* om 'n reserwefonds op te bou nie en soos in die verlede bestaan die vrees dat rente wat uit sodanige fonds verdien word, belasbaar is.<sup>125</sup>

## STATUTÊRE VERTROUENSPLIG VAN TRUSTEES

Die nuwe wet plaas 'n statutêre vertrouensplig op die trustees van 'n deeltitelskema.<sup>126</sup> Die inhoud van hierdie plig word in groot besonderhede in die wet uitgespel.<sup>127</sup> Dié statutêre vertrouensplig stem in 'n groot mate ooreen met die plig van die hoogste trou wat van veteenwoordigers, trustees van bestorwe boedels en ander persone wat die sake van ander behartig, vereis word. Dit staan vas dat die trustees hoër sorgsaamheid by die hantering van die sake van die deeltitelskema aan die dag moet lê as wat van die spreekwoordelike redelike man verwag word. Aangesien die meeste trustees leke is, en alle deeleienaars nie alte gewillig is om as trustees te dien nie, bestaan die gevaar dat hierdie hoër sorgsaamheidsplig voornemende trustees kan afskrik om dié amp te beklee.<sup>128</sup>

## GEDINGE TEN BEHOEWE VAN DIE REGSPERSOON

'n Deeleenaar het ingevolge die ou wet geen remedie gehad indien die regs persoon versuim het om 'n regsgeding namens die deeleienaars in te stel nie. Die nuwe wet skep nou 'n meganisme waarvolgens 'n deeleenaar in sodanige geval die hof kan nader om die aanstelling van 'n regsverteenvoordiger wat die geding namens die regs persoon kan voer.<sup>129</sup> Die bevoegdhede van die regsverteenvoordiger word in die wet uiteengesit.<sup>130</sup>

## AFSONDERLIKE WAARDASIE VAN EENHEDE

In die verlede is die grond en geboue wat deel van 'n deeltitelskema is, gewaardeer en belas asof dit aan 'n enkele eenaar, naamlik die regs persoon, behoort. Die nuwe wet maak nou voorsiening vir afsonderlike waardasie en heffing van belasting op eenhede indien die toepaslike provinsiale ordonnansie dit toelaat.<sup>131</sup> Indien afsonderlike heffing van belasting wel toegelaat word, sal die regs persoon oor minder fondse beskik en die risiko van verliese vir die eenaars

122 Vgl Van der Merwe en Butler *op cit* 267.

123 A 30 van die Wet op Deeltitels 66 van 1971 het van *bevoegdhede (powers)* i p v werksaamhede (*functions*) van die regs persoon gepraat.

124 a 37(1)(a).

125 Sien verder Van der Merwe en Butler *op cit* 226 251 257-261.

126 a 40(1).

127 a 40(2).

128 Sien ook Van der Merwe 1987 *CILSA* 24.

129 a 41 gelees met a 36(6).

130 a 42.

131 Sien a 51(3) en a 15(4)(iii).

weens bedrog en wanadministrasie verminder word.<sup>132</sup> Die feit dat afsonderlike eenhede in die praktyk meestal afsonderlik aangeslaan word vir elektrisiteits- en waterverbruik, dra ook aansienlik hiertoe by.<sup>133</sup>

## VERBETERINGS AAN DIE GEMEENSKAPLIKE EIENDOM

Nòg die ou nòg die nuwe Wet op Deeltitels bevat 'n algemene wetsbepaling omtrent verbeterings aan die gemeenskaplike eiendom.<sup>134</sup> Hierdie aangeleentheid word in die modelreëls gereël. Bylae 2 van die ou wet het slegs bepaal dat 'n deeleienaar geen verpligting opdoen om vir 'n verbetering aan die gemeenskaplike eiendom te betaal nie tensy 'n voorstel in dié verband by spesiale besluit op 'n algemene vergadering goedgekeur is.<sup>135</sup> Aanhangsel 8 van die regulasies ingevolge die nuwe wet onderskei tussen sogenaamde luukse en nie-luukse verbeterings. Verbeterings van 'n luukse aard kan op die gemeenskaplike eiendom aangebring word indien die eienaars eenparig so besluit.<sup>136</sup> In die geval van nie-luukse verbeterings moet die deeleienaars eers vooraf skriftelik ingelig word omtrent die aard en omvang van die voorgestelde verbeterings, die koste daaraan verbonde, die metode van finansiering, die effek op heffings betaalbaar en die behoefte, wenslikheid en resultaat van die verbetering. Daarna moet hulle dit by wyse van spesiale besluit veto, wysig of afkeur.<sup>137</sup> Aanhangsel 9 bevat 'n reël omtrent veranderinge aan die gemeenskaplike eiendom. Hiervolgens mag 'n eienaar of bewoner van 'n deel nie sonder skriftelike toestemming van die trustee enige gedeelte van die gemeenskaplike eiendom verf of merke daarop aanbring, spykers of skroewe of iets soortgelyks daarin slaan of dit andersins beskadig of verander nie.<sup>138</sup> 'n Uitsondering word wel toegelaat in die geval van sluittoestelle, veiligheidstoestelle en skerms of ander toestelle om diere of insekte uit te hou.<sup>139</sup> Nieteenstaande hierdie vollediger reëling of dalk juis as gevolg daarvan, sal dit steeds moeilik wees om tussen blote instandhouding van nie-luukse verbeterings, luukse verbeterings en veranderings aan die gemeenskaplike eiendom te onderskei.<sup>140</sup> Verder kan ek nie insien waarom Suid-Afrikaanse deeleienaars nie ook, soos Duitse deeleienaars, toegelaat word om nieteenstaande teenstand selfs met 'n luukse verbetering voort te gaan indien geen deeleienaar wesenlik deur die verbetering benadeel sal word nie. Die voorbehoud hier is dat slegs die deeleienaars wat ten gunste van die verbetering is tot die koste van die verbetering (byvoorbeeld 'n muurbalbaar) bydra en slegs hulle voordeel uit die verbetering mag trek.<sup>141</sup>

132 Sien ook die *Memorandum (supra* vn 15) 88.

133 Vgl *supra* by vn 95.

134 A 30(i) Wet 66 van 1971 het wel die bevoegdheid aan die regspersoon verleen om, waar uitvoerbaar, geskikte grasperke en tuine en speelgeriewe vir kinders op die gemeenskaplike eiendom aan te lê en in stand te hou. A 38(d) Wet 95 van 1986 brei hierdie bevoegdheid aansienlik uit deur die woorde "speelgeriewe vir kinders" te vervang met die woorde "ontspanningsgeriewe". Aangesien hierdie wetsartikels oor *verbeterings* handel, moet hierdie bevoegdhede eger ooreenkomstig die reëls m b t verbeterings uitgeoefen word.

135 reël 3.

136 reël 33(1).

137 reël 33(2).

138 reël 4(1).

139 reël 4(2).

140 Van der Merwe en Butler *op cit* 180–181.

141 Duitse Wohnungseigentumsgesetz a 22(1). Sien verder Van der Merwe en Butler *op cit* 182.

## OORGANGSBEPALINGS

Die nuwe Wet op Deeltitels<sup>142</sup> herroep die ou Wet op Deeltitels<sup>143</sup> geheel en al.<sup>144</sup> Ten einde bepaalde handelingte ingevolge die ou wet te wysig, bevat die nuwe wet egter 'n aantal oorgangsbepalings. Indien 'n skema reeds voor inwerking-treding van die nuwe wet deur die plaaslike bestuur goedgekeur is, mag voort-gegaan word met die registrasie van die deelplan en die opening van die deeltitelregister mits geen bepaling van die nuwe wet sodanige registrasie of opening verbied nie. Desgelyks kan 'n deeleienaar wat vir homself die reg om die gebou uit te brei ingevolge artikel 18 van die ou wet voorbehou het, voortgaan om hierdie reg uit te oefen mits geen bepaling van die nuwe wet die verkryging of uitoefening van 'n saaklike reg van uitbreiding verbied nie.<sup>145</sup> Die bepalinge van die nuwe wet raak verder nie die deelnemingskwota van 'n bestaande deeltitelskema soos weergegee op die betrokke deelplan nie.<sup>146</sup> Die bepalinge van die nuwe wet raak ook nie enige bestaande reg van uitsluitlike gebruik ten opsigte van enige gedeelte van die gemeenskaplike eiendom wat ingevolge die reëls of ingevolge die bepalinge van die ou wet of ingevolge 'n ooreenkoms voor in-werkingtreding van die nuwe wet verkry is nie.<sup>147</sup> Indien 'n eienaar 'n uitsluitlike gebruikgebied ingevolge die reëls van sy skema verkry het, mag hy na inwer-kingtreding van die nuwe wet met die skriftelike toestemming van die ver-bandhouer oordrag van daardie reg verkry deur die registrasie van 'n notariële akte van sessie aangegaan tussen die regspersoon en die betrokke eienaar.<sup>148</sup> Enige verwysing na 'n regspersoon ingestel kragtens die ou wet word na die inwer-kingtreding van die nuwe wet geag 'n verwysing na die regspersoon ingevolge die nuwe te wees.<sup>149</sup> Ten slotte word enige handeling verrig kragtens 'n bepaling van die ou wet (soos gewysig) geag 'n handeling verrig te wees kragtens 'n oor-eenstemmende bepaling van die nuwe wet.<sup>150</sup>

## LEEMTES

Hoewel die nuwe Wet op Deeltitels 'n groot verbetering op die ou wet is, het dit myns insiens twee wesenlike tekortkominge:

Eerstens is die bepalinge van die nuwe wet omtrent die oplossing van geskille en die afdwing van die reëls van 'n deeltitelskema onbevredigend. Net soos ingevolge die ou wet is die enigste manier in die nuwe wet om geskille op te los of die nakoming van reëls te verseker 'n ongerieflike en duur aansoek by die hooggeregshof.<sup>151</sup> Wat die oplossing van geskille tussen deeleienaars onderling en tussen deeleienaars en trustees betref, bied buitelandse regstelsels verskeie oplossings. Die Duitse wetgewing skep 'n spesiale, informele, goedkoop inkwisitoriese prosedure ingevolge waarvan 'n regter van die laerhof (landdros in Suid-Afrikaanse terme) die geskil aanhoor en uitsluitel gee.<sup>152</sup> Die wetgewers van

142 Wet 95 van 1986.

143 Wet 66 van 1971.

144 a 59 gelees met bylae tot die wet.

145 a 60(1)(a) en (b).

146 a 60(2).

147 a 60(4).

148 a 60(3).

149 a 60(5); sien ook a 36(6).

150 a 60(9). Die oorgangsbepalings m b t bestaande reëls is reeds *supra* (vn 112-115) bespreek.

151 Sien in die algemeen Van der Merwe en Butler *op cit* 153-159.

152 Sien in die algemeen Wetinauer & Wirths *Wohnungseigentumsgesetz* (1974) 277-300. Hierdie prosedure word ook by boedel- en huweliksgeskille gevolg.



Israel en Nieu-Suid Wallis maak weer van 'n tipe ombudsman (die *Inspector* in Israel en die *Commissioner* in Nieu-Suid Wallis) en van statutêre huurrade gebruik om hierdie geskille op te los.<sup>153</sup> In die Suid-Afrikaanse konteks kan die hof vir klein eise, statutêre huurrade of 'n arbiter aangewys deur die Vereniging van Arbiters dalk as *forum* vir die oplossing van hierdie soort geskille dien.

Wat die afdwing van die reëls van 'n skema betref, word die stelling lank reeds gemaak dat die Wet op Deeltitels nie tande het nie omdat dit geen doeltreffende sanksies bevat nie. Die wetgewer het ook nie die nuwe wet van tande voorsien nie. Ingevolge die reëls van verskeie bestaande skemas word aan die trustees die bevoegdheid verleen om boetes in die geval van oortreding van reëls op te lê. Die reëls van party skemas maak selfs voorsiening vir tugverhore deur trustees, die oplê en afdwing van boetes en 'n reg van appèl na 'n buitengewone algemene vergadering.<sup>154</sup> Myns insiens kan so 'n interne tugstelsel lei tot kangaroo-howe wat die harmonie en samewerking in 'n deeltitel-skema totaal kan versteur. Sanksies behoort nie intern nie, maar deur 'n onafhanklike buitestaander toegepas te word. In die Suid-Afrikaanse konteks kan daar dalk aan die hof vir klein eise die bevoegdheid verleen word om hierdie tipe geskille te beredder. Dit is 'n goedkoop, vinnige prosedure. Die feit dat 'n onafhanklike buitestaander die finale beslissing gee, behoort ook daartoe by te dra om die disharmonie in die deeleiendomsgemeenskap gou te heel. In laaste instansie kan harmonie in 'n deeltitelgemeenskap myns insiens slegs langdurig bewerkstellig word indien 'n meganisme geskep word waarvolgens kroniese twissoekers en rusiemakers permanent uit die deeltitelgemeenskap verwyder word. In hierdie verband lyk die toepaslike bepalings van die Duitse<sup>155</sup> en Oostenrykse<sup>156</sup> wette al hoe aantrekliker. Ingevolge hierdie bepalings kan 'n deeleienaar wat onder andere die lewe vir ander deeleienaars so ondraaglik maak dat daar nie meer van hulle verwag kan word om hom te verdra nie, gedwing word om sy woonstel te verkoop. Indien dit hom nie binne 'n bepaalde tydperk geluk nie, word die regspersoon toegelaat om die woonstel op 'n publieke veiling te verkoop.<sup>157</sup> Dat hierdie meganisme goeie afskrikwaarde het, blyk uit die feit dat in Duitsland nog slegs een keer daarvan gebruik gemaak is.

Tweedens is die bepalings omtrent verbruikersbeskerming in die nuwe wet onvoldoende.<sup>158</sup> Myns insiens behoort die ontwikkelaar wetlik verplig te word om die wesenlike kenmerke van die skema skriftelik aan 'n voornemende koper in leketaal te openbaar, onder andere wat die maandelikse bydrae tot die instandhoudingsfonds sal bedra en watter spesiale reëls vir die skema opgestel

153 Wat Nieu-Suid-Wallis betref, sien Collins & Jackson *Strata titles in New South Wales* (1974) 117 e v; wat Israel betref, sien Land Law (Laws of the State of Israel 5729 of 1969) a 72-75. Sien ook Elman "Co-operative housing in Israel" 1969 4 *Israel Law Review* 359-362; Weismann *The condominium law: a study of its operation* (1970) 89 e v.

154 'n Soortgelyke voorstel is deur die Deeltitelregulasieraad as konsepregulasie oorweeg maar nog nie aanvaar nie.

155 Wohnungseigentumsgesetz van 1951-03-15 18-19 51 53-58.

156 Wohnungseigentumsgesetz van 1975-07-01 a 22.

157 Sien verder Weitnauer-Wirths *op cit* 164-172 300-308; Faistenberger Barta & Call *Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz 1975* (1976).

158 A 8A Wet 66 van 1971 wat nou a 9 Wet 95 van 1986 is, verbied die verkoop van eenhede in 'n gebou wat voor 1981-02-25 opgerig is voordat 'n deeltitelregister vir daardie gebou geopen is. Bykomende beskerming vir die koper is vervat in a 26 van die Wet op Verreemding van Grond 68 van 1981. Sien hieroor Van der Merwe en Butler *op cit* 123-126.



is.<sup>159</sup> Dit is tog anomalies dat 'n soortgelyke openbaarmakingsplig as by omskepping van huurwoonstelle in deeltitelwoonstelle nie ook op die ontwikkelaar van nuwe deeltitelwoonstelle van toepassing is nie.<sup>160</sup> Verder behoort die wetgewer 'n stilswyende waarborg teen strukturele gebreke in elke ooreenkoms tussen die ontwikkelaar en 'n voornemende koper te impliseer en 'n meganisme te skep waarvolgens die regspersoon kan ageer namens 'n aantal individuele deeleienaars op grond van strukturele gebreke wat in verskeie woonstelle herhaal is.<sup>161</sup> Ten einde ontwikkelaars te dwing om die gebou en die beoogde gemeenskaplike fasiliteite so gou moontlik te voltooi, behoort kopers van woonstelle die wetlike reg te hê om hul koopkontrakte te kanselleer indien dit nie binne 'n redelike tyd geskied nie. Ingevolge die nuwe wet is dit nie meer nodig vir 'n argitek of landmeter om te sertifiseer dat die gebou voldoende voltooi is vir okkupasie voordat 'n deeltitelregister met betrekking tot die gebou geopen word nie.<sup>162</sup> 'n Konsepdeelplan kan aan die hand van die kaal mure van die gebou opgestel word.<sup>163</sup> Die moontlikheid is dus groter dat onafgewerkte eenhede in 'n skema met onvoltooide gemeenskaplike fasiliteite aan deeleienaars afgelewer word. Ten slotte behoort deeleienaars op die tydstip wanneer hulle die beheer van die skema oorneem, die bevoegdheid te hê om alle ooreenkomste wat deur die ontwikkelaar aangegaan is, te hersien. Dit geld onder andere vir alle bestuurs-, diens-, huur- en ander kontrakte wat die ontwikkelaar aangegaan het.<sup>164</sup>

## SLOTSOM

Die wetgewer moet gelukkigewens word met die manier waarop hy alle uiterlike aspekte van deeleiendom gestroomlyn het. Bykans alle onduidelikhede omtrent deelplanne, die deeltitelregister en die verskillende saaklike regte wat ten opsigte van deeleiendom verkry kan word, is uit die weg geruim. Aktebesorgers weet nou presies hoe hulle te werk moet gaan om deeleiendom en ander saaklike regte te laat registreer. Die deeleienaar en ander reghebbendes geniet tans bykans dieselfde beskerming ingevolge 'n deeltitelregister as wat die aktesregister aan grondeienaars en persone met saaklike regte ten opsigte van grond bied.

Die wetgewer het egter nog min aan die *siel* van deeleiendom gedoen. Min bepalinge in die nuwe wet dra daartoe by om die instelling van deeleiendom 'n eiesoortige instelling met sy eie aard en karakter te maak. In sommige Europese regstelsels word hoë tegniese eise aan veral eiendomswoonstelle gestel. So word onder andere vereis dat eenhede klankdig moet wees, voldoende privaatheid moet bied en dat elke woonstel of groep woonstelle indien moontlik 'n eie ingang moet hê. Solank die voorgestelde skema nie strydig met 'n geldende dorpsaanlegskema of bouregulasies is nie, het 'n plaaslike owerheid in Suid-Afrika geen diskresie ingevolge die wet om dié skema af te keur nie.<sup>165</sup> Myns insiens behoort

159 Vir Amerikaanse wetgewing in hierdie verband, sien Van der Merwe 1987 *CILSA* 38-41.

Vir die ontwikkelaar se openbaarmakingsplig i v m die deelnemingskwotas van eenhede, sien a 32(2)(b) en 32(4) *in fine* Wet 95 van 1986.

160 Sien a 4(3) Wet 95 van 1986; Van der Merwe en Butler *op cit* 135-136.

161 Vir Amerikaanse wetgewing in hierdie verband sien Van der Merwe 1987 *CILSA* 42.

162 Vgl a 5(3)(e) Wet 66 van 1971.

163 A 6(1) Wet 95 van 1986 vereis slegs dat 'n konsepdeelplan van werklike opmetings opgestel moet word.

164 Vgl Van der Merwe 1987 *CILSA* 43.

165 Sien a 4(5) Wet 95 van 1986.

plaaslike owerhede hierdie bevoegdheid te hê indien bestaande huurwoonsteligeboue te oud is vir omskepping in eiendomswoonstelle, indien die eenhede in die skema te klein of om ander redes ongeskik is vir bewoning deur deeleienaars of indien die skema nie voorsiening vir behoorlike fasiliteite maak nie.<sup>166</sup> Wetsbepalings behoort daarna te streef om eiendomswoonstelle ook wat boustyl betref, van huurwoonstelle te onderskei.<sup>167</sup>

Om dieselfde rede is dit onwenslik dat deeleienaars toegewooi word met allerhande beperkende gedragsreëls soos voorgeskryf in Aanhangsel 9 van die regulasies tot die nuwe wet. Verskeie van hierdie reëls word gedek deur die algemene beginsel dat 'n deeleienaar nie 'n oorlas van homself moet maak nie<sup>168</sup> en dat hy slegs redelike gebruik van die gemeenskaplike eiendom mag maak.<sup>169</sup> Deeleienaars is immers individuele eienaars van hul woonstelle en nie huurders wat deur talle reëls en regulasies van 'n puntenerige verhuurder gekortwiek word nie. 'n Groot aantal Suid-Afrikaners sal in die toekoms hul enigste tuiste in deeltitelwoonstelle vind. Daarom is dit die plig van die wetgewer om te sorg dat hierdie geboue nie soos gedurende die middeleeue in twishuise ontaard nie.

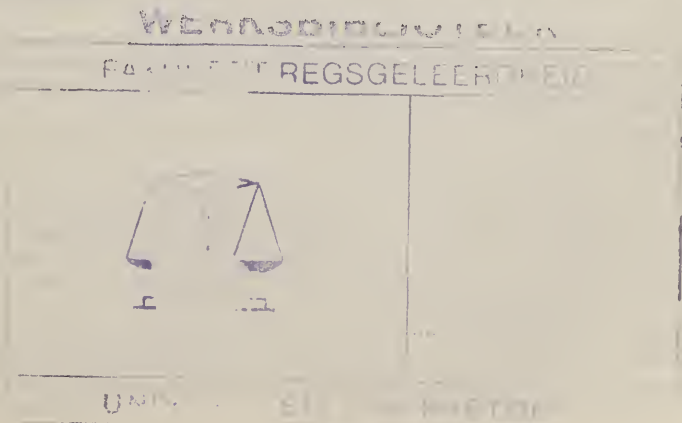
166 Sien hieroor Van der Merwe en Butler *op cit* 106–107.

167 Sien *ibid* vn 46: "Is it too much to ask that a sectional building must be of a better quality than a rental building? Every residential section must at least have its own kitchen, bathroom and toilet as well as satisfactory access via the common property."

168 a 44(1)(e).

169 a 44(1)(d); sien verder Van der Merwe en Butler *op cit* 150–151 en Aanhangsel 8 reël 50(2)(v).

*The time has come to abolish research journals: too many are writing too much about too little (Anon).*



# Algehele sekerheidsessies\*

Susan Scott

BA LLD

Professor in die Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

## SUMMARY

### Out-and-out security cessions

This article, which is a follow-up,\*\* is an in-depth study of the jural phenomenon of a security cession. The possibility for recognition of this figure, as well as the basic principles which apply to it, are examined against the background of German law. This branch of South African law is surrounded by uncertainty as there are conflicting appellate division judgments as regards the nature of a cession *in securitatem debiti*. One construction given to this phenomenon is that of an out-and-out security cession. There is, however, considerable dissensus in the courts and amongst academics as to the principles that should apply to this type of cession.

The conclusion is that the present position is unacceptable; that there are several possible ways in which to solve the problem; but that, in solving it, South African lawyers can learn from the German experience.

## INLEIDING\*\*

'n Sekerheidsessie is die algehele oordrag van 'n vorderingsreg bloot ter versekering van 'n skuld.<sup>1</sup> Alhoewel verskeie gewysdes,<sup>2</sup> waaronder appèlhofuitsprake,<sup>3</sup> en skrywers<sup>4</sup> aantoon dat hierdie vorm van sessie in die Suid-Afrikaanse reg moontlik is, het die appèlafdeling van die hooggeregshof in drie onlangse

\* Die grootste gedeelte van hierdie navorsing is gedoen met behulp van finansiële ondersteuning van die volgende instansies: die Alexander von Humboldt Stiftung; die Navorsings- en Beursekomitee van die Universiteit van Suid-Afrika en die Getrouheidswaarborgfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers.

\*\* Hierdie artikel is 'n vervolg van die artikel "Verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?" 1987 *THRHR* 175.

1 Scott *The law of cession* (1980) 135.

2 *Sutherland v Elliott Brothers* (1842) 2 M 349 350; *Van der Byl v Findlay & Kihn* (1892) 9 SC 178 181; *Van den Heever, Estate v Greyling* (1907) 24 SC 419 422; *Rothschild v Lowndes* 1908 TS 493 501; *Big Sixteen (Pty) Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1978 3 SA 1032 (K); *Holzman v Knights Engineering & Precision Works (Pty) Ltd* 1979 2 SA 784 (W); *Mercatrust Bpk v Keepers Hosiery SA (Edms) Bpk* 1980 3 SA 411 (W); *SA Timber & Joinery Works (Pty) Ltd v Cohen* (ongerapporteerde 83-10-18 (T)).

3 *Lief v Dettmann* 1964 2 SA 252 (A) 271E-G; *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa* 1968 3 SA 166 (A) 189B e v.

4 De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 365 e v; Pahl *Die aanwending van vorderingsregte ter versekering van skulde* (proefskrif US 1972) 130 e v; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 475.

beslissings<sup>5</sup> die pandkonstruksie aanvaar. In geeneen van hierdie uitsprake is 'n algehele sekerheidsessie uitdruklik verwerp<sup>6</sup> of op die bestaansreg daarvan ingegaan nie. In *The Bank of Lisbon and SA v The Master* word slegs aangetoon dat daardie beslissings waarin te kenne gegee word dat 'n algehele sekerheidsessie die *enigste* vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte is bestaande gesag tot die teendeel negeer<sup>7</sup> of op gesag berus wat later gekwalifiseer is.<sup>8</sup> Hiervolgens kan moontlik geargumenteer word dat algehele sekerheidsessies tog nog in die Suid-Afrikaanse reg 'n bestaansreg het. Die hof se beklemtoning van die bedoeling van die partye versterk ook hierdie moontlikheid. Dat daar aan albei vorms van sekerheidstelling behoefte bestaan, behoef geen betoog nie. Myns insiens het die twee vorme van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte naas mekaar 'n bestaansreg.<sup>9</sup>

Vervolgens sal die algehele sekerheidsessie as regsfiguur nader ontleed word. As uitgangspunt word die Duitse reg gebruik omdat hierdie regsfiguur in daardie stelsel besonder goed ontwikkel is. Daar sal dan gepoog word om vas te stel in watter mate die Suid-Afrikaanse reg aangepas kan word om behoorlike erkenning aan hierdie regsfiguur te gee.

Die algehele sekerheidsessie het sy bestaan aan die sogenaamde *Kautelarjurisprudenz*<sup>10</sup> te danke waarvolgens die inhoud en effek van regshandeling deur ooreenkomst bepaal word. By 'n sekerheidsessie dra die sekerheidsgewer 'n vorderingsreg in sy volle omvang ter versekering van 'n skuld aan die sekerheidsnemer oor, terwyl die partye ooreenkom dat die oordrag slegs as sekuriteit sal dien. Alhoewel die sekerheidsnemer dus reghebbende word, word hy dit net vir sekerheidsdoeleindes en ontstaan daar 'n vertrouensverhouding tussen die sekerheidsgewer en -nemer.<sup>11</sup> Die sessie word dus as 'n fidusiêre regshandeling

5 *Leyds v Noord Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy* 1985 2 SA 769 (A); *Marais v Ruskin* 1985 4 SA 659 (A) en *The Bank of Lisbon and SA v The Master* 1987 1 SA 276 (A).

6 Alhoewel die hof dit m i tog miskien by implikasie verwerp: sien *Leyds v Noordwestelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 780E-G; *Marais v Ruskin supra* 669I e v.

7 *The Bank of Lisbon v The Master supra* 292F e v; sien ook *Scott Cession* 143.

8 *The Bank of Lisbon v The Master supra* 292I e v; sien ook *Scott Cession* 142 vn 96.

9 Sien *Scott Sessie in die Suid-Afrikaanse reg* (proefskrif Unisa 1977) 313; *Cession* 144. Hierdie standpunt word deur feitlik geen ander Suid-Afrikaanse skrywers gehuldig nie, maar is deur r Viljoen in *Alexander v Standard Merchant Bank* 1978 4 730 (W) 740D met goedkeuring aangehaal. In Duitsland waar pandgewing van vorderingsregte uitdruklik deur wetgewing gereël word en algehele sekerheidsessies deur die regspraak erken word, word lg vorm in verreweg die meeste gevalle gebruik: Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* (1983) par 56 I 582; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* I (1963) 5; II (1965) 34. Alhoewel Sonnekus "Die publisiteits- en *paritas creditorum*-beginsel by mobiliêre sekerheidsregte in die Duitse reg" 1984 *TSAR* 53 klem lê op die probleme wat sodanige erkenning in die Duitse reg meegebring het en wys op die pogings van Duitse juriste om die posisie te wysig, kom dit nog algemeen voor en word as onontbeerlik vir die Duitse kredietwese beskou. Hy beklemtoon hoofsaaklik die probleme wat t a v roerende sake ontstaan en nie soseer t a v vorderingsregte nie, alhoewel hy lg skynbaar verkeerdlik as 'n roerende saak beskou (62): "Kredietsekerheidstelling ten aansien van roerende sake geskied huidige oorwegend aan die hand van 'Sicherungsübereignung', 'Eigentumsvorbehalt', 'verlängerten Eigentumsvorbehalt' en 'Sicherungsabtretung.'" Lg is die oordrag van vorderingsregte as vermoënsbestanddele, nie as sake nie.

10 Creifelds *Rechtswörterbuch sv Kautelarjurisprudenz*: "Der Begriff wird heute häufig für die Gestaltung von Rechtsbeziehungen durch Verwendung vorgeformter Vereinbarungen oder - Allgemeine Geschäftsbedingungen gebraucht . . ."

11 Die sekerheidsnemer mag sy reg eers uitoefen wanneer die sekerheidsgewer nie sy skuld kan betaal nie.



bestempel wat in sekere omstandighede *quasi*-saaklike werking het.<sup>12</sup> As dit dus duidelik uit die sekerheidsooreenkoms of die sessie-ooreenkoms blyk dat dit die partye se bedoeling is om met die sessie 'n algehele regsdoordrag<sup>13</sup> te bewerkstellig, dan moet gevolg aan sodanige bedoeling gegee word.<sup>14</sup>

In die Duitse reg kom hierdie tipe sessies algemeen voor en word dit as geldig beskou.<sup>15</sup> Die hoofredes waarom algehele sekerheidsessies bo 'n verpanding van vorderingsregte verkies word, is die feit dat publisiteit<sup>16</sup> nie 'n vereiste daarvoor is nie en dat die beperkinge wat op 'n pandhouer rus<sup>17</sup> nie op die sessionaris van toepassing is nie.

As daar 'n behoefte<sup>18</sup> aan sodanige sessies in die praktyk bestaan, dan moet die regswetenskap en regspraak aan hierdie praktiese behoefte juridiese gestalte gee en dit by bestaande regsbeginsels inpas.<sup>19</sup> Eerstens moet vasgestel word of sodanige sessies geoorloof is en, indien wel, moet sowel die verbintenisregtelike as sakeregtelike posisie van die partye bepaal word en in die lig van bestaande

12 Serick II 264.

13 Daar moet in gedagte gehou word dat van verskillende regsfigure gebruik gemaak kan word om min of meer dieselfde resultaat nl kredietsekerheid, te bereik. Die partye kan dit d m v verpanding, algehele sekerheidsessie, invorderingsessie, invorderingsmandaat, ens bereik. Telkens moet die bedoeling van die partye vasgestel word en daaraan gevolg gegee word.

14 *The Bank of Lisbon and SA v The Master supra* 294E: "In cessions in securitatem debiti, as in all contracts (sic), the purpose and object which the parties had in mind must not be ignored."

15 Serick I 2. Dit word sedert 1880-10-09 nie meer as 'n skynhandeling in Duitsland beskou nie.

16 By verpanding van vorderingsregte in Duitsland word kennisgewing van die sessie aan die skuldenaar as vereiste gestel ten einde aan die publisiteitsvereiste by die vestiging van saaklike regte te voldoen: Serick II 34; Larenz *Schuldrecht I* (1982) par 34 v a 539; Baur par 561 528; par 581 a 606. Dit is interessant om daarop te let dat ons howe geen aandag aan die publisiteitsvereiste by die verpanding van vorderingsregte gee nie. Dit wil dus voorkom asof hulle in lg geval geen publisiteit vereis nie, terwyl hulle by verpanding van liggaamlike sake publisiteit noodsaaklik ag. Daar sou geargumenteer kan word dat waar oordrag van besit by liggaamlike sake die publisiteitsfunksie vervul, oordrag van *quasi*-besit by vorderingsregte dieselfde funksie het. Dit is egter nie korrek nie, want die *quasi*-besit van 'n vorderingsreg is nie uiterlik waarneembaar nie. Harker "Cession in securitatem debiti" 1981 *SALJ* 61 argumenteer dat oorhandiging van die dokument voldoende aan die publisiteitsvereiste is. Hierdie argument geld slegs in gevalle waar die reg met die dokument waarin dit beliggaam is, vereenselwig word, soos by 'n *Wertpapier*. Sonnekus 1984 *TSAR* 53 behoort groot beswaar teen hierdie houding van ons howe by die verpanding van vorderingsregte te hê, aangesien hy selfs teen 'n *Sicherungsabtretung* (sekerheidsessie) gekant is vanweë die afwesigheid van publisiteit. Sy beswaar is m i by verpanding van vorderingsregte wel gegrond aangesien publisiteit ongetwyfeld een van die grondbeginsels vir die vestiging van 'n pandreg is (sien Scott en Scott *Wille's law of mortgage and pledge in SA* (1987) 48 58 107).

17 Serick II 35; Larenz *Schuldrecht I* par 34 v a 539; sien ook Scott "Die verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?" 1987 *THRHR* 187.

18 Dat daar so 'n behoefte bestaan, blyk uit die beslissings hierbo aangehaal. Sien ook Joubert *Die regsbetrekkinge by kredietfaktorering* (proefskrif RAU 1985) 480 e v; Malan *Collective securities depositories and the transfer of securities* (1984) 197 e v.

19 Baur par 56 II 586. Serick I 2 beskryf die proses wat tot die erkenning van sekerheidsdoordragte gelei het soos volg: "Die Sicherungsübertragung gilt kraft ungeschriebenen Rechts - das wird heute nicht mehr in Frage gestellt. Manche Autoren sprechen von einer gesetztes ergänzenden Rechtsfortbildung durch Kautelarjurisprudenz und Rechtsprechung, andere von einer Gebotsberichtigung. Wie dem auch sei, Rechtsquelle der Sicherungsübertragung ist das Gewohnheitsrecht; die Gemeinschaft - das Volk, die Gerichte und die Wissenschaft - hat die Sicherungsübertragung ausgestaltet; die so gebildeten Rechtsregeln werden gleichmässig angewendet und mit Rechtsgeltungswillen ausgeübt."

regsbeginsels verklaar word. Daar moet hier in gedagte gehou word dat alhoewel 'n algehele sekerheidsessie 'n oordrag van die volle reg meebring, hierdie oordrag net vir sekuriteitsdoeleindes geskied, en dat nie aan die publisiteitsvereiste, wat gewoonlik vir die vestiging van saaklike sekerheidsregte<sup>20</sup> geverg word, voldoen is nie. Die sekerheidsdoel van die sessie kom by nie-betaling van die skuld, beslaglegging en insolvensie na vore. Hierdie situasie hou vir die sekerheidsgewer (sedent) en ander skuldeisers gevare in: vir die sekerheidsgewer omdat die sekerheidsnemer (sessionaris) reghebbende is en vryelik oor die reg kan beskik,<sup>21</sup> en vir ander skuldeisers omdat hulle by 'n *concursum creditorum* kan agterkom dat 'n sekerheidsreg bestaan waarvan hulle nooit bewus was nie. Aangesien hierdie publisiteitslose sekerheidsreg 'n benadeling van skuldeisers kan meebring, kan moontlik geargumenteer word dat 'n algehele sekerheidsessie 'n skynhandeling<sup>22</sup> of 'n handeling in stryd met die goeie sedes is.<sup>23</sup>

Wat die verbintenisregtelike gevolge van hierdie tipe sessies betref, moet sowel op die posisie van die partye tot die sekerheidsooreenkoms as die posisie van die skuldenaar gelet word.

Wat die posisie tussen die sekerheidsgewer en -nemer betref: deur die sessie word die sessionaris volreghebbende en kan hy met die reg maak wat hy wil.<sup>24</sup> Hierdie bevoegdheid word egter meestal in die sekerheidsooreenkoms aan bande gelê. Die partye kom gewoonlik ooreen dat die sessionaris die reg nie sal uitoefen nie voordat die skuld opeisbaar is en die sedent nie kan betaal nie, die reg nie verder sal oordra nie, nie kennis van die sessie aan die skuldenaar sal gee nie en dat die sessionaris nadat die skuld betaal is, die reg aan die sedent sal terugseeder<sup>25</sup> of die oorskot aan die sedent sal oorbetal as die sessionaris sy eis uit die opbrengs van die vorderingsreg bevredig het. Verbreking van enige van hierdie bedinge het slegs *inter partes* werking en gee tot 'n eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk aanleiding.<sup>26</sup> Die bedinge dat die sessionaris nie die reg mag uitoefen of verder mag oordra of kennis van die sessie mag gee nie, kan in ons

20 Die sekerheidsregte wat hierdeur geskep word, word as saaklike sekerheidsregte beskou en word gewoonlik as deel van sakereg behandel (sien Bülow *Recht der Kreditsicherheiten* (1984) par 573). Die sessie-ooreenkoms word hier dan ook soms 'n *dinglicher Vertrag* genoem (*ibid* par 533), terwyl Serick II 263 ook hier *Abtretungsvertrag* (oordragsooreenkoms) gebruik.

21 Die sekerheidsnemer verkry dus veel groter bevoegdhede as wat vir doeleindes van sekerheidstelling nodig is. Hierdie bevoegdhede kan natuurlik deur ooreenkoms beperk word, maar verbreking daarvan gee slegs tot 'n eis om skadevergoeding aanleiding en die ooreenkoms het geen effek op derdes nie. Die sekerheidsnemer se bevoegdheid om die skuld te vorder, kan ook beperk word deur 'n *Einziehungsermächtigung* (invorderingsmagtiging) aan die sekerheidsgewer te gee (sien bespreking hieronder). Harker 1981 *SALJ* 62 verwerp alleen op grond van bg nadeel die geldigheid van sodanige sessies.

22 In die Duitse reg word dit nie as aanduidend van 'n skynhandeling beskou nie (Riedel *Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten* (1982) 165; Nörr/Scheyhing *Handbuch des Schuldrechts* (uitg Joachim Gernhuber) *Sukzessionen* (1983) 18).

23 Serick I 17.

24 Coing *Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts* (1973) 38 85 100 161. Die sekerheidsnemer kan die reg verder seeder en die tweede sessionaris word reghebbende selfs al het hy gewet van die kontraktuele beperking op die sessionaris om nie te seeder nie (sien Serick II 263; Riedel 118; sien hierteenoor Coing 164).

25 Bülow par 536.

26 Nörr/Scheyhing 179 e v; Bülow par 519; Riedel 119; Serick II 263; Coing 162; sien ook Pahl 133 183.

howe as aanduidend van 'n gesimuleerde sessie beskou word.<sup>27</sup> Verbreking van die beding dat nie verder sedeer mag word nie (*pactum de non cedendo*), het in ons reg nie slegs kontrakbreuk tot gevolg nie, maar die reg gaan glad nie op die derde oor nie indien die skuldenaar 'n belang by die ooreenkoms gehad het.<sup>28</sup> Nie alleen 'n enkele vorderingsreg nie, maar ook 'n bondel vorderingsregte, insluitende toekomstige vorderingsregte, word dikwels op hierdie wyse sedeer.<sup>29</sup> Laasgenoemde sessie behoort geen probleme te verskaf nie, mits die beginsels wat op sessie van toekomstige regte van toepassing is in gedagte gehou word.<sup>30</sup> Wanneer die partye ooreenkom dat die sessionaris nie aan die skuldenaar kennis van die sessie mag gee nie, soos by die sogenaamde geheime sessies,<sup>31</sup> magtig die sessionaris die sedent gewoonlik tegelykertyd om die vordering as vreemde reg in eie naam af te dwing.<sup>32</sup> In so 'n geval kan die sessionaris nie meer kennis van die sessie aan die skuldenaar gee en die vordering self in nie aangesien hy hierdie bevoegdheid aan die sedent oorgedra het. Die invorderingsmagtiging van die sedent vervel egter wanneer hy nie sy skuld kan betaal nie. Hierdie regsfiguur word in die Duitse reg erken en word 'n *Einziehungsermächtigung* genoem. Dit het uit die Germaansregtelike *Treuhand* (trust) ontwikkel.<sup>33</sup>

In plaas daarvan om te beding dat die reg na voldoening van die skuld aan die sedent terugseeder sal word, maak die partye die sessie dikwels aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe. Die gevolg hiervan is dat die reg outomaties in die boedel van die sedent terugval nadat die skuld betaal is.<sup>34</sup>

Die skuldenaar word nie geraak deur die onderlinge verhouding tussen die sekerheidsgewer en -nemer nie. Die sekerheidsnemer is wat hom betref reghebbende. Sy posisie word op twee maniere beskerm: eerstens deur die feit dat hy voor kennis bevrydend aan die sekerheidsgewer (sedent) kan betaal of ander voldoeningshandeling kan aangaan, en tweedens vanweë die beginsel dat sy posisie nie deur die sessie verswaar mag word nie.

Wat die sakeregtelike posisie van die partye betref, sou 'n mens, gegewe die voloordrag van die reg, verwag dat die reg vir alle doeleindes deel van die sessionaris se boedel<sup>35</sup> uitmaak; met ander woorde dat die sessionaris te enige

27 Dit is in elk geval die strekking van *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd* 1982 2 SA 710 (A) 734B-E. Dit is egter nie die posisie in die Duitse reg nie (Riedel 165; Nörr/Scheyhing 18; Bülow par 521). Die oordrag word slegs as 'n skynhandeling beskou as die partye ooreenkom dat die reg eintlik by die sedent bly en dat hy verder daarvoor mag beskik, of wanneer hulle ooreenkom dat die oordrag slegs intern sal geld of dat die sessionaris voortdurend en onvoorwaardelik onbevoeg is om die reg te gelde te maak (sien Bülow par 521).

28 Scott 1981 *THRHR* 159; Scott "Sessie en factoring in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *De Jure* 32 en Joubert 469 kritiseer hierdie benadering.

29 Gernhuber *Bürgerliches Recht* (1983) par 29; Bülow par 568 e v; Serick II 273 e v; Larenz *Schuldrecht I* par 34 a 541.

30 Scott 1987 *De Jure* 28.

31 Hierin is natuurlik veral vir die sessionaris die gevaar geleë dat die onkundige skuldenaar bevrydend aan die sedent kan betaal.

32 Serick II 35 74; Coing 79.

33 Henckel "Einziehungsermächtigung und Inkassoession" *Festschrift für Karel Larenz* (1973) 643 e v; Serick II 73; Coing 48; Coing "Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts" 1973 *Rebels Z* 206.

34 Serick II 76 264; Baur par 581 1 aa 607; Bülow par 536; Riedel 216.

35 Scott *Cession* 136; Scott 1987 *THRHR* 176. In ons reg word 'n algehele sekerheidsessie dikwels juis gebruik omdat verkeerdlik gemeen word dat die gesedeerde vorderingsreg vir alle doeleindes deel van die sessionaris se boedel uitmaak (sien veral *Mercatrust Bpk v Keepers Hosiery Suid-Afrika (Edms) Bpk* 1980 3 SA 411 (W); *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* (advokate vir respondente se betoog)).



tyd oor die vorderingsreg kan beskik en as die sedent insolvent raak, dat die trustee van sy boedel geen aanspraak op die reg het nie terwyl die sessionaris die reg onmiddellik kan uitoefen en sy eis so kan bevredig. Die trustee sal dan net 'n eis vir terugbetaling van die oorskot hê mits die partye so ooreengekom het. As die sessionaris insolvent raak, sou 'n mens verwag dat die trustee van sy boedel die reg as bate in die insolvente boedel te gelde kan maak en dat die sedent 'n konkurrerende eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk sou hê as sy skuld nog nie opeisbaar was nie, of indien wel, 'n eis vir die oorskot. Skuldeisers van die sessionaris behoort ook op die gesedeerde vorderingsreg beslag te kan lê terwyl skuldeisers van die sedent dit nie behoort te kan doen nie. Die ware toedrag van sake by algehele sekerheidsessies is egter soos volg: As die sedent insolvent raak, verkry die sessionaris 'n reg op afgesonderde bevrediging,<sup>36</sup> met ander woorde die sekerheidsobjek vorm deel van die sedent se insolvente boedel. As die skuldeisers van die sedent 'n geregtelike pandreg deur beslaglegging wil laat vestig, verkry die sessionaris 'n *Widerspruchsklage*.<sup>37</sup> As die sessionaris insolvent raak, verkry die sedent 'n reg op uitsondering<sup>38</sup> en by beslaglegging deur die sessionaris se skuldeisers ook 'n *Widerspruchsklage*. Hierin onderskei die sekerheidsessie hom van 'n gewone algehele sessie. Die verbintenisregtelike beperkings wat op die sessie geplaas is, verkry onder hierdie spesifieke omstandighede saaklike werking. Op 'n gewone algehele sessie kan natuurlik ook verbintenisregtelike beperkings geplaas word,<sup>39</sup> maar sodanige beperkings het geen effek op derdes nie<sup>40</sup> en dus geen saaklike werking nie.

Ten einde algehele sekerheidsessies in die Suid-Afrikaanse reg te erken en behoorlike beslag daaraan te probeer gee, moet veral die volgende vrae wat by hierdie regsverskynsel ontstaan, beantwoord word. (In die lig hiervan moet dan vasgestel word in hoeverre hierdie verskynsel met bestaande regsbeginsels versoen kan word.): wat is die aard van sekerheidsessies; is 'n sekerheidsessie 'n gesimuleerde regshandeling; is sodanige sessies teen die goeie sedes; wat is die *causa* van sekerheidsessies en watter rol speel dit; wat is die inhoud van die sekerheidsooreenkoms; wat is die inhoud van die sessie; en wat beteken "saaklike werking" by sekerheidsessies en hoe kan dit verklaar word?

## 1 Wat is die aard van algehele sekerheidsessies?

'n Algehele sekerheidsessie is 'n fidusiële regshandeling<sup>41</sup> waarvolgens die sekerheidsgewer 'n vorderingsreg ten volle aan die sekerheidsnemer oordra met die oogmerk dat die oordrag slegs as sekuriteit sal dien. Die sekerheidsnemer

36 Die afsonderingsreg van par 4 van die *KO* is 'n voorkeurreg tot bevrediging uit die sekerheidsobjek wat deel van die insolvente boedel uitmaak (Hess/Kropshofer *KO* (1985) 84; Riedel 693; Larenz *Schuldrecht I* par 34 v a 540).

37 Die *Dritt-widerspruchsklage* van par 771 *ZPO* gee aan 'n derde wat 'n oordragsverbiedende reg het, 'n regsmiddel ten einde te verseker dat slegs op goed wat aan die skuldenaar behoort, beslag gelê word (Riedel 668; Zöller *ZPO* (1984) par 771; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung III* (1970) 233 e v).

38 Die *Aussonderungsrecht* van par 43 van die *KO* bepaal dat iemand daarop aanspraak kan maak dat 'n objek nie deel van die insolvente boedel uitmaak nie omdat hy 'n saaklike of persoonlike reg daarop het (Riedel 696; Hess *KO* 192 e v).

39 anders as wat die hof in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd supra* beslis het.

40 behalwe as die kennisleer toepassing vind.

41 Sien Coing vir 'n bespreking van die aard en herkoms van 'n *Treuhand* (fidusiële)-verhouding in die Anglo-Amerikaanse (3–11), die Duitse (11 e v), die Oostenrykse (216–222), die Switserse (223–236) en die Lichtensteinse reg (237–246). Lg volg die Anglo-Amerikaanse benadering.



verkry dus meer regte<sup>42</sup> as wat vir sekerheidsdoeleindes nodig is en daarom word sy bevoegdheids kontraktueel deur 'n *pactum fiduciae* beperk.<sup>43</sup> Die grondslag van sodanige sessies is dus 'n fidusiële regsverhouding<sup>44</sup> waarvolgens 'n *Treu-geber* (trustoprigter, *trustsettlor*) 'n *Treuhänder* (trustee) reghebbende van *Treugut* (trustgoed) maak met kontraktuele beperkings op die bevoegdheids van die trustee<sup>45</sup> omdat laasgenoemde net vir 'n sekere doel reghebbende word.<sup>46</sup> Normaalweg het kontraktuele beperkings nie werking teenoor derdes nie, maar die geaardheid van fidusiële regshandelinge is sodanig dat die regsordening aan die *pactum fiduciae* nie slegs verbintenisregtelike nie maar ook saaklike werking verleen sodat dit in sekere omstandighede ook teen derdes geld.<sup>47</sup> Daar word onderskei tussen 'n administratiewe trust (*Verwaltungstreuhand*) en 'n sekerheidstrust (*Sicherungstreuhand*). Eersgenoemde het tot gevolg dat die trustee uitsluitlik in belang van die trustoprigter optree en laasgenoemde dat die trustee in sy eie belang optree. By sekerheidsessies kan albei vorme voorkom: voor betaling van die skuld het mens met 'n sekerheidstrust te doen en daarna met 'n administratiewe trust.<sup>48</sup>

Die sekerheidsnemer by 'n algehele sekerheidsessie word egter steeds reghebbende<sup>49</sup> en kan verder oor die saak beskik. Waar hy strydig met sy kontraktuele ondernemings optree, maak hy hom slegs aan kontrakbreuk skuldig en is die sekerheidsgewer slegs op skadevergoeding geregtig.<sup>50</sup> As uitsondering verkry die sekerheidsooreenkoms teenoor derdes *quasi*-saaklike werking.<sup>51</sup> In hierdie uitsonderingsgevalle, te wete by insolvensie en beslaglegging, verander die volle saaklike beregtiging (die feit dat die sessionaris volreghebbende is) van die sekerheidsnemer in 'n beperkte saaklike beregtiging waarvolgens hy soos 'n pandhouer behandel word, en die bloot verbintenisregtelike beregtiging van die sekerheidsgewer in 'n volle saaklike beregtiging. Hierdie sogenaamde *Umwandlungsprinzip* kenmerk die fidusiële trust.<sup>52</sup>

### 1 1 Vereistes vir die ontstaan van 'n fidusiële trust

Die eerste vereiste is die bestaan van 'n regsgeldige *pactum fiduciae* (*Treuabrede*, sekerheidsooreenkoms) waarin ooreengekom word dat die vorderingsreg ten

42 Coing 38 85 100.

43 *ibid* 85.

44 *ibid* 28. As uitgangspunt vir die erkenning van fidusiële regshandelinge het die Duitsers in die middel van die vorige eeu die Romeinsregtelike *fiducia cum creditore* gebruik. Die erkenning van hierdie tipe regshandeling is die produk van die arbeid van die Duitse Pandektiste (Coing 47). Die *fiducia*-teorie is ook deur die Oostenrykers en Switsers as basis vir die erkenning van *Treuhand*-verhoudings gebruik (sien Coing 226).

45 In die Suid-Afrikaanse trustreg word die benamings trustoprigter, trustee en begunstigde gebruik. Die Duitse reg gebruik net die terme *Treugeber* en *Treuhänder*. Die *Treugeber* is meestal ook die begunstigde soos by die Romeinse *fiducia cum amico*, maar kan ook 'n derde wees.

46 nl vir sekerheidsdoeleindes.

47 Coing 86 beklemtoon die saaklike werking van hierdie *pactum fiduciae* met verwysing na die volgende aanhaling: "Soweit ich sehe, ist man sich darüber einig, dass der Treuhandvertrag eine schuldrechtliche und eine dingliche Seite hat."

48 Serick II 72; Coing 89.

49 Coing 94 156. Volgens die Anglo-Amerikaanse reg word die trustee eienaar van die trustgoed.

50 Serick II 76 263 273 e v; Nörr/Scheyhing 179 e v; Bülow par 519; Riedel 119; Coing 162.

51 Serick II 95 e v. Serick verduidelik dat van *quasi*-saaklike werking gepraat kan word, sowel wat die sekerheidsgewer as die sekerheidsnemer betref.

52 Serick II 77.

volle oorgedra sal word, met die beperkings dat die reg slegs as sekerheid oorgedra word en dat dit nie verder oorgedra of uitgeoefen sal word nie.<sup>53</sup> Tweedens word vereis dat die trustgoed die vermoë van die trustee regstreeks moet toekom (die sogenaamde *Unmittelbarkeitsprinzip*).<sup>54</sup> Dit beteken dat wanneer 'n trust-oprigter deur middel van 'n algehele sekerheidsessie sy verpligting nakom en dit blyk later dat daar geen regsgrond was nie, hy 'n verrykingsaksie teen die trustee sal hê. Die vermoënsverskuiwing moes nie met 'n omweg deur 'n derde se boedel plaasgevind het nie.<sup>55</sup> Deesdae word erken dat dit ook langs 'n omweg in sy boedel kan kom en dat oorspronklike trustgoed deur ander goed vervang kan word.<sup>56</sup> In laasgenoemde geval verkry die sekerheidsooreenkoms egter nie by insolvensie en beslaglegging *quasi*-saaklike werking nie.

## 2 Is 'n algehele sekerheidsessie 'n gesimuleerde regshandeling?

In die Duitse reg word 'n sekerheidsessie nie as 'n gesimuleerde regshandeling beskou nie.<sup>57</sup> Volgens hierdie regstelsel is daar slegs sprake van 'n skynhandeling wanneer die partye dit eens is dat hulle verklaarde wil nie sal geld nie; wanneer hulle met ander woorde slegs die uiterlike skyn skep dat hulle 'n sekere regshandeling aangegaan het terwyl hulle ooreenkom dat die regsgevolge van sodanige handeling nie sal intree nie.<sup>58</sup> Die partye moet in effek dus met 'n skelmstreek besig wees.<sup>59</sup> Hierdie benadering word as die *moderne* benadering tot skynhandelinge beskou.<sup>60</sup> Alhoewel die hof in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd*<sup>61</sup> die verouderde benadering<sup>62</sup> tot sodanige handeling gevolg het, is daar myns insiens genoeg gesag<sup>63</sup> in die Suid-Afrikaanse reg om die moderne benadering toe te pas sodat daar by sekerheidsessies slegs sprake van 'n skynhandeling is as die partye nie die bedoeling het dat die sessionaris reghebbende sal word met die bevoegdheid om die reg verder oor te dra of in te vorder nie.

53 *ibid* 80.

54 *ibid* 81; Coing 44 e v. Coing 179 meen dat die bepaaldheidsvereiste hierdie vereiste kan vervang, soos wat die posisie in die Engelse reg is.

55 Serick II 84. Hiermee word die *Treuhand* van indirekte verteenwoordiging onderskei.

56 Coing 115 e v 155 177.

57 Volgens Serick I 2 vn 5 het die hof dit alreeds op 1880–10–09 besluit. Sien verder Bülow par 521; Riedel 164; Nörr/Scheyhing 18; Larenz *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1980) par 201 c 333; Flume *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II Das Rechtsgeschäft* (1979) 406; Coing 36.

58 Larenz par 30 I c 331; Bülow par 521 noem die gevalle waar ooreengekom word dat die sekerheidsgewer reghebbende sal bly om na goedduke verder oor die saak te beskik of dat die oordrag slegs intern sal geld of dat die sekerheidsnemer immer en onvoorwaardelik onbevoeg sal wees om die reg in eie naam te gelde te maak, as voorbeelde van bedinge wat aanduidend kan wees dat 'n voorgenome sekerheidsessie nie werklik beoog is nie.

59 Coing 37; Coing 1973 *Rabels* Z 205; *Bird v Lawclaims (Pty) Ltd* 1976 4 SA 727 (D) 729B.

60 Coing 34 e v; Coing 1973 *Rabels* Z 204.

61 *supra*.

62 waarvolgens die teorie m b t skynhandelinge gekoppel is aan die *fraus legis*-leerstuk met die gevolg dat elke regshandeling as gesimuleerd beskou word as die ekonomiese en praktiese gevolge daarvan nie in ooreenstemming is met die gewone regsgevolge van die regshandeling wat die partye gekies het nie (Coing 1973 *Rabels* Z 204).

63 *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 369 395; *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers & Hudson* 1941 AD 369 395; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) 603 611; *Bird v Lawclaims* 1976 4 SA 727 (D) 729B 729G. Sien veral die volgende uittaling in *McLachlan v Wienand* 1913 TPD 191 195: "I know no reason why such a contract if *bona fide* made and intended to be what the words express should be considered illegal."

Die kontraktuele beperkings op die sessionaris se bevoegdheede is net *inter partes* bindend en raak nie die sessionaris se bevoegdheede as reghebbende nie.<sup>64</sup>

Die partye poog nie by sekerheidsessies om 'n pandreg sonder publisiteit te vestig nie, maar om 'n reg ten volle as sekuriteit oor te dra. By verpanding bly die sekerheidsgewer nog volreghebbende (eienaar) en die sekerheidsnemer word beperkte saaklike geregtigde, terwyl die sekerheidsgewer by sekerheidsessies nie meer oor die reg kan beskik nie en die sekerheidsnemer volreghebbende word.<sup>65</sup>

### 3 Is sekerheidsessies teen die goeie sedes?

Die vraag wat hier beantwoord moet word, is of die sekerheidsooreenkoms teen die goeie sedes is en, indien wel, wat die invloed van die ongeldigheid daarvan op die oordrag self is. Die rede waarom sodanige ooreenkoms teen die goeie sedes mag wees, is die feit dat hier 'n belangebotsing tussen versekerde en onversekerde skuldeisers kan ontstaan. Omdat daar geen publisiteit aan hierdie vorm van sekerheid gegee word nie, kan skuldeisers hulle op die kredietwaardigheid van 'n skuldenaar verlaat om dan by beslaglegging of insolvensie uit te vind dat daar versekerde skuldeisers is wat voorrang bo hulle geniet.

In die Duitse reg word die belange van ander skuldeisers beskerm deur sekerheidsooreenkoms net onder sekere omstandighede as synde teen die goeie sedes nietig te verklaar.<sup>66</sup> Die omstandighede is oorversekering,<sup>67</sup> kredietmisleiding<sup>68</sup> en skuldeiserbenadeling.<sup>69</sup> Die sogenaamde *Knebelungsverträge*<sup>70</sup> waarvolgens 'n skuldeiser nie te veel beperkings op die handelsvryheid van die skuldenaar mag plaas nie, speel ook hier 'n rol.

Die howe moet elke geval op eie meriete beoordeel om vas te stel of dit teen die goeie sedes is al dan nie. Nie elke geval waar daar 'n belangebotsing tussen versekerde skuldeisers ontstaan, is dus as teen die goeie sedes aan te merk nie,

64 Larenz *Bürgerlichen Rechts* par 201 c 333: "Nicht um ein Scheingeschäft handelt es sich, wenn jemand einem anderen Vermögensgegenstände 'zu treuen Händen' übereignet, so dass dieser nach aussen zwar Eigentümer werden, im Innenverhältnis, d.h. zwischen den Beteiligten, aber verpflichtet sein soll, dessen Interesse wahrzunehmen und ihm das zu treuen Händen Überlassene nach einiger Zeit oder unter bestimmten Voraussetzungen wieder zurückzuerstatten."

65 In Oostenryk word 'n sekerheidsoordrag van roerende sake as 'n omseiling van die vuispand gesien en dus nie toegelaat nie, terwyl sekerheidsessies toelaatbaar en gebruiklik is (Coing 218).

66 Serick I 17; Bülow par 504 e v; Riedel 200 e v; Coing 135; Scholz/Lwowski *Das Recht der Kreditsicherung* (1980) 155 e v; Lwowski *Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts aus Rechtsprechung und Praxis* (1985) 44.

67 *Übersicherung*: by beoordeling word die reële waarde van die vorderingsregte in ag geneem, nie die nominale waarde nie (Riedel 202).

68 *Kredittäuschung*: dit kan ook kredietbedrog genoem word en kom ter sprake waar derdes oor die kredietwaardigheid van die skuldenaar mislei word. Die misleiding kan deur die optrede van die skuldenaar alleen bewerkstellig word of deur gesamentlike optrede van die skuldeiser en skuldenaar (Riedel 203).

69 *Gläubigergefährdung*: dit hou verband met kredietmisleiding en kom voor wanneer die sekerheid twyfelagtig is en derdes daardeur skade kan ly (Riedel 203; Bülow par 506).

70 Dit is byvoorbeeld wanneer die skuldeiser in so 'n mate 'n houvas op die skuldenaar het dat hy in werklikheid nog net vir die skuldeiser werk of waar die skuldeiser die skuldenaar dreig dat hy sy besigheid sal ruïneer as hy nie die ooreenkoms aangaan nie (Riedel 200; Bülow par 505).



maar slegs daardie gevalle waar daar 'n doelbewuste benadeling van die skuld-eisers van die skuldenaar is. Indien bevind word dat 'n bepaalde sekerheids-ooreenkoms teen die goeie sedes is, is dit nietig en die vraag ontstaan dan of die nietigheid van dié ooreenkoms ook 'n effek op die oordrag van die reg het. Normaalweg geld die abstrakte oordragsbeginsel sodat die oordragshandeling nie deur die geldigheid van die verpligtende regshandeling geraak word nie; by handeling in stryd met die goeie sedes word as uitsondering egter bepaal dat die nietigheid van die verbinteniskeppende ooreenkoms ook die oordragshandeling raak sodat die reg nie oorgaan nie.<sup>71</sup> Serick se verklaring vir hierdie uitsondering word hieronder by die bespreking van die *causa* van sekerheidsessies behandel.<sup>72</sup>

#### 4 Wat is die *causa* van sekerheidsessies en watter rol speel dit?

Omdat 'n sekerheidsessie saaklike werking<sup>73</sup> het, word gesê dat die oordragshandeling deur middel van 'n saaklike ooreenkoms<sup>74</sup> geskied. Laasgenoemde het die onmiddellike oorgaan van 'n saaklike reg tot gevolg, met ander woorde deur die sekerheidsessie word 'n vermoënsverskuiwing bewerkstellig. Ten einde geldige regsbeslag aan hierdie vermoënsverskuiwing te gee, word 'n regsgrond vereis.<sup>75</sup> Wanneer 'n regsgrond vir 'n vermoënsverskuiwing ontbreek, kan die oordraggewer 'n eis op grond van ongeregverdigde verryking teen die oordrag-nemer instel en daarmee die ongeregverdigde vermoënsverskuiwing tot niet maak.<sup>76</sup> Daar moet dus altyd 'n rede wees waarom 'n bate van een vermoë na 'n ander verskuif. By sekerheidsessies is die *causa* vir die oordrag die verbinteniskeppende sekerheidsooreenkoms: dit is die regshandeling wat die sedent verplig om sy vorderingsreg as sekerheid aan die sessionaris oor te dra.<sup>77</sup> Die kredietooreenkoms is nie die *causa* van die oordrag nie, ofschoon dit ook oorsaaklik daaraan verbonde is. Die kredietooreenkoms (waaruit die vorderingsreg ontstaan waarvoor sekerheid gestel moet word), die sekerheidsooreenkoms en die saaklike ooreenkoms kan in een dokument vervat word maar moet van mekaar onderskei word.

Die abstrakte oordragsbeginsel wat by eiendomsoorgang geld, word ook hier toegepas<sup>78</sup> sodat die oorgang van die reg nie afhanklik van die geldigheid van

71 Bülow par 509; Riedel 197 e v; Soergel/Siebert *Bürgerliches Gesetzbuch* (1976) 584; Flume 385.

72 Serick I 18 65.

73 Dit bring nie alleen 'n vermoënsverskuiwing mee nie, maar verskaf ook saaklike sekerheidsregte.

74 Bülow par 533.

75 Dit is die posisie in die Romeins-Hollandse, Nederlandse, Franse en Duitse reg (Damhouder *Practycke civile* 49 9; Peckius *Opera: de iure sistendi* 3 6; Christinaeus *Decisiones* 1 110 4; Sande *De cessione* 2 1; 2; Vinnius *Jurisprudentiae* 2 56; Huber *HR* 3 3 36, 13 2; *Utrechtsche cons* 1 139 6; Van Bijkershoek *Obs tum* 1523; a 639 *BW*; Meijers *Algemene leer van het burgerlijk recht* I (1948)290; Hofmann *Het Nederlandsch zakenrecht* (1944) 232; Maris *Rechtskundige opstellen* (1935) 679; a 711 *CC*; Fikentscher *Schuldrecht* (1985) par 14; Larenz *Bürgerlichen Rechts* par 18 II 295. Flume par 12 I 1 152; Bülow par 533; Baur par 5 iv 1 43; Serick I 52 II 275; sien ook De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 2).

76 Flume par 12 I 2 157; Westermann *Sachenrecht* (1966) par 4 II 2; Fikentscher par 14 4 44; Larenz *Bürgerlichen Rechts* par 18 II (d) 295; Baur par 5 IV 1 43; Serick I 53.

77 Serick I 57 e v; Bülow par 533. Vir kritiek hierop sien Flume 155. Volgens Flume is die *causa* vir die sessie die bestaan van 'n vorderingsreg wat verseker moet word. Dit is in ooreenstemming met die nuutste regspraak BGH 21P 1981, 1188 (1982 NJW 275).

78 Riedel 116; Bülow par 534; Serick I 59 II 76.



die verbintenisskeppende ooreenkoms (sekerheidsooreenkoms) is nie. Omdat 'n mens egter hier met 'n besondere geval te doen het, waar die sekerheidsessie op 'n trouverhouding gebaseer is, word die abstrakte oordragsbeginsel as uitsondering in spesifieke gevalle<sup>79</sup> versaak. Dit word gedoen omdat die sekerheidsooreenkoms met die abstrakte vervullingshandeling verstrengel is en die sekerheidsobjek tot trustgoed verhef.<sup>80</sup>

Die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel moet word, word deel van die subjektiewe regsgrond van die verbintenisskeppende sekerheidsooreenkoms.<sup>81</sup> Die sekerheidsgewer wil met die beoogde oordrag van 'n vorderingsreg aan die sekerheidsnemer sekuriteit verskaf dat die sekerheidsgewer sy verpligting uit die kredietooreenkoms sal nakom. Die partye kan die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel word, in die sekerheidsooreenkoms met verwysing na sy subjektiewe regsgrond kousaal (ter versekering van die kredietskuld) of abstrak (ter versekering van 'n skuld van Rx) beskryf.<sup>82</sup> Die objektiewe regsgrond van die oordrag self is egter steeds die sekerheidsooreenkoms wat tot oordrag verplig.

Tussen die kredietooreenkoms, die sekerheidsooreenkoms en die saaklike ooreenkoms bestaan daar egter 'n noue verband. Nietigheid van die kredietooreenkoms het ook nietigheid van die sekerheidsooreenkoms tot gevolg, aangesien dit die partye se wil is dat die twee regshandelinge 'n eenheid met wedersydse verpligtinge sal vorm. As die sekerheidsooreenkoms nietig is en daar is nog nie uitvoering aan die kredietooreenkoms gegee nie, is die kredietverskaffer nie verplig om die krediet te verskaf nie. As die geld egter reeds uitbetaal is, bly die kredietooreenkoms geldig en die kredietverskaffer verkry 'n reg op terugbetaling van die geld tesame met rente en nie slegs 'n verrykingsaksie nie.<sup>83</sup> Die sessie self is 'n abstrakte handeling, die werking waarvan nie van die geldigheid van die sekerheidsooreenkoms afhanklik is nie. Die oordraggewer verkry egter 'n verrykingsaanspraak as die oordrag *sine causa* geskied het. Waar die sekerheidsooreenkoms nie geldig tot stand gekom het nie, byvoorbeeld vanweë 'n wilsgebrek, kan die sekerheidsgewer die trustgoed met die *condictio indebiti* terugvorder aangesien hy die oordrag *solvendi causa* gemaak het en dit in werklikheid nie verskuldig was nie. As die sekerheidsooreenkoms op 'n latere stadium suksesvol aangeveg word, kan die sekerheidsgewer die trustgoed met die *condictio ob causam finitam* terugvorder. In albei hierdie gevalle het die geldigheid

79 Bv by insolvensie, waar die posisie van die sekerheidsnemer as volreghebbende na die posisie van 'n pandskuldeiser verswak en die sekerheidsgewer s'n as persoonlike geregtigde tot volreghebbende versterk, en by sekerheidsooreenkomste wat teen die goeie sedes is. Die abstrakte oordragsbeginsel kan ook versaak word deurdat die samehang tussen die sekerheidsooreenkoms en die oordrag herstel word. Dit kan deur uitdruklike of stilswyende ooreenkoms geskied of afgelei word uit die praktiese doel van die sekerheidsooreenkoms of die omringende omstandighede.

80 By sekerheidsessies het die Duitse *BGH ZIP* 1981 (1982 *NJW* 275) bevind dat daar 'n afhanklikheid tussen die bestaan van die hoofskuld (die kredietooreenkoms) en die oorgang van die reg is. Die rede hiervoor is dat die doel wat by hierdie sessies nagestreef word, dieselfde is as die wat by pandrege nagestreef word en omdat lg aksessories is, word die abstrakte oordragsbeginsel ook by sekerheidsessies versaak (sien Lwowski *Aktuelle Probleme* 1). Volgens hom word hierdie uitspraak in die regliteratuur algemeen gekritiseer. Dit is ook in stryd met Serick se siening van die afhanklikheid van die oordrag van die sekerheidsooreenkoms (soos hierbo uiteengesit).

81 Die *causa* vir die kontrak moet onderskei word van die *causa* vir die oordrag.

82 Serick I 59.

83 *ibid* 61. Die rede hiervoor is dat hy volgens die kredietooreenkoms vir rente ens beding het wat hy nie sal kan kry as hy bloot op grond van ongeregtigde verryking eis nie.

van die kredietooreenkoms geen effek op die verrykingsaanspraak nie.<sup>84</sup> As die sekerheidsooreenkoms en die sessie albei geldig is, maar die vorderingsreg wat sekureer word, het nie ontstaan nie of het later weggeval,<sup>85</sup> word die sekerheidsooreenkoms ook as nietig beskou; gevolglik verkry die sekerheidsgewer 'n *condictio indebiti* vanweë die nakom van 'n nie-bestaande skuld (waar die kredietooreenkoms van die begin af nietig was) of 'n *condictio ob causam finitam* (waar die kredietooreenkoms later weggeval het). Volgens 'n ander mening kan die sekerheidsobjek met die *condictio ob causam datorum* teruggevorder word omdat die kredietooreenkoms en die sekerheidsooreenkoms as eenheid gesien word en die subjektiewe *causa* van die sekerheidsooreenkoms weggeval het.<sup>86</sup>

Serick,<sup>87</sup> Flume<sup>88</sup> en Scholz/Lwowski<sup>89</sup> meen dat die aksessoriteitsbeginsel nie hier toegepas moet word nie en dat die abstrakte oordragsbeginsel geld. Gevolglik word die sessionaris reghebbende al ontbreek die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel moet word. Die sedent behoort dan slegs 'n eis op grond van ongeregverdigde verryking te hê. Die *Bundesgerichtshof* het egter in 1982 beslis dat die aksessoriteitsbeginsel by sekerheidsessies geld vanweë die beskermingswaardige belange van die party daartoe.<sup>90</sup>

Wanneer die sekerheidsooreenkoms nietig is as synde in stryd met die goeie sedes, ontstaan die vraag of die abstrakte oordragsbeginsel dan nog moet geld. In beginsel geld dié beginsel<sup>91</sup> ook hier, maar uitsonderings word toegelaat. Waar die oordrag self teen die goeie sedes sou wees, gaan die reg nie oor nie, soos in gevalle van oorversekering, kredietmisleiding, ensovoorts.<sup>92</sup> Serick kritiseer hierdie standpunt en meen dat die rede vir die versaking van bedoelde beginsel ook hier<sup>93</sup> in die fidusiêre aard van sekerheidsoordrags te vinde is.<sup>94</sup> Die sekerheidsooreenkoms verleen aan die vorderingsreg wat oorgedra word die eienskap van

84 Serick I 62.

85 Volgens Serick II 99 is die oorgang van die reg nie vanweë die aksessoriteitsbeginsel aan die bestaan van 'n hoofskuld gekoppel nie, maar d m v die fidusiêre sekerheidsooreenkoms. Dit sou in stryd met die wese van fidusiêre sekerheidstelling wees om die aksessoriteitsbeginsel wat 'n wesenskenmerk van pandreg is, op algehele sekerheidsessies toe te pas aangesien die sessionaris in hierdie geval juis volreghebbende is (sien Serick II 99; Scholz/Lwowski 40). As die hoofskuld deur betaling uitgewis word, val die oorgedraagde reg, behalwe in die geval van 'n ontbindend voorwaardelike oordrag, nie outomaties terug in die boedel van die sekerheidsgewer nie. Dit moet nog aan hom oorgedra word. As die partye nie so 'n ontbindend voorwaardelike oordrag gemaak het nie, word dit beskou as 'n aanduiding dat die sekerheidsnemer na aflossing van die hoofskuld nog as skuldeiser kan optree (Serick II 266). As die sekerheidsgewer terugoordrag van die vorderingsreg wil bewerkstellig, moet hy van 'n beding in die sekerheidsooreenkoms gebruik maak tot die effek dat die vorderingsreg na delging van die hoofskuld terugseeder moet word.

86 Serick I 63.

87 *ibid.*

88 155.

89 40.

90 Lwowski 2; sien bespreking hierbo vn 79.

91 Serick I 65; Bülow par 509; Scholz/Lwowski 483; Flume 383 e v; Riedel 197 e v; Soergel/Siebert 584.

92 Lwowski 1.

93 Sien bespreking hierbo in teks by vn 80 en vn 85.

94 Volgens die jongste regspraak word die afhanklikheid van die sekerheidsessie van die kousale verbintenisskeppende ooreenkoms herstel deur die doel van die sessie en die partye se belange daarby (Lwowski 1). Die sessie kan ook uitdruklik deur ooreenkoms van die verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik gemaak word, m a w daar kan deur ooreenkoms teruggekeer word na die kousale stelsel van regsorgang.

trustgoed, en as die sekerheidsooreenkoms ontbreek of wegval, verkry die vorderingsreg nie hierdie eienskap nie en word die sekerheidsnemer onbepaalde volgrebbende. As die abstrakte oordragsbeginsel by nietige sekerheidsooreenkoms hier gehandhaaf sou word, sou dit beteken dat die sekerheidsnemer by 'n nietige sekerheidsooreenkoms meer regte verkry as by 'n geldige een. Omdat die verbinteniskeppende sekerheidsooreenkoms by fidusiële regshandeling so 'n groot invloed op die saaklike regshandeling het, moet die ongeldigheid van die sekerheidsooreenkoms volgens Serick vanweë strydigheid met die goeie sedes ook die ongeldigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg hê.<sup>95</sup>

## 5 Wat is die inhoud van die sekerheidsooreenkoms?

Die regte en verpligtinge van die sekerheidsgewer en -nemer word in die eerste plek deur die sekerheidsooreenkoms bepaal. Soos alle verbinteniskeppende ooreenkoms is hierdie ooreenkoms slegs *inter partes* bindend.

Waar die sekerheidsooreenkoms oor 'n aangeleentheid swyg, moet die partye se wil deur uitleg vasgestel word. Die rigsnoer hier is die sekerheidsdoel van die ooreenkoms. Hier kan ook gebruikgemaak word van beginsels wat by soortgelyke regshandeling geld. So kan die sekerheidsnemer beskou word as iemand wat ongeveer in dieselfde posisie as 'n lashebber verkeer met dienooreenkomsige verpligtinge.<sup>96</sup> Anders as wat die posisie in die Suid-Afrikaanse reg is, behoort daar slegs in uitsonderingsgevalle na die verhouding tussen die pandgewer en -nemer gekyk te word om die partye se regte en verpligtinge te bepaal.<sup>97</sup>

95 Serick I 65 e v.

96 Serick II 267; Coing 137 e v.

97 Serick II 47. Harker 1981 *SALJ* 65 meen dat pandregbeginsels glad nie op sekerheidsessies toegepas kan word nie, vanweë die objek (nl 'n vorderingsreg) van die sekerheid, maar gaan dan tog voort om die posisie van 'n sekerheidsessionaris in die lig van pandbeginsels te bespreek (66 vn 61-65). Van der Merwe 483 meen verkeerdelik dat die tipe sekerheid wat gekies word geen invloed op die kontraktuele verhouding tussen sekerheidsgewer en -nemer het nie. As gesag hiervoor beroep hy hom op De Wet en Yeats 369-370. Die sake wat De Wet en Yeats 370 vn 189 as gesag aanhaal, steun hulle egter nie. *Stephens v Whitford* 1903 TH 231 bv handel uitdruklik en uitsluitlik oor pandgewing; *George Loader & Co v Vosloo* 1939 OPD 151 oor die verpanding van aandele; *SA Breweries v Levin* 1935 AD 77 oor die versorgingsplig van die pandhouer; en *Volhand & Molenaar Ltd v Ruskin* 1959 2 SA 751 (W) is 'n baie verwarde uitspraak wat uiteindelik tog die beginsels van pandgewing toepas. Van der Merwe 484 vn 434 verwys na *Sun Life Assurance Co of Canada v Kuranda* 1924 AD 20 as gesag vir die stelling dat 'n *pactum commissorium* of 'n beding dat die sessionaris 'n polis mag kanselleer en die opbrengs daarvan mag hou, ook by 'n algehele sekerheidsessie ongeldig is omdat dit sou bots met die beding dat die sessionaris die reg moet terugseer. Die *Kuranda*-saak handel egter ook uitsluitlik oor 'n pandgewing; daarin is gesê dat so 'n beding wel geldig is, mits die "surrender value" 'n billike waarde verteenwoordig. Die enigste beslissing waarna Van der Merwe en De Wet en Yeats verwys wat wel oor 'n algehele sekerheidsessie handel, is *Priest v Logie's Estate* 1926 EDL 40. Op 43 word dan ook gesê dat die versorgingsplig wat op die sessionaris rus ten minste dieselfde is as dié van 'n pandhouer. Joubert "Iets oor die 'pandgewing' van onliggaamlike goed" 1971 *THRHR* 87 onderskei tussen pandgewing en algehele sekerheidsessies, maar pas sover moontlik pandregbeginsels ook maar by 'n algehele sekerheidsessie toe (sien bv sy bespreking van 'n *pactum commissorium*). Deur al die beginsels wat op pandgewing van toepassing is op algehele sekerheidsessies toe te pas, word een van die voordele uitgeskakel wat hierdie vorm van sekerheidstelling inhou. Verder noop so 'n toepassing 'n mens tot die gevolgtrekking dat mens hier dalk tog met 'n skynhandeling te make het aangesien hierdie regsfiguur dan in alle opsigte met pandreg ooreenstem, behalwe dat geen publisiteit daaraan gegee word nie.



Die uitgangspunt by die opstel van die sekerheidsooreenkoms is kontrakteervryheid.<sup>98</sup> Alle sekerheidsooreenkoms sal dus nie dieselfde wees nie. Daar is egter 'n paar wesenlike elemente wat in elke sekerheidsooreenkoms moet voorkom.

Die wesenskenmerk van 'n sekerheidsooreenkoms is die sekerheidsdoel waarmee dit aangegaan word. Die sekerheidsooreenkoms is 'n verbinteniskeppende fidusiêre ooreenkoms wat die effek van die regshandeling (volledige oordrag van 'n vorderingsreg) wat die partye gekies het, kontraktueel beperk omdat die gekose regshandeling meer bevoegdheids (die sekerheidsnemer word volreghebbende) aan die sessionaris verleen as wat nodig is vir die doel (sekerheidstelling) waarvoor dit aangegaan is.<sup>99</sup> Daar moet dus duidelik in die sekerheidsooreenkoms gestel word dat die oordrag slegs ter versekering van 'n skuld geskied. Die sekerheidsdoel kan slegs verwesenlik word as die sekerheidsobjek (die vorderingsreg wat oorgedra word) en die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel word voldoende omskryf is en met mekaar verbind word.

Die partye tot die ooreenkoms moet bepaal wees.<sup>100</sup> Meestal is die kredietverskaffer die sekerheidsnemer en die kredietopnemer die sekerheidsgewer. Dit is egter nie noodsaaklik nie en waar daar 'n wisseling van persone plaasvind, moet dit duidelik in die sekerheidsooreenkoms aangetoon word sodat die regsposisie van die partye vasstaan.

Die vorderingsreg wat sekureer word, ontstaan meestal uit 'n geldlening, maar dit kan ook enige ander vorderingsreg wees, byvoorbeeld 'n vorderingsreg vir betaling van 'n koopprys of skadevergoeding vanweë 'n onregmatige daad, ensovoorts. Die vraag wat hier ontstaan, is of newe-koste soos rente, die koste van tegeldemaking, strafbedinge ensovoorts ook deur die sekerheid gedek word. As daar geen ooreenkoms ten aansien van sodanige koste gemaak is nie, word geargumenteer dat rente wel daardeur gedek word in ooreenstemming met die posisie by 'n huispand.<sup>101</sup> Dit sou natuurlik verstandig wees om uitdruklik in die sekerheidsooreenkoms te bepaal watter koste deur die sekerheid gedek sal word.<sup>102</sup>

Omdat die sekerheidsnemer meer regte verkry as wat vir die sekerheidsdoel nodig is en die sekerheidsgewer 'n belang by die behoorlike uitoefening van die sekerheidsnemer se bevoegdhede het, moet die partye verskeie bedinge maak om hulle regsposisie teenoor mekaar te reël.

Aangesien die sekerheidsnemer volreghebbende word, moet sy beskikkingsbevoegdheid sover moontlik aan bande gelê word. Dit kan net verbintenisregtelik gedoen word deur byvoorbeeld te bepaal dat hy die reg nie mag oordra nie,<sup>103</sup> nie mag invorder nie, nie 'n skikking met die skuldenaar mag aangaan nie, 'n moontlike oorskot aan die sedent moet oorbetal, ensovoorts. Daar kan

98 Hierdie uitgangspunt word natuurlik getemper deur die algemene beginsels van die kontraktereg, bv dat die ooreenkoms nie teen die goeie sedes of in stryd met die openbare belang moet wees nie.

99 Coing 92 110; Serick II 47 263; Scholz/Lwowski 506; Riedel 116.

100 Serick II 49 e v; Coing 109.

101 Serick II 52 e v; sien egter Scott en Scott 137 e v.

102 Scholz/Lwowski 506.

103 Vanweë die Suid-Afrikaanse positiefregtelike benadering tot *pacta de non cedendo* sal hierdie beding werking teenoor derdes hê as die skuldenaar 'n belang daarby het; en dit het 'n algehele sekerheids-sedent seer sekerlik.



moontlik geargumenteer word dat die sekerheidsdoel van die oordrag en die onnodig wye regsbevoegdheede wat die sekerheidsnemer vir daardie doel verkry, stilswyend hierdie verpligtinge op die sekerheidsnemer lê en dat hulle dus nie uitdruklik opgelê hoef te word nie;<sup>104</sup> myns insiens sou dit egter beter wees om hulle wel in die sekerheidsooreenkoms op te neem.

Ten einde die sekerheidsnemer se posisie te versterk, moet die sekerheidsgewer waarborg dat hy skuldeiser is, dat hy die reg nie reeds oorgedra het nie, dat hy die onbelemmerde bevoegdheid het om oor die reg te beskik en dat daar nie verweere teen die vorderingsreg is wat dit tot niet sal laat gaan nie.<sup>105</sup>

Die sekerheidsnemer beding gewoonlik ook vir hom 'n kontrolebevoegdheid waarvolgens hy insae in die boeke van die sekerheidsgewer sal hê. Daarvolgens kan hy byvoorbeeld nagaan of die sekerheidsgewer die vorderingsreg as synde 'n sekerheidsobjek in sy boeke aangeteken het.<sup>106</sup>

Die meeste sekerheidsooreenkoms bevat waardedekkingsklousules. So kan byvoorbeeld bepaal word dat die sekerheidsgoed se waarde 150% moet wees van die waarde van die vorderingsreg wat sekureer word.<sup>107</sup>

Hierdie klousules is veral belangrik waar die partye ooreengekom het dat een vorderingsreg wat as sekerheid dien deur 'n ander vervang kan word as eersgenoemde byvoorbeeld onvoldoende sou word; dit geld veral by globale<sup>108</sup> en mantellessies<sup>109</sup> waar die vorderingsregte gedurig wissel.<sup>110</sup>

Vanweë die feit dat die sekerheidsgewer moet toesien dat niks in die weg van die sekerheidsnemer kom om sy sekerheidsreg te realiseer nie en die sekerheidsnemer die plig het om die sekerheidsobjek na betaling van die skuld aan die sekerheidsgewer terug te sê, het albei 'n kennisgewingsplig wanneer derdes op die saak beslag wil lê. Hulle moet nie alleen aan mekaar kennis gee nie, maar ook die derde van die bestaan van die sekerheidsreg in kennis stel.<sup>111</sup> Hierdie kennisgewingsplig moet myns insiens ook uitdruklik in die sekerheidsooreenkoms gestel word.

Waar die partye op 'n geheime sessie<sup>112</sup> besluit het, moet hulle dit uitdruklik in die ooreenkoms meld. Gewoonlik magtig die sekerheidsnemer by sodanige sessies die sekerheidsgewer (sedent) om die vorderingsreg as vreemde reg in eie

104 Joubert 1971 *THRHR* 83; *General principles of the law of contract* (1987) 198 is van mening dat die reg op terugsessie stilswyend inbegrepe is. Pahl (133 182 185) meen weer dat die versorgings-, terugbesorgings- en kennisgewingspligte uit die *pactum fiduciae* spruit en dit wil voorkom of uitdruklik daarvoor beding moet word. Joubert *Contract* 198 is skynbaar van mening dat ook hierdie aangeleenthede nie uitdruklik gereël hoef te word nie. Van der Merwe 481 is waarskynlik dieselfde mening toegedaan, aangesien hy beweer dat "die sogenaamde *pactum fiduciae*, . . . implisiet in 'n sessie ter versekering van skuld is . . .". In *Sutherland v Elliott Bros* (1842) 2 349, een van die min sake wat die algehele sekerheidsessiekonstruksie aanvaar en korrek toepas, word duidelik bewys geveer van 'n ooreenkoms tot terugsessie, m a w van 'n *pactum fiduciae*. In *Lief v Dettmann supra* word 'n uitdruklike of geimpliseerde *pactum fiduciae* vereis, maar in *Trust Bank v Standard Bank supra* word 'n uitdruklike ooreenkoms vereis.

105 Serick II 62.

106 *ibid* 63.

107 *ibid*.

108 Joubert 421.

109 *ibid*.

110 Serick II 64.

111 *ibid* 64 e v; Scholz/Lwowski 507.

112 Scholz/Lwowski 492 508; Serick II 268 e v; Scott 1987 *De Jure* 26.

naam te in.<sup>113</sup> By geheime sessies moet die sekerheidsnemer bykomstige bedinge maak om hom teen die gevare van sodanige sessies te beskerm deur byvoorbeeld te bepaal dat hy onder sekere omstandighede kennis aan die skuldenaar mag gee en die vordering self mag in.<sup>114</sup>

Een van die belangrikste bedinge in die sekerheidsooreenkoms handel oor die realisering van die sekerheidsobjek.<sup>115</sup> Hier moet bepaal word onder watter omstandighede en op welke wyse die sekerheidsgoed gerealiseer mag word.

Wanneer die sekerheidsgewer sy skuld gedelg het, verval die doel waarmee die sekerheidsessie gemaak is en moet die sekerheidsnemer die sekerheidsgoed aan die sekerheidsgewer terugseeder.<sup>116</sup> Daar word geargumenteer dat hierdie plig tot terugsessie ontstaan al het die partye nie so ooreengekom nie;<sup>117</sup> myns insiens is dit egter veiliger om uitdruklik daarvoor te beding. Dit is verder ook moontlik om die oordrag self aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe te stel sodat die reg outomaties na betaling van die skuld in die boedel van die sedent terugval. Hierdie voorwaarde moet egter in die oordragsooreenkoms self opgeneem word en is nie deel van die sekerheidsooreenkoms nie.

Wanneer die sekerheidsgewer nie sy skuld kan betaal nie is die sekerheidsnemer geregtig om die sekerheidsgoed te realiseer. Hy kan dit doen deur die vorderingsreg self te in<sup>118</sup> of deur dit te verkoop en verder te seeder.<sup>119</sup> Die reg tot realisering ontstaan outomaties wanneer die sekerheidsgewer nie sy verpligting kan nakom nie. Die partye kan egter ooreenkom dat die sekerheidsnemer eers aan die sekerheidsgewer kennis sal gee voordat hy die vorderingsreg sal realiseer. Hulle kan ook ooreenkom op die wyse van realisering, byvoorbeeld nie 'n privaatverkoop nie maar 'n openbare verkoop. As die partye egter niks oor realisering bepaal nie, ontstaan dié reg wanneer die sekerheidsgewer se skuld betaalbaar is en hy nie kan betaal nie, in welke geval die wyse van realisering deur die sekerheidsnemer bepaal kan word.

## 6 Wat is die inhoud van die oordragsooreenkoms (sessie)?

Die sessie (oordragsooreenkoms) moet aan al die vereistes voldoen wat normaalweg vir 'n sessie gestel word.<sup>120</sup> Besondere aandag moet egter daaraan gegee

113 In die Duitse reg staan dit as 'n *Einziehungsermächtigung* bekend. Vir 'n uitvoerige bespreking hiervan, sien Serick II 304 e v. Sien ook Malan 205–206. Soos Malan tereg aantoon, het die erkenning van hierdie regsfiguur in die Duitse reg dogmatiese probleme verskaf. Of erkenning van sodanige regsfiguur in die die Suid-Afrikaanse reg sal plaasvind, betwyfel ek. Indien dit wel geskied, sou dit eweneens dogmatiese probleme verskaf. Hoe dit ook al sy, hierdie regsfiguur kom daarop neer dat die invorderingsgemagtigde (sedent, sekerheidsgewer) 'n vreemde reg (die reg wat aan die sessionaris oorgedra is) in eie naam uitoefen. Hierdie volmag is wedersyds herroepbaar, verval as die sedent nie sy skuld kan betaal nie en het slegs *inter partes* werking.

114 Serick II 294; Scott 1987 *De Jure* 26.

115 Serick II 65; Scholz/Lwowski 510 e v; Bülow par 536.

116 Volgens sommige juriste moet die sekerheidsnemer in hierdie geval as 'n pandhouer behandel word, met die gevolg dat die vorderingsreg by betaling van die skuld vanweë die aksessorieitsbeginsel outomaties in die boedel van die sekerheidsgewer terugval. Lg standpunt word egter nie algemeen aanvaar nie (sien Serick II 266). By 'n verpanding vind geen vermoënsverskuiwing plaas nie, terwyl dit wel die posisie by 'n algehele sekerheidsessie is; daarom is dit ook noodsaaklik dat die reg van die sekerheidsgewer terugseeder word. Hierdie aspek word hieronder in besonderhede behandel.

117 Bülow par 536; sien ook die verwysings by vn 104 hierbo.

118 Scholz/Lwowski 511.

119 *ibid* 512.

120 Scott *Cession* 17 e v.

word om die bedoeling van die partye duidelik te stel.<sup>121</sup> Mens het slegs met 'n sekerheidsessie te doen waar die reg in sy volle omvang<sup>122</sup> aan die sessionaris as sekuriteit oorgedra word.<sup>123</sup> Dit moet dus duidelik wees dat die partye byvoorbeeld nie 'n verpanding, 'n *Einziehungsermächtigung*, 'n volmag of 'n invorderingsessie beoog nie. Die bewoording van die sessie is dikwels sodanig dat mens nie die bedoeling van die partye daaruit kan aflei nie. Aangesien die volgende klousule, wat algemeen in sessies in *securitatem debiti* voorkom, nikssegend is, moet dit vermy word: "Hiermee sedeer, transporteer, verpand ek my vorderingsreg teen X aan Y as (kollaterale, dekkende) sekuriteit."<sup>124</sup> Die aard van hierdie sessie is onduidelik; in so 'n geval sal na die sekerheidsooreenkoms gekyk moet word om vas te stel wat die partye beoog het. As daarin ook bedinge voorkom wat met albei vorme van sekerheidstelling te versoen is en die bedoeling van die partye dus nie vasgestel kan word nie, kan die sessie weens vaagheid nietig wees.<sup>125</sup>

By beoordeling van die betrokke tipe sessie moet ook in gedagte gehou word dat 'n verpanding waarvan nie kennis gegee is nie, nie sonder meer as 'n algehele sekerheidsessie beskou kan word nie. Kennisgewing is voldoening aan die publisiteitsvereiste by verpanding en daarsonder word geen pandreg gevestig nie.<sup>126</sup> As dit duidelik die partye se bedoeling was om 'n pandreg te vestig, kan die sessie by gebrek aan kennisgewing nie as 'n algehele sekerheidsessie beskou word nie, want die partye het nooit die bedoeling gehad om die vorderingsreg self oor te dra nie.<sup>127</sup>

Die korrekte woordgebruik by 'n verpanding is: "Hiermee verpand ek . . ." of "Hiermee gee ek in pand . . ." By 'n algehele sekerheidsessie is dit: "Hiermee sedeer ek as sekuriteit (sekerheid) . . ." In hierdie gevalle kan die sessie ook lui: "Hiermee sedeer ek . . ." In laasgenoemde geval (soos trouens in die meeste gevalle) sal die aard van die sessie uit die sekerheidsooreenkoms afgelei moet word. By algehele sekerheidsessies moet alle aangeleenthede<sup>128</sup> wat by 'n ver-

121 *ibid* 144; Riedel 119 e v.

122 'n Invorderingsessie (*Inkassozession*) waar die reg oorgedra word sodat die sessionaris dit in eie naam maar tot voordeel van die sedent invorder, is ook 'n *specie* van die *genus* volregsoordrag, d w s 'n sessie met 'n besondere inhoud (sien Serick II 270).

123 Uit hierdie sekerheidsdoel van die sessie blyk dan ook dat die oordrag nie die hoofskuld delg nie, maar dat dit geskied in uitvoering van die nuwe verpligting (uit die sekerheidsooreenkoms) wat die skuldenaar onderneem het. Dit het dus nie *an Erfüllungs Statt* nie, maar *Erfüllungshalber* plaasgevind (Serick II 264; Riedel 116).

124 Vgl bv die volgende bewoording: "Beukes pledges, cedes, assigns, transfers and makes over to . . . as continuïng covering security" (*Sasfin (Pty) Ltd v HJS Beukes* saakno 7132/86 ongerapporteerde 1987-01-22 (W)); "I . . . hereby cede, assign and pledge to you . . ." (*Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W) 671B).

125 Scott 1987 *THRHR* 356 359. Omdat daar in die Suid-Afrikaanse literatuur meestal nie duidelik tussen die twee vorms van sekerheidstelling onderskei word nie, word dikwels aangevoer dat dieselfde beginsels wat by pandgewing toepassing vind ook by 'n algehele sekerheidsessie geld (sien veral Van der Merwe 483). Uit bostaande bespreking behoort dit egter duidelik te wees dat sodanige analoë toepassing van beginsels verkeerd is. Die regsgevolge van die twee verskynsels is uiteenlopend en word deur verskillende gebiede van die reg beheers, t w deur die beginsels van die sakereg in die een geval (pandgewing) en deur dié van die verbintenisreg in die ander geval (algehele sekerheidsessie).

126 *Sien* Scott 1987 *THRHR* 182.

127 *ibid*.

128 *Sien* die bespreking hierbo by die verbintenisregtelike posisie van die partye.



panding deur die algemene beginsels van pandreg<sup>129</sup> beheers word uitdruklik in die sekerheidsooreenkoms gereël word.

'n Aspek wat by die oordragsooreenkoms besondere aandag verdien, is die vraag of die oordrag self aan 'n ontbindende voorwaarde onderwerp kan word. As dit moontlik is, kan die partye beding dat die sessie (oordrag) ontbind sal word wanneer die sedent sy skuld betaal het: die oordrag self sal dan aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe wees.

In die Duitse reg is dit moontlik om 'n *Verfügungsgeschäft* (beskikkingshandeling) soos 'n sessie aan 'n ontbindende voorwaarde te onderwerp.<sup>130</sup> Volgens paragraaf 158 van die *BGB* tree die gevolge van die voorwaardelike regshandeling sonder terugwerkende krag by verwesenliking van die voorwaarde in. Die partye kan deur ooreenkoms terugwerkende krag aan die regshandeling verleen, maar dit het slegs verbintenisregtelike gevolge en geen saaklike werking nie.<sup>131</sup> Daar word besondere reëlins getref om die betrokke partye se posisie in die tyd tussen aangaan van die regshandeling en vervulling van die voorwaarde te reël. So word byvoorbeeld bepaal dat enige verdere beskikking<sup>132</sup> oor die reg by intreding van die gevolg kragteloos word.<sup>133</sup> Die regte van derdes word beskerm wanneer hulle te goeder trou en vir waarde van 'n nie-geregtigde verkry het.<sup>134</sup> Hierdie beskerming word egter net by die verkryging van saaklike regte verleen<sup>135</sup> en is dus nie by vorderingsregte van toepassing nie.

Alhoewel dit dus moontlik is<sup>136</sup> om 'n sessie aan 'n ontbindende voorwaarde te onderwerp, is dit nie gebruiklik nie.<sup>137</sup> Waar die partye die sessie nie uitdruklik aan so 'n voorwaarde onderwerp het nie, word dit nie veronderstel nie<sup>138</sup> tensy

129 Hieronder val bv 'n beding dat enige oorskot wat daar kan wees nadat die sessionaris sy eis uit die vorderingsreg bevredig het, aan die sedent toekom; sien ook die bespreking by vn 104 hierbo in die teks.

130 Flume 703.

131 A 159 *BGB*; Soergel/Siebert *Bürgerliches Gesetzbuch* 773.

132 Onder beskikking word ook die sedent se aanvaarding van betaling deur sy skuldenaar verstaan. Die onkundige skuldenaar word egter beskerm deurdat hy in die omstandighede bevrydend kan betaal (Flume 704).

133 A 161 *BGB*; Soergel/Siebert 775. Die voorwaardelik geregtigde word vir doeleindes van a 185 as nie-bevoegde beskou.

134 A 185 *BGB*.

135 Soergel/Siebert 776; Scott 1987 *De Jure* 24.

136 In die Oostenrykse reg kan regte nie onderworpe aan ontbindende voorwaardes oorgedra word nie (Coing 218).

137 Coing 164; Serick II 76 264, III 291 385 390; Nörr/Scheyhing 177 vn 7.

138 Serick II 76, III 390. *Contra* Malan 204: "But surely where a right is ceded as security it is implied in the agreement of cession that, on discharge of the secured debt, the right ceded will revert to the cedent." Malan gee geen gesag vir hierdie benadering nie en veronderstel skynbaar dat die Suid-Afrikaanse reg 'n regsdoordrag onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde erken. Sy standpunt is op verskeie gronde vir kritiek vatbaar. Selfs die Duitse reg wat voorwaardelike oordragshandelinge erken, aanvaar nie dat eiendomsdoordrag tot sekerheid stilswyend aan so 'n ontbindende voorwaarde onderwerp kan word nie. In *Lief v Dettmann supra* 271E-G en *Trust Bank of Africa v Standard Bank of SA supra* 189B e v word uitdruklik verklaar dat die sedent slegs 'n reg op terugsessie uit die *pactum fiduciae* verkry. Lg benadering word ook deur die meeste skrywers gesteun (sien De Wet en Yeats 373; Van der Merwe 481; Scott *Cession* 143; Harker 1986 *SALJ* 203). Malan ignoreer die ganse problematiek rondom voorwaardelike regsdoordrag en die gepaardgaande onsekerheid (sien Cronjé *Eiendomsvoorbehoud by 'n huurkoopkontrak van roerende sake* (proefskrif RAU 1977) 181 e v; Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse reg* (proefskrif Unisa 1977). Cronjé 192 voer aan dat 'n regsdoordrag onderworpe aan 'n ont-



die bedinge in die ooreenkoms of die partye se verklarings op so 'n bedoeling dui.<sup>139</sup> Die sedent verkry, nadat hy sy skuld betaal het, in die meeste gevalle slegs 'n reg op terugsessie.

### 7 Wat is die *quasi*-saaklike werking van die sekerheidsooreenkoms en hoe kan dit verklaar word?

Volgens die sekerheidsooreenkoms word die sekerheidsnemer volreghebbende en die sekerheidsgewer verkry slegs persoonlike regte teen die sekerheidsnemer.<sup>140</sup> Die sekerheidsdoel van hierdie ooreenkoms speel egter by sekerheidsessies 'n belangrike rol. Aangesien die sekerheidsooreenkoms 'n fidusiêre verhouding tussen sekerheidsgewer en -nemer skep, mag die sekerheidsnemer die sekerheidsobjek slegs vir 'n bepaalde doel, te wete as sekuriteit, aanwend. Totdat dit duidelik is dat die sedent nie sy skuld kan betaal nie, mag die sessionaris nie die reg uitoefen nie.<sup>141</sup> Hierdie beperkings is egter net verbintenisregtelik van aard en het geen effek op derdes nie. Die sekerheidsnemer word volreghebbende en slegs in die uitsonderingsgevalle van insolvensie en beslaglegging verkry die sekerheidsooreenkoms saaklike werking. Ten spyte van die voloordrag van die reg, meen sommige skrywers dat die reg prakties<sup>142</sup> tog deel van die sekerheidsgewer se boedel bly. Serick<sup>143</sup> hou egter by die reël dat die sekerheidsnemer volreghebbende word en meen dat die sekerheidsooreenkoms as uitsondering by insolvensie en beslaglegging *quasi*-saaklike werking verkry. Gevolglik versterk die posisie van die sedent by sy insolvensie van persoonlike geregtigde tot volreghebbende (saaklike geregtigde) en die sekerheidsobjek vorm deel van sy insolvente boedel, terwyl die posisie van die sessionaris verswak vanaf volreghebbende na die van 'n saaklike geregtigde met 'n reg op afgesonderde bevrediging. By insolvensie van die sessionaris verswak sy posisie omdat die reg nie as deel van sy insolvente boedel beskou word nie en die sedent verkry 'n reg op uitsondering. Volgens Serick<sup>144</sup> verklaar die *quasi*-saaklike werking van die sekerheidsooreenkoms ook waarom beide die sedent en die sessionaris by beslaglegging 'n *Drittwiderspruchsklage*<sup>145</sup> kry. Wanneer die skuldeisers van die sekerheidsgewer 'n geregtelike pandreg deur beslaglegging wil laat vestig, verkry die sekerheidsnemer ook 'n *Widerspruchsklage*.<sup>146</sup> Serick<sup>147</sup> is van mening dat

*vervolg van vorige bladsy*

bindende voorwaarde nog nooit in die Suid-Afrikaanse reg inslag gevind het of in die toekoms behoort te vind nie. Malan beweer dat die sedent geen persoonlike reg op terugsessie het nie, maar toon nie aan watter reg hy wel het nie. As die konstruksie van 'n regsoordrag wat aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe is, aan vaar word, is die sedent in hierdie omstandighede volreghebbend onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde.

139 Serick II 76, III 390.

140 Serick II 44 e v.

141 Baur par 57 VI 2 602, par 581 I aa 607; Larenz *Schuldrecht* I par 34 V a 540; Nörr/Scheyhing 180 e v; Riedel 119 668 693 696; Serick III 233 e v 306 e v; Coing 44 177 180.

142 Baur par 581 I aa 607 verwys na die *wirtschaftliche Zugehörigkeit* van die reg tot die boedel van die sedent. Die sekerheidsobjek word by vir belastingdoeleindes en die opstel van balansstate as deel van die sekerheidsgewer se boedel gesien (sien ook Serick II 103; Flume 407). Sien Coing 94 vir 'n bespreking van die volgende onderskeid: "der Treugeber sei *wirtschaftlicher* oder *materieller*, der Treuhänder *formeller* Eigentümer . . ." (sien hierteenoor Nörr/Scheyhing 181).

143 II 96.

144 III 236 e v.

145 *ibid* 237.

146 *ibid* 235.

147 *ibid* 233.

daar in hierdie geval by die reël gebly moet word dat die sessionaris volgrebbende is en dat die skuldeisers en die sekerheidsgewer om daardie rede nie op die vorderingsreg beslag mag lê nie. Wanneer die skuldeisers van die sekerheidsnemer 'n beslagleggingsbevel ten opsigte van die sekerheidsobjek teen die sekerheidsnemer wil verkry, versterk die verbintenisregtelike sekerheidsooreenkoms, met die gevolg dat die sekerheidsgewer volgrebbende word (met ander woorde die sekerheidsooreenkoms verkry saaklike werking) en die sekerheidsnemer se posisie verswak van volgrebbende na 'n beperkte saaklike geregtigde (met ander woorde hy word soos 'n pandhouer met 'n oordragsverbiedende reg behandel).<sup>148</sup> Daar word dus onderskei tussen die skuldeisers van die sekerheidsgewer en dié van die sekerheidsnemer. Wat die skuldeisers van die sekerheidsgewer betref, word by die reël gebly dat die sekerheidsnemer volgrebbende geword het, maar wat die skuldeisers van die sekerheidsnemer betref, word die sekerheidsnemer uitsonderingsgewys as 'n soort pandhouer beskou.<sup>149</sup> So word die belange van die sekerheidsgewer en -nemer beskerm en die sekerheidsdoel van die oordrag beklemtoon.

Serick<sup>150</sup> verwerp die standpunt dat 'n *Drittwiderrspruchsklage* aan beide die sekerheidsgewer en -nemer toekom omdat die sekerheidsnemer *formal juristischem Eigentum* het en die sekerheidsgewer *wirtschaftlichem Eigentum*. Volgens hom kan die versterking van die sekerheidsgewer (sedent) en die verswakking van die sekerheidsnemer (sessionaris) se posisies net verklaar word met verwysing na die trusteenskap van die sekerheidsobjek.<sup>151</sup> Die sekerheidsobjek is slegs vir sekerheidsdoeleindes aan die sekerheidsnemer gegee en daarom verkry die sekerheidsooreenkoms saaklike werking waar die sekerheidsdoel verrydel kan word deur die tussenkoms van derdes.

(Word vervolg)

148 *ibid* 237.

149 *ibid*.

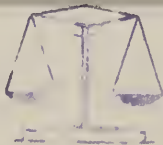
150 *ibid* 238. Nörr/Scheyhing 181 sit die posisie van die sekerheidsgewer soos volg uiteen: "Bei währendem Sicherungsverhältnis ist die Position des Zedenten so, dass er weder formell noch materiell ('wirtschaftlich') die Position des Rechtsinhabers hat, auf die es ankommt."

151 Serick II 95.

WETSKOOP

FAKULTEIT REGSGELEERENHEID

One of the most important of the lawyer's accomplishments is the ability to resolve facts into their legal categories (Williams Learning the Law 76).



UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

# Conduct by the seller which prevents the estate agent from earning his commission

ME Rivalland

*BCom LLB Dip Law*

*Advocate of the Supreme Court of South Africa; Advocate of the High Court of Lesotho; of the Middle Temple Barrister at Law*

## OPSOMMING

### **Optrede deur die verkoper wat die eiendomsagent verhoed om sy kommissie te verdien**

Dit gebeur soms dat 'n eiendomsagent deur die opdraggewende verkoper verhoed word om sy opdrag uit te voer en sodoende sy kommissie te verdien. Die verkoper se optrede kan plaasvind voor- of nadat die eiendomsagent 'n koper gevind het. Hierdie optrede kan in sekere gevalle regmatig wees. Waar die optrede egter onregmatig is, kan die eiendomsagent skadevergoeding weens kontrakbreuk eis. In uitsonderlike gevalle kan die eiendomsagent sy volle kommissie eis op grond van die leerstuk van fiktiewe vervulling.

## **1 INTRODUCTION**

An estate agent is usually instructed by the seller of a property. This paper deals with the right of action of the estate agent when the conduct of the seller deprives the agent of the opportunity to earn his commission. Such conduct may occur before or after the agent has found a suitable purchaser. In either case, it prevents the occurrence of the event which would have entitled the agent to claim his commission. Such prevention may in fact be lawful. Where it is unlawful, the estate agent's usual remedy is a claim, not for commission, but for damages for breach of mandate. However, exceptionally, in appropriate circumstances, the agent may have an action for his full commission on the basis of the doctrine of fictional fulfilment. The question whether the seller's conduct amounts to a breach of his promise to the agent can be addressed more lucidly after a prior examination of the nature of the seller's promise.

## **2 THE NATURE OF THE SELLER'S PROMISE TO THE AGENT**

The common mandate of the estate agent is to "find a purchaser". Obviously, the estate agent is under no obligation to fulfil this mandate. It may prove impossible to do so. Moreover, it is settled law that, in general, the agent has no duty even to begin to "find a purchaser".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Bird v Sumerville* 1960 4 SA 395 (N) 410; *John H Pritchard and Associates (Pty) Ltd v Thorny Park Estates (Pty) Ltd* 1967 2 SA 511 (D) 517A-D.

His contract with the seller is therefore not one involving mutual promises to perform. It has been held that the contract between the seller and the estate agent is merely a promise binding on the seller to pay a sum of money upon the happening of a specified event, which involves the rendering of some service by the agent.<sup>2</sup> A number of observations may be made.

First, it has been noted that the seller pays not for a service, but for a result.<sup>3</sup> The courts have consistently held that the mere introduction of a person who is willing and able to purchase, whilst it may be all that the agent can effectively achieve, is normally insufficient to entitle him to commission.<sup>4</sup> It is said that the common intention of the parties generally envisages that the agent will be entitled to his commission only when a further event occurs – usually the conclusion of a binding sale.<sup>5</sup> Clearly, then, the seller's promise to pay is subject to the suspensive condition that such further event occurs. Note that the occurrence of the agreed event is utterly outside the control of the agent, as he usually plays no material part in the actual conclusion of the contract between purchaser and seller.<sup>6</sup> It would seem, therefore, that a juridical distinction exists between an agent's performance of his mandate and his right to commission.<sup>7</sup>

Secondly, it is clear that the agent need not actually "introduce" a purchaser in the ordinary sense of that word.<sup>8</sup> What is required is that the efforts of the agent should be the "efficient cause" of the conclusion of the sale.<sup>9</sup> Of course, often<sup>10</sup> (but not always<sup>11</sup>) it is precisely the initial introduction of a suitable purchaser by the agent which is held to be the "efficient cause" of the sale.

One concludes that, *as a general proposition*,<sup>12</sup> the seller's promise is to pay the estate agent a commission *if* the efforts of the agent are the efficient cause

2 *Luxor (Eastbourne) Ltd v Cooper* 1941 AC 108 124; accepted and approved by Murray J in *Gluckman v Landau & Co* 1944 TPD 261 267.

3 *John H Pritchard's case supra* 517C. See also Stoljar *The law of agency, its history and present principles* (1961) 318.

4 *Gluckman v Landau supra* 282, affirmed in *Brayshaw v Schoeman* 1960 1 SA 625 (A) 630.

5 *Brayshaw v Schoeman ibid.*

6 Moreover, the seller is in any event not obliged to sell his property.

7 Alternatively, one may view the situation as English law seems to do: The estate agent's entitlement to his commission and the completion of performance of his mandate do coincide; but a mandate to "find a purchaser" is performed only when the agent "finds" a person who not only is willing and able to purchase, but who also actually becomes a "purchaser" by concluding a binding sale with the seller (see *Boots v E Christopher & Co* 1951 2 All ER 1045).

8 See *Vanarthday (Edms) Bpk v Roos* 1979 4 SA 1 (A).

9 There are many cases, especially where competing agents are involved, where it cannot be said that the second agent "introduced" the ultimate purchaser, and yet it is implicit that he is the agent who is entitled to commission because he has been the efficient cause of the sale: *Eschini v Jones* 1929 CPD 18; *Mostert v Goodwood Land & Property Agency* 1940 2 PH A61 (C); *Herbert Penny (Pty) Ltd v Jackson* 1973 2 PH A101 (D).

10 See eg *Abel v Perks* 1923 EDL 285; *Webranchek v LK Jacobs & Co Ltd* 1948 4 SA 671 (A); *Van Aswegen v De Clerq* 1960 4 SA 875 (A); *Wakefield and Sons (Pty) Ltd v Anderson* 1965 4 SA 453 (N); *Volkwyn v Aida Real Estate (Pty) Ltd* 1966 2 PH A61 (T); *Howard & Decker Witkoppen Agencies and Fourways Estate (Pty) Ltd v De Sousa* 1971 3 SA 937 (T); *Roy Barrier & Co (Pvt) Ltd v Wakefield* 1971 2 PH A57 (R).

11 See the cases cited in n 9 *supra*, and *Peckover v Goldschmidt and Co* (1881) 1 HCG 59; *Mackie v Whyte & Turpin Ltd* 1923 TPD 347; *Barnard & Parry Ltd v Strydom* 1946 AD 931; *Gordon v Slotar* 1973 3 SA 765 (A); *MLP Slabbert & Kie v Daubern* 1975 1 PH A20 (T); *Alfred County Estate Agency (Pty) Ltd v Ebner* 1979 2 PH A38 (D).

12 In *Brayshaw v Schoeman supra* it was held that, as a general proposition, a mandate to



of the seller's concluding a binding sale.<sup>13</sup> Clearly, however, the parties may, in a particular case, agree otherwise.<sup>14</sup> For example, they may agree that the agent's right to commission should depend on the sale's being not merely binding, but also enforceable.<sup>15</sup> Or they may agree that it should depend on payment by the purchaser of the purchase price,<sup>16</sup> or even that it should not depend on any further event, so that the estate agent would be entitled to his commission upon the mere introduction of a person willing and able to purchase.<sup>17</sup> A wide variety

*continued from previous page*

- find a purchaser envisages the conclusion of a valid sale ("geldige koop") as the event which entitles the estate agent to commission, unless additional considerations or *indicia* favour another construction. It is clear from the text (630) that Van Blerk JA was referring to a *binding* sale. Subsequent cases have interpreted *Brayshaw* in this fashion. See *Reyneke v Botha* 1977 3 SA 20 (T) 23G where a distinction is drawn between a valid and a binding contract.
- 13 In *Gluckman v Landau supra* 273 it was stated: "[The agent need do no] more than introduce the eventual purchaser to the principal . . . then if a sale to such person results . . . and if the facts are that such introduction is the efficient cause of the conclusion of the sale (even though the agent may not have been the first introducer of the eventual purchaser . . .) the commission has been earned." See too *Aida Real Estate v Lipschitz* 1971 3 SA 871 (W) 873F; the *Webranchek* case *supra*.
- 14 In *Luxor's case supra* 119-120, the Lord Chancellor made the following appropriate remarks: "There is . . . considerable difficulty, and no little danger, in trying to formulate general propositions on such a subject, for contracts with commission agents do not follow a single pattern, and the primary necessity in each instance is to ascertain with precision what are the . . . terms of the particular contract under discussion . . . Each case turns on its own facts, and the phrase 'finding a purchaser' is itself not without ambiguity." See also *The Firs Investment Ltd v Levy Bros Estate (Pty) Ltd* 1984 2 SA 881 (A) 885.
- 15 *Brayshaw v Schoeman supra* did not contemplate a sale which is subject to a suspensive condition, so it remains an open question whether, when a sale is subject to a suspensive condition, the agent's right to commission accrues, as a general proposition, when the binding sale is concluded or only when it becomes enforceable. Although there are cogent reasons to support the former proposition, the latter is more expedient and, in practice, many estate agents are content to agree that their rights to commission should accrue only when the sale becomes enforceable by fulfilment of any suspensive conditions. At first glance, *Naidu v Naidoo* 1967 2 SA 223 (N) appears to support the latter proposition and thus to put a gloss on *Brayshaw*. In fact, however, *Naidu v Naidoo* can be safely ignored. In that case, it was held that the agent's right to commission depended upon a valid sale being entered into between seller and purchaser. Relying on *Corondimas v Badat* 1946 AD 548, the court held that as the contract was subject to a suspensive condition, no valid binding agreement of *sale* had been concluded, hence the estate agent was not entitled to recover his commission. This form of reasoning has been seriously discredited (*Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Strydom* 1984 1 SA 1 (A)). In *Commercial Business Brokers v Hassen* 1985 3 SA 583 (N) the parties had agreed that the agent's commission would become payable upon signature of the contract of sale. The agent was held to be entitled to his commission despite the fact that the sale fell away as a result of non-fulfilment of a suspensive condition to which it was subject.
- 16 *Oliver v Diamond* 1955 1 PH A22 (O). Joubert *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* (1979) 250 258-259 curiously enough seems to think that such agreements are the norm. He cites no authority and one can only assume that he may have been misled by certain *dicta* in *Brayshaw's* case *supra* 630. See also Havenga "Die reg van 'n eiendomsagent op betaling van kommissie" 1986 *THRHR* 105. As a general proposition, such a construction of the parties' agreement is the norm in English law (*Boots v E Christopher & Co supra*). Such a construction makes the estate agent a virtual guarantor of the performance of the purchaser's obligations. It would require the clearest language to persuade a South African court that such an agreement had been reached (*Badenhorst v Van Rensburg* 1985 2 SA 321 (T) 330; De Villiers and Macintosh *The law of agency in South Africa* (1981 by Silke) 380-382).
- 17 The probabilities are against a seller making such a disadvantageous agreement. It exerts

of agreements as to when the agent's right to commission should accrue, are factually possible.<sup>18</sup>

### 3 THE LAWFULNESS OF CONDUCT BY THE SELLER WHICH INTERVENES TO PREVENT THE AGENT FROM EARNING HIS COMMISSION

Whatever event the parties agree upon as the event which entitles the estate agent to commission, is the event which suspends the seller's promise to pay. It is only upon the suspensive condition's being fulfilled as a result of the agent's efforts that his right to commission accrues.

However, the seller's conduct may intercede in various ways with the effect of preventing the suspensive condition from being fulfilled. For example, the seller may change his mind and refuse to sell to the proposed purchaser found by the agent, or, if the agent has not yet found a purchaser, the seller may change his mind and refuse to sell at all. To this end, he may seek to revoke the agent's mandate. The seller may wish to sell his property through another agent, or to a purchaser he has himself found. It will be shown that, in general, such conduct is lawful. However, a specific term of the mandate may limit the seller's right so to conduct himself, such as the conferment of a sole agency. Where the seller's conduct is unlawful, the agent may normally claim damages for breach of mandate, but not his commission.<sup>19</sup> In limited circumstances, the agent may nevertheless be able to claim his full commission on the basis of the doctrine of fictional fulfilment.

#### 3 1 Fictional fulfilment

The appellate division has stated the doctrine of fictional fulfilment as follows:

"[A] condition is deemed to have been fulfilled as against a person who would, subject to its fulfilment, be bound by an obligation, and who has designedly<sup>20</sup> prevented its fulfilment, unless the nature of the contract or the circumstances show the absence of *dolus* on his part."<sup>21</sup>

The meaning of *dolus* in this context is somewhat obscure.<sup>22</sup> It is at least clear that the term is not confined to the narrow sense of fraud or want of good faith;

*continued from previous page*

unfair pressure on the seller's proper freedom of contract, for if he does not wish to sell to that particular purchaser or if he wishes to accept a better later offer made to him by another purchaser, he may do so only upon pain of paying the estate agent his commission for what has turned out to be a fruitless introduction. He may thus end up paying two commissions on the sale of his property. In *Christie Owen & Davies v Rapacioli* 1974 2 All ER 311 it appears that such an agreement was upheld.

18 In *Midgley Estates v Hand* 1975 1 All ER 1394 it was held that an agreement that commission was to be paid "as soon as our purchaser shall have signed a legally binding contract" meant that the agent was entitled to his commission upon the occurrence of that event, even though that purchaser was unable to pay. In general, this particular result would not obtain in South Africa (*Roux v Schreuder* 1968 3 SA 616 (O)).

19 *Nel v Grobbelaar & Viljoen Agentskappe (Edms) Bpk* 1983 4 SA 436 (O).

20 In *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) it was held that "designedly" means with an intention to act inequitably.

21 *MacDuff & Co Ltd v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd* 1924 AD 573.

22 In *Whyte v Da Costa Couto* 1985 4 SA 672 (A) 680, it was remarked that the meaning of *dolus* in this regard has not yet been precisely delineated.

it is used in its "widest sense".<sup>23</sup> It is submitted, though, that even allowing for usage in such a sense, the term *dolus* is not a particularly useful guide, at least in cases of estate agency. For example, where the event which suspends the seller's promise to pay is the usual one, namely the conclusion of a binding contract of sale, the doctrine of fictional fulfilment has little role to play.<sup>24</sup> So, it is clear from the case law that even if an entirely suitable purchaser has been introduced, and the seller designedly (and even in bad faith towards the estate agent) prevents fulfilment of the condition by refusing to sell, the estate agent will generally not be able to invoke the doctrine of fictional fulfilment.<sup>25</sup>

On the other hand, where the agreement between the agent and the seller requires more<sup>26</sup> than the mere conclusion of a binding contract, the agent may rely on fictional fulfilment in two typical instances:<sup>27</sup>

a Suppose that the event which entitles the agent to his commission is the conclusion of a binding *and* enforceable sale. Suppose further that a binding contract has been concluded between the seller and the purchaser which is not yet enforceable because it is subject to an unfulfilled suspensive condition. The seller unlawfully resiles from the binding contract before the time for fulfilment of *this* condition has elapsed.

b Suppose that the event which entitles the agent to his commission is the payment of the full purchase price by the purchaser. Suppose a binding contract has been concluded between purchaser and seller. The seller unlawfully resiles before payment of the purchaser price.

It is submitted that in both of these instances, the agent will normally be able to recover his full commission.<sup>28</sup>

23 *Koenig v Johnson & Co Ltd* 1935 AD 262 271 per Wessels CJ. See also De Villiers and Macintosh *op cit* 413; Christie *The law of contract in South Africa* (1981) 136-139.

24 If the seller fails to conclude a binding contract because a purchaser cannot be found, or because he cannot reach agreement with the proposed purchaser, then the suspensive conditions fail naturally. On the other hand, once a binding sale is concluded, the agent's right to commission accrues. If the seller or the purchaser later resiles, the seller remains liable to the agent (*Levy v Phillips* 1915 AD 139; *Consolidated Estates & Trusts Ltd v Turnbull* 1924 TPD 1; *Gluckman v Landau supra*). In neither case does any question of fictional fulfilment arise. In *Watson v Fintrust Properties Pty Ltd* 1987 2 SA 739 (C), references to the doctrine of fictional fulfilment pertained not to the condition of the seller's promise to pay (which had been actually fulfilled), but to the time clause in terms of which payment of the agent's commission was to be made out of the deposit which should have been paid by the purchaser.

25 *Bird v Sumerville* 1961 3 SA 194 (A) 202. See also *Gluckman v Landau supra* 273-280 where the authority to the contrary in *Ismail v Prentice* 1929 TPD 539 and in particular *Boose v Zeederberg and Duncan* 1918 CPD 283 is criticised. See also De Villiers & Macintosh *op cit* 409-412, and particularly 414.

26 Where, however, the event entitling the agent to commission is the mere introduction of a person willing and able to purchase who makes an adequate offer, it is difficult to see how the seller can act designedly to prevent this from happening. Even if such circumstances were to arise, it may be more properly a case of *mora creditoris* than fictional fulfilment.

27 The two instances will usually amount to bad faith by the seller towards the purchaser, rather than towards the estate agent. However, even as regards the estate agent, such conduct probably falls within the term *dolus* in its "widest sense".

28 Unless it was the common intention of the parties that the seller's repudiation would not make him liable for the agent's commission (see *Oliver v Diamond supra*).



What then determines the success of a claim based on fictional fulfilment? De Wet and Yeats<sup>29</sup> offer a convincing alternative to the concept of *dolus*, which, it is submitted, is not truly the differentiating factor. The authors explain that the mere fact that the conduct of one of the parties intentionally prevents fulfilment of the condition does not necessarily bring the doctrine into operation. Sometimes the parties expect that one of them may so conduct himself. A condition should be regarded as fictionally fulfilled only if the debtor prevents fulfilment *in a manner contrary to the parties' intentions*.<sup>30</sup> So, as is mentioned above, although the seller may well act *dolo* in refusing to sell his property, a claim against him based on fictional fulfilment will fail because it is usually the common intention of the parties that the seller has the right to refuse to sell for whatever reason. Where, however, the seller has, as it were, sanctioned the efforts of the agent by concluding a binding sale, it is usually commonly envisaged that, from that moment, the seller should do nothing to cause the condition (of his promise to pay) to fail. If he does so by unlawfully resiling from the binding sale, or even by reaching an agreement with the purchaser to rescind the contract,<sup>31</sup> the estate agent will be able to claim his full commission. Of course, if it is the purchaser who unlawfully resiles,<sup>32</sup> or if the condition to which the sale is subject fails naturally, no question of fictional fulfilment arises.

### 3 2 Seller's refusal to sell

The point has already been made that it is usually the intention of the parties that the seller shall have an unfettered choice whether to sell or not.<sup>33</sup> In fact, it is arguable that the seller's right in this respect is a *naturale* of many contracts between estate agents and sellers of property.<sup>34</sup>

Of course, the parties may agree, tacitly or expressly, that the seller is not entitled to be capricious in this regard; that his refusal to sell will be unlawful, and will justify invocation of the doctrine of fictional fulfilment unless the refusal is made with just or reasonable excuse. The difficulties of persuading a court

29 *Kontraktereg en Handelsreg* (1978 by De Wet and Van Wyk) 136–137. The authors also make the reasonable suggestion that a condition should be regarded as fictionally not fulfilled if it is in fact fulfilled, but in a manner contrary to the parties' intentions.

30 This formulation clearly overlaps but is not coincident with the term *dolus* in its widest sense.

31 *Gowan v Bowern* 1924 AD 550 565. On the peculiar facts of this case, the "agent's" claim failed.

32 The purchaser is not "a person who would subject to . . . fulfilment (of the condition suspending the seller's promise to pay) be bound by an obligation" to the agent. In the second example, performance by the purchaser of his obligations is the very fact upon which the agent's right to commission is predicated, so his failure to recover his commission seems fair. Not so in the first example where the lack of any *vinculum iuris* with the purchaser will operate rather harshly to deprive the agent of this commission. It is submitted that "acceptance" of the purchaser's repudiation will not constitute *dolus* on the part of the seller.

33 In this sense "unfettered" refers to lawfulness *vis-à-vis* the agent, not to the seller's right actually to retain his property. Obviously no one can compel the seller to contract and to transfer his property.

34 It is submitted that the seller ought not to have to establish an implied term that it was the common intention of the parties that he should have an unqualified right to refuse to sell his property. Such a term ought to arise *ex lege*. It would then be for the agent to show that the parties expressly or impliedly agreed to vary such a term.



that such an agreement has been reached, are evident in the seminal English case of *Luxor (Eastbourne) Ltd v Cooper*.<sup>35</sup>

Theoretically, the parties may go further and agree that *any* refusal to sell by the seller shall be unlawful. In substance, such an agreement has the same effect as one where the parties have agreed that the mere introduction of a suitable purchaser is the event which entitles the estate agent to commission. In such a case, once the agent has introduced such a purchaser, his right to commission accrues. The issue of the lawfulness of any refusal by the seller to sell does not arise.

Note that the grant of a sole agency or sole selling rights does not, as a rule, affect the seller's right to refuse to sell.<sup>36</sup>

### 3 3 Seller himself finds a purchaser

It is settled law that, as a general rule, a seller who employs an estate agent to find a purchaser is none the less entitled to sell his property directly to a purchaser found by himself. He may do so even after a proper offer has been submitted to him by the purchaser introduced by the agent,<sup>37</sup> unless of course it has been specifically agreed otherwise, for example where the parties have agreed that the mere introduction of a suitable purchaser will entitle the agent to his commission.

The only difficulty in this regard relates to the issue of sole agency. In such a case, the exact wording of the mandate is crucial. It is settled that the mere conferment of a "sole agency" does not *per se* preclude the seller from finding a purchaser himself. In general, sole agency simply means that no other agent will be employed.<sup>38</sup>

However, there is an argument by certain writers<sup>39</sup> that if the seller gives to the estate agent the "sole rights to sell" or "sole selling rights", he relinquishes the right to sell to a purchaser that he has himself found in the sense that if he does so, he commits a breach of mandate, and will be liable in damages to the agent. The limited case law that exists tends to support this conclusion. In *Nel v Grobelaar & Viljoen Agentskappe (Edms) Bpk*<sup>40</sup> the relevant part of the agent's mandate was held to have the following effect:

"Hierdie opdrag (om die eiendom te verkoop) . . . verleen beslis die alleenreg aan die . . . eiendomsagentskap om die eiendom te verkoop."

By the time the agent had found a purchaser, the seller had himself already sold the property. It is submitted that the seller, having given the sole right to sell to the agent, had committed a breach of mandate. However, the estate agent failed to recover. Brink J was unpersuaded that the parties intended that the seller would be liable to the agent should he sell his property himself. It was Lichtenberg J who crisply considered the difference between the terms *alleenreg* ("sole right (to sell)") and *alleenagentskap* ("sole agency"). The judge held that,

35 *supra* 53-54 61-62, approved in *Gluckman v Landau supra* 274.

36 *Bundshuh v Finnegan* 1975 1 SA 376 (C). It is only a sale of the property by himself or by another agent that may be unlawful in that event.

37 *Gluckman v Landau supra* 275.

38 *Michael James (Pty) Ltd v Trafford* 1983 2 PH A68 (C); see also *Bentall, Horsley & Baldry v Vicary* 1931 1 KB 253; *De Villiers & Macintosh op cit* 411; *Murdoch The law of estate agency and auctions* (1984) 272-273.

39 *De Villiers and Macintosh ibid*; *Murdoch ibid*.

40 *supra*.

while the seller could not be compelled to sell his property, if he did sell it to a purchaser he himself had found, he might well be liable in *damages* for breach of mandate.<sup>41</sup> However, as the estate agent had claimed his commission, not damages, he was not entitled to succeed.

Further support for the academic view is found indirectly in a recent appellate division decision;<sup>42</sup> so there would appear to be little doubt that the seller's conduct, in these circumstances, is unlawful.

### 3 4 Seller sells through another agent

Although it is true that, in terms of the ordinary contract between the estate agent and the seller, the agent has no duty even to begin to undertake the task of finding a purchaser,<sup>43</sup> there exists a counterweight in that the seller is not constrained to rely on one agent – he may employ as many agents as he likes, and yet, generally, he will pay just one commission to the agent who was the efficient cause of the agreed event, such as the conclusion of a binding sale. The other agents will not recover their expenses (if any), and their mandates will at this stage terminate automatically, probably by reason of an implied term to that effect.

Contrast the position of sole agency. It is regarded as trite that if, during the currency of a sole agency, the seller employs and sells his property through another estate agent, he commits a breach of mandate *vis-à-vis* the sole agent, and will be liable in damages.<sup>44</sup> However, sellers frequently embark on such a course out of frustration or dissatisfaction with the sole agent. The normal rule that the estate agent has no duty to begin to undertake the task entrusted to him, seems out of place given the fetter of sole agency. Is there any scope for the contention that the sole agent has an *exigible obligation* to take “reasonable steps” or to use his “best endeavours” to find a purchaser?<sup>45</sup> There is no South African precedent on this point, but in England Goddard CJ has remarked<sup>46</sup> that when the seller employs a sole agent, it must be on the understanding that the agent will do his best to find a purchaser, and will be committing a breach of his contract if he does not do his best even though his search might prove unsuccessful.<sup>47</sup> Otherwise the seller obtains no benefit by the appointment of the sole agent.<sup>48</sup>

41 444.

42 *The Firs* case *supra*.

43 See cases *supra* n 1.

44 *De Coning v Monror Estate & Investment Co (Pty) Ltd* 1974 3 SA 72 (E); *Gazonis v Randland Trust* 1971 2 PH A56 (T).

45 See Murdoch *op cit* 217–220.

46 His lordship's judgment in *Mendoza & Co v Bell* 1952 159 Estates Gazette 372 is summarised, not fully reported. See too *E Christopher & Co v Essig* 1948 Weekly Notes 461, also not fully reported.

47 Since the issue in both of these English cases was whether there was any consideration moving from the promisee, they are not strictly pertinent to South African law.

48 Murdoch (*op cit* 219) remarks that since the vendor in *Mendoza's* case (*supra*) had claimed that it was precisely because he was getting no benefit from the appointment of a sole agent that he should not be liable for breach of the sole agency agreement, his lordship's reasoning assumes the very thing it sets out to prove. Murdoch raises two objections to the idea of an implied obligation to “take reasonable steps” to find a purchaser. His first objection is that the content of the obligation is difficult to delineate. In the recent English case of *Glentree Estates Ltd v Gee* 1981 259 EG 332 the client of a sole agent suggested that the

Were such an obligation to be recognised in South African law, its source would almost invariably be an implied term of the contract. It is arguable that such a term would be implied *ex consensu*. In other words, the seller would have to establish, in accordance with the normal "officious bystander" test,<sup>49</sup> that the parties tacitly varied the *naturale* of the ordinary estate agency contract that the agent has no duty even to begin to find a purchaser. However, it would seem preferable to regard the term in question as being implied *ex lege*. On that construction, the mere conclusion of a sole agency agreement *per se* gives rise to the implication of a different *naturale*, namely that the agent has a binding obligation to take reasonable steps to find a purchaser (unless it is otherwise agreed).<sup>50</sup> However, this is the bolder view and it would not be surprising if, *ex abundantia cautela*, the courts were to prefer the former view in this untraversed field of the law.

Whatever the source of such an obligation, assume for the moment that it does exist. Assume further that the sole agent breaches it. The disgruntled seller, who may wish to cancel the sole agency and appoint other agents, or may wish to sell his property forthwith through another agent,<sup>51</sup> must nevertheless tread with some caution. If he does sell his property through another agent, and the sole agent sues him for damages, it may not be sufficient for the seller to assert that it is the sole agent who is the culpable party owing to his breach of his obligation to use his best endeavours to find a purchaser. At the least, the law requires the seller to establish that such a breach gave him a *right to cancel* the contract.<sup>52</sup> In addition, he ought to notify the sole agent, in clear and unequivocal terms, that he is cancelling the contract<sup>53</sup> before he sells his property

*continued from previous page*

agent was under a duty to advise him as to price and sale, to give him regular progress reports and to negotiate with the applicants in an effort to raise the price, but the court expressed strong doubts as to whether any such duties were owed. However, it is submitted that in principle mere difficulty in delineating the content of the obligation need not cast doubt on its existence. The second objection is that it would be extremely difficult for the seller to prove that a breach of such an obligation had caused any loss. With respect to the author, this is hardly relevant. The seller will seldom wish to sue the sole agent for damages. He will wish to cancel the sole agency agreement. To do so, he needs to prove breach, not loss.

49 *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom)* 1918 1 KB 592 605; *Van den Berg v Tenner* 1975 2 SA 268 (A).

50 There is a third possibility, viz the ordinary *naturale* of estate agency that the agent has no exigible obligation exists, but the fact of a sole agency gives rise to a *prima facie* inference that the parties have tacitly varied the *naturale*. The sole agent would thus bear the duty of rebuttal even though the seller would bear the overall onus of proving the implied term concerning the exigible obligations.

51 There are other possible courses of action. It is possible, but unlikely, that the seller would wish to claim damages. He will have to show loss and that the agent's failure merely to take reasonable steps to find a purchaser was the cause of that loss. The seller might also seek a decree of specific performance. It is submitted that his prospect of success would, in general, be remote. In any event, few sellers would actually wish to have an indolent estate agent working on their behalf.

52 If the seller's conduct were to amount to a denial of his contractual liabilities, he would still be guilty of repudiation even if he honestly believed that he was entitled so to act: *Dennill v Atkins & Co* 1905 TS 282.

53 *Stewart Wrightson (Pty) Ltd v Thorpe* 1977 2 SA 943 (A); *Jaffer v Falante* 1959 4 SA 360 (C) 362F; approved in *Swart v Vosloo* 1965 1 SA 100 (A). See also Kerr *The principles of the law of contract* (1980) 391-393.



through another agent. However, his failure to do so will usually not seriously prejudice him.<sup>54</sup> If the sole agent brings a suit, cancellation of the contract will presumably occur in the pleadings or even earlier. As a result, the delinquent sole agent will not be able to recover damages for the loss of opportunity to earn his commission.<sup>55</sup>

It is obvious, therefore, that the crucial issue is whether, and in what circumstances, the seller will have the right to cancel the sole agency. There are two factually possible but unlikely circumstances – the sole agency agreement may have reserved to the seller the right to cancel upon breach or the agent's conduct may amount to repudiation.<sup>56</sup> More probably, the seller will have to establish that the agent's conduct amounts to defective or inadequate performance (that is positive malperformance), and that the breach is sufficiently serious to justify cancellation.<sup>57</sup> If he can do this, no further problem arises. The seller's sale of his property through another agent will not amount to an unlawful repudiation. But there is one significant danger: if the agent has been thoroughly idle, his conduct might be construed as negative malperformance, that is failure to perform timeously.<sup>58</sup> In such a case the seller will have the right to cancel immediately<sup>59</sup> only in the unlikely event that, expressly or impliedly, time is of the essence of the contract *and* the agent is in *mora*. However, in most cases neither of these prerequisites will have been met<sup>60</sup> so the seller will have to serve on the agent a combined demand for performance and notice of rescission.<sup>61</sup> The agent will still have a reasonable time thereafter to use his best endeavours to find a purchaser. It must be emphasised, therefore, that if the sole agent's indolence is construed as negative malperformance, precipitate behaviour by the seller, such as a hasty sale through another agent, or the purported cancellation of the sole agency, followed by the appointment of other agents, will in all probability amount to actionable repudiation.<sup>62</sup>

In practice, given that most sole agency agreements are of a fixed duration of between two and four months, the seller may be better advised to pressurise

54 Although the sole agent generally has no indemnity for his expenses, as it is postulated that he is bound to take reasonable steps to find a purchaser, it must surely be envisaged by both parties that he will be expending both time and money. As a result, it is submitted that if the seller fails to notify the estate agent of the cancellation, the estate agent may well have a claim for wasted expenditure occasioned by such failure, despite the fact that he was originally in breach of his obligations to take reasonable steps or use his best endeavours to find a purchaser.

55 but he may have the claim described in n 54 *supra*.

56 Repudiation consists in words or conduct exhibiting a deliberate and unequivocal intention no longer to be bound by the contract (*Inrybelange (Edms) Bpk v Pretorius* 1966 2 SA 416 (A)). However, the injured party may cancel only if the breach which the repudiation portends, is sufficiently serious.

57 *Spies v Lombard* 1950 3 SA 469 (A) 486ff; De Wet and Yeats *op cit* 162–163.

58 See, generally, *Sweet v Ragerguhara* 1978 1 SA 131 (D); Joubert (ed) 5 *LAWSA* par 201–208.

59 It is the right to take immediate steps which is at issue. Most sole agencies are of a very short fixed duration, so any remedy which involves the giving of notice of a reasonable time would not be worth much.

60 There is hardly ever a time fixed for performance in estate agency contracts. Where the sole agency is one of fixed duration, the date fixed pertains to the limit of the exclusivity of the sole agent's rights to find a purchaser. It is not the due date for the performance of his obligation to use his best endeavours to find a purchaser.

61 *Nel v Cloete* 1972 2 SA 150 (A) 163E.

62 This gives rise to the curious result that the agent is better off being utterly indolent, rather than merely relatively so (see *Sweet's case supra* 138F).



the estate agent into more valiant efforts whilst simply waiting for the agreement to expire. In fact, sellers of property might be best advised not to make sole agency agreements at all. Where the sole agency is not one of fixed duration, the seller will normally have the right in any event to terminate the sole agency upon reasonable notice.<sup>63</sup> Of course, the above discussion is purely hypothetical. No South African court has decided that a sole agent is under any exigible obligation. It may be that when the matter next arises for decision, the court will treat termination of a sole agency on much the same basis as termination of an ordinary estate agency contract,<sup>64</sup> as discussed below.

### 3 5 Revocation of the estate agent's mandate

By revoking the estate agent's mandate, the seller can deny the agent the opportunity of earning his commission. Sometimes such a revocation occurs because the seller is merely dissatisfied with the agent (but an equally good course of action in this event is simply to appoint further agents). More frequently the seller wishes to terminate his relationship with the agent because he has changed his mind and no longer wishes to sell, or because, in the case of a sole agency, he wishes to sell through another agent, or, where he has granted an agent "sole selling rights", because he wishes to sell to a purchaser that he has himself found.

What latitude does the seller possess unilaterally to revoke the agent's mandate? The revocation of an agent's mandate is very often confused with the revocation of an agent's *authority* to bind his principal.<sup>65</sup> Although it is fairly well settled that, with some possible exceptions, a principal may unilaterally revoke his agent's authority, even if it is stated to have been given irrevocably,<sup>66</sup> the idea of unilateral revocation of an agent's mandate faces a serious difficulty. The formation of a mandate is a *bilateral* juristic act. It would seem that, like any other bilateral contract, the agent's mandate should not be unilaterally terminable, with impunity. However, there are arguments in favour of the possibility of unilateral termination.

While an estate agent is searching for a suitable purchaser, his contract of mandate is executory. De Wet<sup>67</sup> notes that there are clear statements by the old authorities to the effect that an executory contract of mandate *can* be terminated

63 Where an agreement is silent as to its duration, it is terminable on reasonable notice in the absence of a conclusion that it was intended to continue indefinitely. Moreover, when parties bind themselves to an agreement which requires them to have mutual trust and confidence in each other, it is reasonable to infer that they did not intend to bind themselves indefinitely (*Putco Ltd v TV & Radio Guarantee Co (Pty) Ltd* 1985 4 SA 809 (A)).

64 ie indolence by the sole agent does not amount to breach and is not *per se* a ground for termination of the contract. The sole agency will usually terminate on the agreed date, or, if no date has been agreed, it will be revocable at least upon reasonable notice. It is submitted *infra* that ordinary estate agency mandates are terminable summarily, but the same is unlikely to be true of sole agencies as it would seldom reflect the common intentions of the parties.

65 De Wet 1 *LAWSA* par 125.

66 *ibid*. It is utterly clear that, frequently, an authority which is conferred "irrevocably" is nevertheless unilaterally revocable by the principal. The dispute exists as to whether there are situations where the principal may not do so. De Wet 1 *LAWSA* par 125 seems doubtful (see also *Consolidated Frame Cotton Corporation Ltd v Sithole* 1985 2 SA 18 (N) 22; *The Firs* case *supra* 886).

67 1 *LAWSA* par 125. The author also cites cases (par 125 n 4) for this proposition, but they hardly bear it out; see too 5 *LAWSA* par 226.

unilaterally by either party. That might seem to conclude this issue, but De Wet is less than enthusiastic about this view of the old authorities, believing that it stems from the idea that mandate was a gratuitous contract. This is no longer the case in modern times when people make a profession out of carrying out tasks for others for remuneration. He feels that one should be less ready to recognise the revocability of mandates these days, always bearing in mind that it is the intention of the parties which is paramount.<sup>68</sup> However, that intention is infrequently clearly expressed in the seller-estate agent relationship. Many mandates are entered into without a time being fixed for their duration, and without provisions relating to their termination. Sometimes mandates are stated to be irrevocable. On the face of it, then, these agreements might endure in perpetuity, as a suitable purchaser may never be found.

However, there has been recent case law on the termination of agreements which appear *ex facie* to be of indefinite duration.<sup>69</sup> As one might expect, the basis of these decisions involves the implied common intention of the parties. In the most recent case,<sup>70</sup> the appellate division stated that where an agreement is silent as to its duration, it is terminable on reasonable notice in the absence of a conclusion that it was intended to continue indefinitely. Moreover, when parties bind themselves to an agreement which requires them to work closely together and to have mutual trust and confidence in each other, it is reasonable to infer that they did not intend to bind themselves indefinitely.

The appellate division was, it is submitted, generalising about agreements containing mutual obligations. Provided one accepts that a sole agent will usually have an exigible obligation to take reasonable steps to find a purchaser, it seems clear that a sole agency of no fixed duration may be terminated upon reasonable notice. However, it is submitted that the requirement of reasonable notice may not be necessary in ordinary cases of estate agency which do not involve mutual obligations to perform.<sup>71</sup> A number of reasons may be advanced in support of this submission. First, one of the reasons for requiring reasonable notice is the assumption that the parties intended to avoid the possibility of wasted expenditure in performing or preparing to perform their obligations.<sup>72</sup> However, the conventional estate agent has no obligation to perform, no indemnity for his expenses,<sup>73</sup> and in fact no obligation to incur any expenses. It has already been

68 De Wet and Yeats *op cit* 343.

69 *Trident Sales (Pty) Ltd v AH Pillman and Sons (Pty) Ltd* 1984 1 SA 433 (W); *Putco case supra*. See too Owens "Contracts for an indefinite period" 1982 *THRHR* 23.

70 *Putco case supra* 827.

71 There is no proper South African authority on the subject of the unilateral revocation of an estate agent's mandate. The cases which do deal with estate agents and revocation, are concerned with estate agents who do not have mere mandates to "find a purchaser" but full authority from the seller to sell his property (see *Van der Merwe v Ras* 1912 TPD 97; *Botha v Schultz* 1966 2 SA 615 (O); *Pretorius v Erasmus* 1975 2 SA 765 (T); *The Firs case supra*). In *Odendaal v Grens Eksekuteurskamer* 1922 OPD 57 62, it was observed that the principal's right to withdraw must depend on the terms of his contract with the agent. In *Le Clus v Nel* 1943 CPD 211, which was not a case concerning estate agency, the court remarked that if the contract was one of agency for an unlimited time, reasonable notice to terminate the contract was required. De Villiers & Macintosh *op cit* 380-382 disagree. See also *Price Bros and Barnes Ltd v Snyman* 1936 TPD 332 338 and *Vos v Cronje and Duminy* 1947 4 SA 873 (C) which is sadly confused.

72 See the reasoning in *Putco Ltd v TV & Radio Guarantee Co (Pty) Ltd* 1984 1 SA 443 (W) 451.

73 Gower "Estate agents' commission" 1950 *Modern LR* 491.

noted that he is paid not for a service but for a result.<sup>74</sup> Secondly, the agent, for his part, ordinarily has the right summarily to terminate the mandate.<sup>75</sup> Thirdly, as the seller has both the right to refuse, summarily, to sell his property to a purchaser introduced by the agent, and the right to sell the property at any time through another agent, the *prima facie* inference must surely be against a requirement of reasonable notice.

Therefore, generally, apart from cases of sole agency, it is submitted that the seller need not give reasonable notice to the estate agent – *he may summarily revoke the mandate quite lawfully*.<sup>76</sup> The foregoing discussion is based on the implication as to the parties' intentions. A shorter route to the same conclusion may be found in the assertion that, because of its peculiar nature the estate agent's mandate bears the *naturale* that unless the parties agree otherwise, the seller may summarily revoke it with impunity.

Of course, the seller cannot deprive an agent of his commission by revoking the agent's mandate just prior to concluding a sale with a purchaser introduced by the agent. Provided the agent's efforts during the currency of the mandate are the efficient cause of the sale, he is entitled to his commission even if the sale takes place after the termination of his mandate (whether such termination was inspired by an improper motive or not).<sup>77</sup>

Finally, if a time has been fixed for the expiry of the estate agent's mandate, it would seem that unilateral revocation of the mandate by the seller before that time will probably expose him to a claim for damages.<sup>78</sup>

#### 4 ASSESSMENT OF DAMAGES

In a claim for damages by the estate agent, the court compensates the estate agent for the loss of the *opportunity* to perform.<sup>79</sup> It is possible that even if the seller had not committed an unlawful act, the agent may not have been able to find a suitable purchaser. Even if he had been able to do so, another agent may have found a purchaser already, or for one reason or another a sale may not have eventuated. What has to be valued is the agent's chance of earning his commission.<sup>80</sup> As a result, it will be rare for the agent to recover his full commission as damages although each case will, of course, turn on its own facts.<sup>81</sup>

74 *supra*.

75 Unless, of course, it is clear that the parties have agreed otherwise. See De Villiers & Macintosh *op cit* 626 and 5 *LAWSA* par 226.

76 See De Villiers & Macintosh *op cit* 616. *Tony Morgan Estates v Pinto* 1982 4 SA 171 (W) deals with the issue of revocation by the seller of an agent's mandate. However, the question of reasonable notice did not arise for consideration. It seems that in English law the courts are reluctant to hold that an agent is entitled to notice when he is employed upon a commission basis (Murdoch *op cit* 154–155).

77 *Woolley v Hunt and Birkley* (1894) 7 HCG 99; *Steyn v Joubert* 1923 TPD 275; *De Jongh v Owen Wiggins Trust Maatskappy Bpk* 1977 2 PH A43 (A).

78 This is an academic point as regards ordinary estate agency. In practice, the seller may lawfully refuse to sell to any purchaser introduced by the agent, and he may appoint other agents to find a purchaser.

79 *Hampton & Sons Ltd v George* 1939 3 All ER 627 630.

80 *Tony Morgan's case supra* 177, affirming *Hampton & Sons supra*.

81 See De Villiers & Macintosh *op cit* 411 623, and Murdoch *op cit* 273. These general principles were accepted by the court in *Tony Morgan's case supra*, although the agent in that case was successful in recovering as damages his full commission. It was held that the fact that the mandate was revocable was a factor to be taken into account in assessing the agent's damages. The following English cases are illustrative: In *Hampton & Sons Ltd supra* damages of £80 awarded. Commission would have been £104. In *Newton v Erikson* (1951) EG 414 damages of £75 against commission of £115 and *H M Rendall v Lammas* 1967 CLY 36, £87 damages against £97 commission.

## 5 CONCLUSIONS

In general, an agent will seldom have a successful claim for damages against the seller who prevents him from earning his commission. The seller does commit a breach of his contract of mandate if:

- a he sells his property through another during the currency of a sole agency agreement. However, it is submitted that the sole agent will usually have an exigible obligation to take reasonable steps to fulfil his mandate, failing which the seller will be justified in cancelling the sole agency, and in selling his property through another agent;
- b he himself sells his property when he has agreed not to do so. Such an agreement is not necessarily to be inferred from a sole agency agreement. The seller, at the very least, must confer "sole selling rights" on the agent; or
- c he revokes the agent's mandate before the agreed date of expiry, or, where there is no agreed date of expiry, he revokes a sole agent's mandate without affording him reasonable notice.<sup>82</sup>

Where the agent does find a suitable purchaser, there are limited circumstances in which the seller's conduct may prevent the estate agent from earning his commission in a manner inconsistent with the parties' original intentions. In these circumstances, which do not include the seller's refusal to contract with the would-be purchaser, the agent may employ the doctrine of fictional fulfilment to recover his full commission.

<sup>82</sup> Summary cancellation of the sole agent's mandate would be possible where the sole agent is guilty of positive malperformance of the proposed binding obligation to take reasonable steps to find a purchaser.

### LC STEYN-GEDENKBUNDEL

*'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R10,00 per eksemplaar van:*

Prof DJ Joubert  
Sekretaris  
Vereniging Hugo de Groot  
Posbus 1263  
PRETORIA  
0001



# Genoegdoening in die deliktereg\*

PJ Visser

BA LLD

Professor in die Privaatreg, Universiteit van Pretoria

## SUMMARY

In this article the notion of satisfaction ("genoegdoening") in the South African law of delict is examined against the background of the strong theoretical criticism directed towards the satisfaction component of the German *Schmerzensgeldanspruch*.

The basic operation of satisfaction is that a wrongdoer is compelled to pay an amount of money to an aggrieved person in order to neutralise his unhappiness on account of the injustice done to him. Satisfaction does not place the emphasis on *damage* (as in the case of compensatory damages) but on *wrongdoing*. German writers correctly point out that satisfaction without the idea of atonement is not viable. Consequently the suggestion that satisfaction merely refers to some kind of consolation payment (*solatium*) cannot be accepted as correct.

After a brief discussion of satisfaction in German legal practice, six points of criticism by German writers against this notion are discussed. The author then considers the correctness of these contentions with reference to the South African *actio iniuriarum* and action for pain and suffering and comes to the following conclusions:

As far as the *actio iniuriarum* is concerned, it must be accepted that it is a classic example of an action providing for satisfaction. The modern application of this action still clearly reveals its penal elements. Although these penal elements are theoretically undesirable in view of the clear distinction between private law and criminal law, there is, for reasons mentioned in the article, probably no alternative but to retain the *actio iniuriarum* as a true satisfactory action with some penal elements.

With regard to the South African action for pain and suffering, the abovementioned six points of criticism against satisfaction in terms of the *Schmerzensgeldanspruch*, are directly applicable. The action for pain and suffering has developed as an action with a compensatory nature without any penal elements. The function of this action is compensatory and any suggestion that it is also an action providing for satisfaction ("genoegdoening") must be dismissed. The view that is sometimes put forward that non-patrimonial loss can never be the subject of compensation, is also incorrect in terms of South African theory and practice.

The author concludes that suggestions for the combination of the *actio iniuriarum* and the action for pain and suffering into one action, appear to be impractical in view of the important differences between the two.

## 1 INLEIDING

In die Suid-Afrikaanse reg word daar dikwels na die *actio iniuriarum* en die aksie weens pyn en lyding as genoegdoeningsaksies verwys.<sup>1</sup> Die feit dat albei aksies sodanig beskryf word, dui natuurlik nie noodwendig daarop dat hulle in

\* Ek erken hiermee met dank die finansiële steun van die Alexander von Humbolt-Stigting, die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing en die Universiteit van Pretoria wat my in staat gestel het om die navorsing vir hierdie artikel aan die Universiteit van Freiburg te onderneem.

<sup>1</sup> Sien bv Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1985) 237; Erasmus 1976 *TSAR* 239.

alle opsigte dieselfde is nie maar gee ten minste te kenne dat beide 'n genoegdoeningsfunksie vervul. Vir 'n behoorlike begrip van die twee aksies is dit dus vanselfsprekend dat 'n mens moet weet wat met die term "genoegdoening" bedoel word. In 'n vorige teoretiese en regsvergelykende ondersoek oor die betekenis van genoegdoening<sup>2</sup> het ek kortliks probeer aantoon dat dit verkeerd is om ongekwalifiseerd te verklaar dat die *actio iniuriarum* en die aksie weens pyn en lyding beide genoegdoeningsaksies is; hierdie siening hou naamlik nie rekening met die feit dat genoegdoening (soos hieronder sal blyk) op verskillende dinge kan dui nie. Belangrike verskille tussen die twee aksies kan so verdoesel word en verdere verkeerde sieninge kan ook ontstaan. Dit gaan hier nie bloot om 'n kwessie van terminologie nie want selfs onder diegene wat die aksie weens pyn en lyding as "genoegdoeningsaksie" beskryf,<sup>3</sup> word toegegee dat dit nie 'n strafaard soos die *actio iniuriarum* het nie. Reeds in die lig van die voorafgaande kan die stelling gemaak word dat die gebruik van die term "genoegdoening" by die aksie weens pyn en lyding nie op dieselfde dui as "genoegdoening" by die *actio iniuriarum* nie. Dit kan dus tot verwarring aanleiding gee om na eersgenoemde aksie as 'n genoegdoeningsaksie te verwys.

In hierdie artikel sal ek genoegdoening in die Suid-Afrikaanse reg verder ooreweeg in die lig van nuwe teoretiese beskouinge in die Duitse reg wat die genoegdoeningsfunksie, veral wat betref die goedmaak van persoonlikheidsnadeel in verband met die fisies-psigiese integriteit, as 'n anachronisme sien wat verkeerdelik 'n strafgedagte in die privaatreë invoer. Die argumente wat die Duitse kritici van die genoegdoeningsgedagte gebruik, is inderdaad van belang vir die verdere ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse deliktereg; daar is byvoorbeeld reeds *de lege ferenda* deur Van der Merwe en Olivier<sup>4</sup> betoog dat die *actio iniuriarum* behoort te verander deur sy strafelement te verloor en dat dit ook vir nalatige persoonlikheidskrenking beskerming behoort te bied.

## 2 DIE BETEKENIS VAN GENOEGDOENING

Alvorens 'n sinvolle bespreking van die rol van genoegdoening in die deliktereg moontlik is, is dit noodsaaklik om by wyse van inleiding te wys op die betekenis wat die term "genoegdoening" in die algemeen het.<sup>5</sup> Alhoewel die regsïdee in verband met genoegdoening reeds in die Romeinse reg aangetref word (soos aangedui deur die woord *satisfactio*), stam die woord "genoegdoening" (*Genugtuung*) uit die Switserse reg.<sup>6</sup>

*Genoegdoening* het egter geen vaste inhoud nie en verskillende betekenisse is al daaraan gegee, te wete boetedoening of vergelding, vergoeding weens 'n krenkende daad en salwing van 'n benadeelde se ontstoke gemoed of gevoel van verontregting. In sy wydste betekenis dui genoegdoening op regshandhawing

2 "Genoegdoening m b t nie-vermoenskade" 1983 *TSAR* 54-77.

3 Bv Olivier *Die aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn en lyding* (proefskrif Leiden 1978) 266 wat hom soos volg uitlaat: "Die doel van hierdie aksie [d w s die aksie weens pyn en lyding] is om *solatium* aan die benadeelde te gee. In teenstelling met die *actio iniuriarum* beskik die *sui generis*-aksie [d w s die aksie weens pyn en lyding] nie oor 'n poenale element nie."

4 241.

5 Vir 'n vollediger bespreking sien 1983 *TSAR* 54 e v.

6 Sien in die algemeen bv Deutsch "Schmerzensgeld und Genugtuung" 1969 *Juristische Schulung* 201 en die bewysplase daar aangehaal.

deur boetedoening of versoening en in sy engste betekenis impliseer dit die psigiese bevrediging van die slagoffer van die onregsdad. Genoegdoening aan die benadeelde word gewoonlik moontlik gemaak deurdat die reg die dader verplig om 'n som geld aan die benadeelde te betaal. Dit dui duidelik op regshandhawing en die psigiese bevrediging van 'n benadeelde. Genoegdoening kan ook plaasvind waar die dader byvoorbeeld die onregmatigheid van sy optrede erken en verskoning aanbied. Dit is belangrik om daarop te let dat die Duitse skrywers tereg aanvoer dat "genoegdoening" sonder die idee van boetedoening nie lewensvatbaar is nie.<sup>7</sup> Om hierdie rede behoort die term genoegdoening net gebruik te word in die gevalle waar daar wel 'n element van boetedoening teenwoordig is.

Alhoewel genoegdoening gewoonlik net in verband met die vergoeding van 'n persoonlikheidsnadeel aangetref word, kom dit ook *indirek* by skadevergoeding vir vermoënskade te sprake: die betaling van skadevergoeding weens die skuldige veroorsaking van vermoënskade dui ook op regshandhawing en die ontvangs van die geldbedrag kan psigiese bevrediging (genoë) by die ontvanger verwek. Daar word soms na hierdie genoegdoening as refleksen genoegdoening verwys omdat dit dui op 'n gevolg – die bewerking van 'n gevoel van genoë – van die toekenning van skadevergoeding wat nie as 'n selfstandige doel deur die reg gestel word nie.<sup>8</sup>

Die rede waarom genoegdoening tans net by die vergoeding van *persoonlikheidsnadeel*<sup>9</sup> as primêre doel en funksie ter sprake is, moet gesoek word in die historiese en dogmatiese ontwikkeling van die reg. Sekere aspekte in hierdie verband kan soos volg<sup>10</sup> saamgevat word. Tradisioneel is die basis van genoegdoening te vinde in die funksie van die reg om geskille vreedsaam te besleg. In die praktyk speel genoegdoening dan sy rol daarin dat die benadeelde se gevoel van verontregting en sy wraakgevoel geneutraliseer word deur die verweerder ook 'n nadeel toe te voeg. Dit gaan dus om 'n meer verfynde vorm van die *talio*-gedagte (private wraakneming in die vorm van 'n oog om 'n oog, ensovoorts) ingevolge waarvan die benadeelde nie eie-rigting mag gebruik nie maar ooreenkomstig 'n regsproses moet optree om voldoening te ontvang vir die onreg wat hom aangedoen is. Soos die regsgemeenskap ontwikkel het, het genoegdoening sekere van sy funksies aan ander regsinstellings soos privaatregtelike skadevergoeding en publiekregtelike straf begin afstaan. Volgens sommige moderne beskouinge<sup>11</sup> beklee genoegdoening 'n posisie tussen skadevergoeding

7 Bv Lorenz *Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld"* (1981) 99: "Das Genugtuungsprinzip ist ohne Sühnegedanken nicht lebensfähig."

8 Sien bv Lorenz 38–39: "Die Genugtuung wurde – wie bei jeder Sanktion – lediglich als wünschenswerte Zusatzwirkung der Ausgleichentschädigung angesehen. Man erhoffte, dass sie eintreten möge, leitete aus dieser (mit) angestrebten Reflexwirkung der Geldentschädigung aber keiner strukturellen Folgerungen für die Entschädigungskonzeption ab. Die Genugtuung rangierte mithin als unselbständiger Nebenzweck hinter dem Ausgleichszweck."

9 Persoonlikheidsnadeel (of nie-vermoënskade) kan omskryf word as die nadelige verandering van die deur die reg beskermde hoëspersoonlike belange van 'n regs subjek, welke verandering nie die regs subjek se ekonomiese posisie raak nie. (Sien verder Stoll "Consequences of liability" in die *International encyclopaedia of comparative law* (1971) – 11 hfst 8.)

10 Pecher "Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert" 1971 *AcP* 44 e v; sien verder in die algemeen Schwerdtner *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung* (1977) 251–309; Schwerdtner "Der Zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz" 1978 *Juristische Schulung* 289 e v.

11 Bv Stryk "Schmerzensgeld ohne Genugtuung" 1987 *JZ* 125.



en straf en is dit die reg se antwoord op gevalle van persoonlikheidsnadeel wat nie "natuurlikerwys" kompenseerbaar is nie.<sup>12</sup> Die klem val dus hier, anders as by vermoënskade, nie soseer op die nadeel wat gely is nie (omdat dit tog nie kompenseerbaar is nie) maar op die onreg wat gepleeg is. By vermoënskade het genoegdoening eintlik geen rol meer te speel nie aangesien kompensasië (en publiekregtelike straf in gevalle van opsetlike optrede) 'n voldoende regsmiddel is. Uit die voorafgaande is dit duidelik dat daar 'n duidelike verband tussen genoegdoening en nie-kompenseerbaarheid is, dit wil sê waar 'n tipe restitutie nie moontlik is nie.

Die verskil tussen publiekregtelike straf en genoegdoening word gewoonlik gesien in die feit dat vergelding by straf 'n doel op sigself is, terwyl vergelding by genoegdoening net 'n middel tot bevrediging van die benadeelde is. Ook die afskrikkingsfunksie by publiekregtelike straf en by genoegdoening is nie presies dieselfde nie.

Weens die feit dat genoegdoening onreg- (en nie skade- nie) georiënteer is, kan daar by die bepaling van 'n gepaste genoegdoeningsbedrag gelet word op faktore soos die graad van die verweerder se skuld en sy vermoë om te betaal,<sup>13</sup> welke faktore gewoonlik irrelevant by vermoënsregtelike skadevergoeding is. Sekere wesenlike verskille tussen skadevergoeding en genoegdoening kom ook tot uiting in verskille met betrekking tot sowel die sessie as die aktiewe en passiewe oorerflikheid van die betrokke aksies. Daar word ook aanvaar dat 'n genoegdoeningsplig nie soos 'n skadevergoedingsplig deur versekering nagekom kan word nie.<sup>14</sup>

Wat die toepassingsveld van die genoegdoeningsfunksie betref, moet daarop gelet word dat die meeste Westerse regstelsels aanvaar dat persoonlikheidsnadeel weens die aantasting van die fisies-psigiese integriteit wel op 'n *onvolmaakte* wyse kompenseerbaar is. Dit beteken dat daar in sodanige gevalle van 'n tipe skadevergoeding sprake is en nie van genoegdoening nie.<sup>15</sup> Die praktyk in verband met die Suid-Afrikaanse aksie weens pyn en lyding toon duidelik aan dat (onvolmaakte) kompensasië op die voorgrond staan in die vergoeding van pyn en lyding by liggaamlike beserings en dat dit nie in eerste instansie gaan om die doen van genoeë aan 'n benadeelde teenoor wie 'n onreg gepleeg is nie. (Die redes vir hierdie afleiding word later breedvoerig bespreek.)

In die Duitse reg staan kompensasië ook op die voorgrond by die vergoeding van persoonlikheidsnadeel in verband met die liggaamlike integriteit. Slegs indien kompensasië in sodanige gevalle onmoontlik<sup>16</sup> is (of waar dit om 'n ander

12 Bv Remé *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz* (1962) 45 e v. Williams 1951 *Current Legal Problems* 137-138 verduidelik die werking van die genoegdoeningsgedagte in die hedendaagse reg soos volg: Die benadeelde se wraak word afgekoop deur die betaling van 'n geldbedrag aan hom. Hy word getroos deur sowel die ontvangs van die geld as die wete dat die verweerder wat hom die onreg aangedoen het, verontrief word deur dit te betaal.

13 Bv Hacks-Ring-Böhm *Schmerzensgeld Beträge* (1985) 11.

14 Sien bv *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (1986) 2038 vn 16 vir die nodige gesag. 'n Plig om genoegdoening te betaal, is 'n persoonlike verpligting want juis die feit dat die verweerder, wat ook die onregspeler is, 'n geldbedrag aan die benadeelde moet betaal, bewerkstellig by lg die gevoel van genoeë. 'n Versekeraar is nie 'n party by die onreg wat die benadeelde aangedoen is nie en is dus nie in die posisie om werklik genoegdoening te verskaf nie.

15 Vir 'n algemene bespreking sien Visser 1983 *THRHR* 43-61. Vir 'n ander standpunt sien Van der Merwe en Olivier 241 vn 6.

16 Bv *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (1986) par 1:2.



tipe persoonlikheidsnadeel soos eerskending, laster en privaathedskrenking gaan) tree die genoegdoeningsfunksie na vore.

Aan die ander kant word kompensasie (skadevergoeding) in die Switserse en Oostenrykse reg tot vermoënskade beperk en word aanvaar dat persoonlikheidsnadeel slegs deur genoegdoening vergoed kan word.<sup>17</sup> By nadere ondersoek blyk dit egter dat genoegdoening in die Switserse en Oostenrykse reg eintlik maar dieselfde is as wat in die Duitse reg as die *kompensasie* van persoonlikheidsnadeel beskryf word; dit gaan dus in eersgenoemde twee regstelsels nie om genoegdoening in die sin van onregsvergoeding, die afkoop van wraak, boetedoening ensovoorts nie. Die woord "genoughdoening" is dus in der waarheid 'n onakkurate beskrywing van die betrokke vergoedingsproses.<sup>18</sup>

### 3 GENOEGDOENING INGEVOLGE DIE DUITSE REG

Alvorens belangrike kritiek op die genoegdoeningsfunksie in die Duitse reg oorweeg kan word, is dit nodig om kortliks die positiesregtelike posisie in hierdie verband uiteen te sit.

In paragraaf 847 van die *Bürgerliches Gesetzbuch* word onder meer bepaal dat in gevalle van 'n aantasting van die liggaam, die gesondheid en die liggaamlike vryheid die benadeelde billike vergoeding kan verlang, ook vir nadeel wat nie vermoënskade is nie. Die betrokke aanspraak is nie oordraagbaar nie en gaan ook nie op erfgename oor nie, tensy dit kontraktueel erken is of regsanghangig gemaak is. Die *Schmerzensgeld* waarvoor in hierdie paragraaf voorsiening gemaak word, is volgens 'n besondere interpretasie<sup>19</sup> van die *Bürgerliches Gesetzbuch* en die *Grundgesetz*, ook betaalbaar in die geval van 'n aantasting van die algemene persoonlikheidsreg (wat onder meer die reg op goeie naam, eergevoel en privaathed insluit).<sup>20</sup> Die Duitse *Bundesgerichtshof* het op 6 Julie 1955 in 'n belangrike beslissing oor die aard en funksie van *Schmerzensgeld* soos volg standpunt ingeneem.<sup>21</sup> Die aanspraak ingevolge paragraaf 847 is geen gewone skadevergoedingsaanspraak nie, maar is *sui generis* van aard en het 'n dubbele funksie: eerstens moet dit aan die benadeelde voldoende kompensasie (*Ausgleich*) vir die persoonlikheidsnadeel bied; en tweedens moet die bedrag ook dien as genoegdoening (*Genugtuung*) vir dit wat die dader die benadeelde aangedoen het. Die hof bereik dus 'n tipe kompromis deur 'n dubbele funksie aan *Schmerzensgeld* toe te ken. Sodoende kan in 'n bepaalde geval alle omstandighede wat relevant kan wees in die bepaling van 'n billike vergoedingsbedrag, in ag geneem word.<sup>22</sup>

Die kompensasiegedagte (*Ausgleich*) staan op die voorgrond.<sup>23</sup> In die bepaling van 'n geskikte vergoedingsbedrag ingevolge die *Ausgleich*-gedagte word onder meer gelet op die aard en erns van die beserings, die omvang van die permanente

17 1983 THRHR 63-67.

18 Stryk 1987 JZ 119 125.

19 Bv Arzt en Weber *Strafrecht Besonderer Teil: Delikte gegen die Person* (1981) 159.

20 Vgl hieroor in die algemeen Ehlers *Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (1977).

21 BGHZ 18 149 e v.

22 Die dubbele funksie van *Schmerzensgeld* word vandag steeds aanvaar maar daar is nie sprake van 'n skeiding van die toegestane geldbedrag in 'n deel vir *Ausgleich* en 'n deel vir *Genugtuung* nie (sien by *Münchener Kommentar* 2038).

23 Sien vn 21 *supra*.

nadeel, die psigiëse lyding en die ouderdom van die benadeelde. By die *Genugtuungsfunktion* weer gaan dit oor die inagneming van faktore wat nie (direk) met die omvang van die persoonlikheidsnadeel verband hou nie, maar tog vir die beoordeling van die genoegdoeningsbehoefte relevant is.<sup>24</sup> Veral die skuld van die dader is hier van belang; 'n ernstiger graad van nalatigheid kan byvoorbeeld tot 'n hoër vergoedingsbedrag lei. In hierdie verband speel ook die verbitterdheid wat die skuldgraad by die benadeelde skep en wat deur genoegdoening geneutraliseer moet word, 'n rol.

Daar bestaan uiteenlopende menings oor die vraag of die strafregtelike veroordeling van die dader ten aansien van die optrede wat die persoonlikheidsnadeel veroorsaak het, in ag geneem moet word.<sup>25</sup> Voorts is al beslis dat die genoegdoeningsgedagte op die agtergrond tree wanneer die dader self in die skadeveroorakende insident sterf of ernstig beseer word.<sup>26</sup>

Daar word ook soms in hierdie verband gekyk na die vermoënsposisies van die partye maar hierdie kwessie is taamlik omstrede. Daar bestaan 'n standpunt<sup>27</sup> dat die gunstige finansiële posisie van die *benadeelde* kompensasië onmoontlik maak en dat onregsvergoeding deur die genoegdoeningsfunksie die enigste oplossing is. Ook word soms rekening gehou met die feit dat die slegte finansiële posisie van die benadeelde tot 'n vermindering van die vergoedingsbedrag kan lei aangesien hy minder geld nodig sal hê om hom tevrede te stel.<sup>28</sup> Verder is ook al beslis dat die vermoënsposisie van die *dader* by genoegdoening oorweeg moet word. In hierdie verband geld die uitgangspunt dat die verweerder nie deur die betaling van *Schmerzensgeld* in geldelike nood gebring moet word nie. Waar die verweerder se optrede besonder blaamwaardig is, kan hierdie oorweging sy belangrikheid verloor. Die kwessie van die partye se vermoënsposisies is egter in die praktyk nie van veel belang nie aangesien *Schmerzensgeld* meesal deur 'n versekeraar betaal word.

Die genoegdoeningsfunksie by *Schmerzensgeld* tree op die voorgrond wanneer die benadeelde so ernstig beseer is dat kompensasië van die nadele in geen opsig moontlik is nie aangesien hy onbewus van sy toestand is. In so 'n geval speel genoegdoening die rol van simboliese vergoeding.<sup>29</sup> Die betaling van 'n geldbedrag moet die dader as voelbare offer tref maar hoef nie soveel te bedra as wanneer kompensasië vir die benadeling inderdaad moontlik sou wees nie. Die regverdiging vir die betaling van 'n geldbedrag in hierdie gevalle is dat die regsgemeenskap 'n dader in so 'n geval nie eenvoudig van sy verpligting kan onthef net omdat hy die slagoffer so ernstig beseer het dat laasgenoemde van sy nadele onbewus is, of dan van die kompensasiëbedrag onbewus sal wees nie.

In die algemeen moet daarop gelet word dat die genoegdoeningsfunksie in die Duitse praktyk in der waarheid nie by die vergoeding van persoonlikheidsnadeel

24 Bv Hacks-Ring-Böhm 11.

25 Die OLG Hamburg (1972 MDR 1033) het beslis dat die veroordeling van die dader die aanspraak op *Schmerzensgeld* verminder; *contra* egter die LG Stuttgart (1978 NJW 595).

26 Bv Hacks-Ring-Böhm 11 vn 35.

27 Hack-Ring-Böhm 11.

28 *ibid.*

29 Hacks-Ring-Böhm 12. Die posisie in hierdie verband is net soos in die meeste vergelykbare regstelsels nie volkome duidelik nie. Veral die onduidelike uitspraak van die BGH in 1976 NJW 1147 het 'n mate van onsekerheid ingevoer. Sien ook die uitspraak van die BGH in 1982 NJW 2123.

by liggaamlike beserings baie aktueel is nie.<sup>30</sup> Slegs in die uitsonderlike gevalle hierbo genoem (en by aantastings van die algemene persoonlikheidsreg) tree die genoegdoeningsfunksie na vore.

#### 4 KRITIEK OP DIE GENOEGDOENINGSFUNKSIE VAN *SCHMERZENS*GELD

##### 4 1 Algemeen

Alhoewel die leer oor die dubbele funksie van *Schmerzensgeld* – ingevolge waarvan dit kompensasie en genoegdoening bewerkstellig – steeds die heersende mening in die Duitse reg weerspieël, is daar die afgelope dekade belangrike kritiek teen die bestaan van die genoegdoeningsfunksie by die vergoeding van liggaamlike beserings uitgespreek. Hierdie kritiek het ook implikasies vir genoegdoening by die beskerming van die algemene persoonlikheidsreg. Die kritiek teen die bestaan en funksionering van genoegdoening binne 'n privaatregtelike vergoedingsstelsel word gebaseer op regshistoriese, regspolitiese en regsvergelijkende gronde, asook op sekere sielkundige en sosiologiese oorwegings. Alhoewel die besware teen genoegdoening tans hoofsaaklik van akademiese aard is (die praktyk hou naamlik steeds vas aan die 1955-beslissing van die *Bundesgerichtshof*<sup>31</sup>) is dit heel waarskynlik dat die positiewe reg in die toekoms deur vermelde besware beïnvloed sal word.<sup>32</sup>

Heelwat argumente in die debat oor genoegdoening is vir die Suid-Afrikaanse delikte- en skadevergoedingsreg van belang aangesien basiese vraagstukke aangesny word wat vir die ontwikkeling van ons eie reg aktueel is. Hierdie vraagstukke sluit onder meer die volgende in: die korrekte omskrywing van persoonlikheidsnadeel; die verskil tussen persoonlikheidsnadeel en vermoënskade; die gepaste vergoedingsfunksie by persoonlikheidsnadeel; die verhouding tussen die privaatregtelike en strafregtelike beskerming van persoonlikheidsbelange; en die depenalisering of repenalisering van die skadevergoedingsreg. In die uiteensetting wat volg, word sekere belangrike argumente in die Duitse reg, vir sover dit ook vir die Suid-Afrikaanse reg van betekenis kan wees, kortliks weergegee en oorweeg.

##### 4 2 Onduidelikheid in verband met die betekenis van genoegdoening

Toe die *Bundesgerichtshof* genoegdoening as een van die funksies van *Schmerzensgeld* vermeld het,<sup>33</sup> is daar nie gepoog om genoegdoening te omskryf nie. Tot vandag toe heers daar nie volkome sekerheid oor wat presies met hierdie term bedoel word nie. Waarskynlik is die positiewe reg ook nie ten gunste van 'n te presiese omskrywing nie aangesien die genoegdoeningsfunksie hoofsaaklik gebruik word om 'n billike en buigsame vergoedingstelsel vir persoonlikheidsnadeel moontlik te maak – onder meer deur inagneming van sowel die verweerder se skuldgraad as sy vermoënsposisie.

30 Sien ook Stoll 1968 *DAR* 303 305: "Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes kann bei Verkehrsunfällen vernachlässigt werden. Ihre Berücksichtigung hat bei der Einrichtung des Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen nur Verwirrung gestiftet und zur einer unausgewogenen Regelung geführt."

31 *supra*.

32 Sien veral Pecher 1985 *AcP* 396.

33 *supra*.



In 'n omvattende ondersoek het Köndgen<sup>34</sup> hoofsaaklik op drie betekenis van genoegdoening ingegaan, naamlik (a) die salwing van die benadeelde se gevoel van verontregting; (b) boetedoening vir die onregsdad; en (c) "vergoeding" vir nie-vermoënskade. (Later word in meer besonderhede na hierdie aspekte gekyk.) Daar moet egter aanvaar word dat die onduidelikheid in verband met die betekenis van genoegdoening bydra tot die ontevredenheid wat daar tans in die akademiese literatuur oor dié begrip heers; die onduidelikheid is op wetenskaplike gronde af te keur want dit bevorder onsekerheid en onvoorspelbaarheid.

Wat hierdie aspek betref, kan mens waarskynlik dieselfde sê van die Suid-Afrikaanse reg waar die term genoegdoening nog nie teoreties voldoende omlyn is nie. Hierdie term ontlok gewoonlik 'n oppervlakkige bespreking wat nie reg laat geskied aan die probleme wat ter sprake is nie.<sup>35</sup> Dit is daarom noodsaaklik dat wanneer van genoegdoening gepraat word, daar duidelik verklaar word wat met hierdie begrip bedoel word.

### 4 3 Die historiese ontwikkeling van *Schmerzensgeld*

Alhoewel die historiese ontwikkeling van die Duitsregtelike *Schmerzensgeld* uiteraard nie van soveel direkte betekenis vir die Suid-Afrikaanse reg is nie, is dit tog belangrik om op die volgende te let. Na 'n ondersoek van die herkoms en ontwikkeling van *Schmerzensgeld* verklaar Stryk<sup>36</sup> dat die klassifisering daarvan as privaatafstraf (wat die genoegdoeningsfunksie sou onderlê) nie gebaseer kan word op die geskiedkundige instelling van die *Busse* waaruit die moderne *Schmerzensgeld* ontwikkel het nie, maar eerder berus op dogmatiese oorwegings van die 19de eeu dat skadevergoeding (kompensasie) net ten aansien van vermoënskade kan plaasvind.

Hierdie waarneming is betekenisvol vir ons reg. Daar word naamlik dikwels verklaar dat die aksie weens pyn en lyding 'n genoegdoeningsaksie is (wat dit dan duidelik in verband bring met die *actio iniuriarum* wat die klassieke genoegdoeningsaksie in ons reg is) terwyl die historiese ontwikkeling van die aksie weens pyn en lyding eerder dui op 'n verband met die *actio legis Aquiliae* wat al eeue 'n reipersekutoriese skadevergoedingsaksie is.<sup>37</sup> Die rede vir die beskrywing van die aksie weens pyn en lyding as genoegdoeningsaksie geskied waarskynlik aan die hand van die dogmatiese oorweging dat die *actio iniuriarum*, wat eweneens met die vergoeding van persoonlikheidsnadeel te doen het, 'n genoegdoeningsaksie is en daar ten onregte aangeneem word dat genoegdoening die enigste vergoedingsfunksie by persoonlikheidsnadeel is. Die beskouing dat daar by persoonlikheidsnadeel slegs van genoegdoening sprake kan wees, is op

34 *Hafpflichtfunktionen und Immaterialscha den* (1976) 84 e v.

35 Van der Merwe 1966 *THRHR* 384 meld bv dat dit by genoegdoening om die salwing van gekwetste gevoelens deur 'n geldsom gaan. Hy verduidelik egter nie wat "gekwetste gevoelens" is nie (bv of dit op verontregting weens regskenking of iets anders dui nie) en verklaar ook nie die kwessie van "salwing" bevredigend nie. Die tipering van genoegdoening as 'n tipe *solatium* (bv Olivier 266) bring ook nie voldoende helderheid nie.

36 121.

37 Sien terloops die volgende opmerking in *Evins v Shield Insurance Co Ltd* 1980 2 SA 814 (A) 838: "I use the term Aquilian in an extended sense to include the *solatium* awarded for pain and suffering, loss of amenities of life etc, which is *sui generis* and strictly does not fall under the umbrella of the *actio legis Aquiliae*."



verkeerde sieninge gebaseer.<sup>38</sup> Die tyd het waarskynlik ook vir ons reg aangebreek om af te sien van die verouderde opvatting dat skadevergoeding net by vermoënskade moontlik is. Die feit dat daar duidelike verskille tussen vermoënskade en persoonlikheidsnadeel is en dat geld nie 'n egte ekwivalent vir persoonlikheidsgoedere is nie, sluit nie noodwendig 'n tipe skadevergoeding vir persoonlikheidsnadeel uit nie.

#### 4 4 Genoegdoening as bevrediging vir 'n gekrenkte regsgevoel

Daar word dikwels in die Duitse reg aangevoer dat genoegdoening as salwing vir 'n gekwetste regsgevoel dien; die ontvangs van die geldbedrag neutraliseer naamlik die benadeelde se gevoel van aggressie of verontregting en "beloon" hom om nie aggressief op te tree en eie-rigting te gebruik om homself te wreek nie. Hierdie argument word volledig deur Köndgen<sup>39</sup> ondersoek. Hy toets die geldigheid daarvan as teoretiese fundering vir genoegdoening onder meer aan die hand van sekere sielkundige gegewens. Volgens hom<sup>40</sup> dui navorsing daarop dat die betaling en ontvangs van 'n geldbedrag by persoonlikheidsnadeel eerder die benadeelde se aggressie positief bekragtig as om dit te neutraliseer en dus in werklikheid 'n stimulus vir aggressie is! Voorts kan die feit dat die verweerder 'n genoegdoeningsbedrag moet betaal, by hom aggressie wek. Köndgen<sup>41</sup> se gevolgtrekking is dat die benadeelde se aggressie en moontlike haat jeens die dader deur die gemeenskap afgekeur word en dus nie as vergoedbare persoonlikheidsnadeel behoort te kwalifiseer nie.

Alhoewel hierdie gevolgtrekkings in sommige kringe as juis aanvaar word,<sup>42</sup> moet dit nogtans noukeurig oorweeg word juis omdat die sogenaamde sielkundige gegewens 'n valse beeld van gesaghebbendheid kan skep wat tot verkeerde gevolgtrekkings kan lei.

By die *opsetlike* of *kwaadwillige* inbreuk op 'n ander se persoonlikheidsreg ontstaan daar vermoedelik altyd by die benadeelde die een of ander gevoel van verontregting wat kwalik deur die reg geïgnoreer kan word. In die geval van 'n *nalatige* of *skuldlose* aantasting van 'n persoonlikheidsreg is aggressie jeens die dader vermoedelik *gewoonlik* nie by die benadeelde teenwoordig nie juis omdat die omstandighede van die geval nie op 'n minagting van sy persoonlikheid sal dui nie. By opsetlike persoonlikheidskrenkings is dit realisties dat die reg die benadeelde se gevoel van verontregting of aggressie as deel van die persoonlikheidsnadeel beskou, mits dit natuurlik nie 'n bloot willekeurige of buitengewone reaksie is nie.<sup>43</sup> In so 'n geval kan genoegdoening tereg gesien word as 'n "beloning" van regsweë aan die benadeelde om nie sy gevoel van aggressie

38 Sien vn 15 *supra*; vgl ook *infra*.

39 85 e v.

40 86 e v.

41 118.

42 Bv Schwerdtner 1978 *Juristische Schulung* 298.

43 'n Deursnee-maatstaf behoort aangewend te word (sien by Van der Merwe en Olivier 188 vn 33). Ongelukkig laat die outeurs die "agterdeur oop" deur by te voeg dat direkte getuienis van die ongelukkigheid van 'n benadeelde ook oorweeg moet word. Die punt is dat selfs al is die benadeelde werklik uiters ongelukkig maar sy gevoelskrenking wyk merkbaar af van die ongelukkigheid wat normaalweg te verwagte is, dit onbillik is om die verweerder hiermee te belas. Die objektiewe standaard bepaal die grense van die ongelukkigheid wat regtens in ag geneem mag word.

deur private wraakneming te bevredig nie.<sup>44</sup> Die feit dat Köndgen die aandag daarop vestig dat sekere sielkundige navorsing daarop sou dui dat die ontvangs van die genoegdoeningsbedrag nie werklik (altyd?) die benadeelde se aggressie neutraliseer nie, kan nie vir die reg van betekenis wees nie. Die doel van die deliktereg is om, waar daar aan sekere vereistes voldoen word, die bewerking van skadevergoeding of genoegdoening deur die beskikbaarstelling van 'n geldsom aan 'n benadeelde moontlik te probeer maak. Die feit dat by *vermoënskade* die eiser steeds ontevrede is met byvoorbeeld die beskadiging van sy motor en dat die kompensatiebedrag wat hy ontvang het, hom nie subjektief tevrede laat nie, is duidelik regtens van geen betekenis nie. By die vergoeding van *persoonlikheidsnadeel* kan dit ook nie anders wees nie. Die beskikbaarstelling van 'n geldbedrag is die beste waartoe die reg in staat is; daarom is dit redelik om regtens van 'n benadeelde te verwag om met sy lot tevrede te wees waar die reg alles moontlik gedoen het om hom weens sy verontregting te vergoed. Selfs al bly hy ten spyte van die geldbedrag dus steeds aggressief, is dit kwalik regverdigbaar om die betaling van 'n geldbedrag te weier net omdat dit in 'n sekere sin oneffektief is.

In gevalle van nalatigheidsdelikte of deliktuele aanspreeklikheid sonder skuld sal 'n gevoel van verontregting waarskynlik gewoonlik nie by 'n benadeelde aanwesig wees nie. So 'n gevoel (wat die basis vir die toepassing van die genoegdoeningsfunksie bied) kan egter wel as deel van die persoonlikheidsnadeel beskou te word vir sover daar byvoorbeeld growwe nalatigheid of 'n ander feit aanwesig is wat die dader moreel blaamwaardig in die oë van die eiser maak.

#### 4 5 Genoegdoening as boetedoening (*Sühne*) weens onregmatige optrede

Die standpunt is al gestel dat genoegdoening sonder 'n element van boetedoening nie lewensvatbaar is nie.<sup>45</sup> Volgens hierdie beskouing word genoegdoening bewerkstellig deurdat die benadeelde tevrede gestel word omdat die dader 'n geldoffer aan hom moet bring weens sy onregmatige optrede. Boetedoening word ook gesien as 'n middel tot die neutralisering van 'n eiser se gevoel van verontregting.<sup>46</sup> Boetedoening in die privaatreg kan net relevant wees waar die dader se optrede hom subjektief verwyt kan word.

Boetedoening is egter reeds in sy natuurlike habitat, naamlik die strafreg, 'n problematiese kwessie. Die kritiek teen dié genoegdoeningsfunksie is dat dit hierdie probleme ook in die privaatreg kan invoer.

Köndgen<sup>47</sup> is van mening dat indien mens konsekwent wil wees, boetedoening nie net vir die onreg teenoor die eiser plaas behoort te vind nie, maar logieserwys ook vir die vergryp teen die regsorde. Daar is 'n besliste sosiale funksie van genoegdoening wat volgens hom wyer gaan as net 'n reaksie op die aantasting van die benadeelde se reg. Hy verwerp egter so 'n "etiese bewapening" van *Schmerzensgeld*.<sup>48</sup>

44 Waar die benadeelde ingevolge die *talio*-gedagte 'n oog om 'n oog ens kon eis, moet hy dus met 'n geldbedrag tevrede wees.

45 Sien Köndgen 95 vn 78 vir verdere verwysings; Lorenz 99.

46 *supra* par 4 4

47 97.

48 98: "Das Schmerzensgeld bedarf einer solchen ethischen Aufrüstung nicht. Wiedergutmachung ist zu einem wesentlichen Teil Schadensrestitution, und Restitution ist bekanntlich der Primärzweck unseres Haftungsrechts. Mit einigem Recht läßt sich sogar behaupten, daß der Restitutionsgedanke beim Schmerzensgeld geradezu seine umfassendste Realisierung findet, insofern nämlich, als das Schmerzensgeld – qua Ausgleichsfunktion – ausnahmsweise auch die schwer faßbaren Einbußen psychosomatischer Provenienz zu kompensieren sucht."

Oortuigende kritiek teen boetedoening as verklaring van die werking van genoegdoening by *Schmerzensgeld* word ook deur Stryk<sup>49</sup> uitgespreek: Die idee van 'n persoonlike verhouding tussen die onregspeler en die benadeelde ingevolge waarvan eersgenoemde 'n versoeningsboete aan laasgenoemde betaal, is in die lig van die feit dat *Schmerzensgeld* in die praktyk feitlik net deur versekeraars uitbetaal word, 'n patetiese anachronisme.<sup>50</sup>

Hierdie kritiek is ook vir die Suid-Afrikaanse aksie weens pyn en lyding van groot belang. Die oorweldigende meerderheid gevalle waar vergoeding vir persoonlikheidsnadeel weens die aantasting van die liggaam ter sprake kom, word bereg ingevolge die Motorvoertuigongelukkewet.<sup>51</sup> In sodanige gevalle gaan dit oor die betaling van vergoedingsbedrae deur gesigslose versekeraars; die onregspeler is gewoonlik net as getuie by die hofverrigting teenwoordig. Om in so 'n geval nog van "boetedoening" of "onregsvergelding" te praat, is absurd. By die klassifisering van die aksie weens pyn en lyding behoort mens dus kennis te neem van die praktiese omstandighede waarbinne die aksie funksioneer. Hierdie omstandighede dui duidelik op 'n depenalisering van die geskil.

Wat die hedendaagse *actio iniuriarum* betref, gaan dit gewoonlik<sup>52</sup> om opsetlike optrede en persoonlike verwytbaarheid van die verweerder. Versekering kom nie ter sprake nie.

#### 4 6 Genoegdoening as beliggaming van die gedagtes van voorkoming, regs-sanksie en regswaarborg

Daar is 'n standpunt in die Duitse reg dat genoegdoening by *Schmerzensgeld* ten doel het om onregsoptrede te voorkom (deur algemene en besondere afskrikking) en om as sanksie vir regsverbreking te geld.<sup>53</sup>

In sy kritiek op hierdie standpunt wys Köndgen<sup>54</sup> op die probleme in verband met die vraag of afskrikking by nalatigheidsdelikte hoegenaamd moontlik is. Daar bestaan volgens hom nie bewys dat mense altyd nadink oor hulle optrede en met verstandigheid en versigtigheid handel nie. Ook die bestaan van verpligte versekering vir die veroorsaking van persoonlikheidsnadeel deur die bestuur van 'n motorvoertuig, verwater die betekenis van afskrikking en voorkoming verder. Köndgen<sup>55</sup> stel voorts die vraag of daar hoegenaamd in *Schmerzensgeld* 'n (straf)funksie van voorkoming behoort te wees. Net privaatstraf kan volgens hom die beweerde voorkomende funksie van genoegdoening verklaar en dit is

49 119 126.

50 Ook Stoll 1968 *DAR* 305 308 meen dat genoegdoening in hierdie verband irrelevant is – sien *supra* vn 30.

51 Wet 84 van 1986.

52 Die vraag is egter wat die posisie by skuldlose aanspreeklikheid ingevolge die *actio iniuriarum* is (bv by laster deur die massamedia, onregmatige beslaglegging ens). Sonder (skuldige) optrede wat op persoonlike verwytbaarheid dui, is boetedoening ewe min regverdigbaar as strafregtelike aanspreeklikheid sonder skuld. Indien hier aldus wel hoegenaamd van genoegdoening sprake is, is dit 'n besondere tipe genoegdoening waar die klem op die benadeelde se gevoel van verontregting val en nie op die skuld van die verweerder nie. ('n Mens moet natuurlik ook onthou dat die verweerder se optrede wel blaamwaardig kan wees al hoef skuld aan sy kant nie bewys te word nie. In so 'n geval is van genoegdoening in die algemene sin by die *actio iniuriarum* sprake.)

53 Bv Köndgen 101–102.

54 *ibid.*

55 102 e v.



regspolities ondoelmatig om privaatstraf hoegenaamd toe te laat. Die algemene omstandighede waarin liggaamlike beserings gewoonlik veroorsaak word, bevat geen sodanige aantasting van die persoonlikheid dat privaatstraf deur middel van die genoegdoeningsfunksie van *Schmerzensgeld* regverdibaar is nie.

Ook die argument dat *Schmerzensgeld* 'n "sanksie" van regsweë is, verwerp Köndgen<sup>56</sup> tereg as betekenisloos. Dit is vanselfsprekend dat genoegdoening, net soos byvoorbeeld skadevergoeding en straf, 'n sanksie is wat van regsweë toegelaat word. Deur genoegdoening as "sanksie" te bestempel, word egter nog niks gesê van welke tipe sanksie dit eintlik is nie. Die kernvraag, naamlik of die reg genoegdoening as sanksie nodig het, bly steeds onbeantwoord.

Met die argument ten gunste van genoegdoening, naamlik dat die benadeelde moet "voel" dat die regsorde nie sonder reaksie bly as daar op sy regte inbreuk gemaak word nie en dat daar 'n regswaarborg vir regte is, reken Köndgen<sup>57</sup> af. Die kwessie van regswaarborg is nie eie aan genoegdoening nie want die kompensatiefunksie (*Ausgleich*) van *Schmerzensgeld* voorsien ook tog 'n "waarborg" teen inbreukmaking.

Wat die Suid-Afrikaanse aksie weens pyn en lyding betref, kan daar ook geregverdigde kritiek uitgespreek word teen 'n standpunt wat sou voorgee dat die aksie 'n genoegdoeningsaksie is omdat dit afskrikking, voorkoming en 'n waarborg vir regte ten doel het. Algemene en verpligte (of outomatiese) versekering het die idee van voorkoming in hierdie verband grootliks afgetakel. Ook die bestaan van misdrywe soos roekelose of nalatige bestuur, onbedagsame bestuur, dronkbestuur ensovoorts maak straf moontlik ten opsigte van belangrike vorme van gevaarlike gedrag wat tot liggaamlike beserings kan lei. Dit is dus onnodig om straf ook nog by privaatregtelike vergoeding in hierdie verband te wil indwing.

By die *actio iniuriarum* waar met opset<sup>58</sup> as vereiste te doen gekry word, kan die gedagtes van voorkoming en afskrikking wel relevant wees.<sup>59</sup>

#### 4 7 Genoegdoening as vergoeding vir gevoelskade

Genoegdoening in die sin van die bevrediging van 'n benadeelde se gevoel van verontregting, impliseer onder meer dat die reg by persoonlikheidsnadeel in verband met die fisies-psigiese integriteit nie net na die objektiewe aspek van

56 103.

57 102 e v.

58 By skuldlose aanspreeklikheid met die *actio iniuriarum* is voorkoming en afskrikking beswaarlik relevant.

59 Bv *Bruwer v Joubert* 1966 3 SA 334 (A) 338A-E; *Buthelezi v Poorter* 1975 4 SA 608 (W) 615F. Sien egter ook die kritiek van Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 292: "Even assuming that an award of damages does have a deterrent effect on the future conduct of both the wrongdoer and persons who may be placed in the same position as the wrongdoer at some future time - a conclusion that is highly debatable - why is an 'ordinary' compensatory award of damages not sufficient to achieve these ends?" Sien ook hieroor Van der Walt 1980 *THRHR* 23: "Nietemin kan dit nie weggeredeneer word dat die dader wat self aanspreeklik gehou word, sy aanspreeklikstelling as straf kan ervaar nie." Die punt om in hierdie verband in gedagte te hou, is dat die strafaard van 'n geldbedrag nie soseer bepaal word deur die uitwerking daarvan nie, maar deur die feit dat die reg verklaar dat die doel is om te straf en dat dit ook faktore soos die gesindheid (vgl die sg verswarende en versagende omstandighede by laster - *infra*) in ag neem (sien 1983 *TSAR* 69 e v). Vgl ook in die algemeen die volgende interessante opmerking deur De Wet (waarop hy ongelukkig nie verder uitbrei nie) in De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 203 vn 143: "Party van die sogenaamde aksies vir skadevergoeding is niks anders as vermomde strafaksies nie."



die nadele (pyn, misvorming, verlies aan lewensgenietinge ensovoorts) kyk nie, maar ook die benadeelde se gevoelsreaksie weens hierdie nadele in ag neem.<sup>60</sup>

In sy bespreking van gevoelskade argumenteer Lorenz<sup>61</sup> dat persoonlikheidsnadeel nie gevoelskade of enige reaksie op die objektiewe benadeling mag insluit nie. Hy betoog vir 'n nuwe omskrywing van persoonlikheidsnadeel, naamlik die *äussere immaterielle Verletzungsschaden* en die *äussere immaterielle Verletzungsfolgeschaden*. Hierdie siening van persoonlikheidsnadeel neem net die uiterlike aspekte van die nadeel (die sogenaamde objektiewe deel daarvan) in ag. Volgens Lorenz sou so 'n objektiewe omskrywing van persoonlikheidsnadeel genoegdoening as vergoedingsfunksie irrelevant maak aangesien genoegdoening juis op gevoelskade gemik is. Ook ander outeurs vra in dieselfde trant vir 'n "objektivering" van die omstandighede wat vir die vasstelling van persoonlikheidsnadeel in ag geneem word.<sup>62</sup>

Die voorgestelde objektiewe benadering bring natuurlik ook die moeilike vraagstuk na vore van eisers wat weens beserings permanent bewusteloos is of geen werklike kennis van hulle nadele het nie. By sodanige persone kom gevoelskade glad nie voor nie of net in 'n baie beperkte mate.

Die Duitse reg het die toekenning van *Schmerzensgeld* in sulke gevalle geregverdig deur te verklaar dat dit 'n tipe objektiewe of simboliese genoegdoening is aangesien werklike genoegdoening nie kan plaasvind nie. In nuwere uitsprake<sup>63</sup> word die bewusteloosheid van die eiser as 'n kwantum-verminderende faktor beskou maar die verpligting om *Schmerzensgeld* in beginsel te betaal, word steeds erken. Alhoewel skrywers soos Stryk<sup>64</sup> en Lorenz<sup>65</sup> aanvaar dat werklike genoegdoening nie by 'n bewustelose eiser relevant kan wees nie, deins hulle nogtans daarvan terug om die logiese konsekwensie van so 'n standpunt te aanvaar, naamlik dat geen *Schmerzensgeld* in sodanige geval betaalbaar behoort te wees nie. Stryk<sup>66</sup> meen dat so-iets regspolitities onwenslik sou wees maar verduidelik nie welke rol *Schmerzensgeld* dan moet vervul nie. Duideliker is die standpunt van Lorenz.<sup>67</sup> Hy meen dat die bestaan van persoonlikheidsnadeel objektief beoordeel moet word en dat die feit dat die eiser geen ongelukkigheid of gevoelskade ervaar nie, dus in ieder geval irrelevant is. Ook is die feit dat die eiser in die tragiese gevalle onder oorweging nie die geld kan gebruik om sy posisie te verlig nie, van geen belang nie. Hy vergelyk die geval van 'n bewustelose eiser met 'n persoon wat nie 'n skadevergoedingsbedrag wil gebruik om reële vermoënskade feitelik uit te wis nie. Hy wys ook daarop dat daar by vermoënskade uitsonderlike gevalle kan voorkom waar dit onmoontlik is om die skade feitelik deur die betaling van 'n skadevergoedingsbedrag te herstel.<sup>68</sup>

60 Vir meer besonderhede oor hierdie gevoelskade of affektiewe skade, sien Visser 1981 *THRHR* 130 e v.; Boberg *The law of delict* (1984) 520 e v.

61 67 e v.

62 Bv Stryk 125 vn 74.

63 Bv BGH 1976 *NJW* 1147; BGH 1982 *NJW* 2123.

64 119 125.

65 105 e v.

66 125.

67 105: "Die Beantwortung der Frage, ob ein Mensch, der eine Verletzung seiner persönlichen Integrität erlitten hat, durch Geld zu entschädigen ist, darf nicht davon abhängen, ob er selbst sinnvoll und zum enigenen Nutzen entscheiden kann oder will."

68 bv waar 'n sonderlinge antieke motor of unieke juweliersware onherstelbaar beskadig of vernietig word.

In die geval van bewustelose eisers gaan dit juis om uiters ernstige beserings en om geen vergoeding aan hulle toe te ken nie, sal die deliktereg noodwendig in 'n swak lig stel. Die standpunte van die Duitse kritici van die genoegdoeningsfunksie lei hulle dus nie daartoe om in sulke gevalle vergoeding te weier nie; nietemin word erken dat daar hier nie werklik van genoegdoening sprake kan wees nie.

In die lig van die voorafgaande kan mens soos volg standpunt inneem wat die Suid-Afrikaanse reg betref: Die beskouing dat persoonlikheidsnadeel uitsluitlik objektief van aard is, is nie korrek nie. Persoonlikheidsnadeel by 'n liggaamlike aantasting het duidelik objektiewe en subjektiewe elemente. By sommige vorme van persoonlikheidsnadeel staan die subjektiewe element op die voorgrond en by andere is daar 'n mengsel van objektiewe en subjektiewe faktore. By byvoorbeeld "pyn, lyding en skok", waarvoor met die aksie weens pyn en lyding geëis kan word, is daar basies "subjektiewe" aspekte ter sprake in die sin dat die eiser se gevoelens en gewaarwordinge op die voorgrond staan. Die nadeel is in werklikheid 'n gevoelsnadeel deurdat dit net bestaan vir sover dit deur die eiser ervaar word.<sup>69</sup> By ander vorme van persoonlikheidsnadeel soos verlies aan lewensgenieting en misvorming, is daar weer duidelik 'n objektiewe aspek van die nadeel asook die eiser se gevoelsreaksie (ongelukkigheid) weens sodanige nadeel. Dit sou werklikheidsvreemd wees om net die objektiewe of net die subjektiewe elemente as die persoonlikheidsnadeel te beskou; beide maak die totale nadeel uit.<sup>70</sup> Die totale objektivering van persoonlikheidsnadeel soos deur Lorenz<sup>71</sup> voorgestel, is dus onrealisties; dit ignoreer naamlik op onvoldoende gronde die feitlike verband wat 'n aantasting van 'n persoonlikheidsreg gewoonlik met die emosies en bewussyn van die benadeelde het.<sup>72</sup>

Die feit dat mens wel gevoelskade in ag neem, beteken nog glad nie dat die eiser na willekeur die omvang van sy nadeel kan bepaal deur byvoorbeeld 'n heftige oorreaksie nie. In die geval van gevoelskade is dit om praktiese redes noodsaaklik om met 'n (objektiewe) deursneemaatstaf te werk, byvoorbeeld die ongelukkigheid of gevoelskrenking wat 'n gemiddelde persoon in die posisie van die eiser sal ervaar in die lig van die beserings.<sup>73</sup> Die korrekte benadering om moontlike probleme in verband met die subjektiewe aard van gevoelskade uit te skakel, is dus nie om gevoelskade heeltemal te ignoreer nie, maar om dit in in sekere sin objektief te beoordeel.

Die erkenning van gevoelskade as deel van persoonlikheidsnadeel lei nie daartoe, soos Lorenz<sup>74</sup> wil voorgee, dat genoegdoening noodwendig as vergoedingsfunksie na vore tree nie. Dit is naamlik nie korrek om aan te neem dat daar by

69 Sien in die algemeen Visser 1981 *THRHR* 120 e v vir meer besonderhede; vgl ook Boberg 568.

70 Ook by aantastings van persoonlikheidsregte op die *fama* (laster) en die *dignitas* (bv bedediging en privaathedskrenking) blyk dit dat gevoelskade veral in 'n gevoel van verontregting deel van die persoonlikheidsnadeel is (sien 1981 *THRHR* 122-125).

71 *supra*.

72 Sien ook Ehlers 18 wat soos volg na gevoelskade (wat hy affektiewe skade noem) verwys: "Der Affektionsschaden ist der Schade, der sich aufgrund eines vorher eingetretenen - materiellen oder immateriellen - Schadens und im Anschluß an diesen als gekränktes Rechtsgefühl, als Unlust oder Erregung (Affekt) über den Primärschaden zeigt. Auch dieser Schaden ist immaterieller Art und daher, vom immateriellen Schaden nicht abgrenzbar." (Sien ook Pecher 1985 *AcP* 383 390-391.)

73 Vgl ook Van der Merwe en Olivier 188 vn 33 en vn 43 *supra*.

74 *supra*.

alle vorme van gevoelskade ook 'n genoegdoeningsbehoefte by die eiser bestaan nie. 'n Genoegdoeningsbehoefte is gewoonlik net teenwoordig waar die dader deur sy opsetlike optrede 'n gevoel van verontregting of verbittering by die eiser gelaat het (dit wil sê gewoonlik by die *actio iniuriarum*). By die nalatige aantasting van die fisies-psigiese integriteit waar die aksie weens pyn en lyding ingestel kan word, impliseer die erkenning van gevoelskade (byvoorbeeld ongelukkigheid weens misvorming of verlies aan lewensgenietinge) nog geensins dat die aksie weens pyn en lyding 'n genoegdoeningsfunksie moet hê nie. Juis omdat die vermelde aksie vir alle praktiese doeleindes net by nalatige optrede ingestel word, is daar vermoedelik normaalweg ook nie 'n gevoel van verbittering of verontregting soos by opsetlike aantasting van 'n persoonlikheidsreg aanwesig nie. Die gevoelskade by liggaamlike beserings is, so gesien, van 'n ander aard as die gevoelskade wat met opsetlike onregspiegeling geassosieer word. By die aksie weens pyn en lyding word daar dus tereg by sowel die bepaling van die nadeel as die kompensasiëbedrag ag geslaan op die eiser se gevoelskade, nie net in die vorm van byvoorbeeld pyn en emosionele skok nie maar ook byvoorbeeld ongelukkigheid weens 'n verlies aan lewensgenietinge. Waar die reg aanvaar dat pyn, ensovoorts op onvolmaakte wyse gekompenseer kan word, kan nie ingesien word waarom daar nie ook kompensasië weens die gevoelsreaksië as gevolg van ander nadele kan wees nie. Aan ware genoegdoening is daar in sodanige geval geen behoefte nie omdat die klem op die nadeel val en nie op die onreg nie. Waar die liggaamlike krenking opsetlik veroorsaak is, kan kompensasië met die aksie weens pyn en leed en genoegdoening met die *actio iniuriarum* verhaal word. By bewustelose eisers met breinbeserings kan in die algemeen aanvaar word dat gevoelskade nie aanwesig is nie, maar dat die objektiewe deel van die persoonlikheidsnadeel (byvoorbeeld die feitlike verlies aan lewensgenietinge) wel bestaan. Pyn wat 'n direkte gevoelskrenking is (en net bestaan as dit werklik ervaar word) is natuurlik nie by bewustelose eisers aanwesig nie en kan nie by die bepaling van 'n kompensasiëbedrag in ag geneem word nie.

In die algemeen kan die toekenning van 'n bepaalde vergoedingsbedrag aan permanent bewustelose persone<sup>75</sup> op ten minste twee gronde baseer word:

*Eerstens* kan 'n objektiewe benadering gevolg word ingevolge waarvan daar net 'n bedrag geld bepaal word vir die nadeel wat werklik bestaan. Uiteraard moet mens aanvaar dat 'n persoonlikheidsnadeel (met die uitsondering van pyn en skok) nie noodwendig subjektief ervaar hoef te word alvorens dit bestaan nie.<sup>76</sup> Ook die feit dat die eiser 'n bedrag wat aan hom toegeken word, nie kan gebruik of laat gebruik om sy lewe aangenamer te maak nie, is in so 'n geval van geen belang nie. Die rede hiervoor is dat die reg in die algemeen by skadevergoeding of kompensasië nie die *gebruik* van die vergoedingsbedrag as element van die eis sien of dit kontroleer nie. By vermoënskade word daar byvoorbeeld geen ag geslaan op die eiser se vermoë of gewilligheid om die kompensasiëbedrag te gebruik om sy skade ook reël uit te wis nie en daarom

75 Vgl in die algemeen *Gerke v Parity Insurance* 1966 3 SA 484 (W). Daar is heelwat kritiek teen hierdie beslissing uitgespreek (sien by Reinecke 1976 *TSAR* 28 vn 26; Van der Merwe en Olivier 189 e v; Erasmus 1976 *TSAR* 239). Hierdie kritiek is meestal taamlik oppervlakkig en oortuig nie (vgl verder Visser 1981 *THRHR* 130 e v; Boberg 568-570).

76 Dit is tog duidelik dat waar X permanent bewusteloos is hy 'n verlies aan lewensgenietinge ervaar, of hy dit nou weet of nie. Om te ontken dat daar hoegenaamd 'n verlies in so 'n geval is, is werklikheidsvreemd.



is dit inkonsekwent en onverklaarbaar waarom dit kwansuis by persoonlikheidsnadeel so belangrik is.

*Tweedens* kan daar in die lig van regsvergelykende oorwegings geargumenteer word dat dit oënskynlik teenstrydig met Westerse regswaardes is om aan ernstig beseerde persone geen vergoeding toe te staan waar die benadeelde nie subjektief van sy nadele bewus is of die vergoedingsbedrag nie nuttig kan gebruik nie. Die toekenning van kompensasie of simboliese genoegdoening in so 'n geval kan miskien anomalies wees in die lig van sekere ander regsbeginsels maar voldoen nogtans aan die gemeenskap se eis om geregtigheid in die besondere geval.

#### 4 8 Genoegdoening as enigste vergoedingsbeginsel by persoonlikheidsnadeel

'n Argument ten gunste van die bestaan van 'n genoegdoeningsfunksie by *Schmerzensgeld* (welke argument ten dele uit die Switserse reg afgelei word), is dat skadevergoeding net by vermoënskade relevant kan wees en dat genoegdoening dus die enigste logiese vergoedingsfunksie by persoonlikheidsnadeel is. 'n Belangrike uitgangspunt van hierdie argument is dat *skade* net op vermoënskade dui en dat persoonlikheidsnadeel nie as skade kwalifiseer nie. Die standpunt dat skade en vermoënskade dieselfde is, is duidelik verouderd en verkeerd.<sup>77</sup> Indien 'n mens nou so 'n verkeerde uitgangspunt aanvaar, is dit onvermydelik dat die verdere fout begaan word om te verklaar dat skadevergoeding nie by persoonlikheidsnadeel moontlik is nie omdat dit nie skade is nie.

Vandag word deur die meeste Westerse regstelsels aanvaar dat 'n tipe kompensasie of skadevergoeding wel moontlik is by persoonlikheidsnadeel en dat hierdie tipe nadeel wel skade is. Ook Köndgen<sup>78</sup> trek skerp te velde teen die standpunt dat daar net van genoegdoening by persoonlikheidsnadeel sprake kan wees. Hy voer onder andere die argument aan dat daar nie altyd so 'n duidelike onderskeid tussen vermoënskade en nie-vermoënskade is nie. So is daar die bekende probleme in verband met die klassifisering van gebruiks- en genotsvoordele. Weens hierdie probleme is dit dan ook onmoontlik of vooraf duidelikeheid te hê oor waar skadevergoeding en waar genoegdoening relevant sou wees.

Alhoewel dit duidelik verkeerd is om skade eenvoudig tot vermoënskade te beperk, is die verdere argument van Köndgen ten aansien van die soms vae grens tussen persoonlikheidsnadeel en vermoënskade nie so oortuigend nie. In die meeste gevalle is daar geen probleme in die praktyk om tussen die twee skadevorme te onderskei nie; die gevalle wat hy noem, is uitsonderingsgevalle wat nie die algemene posisie raak nie.

Interessante kritiek op genoegdoening word uitgespreek ten aansien van die Switserse invloed op die erkenning van die genoegdoeningsfunksie van Duitse *Schmerzensgeld*. Stryk<sup>79</sup> toon aan dat die verwysing<sup>80</sup> na die Switserse instelling van genoegdoening in verband met *Schmerzensgeld* ingevolge paragraaf 847 BGB op 'n wanbeskouing berus aangesien dit wat die Switserse reg genoegdoening noem, niks anders is nie as kompensasie of *Ausgleich* ingevolge die Duitse reg. Die Switserse reg ken in werklikheid nie die genoegdoening wat in

77 Sien *infra* en vgl by ook Wilk *Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes* (1983) 71.

78 118.

79 125.

80 in die bekende uitspraak BGHZ 18 149 e v; sien *supra*.



paragraaf 847 BGB ingelees word nie! In die Suid-Afrikaanse reg kom dieselfde probleem in 'n sekere sin ook voor deurdat die aksie weens pyn en lyding as genoegdoeningsaksie beskryf word dog sonder om daarop te let dat dit belangrike verskille met die *actio iniuriarum* het wat tradisioneel 'n genoegdoeningsaksie met poenale eienskappe is.

#### 4 9 Die genoegdoeningsfunksie regverdig die inagneming van sowel die dader se skuld as die vermoënsposisies van die partye

'n Belangrike praktiese grond vir die invoering van die genoegdoeningsfunksie by *Schmerzensgeld*, is om dit moontlik te maak om billikheidshalwe sowel die graad van die dader se skuld as die vermoënsposisies van die partye te oorweeg, welke faktore nie by die kompensatiefunksie relevant is nie. Die kritiek wat Stryk<sup>81</sup> in hierdie verband uitspreek, kom daarop neer dat die praktiese situasie ingevolge waarvan die plig om *Schmerzensgeld* te betaal deur versekering nagekom word, die hele posisie verander deurdat die klem eerder op die skadeomvang as op die onreg teenoor die eiser val. Die skuldgraad van die dader en die partye se vermoënsposisies is nie bepalend ten opsigte van die skadeomvang nie en behoort daarom nie in ag geneem te word nie. Ook die groot-skaalse gebruik van *Schmerzensgeldtabelle* (skematiese uiteensettings van vorige toekennings) dui op 'n sterk neiging om net omstandighede wat direk op die skadeomvang dui, in ag te neem en genoegdoening sodoende buite rekening te laat.

### 5 KOMMENTAAR OP DIE POSISIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die vorige paragraaf is daar wat 'n hele aantal kwessies betref, standpunt ingeneem ten opsigte van genoegdoening in die Suid-Afrikaanse reg. In hierdie paragraaf word genoegdoening en kompensasie verder oorweeg ten einde die positiewe reg krities te evalueer en riglyne te verskaf vir moontlike toekomstige ontwikkelinge.

#### 5 1 Skade, skadevergoeding (kompensasie) en genoegdoening

Die opvatting wat soms nog aangetref word dat net vermoënskade as skade erken word,<sup>82</sup> kan nie as korrek aanvaar word nie. Ons reg gaan van 'n wye skadebegrip uit; skade word in die algemeen gesien as 'n versamelbegrip met vermoënskade en nie-vermoënskade as die twee wedersydsuitsluitende deelbegrippe.<sup>83</sup> Alhoewel daar gewoonlik 'n duidelike onderskeid tussen die twee

81 126-127.

82 Bv Van der Walt 1980 *THRHR* 3; Van der Merwe en Olivier 177; Reinecke 1976 *TSAR* 28; vgl ook Boberg 482 e v.

83 As diegene gelyk het wat beweer dat skade net op vermoënskade dui (sien die vorige vn) dan wonder mens waarom die howe in die uitleg van die woord *skade* in bv die Motorvoertuigongelukkewet 84 van 1986 en die Wet op die Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 waar skade nie omskryf word nie, sowel vermoënskade as nie-vermoënskade as skade in ag neem. Die regspraktyk lewer voldoende bewys dat die beperking van skade tot vermoënskade berus op verouderde en uitgediende teorieë wat glad nie meer met die moderne posisie in pas is nie. Op die vraag wat die gemene deler tussen nie-vermoënskade en vermoënskade dan is, is die antwoord eenvoudig dat beide skadevorme gemeen het dat daar 'n afname in die nuttigheidswaarde van 'n regsbeskermdede belang is; die belang kan nie meer sy erkende doel dien of ten volle dien nie.

vorme van skade is, is daar ook gevalle waar die grenslyn nie skerp getrek kan word nie.

Skadevergoeding as funksie van die deliktereg kom gewoonlik daarop neer dat die reg 'n geldbedrag aan die benadeelde beskikbaar stel as ekwivalent vir die aangetaste belang ten einde die skade te probeer neutraliseer. Nou is dit 'n feit dat nie alle vorme van skade werklik deur 'n geldbedrag uitgewis kan word nie. In die praktyk is geld gewoonlik net in staat om by vermoënskade 'n egte of direkte ekwivalent van die aangetaste belang te wees of te voorsien. Maar selfs by vermoënskade kan daar gevalle voorkom waar die skade so moeilik bepaalbaar is dat die skadeomvang slegs deur 'n skatting bepaalbaar is (byvoorbeeld by verlies aan wins weens aantasting van die werfkrag<sup>84</sup>) of waar skadevergoeding eenvoudig nie in staat is om 'n ware ekwivalent vir die skade te voorsien nie (byvoorbeeld waar unieke voorwerpe vernietig of onherstelbaar beskadig word). In sodanige gevalle word met *onvolmaakte kompensasie* te doen gekry. Die rede is dat alhoewel die reg bepaal dat die benadeelde se skade as uitgewis beskou word deur aan hom 'n vasgestelde bedrag geld te betaal wat vir die vermoënsvermindering moet vergoed, die reële skade nie deur die geldbedrag herstel word nie. Hierdie situasie bewys dat dit verkeerd is om net van skadevergoeding of kompensasie te praat indien die skade werklik uitgewis kan word.<sup>85</sup> Ook verwag die reg om voor-die-hand-liggende redes nie van 'n benadeelde dat hy inderdaad sy reële skade moet neutraliseer nie. Trouens, wat hy met die skadevergoedingsbedrag doen of kan doen, is regtens irrelevant.

By persoonlikheidsnadeel of nie-vermoënskade word erken dat die skade in hierdie verband per definisie nie direk in geld uitgedruk kan word nie omdat die aangetaste belange nie 'n egte geldelike ekwivalent het nie.<sup>86</sup> Nogtans kan die volgende argumente gebruik word om die toekenning van kompensasie by persoonlikheidsnadeel as gevolg van 'n liggaamlike krenking te regverdig:

*Eerstens* is dit inkonsekwent om die idee van skadevergoeding by persoonlikheidsnadeel te verwerp omdat geld in so 'n geval gewoonlik nie feitelike herstel van die nadeel kan bewerk nie, maar tog geldelike kompensasie by gevalle van vermoënskade goed te keur waar feitelike herstel ook nie moontlik is nie.<sup>87</sup>

*Tweedens* is dit 'n feit dat die gemeenskap aanvaar dat persoonlikheidsnadeel as gevolg van 'n liggaamlike aantasting wel kompenseerbaar is. Die praktyk van ons howe om by die toekenning van vergoeding by liggaamlike beserings op vorige toekennings in vergelykbare gevalle ag te slaan,<sup>88</sup> dui daarop dat daar tog 'n algemeen aanvaarde geldelike waarde geheg word aan belange wat nie "natuurlikerwys" 'n geldelike waarde het nie. Daar het dus onteenseglik 'n kommersialisering van sekere hoogs persoonlike belange plaasgevind.<sup>89</sup>

84 Sien Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 27 e v.

85 Vgl in die algemeen wat die Duitse reg betref Lange *Schadensersatz* 34 e v.

86 Sien vn 9 *supra*.

87 *supra*.

88 Sien in hierdie verband 1986 *De Jure* 207.

89 Vgl ook Munkman *Damages for personal injury and death* (1973) 18 e v. Hy erken die ooglopende feit dat geld nooit 'n ware ekwivalent vir persoonlikheidsnadeel kan wees nie maar waarsku dat hierdie argument nie te ver gevoer moet word nie. Volgens hom is daar wat by vermoënskade betref talle dinge waarvoor geld geen plaasvervanger is nie maar wat nietemin 'n erkende geldelike waarde het omdat die gemeenskap die *sg unique personal value* verwerp en markwaarde aanvaar. Die beswaar dat hoogs persoonlike belange juis buite die handelsverkeer is, word deur Munkman (17 vn e) verwerp met 'n beroep op die argument dat verhandelbaarheid geen vereiste in die bepaling van die waarde van iets is nie. Hy gaan voort: "It is true that nothing can be measured in terms of money until it is first given a monetary value – monetary value is not inherent in anything except money itself. Values become attached to things by the common judgement of mankind: and this judgement can be applied to determine the fair value of an injury" (19).

*Derdens* is die feit dat by die toekenning van kompensasie by sekere vorme van persoonlikheidsnadeel die skadeomvang nie met rekenkundige presiesheid uitgedruk kan word nie en dat die toepaslike bedrag onder meer aan die hand van 'n redelikhedsmaatstaf<sup>90</sup> bepaal moet word, nie 'n probleem wat eie aan kompensasie by persoonlikheidsnadeel is nie. Dieselfde probleme kom soms by vermoënskade voor.<sup>91</sup>

Die argumente wat hierbo genoem word, bewys dat die indeling vermoënskade/nie-vermoënskade nie terselfdertyd altyd 'n maatstaf is om te bepaal waar skadevergoeding as funksie van die deliktereg relevant is nie – dit kan by beide vorme van skade toepassing vind. Sonder om hier op verdere besonderhede in te gaan, kan in die algemeen verklaar word dat daar genoeg rede is om aan te neem dat skadevergoeding by sowel vermoënskade as persoonlikheidsnadeel weens 'n liggaamlike aantasting aangetref word, terwyl genoegdoening relevant is by ander vorme van persoonlikheidsnadeel waar met die *actio iniuriarum* aageer word.

Vervolgens iets oor die rol van genoegdoening. Volgens moderne regsbeskouinge gaan dit by die veroorsaking van skade vir die privaatreg hoofsaaklik daaroor om die skade deur 'n geldbedrag te probeer kompenseer. Die kwessie van straf en wraakneming is grootliks na die gebied van die strafreg verskuif. Slegs waar kompensasie onmoontlik of onwenslik is, verskuif die klem na genoegdoening as die enigste en finale oplossing van die probleem deur die privaatreg.

By genoegdoening kan die klem nie soseer op die skadeomvang val nie (alhoewel sodanige omvang tog 'n relevante faktor is) maar op die aard en omvang van die onregmatige *optrede*, die skuld en motiewe van die verweerder, die eiser se gevoel van verontregting en voorts faktore soos boetedoening, afskrikking en privaatstraf. In ons reg is die *actio iniuriarum* in die algemeen 'n handboekvoorbeeld van 'n genoegdoeningsaksie waar bovermelde oorwegings relevant is.

## 5 2 Die *actio iniuriarum*

Die hedendaagse *actio iniuriarum* het al die eienskappe wat by 'n “ware” genoegdoeningsfunksie relevant is: dit word gewoonlik net by opsetlike optrede ingestel; dit is in die meeste gevalle duidelik 'n *actio vindictum spirans* wat die onregspeler weens sy optrede 'n geldlas ten gunste van die eiser oplê; dit is nie aktief of passief voor *litis contestatio* oorerflik nie, met ander woorde dit gaan oor 'n persoonlike geskil tussen (ten minste) twee persone; dit vind toepassing by vorme van persoonlikheidsnadeel soos laster, eerkrenking en privaathedskrenking waar van skadevergoeding beswaarlik sprake kan wees;<sup>92</sup> en dit gaan in hoofsaak om die regskrenking wat die eiser te beurt geval het.

Die volgende *dictum* uit *Bruwer v Joubert*<sup>93</sup> bewys die wraak- en strafelement waar die *actio iniuriarum* in 'n geval van owerspel ingestel is:

90 *ex bono et aequo*.

91 Vgl by Van Heerden en Neethling 28. sien terloops ook De Wet en van Wyk 223 vir die beskerming van ideële belange teen kontrakbreuk ingevolge die regsbepalings wat met strafbedinge handel; vgl *Van Staden v Central SA Land and Mines* 1969 4 SA 349 (W).

92 sien ook Burchell 291: “Compensation in defamation is primarily for sentimental loss, which, by its very nature, is not easily translated into monetary terms. It is extremely difficult to separate the punitive and compensatory elements in damages for defamation.” sien ook *SA Associated Newspapers Ltd v Samuels* 1980 1 SA 24 (A) 48D-F.

93 1966 3 SA 334 (A) 338A-E.



“Dit ly geen twyfel nie dat die houding van die oortreder, na die begane daad, uit die aard van die saak ’n belangrike rol moet speel by die vasstelling van die bedrag waarmee die gekrenkte gemoed van ’n eiser deur ’n geldsom getroos moet word. ’n Eerlikbedeelde versoek om vergiffenis wat uit ’n boetvaardige hart kom moet as helende salf op die wond beskou word, terwyl volhardende verstoktheid as sout op die wond gereken moet word. . . . Dat daar in gepaste omstandighede nog ’n strafelement in die veroordeling tot betaling van skadevergoeding [hiermee verwys die regter na ’n geldsom] kan skuil, blyk uit die volgende opmerking van Hoofregter Solomon in *Viviers v Kilian*, ‘It is not desirable that actions of this nature should be encouraged; but on the other hand it is only right that profligate men should realise that they cannot commit adultery with married women with impunity.’

Nie net verswarende omstandighede nie, maar ook omstandighede wat die skade temper moet in ag geneem word, en hieronder sal veral die moontlike gevoelloosheid van die gehoonde, sowel as ’n swak karakter van die oorspelige in oorweging geneem word.”

Die afskrikingsgedagte by laster blyk ook uit *Buthelezi v Poorter*.<sup>94</sup>

“In my view the appropriate way of impressing upon all concerned that attacks of this nature are not to be lightly made, is by awarding substantial damages.”

Die kwessie van ’n straffunksie van die *actio iniuriarum* (wat die “ware” genoegdoeningsfunksie onderlê aangesien die eiser juis tevrede gestel word deurdat die dader deur die betaling van geld belas word), word soms gekritiseer.<sup>95</sup> Ook die sogenaamde verswarende en versagende omstandighede in die bepaling van ’n genoegdoeningsbedrag by laster is in hierdie opsig relevant.<sup>96</sup> Die inagneming van hierdie faktore bring die kwessies van die morele blaamwaardigheid van die dader en die gevoel van verontregting van die eiser duidelik na vore.

In hierdie verband is dit van belang om kennis te neem daarvan dat Van der Merwe en Olivier<sup>97</sup> hulle uitspraak ten gunste van ’n verandering van die *actio iniuriarum* sodat dit nie meer ’n *actio vindictam spirans* sal wees nie. Hulle voer naamlik aan dat die aksie in die lig van die moderne differensiasie tussen die privaat- en die strafreg beswaarlik nog ’n wraakelement kan hê. Hierdie voorstel kom in effek daarop neer dat die *actio iniuriarum* sy tradisionele genoegdoeningskarakter moet verloor want sonder die kwessie van privaatstraf (waarby dinge soos boetedoening, vergelding en afskrikking ’n rol speel) is dit nie meer werklik ’n genoegdoeningsaksie nie. Daar word byvoorbeeld in die algemeen in die Duitse literatuur aanvaar<sup>98</sup> dat “genuegdoening” sonder die idee van boetedoening deur die verweerder leeg en betekenisloos is. Die gepoogde beperking

94 1975 4 SA 608 (W) 617F.

95 Vgl die interessante bespreking in Burchell 290–294. Hy sê (293): “In essence, the controversy surrounding punitive damages is one of emphasis. The critics of punitive damages rightly stress that the court in a civil case must not make an award of damages (or a portion of an award) purely to penalize the defendant for his conduct or to attempt to deter people in future from doing what the defendant has done: punishment and deterrence are functions of the criminal law, not delict. But even the critics of ‘punitive’ damages would, I think, accept that factors aggravating the defendant’s conduct may serve to increase the amount awarded to the plaintiff as compensation, either to vindicate his reputation or to act as a solatium. The emphasis must therefore be on compensating the plaintiff, not on making an example of the defendant.” Vgl verder *Salzmann v Holmes* 1914 AD 471; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 76 in 14.

96 Vgl Burchell 291 e v; 1981 *THRHR* 124; Van der Merwe en Olivier 441–442; Neethling 164–166.

97 241; sien ook Neethling 69.

98 Bv Lorenz 99; sien ook *supra*.



van genoegdoening tot die troos wat by die eiser verwek word sonder om in ag te neem *hoe* dit geskied, is onrealisties en 'n denaturering van die genoegdoeningsbegrip. Van der Merwe en Olivier betoog dus in werklikheid vir 'n *actio iniuriarum* met 'n (hoofsaaklik) kompenenserende doel in plaas van 'n genoegdoeningsdoel.

Die vraag ontstaan nou of die idee van privaatstraf, wat reeds meermale die skyf van kritiek was,<sup>99</sup> nie uitgedien is nie. Dit is sekerlik waar dat daar 'n duidelike ontwikkeling plaasgevind het waarvolgens straf in die algemeen tot die terrein van die strafreg beperk word en skadevergoeding tot die terrein van die privaatrek. In hierdie lig beskou, lyk dit of daar goeie redes is om die oënskynlik laaste verskyningsvorm van privaatstraf, naamlik ingevolge die *actio iniuriarum*, uit die (privaat)reg te weer.

By die oorweging van so 'n voorstel moet in die algemeen in gedagte gehou word dat die moontlike uitkakeling van privaatstraf nie die algemene beskerming wat persoonlikheidsregte geniet, moet verswak nie. Indien die privaatrek dus net vir 'n tipe *solatium* of troosgeld voorsiening maak wat die klem op die nadeel plaas wat die eiser gelyk het sonder om sy moontlike wraakgevoelens of verontregting in ag te neem,<sup>100</sup> ontstaan die vraag of die beskerming van persoonlikheidsregte teen opsetlike inbreukmakings ook (ten dele) deur die strafreg oorgeneem moet word. Volgens die huidige stand van die strafreg is dit duidelik dat die bestaan van misdade soos strafregtelike laster, *crimen iniuria*, aanranding, godslaster, wederregtelike visentering<sup>101</sup> en selfs roekelose of nalatige bestuur van 'n motor in 'n mate voorsien in die behoefte na strafregtelike persoonlikheidsbeskerming. Die beskerming bestaan egter binne eng grense vir sover byvoorbeeld by laster en *crimen iniuria* erns as vereiste gestel word.<sup>102</sup> Die feit dat by 'n strafregtelike skuldigbevinding die dader geen boete aan die benadeelde betaal nie, is miskien ook 'n leemte aangesien die betaling van 'n boete aan die staat nie noodwendig die slagoffer van 'n persoonlikheidskrenking voldoende tevrede stel nie, dit wil sê voldoende genoegdoening aan hom verskaf nie. Die vraag wat voorts ontstaan, is of dit regspolities wenslik is om aan iedere wederregtelike en skuldige (opsetlike) skending van 'n persoonlikheidsreg 'n stigma van kriminaliteit te heg. Iedere sodanige aantasting van 'n persoonlikheidsreg is ook geensins so ernstig dat die strafhowe daarvan kennis hoef te neem nie. Die swaarder bewyslas by 'n strafregtelike vervolging as by die *actio iniuriarum* (waar die eiser gewoonlik ook deur 'n vermoede van opset gesteun word) sal skuldigbevindings bemoeilik.

In die lig van die bogenoemde oorwegings wil dit voorkom of die belange van sowel die gemeenskap as die individu die beste gedien word deur die huidige sisteem waarvolgens net sekere besonder ernstige gevalle van persoonlikheidskrenking publiekregtelik strafbaar is en die benadeelde verder in die algemeen deur 'n tipe privaatstraf genoegdoening ontvang weens die regskrenking.

99 Vgl by ook Van der Walt 1980 *THRHR* 24; Burchell 292.

100 en ook sonder om die verweerder se morele blaamwaardigheid te oorweeg.

101 ingevolge a 28 van die Strafproseswet 51 van 1977. A 28 (2) maak ook voorsiening vir skadevergoeding wat by 'n strafverhoor toegeken kan word en Hiemstra *Suid-Afrikaanse strafproses* (1987) 44 meen dat dit op sowel vermoënskade as nie-vermoënskade van toepassing is.

102 Snyman *Strafreg* (1987) 499-500 502-503.

Daar moet duidelik begryp word dat die idee om privaatstraf<sup>103</sup> uit die privaatreg te weer deur 'n verandering van die *actio iniuriarum* – dog sonder om verskerpte strafregtelike aanspreeklikheid te skep – sodat die *actio iniuriarum* altyd bloot vir 'n tipe troosvergoeding voorsiening maak, nie lewensvatbaar is nie:

*Eerstens* is dit so 'n radikale breuk met die historiese ontwikkeling en die moderne aard van die *actio iniuriarum* dat net 'n wetgewingsdaad waarskynlik so 'n verandering kan bewerkstellig. Dat wetgewing in beginsel by 'n aangeleentheid soos hierdie uiters onwenslik is, behoef weinig betoog.

*Tweedens* is die troosvergoeding waarvoor die *actio iniuriarum* sonder privaatstraf voorsiening maak, in 'n sekere sin leeg en betekenisloos; daar mag naamlik dan geen kennis geneem word van 'n belangrike kwessie soos die gesindheid van die dader nie. Dit is moeilik om in te sien hoe trooskompensasie, in teenstelling met ware genoegdoening waar private straf 'n rol speel, 'n voldoende remedie in die geval van 'n opsetlike persoonlikheidskrenking kan wees. Persoonlikheidskrenkings soos laster, belediging ensovoorts is in werklikheid nie vatbaar vir skadevergoeding nie (tensy die betrokke persoonlikheidsbelange meer gekommersialiseer word – iets wat tans onrealisties lyk) en kan alleen deur genoegdoening goedgemaak word waar privaatstraf 'n rol speel. Troosvergoeding neem nie werklik kennis van die benadeelde se gevoel van verontregting nie.

Hoeseer die idee van private straf ook al in stryd met sekere dogmatiese beskouinge mag wees, wil dit inderdaad voorkom of daar in die afsienbare toekoms geen alternatief is as om die *actio iniuriarum* as 'n ware genoegdoeningsaksie met strafelemente te behou nie.<sup>104</sup>

Wat skuldlose aanspreeklikheid ingevolge die *actio iniuriarum*<sup>105</sup> betref, kan private straf sonder bewys van skuld afgekeur word op min of meer dieselfde gronde as publiekregtelike straf sonder skuld.<sup>106</sup> Dis egter onnodig om by hierdie kwessie verder stil te staan.

### 5 3 Die aksie weens pyn en lyding

Reeds uit die bespreking van sekere aspekte van die aksie weens pyn en lyding in vergelyking met die Duitse *Schmerzensgeld* het dit geblyk dat daar goeie historiese, teoretiese en praktiese gronde is om te sê dat die betrokke aksie 'n

103 Privaatstraf bestaan nie net by bv die *actio iniuriarum* nie maar o a ook in die sisteem waarvolgens die verloorder by 'n geding gewoonlik die koste moet dra (sien Burchell 29).

104 sien ook terloops die volgende opmerkings van Grossfeld *Die Privatstrafe* (1961) 125 waar hy die bestaan van privatstraf so regverdig: "Die Privatstrafe hat auch heute noch oder erst recht eine Daseinsberechtigung. Sie ist besonders geeignet zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, soweit immaterielle Schäden in Rede stehen. Gegen ihre Einführung in das geltende Recht bestehen keine durchgreifenden Bedenken." Vgl ook die volgende standpunte waarna Grossfeld 103 i v m die strafkarakter van die *actio iniuriarum* verwys: "Der Strafcharakter der Genugtuung wird besonders hervorgehoben bei Verletzung anderer höchstpersönlicher Rechtsgüter als Körper und Leben. *Seng* hält die Genugtuung die ausschließlich auf den Verletzten sieht, nur bei Körperverletzungen für angemessen, nicht aber bei Ehrverletzungen. Er bedauert gerade in Hinblick auf den Schutz der Ehre das Fehlen von Privatstrafen. *Kohler* betrachtet die Genugtuung in diesem Fall ebenfalls als unzulänglich und ruft aus: Glücklich noch die Zeit, als man sich hier mit Geldstrafe half, als hier noch die *actio iniuriarum aestimatoria* eine Rolle spielte. . ." Maar vgl 'n teenoorgestelde standpunt deur Ströfer *Schadenersatz und Kommerzialisierung* (1982) 31.

105 bv by onregmatige arrestasie en aanspreeklikheid weens laster deur die massamedia (Neethling 68 vn 52).

106 sien o a Snyman 270–271.

kompensasiefunksie het. Hiermee word bedoel dat dit op onvolmaakte wyse 'n tipe kompensasië of skadevergoeding wil bewerkstellig. Dit kan ook misleidend wees om hierdie kompensasië as "genoegdoening" te beskryf sonder om te kwalifiseer dat dit nie "genoegdoening" soos by die *actio iniuriarum* is nie. Ook die feit dat beide vermelde aksies by die vergoeding van persoonlikheidsnadeel ter sprake kom, voer mens nog nie daartoe dat hulle maar basies dieselfde funksie vervul nie.

In hierdie verband moet ook gelet word op die standpunt van Van der Merwe en Olivier<sup>107</sup> dat dit nie werklik nodig was om die aksie weens pyn en lyding te erken nie en dat mens jou moet afvra

"of heil nie eerder geleë is in die omvangsverbreding van die *actio iniuriarum* deur van die opsetsvereiste af te sien nie. Laasgenoemde aksie kan, in die lig van die moderne regs-wetenskaplike differensiasie tussen privaat- en strafreg, beswaarlik nog as *vindictam spirans* aangemerkt word. Waarom, per slot van rekening, dan prinsipiëel nie aan persoonlikheidsgoedere dieselfde beskerming met die *actio iniuriarum* verleen as dié wat die *actio legis Aquiliae* aan vermoënsgoedere verleen nie?"

Hierdie opmerkings, wat vroeër ook aangeraak is, impliseer onder meer dat by die vergoeding van persoonlikheidsnadeel as gevolg van 'n liggaamlike aantasting, daar geen behoefte aan die straffunksie van die *actio iniuriarum* is nie en dat by laasgenoemde aksie hierdie funksie ook moet verdwyn. 'n Belangrike aspek van die verdwyning van die straffunksie by die *actio iniuriarum* is dat opset nie meer as skuldvereiste gestel word nie maar slegs nalatigheid.

Op die vraagstukke in verband met die wenslikheid van 'n straffunksie in die privaatreg is reeds hierbo ingegaan.<sup>108</sup> In hierdie stadium moet egter beklemtoon word dat, soos die bronne eenparig aandui, die aksie weens pyn en lyding heeltemal buite die Romeinsregtelike *actio iniuriarum* ontwikkel het; nie maar net om aanspreeklikheid na nalatige (in teenstelling met opsetlike) handeling uit te brei nie<sup>109</sup> maar juis om in hoofsaak vir kompennerende vergoeding voorsiening te maak en nie vir "vergeldende" genoegdoening soos die *actio iniuriarum* nie.<sup>110</sup>

Uit die praktyk in verband met die aksie weens pyn en lyding is dit baie duidelik dat dit geen primêre genoegdoeningsfunksie het of behoort te hê nie. 'n Aantal aspekte in hierdie verband is reeds vroeër bespreek en dit is voldoende om met die volgende punte te volstaan:

a Die aksie weens pyn en lyding het geen straffunksie nie, met ander woorde dinge soos boetedoening weens onreg en die skuldgraad van die dader is irrelevant. Die praktyk bewys juis dat die howe in die maak van toekennings hulle nie steur aan dinge soos boetedoening of onregsvergelding nie. Diegene wat

107 241.

108 Vgl par 5 2 *supra*.

109 Vgl ook terloops oor die kwessie van opset by die aksie weens pyn en lyding *Brown v Hoffman* 1977 2 SA 556 (NK); *Boswell v Minister of Police* 1978 3 SA 268 (OK) en die bespreking in Visser *Kompensasië en genoegdoening ingevolge die aksie weens pyn en leed* (proefskrif Unisa 1980) 289 e v oor die sameloop tussen die aksie weens pyn en lyding en die *actio iniuriarum*.

110 Met hierdie argumente word nie te kenne gegee dat aanpassings van die *actio iniuriarum* soos deur bv Van der Merwe en Olivier en andere gevra word, sonder meer onwenslik is nie. Daar is sekerlik gevalle waar bv nalatigheid voldoende vir aanspreeklikheid met hierdie remedie behoort te wees. Vgl vn 52 *supra* wat *mutatis mutandis* van toepassing is t a v 'n *actio iniuriarum* met nalatigheid as skuldvereiste.



beweer dat die aksie genoegdoening ten doel het, sal hulle bewering dus beter moet probeer staaf.<sup>111</sup>

b In die praktyk word die aksie feitlik net teen 'n statutêre versekeraar ingestel; dit dui op die volkome depersonalisering van die geskil, anders as by die *actio iniuriarum*.

c Om 'n ware genoegdoeningsfunksie aan die aksie weens pyn en lyding toe te ken, sou inderdaad op 'n ongeoorloofde en onwenslike repoenalisering van die privaatreë neerkom.

d Genoegdoening kom by die aksie weens pyn en lyding hoogstens in 'n sekondêre sin ter sprake te wete waar die benadeelde die kompensasiëbedrag subjektief as genoegdoening ervaar – 'n ervaring wat ook by die *actio legis Aquiliae* kan voorkom. Maar die primêre doel van die reg by die aksie weens pyn en lyding is net so min genoegdoening as wat dit die geval by die *actio legis Aquiliae* is.

e Een omvattende aksie waarin sowel die aksie weens pyn en lyding as die *actio iniuriarum* opgeneem word, is beswaarlik moontlik in die lig van die belangrike verskille wat daar tussen die twee aksies bestaan.<sup>112</sup>

f Die aksie weens pyn en lyding is in die praktyk passief oorerflik aangesien dit gewoonlik teen 'n statutêre versekeraar ingestel word;<sup>113</sup> dit is egter, na analogie van die posisie by die *actio iniuriarum*, in ieder geval aktief en passief oorerflik na *litis contestatio*. Die aktiewe onoorerflikheid van die aksie weens pyn en lyding dui nog nie daarop dat dit 'n genoegdoeningsaksie soos die *actio iniuriarum* is nie want die hoogspersoonlike aard van die aanspraak weens pyn en lyding is nie onversoenbaar met die gedagte van kompensasië nie.<sup>114</sup>

111 Die volgende *dictum* uit *Hoffa v SA Mutual Fire and General Insurance* 1965 2 SA 944 (K) 954G–955A is na my mening glad nie voldoende om 'n afleiding te regverdig dat die aksie weens pyn en lyding 'n genoegdoeningsaksie is nie: “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 iniuriarum* to someone as a salve to his wounded feelings.” Vgl verder 1981 *THRHR* 120 134 e v. Die feit dat daar ooreenkomste tussen die aksie weens pyn en lyding en die *actio iniuriarum* is, bewys natuurlik nog nie dat die twee aksies wesenlik dieselfde is nie.

112 waarmee die ooreenkomste tussen die twee aksies nie ontken word nie.

113 Sien die Wet op Motorvoertuigongelukke 84 van 1986; vgl ook *Milne v Shield Insurance* 1969 3 SA 352 (A); Scott *Die geskiedenis van die oorerflikheid van aksies op grond van onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (proefskrif Leiden 1976) 191 e v.

114 soos die Duitsregtelike *Schmerzengeld*-aanspraak in hierdie verband duidelik aantoon. Hierdie aanspraak is ook net aktief oorerflik nadat die eiser stappe gedoen het om te eis maar die kompensasiëfunksie daarvan by die vergoeding van persoonlikheidsnadeel i v m liggaamlike beserings staan vas.



# Die grondslag van die *condictio indebiti*\*

DP Visser

*B Iur LLD Dr Iur*

*Professor in die Romeins-Hollandse Reg en die Privaatreg, Universiteit van Kaapstad.*

TER HERDENKING VAN 900 JAAR REGSWETENSKAP: 1088-1988\*

## SUMMARY

### The basis of the *condictio indebiti*

The historical perspective attempts to explain the true basis of the *condictio indebiti* and to show how a proper understanding thereof may render the error requirement redundant. It appears that in classical Roman law the *condictio "indebiti soluti"* was founded on the fact that the retention of the performance by the receiver was held to be *sine causa* owing to the failure of the object or purpose of that performance. This basis survived into the Middle Ages and, because of that, into Roman-Dutch law and therefore could form part of South African law. Failure of the object of the performance does not preclude error from being an element of the *condictio indebiti* but, significantly, does not necessitate the adoption of this requirement either. A critical analysis shows, furthermore, that the traditional justification for disallowing the *condictio indebiti* when a performance has been made with the knowledge that it is not owed (namely that such a performance should be treated as a donation) is unacceptable and that the retention of the requirement leads to a great deal of uncertainty. On the other hand, the historical basis of the *condictio indebiti* itself provides a clear and neat criterion by which to judge whether the retention of an unowed performance is justified or not.

## INLEIDING

Meer as twintig jaar gelede het Van der Walt<sup>1</sup> reeds die afskaffing van dwaling as 'n vereiste vir die *condictio indebiti* voorgestel, maar geen hof het tot nog toe enige blyke gegee dat dié vereiste heroerweeg gaan word nie.<sup>2</sup> Dit is natuurlik

\* Die wieg van ons regswetenskap staan by die Universiteit van Bologna, waar Irnerius (wat tradisioneel as die grondlegger van die regskool aldaar beskou word) teen die einde van die 11e eeu die studie van die Romeinse reg onderneem het. Hierdie universiteit vier gedurende 1988 sy negehonderdste bestaansjaar. Die doel van hierdie artikel is om opnuut die belangrikheid van die regsgeskiedenis te onderstreep deur aan te toon hoe die arbeid van die 12e eeuse regskool te Bologna steeds relevant is tot die hedendaagse beoefening van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika. Die artikel is 'n verwerking van gedeeltes van my proefskrif *Die rol van dwaling by die condictio indebiti: 'n regshistoriese ondersoek met 'n regsvergelijkende ekskursus* (Leiden 1985).

1 "Die condictio indebiti as verrykingsaksie" 1966 *THRHR* 228.

2 Vgl *Rulten v Herald Industries* 1982 3 SA 600 (T) 607; *De Vos Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 172.

nie verbasend nie, want uit die aard van ons regsisteem vorm die feit dat 'n reël oor 'n lang tydperk dikwels deur die howe erken is, op sigself 'n sterk regverdiging vir die voortgesette erkenning van daardie reël. As hierby gevoeg word dat die reël dwarsdeur die ontwikkeling van die gemenerereg sonder kritiek aanvaar is, word dit duidelik dat daar besondere oorwegings voorgehou sal moet word om dit verander te kry.

Dit is egter so dat die dwalingsvereiste by die *condictio indebiti* nie alleen in sekere gevalle tot onbillikhede lei nie, maar ook veroorsaak dat 'n magdom prinsipiële probleme op die een of ander wyse opgelos moet word ten einde die vereiste effektief toe te pas: (a) Daar moet besluit word presies welke voorstellings deur die presteerder as 'n "dwaling" aangemerkt behoort te word. Dit sluit vrae in soos of algehele onkunde (*ignorantia*) oor dieselfde kam geskeer moet word as dwaling (*error*); of twyfel ook as dwaling gereken behoort te word en, indien wel, of alle vorms van twyfel voldoende is. (b) Vervolgens is daar die problematiek rondom die kwaliteit van dwaling, dit wil sê of slegs 'n feitedwaling of beide 'n feite- en 'n regsdwaling aanvaarbaar behoort te wees en of verskoonbaarheid 'n rol moet speel en, indien wel, of dit by sowel regs- as feitedwaling van belang is. (c) Laastens moet ook standpunt ingeneem word ten aansien van betalings onder dwang en protes. Al hierdie komplekse probleme kan vermy word deur dwaling eenvoudig nie as 'n vereiste vir die *condictio indebiti* te stel nie. Van der Walt<sup>3</sup> verklaar tereg dat

"die toets om vas te stel of verryking ongeregtig was of nie 'n suiwer objektiewe kriterium is, waarby subjektiewe faktore soos dwaling en die aard van die dwaling van die partye geen rol speel nie".

Om hierdie objektiewe kriterium vir òf die verrykingsreg in die algemeen òf vir individuele verrykingsaksies te omskryf, is egter iets waarvoor regsgeleerdes in Europa en hier te lande nog geen eenstemmigheid kon bereik nie. In die Suid-Afrikaanse reg is daar weliswaar wye konsensus dat die *condictio indebiti* op ongeregtigde verryking gebaseer is, soos blyk uit talle uitsprake van ons howe<sup>4</sup> en skrywers.<sup>5</sup> "Ongeregtigde verryking" beteken egter in die Suid-Afrikaanse reg "verryking *sine causa*"<sup>6</sup> en dié begrip moet ontleed word om die kern van hierdie grondslag bloot te lê. Met ander woorde, vir huidige doeleindes is die eintlike vraag: waarom merk die reg 'n besondere onverskuldigde betaling as ongeregtigde verryking aan en 'n ander nie? Die hieropvolgende historiese perspektief poog om 'n antwoord op hierdie vraag te gee en om aan te toon hoe 'n korrekte begrip van die grondslag van die *condictio indebiti* die dwalingsvereiste irrelevant kan maak.

## DIE ROMEINSE REG

Deur die eeue heen het 'n wye verskeidenheid teorieë ter verklaring van die grondslag van die Romeinse *condictio* vir 'n *indebitum solutum*<sup>7</sup> die lig gesien. So was die beskouing dat die prestasie-behoud by 'n onverskuldigde betaling as

3 *Condictio indebiti* 227.

4 *Bell v Ramsay* 1928 NPD 226 275; *De Villiers v Bullbrand Fertilizers Ltd* 1941 TPD 131 133 *in fine* - 135; *King v Cohen Benjamin & Co* 1953 4 SA 651 (W); *Weedon v Bawa* 1959 4 SA 735 (D) 742; *Rulten v Herald Industries supra* 605-607.

5 De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 153 e v.

6 Lotz "Enrichment" 9 *LAWSA* par 64(d).

7 Soos wel bekend, was die term "*condictio indebiti*" 'n skepping van die Justiniaanse reg

*sine causa* aangemerkt moet word op grond van 'n stilswyende ooreenkoms tussen die partye, gedurende die sestiende eeu gesaghebbend. Dié opvatting, wat sy ontstaan aan Donellus te danke het<sup>8</sup> en tot in ons gemener eg deurgedring het,<sup>9</sup> ly egter aan die gebrek dat dit nie die werklikheid weerspieël nie: by betalings kom partye in die normale loop van omstandighede nou eenmaal nie ooreen dat daar 'n terugbetaling sal wees as dit onverskuldig is nie; juis die feit dat die partye gewoonweg dink dat die prestasie wel verskuldig is, maak sodanige ooreenkoms 'n onwaarskynlikheid. Teen die sewentiende eeu het 'n verwante teorie die lig gesien. Vinnius<sup>10</sup> en Voet<sup>11</sup> het naamlik die *condictio indebiti* (as synde 'n *quasi*-kontrak) gebaseer op 'n regsvermoede dat die betaler onder 'n voorwaarde *sou* betaal het as hy geweet het dat die betaling onverskuldig was. Hierteen kan natuurlik geopper word dat 'n fiksie nooit werklik 'n regsverskynsel kan verklaar nie, maar slegs 'n kruik is waarop gesteun word by gebrek aan insig omtrent die werklike grondslag van die verskynsel. In die negentiende eeu vind 'n mens weer die grondvesting van die *condictio indebiti* (in navolging van Windscheid se "veronderstellingsteorie")<sup>12</sup> op die idee dat die wil van die presteerder by die betaling van 'n vermeende skuld beperk word deur 'n veronderstelling van verskuldigheid; as dié veronderstelling vals blyk te wees, word die ongerymdheid tussen die werklike wil en die regswerking (eiendomsoorgang) wat deur die wil (soos uitgedruk) teweeggebring is, opgelos deur die verpligting om dit wat ontvang is, terug te betaal. Die verheffing van die werking van 'n veronderstelling tot dié van 'n voorwaarde is egter ook duidelik onaanvaarbaar.<sup>13</sup>

Teen die middel van hierdie eeu het daar egter 'n aantal besonder oortuigende teorieë met betrekking tot die grondslag van hierdie *condictio* na vore gekom. Sanfilippo<sup>14</sup> beskou byvoorbeeld die behoud as *sine causa* wanneer daar, objektief gesproke, geen reg tot behoud deur die regsorde verleen word nie. Hy konstrueer verskillende losstaande *causae* vir die behoud van die prestasie:

"Tale causa remota<sup>15</sup> è di natura obbiettiva; consiste infatti in un titolo (obbligazione da estinguere, donazione ecc.) riconosciuto dall'ordinamento giuridico come legittimante lo spostamento patrimoniale dall'uno all'altro subietto."<sup>16</sup>

*vervolg van vorige bladsy*

en onbekend aan die klassieke reg, waar die oeroue *condictio* 'n algemene regsmiddel was wat in 'n verskeidenheid gevalle aangewend kon word, te wete by *mutuum*, *contractus litteris*, *stipulatio certi*, *furtum* en, in die woorde van Kaser, "unberechtigte Vorenthaltung" (ongegronde onthouding/retensie): lg synde reeds deur die klassieke juriste in breë kategorieë ingedeel, waarvan een die *condictio* vir die terugvordering van 'n "indebitum solutum" was. Vgl Kaser *Das römische Privatrecht* (1971) e v; Von Lübtow *Beiträge zur Lehre von der condictio nach römischen und geltenden Recht* (1975) 137; Schwarz *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* (1952) 47–64. Wanneer die begrip "condictio indebiti" hieronder in verband met die klassieke reg gebruik word, word dit met bg in gedagte gedoen.

8 Vgl Donellus *Commentarii de iure civili* 14 16 3–11.

9 Vgl bv die Suid-Nederlandse skrywers Wesenbecius *Paratitla in Pandectas ad D 12 6* en Perezius *Praelectiones in duodecim libros codicis Justiniani Imp ad C 4 5*.

10 *Ad Inst* 3 28(27) 6.

11 44 7 5.

12 Vgl Windscheid *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (1850) 4 e v; *Lehrbuch des Pandektenrechts* I (1906) 507 e v.

13 Vir kritiek op die veronderstellingsteorie van Windscheid, vgl veral Lenel "Die Lehre von der Voraussetzung" 1889 *Archiv für die civilistische Praxis* 213–219.

14 *Condictio indebiti* I (1943) 77 e v.

15 *Sc causa retinendi*.

16 *Condictio indebiti* 79.



By hom is daar dus geen enkele onderliggende beginsel waarvolgens die behoud as *sine causa* aangemerkt kan word nie. Talle skrywers stem egter nie saam dat daar slegs verskillende *causae retinendi* was wat sonder enige onderlinge verband naas mekaar gestaan het nie, en ag dit moontlik om so 'n verband aan te dui tussen enersyds die gevalle waar die objektiewe reg 'n *causa retinendi* erken het, en andersyds tussen die gevalle waar die behoud as *sine causa* beskou is.

So argumenteer Schwarz<sup>17</sup> dat die behoud *sine causa* was wanneer die prestasiedoel ten opsigte waarvan die partye hul verenig het, misluk het. Soos bekend, veronderstel die instelling van die *conductio* dat daar 'n geldige *datio* was, dit wil sê ook 'n geldige *causa dandi*. Uit dié *causa dandi*, verklaar Schwarz, blyk wat die doel was wat die partye met die vermoënsverskuiwing gehad het. As die *datio* byvoorbeeld 'n *causa* "solvendi" (*genitivus epexigeticus*) gehad het, volg hieruit dat dit "solvendi causa" (*gerundivum*-konstruksie om doel uit te druk) geskied het.<sup>18</sup>

Hier moet daarop gelet word dat daar natuurlik altyd met 'n sekere motief, 'n beweegrede, betaal word. Dié motief word ook in die klassieke reg met die begrip "causa" weergegee<sup>19</sup> en hieruit blyk die doel waarmee die prestasie uit die oogpunt van die presteerder geskied. Dit is egter "ein subjektiver, ein Parteizweck".<sup>20</sup> Hierdie *causa* en die daarmee gepaardgaande doel is oor die algemeen juridies irrelevant.<sup>21</sup> Dit word eers juridies relevant wanneer dit deur die ooreenstemmende wille van die partye tot "Geschäftszweck", tot objektiewe doel, verhef is.<sup>22</sup> Schwarz konstrueer dus wel 'n ooreenkoms tussen die partye – egter nie 'n ooreenkoms om terug te gee nie, maar slegs 'n ooreenkoms ten aansien van wat die prestasiedoel is. In teenstelling met die aanname van 'n teruggawe-ooreenkoms by die partye vir geval die prestasie onverskuldig is, moet die beskouing dat die partye normaalweg op die doel van die prestasie ooreenkoms myns insiens wel as in ooreenstemming met die lewenswerklikheid aanvaar word. Word die doel van die *datio* dan inderdaad bereik (byvoorbeeld die doel was die betaling van 'n skuld en omdat die skuld wel bestaan het, het skuldaflossing, *liberatio*, ingetree) skep die verwerkliking van die prestasiedoel ("Geschäftszweck"), soos blyk uit die *causa dandi*, die *causa retinendi*. Word die doel nie bereik nie, word die behoud as ongeregverdig beskou en is daar dan 'n geval van *sine causa retinere* voorhande.<sup>23</sup>

Uit die tekste wat Schwarz ter ondersteuning van sy standpunt aanvoer, kan dié as voorbeeld genoem word:

"D 12 6 19 1 (Pomp lib 22 ad Sab). Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit: veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit et is quod dedit repetere poterit . . ."

Ook 'n skuldenaar uit 'n generiese verbintenis, wat verkeerdelik meen dat hy 'n bepaalde saak skuld en dit dan lewer, betaal sonder om bevry te word en kan

17 *Grundlage* 225–230.

18 *ibid* 229 228 vn 22.

19 *ibid* 121.

20 *ibid* 225.

21 *ibid*.

22 Vgl veral *ibid* 229–230.

23 *ibid* 23.



gevolglik terugeis;<sup>24</sup> so ook iemand wat meen dat daar 'n alternatiewe verbintenis bestaan, terwyl dit nie die geval is nie en dan 'n ander saak as die een wat werklik geskuld word, lewer.<sup>25</sup> Uit hierdie gevalle<sup>26</sup> blyk die noue band tussen *liberatio* en die *condictio* op grond van 'n "indebitum solutum" – as eersgenoemde nie plaasgevind het nie, word laasgenoemde toegestaan.<sup>27</sup> (Omdat die onderhawige ondersoek op die *condictio indebiti* gerig is, word met die pasgenoemde bewyse volstaan, maar daar moet in gedagte gehou word dat Schwarz die mislukking van die prestasiedoel ook as die grondslag van die *condictio* in die algemeen voorhou.<sup>28</sup>)

Hierdie teorie verskaf 'n objektiewe grondslag vir die *condictio* in die sin dat dit altyd toegelaat word waar die prestasiedoel misluk het, maar dit neem ook subjektiewe elemente in ag juis omdat die doel waarop die partye ooreengekom het, 'n bepalende rol speel.

Simonius<sup>29</sup> stem nie saam met die teorie van Schwarz dat die *causa retinendi* in die verwesenliking van die ooreengekome prestasiedoel geleë is nie.<sup>30</sup> Hy verklaar dat die bestaan van sodanige *causa* in die klassieke reg eerstens afhang van "was bei der *datio* als verabredet zu gelten hat".<sup>31</sup> By die betaling van 'n skuld is die afspraak volgens hom die volgende:

"Mit der Nennung der Schuld behält der *dans* seine Befreiung vor, und tritt dieser Erfolg ein, ist das Haben des *accipiens* gerechtfertigt."<sup>32</sup>

Hy aanvaar dat die *condictio* op ongegronde behoud berus en hy konstrueer geen stilswyende teruggawe-ooreenkoms deur bogenoemde opmerking nie. Hy meen slegs dat die partye hul nie op 'n "Geschäftszweck" nie, maar op die wil waarmee die prestasie verrig word, verenig. Sou die daaropvolgende *datio* in ooreenstemming wees met "dem vom *dans* verbindlich geäußerten Willen", skeep dit die "causa retentionis"; sou dit nie daarmee in ooreenstemming wees nie, skeep hierdie gebrek die "causa conditionis".<sup>33</sup> Simonius<sup>34</sup> lei dit af uit die aandag wat in tekste soos *D 46 3 58 pr* (*Ulp lib 80 ad ed*) aan die "mens" waarmee die prestasie geskied, gewy word:

24 Schwarz *ibid* 26 verwys in hierdie verband na *D 12 6 32 3* (*Jul lib 10 dig*): "Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet; et ideo si, cum existimaret se Stichum promississe, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit": "Der Schuldner hätte durch diese Leistung befreit werden können, wenn er die – zur Gattung gehörende – Sache in Kenntnis des Charakters seiner Schuld geleistet hätte. Er wusste aber nichts davon; sonst würde er geleistet haben, wie er am billigsten davonkommen konnte (*D 17 1 52*), jedenfalls aber nicht den Stichus. Er hat sein Wahlrecht durch diese Leistung in Wahrheit nicht ausgeübt; er hat es noch: Befreiung ist nicht eingetreten. Sein Irrtum ist der Grund, Weswegen die Leistung keine *liberatio* erzeugt hat. Die Parteien haben nur gewähnt, die Hingabe des Stichus werde zur Schuldbefreiung führen; es ist *ex falsa causa* geleistet worden."

25 *C 12 6 19 3* (*Pomp lib 22 ad Sab*): "Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cum Stichum debeam, et Pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum: nec enim pro eo quod debeo videor id solvisse." Vgl t a v hiedie teks Schwarz *Grundlage* 27.

26 Vir verdere tekste sien Schwarz *Grundlage* 24 e v.

27 *ibid* 281.

28 Vgl t a v hiervan *ibid* 224 e v, asook *passim*.

29 Simonius "Zur Frage einer einheitlichen causa conditionis" *Festschrift Hans Lewald* (1953) 168 e v.

30 *ibid* 171.

31 *ibid* 168.

32 *ibid*.

33 *ibid* 172–174.

34 *ibid* 169.

“Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit quando liberetur? Et ait Iulianus cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. Idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? Et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset; priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extingui conditionem, cum dominus ratum habuisset posteriore tunc demum nasci conditionem, cum dominus ratum habuisset.”<sup>35</sup>

Die teorieë van Sanfilippo, Schwarz en Simonius kan nie een sonder meer verwerp word nie, maar vanweë die feit dat die klassieke juriste so terughoudend was met betrekking tot die daarstelling van die grondslae van hul uitsprake,<sup>36</sup> is die spreek van ’n finale woord in hierdie verband uiters moeilik. Die vraag is naamlik nie of ’n besondere teorie in die lig van die bronne en die logika moontlik is nie, maar of dit die beskouing van die klassieke juriste weergee. En juis in ’n geval soos die onderhawige, waar verskillende analyses met die bronne verenigbaar is, is die gevaar groot dat ’n histories-onjuiste beskouing as klassiek gepropageer word slegs omdat dit logies moontlik is. By ’n beoordeling van die verskillende teorieë skyn dié van Sanfilippo die “veiligste” te wees: die teorieë van Schwarz en Simonius is nie in stryd daarmee nie – beide neem dit net ’n stap verder en konstrueer ’n geïntegreerde *causa retendi* en daarmee saam ’n eenheidsmaatstaf vir die beoordeling van wanneer *sine causa* behou word.

Die teorieë van Simonius en Schwarz is egter besonder aantreklik en myns insiens is daar nie so ’n groot verskil tussen hierdie teorieë as wat Simonius wil voorgee nie.<sup>37</sup> Sy verklaring dat die partye hulle verenig op die “vom *dans* verbindlich geäußerten Willen”, skyn my in wese slegs ’n ander wyse te wees om presies te sê wat Schwarz sê, want as daarop gelet word dat hierdie wil wat deur die presteerder (by ’n betaling van ’n werklike of vermeende skuld) geuiter word, die voorwaarde is dat hy bevry word, kom die partye volgens hom ook op die doel van die prestasie ooreen aangesien bevryding tog die doel van ’n betaling op grond van ’n skuld is. Dit skyn my moontlik om te konkludeer dat die klassieke grondslag van die *conductio* geleë is in die feit dat die prestasie sonder regsgrondslag behou word, met die sterk waarskynlikheid dat die objektiewe reg daardie gevalle as ongegronde retensie aangemerkt het waar die ooreengekome prestasiedoel misluk het.

Prestasiedoelmislukking was waarskynlik ook die grondslag van die *conductio indebiti* in die Justiniaanse reg want die tekste wat met betrekking tot die klassieke reg hierop dui, geld immers in gelyke mate vir die Justiniaanse reg. Die enigste verskil tussen die klassieke en Justiniaanse reg ten aansien van die grondslag van die *conductio indebiti* is daarin geleë dat die mislukking van die prestasiedoel (*sc* “*liberatio*”) nie vir die Bizantyne dui op ’n *retentio sine causa* nie,

35 Hy steun verder op *D* 12 4 3 *pr* en *D* 12 4 3 7.

36 Simonius *Causa conditionis* 173; Kaden “Das Schrifttum der Jahre 1950–1953 zur römischen Bereicherungslehre” 154 *Zeitschrift der Savigny Stiftung* (Römische Abteilung) (ZSS (RA)) 584.

37 Teen die beskouing van Simonius, wat terloops ’n sterk ooreenkoms toon met die “Voraussetzungs”-teorie van Windscheid, is veral aan te merk dat die steun wat hy in die bronne skyn te vind nie noodwendig sy opvatting bewys nie – want ook in die teorie van Schwarz is dit belangrik om vas te stel “qua mente solutio sit”, nl om die ooreengekome prestasiedoel te bepaal. Die teorie van Schwarz is ook terug te vind by Kaser *Röm Privatrecht* I 595–596: Schwarz se *Grundlage* was nl oorspronklik sy “Habilitationsschrift” voorberei onder leiding van Kaser.

maar op 'n *datio sine causa*; dog nie *sine causa* vir doeleindes van eiendoms-oordrag nie, maar slegs *sine causa* in soverre dit nie ook 'n objektiewe of materiële regverdiging het nie, welke feit dan die *condictio indebiti* beskikbaar stel.<sup>38</sup>

## DIE MIDDELEEUE

Omdat die Romeinse reg in sy middeleeuse gedaante in die Romeins-Hollandse reg gerespieer is, is die grondslagsbeskouing van die *condictio indebiti* gedurende die middeleeue natuurlik van besondere belang. Die vraag is dus nou of die oorspronklike grondslag van hierdie *condictio* in die middeleeue herbevestig is of nie. Myns insiens is dit wel die geval; dit kan soos volg verduidelik word:

'n Onverskuldigde betaling ressorteer ook vir die Glossatore onder onge-regverdigde verrykings,<sup>39</sup> maar (soos in die Romeinse reg) is die verrykingsidee slegs 'n "letzte Stütze" vir die *condictio* – die swaartepunt is geleë in die gebrek aan 'n *causa*. Die *causa* word dan ook deur Söllner<sup>40</sup> beskryf as "der tragende Gesichtspunkt im Konditionenrecht des Mittelalters". Ten einde te begryp wat die voorwaardes was waaronder 'n *datio* in die middeleeue as *sine causa* beskou sou word, is dit dus nodig om die siening van die begrip "causa" gedurende hierdie tydperk van nader te beskou.

Ten aanvang, enkele voorafgaande opmerkings:

a Die hantering van die begrip "causa" deur die middeleeuse skolastici – en dus ook die middeleeuse juriste – berus op die Aristoteliaanse kousaliteitsteorie.<sup>41</sup> Daar was egter geen sistematiese behandeling van die kousaliteitsprobleem in die filosofiese literatuur van die middeleeue nie<sup>42</sup> en mens vind meestal (ook by die juriste) slegs 'n gebruik van (as bekend-veronderstelde) basiese begrippe in dié verband, sonder enige verdere uitleg.<sup>43</sup> Gevolglik kan nie altyd direkte getuënis gevind word van wat die beskouing van 'n bepaalde juris ten aansien van hierdie begrippe was nie. Tog kan, juis op grond van hierdie werkswyse, aangeneem word dat begripsomskrywings wat wél voorkom – by gebrek aan getuënis tot die teendeel – die algemene opvatting weergee. Mens moet nietemin bedag wees op onderlinge verskille en ontwikkelinge en die feit dat sekere begrippe in die juridiese en filosofiese literatuur verskillende betekenis gehad het.<sup>44</sup>

b Die Glossatore, soos die Bizantyne (en ook die Suid-Afrikaanse reg) bekijk die begrip "causa" by die *condictio indebiti*, anders as die klassieke juriste, nie vanuit die perspektief van die ontvanger nie, maar vanuit die gesigspunt van die presteerder. Met ander woorde, vir hulle beteken die begrip "sine causa" ook *sine causa dationis* en nie *sine causa retentionis* nie.

38 Schwarz *Grundlage* 209.

39 Vgl Dawson *Unjust enrichment – a comparative analysis* (1951) 64 *in fine* – 65.

40 "Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten" 1966 *ZSS (RA)* 189.

41 Vgl in die eerste plek Söllner *Causa* 183–189 en verder Kaufman "‘Causa debendi’ und ‘causa vetendi’ bei Glanvil sowie im römischen und kanonischen Recht seiner Zeit" 1961 *Tradition* 125; asook Landsberg *Glosse des Accursius* (1883) 105. Söllner *loc cit* wys in dié verband ook op die invloed van Boethius op die vroeg- Skolastiek, alhoewel neo-Platoniese invloede nie uitgebly het nie.

42 Söllner *Causa* 183 *in fine*.

43 *ibid.*

44 Vgl Meijers "Les théories, médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation" 1936 *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* 379; Söllner *Causa* 181.



c Alle oorsake word (na aanleiding van die Aristoteliaanse verdeling<sup>45</sup>) ingedeel in die volgende tipes: *causa materialis*, *causa formalis*, *causa impulsiva*<sup>46</sup> en *causa finalis*. Soos by Aristoteles is dié vier *causae* ook uitputtend in die skolastiese literatuur: die begrip “causa” betref altyd een van hierdie tipes *causa*. Elkeen van die genoemde vier *causae* is egter vatbaar vir fynere onderskeidings soos *causa proxima/causa remota* en *causa praeterita/causa futura*.

Vir huidige doeleindes is dit eerstens van belang om die betekenis van die begrippe “causa impulsiva” en “causa finalis” te ondersoek. Vir Azo is die verskil tussen ’n *causa impulsiva* en ’n *causa finalis* daarin geleë dat in laasgenoemde geval die *causa* (rede, motief vir die *datio*) by die prestasie tot uitdrukking gebring is, terwyl dit nie die geval is by die *causa impulsiva* nie.<sup>47</sup> Dié standpunt is nie in die Accursiese Glosse oorgeneem nie.<sup>48</sup> Söllner<sup>49</sup> meen, op grond van die glos “Mulier” tot D 5 12 25 en op grond van die feit dat die begrippe “causa finalis” en “conditio” dikwels in die Glosse gelykgestel word, dat die Glosse slegs ’n *causa* as *finalis* beskou “wenn der rechtliche Bestand der Leistung von der *causa* abhängig gemacht worden ist”. Die onderliggende rede vir Azo se vereiste van ’n *causa expressa* kan egter tog slegs wees dat dán die *causa* as voorwaarde vir die prestasie gestel word. In dié sin is daar nie soveel verskil tussen die opvattinge van Azo en Accursius nie. Interessant is ook die definisie van Odofredus:<sup>50</sup>

“Est causa finalis et est causa impulsiva. Causa finalis dicitur, ob cuius finem quis dat alias non daturus . . . Causa impulsiva est ob cuius impulsione[m] quis dat sed alias daturus erat . . .”<sup>51</sup>

’n *Causa finalis* soos hier deur Odofredus omskryf, is ook niks anders as ’n voorwaarde op grond waarvan betaal word nie. Daar kan myns insiens ’n eenheidsiening by die Glossatore postuleer word ten aansien van die betekenis van dié begrippe. Söllner<sup>52</sup> se verklaring dat by Odofredus vir die eerste maal ’n “nach sachlichen Gesichtspunkten vorgenommene Unterscheidung von *causa finalis* und *causa impulsiva*” voorkom, is waar, maar Odofredus sê slegs uitdruklik wat implisiet by Azo en Accursius teenwoordig is: waar die rede vir die betaling nie ’n voorwaarde is nie, is dit slegs ’n *causa impulsiva*; waar dit wel ’n voorwaarde is, is dit ’n *causa finalis*.

Die vraag is nou welke van hierdie *causae* by die *condictio indebiti* ter sprake is. Alhoewel Söllner<sup>53</sup> myns insiens reg het waar hy in die algemeen ten aansien

45 Landsberg *Glosse des Accursius* 105 vn 1; Kaufman *Causa* 125; Söllner *Causa* 184.

46 As sinonieme kom ook voor *causa efficiens*, *causa movens*, *causa agens*, *causa activa*, *causa effectiva* en *causa factiva* (Söllner *Causa* 185).

47 Söllner *Causa* 197 in fine e v. Vgl by Azo *Lectura super Codicem* (in *Corpus Glossatorum Juris Civilis* III) ad C 2 3 1: “Quinto videretur datio non valere: quia cum iste dederit ob causam motus quia liberos non habuit, nec credebatur habere, et illa causa non fuerit secuta, cum habeat filios. Ergo videretur quod possit repeti, ut . . . de condic ob turpem causam, l 1 [D 12 5 1] Respondeo quod dicitur in legibus illis est intelligendum *de causa finali sive expressa*, hic autem non erat finalis, imo compulsiva et ideo cessat repetitio.” Alhoewel hy nie hier spesifiek met die *condictio indebiti* handel nie, is dit onwaarskynlik dat so ’n basiese begrip verskillende betekenis vir Azo sal hê. Vgl verder Meijers *Théories Médiévales* 380.

48 Söllner *Causa* 198.

49 *ibid* 200.

50 *Lectura super Codice ad C 2 3 1*.

51 Die definisie word ook nie spesifiek in verband met die *condictio indebiti* gegee nie, maar weer eens kan dit nie anders as algemeen bedoel gewees het nie.

52 *Causa* 201.

53 *ibid* 203.



van die *condictiones* konkludeer dat 'n *causa finalis* hulle ten grondslag lê en nie 'n *causa impulsiva* nie, is dit nogtans nodig om na te gaan of dit ook spesifiek met betrekking tot die *condictio indebiti* waar is aangesien Söllner nie die betekenis van die begrip "causa" by die *condictio indebiti* ondersoek nie en sy bevindings grootliks baseer op tekste wat op die *condictio ob causam datorum* betrekking het.

Die Glossatore tipeer die *causa* by die *condictio indebiti* as 'n *causa praeterita*.<sup>54</sup> (Dit beteken slegs dat die *causa* betrekking het op omstandighede wat al in die verlede ontstaan het, want logieserwys moet die *causa* self tydens die betaling teenwoordig wees. Dit is te onderskei van 'n *causa* wat op omstandighede betrekking het wat nog moet ontstaan, soos waar iets betaal word in die verwagting van 'n teenprestasie.<sup>55</sup>) By die vroeër Glossatore is dit nie duidelik of die begrip "causa praeterita" na 'n *causa finalis* of 'n *causa impulsiva* verwys nie. Odofredus<sup>56</sup> verskaf egter die volgende voorbeeld in sy bespreking van *D 12 6 52*:

"Put a quia dedi tibi ob causa praeteritam: putans te gessisse negocia mea cum non gessisses: et dedi tibi alias daturus si scirem falsam causam esse: hic quia non tamen ob causam videor dare quod donare non repeto, sicut ille qui sciens solvit indebitum ut supra eodem, I 1 [D 12 6 1], sed si alias scirem causam falsam non eram tibi daturus repeto . . ."

As hierdie sitaat saam met Odofredus se definisies van *causa finalis* en *causa impulsiva* gelees word, word dit duidelik dat Odofredus bedoel dat slegs waar 'n onverskuldigde bedrag op grond van 'n *falsa causa finalis* betaal is, dit teruggevorder kan word. Dit geld myns insiens vir die Glossatore in die algemeen.

Die beskouing van die Glossatore word oorgeneem en verder uitgewerk deur die Ultramontani en die Kommentatore. So vind mens by die Ultramontani dat Pierre de Belleperche<sup>57</sup> daarop wys dat dit by die *condictio indebiti* oor 'n *causa praeterita* handel, terwyl Jacques de Révigny<sup>58</sup> 'n *causa finalis* op presies dieselfde wyse as Odofredus definieer.<sup>59</sup> Hierdie definisie en die beginsel dat dit

54 Vgl bv die *Summa Trecensis* 4 3 1: "Condicitor quidum vel id quod datum est ob causam praeteritam, vel quod ob rem futuram. Illud enim quod indebitum solvitur, ob causam praeteritam datur; Rogerius *Summa Codicis ad C 4 5*: Sed conditiones que sumunt nomen a causa, quedam sunt que a praeterita causa, quedam que a futura nomen sumunt. Et quia praeterita causa certior est quam futura, tractat de conditione indebiti, que trahit nomen a causa praeterita"; vgl verder die glos "De conditione indebiti" tot *D 12 6* (rubrica) en Odofredus *Lectura super digesto veteri* (in *Opera Iuridica Rariora* (OIR) II.2) ad *D 12 6*.

55 In die tipering van die *causa* by die *condictio indebiti* as 'n *causa praeterita* moet die Glossatore *D 12 6 52* verklaar. Die teks lui nl só: "Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quis aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit." Die Glossatore verklaar nou egter dat dit nie geld in gevalle waar die *condictio indebiti* te pas kom nie. Vgl die glos "Pecunie" tot *D 12 6 52*: "Hoc quando solvo non quia me putem debere sed quia donare velim; alias repeto ut per totum titulum, alias non haberet locum hic titulus."

56 *Lectura super digesto veteri ad D 12 6 52*.

57 *Repetitiones* 111.

58 *Lectura Codicis ad C 2 3 1*.

59 Dit beteken nie dat daar 'n volledig eenvormige beeld by die Ultramontani bestaan nie. Afwykende definisies kom bv by Guido de Cumis en Pierre de Belleperche voor – vgl in dié verband Meijers *Théories Médiévales* 383 en Söllner *Causa* 202. Hierdie definisies word egter grootliks deur die Kommentatore verwerk in hulle totaalbeeld van *causa finalis* en *impulsiva* op 'n wyse dat die definisies nie op die *condictio indebiti* betrekking het nie. Sien Meijers *loc cit* vir die definisies en vgl Bartolus ad *D 12 6 52* vir die verwerking daarvan deur die Kommentatore.

by die *conductio indebiti* oor 'n *causa praeterita* handel, word deur die Kommentatore oorgeneem. Ook is dit duidelik dat slegs waar (by 'n prestasie op grond van 'n *causa praeterita*) die *causa* ook 'n *causa finalis* is, daar vir die *conductio indebiti* ruimte is wanneer hierdie *causa* vals blyk te wees. Relevant is die volgende *distinctio* van Butrigarius,<sup>60</sup> welke *distinctio* herhaal word deur Bartolus<sup>61</sup> en Albericus de Rosate.<sup>62</sup> Die relevante gedeelte van die weergawe van Bartolus word hier aangehaal omdat dit op enkele punte duideliker is:

“Cum quaeritur quando datum pro falsa causa possit repeti: Aut causa, pro qua datur, est de futuro . . . [en dan volg 'n uiteensetting van die terugvorderingsbeginsels in geval van 'n *causa de futuro*<sup>63</sup>] . . . Si vero causa, pro qua datur, est de praeterito, tunc dic: aut apparet ipsum alias non daturum et praesumitur finalis, ut *I. cum tale et I. demonstratio* [D 35 1 72 en 17]; aut est dubium, et tunc in ultimis voluntatibus praesumitur impulsiva . . . In contractibus autem<sup>64</sup> dic: Aut sciebat dans causam non subesse, et non repetit, ut supra eodem, *I. quod quis* [D 12 6 50]. Si ignorabat, tunc aut dedit praetextu causae obligatoriae: et tunc praesumitur causa finalis et sic datum repetitur, *I. eleganter, supra eodem* [D 12 6 23]. Dic autem dedit praetextu causae non obligatoriae, et tunc debet praesumi causa impulsiva et sic non repetitur, etiam si sit falsa, ut hac lege, inspecta tamen qualitate personarum dantis est recipientis, ut *I. Nesennius supra de nego. gest.* [D 3 5 44] et infra de don. inter vir. et uxo., *I. si servus communis, § si* [D 24 1 38 1]. Secundum Iac[obum] But[rigarium].”

Ook vir die Kommentatore is 'n *causa finalis* in hierdie verband teenwoordig waar die *causa* op grond waarvan presteer word, 'n voorwaarde is. Inderdaad verklaar Bartolus<sup>65</sup> uitdruklik: “Et non est dubium quod conditio est causa finalis.”

Elders beklemtoon hy dit ook op die volgende wyse in verband met die *conductio indebiti*:

“Sed *conductio indebiti* oritur ex quasi contractu, ut supra eodem, *I. si in area* [D 12 6 33] et ideo est necesse, quod appareat hanc mentem, scilicet quod alias daturus non erat, fuisse expressam vel ab utroque intellectam; alias secus.”<sup>66</sup>

Die middeleeuse konstruksie van die betekenis van die *causa*-begrip by die *conductio indebiti* is in wese afgestem op wat deur die partye ooreengekom is by die prestasie. Dit handel egter nie om 'n teruggawe-ooreenkoms nie, soos die talle uitsprake dat die *conductio* nie op kontrak berus nie, aantoon. Die ooreenkoms handel vir die juriste van hierdie tydperk eerder daarom dat die presteerder onder 'n bepaalde voorwaarde presteer, naamlik dat die *causa* nie blyk *falsa* te wees nie, welke voorwaarde deur 'n uitdruklike verklaring moet geblyk het of andersins so deur die partye begryp moet gewees het.<sup>67</sup> As Söllner dus verklaar dat die vraag of 'n *causa impulsiva* of 'n *causa finalis* voorhande is, “ganz auf die subjektive Einstellung des Leistenden an [kommt]”,<sup>68</sup> is dit nie die volle verhaal nie. Die subjektiewe bedoeling van die presteerder is wel bepalend, maar dit moet tot uitdrukking gebring word. Alleen dan is daar nie meer slegs 'n

60 *In primam et secundam veteris digesti partem II* (in O I R XIV) ad D 12 6 52.

61 *Ad D 12 6 52.*

62 *In secundam Digesti veteris partem commentarii ad D 12 6 52.*

63 wat, gesien die feit dat die *conductio indebiti* oor 'n *causa praeterita* handel, nie hier van belang is nie.

64 Alhoewel die woorde volgens die punktuasie in die gebruikte uitgawe by die vorige sin hoort, is dit duidelik uit die weergawe van Butrigarius asook uit die totaalbeeld van die *distinctio* dat die woorde by hierdie sin hoort.

65 *Ad D 39 5 2 7.*

66 *Ad D 12 6 52.*

67 Söllner *Causa* 202.

68 *ibid.*

regtens irrelevante motief (*causa impulsiva*) teenwoordig nie maar 'n regtens relevante *causa* (*causa finalis*), die valsheid waarvan die verlening van die *condictio indebiti* tot gevolg het.

Hierdie konstruksie kom in 'n hoë mate ooreen met wat Simonius vir die Romeinse reg voorgestel het.<sup>69</sup> Daar is egter reeds hierbo by die bespreking van die grondslag-teorieë van Schwarz en Simonius ten aansien van die *condictio* in die Romeinse reg gestel dat om te sê dat die partye by die betaling van 'n vermeende skuld op die wil waarmee presteer word, ooreenkom, niks anders is nie as om te sê dat die partye op die doel waarmee presteer word, ooreenkom. Die wil waarmee presteer word by die betaling van 'n skuld moet volgens die middeleeuse juriste wees dat betaal word op voorwaarde dat die *causa* vir die betaling nie vals is nie. Maar die *causa* vir die betaling van 'n skuld is bevryding van die skuld, wat egter tegelyk ook die doel van die betaling is. Om dus te sê dat die voorwaarde van die betaling nie vervul is nie, is om terselfdertyd te sê dat die doel van die prestasie misluk het. Dit is wel so dat dit waarskynlik nie altyd bewustelik as sodanig deur hierdie juriste beskou is nie, maar aan die ander kant is daar ook aanduidings dat dit juis so beskou is. Odofredus<sup>70</sup> verklaar tog: "Causa finalis, ob cuius finem quis dat alias non daturus . . ."

In elk geval is die *causa finalis*, soos die naam reeds aandui, in die Skolastiek in die algemeen beskou as die *causa* wat uit die doel van 'n handeling voortspruit:

"Finis, etsi sit postremum in executione, tamen est primum in intentione agentis et hoc modo habet rationem causalitatis."<sup>71</sup>

Alhoewel die betekenis van die begrip "causa finalis" dan miskien nie presies dieselfde in die filosofiese en juridiese literatuur van hierdie tyd was nie, was die liberaalgeskoolde middeleeuse juriste in hul hantering van die begrip sekerlik bewus van die beginsel dat dit om die doel van die handeling gaan.

## DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die meederheid van die gemeenregtelike skrywers behandel nie die grondslag van die *condictio indebiti* in enige besonderheid nie. Die skrywers noem slegs dat die *condictio* 'n *obligatio quasi ex contractu* is of dat dit op onregverdigde verryking berus<sup>72</sup> sonder om te poog om die werklike basis van hierdie begrippe te verklaar. So vind mens in De Groot se verbintenisregtelike sisteem dat "weder-eissching van't gunt iemand onwetende als schuld heeft betaelt niet schuldig zijnde" (*condictio indebiti*) een van die verskyningsvorme van 'n terugvordering op grond van 'n verbintenis uit "baet-trecking" (ongeregverdigde verryking) is wat weer tuis hoort by verbintenisse uit "onevenheid" (in teenstelling met verbintenisse uit "toezegging"). Vir hom is daar 'n verbintenis uit "baet-trecking" wanneer iemand *sine causa* verryk is:

"(1) Verbintenisse door baet-trecking ontstaet wanneer iemand zonder voorige recht-gunninge [d i *sine causa*] baet treckt, ofte zoude komen te trecken, uit eens ander goed.

(2) Zonder vorige recht-gunninge: dat is, onder voorgaende schenckinghe, ofte eenige andere toezegging."<sup>73</sup>

69 Vgl die bespreking hierbo.

70 *Lectura super codice ad C 2 3 1*.

71 Thomas van Aquinas *Summa theologiae* 2 1 1. Vgl ook Söllner *Causa* 186.

72 Voet 44 7 4, 12 6 1; De Groot *Inleidinge* 3 1 9, 3 1 14-15, 3 30 1-4.

73 *Inleidinge* 3 30 1-2.



Waar daar wel pogings ter verklaring van die grondslag is, is hulle allesbehalwe oortuigend. So is daar byvoorbeeld 'n aantal juriste wat die grondslag in 'n ooreenkoms tot teruggawe wil sien,<sup>74</sup> die onaanvaarbaarheid waarvan reeds hierbo duidelik gemaak is. Ander, soos Voet<sup>75</sup> en Vinnius,<sup>76</sup> gooi dit weer oor die boeg van die regsvermoede ('n fiksie dus) dat, alhoewel daar geen ooreenkoms bestaan nie,

“ita conveniendum fuisse, si non ob absentiam aut ignorantiam aut aetatem termini habiles consensus defuissent”.<sup>77</sup>

By 'n onverskuldigde betaling is die inhoud van die vermoede dan

“indebitum persolventem sub lege restitutionis, si non errasset, daturum fuisse, aut potius eum, cui solvitur, non fuisse indebite oblata accepturum, si indebita scivisset”.<sup>78</sup>

Ook die wankelrige basis van hierdie teorie is hierbo uitgewys. Daarbenewens vind 'n mens dat eersgenoemde teorie uitsluitlik deur die minder belangrike skrywers van hierdie periode aangehang word, terwyl laasgenoemde teorie deur die humanisties- (dit wil sê Donellus-) geïnspireerde skrywers aangehang word en ewe onvertegenwoordigend is.

In die lig van die feit dat die meeste skrywers nie die bespreking van die grondslag van die *condictio indebiti* verder voer as bloot 'n verklaring dat dit by die *obligationes quasi ex contractu* tuishoort of dat dit op ongeregverdigde verryking gebaseer is nie, sou dit myns insiens onmoontlik gewees het om enige geloofwaardige grondslag-konstruksie vir die gemenerereg te identifiseer as dit nie was dat die middeleeuse konstruksie van die grondslag van hierdie *condictio* bekend was nie. Nou is dit egter bekend dat 'n hele aantal van die skrywers, waaronder ook van die heel belangrikstes, hul uiteensetting van die verrykingsreg in 'n hoë mate op die middeleeuse model skoei en in die gees van die middeleeuse ontwikkeling op hierdie gebied skryf. Daarom is dit redelik om aan te neem dat die middeleeuse grondslag van die *condictio indebiti*, prestasiedoelmislukking, implisiet in die beskouing van hierdie skrywers vervat is. Onder diegene wat duidelik in hul geskrifte oor hierdie *condictio* deur die middeleeuse reg beïnvloed is, is onder andere De Groot,<sup>79</sup> Huber,<sup>80</sup> Bronchorst<sup>81</sup> en Van Leeuwen.<sup>82</sup> So gesien, het hierdie grondslagsbeskouing ten minste ewe veel – en gesien die historiese posisie, selfs meer – gesag as die beskouings wat uitdruklik genoem word.

74 Vgl vne 8 en 9 hierbo.

75 Vgl vn 11 hierbo.

76 Vgl vn 10 hierbo.

77 Voet 44 7 5.

78 *ibid.*

79 Vgl Visser “Die invloed op Hugo De Groot” 1983 *THRHR* 145 *in fine* – 148. Vgl ook De Groot *De iure belli ac pacis* Prolegomena par 53.

80 *Praelectiones iuris civilis* 3 28 7. In hierdie verband is die invloed wat Grotius op Huber gehad het, 'n aanduiding van hoe hy oor die saak kon gedink het.

81 *Ennarationes ad D* 50 17 53. T a v Bronchorst se beskouings van die middeleeuse reg vgl Feenstra en Waal *Seventeenth-century Leyden law professors* (1975) 20.

82 *Censura forensis* 4 14 3. Sien Van Warmelo “Roman law and the old authorities on Roman-Dutch law” 1961 *Acta Juridica* i v m Van Leeuwen se houding teenoor die Glossatore en Post-Glossatore. Sien i v m die Glossatore in die Nederlandse Feenstra “La Glose D'Accurse dans les Pays-Bas (anciens et modernes) *Fata Juris Romani* (1974) veral 66–68.



## DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die Suid-Afrikaanse regsletteratuur is ook nog weinig aandag aan die grondslag van die verrykingsreg in die algemeen of aan die *condictio indebiti* in die besonder gegee. Van der Walt<sup>83</sup> het gepoog om die kern van die begrip "sine causa" by alle verrykingsaksies so uit te druk:

"Verryking is in beginsel *sine causa* indien daar geen *verbintenisregtelike verhouding* tussen die verrykte en die verarmde bestaan het op grond waarvan die verrykte kon aanspraak maak op die vermoënsverskuiwing nie."

Die Vos<sup>84</sup> verwerp hierdie formule omdat dit nie alle gevalle dek nie en kom tot die gevolgtrekking dat dit te betwyfel is of

"mens die *sine causa*-vereiste in 'n werklike bevredigende wetenskaplike en tegnies begrensde '*einheitliche Formel*' kan vaslê".

Myns insiens is dié siening geheel en al korrek. Gevolglik is dit veel meer lonend om die basis van die individuele aksies na te spoor. Sover dit die *condictio indebiti* betref, kan, op grond van die ondersoek na die grondslag-konstruksie in die middeleeue, verklaar word dat die oorspronklike grondslag van hierdie *condictio* steeds as deel van ons gemenerereg beskou kan word, of dan ten minste nie in stryd met die gemenerereg is nie. So gesien, is die weg oop om dié grondslag ook vir doeleindes van die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg te aanvaar, en daarmee 'n objektiewe kriterium in te voer waarvolgens die verryking in hierdie geval as *sine causa* al dan nie aangemerkt kan word.

Prestasiedoelmislukking (en dit gaan natuurlik hier om 'n geoorloofde doel<sup>85</sup>) bied myns insiens 'n eenvoudiger en billiker maatstaf as dwaling om die omkeerbaarheid al dan nie van prestasies te meet. Ten eerste kan die aanvaarding daarvan (mits die wyse van vasstelling van die prestasiedoel korrek geformuleer word) die dwalingvereiste by hierdie *condictio* oorbodig maak, en sodoende die magdom probleme rondom hierdie vereiste uitskakel. Tweedens kan sodanige aanvaarding ook die bestaande onbillikhede met betrekking tot betalings onder dwang verwyder.

a Word die vasstelling van die prestasiedoel enersyds geformuleer op die wyse wat Schwarz dit ten aansien van die Romeinse reg gedoen het, moet 'n mens dwaling as 'n noodsaaklike element van die *condictio indebiti* beskou.<sup>86</sup> Sy argument lui naamlik só: die prestasiedoel by prestasies ten opsigte waarvan die *condictio indebiti* ter sprake sou kon kom, is altyd skuldaflossing (*solvere*). Dié prestasiedoel word tot objektiewe doel verhef deur die ooreenstemmende wille van die partye. Hulle moet dus ooreenkom dat *animo solvendi* presteer word. Maar iemand kan slegs die *animus solvendi* hê as hy glo dat daar 'n skuld bestaan. Volgens hierdie formulering is dit dus logies onmoontlik dat die partye op die prestasiedoel "skuldaflossing" kan ooreenkom indien die presteerders bewus is van die onverskuldigheid van die prestasie en daarom is dwaling 'n element van die *condictio indebiti*.

83 *Condictio indebiti* 222.

84 *Verrykingsaanspreeklikheid* 355.

85 Sodra daar met 'n ongeoorloofde doel presteer word, moet die terugvorderbaarheid van die prestasie ooreenkomstig die *condictio ob turpem vel iniustam causam* bepaal word. Vgl i v m lg *condictio* De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 160 e v.

86 Vgl Schwarz *Grundlage* 17 225-230.

Hierdie formulering is egter onvolledig. Dit is so dat in gevalle waar die *condictio indebiti* relevant sou kon wees, die presteerder gewoonlik *animus solvendi* presteer, maar dit is hoegenaamd nie altyd die geval nie. Ter illustrasie kan die geval geneem word waar iemand, wat nie dadelik bewys van betaling kan lewer nie, bewustelik 'n onverskuldigde prestasie lewer om te verhoed dat 'n plaaslike owerheid (wat meen dat die prestasie wel verskuldig is) sy elektrisiteitstoevoer beëindig. Die *animus* van die presteerder is nie op betaling gerig nie, maar daarop om die opskorting van sy elektrisiteitstoevoer te verhoed totdat hy die onverskuldigheid van die geëisde bedrag kan bewys. Dit verhoed egter nie dat die *objektiewe* prestasiedoel betaling (skuldaflissing) kan wees nie. In hierdie geval sou die skuldaflissing nie die status van die objektiewe prestasiedoel verkry nie net op grond van die feit dat die presteerder nie met die *animus solvendi* presteer het nie; skuldaflissing is hier desnietemin die objektiewe prestasiedoel omdat die partye ooreengekom het dat *solvere* die *formele doel* van die betaling is, onafhanklik van die feit dat die presteerder nie sodanige *animus* het nie. Anders gestel: die partye kan ook deur ooreenkoms 'n ander doel as die subjektiewe doel van die presteerder tot objektiewe prestasiedoel verhef.

Daar moet egter onmiddellik beklemtoon word dat dit ook onnodig is om noodwendig 'n ooreenkoms tussen die partye te vereis. Hierbo het geblyk dat sowel Schwarz as Simonius aandrang op sodanige ooreenkoms met betrekking tot die Romeinse reg, terwyl dit ook 'n onontbeerlike deel van die middeleeuse grondslag-beskouing gevorm het. Myns insiens is dié beskouing egter te eng. Dit wil nie sê dat sodanige ooreenstemming tussen die partye irrelevant is nie. Gewoonlik sal ooreenstemming tussen die partye bestaan en sal dit die objektiewe doel van die betaling weergee. Maar in 'n geval waar daar nie so 'n ooreenkoms ten aansien van die prestasiedoel blyk nie, moet dit uit die omringende omstandighede van die betrokke prestasie vasgestel word. Neem byvoorbeeld die geval waar iemand betaal om ongerief te vermy en die geskil uit die weg te ruim. In so 'n geval is dit moontlik dat die presteerder uitdruklik kan verklaar dat dit sy doel met die betaling is, in welke geval die aanvaarding van dié doel deur die ander party dit tot objektiewe prestasiedoel sal verhef – welke doel dan deur die betaling bereik word. Indien die presteerder egter hierdie subjektiewe doel het maar dit nie uitspreek nie, kan dié doel nie deur die ooreenstemmende wille van die partye tot objektiewe prestasiedoel verhef word nie. Laasgenoemde doel moet dan uit die omringende omstandighede bepaal word. Omdat die prestasiedoel in dié konstruksie geformuleer word onafhanklik van die feit of die presteerder werklik die *animus solvendi* het, volg dit dat dwaling nie 'n noodwendige uitvloeisel van hierdie grondslag-konstruksie van die *condictio indebiti* is nie.

b Alhoewel dwaling nooit gedurende die ontwikkeling van ons gemenerereg as element bevraagteken is nie, volg dit uit die voorafgaande dat dit sekerlik geen wesenselement van die *condictio indebiti* is nie. Daar kan dus slegs eksterne regverdiging vir dwaling as element wees. Gaan kyk 'n mens na die historiese perspektief dan blyk dit dat daar gedurende die hele ontwikkeling van die *ius commune* slegs een regverdiging vir die stel van dwaling as 'n vereiste was, te wete die vermoede dat iemand wat wetend 'n onverskuldigde bedrag presteer, vermoed word dit te geskenk het. Dié regverdiging vind mens in *D* 50 17 53: “Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.”

Alhoewel daar geen eenstemmigheid bestaan ten opsigte van die presiese betekenis-kakering wat aan hierdie uitspraak vir doeleindes van die Romeinse reg

geheg moet word nie, is dit vanaf die Glossatore tot en met die gemeenregtelike tydperk as verklaring vir die dwalingsvereiste aanvaar.<sup>87</sup> Die feit dat die reg nie 'n prestasie wat met 'n skenkingsdoel plaasgevind het, terugvorderbaar wil maak nie, is sonder twyfel in volle ooreenstemming met die grondslag van die *condictio indebiti* soos hierbo uiteengesit, want waar met 'n skenkingsdoel presteer word, word die doel van die prestasie immers bereik (mits die ontvanger natuurlik meewerk). Maar om aan elke bewuste betaling van 'n *indebitum* 'n skenkingsdoel te gaan toedig, is 'n duidelike geval van "overkill". Inderdaad is dit so dat indien 'n mens slegs die terugvordering van prestasie wat in dwaling geskied het, toelaat, effektief verhinder word dat iemand wat met 'n skenkingsdoel presteer het sy prestasie kan terugvorder. In die proses word egter ook terugvorderings van prestasies verhinder wat wel bewustelik geskied maar nie met 'n skenkingsdoel nie – en dit is onbillik.

Waar 'n persoon 'n onverskuldigde prestasie maak of "om die saak uit die weg te kry" of omdat hy opsien teen die voer van 'n geding, word wel met 'n skenkingsdoel presteer ten spyte van die feit dat hy nie deur liberaliteit gemotiveer is nie.<sup>88</sup> Alhoewel De Groot verklaar dat 'n persoon by "schenkinge" hom "uit weldadigheid" verbind,<sup>89</sup> verander die feit dat die motief nie suiwer weldadigheid is nie, nie aan die aard van die regshandeling nie.<sup>90</sup> Waar 'n persoon egter byvoorbeeld 'n onverskuldigde prestasie maak omdat hy op daardie tydstip bewysprobleme het en tyd wil wen, kan nie dieselfde gesê word nie; daarom is die tipering daarvan as 'n skenking heeltemal onaanvaarbaar. Nogtans kan die presteerder volgens die huidige Suid-Afrikaanse reg slegs die betaling terugeis as hy uitdruklik protes aangeteken het.<sup>91</sup> Indien hy sonder protes betaal, word dit as 'n skenking gereken. Maar 'n bewuste onverskuldigde prestasie onder dwang is eenvoudig nie 'n skenking nie. 'n Skenking is naamlik 'n kontrak en vir die geldige totstandkoming daarvan moet die ontvanger dit as sodanig aanvaar. As iemand dus iets met 'n skenkingsbedoeling presteer en dit word as sodanig aanvaar, word nie onverskuldig gepresteer nie en kan die *condictio indebiti* nie ter sprake kom nie; waar die ontvanger egter nie 'n prestasie as 'n skenking aanvaar nie, kan 'n beskrywing van die regshandeling as 'n *donatio* slegs 'n fiksie wees en moet dit as regverdiging vir die dwalingsvereiste verwerp word.<sup>92</sup>

87 Vgl bv i v m die Glossatore die glos "Cessat" tot D 12 6 1 en Azo *Lectura Codicis ad C 4 5 9*; i v m die Ultramontani Pierre de Belleperche *In libros Institutionum commentarii ad Inst 4 6 14* en Jacques de Revigny *Lectura Codicis ad C 4 5*; t a v die Kommentatore Bartolus *ad D 12 6 1*; t a v die Humaniste Donellus *Commentarii de iure civili 14 14 2*; t a v die *usus modernus pandectarum* Lauterbach *Collegium Pandectarum ad D 12 6* (par 1 2) en t a v die Romeins-Hollandse reg De Groot *Inleidinge 3 30 6*. Gedurende die 19e en 20e eeu het veral Duitse skrywers 'n verskeidenheid verdere regverdigings vir die dwalingsvereiste uitgedink, waarvan nie een egter besonder oortuigend is nie: sien Visser *op cit 303–308*.

88 Vgl hier in die algemeen Koch *Bereicherung und Irrtum* (1973) 157.

89 *Inleidinge 3 2 1*.

90 Vgl ook Voet 39 5 1.

91 *Union Government v Gowar 1915 AD 426*; *Port Elizabeth Municipality v Uitenhage Municipality 1971 1 SA 724 (A)*.

92 Dit is dan ook besonder interessant om daarop te let dat daar heelwat steun in die moderne Duitse dogmatiek is vir doelmisslukking as die rede waarom 'n betaling as *sine causa* aangemerkt word. Sien by Ermann *Handkommentar BGB* par 812–44. (Maar sien ook *Münchener Kommentar BGB* par 812 23–29 137–138a.) Dit is ook duidelik versoenbaar met die Nederlandse reg en word benewens Bregstein *Ongegronde vermogensvermeerdering* (proefskrif Amsterdam 1927) 162 ook deur Hamaker *De vordering uit onverschuldigde betaling naar Nederlands recht* (proefskrif Amsterdam 1980) 67 erken.



Die enigste vraag wat nou oorbly, is of die aanvaarding van prestasiedoel-mislukking as die grondslag van die *condictio indebiti* nie net soveel of groter onsekerheid sal meebring as wat tans deur die dwalingsvereiste veroorsaak word nie. Myns insiens is die antwoord hierop "nee". Daar moet in gedagte gehou word dat net omdat die begrip van prestasiedoelmislukking of -verwesening die nodige beperking op die *condictio indebiti* op 'n sinvoller wyse daarstel as die dwalingvereiste, dit nie beteken dat die dwalingvereiste irrelevant is nie. Bregstein<sup>93</sup> het verklaar dat 'n mens iemand wat bewustelik 'n onverskuldigde bedrag betaal met die bewyslas kan opsaal om te bewys dat hy nie 'n skenkingsdoel gehad het nie; vir die Suid-Afrikaanse reg het Van der Walt<sup>94</sup> in navolging van Bregstein dieselfde voorgestel. Dit is egter so dat skenkingsdoel nie die enigste doel is wat met die prestasie van 'n *indebitum* verweseninglik kan word om sodoende terugvordering uit te skakel nie. Ek sou dus hierdie voorstel wil aanpas om te lui dat waar iemand bewustelik 'n *indebitum* presteer, die *onus* op hom geplaas word om te bewys dat die prestasiedoel nie bereik is nie, omdat die prestasiedoel slegs in uitsonderingsgevalle by die bewustelike prestasie van 'n *indebitum* nie bereik word nie.

93 "Ongegronde vermogensvermeerdering" 1948 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 263.

94 *Condictio indebiti* 228.

### LIDMAATSKAP: VERENIGING HUGO DE GROOT

*Ingevolge artikel 3.1 van die Reglement van die Vereniging Hugo de Groot kan enige persoon, op uitnodiging van die bestuur van die Vereniging, as lid van die Vereniging toegelaat word. Op grond hiervan rig die bestuur nou 'n uitnodiging aan alle belangstellende persone om aansoek tot lidmaatskap van die Vereniging te doen. Aansoeke moet gerig word aan:*

Prof DJ Joubert  
 Sekretaris  
 Vereniging Hugo de Groot  
 Posbus 1263  
 PRETORIA  
 0001





# Die funksies en omskrywing van besit (vervolg)\*

AJ van der Walt

*B Jur Honns (BA) LLM LLD*

*Professor in die Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika.*

## 4 'N ALTERNATIEWE BENADERING

### 4.1 Uitgangspunt

Bogaande uiteensetting van die besitsproblematiek is hoofsaaklik op die terminologiese aspek daarvan ingestel en kan dus die indruk skep dat die terminologiese die enigste of die belangrikste aspek van hierdie problematiek is. Daar bestaan egter 'n verskeidenheid historiese, regspolitieke, ekonomiese, sosiologiese en ander oorwegings wat die ontwikkeling van die besitsreg kan beïnvloed, en wat in enige besitsteorie verdiskonteer moet word.

Die funksies wat besit in die samelewing vervul, het sedert die derde eeu ingrypende veranderinge ondergaan.<sup>144</sup> Soos in die geval van eiendomsreg sou dit onrealisties wees om te veronderstel dat besit dieselfde funksie kan vervul in twee samelewings wat so ingrypend van mekaar verskil as die Romeinse en die moderne.<sup>145</sup> Die Romeinse besitsvorme is ontwikkel om in die behoeftes van die Romeinse gemeenskap te voldoen, en om by Romeinse regsinstellings soos die *ius honorarium* en *usucapio*, wat nie vandag meer bestaan nie, aan te pas.<sup>146</sup> Die samestelling en behoeftes van die regsgemeenskap het egter sedertdien ingrypend verander en regsontwikkeling sal noodwendig op die bevrediging van hedendaagse behoeftes van die gemeenskap gerig moet wees. Die behoeftes waaraan die besitsreg in die moderne samelewing en regsverkeer sal moet voldoen, is nog nie behoorlik nagevors nie en dit sal te veel tyd en plek in beslag neem om dit hier te probeer analiseer. Die volgende opmerkings daarvoor is egter hier relevant.

---

\* Sien 1988 *THRHR* 276-296.

144 Die historiese basis vir die alternatiewe benadering wat hier voorgestel word, is vir huidige doeleindes buite rekening gelaat aangesien dit op sigself 'n omvangryke studie sou verg. Sien in daardie verband Van der Walt (1986) hfste 1-10; asook Middelberg (1953) hfste 2-4; Kleyn (1986) hfste 1-7.

145 M b t eiendomsreg het Van den Bergh *Eigendom: grepe uit de geschiedenis van een omstrede begrip* (1979) 16 reeds die volgende opmerking gemaak: "[H]et is fantastisch om te veronderstellen dat eigendom precies dezelve plaats en functie zou hebben in twee maatschappijvormen die zo hemelsbreed van elkaar verschillen als de oude Romeinse en de onze." Sien ook Feenstra "Historische aspecten van de private eigendom als rechtsinstituut" 1976 *Rechtshistorisch Magazijn Themis* 262.

146 Sien in hierdie verband Van der Walt (1986) hfst 2.

Eiendomsreg en die ekonomiese, sosiale en politieke voordele daarvan is sedert die Franse Revolusie en die opkoms van die liberalisme in die negentiende eeu as 'n belangrike maatskaplike waarde voorgelê en het 'n groot rol in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse sakereg gespeel. Deels as gevolg van die opkoms van die individualistiese eiendomsfilosofie en deels as gevolg van die feit dat die eienaar sedert die klassieke Romeinse reg as die primêre gebruiker van 'n saak beskou is, is daar nooit in die ontwikkelingsgeskiedenis van die Romeinse of die Romeins-Hollandse reg veel klem op die regte van ander saakgebruikers as die eienaar geplaas nie. Enkele uitsonderingsgevalle, soos die pandhouer en die vruggebruiker, skep relatief min probleme omdat hulle regsposisie wel die nodige aandag geniet het. Naas hierdie tradisionele saakgebruikers het daar egter 'n hele aantal nuwe soorte saakgebruik uit hedendaagse samelewingsverskynsels soos kredietooreenkomste of bruikhuur ontstaan. Al hierdie vorme van saakgebruik is aan die historiese vooroordeel ten gunste van eiendomsreg onderhewig. Die tradisie en die bestaande sistematiek aan die hand waarvan besit in die moderne Suid-Afrikaanse sakereg beoordeel, verklaar en gereël word, is dus gegrond op die veronderstelling dat die eienaar van 'n saak die primêre gebruiker daarvan is, terwyl die ekonomiese en sosiale werklikheid nie meer hierdie uitgangspunt regverdig nie. Die gevolg is dat die ontwikkeling en die sosiaal-ekonomiese betekenis van nuwe vorme van saakgebruik nie deur die hedendaagse sakereg weerspieël of geakkommodeer word nie. Daar bestaan 'n behoefte aan 'n sakeregtelike sistematiek waarin die sosiaal-ekonomiese funksie en die juridiese aard van saakgebruik heroorweeg word, vry van die uitgediende oorbeklemtoning van eiendomsreg.

As gevolg van die onvermoë van die bestaande sakeregssistematiek en besistheorie om die waardeverskuiwings ten aansien van saakgebruik in die moderne samelewing te akkommodeer, word tradisionele regsfigure soos besit oorspan in 'n poging om die sistematiese en terminologiese tekortkominge in die huidige besistheorie te oorbrug. Die besistheoretiek wat hierbo geskets is, moet minstens gedeeltelik aan die oorspanning van 'n onderontwikkelde en verouderde besistheorie gewyt word. Verdere ontwikkeling van hierdie afdeling van die sake-reg sal verg dat die hedendaagse werking daarvan verklaar en ontwikkel moet word met die oog daarop om van onnodige historiese ballas ontslae te raak en om oplossings vir nuwe probleme te ontwikkel. Dit impliseer egter nie dat die regsgeskiedenis as navorsingsveld irrelevant raak nie. Intendeel, sinvolle regsontwikkeling moet verkieslik juis op deeglike regshistoriese navorsing gebaseer word. Van den Bergh<sup>147</sup> sien die waarde van die regsgeskiedenis soos volg:

“Wat de geschiedenis kan doen, is iets anders. In de eerste plaats kan ze helpen om ons bewust te maken van het verleden dat ons denken en handelen beheerst. Een bewustwording is vaak de eerste stap naar bevrijding. . . ‘History is debunking.’”

Oliver Wendell Holmes<sup>148</sup> stel ongeveer dieselfde standpunt soos volg:

“History sets us free and enables us to make up our minds dispassionately whether the survival which we are enforcing answers any new purpose when it has ceased to answer the old.”

Die bestaande besistheorie, met al sy tradisionele uitgangspunte en voorveronderstellings, het reeds opgehou om die ou doeleindes waarvoor dit ontwerp is,

147 Sien Van den Bergh *Geleerd recht: een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht* (1980) 2.

148 Sien die aanhaling in Van den Bergh (1980) iv.

te dien; ook is dié teorie nie in staat om die nuwe probleme van die laat twintigste-eeuse regs-gemeenskap te akkommodeer nie. Daarom moet daar na 'n alternatiewe benadering gesoek word. Waar nodig moet uitgediende denkbeelde uit die hoofstroom van regsontwikkeling gerangeer word om vir die daarstelling van nuwe oplossings plek te maak.

#### 4 2 Gemeenregtelike terminologie

Omdat die Romeinse besitsleer en besitsterminologie ontwikkel is vir die behoeftes van die klassieke reg en die gemeenskap waarin dit gegeld het, is dit dalk beter om hierdie terminologie heeltemal te laat vaar wanneer daar oor die hedendaagse reg gepraat word. Terminologie soos *civilis possessio* en *naturalis possessio* kan geen bydrae tot die verklaring of ontwikkeling van die hedendaagse reg maak nie, hoewel dit vir die bestudering van die besitsgeskiedenis belangrik is. Dieselfde kan trouens van alle Latynse besitsbegrippe en uitdrukkings gesê word. Dit sal byvoorbeeld beter wees om uitdrukkings soos *animus domini* of *animus ex re commodum acquirendi*, *possessio* en *detentio*, of *ius possidendi* en *ius possessionis* te vermy en eerder die betrokke aanspraak in eenvoudige Afrikaans of Engels te omskryf.

Die voorstel om gemeenregtelike begrippe te laat vaar, impliseer nie dat die gemeenregtelike beginsels of agtergrond van die sakereg ook laat vaar word nie. Die doel is eerder om uitdrukking te gee aan veranderinge in die omstandighede waarin die toepaslike beginsels moet geld, asook in die beginsels self, deur die betrokke regsfigure, beginsels, vereistes en regsgevolge in minder gelade en meer verstaanbare terminologie te omskryf.

#### 4 3 Saakbeheer

Een van die belangrikste terminologiese probleme wat in 'n alternatiewe benadering opgelos moet word, is om 'n aanvaarbare oorkoepelende begrip te vind waarmee *besit*, in die sin van 'n algemene verwysing na die daadwerklike of feitlike "besit" van die eienaar, die besitter met eienaarsbedoeling, die huurder, en alle ander "besitters" vervang kan word. In die regsliteratuur word *besit* gebruik om hierdie oorkoepelende funksie te vervul, maar dit is onaanvaarbaar in die lig van die feit dat 'n enger betekenis in spesifieke kontekste aan dieselfde begrip geheg word. Ter wille van wetenskaplike duidelikheid moet die meer-sinnige gebruik van begrippe waar moontlik vermy word. Indien die regs-gemeenskap daarin kon slaag om die gebruik van *besit* in die sin van eiendomsreg te vermy,<sup>149</sup> kan hierdie vae en onnoukeurige gebruik van die begrip ook vermy word.

Daar bestaan 'n alternatiewe begrip wat hierdie funksie kan vervul. Die begrip *beheer*<sup>150</sup> berus op gemeenregtelike gronde, hoewel dit nooit in die gemene reg 'n eenduidige betekenis verkry het nie. Dit dui presies aan wat met so 'n oorkoepelende begrip aangedui moet word, naamlik 'n algemene verwysing na alle vorme van daadwerklike of feitlike beheer oor 'n saak sonder enige verwysing na die regmatigheid of die presiese aard daarvan. Dit kan dus gebruik word om te verwys na die beheer van die eienaar wat self sy saak beheer en gebruik, die beheer van die dief en die beheer van die huurder of die kredietkoper. Omdat

149 sien hieroor Van der Merwe (1979) 62 vn 1.

150 op Engels *control*.



hierdie begrip vry van historiese lading is, kan dit op enige vorm van saakgebruik van toepassing gemaak word sonder die teoretiese implikasies wat met die uitbreiding van historiese gelade begrippe gepaard gaan.

*Beheer* in die oorkoepelende sin verwys na alle daadwerklike of feitelike sake-regtelike verhoudings en bestaan uit twee elemente, naamlik die fisiese element en die geestelike of wilselement. Die aanwesigheid van die fisiese element word aan die hand van reeds bekende gemeenregtelike beginsels en maatstawwe bepaal, terwyl die wilselement verskillende inhoude of vorme kan aanneem. Die belangrikste wilsinhoude waarmee 'n regsobjek 'n saak kan beheer, is die eienaarsbedoeling en die bedoeling om die saak self vir eie voordeel te beheer. Besondere verskyningsvorme van beheer sal deur die betrokke kombinasie van fisiese en wilselemente bepaal word en verskillende regsgevolge kan aan die bestaan, oordrag, aantasting, verstoring of verlies van sodanige beheer geheg word. Die sistematiek waarvolgens daar tussen verskillende soorte beheer onderskei word, moet op die verskillende regsgevolge daarvan gebaseer wees.

#### 4 4 Regmatigheid en onregmatigheid

Die eerste onderskeid wat gemaak moet word, berus op die regmatigheid van beheer aangesien 'n aantal regsgevolge van beheer deur die regmatigheid al dan nie daarvan geraak word. Daarmee word nie gesê dat regmatigheid vir alle regsgevolge van alle soorte beheer relevant is nie, maar dit is duidelik dat regmatigheid minstens vir sommige regsgevolge van sommige soorte beheer relevant is. Die onderskeid is eenvoudig en berus op bekende regsbeginne: beheer is regmatig indien dit ooreenkomstig die beginsels van die objektiewe reg uitgeoefen word afgesien van die beheerder se subjektiewe waarneming daarvan. Eiendomsreg verleen uiteraard aan die eienaar die bevoegdheid om sy saak self regmatig te beheer, net soos 'n huurooreenkoms die huurder se beheer regmatig maak. Die dief en die persoon wat verkeerdelik meen dat hy 'n geldige huurooreenkoms aangegaan het, beheer die saak egter onregmatig.

Ten aansien van die regsgevolge van beheer wat afgesien van die regmatigheid daarvan intree, soos in die geval van die mandament van spolie, kan die vraag na regmatigheid eenvoudig geïgnoreer word. In sodanige gevalle sal daar dan bloot van *beheer*, sonder verdere kwalifikasie, sprake wees.

#### 4 5 Goeie en kwade trou

Die kwessie van goeie of kwade trou is slegs ter sprake wanneer dit na onregmatige beheer verwys, omdat die regsgevolge van regmatige beheer nie deur die goeie of kwade trou van die beheerder bepaal word nie maar uitsluitlik deur die objektiewe regsgrond waarop sy beheer berus. Die onderskeid tussen beheerders in goeie of kwade trou het dus slegs op die onregmatige beheerders betrekking. Hierdie onderskeid berus eweneens op bekende en eenvoudige beginsels, naamlik die vraag of die beheerder van die onregmatigheid van sy beheer bewus is of nie. Indien wel, is sy beheer in kwade trou, anders in goeie trou. Ook hierdie onderskeid kan bloot geïgnoreer word wanneer dit nie die regsgevolge van die beheer beïnvloed nie.

#### 4 6 Beheer met die eienaarsbedoeling

Naas regmatigheid en goeie of kwade trou is die volgende maatstaf aan die hand waarvan verskillende soorte beheer onderskei kan word die beheerder se wilsingesteldheid teenoor sy beheer. Op grond van die regsgevolge wat aan beheer



geheg word, is dit duidelik dat een spesifieke soort wilsingesteldheid, naamlik die bedoeling van die eenaar, in bepaalde gevalle eiesoortige regsgevolge het. Anders gestel, beheer met die eenaarsbedoeling is 'n vereiste vir die intrede van bepaalde regsgevolge. Die belangrikste regsgevolge wat hierby betrokke is, is eiendomsverkryging en die berekening van die omvang van 'n verrykings-aanspraak vir verbeterings.

Beheer met die eenaarsbedoeling kan logies gesproke in twee gevalle voorkom, naamlik enersyds by die eenaar self, en andersyds by diegene wat hulleself as eenaar beskou en voorhou maar wat nie deur die objektiewe reg as eenaar erken word nie omdat hulle nie aan die objektiewe regsvereistes vir eiendomsverkryging voldoen nie. Geeneen van die regsgevolge wat spesifiek aan beheer met die eenaarsbedoeling gekoppel word, kan die eenaar van die saak ten goede kom nie omdat hy nie eiendomsreg op sy eie saak kan vestig of 'n verrykingseis vir verbeterings aan sy eie saak kan verkry nie. Daarom is die regsgevolge van beheer met die eenaarsbedoeling net relevant sover dit op nie-eenaars van toepassing is. Nie-eenaars wat die saak met die eenaarsbedoeling beheer, eien egter 'n aanspraak vir hulleself toe wat nie deur die objektiewe reg erken word nie en daarom is hulle beheer per definisie onregmatig. Op grond hiervan kan beweer word dat beheer met die eenaarsbedoeling net op onregmatige beheerders van toepassing is en dat dit dus altyd òf in goeie trou òf in kwade trou uitgeoefen word. Die bedoeling van die enigste beheerder wat homself regmatig as eenaar van die saak voorhou, naamlik die eenaar self, is irrelevant aangesien dit geen invloed op die regsgevolge van sy beheer het nie. Die regsgevolge van eiendomsreg word nie deur die eenaar se eenaarsbedoeling bepaal nie, maar deur die inhoud wat die objektiewe reg aan sy posisie as eenaar verleen.

Die onregmatige beheerder met die eenaarsbedoeling kan, ter wille van die feit dat die begrip in die Verjaringswette van 1943 en 1969 as 'n vereiste vir verkrygende verjaring gestel word, 'n *besitter* of 'n besitter met die eenaarsbedoeling genoem word. Dit impliseer egter dat die begrip *besit* ter wille van wetenskaplike duidelikheid nie ook met verwysing na beheer sonder die eenaarsbedoeling gebruik moet word nie. Diegene wat die saak dus beheer met die mindere bedoeling om voordeel daaruit te verkry, moet òf glad nie as besitters bestempel word nie òf anders moet die aard van hulle beheer telkens omskryf word. Hierdie vorm van beheer kan ook houerskap genoem word wat dan van besit onderskei word op grond van die aan- of afwesigheid van die eenaarsbedoeling. As sodanige gebruik van die begrippe *besit* en *houerskap* egter nie aanvaar word nie, vereis wetenskaplike duidelikheid nog steeds dat daar konsekwent en duidelik tussen die twee vorme van beheer onderskei moet word. Dit kan alleen gedoen word deur die begrip *beheer* sonder enige kwalifikasie te gebruik waar dit moontlik is en dit in alle ander gevalle nader te omskryf.

#### 4 7 Beheer en saaklik regte

Hierdie benadering bied ook die moontlikheid om die probleem oor die saaklike aard van besit op te los. In die oorkoepelende betekenis daarvan verwys *beheer* na alle vorme van saakbeheer sonder om die regmatigheid of die regsgrond daarvan te openbaar. In hierdie sin is *beheer* kennelik 'n suiwer feitlike gegewe en geen nadere besonderhede oor die regs aard daarvan word verskaf nie. Die regsgevolge wat aan sodanige beheer geheg kan word, kan ook nie sonder meer impliseer dat dit 'n saaklike reg daarstel nie.

Regmatige beheer kan op 'n saaklike reg of op 'n vorderingsreg berus. Eienomsrēg en pandreg bied voorbeelde van regmatige beheer wat op saaklike regte berus. Die uitoefening van 'n tussentydse gebruiksreg ingevolge 'n nog ongeregistreerde serwituutskeppende ooreenkoms,<sup>151</sup> 'n gebruiksreg ingevolge 'n aan-deleblokskema of van 'n korttermynhuur van onroerende goed<sup>152</sup> berus daarenteen op vorderingsregte. Die regsgevolge wat aan elkeen van hierdie vorme van regmatige saakbeheer geheg word, sal telkens deur die beginsels van die objektiewe reg wat op die betrokke reg van toepassing is, bepaal word.

Onregmatige beheer kan nooit 'n saaklike reg daarstel of op 'n saaklike reg berus nie. Daarom is onregmatige beheer altyd 'n bloot feitlike gegewe sonder regsbasis. Dit impliseer egter nie dat onregmatige beheer geen regsgevolge het nie. Die regsgevolge wat wel aan onregmatige beheer geheg word, spruit nie uit enige saaklike of ander reg voort nie maar word deur die objektiewe reg daaraan verbind om die een of ander spesifieke vergeldingsdoel te bereik.<sup>153</sup> 'n Voorbeeld hiervan is die mandament van spolie, waardeur regsgevolge aan die onregmatige beheer van 'n dief geheg word omdat die objektiewe reg selfs onregmatige beheer teen onregmatige eierigting wil handhaaf.

#### 4 8 Die regspolitiese beskerming van beheer

Die duidelikste voorbeeld van regsgevolge wat, afgesien van die regsbasis daarvan, aan beheer geheg word, is die regspolitiese beskerming wat deur die mandament van spolie verleen word. Hierdie remedie word deur die objektiewe reg verleen om onregmatige eierigting waardeur bestaande beheer versteur is teen te gaan deur die gevolge daarvan summier ongedaan te maak. Omdat die remedie daarop gerig is om onregmatige eierigting omver te werp, word dit toegepas ongeag die regmatigheid al dan nie van die vooraf bestaande en versteurde beheer. In hierdie sin kan gesê word dat die remedie nie soseer die beheer beskerm nie maar eerder die regsorde as 'n geheel. Die remedie verskil in hierdie opsig van ander remedies omdat dit die enigste remedie is wat die versteurde verhouding summier herstel sonder navraag na die meriete daarvan. Daaruit kan afgelei word dat die doel van die mandament nie soseer die beskerming van die beheerder as die ongedaanmaak van die spolieerder se onregmatige eierigting is nie.

#### 4 9 Die regsgevolge van beheer

Beheer het verskillende regsgevolge. Dit is onnodig om die verskillende funksies van beheer te onderskei soos wat tans met die funksies van besit gedoen word, omdat beheer nie vir elkeen van die funksies verskillend omskryf word nie. Die oorkoepelende omskrywing van beheer bly altyd dieselfde, en die maatstawwe waarvolgens verskillende soorte beheer onderskei kan word, is nie van die funksies van beheer afhanklik nie. Daar moet dus eerder na 'n sistematiek gesoek word waarin die verskillende regsgevolge van beheer onderskei word op grond van die aard daarvan asook die rede waarom die besondere gevolge aan die

151 Sien hieroor Van der Walt "Relatiewe saaklike regte?" 1986 *TSAR* 173-179; Van der Vyver 1988 *SALJ* 1 e.v.

152 Daar bestaan meningsverskil oor hierdie aspek. Sien hieroor Sonnekus "Herklassifikasie van die aard van die huurder se reg?" 1987 *TSAR* 223; Van der Vyver 1988 *SALJ* 14; Delpont en Olivier (1985) 696; *Steenkamp v Mienies* 1987 4 SA 186 (NK) 189L.

153 Sien daaroor Van der Walt 1987 *THRHR* 139-153.

besondere vorm van beheer gekoppel word.<sup>154</sup> In hierdie verband is dit belangrik om in gedagte te hou dat die regsgevolge van beheer nie tot die toepassing of verlening van bepaalde remedies beperk is nie, maar dat die blote intrede van regsgevolge onafhanklik van enige remedie ook in berekening gebring moet word. Eiendomsverkryging volgens die oorspronklike wyses is maar een voorbeeld van sodanige regsgevolge wat aan 'n bepaalde soort beheer geheg word.

#### 4 10 Slotbeskouing

Saakbeheer of die verskillende wyses waarop regssubjekte daadwerklike beheer oor sake uitoeven, is tans besig om 'n belangrike sosiale en ekonomiese verskuiwing te ondergaan in die sin dat eiendomsreg nie meer as die belangrikste vorm van saakgebruik beskou word nie. 'n Groot verskeidenheid van gebruiksregte is op talle terreine besig om die tradisionele rol van eiendomsreg in hierdie verband oor te neem. Terselfdertyd is die sosiale en sielkundige waarde wat tradisioneel aan eiendomsreg geheg is, besig om te verdwyn. Hierdie verskuiwing word egter nog nie deur die sakereg geakkommodeer of weerspieël nie; sowel skrywers as die howe bly nog aan die tradisionele besitsleer vaskleef, selfs al bied dit nie die nodige ruimte vir die teoretiese verklaring van die nuwe gebruiksregte en die nuwe vorme van saakbeheer nie. Daar bestaan dus 'n behoefte aan 'n alternatiewe benadering tot die teoretiese en sistematiese verklaring van saakbeheer, waarin die plek en funksie van verskillende vorme van saakbeheer en die remedies wat daarby betrokke is, herwaardeer word ten einde 'n wetenskaplike en konsekwente verklaring daaryan moontlik te maak. Die bekende regshistorikus Van den Bergh<sup>155</sup> het in hierdie verband die stelling gemaak dat die verwetenskapliking van die Westerse reg die spanning verdiep het tussen die reg (as semi-otonome sisteem) en die samelewing waarbinne dit funksioneer, en dat alle verdere ontwikkeling van die regswetenskap dit verder verdiep. Tog, sê hy, is 'n terugkeer na 'n primitiewe regslewe onmoontlik en al wat oorbly, is voortgang na vernuwing van die regswetenskap. Regswetenskaplikes in die akademiese en in die praktyk sal 'n poging moet aanwend om hierdie uitdaging ten aansien van besit die hoof te bied.

Die benadering wat hierbo voorgestel is, kan die teoretiese basis daarvoor bied sonder om van bestaande en gevestigde regsbeginsels af te wyk. Bestaande beginsels oor die werking en toepassing van die betrokke regsreëls en remedies is hiermee versoenbaar, terwyl dit die moontlikheid bied om probleme van die tradisionele besitsleer op te los. Hierdie verklaring bied moontlikhede vir vernuwing sonder om bestaande beginsels te laat vaar, juis omdat dit niks meer as 'n alternatiewe verklaringsmodel van die bestaande reg is nie. Dit bied ook ruimte vir verdere uitbreiding en aanpassings wat deur nuwe ontwikkelings genoodsaak mag word. Die terminologiese dissipline wat geverg word om hierdie benadering in teorie en praktyk op te neem, behoort nie as 'n belemmering gesien te word nie. Die filosoof Ludwig Wittgenstein<sup>156</sup> se woorde is in hierdie verband besonder toepaslik:

“Wass sich überhaupt sagen lässt, lässt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man schweigen.”

154 Sien in hierdie verband die voorlopige sistematiesing van die verskillende remedies wat aan beheerders verleen word: Van der Walt 1987 *THRHR* 139–153.

155 (1980) 6.

156 *Tractatus logico-philosophicus* (1921) voorwoord.



# AANTEKENINGE

## DIE STAAT SE AANSPREEKLIKHEID VIR ONREGMATIGE POLISIE- OPTREDE

Die doel van hierdie aantekening is om, veral met verwysing na die appèlhof se uitspraak in *Minister of Police v Rabie* 1986 1 SA 117 (A), enkele gedagtes oor die aanspreeklikheid van die staat vir die onregmatige optrede van polisie-beamptes in sy diens te stel. In die betrokke uitspraak word na my mening 'n nuwe rigting gevind wat betref die basis van aanspreeklikheid. Die gedagte van risikoskepping as moontlike basis vir die staat se aanspreeklikheid vir die onregmatige optrede van sy dienare, soos in die meerderheidsuitspraak geformuleer, bring 'n heel nuwe dimensie van die onderhawige problematiek na vore. Dit vra uiteraard vir 'n kritiese stellingname vanuit regsteoretiese oogpunt.

Die feite waarop die eis teen die staat gebaseer was, was die volgende: Van der Westhuizen, 'n polisieman in diens van die staat, het een nag, nadat hy versoek is om 'n partytjie te verlaat, die eiser, ene Rabie, op straat naby 'n inkopiesentrum vasgegryp en hom van winkelinbraak beskuldig. Toe Rabie die beskuldigings ontken, is hy met 'n wieldsleutel teen die voorkop geslaan en sy kop teen 'n winkelvenster gestamp. Daarna is die aanranding voortgesit deur Rabie se hande in die voorruit van Van der Westhuizen se motor vas te draai en met die motor omtrent 200 meter ver te ry. Vervolgens is Rabie met die motor na 'n polisieostasie geneem waar Van der Westhuizen 'n klag van poging tot inbraak teen Rabie gelê het. In die strafsak wat gevolg het, is Rabie onskuldig bevind.

Ten tyde van die voorval was Van der Westhuizen as polisieman in diens van die staat; sy spesifieke pligte was om as meganikus diens te lewer in die meganiese werkwinkel van die polisie. In sy hoedanigheid as meganikus het hy vaste diensure gewerk. Tydens die arrestasie en aanranding van Rabie was hy geklee in privaatklere en besig om onder andere in sy private motor sy private belange te behartig.

In die hof *a quo* is die onregmatigheid van Van der Westhuizen se optrede nie in dispuut geplaas nie. Die hof het beslis dat Van der Westhuizen ingevolge die Wet op Staatsaanspreeklikheid 20 van 1957 as 'n dienaar van die staat gehandel het en dat die staat middellik vir sy onregmatige optrede aanspreeklik was.

In appèl is die kernvraag of Van der Westhuizen binne die perke van sy diensbetrekking gehandel het toe hy sy makabere orgie van delikte teenoor Rabie uitgevoer het. Artikel 1 van die Wet op Staatsaanspreeklikheid *supra* verwys weliswaar na optrede "within the scope of his authority", maar dit is geïnterpreteer om dieselfde sin en betekenis as "within the scope of his employment" te hê (vgl. *Mlongo v Minister of Police* 1978 2 SA 551 (A) 567).



In 'n volledig gemotiveerde minderheidsuitspraak verklaar appèlregter Van Heerden dat Van der Westhuizen deurgaans kwaadwillig opgetree het welwetende dat Rabie geheel en al onskuldig was. Alhoewel hy voorgegee het om polisiefunksies uit te voer, was dit nooit sy oogmerk om sy werkgewer se belange te behartig nie. Sy optrede is geaktiveer deur persoonlike vyandigheid wat veral voortgespruit het uit sy woede en frustrasie. Van der Westhuizen het dus nie binne die perke van sy diensbetrekking gehandel nie.

In die meerderheidsuitspraak breek appèlregter Jansen grootliks weg van die tradisionele benaderingswyse tot die vraag na optrede binne of buite die perke van diensbetrekking en gryp die begrip van risikoskepping aan om 'n wyer basis van aanspreeklikheid te regverdig. Appèlregter Jansen aanvaar ook onomwonde dat Van der Westhuizen deurgaans "totally self-serving and *mala fide*" opgetree het. Hy gee duidelik te kenne dat handeling ter bevordering van 'n dienaar se eie belange nogtans binne die perke van sy diensbetrekking kan plaasvind, mits daar 'n genoegsaam noue skakeling of band met die werkgewer se werksaamhede of belange bestaan (134D-E).

Appèlregter Jansen meen egter dat in die onderhawige geval die risikobeginsel, soos vervat in die volgende *dictum* in *Feldman (Pty) Ltd v Mall* 1945 AD 733 741, 'n meer gepaste grondslag vir middellike aanspreeklikheid bied:

"[A] master who does his work by the hand of a servant creates a risk of harm to others if the servant should prove to be negligent or inefficient or untrustworthy; that, because he has created this risk for his own ends he is under a duty to ensure that no one is injured by the servant's improper conduct or negligence in carrying on his work . . ."

Appèlregter Jansen meen verder dat die "angle of creation of risk" die klem by die probleem van optrede binne of buite die perke van diensbetrekking verplaas vanaf die bedoeling en die aard van die verband tussen die dienaar se handeling en die werkgewer se werksaamhede na die "dominant question", naamlik of die handeling binne die risiko val wat die staat as werkgewer geskep het. Die oorheersende vraag word dan soos volg deur appèlregter Jansen beantwoord (134-135):

"By appointing Van der Westhuizen as a member of the Force, and thus clothing him with all the powers involved, the State created a risk of harm to others, viz the risk that Van der Westhuizen could be untrustworthy and could abuse or misuse those powers for his own purposes or otherwise, by way of unjustified arrest, excess of force constituting assault and unfounded prosecution. Van der Westhuizen's acts fall within this purview and in the light of the actual events it is evident that his appointment was conducive to the wrongs he committed."

Die hof beslis dus as meerderheid dat Van der Westhuizen binne die perke van sy diensbetrekking gehandel het en dat staat gevolglik middellik vir sy onregmatige dae aanspreeklik gehou word.

In die meerderheidsuitspraak word sowel die staat se aanspreeklikheid, as die perke en grense daarvan, geregverdig deur 'n beroep op die beginsel van risikoskepping. Die skuldlose aard van die staat se aanspreeklikheid en die gedagte van risikoskepping as grondslag en regverdiging stempel die staat se aanspreeklikheid as 'n risiko-aanspreeklikheid. Dit stel die fundamentele vraag aan die orde of die staat se aanspreeklikheid vir die onregmatige optrede van sy dienare, en in besonder polisiemanne, wel voldoen aan die vereistes van risiko-aanspreeklikheid. Die teoretiese grondslag van risiko-aanspreeklikheid is natuurlik omstrede. Vele teorieë is al in die regsliteratuur van lande met ontwikkelde omstelsels aangevoer as regverdiging van die feitlik universele verskynsel van

risiko-aanspreeklikheid (sien my proefskrif *Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* (1974) hfst VI).

Die grondslag van risiko-aanspreeklikheid is myns insiens geleë in die skeping van 'n juridies-relevante risiko. Die risikobegrip, wat teoreties die verskynsel van risiko-aanspreeklikheid fundeer, is normatief bepaald. Die aanwesigheid van 'n regtens relevante risikoskepping is afhanklik van *a priori* bepaalde normatiewe elemente. Slegs 'n normatief bepaalde risikobegrip kan teoreties ter regverdiging van risiko-aanspreeklikheid dien. Die wetenskaplike geringskatting van die risikobegrip, ook soos vervat in die begrip van risiko-aanspreeklikheid, is juis die nalate om die normatiewe grondslag van die begrip te probeer aantoon. Die wesenlike beswaar teen die risikobegrip is die vaagheid en onbeperktheid daarvan. 'n Juridiese normatiewe risikobegrip behoort hierdie kritiek te ondervang.

Wat is die normatiewe elemente van risikoskepping as grondslag van risiko-aanspreeklikheid? Hierdie vraag verteenwoordig die wesenskern van die probleem ten aansien van die teoretiese regverdiging van risiko-aanspreeklikheid. Dit stel die vraag na die regtens relevante faktore of omstandighede wat 'n afwyking van die skuldbeginsel noodsaak. Myns insiens bestaan daar, vir sover dit risiko-aanspreeklikheid as verskyningsvorm van deliktuele aanspreeklikheid betref, drie normatiewe elemente, naamlik (a) aansienlike verhoging van die kans op skade-intrede, (b) die verhoging van die waarskynlikheid van ernstige benadeling, en (c) 'n ongelykheidsverhouding tussen dader en benadeelde. Die aanwesigheid van een of meerdere van hierdie elemente by 'n menslike aktiwiteit kwalifiseer dit as 'n juridies-riskante gedraging. Hierdie normatiewe kwalifikasie van 'n gedraging ten einde regtens riskant te wees, verseker prinsipiëel 'n betreklik omskrewende en afgebakende toepassingsgebied van die risikobeginsel.

Vir doeleindes van hierdie bespreking verwys ek slegs na (c) waar die normatiewe element van 'n regtens relevante risikoskeppende handeling geleë is in 'n ongelykheidsverhouding tussen die benadeelde en die dader. Die dader wat uit hoofde van 'n juridiese magposisie bepaalde omskrewende handeling mag verrig, skep in geval van sodanige optrede 'n besondere gevaar vir benadeling. Die besondere gevaar is geleë in òf die hoë kans op onregmatige skadeberokkening, òf die verhoogde waarskynlikheid van ernstige benadeling in geval van onregmatige optrede.

'n Ongelykheidsverhouding is basies geleë in 'n juridies fundeerde gesagsverhouding. Hier kom primêr die verhouding tussen staat en onderdaan ter sprake. Waar die staat deur sy verteenwoordigers en amptenare op grond van sy gesagsposisie bepaalde omskrewende handeling ten aansien van die onderdaan verrig, is sulke optrede regtens riskant. Die riskante aard berus op die magposisie van die staat: die betreklike wye bevoegdhede, die ondersteunende staatsmasjinerie, die drastiese aantasting van die benadeelde se belange en die benadeelde se betreklike weerloosheid. Laasgenoemde faktor is gegrond op die feit dat die individu – gekonfronteer deur die goed georganiseerde, komplekse en “gesigslose” staatsmasjinerie – in 'n ekonomiese en feitlike sin betreklik magteloos is en voel.

'n Voorbeeld van 'n juridies riskante aktiwiteit wat uit hoofde van 'n ongelykheidsverhouding onderneem word, is die arrestasie van 'n persoon deur 'n polisiebeampte. Arrestasie as bepaald omskrewende handeling wat op grond van 'n juridiese magposisie verrig word, skep 'n besondere gevaar vir die individu.

Die polisiebeampte handel in so 'n geval, gerugsteun deur 'n magtige staatsorganisasie, teen die betreklik weerlose individu. Sy optrede is abstrak riskant: dit het die inherente potensiaal om op onregmatige wyse 'n drastiese aantasting van waardevolle persoonlikheidsbelange te bewerkstellig. Dieselfde oorwegings geld waarskynlik in die geval van onregmatige vervolging. Hier skep die individu deur sy aanstigting van die polisie-owerhede 'n ongelykheidsverhouding: die staatsmasjinerie word deur die aanstigting in werking gestel.

Die abstrak riskante aard van bepaalde owerheidsoptrede word deur Bruins (*Een ondersoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* (1906) 168) soos volg gestel:

“Geheel gelijk is de toestand bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige arrest, voorlopige hechtenis, onschuldige veroordeling enz. Ook hier wordt eenzijdig de kans – hier zelfs de zekerheid – op nadeel uitermate verhoogd, door eene buitengewone macht aan den beslaglegger enz. verleend.”

Ek meen dus dat die skuldlose aanspreeklikheid van die staat vir die onregmatige optrede van sy polisiemanne sowel as die aanspreeklikheid van die polisieman self op die risikobeginsel behoort te berus. In die geval van onregmatige arrestasie as vorm van *iniuria* is daar sterk aanduidings in ons regspraak van die aanwending van die beginsel van skuldlose of risiko-aanspreeklikheid. In *Donono v Minister of Prisons* 1973 4 SA 259 (K) 262 verklaar regter Van Winsen:

“As is the case with unlawful arrest, the plaintiff need not allege or prove fault, either in the form of *dolus* or *culpa*, on the part of the defendant or his servants.”

In *Smit v Meyerton Outfitters* 1971 1 SA 137 (T) 140 word die volgende gestel:

“Dit is ondenkbaar dat 'n onskuldige gearrester word, en dat die verweerder vry kan gaan met die verskoning dat hy 'n fout begaan het.”

In die geval van onregmatige vervolging daarenteen word die opsetvereiste nog gehandhaaf (*Moaki v Reckitt & Colman (Africa) Ltd* 1968 3 SA 98 (A); *Lederman v Moharal Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 190 (A)). Myns insiens bestaan daar ook in hierdie geval goeie gronde vir 'n risiko-aanspreeklikheid (aangehaalde proefskrif 413–415).

Ek meen dus dat die toepassing van die risikobeginsel in die geval van die staat se aanspreeklikheid vir die onregmatige optrede van sy polisiebeamptes geregverdig is. Die aanstelling van 'n polisieman deur die staat skep 'n ongelykheidsverhouding wat potensieel bepaalde tipiese risiko's van benadeling vir onderdane skep. Die tipiese risiko's hou verband met die funksies om te ondersoek, te ondervra, te arresteer, aan te hou, ensovoorts; misbruik, foute, kwaadwilligheid, *mala fides*, ensovoorts deur die bekleër van hierdie magtsposisie gee normaalweg aanleiding tot ernstige gevolge. Dit regverdig 'n risiko-aanspreeklikheid.

Ek meen egter nie dat die beginsel van risikoskepping alle gevalle van middellike aanspreeklikheid ten grondslag lê nie. Die indiensneming van 'n gewone werknemer skep normaalweg nie as sodanig 'n regtens riskante benadelingsbron nie. Die risikobegrip moet te wyde opgevat word om as algemene basis van middellike aanspreeklikheid te dien. Ek vind egter geen aanduiding in die hof



se uitspraak dat dit die risikobeginsel as algemene grondslag van middellike aanspreeklikheid wil vestig nie. Die uitspraak beklemtoon eerder die besondere faktore wat die staat se aanspreeklikheid vir die optrede van sy polisie grondves.

JC VAN DER WALT

*Randse Afrikaanse Universiteit*

## **BREACH OF STATE CONTRACTS CONCLUDED WITH FOREIGN PRIVATE INVESTORS: AN INTERESTING INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE COURT OF ARBITRATION AWARD**

### **1 Introduction**

The 1983 International Chamber of Commerce (ICC) Court of Arbitration award in the case between SPP (Middle East) Ltd and SPP Ltd (plaintiffs) on the one hand, and the Egyptian Government and the Egyptian General Company for Tourism and Hotels (defendants) on the other, is not earth-shattering. (For the full text of the award see 1983 (22) *ILM* 752. All references to the award in this article will be to this particular text.) Yet it is unique in that it is the first and, to date, the only award in a case concerning the breach of a state contract which regulates the development of an international tourist industry. Secondly, the contract which forms the subject of the arbitration is also unique in that it embodies a contractual model which was rarely, if ever, utilised before in the international tourist development industry. A third reason why this award is worthy of discussion is that the tribunal contributed (albeit somewhat confusingly) to the debate about the characterisation of state contracts in general — a debate which, in spite of torrents of scholarly activity, still rages on (see 6 1 1 *infra*).

### **2 The facts**

The first plaintiff was a wholly-owned subsidiary of the second plaintiff and was established for the purpose of owning the first plaintiff's interest in the venture for the development of tourist projects in Egypt. The first defendant was the government of the Arab Republic of Egypt and the second defendant was the Egyptian General Company for Tourism and Hotels — a joint stock company formed under Law 115 of 1975.

On 12 December 1974 the first plaintiff and the defendants concluded an agreement for the development of two international tourist projects in Egypt (the Pyramid Oasis and the Ras-El-Hekma areas). In terms of this agreement the parties undertook to incorporate promptly an Egyptian joint venture company of which forty per cent would be subscribed by the second defendant and sixty per cent by the first plaintiff for the Pyramid Oasis area while thirty per cent would be subscribed by the second defendant and seventy per cent by the first plaintiff for the Ras-El-Hekma project. It was further agreed that the viability of the venture was subject to the approval of the competent government authorities and to a finding in the feasibility studies proving the profitability of the projects. The rest of the agreement contained standard clauses generally found in state contracts of this nature.



By 1978 all the necessary feasibility studies had been completed and the relevant authorisations had been granted. The first plaintiff had already commenced working and, apart from a minor problem concerning the relocation of illegal squatters occupying the development site, the project was on schedule. However, at about the same time, opposition to the Pyramids Oasis project developed, especially in the People's Assembly. The project was attacked on a number of grounds — both legal and environmental in character. The Minister of Tourism and the Minister of Economics passionately defended the project in the Assembly and even President Anwar Sadat was drawn into the debate. In a public interview on 23 April 1978 he defended the project and, in particular, made the point that it was not in the national interest of Egypt that doubt should be permitted about the reliability of the "open door" policy of which the project was an example. The People's Assembly was still unconvinced. In March 1978 it named a special committee of experts to investigate the desirability of the project. The committee took an unfavourable view of the project and informed the Speaker of the People's Assembly accordingly. Subsequent to this event the government took steps which in effect cancelled the project. All the authorisations were withdrawn, all works in progress discontinued, the labour force demobilised, the project's teams disbanded and much equipment and partially completed work abandoned.

### 3 The claims, defences and counterclaim

The plaintiffs, in these circumstances, claimed damages for breach of the state contract in question. They claimed the fair market value of the second plaintiff's shareholding in the joint venture company prior to the time when such shareholdings became worthless owing to the cancellation of the project. They also claimed lost profits which, they submitted, they would have earned if the Pyramids Oasis project had been allowed to reach completion.

The defendants, in their turn, initially disputed the jurisdiction of the Arbitral Tribunal and the title of the plaintiffs to sue. They further denied that they had committed any breach of the state contract, averring that the cancellation of the contract was of a legislative and executive character and thus constituted an act of state (see 5 3 1 *infra*). Apart from this, they even contested the *quantum* of damages. The defendants alleged that the plaintiffs themselves had committed breaches of contract and illegal acts which justified the cancellation of the project and the second defendant counterclaimed damages for such breaches. The second defendant also submitted *force majeure* as an alternative defence. It contended that even if the state contract had been breached, this breach was the result of circumstances beyond its control, namely, the executive and legislative acts of the government (see 5 3 2 *infra*).

### 4 The finding

On 11 February 1983 the arbitrators found as follows:

a The first defendant's conduct amounted to a breach of the state contract which caused losses to the plaintiffs. Damages were awarded to the plaintiffs in the sum of US \$12 500 000 together with interest thereon at the rate of five per cent *per annum* from the date on which the request for arbitration was received by the secretary of the ICC Court of Arbitration until payment.

- b The claim by both plaintiffs against the second defendant, as well as the second defendant's counterclaim against the plaintiffs, was dismissed.
- c The first defendant was ordered to pay eighty per cent of the cost of arbitration and the full amount for legal costs. The plaintiff was ordered to pay the remaining twenty per cent of the cost of arbitration.

## 5 The issues

### *5.1 The jurisdiction of the International Chamber of Commerce Court of Arbitration*

Article 20 of the December 1974 agreement provided that any disputes relating to that agreement would be referred to the arbitration of the International Chamber of Commerce in Paris. However, from the inception of the arbitration the first defendant made it clear that it disputed the jurisdiction of the tribunal. It disputed that it was in any way a party to the December agreement.

The plaintiffs, in their turn, maintained that the government became a party to the December 1974 agreement in one of three ways: either directly by the signature of the Minister of Tourism, or because the second defendant was acting not only on its own behalf but also on behalf of the government or because there was an essential governmental identity between both defendants.

The first defendant contended that the signature of the Minister of Tourism had no contractual significance. The minister, it was contended, acted in his capacity as chairman of the assembly of the second defendant. His signature did no more than perfect the obligation of the second defendant, but created no obligation for the government.

What is of importance, however, is that the first defendant did not dispute the competence of the tribunal to rule upon and to decide in a manner binding upon all parties whether it had such a competence. Therefore it was possible for the tribunal to decide on its jurisdiction in the matter. The tribunal found that it in fact had the required competence to arbitrate in the matter, and particularly for the following reasons:

- a The agreement unequivocally conferred jurisdiction on the tribunal.
- b The first defendant was a party to the agreement by signature of the Minister of Tourism. From the evidence adduced it appeared that during the negotiations the first plaintiff laid down the conditions that the project would be undertaken only if the first defendant participated directly as a party, as this would facilitate the financing of the project.
- c There were no laws in Egypt at that time which prevented the government from submitting itself to international arbitration.
- d The first defendant was perfectly content to allow the second defendant to subject itself to a clause providing for international arbitration. This meant that disputes between the second defendant and the foreign investor would be adjudicated by the ICC Arbitral Tribunal. However, it did not seem in any way unlikely or improbable that the government would have wished that all disputes concerning the same project should go to the same tribunal rather than to an entirely different domestic tribunal. Therefore the ICC Court of Arbitration had jurisdiction to adjudicate any dispute arising from the unified contractual scheme.

## 5 2 *The governing law*

The agreement did not specifically provide for the law which was to govern the contract. In order to solve the issue the tribunal applied the ordinary principles of conflict of laws. The tribunal pointed out that the contract was concluded in Egypt; the place of performance was almost entirely in Egypt and multiple references to the laws of Egypt appeared in the contract. In their opinion, the governing law was the law of Egypt.

A further issue to be resolved was whether the principles of international law such as *pacta sunt servanda* and just compensation for expropriatory measures could be deemed part of Egyptian law. In reliance upon Fouchard (*L'Arbitrage Commercial International* (1965) 101) the tribunal found that reference to Egyptian law was to be construed so as to include such principles of international law as may have been applicable and that the national laws of Egypt could be relied upon only in so far as they did not contravene these principles.

## 5 3 *Substantive law issues*

### 5 3 1 *The breach of a state contract*

The tribunal held that the principle *pacta sunt servanda* is common to both Egyptian law and international law and therefore even if a legislative act of a sovereign state does not constitute a breach in terms of its domestic law, it certainly constitutes a breach in terms of international law and damages can be claimed.

### 5 3 2 *Force majeure as a defence against the breach of an economic development contract*

The second defendant raised the defence of *force majeure*. This defence rested upon the assertion that any breach which was committed by the second defendant was the result of circumstances beyond its control, namely, the action of the first defendant, the Egyptian government. However, if the tribunal were to have treated the matter simply as one of *force majeure*, it would have been faced with the difficult question whether the extremely close connection between the government and the second defendant, exemplified by the fact that the second defendant was at all times under the control of the relevant minister, permitted the application of the doctrine of *force majeure*.

Fortunately, the tribunal did not find it necessary to decide on the issue of *force majeure*, because it found that the second defendant had in any case not committed a breach of contract and therefore could not raise any valid defences. The second defendant's obligations in terms of the contract were to use its best endeavours to obtain the necessary action from the government. In the light of this limited liability and the second defendant's separate legal identity, it was impossible to say that the breach committed by the government was also *ipso facto* a breach of a joint obligation by the second defendant.

### 5 3 3 *Damages*

The tribunal considered that the measure of damages was to be determined by the law of Egypt. Article 221 of the Egyptian Civil Code provides as follows:

"The judge will fix the amount of damages, if it has not been fixed in the contract or by law. The amount of damages includes losses suffered by the creditor and profits of which

he has been deprived, provided that they are normal results of the failure to perform the obligation or of delay in such performance. These losses shall be considered to be a normal result, if the creditor is not able to avoid them by making a reasonable effort. When, however, the obligation arises from contract, a debtor who has not been guilty of fraud or gross negligence will not be held liable for damages greater than those which could normally have been foreseen at the time of entering into the contract."

In the light of the facts, the tribunal found that although the government had breached its contract, the breach was neither fraudulent nor grossly negligent in the sense of article 221 of the Egyptian Civil Code. Nevertheless, the government was liable for the compensation of damages (including *damnum emergens* and *lucrum cessans*) which normally could have been foreseen at the time of entering into the contract.

### 5 3 3 1 *The quantification of the damages*

The plaintiffs quantified their damages on the following basis: money invested; value of the investment in May 1978; and loss of opportunity. The plaintiffs' claim was backed by auditors' reports using the technique of a cash-flow projection. The defendants, too, produced auditors' reports which challenged many of the contentions and assumptions in the plaintiffs' reports.

The tribunal, on assessing the expert evidence, rejected the amount claimed by the plaintiffs of US \$42 500 000 and decided that under the prevailing circumstances an amount of US \$12 500 000 was reasonable. They based their decision on the following factors:

- a The risk was much higher than was assumed in the discounted cash-flow projections. It was considered that if the projected figures of income and expenditure were to be adopted they would have carried a much higher discount rate. The project was unique in a very sensitive area from an environmental and political point of view. Not even the Egyptian government could give full guarantees against the risks involved. These risks were bound to lead and did in fact lead to differences between the parties to the joint venture.
- b It was held that very limited weight should be given to the transactions in shares of the first plaintiff, because these transactions took place approximately two years before the date of cancellation and by this date the political and economic climate had a number of new elements unfavourable to the venture's prospects.
- c After the initial five-year period there was a considerable risk in a change in the tax status.
- d By the date of cancellation the greater part of the work still had to be done.
- e The calculation put forward by the plaintiffs revealed a disparity between the amount of the foreign investment and its supposed value at the material date.
- f The tribunal believed that there was a remote possibility of recovery from the liquidation proceedings of the joint venture company.

## 6 A critical evaluation

### 6 1 *The importance of the arbitral award for transnational state contractual practice in general*

This award addresses two important aspects of transnational business law, namely, the legal characterisation of state contracts and the role of new contractual models in transnational dealings. Both these aspects will be discussed.



### 6 1 1 *The legal characterisation of state contracts*

State contracts being agreements concluded between a host state and a foreign investor, have not been easy to classify and the debate about their legal character still continues. The uncertainty about the nature of these contracts is even reflected in the variety of names given to these contracts: state contracts (Kuusi *The host state and the transnational corporation* (1979)); economic development contracts (Farer "Economic development agreements: a functional analysis" 1971 *Col JTL* 200); investment contracts (Kahn "The standard investment agreement: text and comments" 1974 *Ga J Int'l and Comp L* 39); economic concessions (Kronfol *A protection of foreign investments* (1971)); and natural resource contracts (Onejeme "The law of natural resources development: agreements between developing countries and foreign investors" 1977-1978 *Syracuse JTL* 1).

The characterisation of these contracts has taken place within the context of the law which governs them. Problems therefore arose where these contracts did not specify a governing law. In the past, tribunals employed a rebuttable presumption to solve this problem. It was presumed that in the absence of a contractual provision stipulating the governing law, the domestic law of the host state governed the contract (Kuusi 8-10). However, this is no longer a problem. Contemporary state contracts all provide for a governing law in some or other form. Over the years state contracts have provided for the following types of governing law:

- a The municipal law, either of one of the contracting parties, or of a third country (see the 1960 agreement between Ghana and the Volta Aluminium Company).
- b The combined municipal laws of both parties (see the 1928 agreements between RCA and China and RCA and Czechoslovakia respectively).
- c The corresponding legal principles of the municipal systems of both parties (see the 1954 Iranian Consortium agreement).
- d International law (see Libyan concessions of 1955 and 1957; 1978 (3) *ILM* 10-14).
- e The general principles of law (see the 1954 National Iranian Oil Company agreement).
- f A municipal system of law combined with the principles of good faith (see the 1925 agreement between Lena Goldfields and the USSR; Nussbaum "Note" 1950-1951 *Cornell LQ* 42 *seq.*).
- g A combination of domestic law and non-domestic law (see the 1933 agreement between Saudi Arabia and Aramco).
- h The law created by the contract itself (see the 1958 agreement between Tunisia and Transport par pipelines au Sahara).
- i Any system of law determined by appointed arbitrators in their capacities as *amiable compositeurs* (see the 1932 agreement between Yugoslavia and the Société Européenne d'Etudes et d' Entreprises).

In the light of the above selection of governing law clauses, it is therefore possible to classify state contracts either as contracts in terms of a municipal law or contracts in terms of a non-municipal law. Contracts classified in terms of a municipal law have either been specifically characterised as:

- a Private-law contracts (Asante "Stability of contractual relations in the transnational investment process" 1979 *ICLQ* 401; Sornarajah "The myth of international contract law" 1981 *JWTL* 187); or
- b Public-law contracts (An "The law applicable to a transnational economic development contract" 1987 *JWTL* 97-107).

On the other hand, agreements classified in terms of a non-municipal law have been characterised as:

- a *Sui generis* contracts in terms of principles and rules of both municipal and public international law (Abi-Saab "The international law of multinational corporations: a critique of American legal doctrines" 1971 *Annals of Int Studies* 97; Kojanec "Recent developments in the law of state contracts" 1970 *YB of World Affairs* 189; Sereni "International economic institutions and the municipal law of states" 1959 *RdC* 133).
- b Contracts in terms of a self-created law or *lex contractus* (Bourquoin "Arbitration and economic development agreements" 1960 *Business Lawyer* 860; Donnedieu de Vabres *L'Evolution de la Jurisprudence Française en Matière de Conflit des Lois Depuis le Début du XXe Siècle* (1938) 561; Verdross "Protection of private property under quasi-international agreements" 1959 *Neth JLR* 355).
- c International treaties (Mann "The proper law of contracts concluded by international persons" 1959 *BYIL* 34; Friedmann "The relevance of international law to the process of economic and social development" 1966 *ASIL Proc* 8; Weil "Problèmes Relatifs aux Contrats Passés entre un Etat et un Particulier" 1969 *RdC* 95).
- d Transnational contracts (Goldman "La *Lex Mercatoria* dans les Contrats et l'Arbitrage Internationaux" 1979 *Journal du Droit International* 475; Greenwood "State contracts in international law — Libyan oil arbitrations" 1982 *BYIL* 27 80-81; Lalive "Contracts between a state or a state agency and a foreign company" 1964 *ICLQ* 987; Lalive "Contrats entre Etats ou Entreprises Etatiques et Personnes Privées" 1983 *RdC* 13; McNair "The general principles of law recognised by civilian nations" 1957 *BYIL* 1; Verhoeven "Traités ou Contrats entre Etats? Sur le Conflit de Lois en Droit des Gens" 1984 *Journal du Droit International* 5).

In the case under discussion, the arbitrators' theoretical speculations about the character of state contracts were not borne out by their ultimate actions. In theory, the arbitrators acknowledged the existence of principles of international law which govern contracts between a state and a foreign national (768-772). The arbitrators added that *in casu* the principles of international law enjoyed preference over domestic principles of contract in the case of conflict (769). By implication the arbitrators recognised a so-called transnational or international law of contract and consequently characterised the agreement as a transnational investment contract. By recognising this new system of contract law, the arbitrators blatantly entrenched the narrow Anglo-American concept of contract within a transnational business context and completely disregarded contemporary practice and third-world and socialist criticism of that approach. Although the doctrinal support for the theory of an international law on contract is very extensive, especially in Western legal circles, it is submitted that this theory cannot be supported for the following reasons:

a This theory is based on the internationalisation of the classic Anglo-American law of contract. The classic Anglo-American concept of contract is one of a private immutable bargain which is firmly rooted in the free will of the parties who have equal bargaining strength. This notion of contract promotes immutability of acquired rights. However, the realities of transnational investments call for the constant review of investment relations between parties. It is unrealistic to freeze the conditions prevailing at the time of contracting despite economic and political changes. Furthermore, the whole classic concept of contract is itself under attack (see generally Atiyah *The rise and fall of freedom of contract* (1979); Horowitz "The historical foundations of modern contract law" 1974 *Harvard LR* 917). At the very least, supporters of an internationalised law of contract should bear in mind (and effectively counteract) the criticisms directed against the classic law of contract before relying on a theory which attempts to internationalise aspects of the classic law of contract.

b The major aim of the third-world countries has been to create the norm of absolute sovereignty over natural resources both on a national and international level (Elian *The principle of sovereignty over natural resources* (1979); Rajan *Sovereignty over natural resources* (1979)).

c From 1952 a series of United Nations General Assembly resolutions have asserted the principle of economic self-determination (for a complete list see Onejeme 1977-1978 *Syracuse JIL* 13).

d National control of foreign investments has been the principle feature of the new forms of contracts that have been devised by developing countries. The new contracts assert the sovereignty of the state at every stage of exploration, exploitation and marketing of natural resources or development projects (see Walde "Transnational investment in the national resources industries" 1979 *Law and Policy in Int'l Business* 691).

e Contemporary contractual and arbitral practice appears to reject the theory of an international law of contract (see Kuusi 140-154).

f Third-world and socialist writers (who incidentally form part of an influential power bloc in world affairs) generally reject the theory of an international law of contract (see An 1987 *JWTL* 125-139).

It is therefore regrettable that this award lent further unjustified support to the theory of an international law of contract which disregards the realities of contemporary transnational dealings.

### 6 1 2 *A new contractual model identified and utilised in the international tourism development industry*

Over the years a variety of contractual models have been utilised in transnational dealings. The principal contractual models which have been utilised are consultant contracts, turnkey contracts, management contracts and joint ventures (for an exposition of these models see Stansbury "Foreign investment relationships" in Hellawell and Wallace (eds) *Negotiating foreign investments* (1982) (1) 7 1A1-7 1A8).

Joint ventures are by far the most common models for transnational dealings. Joint ventures can either be equity joint ventures or contractual joint ventures. Contractual joint ventures are long-term common enterprises in which the foreign and local partner's respective rights and obligations are defined in a contract.



Equity joint ventures, on the other hand, are business associations formed under a host state's laws in which the foreign investor and local participants are co-owners of the enterprise and have joined together to conduct business as a company.

The contractual model utilised in the case under discussion is an example of an equity joint venture. This type of contractual model has been utilised extensively in the oil gas and mineral extractive industries, but not in the tourist development industry. The utilisation of this model in the tourist development industry has the advantage of ensuring state control over particular projects. A government can make full use of its voting powers as shareholder to influence management decisions. However, compared with equity joint ventures, contractual joint ventures offer a more flexible framework of co-operation. In contractual joint ventures the parties do not need to comply with corporate formalities relating to profit sharing and relationships between ownership, control and financial risks and benefits are adjusted in accordance with the particular political and economic circumstances of each project.

Contractual joint ventures, in all their various forms, appear to be the most useful models in transnational business dealings. Yet, it is interesting that equity joint ventures can be used successfully even in tourist development projects.

## 6 2 *The importance of this arbitral award for South African transnational state contractual practice*

Two lessons can be learnt from this award. In the first instance it is clear that any economic development project must be preceded by effective negotiations and pre-contractual analysis. In the second instance, suitable contractual models must be utilised.

### 6 2 1 *The role of negotiations and pre-contractual analysis*

Many of the problems which eventually led to the breach of contract in this case could have been avoided by effective pre-contractual analysis and negotiations. (On the role of pre-contractual analyses and negotiations in economic development projects see, generally, Frignani *Il Diritto del Commercio Internazionale* (1986) and Smith and Wells *Negotiating third-world mineral agreements* (1975) respectively.) Unfortunately, third-world countries, in their quest for foreign investment, often make outrageous concessions to foreign investors in the course of negotiations. This is merely the result of poor negotiating tactics. Most third-world countries, including South Africa, have no corps of well-trained commercial negotiators. The only way to overcome this problem is to embark upon training programs for state negotiators along the lines of programmes presented at the Georgetown Investment Negotiation Centre or the Harvard Negotiation Project Centre.

### 6 2 2 *The utilisation of suitable contractual models*

South African state contractual practice favours the principle that foreign investors wishing to deal in South Africa must incorporate a company in the host state. This rules out any problems of governing law. In accordance with the principle of territorial supremacy, a domestic corporation unconditionally submits to the domestic law of the country in which it operates. This approach also allows for effective state control over a foreign entrepreneur doing business in



South Africa. However, the advantages of other types of contractual models (discussed in 6.1.2 *supra*) should not be overlooked. Although a state party to a state contract should not totally relinquish its control over particular projects, it should also not adopt contractual models which frighten and repel foreign investors. This is especially true for South Africa where the need for foreign investment was never before more keenly felt than now. The case under discussion provides an example of an effective contractual model which appears to satisfy both the host state and the foreign investor.

## 7 Conclusion

At the moment South Africa has no legislation which regulates state contracts concluded with foreign investors. At first glance this may seem a source of insecurity to potential foreign investors. However, the absence of legislation regulating relationships between the South African state and foreign investors may be a blessing in disguise. This allows the contracting parties to negotiate novel and refreshing agreements at a time when foreign investors may prefer to keep their dealings with South Africa secret. However, should circumstances in the investment climate change, providing more incentives for foreign private investment, regulatory legislation will have to be considered.

GIORGIO RADESICH  
*University of South Africa*

## THE APPLICABILITY OF LEGISLATION THROUGH CONTRACT: SOEKOR AND THE MOSSEL BAY OFFSHORE GAS DEVELOPMENT PROJECT

### 1 Introduction

The Mossel Bay offshore gas development project has brought into focus an interesting legal issue. This concerns the legal regime which is applicable to the exploitation of the relevant gas reserves. The Mossel Bay gas fields are situated some eighty–ninety kilometres off the South African coast. This means that the area of operations lies well outside South Africa's territorial waters, which extend to a distance of twelve nautical miles from the low-water mark (s 2 of the Territorial Waters Act 87 of 1963). The said operations, consequently, are in principle governed by the provisions of international law.

In principle South African law applies only in respect of South African territory and therefore is not generally applicable beyond our territorial waters. (There is even a dispute as to whether it applies at all to our territorial waters. Cf Booyesen "Jurisdiction of the South African courts over the South African territorial waters" 1977 *SAYIL* 184.) However, international law recognises South African jurisdiction (as a coastal state) in respect of certain activities performed in the overlapping zones of the continental shelf and the exclusive fishing zone, both of which include the gas fields in question. The South African parliament has availed itself of this power and has promulgated legislation applicable to the above-mentioned zones. Among such laws are the Sea Fisheries Act 58 of 1973, the Prevention and Combating of Pollution of the Sea by Oil Act 6 of

1981, the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships Act 2 of 1986 and section 7 of the Territorial Waters Act 87 of 1963 which renders applicable to the continental shelf all South African legislation relating to mining or minerals, including natural oil.

In addition to this legislative extension of South African law beyond our territorial waters, certain South African legislation applies to the area of operations by virtue of a contract concluded between the body probing and eventually exploiting the natural resource concerned (i.e. SOEKOR, which may eventually cede its mining rights to MOSGAS) and the South African government. It is this latter aspect that will form the basis of the ensuing discussion.

## **2 Contractual basis of operations**

### *2 1 The prospecting lease*

SOEKOR's prospecting activities have been authorised by virtue of a prospecting lease which was granted by the minister of mineral and energy affairs on 23 June 1967 in terms of section 14(1)(b) of the Mining Rights Act 20 of 1967. SOEKOR's rights and obligations are thus governed by the provisions of this lease.

### *2 2 The mining lease*

Prospecting is obviously aimed eventually at mining. The Mining Rights Act accordingly determines that a prospecting lease relating to natural oil (including gas) may embody any or all of the terms and conditions which will be applicable to any mining lease to which SOEKOR may become entitled under section 25(1)(g) of the act (s 14(3)). SOEKOR is in fact entitled to a mining lease, provided that the minister is satisfied that natural oil occurs in workable quantities in or on the area (s 25(3)(a) of the Mining Rights Act) and that he is satisfied, after consultation with the Mining Leases Board, that the scheme according to which SOEKOR proposes to carry on mining under such lease is satisfactory, and either that its financial resources are adequate for the proper mining of natural oil, or that the arrangements whereby it proposes to obtain capital for the purposes are satisfactory (s 25(3)(b) of the Mining Rights Act).

The prospecting lease also confirms (cl 22) that upon each discovery of natural oil in workable quantities the minister shall grant to SOEKOR a mining lease over the area. Although clause 22 of the prospecting lease refers only to the proviso contained in section 25(3)(a) of the Mining Rights Act, it may be safely assumed that a mining lease will be granted only if the proviso stipulated in section 25(3)(b) is also satisfied.

A draft or specimen mining lease, which coincides to a large extent with the prospecting lease, has actually been included in the prospecting lease as an addendum. Provided the minister is satisfied as to the above-mentioned aspects, this draft mining lease will eventually constitute the basis for the granting of a mining lease in terms of section 25(1)(g) of the Mining Rights Act.

## **3 Applicability of South African law by virtue of contract**

### *3 1 The legal regime postulated by the prospecting lease and the draft mining lease*

The prospecting lease (cl 33(2)) and the mining lease (cl 32) both stipulate that the lease shall, throughout the period of its validity, be governed by and be interpreted in accordance with South African law in force on a date in 1967,

subsequently extended to 29 July 1977 (notarial deed of 31 March 1981, amending the prospecting lease), and by such further South African laws as may be passed in addition to, or in substitution of them, provided such further laws shall not adversely affect the contractual rights and obligations of SOEKOR under the lease without its consent.

*Prime facie* the lease would appear to establish a special legal dispensation applicable to SOEKOR's operations, that is that SOEKOR is contractually bound as against the minister to obey all South African laws enacted prior to 29 July 1977, but that it is bound by subsequent enactments only to the extent that such further laws do not adversely affect its contractual rights and obligations without its consent. However, the position would appear to be somewhat more complicated than this. It would seem advisable to make a distinction between the following categories of laws:

### 3 1 1 *Laws prior to 1977 applicable to the area*

It has been pointed out that some South African legislation applies beyond our territorial waters to an area that would comprise the area of SOEKOR's operations. This legislation is applicable in its own right, irrespective of the above-mentioned term of the prospecting and draft mining leases. All this term implies is that, in addition to being bound by the legislation in question, SOEKOR is also contractually obliged to obey the legislation concerned.

### 3 1 2 *Laws prior to 1977 not applicable to the area*

Normally neither SOEKOR, nor anyone else for that matter, would be bound by South African legislation which has no application in the area, since, as has been mentioned, South African law is in principle territorially bound. However, by virtue of the above-mentioned clause of the prospecting and mining leases, SOEKOR has agreed *vis-à-vis* the minister to be bound by such laws.

### 3 1 3 *Post-1977 laws applicable to the area*

According to the prospecting and mining leases SOEKOR is not bound by post-1977 laws that adversely affect its contractual rights and obligations, without its consent. This would appear to be in conflict with the principle of parliamentary sovereignty in so far as a body is exempted by contract from certain parliamentary and other legislation that would otherwise apply to it. However, section 14(3) of the Mining Rights Act provides that the terms and conditions of a lease shall, notwithstanding anything in any law contained, be binding upon the state. This would seem to mean that although parliamentary sovereignty is not affected (in that an act may be passed with the effect of nullifying the above term of the prospecting and mining leases), the state is bound, through the minister's conclusion of the prospecting lease, to honour its undertaking as against SOEKOR in respect of the unique legal dispensation agreed upon. Although the minister, by concluding a contract, would normally have bound only himself and his department, section 14(3) explicitly binds "the state". Although the term "state" has never had a universal meaning, it is most frequently employed as a collective noun which refers to the central institutions of public administration (Baxter *Administrative law* (1984) 95). In other words, the state (executive at national level) cannot take any action in terms of any post-1977 legislation which adversely affects SOEKOR's contractual rights and obligations without the latter's



consent. A somewhat strange consequence of this view is that SOEKOR's obligation to abide entirely by pre-1977 legislation does not encompass post-1977 amendments to that legislation in so far as such amendments adversely affect it.

Section 14(3) seems to deal only with prospecting leases, since it commences by referring to "any lease under subsection (1)", that is a prospecting lease, and then proceeds to refer to the terms and conditions of such lease. In fact, the heading of section 14 is entitled "Prospecting leases for natural oil", while mining leases are dealt with in chapters III and IV of the act. The most important document, as far as SOEKOR is concerned, will eventually be the mining lease. No provision corresponding to the stipulation in section 14(3) which seems to bind the state to the conditions of the prospecting lease, is to be found in the provisions of the Mining Rights Act dealing with mining leases.

It may be argued that the state is also bound by the mining lease since, according to clause 23 of the prospecting lease, the mining lease contained in addendum A of the prospecting lease forms an integral part of the prospecting lease, and provides that it is binding upon the state notwithstanding anything in any law contained. It should be remembered, nevertheless, that this clause of the prospecting lease does not constitute authoritative legislation, but is in the nature of a contractual provision. And although the prospecting lease (cl 23) stipulates that the mining lease forms an integral part of the former contract, it may be argued that, according to the Mining Rights Act, we are none the less dealing with two different types of lease in respect of which different provisions apply.

However, the interpretation which would deny the applicability of the provision contained in section 14(3) of the Mining Rights Act to the terms of the mining lease, may yet be refuted by the very provisions of section 14(3). It may be argued that the provision of section 14(3) which refers to the terms and conditions of a lease which binds the state, relates not to the prospecting lease but to the mining lease: the reference is to "any such terms and conditions" and this may be interpreted as relating to the immediately preceding reference to the terms and conditions of the draft mining lease, rather than to terms and conditions of the prospecting lease mentioned in the beginning of section 14(3). If this interpretation is correct, then it would mean that the state is not bound by the terms and conditions of the prospecting lease, which is the contract governing SOEKOR's present operations, but that it will be bound by the terms and conditions of the mining lease, once such a lease is finally concluded.

The only remaining possible interpretation is that the phrase "any such terms and conditions" refers to the terms and conditions of both the prospecting lease and the mining lease. However, such an interpretation does not seem to be correct. Section 14(2) requires the minister to submit an application for a prospecting lease to the mining leases board for its report and this provision would make no sense if the deeming provision relating to recommendation by the board (contained in s 14(3)) were to apply to prospecting leases.

It is submitted that the phrase "any such terms and conditions" in section 14(3) refers only to the terms and conditions of the mining lease. That this interpretation is the correct one would seem to be confirmed not only by the immediately preceding reference to the terms and conditions of the mining lease but also by the deeming provision in respect of that recommendation by the



mining leases board in section 14(3). It would seem that the Mining Rights Act provides only for a report by the board in respect of prospecting leases (s 14(2)), while it is only in relation to the terms and conditions of a mining lease that the board makes recommendations (s 25(5)(a) and 42(5)).

The conclusion to be drawn from the above – although it may perhaps be open to some doubt – is that the state is bound only by the terms and conditions of the mining lease and not by those of the prospecting lease. This would mean that the unique legal dispensation in respect of post-1977 laws applicable in the area would apply only to SOEKOR's eventual mining activities.

### *3 1 4 Post-1977 laws not applicable to the area*

Here the same position prevails as in respect of laws prior to 1977 that are not applicable to the area (par 3 1 2), with the notable exception – with regard to the mining lease – that SOEKOR will be contractually bound only to obey laws that do not adversely affect its contractual rights and obligations, unless it consents thereto.

### *3 2 Sanctions for non-compliance*

Failure to comply with any provision of the prospecting or mining lease will, according to the general principles of the law of contract, constitute a breach of contract. However, such failure will not be deemed to constitute such a breach in so far as the failure results from any act, cause, thing or event outside the control of SOEKOR (cl 31(1) of the prospecting lease and cl 27 (1) of the mining lease). Besides the regular remedies which are available, provision is also made for the minister to terminate the prospecting and mining leases and to eject SOEKOR from the area (cl 26 and 29 respectively).

The position where SOEKOR should fail to comply with legislation which is rendered applicable through clause 33(2) of the prospecting lease and clause 32 of the mining lease (cf par 3 1), is not as clear. It may be assumed that if SOEKOR should fail to comply with legislation enacted prior to 1977 which is applicable to the area, and with post-1977 legislation which is applicable to the area but does not adversely affect its contractual rights and obligations, it will be subject to the sanctions of the legislation in question. This assumption is based upon the fact that SOEKOR is subject to such legislation, irrespective of any contractual undertaking on its part to be bound thereby. The fact that SOEKOR, in failing to comply with such applicable legislation, will also be committing a breach of contract and be subject to the sanctions of the Mining Rights Act, should not detract from the validity of the above assumption.

However, as far as legislation which is not applicable to the area is concerned, the position would seem to be different. The provisions of such legislation apply only because SOEKOR has contractually agreed to be bound thereby. SOEKOR remains contractually liable to fulfil its obligations in terms of the prospecting and mining leases. Should it fail to comply with legislation in question, therefore, it would be liable for breach of contract since the prospecting and mining leases include compliance with the legislation concerned as one of their respective clauses. (Moreover, SOEKOR would in such an instance also be liable to the penalties of the Mining Rights Act.) Should, however, such legislation prescribe criminal penalties for non-compliance, it would seem that no prosecution against

SOEKOR would succeed, since our courts would have no criminal jurisdiction in respect of offences committed outside South Africa's territory if the legislation in question is not applicable to the area concerned (cf Hiemstra *Suid-Afrikaanse strafproses* (1987) 254-255).

Finally, it should be noted that if it were to fail to comply with any provision of the prospecting or mining lease, SOEKOR would probably be guilty of an offence in terms of section 186(11) of the Mining Rights Act, which contains a blanket penalty clause. Moreover, the act contains a number of provisions relating to offences to which SOEKOR may be potentially liable (eg 17 20 186).

ANDRÉ RABIE

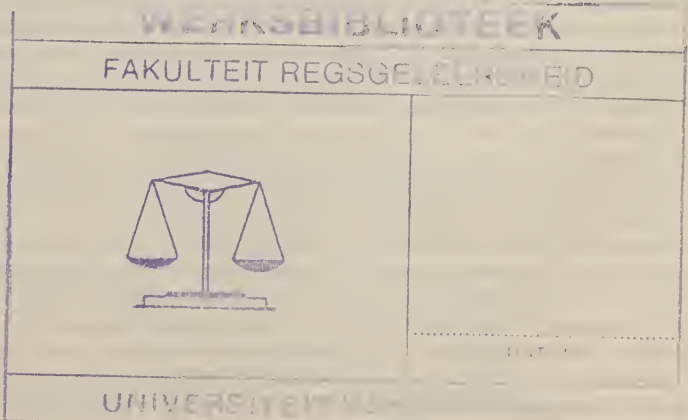
*University of Stellenbosch*

#### PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

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

*Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:*

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



# VONNISSE

## ATTORNMENT AS LEWERINGSVORM BY SEKERHEIDSTELLING EN REGSEKERHEID

Barclays Western Bank Ltd v Ernst 1988 1 SA 243 (A)

1 Die Suid-Afrikaanse reg handhaaf die streng vereistes vir *traditio* waarvolgens 'n gewenste verandering in die regsposisie ten aansien van roerende sake nie enkel vanweë wilsooreenstemming tussen die betrokke partye met regsgevolge bekleë word nie. (“Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis factis transferentur” – C 2 3 20.) Benewens die onderliggende verbintenistregtelike ooreenkoms en die ooreenkoms om die regsposisie te wysig deur byvoorbeeld die eiendomsreg op 'n roerende saak aan die koper oor te dra (die saaklike ooreenkoms), word onder andere vereis dat die regsposisie na buite waarneembaar moet verander deur lewering van die objek. Die sogenaamde besitsverkrygingsvereiste oftewel die vereiste dat beheer van die objek deur die voormalige beheerder aan die verkryger verskaf moet word, is 'n tipiese kenmerk van die abstrakte stelsel wat ook hier te lande gevolg word. (Vgl oor die gelyksoortige vereiste in die Nederlandse reg Pitlo-Brahn *Het zakenrecht* (1987) 173 e v; Asser-Beekhuis III.I *Zakenrecht* (1985) 215–226.)

Die sogenaamde besitsverkrygingsvereiste dui op die vervulling van die publisiteitsvereiste soos dit ook in die moderne Nederlandse en Duitse reg toegepas word. Regsekerheid word met hierdie vereiste gedien. Langs dié weg word gepoog om enige verandering in die regsposisie ten aansien van sake na buite kenbaar te maak sodat die risiko van moontlike benadeling deur derdes weens die onjuiste beoordeling van 'n persoon se kredietwaardigheid verminder word. Hierdie vereiste slaan nog terug na 'n era toe 'n persoon se bateposisie grootliks afhanklik was van die som van sy saaklike regte (vgl Blom *Bezitloos zekerheidsrecht op roerende lichaaamlike zaken* (1929) 70–100).

Aangesien nie alle sake (of omstandighede) hul leen tot direkte lewering uit die hand in die hand by wyse van *traditio vera* nie, het die gemenerereg reeds meerdere sogenaamde fiktiewe vorme van lewering erken. Elk van die leweringvorms moet egter steeds in belang van regsekerheid aan die publisiteitsvereiste voldoen. Benewens die bekende gemeenregtelike vorme van fiktiewe lewering soos *traditio longa* en *brevi manu*, *traditio simbolica* en *constitutum possessorium*, het die Engelsregtelike leweringvorm, “attornment”, ook in die

Suid-Afrikaanse reg ingang gevind (vgl *Hearn & Co (Pty) Ltd v Beliman* 1950 3 SA 617 (K) 625). Die moderne Nederlandse reg erken 'n gelyksoortige leweringsvorm wat ook van die medewerking van drie in plaas van twee partye afhanklik is en waar die derde party deurentyd as besitsdienaar in beheer van die ter sake objek bly. In daardie regstelsel staan dit as 'n variant van *traditio longa manu* bekend. In beide regstelsels word meer geredelik gevolg aan hierdie leweringsvorm as aan lewering by wyse van *constitutio possessorium* geheg danksy die feit dat in beginsel hieraan meer publisiteit as aan laasgenoemde leweringsvorm kleef (vgl Vranken "Kan de fiduciair eigenaar door eigen toedoen een sterkere rechtspositie verwerven?" (1988) 5867 *WPNR* 185). Dit doen egter nie af aan die feit dat die uitgangspunt met ook hierdie leweringsvorm steeds die fisies waarneembare korporele betrekking tussen die regsobjek en die objek bly nie.

In die onderhawige saak misluk die beroep van die appellant op *attornment* as leweringsvorm tereg omdat nie aan die vereistes vir dié fiktiewe leweringsvorm voldoen is nie. Die bank was sonder sy medewete en sonder dat hy in 'n posisie was om dit effektief te verhoed, die slagoffer van die bedrieglike optrede deur 'n derde party, ene Van Coller, wat veronderstel was om as besitsdienaar op te tree.

2 Die ter sake feite in die onderhawige saak kan soos volg saamgevat word: Die appellant-bank het gedurende Februarie 1981 'n algemene verdiskonteringsooreenkoms met 'n motorhandelaar, Midway Killarney (Pty) Ltd, gesluit waarvolgens die bank in die toekomst sommige van die kredietkoop-, bruikhuurooreenkomste en afbetalingstransaksies wat die handelaar met sy kliënte sou aangaan, teen 'n bepaalde vergoeding sou oorneem. Die bank sou ooreenkomstig die afspraak met die betaling van die tersaaklike vergoeding telkens "thereby acquire ownership in and to the subject-matter of such agreements" (249C-D). Die ooreenkoms meld verder in klousule 3 6 dat die handelaar ten aansien van elke transaksie waarborg dat dit direk voor die koop daarvan deur die bank "owner of such agreement" was en dat die bank met die koop van die transaksie "owner of all rights under the agreement" word (249H-I). Die handelaar behou dus eiendomsreg as vorm van saaklike sekerheid op die in bruikhuur gelewerde voertuig teenoor die bruikhuurder en dit is die bedoeling dat die bank ook ten aansien van die voorbehoue eiendomsreg as sekerheidvorm die handelaar opvolg. (Vgl oor die teoretiese aard van eiendomsvoorbehoud o a Cronjé *Eiendomsvoorbehoud by 'n huurkoopkontrak van roerende sake* (proefskrif RAU 1977) 177 e v 192 e v; Vriezendorp *Het eiendomsvoorbehoud* (1985) 27-39; Mezas *Eiendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht* (1985).)

Soos die geval in 'n wesenlike aantal sogenaamde bruikhuurooreenkomste is, het ook hierdie ooreenkoms daarvoor voorsiening gemaak dat die bruikhuurder na afloop van die sogenaamde huurtermyn die voertuig teen die sogenaamde "money value" kon koop. In die algemeen is hierdie bloot 'n swak verdoeselde kredietverskaffingstransaksie. In beginsel beoog die verhuurder (mits die huurder sy verpligtinge getrou nakom) nie om die inhoudsbevoegdheids van 'n eienaar ten aansien van sy saak uit te oefen nie. Die voorbehoue eiendomsreg dien uitsluitlik as vorm van saaklike sekerheid ingeval die huurder tog nie sy prestasieverpligtinge sou nakom nie. Hierdie uitspraak dui weer eens op die leemtes eie aan 'n stelsel wat nie tred hou met die veranderde behoefte van die moderne



kredietgemeenskap aan 'n vorm van sekerheidstelling ontdaan van die skyn van die tradisionele besitsvereiste nie (vgl Sonnekus "Sekerheidsregte - 'n nuwe rigting?" 1983 *TSAR* 97 230).

Terloops kan gemeld word dat die stukke voor die hof geen toonbeeld van duidelike formulering is nie. Daar kan immers nooit sprake van eiendomsreg op die ooreenkoms wees nie, daargelaat van eiendomsreg van die regte beliggaam in die ooreenkoms. Slegs sake kan die objek van eiendomsreg wees. Die handelaar kon egter wel reghebbende uit hoofde van die ooreenkoms wees met betrekking tot bepaalde prestasies verskuldig deur die teenparty. Diegene wat verantwoordelik is vir die opstel van sodanige aktes behoort tog daarmee rekening te hou dat swak formulering ook in die praktyk nie daartoe bydra om aan die partye 'n duidelike beeld van hul regsposisies te verskaf nie. Boonop dien dit nie regsekerheid nie.

Nieteenstaande die ongelukkige formulering kan afgelei word dat die partye beoog het om met die ooreenkoms prakties die bank telkens met die verdiskontering van 'n bepaalde transaksie in die skoene van die handelaar te laat tree. In die algemeen beteken dit nie alleen dat die handelaar al sy vorderingsregte aan die bank as sessionaris sedeer nie, maar dat die bank ook ten aansien van sy verpligtinge die handelaar opvolg uit hoofde van 'n novasie-ooreenkoms met die teenparty en ten slotte dat die bank ook dieselfde mate van saaklike sekerheid as sy regsvoorganger geniet. Terwyl die sessie en novasie probleemloos by wyse van afspraak tussen die betrokke partye gereël kan word, is die oordrag van saaklike regte op roerende sake steeds afhanklik van die nakoming van die tipies sakeregtelike vereistes vir regsvoorgang met inbegrip van die gemelde vereiste van publisiteit.

In die onderhawige geval het die handelaar op 21 Mei 1981 'n bruikhuurtransaksie met 'n kliënt (Van Coller) gesluit waarna die transaksie op 26 Mei aan die bank verdiskonteer is. Die bank het ook op 26 Mei die afgesproke vergoeding aan die handelaar betaal. Daarmee was die sessie en novasie met betrekking tot die vorderingsregte en verpligtinge tussen die partye afgehandel. Die oordrag van die eiendomsreg aan die bank kon egter nie sonder die sogenaamde besitsverkryging deur die bank plaasvind nie en daarvoor was die medewerking van Van Coller as daadwerklike beheerder van die voertuig onontbeerlik. Van Coller het egter nog op 21 Mei en op die perseel van die handelaar die voertuig tot die uitsluitlike beskikking van ene Ernst gestel. Ernst het reeds meer as 'n jaar tevore, onder die indruk dat hy danksy die goeie kontakte van Van Coller 'n winskoop kon losslaan, 'n bedrag as "koopsom" vir so 'n voertuig aan Van Coller betaal. Ernst was van mening dat Van Coller in ooreenstemming met hul vroeër afspraak met die beheerverskaffing eiendomsreg op die voertuig aan hom oorgedra het. Hy was onbewus van die feit dat Van Coller nie eiendomsreg op die voertuig verkry het nie en dus ooreenkomstig die spreuk *nemo plus iuris* ook nie meer regte kon oordra as wat hy gehad het nie. Ernst het dus nooit bedoel om bloot as besitsdienaar in beheer van die voertuig te wees nie maar het wel *qua* eienaar met die *animus domini* beheer van die voertuig geneem. Die handelaar wat wel bewus was van die feit dat die voertuig aan Ernst oorhandig is, was onder die indruk dat Ernst as Van Coller se voorman namens hom die voertuig na laasgenoemde se plaas sou bestuur aangesien Van Coller hom ook versoek het om die sogenaamde dokumente van verandering van

eiendomsreg in blanko te laat sodat die bakkie “in die naam van die plaas” geregistreer kon word (251A-B).

In die lig van voorgaande kon daar dus geen sprake wees van ’n drie-party-wilsooreenstemming tussen die bank, die handelaar en òf Van Coller òf Ernst ten aansien van die voertuig nie.

3 Hierdie uitspraak laat meerdere potensiele geskilpunte ten aansien van die verhouding tussen die betrokke partye en tot die ter sake voertuig oop. Die feit dat die aansoek deur die appellant misluk het, dui egter hoegenaamd nie daarop dat die respondent ’n beskermingswaardige belang in die voertuig verkry het nie. Dit bevestig bloot dat die appellant nie eiendomsreg op die voertuig het nie. Die uitspraak bied egter geen aanduiding by wie die eiendomsreg inderdaad setel nie. In die onderhawige uitspraak is ook nie beslis in welke mate die feitelike gebeure meebring dat die handelaar waarborgbreuk teenoor die bank gepleeg het en om daardie rede vir skadevergoeding teenoor die bank aanspreeklik kan wees nie. Op 26 Mei kon die handelaar immers nie meer sy waarborg vervat in klousule 3 6 van die hoofooreenkoms waar maak nie. Dit is verder nie in geskil of die handelaar self hoegenaamd teen Ernst ’n vordering sou kon instel nie. Hoewel Ernst beslis geen eiendomsreg uit hoofde van die gebeure ontvang het nie, het die handelaar self te kenne gegee dat hy na die verdiskontering van die ooreenkoms en ontvangs van die koopsom van die bank geen verdere belang in die aangeleentheid gehad het nie (254H-I). Hoewel die handelaar van mening was dat hy sy eiendomsreg op die voertuig aan die bank oorgedra het, het die partye – soos die hof tereg bevind – in dié verband gedwaal. Dit is egter onseker of die dwaling tot gevolg sou hê dat die handelaar tog ondanks die uitdruklike saaklike ooreenkoms tussen hom en die bank steeds onbewustelik die eiendomsreg behou het en of die gebrek aan verdere belangstelling in die voertuig effektief neerkom op abandonnering van die reg. (Vgl oor die moontlike verband tussen verbintenisregtelike dwaling en abandonnering Sonnekus “Beskikking deur die versekeraar oor versekerde goed wat gesteel is” 1987 *TSAR* 277-278; “Oordraagbaarheid en abandonnering van persoonlike diensbaarhede” 1987 *TSAR* 374-378.) Vir doeileindes van hierdie bespreking word ook nie gelet op die moontlike sukses waarmee ’n *rei vindicatio* deur die handelaar met ’n beroep op estoppel deur Ernst afgeweer sou kon word nie. In die laaste plek word ook die moontlike ontvanklikheid van ’n verrykingseis teen Ernst nie hier bespreek nie hoewel moontlik aanvaar sou kon word dat Ernst ook nie *sine causa* ten koste van òf die bank òf die handelaar verryk is nie. Hy het immers ooreenkomstig sy afspraak met Van Coller laasgenoemde vergoed vir die voertuig. In hierdie bespreking word uitsluitlik aandag gegee aan die vereistes vir *attornment* as leweringsvorm in ’n moderne gemeenskap.

4 Reeds in die Transvaalse provinsiale afdeling van die hooggeregshof het die bank onsuksesvol gepoog om die voertuig uit die beheer van Ernst op te vorder met die *rei vindicatio*. Regter Flemming het in die hof *a quo* absolusie gelas aangesien die bank nie kon bewys dat dit eiendomsreg op die voertuig verkry het nie. Die primêre vereiste eer met die *rei vindicatio* geslaag kan word, is immers ’n bewys dat die eiser inderdaad eiendomsreg op die betrokke saak het (Van der Merwe *Sakereg* (1979) 236). Die handelaar se vorderingsregte is eers op 26 Mei 1981 aan die bank gesedeer en daar is geen bewys dat die voorbehoue eiendomsreg deur die handelaar reeds eerder (op 21 Mei) by wyse van *attornment* en danksy die kortstondige medewerking van Van Coller aan die bank oorgedra

is nie (252A–B). Die advokaat vir die appellant het onsuksesvol aangevoer dat die partye ondanks die uitdruklike bepalinge tot die teendeel vervat in die hoofooreenkoms, tog mondeling ooreengekom het om die sessie en ook die eiendomsoordrag *in casu* reeds op 21 Mei te laat plaasvind. Die duidelike bewoording van die ooreenkoms laat egter geen ruimte vir sodanige interpretasie nie. Die advokaat het tereg nie probeer beweer dat die eiendomsoordrag los van die sessie van die vorderingsregte plaasgevind het nie. Dit sou werklikheidsvreemd wees. In die praktyk is die voorbehoue eiendomsreg prakties as kwasi-sekerheidsreg aksessor tot die onderliggende vorderingsreg en word nie losstaande oorgedra nie.

Vir alle praktiese doeleindes kon die geskil beperk word tot die vraag of die bank kon bewys dat hoegenaamd aan die vereistes van 'n leweringvorm met betrekking tot die voertuig voldoen is. Die konstruering van die lewering van die voertuig as wesenlike vereiste vir eiendomsverkryging deur die bank staan dus sentraal in hierdie uitspraak.

5 Ooreenkomstig klousule 1 1 1 van die bruikhuurooreenkoms het Van Coller ooreengekom om namens die toekomstige sessionaris van die regte van die handelaar die koopsaak as besitsdienaar te hou. Binne die idioom van *Caledon en Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel* 1972 1 SA 270 (A) is dus in hierdie geval formeel in die ooreenkoms aan die wilsooreenstemmingsvereiste tussen die handelaar en die koper voldoen. Soos gebruiklik in die praktyk het die dokument ook voorsiening gemaak vir die blanko instemming van die bruikhuurder om namens 'n toekomstige sessionaris beheer oor die voertuig uit te oefen ongeag wie dit mag wees. Na die uitspraak in die *Caledon*-saak lyk dit of die regspraak hierdie praktyk aanvaar hoewel daar dogmaties twyfel kan bestaan of daar hoegenaamd van 'n besitsdienaarsgesindheid sprake kan wees indien die besitsdienaar totaal onbewus van die identiteit van sy prin-sipaal is (vgl Van der Merwe "Things" 27 *LAWSA* 164).

6 Besit, of juister geformuleer, die beheer van 'n saak tot uitsluiting van derdes, is aanvanklik eksklusief as na buite waarneembare teken van die regsposisie ten aansien van veral roerende sake erken. Dit word steeds onder andere weerspieël in die weerlegbare vermoede dat die besitter van 'n roerende saak ook die eienaar van die saak is (Van der Merwe *Sakereg* 69). Brahn merk in die verband op:

"Iedere bezitter [heeft] eigenaarspretenties. Maar het is anderzijds niet zo, dat eigendoms-pretenties zich uitsluitend in de vorm van bezit zouden kunnen uiten" ("Eigendoms-overdracht van roerend goed zonder bezitsoverdracht reeds naar huidige recht" 1980 *NJB* 680).

Danksy die tot nou toe eksklusiewe legitimeringsfunksie van beheer oor 'n roerende saak word steeds vereis dat 'n verandering in die regsposisie ten aansien van roerende sake slegs met regsgevolge beklee word mits dit na buite waarneembaar gepubliseer is.

In toenemende mate word in byvoorbeeld die moderne Nederlandse reg aanvaar dat besit slegs 'n vorm van voldoening aan die publisiteitsvereiste is, en beslis nie die enigste of volmaakte publisiteitsvorm nie. In 'n moderne kredietgemeenskap kan kwalik beweer word dat die gepubliseerde beheer van 'n roerende saak soos weergegee in die feitelike beheer daarvan inderdaad met die daadwerklike regsposisie ten aansien daarvan ooreenstem. Die besitskyn bedrieg juis dikwels indien regsfigure soos eiendomsvoorbehoud en sekerheidsstelling



deur oordrag van eiendomsreg in gedagte gehou word (vgl Sonnekus “Sekerheidsregte” 97–117 230–257).

Die publisiteitsfunksie van besit of feitelike beheer oor ’n saak kan in gegewe omstandighede waarskynlik ook deur ’n ander na buite kenbare formaliteit soos registrasie vervul word. Brahn formuleer in die verband juis:

“Is het echter niet misschien zo . . . dat levering van roerende zaken als regel geschiedt doordat aan de verkrijger de mogelijkheid wordt verschaft, zich jegens derden als eigenaar te legitimeren? In dat geval is de bezitsverschaffing . . . slechts een van de manieren waardoor de vervreemder aan de verkrijger de mogelijkheid verschaft zich in het vervolg aldus te legitimeren” (*Levering, beschikkingsonbevoegdheid* (1986) 23–24).

Die verkryger kan homself waarskynlik ook ten aansien van roerende sake wat hul daartoe leen, met registrasie net so effektief na buite as reghebbende legitimeer as by wyse van feitelike beheer oor die saak. Indien die vertrekpunt (soos dit hierbo by par 1 geformuleer is) steeds juis is, naamlik dat die oogmerk met alle publisiteitsvereistes die vermindering van die risiko tot benadeling deur derdes is, kan die risiko vir derdes deur ’n openbare registrasiestelsel van alle saaklike regte op registreerbare sake merkbaar verminder word – ongeag of dit roerende of onroerende sake is. (Vgl vir ’n resente ondersoek na die verband tussen belange-afweging, risikoverdeling en die rol van publikasie deur ’n openbare registrasiestelsel De Jong *Registers, risico en goede trouw* (1988) 89–142 175–197.)

7 Die aanvaarding in die Suid-Afrikaanse reg van *attornment* naas die tradisionele fiktiewe leweringsvorme hou verband met die erkenning van die vermoë van ’n strikte toepassing van die besitsvereiste om as enigste legitimeringswyse te dien van ’n regsverandering weens ’n afspraak te dien effekte ten aansien van roerende sake. Daar is omstandighede waar die beslommernis verbonde aan die feitelike beheersverskaffing van die saak deur die oordraer aan die verkryger vir alle betrokke partye buite verhouding tot die moontlike publisiteitsvoordeel vir derdes sou wees. Na ’n aanvanklike tydperk van onsekerheid toe *attornment* as leweringsvorm selfs by geleentheid met *traditio brevi manu* verwar is (*Payn v Yates* (1892) 2 CTR 384), is die vereistes vir dié leweringsvorm na die appèlhofuitspraak in *Air Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstern* 1980 3 SA 917 (A) redelik duidelik uitgekristalliseer.

8 Hierdie leweringsvorm berus op ’n tipiese drieparty-afspraak wat in die praktyk daagliks by verdiskontering van huurkoop- en bruikhuurooreenkomste toepassing vind. Hiervolgens kom die verkoper (handelaar) met ’n finansieringsinstelling (bank) ooreen dat laasgenoemde met die instemming van die koper die verpligtinge en regte wat eersgenoemde uit hoofde van byvoorbeeld ’n statutêre kredietkoop-ooreenkoms met ’n koper het, teen vergoeding van die handelaar by wyse van sessie en novasie oorneem. Die partye kom verder ooreen dat die koper voortaan nie langer namens die verkoper die beheer oor die saak as besitsdienaar sal uitoefen nie maar wel vervolgens as besitsdienaar namens die bank as nuwe eienaar beheer oor die koopsaak sal uitoefen. Uit hoofde van die ooreenkoms vervang die bank as opvolger in titel eintlik die handelaar as regmatige besitter van die koopsaak.

Ten einde te verhoed dat die onderliggende vereiste van besitsverkryging met dié kunsgreep heeltemal verdring word, stel die reg streng vereistes alvorens juridies aan die bedoeling van die partye om langs hierdie weg eiendomsreg oor te dra, gevolg gegee word. Dit is enersyds van wesenlike belang dat die gepaste



wilsooreenstemming inderdaad tussen die drie partye bestaan en andersyds is dit noodsaaklik dat die koper wel in beheer van die saak moet wees om hoegenaamd as besitsdienaar te kan optree. In die *Air Kel*-saak het die beroep op die leweringsvorm misluk aangesien nie aan die wilsooreenstemmingsvereiste voldoen is nie. (Daar is nie bewys dat Van Vreden Paneelkloppers op die ter sake tyd ooreengekom het om voortaan namens die nuwe verkryger van die saaklike reg as besitsdienaar ten aansien van die vragmotor op te tree nie.) In die onderhawige saak is weer eens die feitelike beheer deur die "besitsdienaar" in gedrang.

9 In appèl beslis waarnemende hoofregter Rabie in die onderhawige saak dat die bank by ontstentenis van voldoening aan die besitsverkrygingsvereiste nooit eiendomsreg op die voertuig verkry het nie en wys die appèl met koste van die hand. Op die datum waarop die sessie plaasvind het (26 Mei 1981), was Van Coller nie meer in feitelike beheer van die voertuig nie:

"The law requires that the person who is to hold the article concerned on behalf of the intended new owner must be in control thereof (or at least have the right of control thereover) when the owner of the article cedes his rights in respect thereof to the intended new owner" (253C).

Die sessie het eers op 26 Mei plaasgevind en daar was, selfs indien die uitdruklike bewoording van die hoofooreenkoms tussen die bank en die handelaar buite rekening gelaat sou word, geen aanduiding van wilsooreenstemming tussen die partye op 21 Mei nie (254I-J).

Die beroep op *attornment* as kwasi-wonderheilmiddel om die klaarblyklike gebrek aan *traditio* te heel, hou waarskynlik verband met die feit dat daar reeds meermale in die gerapporteerde uitsprake aanduidings bestaan het dat die praktyk meen om in dié byna konsensuele leweringsvorm 'n uitweg uit die streng besitsverkrygingsvereiste in die Suid-Afrikaanse reg te konstrueer.

10 Die begrip "attornment" hou semanties verband met die breër kategorie verteenwoordigingsverhoudings. Net soos 'n verteenwoordiger in beginsel egter nie sonder die mandaat van sy prinsipaal namens die prinsipaal regshandeling verrig nie, kan die daadwerklike beheerder van die koopsaak nie sonder wilsooreenstemming tussen hom en die potensiële nuwe verkryger as besitsdienaar vir laasgenoemde tipeer word nie. Reeds in *SA Hyde (Pty) Ltd v Neumann* 1970 4 SA 55 (O) is die element van drieledige wilsooreenstemming tussen die betrokke drie partye as die wesenlike vereiste van hierdie leweringsvorm bevestig.

Na aanleiding van uitlatings deur appèlregter Rumpff in die *Caledon*-saak (274), is deur sommige juriste afgelei dat die vereistes vir *attornment* in die Suid-Afrikaanse reg dermate afgewater geraak het dat die leweringsvorm in die toekoms selfs aanwending sou kon vind in daardie gevalle waar die daadwerklike beheerder van die tersaaklike koopsaak ten tyde van die verdiskontering van die transaksie aan die finansieringsinstelling hoegenaamd nie meer die oorspronklike koper is nie (vgl Van der Merwe en Neethling 1973 *THRHR* 86-91; Van der Merwe *Sakereg* 220-224; Scott en Scott *Mortgage and pledge* (1987) 64-65). Reeds in die *Air Kel*-saak het die appèlhof egter laat blyk dat sodanige wye interpretasie van daardie uitspraak nie die seën van die hoogste hof wegdra nie en is die vereistes tereg opnuut skerper gedefinieer. Die feitelike beheerder moet die bedoeling op die ter sake tydstip hê om voortaan as besitsdienaar namens die nuwe verkryger te hou anders kan van wilsooreenstemming vir doeleindes van hierdie leweringsvorm geen sprake wees nie (924).

11 Die onderhawige uitspraak bevestig dat die Suid-Afrikaanse reg ondanks die opmerkings van appèlregter Rumpff in die *Caledon*-saak (274) en die pleidooie deur 'n vooraanstaande juris soos Van der Merwe ("Things" 164-165) nog geen sogenaamde sessie van eiendomsreg ken nie. Eiendomsreg as saaklike reg kan nie deur middel van sessie soortgelyk aan byvoorbeeld vorderingsregte oorgedra word nie. Myns insiens staan dit ook nie vas dat die Suid-Afrikaanse reg werklik 'n behoefte aan so 'n publiseitslose wyse van eiendomsoordrag het nie. Die erkenning van sessie van eiendomsreg sou inderdaad beteken dat in die Suid-Afrikaanse reg voortaan ook 'n blote ooreenkoms voldoende sou wees om 'n regsverandering ten aansien van roerende sake teweeg te bring. 'n Blote ooreenkoms tussen twee partye kan geen eienaarspretensie na buite skep nie en voldoen om daardie rede nie aan die publiseitsvereiste nie. Dit is egter onduidelik of die voorstanders van so 'n nuwe publiseitslose wyse van regsverkryging daarmee 'n streep deur die publiseitsvereiste as sodanig wil trek. Logieserwys sou dan kwalik betoog kon word vir die behoud van die registrasievereiste by regsveranderinge ten aansien van onroerende sake. Sodanige logiese deurtrek van die voorgestelde publiseitslose wyse van regsverkryging word egter (nog) nie by die pleitbesorgers opgemerk nie. Die hele ontwikkelingslyn van die toepaslike regsnorme sedert die Romeinse reg dui eerder daarop dat 'n na buite waarneembare legitimeringsvorm steeds noodsaaklik is ten einde juis die risiko verbonde aan skynkredietwaardigheid vir derdes te beperk. Die afwys van 'n suiwer konsensuele wyse van eiendomsoordrag op roerende sake hou dus nie verband met 'n sogenaamde "historisme" soos deur Van der Vyver geïnterpreteer nie, maar met die erkenning van die diepgewortelde behoefte aan regsekerheid ten aansien van juis die risiko's eie aan 'n kredietgemeenskap met inagneming van die res van die ter sake regsnorme van die Suid-Afrikaanse reg. (Vgl die opmerkings deur Van der Vyver 1988 *SALJ* 13.)

Voorgaande opmerkings is egter geen ongekwalfiseerde pleidooi vir die behoud van die besitsvereiste nie. Mits aan die publiseitsbehoefte langs 'n ander weg voldoen word, kan goedsikks van die besitsvereiste afgesien word.

12 Van der Merwe maak na aanleiding van die opmerkings in die *Air Kel*-saak (926) ook melding van die moontlikheid van 'n sogenaamde sessie van die *rei vindicatio* ("Things" par 175-176). In die Suid-Afrikaanse reg, soos in die moderne Nederlandse en Duitse regstelsels, is egter geen plek vir 'n sogenaamde sessie van 'n remedie los van die onderliggende reg nie. Van der Merwe se formulering dat in die moderne Nederlandse reg 'n "cessio iuris vindicationis is recognized as an independent form of constructive delivery", bied waarskynlik tog nie 'n volledige beeld van die moderne Nederlandse regposisie in dié verband nie (165). Remedies is ook in daardie regstelsel geen oordraagbare boedelbates nie. (Sien ook Pleysier "Nog iets over die cessie van een losse revindicatie" 1976 *NJB* 1466; Sonnekus 1987 *TSAR* 267-285.) Indien daardie regstelsel inderdaad 'n blote sessie van die *rei vindicatio* as vorm van eiendomsoordrag erken het, sou die hele omwenteling soos ingevoer in die bepalinge van artikels 3 4 2 2 1 en 3 4 2 7a van die *NBW* nie nodig gewees het nie (vgl Brahn *Levering, beskikkingsonbevoegdheid* (1986) 3-23; Reehuis *Stille verpanding* (1987) 21-66). In werklikheid maak die *NBW* vir 'n twee-spoor benadering voorsiening. In die normale geval word besitsverkryging steeds as reël vir lewering vereis. As uitsonderingsmoontlikheid word egter in die tweede plek in artikel 3 4 2 7A *NBW* voorsiening gemaak vir lewering by wyse van 'n daartoe bestemde akte aan die

hand waarvan die oordraer die verkryger in staat kan stel om hom teenoor derdes as eienaar te legitimeer indien die oordraer nie in daardie stadium die saak in sy mag het nie (vgl die gesag aangehaal en bespreek in 1987 *TSAR* 280-285). Die "daartoe bestemde akte" is beslis geen blote sessie van die *rei vindicatio* nie soos duidelik blyk uit artikel 3 5 8 *NBW* (Pitlo-Brahn (1987) 73 e v). "Door middel van een 'overeenkomst' kan nu eenmaal niemand zich als eigenaar legitimeren" (Brahn *Levering* 22).

13 Die onderhawige uitspraak van die appèlhof bevestig dat die Suid-Afrikaanse reg nie suiwer konsensuele eiendomsverkryging ten aansien van roerende goed erken nie. Dit doen egter nie afbreuk aan die feit dat daar waarskynlik in die praktyk 'n wesenlike behoefte vir 'n nuwe wyse van publikasie van die veranderde regsbetrekkinge ten aansien van roerende sake bestaan nie. Nie alleen is die tyd ryp vir die erkenning van 'n wyse van saaklike sekerheidstelling op roerende goed sonder die noodsaaklike afgifte van beheer van die sekerheidsobjek aan die sekerheidsnemer nie, maar kan in die algemeen met die krampagtige vasklou aan besitsverkryging as enigste aanvaarbare vorm van publisiteit van 'n verandering van die regsposisie ten aansien van roerende sake gebreek word mits 'n vir die regsekerheid aanvaarbare alternatief aangedui word. Die registrasie van saaklike regte op roerende sake waardeur ook die mobiliêre hipoteek in die Suid-Afrikaanse reg soos in vele ander regstelsels aan die praktyksbehoefte kan voldoen, kan die antwoord wees. (Vgl t a v die verskillende moontlikhede om in die behoefte te voldoen ook Reehuis 1-314; Van Mierlo *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (1988).)

In alle gevalle waar *attornment* toepassing vind, is die saak minstens nie meer in die beheer van die voormalige reghebbende nie en is die kans gering dat hy danksy die leweringsvorm in teenstelling met *constitutum possessorium* 'n skyn van kredietwaardigheid na buite kan projekteer (vgl Sonnekus "Constitutum possessorium en die oordrag van saaklike regte" 1979 *TSAR* 41 119). Aan die skyn-kredietwaardigheid van die koper as daadwerklike beheerder van die koop-saak maak dit weliswaar geen verskil of die eiendomsreg deur die verkoper of deur sy sessionaris voorbehoud word nie. Derde partye kan egter deur die skyn net so goed bedrieg word. In *casu* het die bedrieglike optrede van Van Coller tot die huidige litigasie aanleiding gegee. Die formulering van die vereistes van hierdie leweringsvorm, soos ook die strikte uitleg van die vereistes van *constitutum possessorium*, weerspieël steeds die traagheid van die reg om te breek met die argaïese opvatting as sou daadwerklike beheer die ideale publikasie-middel van 'n veranderde regsposisie ten aansien van roerende sake wees. In die onderhawige feitestel sou die doel van regsekerheid vir alle partye egter beter gedien gewees het indien in plaas van hierdie leweringsvorm die reg ook voorsiening gemaak het vir registrasie van beperkte saaklike regte op roerende sake. Dan kon die handelaar reeds 'n beperkte saaklike sekerheidsreg ter versekering van sy vorderingsregte teen Van Coller op die voertuig laat registreer het welke geregistreerde mobiliêre hipoteek in samehang met die verdiskonteringstransaksie aan die bank oorgedra kon word. Dit sou dan van meet af ook vir Ernst duidelik kon wees dat Van Coller geen onbelaste eiendomsreg op die voertuig het om aan hom oor te dra nie.

14 Hierdie uitspraak van die appèlhof bevestig die bestaande vereistes van *attornment* as fiktiewe leweringsvorm. Dit is ook juis dat die geykte vereistes van 'n bepaalde remedie nie verwater word ten einde 'n leemte in die reg aan



te vul nie. Die tyd is egter klaarblyklik ryp dat die wetgewer sy verantwoordelikheid aanvaar om 'n alternatiewe legitimeringsmoontlikheid ten aansien van regsveranderinge op roerende sake in te voer. In meerdere regstelsels word in belang van regsekerheid met groot vrug van 'n registrasiestelsel van alle saaklike regte op roerende sake gebruik gemaak. In die onderhawige geval bly (soos hierbo by par 3 reeds vlugtig aangedui is) niesteenstaande die waarskynlik aansienlike koste verbonde aan hierdie appëllitasie meerdere vrae om die regsposisie ten aansien van die bruikhuur van die voertuig steeds onopgelos. Dit kon met die benutting van 'n ander legitimeringstelsel soos 'n register van saaklike regte op roerende sake vermy gewees het. Die Suid-Afrikaanse kredietgemeenskap kan kwalik die regsonsekerhede eie aan 'n konstante verhoging van die risiko van benadeling vir onskuldige derdes weens die aanhanklikheid aan 'n onvolmaakte besitsverkrygingsvereiste as enigste legitimeringswyse langer bekostig.

JC SONNEKUS

*Randse Afrikaanse Universiteit*

### INVLOED VAN SEKWESTRASIE OP ONUITGEVOERDE KONTRAKTE

**Thomas Construction (Pty) Ltd (in liquidation) v Grafton Furniture Manufacturers (Pty) Ltd 1988 2 SA 546 (A)**

Die presiese gevolge van sekwestrasie van die boedel van een van die partye tot 'n kontrak ingevolge waarvan geeneen van die partye reeds volledig presteer het nie, is vir jare reeds in onduidelikheid gehul. Vervolgens sal slegs na sekwestrasie verwys word, maar dieselfde vraag ontstaan natuurlik ook waar een van die partye 'n regs persoon is wat gelikwider word en nie sy skulde kan betaal nie.

Die Insolvensiewet 24 van 1936 self reël die posisie slegs ten opsigte van vier bepaalde tipes kontrakte, naamlik kontrakte vir die verkryging van onroerende goed waar die *koper* insolvent raak (a 35), huurkontrakte waar die *huurder* insolvent raak (a 37), dienskontrakte waar die *werkgewer* insolvent raak (a 38) en sekere koopkontrakte van roerende goed waar die *koper* insolvent raak (a 36-84). Vir huidige doeleindes is slegs artikels 35 en 37 van belang aangesien albei aan die kurator die bevoegdheid gee om die kontrak te *beëindig*, behoudens 'n konkurrente eis vir skadevergoeding aan die ander party. Die vraag is dan of hierdie reëling as 'n algemene beginsel gesien kan word wat ook op ander kontrakte van toepassing is of behoort te wees. Inderdaad sê regter Friedman in *Somchem Ltd v Federated Insurance Co Ltd* 1983 4 SA 609 (K) 616B die volgende:

“In the case of a lease the Insolvency Act provides in s 37 (1) that the lessee's insolvency does not terminate the lease but his trustee has an election to cancel in which case the lessor has the right to claim compensation for loss suffered by him as a result of the lessee's non-performance of the lease. This appears to be a codification of the common law applicable to uncompleted contracts generally . . .”



In die geheel gesien, is die uitspraak egter taamlik verwarrend aangesien daar op ander plekke weer te kenne gegee word dat die kurator se verwerping van die kontrak nie 'n einde daaraan maak nie. Sodanige optrede deur die kurator sou dan eenvoudig op repudiëring van die kontrak neerkom, welke repudiëring die ander party dan kan aanvaar of ignoreer (sien 612A–B 615E–H).

In 'n hele paar uitsprake van provinsiale afdelings is uitdruklik of by implikasie aanvaar dat die kurator inderdaad die kontrak beëindig deur sy verwerping daarvan, behoudens natuurlik 'n konkurrente eis vir skadevergoeding teen die boedel (vgl *Montelindo Compania Naviera SA v Bank of Lisbon and SA Ltd* 1969 2 SA 127 (W) 141G–142D; *Bryant and Flanagan (Pty) Ltd v Muller* 1977 1 SA 800 (N) 804F–805C; *De Wet v Stadsraad van Verwoerdburg* 1978 2 SA 86 (T) 97D–98A (waar die *dicta* uit die *Montelindo*- en *Bryant*-saak met goedkeuring aangehaal word); *Simmons v Bantoesake Administrasieraad (Vaaldrie-hoekgebied)* 1979 1 SA 940 (T) 948C; *Insulations Unlimited (Pty) Ltd v Adler* 1986 4 SA 756 (W) 759A–B). Dit is klaarblyklik ook hoe die kurator in *Barclays Western Bank Ltd v Dekker* 1984 3 SA 220 (D) 221D–E die saak gesien het, hoewel dit nie duidelik is waarom artikel 84 van die Insolvensiewet nie in daardie geval toepaslik was nie. Daarteenoor is daar beslissings waarin die houding ingeneem is dat die kurator (behoudens die gevalle wat spesifiek in die Insolvensiewet gereël word) nie 'n kontrak eensydig tot 'n einde bring deur dit te verwerp nie. Hiervolgens is die enigste gevolg van sekwestrasie dat prestasie *in forma specifica* nie teenoor die kurator afgedwing kan word nie. Die kurator se verwerping is wel 'n repudiëring, maar die ander party het nog steeds die keuse om die repudiëring te aanvaar of nie (vgl *Chadwick v Henochsberg* 1924 TPD 703 (r Tindall se uitspraak); *Smith v Parton* 1980 3 SA 724 (D); *Porteous v Strydom* 1984 2 SA 489 (D)). Volgens De Wet en Van Wyk (*Kontraktereg en handelsreg* (1978) 460 vn 360) behoort die beslissing in *Hayne v Narun Bros* 1926 OPD 207 ook tot hierdie groep, maar die beslissing lyk vir my heeltemal neutraal wat die onderhawige kwessie betref.

Wat die appèlhof betref, is daar 'n viertal beslissings waarin uitdruklik gesê is dat die kurator die kontrak *beëindig* deur die uitvoering daarvan te verwerp. In *Muller v Bryant and Flanagan (Pty) Ltd* 1978 2 SA 807 (A) 812G–H sê waarnemende appèlregter Van Winsen:

“The law would appear to be clear that a trustee in insolvency, and thus a liquidator of a company in liquidation . . . is invested with a discretion to abide by or terminate an executory agreement, not specifically provided for in the Insolvency Act, which had been concluded by the company in liquidation before its liquidation.”

In *Glen Anil Finance (Pty) Ltd v Joint Liquidators, Glen Anil Development Corporation Ltd (in liquidation)* 1981 1 SA 171 (A) 182D–H sê appèlregter Trengove:

“The effect, at common law, of the insolvency of an owner, who had sold land in terms of an agreement under which the purchase price was payable in instalments, may be summed up as follows. His insolvency does not *ipso jure* terminate the contract. The trustee of his estate has an election – which he must exercise within a reasonable time – either to enforce the contract or to terminate it . . . However, if the trustee decides to terminate the contract, the purchaser cannot insist upon transfer of the land even though he may already have paid a substantial portion or all of the purchase price thereof. He would, in such a case, have no more than a concurrent claim for damages against the insolvent estate . . .”

In *Gordon v Standard Merchant Bank Ltd* 1983 3 SA 68 (A) word appèlregter Trengove se stellings in wese herhaal deur appèlregter Corbett (90E–H) en met

goedkeuring aangehaal deur waarnemende appèlregter Nicholas (92C-E). Van belang is ook die volgende stelling van regter Nicholas (95D):

“Of course, once the trustee made his election [d w s om die kontrak te “enforce” of te “terminate”], he was bound by it . . . If the trustee elected to terminate the contract, there was no room for a claim subsequently to enforce it.”

As dit werklik hier gegaan het oor ’n blote repudiëring wat eers deur die ander party aanvaar moet word voordat die kontrak ontbind word, sou die kurator inderdaad nog wel van plan kon verander voordat die repudiëring aanvaar is (De Wet en Van Wyk 195; *Culverwell v Brown* 1988 2 SA 468 (K) 477B). Ten slotte bevestig regter Corbett weer eens in *Rennie v Gordon* 1988 1 SA 1 (A) 14H dat ’n likwidateur gemeenregtelik die bevoegdheid het om ’n onuitgevoerde kontrak te “enforce” of te “terminate”.

Die appèlhof se houding in bogenoemde vier beslissings skyn duidelik te wees. Tog toon die beslissing in *Norex Industrial Properties (Pty) Ltd v Monarch South Africa Insurance Co Ltd* 1987 1 SA 827 (A) 838-839 reeds dat dit nie so is nie. Daar bespreek appèlregter Botha die *gemeenregtelike* posisie wanneer ’n huurder insolvent raak. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die kurator nie die kontrak eensydig tot ’n einde kon bring nie. Dan vervolg hy:

“[T]he act of the liquidator of the lessee company, in deciding not to continue with the lease, would have constituted a repudiation of the contract, which would have afforded the lessor (the plaintiff) the right, concurrently with other creditors, to claim from the liquidator the payment of damages for the non-performance by the company of its contractual obligations.”

Of regter Botha se gevolgtrekking en die aangehaalde gedeelte uit sy uitspraak geredelik versoenbaar is, is nie so duidelik nie. Dieselfde geld ook vir die twee aanhalings uit *FH Clarke and Co Ltd v Nesbitt* 1906 TS 726 waarop hy steun. Per slot van rekening, indien die kurator se repudiëring nie die kontrak beëindig nie, is dit nie in te sien hoe dit *op sigself* ’n konkurrente eis vir *skadevergoeding* teen die boedel in die lewe kan roep nie. Indien die repudiëring nie deur die ander party aanvaar word nie, sou hy volgens regter Botha se siening immers ’n konkurrente eis vir die *huurgeld* moes hê, en nie vir *skadevergoeding* nie. Of moet ’n mens aanvaar dat regter Botha in die aangehaalde *dictum* slegs dink aan die geval waar die repudiëring *wel* deur die ander party aanvaar is? Dit is verder eienaardig dat regter Botha wel na die *Muller*-saak verwys, maar nie aantoon hoe dit met sy standpunt versoen moet word nie. Dieselfde geld ook vir regter Friedman se uitspraak in die *Smith*-saak. In die *Muller*-saak (en die ander appèlhofbeslissings hierbo genoem) word immers uitdruklik gesê dat die kurator die kontrak kan “terminate”. Reinecke en Cronjé (“Eiendom op die huurkoopsaak en kansellasië van onuitgevoerde kontrakte by insolvensie van die huurkoopverkooper” 1979 *THRHR* 397) meen weliswaar dat die *Muller*-saak as neutraal beskou kan word teenoor die vraag of die kurator die kontrak eensydig kan beëindig, maar dit is nie duidelik hoe hulle daarby uitkom nie.

Ten slotte kan, wat die regspraak betref, teruggekeer word na die uitspraak in die saak onder bespreking, wat die appèlhof se jongste woord oor die aangeleentheid verteenwoordig. Hierdie uitspraak is ook deur appèlregter Botha (met wie appèlregters Corbett en Nestadt en waarnemende appèlregters Nicholas en Boshoff saamgestem het) gegee. Dit is vir huidige doeleindes onnodig om die enigszins ingewikkelde feitestel weer te gee. Aangesien die kontrak self die gevolg van kansellasië daarvan gereël het, en aangesien die solvente party in elk geval die voorlopige likwidateurs se repudiëring van die kontrak aanvaar het, sou die

resultaat dieselfde gewees het afgesien van watter konstruksie van die likwidateurs se verwerpingshandeling aanvaar word.

Van belang is slegs regter Botha se opmerkings oor die effek van die likwidateurs se verwerping van die kontrak. Hy verwys weer na die *Muller*-saak en sê dan die volgende (566I-567A):

“The liquidators could decide not to carry on with the execution of the contract (as they eventually did, on 12 December 1985), but such a decision constitutes a repudiation of the contract; the statement, frequently encountered, that a trustee or a liquidator in insolvency has a ‘right of election’ whether or not to abide by a contract does not signify more than that the other party cannot exact specific performance against the trustee or the liquidator if the latter should decide to abandon the contract.”

Hy verwys dan na die *Smith*-saak en na De Wet en Van Wyk (460 vn 360) wat ernstige beswaar maak teen die standpunt dat die kurator se verwerping ook die kontrak beëindig. In hierdie beslissing verduidelik regter Botha wel hoe die *Muller*-saak met sy standpunt versoen moet word. Dit kom daarop neer dat die woord “terminate” in die *Muller*-saak en sy navolgers nie letterlik opgeneem moet word nie, maar net beteken dat die kurator kan weier om die kontrak spesifiek na te kom. Regters Corbett en Nicholas, wat hulle in vorige uitsprake ook van hierdie woord bedien het, gaan klaarblyklik akkoord met regter Botha se verduideliking.

Die vraag is egter of die duidelike standpunt wat die appèlhof nou ingeneem het nie tot ’n dooie punt aanleiding gee nie. Dit lyk of dit wel die geval is. Indien die kurator se repudiëring nie die kontrak beëindig nie en die solvente party ook nie die repudiëring aanvaar nie, sal die solvente party nie op spesifieke nakoming deur die kurator teen lewering van sy eie teenprestasie aanspraak kan maak nie. Hy sal wel ’n *konkurrente* eis teen die boedel kan bewys vir die insolvent se teenprestasie (waar dit uit ’n geldbedrag bestaan) of vir ’n bedrag skadevergoeding in plaas van die insolvent se teenprestasie (waar laasgenoemde nie uit ’n geldbedrag bestaan nie). In albei gevalle is die eis teen die boedel gebaseer op die solvente party se voortgesette plig om ook sy eie prestasie te lewer. Die feit is egter dat die kurator die bewese eis teen die boedel *ten volle* sal moet betaal ten einde die solvente party se prestasie te kan opeis, wat hy uit die aard van die saak nie bereid is om te doen nie. Op grond van die *exceptio non adimpleti contractus* kan die solvente party tog nie gedwing word om ten volle te presteer teen betaling van ’n blote dividend op sy eie vordering nie. (Dat die begrip “skadevergoeding as surrogaat van prestasie” tog nog in verband met die *exceptio non adimpleti contractus* ’n rol te speel het ondanks die verwerping daarvan vir ander doeleindes, lyk duidelik uit appèlregter Jansen se opmerkings in *Isep Structural Engineering and Plating (Pty) Ltd v Inland Exploration Co (Pty) Ltd* 1981 4 SA 1 (A) 7A-B.) Die resultaat is ’n volslae dooie punt. Natuurlik kan die solvente party afstand doen van die *exceptio* en die dividend aanvaar in ruil vir sy eie volle teenprestasie (sien Reinecke en Cronjé 395; vgl Reinecke se vonnisbespreking in 1968 *THRHR* 78), maar hy kan nie daartoe gedwing word nie. Die dooie punt ontstaan omdat die moontlike instandhouding van die kontrak erken word terwyl die solvente party nie volle teenprestasie of volle skadevergoeding van die kurator kan verkry nie. Die enigste uitweg uit die dilemma skyn my te wees om te erken dat die kurator deur sy verwerping die kontrak met toekomstige werking beëindig, behoudens ’n *konkurrente* eis vir skadevergoeding teen die insolvente boedel. Die appèlhof het egter nou duidelik anders besluit. ’n Mens sal nog moet sien hoe die geval



waar die solvente party besluit om die repudiëring te ignoreer in die toekoms hanteer sal word. Moontlik sal die blote bewys van 'n eis teen die boedel in die toekoms as 'n afstanddoening van die *exceptio* beskou word. Intussen bly voor-skrifte soos artikels 35 en 37 van die Insolvensiewet dan volslae anomalieë.

Volgens die appèlhof se ingeslane weg sal die solvente party ook baie versigtig moet wees by die besluit hoe hy gaan reageer op die kurator se repudiëring in die geval waar die insolvent reeds gedeeltelik presteer het. Indien hy die repudiëring aanvaar, sal hy die gedeeltelike prestasie moet teruggee en self slegs 'n *konkurrente* eis vir skadevergoeding teen die boedel hê (Reinecke en Cronjé 400). Sou hy in hierdie geval die repudiëring ignoreer, ontstaan die dooie punt waarna reeds verwys is opnuut. De Wet en Van Wyk 214–215 verwerp met nadruk die beslissing in *Mangold Brothers v Greyling's Trustee* 1910 EDL 47 waar bevind is dat die kurator deur sy verwerping die kontrak met toekomstige werking beëindig, maar hulle verduidelik nie wat die posisie sou wees as die solvente party die repudiëring ignoreer nie.

'n Ander vraag, wat die appèlhof in die onderhawige saak ooggelaat het, is of die solvente party steeds van 'n terugtrekingsreg (onafhanklik van repudiëring deur die kurator) gebruik kan maak indien die terugtrekingsreg (bv weens *mora*) eers *na* sekwestrasie ontstaan. Volgens die gesag op die punt kan die terugtrekingsreg wel nog uitgeoefen word en hoef die kurator nie 'n redelike geleentheid gegee te word om te besluit of hy die kontrak wil uitvoer nie (*Porteous v Strydom* 1984 2 SA 489 (D) en die bespreking daarvan in 1985 TSAR 222; *Thomas Construction (Pty) Ltd (in liquidation) v Grafston Furniture Manufacturers (Pty) Ltd* 1986 4 SA 510 (N) 522). Dit is in ooreenstemming met die beginsel dat die kurator nie in 'n beter posisie as die insolvent kan wees nie, maar kan natuurlik uiters nadelig vir die skuldeisers as groep wees (vgl 1985 TSAR 227).

AN OELOFSE

*Universiteit van Suid-Afrika*

### DIE ACTIO DE PASTU

Van Zyl v Van Biljon 1987 2 SA 372 (O)

Die feite in hierdie saak was kortliks die volgende. Weerlig het die grensdraad tussen die eiser se mielieland en die verweerder se grond afgeslaan. As gevolg hiervan het die verweerder se beste toegang tot die mielieland bekom en die mielies afgevrete. Die eiser eis skadevergoeding met die *actio de pastu*. Die verweerder ontken egter aanspreeklikheid op grond daarvan dat die beste deur middel van *vis maior* toegang tot die mielieland verkry het.

Ten einde tot 'n antwoord te kom, lewer regter Steyn 'n indrukwekkende en deurvorste uitspraak wat bykans elke faset van die *actio de pastu* raak. Die beslissing sal in die toekoms beslis 'n baie belangrike verwysingsbron vir die



regsreëls aangaande hierdie aksie word. In hierdie bespreking word slegs enkele aspekte van die uitspraak uitgelig.

1 Na aanvanklike twyfel of die *actio de pastu* – as verskyningsvorm van skuldlose aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur diere – in ons reg in onbruik verval het, kan nou met sekerheid aanvaar word dat dit deel van die positiewe reg is. Regter Steyn verklaar (375E–F) onomwonde:

“Op die regsaspek is dit gemene saak tussen die partye dat die *actio de pastu pecoris* ’n geldende aksie om skadevergoeding in ons reg is, gegrond bloot op eienaarskap van die betrokke dier of diere en dat dit skuldlose aanspreeklikheid van die eienaar inhou vir skade veroorsaak deur die wei van sy diere op andermansgrond. Hierdie opvatting is *regtens korrek*” (my kursivering).

(Sien ook *Van Zyl v Kotze* 1961 4 SA 214 (T); *Vermaak v Du Plessis* 1974 4 SA 353 (O); *Potgieter v Smit* 1985 2 SA 690 (D).)

2 Alhoewel regter Steyn nie versoek is om te oordeel oor die vraag of die *actio de pastu* (met sy skuldlose grondslag) in ons reg behoue moet bly nie, en gevolglik ook nie geroepe is om tot die debat in juristegeledere daaromtrent toe te tree nie (381F–G), maak hy nogtans ’n aantal *obiter* opmerkings aan die einde van sy uitspraak oor die regverdiging vir of die wenslikheid van die behoud van die aksie in ons reg. Hy verklaar (413B–G):

“[D]it is . . . van belang om daarop te wys dat daar wel gewigtige argumente is ten gunste van die behoud van daardie aanspreeklikheid . . . In kort kom dié argumente daarop neer dat ’n plantvretende dier ’n beduidende risiko vir benadeling skep, hoofsaaklik omdat dit mobiel is, self kan besluit waarheen om te beweeg en wat om te vreet. En hoewel die *actio de pastu* nie op verryking gegrond is nie, is billikeidsoorwegings gegrond op die voordeel wat die dier en sy eienaar van andermansweiding verkry, wel ook tersake by die vraag of die *actio de pastu* in sy huidige vorm behoue moet bly.

Weens die beweeglikheid van plantvreters en hul vermoë om self oor eie optrede te besluit is sulke diere ‘gevaarlik’ omdat hulle sonder die toedoen of wete van hul eienaar skade aan andere kan berokken uit eie beweging. Hier kan dus tot ’n mate ’n vergelyking getref word met die regsposisie van instansies wat in die loop van hul besighede of bedrywe ’n beduidende risiko skep van skade aan ander. In sulke gevalle is daar tans ’n neiging in ons reg te bespeur om die betrokke instansies met ’n skuldlose aanspreeklikheid te belas vir skade berokken as gevolg van hul aktiwiteite . . . Dit kan op billikeidsondergronde dus ook argumenteer word dat hierdie oorweging ’n verdere rede is vir die behoud van die *actio de pastu* en van die skuldlose aanspreeklikheid daaraan verbonde.”

Nou moet die standpunt – wat sy beslag *obiter* in *Vermaak v Du Plessis supra* 359 vind – dat die “voordeel wat die dier en sy eienaar van andermansweiding verkry” in die algemene regverdiging vir die skuldlose aanspreeklikheid van die eienaar bied, bevraagteken word. Die rede hiervoor is dat dié standpunt nie kan verklaar waarom aanspreeklikheid in bepaalde gevalle enersyds volg ten spyte daarvan dat die eienaar geen voordeel verkry nie (bv by die vertrapping van gesaaides (vgl *ibid*)), en andersyds uitbly nieetestaande die klaarblyklike voordeel wat die eienaar geniet (bv waar die vee weens die skuld van die benadeelde toegang tot sy landerye verkry het (*Potgieter v Smit supra* 695–696)).

Hierteenoor kan met die risiko- of gevaarteorie as regverdiging vir die eienaar se skuldlose aanspreeklikheid nie veel fout gevind word nie aangesien plantvretende diere sekerlik ’n beduidende of aansienlike risiko van benadeling skep (sien bv Van der Merwe *Skuldlose aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur diere* (proefskrif Unisa 1970) 255–261; Van der Walt “Skade deur diere aangerig: ’n algemene aanspreeklikheidsbeginsel?” 1977 *De Iure* 20 e v). Van der Walt (*Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* (proefskrif Unisa 1974) 358) stel dit soos volg:

“Die aanhou en beheer van vee en ander diere wat plantvreter is, skep in die moderne gemeenskap toenemend ’n risiko van benadeling. Daar bestaan genoegsame grond om die afvreet van plante deur sulke diere te beskou as die verwesenliking van ’n tipiese risiko voortvloeiend uit die aanhou van die diere, en om gevolglik die beheerder van sulke diere op grond van die risiko-beginsel aanspreeklik te stel.”

Hiermee gaan Van der Merwe en Olivier (*Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1985) 491–492 494) nie akkoord nie. Hulle is trouens van oordeel dat die *actio de pastu* – net soos die *actio de pauperie* – uit ons reg behoort te verdwyn en deur die Aquiliese aksie vervang behoort te word omdat ’n behoefte aan of regverdiging vir die aksie ontbreek. Alhoewel nou nie met Van der Merwe en Olivier saamgestem word dat daar geen behoefte aan skuldlose aanspreeklikheid in hierdie gevalle is nie, is ek nietemin ook van mening dat die *actio de pastu* behoort te verdwyn; met dien verstande egter dat dié aksie dan in ’n gewysigde *actio de pauperie* opgeneem word. Dit kan verduidelik word aan die hand van die vraag of dit inderdaad meriete het om drie afsonderlike aksies (die *actio de pauperie*, die *actio de pastu* en die *edictum de feris* (sien Van der Merwe en Olivier 485–495)), elk met sy eie vereistes, vir skade veroorsaak deur diere in die Suid-Afrikaanse reg te behou. In der waarheid is dit net die *contra naturam sui generis*-vereiste (sien *ibid* 488–490; Van der Merwe 91–93) van die *actio de pauperie* wat in die weg staan van ’n enkele aksie, gegrond op skuldlose aanspreeklikheid, vir *alle skade* veroorsaak deur *enige dier* (Van der Walt 1977 *De Iure* 26). Word hierdie vereiste laat vaar, kan skadeveroorakende optrede deur wilde diere (*edictum de feris*) asook die vreet of afwei van plante, wat nie as *contra naturam sui generis* geag word nie, onder die toepassingsgebied van die *actio de pauperie* tuisgebring word (vgl Van der Merwe 284 291; Van der Walt 1977 *De Iure* 26). Dat sodanige regswysiging geregverdig sou wees, blyk uit die feit dat afskaffing van die *contra naturam*-vereiste in elk geval om veral twee oorwegings gewens is (vgl Van der Merwe 289–290): Eerstens dui die vereiste op ’n verpersoonliking of vermensliking van die dier deur middel van die objektiewe “redelike dier”-toets – ’n gedagtegang wat gekunsteld en daarom onaanvaarbaar is. Tweedens kan die vereiste op so ’n wye verskeidenheid maniere geïnterpreteer word dat dit nie alleen tot regsonsekerheid aanleiding gee nie, maar in laaste instansie daarop neerkom dat enige skadestigtende optrede van ’n dier wat om regspolitieke oorwegings ’n skadevergoedingseis behoort te funder, as *contra naturam* tipeer word (vgl *Da Silva v Otto* 1968 3 SA 538 (T) 541). Daarom behoort hierdie vereiste te verdwyn.

3 Ten einde te bepaal of *vis maior* ’n geldige verweer teen die *actio de pastu* kan wees, verklaar regter Steyn (375G) ten aanvang dat skuldlose aanspreeklikheid nie onbegrens of absoluut geld nie maar deur ’n “element van kousaliteit” getemper of beperk word. In die onderhawige verband beteken dié sogenaamde *kousaliteitsbeginsel* dat die diere die weiskade uit *die beweging* moet aangerig het; het eksterne faktore dus tot die skadeveroorakende optrede aanleiding gegee, dan ontbreek kousaliteit en is die eienaar nie skuldloos aanspreeklik nie. Na ’n diepgaande ondersoek van ons regsbronne (381 e v) kom die regter tot die slotsom dat, net soos by die *actio de pauperie* (377–381),

“die kousaliteitsbeginsel steeds in ons hedendaagse reg deel van die *actio de pastu* uitmaak en die grondslag is van die skuldlose aanspreeklikheid wat kleef aan die eienaar van die diere wat ‘weiskade’, in die breë sin, berokken. Dit is bevestig deur die bogaande oorsig van ons regsbronne. En met die aanwending van beeldspraak kan die kousaliteitsbeginsel gesien word as ’n silwer garingdraad wat geweef is in die stoffasie van die *actio de pastu* en wat met die bogaande analitiese oorsig vasgestel is om onafgebroke in daardie stoffasie

deur te loop minstens vanaf die tydperk van die Twaalf Tafels, deur die klassieke en Justiniaanse Romeinse reg, en vandaar af deur die Romeins-Hollandse reg tot op die hede waar dit nou deel vorm van die huidige Suid-Afrikaanse reg” (4111-412B).

Die vraag ontstaan vervolgens of *vis maior* die aanwesigheid van die kousaliteitsbeginsel kan beïnvloed; anders gestel, of *vis maior* die uitwerking kan hê dat die diere nie uit eie beweging optree nie. Regter Steyn verklaar (411B-E):

“[Dit is] denkbaar . . . dat *vis maior* wel in sekere streng omskrewe omstandighede ’n verweer teen die *actio de pastu* kan wees. Die rede daarvoor is te vinde in die beslissende effek van die kousaliteitsbeginsel . . . Indien die betrokke diere nie uit eie beweging nie, maar weens die inwerking van *vis maior*, na die benadeelde se grond gedwing word en genoodsaak word om dan daar die weiding of gewasse te vertrap sal hulle die daaropvolgende skade nie uit eie beweging berokken het nie en sal, soos reeds hierbo opgemerk, die kousaliteitsbeginsel nie teen hulle en hul eienaar in werking tree nie, maar betrekking hê op die mag of gebeurtenis wat hulle daartoe gedwing het. Voorbeelde daarvan sou dié wees van beeste wat vlug voor ’n veldbrand uit wat deur weerlig veroorsaak is en deur ’n sterk wind aangedryf word, of van diere wat deur vloedwaters meegesleur word en op die benadeelde grond aangespoel is. Dit mag ook wel wees dat indien die diere dan aldaar begin wei om hulself van verhongering te red omdat die omliggende weiding wat andersins binne hulle bereik sou wees afgebrand is of deur die vloedwaters bedek is, dit met reg gesê sou kon word dat hulle nie uit eie beweging aldus opgetree het nie maar weens die inwerking op hulle van ’n onafwendbare noodlot wat ook op *vis maior* neerkom, en dat, op grond van die kousaliteitsbeginsel, daardie omstandigheid dus ’n goeie verweer is teen ’n vordering wat daarna ingevolge die *actio de pastu* deur die eienaar van die benadeelde grond ingestel is teen die eienaar van die diere.

Waar *vis maior* egter nie direk op die diere inwerk nie, maar slegs ’n toegang tot die andermansgrond aan hulle beskikbaar stel, en die diere dan uit eie beweging van daardie toegang gebruik maak en op die benadeelde grond gaan wei, is die skade deur hulle eie onafhanklike optrede berokken en is hulle dan self die direkte oorsaak daarvan. In só ’n geval sal *vis maior* nie ’n verdedigingsgrond teen die *actio de pastu* wees nie, en sal die eienaar van die diere skuldloos vir die gedane skade verantwoordelik wees op grond van die kousaliteitsbeginsel. Voorbeelde van hierdie soort werking van *vis maior* sal wees waar ’n stormwind ’n hek oopwaai, of ’n weerligstraal ’n opening in ’n grensheining slaan, of waar só ’n heining deur vloedwaters meegesleur is of deur ’n weerliggebore veldbrand verwoes is, en die diere daarna, ewe rustig en normaal bewegend, dan daardie toegang ontdek en, optredende uit eie beweging ooreenkomstig hul aard, daarvan gebruik maak en op die benadeelde grond gaan wei.”

Wat die kousaliteitsbeginsel betref, kan die volgende opmerkings gemaak word. ’n Mens kan met redelike sekerheid aanvaar dat dit hier nie oor juridiese kousaliteit gaan nie maar oor feitelike kousaliteit waarvoor ons howe die *conditio sine qua non*-toets aanwend (*Minister of Police v Skosana* 1979 1 SA 31 (A) 44). Wat egter nie duidelik is nie, is of vasgestel moet word of die diere uit eie beweging op andermansgrond gekom of toegang daartoe verkry het, dan wel of hulle aldaar uit eie beweging begin wei het. Indien laasgenoemde, dan spreek dit eintlik vanself dat kousaliteit slegs in hoogs uitsonderlike omstandighede sal ontbreek omdat diere normaalweg tog altyd uit eie beweging begin wei. So gesien, sal daar in die reël geen verweer in hierdie verband teen die *actio de pastu* slaag nie en sal die eienaar inderdaad “absoluut” aanspreeklik wees – ’n onhoudbare toedrag van sake. Daarom is die regter se verklaring vir die *obiter dictum* in *Vermaak v Du Plessis supra* met betrekking tot die geval waar ’n derde vee op andermansgrond gejaag het, onaanvaarbaar (410G):

“Met verwysing na my bogaande bespreking van *Vermaak v Du Plessis* kan moontlik, en tentatief, nou gesê word dat die rede vir só ’n volgehoue aanspreeklikheid daarin te vinde mag wees dat die diere uit eie beweging op die andermansgrond sou wei al is dit deur iemand daarop ingejaag” (my kursivering).



Die gevolgtrekking is dus dat die feitlike kousaliteitsvraag slegs daarom kan gaan of die diere uit eie beweging toegang tot andermansgrond verkry het. Indien wel, is kousaliteit aanwesig; indien hulle egter deur eksterne faktore tot bedoelde toegang in staat gestel is, ontbreek kousaliteit en bygevolg aanspreeklikheid. 'n Mens moet gevolglik – ingevolge die *conditio sine qua non*-toets – enige eksterne faktor(e) elimineer of “wegdink” en dan probeer vasstel of die diere steeds uit eie beweging op die andermansgrond sou gekom het. Logies konsekwent sou dit beteken dat – net soos by die *actio de pauperie* (sien Van der Merwe 105–110) – *vis maior*, skuldige optrede aan die kant van die benadeelde of 'n derde party en optrede deur 'n ander diere vir sover enige van hierdie faktore die betrokke diere in staat gestel het om op die benadeelde se grond te kom, kousaliteit uitskakel. In sodanige geval behoort aanspreeklikheid ingevolge die *actio de pastu* dus uitgesluit te wees.

Hierdie standpunt word egter nie deur regter Steyn gehuldig nie. Uit sy uitspraak blyk duidelik dat kousaliteit volgens hom slegs sal ontbreek indien die diere deur eksterne faktore as't ware op andermansgrond *gedwing* is. (Vgl die voorbeeld wat hy t o v direkte *vis maior* hierbo aanhaal; sien ook sy argumente (392–394) teen die beslissing in *Heron v Skinner* 1971 1 SA 399 (RA) waar te kenne gegee word dat *nalatige* optrede deur 'n derde voldoende is om die *actio de pastu* uit te sluit. Volgens r Steyn behoort slegs *opsetlike* gedrag aan die kant van 'n derde sodanige uitwerking te hê.) Hierdie standpunt gaan egter nie op nie in die lig daarvan dat niesteenstaande afwesigheid van bedoelde dwang, bloot *nalatige gedrag aan die kant van die benadeelde* wel as 'n volkome verweer teen die *actio de pastu* geag word (*Potgieter v Smit supra* 695–696). En aangesien daar in beginsel geen dwingende oorweging bestaan waarom nalatigheid aan die kant van 'n derde anders as nalatigheid aan die kant van die benadeelde beoordeel moet word nie, behoort hulle wat kousaliteit betref oor dieselfde kam geskeer te word as synde eksterne faktore wat die diere in staat gestel het om toegang tot andermansweiding te verkry. Dieselfde kan trouens van die gevalle van indirekte *vis maior* gesê word waarna regter Steyn hierbo verwys. Indien beste toegang tot andermansweiding weens 'n oop hek verkry het, behoort dit in wese tog geen verskil te maak of die oop hek aan 'n rukwind (*vis maior*), die nalatigheid van die benadeelde of die nalatigheid van 'n derde te wyte is nie.

Samevattend kan verklaar word dat dit 'n vereiste vir 'n geslaagde beroep op die *actio de pastu* is dat die diere uit eie beweging toegang tot andermansweiding moet verkry het. Of dit die geval is, is 'n *feitlike kousaliteitsvraag*. In hierdie verband behoort *vis maior* (sowel direk as indirek (vgl ook Van der Merwe “Die *actio de pastu*” 1973 *THRHR* 111–112)), skuld aan die kant van dié benadeelde (sien *Potgieter v Smit supra*) en skuld (opset of nalatigheid) aan die kant van 'n derde (sien *Heron v Skinner supra* niesteenstaande r Steyn se geregverdigde kritiek op rp MacDonald se interpretasie van Voet; in hierdie verband is die *obiter* opmerking in *Vermaak v Du Plessis supra* dat die opsetlike injaag van vee deur 'n derde nie die *actio de pastu* uitsluit nie, klaarblyklik verkeerd) verweere teen die *actio de pastu* te wees omdat hulle kousaliteit uitsluit.

J NEETHLING

*Universiteit van Suid-Afrika*



# BOEKE

## SA GROENEWEGEN VAN DER MADE: A TREATISE ON THE LAWS ABROGATED AND NO LONGER IN USE IN HOLLAND AND NEIGHBOURING REGIONS

Third Edition: Vol III; edited and translated by B BEINART  
and ML HEWETT

*Lex Patria Johannesburg 1984; xi and 353 pp*

Price R60,00 + GST

At the request of the South African Law Revision Commission, which aimed at "making common law authorities more readily available, or at any rate more intelligible" to those with little or no working knowledge of Latin, the late Professor BZ Beinart began the translation of Groenewegen's *De legibus abrogatis* in 1959. The first two volumes (on the Institutes and the Digest) appeared in 1974 and 1975. On Professor Beinart's death in 1980 the Law Commission asked Margaret Hewett (who had assisted Professor Beinart since 1964) to bring the last two volumes to completion.

In the new volume (covering books I-VI of the Code of Justinian) the policies and format of the earlier volumes are followed and the reader is referred to the translator's preface to volume I for information on the life and works of Groenewegen, the text used for this translation and the form of citation (translator's preface xi). The Latin text published in this new volume is that of the third Amsterdam edition of 1669 and, continuing the policy adopted in the earlier volumes, misprints in the original text have been left unaltered. Errors in the original Latin text are, however, indicated by means of footnotes.

The translation is undoubtedly of a high standard. Beinart and Hewett clearly treat their topic with ease and confidence, and only in rare instances can one question their interpretation. (One example is their translation of *Pontifices Romani* (2) as Roman priests whereas it should simply be "popes".) The criticism that follows should be seen in the light of this fact and should not be regarded as a reflection on the quality of the translation itself.

The authorities cited by Groenewegen are mostly relegated to footnotes in the translation. A few interesting comments on the text are also indicated by means of footnotes. For instance, in his comment on *C 3 24 3*, Groenewegen quotes

Mornacius as stating that the privilege of being seated in a court of law is observed in France and that it was offered by the appeal court of Paris to Bironius (132). In note 160 (on the same page), Beinart and Hewett, referring to Bironius, then explain:

“Charles de Gontaut (1562–1602), duc de Biron, Admiral of France, who was tried for treason under Henry IV and executed in the Bastille on 31 July, 1602.”

Unfortunately there is also information in the footnotes that could well have been omitted. Bearing in mind that this is only a translation of, and not also a commentary on Groenewegen, one may wonder what relevance footnote 219 at 146 (“See however *Blue-Cliff Investments Ltd v Griesel*, 1979 (3) SA 93 (C), esp at 97–98, where the time of *litiscontestatio* was considered to be the critical time for alienation”) has to Groenewegen’s remark that:

“Nowadays any co-owner is free to alienate his share even after joinder of issue, as follows from what I say *ad C 8 37 (36)*”

Why is Wille’s discussion of the “requirement of writing on leases (5th ed., 1956), pp 64–82” (226 n 374) of any relevance to Groenewegen’s statement that

“leases of rural land themselves can be proved by witnesses, provided that their concordant testimony is recorded in a public written deed” (226)?

Surely footnote 154 (85) grossly underestimates the basic knowledge of the reader by observing:

“It should be noted that a person over the age of puberty, though no longer a pupil, was a minor till the age of twenty-five.”

And, finally, in footnote 422a at 305 it is stated:

“In the present fragment [i e C 5 57 1] an election was given to a claimant to sue a guardian or his sureties, or to apportion the claim among them.”

This information might sound useful but becomes totally unnecessary if one bears in mind that this work is intended to be read together with the Code of Justinian and cannot be understood on its own. One can only turn to Groenewegen once the particular provision in the Code has already been read and understood. It is therefore unnecessary (and indeed almost impossible) to attempt to incorporate the contents of the Code by means of footnotes into the translation, repeating information the reader should already know. Likewise, the translators inconsistently and quite unnecessarily, deemed it necessary to single out for commentary: *simony* (91 n 198a); *utilis actio Serviana* (170); *donatio propter nuptias* (236 n 229) and *actio rerum amotarum* (287 n 328). These terms are normally not controversial or problematical and the reason why they were singled out for comment is not clear.

One instance where one would welcome a change in editorial policy is the translator’s attempt to transcribe the Greek words that appear in the Latin text (in an attempt to make Greek words legible to persons with little or no working knowledge of classical Greek?). The wisdom of this policy is questionable, first of all because one would not find the particular Greek word in a lexicon in the transcribed form (and the transcription therefore cannot be of any assistance to the very person it actually intends helping), and also because it is not always possible to give a correct transcription. The incorrect transcription at 8 footnote 58 of *Πρίσκος ἑμισσιῶος* (*Πρίσκος Ἐμεισηνός* in Suida’s *Lexicon*) (“*priskos*” is acceptable, but “*Emissioos*” is obviously wrong) is a good example of the dangers inherent in such a policy. If a transcription is essential, is it not

perhaps preferable to make use of the symbols of the *Association Phonétique Internationale*?

In the preface the translators stated: "Citations from the *Corpus Juris Civilis* have been given in their modern form" (xi). However, this is not always the case. Preference is apparently given to Groenewegen's numbering of passages from the *Corpus juris civilis*. For example, Groenewegen's discussion at 68 (*de advocatis diversorum iudicum*) cited as C 2 8 4(23) 2 will be found in the *editio stereotypa* of Mommsen and Krueger under C 2 7 23(4) 2. Likewise, the reference to *Inst* 3 20(19) 6 (at 57) is to be found under *Inst* 3 19 6 in the *editio stereotypa* and to C 3 12 7(6) (at 12) under C 3 12 6(7). The translators do in fact also follow the modern way of citation in some cases (e.g. C 2 44(45)2*pr* and §1 is correctly cited in footnote 216 at 94 but on the same page, where that text is discussed, it is cited as C 2 45(44)). That confusion might result is obvious. A final point of criticism is the fact that citations from the *Corpus juris civilis* occasionally appear to be a mixture between the older form of citing texts by the first few words of a *lex*, and the modern form. For example: *D* 18 7 7 *servus* (14 n 108); *D* 29 3 5 *vel negare* (59 n 15); *D* 47 12 (*de sepulchro violato*) 3 5 *divus* [not §7]; C 3 44 (*de religiosis et sumbtibus funerum*) 12 (2 n 5). Numerous other examples of this nature can also be found.

Spelling errors and misprints unfortunately also occur. See for example: "2praetorio" (49); footnote 344 is not indicated in the text (48); "at least following is" (61); "*Practyke eivile*" (120); "*intelligenium*" instead of "*intelligentum*" (221); "But the writer of law of Utrecht does permit is, appears . . ." (231); "*de jure detium*" (238); "syas" (251); "of our own cutoms" (275); "takint the money" (285); "*le mort saisit le vij*" (not *vis* as is printed at 309). (This phrase is furthermore better translated by "the living obtains possession from the dead". Beinart and Hewett's translation ("the living takes saisine from the dead") is sure to baffle most readers.)

It is, however, imperative to remember that this is a translation and as such is intended simply as an aid to be used in conjunction with the original text. Seen in this light most of the above criticism falls away. Misprints are still few and far between, especially if one takes into account the enormously difficult task of resetting and reprinting the original Latin text and checking the vast number of authorities cited by Groenewegen.

The value of Groenewegen's *De legibus abrogatis* can hardly be overestimated. Not only does his work give an account of the state of the Roman-Dutch law of his day, but the rich wealth of authorities cited makes him invaluable in the sphere of legal historical research. It is accordingly to be welcomed that the translation has also incorporated a supplementary bibliography of works cited in the new volume which have not already been listed in the bibliography in the first volume of this translation. This has significantly increased the practical value of this translation.

The appearance of volume III of the translation of Groenewegen's *De legibus abrogatis* is to be welcomed and the translators are commended on their achievement.

BC STOOP  
University of South Africa

**SOUTH AFRICAN MERCANTILE AND COMPANY LAW**

deur JTR GIBSON, bygestaan deur RG COMRIE

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1988; xli + 691 bl*

Prys R78,00 + AVB (hardeband) R64,00 + AVB (sagteband)

Hierdie is die sesde uitgawe van professor Gibson se nou reeds bekende boek. Aangesien die vroeër uitgawes van die boek reeds by verskeie vorige geleenthede indringend geresenseer (o a deur De Vos 1962 *Acta Juridica* 160; Kahn 1963 *SALJ* 290; Harms 1967 *THRHR* 91; Stuart 1967 *SALJ* 112; Van Wyk 1978 *Acta Juridica* 380; Oelofse 1984 *THRHR* 250; Oosthuizen 1984 *TSAR* 206) en aangekondig is (sien bv RHC 1965 *Rhodesian LJ* 166; Hodes 1983 *De Rebus* 462; JTP 1983 *SALJ* 367), is dit onnodig om die boek weer van meet af aan te bespreek.

Dit is ook nie my voorneme om in besonderhede aan te stip in welke mate die skrywers ag geslaan het op van die voorstelle wat deur vorige resensente gemaak is nie. Tog is dit jammer dat die boek nog steeds nie van 'n bibliografie voorsien is wat ten minste dié werke bevat waarna daar met reëlmaat verwys word nie. Die selektiewe verwysing na tydskrifartikels (in die besonder mis ek Afrikaanse artikels en artikels wat in ander tydskrifte as die *South African Law Journal* verskyn) en ongepubliseerde proefskrifte is steeds 'n uitstaande kenmerk van hierdie werk. Dit is ook jammer dat die skrywers nie altyd na nuwe gesaghebbende werke oor besondere onderwerpe verwys nie. Hoofstuk 8, wat handel oor vennootskappe, bevat byvoorbeeld geen verwysing na die uitstekende bydrae wat Henning en Delpont in Joubert 19 *LAWSA* sv "Partnership" oor hierdie onderwerp gemaak het nie. Dit is wel verblydend om te sien dat die skrywers inderdaad kennis geneem het (al is dit net oënskynlik) van die uitmuntende bydrae van professor FR Malan in sy boek *Bills of exchange, cheques and promissory notes in South African law* (1983) op die gebied van die wissel- en tjekreg (hfst 11).

Alhoewel die boek reeds 'n baie wye veld dek, het die skrywers dit goedgedink om nog 'n hoofstuk by te voeg, naamlik 'n hoofstuk oor beslote korporasies (hfst 10). Ek volstaan met enkele opmerkings oor sommige aspekte wat my in hierdie hoofstuk opgeval het. Die eerste en blywende indruk wat verkry word, is dat die inhoud daarvan grootliks op die Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984 geskoei is. Daar kan trouens gesê word dat die hoofstuk bloot 'n opsomming (en soms 'n woordelike herhaling) van die belangrikste bepalings van die betrokke wet is. Dit is jammer dat die skrywers nie ook in hierdie verband kennis geneem het van die ander werke wat reeds oor die beslote korporasiereg verskyn het nie. Hier word veral gedink aan die bydraes van Oosthuizen *Beslote korporasies* (1968), Malan *Beslote korporasiereg* (1986) en Geach *The Close Corporations Act and regulations* (1984). Daarby is die vergelyking wat daar tussen die beslote korporasie en die maatskappy getref word (504-506) maar ietwat oppervlakkig.



As studenteleerboek is hierdie werk uiters geskik vir kommersiële studente en dit bly steeds 'n nuttige eerste bron van verwysing. Die outeurs kan gelukkig word met die verskyning van die sesde uitgawe van hierdie werk.

JT PRETORIUS

*Universiteit van Suid-Afrika*

## REKENINGKUNDIGE GRONDSLAE VIR PROKUREURS

deur MA FAUL CP BLOM en JA MORGAN

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1987; 281 bl*

Prys R42,00 + AVB (sagteband)

Hierdie boek voorsien in 'n mark waar daar 'n groot behoefte bestaan. Dit dien naamlik as 'n verwysingsbron vir alle praktiserende prokureurs sowel as handleiding vir leerkerke wat hulle vir die prokureurseksamen voorberei.

In die voorwoord beweer die skrywers dat hierdie werk 'n handleiding vir studente is wat 'n eerstejaarkursus in rekeningkunde vir graaddoeleindes moet slaag. Dit is egter twyfelagtig of dit wel die geval is aangesien die boek nie die leerplan volledig behandel nie. Indien 'n mens verder die mark in ag neem waarvoor die werk bedoel is, is dit jammer dat soveel beginselfoute daarin voorkom. Hier word volstaan deur net 'n paar van hierdie foute aan te dui.

Op 203 word gesê dat 'n maatskappy met tien lede in 'n beslote korporasie omskep kan word, maar " 'n [b]eslote korporasie mag egter nie in 'n maatskappy omskep word nie". Artikel 29(1) die Maatskappywet 61 van 1973 bepaal egter:

" 'n Beslote korporasie kan, met die skriftelike toestemming van sy lede, in 'n maatskappy omskep word, mits elke lid van die beslote korporasie lid word van sodanige maatskappy."

Hoofstuk 18 wat oor belasting handel, gaan mank aan heelwat tekortkominge. Belasting is 'n moeilike onderwerp om kortliks op te som en daarom is dit byna noodwendig dat verskeie feite onvolledig weegegee word en gevolglik tot verwarring aanleiding kan gee. So blyk dit nie op 226 duidelik dat alle persone, behalwe maatskappye, op 'n primêre korting geregtig is nie. Dit is met ander woorde nie net natuurlike persone wat op sodanig korting geregtig is nie – 'n trust is byvoorbeeld ook daarop geregtig. Op dieselfde bladsy word 'n toeslag as 'n belegging beskryf. 'n Toeslag vorm 'n integrerende deel van 'n bepaalde jaar se belasting. Dit wil voorkom of hiermee 'n leningsheffing bedoel word. 'n Leningsheffing is 'n totaal ander begrip as 'n toeslag en word as 'n belegging beskou omdat dit aan die belastingpligtige terugbetaalbaar is. Op 267 word na rentebelasting op lenings *aan* buitelanders verwys. Deel VI van die Inkomstebelastingwet handel oor rentebelasting op buitelanders, maar dit is rentebelasting op lenings *van* buitelanders, nie *aan* hulle nie. Op 268 word gesê dat bouverenigingdividende *per gesin* vrygestel is van belasting. Die begrip "gesin" word egter nêrens in die Inkomstebelastingwet omskryf nie, maar wel die begrippe "persoon" en "belastingpligtige". Volgens artikels 10(1)(xii) en (xiii) is sekere

bouverenigingdividende *per belastingpligtige* vrygestel van belasting. Van die begrip “gesin” is daar geen sprake nie. Op 275 word algemene verkoopbelasting bereken op oninbare skuld verhaal en afgeskryf. Maar algemene verkoopbelasting moes tog seker ingesluit gewees het in die bedrae wat afgeskryf (en verhaal) is en kan dus nie weer in berekening gebring word nie.

Die begrip “inkomste-opsommingrekening” wat die skrywers gebruik (57), is nie algemeen in die vak rekeningkunde bekend nie. Wat in hierdie verband dan veral vreemd opval, is dat nadat alle rekeninge na die inkomste-opsommingrekening oorgeboek is, daar nogtans ’n volledige inkomstestaat opgestel word.

Net so is die begrippe “Eenmansmaatskappy (Edms) Bpk” of “2-50 lede (Edms) Bpk” op 200 nie baie bekend nie, aangesien daar geen onderskeid in die Maatskappywet gemaak word tussen ’n private maatskappy met 1 of 2-50 lede nie.

Vir die praktiserende prokureur en leerkerke sal afdeling I wat oor die basiese rekeningkundige proses handel en veral afdeling II wat oor prokureursrekords handel, baie nuttig wees.

M CRONJÉ

*Universiteit van Suid-Afrika*

## INTERPRETATION OF STATUTES

by GM COCKRAM

*Third edition; Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1987; pp xvi and 181  
Price R26,00 + GST (soft cover)*

The basic approach followed in this work is that our courts are the chief interpreters of statutes, the supreme court being the authoritative interpreter. One cannot, however, deny that statutes are also interpreted by all whose daily lives are, in one way or another, regulated by legislation.

As relatively little has been published on this field of the law, this book could be very useful to legal practitioners as it contains up-to-date information regarding the interpretation of statutes by the courts. As a result of the shortage of literature on this subject, one would also expect law students to consult this work. Unfortunately the style does not conform to that of a textbook: a large part consists of a conglomeration of quotations from relevant court decisions, with very little or no discussion or evaluation on the part of the author. In order to meet the law student's needs, a structured approach is essential. Some topical issues that could have been included are: the main purpose or object of the interpretation process; the basic philosophies underlying the so-called “intention” or “manifest purpose” theories; the different approaches to the interpretation process; the aids or tools which are used in the interpretation process and the order of significance. In short, although the book contains most of the information needed on this subject, it lacks a systematic and coherent arrangement of the basic theoretical structure of the interpretation process.

The work also lacks a well-balanced, objective view on the subject, because certain important opinions and comments by legal writers have not been analysed. For example, where the courts' approach to peremptory and directory provisions is discussed (162), a more balanced view could have been presented if Wiechers's view on this topic had also been dealt with (*Administrative law* (1985) 198–199). The same applies to the discussion on the presumption that the state is not bound by its own legislation (141). Wiechers (332–334) warns against the general application of this presumption, in particular where state liability is in question. From an objective discussion which covers a spectrum of views, the author could have deduced valuable guide-lines on the topic and also projected a better understanding of the application of these rules by the courts – a task which the courts will not tackle without taking cognisance of different relevant legal opinions.

Chapter one contains a very informative discussion on the Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983 and the powers of parliament as supreme lawmaker. This is followed by an extensive section on the powers of the judiciary, with special emphasis on the courts' function in general regarding the interpretation of central legislation. The first chapter thus provides a very logical starting-point and enables the reader to grasp the significance of the 1983 Constitution as the corner-stone in the statutory sphere, while the interaction between parliament and the judiciary – as central organs of state – is also clearly illustrated. Although the author presents an up-to-date survey of the courts' interpretation on the emergency legislation – in particular the proclamations by the State President and other relevant regulations – one feels that more attention could have been given to the nature and scope of subordinate legislation and the courts' powers in respect of its interpretation and review. Far-reaching changes have been effected within the new structure of provincial, regional and local levels of government. The author could have mentioned, *inter alia*, that the Provincial Government Act 32 of 1961 has been repealed by the new Provincial Government Act 69 of 1986, how provincial proclamations will be promulgated in terms of this act, and that the administrators – with their executive committees – will hold key positions in the provincial and regional legislative spheres.

The above-mentioned criticism of the discussion of central and subordinate legislation in chapter one, would also apply to chapter five. Incidentally, a clear example of incoherent style may be found at 70: the author wishes to explain the meaning of "conflict" under a separate heading but does not succeed, as the method of joining numerous quotations together, does not lend itself to clear answers or objective explanations. *In casu* the meaning of "conflict" may be deduced from the paragraph directly under the heading "conflict" (70, and the last paragraphs of 71 and 73).

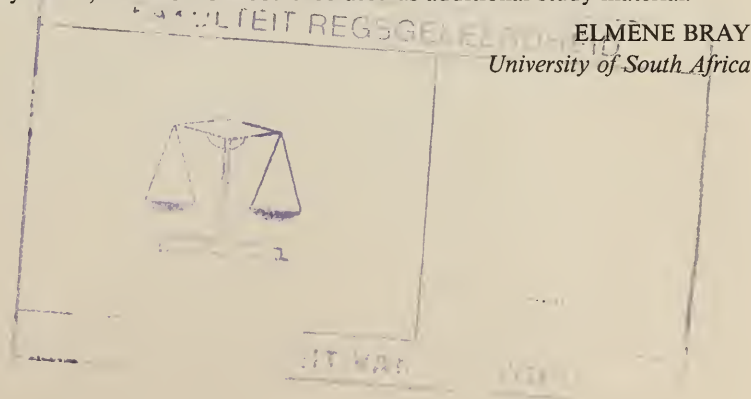
The section on presumptions, chapter six, takes up a considerable part of the book and indicates the latest emphasis on the significance of presumptions in the interpretation process. The individual presumptions are covered in a concise and practical way, although more could have been said on the overall nature and scope of presumptions in general. For example, at which point in the interpretation process should a presumption apply and should it be regarded as a general rule (a common-law source) or merely as an aid to statutory interpretation?

In the case of reference to the old Suppression of Communism Act 44 of 1950 (29 90 134) the author has omitted references to the Internal Security Act 74 of 1982 which has repealed and replaced the first-mentioned act. Similarly, reference to the Blacks (Urban Areas) Consolidation Act 25 of 1945 section 29 (79 89) should also indicate that this section was formally repealed by the Black Communities Development Act 4 of 1984 while the original act was repealed *in toto* by the Abolition of Influx Control Act 68 of 1986. To touch on presumptions again, the heading, "Penal statutes will be strictly construed in favour of the accused" appears at 88. In the second paragraph from the top on the next page, the author states that recent indications are that the courts will restrict the operation of this presumption and uses section 29 of Act 25 of 1945 (now repealed) as an illustration. If one had followed the development of section 29 in case law, the general impression is that it had become too difficult to enforce its provisions, and had caused undue hardship to the people who were affected by it. The legislature presumably had similar reasons when it later repealed this section. It is therefore debatable whether section 29 offers a good example of the restrictive operation of this presumption.

The reader must be warned that the principles or guide-lines abstracted from the various court decisions are not always clear-cut and obvious. For example, where *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA* 1976 2 SA 1 (A) is quoted (119) the whole decision must be read in order to make an objective evaluation. In this respect certain observations by Jansen JA in the minority judgment require consideration. Furthermore, the case of *Standard Bank v Estate van Rhyn* 1925 AD 266 (159) is a complicated case which needs more elaboration: *in casu* the cheques were not invalid in terms of banking practice but indeed invalid in terms of provisions relating to deceased estates.

The technical editorial standard of the book is, in general, very high. Only a few printer's gremlins have slipped through: at 86 the fifth line from the top, "Pty" is spelt incorrectly; at 90 "statutory" is spelt incorrectly in the fourth last line; and at 118 the spelling of "Vanderbijlpark" in the second-last paragraph must be checked. The first sentence on the description of the *South African Law Reports* at 167 also contains an error.

Finally, while this book would certainly prove useful as source material, because of the discussion of so much case law it cannot be recommended as a prescribed textbook for undergraduates mainly because of its inherent structural deficiencies. The chapter dealing with the 1983 Constitution is, however, extremely useful, and the work could be used as additional study material.





5



WERKSBIBLIOTEK

FAKULTEIT REGSGELEERDHEID



1990 - 04 - 24

DATUM

UNIVERSITEIT VAN VICTORIA





