

# Regspraak

## **DIE CONDUCTIO FURTIVA: GEPASTE REMEDIE OF DEUS EX MACHINA?**

*Crots v Pretorius* 2010 6 SA 512 (HHA)

### 1 Inleiding

In die opset van ons bestaande Suid-Afrikaanse delikteregliteratuur word daar nie veel plek aan die gemeenregtelike *condictio furtiva* afgestaan nie. Dit verdien geen vermelding in die handboeke van McKerron (*The Law of Delict* (1970)), Boberg (*The Law of Delict – Aquilian Liability* (1984)) en Midgley, Loubser ea (*Deliktereg in Suid-Afrika* (2010)) nie; ’n toevallige voetnootvermelding daarvan vind mens in Van der Merwe en Olivier se handboek (*Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 483 n 92); Neethling en Potgieter (*Neethling-Potgieter-Visser Onregmatige Daad* (2010) 383) wy presies 5 reëls daaraan; en, les bes, staan Van der Walt en Midgley (*Principles of Delict* (2005) 42) ’n kort paragrafie (§ 34) daaraan af, waarin die beginsels rakende die aanwending van hierdie regsmiddel wat vandag “unchanged in its Roman-Dutch form” sou bestaan, geskets word. Hierdie regsmiddel kry veel meer aandag in die sakeregliteratuur, waar dit as een van die regsmiddels wat tot die eenaar van ’n saak se beskikking staan, vermeld en bespreek word (sien bv Van der Merwe “Things” XXVII *LAWSA* § 331-333; Carey Miller *The Acquisition and Protection of Ownership* (1986) 326-332; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 358-359; Sonnekus en Neels *Sakereg Vonnisbundel* (1994) 475, 499-500; Badenhorst, Pienaar en Mostert *Silberberg and Schoeman’s The Law of Property* (2006) 265-266; Mostert, Pope ea *Die Beginsels van die Sakereg in Suid-Afrika* (2010) 254-255).

Die enigste redelik resente regspraak van enige belang waarin hierdie gemeenregtelike aksie ter sprake gekom het, is die uitspraak van regter Melamet in *Minister van Verdediging v Van Wyk* (1976 1 SA 397 (T)). Pauw het na aanleiding daarvan ’n heel insiggewende historiese bespreking oor die aard van die betrokke remedie die lig laat sien (“Historical notes on the nature of the *condictio furtiva*” 1976 *SALJ* 395). Die ander relatief onlangse beslissing is *Clifford v Farinha* (1988 4 SA 315 (W)). Daarin het waarnemende regter Cilliers nie geskroom om – selfs strydig met die *obiter* standpunt van regter Melamet in die eersvermelde beslissing – die beskerming wat die *condictio furtiva* aan die eenaar van ’n gesteelde saak bied, uit te brei ten gunste van enigiemand met ’n blote belang daarin nie. (Bepaalde aspekte van hierdie uitspraak kan om ander redes bevraagteken word – Sonnekus en Neels 500.) In albei hierdie vermelde uitsprake is daar oorfloedige verwysings na gemeenregtelike bronne en regshistoriese literatuur te vinde, soos te wagte kan wees in gevalle waar die toepaslikheid van ’n oeroue regsmiddel ter sprake kom. Soos aanstons aangetoon sal word, is daar, wat hierdie aspek betref, klaarblyklik ’n aansienlike benaderingsverskil tussen die houding van ons huidige hoogste hof van appel en dié van die regters in die pasvermelde ouer sake.

Die *condictio furtiva* is ’n deliksaksie wat deur die eenaar van ’n gesteelde saak, of enige ander persoon wat ’n belang in die saak het, ingestel kan word teen die dief wat die saak gesteel het, of teen sy of haar erfgename, al is sodanige dief of die erfgename nie meer in beheer van die gesteelde goedere nie (Van Warmelo *’n Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (1957) 331; *Minister van Verdediging v*

*Van Wyk* 400F). Die eiser kan hierdie remedie aanwend om hetsy die gesteelde saak self, of die hoogste waarde daarvan sedert die diefstal (indien die saak vernietig of verlore is, of verlore geraak het) te vorder. Neethling en Potgieter (383) skep die indruk dat die aksie 'n blote skadevergoedingsvordering is wat slegs aangewend kan word waar die gesteelde saak verlore geraak het. Feit is egter dat die saak self daarmee opgevorder kan word, wat verduidelik waarom dit beskou word as 'n aksie wat met die *rei vindicatio* meeding (sien bv *Van Oven Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (1948) 343-344; sien verder Pauw 396 400; *Van der Walt en Midgley* 42). Ofskoon 'n Romanis soos *Van Oven* oor die *condictio furtiva* skryf dat “[e]en echte *obligatio ex delicto* kan men in haar niet zien, eer een gegrond op onrechtmatige verrijking”, is hierdie aspek van die betrokke aksie reeds in ons reg bygelê ten gunste van die siening dat dit 'n deliksaksie is (in *Minister van Verdediging v Van Wyk* 400C, met 'n beroep op Voet *Commentarius ad Pandectas* 12 1 1, 2 en 7; *Kruger v Navratil* 1952 4 SA 405 (SWA) 408; *John Bell & Co Ltd v Esselen* 1954 1 SA 147 (A) 151; *De Vos Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1987) 190; *Sonnekus Ongegronde Verryking in die Suid-Afrikaanse Reg* (2007) 149-152; sien verder *Carey Miller* 326; *Sonnekus en Neels* 475).

Uit 'n regshistoriese hoek betrag, is die *condictio furtiva* 'n ietwat anomaliese regs middel – gesien die juridiese aard van 'n *condictio* – soos *Van Warmelo* (331) verduidelik:

“Wat van belang by hierdie aksie is, is nl. dat die *condictio* 'n aksie is waarvolgens die gedaagde gevra word om eiendomsreg van 'n bepaalde saak of hoeveelheid van sake op die eiser oor te dra. Maar hier kan die dief nie eiendomsreg oordra nie want hy is nie eienaar nie en die eiser (die besteelde eienaar) is reeds eienaar van die saak. Hierdie afwyking van die gebruikelike funksie van die *condictio* is egter toegelaat met die bedoeling om die eienaar te beskerm en die dief steeds te tref.”

Dit kom dus nie vreemd voor dat daar soms uiteenlopende standpunte oor die ware aard daarvan bestaan het nie (sien bv *Van Oven* 343-344 en *Schulz Classical Roman Law* (1961) 618 wat dit as 'n verrykkingsaksie tipeer; en vgl ook *Pauw* 396 ev). Wat myns insiens egter blyk uit 'n verduideliking soos die pas aangehaalde een van *Van Warmelo*, is dat daar in die Romeinse regspraktyk 'n dringende behoefte aan hierdie regs middel bestaan het en dat daardie behoefte nie deur die toepassing van die normaal geldende regsreëls bevredig kon word nie – daarom is die reëls as't ware “gebuig”. Soos weldra aangetoon sal word, sou die vraag kon ontstaan of ons deesdae nie dalk steeds met hierdie “buigingsproses” besig is, ten einde 'n billike bedeling vir iemand wat besteel is, teweeg te bring nie.

Waar die dief die gesteelde saak verloor het, of dit tot niet gegaan het, sal aanspreeklikheid ingevolge die *condictio furtiva* steeds bly voortbestaan, omdat “qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea” verplig is. (*D* 13 1 20; sien ook *D* 13 1 8: “Semper enim moram fur facere videtur.” Vgl verder die *Clifford*-saak 321E; *VerLoren van Themaat Diefstal en, in verband daarmee, Bedrog in die Romeins-Hollandse Reg* (1949) 33.) Dit is waarskynlik as gevolg van hierdie gemeenregtelike verduidelikings dat aanspreeklikheid ingevolge die *condictio furtiva* soms as skuldloos (“strict”) tipeer word (*Van der Walt en Midgley* 42): “Liability is strict, the reason being that a defendant who wrongfully and intentionally deprives the plaintiff of possession of something, incurs the risk of that thing being lost through a cause not attributable to the defendant's fault” (sien ook *Neethling en Potgieter* 383; *Beyleveld* 1977 *TSAR* 187 189). Myns insiens is aanspreeklikheid in hierdie geval allermens skuldloos, want die *causa causans* van die eienaar se verlies van sy of haar saak is juis die opsetlike ontneming daarvan deur die dief; die toevallige feit dat die saak later sonder die skuld van die dief verlore gegaan het of

vernietig is, negatiewer immers nie die dief se aanvanklike opset nie. Na my oordeel is die strekking van die vermelde Romeinsregtelike tekste bloot om te bevestig dat die dief, *qua* opsetlike ontnemer, steeds aanspreeklik bly teenoor die eienaar om hom of haar die waarde van sy of haar saak te vergoed. Die stelling dat die *conductio* nie skuld aan die kant van die dief verg nie, is dus sowel teenstrydig as onnodig. (Sien die suiwerder uiteensetting deur Van der Merwe “Things” § 332; vgl ook die versigtiger uiteensetting van wr Cilliers in die *Clifford*-saak 321E-322F.)

Daar is reeds in die vroeë regspraak daarop gewys dat ofskoon dit ’n kardinale vereiste vir die instel van die *conductio furtiva* was dat daar daadwerklik ’n diefstal moes plaasgevind het, dit nie noodwendig beteken dat daar aan die strafregtelike misdaadvereistes vir diefstal ingevolge die moderne Suid-Afrikaanse reg voldoen moes gewees het nie: diefstal ingevolge die welbekende Romeinsregtelike definisie, te wete ’n *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendae gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* (D 47 2 1 3) blyk voldoende te wees (*Minister van Verdediging v Van Wyk* 400G, 402G; De Vos 36; Van der Walt en Midgley 42). In samehang hiermee word verkondig dat die *conductio furtiva* nie teen ’n medepligtige ingestel kan word nie (vgl *Minister van Verdediging v Van Wyk* 402A), eenvoudig omdat dit geen strafaksie was nie. Daarvoor bestaan daar uitdruklike gesag in die *Corpus Iuris Civilis* asook by ons vooraanstaande ou skrywers (D 13 1 6: “Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, *condictione non tenebitur*, etsi furti tenetur” (my kursivering); Voet 13 1 5; sien verder Schulz 618; Van der Walt en Midgley 42; Carey Miller 330-331). Soos aanstons aangetoon sal word, wil dit voorkom of die uitspraak van die hof in die uitspraak onder bespreking nie hiermee rekening gehou het nie.

## 2 Feite

Die eiser (appellant) het uitgevind dat hy die slagoffer van veediefstal geword het, toe dit vir hom duidelik geword het dat nege van sy dragtige verse gesteel is. Nadat hy ’n ondersoek van stapel laat loop het, het hy die verweerder (respondent) in die landdroshof vir R45 000 (R5 000 per bees) gedagvaar. Hy het beweer dat die verweerder sy beste gesteel en laat slag het. Die verweerder het die eiser se vordering teengestaan en op sy beurt ’n teeneis teen die eiser ingestel op grond van die feit dat laasgenoemde sy goeie naam sou geskend het deur teenoor derdes te beweer dat hy die beste gesteel het (513E-F).

Die agtergrond tot hierdie gebeure is vir ’n goeie begrip van die problematiek verbonde aan hierdie geval van kardinale belang en sien soos volg daaruit. Die verweerder is ’n veespekulant wat reeds sewe jaar ondervinding in die spekulatiebedryf gehad het en hy was derhalwe te alle tye bewus van die toepaslike bepalinge van die Wet op Veediefstal 57 van 1959 wat ’n transaksie van hierdie aard beheers. Eendag het iemand wat hom bloot op sy voornaam (te wete Petrus) bekend gestel het, hom gebel en nege stuks vee te koop aangebied. Die verweerder het die aanbod aanvaar en daar is akkoord gegaan dat die koopprys die bedrag sou wees wat die plaaslike slagpale vir die verse sou betaal, minus die verweerder se kommissie. Omdat Petrus geen eie vervoer gehad het nie, het die verweerder ’n reëling met ’n private vervoerkontraakteur getref om die vee na die slagpale te vervoer. Vreemd genoeg kon die verkoper geen optelpunt vir die vee verskaf nie, maar het hy versoek dat die vragmotorbestuurder iemand op ’n bepaalde punt moes oplaai, wat hom dan daarna sou gaan wys waar die beste opgelaai kon word. Ingevolge hierdie akkoord is die eiser se beste van sy plaas verwyder, na die slagpale vervoer en geslag (513H-514B).

’n Verdere vreemde kenmerk van die onderhawige transaksie is dat die verweerder nie sy normale praktyk gevolg het om eers sewe dae na datum van verkoop die koopprys aan die verkoper te betaal nie. Op Petrus se versoek het hy die dag na die transaksie ’n kontantvoorskot van R2 000 aan hom betaal, waaroor die hof die volgende lakonieke uitlating gemaak het: “Needless to say, that was the last that was seen or heard of Petrus” (514C).

Die enigste fisiese betrokkenheid van die verweerder by die transaksie was dat hy die reëlins getref het om die vee deur ’n derde party per vragmotor te laat afhaal en aan die slagpale te laat besorg. Hy het willens en wetens die streng bepalings van die Wet op Veediefstal en die regulasies wat ingevolge hierdie wet uitgevaardig is, verontagsaam deur te versuim om navraag te doen na Petrus se status of besonderhede, asook dié van die beeste. (Ingevolge ’n regulasie kragtens a 16 van die wet, vervat in GK 1685 wat gepubliseer is in SK 15990 (30-09-1994), asook a 6(1), 7(1) en 8(1) moet daar streng vereistes nagekom word wat betref die beskrywing van vee wat verkoop word, asook dokumentasie wat die vee moet vergesel en waarin daar besonderhede van die eienaar, die koper en verkoper en magtiging om in beheer van die vee te wees en dit te vervoer, en so meer, verskaf moet word.) Appèlregter Snyders verduidelik die strekking van hierdie bepalings soos volg: “The Act aims at preventing the removal and transport of livestock by persons with no legal entitlement to do so. By his own admission the respondent knew his obligations in terms of the Act. No less is to be expected of a livestock speculator” (515A).

### 3 Uitsprake

In die landdroshof is die eiser se vordering van die hand gewys, terwyl die verweerder se teeneis geslaagd was vir sover R20 000 weens laster aan hom toegestaan is. Met sy appèl in die Vrystaatse hoë hof kon die eiser geen hond haaraf maak nie en die hof was nie eens bereid om ’n verdere appèl na die hoogste hof van appèl toe te staan nie. Sy petisie tot laasvermelde hof was egter suksesvol (513F-G) en het uiteindelik daartoe aanleiding gegee dat die aangeleentheid in sy geheel in sy guns beslis is, met inbegrip van die toestaan van ’n kostebevel.

Die kern van die uitspraak van appèlregter Snyders (met wie ap Harms, arr Navsa en Mhlantla en w ar Pillay saamgestem het) ten aansien van die eiser se vordering word soos volg bondig uiteengesit:

“The respondent claimed that he had no direct knowledge about the theft or direct intent to steal the appellant’s heifers. This stance served him well in both the magistrate’s and the high court. The magistrate’s court and the high court only investigated whether the respondent’s version established direct intent to steal and concluded that it did not. Therein lies the misdirection that entitles this court to interfere. The presence of *dolus eventualis* satisfies the requirements of theft. The court below did not assess the probabilities in order to test whether the requirements of *dolus eventualis* were satisfied” (515C-D).

Ofskoon daar nie verder in hierdie aantekening aandag aan die meriete van die uitspraak ten opsigte van die verweerder se teeneis gewy sal word nie, is dit opvallend en in ’n mate onrusbarend hoe maklik dit vir die hoogste hof van appèl was om die verweerder se teeneis van die hand te wys. Dit blyk naamlik dat die mees fundamentele beginsels wat ’n lasteraksie ten grondslag lê eenvoudig deur die howe *a quo* in die wind geslaan is. Eerstens wys die hof daarop dat die eerste vereiste waaraan ’n lastervordering moet voldoen, te wete publikasie (sien Neethling, Potgieter en Visser *Neethling’s Law of Personality* (2005) 131 ev en verdere gesag in n 20 aangehaal) nie behoorlik beweer en bewys is nie, in die sin dat die name van die-

gene aan wie die beweerde lasterlike bewerings gemaak is, nie gepleit of gedurende kruisondervraging vermeld is nie. Tweedens het die verweerder (teeneiser) versuim om die eiser (verweerder teen teeneis) in te lig van die identiteit van die derde partye aan wie publikasie sou geskied het. Ten slotte het die aangebode getuie nie die eisoorzaak bevestig nie (516G-517E); die hof het bloot die beginsels soos in *International Tobacco Co (SA) Ltd v United Tobacco Co (South) Ltd (4)* (1955 2 SA 40(W)) en *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union* (2000 1 SA 1 (KH)) par 61-63) toegepas. Dit kom sekerlik nie aldag voor dat 'n appellant wat uit die staanspoor soveel teëspoed ondervind het en wie se vooruitsigte op sukses só skraal gelyk het, so 'n totaal geslaagde regsproses deurloop nie. Crots se deursettingsvermoë bewys inderdaad weer eens dat die ou gesegde dat 'n aanhouer wen, steeds hoog aangeslaan behoort te word!

#### 4 Kritiese evaluering

##### 4.1 Inleiding

Dit blyk duidelik dat appèlregter Snyders die optrede van die verweerder as diefstal (oënskynlik in sy Romeins-Hollandse verskyningsvorm) bestempel, deur uitsluitlik op die skuldvorm wat by die verweerder teenwoordig was – te wete *dolus eventualis* – te konsentreer. Haar evaluasie van sy optrede tydens die bedenklike transaksie (516A-C) is suiwer daarop toegespits om hierdie vorm van opset aan sy kant te bevind. Die gevolgtrekking dat hy wel opset by moontlikheidsbewussyn gehad het, is kennelik volgens die hof voldoende om sy optrede binne die gemeenregtelike omskrywing van *furtum* tuis te bring:

“His professed ignorance of the theft in these circumstances is so unreasonable that it cannot be accepted. The respondent deliberately shut his eyes to the real and glaring possibility that he was *facilitating* the theft of cattle, reconciled himself to the risk and took it. By so doing he *participated* in the theft” (516D – my kursivering).

Deur die hof se bevinding van diefstal aan die kant van die verweerder, is sy optrede vierkantig binne die trefwydte van die *conductio furtiva* gebring, ingevolge waarvan hy die waarde van die beeste aan die eiser moes vergoed. Die gekursiveerde woorde in bogenoemde aanhaling herinner mens egter aan die gemeenregtelike omskrywing van diefstal as 'n *fraudulosa contractatio* wat aan verdere vereistes – onder andere opset aan die kant van die dader – moet voldoen, en dan blyk dit dat die gewraakte optrede van die verweerder in die onderhawige saak beslis nie aan die eerste gemeenregtelike vereiste van diefstal, te wete hantering van die saak deur die dader (die *contractatio*-vereiste), voldoen het nie. Ingevolge die moderne strafreg was hy hoogstens 'n medepligtige (sien Snyman *Strafreg* (2006) 272) omdat sy gedrag neergekom het “op wederregtelike en opsetlike bevordering van die misdaad wat deur iemand anders gepleeg word”). Ingevolge die gemenerereg kan sy optrede bestempel word as sou hy *ope et consilio* die diefstal deur iemand anders bevorder het (vgl Van Warmelo 331). VerLoren van Themaat se gevolgtrekking, na 'n behoorlike oorsig van die Romeinse, Middeleeuse en Romeins-Hollandse bronne, bevestig hierdie afleiding:

“Ons [ou] skrywers volg die Romeinse reg deur (anders as die Kanonieke reg) 'n duidelike handeling vir diefstal te vereis. ... Die opvatting van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg dat daadwerklike hantering 'n vereiste is, is ons insiens ook in ons hedendaagse reg te regverdig. ... Uit die voorgaande blyk dat die handeling die delik konstitueer, dat hierdie handeling bestaan uit

'n daadwerklike hantering van die saak en dat hieronder verstaan word so 'n soort handeling wat 'n mate van direkte beheer oor die saak gee" (66 en 74).

Soos hierbo aangedui is (sien § 1 *in fine*), bestaan daar goeie gesag dat die *conductio furtiva* nie teen 'n medepligtige ingestel kon word nie. Dit beteken egter allermins dat die besteelde in sodanige geval remedieloos teenoor die medepligtige gestaan het. Hy kon hom op die *actio furti* beroep, te wete "'n strafmaatreël ... teen hulle wat die dief in raad en daad (*ope et consilio*) behulpsaam was alhoewel hulle g'n *contractatio* begaan het nie" (Van Warmelo 331). Vir die instel van hierdie aksie is opset aan die medepligtige se kant vereis "en een of ander behandeling (*sic*) moet aangewend word; die raadgewing of aansporing om te steel alleen maak die raadgewer of aanspoorder nie aanspreeklik met die *actio furti* nie" (Van Warmelo *loc cit* met 'n beroep op Gai *Inst* 3 302; *Iust Inst* 4 1 11). Een van die voorbeelde uit die Romeinse regsbronne wat Van Warmelo vermeld en wat analoog aan die feitestel in die onderhawige geval is, is waar A 'n leer by B se venster plaas sodat C kan steel.

In sy belangwekkende uitspraak in die *Clifford*-saak het waarnemende regter Cilliers reeds daarop gewys (322I-323A) dat die *actio furti* as strafaksie reeds in die tyd van Groenewegen (sy *De Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus* se eerste uitgawe dateer uit 1649) in onbruik verval het, dog dat dit nie beteken het dat nadeel wat as gevolg van diefstal (en uiteraard medepligtigheid daartoe) gely is, nie van die dader geëis kon word nie. Hy het verder aangetoon dat Hugo de Groot reeds in sy grondliggende werk *Inleidinge tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid* 3 37 1-6 melding gemaak het van 'n "algemene skadevergoedingsaksie" wat aksies weens diefstal en die *actio legis Aquiliae* omvat het en dat die kwessie van privaatregtelike aanspreeklikheid op daardie stadium reeds onafhanklik gestaan het van die vraag of die gewraakte optrede van die verweerder ook 'n misdaad uitgemaak het. Dit bring mens tot die besef van hoe daar in werklikheid met die ou regsbronne omgegaan moet word wanneer hulle vandag vir aanwending oorweeg word. Die kantaantekening van Van der Keessel by De Groot se rubriek "Van Misdaad tegens Goed" wat deur waarnemende regter Cilliers aangehaal word (323B-C) vat die regsontwikkeling so noukeurig saam, dat dit hier ter toeligting volledig aangehaal word:

"Onregmatige dade teen goed is alle handelinge waardeur die goed, teen die sin van die belanghebbende party, verlore gaan, verwyder word of beskadig word, of hulle nou in die Romeinse reg onder die klas private delikte of onder die groep publieke delikte tuisgebring word, en of hulle nou met opset of as gevolg van nalatigheid gepleeg word. Hulle word almal hier deur *De Groot* slegs in soverre oorweeg as daar aan die party wat die skade gely het, uit hoofde daarvan 'n aksie vir die vordering van skadevergoeding verleen word, sonder enige beskouing van daardie kenmerkende karaktertrek waardeur hulle elkeen afsonderlik in die strafhof onderskei word, of van die openbare boete waarmee hulle besoek word" (Van Warmelo, Coertze, Gonin (vertaler) en Pont *DG van der Keessel – Voorlesing oor die Hedendaagse Reg na aanleiding van De Groot se 'Inleiding tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid'*" (1967) 3 37 1 (377)).

In die lig van hierdie uiteensetting van een van die laaste groot Romeins-Hollandse skrywers, blyk dit dat die presiese benaming van die oorspronklike Romeinsregtelike aksie moontlik nie vandag meer so 'n belangrike aangeleentheid is nie. Feit bly egter staan dat appèlregter Snyders in haar uitspraak in soveel woorde na die *conductio furtiva* verwys (weliswaar word die regsmiddel slegs een keer by name vermeld, met 'n kort omskrywing daarvan in twee kort sinne – 513G) en dan sonder 'n enkele verwysing na gemeenregtelike of ander gesag eenvoudig aanvaar dat die blote aanwesigheid van *dolus eventualis* by die verweerder hom ingevolge daardie regsmiddel aanspreeklik gestel het. Dit strook nie met die gemeenregtelike bronne

nie en verg dus 'n verdere verduideliking, wat die leser van die hofverslag skuldig bly. Soos aangedui, bied die onderhawige feitestel eerder 'n voorbeeld van die toepassing van die uitgediende *actio furti*.

Verder kan 'n mens vra waarop die verweerder se *dolus eventualis* gerig was. Ten einde opset vir doeleindes van die *conductio furtiva* daar te stel, het die Romeinse en Romeins-Hollandse reg *animus furandi* (die opset om diefstal (*furtum*) te pleeg) vereis. (VerLoren van Themaat 22, 116. Volgens hierdie skrywer is daar by die ou skrywers slegs sprake van *dolus directus* en *dolus indirectus*, maar nie van *dolus eventualis* nie.) Dit wil voorkom of die verweerder in die onderhawige geval in iedere geval hoogstens sy wil gerig het op die verdien van 'n kommissie en dat hy nie enigszins vir hom die betrokke vee wou toe-eien nie. Sou mens dus argumentsonthelpe die gemeenregtelike reël insake die vereiste opsetsvorm wou uitbrei deur die gemenerereg in die lig van ons handves van regte (a 39(2) van die grondwet) te ontwikkel, stuit mens steeds teen die vereiste dat *animus furandi* vereis word vir 'n geslaagde beroep op die *conductio furtiva* – welke *animus* nie by die verweerder aanwesig was nie.

Dit impliseer allermins dat Crots remedieloos behoort te wees en sy verskuldigde skadevergoeding behoort te ontbeer. De Groot sou al reeds in die begin van die sewentiende eeu aan hom 'n algemene skadevergoedingsaksie toegeken het, soos flussies daarop gesinspeel is. In ons hedendaagse idioom sou daar selfs beweer kon word dat hier 'n normale geval van (moderne) Aquiliese aanspreeklikheid ter sprake is, waar al vyf die erkende delikselemente by die verweerder teenwoordig is en, gesien die generaliserende aard van die Suid-Afrikaanse delikterereg, die benadeelde party suksesvol skadevergoeding van hom sal kan vorder. Van der Merwe en Olivier (15) verklaar byvoorbeeld uitdruklik dat die Suid-Afrikaanse reg slegs twee onregmatige dade erken, te wete *damnum iniuria datum* (die berokkening van vermoënskade) en *iniuria* (persoonlikheidskrenking). Aangesien die beginsels van die *actio legis Aquiliae damnum iniuria datum* (saakbeskadiging en die uitbreidings daarvan) in beginsel beheers, sal hierdie skrywers beslis geen beswaar daarin sien om die tipe deliksvordering wat in die onderhawige saak ter sprake is, as Aquilies aan te merk nie. Dieselfde gedagtegang is verder by Van der Merwe en Olivier (233), asook Neethling (2000 *Acta Juridica* 215 221-223) te bespeur, waar hulle te kenne gee dat die *actio ad exhibendum* in die moderne Aquiliese aksie opgeneem behoort te word. Die gedagtegang skyn derhalwe te wees dat indien al vyf bovermelde delikselemente teenwoordig is waar vermoënskade veroorsaak word en die skuldelement sigself óf as opset, óf as nalatigheid manifesteer, mens vandag met Aquiliese aanspreeklikheid te doen het. Van der Merwe en Olivier (227) praat in hierdie verband van die sogenaamde “logiese eindontwikkeling” van die *actio legis Aquiliae* wat dan as enigste verteenwoordiger van 'n veeltal van remedies van Romeinsregtelike oorsprong as enigste “oorlewende” oorgebly het – dog geen uitgeputte en kragtlose oorlewende nie, maar een wat al sy mederemedies “ingesluk” het. Of hierdie “Aquilifisering” van alle regsmiddels wat op die verhaal van skadevergoeding vir die veroorsaking van vermoënsverlies gerig is regshistories en logies regverdigbaar is, val te betwyfel. Myns insiens sou mens veel eerder in ooreenstemming met die aangehaalde standpunt van De Groot en Van der Keessel na hierdie aksie kon verwys as 'n blote skadevergoedingsaksie as gevolg van die veroorsaking van vermoënsnadeel. Die moderne Suid-Afrikaanse delikterereg erken, soos algemeen bekend, 'n skadevergoedingsaksie in gevalle waar al vyf die delikselemente (en in uitsonderingsgevalle selfs minder) teenwoordig is. Dié deliktuele skadevergoedingsaksie het egter vele wortels, afhangend van die omstandighede, soos die Romeinsregtelike reëls insake die *actio legis Aquiliae*

(kennelik die belangrikste), die *actio ad exhibendum*, die *condictio furtiva*, die *actio quod metus causa*, die *actio Pauliana* en, in die geval van skuldlose aanspreeklikheid, die *actio de pauperie* en die *actio de pastu*. (Hierdie is geen uitputtende lys nie. Hoe dit ook al mag sy, hierdie ganse kwessie behoort in 'n afsonderlike publikasie uitgepluis te word en dit word dus daar gelaat.)

Ter illustrasie sal 'n moontlike alternatiewe en meer bevredigende deliktuele aanspreeklikheidsmodel ten aansien van die geval onder bespreking vervolgens onder die loep geneem word.

#### 4.2 'n Alternatiewe deliktuele aanspreeklikheidsmodel

Hetsy mens die aksie van iemand wat skadevergoeding vorder as 'n blote deliktuele skadevergoedingsvordering vir die verhaal van vermoënsnadeel, of as die moderne *actio legis Aquiliae* bestempel, staan dit vas dat daar *normaliter* vyf elemente of aanspreeklikheidsvereistes teenwoordig moet wees ten einde die verweerder aanspreeklik te stel, te wete 'n *gedraging* (doen of late) aan die kant van die verweerder wat *onregmatig* en *skuldig* (opsetlik of nalatig) *nadeel* aan 'n ander *veroorzaak* het. (Al die moderne Suid-Afrikaanse handboekskrywers volg hierdie benadering.)

Dit verg geen groot verbeeldingskrag om binne 'n ommesientjie te besef dat die verweerder se optrede in die onderhawige geval beslis aan ten minste vier van bovermelde vereistes voldoen het nie: hy het daadwerklik vervoer gereël wat tot die verwydering en slag van die eiser se beste aanleiding gegee het (positiewe handeling); hy was ten volle daarvan bewus dat die vee moontlik aan iemand anders behoort het en nie deur Petrus van die hand gesit mag word nie, dog het hom daarmee versoen (skuld in die vorm van *dolus eventualis*); sy handeling het daartoe bygedra (kousaliteit) dat die eiser 'n verlies van die nege beste (skade of nadeel) gely het. Die vraag is dus of die eiser se handeling *privaatregtelik* onregmatig was, vir doeleindes van deliktuele aanspreeklikheid. Hierdie aspek verdien vervolgens aandag.

Die verweerder het willens en wetens versuim om die toepaslike bepaling van die Wet op Veediefstal na te kom en hom derhalwe aan 'n misdryf skuldig gemaak. Artikel 7 bepaal onder andere uitdruklik dat iemand wat op enige wyse vee in sy besit ontvang, of 'n afslaer, agent of markmeester wat vee vir verkoop ontvang van iemand wat nie 'n bekende woonplek het nie en nie 'n sertifikaat van iemand soos 'n werkgever, kaptein of hoofman, vrederegter, vee-inspekteur en dies meer verkry het waarin die betrokke vee haarfyn beskryf word en gesertifiseer word dat die persoon aan wie dit uitgereik is daarop geregtig is om die vee van die hand te sit of daarvoor te beskik nie, aan 'n misdryf skuldig is. Sodanige persoon tree dus ingevolge die Wet op Veediefstal wederregtelik op. Die verweerder het egter ook in stryd met die bepaling van artikel 6(1) wat streng voorskrifte bevat aangaande die dokument van identifikasie wat verstrek moet word wanneer vee van die hand gesit word, opgetree. Dit ly geen twyfel nie dat hierdie bepaling ter beskerming van veeboere op die wetboek geplaas is, omdat dit daarop gemik is om veediefstal uit te skakel deur 'n makklike meganisme daar te stel met behulp waarvan wetstoepassers se taak om gesteelde vee op te spoor, vergemaklik word. Die ietwat lomp bewoording van hierdie subartikel lui:

“Enige persoon (met inbegrip van 'n afslaer, agent of markmeester) wat vee aan iemand anders verkoop, verruil, gee of op 'n ander wyse van die hand sit, moet ten tyde van die aflewering aan daardie ander persoon van die vee aldus verkoop, verruil, gegee of van die hand gesit, aan daardie ander persoon 'n dokument (hieronder 'n dokument van identifikasie genome) verstrek –

(a) waarin vermeld word –

- (i) sy volle naam en adres en, indien die vee ten behoeve van iemand anders verkoop, verruil, gegee of van die hand gesit is, ook die naam en adres van daardie ander persoon;
  - (ii) sodanige besonderhede met betrekking tot daardie vee as wat ingevolge 'n kragtens artikel *sestien* uitgevaardigde regulasie daarin vermeld moet word [te wete die veeras of -soort, die getal vee, die brand-, oor-, tatoeëer- en ander identifikasiemerke van die vee (as daar is) of, in die geval van ongemerkte vee, die geslag van die vee, asook die getal en kleur van elke geslag];
  - (iii) die volle naam en adres van die persoon aan wie die vee verkoop, verruil, gegee of van die hand gesit is;
  - (iv) die datum waarop die vee verkoop verruil, gegee of van die hand gesit is;
- (b) waarby gespesifiseer word dat bedoelde vee sy eiendom is of dat hy behoorlik deur die eienaar daarvan gemagtig is om daarvoor te beskik.”

Veeboere word verder deur die bepalings van artikel 8(1) beskerm, deurdat dit uiters streng vereistes vir die vervoer van enige vee neerlê: 'n nie-eienaar wat byvoorbeeld vee op of langs 'n openbare pad “dryf, vervoer of transporteer” moet in besit wees van 'n sogenaamde verwyderingsertifikaat waarin vele besonderhede aangeteken moet word insake die naam en adres van die eienaar van die vee, die persoon wat die sertifikaat uitgereik het, die identifiserende merke, getal, kleur en so meer van die betrokke vee (sien die besonderhede vermeld onder a 6(1)(a)(ii) hierbo aangehaal), die plek waarvandaan en die plek waarheen die vee vervoer word, die naam van die drywer, vervoerder of transporteerder, die datum van uitreiking van die sertifikaat en, waar van toepassing, die registrasienommer, fabrieknaam en model van die voertuig waarmee die vee vervoer word. Ook hierdie bepaling is deur die verweerder in die wind geslaan, wat daarop neergekom het dat hy direk in stryd met die bepalings van die betrokke wet en regulasies opgetree het.

Die vraag wat nou ontstaan, is of die verweerder se optrede in stryd met hierdie bepalings daarop neerkom dat hy in deliktuele sin onregmatig teenoor die eiser opgetree het. Neethling en Potgieter laat hulle soos volg oor die nienakoming van 'n statutêre voorskrif vir doeleindes van die vasstelling van privaatregtelike onregmatigheid uit:

“Die veroorsaking van nadeel by wyse van optrede wat die oortreding van 'n statutêre bepaling uitmaak, is *prima facie* onregmatig. Nie-nakoming van 'n statutêre voorskrif is met ander woorde 'n aanduiding dat die skending van die benadeelde se belange op 'n onregmatige wyse geskied het. Dit is nie die oortreding van die voorskrif op sigself wat onregmatigheid konstitueer nie, maar wel die inwerking op die belange van die benadeelde op 'n regtens ongeoorloofde wyse” (81).

Dit val nie binne die omvang van hierdie nota om in besonderhede op die redelik uitgebreide regspraak en akademiese literatuur oor hierdie aangeleentheid in te gaan nie (sien bv Van der Walt en Midgley 104 ev; McKerron 278 ev; Midgley, Loubser ea 263 ev; *Patz v Greene & Co* 1907 TS 427; *Knop v Johannesburg City Council* 1995 2 SA 1 (A); *Lascon Properties (Pty) Ltd v Wadeville Investment Co (Pty) Ltd* 1997 4 SA 578 (W); *Olitzky Property Holdings v State Tender Board* 2001 3 SA 1247 (HHA); *Premier, Western Cape v Faircape Property Developers (Pty) Ltd* 2003 6 SA 13 (HHA); *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2007 3 SA 121 (KH); en verdere gesag vermeld by Neethling en Potgieter 82 n 265-271). As aanknopingspunt word die sogenaamde “toets” van die oudste gewysde in hierdie verband, te wete *Patz v Greene & Co*, wat deur McKerron (278 ev) ontwikkel is en glashelder deur Neethling en Potgieter (82-83) geparafraseer word, as grondslag vir huijdelike doeleindes aanvaar. Ingevolge hiervan stel die verbreking van 'n statutêre bepaling vir doeleindes van die instel van 'n skadevergoedingsaksie (ofskoon

meeste van die sake oor die aansoek om 'n interdik gehandel het) privaatregtelike onregmatigheid daar, indien die eiser die volgende kan aantoon:

- (a) dat die tersaaklike statutêre bepaling 'n privaatregtelike remedie aan die eiser verskaf het;
- (b) dat die eiser een van diegene is wat spesifiek deur die statutêre bepaling beskerm word;
- (c) dat die tipe benadeling en die manier waarop dit ingetree het binne die grense val van dit wat die wetgewer werklik beoog het;
- (d) dat die verweerder daadwerklik in stryd met die statutêre voorskrif opgetree het; en
- (e) dat die verbreking van die statutêre voorskrif oorsaaklik met die eiser se nadeel verbind kan word.

Daar word aan die hand gedoen dat die optrede van die verweerder aan al vyf bovermelde vereistes vir die daarstelling van privaatregtelike onregmatigheid weens die verbreking van 'n statutêre bepaling voldoen. Wat vereiste (a) betref, sou dit sinloos wees om die betrokke bepalings as blote publiekregtelike reëls te interpreteer: waarom sou veediefstal dan anders behandel word as enige ander soort diefstal, byvoorbeeld van motorvoertuie, huishoudelike implemente, juwele, geld, ensovoorts?

Dit is duidelik dat die wet ingestel is om 'n sekere kategorie persone te beskerm, wie se veeboerderybedrywighede tot voordeel van die staat en die breë bevolking strek (bv deur die produksie van vleis, wat uiters belangrik is vir voedselsekerheid). Die enigste wyse waarop die bepaalde wet sy doel daadwerklik kan bereik, is om diegene wat deur veediefstal benadeel word, in staat te stel om diegene wat hul verlies in die hand werk (soos die verweerder in hierdie geval) deliktueel aan te spreek. Die logika wys derhalwe daarop dat die toepaslike subartikels en regulasies van die Wet op Veediefstal ten doel het om 'n privaatregtelike regsmiddel aan die benadeelde vee-eienaar te verskaf. (Daar bestaan myns insiens 'n analogie tussen hierdie feitestel en dié in 'n saak soos *Patz v Greene & Co.*) Hierdie selfde argument kan ook aangewend word om te betoog dat die eiser deel uitmaak van 'n klas persone op wie die voordeel en beskerming van die betrokke statuut betrekking het, naamlik veeboere. McKerron wys reeds daarop (279) dat dit slegs in hierdie geval is dat die reg 'n skadevergoedingsaksie sal toestaan. Waar die wetgewende bepaling slegs die breë algemene belang dien, is dit te betwyfel of verbreking daarvan onregmatigheid vir doeleindes van die instel van 'n aksie daarstel; wel is dit voldoende om, onder sekere omstandighede, 'n interdik teen die wetsoortreder te verkry (vgl ook Neethling en Potgieter 82 n 268 en gesag daar aangehaal). Uiteindelik voer hierdie gedagtegang mens ook tot die gevolgtrekking dat die aard van die benadeling wat die verweerder die eiser toegebring het, asook die wyse waarop dit ingetree het, binne die beoogde grense van die aangehaalde statutêre bepalings geval het (sien veral Van der Walt en Midgley 105 se uiteensetting aan die hand van die Engelse saak *Gorris v Scott* (1874) LR 9 Ex 125; vgl verder *Joubert NO v South African Railways and Harbours* 1930 TPD 154 162-163). Wat vereiste (d) betref, blyk dit onteenseglik dat die verweerder in stryd met die statutêre bepalings van die Wet op Veediefstal opgetree het en, les bes, dat hy ook aan vereiste (e) voldoen, omdat sy optrede daartoe bygedra het dat die dief daarin kon slaag om die eiser se vee te steel. Daarmee word die privaatregtelike onregmatigheid van die verweerder se optrede bo twyfel gestel en voldoen sy optrede dus aan al vyf die normale vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid.

## 5 Slot

Weer eens moet benadruk word dat daar geen fout gevind kan word met die praktiese uitslag van die litigasie in die onderhawige geval nie. Die besware wat daar in hierdie nota teen die *ratio decidendi* geopper word, is gerig teen die historiese motivering vir die uitspraak van regter Snyders. Die blote eenmalige verwysing na die *condictio furtiva* as die toepaslike regsmedium (slegs met verwysing na Van der Merwe se *LAWSA*-titel oor die sakereg as enkele akademiese verwysingsbron en *Minister van Verdediging v Van Wyk* en die *Clifford*-saak) word as onvoldoende ervaar. Moontlik was die hof van oordeel dat die verwysing na die twee belangrike beslissings van die Transvaalse en Witwatersrandse howe (waarin die historiese grondslae van die betrokke regsmedium in groter detail uitgepluis is) as't ware 'n "inlywing deur verwysing" van daardie howe se *rationes decidendi* was. Feit bly egter dat die vermelde uitsprake nie dieselfde gesag dra as dié van die hoogste hof van appèl nie en daarom sou dit te verkies wees dat laasvermelde hof in meer besonderhede 'n uiteensetting van die relevante beginsels sou gegee het.

Soos aangedui, is die blote aanwending van die konstruksie van *dolus eventualis* as skuldvorm aan die kant van die verweerder vir die hof voldoende om te verklaar dat die *condictio furtiva* die basis vir die eiser se suksesvolle vordering is. Hierdie bevinding stuit egter teen verskeie probleme. Die konstruksie van opset aan die verweerder se kant, gepaardgaande met die feit dat hy hoogstens, soos hierbo daarop gewys is, 'n medepligtige was, het sy optrede vierkantig binne die trefwydte van die Romeinsregtelike *actio furti* – en nie die *condictio furtiva* nie – geplaas. Verder vermeld die gemeenregtelike bronne slegs *dolus directus* en *dolus indirectus* as vereiste opsetsvorme vir hierdie remedie en, laastens, val dit te betwyfel of die verweerder in die onderhawige geval werklik *animus furandi* gehad het. Indien die hof moontlik meer aandag aan die bronne bestee het (bloot die moderne Romeinsregtelike handboeke, en nie noodwendig die oorspronklike tekste nie), sou hierdie aspekte dalk duideliker uitgepluis kon gewees het.

Uiteindelik wil dit dan tog voorkom of die hof die *condictio furtiva* wel deeglik as *deus ex machina* aangewend het, terwyl daar 'n veel verdiensteliker basis vir die eiser se vordering beskikbaar was.

JOHAN SCOTT  
*Universiteit van Pretoria*