

MEDEWERKENDE OPSET AS 'N VERWEER/ABSOLUTE VERWEER VIR
DELIKTUELE AANSPEEKLIKHEID

DEUR

JOSEPH THOMAS PRETORIUS

VOORGELE TER VERVULLING VAN DIE GRAAD MAGISTER LEGUM IN DIE
FAKULTEIT REGSGELEERDHEID UNIVERSITEIT VAN KAAPSTAD

NOVEMBER 1977

STUDIELEIER: PROF J T R GIBSON

The University of Cape Town has been given
the right to reproduce this thesis in whole
or in part. Copyright is held by the author.

The copyright of this thesis vests in the author. No quotation from it or information derived from it is to be published without full acknowledgement of the source. The thesis is to be used for private study or non-commercial research purposes only.

Published by the University of Cape Town (UCT) in terms of the non-exclusive license granted to UCT by the author.

INHOUD

BLADSY

HOOFSTUK I	INLEIDING	1
HOOFSTUK II	ONREGMATIGHEID	3
	1.1 Algemeen	3
	1.2 Die rol van die sogenaamde regverdigingsgronde	35
HOOFSTUK III	DIE VERWEER VAN TOESTEMMING TOT BENADELING	43
	2.1 Algemeen	43
	2.2 Wilsvermoëndheid as 'n voorvereiste vir toestemming tot benadeling	66
	2.3 Die verweer van <u>volenti non fit iniuria</u> en die beginsel dat toestemming redelik moet wees	74
	2.4 Die vasstelling van die grense waarbinne regsgeldiglik toegestem kan word	136
HOOFSTUK IV	OPSET	146
HOOFSTUK V	MEDEWERKENDE OPSET	176
HOOFSTUK VI	MEDEWERKENDE OPSET EN DIE WET OP VERDELING VAN SKADEVERGOEDING	218
HOOFSTUK VII	GEVOLGTREKKING	224
	SAMEVATTING IN AFRIKAANS	226
	SAMEVATTING IN ENGELS	229
	REGISTER VAN GEWYSDES	232
	BIBLIOGRAFIE	235

HOOFSTUK I

INLEIDING

As rede vir die aanpak van hierdie werkstuk wys ek op die Appèlhofbeslissing van Netherland Insurance Co of S A Ltd vs Van der Vyver ⁽¹⁾ waar dit oënskynlik wil voorkom asof die Appèlhof by monde van appèlregter Van Blerk die bestaan van die verweer van medewerkende opset ontken. So verklaar appèlregter Van Blerk ⁽²⁾:

"Laastens word gesteun op 'n verweer gegrond op bedraende skuld in die sin van opset, genoem 'medewerkende opset'. Die verweer word logies geregverdig omdat bydraende nalatigheid gemeenregtelik 'n volkome verweer was, en dit a fortiori volg dat dieselfde vir opset geld. Die vraag ontstaan dan ook of bydraende opset nie binne die trefwydte van art. 1(1) (a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, 34 van 1956, val nie, want die begrip 'skuld' wat die Wet beoog kan net soos in die gemene reg opset behels. Dit is egter nie nodig om 'n mening daaroor uit te spreek nie".

"Geen gesag in ons regspraak is aangehaal vir die stelling dat bydraende opset 'n selfstandige verweer is nie; ook is nie verwys na enige van die kenbronne van ons reg wat dit erken nie. Slegs vergelykenderwys is die skrywer oor die Engelse Reg, Glanville Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, 6de ed. op bl. 354, aangehaal".

"Al sou aangeneem word dat in 'n gegewe geval die eiser se bydraende opset die van die verweerder kan uitwis dan is die onderhawige nie so 'n geval nie, omdat ek meen sodanige verweer nie sal opgaan nie, as respondent se opset nie mede-oorsaak is van die beserings wat hy opgedoen het nie en daarop gemik is nie".

Omdat hierdie uitlating van appèlregter Van Blerk as obiter beskou kan word noem ek dit pertinent dat dit net

(1) 1968(1) SA 412(A).

(2) supra op bladsy 421H-422B.

oënskynlik is dat die bestaan van die verweer van medewerkende opset ontken word, maar die verblydende aspek is natuurlik dat die Hof moontlik indien daar meer gesag voor hom geplaas was die bestaan van die verweer sou erken het.

Dit is nou die doel van hierdie werkstuk om die gemene reg na te spoor en met verwysing na verwante regstelsels en gewysdes te probeer vasstel of daar enige gesag vir die verweer van medewerkende opset bestaan. Ek sal poog om die relevante elemente van die onregmatige daad regswetenskaplik te ontleed, om sodoende te probeer aantoon dat daar wel gesag is vir die bestaan van die verweer van medewerkende opset.

HOOFSTUK II

ONREGMATIGHEID

1.1. Beinart, ⁽¹⁾ wat oor die begrip van onregmatigheid in die Romeinse reg skryf, verklaar dat die eerste probleem waarmee 'n mens op hierdie gebied gekonfronteer word die feit is dat die woord iniuria beide in 'n algemene sowel as in 'n besondere betekenis gebruik word. ⁽²⁾

Beinart wys daarop dat die Romeine nie 'n algemene konsep vir onregmatigheid geformuleer het nie, maar dat hulle eerder kasuïsties te werk gegaan het. ⁽³⁾

Tog is die skrywer van mening dat daar wel voldoende materiaal behoue gebly het om te poog om die begrip onregmatigheid te probeer konstrueer. Volgens Beinart is daar slegs ten aansien van die lex Aquilia poging aangewend om die verskillende betekennisse van onregmatigheid in verband met iniuria te bring. ⁽⁴⁾ Beinart ontwikkel 'n uiters interessante teorie, naamlik dat daar aanvanklik wel 'n aparte element iniuria was en dat die skrywers dit as vanselfsprekend aanvaar het en nie telkens weer daarna verwys

(1) "The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia", in Studi in Onore di Vincenzo Ruiz, Vol 1 (1952) bladsy 279 op 281.

(2) So verklaar Beinart, a w op bladsy 281: "We are told more than once and by different jurists that iniuria had a generic meaning of 'unlawfulness'; Generaliter dicitur iniuria omne quod non iure fit. In relation to the actio iniuriarum it developed the special technical meaning of contumelia, in relation to the lex Aquilia, it also came to mean culpa."

(3) a w op bladsy 284.

(4) ibid.

het nie. (1) Later het die begrip culpa 'n verdere invloed op die begrip iniuria gehad en helaas het die begrip culpa dié van iniuria vervang. (2)

Deur die inwerking van hierdie begrippe op mekaar was dit naderhand nie meer duidelik of die eiser 'n eis ontsê is weens die afwesigheid van skuld of van onregmatigheid nie. (3) Indien hierdie stelling in gedagte gehou word kan baie van die tekste beter verklaar word. (4) So konkludeer Beinart dan: (5)

"In the light of the prominence given in their general discussions to culpa as the meaning of iniuria, and the relegation of the earlier meaning of unlawfulness to comparative insignificance, it comes as no surprise that Gaius in his Institutes, when giving a short exposition of the essentials of the actio damni iniuriae only gives one meaning to iniuria, that is, dolus and culpa, and makes no mention of unlawfulness. After all culpa is the essential of liability as far as the classicals are concerned, and they further wished to suppress any remnants of the earlier meaning of unlawfulness, except perhaps in the negative sense of defences."

Beinart (6) wys daarop dat die nadeel van hierdie inwerking van begrippe op mekaar daarin geleë is dat sekere van die handeling wat voorheen verskoonbaar was weens die feit dat hulle

(1) So verklaar die skrywer, a w op bladsy 284: "... (M)ost of these defences have become so well-established and generally known that they began to stand on their own feet, with the result that jurists were inclined to proceed from them as axiomatic rules, and then to analysing their scope and content, without always referring to their background and raison d'etre."

(2) Beinart, a w op bladsy 285.

(3) Beinart, a w op bladsy 286-288.

(4) Sien o a D9:2:11: pr. Sien ook Beinart, a w op bladsy 289 en verder.

(5) a w op bladsy 299.

(6) a w op bladsy 289-290.

regmatig was, nou onregmatig geword het omdat daar skuld aan die kant van die dader teenwoordig was. Wat die tydperk van JUSTINIANUS betref, het die element in die sin van onregmatigheid egter nog steeds 'n rol gespeel ten spyte van die betekenis wat aan iniuria gekoppel was. ⁽¹⁾

Volgens Beinart ⁽²⁾ het hierdie inwerking van begrippe die gevolg gehad dat onregmatigheid nou nog nie deur sommige van die moderne skrywers as 'n aparte element van die onregmatige daad beskou word nie. Wat die begrip onregmatigheid in die Romeins-Hollandse reg betref, verklaar Strauss ⁽³⁾ dat die enigste van die gemeenregtelike skrywers wat aandag aan die begrip onregmatigheid geskenk het DE GROOT was. DE GROOT verklaar dat 'n misdaad enige doen of late was, wat nie deur die reg geoorloof was nie ⁽⁴⁾ en hy omskryf 'deur die wet geoorloof' verder as sou dit die 'aangebore reg' insluit. ⁽⁵⁾ Die agterliggende gedagte van DE GROOT se omskrywing is dat daar aan die hand van die reg en die mens se vrye verstand, nie onredelik opgetree moet word nie. ⁽⁶⁾ Strauss merk op

(1) Beinart, a w op bladsy 300.

(2) ibid.

(3) "Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafrege in die Deliktereg", proefskrif, (hierna "proefskrif" genoem) op bladsy 216.

(4) 3:32:3: "Misdaad is een doen of laten, zynde uit zichzelf, of door eenige Wet ongeoorloofd."

(5) 3:32:6: Hy omskryf "door eenige wet" soos volg:
" 't zy der menschen in't gemeen, of burgerwet, landrecht, of plaatsrecht: want de reden en 't aangeboren recht leeren ons, dat geen gemeenschap kan bestaan zonder gemeene rechten en daarom doen zy onredelyk, die zich daartoe niet voegen."

(6) 1:2:1

dat DE GROOT se omskrywing 'n taamlike wye een is. (1)

Alhoewel daar later meer volledig teruggekom word na die rol van die sogenaamde regverdigingsgronde in die heden-daagse reg, (2) wil ek net kortliks stilstaan by die opvattinge van die gemeenregtelike skrywers op hierdie gebied. Strauss gee 'n baie deeglike uiteensetting van DAMHOUDER se opvattinge en wys daarop dat DAMHOUDER nie onderskei tussen die gronde wat skuld uitsluit en die wat onregmatigheid uitsluit nie. (3) Dit kan natuurlik toegeskryf word aan die posisie soos dit was in die Romeinse reg. (4)

Alhoewel DE GROOT die enigste van die skrywers was wat melding gemaak het van onregmatigheid as 'n aparte element, blyk dit dat hy ook nie tussen die gronde wat onregmatigheid en die wat skuld uitsluit onderskei nie. Strauss (5) maak die afleiding, uit DE GROOT 3:33:8 (6) dat toestemming tot benadeling "... ongetwyfeld as regverdigingsgrond, ... as omstandigheid wat die dader se handelwyse geoorloof maak ..." gesien is. Ek wil daarop wys dat hierdie afleiding

-
- (1) Wat die res van die gemeenregtelike skrywers betref, Vergelyk Strauss, proefskrif, op bladsy 216 noot 2, waar die skrywers baie goed opgesom word.
 - (2) Sien Hoofstuk II (1.2) (infra).
 - (3) Proefskrif, op bladsy 218.
 - (4) a w.
 - (5) Proefskrif, op bladsy 219, noot 1.
 - (6) "Voor onschuldig worden gehouden, die de oefening van wapenen doen, daar zulks gewoonlyk is te geschieden; ook die boomen snoeijen niet aan den weg, of die zulks doende aan den weg de voorbygaande lieden door geroep waarschouwen."

beslis nie al een is wat van hierdie teks gemaak kan word nie. Ek is van mening dat volgens DE GROOT aanspreeklikheid uitgesluit is as gevolg van die skuld ⁽¹⁾ aan die kant van die benadeelde. Steun vir hierdie uitleg is te vinde daarin dat DE GROOT vroeër in sy werk verklaar dat die mens nie oor die volle reg op sy lewe beskik nie ⁽²⁾. Om te verklaar dat hier 'n geval van toestemming teenwoordig was, sal ook nie met die res van die gemene reg rym nie. Ek stem egter wel saam met Strauss ⁽³⁾ waar hy verklaar dat DE GROOT nie 'n onderskeid tussen onregmatigheidsuitsluitingsgronde en skulduitsluitingsgronde gehandhaaf het nie.

Strauss wys daarop dat beide MATTHAEUS ⁽⁴⁾ en VAN LEEUWEN ⁽⁵⁾ ook nie 'n duidelike onderskeid gehandhaaf het, ten aansien van die wese van die betrokke uitsluitingsgronde nie.

Dit is veral duidelik dat VAN LEEUWEN ⁽⁶⁾ glad nie onderskei tussen handeling wat skuldloos is en wat regmatig is nie. Wat veral opvallend is, is dat hy verklaar dat daar gelet moet word op die omstandighede waarin moord plaasgevind het, om vas te stel welke straf opgelê moet word ⁽⁷⁾.

Strauss ⁽⁸⁾ maak die stelling dat HUBER wel die onderskeid

(1) Opset of nalatigheid.

(2) 2:1:42-44.

(3) Proefskrif op bladsy 220 en verder.

(4) ad D47:3 Cap. 1.3.

(5) 4:34:11 en 4:32:4.

(6) 4:34:10 en 11.

(7) 4:34:1.

(8) Proefskrif, op bladsy 221.

tussen skuldlose en regmatige handelinge ingesien het. Tog blyk dit duidelik dat hy in een asem 'n noodweers- sowel as 'n sulddlose handeling noem. (1)

Wat die res van die gemeenregtelike skrywers betref, wil ek daarby volstaan dat hulle nie 'n onderskeid gemaak het tussen afwesigheid van onregmatigheid, en afwesigheid van skuld nie. (2) Daar is dus net soos in die geval van die Romeinse reg nie duidelikheid in die Romeins-Hollandse reg in hierdie verband nie.

Regsvergelykend oor die wederregtelikheidsbegrip in ander regstelsels wil ek by Strauss (3) aansluit waar hy daarop wys dat die meeste van die vastelandse stelsels sterk onder die invloed van die Duitse reg gekom het. Die onregmatigheidsbegrip is so te sê onbekend aan die Engelse reg (4) en in die algemeen word regverdigingsgronde verklaar aan die hand van die afwesigheid van skuld. Wat die wese van onregmatigheid in die Duitse privaatreë betref, bepleit Von List (5) dat die begrip wederregtelikheid en onregmatigheid vir beide die straf- sowel as die privaatreë dieselfde moet wees.

(1) 6:13:28

(2) Vergelyk die baie volledige bespreking van Strauss, proefskrif, op bladsy 222-225. Strauss maak egter op bladsy 225 die stelling dat VAN DER LINDEN 2:4:5 ingesien het dat kranksinniges wel wederregtelik kan handel. Alhoewel dit buite die oogmerk van hierdie werk val, wil ek net daarop wys dat die posisie nie so klinkklaar is as wat Strauss voorgee nie. Labuschagne, (1974) 7 De Jure 108 op bladsy 115, kom weer tot die gevolgtrekking dat 'n kranksinnige nie onregmatig kan handel nie, en dit is ook my mening.

(3) Proefskrif, op bladsy 231.

(4) ibid.

(5) "Deliktobligationen", bladsy 3-4, soos aangehaal deur Strauss, proefskrif op bladsy 250.

Strauss ⁽¹⁾ bespreek die Duitse reg en dit is voldoende vir doeleindes van hierdie werkstuk om daarop te wys dat die menings in die Duitse reg baie uiteenlopend is. 'Dit wil vir my voorkom dat die onregmatigheid in die Duitse reg geleë is in die skending van 'n regsgoed deurdat daar op 'n belang van die gemeenskap, of dié van 'n individu inbreuk gemaak word.

Dit bring my by die bespreking van die wese van onregmatigheid in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg.

Die eerste standpunt is dat onregmatigheid geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg. W A Joubert wat die groot voorstander van hierdie teorie is en inderdaad 'n baie groot invloed op beide Strauss ⁽²⁾ en Van der Merwe ⁽³⁾ gehad het, ⁽⁴⁾ verklaar soos volg ⁽⁵⁾ :

"Ek kan dit dus nie anders opvat nie as dat die onregmatige daad, geleë in 'n subjektiewe handeling van die regsobjek wat skadelik is in die ewewig van belange van regsobjekte, in die 'aantasting van 'n ander se subjektiewe reg' geleë is. Dat daar erkende onregmatige daade is waarby 'n geskonde reg nog nie uitgekristalliseer is nie, mag hierby geen beswaar wees nie;

(1) Proefskrif, op bladsy 256 en verder.

(2) a w.

(3) "Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes", proefskrif, hierna "proefskrif" genoem.

(4) Dit blyk dat Joubert die promotor van beide Strauss en Van der Merwe se proefskrifte was.

(5) "Die Realiteit van die Subjektiewe Reg in die Betekenis van 'n Realistiese Begrip daarvan in die Privaatreg" (1958) 21 THR-HR 12 en 98 op bladsy 112.

dit is die taak van die regswetenskap om die subjektiewe reg te ontdek om die beskerming waarvan dit in die delikterereg gaan, en nie die taak van die regter om telkens te vra na die (teoretiese) subjektiewe reg wat al dan nie aangetas is nie."

Joubert ⁽¹⁾ gaan voort om die onderskeie subjektiewe regte uiteen te sit ⁽²⁾. Dit wil voorkom dat Joubert sterk onder die invloed van die Duitse reg en veral dié van Van Apeldoorn ⁽³⁾ en Dooyeweerd ⁽⁴⁾ gekom het by die formulering van hierdie stelling.

Wat eerste opval van Joubert se teorie is dat dit noodwendigerwys afhanklik daarvan is dat daar 'n regsbetrekking tussen meerdere regssubjekte moet wees, alvorens die begrip subjektiewe reg enigsins funksioneerbaar kan wees ⁽⁵⁾. In sy proefskrif ⁽⁶⁾ verduidelik Joubert dan verder dat die subjektiewe reg juis bestaan in die regsbetrekking tussen die regssubjek en die een of ander regsgoed as objek van die reg. Wat vir die huidige onderwerp as problematies aangemerkt kan word, is die gevalle waar daar nie met 'n tweërlei verhouding te doen gekry word nie. Gestel die dader is juis die

(1) *ibid.*

(2) Die vier belangrikste groepe wat onderskei kan word is die (a) saaklike reg, (b) persoonlike reg, (c) immaterieëlgoederereg en (d) persoonlikheidsreg.

(3) "Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht".

(4) "De Wijsbegeerte Der Wetsidee".

(5) So verklaar Joubert a.w. op bladsy 105: "Nou spreek dit by 'n verskynsel soos die reg vanself dat hierdie verhouding basies is by die subjektiewe reg; die reg reël tog 'n bepaalde tipe verhouding tussen mens en mens, wat dus teenoor mekaar te staan kom. Saam met Dooyeweerd moet derhalwe dadelik toegegee word dat die subjektiewe reg steeds afhanklik is van 'n regsbetrekking tussen meerdere regssubjekte".

(6) "Grondslae van die Persoonlikheidsreg", op bladsy 119.

reghebbende van die subjektiewe reg, dan sou dit volgens hierdie teorie meebring dat die dader nie sy "eie" subjektiewe reg kan skend nie. Tog staan dit vas dat 'n persoon wel onregmatig teenoor homself kan optree.

Van der Merwe (1) wat ook van mening is dat die onregmatigheid geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg, verwys na Van Apeldoorn (2) wat van mening is dat die boni mores ook 'n rol speel by die vraag of 'n handeling onregmatig is al dan nie, en verklaar (3):

"Om die boni mores by die onregmatigheidsbegrip in die gedrang te bring, hou die gevaar in dat 'n morele begrip as juridiese kriterium gebruik word, waarmee ek nie die belangrike verband tussen reg, sede en moraal ontken nie. Dit behoeft geen betoog nie dat 'in ooreenstemming met die goeie sedes' inderdaad niks anders beteken nie as 'in ooreenstemming met die gemeenskap se regsgevoel'. Die waarde van die begrippe soos boni mores, Treu und Glauben en dies meer in die praktiese ontwikkeling van die onregmatigheidskriteria is dan ook buitengewoon groot".

Later het Van der Merwe dan ook 'n baie goeddeurdragte en uiters waardevolle artikel geskryf oor die rol van die redelikheid by aanspreeklikheid ex delicto (4).

(1) Proefskrif, op bladsy 244.

(2) Inleiding, a.w. op bladsy 182: "... (D) at onder onrechsmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtspligt of indruischt, hetzij tegen de goede seden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed".

(3) *ibid.*

(4) "Die Aard en Rol van Redelikheid by Aanspreeklikheid *ex Delicto*" (1975) 92 SALJ 144 op bladsy 174.

Strauss sluit hom aan by Joubert ⁽¹⁾ en Van der Merwe ⁽²⁾ en hy verklaar dat die wese van onregmatigheid in die skending van regsgoed daaruit bestaan dat op 'n belang van die gemeenskap of die van die individu inbreuk gemaak word ⁽³⁾. Hy verklaar ook dat dit onjuis is om die inbreukmaking op 'n subjektiewe reg as wesenlike kenmerk van die strafreg aan te merk ⁽⁴⁾. Wat die privaatreë betref, bestaan onregmatigheid vir Strauss daarin dat die regsgoed wat beskerm word deur die regsorde as 'n geheel, geskend word, en verklaar: "... die wesenlike kenmerk van privaatreëtelike wederreëtelikheid is die inbreukmaking op 'n subjektiewe reg deur skending van die regsgoed waarop daardie reg betrekking het" ⁽⁵⁾. Een van die probleme wat ondervind word met die benadering van Strauss, is die manier waarop hy die vraagstuk van die negotiorum gestio benader. Om hierdie probleem nader toe te lig: Beide Strauss ⁽⁶⁾ en Van der Merwe en Olivier ⁽⁷⁾ is dit eens dat die toets vir onregmatigheid 'n objektiewe een is ⁽⁸⁾.

(1) a w.

(2) a w.

(3) Proefskrif, op bladsy 259.

(4) a w op bladsy 261.

(5) a w op bladsy 265.

(6) a w op bladsy 245.

(7) "Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg", bladsy 54.

(8) So verklaar Melius de Villiers, "The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries" bladsy 37: "The second requisite to constitute an injury is some overt act, and one which is unlawful in its nature. So long as an act is outwardly lawful it cannot be an injury, with whatever intention or motive it may have been committed. Even when a person entertaining an injurious intention believes an act which he commits to be injurious when it really is not such, his intention will not affect the character of the act".

De Wet en Swanepoel ⁽¹⁾ wys daarop dat daar by die saakwaarnemer wel gekyk moet word na die gesindheid en dat dit wel 'n faktor is by die beoordeling van die vraag na onregmatigheid. Strauss ⁽²⁾ verklaar egter:

"Om in hierdie verband te praat van die gesindheid as 'n wederregtelikheidselement gaan egter nie op nie. Die gesindheid van die dader is hier nie 'n bestanddeel van die wederregtelikheid nie, maar dien eerder as aanduiding of die 'objektiewe' (uitwendige) gedraging wederregtelik is al dan nie. Weliswaar word die gesindheid in so 'n geval by die vasstelling van skuld (opset) weereens in aanmerking geneem. Dit beteken nie dat die begripsmatige onderskeiding tussen skuld en wederregtelikheid hiermee prysgegee is nie. Waar dit om die vasstelling van wederregtelikheid gaan, word die gesindheid in aanmerking geneem slegs ten einde die karakter van die 'objektiewe' handeling te bepaal".

Dit wil voorkom asof hierdie nie 'n bevredigende oplossing van die probleem is nie. Om De Wet en Swanepoel ⁽³⁾ se probleem nou 'n stappie verder te neem: Gestel die saakwaarnemer word betrap net na hy die ruit gebreek het. Op daardie stadium sal dit net sy gesindheid wees wat sal bepaal of die eienaar van die ruit se subjektiewe reg ten aansien van die ruit, inderdaad geskend was of nie. Deur te verklaar dat die gesindheid van die saakwaarnemer wel in ag geneem sal word by die bepaling van skuld, sal dan meebring dat daar verklaar word dat die skending van die ruit as onregmatig aangemerkt word!

(1) "Strafreg", op bladsy 69, waar die skrywersverklaar: "Dit wil darem nie sê dat die gesindheid, waarmee gehandel word, vir die wederregtelikheidsvraag nooit van belang is nie. Daar is gevalle waar die gesindheid wel van belang is om te bepaal of iemand wederregtelik of regmatig gehandel het. 'n Opvallende voorbeeld is die geval van die negotiorum gestio. Die negotiorum gestor wat sy buurman se huis oopbreek om 'n lekkende waterleiding te gaan regmaak, is slegs in die bedoeling, waarmee hy handel, te onderskei van die skelm wat die huis binnebring met die doel om daar iets te gaan steel".

(2) Proefskrif, op bladsy 245.

(3) *ibid.*

Dit wil voorkom dat die gesindheid van die dader wel 'n faktor moet wees by die beoordeling van onregmatigheid. Ek kan my 'n verdere teoretiese probleem in hierdie verband voorstel. Volgens die benadering dat die skending van 'n subjektiewe reg gelyk is aan onregmatigheid, verloor die reghebbende sy regte op die voorwerp indien daardie voorwerp tydens 'n onregmatighedsuitsluitings-handeling vernietig word.

Gestel nou A staan binne in 'n brandende huis en hy breek 'n ruit om daardeur te kan ontsnap vanuit 'n versekerde vlammedood. B wat buite die huis staan, gooi op dieselfde oomblik, met die bedoeling om die eienaar se eiendomsreg te benadeel, 'n klip na dieselfde ruit wat gebreek word deur A. Volgens hierdie voorbeeld kan B nou nie onregmatig optree nie, want op daardie stadium het die eienaar van die huis geen subjektiewe regte op hierdie ruit nie. Dit wil voorkom dat daar gesoek moet word na iets wyers as die blote skending van die subjektiewe reg.

So verklaar Scott ⁽¹⁾:

"Tradisioneel word aanvaar dat die onregmatige dadereg gerig is op die beskerming van 'n regs subjek se subjektiewe regte en op die vergoeding vir die skade of nadeel wat voortspruit uit die skending daarvan. Skending van 'n regs subjek se subjektiewe regte kan slegs plaasvind deur 'n onregmatige handeling. Ten einde te bepaal of 'n dader onregmatig opgetree het, is dit noodsaaklik om te bepaal of hy 'n ander regs subjek op 'n onredelike wyse benadeel het. Selfs al moet deesdae aanvaar word dat 'n onregmatige handeling nie net geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg nie, maar ook in die skending van 'n regtens beskermde belang van 'n regs subjek (iets wat onomwonde aanvaar moet word na die beslissing in Smit vs Saipem (2), doen nie afbreuk aan die korrektheid van die genoemde kriterium ter bepaling van die onreg-

(1) "Enkele Opmerkings oor Volenti non fit Iniuria as Regverdigingsgrond in die Privaatreg" (1976) 9 De Jure 218.

(2) 1974(4) SA 918(A).

matigheid van die dader se optrede nie ⁽¹⁾".

Ek kan daarop wys dat die aanhangers van die subjektiewe regteorie hierdie probleem natuurlik sal oplos deur te verklaar dat die besondere "subjektiewe reg" waarvan die Hof beskerming aan verleen het in Smit vs Saipem ⁽²⁾ nog nie heeltemal uitgekristalliseer het nie. Hierdie antwoord sal myns insiens die probleem nog nie heeltemal oplos nie, want dan val die skrywers juis in die strik van hul eie kritiek ⁽³⁾. Dit wil voorkom asof die reg eerder poog om 'n belang in teenstelling met die subjektiewe reg te beskerm.

'n Geheel en al ander benadering tot die vraag aangaande die wese van onregmatigheid is dié van Labuschagne ⁽⁴⁾. Die

(1) Sien nou die opmerkings van regter Mostert in Universiteit van Pretoria vs Tommie Meyer Films 1977 (4) SA 376(T) op bladsy 387 A-C: "Die onregmatigheid by persoonlikheidskrenking en vermoënsbenadeling is, by wyse van basiese uitgangspunt gestel, geleë in die aantasting van 'n subjektiewe reg. Hierdie uitgangspunt sluit nie die bestaan of ontwikkeling van ander onregmatigheidskriteria vir besondere gevalle en behoeftes uit nie. Sonder om daarop in te gaan, wys ek net op norm- of pligskending as aanvullende kriterium, veral by lastige gevalle soos die veroorsaking van suiwer finansiële verlies en wanvoorstelling ..."
"Onregmatigheid word basies aan die hand van die boni mores bepaal. Deur die maatstaf van die 'Regsoortuiging van die gemeenskap' ... toe te pas, verkry die regstelsel die voordeel van die wisselwerking tussen die ethos en geregtelike voorbeeld, en 'n soepelheid wat by meer presedentgebonde stelsels ontbreek".

(2) *supra*.

(3) Van der Merwe, proefskrif, op bladsy 246 verklaar: "Die enigste werklike beswaar hierteen is dat die 'interests' 'n onomlynde begrip is". Indien die voorstanders van die subjektiewereg-teorie kan verklaar dat al die bestaande subjektiewe regte nog nie uitgekristalliseer het nie, dan kan daar eerder die houding ingeneem word dat dit wat beskerm word, 'n regtens beskermbare belang is en dat die reg inderdaad aan hierdie belang beskerming verleen.

(4) "Noodweer teen 'n Regmatige Aanval?" (1974) 7 De Jure 108.

skrywer verklaar ⁽¹⁾ dat by elke onregmatige daad daar sekere aspekte ⁽²⁾ teenwoordig is en dat die kennis van hierdie aspekte slegs die resultaat van die misdaadinhoud is en nie self deel uitmaak van die besondere misdaad of delik nie.

Labuschagne gaan voort en hy maak die volgende opmerking ⁽³⁾:

"Histories-analities kan die ontwikkeling van die misdaadinhoud (en ook die deliksinhoud) soos volg saamgevat word: daar bestaan positiefregtelik sekere voorwaardes voordat 'n mens kan sê dat 'n persoon 'n misdaad pleeg. Regswetenskaplikes analiseer nou die voorwaardes en kom dan tot die konklusie dat sekere voorwaardes bestaan of nie bestaan nie ongeag die dader se psige (emosie, denke, geloof). Die probleem is nou egter dat dié analises weer teruggeploeg is in die misdaadinhoud, asof dit self 'n voorwaarde is. Hierdie arbeid van die regswetenskaplikes het ongelukkig ook mettertyd positiefregtelike aanklank gevind. Wat gewoonlik onder die begrip 'wederregtelikheid' behandel word, vorm myns insiens, waar en soos van toepassing, afsonderlik geïnkorporeerde misdaadelemente".

Ek kan begin deur daarop te wys dat die skrywer glad nie in sy historiese analise melding gemaak het van die standpunt van Beinart ⁽⁴⁾ nie. Indien hierdie teorie in ag geneem was, sou die skrywer opgelet het dat daar aanvanklik wel 'n aparte element van onregmatigheid bestaan het, en dat hierdie element eers later by die implementering van die skuldbegrip,

(1) a w op bladsy 114.

(2) Hierdie aspekte kan bestaan uit 'n subjektiewe aspek soos die aan- of die afwesigheid van toestemming of sekere objektiewe of maklik verifieerbare inhoud-aspekte.

(3) a w op bladsy 114.

(4) a w.

op die agtergrond gestoot is ⁽¹⁾. Van der Merwe, ⁽²⁾ wat hier werk met die beginsel van redelikheid, kritiseer hierdie stelling van Labuschagne ⁽³⁾ en verklaar dat, afgesien van die feit dat dit onlogies is om vir skuld te toets alvorens die wederregtelikheid van 'n handeling vasstaan, die opvatting "... dat daar eers sprake van onregmatigheid kan wees wanneer aan al die deliksvereistes voldoen is, ... onregmatigheid as selfstandige deliksvereistes (negeer) en ... tot die onaanvaarbare denkbeeld van 'n kleurlose (of selfs regmatige?) delik (lei) ⁽⁴⁾". Myns insiens kan daar wel met vrug na sekere van die voorbeelde wat Labuschagne aanhaal verwys word. Ek is geneig om met Labuschagne saam te stem dat dieselfde handeling vir sekere doeleindes van die strafreg as regmatig en onregmatig beskou kan word ⁽⁵⁾. Veral die eerste voorbeeld wat Labuschagne noem ⁽⁶⁾ dui daarop dat dit gevaarlik kan wees om met 'n toets vir onregmatigheid te probeer werk, wat nie as deel van daardie toets die vereiste van die redelikheid insluit nie. Dit wil voorkom asof hierdie probleme wat Labuschagne noem, aan die hand van

-
- (1) Dit blyk vir my verder dat Labuschagne geensins die standpunt van Strauss, proefskrif op bladsy 225, oorweeg het nie waar Strauss die mening uitspreek dat VAN DER LINDEN 2:1:4:5 van mening is dat kranksinnige persone wel onregmatig optree. Die relevante teks lui: "Aan den geen, wien het aan verstand en wil ontbreekt, kunnen de misdaden, welken hij in dien staat begaat, niet toegerekend worden". Uit die woordjie misdaad wat VAN DER LINDEN gebruik, lei Strauss af dat die handeling onregmatig was.
- (2) a w op bladsy 176 noot 15.
- (3) ibid.
- (4) Labuschagne, a w kom dan tot die volgende gevolgtrekking op bladsy 114: " 'Wederregtelikheid' kan m i sinvol as begrip behou word maar dan as sinoniem vir misdaad- of delikpleging (skending van 'n straf- of deliksregsnorm): eers wanneer aan al die misdaad- of deliksvereistes voldoen is, is daar sprake van wederregtelikheid en word die straf- en deliksregsanksie in werking gestel".
- (5) Vergelyk die voorbeeld wat die geleerde skrywer op bladsy 113 noem.
- (6) a w op bladsy 115.

die objektiewe redelikheid opgelos kan word ⁽¹⁾.

Van Rensburg ⁽²⁾ het 'n baie wyer begrip van onregmatigheid. Dit kom voor asof hierdie skrywer 'n voorstaander is van die beginsel dat redelikheid 'n belangrike rol moet speel by die beoordeling van die vraag of 'n handeling onregmatig is of nie. Ek sluit in 'n groot mate aan by die standpunt van Van Oosten ⁽³⁾. Indien daar wel van die subjektiewe motief van die handelaar in Van Rensburg ⁽⁴⁾ se voorbeeld gebruik gemaak word, kan daar wel in sekere gevalle gevind word dat die optrede van die handelaar as onregmatig aangemerkt word. Van Oosten ⁽⁵⁾ bring 'n verdere probleem pertinent na vore in die geval waar die dader onbewus is dat hy in noodweer optree. Om hierdie probleem verder toe te lig met die voorbeeld wat Van der Merwe en Olivier ⁽⁶⁾ aan De Wet en Swanepoel ⁽⁷⁾ ontleen het:

(1) Dit blyk asof die skrywer dieselfde mening toegedaan is.

(2) "Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensiingsmaatstaf in die Privaatreg", byvoegsel (1972) 35 THR-HR bladsy 19 noot 65:

"Tentatief wil ek aan die hand doen dat sover dit die onregmatige daad aangaan, die prognostiese element van skuld die belangrikste kenmerk is op grond waarvan 'n mens tussen skuld en onregmatigheid kan onderskei. 'n Handeling is deliktueel regmatig op grond van die werklike gevolg(e) en omringende omstandighede daarvan. 'n Handeling is skuldig of onskuldig op grond van die gevolge wat in die toekoms daaruit mag voortvloei en op grond van wat die dader vooraf omtrent daardie moontlike gevolge en die omringende omstandighede geweet het of behoort te geweet het. 'n Handeling wat nie inderdaad die regsgoed van 'n ander aantast nie kan deliktueel nooit onregmatig wees nie".

(3) "Wederregtelikheid - 'n Skuldtoets?" (1977) 40 THR-HR 90.

(4) a w. So kan die handelaar een wees wat juis gif of 'n vinnige motorfiets aan die jongman verkoop met die bedoeling dat die jongman homself daarmee moet dood. Waar die handelaar in die gewone loop van besigheid die motorfiets verkoop neem ek aan dat die gewone algemene beginsels van die objektiewe redelikheid nie die optrede van die handelaar as onregmatig sal aanmerk nie.

(5) a w.

(6) a w op bladsy 74 noot 44.

(7) a w op bladsy 76.

"Ten einde bewondering by my studente af te dwing, verklaar ek, 'n bra petieterige dosent, voor die klas dat indien 'n sekere politieke rumoermaker, A, ooit sy opwagting in my teenwoordigheid sou maak, ek hom vol lood sal pomp met my rewolwer wat ek altyd met my saamdra. My woorde was nog nie koud nie toe A onverwags, glimlaggend en blykbaar ongewapen, die klas binnekom. Man van my woord soos ek is, pluk ek dadelik, op onverskrokke wyse, my rewolwer uit en ledig die magasyn op A. Toe een van die koeëls hom tog tref, syg A swaar gewond na die grond. Ex post facto blyk dat A, sonder dat ek daarvan bewus was, aan 'n terroriste-selfmoord-afdeling behoort het, dat talle handgranate aan sy liggaam versteek was toe hy die klaskamer binnegekom het en dat as dit nie vir my optrede was nie, ekself, my studente en ook A die volgende oomblik op reis na die bokveld sou gewees het. Onder hierdie omstandighede moet 'n verweer van noodweer ongetwyfeld slaag in 'n daaropvolgende geding ex delicto wat A teen my aanhangig gemaak het".

Daar kan nie anders nie as om met Van Oosten ⁽¹⁾ saam te stem waar hy konkludeer:

"Die vraag is hier of A ('ek' in Van der Merwe en Olivier se voorbeeld) se 'Noodweershandeling' hom van aanspreeklikheid aan moord (2) onthef. Om A aan poging tot moord skuldig te bevind, los die probleem nie op nie. Inteendeel, 'n skuldigbevinding aan poging tot moord het juis tot gevolg dat die onwenslike resultaat wat Burchell en Hunt probeer vermy, intree, nl dat A aanspreeklikheid aan moord vryspring. Van noodweer kan hier geen sprake wees nie. A is skuldig aan moord omdat hy die opset gehad het om B ('A' in Van der Merwe en Olivier se voorbeeld) se dood wederregtelik te veroorsaak en dit gedoen het. Die feit dat B toevallig op daardie tydstip besig was om 'n wederregtelike aanval op A te pleeg, kan hier nie as verskoningsgrond vir A dien nie, eenvoudig omdat hy homself nie verdedig het nie".

Ek wil egter beswaar maak teen die gebruik van die term "opset", want in die lig van die huidige regs wetenskap het hierdie term

(1) a w op bladsy 93.

(2) Vergelyk my bespreking van die verhouding tussen die toets vir onregmatigheid in die strafreg en in die privaatreë, infra.

'n besondere betekenis verkry (1). Ek sou verkies het, indien die skrywer eerder 'n term soos motief gebruik het. Afgesien van hierdie beswaar, is daar wel meriete vir die agterliggende gedagte van Van Oosten (2) se argument. Dit wil voorkom asof daar moontlik aandag geskenk moet word aan die gedagte van die Duitse reg (3) wat die motief van die dader as 'n wederregtelikelement aanmerk. Indien die motief van die dader reeds op hierdie vroeë stadium van die ondersoek as 'n faktor in ag geneem word, dan sal die onredelike gevolg van die voorbeeld hierbo genoem, vermy word. Ek wil dit egter duidelik stel dat ek nie dieselfde mening as Van Oosten (4) toegedaan is, dat die toets vir onregmatigheid 'n skuldtoets behels nie, maar dat die motief in ag geneem moet word by die bepaling van onregmatigheid.

- (1) Vergelyk Hoofstuk IV hierbo waar opset in meer besonderheid bespreek sal word. Vergelyk veral die bespreking van S vs De Blom 1977(3)SA 513(A).
- (2) a.w.
- (3) Vergelyk die bespreking van Strauss, proefskrif, op bladsy 244 en verder. Soos ek reeds voorheen genoem het, is Strauss nie 'n voorstaander van hierdie idee nie en wil dit voorkom asof Strauss eers die motief van die dader in ag neem by die oorweging van die skuldaspek. Strauss sou gevolglik in hierdie voorbeeld glad nie die motief van die dader eers in ag geneem het nie, aangesien hy op bladsy 339 verklaar dat waar dit reeds vasstaan dat 'n sekere handeling nie regmatig is nie, 'n verdere ondersoek na die dader se skuld oorbodig is.
- (4) So kom hy dan op bladsy 95 tot die volgende gevolgtrekking: "Is die wederregtelikheid van 'n handeling nie objektief bepaalbaar nie, moet 'n skuldtoets in werking gestel word. Is die wederegtelikheid van 'n handeling wel objektief bepaalbaar, maar lei dit tot ongewenste resultate, moet die objektiewe toets laat vaar word en 'n skuldtoets aangewend word. Verskaf die objektiewe toets vir wederegtelikheid egter 'n duidelike antwoord en lei dit nie tot ongewenste resultate nie, is daar geen rede vir die toepassing van 'n skuldtoets nie". Dit wil egter voorkom dat dit 'n te rond en bont gevallery sal meebring, want Van der Merwe se antwoord sal wees dat die objektiewe toets in die eerste plek 'n duidelike antwoord verskaf het! Veel eerder moet daar gewerk word met die gedagte dat die motief van die dader inderdaad 'n onregmatigheidselement is.

Dit bring my nou by die verdere gedagte van die inagneming van die redelikheid al dan nie, van die dader se optrede. Van der Merwe in sy goeddeurdragte artikel laat hom soos volg uit oor hierdie onderwerp ⁽¹⁾:

"Beswaarlik kan ook ontken word dat die daarstelling van die aequum et bonum, die Leitmotiv van elke beskaafde regstelsel en die mikpunt van die universele regswetenskap is. Die betekenis hiervan vir die gebied van die onregmatige daad is dat aanvaar moet word dat aanspreeklikheid ex delicto beperk word slegs tot daardie gevalle waar dit billik of redelik is dat een party verplig moet word om die benadeling van 'n ander te vergoed. Benadeling rus dus waar dit val tensy dit redelik is dat 'n vergoedingslas op ander skouers gepak word".

Dit is natuurlik die basiese reël van res perit domino. Daar kan op gewys word dat die "res" natuurlik in die hedendaagse reg 'n heel wyer betekenis het as wat dit in die Romeinse reg gehad het ⁽²⁾. Van der Merwe bepleit myns insiens tereg dat daar meer gebruik gemaak moet word van die beginsel van die boni mores en dit wil voorkom asof die skrywer dit amper as 'n aparte "element" van die onregmatige daad beskou ⁽³⁾. Ek wil egter verder gaan as die skrywer en dit 'n deel maak van die omskrywing van on-

(1) a w op bladsy 175.

(2) Vergelyk o a Smit vs Saipem (supra).

(3) So verklaar die skrywer op bladsy 175: "Wat juridies redelik is, is onlosmaaklik verbonde aan die beskouings van 'n betrokke regsgemeenskap, die sogenaamde boni mores. Steeds is dit die taak van die regter of landdros om in 'n bepaalde geval die boni mores te peil en aan te wend op die feite soos deur hom bevind. In hierdie dikwels moeilike proses word die hof te hulp gesnel deur die relevante gepositiveerde regsnorme sowel as die wetenskaplike beginsels wat daaruit geabstraheer word, wat die betrokke geval prinsipieel reguleer en wat hulle oorsprong juis aan die bonos mores, aan die gemeenskapsgevoel van wat redelik op regsgebied is, ontleen".

regmatigheid as sodanig (1). Van der Merwe konkludeer myns insiens heeltemal tereg (2): "Redelikheid as eenheidsbegrip oorspoel die ganse gebied van die onregmatige daad. Daarom is daar geen sprake van verskillende soorte of grade van redelikheid wat by onregmatigheid en nalatigheid onderskeidelik te pas sou kom nie". Dit wil egter voorkom asof die boni mores of die algemene gemeenskapsgevoel die optrede van 'n dader wat met kwade motief 'n ander dood, alhoewel dit oënskynlik en objektief gesproke na 'n noodweershandeling lyk, as onredelik en onregmatig sal aanmerk.

Die vereiste van die redelikheid as faktor by die beoordeling van onregmatigheid het al ter sprake gekom in ons howe.

Hoofregter Steyn verklaar die volgende: "'n Wederregtelike omissio veronderstel die vermoë om doeltreffend te handel, en soos reeds opgemerk, staan, wat ons buurreg betref, die redelikheid en billikheid sterk op die voorgrond (3)".

Later merk hoofregter Rumpff ten aansien van die deliktereg op (4):

(1) Tereg gee die skrywer toe op bladsy 179: "'n Gevolg kan m a w as onregmatig aangemerkt word as die veroorsaking daarvan deur 'n handeling in die lig van al die getuienis en alle ander relevante oorwegings volgens die regsgevoel van die gemeenskap as onredelik en daarom as juridies afkeurenswaardig bestempel moet word. Anders gestel, die veroorsaking van die gevolg is onregmatig indien onder die omstandighede van die geval dit volgens die boni mores tot aanspreeklikheid kan lei, afhangende daarvan of die ander voorvereistes vir aanspreeklikheid ook bevredig is".

(2) a w op bladsy 181.

(3) Regal vs African Superslate (Pty) Ltd 1963(1) SA 102(A) op bladsy 111F.

(4) In Die Minister van Polisie vs Ewels 1975(3)SA 590(A) op bladsy 597 A-B.

"Dit skyn of dié stadium van ontwikkeling bereik is waarin 'n late as onregmatige gedrag beskou word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie maar ook dat die regsoortuiging van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree".

Die Appèlhof neem dus die oortuigings van die gemeenskap in ag, by die bepaling of 'n sekere optrede as onregmatig aangemerkt moet word (1).

Swanepoel, (2) wat ook 'n interessante artikel oor hierdie onderwerp geskryf het, maak ook 'n historiese ondersoek van die Romeinse reg (3). Net soos Beinart (4) wys hy daarop dat in die Romeinse reg injuria later met die begrip culpa vereenselwig was, (5) maar hy noem dat dit egter net een van die moontlike interpretasies in hierdie verband is (6).

Swanepoel benader die probleem soos volg (7):

"As uitgangspunt kan geneem word die gedagte dat die bevoegdhede van die een persoon begrens is deur die bevoegdhede van sy mede-regsgenoot. Op die grens van daardie bevoegdhede vind ons steeds die moontlikheid aanwesig dat die een kan beweer dat die ander met sy uitoefeningshandeling te ver gegaan het, of inderdaad geen uitoefeningshandeling verrig het nie. Die

(1) Sien Universiteit van Pretoria vs Tommie Meyer Films (supra).

(2) "Bedenkings oor die Regsplig by die Onregmatige Daad" (1957) 20 THR-HR 126; 1958(21) THR-HR 50-61 en 134-142. Dit blyk egter dat die hele artikel nooit gepubliseer is nie en daarom kan daar nie eintlik afgelei word wat die skrywer se persoonlike benadering inderdaad was nie.

(3) (1958) 21 THR-HR, bladsy 52 en verder.

(4) a w.

(5) a w op bladsy 54.

(6) a w op bladsy 55.

(7) a w op bladsy 51.

kwalfiserende hoedanigheid van 'n handeling, nl. die wederregtelikheid daarvan, moet steeds betrag word van die kant van die dader, wat beweer dat hy 'n handeling verrig het wat bloot die uitoefening van 'n bevoegdheid was; en van die kant van die benadeelde, wat beweer dat daardie uitoefeningshandeling, indien dit wel een was, te ver gevoer is, of andersins hoegenaamd geen sodanige uitoefeningshandeling was as waartoe die dader die bevoegdheid gehad het nie".

Swanepoel leer dan verder ⁽¹⁾ dat daar onderskei kan word tussen twee "soorte" wederregtelikhede, naamlik waar die gesindheid van die dader in ag geneem word, en waar dit nie in ag geneem word nie. Wat veral interessant is, is dat Swanepoel die motief-in-agnemende toets by onregmatigheid gelyk aan 'n toets vir skuld stel ⁽²⁾. Swanepoel ⁽³⁾ stel hom

-
- (1) a w op bladsy 55 waar die skrywer verklaar: "Hier lê myns insiens die kernvraag van wederregtelikheid, ook vir ons reg. Dit is immers duidelik dat die vraag of ek 'n bevoegdheid het om te handel of om na te laat, enersyds niks te doen hoef te hê - volgens die bepalings van die objektiewe reg wat daardie bevoegdheid van my reël - met die gesindheid waarmee ek daardie uitoefeningshandeling verrig of dan niks doen nie. Maar dit is ook duidelik dat die objektiewe reg juis kan bepaal dat, hoewel ek as eienaar bv. sekere bevoegdhede het, ek hulle alleen het as en wanneer ek hulle sonder 'n sekere gesindheid uitoefen. Dan is my uitoefeningshandeling slegs gegrond op 'n bevoegdheid in geval die gesindheid waarmee ek die uitoefeningshandeling verrig en wat die objektiewe reg verwyd, nie aanwesig is nie. Kortom, wanneer 'n handeling as wederregtelik aangedui word sonder dat, soos dit algemeen geleer word, die dader se gesindheid in ag geneem word, het ons met een soort onregmatigheid te doen. Maar wanneer die dader se gesindheid by die uitoefening van 'n bevoegdheid wat hy andersins wel het, in ag geneem word, het ons met 'n ander soort wederregtelikheid te doen, dit wil sê 'n wederregtelikheid wat nie los te maak is van skuld nie".
- (2) Vergelyk Van Oosten a w wat met 'n soortgelyke tendensie vorendag gekom het.
- (3) So verklaar hy a w op bladsy 57: "Saamgevat kom dit daarop neer dat daar dan 'aanspreeklikheid' is indien die dader se handeling nie wetlik geregverdig is nie of indien hy nie sy eie reg handhaaf nie".

egter die volgende doel wat beantwoord moet word (1): "... (0)ns moet per slot van rekening weer die vraag stel of die handeling wat verrig is, wederregtelik is bloot omdat dit die dader se bevoegdhede oorskry, dan wel of die handeling eers wederregtelik is en word juis omdat dit 'n oorskryding van bevoegdhede uitmaak gepaard met 'n bepaalde gesindheid van die dader".

Om dus op hierdie stadium die posisie ten aansien van die privaatreg op te som, kan die volgende paar opmerkings gemaak word: In die algemeen kan aanvaar word dat die wese van onregmatigheid geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg (2). Dit blyk verder dat ten spyte van die uitbreiding in Smit vs Saipem (3) wat Scott (4) onder die indruk bring dat die onregmatigheid geleë is in die skending van "iets" **wyer** as die blote subjektiewe reg, die begrip subjektiewe reg aangepas kan word om die geval van Smit vs Saipem (5) te dek. Die probleem by die omskrywing van onregmatigheid wat geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg, kom natuurlik dan verder te sprake waar wel 'n "tradisionele" onregmatighedsuitsluitingsgrond teenwoordig is en waar die subjektiewe denke van die dader verder in ag geneem moet word by die beoordeling van

(1) a w op bladsy 142.

(2) Sien ook nou Universiteit van Pretoria vs Tommie Meyer Films (supra).

(3) supra.

(4) a w.

(5) supra.

onregmatigheid (1).

'n Verdere probleem is die gevalle waar die dader en die benadeelde dieselfde persoon is.

Op hierdie stadium sal gepoog word om onregmatigheid te formuleer. Onregmatigheid is myns insiens geleë in die onredelike inbreukmaking of skending van 'n regtens beskermde belang (2). In die ondersoek na die onregmatigheid van 'n handeling kan daar na verskeie hulpmiddels gekyk word, onder andere of daar 'n subjektiewe reg geskend is, (3) die algemene redelikeidsmaatstaf, die psige van die dader, die afweging van die belange in die algemeen, of enige relevante feit wat behulpzaam kan wees by hierdie beoordeling.

-
- (1) Die sogenaamde subjektiewe onregmatigheidselement. Kontrasteer in hierdie verband, die andersins goeie artikel van Potgieter en Van Rensburg, a w (1977) 40 THR-HR 379 waar die skrywers op 382-383 verklaar: "Die een of ander redelikheidstoets kom as verfyningsmiddel by feitlik al die elemente van die onregmatige daad ter sprake. Ten aansien van onregmatigheid is dit veral by die grensgevalle dat 'n beroep op die redelikheid noodsaaklik word om tussen reg en onreg te kan onderskei, byvoorbeeld by die vraag of 'n dader met sy handeling die grense van noodweer oorskry het, of die vraag of toestemming tot 'n bepaalde regsgoedskending deur die reg gedoog moet word of nie. Op stuk van sake gaan dit by die vaststelling van grense van onregmatigheid altyd om 'n diagnostiese afweging van die belange wat die dader inderdaad met sy handeling bevorder het teenoor die belange wat hy inderdaad met sy handeling aangetas het. Dit wat die dader ten tyde van sy handeling geweet of voorsien het, of behoort te voorsien het, speel by hierdie afweging geen rol nie". Dit is egter duidelik dat indien daar met die redelikheid gewerk word, daar in sekere gevalle wel na die psige van die dader gekyk moet word.
 - (2) Alhoewel ek in beginsel saamstem met die gedagte dat onregmatigheid geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg, verkies ek nogtans om eerder van 'n beskermde belang in hierdie verband te praat, weens die probleme wat met die gedagte van subjektiewe-regskendings genoem is.
 - (3) Soos reeds genoem, wys Van der Merwe, a w op bladsy 177 daarop dat 'n handeling as onregmatig aangemerkt kan word sonder dat daar inderdaad vermoënsverlies of persoonlikheidsnadeel ontstaan het.

Die volgende vraag wat ter sprake kom is die verband tussen onregmatigheid in die privaatreë en wederegterlikheid in die strafreg aangesien die verband tussen hierdie twee onderafdelings van die reg vir my huidige doeleindes wel relevant kan wees. Strauss ⁽¹⁾ bespreek hierdie vraagstuk en hy verwys veral na die Duitse reg waar daar twee standpunte bestaan. Die eerste standpunt is dat die privaatregtelike en strafregtelike onregmatigheid begripsmatig nie van mekaar onderskei word nie, maar dat die verskil slegs geleë is in die verskillende "bestrydingsmiddele" ⁽²⁾. Strauss wys veral op Zitelmann ⁽³⁾ wat van mening is dat indien 'n handeling vir een aspek verbode is, dan is dit vir alle aspekte van die reg verbode ⁽⁴⁾. Die tweede groep Duitse juriste is van mening dat 'n besondere handeling onregmatig kan wees vir óf die strafreg óf die privaatreë of vir beide afhangend van die geval ⁽⁵⁾. Dit wil voorkom asof Strauss hom by die opvattinge van Van Apeldoorn ⁽⁶⁾ skaar. Van Apeldoorn ⁽⁷⁾ is van mening dat die onderskeid tussen die

(1) Proefskrif, op bladsy 265 en verder.

(2) *ibid.*

(3) Proefskrif, op bladsy 266.

(4) Volgens Zitelman is die gevolge hetsy 'n vergoedingsverplichting hetsy 'n strafverplichting 'n afsonderlike vraag van die wese van die onregmatigheid.

(5) Strauss, proefskrif, op bladsy 268.

(6) a w op bladsy 143 en verder.

(7) So verklaar hy op bladsy 149: "Het is dus niet mogelijk tussen privaatrecht en publiekrecht een zo scherpe grens te trekken, dat men voor elke verhouding zou kunnen vaststellen: zij behoort tot deze of gene groep. Er zijn vele verhoudingen, welke ongetwijfeld behoren tot het gebied van het privaatrecht, evenals er vele zijn, welke even zeker ressorteren onder het publiekrecht. Maar daarnaast zijn er ook tal van verhoudingen, die een gemend karakter vertonen en bij de ene of de andere groep worden ingedeeld, naar gelang het element van het bijzondere of van het algemene belang overweegt".

privaat- en publiek reg nie daarin geleë is dat by die een die algemene belang en by die ander die private belang betrokke is nie, aangesien dit die doel van die reg is om beide die privaat en die algemene belange te reël ⁽¹⁾. Van Apeldoorn is van mening dat die onderskeid geleë is in die metode waardeur die reg die belange reël, hetsy op 'n aktiewe of passiewe wyse ⁽²⁾. Dit wil voorkom asof die onderskeid in die praktyk nie geleë is in die vervolging al dan nie van staatsweë nie, anders sou ons positiewe reg nie ruimte gelaat het vir die moontlikheid van 'n private vervolging nie.

Alhoewel ek daarvan bewus is dat nie alle wederregtelike handelinge van die strafreg vir die privaatreg relevant is nie, is ek egter van mening dat aangesien die objektiewe gemeenskapsopvatting 'n faktor is by die bepaling van onregmatigheid in die privaatreg, dié opvatting in sekere gevalle ook kan kers opsteek by die strafreg. Die beginsels van wederregtelikheid in die strafreg, sal dus een van die moontlik relevante faktore wees, wat die redelikheid van die krenking van 'n regtens beskermde belang kan beïnvloed ⁽³⁾. Gevolglik bespreek ek kortliks van die opvattings oor die wese van wederregtelikheid in die strafreg.

(1) a w op bladsy 145.

(2) Vergelyk waar hy tot die volgende gevolgtrekking kom op bladsy 152: "Het recht is zonder twijfel een ordening van de gemeenschap, dus gemeenschapsrecht. Maar tot die gemeenschap behoort ook het individu en tot die gemeenschapsordeining behoren de regeling en de bescherming der individuele belangen, de afbakening dier belangen ten opzichte van elkaar, opdat die vrede tussen de leden der gemeenschap bewaard worde. Dit doet het privaatrecht, door aan den enkeling het subjektieve recht te verlenen en hem de handhaving zijner rechtmatige individuele belangen mogelijk te maken, het overigens aan hemselves overlaten, of hij van die mogelijkheid gebruik maken wil".

(3) Om hierdie aspek in ooreenstemming te probeer bring met sy definisie van onregmatigheid. In die strafreg sal die skending van die beskermde belang geleë wees in die openbare belang wat die vorm van 'n wet of moontlik die gewoonte- of gemene reg aanneem.

Burchell en Hunt ⁽¹⁾ benader die vraag oor wederregtelikheid met verwysing na die nullum crimen sine lege-leerstuk ⁽²⁾ en omskryf onregmatigheid as: "The actus must be reus in the sense that it is punishable by law and the unlawfulness of the act is judged objectively without reference to the state of mind of the accused". Strauss ⁽³⁾ het hierdie stelling gekritiseer en dit blyk dat die skrywers hulle standpunt sederdien gewysig het ⁽⁴⁾. Dit kan aanvaar word dat hulle opvatting oor wederregtelikheid nou min of meer dieselfde is as die van De Wet en Swanepoel ⁽⁵⁾. In hulle benadering ten aansien van noodweer teen 'n kranksinnige, maak die skrywers die bewering dat 'n kranksinnige wel wederregtelik kan optree vir doeleindes van noodweer ⁽⁶⁾. Strauss ⁽⁷⁾ kritiseer hierdie stelling van Burchell en Hunt ⁽⁸⁾ en maak die bewering dat 'n handeling óf regmatig óf onregmatig moet wees. Labuschagne ⁽⁹⁾ op sy beurt kritiseer hierdie stelling van Strauss en wys daarop dat dit wel moontlik kan wees dat 'n handeling regmatig en onregmatig kan wees en dit wil voorkom asof Labuschagne hom aan die kant van Burchell

-
- (1) "South African Criminal Law and Procedure" Vol I op bladsy 105.
- (2) De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 46-47 bespreek hierdie leerstuk en kritiseer die sake waarin hierdie leerstuk nie streng nagevolg is nie.
- (3) "Insake: 'Burchell en Hunt: Criminal Law and Procedure'" (1970) 87 SALJ 471 op bladsy 476.
- (4) Sien bladsy 2-3 van die skrywers se 1972 byvoegsel tot hulle werk.
- (5) a w.
- (6) a w op bladsy 274.
- (7) a w op bladsy 477.
- (8) ibid.
- (9) a w op bladsy 112.

en Hunt ⁽¹⁾ skaar. Hierdie hele benadering van Burchell en Hunt met die gepaardgaande kritiek dui weereens op die rol wat die objektiewe redelikheid speel en dat dit inderdaad die redelikheid is, wat die regmatigheid van 'n handeling bepaal.

Botha ⁽²⁾ omskryf wederregtelikheid soos volg: "Wederregtelikheid is strydigheid met reg soos uitgedruk in regsnorme ⁽³⁾... Ter beskerming van die naasbestaan van mense in 'n gemeenskap reik die wetgewer bindende gedragsvoorskrifte uit wat regsnorme genoem word. Sodanige regsnorme is nie blote dwanggebiede nie, maar word ontleen aan die vereistes vir die ordening van die samelewing". Botha gaan verder en met 'n beroep op Strauss trek hy 'n onderskeid tussen die norme wat in die privaatreë, ⁽⁴⁾ en dié in die strafreg geskend word ⁽⁵⁾.

(1) ibid.

(2) "Wederregtelikheidsbewussyn in die Strafreë", proefskrif, op bladsy 8.

(3) Botha omskryf 'n regsnorm op bladsy 8 soos volg: "'n Regsnorm kan bestaan uit 'n gebod of 'n verbod. Dit kan 'n waarde bevorderende, positiewe doen voorskryf (hulpverlening aan beseerdes by 'n motorongelyk) of dit kan 'n waardestrydige gedrag verbied (die dood van 'n mens). Hiervolgens bestaan die wese van wederregtelikheid daarin dat 'n dader se optrede 'n oortreding is van sy plig soos omskryf in die regsnorm, naamlik, om op 'n bepaalde wyse op te tree of hom van 'n bepaalde wyse van optrede te weerhou".

(4) a w op bladsy 9. Wat veral belangrik is, is Botha se omskrywing van die wese van wederregtelikheid waar hy verklaar: "Tot die mate wat die aard en doel van die norme van die privaatreë en die strafreg verskil, verskil ook privaatreëtelike en die strafregtelike wederregtelikheid, maar in wese is wederregtelikheid in beide regsgebiede geleë in die skending van regsgoed waardeur op 'n belang van die gemeenskap of individu inbreuk gemaak word". Daar kan in beginsel met hierdie omskrywing saamgestem word, maar ek wil net daarop wys dat die belang waarop inbreuk gemaak word nie enige belang kan wees nie, maar dat dit 'n regtens beskermbare belang moet wees.

(5) Dit wil voorkom asof Botha die standpunt van Strauss a w aanvaar.

Verder verklaar Botha dat by die bepaling van die vraag of 'n sekere handeling onregmatig is, daar net bloot gekyk moet word of hierdie besondere handeling met die deliks- of misdaads- omskrywing klop. Indien die gedraging wel met die omskrywing klop dan word daar met 'n prima facie onregmatigheid te doen gekry, want die teenwoordigheid van 'n regverdigingsgrond ⁽¹⁾ kan daarop dui dat die besondere gedraging inderdaad regmatig is, maar dat daar in hierdie gevalle eerder van 'n materiële onregmatigheid gepraat moet word ⁽²⁾. Volgens Botha ⁽³⁾ is die voordeel van 'n materiële onregmatigheid daarin geleë dat dit die moontlikheid inhou om 'n regverdigingsgrond aan te neem waaroor die wet self swyg. Die regsgevoel dui aan dat die doel en waardebeskerming wat onderliggend aan die besondere regsnorm is, vir 'n ander geregverdigde belang in ag geneem word. Dit is vir my duidelik dat Botha sterk onder die invloed van die Duitse reg is.

Die kritiek op hierdie benadering van 'n "materiële onregmatigheid" is dat dit inderdaad beweer dat 'n sekere gedraging onregmatig is, maar omdat die gemeenskapsopvatting ⁽⁴⁾ hierdie gedraging nou goedkeur, word hierdie gedraging deur die daaropvolgende goedkeuring van die gemeenskap, regmatig. Dit wil voorkom asof hierdie redenasie by die antwoord wil begin om die vraag te formuleer. Die uiteindelijke waarheid in hierdie gevalle is dat die handeling van die dader nooit as onregmatig aangemerkt kon word nie, omdat dit van die begin af regmatig was. Om te wil werk met 'n begrip van materiële onregmatigheid sal die begrip onregmatigheid net verder kompliseer.

-
- (1) Of enige ander grond. Ek meen die skrywer het hier die feit ingedagte dat ons reg nie 'n numerus clausus van regverdigingsgronde ken nie. Sien Strauss, proefskrif, op bladsy 477.
- (2) a w op bladsy 9.
- (3) a w op bladsy 11.
- (4) Met ander woorde die redelikeidsmaatstaf.

Laastens word verwys na De Wet en Swanepoel ⁽¹⁾ wat wederregtelikheid omskryf as "... 'n doen of late (wat) ... strydig is met 'n verbods- of gebodsbepaling, wat die sanksie ook al mag wees. Dit beteken egter nie dat elke doen of late wat wederregtelik is ook 'n misdaad is nie. Misdaad is die doen of late slegs as dit met owerheidsstraf bedreig word". Die eerste beswaar teen hierdie omskrywing is natuurlik dat dit baie positivisties van geaardheid is ⁽²⁾. Verder kan dit nie die hele waarheid wees dat die blote oortreding van 'n gebodsbepaling gelyk is aan wederregtelikheid nie. So verklaar Labuschagne ⁽³⁾:

"Die strafregsnorm (en ook die delikregnorm) omspan die totaal van al die misdadelemente (of delikselemente). Om te beweer dat die inhoud van die norm i g v bv die misdaad moord bestaan in die opdrag 'jy mag nie doodslaan nie' is m i onsuier. In die reg bestaan daar talryke gevalle waar 'n mens wel mag doodmaak sonder dat enige strafsanksie teen jou in werking gestel kan word. Die opdrag 'jy mag nie doodmaak nie' kan vir die reg slegs betekenis hê as dit regtens gekwalifiseer word. Slegs dan kan so 'n norm juridiese funksionaliteit verkry".

Indien dit nou op die omskrywing van De Wet en Swanepoel van toepassing gemaak word, dan blyk dit duidelik dat die blote oorskryding van 'n reël, sonder verwysing na die omstandighede waarin die oorskryding geskied het, nie per se aan onregmatigheid gelyk gestel kan word nie. Wat wel korrek ten aansien van die res van De Wet en Swanepoel se omskrywing is, is dat die

(1) a w op bladsy 69.

(2) Vergelyk onder andere die stelling van Hart, "The Concept of Law", op bladsy 27 waar hy die volgende stelling maak: "The criminal law is something which we either obey or disobey and what its rules require is spoken of as a 'duty'. If we disobey we are said to 'break' the law and what we have done is legally 'wrong', a 'breach of duty', or an 'offence'. The social function which a criminal statute performs is that of setting up and defining certain kinds of conduct as something to be avoided or done by those to whom it applies, irrespective of their wishes".

(3) "Noodweer teen 'n Regmatige Aanval?" (1974) 7 De Jure 108 op bladsy 114 noot 52.

gesindheid van die dader wel in ag geneem moet word by die beoordeling van die vraag na onregmatigheid.

Om nou tot 'n finale gevolgtrekking te kom in verband met die wese van onregmatigheid vir beide die privaatreë en die strafreë, wil ek dus volstaan by die volgende paar opmerkings. Dit wil voorkom asof die wese van onregmatigheid in die privaatreë nie verskillend is van dié van die strafreë nie ⁽¹⁾. Onregmatigheid in die algemeen is dus geleë in die onredelike skending van 'n regtens beskermde belang. By die bepaling van onregmatigheid, word daar verskeie faktore in ag geneem waarvan onder andere die algemene redelikeidsmaatstaf, die psige van die dader, die belang waarop inbreuk gemaak word, ⁽²⁾ die afweging van belange in die algemeen die belangrikste sal wees.

-
- (1) Daar word dus dieselfde standpunt as Strauss a w aangeneem.
- (2) Ek noem hierdie feit pertinent om die gevalle waar die de minimis-reël van toepassing kan wees te dek. Sien Burchell en Hunt, a w op bladsy 320-321, waar die skrywers leer dat 'n liggaamlike aantasting van 'n geringe aard nie as onregmatig beskou kan word nie. Sien ook S vs Bester 1971 (4) SA 28(T) waar die Hof dan ook inderdaad bevind het dat 'n blote oorveeg binne die trefkrag van hierdie reël val en gevolglik nie as onregmatig aangemerkt kan word nie.

1.2 Die rol van die sogenaamde regverdigingsgronde

Alhoewel daar later meer in besonder op die geval van toestemming tot benadeling teruggekom sal word, wil ek kortliks die regverdigingsgronde se rol in die algemeen bespreek ⁽¹⁾. As 'n algemene beginsel ⁽²⁾ word daar geleer dat wanneer 'n persoon byvoorbeeld in selfverdediging optree, sy handeling as sodanig, mits hy natuurlik nie die perke van selfverdediging oorskry nie, nie onregmatig is nie ⁽³⁾. Die skade of nadeel wat uit hierdie handeling van hom voortspruit is gevolglik ook nie onregmatig nie. Verder word daar geleer dat daar nie 'n numerus clausus ⁽⁴⁾ van regverdigingsgronde in ons reg bestaan nie. Indien hierdie stelling in die gemene reg nagespoor word, is die ratio daarvoor nie baie duidelik nie. De Wet en Swanepoel ⁽⁵⁾

(1) Sien Hoofstuk III hierbo.

(2) Sien o a De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 71; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 71; Van der Merwe, proefskrif, op bladsy 248 en verder; Strauss, a w op bladsy 285 en verder; Melius de Villiers a w op bladsy 212 en verder.

(3) Sien bv Ex Parte Die Minister van Justisie: In Re S vs Van Wyk 1967(1) SA 488(A).

(4) So verklaar Van der Merwe, proefskrif, op bladsy 250: "Dit is die gebruik om in handboeke gewoonlik na 'n hele reeks regverdigingsgronde, bv. noodweer, noodtoestand, uitoefening van 'n reg en toestemming van die benadeelde te verwys. Die noem van besondere regverdigingsgronde het egter die neiging om 'n mens te laat vergeet dat hier nie met besondere regsfigure te doen gekry word nie, maar eenvoudig met omstandighede wat in ag geneem moet word by die ondersoek na die al of nie onregmatigheid van 'n handeling. Regverdigingsgronde vorm geen numerus clausus nie, maar moet op die ganse gebied van die reg gesoek word deur afweging van die belange van die regssubjekte onderling. Die regverdigingsgronde wat gebruiklikerwys aangehaal word, verteenwoordig slegs die mees voorkomende omstandighede waarin die vraag pertinent ontstaan of die optrede van die verweerder inderdaad 'n regskrenking vir die eiser tot gevolg gehad het".

(5) a w op bladsy 71.

begin die onderwerp met die volgende stelling: "Ons ou skrywers behandel dit wel, maar hulle uiteensetting vertoon 'n gebrek aan behoorlike begrip van die probleme en die juiste plek wat die instelling in die strafreg sistematiek inneem". Reeds by die aanvang van hierdie Hoofstuk het ek gewys op die teorie van Beinart ⁽¹⁾. In beginsel kom Beinart se teorie daarop neer dat die Romeinse reg later nie meer onderskei het of die nie-aanspreeklikheid van 'n dader gegrond was op die afwesigheid van skuld of onregmatigheid nie. Beinart ⁽²⁾ is van mening dat onregmatigheid wel 'n deel uitgemaak het van die Romeinse reg. Van Warmelo ⁽³⁾ ondersoek ook veral die regswetenskaplike grondslag van noodweer in die Romeinse reg en hy kom tot min of meer dieselfde gevolgtrekking as Beinart. Hy wys daarop dat veral die verweer van noodweer, afhangend van die skuld ⁽⁴⁾ aan die kant van die dader nie as 'n absolute uitsluitingsgrond van onregmatigheid gesien is nie, maar as 'n strafversagtingsgrond ⁽⁵⁾. Van Warmelo doen 'n ondersoek in die Romeins-Hollandse

(1) a w. . Sien ook Price, T W "The conception of 'duty of care' in the Actio legis Aquiliae", (1949) 66 SALJ op bladsy 269 en verder.

(2) a w.

(3) "Noodweer" 1967 Acta Juridica 5.

(4) Ek onderstreep.

(5) So verklaar Van Warmelo, a w op bladsy 15: "As een persoon 'n onregmatigheid teenoor 'n ander of selfs teen 'n derde begaan, dan kan die ander persoon eierigting aanwend om sy belang (of die derde se belang) te beskerm. Prima facie kan sy optrede egter 'n onregmatige daad (of straffeit) vorm en dan is die vraag of daar 'n regverdigingsgrond of strafopheffingsgrond of strafversagtingsgrond teenwoordig is. Ons kan van noodweer praat waar die gevaar bestaan (of gevrees word) vir lyf, lewe of eerbaarheid en, om die gevaar af te weer, die aanvaller gedood of verwond word. Waar 'n onregmatigheid afgeweer word, moet die verdediger (aangenome dat daar geen vrees vir lewe, ens. bestaan en hy dus nie in nood handel nie) redelik vry van skuld optree".

reg en hy kom tot die gevolgtrekking ⁽¹⁾ dat noodweer ook soms in die Romeins-Hollandse reg as 'n strafversagtende faktor beskou is. Van Warmelo maak die volgende gevolgtrekking na aanleiding van S vs Van Wyk ⁽²⁾ ⁽³⁾:

"Prima facie het ons miskien weer 'n onregmatige daad ('n straffeit) wat deur hom begaan is. Nou is die vraag of daar tog 'n regverdigingsgrond of (ten minste) 'n strafopheffingsgrond of strafversagtingsgrond teenwoordig is. Om dit te bepaal word ten eerste gekyk na die skuld-vraagstuk wat in die praktyk hierop neerkom: het die verdediger opsetlik (en selfs nalatig) onnodige leed aan die aanvaller besorg? Daarbenewens, is die leed wat hy veroorsaak het, onder die omstandighede en ooreenkomstig die maatskaplike oordeel, redelik om die inbreuk wat op sy regsbelang gemaak is af te weer?"

Dit blyk dus duidelik dat Van Warmelo ook in die gevalle van noodweer na die psige van die dader wil kyk. Van Warmelo, wat 'n voorstaander van die natuurreg is, betrek ook hier die beginsel van redelikheid ⁽⁴⁾. Verder kritiseer Van Warmelo die benadering dat die regverdigingsgronde die onregmatigheid van die handeling van die dader in die geval van noodweer negatiewe en dit blyk dat hy meer 'n voorstaander is van die puristiese Romeins-Hollandse reg sonder dat die Duitse reg daarby betrek word ⁽⁵⁾.

(1) a w op bladsy 22. "... (Daar) word vereis dat hy onmiddellik optree, dat hy nie op 'n ander manier sy belang teen die inbreuk kan beskerm nie; indien sy optrede nou prima facie 'n straffeit daarstel, dan is die vraag of daar 'n regverdigingsgrond of 'n strafversagtingsgrond aanwesig is: dit hang daarvan af of daar opset of skuld aan sy kant is, of sy optrede redelik is in dié sin dat volgens maatskaplike opvattinge die kwaad wat hy veroorsaak nie buitensporig in verhouding tot die kwaad wat aan hom veroorsaak is of gedreig om veroorsaak te word, is nie".

(2) supra.

(3) a w op bladsy 31. Sien egter die bespreking van Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 70 en verder.

(4) a w op bladsy 31.

(5) Vergelyk die skrywer se opmerking in a w bladsy 7: "Ons het te doen met die neiging wat begin posvat om sekere teorieë as evangelie te aanvaar en as die alleen saligmakende te beskou. Sulke teorieë sou dan korrek wees, en ander beskouinge is foutief. Iedereen het natuurlik die reg op sy (Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Op hierdie stadium kan dit net vermeld word dat Van Warmelo self erken⁽¹⁾ dat daar ander interpretasies bestaan⁽²⁾.

Ek wil daarop wys dat by die redelikheid die subjektiewe psige⁽³⁾ van die dader wel as 'n onregmatigheidselement in ag geneem word.

Professor Van der Walt⁽⁴⁾ maak die volgende opmerkings in verband met die regverdigingsgronde:

"... (Ons moet) ... dus weer beklemtoon dat die sogenaamde regverdigingsgronde slegs praktiese hulpmiddels is om die onregmatigheid al dan nie van 'n handeling te help bepaal⁽⁵⁾.

geloof, maar dan moet nie gepoog word om ander te dwing (soos dit blykbaar taamlik in mode kom) om die leerstukke en leerstellings as soetkoek op te eet nie".

- (1) a w op bladsy 28.
- (2) Soos die geleerde skrywer self toegee op bladsy 28, is dit duidelik dat die Appèlhof reeds 'n standpunt in hierdie verband ingeneem het. Dit kan nou wel so wees dat hierdie beginsel van die Duitse reg afkomstig is, maar ek is van mening dat indien die subjektiewe faktore van die dader as onregmatigheidselement in ag geneem word, dan moet dit tot 'n billike resultaat lei. Dit wil voorkom asof Van Warmelo probeer skop teen die tipe voorbeeld wat Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 74 (wat reeds hierbo bespreek is) in hulle werk aanhaal. Soos ek reeds die mening hierbo uitgespreek het, sal die redelikheid kennis neem van die psige van die dader.
- (3) Bertelsman, "Grensgebiede van Noodweer", (1967) 30 THR-HR 108; De Wet en Swanepoel a w ; Van Zyl Steyn, "Noodweer", (1932) 49 SALJ 462; Ex Parte Minister of Justice: In Re S vs Van Wyk (supra).
- (4) Mededelings aan die Universiteit van Suid-Afrika (ongepubliseerde kladiktaat) 1973 op bladsy 31.
- (5) So verklaar Swanepoel, a w op bladsy 57: "Met hierdie sogenaamde besondere verwere het ons niks anders as regmatige handeling nie. Dit opsigself leer ons niks van wederregtelikheid nie. Om te verklaar dat die negatiewe kant van 'n wederregtelike handeling se gevolg is nie-aanspreeklikheid indien daar wetlike regverdiging is, is omtrent net so duister gestel as wat die probleem gestel kan word". Soos hierbo reeds opgemerk is, is redelikheid per se deel van onregmatigheid.

Daar moet nie toegelaat word dat hulle die aandag aftrek van die een vraag waarom dit altyd gaan nie: of die gewraakte handeling inbreuk gemaak het op 'n reg van die eiser; anders gestel, of die beweerde reg van die eiser werklik so ver gestrek het dat die handeling daarop inbreuk gemaak het... Waar ek dus aanvoer dat ek by die beweerde onregmatige handeling 'n eie reg uitgeoefen het, of dat my besering van 'n ander geskied het in verdediging teen 'n aanval op my (noodweer) ens., beweer ek niks anders nie as dat die ander party se reg nie so ver gestrek het dat my handeling daarop inbreuk gemaak het nie..."

Dit is duidelik dat wat die skrywer hier probeer sê is dat die regverdigingsgronde bloot uitgekristalliseerde hulpmiddele is om te bepaal of 'n besondere gedraging regmatig is of nie. Ek maak die afleiding dat die regverdigingsgronde as sodanig verskyningsvorme van die redelikheid is ⁽¹⁾. Die vraag van wat redelik onder die omstandighede is, moet nog steeds vooropgestel word. Daar moet nie slaafs gepoog word om 'n daad te toets aan die hand van die besondere "vereistes" van 'n spesifieke regverdigingsgrond nie ⁽²⁾. Daar moet gewaak word teen die toestand dat die hulpmiddels (die spesifieke regverdigingsgrond) inderdaad die reël word. Dit is die rede waarom daar geleer word dat ons reg nie 'n numerus clausus van regverdigingsgronde het nie!

(1) So verklaar Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 71, tereg: "Hoewel die redelikheid al dan nie van 'n betrokke handeling suiwer op die meriete van elke geval beslis moet word, doen sekere feitekomplekse hulle so reëlmatig in die praktyk voor dat die houe en skrywers aan die hand daarvan reeds in staat was om 'n sisteem van riglyne by die bepaling van onregmatigheid in hierdie gevalle daar te stel. Hierdie feitekomplekse wat, juridies geëvalueer, aandui dat die benadeling van die getroffene, anders as wat prima facie wil voorkom, regmatig was, is al so geyk dat besondere benamings daaraan geheg is... By die bespreking van die regverdigingsgronde moet voortdurend in gedagte gehou word dat dit slegs gaan om enkele hulpmaatstawwe wat hulle in besondere gevalle voordoen waar die vraag is na die onregmatigheid al dan nie van 'n benadeling".

(2) Dit is juis die kritiek wat ek teen die benadering van Pauw, "Doodslag en Noodtoestand - Die Suid-Afrikaanse en Engelse Reg". (1977) 10 De Jure 72 het.

Labuschagne (1) haal 'n voorbeeld aan om aan te toon in welke stryk daar geval kan word indien die sogenaamde reëls van die regverdigingsgrond "streng" nagevolg word:

"A wat handel onder dwang van B, rig 'n rewolwer op C met die doel om hom in opdrag van B, te dood. Voordat A egter die sneller trek, skiet C, wat met 'n rewolwer in sy hand gestaan het, A dood. A se handeling was nie wederregtelik nie, want hy handel in noodtoestand wat volgens die gangbare siening van strafregwetenskaplikes wederregtelikheid uitsluit. In die lig van die bestaande benadering moet dus gekonkludeer word dat C nie in noodweer handel nie. Tog sê mens se regsgevoel dat C nie aanspreeklik behoort (en sal!) wees nie. Aanvaar 'n mens, soos appèlregter Wessels in Goliath se saak argumenteer, dat dwang (vis compulsiva) 'n skulduitsluitingsgrond is, bied dit nog nie 'n oplossing vir, bereken in die lig van bg siening van strafregwetenskaplikes, bv. die volgende geval nie: A se huis is aan die brand en hy storm op B se huis af met die doel om 'n venster stukkend te slaan om 'n tuinslang te bekom. B sien wat gaan aan en stamp A weg ter beskerming van sy uiters kosbare venster".

Labuschagne (2) bespreek die verdere probleme en kom tot die gevolgtrekking (3) dat: "... die aanval (teen) op bedreiging in gevalle, waarvan sommige hierbo genoem, waar blote billikheidsoorweginge 'n mens noop tot die gevolg dat hy homself kan verweer ..." die mees aanvaarbare gevolgtrekking onder die omstandighede is (4). Ek is geneig om met Labuschagne saam te stem en wil beklemtoon dat dit gevaarlik is, om slaafs die sogenaamde "reëls" van die regverdigingsgronde

(1) a w op bladsy 115.

(2) a w op bladsy 115-117.

(3) a w op bladsy 118.

(4) Labuschagne, (ibid) verwys in hierdie verband na Hoofstuk 24 van die Sweedse straffkode en die onderliggende gedagte van Billikheidsoorwegings kom hier sterk na vore. Dit is veral baie interessant dat daar spesifiek verwys word na die psige van die verdediger in hierdie geval.

te probeer navolg (1).

Ter afsluiting van hierdie afdeling bespreek ek kortliks die standpunt van Strauss. Strauss verklaar (2):

"As aanvaar word dat die norm 'n algemene bevel (reël) inhou waarop uitsonderinge bestaan, volg dat die bepaling van die wederregtelikheid van 'n handeling 'n tweeledige ondersoek behels. Eerstens moet vasgestel word of die handeling strydig is met die algemene voorskrif of bevel in die vorm vervat. Dit kom prakties daarop neer dat vasgestel moet word of die handeling wat gepleeg is, in die strafreg klop met die engere daadsomskrywing ... wat in die misdaadsomskrywing vervat is; in die privaatreg, of skade gestig is (3). As die antwoord bevestigend is, kan gesê word dat die daad 'prima facie wederregtelik' is. Om 'finaal' te bepaal of die handeling inderdaad wederregtelik is, moet egter in die tweede plek vasgestel word of die handeling nie een is wat geoorloof is kragtens 'n uitsondering op die algemene voorskrif nie. As die handeling een is wat deur so 'n uitsondering geoorloof is, word die uitdrukking somtyds gebruik dat die handeling regmatig is omdat die wederregtelikheid 'uitgesluit' is, in teenstelling met 'n handeling wat regmatig is omdat dit in die eerste plek nie strydig is met die algemene voorskrif vervat in die norm nie".

-
- (1) Vergelyk byvoorbeeld Burchell en Hunt, a w op bladsy 271 waar die skrywers verklaar: "Since an act is punishable only when it is unlawful, if the accused's act was lawful in the circumstances he would escape criminal liability, even though he had the necessary mens rea. In such a situation it can be said that his act was justified on the ground of one of the defences which excludes the element of unlawfulness". Daar kan myns insiens ernstige beswaar gemaak word deur die terminologie wat die skrywers gebruik. Aangesien dit nou na aanleiding van S vs De Blom (supra) vasstaan dat daar 'n bewustheid moet wees van die onregmatigheid van die handeling alvorens daar sprake van opset kan wees is dit moeilik om in te sien hoe die beskuldige oor die nodige mens rea kan beskik indien sy handeling regmatig is. Soos reeds daarop gewys, het die skrywers in hulle 1972 byvoegsel nou toegegee dat die psige van die dader soms wel relevant kan wees by die bepaling van onregmatigheid. Ek wil aan die hand doen dat die redelikheid ook in hierdie geval die antwoord sal bied.
- (2) Proefskrif, op bladsy 272 en verder.
- (3) Wat die privaatreg aanbetref verklaar Strauss, proefskrif, op bladsy 285 dat: "Privaatregtelik bestaan die regverdigingsituasie dan in die opoffering van 'n belang ter wille van die beskerming van 'n gelykwaardige belang".

Soos reeds aangetoon, is die gedagte van 'n normstrydige handeling 'n anomalie wat self geen betekenis het nie, indien dit nie met verwysing na die regsorde as 'n geheel gebruik word nie ⁽¹⁾. Verder is ek van mening dat daar 'n onderskeid getrek moet word tussen juridies relevante en juridies irrelevante handelinge. Indien ek byvoorbeeld my arms in die lug rondswaai sal hierdie optrede oor die algemeen 'n juridies irrelevante handeling wees ⁽²⁾. Ek neem aan dat Strauss dit bedoel met handelinge wat van die begin af regmatig is, maar die feit bly staan dat dit 'n juridies irrelevante handeling is. Juis daarom kan ek nie die onderskeid insien tussen 'n handeling wat van die begin af regmatig is en een wat met verwysing na die omstandighede regmatig is nie. Handelinge wat juridies relevant is, is met verwysing na die omstandighede óf regmatig óf onregmatig afhangend van die besondere situasie ⁽³⁾.

Ek wil die mening uitspreek dat die rol wat die sogenaamde regverdigingsgronde inneem, net blote riglyne is om die regsgeleerde te help vasstel of 'n besondere handeling met verwysing na die omstandighede regmatig is of nie. Daar moet gewaak word teen die toestand waar die hulpmiddel die reël word.

-
- (1) Vergelyk Labuschagne, a w op bladsy 114 noot 52.
- (2) Daar moet ook ruimte gelaat word vir die gevalle waar 'n besondere handeling wel as onregmatig aangemerkt word ten spyte van die feit dat daar geen skade of persoonlikheidsnadeel aan verbonde is nie. Vergelyk onder andere Van der Merwe, a w op bladsy 117, noot 19. Dit blyk dat Strauss hierdie aspek geheel en al ignoreer by sy bespreking.
- (3) Sien verder Labuschagne, a w op bladsy 111.

HOOFSTUK III

DIE VERWEER VAN TOESTEMMING TOT BENADELING

2.1 TOESTEMMING TOT BENADELING AS 'N VERWEER IN DIE DELIKTEREG

Die probleem wat ek wil behandel, is om vas te stel wanneer daar 'n toestemmingsverweer teenwoordig is al dan nie. Weens die omvang van die gebied, sal ek my uiteraard net beperk tot die relevante gedeeltes vir doeleindes van die huidige onderwerp ⁽¹⁾.

Die algemene spreuk wat in verband met toestemming gebruik word, is dié van volenti non fit iniuria ⁽²⁾. Oor die presiese herkoms van die spreuk is daar nie sekerheid nie ⁽³⁾. Die eerste probleem waarmee te doen gekry word, is of die benadeling met die toestemming van die benadeelde of met sy wil moet geskied ⁽⁴⁾. Volgens Strauss ⁽⁵⁾ bestaan daar 'n despuut in die Duitse reg, ⁽⁶⁾

-
- (1) Weens die feit dat Strauss reeds 'n proefskrif oor hierdie onderwerp geskryf het, en die huidige skrywer baie dieselfde siening huldig as Strauss, word daar uiteraard heelwat na sy werk verwys.
 - (2) Letterlik vertaal: "Jeens hom wat toestem geskied geen onreg nie".
 - (3) Sien Strauss, proefskrif, op bladsy 2 en verder. Volgens "Winfield on Torts", het die spreuk vir die eerste keer in sy huidige vorm in 'n gerapporteerde saak van 1305 voorgekom. Dit wil voorkom asof Anderson, "Volenti non fit Injuria", proefskrif, op bladsy 2 en verder van mening is dat die spreuk nie van Romeins-regtelike herkoms is nie.
 - (4) Volgens Strauss, proefskrif, op bladsy 18 en verder, kan 'n handeling sonder die toestemming van 'n benadeelde geskied maar dan beteken dit nie noodwendigerwys dat dit teen die wil van die benadeelde is nie, weens die feit dat hy óf onbewus van die handeling is, óf dat hy wel nie sou omgee het indien hy geweet het nie.
 - (5) Proefskrif, op bladsy 20 en verder.
 - (6) Strauss, proefskrif, op bladsy 22 en verder.

Amerikaanse en Engelse reg ⁽¹⁾ oor hierdie onderwerp. Ek moet toegee dat daar inderdaad 'n onderskeid is tussen die gevalle waar 'n handeling sonder toestemming en dié waar dit teen die wil van die benadeelde geskied. Ek wil dus saamstem met Strauss ⁽²⁾ dat die benadeling ooreenkomstig die uitwendige manifestasie van die benadeelde se wil moet geskied en nie net bloot ooreenkomstig sy geestesinstelling nie ⁽³⁾. Samehangend met bogenoemde is die vraag of toestemming tot benadeling inderdaad 'n wilsverklaring of 'n wilsrigting is ⁽⁴⁾.

Die Duitse reg het hier twee rigtings ingeslaan ⁽⁵⁾. Die groep juriste wat die werking van die verweer wil uitbrei, leer weer op hulle beurt dat 'n blote wilsrigting voldoende is. Dit wil voorkom dat bo en behalwe die blote beperking van die verweer se werking, daar die verdere probleem van die bewysregtelike aspekte bestaan ⁽⁶⁾.

-
- (1) Strauss, proefskrif, op bladsy 20 en verder. In die Amerikaanse reg word die uitdrukkings as sinoniem beskou terwyl in die Engelse reg daar 'n groot onderskeid getrek word tussen "against her will" en "without her consent".
 - (2) Strauss, proefskrif, op bladsy 27.
 - (3) Dit wil voorkom asof Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 90 'n soortgelyke standpunt handhaaf waar hulle verklaar: "Van toestemming kan alleen sprake wees indien daar 'n manifestasie van die wilsinhoud na buite blyk. So kan ek heeltemal gewillig wees dat B vanaand my motor gebruik, maar alvorens ek my houding kenbaar gemaak het, het ek nog nie toegestem tot gebruik deur B nie".
 - (4) Strauss, proefskrif, op bladsy 28. Volgens Strauss word daar geen leiding gevind in die Romeinse- of Romeins-Hollandse reg nie. Die huidige skrywer het self leiding gesoek maar dit blyk dat die tekste daaroor swyg.
 - (5) Gerland, "Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden in 'Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts'", soos aangehaal deur Strauss, proefskrif, op bladsy 29 en verder.
 - (6) Soos Roemer, "Tatbestand und Rechtswidrigkeit im Deliktsrecht des BGB unter Berücksichtigung der modernen Strafrechtstheorie", (aangehaal deur Strauss, "Mededelings aan die Universiteit van Suid-Afrika", ongepubliseerde klasdikaat op bladsy 16) tereg opmerk moet die bewysreg nie met die materiële reg vermeng word nie. Dit wil voorkom asof die juriste wat voorstanders is van die wilsteorie, se grootste beswaar die bewysregtelike probleme is. Ek wil met Strauss, (ibid) saamstem waar hy 'n soortgelyke mening uitspreek naamlik dat die bewysreg en die materiële reg geskei moet word.

Die Suid-Afrikaanse reg het die Engelse reg nagevolg ⁽¹⁾ en dit blyk dat die toestemming van die benadeelde 'n uiting van sy geestesinstelling moet wees. So verklaar Strauss ⁽²⁾:

"Ons praktyk gee te kenne dat toestemming 'n uiting van 'n geestesinstelling van die benadeelde is. Dit is myns insiens die korrekte standpunt. Hoewel die voorstaanders van die wilsrigtingsteorie reg is vir sover die prysgawe van 'n belang 'rein innerlich' geskied, kan die reg tog nie kennis neem van 'n geestesinstelling wat sigself nie na buite kenbaar maak nie. Daarom het ek toestemming vroeër al beskryf as die uitwendige manifestasie van die wil van die benadeelde. Hierdie wilsuiting is niks anders as 'n wilsverklaring nie".

Aangesien dit aanvaar word dat toestemming tot benadeling die belange van die benadeelde aantast, word dit algemeen aanvaar dat toestemming tot benadeling 'n regshandeling is ⁽³⁾. 'n Kenmerk van die regshandeling is dat die reg, anders as by die ander menslike optredes, slegs daardie gevolge daaraan heg as wat die handelende party beoog ⁽⁴⁾. Strauss ⁽⁵⁾ wys daarop dat

(1) Volgens Strauss, proefskrif, op bladsy 31 en verder, blyk dit dat volgens die Engelse reg: ... "Mere submission is not consent, for there may be submission without consent..." aldus Wharburton, "Leading Cases on Criminal Law", op bladsy 132. Dit blyk dat die benadeelde op een of ander aktiewe wyse bekend moes maak dat daar daadwerklike toestemming is. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref: sien R vs Taylor 1927 CPD 16 op bladsy 20 waar regter-president Gardiner verklaar: "It seems to me that (the facts) establishes submission, but it does not amount to proof of consent. Submission is not sufficient to constitute a defence to a charge of assault, there must be an active consent". Sien ook verder in hierdie verband R vs McCoy 1953 (2) SA 4(SR) op bladsy 11H waar waarnemende hoofregter Thomas verklaar: "He knew that through fear of facing the consequences of official punishment she was prepared to submit to being privately punished by him. Now submission, according to the authorities, is totally different from consent".

(2) Proefskrif, op bladsy 33.

(3) Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 90. Vergelyk ook Strauss, proefskrif, op bladsy 35 noot 2.

(4) Vergelyk De Wet en Yeats, "Die Suid-Afrikaanse Kontrakte en Handelsreg" op bladsy 7.

(5) Proefskrif, op bladsy 36.

meerderjarigheid nie oor die algemeen vereis word vir regshandeling nie, en is verder van mening dat die toestemmingshandeling se vereistes afsonderlik gestel word van die ander regshandeling en dat toestemming 'n regshandeling sui generis is ⁽¹⁾.

Die volgende aspek wat ek wil behandel is welke vorm die toestemming moet aanneem. Deurdat daar reeds te kenne gegee is dat toestemming 'n wilsverklaring en nie 'n blote wilsrigting is nie, word daar van die veronderstelling uitgegaan dat die vraag of daar toestemming was of nie, 'n feitelike vraag is ⁽²⁾. Dit is dus duidelik dat die benadeelde uitdruklik kan toestem ⁽³⁾. Hierdie

-
- (1) *ibid.* Dit is vir my ook duidelik dat al die normale vereistes van regshandeling nie van toepassing kan wees op toestemming tot benadeling nie.
- (2) Wat interessant is, is die geval van die huwelik. Daar word met 'n fiksie gewerk dat by huweliksluiting die vrou onherroeplik toestem tot geslagtelike gemeenskap met haar man terwyl die huwelik wettig is. In die Engelse reg kan 'n Hof beslis dat 'n vrou stante matrimonio nie verplig is om met haar man geslagtelike gemeenskap te hê nie. Hierdie reël geld egter nie ten aansien van die Suid-Afrikaanse reg nie. Strauss, proefskrif, op bladsy 38 noot 1, is egter van mening dat, aangesien daar met 'n fiksie in hierdie omstandighede gewerk word, die basis vir hierdie reël eerder gesoek moet word in die regsverhouding tussen man en vrou. Hy voer aan dat indien dit toestemming tot benadeling was, sou die man volgens die stand van die huidige reg hom nie kon skuldig maak aan aanranding tydens gemeenskap met sy vrou nie. Dit wil voorkom asof daar meriete in hierdie stelling van Strauss is.
- (3) Die toestemming kan uit woorde tot die effek bestaan. Indien die benadeelde die dader uitnoodig om dié daad te pleeg dan hang dit van die omstandighede af of daar toestemming is al dan nie. In die geval van Jordaan vs De la Rey 1958(1) SA 638(T) het die verweerder sekere lasterlike woorde tot die eiser gerig in die teenwoordigheid van twee polisiemanne, (wat eiseres vir die doel daar gehad het). Regter Hiemstra bevind dat in hierdie geval daar wel toestemming was. Boberg, (1961) 78 SALJ 54 op bladsy 62, maak die submissie dat hierdie gewysde verkeerd beslis is. Dit wil voorkom asof dit hier nie 'n geval van toestemming was en dat die kritiek van Boberg gegrond is. Die benadeelde kan verder die dader uitlok om

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

geval lewer nie probleme in die praktyk op nie ⁽¹⁾. Verder kan die benadeelde stilswyend toestem, anders as by wyse van gedrag en woorde. Tereg merk Strauss op ⁽²⁾: "By afwesigheid van woorde kan dit vanselfsprekend moeilik wees om in die praktyk vas te stel wat die benadeelde se wilsinhoud was. Dubbelsinnigheid en valsheid is dikwels 'n kenmerk van menslike gedrag" ⁽³⁾. Hier moet daar in die algemeen gelet word op die gedrag van die benadeelde, en indien van dié gedrag 'n ander geestesafleiding gemaak kan word, moet daar eerder op die gedrag van die benadeelde gelet word ⁽⁴⁾. Daar kan omstandighede wees waar die benadeelde

die daad te pleeg. Ook in hierdie omstandighede sal dit 'n feitlike vraag wees of daar toestemming was, al dan nie. Strauss, proefskrif, op bladsy 40, is die mening toegedaan dat by uitlokking daar baie noukeurig op die omstandighede gelet moet word, om te bepaal of daar toestemming is. Vergelyk R vs Van Vuuren (1961)(3) SA 305 (OK). Die benadeelde kan verder die dader aanmoedig om die daad te pleeg. Vergelyk Stolzenberg vs Lurie 1959(2) SA 67(W), waar die passasie in 'n voertuig vir die bestuurder versoek het om vinniger te ry, maar omdat die pad nat en glad was, bang geword het, en die bestuurder versoek het om stadiger te ry. Regter Bresler bevind dat daar nie sprake kan wees van toestemming nie.

- (1) Vergelyk Strauss, proefskrif, op bladsy 38 en verder.
- (2) Proefskrif, op bladsy 41.
- (3) Soms kan uitdruklike woorde ook misleidend wees. Vergelyk byvoorbeeld die geval van die reservatio mentalis.
- (4) So verklaar Street, "The Law of Torts", op bladsy 75, "Consent may be given expressly by words or be inferred from conduct. A patient who has voluntarily entered a nursing home for an operation cannot sue for false imprisonment because she is anaesthetised in the operating theatre, any more than the boxer can complain if his opponent hits him with a straight left to the nose. Obviously, there are difficult questions of fact here". So verklaar hoofregter Innes in Warring & Gillow Ltd vs Sherborne 1904 TS 340 op 344: "... it must be clearly shown that the risk was known, that it was realised, and that it was voluntarily undertaken. Knowledge, appreciation, consent - these are the essential elements: but knowledge does not invariably imply appreciation, and both together are not necessarily equivalent to consent..." Sien ook McKerron, a w op bladsy 68 in hierdie verband. Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 90 verklaar: "Toestemming kan uitdruklik, in soveel woorde, of stilswygend, deur gedrag anders as woorde, geskied. 'n Uitlokking, uitnodiging of aanmoediging wat

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

aktief deelneem aan die benadeling en ander gevalle waar die benadeelde minder aktief en selfs passief is. Strauss ⁽¹⁾ stel die reël ten aansien van die Suid-Afrikaanse reg soos volg:

"Dit lyk my asof onderwerping deur 'n wilsvermoënde mens aan 'n onmiddellike dreigende benadeling (2) wat 'n ander met

deur die benadeelde aan die dader gerig word, moet ook as toestemming beskou word. Om 'n persoon tot 'n daad uit te daag, is egter nie noodwendig toestemming daartoe nie". In die geval waar die dader verlei word deur die benadeelde om 'n besondere daad te pleeg, is dit volgens VOET 48:5:4 nie noodwendig toestemming nie, maar MOORMAN INL 3.3 is 'n ander mening toegedaan. Williams, "Joint Torts and Contributory Negligence", op bladsy 296 verklaar ook: "... (T)he mere fact that the plaintiff knows that the defendant intends to do the act that amounts to a tort is not in law consent to that act, though coupled with a failure on the part of the plaintiff to take steps to avoid it". Strauss, proefskrif, op bladsy 44 noot 2, noem die interessante geval van oorlas ("nuisance") en spreek die mening uit dat daar onderskei moet word tussen die gevalle waar daar bloot 'n sekere toedrag van sake geduld word en waar daar toegestem word. Strauss is van mening dat al sou die duld van 'n steurende handeling as toestemming vertolk kon word, sou die blote aansoek doen om 'n interdik op herroeping van die toestemming neerkom.

- (1) Proefskrif, op bladsy 43.
- (2) Daar moet onderskei word tussen die sogenaamde reddings-handeling en toestemming tot benadeling. In die Amerikaanse reg het die Hof in Eckert vs The Long Island R R Co 43 NY 502, beslis dat waar die benadeelde 'n kind voor 'n aanstomende trein gered het, dit nie 'n geval van toestemming tot benadeling is nie. Die minderheid het egter wel beslis dat dit toestemming tot benadeling was. Wat die Engelse reg betref het regter Maugham in Hayes vs Harwood 1935 1 KB 146 op bladsy 162 die volgende stelling gemaak: "In deciding whether such a rescuer is justified in putting himself into a position of such great peril, the law has to measure the interests which he sought to protect and the other interests involved. We have all heard of the reasonable man whom the law postulates in certain circumstances; the reasonable man here must be endowed with qualities of energy and courage, and he is not to be deprived of a remedy because he has in a marked degree a desire to save human life when in peril". Hierdie beslissing is dan ook gevolg in Morgan vs Allen 1942 1 ALL.E.R. 489 en Baker vs T E Hopkins & Sons 1959 3 ALL.E.R. 225 (CA). Wat die Suid-Afrikaanse reg betref bestaan daar geen regspraak nie. Van der Walt, "Mededelings" op bladsy 127 meen tereg dat in die sogenaamde

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

opset teenoor hom pleeg en waarvan die benadeelde bewus is, sonder dat sy onwilligheid blyk uit eninge van die omstandighede... -weerstand, protes, ens. - uit eie beweging dus, redelikerwys vertolk kan word as toestemming tot daardie benadeling".

Reeds op hierdie stadium wil ek die waarskuwing rig dat hierdie stelling gelees moet word onderworpe aan wat ek hieronder ⁽¹⁾ gaan behandel by die vraag na die redelikheid van die toestemming.

Hieruit blyk dit dat daar by die blote potensiële ingevaarstelling van die benadeelde, onder omstandighede waarin hy bewus is van die benadeling, toestemming afgelei kan word ⁽²⁾. Deur hierdie toedrag van sake het die leerstuk van vrywillige aanvaarding van risiko ("voluntary assumption of risk") ontstaan. Strauss ⁽³⁾ omskryf die vrywillige aanvaarding van die risiko-situasie soos volg:

"... (B)y die toestemmingsprobleem (kom) ook ter sprake die tipe situasie waarin iemand hom blootstel aan 'n bekende potensiële benadeling wat kan voortvloei uit die handelswyse van

reddingsake daar nie sprake kan wees van toestemming tot benadeling nie, bloot weens die feit dat die benadeelde regmatig optree. Hulle is van mening dat so 'n toestemming in elk geval nietig sou gewees het, omdat dit contra bonos mores is. Verder meen Van der Walt, (ibid) dat waar die reddingspoging as sodanig onredelik is, (byvoorbeeld A hardloop in 'n huis in om sy baadjie uit die vlamme te probeer red) sal die aanspreeklikheid van die persoon wat die huis aan die brand gestee het, afhang van die skuld aan sy kant. Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 101, en verder skyn dieselfde mening as Van der Walt (supra) te handhaaf.

- (1) Vergelyk Hoofstuk III (2.3) hieronder.
- (2) Daar moet hier egter gewaak word om nie van die de facto aanvaarding van die risiko, toestemming af te lei nie. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 98 noot 83.
- (3) Proefskrif, op bladsy 48.

'n ander. Hierdie tipe situasie word daardeur gekenmerk dat daar geen sekerheid is dat die benadeling gaan plaasvind nie, maar dat daar slegs die moontlikheid, of hoogstens die waarskynlikheid, van benadeling, bestaan. 'n Gewisse, onmiddellik dreigende benadeling is hier egter nie".

Hieruit blyk dit duidelik dat Strauss vrywillige aanvaarding van risiko as toestemming tot benadeling sien. McKerron ⁽¹⁾ probeer egter 'n onderskeid tussen toestemming tot benadeling en vrywillige aanvaarding van risiko trek en verklaar:

"... (T)he maxim is used in a wider sense, and is applied to cases where a person has consented to run the risk of unintentional harm, which would otherwise be actionable as attributable to the negligence of the person who caused it; for example, consent to run the risk of being hurt as a participant in, or as a spectator at, a football or cricket match, or a motor race meeting".

So leer die skrywer dat die toestemmingsgevalle daarenteen geskied wanneer die dader opsetlik ⁽²⁾ optree. Afgesien van die terminologie waarteen ek beswaar maak, ⁽³⁾ wil ek daarop wys dat die skrywer fouteer. Waar twee spelers Russiese roulette ⁽⁴⁾ speel,

(1) a w op bladsy 67.

(2) ibid.

(3) Soos daar hierbo in Hoofstuk II (1.1) gewys is, skakel 'n regverdigingsgrond die onregmatigheid aan die kant van die dader uit. Die dader tree dus regmatig in sulke omstandighede op. Aan die hand van S vs De Blom (supra) kan daar aanvaar word dat onregmatigheidsbewussyn 'n "element" van opset is en dit is dus moeilik in te sien hoe 'n dader "opsetlik" kan optree indien hy regmatig handel. Strauss, "Mededelings", op bladsy 28 begaan dieselfde fout. Daar sal verkieslik van die term "bewustelik" of "doelbewus" in hierdie omstandighede gebruik gemaak word.

(4) Dit is 'n spel waar daar een patroon in die draai-gedeelte van 'n rewolwer geplaas word. Die een speler draai dan hierdie drom tot 'n onbekende punt en oorhandig die rewolwer aan die ander speler, wat dan sonder om vas te stel waar die patroon in die rewolwer is, of teen sy eie, of teen die ander speler se kop (die bang ouens vat gewoonlik hulle voete!) druk en dan die sneller trek. In hierdie voorbeeld is daar wel doelbewuste handeling aan die kant van die dader. Vergelyk die geval van 'n voetbalwedstryd waar die spelers mekaar (oënskynlik?) doelbewus neervel.

kan daar sekerlik nie gepraat word van 'n nie-doelbewuste ⁽¹⁾ handeling aan die kant van die dader nie, alhoewel daar slegs 'n moontlikheid van benadeling is ⁽²⁾. Van der Merwe en Olivier ⁽³⁾ op hulle beurt onderskei ook tussen die twee verwere en verklaar:

"Die verskil is belangrik in soverre 'n persoon byvoorbeeld nie tot ernstige liggaamlike verminking regsgeldiglik kan toestem nie, maar wel tot die risiko van sodanige verminking... Hoewel dit dus by die beantwoording van die vraag na die onregmatigheid van 'n bepaalde benadeling nodig is om te onderskei tussen toestemming tot benadeling en toestemming tot risiko van benadeling, kan nie ontken word nie dat hierdie verwere wat beide onder die stelreël volenti non fit iniuria tuisgebring kan word, baie na aan mekaar lê en gevolglik tot 'n groot hoogte deur eenselwigheid van beginsels beheers word".

Scott ⁽⁴⁾ verskil van Van der Merwe en Olivier in hierdie opsig en verklaar:

"Myns insiens is daar geen prinsipiële onderskeid tussen toestemming tot benadeling en toestemming tot risiko van benadeling nie en behoort hulle dus nie as aparte 'verwere' behandel te word nie. 'n Onderskeid kan slegs nuttig wees in soverre as wat dit dan makliker is om te verduidelik waarom toestemming in sekere gevalle redelik mag wees nieteenstaande die feit dat ernstige liggaamlike beserings die gevolg daarvan is ⁽⁵⁾".

-
- (1) Waarmee McKerron, a w op bladsy 67, verkeerdelik "opsetlik" bedoel.
 - (2) Hierdeur wil ek natuurlik geensins probeer voorgee dat die "toestemmingsverweer" geldiglik gehandhaaf sal kan word nie, aangesien 'n toestemming van hierdie aard natuurlik contra bonos mores sal wees.
 - (3) a w op bladsy 97.
 - (4) "Enkele Opmerkings oor Volenti non fit Iniuria as Regverdigingsgrond in die Privaatreg", (1976) 9 De Jure 218 op bladsy 226.
 - (5) Vergelyk die voorbeeld van Scott, a w op bladsy 225 en verder van waar A en B 'n weddenskap het dat A vir B op 'n 100 tree met 'n pistool sal raakskiet. Sekerlik is die benadeling as sodanig nie duidelik nie en bestaan daar op hierdie stadium 'n blote risiko van benadeling. Tereg verklaar Scott, t a p: "By toestemming tot benadeling gaan dit om 'n geval waar die doel en aard van die gedrag van die verweerder, volgens die waarneming van 'n redelike beoordelaar, juis was om benadeling aan die eiser te veroorsaak. In die voorbeeld van die weddenskap hierbo genoem is dit dus 'n geval van toestemming tot benadeling aangesien

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Ek is persoonlik van mening dat al verskil wat daar tussen die "twee" verwere bestaan, is dat by toestemming tot benadeling daar tot 'n bepaalde benadeling toegestem word, terwyl daar by toestemming tot risiko van benadeling tot die risiko van die benadeling toegestem word ⁽¹⁾. In beginsel het mens nog steeds met toestemming tot benadeling te doen ⁽²⁾. Alhoewel hierdie aspek nog nie deur die hofe beslis is nie, blyk dit nie of daar enige onderskeid tussen die twee verwere gehandhaaf word nie ⁽³⁾. Ek wil my by Scott ⁽⁴⁾ skaar en volstaan dat daar geen onderskeid tussen hierdie twee verwere is nie ⁽⁵⁾.

die doel en aard van A se gedrag, volgens objektiewe waarneming, juis was om B te benadeel. Om te bepaal of A se toestemming tot benadeling regsgeldig was, moet die erns van die benadeling en die daad van die handeling in ag geneem word".

- (1) Sien ook Van der Walt, "Mededelings", op bladsy 54 en verder, wat ook van mening is dat vrywillige aanvaarding van risiko ook maar net bloot dieselfde as toestemming tot benadeling is.
- (2) Vergelyk ook Strauss, proefskrif, op bladsy 48 en verder.
- (3) In Santam Insurance Co Ltd vs Vorster 1973 (4) SA 764(A) op bladsy 779D gaan hoofregter Ogilvie Thompson ook van die standpunt uit dat daar slegs een verweer bestaan en verklaar: "It is well established that knowledge and appreciation alone do not constitute such consent; ... Where express consent exists, it becomes a matter of construction to determine what precisely is embraced by such consent. In cases, like the present, where the contention is that the risk of injury was accepted, the enquiry however revolves around the ambit of the implied consent to be ascribed to the complainant, and with specific regard to the question of whether the supervening injury was sustained in consequence of a risk falling within that ambit". In Lampert vs Hefer N O 1955(2) SA 507(A) op bladsy 508G verklaar appèlregter Schreiner wat wel van mening was dat daar 'n onderskeid tussen die twee verwere bestaan: "For present purposes, however, it does not seem to me that there is any advantage in departing from the customary usage which distinguishes consent from contributory negligence and treats the voluntary assumption of risk as a form of consent".
- (4) a w op bladsy 226 en verder.
- (5) Om blote praktiese redes sal daar tog steeds na die twee benamings van die verweer verwys word.

Strauss (1) onderskei tussen handelingte waar die benadeelde hom blootstel aan die doelbewuste handeling van die dader (2), die ondoelbewuste handelingte (3) van die dader asook gevalle waar die benadeling voorkom, byvoorbeeld die benadeelde die perseel van 'n ander betree waar 'n toestand van potensiele benadeling

(1) Proefskrif, op bladsy 49 en verder.

(2) Proefskrif, op bladsy 49. Wat vir my belangrik is, is dat Strauss dit stel as: "... wetende dat uit daardie bedrywighede 'n nadelige gevolg kan voortvloei. In hierdie tipe situasie het die dader, indien hy versoend is met die eventuele gevolg, derhalwe opset by moontlikheidsbewussyn". Dit sal natuurlik nie juridies suiwer wees om in hierdie geval van opset te praat wanneer daar met 'n onregmatigheidsuitsluitingsgrond gewerk word nie, maar die analoog blyk baie duidelik. Dieselfde analoog kan natuurlik hier ten aansien van die benadeelde getrek word.

(3) Proefskrif, op bladsy 50. Strauss onderskei hieronder tussen die volgende: (a) Vervoer van passasiers: Dit is die geval waar die passasier bewus is van die feit dat die bestuurder nalatiglik gaan bestuur, byvoorbeeld waar hy dronk is. Vergelyk onder andere Lambert vs Hefer N O (supra) en Dann vs Hamilton (1939) I K B 509. (b) Heer en diensbode: Dit is die gevalle waar die benadeelde bewus is van die gevaar wat sy werk inhou. In Mandelbaum vs Bekker 1927 CPD 357 het die Hof die definitiewe riglyne neergelê. (c) Gevaarskepper en redder: Waar A 'n brandende gebou binnestorm om 'n kind te red en (d) Deelnemer en bevorderaar van sport en toeskouer: Hier noem Strauss die ongerapporteerde saak van Vuurwa Stampklub en 'n Ander vs De Jager (April 1960 OPA) waar 'n stampkar die baan verlaat het en met die eiser se motor gebots het. Hier is die verweer van volentia nie gehandhaaf nie. Hierby kan nou natuurlik die gewysdes van Rousseau vs Viljoen 1970 (3) SA 413(K) en Clark and Another vs Welsh 1976(3) SA 484(A) bygevoeg word. Wat Rousseau vs Viljoen (supra) betref was die eiser 'n opsiener by 'n knortjor wedren en is beseer toe hy deur een van die deelnemers raak gery is. Dit wil voorkom asof die Hof gekyk het na die moontlikheid van die nadeel. Regter Van Winsen verklaar op bladsy 421C: "The risk of the happening of such a series of events in my view clearly falls without the ambit of the risk described above to which I consider that a person acting as a flag marshall and standing at point 3 is exposed. The element of unavoidability is totally absent from such a series of events. There is no evidence that conduct of this nature occurs - even exceptionally - in the conduct of midget car racing, or is necessarily associated with it. On this ground alone I think the doctrine of voluntary acceptance of risk affords no shield to defendant against the usual legal consequences of his negligence". Die Hof het dus nie die verweer van toestemming gehandhaaf nie. In Clark and Another vs Welsh (supra) is die eiseres met 'n gholfbal in die oog getref

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

heers waarvan die benadeelde bewus is⁽¹⁾. Hy verklaar⁽²⁾:

"Juridies beskou is daar geen onderskeid tussen blootstelling aan 'n benadeling weens 'n gevaar wat 'n perseel inhou en blootstelling aan die bedrywighede van 'n ander nie. Ook eersgenoemde is niks anders nie as blootstelling aan die handeling van 'n ander. Die handeling kan bestaan of in die doen wat die wantoestand geskep het, of in die versuim (late) om die wantoestand uit die weg te ruim nadat dit eenmaal ontstaan het".

Die vraag waarvoor die howe nou te staan gekom het, is of uit hierdie optrede van die benadeelde afgelei kan word of die benadeelde toegestem het. So het die leerstuk van vrywillige aanvaarding van risiko ontstaan. Soos reeds daarop gewys, bestaan daar in beginsel geen verskil tussen hierdie leerstuk en toestemming tot benadeling nie⁽³⁾. Die spreuk kan op twee

toe een van haar mede-speelsters, die verweerderes, se bofhou die bal in 'n, selfs vir bofhoue, heel sonderlinge rigting gestuur het. Die Hof het, myns insiens, 'n verkeerde benadering gevolg deur die verweer te verwerp op grond van die skuldloosheid van die verweerder. Soos Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 101 en verder, tereg opmerk was dit onnodig vir die Hof om op die aspek van volenti non fit iniuria in te gaan, aangesien enige toestemming in elk geval nietig sou gewees het, aangesien dit contra bonos mores is.

- (1) Proefskrif, op bladsy 53 en verder. Hier het mens te doen met gevalle waar die benadeelde byvoorbeeld sien dat daar 'n gladde loopplank na die boot toe is, en desnieteenstaande nog die loopplank aandurf, waar hy gly en homself beseer. Strauss, a w op bladsy 53 noot 2, haal hier die voorbeeld aan van Osborne vs London & N W RY CO (1888) 21 QBD 224 en Swanson vs Miami Home Milk Producers Association 117 FLA 110 (1934); waar die benadeelde ('n werknemer in 'n melkery van die verweerder) melk in 'n masjien moes gooi en die benadeelde bewus was dat die trappe gebrekkig was.
- (2) Proefskrif, op bladsy 54.
- (3) Soos Scott, a w op bladsy 225, tereg opmerk is die enigste verskil dat by toestemming tot benadeling die toestemming gaan oor 'n bepaalde benadeling, terwyl by vrywillige aanvaarding van risiko daar die afleiding van die omstandighede gemaak word, dat daar tot die risiko van 'n bekende moontlike benadeling toegestem word.

wyses gebruik word. Dit kan in 'n wye sin gebruik word waar die benadeelde uit eie beweging aan die gevaar blootgestel word, of hy bewus van die moontlike gevaar is, of nie⁽¹⁾. In hierdie geval kan daar natuurlik nie aanvaarding van risiko wees nie, aangesien dit eerder 'n bewuste aanvaarding moet wees. Dit word verkies dat aanvaarding van risiko eerder in die eng, of beperkte betekenis gebruik word, om net die gevalle te dek waar die benadeelde inderdaad bewus was van die gevaar. So verklaar Strauss⁽²⁾:

"Vrywillige aanvaarding van risiko is dan, nes toestemming tot 'n sekere benadeling, die manifestasie van die wil van iemand; die wil lê ook aanvaarding van risiko ten grondslag. Voorts volg dit dat aanvaarding van risiko nes toestemming 'n wilsverklaring⁽³⁾ is wat uitdruklik of stilswyend kan geskied".

-
- (1) Strauss, proefskrif, op bladsy 62, haal die gewysde van Schubring vs Weggen 234 WIS 517 (1940) aan, waar die Amerikaanse Hof bevind het dat 'n passasier in 'n motorvoertuig wat so dronk was, dat hy nie geweet het dat hy in die motor is nie, vrywilliglik die risiko aanvaar het. Die Hof verklaar: "The decedent ... was guilty of the same kind of recklessness for his own safety as the recklessness of the defendant for the others". Daar kan moontlik aan die hand van S vs Johnson 1969(1) SA 201(A) geargumenteer word dat daar nalatigheid aan die kant van die oorledene was toe hy nog toerekeningsvatbaar was om te versuim om die moontlike gevolge van sy handeling te voorsien, maar ek twyfel of dit voldoende is om toestemming tot benadeling daar te stel.
- (2) Proefskrif, op bladsy 63.
- (3) Daar moet duidelik onderskei word tussen die "leerstuk" van vrywillige aanvaarding van risiko en die ooreenkoms om nie aanspreeklik te hou nie, die sogenaamde pactum de non petendo. Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 102, trek die onderskeid en verklaar: "So 'n pactum de non petendo in anticipando sluit nie die onregmatigheid van die dader se optrede uit nie. Trouens, indien 'n ooreenkoms om nie 'n aksie in te stel nie, die onregmatigheid van die dader se optrede sou affekteer, sou die ooreenkoms materieëlregtelik summier alle betekenis verloor na pleging van die daad. Wat sou per slot van rekening die materieëlregtelike nut wees van 'n ooreenkoms om nie te ageer nie, waar die persoon wat die onderneming gee, in ieder geval geen aksie het nie, omdat sy benadeling nie onregmatig was nie? Inteendeel visualiseer die partye tot 'n pactum de non petendo juis die pleging van 'n onregmatige daad en kom hulle ooreen dat die benadeelde nie van die aksie wat hy tot sy beskikking sal hê, gebruik sal maak nie". Price, "Volenti non fit Iniuria", a w op bladsy 63 en verder, is egter van mening dat die ooreenkoms, om nie 'n aksie in te stel nie, dieselfde

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Weens die ontwikkeling van hierdie leerstuk het daar 'n reaksie ontstaan wat teen die implimentering daarvan geskop het, maar ek wil graag op hierdie stadium die stelling waag dat hierdie hele gebied anders sou ontwikkel het, indien die beginsel dat die toestemming tot die benadelingshandeling redelik moes gewees het, geïmplimenteer was. Met die opkoms van die sosiale versekerings-teorie in Engeland het die howe al hoe meer ongeneë geraak om die leerstuk van vrywillige

is as toestemming tot benadeling. In die 1949 SALJ 269 op bladsy 271 is die skrywer van mening dat aangesien die ooreenkoms nie bindend is op die afhanklikes van die oorledene nie, by beide die verwere, die toestemming van die oorledene nie die onregmatigheid van die dader se handeling negatiewe nie. Alhoewel daar later meer volledig op hierdie punt teruggekom sal word, is dit voldoende om op hierdie stadium daarop te wys dat Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 323 en verder, tereg daarop wys dat die afhanklikes 'n afsonderlike eis het teen die persoon wat die broodwinner dood en dat die regs wetenskaplike grondslag van Jameson's Minors vs C S A R 1908 TS 575 heeltemal korrek is. Boberg, "Some Light on the Defence of Volenti" (1974) 91 SALJ 19 op bladsy 31, wat 'n voorstaander van die "bargain-teorie" is, bepleit weer op sy beurt dat die verweer gelyk gestel moet word aan die pactum de non petendo en verklaar: "When one is dealing with this total defence which, unlike contributory negligence, deprives the plaintiff of his whole remedy, surely the equitable principle underlying the volenti maxim in both its applications requires that it be limited to those cases in which the plaintiff has freely and deliberately made advance waiver or abandonment of a legal remedy which he would otherwise have against a party who injures him ...". En verder, (ibid): "The limitation of voluntary assumption of risk to cases where an 'express or implied bargain' can be established leads inevitably to the conclusion that it is indistinguishable from the defence of waiver or a pactum de non petendo - which entails the corollary that there is no such defence as voluntary assumption of risk: there is only waiver and contributory negligence". Dit lyk of die howe nie altyd die onderskeid tussen die verwere insien nie. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 102 - 104. Ek sal daarby volstaan om saam met Strauss, proefskrif, op bladsy 64, en verder te stem, dat die twee verwere verskillend is. By vrywillige aanvaarding van risiko word die onregmatigheid van die dader se handeling negatiewe, terwyl by die pactum de non petendo die instelbaarheid van die benadeelde se aksie beperk word.

aanvaarding van risiko toe te pas ⁽¹⁾. As voorbeeld hiervan kan gewys word op die beslissing van Dann vs Hamilton ⁽²⁾ waar die Engelse Hof in soortgelyke omstandighede tot 'n ander beslissing gekom het as die Suid-Afrikaanse Hof ⁽³⁾. Ook in Amerika blyk dit dat daar 'n

- (1) So het die Hof in Dann vs Hamilton (supra) dan ook beslis dat waar die bestuurder van 'n voertuig dronk is tot so 'n mate dat dit duidelik is dat om saam te ry op selfmoord sal neerkom, daar dan wel sprake kan wees van toestemming aan die kant van die benadeelde. In die onderhawige geval bevind die Hof dat dit nie so 'n geval was nie. In Bowater vs Rowley Regis Borough Corporation (1944) 1 KB 476 het die Hof bevind dat waar 'n werksman 'n perd inbreek, daar nie sprake kan wees van toestemming nie. Die kopstuk van die saak lees op bladsy 477: "To rely on the doctrine, the master must show that the servant undertook that the risk should be on him and was a volunteer in the fullest sense. It is not enough that, whether under protest or not, he obeyed an order which he might have declined to obey. It need not necessarily be shown that the servant contracted to take the risk, as that would involve consideration, though a simple way of showing that a servant did take a risk on himself would be that he was paid extra for doing so". Die Australiese Hof het egter hierdie beslissing gekritiseer en in The Insurance Commissioner vs Joyce (1948) CLR 38 afgewyk daarvan. In die latere Engelse beslissing van Nettleship vs Weston 1971 3 All ER 581 op bladsy 590A spreek Lord Salmon die mening uit dat Dann vs Hamilton (supra) verkeerd beslis is. Dit bring die posisie dan meer in ooreenstemming met die Suid-Afrikaanse reg.
- (2) supra.
- (3) Lampert vs Hefer N O (supra). Die Hof het hier kennis geneem van die beslissing in Dann vs Hamilton (supra) sowel as van die feit dat die beslissing gekritiseer is deur R W Baker in die 1949 LQR 20 en waar in besonder ook verwys is na die afwykende beslissing van die Australiese Hof. Williams, "Joint Torts", a w op bladsy 305 is van mening dat die beslissing in Dann vs Hamilton korrek is en hy verklaar: "Although the decision has been the subject of law-review criticism and has been dissented from in an Australian case, it seems correctly to express the limits of the volens maxim. The passenger's knowledge of the driver's state was not equivalent to consent to negligent driving". Williams, t a p, is verder van mening dat daar wel sprake kan wees van medewerkende nalatigheid aan die kant van die passasier. Gordon, D M, 1966 LQR 62 op bladsy 69-72 bespreek beide die uitsprake en is van mening dat daar wel sprake was van toestemming tot benadeling. Die huidige skrywer is van mening dat daar in elk geval nie toestemming tot benadeling was nie, aangesien dit contra bonos mores is.

reaksie teen die implementering van die leerstuk ontstaan het ⁽¹⁾. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, wil dit voorkom of die Appèlhof ten gunste is van die behoud van die leerstuk. So verklaar hoofregter Ogilvie Thompson ⁽²⁾:

"... I see no adequate reason for depriving a defendant of the complete defence of volens in risk cases of the present type, provided always that the facts sufficiently establish the requisites of that defence..."

Daar kan egter verder daarop gewys word dat die verweer toegepas moet word "with caution and circumspection" ⁽³⁾. Om hierdie aspek af te sluit, sal ek daarby volstaan om te verklaar dat die sogenaamde leerstuk van vrywillige aanvaarding van risiko wel deel uitmaak van ons reg en dat die essensie van die verweer is dat daar van die handeling van die benadeelde afgelei word, of daar toestemming aan die kant van die benadeelde was ⁽⁴⁾. Omdat daar van die handeling van die benadeelde toestemming afgelei word, word daar soms in hierdie verband gepraat van "implied consent". Dit doen nie afbreuk aan die stelling dat die vraag of daar toestemming in 'n besondere geval is, 'n feitlike vraag is nie ⁽⁵⁾.

(1) Strauss, proefskrif, op bladsy 73, merk op dat dit in die Amerikaanse reg meestal gaan om die vraag of daar nalatigheid aan die kant van die dader was en sodoende het die Amerikaanse reg nie op 'n regswetenskaplike wyse ontwikkel nie. 'n Soortgelyke neiging kan ook bespeur word in Clark and Another vs Welsh (supra)

(2) In Santam Insurance Co Ltd vs Vorster (supra) op bladsy 778(H).

(3) supra op bladsy 779.

(4) Sien Strauss, proefskrif, op bladsy 74 en verder.

(5) Strauss, proefskrif, op bladsy 75 en verder, wys daarop dat in beide die Engelse en die Amerikaanse reg daar uit sekere feitlike situasies, soos die blote bestaan van sekere soort kontrakte, 'n geimpliseerde toestemming afgelei word. Die Engelse reg het by wyse van wetgewing by die heer/diensbode-verhouding van hierdie leerstuk korte metste gemaak. In Amerika is daar veral by die vervoer van passasiers sonder vergoeding van hierdie leerstuk gebruik gemaak en het hulle 'n hele uitgebreide stel reëls in hierdie verband. Strauss verklaar op bladsy 83: "Om uit die harwar van die Engelse en veral die Amerikaanse reg tot vaste resultate te kom, lyk bra onmoontlik. Deur die

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Daar kan nie van die blote bestaan van 'n sekere soort kontrak toestemming afgelei word sonder om na al die omringende omstandighede te kyk nie.

Nadat dit nou duidelik blyk dat toestemming 'n wilsverklaring is, wil ek vervolgens probeer vasstel of daar inderdaad wilsooreenstemming tussen die benadeelde en die dader moet wees. Van der Merwe en Olivier⁽¹⁾ is van mening dat daar nie wilsooreenstemming tussen die partye hoef te wees nie. Hulle neem dit 'n stappie verder deur te verklaar dat manifestasie van die wilsinhoud van die benadeelde selfs nie tot kennis van die benadeelde hoef te kom nie. Die skrywers noem die voorbeeld van die politikus wat die mense uitnooi om hom te belaster en die hardhorige in die gehoor wat dit in ieder geval doen⁽²⁾. Indien ons wil kers opsteek by die Romeinse reg

tendens om uit die verhouding waarin die partye tot mekaar te staan gekom het, sonder meer die aan- of afwesigheid van toestemming tot, of vrywillige aanvaarding van, risiko af te lei, is die begrip van toestemming as 'n suiwer feitlike oorbord gegooi. Wat 'n feitevraag behoort te wees, het 'n regs-vraag geword. Hierdeur het die hele wese van die toestemmings-leer verander ". Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, het hierdie leerstuk van "common employment" nie juis posgevat nie. Vergelyk ook Mandelbaum vs Bekker (supra). So verklaar Price, a w op bladsy 73: "The law of South Africa was fortunately spared the introduction of this unhappy doctrine".

(1) a w op bladsy 90.

(2) Hierdie voorbeeld is egter ooreenkomstig die skrywers se objektiewe benadering van onregmatigheid. Vergelyk Hoofstuk II hierbo. Ek is egter van mening dat in hierdie omstandighede die subjektiewe doelbewustheid van die dader se optrede egter wél 'n faktor is wat behulpzaam moet wees by die beantwoording van die vraag na onregmatigheid. Indien die objektiewe verifieerbare feit aan die ander kant in ag geneem word, naamlik dat die benadeelde die res van die toeskouers uitgenooi het om hom te belaster, dan sal daar moontlik by wyse van die implementering van die redelikeidsmaatstaf tot die afleiding dat die dader se optrede regmatig was, gekom kan word. Dit sal in elke geval 'n feitevraag wees en daar kan myns insiens wel gevalle wees waar die dader se optrede onregmatig is, byvoorbeeld wanneer die benadeelde se wilsinhoud nie na buite blyk nie.

of die Romeins-Hollandse reg dan vind ons dat hulle nie veel leiding verskaf nie ⁽¹⁾. In die Duitse reg bestaan daar meningsverskil ⁽²⁾. Die juriste wat ten gunste is van die blote wilsrigtingsteorie ⁽³⁾ is natuurlik nie ten gunste van wilsooreenstemming as 'n vereiste vir toestemming nie, ⁽⁴⁾ terwyl die voorstanders van die

-
- (1) Anderson, proefskrif, op bladsy 27, is van mening dat daar eerder 'n ou tipe medewerkende nalatigheid aan die kant van die benadeelde was in die gevalle waar daar in die Romeinse reg nie uitdruklike wilsooreenstemming was nie. So verklaar hy (ibid): "When we turn to the question of consent in the Aquilian tests which involve damnum caused by unintentional acts, it can be said that though the jurists recognised express consent as a defence in certain cases where it was possible to have an agreement beforehand on the question of culpa, they developed no abstract notion of willingness in cases where today, by application of the volenti principle, consent would be implied". Verder op bladsy 67: "It has been submitted above that the modern defence of volenti non fit iniuria so far as it relates to implied consent is not of the same species as the defence of consent to the actio legis Aquiliae of Roman law or to the equivalent Roman-Dutch Action". Vergelyk ook Strauss, proefskrif, op bladsy 144.
- (2) Vergelyk Strauss, proefskrif, op bladsy 144 en verder.
- (3) Dit is die meer subjektiewe benadering waar daar van die blote subjektiewe wilsinhoud van die benadeelde kennis geneem word.
- (4) Noll, "Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten", soos bespreek deur Strauss, proefskrif, op bladsy 145 en verder, en veral bladsy 280 en verder, wat kennis neem van die gesindheid van 'n besondere dader. Alhoewel hy 'n voorstander van die wilsrigtingsteorie is, skyn hy egter die houding in te neem dat die wilsrigting van die benadeelde tot die kennis van die dader moet kom. Dit blyk dus volgens Noll, (a.w) se opvatting dat die hardhorige belasteraar van Van der Merwe en Olivier, (a.w op bladsy 90), se optrede onregmatig sou gewees het. Noll, (a.w) verklaar dat daar na die omstandighede gekyk moet word of hierdie handeling nie dalk 'n regverdigde doel nastreef nie. Alhoewel Strauss, proefskrif, op bladsy 282, nie hierdie standpunt kritiseer nie, blyk dit dat hy die standpunt inneem dat 'n handeling óf regmatig óf onregmatig moet wees. Soos reeds daarop gewys, kritiseer Labuschagne, a.w op bladsy 113, hierdie stelling van Strauss. Dit wil voorkom asof daar meriete vir hierdie standpunt van Noll is.

verklaringsteorie (1) ook ten aansien hiervan verdeeld is (2). Daar kan oor die algemeen die stelling gemaak word dat in die Duitse reg wilsooreenstemming nie 'n voorvereiste van volenti non fit iniuria is nie (3). Wat die Engelse reg betref, het die Hof in Nettleship vs Weston, (4) die benadering van Glanville Williams (5) gevolg. Die Hof verklaar by monde van lord Denning (6):

"Now that contributory negligence is not a complete defence, but only a ground for reducing the damages, the defence of volenti non fit iniuria has been closely considered, and, in consequence, it has been severely limited. Knowledge of the risk of injury is not enough. Nor is a willingness to take the risk of injury. Nothing will suffice short of an agreement to waive any claim for negligence. The plaintiff must agree, expressly or impliedly, to waive any claim for any injury that may befall him due to the lack of reasonable care by the defendant: or more accurately, due to the failure of the defendant to measure up to the standard of care that the law requires of him".

Dit blyk dat die Amerikaanse reg as 'n reël nie in alle gevalle vereis dat daar wilsooreenstemming tussen die partye moet wees nie (7).

-
- (1) Dit blyk meer die teorie te wees waarvolgens die benadeelde sy wilsinhoud by wyse van uitdruklike of indirekte verklaring bekendmaak. Vergelyk bladsy 46 hierbo waar hierdie aspek reeds bespreek is.
 - (2) Strauss, proefskrif, op bladsy 145 en verder. Soos Strauss t a p opmerk hang die Duitse skrywers se siening grotendeels af van die feit of hulle die aanvanklike toestemming as redelik (en ook geldig) beskou.
 - (3) Strauss, proefskrif, op bladsy 146.
 - (4) supra.
 - (5) "Joint Torts", op bladsy 314, waar die geleerde skrywer verklaar: "To sum up, it is suggested that to constitute the defence of voluntary assumption of risk in the strict sense of that expression, there must be some sort of intercourse or communication between plaintiff and defendant from which it can reasonably be inferred that the plaintiff has given an assurance to the defendant that he waives any right of action that he may have in respect of the conduct of the defendant".
 - (6) Op bladsy 587H.
 - (7) So verklaar Strauss, proefskrif, op bladsy 150 dat die
(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref is Strauss (1) van mening dat daar nie wilsooreenstemming tussen die partye hoef te wees nie. Hoofregter Ogilvie Thompson het in Santam Insurance Co Ltd vs Vorster (2) die vraag of daar wilsooreenstemming tussen die partye moet wees ondersoek (3) en tot die gevolgtrekking gekom dat wilsooreenstemming tussen die partye nie as 'n vereiste vir volenti non fit iniuria gestel moet word nie, aangesien dit 'n te swaar bewyslas op die verweerder sou plaas (4). Boberg, (5) wat 'n voorstaander van die wilsooreenstemmingsteorie is, kritiseer hierdie standpunt van die Hof (6) en

leerstuk soms beperk word tot 'n kontraktuele verhouding, maar dat daar wel uitsonderings met die sogenaamde "host-guest relationship" is.

- (1) Strauss, proefskrif, op bladsy 157. Die skrywer betoog dat die implementering van die wilsooreenstemmingsteorie nie ooreenkomstig die beginsels van ons gemene reg sal wees nie en dat die kontraktereg en die deliktereg in hierdie verband geskei moet word. Strauss is van mening dat die regsobjek vir sover dit die privaatreë betref, eensydiglik sy regte kan beperk deur 'n wilsverklaring tot dien effekte te maak en dat hierdie beginsel van toepassing moet wees by toestemming tot benadeling.
- (2) supra.
- (3) Op 779B-781A
- (4) So verklaar hoofregter Ogilvie Thompson op bladsy 780H-781A: "On the other hand, I do not consider that in our law it is incumbent upon a defendant advancing the defence of 'volens' to go so far as to prove the 'express or implied bargain' favour (sic) by Glanville Williams. Such a 'bargain'— as also the learned author's paraphrase of 'some sort of intercourse of communication between the plaintiff and defendant' — connotes a bilateral consensus, which so it seems to me, places an unduly heavy onus upon the defendant, and is not in accord with the general tenor of our own decisions".
- (5) a w.
- (6) So verklaar die skrywer a w op bladsy 31: "The present submission, that an express or implied bargain is required, is not an attempt to abolish the defence. Rather, it is a proposal to apply it 'with caution and circumspection', as the learned Chief Justice himself advised. For the essential nature of the defence of voluntary assumption of risk should not be lost sight of".

is van mening dat daar tot 'n meer redelike gevolgtrekking gekom sal word, indien wilsooreenstemming as 'n voorvereiste vir toestemming tot benadeling gestel word. Alhoewel daar later op hierdie punt terruggekom word ⁽¹⁾ wil ek reeds op hierdie stadium noem dat Boberg se "vrese" on-gegrond is ⁽²⁾. Boberg gaan egter uit van 'n verkeerde basis deurdat hy poog om, soos hy self erken, toestemming tot benadeling gelyk te stel aan die pactum de non petendo ⁽³⁾. Indien Boberg egter gebruik sou ge-maak het van die boni mores as temperingsmaatstaf, by die verweer van toestemming tot benadeling, sou daar wel tot 'n billike gevolg gekom word ⁽⁴⁾.

(1) Sien Hoofstuk V hieronder.

(2) Soos dit blyk uit Boberg se artikels oor die animus iniuriandi in die lasterreg [{"Animus Iniuriandi Without Tears" (1965) 82 SALJ 437; en veral "The Defence of Consent in a Defamation Action" (1961) 78 SALJ 54}] is die skrywer 'n groot voorstaander van die redelike en billike. Deur van die wilsooreenstemmingsteorie by toestemming tot benadeling gebruik te maak, poog die skrywer om die uitwerking van toestemming tot benadeling te temper. Die huidige skrywer is van mening dat dieselfde resultaat deur middel van die boni mores be-reik kan word.

(3) So verklaar Boberg "Some Light on the Defence of Volenti" 1974 91 SALJ 19 op bladsy 32: "The limitation of voluntary assumption of risk cases where an 'express or implied bargain' can be established leads inevitably to the conclusion that it is indistinguishable from the defence of waiver or a pactum de non petendo - which entails the corollary that there is no such defence as voluntary assumption of risk: there is only waiver and contributory negligence".

(4) So verklaar Boberg a w op bladsy 33: "While one naturally hesitates to join issue with so many formidable adversaries, it is nevertheless respectfully submitted that voluntary assumption of risk - and indeed even consent to the intentional infliction of harm - do not deprive the act of its inherently wrongful character: they merely deprive it of the quality of actionability. The character of wrongfulness - 'onregmatigheid' - attaches to an act as a matter of law in accordance with various rules and requirements. How can the willingness of the plaintiff to absolve the defendant from legal responsibility for his act alter the act's essential legal character?" Die rede waarom Boberg probleme ondervind, is omdat hy van die basis werk dat alle toestemmingshandelinge geldig is. (Sien Hoofstuk III (2.3)) Daar kan 'n verdere beswaar gebring word teen die terminologie wat Boberg gebruik, deur van "intentional acts" te praat. Ek glo nie die skrywer sal kan redeneer dat die handeling van die mediese dokter wat, volgens sy omskrywing as 'n "intentional act" beskou kan word, 'n onregmatige een is nie.

Scott ⁽¹⁾ kritiseer hierdie standpunt van Boberg en hy is van mening dat Boberg nie presies omskryf welke kommunikasie tussen die eiser en die verweerder moet wees nie, behalwe dat Boberg praat van "some sort of communication between the parties". Scott verklaar verder dat Boberg se argument van alledaagse risiko's wat 'n persoon loop ⁽²⁾ nie opgaan nie, aangesien Boberg van mening is dat daar geen verskil tussen toestemming en risiko-toestemming is nie, ⁽³⁾ maar hy nogtans probeer konstrueer dat daar 'n tipe wilsooreenstemming is by die deelname aan sekere sportsoorte ⁽⁴⁾. 'n Verdere en meer ernstige beswaar wat Scott noem ten aansien van die wilsooreenstemmingsteorie, blyk uit die volgende voorbeeld ⁽⁵⁾:

"Veronderstel A sluit 'n ooreenkoms met B, die werknemer van C, om nie 'n aksie teenoor hom in te stel indien B hom in die loop van die uitvoering van sy diens sou benadeel nie. Nadat B A benadeel het, spreek A egter vir C aan. Sal C hierdie ooreenkoms as 'n verweer kan opwerp? A het tog nie met C so 'n ooreenkoms gesluit nie en B het nie die bevoegdheid gehad om namens C so 'n ooreenkoms te sluit nie. Indien toestemming egter as 'n regverdigingsgrond gesien word, het B nie teenoor A 'n delik gepleeg nie en kan C daarom ook nie teenoor A aanspreeklik gehou word nie?"

(1) a w op bladsy 222 en verder.

(2) Waar Boberg, a w op bladsy 31 verklaar: "Since life is full of risks to which we must all expose ourselves if we are to live at all normally, and in respect of injury caused by some of which, if the risks materialise, third parties may be legally liable to us, how can it possibly be inferred, from the mere fact that we do submit to those risks, that we thereby 'consent' to them, with concomitant loss of legal remedies ..."

(3) So verklaar Boberg, a w op bladsy 34 noot 91: "Since both forms of the defence derive from the same principle - volenti non fit iniuria - there is no warrant for regarding them as jurisprudentially different. Nor indeed are they. When a man by engaging in boxing consents to being punched, he does not make it right or lawful to punch him: it is simply not actionable at his instance".

(4) Scott, a w op bladsy 223.

(5) *ibid.*

Hieruit blyk dit duidelik dat daar nie akkoord gegaan kan word met die wilsooreenstemmingsteorie nie ⁽¹⁾.

Om dus op hierdie stadium te konkludeer dat die huidige positiewe reg korrek is om die wilsooreenstemmingsteorie te verwerp, lyk nie vir my te vergesog nie. Daar kan by afsluiting van hierdie aspek daarop gewys word dat die Hof in Santam Insurance Co vs Vorster ⁽²⁾ ook by implikasie die verklaringsteorie aanvaar het ⁽³⁾ alhoewel daar later daarop gewys sal word dat die Hof inderdaad besig was om vir medewerkende opset te toets.

(1) Daar moet egter hier onderskei word tussen die eis van die afhanklikes in die geval van die nalatige dood van 'n broodwinner, want in so 'n geval is die reg wat geskend word die reg van onderhoud van die afhanklikes. Vergelyk ook Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 278. 'n Verdere belangrike punt was Scott, a w op bladsy 224 noem is: "Die 'bargain' - gedagte veronderstel ook dat dit moet vasstaan dat die verweerder wel 'n delik teenoor die eiser moes gepleeg het, anders kom die verweer glad nie ter sprake nie. Dit veronderstel dan ook 'the necessary intercourse' tussen die eiser en verweerder. Hierdie vereistes maak dit egter vir die eienaar van 'n dier onmoontlik om die verweer van volenti non fit iniuria op te werp indien sy dier die eiser benadeel het. Die eienaar het nie teenoor die eiser 'n delik gepleeg nie, nog minder enige onderhandeling met die eiser gevoer". Daar kan daarop gewys word dat hierdie 'n baie ernstige kritiek teen die wilsooreenstemmingsteorie by toestemming tot benadeling is.

(2) supra.

(3) supra op bladsy 781 A-F. Daar word dus van die omstandighede afgelei wat die benadeelde se subjektiewe wil was. Dit wil dus voorkom asof Strauss se standpunt aanvaar is, alhoewel die Hof dit nie uitdruklik noem nie.

2.2 WILSVERMOË AS VOORVEREISTE VIR TOESTEMMING TOT
BENADELING

2.2.1 MINDERJARICHEID:

Soos reeds hierbo⁽¹⁾ daarop gewys is, is toestemming tot benadeling 'n regshandeling en die vraag ontstaan nou of die toestemmende persoon volkome handelingsveboegd moet wees alvorens hy kan toestem tot benadeling.

Die posisie in die Suid-Afrikaanse reg blyk nie so duidelik te wees nie. Alhoewel daar in Esterhuizen vs Administrator Transvaal ⁽²⁾ te doen gekry was met 'n minderjarige wat sonder die toestemming van sy voog hom aan ernstige mediese behandeling onderwerp het, het die Hof nie beslis of meerderjarigheid 'n voorvereiste is vir geldige toestemming tot benadeling nie.

Die strafreg op hierdie gebied het baie kasuïsties ontwikkel en waar daar toestemming deur 'n minderjarige betrokke is, word daar 'n arbitrere ouderdom, afhangend van die omstandighede, vasgestel in welke geval dit geag word dat die kind wilsonvermoënd is ⁽³⁾.

Omdat daar in die meeste gevalle van toestemming in die strafreg met een of ander seksuele misdryf te doen gekry word, waar die eintlike belang wat beskerm word die gemeenskapsbelang is, is die strafreg nie van groot hulp op hierdie gebied nie ⁽⁴⁾.

(1) Vergelyk op bladsy 58 hierbo tesame met die gesag aldaar aangehaal.

(2) 1957(3) SA 710(T).

(3) Vergelyk in die algemeen Strauss "Toestemming deur 'n Jeug-dige", (1964) 27 THR-HR op bladsy 116-121. (Hierna verwys as "Toestemming").

(4) Vergelyk die bespreking van Strauss, "Toestemming" op bladsy 117 in hierdie verband. Wat interessant is, is dat die Wetgewer ingegryp het en in Art 15(a) van die Ontugwet, 23 van 1957, dit 'n

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Gemeenregtelik ⁽¹⁾ kan daar nie baie steun gevind word vir die vereiste van meerderjarigheid by toestemming tot benadeling nie.

misdryf maak om met 'n meisie onder twaalf geslagtelike gemeenskap te voer. De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 93, voer aan dat die gewysdes waar die stelling gemaak word dat 'n meisie onder twaalf glad nie kan toestem tot geslagtelike gemeenskap, verkeerd is. Volgens die genoemde skrywer val die klem in hierdie gevalle op haar geslagtelike onrypheid en nie op haar onbekwaamheid om toestemming te gee nie. De Wet en Swanepoel is van mening dat 'n meisie bo die ouderdom van 7 maar onder 12 wel kan toestem tot geslagtelike gemeenskap, en dat die daad nie meer verkragting is nie, maar tog swaarder strafbare, stuprum is, omdat die kind nog nie viripotens is nie. De Wet en Swanepoel blyk dus voorstanders van die verstandelike-rypheid vereiste te wees.

- (1) ULPIANUS, D47:10:1:5 (Scott se vertaling) verklaar: "Moreover, any injury committed against our children is an attack upon our honour; so that, if anyone sells a son with his own consent, his father will be entitled to an action for injury in his own name, but the son will not, because no injury is committed against one who consents". Soos Strauss, "Toestemming", op bladsy 121, tereg opmerk is dit nie duidelik of ULPIANUS 'n handelingsbevoegde seun met hierdie voorbeeld ingedagte gehad het nie. MATTHAEUS, De Criminibus Prol 3:2, verklaar "Et quod ad infantes et furiosos attinet, adeo hoc verum est, ut, licet huiusmodi persone velint aliquam injuriam sibi fieri, recte tamen dicamus, adhuc injuriam et crimen esse. Quum enim nec in rebus licitis et honestis aliquid velle credantur, qui poterit aliqua eorum voluntas videri, in eligenda sponte injuria? Totum, hoc, quod volunt, ex ignorantia et mentis errore proficiscitur. Volebat, inquis, furiosus caedi? At non volebat secundum voluntatem rectam: imo non poterat hoc velle is, cujus voluntas nulla est: Tu igitur, qui obsecutus es, omnino injuriarum reus teneris". Dit wil vir my voorkom asof die gebrek aan wil aan die kant van die jeugdige te wyte is aan sy onvermoë om intellektueel op te tree (soos in die geval van 'n krank-sinnige) en nie net bloot weens die feit dat hy 'n minderjarige is nie. MATTHAEUS praat ook hier nie net van misdade nie maar ook van delikte. Daar blyk dus weinig riglyne in die gemene reg te wees.

Dit skyn dat daar by die Engelse, ⁽¹⁾ Amerikaanse ⁽²⁾ en Duitse reg ⁽³⁾ nie eensgesindheid oor die onderwerp is nie, maar oor die algemeen blyk meerderjarigheid as voorvereiste vir 'n geldige toestemming te wees.

Strauss ⁽⁴⁾ is van mening dat, nie handelingsbevoegtheid nie, maar wilsvermoëndheid as voorvereiste gestel moet word vir 'n geldige toestemming. Wilsvermoëndheid omskryf Strauss soos volg:

"... (I)emand (is) wilsvermoënd ⁽⁵⁾ as hy verstandelik vol-
doende ontwikkel is om die aard en gevolge van sy handeling
te besef en hy in die uitoefening van hierdie verstandelike
vermoëns nie deur geesteskwale of beneweling belemmer word nie" ⁽⁶⁾.

(1) So verklaar Glanville Williams, a w op bladsy 312: "Thus a rule is conceivable that consent may be given by an infant, at any rate if he is nearly of age, although a contract to this effect might not be binding on him as a contract on account of his infancy. It seems that there is no need to enquire into the existence of consideration for the agreement, though consideration would be present in the great majority of cases". Dit lyk asof Williams se soektog na die vereiste van die wilsvermoë by sy aanvaarding van die wilsooreenstemmingsteorie eindig, aangesien hy toestemming op 'n kontraktuele basis benader en dus handelingsbevoegdheid vereis.

(2) Strauss, "Toestemming" op bladsy 122, wys daarop dat oor die algemeen meerderjarigheid vereis word vir 'n geldige toestemming in die Amerikaanse reg. Prosser, "The Law of Torts", op bladsy 83, skyn ook die houding in te neem dat meerderjarigheid 'n voorvereiste vir 'n geldige toestemming is. Sien ook verder die saak Samuels vs California soos aangehaal in 58 ALR 3d 656 op bladsy 666 dat: "... it was a rule that the apparent consent of a person without legal capacity to give consent, such as a child or insane person, is ineffective, and that it is common knowledge that a normal person in full possession of his mental faculties does not freely consent to the use of force likely to produce great bodily injury".

(3) Strauss, *ibid.*

(4) Proefskrif, op bladsy 85.

(5) Die teks lees wilsonvermoënd. Dit is klaarblyklik 'n tikfout.

(6) Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 91, omskryf wilsvermoënd soos volg: "Iemand is wilsvermoënd indien hy verstandelik ryp genoeg is om die implikasies van sy handeling te besef en hy

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Alhoewel Strauss die argumente ten gunste van die vereiste van meerderjarigheid as voorvereiste van toestemming behandel⁽¹⁾ probeer die skrywer die middeweg volg en verklaar⁽²⁾:

"Vir sover toestemming wel die aanspreeklikheid uitsluit, sou dit daarop neerkom dat toestemming by vorderings wat op die Aquiliese aksie berus, hierdie werking sal hê alleenlik indien die toestemmende ten volle handelingsbevoegd was, óf waar hy beperk-handelingsbevoegd was en benewens sy eie toestemming, die van sy ouers of voogde verkry is; by vorderings wat op die actio iniuriarum berus, sal toestemming deur 'n jeugdige die aanspreeklikheid uitsluit, mits dit 'ware toestemming' was,..."⁽³⁾".

Strauss motiveer hierdie standpunt deur te verklaar dat indien meerderjarigheid as 'n algemene vereiste vir alle situasies vereis was, daar sekere praktiese probleme kan ontstaan by die alledaagse voorvalle soos 'n besoek aan die tandarts en haarkapper.

nie geesteskrank is of onder die invloed van verdowingsmiddels wat belemmerend op sy brein inwerk, verkeer nie". In essensie kom dit op dieselfde neer as wat Strauss wilsvermoend omskryf.

- (1) "Toestemming" op bladsy 122. So verklaar die skrywer: "'n Sterk argument is m.i. uit te maak ten gunste van handelingsbevoegdheid as voorvereiste vir toestemming in die privaatreë. Indien dit nie vereis word nie, kan eienaardige situasies hulle voordoën. 'n Minderjarige wat sy fiets vir R4-00 verkoop in stede van R16-00 wat dit werd was, kan restitutio in integrum aanvra op grond van sy gebrekkige handelingsbevoegdheid. Het hy egter toegestem dat sy huis, wat duisende rand werd is, verwoes word, sou hy ex delicto geen verhaal hê nie".
- (2) "Toestemming", op bladsy 124.
- (3) Spiro, "Law of Parent and Child", op bladsy 164, bespreek hierdie stelling van Strauss en verwys na Eggeling & Another vs Law Union & Rock Insurance Co Ltd and Another 1958(3) SA 592(D) waar regterpresident Broome van die veronderstelling uitgegaan het dat 'n kind van ses jaar ["... but it is not suggested that he appreciated the risk or consented to take it" - op bladsy 597B] wel sou kon toestem tot die loop van 'n sekere risiko. Dit is egter duidelik dat die Hof nie die aspek van wilsvermoëndheid oorweeg het nie en dit wil vir my voorkom asof hierdie uitlating obiter gemaak is. Die toestemming sou in elk geval contra bonos mores gewees het.

Myns insiens behoort hierdie gevalle nie probleme te veroorsaak nie, weens die beginsel van de minimus non curat lex ⁽¹⁾.

Van der Merwe en Olivier ⁽²⁾ kritiseer die standpunt van Struass en hulle verklaar dat dit regswetenskaplik onsuiver is om na die geskonde regsgoed in elke geval te kyk om te bepaal of die minderjarige regsgeldiglik kan toestem. Die skrywers gaan van die standpunt uit dat die ratio van Strauss se argument is, om die minderjarige te beskerm teen sy gebrek aan besigheidservaring en dat toestemming tot die aantasting van 'n persoonlikheidsgoed, eerder die eis om

-
- (1) In die meer ernstige gevalle sal dit natuurlik raadsaam wees om die toestemming van die ouer of voog te verkry. Wat die spesifieke gevalle van mediese operasies betref, het die Wetgewer ingegryp en die posisie in 1976 verander. Art 20(8) (A) van die Kinderwet, Wet nr 33 van 1960, bepaal nou uitdruklik: "Ondanks 'n andersluidende regsreël is iemand bo die leeftyd van agtien jaar bevoeg om sonder die bystand van sy ouer of voog toestemming te verleen tot die uitvoer van 'n operasie op, of 'geneeskundige behandeling van, homself". Die afleiding wat natuurlik hiervan gemaak kan word is dat die kind onder agtien vir mediese operasies toestemming moet verkry. Sy eie toestemming sal dus nie geldig wees nie. Let egter verder op die veranderde bepalinge in die gevalle waar die ouers weier om toestemming tot mediese behandeling van 'n kind te verleen. Art 20(7) van die Kinderwet is nou ook gewysig om te lees: "Indien die mediese superintendent van 'n hospitaal van mening is dat 'n operasie of mediese behandeling noodsaaklik is om 'n kind se lewe te red of om hom van ernstige en blywende liggaamlike letsel of gebrek te vrywaar en dat die noodsaaklikheid van die operasie of mediese behandeling so dringend is dat dit geen uitstel gedoog om die persoon te raadpleeg wat wettiglik bevoeg is om toestemming tot die operasie of mediese handeling te verleen nie, dan kan bedoelde superintendent, nadat hy die mening van 'n ander geneesheer verkry het, die nodige toestemming verleen". Dit wil dus voorkom asof die meeste van Strauss se kritiek nou deur hierdie wysigings gedek word.

- (2) a w op bladsy 92.

genoegdoening vernietig ⁽¹⁾. Die skrywers betwyfel dus die regs-wetenskaplike houdbaariahied waarvolgens dieselfde handeling, van dieselfde dader, dieselfde reg krenk, en nie krenk nie, en konkludeer:

"'n Meer konsekwente standpunt sou wees om eenvoudig die knoop deur te hak en die vraag na die regsgeldigheid van die minderjarige se toestemming te beantwoord met verwysing na die aangestaste regsgoedere in plaas van na aksies. Suiwerder sou gevolglik wees om te sê dat slegs 'n volkome handelingsbevoegde persoon regsgeldiglik tot die krenking van 'n vermoënsgoed kan toestem. Wat die aantasting van persoonlikheidsgoed betref, moet vir die regsgeldigheid van die toestemming slegs vereis word dat die toestemmende persoon wilsbevoegd is" (2).

Daar kan dus die stelling gemaak word dat waar daar vermoëns-skade uit 'n handeling van die dader gaan voortspruit, die benadeelde handelingsbevoegd moet wees, alvorens daar sprake kan wees van 'n geldige toestemming. Bo en behalwe hierdie vereiste, moet die krenking waartoe toegestem word redelik wees.

(1) So verklaar Joubert, a w op bladsy 144: "Een van die opvallende kenmerke van die persoonlikheidsregte is dat skending daarvan dikwels vermoënsregtelike gevolge meebring, sonder dat hulle daarmee die karakter van vermoënsregte verkry"; en verder: "Die uitbreiding van die actio legis Aquiliae in die hedendaagse Romeins-Hollandse reg, sodat daarmee in die algemeen vergoeding vir enige vermoëns-skade verhaal kan word, beteken in beginsel dat skadevergoeding voortvloeiende uit skending van 'n persoonlikheidsreg altyd geeis kan word selfs in geval van blote nalatigheid. Vir genoegdoening geld nog steeds die opset-vereiste van die actio injuriarum".

(2) a w op bladsy 92.

2.2.2 KRANKSINNIGHEID:

Uit wat hierbo ten aansien van minderjarigheid gesê is volg dit noodwendigerwys dat die stelling in die algemeen gemaak kan word dat 'n kranksinnige nie regsgeldiglik kan toestem tot benadeling nie ⁽¹⁾. Strauss ⁽²⁾ omskryf kranksinnigheid soos volg: "... 'n (M)ens sê dat iemand in juridiese sin kranksinnig is, as sy geestelike toestand van sodanige abnormale aard is dat hy onthef word van die verpligtinge waaraan individue gewoonweg onderhewig is en dat die gewone regsgevolge nie aan sy daade gekoppel word nie".

Ook in die gemene reg word verklaar dat 'n kranksinnige nie verantwoordelik gehou kan word vir sy daade nie ⁽³⁾. Dit is ook so dat daar 'n onderskeid getrek moet word tussen kranksinnigheid in die strafreg en in die privaatreë, aangesien dit in die privaatreë meer gaan om die geldigheid van 'n regshandeling ⁽⁴⁾. Daar moet ook ge- waak word om stilsswyende toestemming af te lei waar die benadeelde wel wilsvermoënd is, maar aan een of ander gebrek ly sodat sy wil nie na buite bekend gemaak kan word nie ⁽⁵⁾.

(1) Uit die omskrywing van wilsvermoëndheid volg dit noodwendig dat die benadeelde oor voldoende geestesvermoëns moet beskik om die aard en die omvang van sy handeling te beseef. Let verder op dat MATTHAEUS, Prol 3:2 (supra) minderjariges en kranksinniges in een asem noem.

(2) Proefskrif, op bladsy 99.

(3) So verklaar PUFFENDORF, "De Jure Naturae et Gentium" 2:5:5: "Si enim quis insania agitatus, aut diris insomniis excitus, aut lunaticus (quales interdum noctu cum telis per aedes ambulare tradunt) mihi necem intentaverit, cum nullum ipsi ius sit me invadendi, et ego mihi ipsi non immerito sim maximi non adparet, quare ego meam salutem post ipsius habere debeam".

(4) Uit die aard van die saak word kranksinnigheid meer in die strafreg gebruik om die straf van 'n misdaad te probeer ontduik. Sien Burchell en Hunt, a w op bladsy 195 en verder. Wat die strafreg betref is daar 'n vermoede dat elke regssubjek die regsgevolge van sy handeling beseef.

(5) Soos in die geval van iemand wat byvoorbeeld doofstom is. Sien Strauss, proefskrif, op bladsy 100 en verder.

Die vraag of die benadeelde oor die voldoende ontwikkeling en verstandelike vermoë beskik om die aard van die regshandeling te besef, is dus 'n feitelike vraag ⁽¹⁾. Elke geval moet dus op sy eie meriete beoordeel word.

2.2.3 VERSTANDELIKE BENEWELING

Net soos in die geval van minderjarigheid en kranksinnigheid ⁽²⁾ kan die wilsvermoëndheid van die benadeelde beïnvloed word indien die benadeelde se verstandelike vermoëns onder die invloed van 'n toestand was, waarin hy nie die daad gewil het nie, en ook nie die gevolge van die handelinge gewil het nie ⁽³⁾.

Dit spreek vanself dat die beneweling tydens die daad self nie die voorafgaande toestemming ongeldig maak nie ⁽⁴⁾.

Weereens is dit 'n feitevraag om te bepaal of die benadeelde wilsvermoënd was of nie en elke geval moet op sy eie meriete beoordeel word ⁽⁵⁾.

-
- (1) Weereens is die vereiste van redelikheid van die toestemming 'n verdere vereiste.
 - (2) supra.
 - (3) Vergelyk Strauss, proefskrif, op bladsy 106 en verder.
 - (4) Die sprekende voorbeeld van hierdie geval is waar 'n operasie op 'n pasiënt uitgevoer word, terwyl die pasiënt onder narkose is. Strauss, proefskrif, op bladsy 106.
 - (5) Indien die benadeelde wel oor die verstandelike vermoëns beskik om wilsvermoënd te wees, moet die toestemming nog steeds redelik wees.

2.3 DIE VERWEER VAN VOLENTI NON FIT INIURIA EN DIE
BEGINSEL DAT DIE TOESTEMMING REDELIK MOET WEES

Soos ek reeds by die aanvanklike omskrywing van onregmatigheid ⁽¹⁾ die beginsel van redelikheid beklemtoon het, so speel die redelikheid van die toestemming 'n baie groot rol by die verweer van volenti non fit iniuria. Omdat hierdie beginsel in die verlede dikwels deur ons howe verontagsaam is, wil ek nou die regshistoriese basis van hierdie reël ondersoek.

Wat die Romeinse reg betref, moet daar in gedagte gehou word dat die Romeinse reg baie kasuïsties en fragmentaries is ⁽²⁾. Daar moet verder in gedagte gehou word dat die Romeinse reg nie duidelik onderskei het tussen skulduitsluitingsgronde en onregmatighedsuitsluitingsgronde nie. Wat die actio iniuriarum betref, bestaan daar twee tekste van ULPIANUS ⁽³⁾ en PAULUS ⁽⁴⁾. Die afleiding wat van hierdie tekste gemaak kan word, is hoogstens dat toestemming wel 'n verweer in die lasterreg was. Of daar 'n straf aan persone wat die hand aan hul eie lewens geslaan het, toegekom het, is nie baie duidelik nie ⁽⁵⁾. Indien

(1) Vergelyk Hoofstuk II.

(2) Vergelyk Beinart, a w op bladsy 284 en verder.

(3) D 47:10:1:5 (soos hierbo aangehaal).

(4) PAULUS maak hierinteen in D 47:10:26 die volgende opmerking: "Si quis servum meum vel filium lidibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum, si alea luserit. Sed hoc utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille qui suadet animum iniuriae faciendae habet". Dit wil voorkom dat die toestemming van die seun of die slaaf hier in elk geval irrelevant was, want die dader se bedoeling was gerig teen die vader. So ook waar PAULUS in D39:3:9:1 praat van toestemming, gaan dit eerder om die verkoop van die grond en of daar wilsooreenstemming is. Ek twyfel of, wanneer PAULUS verklaar dat: "Ideo autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans iniuriam accipiat; nullam enim potest videri iniuriam accipere, qui semel voluit" hy dit as 'n algemene stelling buite die konteks van die kontraktereg bedoel.

(5) Pernice: "Labeo, Römisches Privatrecht im Ersten Jahrhunderte der Kaizerzeit" band II op bladsy 85, waar die skrywer die

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

doodslag tydens 'n boksgeveg of 'n openbare geveg plaasgevind het, was dit nie strafbaar nie ⁽¹⁾.

Strauss ⁽²⁾ maak die stelling dat die skending van 'n toestemmende se liggaam oor die algemeen nie tot aanspreeklikheid gelei het nie en beroep hom op die volgende stelling van ULPIANUS:

"Si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum deducere, non magis quam si se occiderit vel praecipitaverit: licet enim etiam servus naturaliter in suum corpus saevire. Sed si a se vulneratum servum dominus curaverit, sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum, quamquam, si aegrum eum curasset, rem suam potius egisset" ⁽³⁾.

Wat eerste opval van hierdie teks, is dat dit handel oor die verhouding tussen die slaaf en sy meester ten aansien van 'n slaaf wat sy eie peculium besit. ULPIANUS gebruik die woord "vulneravit" wat nie noodwendig hoef te beteken dat die slaaf homself met skuld hoef te beseer het nie ⁽⁴⁾. Die basis van hierdie teks gaan eerder om die meester se vordering vir sy uitgawe ten aansien van die slaaf se versorging, en of hy dit van die slaaf se peculium kan verhaal. Ek is van mening dat Strauss ⁽⁵⁾ te ver gaan om van hierdie teks te probeer aflei dat die burgers in alle gevalle die reg gehad het om hul eie liggame opsetlik aan te tas. Vir my kan die teks ook

voorbeeld aanhaal van 'n slaaf wat versuim om te verhoed dat sy meester selfmoord pleeg en wat toe aan 'n misdryf skuldig bevind is.

- (1) D9:2:7:4. Dit is duidelik dat die besering waarvan hierdie teks praat, ooreenkomstig die reëls van die betrokke kompetisie moes geskied het, want ULPIANUS verklaar duidelik dat indien die een persoon die ander doodmaak nadat hy oorgegee het, daar wel 'n aksie sal wees. Dit was klaarblyklik nie teen die gemeenskapsopvatting gewees om aan hierdie tipe kompetisies deel te neem nie, want soos ULPIANUS dit noem word die skade berokken met die doel om eer te win. Sien ook Grueber, "The Lex Aquilia", op bladsy 21 en verder.
- (2) Proefskrif, op bladsy 365.
- (3) D15:1:9:7.
- (4) Vulneravit wat "beseer" beteken sluit nie noodwendig opset of nalatigheid in nie.
- (5) *ibid.*

geïnterpreteer word as sou dit 'n bloot insidentele besering dek (1). 'n Verdere punt waarop gelet moet word, is dat die Romeinse reg onderskei het tussen die actio legis Aquiliae en die actio utilis legis Aquiliae (2). Hierdie onderskeid het ten gevolg dat die woorde van ULPIANUS (3) in hierdie lig gesien moet word en dat dit nie 'n algemene reël neerlê nie (4). Wat die gevalle van selfmoord

-
- (1) VOET 9:2:11 is van mening dat ULPIANUS sterk onder die invloed van die Stoïsyne was toe hy hierdie teks geskryf het. Volgens die Stoïsyne het elke persoon 'n vrye keuse gehad of hy verder wil lewe al dan nie. Soos ek reeds gemeld het, glo ek nie dat ULPIANUS hier inderdaad 'n opsetlike aantasting van die eie liggaam in gedagte gehad het nie.
- (2) Aangesien die eiser in die Romeinse reg aanvanklik net kon eis indien daar skade aan sy saak (slaaf of wa, ens) aangerig is, en omdat die mens nie eienaar van sy ledemate was nie, (omdat dit nie 'n saak was nie), is daar van die actio utilis legis Aquiliae gebruik gemaak, wanneer 'n vryman gedood of beseer is. Vergelyk verder die standpunt van Van Oven, "Leerboek van Romeinsch Privaatrecht" op bladsy 353, waar die geleerde skrywer verklaar: "Eindelyk heeft men in 't na-klassieke tijdperk het recht der actio legis Aquiliae toegepast op het kwetsen van vrije personen. In klassieken tijd kon ze daartoe natuurlijk niet dienen, omdat 't menschelijk lichaam geen zaak is. Echter, zoals wij hierboven reeds opmerkten, er was hier een ernstige leemte in't stelsel: de actio iniuriarum werd alleen verleend bij opzettelijke kwetsing en dus, indien een vrij persoon door andermans onopzettelijke nalatigheid was gewond, dan miste hij elke aanspraakjegens deze, terwijl wegens culpose verwonding van een slaaf herstel geeischt kon worden door de actio legis Aquiliae. Het na-klassieke recht nu voorzag in de leemte door teksten, die op het verwonden van slaven betrekking hadden, zoo te wijzigen, dat zij ook de actie gaven, als de gekwetste een vrij persoon was. Zoo word in de befaamde D.h.t. 5,3 en 7 pr. (vgl. D.19, 2, 13, 4) over den schoenmaker, die zijn luien of dommen leerjongen met de leest een oog uitsloeg, de jongen inplaats van een slaafje, een ingenuus filiusfamilias en werd in D.h.t. 1 13 pr. aan den liber homo die door een ander gewond werd, een 'utilis actio Aquiliae' verleend, 'omdat(!) niemand geacht wordt eigenaar te zijn van zijn ledematen'".
- (3) D9:2:13:pr. "Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur".
- (4) Hierdie stelling van ULPIANUS moet dus in dié lig gesien word om die werking van die utilis actio te verduidelik en nie om te verklaar dat die mens nie eienaar kan wees van sy liggaam in die sin van daarop inbreuk te kan maak nie.

betref, verklaar MARCIANUS ⁽¹⁾ dat wanneer die selfmoordpleger selfmoord pleeg weens moegheid van die lewe, of weens pyn, dan mag hy wel erfgename hê. Wat egter hier van belang is, is dat wanneer iemand sonder grondige rede gepoog het om selfmoord te pleeg en hy nie suksésvol was nie, moes hy gestraf word met die straf waarmee hy homself wou gestraf het, en dit is die dood ⁽²⁾. Die rede wat MARCIANUS aanvoer is dat 'n persoon wat nie homself spaar nie, veel minder 'n ander sal spaar. Wat verder van belang is van hierdie teks, is dat die gepoogde selfmoordpleger redes moes aanvoer waarom hy selfmoord wou pleeg. Dit is een van die eerste tekens wat ek vind dat die gemeenskap 'n belang het in die welvaart van die onderdane, en dat die gemeenskap nie genoeë neem met die feit dat die onderdaan sonder enige grondige redes selfmoord pleeg nie ⁽³⁾. Die teks spreek ook duidelik ten gunste van 'n bepaalde soort straf ⁽⁴⁾ en dat selfmoord oor die algemeen nie goedgekeur is nie ⁽⁵⁾.

Waar die gemeenskap se belange ook natuurlik veral na vore kom, is die spesiale reëling wat daar gegeld het ten aansien van soldate.

-
- (1) D48:21:3:4: "Si quis autem taedio vitae, vel inpatientia doloris alicuius vel alio modo vitam finierit, successorem habere divus Antoninus rescripsit".
 - (2) MARCIANUS verklaar in D48:21:3:6: "Sic autem hoc distinguitur, interesse qua ex causa quis sibi mortem conscivit: sicuti cum quaeritur, an is, qui sibi manus intulit et non perpetravit, debeat puniri, quasi de se sententiam tulit. Nam omnimodo puniendus est, nisi taedio vitae vel inpatientia alicuius doloris coactus est hoc facere. Et merito, si sine causa sibi manus intulit, puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parcet".
 - (3) Hy moes 'n grondige rede aanvoer. Die agterliggende gedagte is dat hy egter wel verplig word om 'n verduideliking vir sy optrede te lewer.
 - (4) Let op die gebruik van debeat puniri.
 - (5) In D48:21:3 pr. verwys MARCIANUS na die selfmoordhandeling as non enim facti sceleritatem.

Waar 'n soldaat gepoog het om selfmoord te pleeg en hy nie suksesvol was nie, word hy ter dood veroordeel, tensy hy een of ander goeie rede kan aantoon waarom hy hierdie handeling gepleeg het ⁽¹⁾. Die gemeenskap het verder sy belang in die soldaat se welvaart getoon deur te verbied dat 'n soldaat gekastreer mag word, self al het die soldaat toegestem ⁽²⁾.

Sekere dade soos owerspel was misdade en was strafbaar ten spyte van die feit dat die partye toegestem het tot die handeling ⁽³⁾. Daar kan dus die afleiding gemaak word, dat in die algemeen daar sekere misdade was, waar die benadeelde wel tot 'n benadeling kon toestem maar dat hierdie nie die algemene reël was nie.

Breithaupt, ⁽⁴⁾ wat veral geskryf het oor die beginsel van toestemming in die Romeinse reg, beweer dat die verweer van toestemming 'n baie wye gelding gehad het in die Romeinse reg en dat die delikte wat 'n suiwer publiekregtelike karakter gehad het, baie min was. Uit bostaande blyk egter duidelik dat daar nie van 'n vaste patroon in die Romeinse reg gepraat kan word nie en dat in enkele gevalle die dader ten spyte van die aanwesigheid van toestemming, nogtans gestraf is.

-
- (1) So verklaar MARCIANUS D48:19:38:12: "Miles, qui sibi manus intulit nec factum peregit, nisi inpatientia doloris aut morbi luctusve alicuius vel alia causa fecerit, capite puniendus est: alias cum ignominia mittendus est". Dit was natuurlik 'n baie groot straf vir 'n soldaat indien hy oneervol ontslaan was. Hierdie straf het hom dan natuurlik te beurt geval, indien sy redes voldoende was.
- (2) D48:8:4.
- (3) Vergelyk D48:5:2:4: "Qui hoc dicit lenocinio mariti se fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est huiusmodi compensatio admissa. Ideo si maritum velit reus adulterii lenocinii reum facere, semel delatus non audietur".
- (4) "Volenti non fit Iniuria" op bladsy 6, 7 en verder soos aangehaal deur Strauss, proefskrif, op bladsy 368 en verder.

Ek is van mening dat die afwesigheid van 'n algemene gemeenskapsopvatting grotendeels gekoppel is aan die feit dat die privaatreë 'n strafkarakter gehad het, en dat dit verder moeilik is om uit die fragmentariese tekste 'n duidelike beeld te kry.

Vervolgens wil ek die Romeins-Hollandse reg ondersoek. Reeds by die aanvang van hierdie ondersoek wil ek daarop wys dat alhoewel daar heelwat teenstrydighede in die Romeins-Hollandse reg is, die sentrale gedagte aangetref word dat daar nie 'n algemene reg oor die liggaam bestaan het nie. Hierdie reël het vir beide die strafreg en die privaatreë gegeld.

DAMHOUDER, ⁽¹⁾ wat oor die onderwerp skryf, skryf dat mense wat hulself beseer met die opset om selfmoord te pleeg, of wat hulself beseer met opset, dieselfde straf opgelê moet word asof hulle 'n ander beseer het ⁽²⁾. Die ratio vir hierdie stelling van DAMHOUDER is tweeledig: Geen persoon is meester van sy eie liggaam nie en iemand wat poog om homself om die lewe te bring of homself beseer sal nog minder toegeneë wees om 'n ander te spaar ⁽³⁾. Die algemene gemeenskapsopvatting blyk dus duidelik dat 'n mens nie 'n algemene reg oor sy liggaam het nie, en indien hy homself besering toedoen dan straf die gemeenskap hom asof hy 'n derde beseer het. Wanneer iemand

(1) DAMHOUDER, "Practycke in Crimineele Saken", cap 88. Strauss, proefskrif, op bladsy 380, verwys telkens na cap 81, maar dit blyk 'n tikfout te wees.

(2) Cap 88:6: "En so wie hem-selben quetst met quaden wille, propooste oft uyt desperatie die is te punieren al oft hy eenen anderen ghequetst hadde: Want naer Rechte niemandt Meesteren is van sijn selfs leden ende lichaem: Want die hem-selben niet en heeft konnen sparen ende wachten veel min soude hy eenen anderen hebben konnen sparen ende die hem-selben quaedt ende hinderlijk is, hy sal een ander veel quader erger ende hinderlijcker zijn". Die redenasie hieragter stem baie ooreen met die van MARCIANUS D48:21:3:6. Ek het 'n vermoede dat DAMHOUDER hierdie redenasie oorgeneem het en vanaf daardie punt gewerk het.

(3) Cap 88:6.

selfmoord gepleeg het en hy suksesvol was, dan word die lyk van die selfmoordpleger aan 'n spit opgehang om dit onder die aandag van die volk te bring ⁽¹⁾. Daar was egter omstandighede waarin hierdie behandeling die lyk van die selfmoordpleger nie getref het nie ⁽²⁾. Die selfmoordpleger se testament word as ongeldig verklaar en daar kan aangeneem word dat daar beslag gelê is op sy goedere. Die rede wat DAMHOUDER vir hierdie stap gee, is dat wanneer iemand selfmoord pleeg dan, anders as in die geval van moord, vermoor hy ook sy siel ⁽³⁾. 'n Mens moet daarop let dat hierdie ratio 'n sterk religieuse ondertoon het ⁽⁴⁾. Die gemeenskapsopvatting blyk dus baie duidelik: Die mens is veronderstel om sy lewe aan God te wy, en indien hy sy eie lewe neem of homself beseer, dan word een of ander vorm van straf daaraan gekoppel ⁽⁵⁾. Daar was verdere misdade waar die

-
- (1) So verklaar DAMHOUDER cap 88:1: "Nader rechte soo wie hem-selben doodt ende't leven neemt uyt desperatie ende wanhope oft angst ende vreesse van te verliesen sijn lijf, eere oft goet, oft uyt andere gelijcke cause ende quade propooste die wer ghesleptt ende ghehanghen in een Spriet, ten spectacle, tooghe ende aensien van den Volcke omdat't Volck daer by sien en bekennen soude dat hy hem-selben ghedoodt, vermoordt ende 't leven genomen heeft. Ende de reden waerom hij ignominieuselijcker gheexecuteert ende gehangen wordt, van een ander Homicide ende doodtslagher is: Want wie een doodt, die en doodt maer't Lichaem; maer die hem-selben doodt die doodt't Lichaem ende de Ziele".
- (2) Vergelyk cap 88:3 wat verklaar: "Maer heeft hy't ghedaen uyt pijn van sieckte begaen sijnde met eenige Phrenesie groote Melancholie oft ghebreeken van sinen haestelijk ende subijtelijck ober gekomen soo werdt hy begraven op ende in't gewijde ende niet gehangen in een Spriet ende dit naer Rechte". Hieruit kan weer die religieuse ondertoon van die gemeenskapsopvatting gesien word.
- (3) Cap 88:1.
- (4) So verwys DAMHOUDER cap 88:2 en 3 na die dood van Judas as die voorbeeld van 'n selfmoordpleger.
- (5) Vergelyk cap 88:9.

toestemming van die benadeeldes irrelevant was, maar die belang wat daar beskerm is, was meer die goeie sedes van die gemeenskap ⁽¹⁾.

DE GROOT ⁽²⁾ is die volgende skrywer wat baie oor hierdie onderwerp geskryf het. DE GROOT gaan ook van die standpunt uit dat die mens nie 'n absolute reg op sy lewe het nie ⁽³⁾ en dat selfmoord gevolglik strafbaar is en hy beskryf welke prosedure daar gevolg moet word met die lyk van 'n selfmoordpleger ⁽⁴⁾. Verder maak DE GROOT die stelling dat niemand geregtig is om sy lewe kontraktueel te verbind nie, behalwe in die huwelik ⁽⁵⁾. Omdat DE GROOT selfmoord as 'n misdadad beskou het, neem ek aan dat dit sou meebring dat iemand wat 'n ander selfs op sy versoek dood, ook aan 'n misdryf skuldig sou wees. Gevolglik kon die toestemming van die oorledene nie as 'n verskoning gegeld het nie. Wat die aantasting van 'n ander se liggaam betref, is dit duidelik dat die blote aantasting van iemand se liggaam as 'n misdryf beskou is ⁽⁶⁾.

- (1) Soos in die geval van owerspel. Vergelyk cap 89.
- (2) "Inleydinge tot De Hollandsche Rechts-Geleertheyt".
- (3) 2:1:43: "'t Leven behoort ieder mensch zoo verre toe, dat hy't mag beskermen, ook met schade van den aanvaller dat hy't mag verbeuren met misdoen: dat hy't ook mag ten beste geven voor's lands dienst". Die gemenskapsopvatting het dit dus nie afgekeur waar die benadeelde in die diens van sy land gesterf het of indien daar gedood word tydens noodweer nie.
- (4) 2:1:44: "Maar vol recht heeft niemand over zyn leven: Overzulks zyn altyd in Holland strafbaar geweest, die zichzelven door opzet verdedden, schoon van geene misdaden zynde beschuldigd: Want hunne lichamen worden op een horde gesleept, en gehangen in een mik, en de goederen zyn verbeurd: zoo verre ook dat vele Handvesten toelatende uitkoop van verbeurde goederen voor een kleinen penning, nevens eenige groote misdaad, ook deze wanhoop uitzonderen".
- (5) 2:1:46: "... (M)aar niemand mag door handeling zyn lichaam verbinden, anders als tot den Echt".
- (6) 3:34:1: "Misdaad tegen 't lichaam is, waardoor iemand eenig lid word afgeslagen, verminkt, gebloedritst, of anderzins gekrenkt".

DE GROOT swyg daaroor of dit toelaatbaar was om die liggaam van 'n ander aan te tas met sy toestemming waar die gereg nie daarvan kennis dra nie ⁽¹⁾. Hy beskou die liggaam as 'n onvervreembare saak ⁽²⁾ en hy het 'n besondere opvatting oor die eiendomsreg van die liggaam sodat 'n aantasting van die liggaam deur 'n persoon self as onregmatig en selfs strafbaar beskou is.

CARPZOVIVS, ⁽³⁾ bespreek ook selfmoord en kom tot die gevolgtrekking dat dit 'n verfoeilike misdryf is ⁽⁴⁾. Wat die straf betref maak hy 'n onderskeid tussen die gevalle waar daar gepoog word om selfmoord te pleeg ⁽⁵⁾ en waar die daad voltooi is ⁽⁶⁾. Wat interessant is, in verband met poging is sy argument ten aansien van ULPIANUS se uitlatings in D15:1:9:7. CARPZOVIVS leer dat hierdie uitlatings gemaak is om te bewys dat die meester se mag per se nie so ver gestrek het oor die slaaf se lewe nie. Hy brei verder daarop

-
- (1) 2:1:46: "... (D)at ook iemand om zyn leven te behouden eenige deelen van zyn lichaam mag laten afzetten, 't welk doch meest plagt te geschieden met kennisse van't Gerechte de naaste magen daarop zynde gehoord". DE GROOT het hier 'n baie meer verligte siening as MOORMAN (infra) wat van mening was dat selfs by die aantasting om mediese redes, daar 'n geldboete aan gekoppel was.
- (2) DE GROOT 2:1:42 en 2:1:49 onderskei tussen vervreembare en onvervreembare sake. Vervreembare sake is: "... (Z)aken zyn, die uit haren aard zoo wel dien als dezen kunnen toebehooren" terwyl onvervreembare sake die is wat "... iemand zoo toebehooren, dat dezelve een ander niet zouden konnen toebehooren, als een ieder Leven, Lichaam, Vryheid, Eer".
- (3) "Practica nova imperialis Sazonica rerum criminalium in partes tres divisa", vertaal in Nedelands as "Verhandeling der lijfstraffelijke misdaden en haare berechtinge" deur D van Hogendorp, Amsterdam 1772. CARPZOVIVS het 'n groot invloed op die reg in Holland gehad, alhoewel hy oor die reg van Sakse geskryf het.
- (4) 2:13. "Dat dit waarlyk eene fchriklyke en verfoeyelyke misdaad is, zal niemand ontkennen, ja zelfs, dat hy, die zyn eygen leeven verkort, meer zondigt, dan zulk een, die een' ander' doodt, blykt daaruyt, dat hy, die eens anders leeven beneemt, zyn lighaam slechts te dooden gezegd wordt, doch die ziele te dooden onmagtig is: doch hy, die zich zelve doodt, verderft waarlyk en ziel en lighaam op eene gruwzaame wyse".
- (5) 2:17.
- (6) Dié wat hulself in raserny of kranksinnigheid gedood het, word op die gewone wyse begrawe. Dié wat hulself om die lewe bring (Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

uit dat die uitlatings nie op die natuurreg gebaseer is nie ⁽¹⁾. Wanneer 'n persoon homself opsetlike beseer moet hy op dieselfde wyse gestraf word as wanneer hy 'n ander beseer het.

CARPZOVIVS verklaar ⁽²⁾: "... (D)at hy, die zich zelve quetst, diezelfde straffe moet ondergaan, waarmede hy zou moeten gestraft worden, indien hy een' ander' gequest hadde ...". Hy meld verder dat dit ten doel gehad het, die afskrikking van mense wat hulself opsetlik beseer.

MATTHAEUS ⁽³⁾ wys daarop dat die benadering van die Romeinse reg teen die Christelike beskouings is. Gevolglik verwerp hy alle ver-
skonings vir selfmoord. Volgens MATTHAEUS moet die persoon met die swaard gestraf word, ongeag om welke rede hy gepoog het om selfmoord te pleeg ⁽⁴⁾. MATTHAEUS het nog die gewoonte waarvolgens die lyk aan die mik gehang word, goedgekeur. Volgens MATTHAEUS het die mens geen reg op sy eie liggaam nie en moet hy sy liggaam aan God wy.

VAN LEEUWEN ⁽⁵⁾ stel die strafbaarheid van selfmoord veel enger. Volgens hom is selfmoord as sodanig nie strafbaar nie, tensy dit

om redes soos skaamte oor skuld, ens, word begrawe in afsondering. So 'n begrafnis het bekend gestaan as 'n honde-begraving. Vergelyk CARPZOVIVS 2:18.

(1) 2:14.

(2) 2:27.

(3) "De Criminibus", 48:5:1:9-11.

(4) ibid.

(5) "Het Roomsche Hollandsche Recht", 4:34:12. So verklaar hy: "Die hem self om het leven brengt, en zijn eigen dood moetwillens veroorzaakt, of, en hoe die gestraft moet worden, staat dit aan te merken, dat de dood van de sodanige niet strafbaar is, ten zy dat wetlijk blijkt, dat die persoon hem selven met opsetten wil, uit boosheid, na begane misdaad, uit wroeging van zijn gewis, en om de straffen te ontgaan, heeft om gebragt: Maar werden die geen de welk haar sonder aan voorgaande misdaden schuldig te zijn, alleen uit mistroostigheid en wanhoop te kort doen, niet strafbaar gehouden".

blyk dat dit met opset en boosheid begaan is, nadat die oorledene 'n misdaad gepleeg het en hy sodoende die straf probeer vryspring. Hy skryf oor 'n wet ⁽¹⁾ wat beslaglegging op die goedere van 'n persoon wat oënskynlik selfmoord gepleeg het, verbied, tensy daar 'n ondersoek gehou is om te bepaal om welke rede die daad gepleeg is ⁽²⁾. Verder swyg VAN LEEUWEN oor die gevalle van mislukte selfmoordpogings. Wat verder interessant is, is dat alhoewel VAN LEEUWEN die geregverdigde doodslag van 'n mens op verskeie plekke bespreek, hy nie noem dat doodslag met die toestemming van die oorledene gepleeg mag word nie ⁽³⁾.

Alhoewel PUFFENDORF ⁽⁴⁾ dit meer benader vanuit die oogpunt van 'n reg/verpligting-verhouding is sy standpunt veral interessant ⁽⁵⁾. Hy werk van 'n basis dat elke mens 'n plig teenoor homself het, om homself op so 'n wyse te gedra dat alle kragte gespaar kan word ter ere van die diens van God ⁽⁶⁾. Wat 'n mens se reg om sy lewe betref

-
- (1) Die Oktrooi van Koning Philips aan die inwoners van Kennemerland gedateer 24 Maart 1561.
- (2) 4:34:12.
- (3) 4:34:11. So word die gewone gevalle van noodweer genoem en die dood van 'n nagtelike dief of 'n owerspelpleger, maar daar word geheel en al geswyg en aansien van toestemming. Moontlik was doodslag met die toestemming van die oorledene nie geregverdig nie.
- (4) "De Officio Honinis et Civis Secundum Legem Naturalem", deur Samuel von PUFFENDORF, vertaal deur F G Moore Volume II.
- (5) PUFFENDORF was 'n Duitser en hy het oor die Natuurreg geskryf. Sy standpunt is egter relevant vir die huidige onderwerp.
- (6) 2:5:3: "And since disordered and violent passions are not only an incentive to disturb society, but also greatly injure the man himself, one must consequently take pains to restrain one's passions so far as possible. And because many dangers can be repelled, when one faces them courageously, faintness of heart must be banished, and the mind steeled against the fear of danger".

verklaar PUFFENDORF dat die mens sy lewe van God ontvang het, en as sodanig onder 'n verpligting staan om sy lewe te bewaar, en hy beskou dit as 'n oortreding van die natuurreg indien iemand sy eie lewe neem ⁽¹⁾. PUFFENDORF verklaar dat 'n mens onder 'n plig staan om homself nie kwaad aan te doen nie en nog minder homself in 'n posisie te plaas waar die moontlikheid van 'n gevaar op sy lewe groot is ⁽²⁾. Hy is van mening dat 'n mens nie meester is van sy eie liggaam nie, maar dat hy wel om mediese redes sekere van sy ledemate kan laat verwyder ⁽³⁾. Wat die verweer van toestemming betref is PUFFENDORF van mening dat dit min of meer dieselfde as 'n tipe belofte of ooreenkoms is ⁽⁴⁾. Ook hier is PUFFENDORF baie streng en hy verklaar dat iemand nie mag toestem tot 'n onwettige daad nie ⁽⁵⁾. Hy beskou die toestemming tot liggaamlike leed as 'n onwettige daad en gevolglik sou so 'n persoon nie regsgeldiglik tot onredelike benadeling ⁽⁶⁾ kon toestem nie.

- (1) 2:5:4: "But those who in weariness of the annoyances which commonly attend human life, or in protest against misdeeds which would not have made human society ashamed of them, or in fear of pains which might have been bravely endured, a helpful example for others; or those who with an empty display of loyalty of courage throw away their own lives - all these are certainly to be thought sinners against the natural law".
- (2) 2:5:4: "For it would be foolish vainly to join company with another who is to perish, or, being an extraordinary man, to meet death for a worthless one".
- (3) 2:5:19: "Although otherwise a man has no right over his own members, to mutilate or destroy them at discretion, he will however be permitted to cut off a member attacked by an incurable disease, that the whole body may not perish, or that parts still sound may not be involved, or that the use of other members may not be hampered by a useless appendage".
- (4) 2:9:8.
- (5) 2:9:20.
- (6) Ek gebruik die woord onredelik hier, betekende contra bonos mores.

HUBER, ⁽¹⁾ wat oor die reg van Oos-Friesland geskryf het bespreek nie die vraag of selfmoord as 'n misdadig beskou moet word nie. Hy maak wel melding daarvan dat die selfmoordpleger 'n eerlose begrafnis moet kry ⁽²⁾. HUBER bespreek wel die onderskeie verskoningsgronde ten aansien van misdade, maar hy meld nie toestemming as verskoningsgrond nie ⁽³⁾. Hy leer verder dat by deelname aan 'n tweegeveg beide die partye strafbaar is ⁽⁴⁾. HUBER noem die voorbeeld van 'n vrou wat geskaak word met haar toestemming, en die daders dan in elk geval gestraf word, ten spyte van haar toestemming ⁽⁵⁾. Dit wil voorkom asof HUBER nie toestemming as 'n geldige verweer beskou het nie, en dat die mens nie 'n absolute reg oor sy liggaam het nie ⁽⁶⁾.

VOET ⁽⁷⁾ verwerp die benadering van die Romeinse reg en verklaar dat die mens sy liggaam ter ere van God moet wy en dus geen reg oor sy eie ledemate het nie ⁽⁸⁾. VOET beskou selfmoord nog as 'n misdadig en keur

(1) "Hedendaegse Rechts-Geleertheit".

(2) HUBER 6:13:47: "Lieden die haer self om den hals hebben gebracht, als sy niet buiten hare zinnen geweest zijn, worden gemeenelyk onder de galge begraven, of om reeden, heimelyk onder gezet".

(3) Sien byvoorbeeld 6:1:1 en verder veral 6:10:1-10.

(4) 6:9:11. Die persoon wat die geveg begin het, word dubbeld gestraf.

(5) 6:6:18: "Jae bloot schaeken van een vrouw-mensch, wordt met de doot gestraft, ook selfs tegens de dienaers ende helpers, al geschiedt het met wille van't vrouw-mensch, volgens Keyserlijke Rechten, maer onse Ordonnantie geeft de straffe des doods niet anders, als om geweldelyk wech-voeren, ende misbruiken; waer uit volgt, dat het schaeken alleen niet doodelyk is".

(6) Veral van die skrywer se benadering van die verwer 6:10:1 en verder kan dit afgelei word.

(7) "Commentarius ad Pandectas".

(8) 9:2:1.

dit goed dat die lyk aan 'n mik gehang word, indien die oorledene om ander redes as kranksinnigheid selfmoord gepleeg het ⁽¹⁾. Poging tot selfmoord word deur VOET as 'n baie ernstige misdaad beskou wat uitroep om straf ⁽²⁾.

Die volgende skrywer wat besonder baie aandag aan die onderwerp geskenk het, was MOORMAN ⁽³⁾. MOORMAN begin van die uitgangspunt werk dat niemand die reg het op sy eie liggaam nie, ⁽⁴⁾ gevolglik het niemand die reg om selfmoord te pleeg nie. 'n Persoon wat selfmoord wil pleeg mag ook nie 'n ander versoek om hom om die lewe te bring

-
- (1) 48:21:2: "But if the deed has been committed of set purpose owing to weariness of life, or for other reasons apart from madness or insanity, it seems that the usage adopted in many places is not greatly to be disapproved. By that usage the corpse is hung from a pillory, or is dragged out of the town with an executioner's hooks and buried under a gallows, so that others may be scared from trying like acts, unless close friends have bought freedom from such infamy with money". (Gane se vertaling).
- (2) 48:21:2: "If therefore a person has laid violent hands upon himself owing to a guilty conscience, in order to destroy himself, he must be punished with the sword according to the writer named below. Should this perhaps seem too harsh to anyone, since homicides which have been attempted but not completed are by customs of today not subject to the usual punishment of the Cornelian law, as has been stated elsewhere, such an act will have to be avenged at least by a somewhat sharp extraordinary punishment. That is because one who has not spared himself is regarded as much less likely to spare others, unless he is scared by the notion of punishment". (Gane se vertaling).
- (3) "Verhandelinge ower die Misdaden", voltooi en gepubliseer deur J J Hasselt.
- (4) 2:11:4.

nie (1). 'n Persoon wat 'n ander om die lewe bring, kan gevolglik nie die verweer opwerp dat die oorledene toegestem het nie (2).

Omdat 'n persoon nie die reg op sy liggaam het nie, mag hy gevolglik ook nie homself beseer nie. Dit is 'n baie interessante aspek van MOORMAN se leerstuk en dit toon weer dat die gemeenskap 'n belang het in die welvaart van die onderdane (3).

MOORMAN leer verder dat waar 'n ledemaat van 'n toestemmende, om mediese redes verwyder word dit net strafbaar is met 'n geldboete (4).

Weereens vind ons dat MOORMAN 'n tweeledige ratio aanvoer vir sy stelling.

Die mens is nie meester oor sy eie liggaam nie en 'n persoon wat homself nie spaar nie, sal ook nie sy naaste spaar nie (5). Strauss (6)

kritiseer MOORMAN se uitleg van D9:2:13 en verklaar:

"(D9:2:13 is) ... 'n stelling van die Romeinsregtelike beginsel dat iemand eiendomsreg kan vestig alleenlik op sake buite sy liggaam. Omdat die actio legis Aquiliae oorspronklik gegrond wat op die inbreukmaking op 'n ander se eiendomsreg oor 'n slaaf of 'n bees, kon die actio legis Aquiliae directa nie verleen word waar geen inbreukmaking op eiendomsreg plaasgevind het nie. Daarom is die actio utilis vanweë liggaamsbeserings verleen. Dit sou m.i. onregverdig wees om die aangehaalde stelling te gebruik as gesag daarvoor dat toestemming tot aantasting van liggaamsdele 'n dader nie van aanspreeklikheid onthef nie, as sou 'n beskikking nie in die mag van die benadeelde val nie".

(1) 2:11:4: "Dus is gebleken dat iemand geen meester is over zyn eigen leven soodanig, dat hy selfs aen een ander geen macht kan geven om hem te doden, want soo iemand, die sulx gedaen hadde, soude daerom niet te verschonen zyn, dus lesen wy ook, dat den Koning David heeft laten doden dien jongen, dewelke Saul op zyn toelatinge van het leven berooft hadde".

(2) MOORMAN 2:11:4.

(3) 2:11:2. Hier praat MOORMAN van "... dat het welvaren van een Regeringe niet soo seer door ...". Daar word dus begin om die bestaan van die misdaad te koppel aan die Regering (gemeenskap) se belang in die handeling.

(4) 2:11:5: "En gaet dit soo verre, dat niemant niet alleen van syn leven, maer selfs ook niet van de ledemaaten van syn lichaem meester is, en dat over sulx sich niemant uit pyn een lid mag afsnyden, gelyk de Heer Professor Feltman soo een geval verhaelt van iemand, die sich wegens pyn, de teen hadde afgehakt, die daer over in eene geltboete is verwesen".

(5) 2:11:2.

(6) Proefskrif, op bladsy 366.

Dit is egter duidelik dat MOORMAN nie net uitsluitlik op D9:2:13 steun vir sy standpunt nie, maar dat dit ook 'n Bybelse ondertoon het (1).

SCHORER (2) merk op dat daar sekere strawwe opgelê is op dié wat hulself vermink het. Hy plaas deelneming aan tweegevegte ook in dieselfde kategorie (3).

VAN DER KESSEL (4) in sy voorlesinge oor DE GROOT bespreek DE GROOT (5) se stelling dat selfmoord 'n misdad is en dat die oorledene se bates

(1) Vergelyk ook verder MOORMAN se algemene verbod op die misbruik van sake Inl 3:5.

(2) SCHORER, op DE GROOT 2:1:44 bespreek die reël dat mens nie mag selfmoord pleeg nie. Hy wys daarop dat DE GROOT baie beïnvloed was deur die Bybel. Hy maak sekere opmerkings dat daar wel gevalle was waar daar die reg om selfmoord te pleeg bestaan het, soos waar die Jode in die hande van die barbare geval het en liewers selfmoord gepleeg het, as om gemartel te word. Dit is duidelik dat die selfmoord in sulke gevalle wel geregverdigbaar was. SCHORER haal die voorbeeld aan van die kaptein van 'n skip, wat die skip self opgeblaas het om sodoende te verhoed dat die skip in die hande van die vyand val. Aan die hand van hierdie voorbeeld het Koning Gustavus Aldolphus van Swede aan een van sy kapteins opdrag gegee om sy skip aan die brand te steek en hy was gevolglik verskoon van die misdad van selfmoord.

(3) Waar dit gaan om tweegevegte, word dit natuurlik ook onder die misdad selfmoord gebring. Die "toestemming" van die ander party was irrelevant en die straf moet dieselfde wees as in die geval van moord. Waar die oorledene selfmoord gepleeg het om die straf van 'n misdad te ontvlug, word sy goedere verbeurd verklaar. Die Aanteekeninge van SCHORER dui duidelik die besondere gemeenskapsopvatting van sy tyd aan. Selfmoord was 'n misdad, maar indien dit tydens braafheid of dapperheid gepleeg is, byvoorbeeld in die belang van die land, was dit verskoonbaar. In geval van gewone selfmoord, sonder om 'n misdad te probeer ontwyk, kon die erfgename 'n afkoopboete betaal om te verhoed dat die oorledene se goedere verbeurd verklaar word. Verder leer SCHORER, op DE GROOT 2:1:44 dat die lyk van iemand wat in 'n tweegeveg oorlede is, onbegrawe moet bly. Verder was die reëling weer dat so 'n oorledene in die nag, sonder enige roubetuiging begrawe moet word en dat daar 'n boete van die oorledene se goedere verhaal word.

(4) "Voorlesinge oor die Heedendaagse Reg na aanleiding van DE GROOT se 'Inleiding tot De Hollandse Rechtsgeleerdheid'", op DE GROOT 2:1:43, Amsterdam/Kaapstad uitgawe, band II bladsy 27.

(5) Vergelyk (infra) die bespreking van VAN DER LINDEN.

verbeurd verklaar moet word. VAN DER KEESEL verwys na TOBIAS BOEL, wat ook kommentaar gelewer het op DE GROOT. VAN DER KEESEL kritiseer BOEL se uitlating dat DE GROOT se stelling ooreenkomstig die Romeinse reg was, aangesien VAN DER KEESEL van mening was dat dit nie die geval was nie ⁽¹⁾. VAN DER KEESEL maak die volgende opmerking ⁽²⁾:

"Maar daardie (straf) reël vind nouliks vandag nog algemene toepassing. Want die verbeurdverklaring van goed is in die jongste reg van Holland geheel en al afgeskaf, en daar bestaan teenswoordig in Holland geen voorbeelde van die beskimping wat die lyk aangedoen word indien dit nie seker is dat die selfmoord met bewustheid van die misdaad gepleeg is nie, hoewel dit stellig nie te ontken val nie dat die openbare belang tog enigsins vereis dat so 'n ernstige misdaad nie openlik straffeloos gepleeg behoort te word nie".

Dit blyk dus dat in VAN DER KEESEL se tyd en volgens sy oortuigings die verbeurdverklaring van die oorledene se goedere afgeskaf is. VAN DER KEESEL is nogtans van mening dat so 'n handeling strafbaar sowel as afkeuringswaardig is ⁽³⁾. Wat die toestemming ten aansien van die verwydering van ledemate om gesondheidsredes betref, blyk dit dat die benadeelde nie sonder meer kon toestem tot so 'n handeling nie. Die toestemming van die balju of die skout moes verkry word. VAN DER KEESEL is van mening dat die wette later die vorm aangeneem het, nie meer om die mense se toestemmingsmag aan bande te lê nie, maar om hulle te beskerm teen oorhaastige snydokters ⁽⁴⁾.

-
- (1) So verklaar VAN DER KEESEL op DE GROOT 2:1:43, band 2 op bladsy 27: "Want die woorde van die gemelde wette dui nie op so 'n vertolking nie en die stelsel van ons reg laat dit ook nie toe nie, daardie toepassing van die Romeinse reg immers by ons behoort te verval op hierdie stuk waar ons die beginsels daarvan as sodanig nie oorgeneem het nie; want in daardie stelsel was selfmoord nie ongeoorloof nie".
- (2) Op DE GROOT 2:1:43 band 2, op bladsy 27.
- (3) VAN DER KEESEL, op DE GROOT 2:1:44 band 2, op bladsy 29, wat die geval noem van art 45 van die Groot Privilegie van Maria van Boergondië, wat dit verbied het om hulp te verleen aan drenkelinge wat gepoog het om hul eie lewens te neem. Hierdie gebruik is later afgeskaf.
- (4) Op DE GROOT 2:1:45 band 2, op bladsy 31: "Wie ter wille van sy (Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

VAN DER KESSEL lewer geen verdere kommentaar oor wat DE GROOT geskryf het nie. Dus neem ons aan dat hy ook van mening is dat die mens nie 'n absolute reg oor sy liggaam het nie. Onredelike toestemming sou dus vir VAN DER KESSEL ongeldig gewees het ⁽¹⁾.

VAN DER LINDEN ⁽²⁾ verwerp die Stoïsynse benadering van die Romeinse reg ⁽³⁾ en verklaar dat selfmoord 'n ongeoorloofde handeling is. Hy noem egter sekere gronde waarvolgens die selfmoord verskoon kan word ⁽⁴⁾. Alhoewel VAN DER LINDEN nie meer selfmoord as 'n misdaad beskou nie, wys hy daarop dat daar 'n sekere smet aan hierdie tipe handeling kleef ⁽⁵⁾. Hierdie smet kleef vandag nog aan sekere gevalle van selfmoord ⁽⁶⁾.

gesondheid of sy genesing opdrag gee dat 'n lid van sy liggaam afgesny of geopereer moet word, mag dit in sommige plekke ook vandag nog nie buite kennis van die balju of die skout doen nie, soos toegelig word deur die keure van die blajuskap van Delftland en die stad Beverwyk. Maar daardie reëls van 'n meer resente datum skyn opgestel te wees eerder met die doel om die onbedrewenheid en onverskilligheid van snydokters en steensnyers te beteuel, as om die vryheid van pasiente aan bande te lê".

- (1) Wanneer VAN DER KESSEL die deelname aan 'n tweegeveg bespreek, maak hy geensins melding van die feit dat dit inderdaad instemmende partye tot die tweegeveg was nie. Hy gaan bloot van die standpunt af uit dat daar geen toestemming was nie. (Vergelyk sy kommentaar op DE GROOT 3:33:9, Deel V, op bladsy 351).
- (2) "Rechtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek".
- (3) Vergelyk ook my bespreking van MARCIANUS D48:21:3:4 op bladsy 77 hierbo.
- (4) "Supplementium ad Voetium", 9:2:11.
- (5) So verklaar hy in sy "Koopmans Handboek", 2:5:14: "Schoon de Zelfsmoord ongetwijffeld eene ongeoorloofde daad is, behoort zij egter niet onder de misdaden, die met openbaare straffe gewroken worden. Volgens de zeer oude gebruiken van dit Land werden de lijken der zelfsmoorders op eene horde gesleept, gehangen in een mik, en hunne goederen verbeurd verklaard; doch deeze gewoonte is reeds voor zeer lang in onbruik geraakt - Alleenlijk worden zij in stilte, zonder statie, ter aande besteld".
- (6) Vergelyk die opmerkings van appèlregter Rumpff (soos hy toe was) in Ex Parte Minister van Justisie: In re S vs Grotjohn 1970(2) SA 355(A) op bladsy 366E.

VAN DER LINDEN behandel tweegevegte en hy wys op die ongeoorlooftheid daarvan ⁽¹⁾. Die gemeenskap se opvatting word al hoe meer in ag geneem en by die blote verwonding van 'n onderdaan is die feit dat hierdie verwonding met sy toestemming geskied het, irrelevant.

Indien ek nou 'n gevolgtrekking maak, wil ek die stelling waag dat die meeste, inteendeel op 'n enkele uitsondering na, al die Romeins-Hollandse skrywers en ander wat nou wel nie oor die Romeins-Hollandse reg geskryf het nie maar tog invloedryk was soos CARPZOVIVS, HUBER en PUFFENDORF die mening huldig dat die mens nie 'n absolute reg oor sy lewe het nie. Verder mag daar nie sonder meer van sy ledemate geamputeer word nie, tensy 'n grondige mediese rede daarvoor bestaan. Indien die mens dus tot 'n onredelike benadeling toestem, word hierdie toestemming as pro non scripto beskou en word die besondere misdaad gepleeg. Gemeenregtelik moet toestemming om geldig te wees, nie teen die gemeenskapsopvatting indruis nie.

Wat die Amerikaanse strafreg betref kan die reël soos volg neergelê word:

"Although the cases are replete with broad general statements that consent is a defence in a prosecution for assault, most of these statements are drawn from cases involving sexual cases of one kind or another, and in the few cases which have involved an actual battery, without sexual overtones, the courts have

(1) VAN DER LINDEN, "Koopmans Handboek", 2:5:15: "Tot de misdaden tegen het lichaam, waar van wij in het opschrift deezer Afdeling gewaagden, brengen wij het wonden en kwetsen, als mede de tweegevechten. Voor zoo verre wonden doodelyk zijn, hebben wij'er reeds hier vooren van gesproken, doch de niet doodelyke wonden worden, behalven de verpligting tot schade-vergoeding, naar de Keuren van een aantal Steden en Dorpen, met geldboeten gestraft - Voor zoo verre egter het wonden met verzwarende omstandigheden gepaard gaat, en daar door onder de misdaad van geweld behoort, geeft zulks dikwerf grond tot eene arbitraire straffe". Hy wys op die wette waarvolgens dit ongeoorloof was om 'n ander uit te daag tot 'n tweegeveg, en wat vereis dat indien enige persoon hoor dat 'n tweegeveg gaan plaasvind, hy die owerhede daarvan in kennis moet stel. Indien 'n persoon 'n ander in so 'n tweegeveg om die lewe bring, was die straf die doodstraf.

usually taken the view that since the offence in question involved a breach of the public peace as well as an invasion of the victim's physical security, the victim's consent would not be recognised as a defence, at least where the battery is a severe one (1)".

In People vs Gray (2) het die Hof van Kalifornië beslis dat waar die benadeelde tydens die maak van 'n rolprent ernstig aangerand is, die feit dat die benadeelde toegestem het, nie as verweer geopper kan word op 'n aanklag van aanranding nie. Die Hof is van mening dat die verweer van toestemming op 'n aanklag van aanranding beperk moet word tot beserings wat in die gewone alledaagse deelname aan sport, ooreenkomstig die reëls van die besondere sport, opgedoen is. Die verdere voorwaarde is dat die "sportsoort" 'n erkende sportsoort moet wees. Ook het die Hof in State vs Fransua (3) van die standpunt uitgegaan dat waar die benadeelde die dader uitgedaag het om hom te skiet, dit nie 'n geldige verweer was op 'n aanklag van aanranding nie (4).

Wat die Amerikaanse deliktereg betref, het 'n mens met verskeie probleme te kampe by die vasstelling van die draagwydte van die toestemmingsleerstuk. Een van die eerste probleme is dat daar nie altyd onderskei word tussen medewerkende nalatigheid en

-
- (1) Shipley, "Consent as Defence to Charge of Assault and Battery", 58 ALR(3d) 662 op bladsy 664.
 - (2) (1964) Cal App 2d 76, 36 Cal Rptr. 263 soos aangehaal 58 ALR (3d) 664.
 - (3) 58 ALR(3d) 656.
 - (4) So verklaar die Hof op bladsy 658: "Defendant asserts that the actions of the victim in procuring the weapon and inviting the defendant to shoot him constitutes consent to the shooting and as such is a good defence to the crime of aggravated battery. We cannot agree. It is generally conceded that a state enacts criminal statutes making certain violent acts crimes for at least two reasons, one reason is to protect the persons of the citizens, the second, however, is to prevent a breach of the public peace".

vrywillige aanvaarding van risiko nie ⁽¹⁾. Tweedens wanneer die stelling gemaak word dat 'n aanvaarding van risiko nie vrywillig was nie, kan daar net sowel verklaar word dat dit ongeldig was ⁽²⁾.

Oor die algemeen wil dit voorkom asof die Amerikaanse reg se onderskeid tussen medewerkende nalatigheid en vrywillige aanvaarding van risiko baie vaag is ⁽³⁾. Die vraag of die benadeling wat die benadeelde ly,

-
- (1) So verklaar Schopler, 82 ALR(2d) 1218, "The Distinction Between Assumption of Risk and Contributory Negligence" op bladsy 1226: "While the courts generally adhere to the view that assumption of risk and contributory negligence are separate and distinct defences, their attempts to formulate the distinction between the two have, as recognized by some courts, resulted in great confusion. Ordinarily the distinctions made by the courts are not too helpful".
- (2) So verklaar Strauss, proefskrif op bladsy 392: "Waar in die literatuur van hierdie lande die stelling aangetref word dat daar in 'n besondere geval nie aanvaarding van risiko is nie, of dat daar wel aanvaarding van risiko is maar dit nie vrywillig is nie, sou ewe goed gesê kan word dat daar wel vrywillige aanvaarding van risiko is, maar dat dit nie geldig is (om die dader van aanspreeklikheid te onthef) nie. Waar die stelling soms gemaak word dat die benadeelde nie kan toestem tot 'n risiko of 'n risiko kan aanvaar nie, word weer klaarblyklik bedoel dat vrywillige aanvaarding van risiko in daardie besondere geval nie as verweer geld nie. 'n Poging om die standpunt van die Engelse en Amerikaanse reg te bepaal oor die grense waarbinne vrywillige aanvaarding van risiko uitsluit, word verder bemoeilik deur die feit ... dat die uitdrukking 'vrywillige aanvaarding van risiko' in soveel verskillende betekenisse aangewend word".
- (3) So verklaar die Hof in Webner vs Eaton (1947) 82 App D C 66, 160 F(2d) 577 soos aangehaal 82 ALR(2d) op bladsy 1231: "Contributory negligence and assumed risk are so closely related as sometimes to be almost, if not entirely, indistinguishable. In cases which do not arise between master and servant, the two terms may well be considered synonymous in the sense that one who voluntarily places himself in a perilous position, when the potential danger is apparent, is not exercising ordinary care for his own safety. But in another sense a difference between contributory negligence and assumed risk is easily discerned, since the former depends entirely upon conduct and the latter involves a mental state of willingness".

teen die gevoel van die gemeenskap indruis, geniet nie baie aandag nie ⁽¹⁾. Dit blyk dat waar daar nalatigheid aan die kant van die verweerder bewys word, vrywillige aanvaarding van risiko gelyk gestel word aan medewerkende nalatigheid ⁽²⁾. Waar die eiser egter self "... assumes the risk of wilful and wanton misconduct and is injured or killed thereby a cause of action for such injury or death is barred... The true defense in these cases is the doctrine of assumptions of the risks ⁽³⁾". Wat die Amerikaanse privaatreë betref, wil dit voorkom dat die benadeelde tot enige benadeling kan toestem en hierdie toestemming 'n geldige toestemming sal wees ⁽⁴⁾. Dit is egter nie die geval in die strafreg nie ⁽⁵⁾.

Wat die Engelse reg betref, verklaar Flemming ⁽⁶⁾ dat dit eienaardig is dat alhoewel by 'n aanklag van aanranding bevind word dat die toestemming van die benadeelde ongeldig is, dieselfde toestemming wel geldig is vir die deliktereg.

-
- (1) Vergelyk oor die algemeen Schopler, a w op bladsy 1237 en verder.
- (2) So verklaar Schopler, a w op bladsy 1256: "Where a risk has been created by defendant's breach of duty toward the plaintiff, the problem of voluntary assumption of risk overlaps the contributory negligence problem, or rather, is a phase of that problem. In Frelick v Homeopathic Hospital, ... an action for injuries sustained by a visitor in defendant's hospital when, on the way back, she tripped over a chain which was stretched across a small corner of the parking area between two brick pillars, it appearing from the evidence that she knew that the chain was there; the court treated the defenses of assumption of risk and contributory negligence as presenting only one defense, namely, contributory negligence".
- (3) Roberts vs King (1960) Ga App 518, 116 SE (2d) 885 soos aangehaal 82 ALR (2d) 1257.
- (4) Vergelyk Schopler, a w op bladsy 1257.
- (5) Vergelyk my bespreking hierbo op bladsy 92 en verder.
- (6) "The Law of Torts", op bladsy 80.

Flemming verklaar dat die ratio vir die ontneming van die eiser se eis nie gesoek moet word in die leerstuk van toestemming tot benadeling nie:

"It is poor public policy to permit two wrongdoers to finish their quarrel in the courts and put a problem on criminality by giving to one, who has joined in a criminal offence, a remedy for injuries for which he could not recover if he were innocent. The better opinion is, therefore, to deny redress to each participant, whether it be on the ground of consent or ex turpi causa non oritur actio (1)".

Williams (2) verklaar dat die openbare belang wel 'n faktor is wat die geldigheid van die toestemming bepaal en dat... "a party should be incapable of giving effective consent to the risk of negligence if such consent would be against the public policy (3)".

As voorbeeld van sodanige toestemming wat teen die openbare belang indruis, noem Williams die saak van Wheeler vs New Merton Board Mills (4) waar daar 'n statutêre plig gerus het op die verweerders om

(1) *ibid.* James, "General Principles of the Law of Torts", kritiseer hierdie standpunt en verklaar op bladsy 42: "Ex turpi causa non oritur actio" is a well-known maxim of the law of contract, and it means that where the contract upon which the plaintiff seeks to rely is unlawful he will not, in general, be allowed to succeed in his action - for the courts will not enforce an illegality. How far this principle applies in tort, or whether it should even be applied at all is doubtful; though a few instances of its application are to be found. The reason for this would seem to be that whereas a contract is by definition a joint venture, as between plaintiff and defendant a tort is not, and any element of illegality that there may be in the plaintiff's conduct we usually, in tort, have no direct connexion with the injury the defendant inflicts upon him".

(2) "Joint Torts", op bladsy 312.

(3) Vergelyk egter Williams, "Joint Torts", op bladsy 313, waar hy die voorbeeld noem van A wat wil selfmoord pleeg en voor 'n bus inspring. Volgens Williams sal die bestuurder die verweer van toestemming sowel as medewerkende opset tot sy beskikking hê. Dit wil voorkom dat Williams aanvaar dat die bestuurder wel nalatig opgetree het.

(4) 1933 2 KB 669(CA).

'n sekere masjien so te omhein dat dit nie gevaar vir die publiek inhou nie. Die verweerders versuim om hierdie stappe te doen en die eiser wat bewus was van die gevaarlike toestand, word beseer. Tereg bevind die Hof dat die verweer van volenti non fit iniuria nie van toepassing is nie, aangesien die toestemming van die eiser teen die gemeenskap se oortuigings sou indruis. Wat die res van die Engelse reg betref, word die werkgewer/werknemer-verhouding deur statuut gereël en onderskei die houe nie altyd tussen gevalle waar die toestemming nie vrywillig gegee word nie ⁽¹⁾.

Wat die Duitse strafreg betref, is dit voldoende vir die doeleindes van hierdie werkstuk om daarop te wys dat daar heelwat teorieë in hierdie verband bestaan. Die mees algemene is dat die individu nie 'n absolute reg oor sy liggaam het nie. Die gemeenskapsbelang, wat die vorm van 'n wet kan aanneem, bepaal die geldigheid van die toestemming ⁽²⁾.

Wat die Duitse privaatreë betref, is aan die hand gedoen dat die toestemming geldig is waar die toestemmende party uitsluitlike beskikingsbevoegdheid oor die regsgoed het ⁽³⁾. Die goeie sedes is 'n verdere belang wat in ag geneem word. Die regmatigheid van aantasting met toestemming, waar daar nie 'n wetlike voorskrif bestaan nie, hang af van die vraag of die toestemming in stryd is met die goeie sedes van die gemeenskap ⁽⁴⁾.

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref maak Van der Merwe en Olivier ⁽⁵⁾ die volgende stelling:

(1) Vergelyk in die algemeen, Strauss, proefskrif, op bladsy 389-402.

(2) Sien oor die algemeen Strauss, proefskrif, op bladsy 402-412.

(3) Struass, proefskrif, op bladsy 411.

(4) *ibid.*

(5) a w op bladsy 93.

"Waar die benadeling volgens die heersende regsopvatting van die gemeenskap ten spyte van die verleende toestemming onredelik is, spreek dit vanself dat die dader hom nie op toestemming as regverdigingsgrond kan beroep nie. In dié verband word dan geleer dat toestemming ongeldig is indien dit contra bonos mores is. So kan die feit dat 'n persoon toegestem het tot ernstige liggaamlike verminking nie sonder meer 'n derglike verminking regverdig nie. Elke benadeling wat deur die toestemming van die benadeelde gedek is, derhalwe nie regmatig nie. 'n Persoon het eenvoudig nie die bevoegdheid om onder alle omstandighede sy regte te beperk of daarvan afstand te doen nie".

Alhoewel die skrywers nie hulle stelling gemeenregtelik motiveer nie, is hierdie standpunt ooreenkomstig ons gemene reg ⁽²⁾. Soos reeds hierbo ⁽³⁾ daarop gewys gaan Van der Merwe en Olivier van die standpunt uit dat daar 'n onderskeid getrek moet word tussen toestemming tot benadeling en vrywillige aanvaarding van risiko. Volgens hulle kan daar nie regsgeldiglik tot ernstige liggaamlike verminking toegestem word nie maar wel tot die risiko daarvan ⁽⁴⁾. Scott ⁽⁵⁾ kritiseer hierdie standpunt van Van der Merwe en Olivier en

-
- (1) Die vraag of toestemming tot benadeling 'n regverdigingsgrond is, sal later bespreek word.
- (2) Soos ek die Romeins-Hollandse bronne hierbo (vergelyk bladsy 79 en verder) bespreek het, het ek daarop gewys dat nie een van die skrywers 'n absolute reg oor die liggaam erken het nie.
- (3) Vergelyk op bladsy 51.
- (4) Tog gaan Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 98 net in die volgende paragraaf voort: "Net soos 'n mens nie tot enige benadeling regsgeldiglik kan toestem nie, kan toestemming tot risiko van benadeling ook in gepaste gevalle contra bonos mores en dus nietig wees. Hoewel ek regsgeldiglik kan toestem tot die risiko van beserings wat ek tydens die normale verloop van 'n rugbywedstryd kan opdoen, beteken dit allermens dat die rewolwerskoot deur my buik wat ek opgedoen het tydens 'n tweegeveg met vuurwapens, waartoe ek toegestem het, geen regskrenking daarstel nie. Die vraag is per slot van rekening steeds of die benadeling wat ek ly in die lig van al die omringende omstandighede, waaronder my toestemming om die bepaalde risiko te loop, as objektief redelik ooreenkomstig die regsgevoel van die gemeenskap aan te merk is". Indien hierdie stelling wel in ag geneem word, dan dui dit duidelik daarop dat die toestemming tog onder die omstandighede van die rugbywedstryd redelik is. Dit is wel die omstandighede van elke besondere geval wat die toestemming redelik maak of nie, en daarom moet die risiko waartoe toegestem word redelik wees onder die besondere omstandighede.
- (5) a w op bladsy 227.

wys daarop dat by vrywillige aanvaarding van risiko daar tog 'n aanvaarding van 'n risiko is wat eventueel neerkom op die toestemming tot die benadeling indien die risiko materialiseer. Verder is Scott van mening ⁽¹⁾ dat daar slegs met toestemming tot benadeling te doen gekry word in daardie gevalle waar in alle regverdigheid en billikheid teenoor die benadeelde verklaar kan word, dat dit vir hom in die omstandighede moontlik was om hom nie aan die risiko bloot te stel nie. Omdat daar reeds hierbo ⁽²⁾ die houding ingeneem is dat daar geen onderskeid tussen toestemming tot benadeling en vrywillige aanvaarding van risiko is nie, ⁽³⁾ word daar van die standpunt af uitgegaan dat in beide gevalle die toestemming as sodanig redelik

(1) *ibid.* So verklaar Scott, a w op bladsy 228: "Dit is volgens die gemeenskapsopvatting onredelik (en ongeldig) om toe te stem tot 'n handeling van 'n ander wat volgens objektiewe en redelike waarneming ernstige liggaamlike verminking te doel het. Daarom is dit nodig om ex post facto, wanneer alle beskikbare feite aan die lig gekom het, 'n objektiewe vasstelling te maak van die doel van die handeling. Die omstandighede wat die toestemming dan onredelik en ongeldig maak is juis geleë in die feit dat dit klaarblyklik die verweerder se oogmerk was om ernstige liggaamlike beserings deur afkeurenswaardige optrede te veroorsaak. Toestemming tot die risiko van ernstige liggaamlike beserings hierinteen, is nie noodwendig onredelik en ongeldig nie. Die voor die hand liggende rede hiervoor is dat die gedrag van die verweerder wat die beserings veroorsaak het, nie die beserings ten doel gehad het nie en dit vir die eiser nie noodwendig dus onredelik was om die risiko te neem nie". Volgens my benadering word die bedoeling van die verweerder wel in ag geneem by beoordeling van die vraag of die optrede van die dader regmatig was, al dan nie. Gevolglik sal die doel van die dader se optrede wel 'n faktor wees wat in ag geneem sal word.

(2) Bladsy 51 en verder.

(3) Met die voorbehoud soos ek hierbo op bladsy 98 genoem het, dat daar by toestemming tot benadeling tot 'n bepaalde risiko toegestem word, terwyl daar by toestemming tot risiko van benadeling tot die risiko van die benadeling toegestem word.

moet wees, alvorens dit geldige toestemming is ⁽¹⁾.

Wat die strafreg ⁽²⁾ betref, sal eerstens gehandel word met die reg op mens se lewe.

Ek het reeds hierbo ⁽³⁾ gewys op die gemeenregtelike benadering ten aansien van selfmoord ⁽⁴⁾. Regsvergelykend wil ek daarop wys dat alhoewel selfmoord aanvanklik 'n misdad in Engeland was, ⁽⁵⁾ dit

-
- (1) Persoonlik kan ek nie sien dat daar enige verskil in die benadering van Scott en dié van Van der Merwe en Olivier is nie. Dit blyk dat Van der Merwe en Olivier se onderskeid 'n meer praktiese onderskeid is. Waar 'n besondere benadeelde vir my sê: "Kom breek my been" sal hierdie toestemming ongeldig wees. As dit by wyse van gedrag op die rugbyveld geskied, sal dit geldig wees. Indien egter al die omstandighede van die geval in ag geneem word, en die breek van die been ooreenkomstig die reëls van die spel rugby is, dan kan daar gesê word dat die toestemming tot die materialisering van die risiko wel geldig is.
 - (2) Daar word van die strafreg as agtergrond gebruik gemaak weens die skrywer se opvatting dat die wese van onregmatigheid in die strafreg en die deliktereg ooreenstem. Vergelyk bladsy 29 hierbo.
 - (3) Vergelyk my bespreking hierbo bladsy 79 en verder.
 - (4) Pythagoras en Plato het hulle uitgespreek teen selfmoord, terwyl die Stoïsyne daarenteen ten gunste van so 'n reg was. Camus as denker van die moderne tyd begin ("Le Mythe de Sisyphe" bladsy 13 en verder, vertaling) om selfmoord te bespreek en werk van die grondslag af, dat: "Dying voluntarily implies that you have recognised, even instinctively, the ridiculous character of that habit, the absence of any performed reason for living". Selfs Glanville Williams, "Medico-legal Journal" 1973 (41(1)) bladsy 14 op bladsy 26 en verder verklaar: "What I deny is that the individual owes any duty to the society to stay alive". Indien die vraag vanuit filosofiese standpunt benader word, sal die karakter van hierdie hele werkstuk verander. Dit is eerder my benadering omselfmoord vanuit 'n nie-filosofiese basis te bespreek.
 - (5) Vergelyk Glanville Williams, "The Sanctity of Life and the Criminal Law", op bladsy 245 en verder. Williams bespreek selfmoord vanuit 'n filosofiese benadering en hy het hervorming in hierdie verband bepleit. Wat interessant is, is dat hy op bladsy 252 daarop wys dat daar nog nie tronkstraf opgelê is vir gepoogde selfmoord nie. Williams wys daarop op bladsy 257 dat die Engelse Wetgewing deur sommige Amerikaanse state oorgeneem is, maar dat dit later afgeskaf is.

tans nie meer 'n misdryf is nie, aangesien dit weens onbruik afgeskaf is ⁽¹⁾. Die polisie het egter sekere regte om die voornemendemde selfmoordpleger te verhoed om sy daad te voltooi.

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, begin ons die ondersoek by Rex vs Tshemese ⁽²⁾ waar die beskuldige skuldig bevind is aan poging tot selfmoord en 'n twee maande gevangenisstraf opgelê is ⁽³⁾. Hierdie skuldigbevinding is egter op hersiening ter syde gestel aangesien die beskuldige kranksinnig was. Die saak is terugverwys na die landdros om 'n bevel ingevolge die Wet op Geestesgebreke te maak.

In Rex vs Peverett ⁽⁴⁾ was die feite kortliks soos volg: Die beskuldige en sy vriendin het beplan om selfmoord te pleeg. As gevolg van hierdie sameswering verrig die beskuldigde sekere konstruksiewerk aan die uitlaatsisteen van sy motorvoertuig, sodat die uitlaatgasse na binne herlei sou word en die beskuldigde en sy vriendin dus hierdie gasse kon inasem ten einde selfmoord te pleeg. Die konstruksie van die beskuldigde was nie baie effektief nie. Die volgende oggend is beide nog lewend binne in die motor aangetref en hulle poging tot selfmoord is sodoende gefnuik. Die beskuldigde word aangekla van poging tot moord ten aansien van sy vriendin en word daaraan skuldig bevind. Die Hof maak egter geen bevinding of selfmoord 'n misdad is, al dan nie ⁽⁵⁾. Verder word die toestemming

(1) Vergelyk die Suicide Act of 1961.

(2) 1918 EDL 128.

(3) Art 148 van die Transkei se Penal Code het poging tot selfmoord strafbaar gestel. Hierdie artikel is egter nou herroep deur art 1 van Wet nr 2 van 1968 (Transkei).

(4) 1940 AD 213.

(5) So verklaar appèlregter Watermeyer op bladsy 218: "The charge against the accused was that he attempted to murder Mrs Saunders; there was no charge against him of aiding and abetting her in attempted suicide, nor any other form of charge which would directly raise the question whether attempted suicide is a crime in Roman-Dutch law. Consequently it becomes unnecessary to consider that question".

van die beskuldigde se vriendin nie in aanmerking geneem by ooreweging van wederregtelikheid nie ⁽¹⁾. Die Hof verklaar uitdruklik dat die feit dat die beskuldigde se vriendin toegestem het tot die benadeling, nie die beskuldigde kan onthef van aanspreeklikheid nie. Die afleiding wat ek hiervan maak, is dat die Hof van die standpunt af uitgegaan het dat die toestemming aan die kant van die benadeelde irrelevant is, ten aansien van die beskuldigde se optrede. Ek doen aan die hand dat alhoewel die Hof dit nie uitdruklik so gestel het nie, die rede waarom hierdie toestemming van die benadeelde as ongeldig beskou moet word, gesoek moet word in die boni mores ⁽²⁾.

Die volgende gewysde ⁽³⁾

-
- (1) Appèlregter Watermeyer verklaar op bladsy 218: "His purpose in leading poisonous gas into the car was to enable them both to inhale poisonous gas, and their breathing of the poisonous gas was in turn the means whereby their death was to be caused. He is therefore responsible in law for the result of these actions, viz. the unconsciousness and illness of Mrs Saunders which very nearly ended in her death. The fact that Mrs Saunders was free to breathe the poisonous gas or not, as she pleased, cannot free the accused from criminal responsibility for her unconsciousness and illness, because she had told him of her suicidal purpose and he knew that in the course of events contemplated by him she would remain passive and would breathe the poisonous gas and die". (My onderstreping)
 - (2) Dit sou teen die goeie sedes ingedruis het indien die Hof sou bevind het dat die benadeelde die dader van aanspreeklikheid kan onthef om toe te stem tot die pleging van 'n misdaad. Wat verder interessant is van R vs Peverett (supra), is dat die Hof die beskuldigde myns insiens, skuldig sou bevind het aan moord, indien die benadeelde sou gesterf het.
 - (3) Sover dit kronologiese volgorde betref, was daar die Rhodesiese saak van R vs Nbakwa 1956 (2) SA 557 (SR). Regter Beadle (soos hy toe was) verklaar op bladsy 560 B-C: "The question whether or not a suicide or attempted suicide is a crime in South Africa is a complex one and there is no very definite authority on the question. The better opinion undoubtedly appears to be that, even if the crime was a crime in Roman-Dutch law, inasmuch as, so far as all the records go, there have been no prosecutions for this crime in South Africa, it is a crime which has been abrogated by disuse. However, in view of the very fair attitude adopted by the Crown in this matter I find it unnecessary to come to a decision whether or not attempted suicide is now a crime in Southern Rhodesia". Omdat die Hof nie eintlik op die punt ingaan nie en omdat die grootste gedeelte van die uitspraak om die kousaliteitsvraagstuk draai, laat ek gevolglik hierdie gewysde daar. Die Hof het nie ingegaan op die vraag of die toestemming van die benadeelde geldig was of nie. Van der Merwe,

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

is S vs Gordon⁽¹⁾. Die beskuldigde wat 'n getroude Indiërman was, het 'n verhouding aangeknoop met 'n meisie (hierna die oorledene genoem) wat struweling tussen die beskuldigde en sy vrou veroorsaak het. As gevolg hiervan besluit die beskuldigde en die oorledene om saam selfmoord te pleeg. Die beskuldigde oorhandig 'n dosis pille aan die oorledene wat sy self drink en waaraan sy beswyk. Die beskuldigde het egter nie voldoende pille gedrink nie, hy bly lewe en word aangekla van moord. Regter Henning gaan van die standpunt uit dat selfmoord nie 'n misdad is nie⁽²⁾. Hy verklaar verder: "The fact that she (die oorledene) committed suicide does not mean that he did not kill her"⁽³⁾. Die Hof gaan voort om die vraag of die beskuldigde skuldig is aan moord te beantwoord asof dit 'n kousaliteitsvraag is⁽⁴⁾. Van der Merwe⁽⁵⁾ kritiseer die Hof se beslissing dat die neem van die pille as 'n novus actus interveniens beskou moet word en wys daarop dat daar eerder met die conditio sine qua non-toets gewerk moet word⁽⁶⁾.

(1969) 32 THR-HR 187 op bladsy 188 kritiseer hierdie beslissing en gaan van die standpunt uit dat die toestemming van die benadeelde ongeldig was en dat die beskuldigde skuldig bevind moes gewees het aan moord. Sien ook Hugo, "To kill a Mocking-bird-Murder or Suicide" (1969) 86 SALJ 148.

(1) 1962(4) SA 727(N).

(2) So verklaar regter Henning (supra) op bladsy 729H: "It seems to me the better view is that with us suicide is not a crime. A person who merely encourages or incites another to commit suicide, therefore, does not commit an offence".

(3) Soos per regter Henning op bladsy 729H.

(4) Regter Henning meld op bladsy 731C die volgende: "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".

(5) a w op bladsy 190.

(6) Strauss, in sy aantekening op S vs Gordon (supra) (1963) 26 THR-HR 57, kritiseer die beslissing in S vs Gordon (supra) en gaan van die veronderstelling uit dat die conditio sine qua non-benadering tot die billikste resultaat sal lei. Hy haal die voorbeeld aan van die

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Die kousaliteitsvraag ⁽¹⁾ is nie van groot belang vir die huidige bespreking nie. Wat wel van belang is, is dat die Hof skynbaar van meet af van die standpunt uitgegaan het dat die toestemming aan die kant van die oorledene nietig was ⁽²⁾. Weereens doen ek aan die hand dat die geldigheid van die toestemming afhanklik is van die vereistes van die boni mores.

Vervolgens wil ek S vs Robinson and Others ⁽³⁾ bespreek. Die feite was kortliks soos volg: Die beskuldigde en die oorledene het ooreengekom dat die beskuldigde die oorledene sou doodskiet sodat die oorledene se vrou sekere versekeringsgelde sou kry om haar sodoende uit die skuld te help. Die beskuldigde sou vir sy bydrae tot hierdie onderneming ook deel in die versekeringsgelde van die oorledene. Dit blyk dat die oorledene se moed hom begewe het. Hy is egter weer tot sy

persoon wat 'n handgranaat vir 'n kind gee om mee te speel sodat die ontploffingsmeganisme kan trek. Strauss wys interessantheids-halwe op D9:2:9 pr wat direkte steun vir die korrektheid van die beslissing van S vs Gordon (supra) is. Lansdown, (1963) 80 SALJ 331, wat blykbaar die mening toegedaan is dat S vs Gordon korrek beslis is, verklaar die volgende op bladsy 333: "It is submitted that these cases must be viewed in the light of realistic application of the causation test, and that as long as the potential victim in a suicide pact acts in entire freedom of will in consuming the poisonous substance, such voluntary act must be regarded as novus actus interveniens having the effect of breaking the chain of causation...". Dit is opmerklik dat Lansdown die vraag benader vanuit die oogpunt van kousaliteit en hom nie uitspreek oor die geldigheid van die toestemming nie. Lansdown se standpunt word gekritiseer deur Van der Merwe, a w op bladsy 189.

- (1) So verklaar Van der Merwe, a w op bladsy 190: "Volgens welke kousaliteitsteorie Lansdown daarin slaag om in die verband 'n novus actus interveniens op te tower, is nie mooi duidelik nie. Werk 'n mens met conditio sine qua non en skuld, kan daar van 'n novus actus interveniens alleen sprake wees as natuurwetenskaplike kousale verband ontbreek - wat tans nie die geval is nie. Word met die begrip 'remoteness of consequences' gewerk, is 'n novus actus interveniens 'n gebeurtenis wat die juridiese ketting van kousaliteit verbreek, al bly die kousale verband natuurwetenskaplik staan".
- (2) Weliswaar dat daar nêrens in die verslag melding gemaak word van die feit dat die benadeelde toegestem het tot die benadeling nie, maar hieruit kan mens myns insiens aflei dat die Hof van mening was dat so 'n toestemming ongeldig was.
- (3) 1968(1) SA 666(A).

besluit om gedood te word, oorgehaal. Die oorledene het die beskuldigde verseker dat, indien hy weer bang word, die beskuldigde maar moet voortgaan en skiet. Net voor die laaste oomblik het die oorledene se moed hom begewe, maar die beskuldigde het nogtans voortgegaan en hom geskiet. Hoofregter Steyn bevind die beskuldigde skuldig aan moord. Die beskuldigde en oorledene se vrouens wat agter in die motor gesit het word beide aan poging tot moord skuldig bevind. Rabie⁽¹⁾ kritiseer hierdie bevinding en verklaar dat die feit dat die beskuldigde die oorledene met of sonder sy toestemming geskiet het, irrelevant is ten aansien van die vraag na wederregtelikheid, aangesien die mens in elk geval nie die reg het om toe te stem tot sy eie dood nie⁽²⁾. 'n Veel

- (1) (1969) 32 THR-HR193. Wat belangrik is van Rabie se argument, is dat hy daarop wys dat die onsekerheid van 'n handeling nie die opset beïnvloed nie, want die vrouens agter in die motor het wel die moontlikheid voorsien dat die oorledene doodgeskiet gaan word en het hulle daarmee versoen. Soos Rabie, a w op bladsy 194, tereg opmerk kan daar absurde voorwaardes aan die dood gekoppel word byvoorbeeld "slegs in die nag, slegs as dit reën" ens. Die skuldigbevinding aan poging tot moord betreffende die vrouens agter in die motor is dus volgens Rabie ook onvanpas.
- (2) Alhoewel hoofregter Steyn dit nie direk noem nie, glo ek nie hy sou die beskuldigde onskuldig bevind het, al het die moord met die toestemming van die oorledene geskied nie. Die vraag waarom dit hier volgens hoofregter Steyn se benadering gaan, is of die beskuldigde en die oorledene se vrouens skuldig bevind sou word aan moord as die beskuldigde die oorledene met sy toestemming gedood het. Dus wil ek verskil met Rabie, a w op bladsy 194, waar hy verklaar dat hoofregter Steyn die indruk wou skep dat indien die moord met die toestemming van die oorledene geskied het, dit regmatig sou wees. Ek is van mening dat hoofregter Steyn die twee vrouens in daardie omstandighede ook aan moord sou skuldig bevind. Die hoofregter het net die onderskeid tussen die posisie voor en na die "toestemming" getrek vir die doeleindes van die deelnemingsleer en nie vir die doeleindes van die vraag na die regmatigheid van die handeling nie. Daar word egter met Rabie saamgestem dat die Hof gefouteer het om hierdie onderskeid te trek, want die onderskeid kan nie relevant wees ten aansien van onregmatigheid, óf van die skuld van die dader nie. Indien die oorledene dus gedood was met die toestemming van die oorledene, sou hoofregter Steyn al drie die beskuldigdes aan moord skuldig bevind het.

beter en duideliker benadering ⁽¹⁾ is dié van die minderheidsuitspraak van appèlregter Holmes wat die volgende verklaar ⁽²⁾:

"First, this was a most extraordinary murder, in that it had its origin in the deceased himself. He wanted to be killed and he arranged the killing. The reason why murder is usually a crime most foul is two-fold: (a) as indicated earlier (3) it infringes the State's interest in the lives of all those within its jurisdiction and (b) it deprives the victim of his right to live, in practically every case against his will. The fact that he wants and arranges to be killed is irrelevant to (a) but it is clearly relevant to (b) in regard to extenuating circumstances. It reduces the blameworthiness (as distinct from legal culpability) of the killer, for the deceased is not deprived against his will of his right to live".

Die laaste van die trilogie van sake in hierdie verband is Ex parte Minister of Justice: In Re S vs Grotjohn ⁽⁴⁾. Die feite van hierdie gewysde was kortliks soos volg: Die oorledene was die beskuldigde se vrou en op die besondere dag van haar afsterwe (en blykbaar baie dae vantevore) was sy in 'n hewige rusie gewikkel met haar man (die beskuldigde). Die oorledene was bedlêend en dit was een van die redes waarom daar hewig gestry is. Tydens die rusie het die beskuldigde, op aandrang van die oorledene, sy geweer by sy vriend gaan

-
- (1) Alhoewel die uitspraak van hoofregter Steyn vatbaar is vir sekere kritiek betreffende die deelnemingsleer (sien vorige voetnoot) is ek van mening dat dit vir die huidige onderwerp van bespreking duidelik is.
- (2) Op bladsy 678H-679A.
- (3) Die gesag waarna appèlregter Holmes verwys is Gardiner and Lansdown, "S A Criminal Law and Procedure", bladsy 118, waar die skrywers die volgende stelling maak: "A contravention of the criminal law by which the right of a private person is infringed usually involves a relative injury done to the State, whose interest it is that the public peace should be kept, the lives and health of its citizens preserved, and the rights of all people within its jurisdiction held free from molestation... A man cannot ordinarily consent to the infliction upon himself of death... for the State requires that his life... should, in the general interests, be preserved...".
- (4) 1970(2) SA 355(A).

haal wat besig was met sekere reparasies aan die geweer. Die beskuldigde het die sneller-beul van die geweer verwyder sodat die sneller van die geweer ontbloom word. Hy het 'n toets-skoot afgevuur om seker te maak dat die geweer wel in werkende toestand was. Ondertussen raak die rusie tussen die beskuldigde en sy vrou al hoe hewiger en die oorledene dreig nou met alle erns om haarself om die lewe te bring. Die beskuldigde probeer sy behulpzaamheid ten toon stel deur die geweer te laai en aan die oorledene te oorhandig en woorde te uit wat die effek het om die oorledene in haar beplande aktiwiteite aan te moedig. Die oorledene skiet haarself en haar man word aangekla van moord en word onskuldig bevind na aanleiding van S vs Gordon ⁽¹⁾.

Van der Merwe ⁽²⁾ sowel as Hugo ⁽³⁾ kritiseer hierdie bevinding van die Hof. Van der Merwe ⁽⁴⁾ doen aan die hand dat die Minister van Justisie 'n regspraak moet voorbehou en die saak op appel na die Appèlhof neem. Dit gebeur dan ook. Hoofregter Steyn wat die uitspraak van die Hof lewer, gaan heen en ondersoek die vraag of selfmoord 'n misdad is. Hoofregter Steyn ondersoek die Romeinse sowel as die Romeins-Hollandse reg ⁽⁵⁾ en kom tot die gevolgtrekking dat

-
- (1) supra. So verklaar regter De Kock op bladsy 12 van die verslag soos aangehaal deur Van der Merwe, (supra) op bladsy 191: "Die beskuldigde is normaalweg alleen aanspreeklik vir sy eie handelinge en nie vir die handelinge van iemand anders nie. In die onderhawige geval was dit nie sy handeling om die gelaaide geweer aan die oorledene te oorhandig wat haar dood veroorsaak het nie, maar haar eie selfstandige en vrywillige handeling om die geweer af te vuur".
- (2) (1969) 86 SALJ 116. So verklaar Van der Merwe, a w op bladsy 191: "(Daar)... moet beklemtoon word dat die optrede van die oorledene nie die beskuldigde se handeling as medeorsaak van die dood kan uitskakel nie. Bekend is tog dat elke gevolg steeds meer as een oorsaak het. Ook kan die feit dat die oorledene se vrywillige optrede 'n skakel in die ketting van die veroorsaking was, geen afbreuk doen aan die onregmatigheid van die beskuldigde se doodveroorsakende handeling nie".
- (3) (1969) 86 SALJ 148.
- (4) a w op bladsy 193.
- (5) Meeste van hierdie aspekte het ek reeds bespreek in my behandeling van die gemene reg vanaf bladsy 79 en verder. Vergelyk ook die hoofregter se interessante analise vanaf bladsy 359E-362E van die verslag.

selfmoord as 'n misdaad in onbruik verval het om twee redes, naamlik (a) die straf wat daar aan die misdaad in die gemene reg gekoppel was, naamlik die verbeurdverklaring van die oorledene se eiendom, het gewoonlik die gevolg om onskuldige derdes (die erfgename) te tref en (b) die onmoontlikheid van straftoemeting ⁽¹⁾. Daar kan op hierdie stadium die stelling gemaak word dat hierdie beslissing wel ooreenkomstig die gemeenregtelike ontwikkeling is. Die beslissing is die uitkristallisering van die redelikeheidsbeginsels ⁽²⁾.

Wat die gevalle van onvoltooide selfmoord betref, verklaar hoofregter Steyn, na 'n deeglike ondersoek ⁽³⁾: "... (A)fgesien van die enkele geval in 1781 genoem in R vs Peverett (supra) (is daar) sover bekend, nooit 'n vervolging vir poging tot selfmoord ingestel ... nie.

Indien so 'n poging volgens die latere Romeins-Hollandse reg nog in bepaalde omstandighede 'n misdaad was, dan het dit hier heeltemal in onbruik geraak" ⁽⁴⁾. Ek wil aan die hand doen dat dit ook die korrekte weergawe van die gemene reg is en dat die billikheid van hierdie reëling nie betwyfel kan word nie.

Die tweede vraag wat die Appèlhof moes beantwoord, ⁽⁵⁾ was of 'n persoon wat 'n ander help, aanmoedig of in staat stel om selfmoord te pleeg, wel aan 'n misdaad skuldig is; en indien wel, welke misdaad. Wat

(1) Vergelyk op bladsy 262F van die verslag.

(2) Dit is ook duidelik dat die gemeenregtelike skrywers al hoe minder die onterwing van die oorledene se goedere goedgekeur het en dat die konfiskering van die oorledene se boedel later by wyse van 'n toepaslike boete deur die erfgename vermy is.

(3) supra op bladsy 363C.

(4) Alhoewel daar hierbo gewys is op die beslissing in R vs Tshemese (supra) was die vervolging in hierdie gewysde ingevolge die Transkei se Penal Code, en nie ingevolge die Romeins-Hollandse reg nie.

(5) Vergelyk op bladsy 359 van die verslag.

hier veral vir die doeleindes van die huidige onderwerp van belang is, is dat dit in gedagte gehou moet word dat die oorledene se dood met haar toestemming geskied het. Die Hof aanvaar die conditio sine qua non-kousaliteitsteorie en verklaar dat die laaste handeling aan die kant van die oorledene nie die kousale verband tussen die ander party en die dood van die oorledene breek nie ⁽¹⁾. Dit hang af van die omstandighede of die beskuldigde skuldig is aan poging tot moord, strafbare manslag, of moord ⁽²⁾.

Dit is dus duidelik dat die Appèlhof nou beslis het dat die toestemming van die oorledene nie 'n geldige verweer op 'n aanklag van moord is nie. In effek kan geen persoon regsgeldiglik toestem tot die neem van sy lewe nie.

-
- (1) So verklaar hoofregter Steyn op bladsy 364F: "Die gevolgtrekking kan kwalik vermy word dat hy wat die gesogte of nodige middel vir 'n voorgenome selfmoord verskaf, 'n oorsaaklike deel daaraan het as dit uitgevoer word; en as hy dit willens en wetens doen met die vereiste opset dat 'n end gemaak word aan die lewe van die persoon wat selfmoord wil pleeg, dan is hy skuldig aan moord, al geskied die laaste daad deur die nie-misdadige hand van die selfmoordenaar, want dan is hy wederregtelik en opsetlik aandadig daaraan dat 'n ander se lewe beëindig is. Word die daad nie voltooi nie, kan hy insgelyks skuldig wees aan poging tot moord".
- (2) Hierdie beslissing is natuurlik in ooreenstemming met die standpunt van Van der Merwe, a w. Hunt kritiseer hierdie standpunt en verklaar in "S A Criminal Law and Procedure", volume II, bladsy 352, die volgende: "It is nevertheless respectfully submitted that the better approach is to treat a suicide's voluntary, positive conduct as a novus actus. This is a situation where as a matter of policy and common sense it seems desirable not to apply the rule that a novus actus, if planned, does not operate as such. There is surely a considerable difference between planned murder by perjury, where the death sentence is executed against Y's will, and incited or assisted suicide, provided Y is a free agent. This is not to say that, as a matter of policy, X ought to go unpunished. It is submitted that, as in England and the Continental countries, incitement and assistance to commit suicide ought by legislation to be made a statutory crime, but to treat them as murder seems to be going too far". Daar is meriete in hierdie standpunt maar dit sou nie ooreenkomstig die gemene reg wees nie.

Samehangend met die vraag oor die reg op menselewe is daar die probleem van eutanase (1). Volgens Rall (2) is die betekenis van die woord eutanase "Gentle and easy death; bringing about of this, especially in case of incurable and painful disease". Die onderwerp van genadedood het in die verlede al heelwat aandag geniet in beide die howe en die wetgewers van talle lande in die wêreld (3).

Rall (4) onderskei tussen aktiewe en passiewe genadedood en baseer hierdie onderskeid op die doen of late van die betrokke persoon wat die handeling verrig. Daar kan vir die huidige onderwerp aanvaar word dat hierdie onderskeid vals is as 'n regsonderskeiding, aangesien elke positiewe handeling 'n negatiewe handeling as sy keersy het (5). Hoe dit ook al sy, is genadedood vir die huidige onderwerp slegs van belang waar die genadedood met die toestemming van die dader geskied (6).

-
- (1) Reeds by die aanvang van die afdeling wil ek daarop wys dat hierdie 'n studieveld op sy eie is en ek sal my uiteraard moet beperk tot die gevalle waar die oorledene toestemming gegee het tot die doodsveroorsakende handeling.
 - (2) "The Doctor's Dilemma: Relieve Suffering, or Prolong Life?" (1977) 94 (SALJ) 40.
 - (3) Vergelyk die interessante bespreking deur Strauss (1969) 32 THR-HR 385-390 waar Strauss die geskiedenis van die hedendaagse beweging ten gunste van en teen genadedood bespreek.
 - (4) (supra) op bladsy 45 en verder.
 - (5) Vergelyk T W Price "Liability in Delict for Acts of Omission"; (1950) 13 THR-HR 1 op bladsy 1 en verder; Van der Merwe en Olivier a w op bladsy 27; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 48; McKerron, a w op bladsy 14 en verder; Burchell en Hunt, a w volume I, bladsy 103 en verder; en in die algemeen Die Minister van Polisie vs Ewels 1975(3) SA 590(A).
 - (6) Strauss, "Onwillige Genadedood", a w bespreek die saak van S vs De Bellocq waar die moeder van 'n swaksinnige kind die kind gedood het. Aangesien die gewysde vir ons huidige onderwerp nie van belang is nie, laat ek dit daar. Van Dyk, "Die Davidow-saak", (1956) 19 THR-HR 286 bespreek 'n geval van waar die moeder deur haar dogter geskiet is. Aangesien daar sprake was van ontoerekeningsvatbaarheid aan die kant van die dader, neem hierdie gewysde nie die punt verder nie.

Hier is veral die geval van S vs Hartmann ⁽¹⁾ van belang. Die feite is kortliks soos volg: Die beskuldigde, 'n mediese dokter het sy vader wat aan kanker gely het, gedood, deur hom met 250 mg pentothol in te spuit. Die beskuldigde word skuldig bevind aan moord en gevonnis tot een jaar gevangenisstraf. Die beskuldigde word egter slegs aangehou tot die Hof verdaag en die res van die vonnis word voorwaardelik opgeskort vir een jaar. Gedurende die verhoor het daar getuienis aan die lig gekom dat daar 'n moontlikheid van toestemming aan die kant van die benadeelde was. Alhoewel die Hof twyfel aan die korrektheid hiervan ⁽²⁾ verklaar die Hof ⁽³⁾:

"Be that as it may, it would not constitute a defence to the charge that the deceased had consented to the administration of pentothol. It has more than once been held in the Appellate Division that the fact that the deceased wished to be killed does not exclude the criminal responsibility of him who gratifies the deceased's wish".

Rall ⁽⁴⁾ bepleit dat in die gevalle van genadedood daar, met inagneming van die boni mores van die gemeenskap, ⁽⁵⁾ waar die uiteindelijke

(1) 1975 (3) SA 532(K).

(2) So verklaar die Hof op bladsy 534G: "There is some suggestion in the accused's statement to the police that he asked his father whether he wanted to sleep and that his father vaguely nodded his head in approval. I do not know whether this portion of the statement is intended to indicate that the deceased desired to have administered to him some drug permanently to end his suffering. It seems highly doubtful that the deceased was at that stage able to appreciate what he was being asked, or that he was sufficiently rational to signify his assent to the administration of such a drug, or even whether he in fact did so when he nodded his head".

(3) (supra) op bladsy 534H.

(4) a w op bladsy 47 waar Rall verklaar: "It is important to note that though the application of the criterion of boni mores as regards the definition of unlawful conduct would be in conflict with the principle of legality, this is not the case where the criterion is used merely to determine the limits of the defence, in casu, consent. The principle of legality would not be contravened were a court to extend the defence of consent to euthanasia".

(5) So verklaar Rall, a w op bladsy 47: "Consent would justify euthanasia when society thinks that it is right that a person's death be hastened to end his suffering; when society regards relieving pain to be preferable to prolonging of life under all circumstances".

dood van die benadeelde as gevolg van die siekte in elk geval 'n sekerheid is, bevind moet word dat die toestemming van die benadeelde 'n geldige toestemming is en dat die dood wat dan intree regmatig is. Le Roux ⁽¹⁾ is egter van mening dat beide die motief van die dader, die omringende omstandighede van die besondere geval en die toestemming van die benadeelde, faktore is wat die Hof in ag moet neem om te bevind dat die handeling van die dader 'n regmatige een is, en dat hierdie faktore nie net bloot oorweeg moet word as strafversagende omstandighede nie. Dit wil voorkom dat daar met 'n fiksie van geldige toestemming gewerk word, (soos Rall ⁽²⁾ voorstel) afgesien van die feit dat hierdie stelling teenstrydig is met ons gemene reg en huidige positiewe reg, die basis vir die regverdigingsgrond beslis nie in die toestemming van die dader gesoek moet word nie. Daar moet eerder gepoog word om 'n "nuwe" regverdigingsgrond van genadedood daar te stel. Die toestemming van die benadeelde behoort slegs 'n element van die "nuwe" regverdigingsgrond te wees. Regverdigingsgronde is bloot uitkristalliserings van die redelikheidsmaatstaf. Daarom sal dit myns insiens foutief wees om te poog om die besondere omstandighede van genadedood te gaan inforseer onder toestemming tot benadeling, weens die blote feit dat daar nie met toestemming tot benadeling by genadedood gewerk kan word nie, weens die ongeldigheid daarvan ⁽³⁾. Dit is egter voldoende om daarop te wys dat volgens ons huidige positiewe reg ⁽⁴⁾ 'n persoon nie die reg het om sy eie lewe te laat neem nie en dat die neming daarvan onregmatig is.

(1) (1976) 9 De Jure 171 op bladsy 173: "Motief speel myns insiens ten opsigte van die onderhawige 'n belangrike rol, alhoewel die toets vir wederregtelikheid 'n 'objektiewe' is. Waar A byvoorbeeld die erfgenaam van B is en laasgenoemde, wat in pyn verkeer en ongeneeslik is, en herhaaldelik vra om die toepassing van eutanase, wat die enigste wyse is om van die pyn te ontkom, dood, met die kwaadwillige motief om te erf en nie om B van die pyn te verlos nie, tree hy wederregtelik op".

(2) *ibid.*

(3) Vergelyk my behandeling van hierdie onderwerp op bladsy 100 en verder.

(4) In besonder S vs Hartmann (*supra*).

Noudat ons vasgestel het dat toestemming aan die kant van die ooreledene nie 'n geldige verweer is op 'n aanklag van moord nie, wil ek kortliks vasstel welke funksie die verweer van toestemming in die strafreg vervul in geval van aanranding ⁽¹⁾. Hunt ⁽²⁾ verklaar dat die geldigheid van die toestemming van die benadeelde op 'n aanklag van aanranding afhang van die feit of die toestemming goedgekeur word deur die boni mores van die gemeenskap. Hy kritiseer die stelling van Strauss ⁽³⁾ waar laasgenoemde verklaar dat die morele opvattinge van 'n gemeenskap van die besondere regter se opvatting afhang. Hy verklaar ⁽⁴⁾:

"... Consent is not recognised by the law in every situation in which the moral views of society would recognise it. It is unlikely, for instance, that the law would uphold a defence of consent to a charge of abortion even if that consent were given on sound eugenic grounds, yet the moral views of our society very probably sanction such abortion. It is not suggested that in this particular case the law's view is right, nor in general that the arbitrary views of a judge or jury must prevail; simply that though the moral views of the society must always be an important factor, the court will sometimes rightly consider society's moral views to be out of touch with its needs".

-
- (1) Omdat die seksuele misdrywe gekoppel is aan die aan- of afwesigheid van die "benadeelde" se toestemming, sal hierdie aspek nie baie relevant wees vir die huidige onderwerp nie. Graag wys ek net op die anomalie in die geval van seduksie waar die toestemming van die benadeelde 'n integrerende deel van die eis vorm maar nie die geldigheid van die eis affekteer nie. Vergelyk in hierdie verband: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 94 en verder; Van den Heever, "Breach of Promise and Seduction in S A Law"; W A Joubert (1961) 124 THR-HR 278; Conradie (1974) 37 THR-HR 372; Strauss (1964) 81 SALJ 197; asook die huidige skrywer se ongepubliseerde skripsie, vir die LLB-graad getiteld "'n Regswetenskaplike Inleiding van die Delik Seduksie in die Bantoereg met Verwysing na die Romeins-Hollandse reg en ander Verbandhoudende Aspekte", Universiteit van Natal, 1975.
- (2) a w op bladsy 433.
- (3) "Bodily injury and the defence of consent", (1964) 81 SALJ 179 waar die skrywer verklaar op bladsy 183: "... 'boni mores' therefore refers to the juristic notions ('regsopvattinge') of society". Vir die stelling beroep Strauss hom op Joubert, a w op bladsy 146, waar laasgenoemde verklaar: "... (P)er slot van rekening is daar die onuitputlike behoortlikheidsbeginsel van ons gemene reg, die boni mores, om oor die belange van individu sowel as die gemeenskap te waak".
- (4) a w op bladsy 433 noot 133.

Dit is so dat die morele oortuigings van die gemeenskap nie altyd die reg weerspieël nie ⁽¹⁾. Daar moet gepoog word om die reg en die sedes apart te hou en nie die een vir die ander aan te sien nie ⁽²⁾. Ek is van mening dat Strauss in hierdie sin nie die regsoortuigings van die gemeenskap as sinoniem vir die sedes gebruik nie. Hy bedoel myns insiens hier met die boni mores, die objektiewe redelikheidsgevoel van die gemeenskap wat dan maar net kennis neem van die betrokke morele oortuigings van die gemeenskap maar dit nie noodwendig as maatstaf gebruik ter bepaling van die objektiewe redelikheidsgevoel nie ⁽³⁾. Gevolglik is Hunt se

- (1) So verklaar Van Apeldoorn, a w op bladsy 21: "Het verschil tussen recht en moraal is evenwel dit: wanneer iemands uiterlijk gedrag in overeenstemming is met de rechtsregels, dan vraagt het recht niet naar de gezindheid: het is tevreden met een uitwendig gedrag, dat in overeenstemming is met zijn voorschriften. Eerst wanneer iemand handelt in strijd met het recht, zal veelal ook rekening worden gehouden met zijn gezindheid, zal m.a.w. het oordeel over zijn daden mede bepaald worden door de motieven, waaruit zij zijn voortgekomen. De moraal daarentegen vraagt altijd naar de gezindheid, is nooit tevreden met een bloot uitwendig gedrag". Verder leer Van Apeldoorn a w op bladsy 27 dat daar 'n verskil is tussen die sede en die reg en hy verklaar: "Het verschil tussen recht en zeden ligt niet eenvoudig in den dwang, maar wel in de autoriteit, van wie de dwang uitgaat. Bij zedevoorschriften gaat de dwang uit van de mensen, met wie iemand toevallig in aanraking komt, van ieder die zich geroepen gevoelt om dien dwang uit te oefenen. De dwang bij de zederegels is een ongeorganiseerde en juist daardoor niet zelden een onredelijke en buitensporige dwang".
- (2) So verklaar Van Warmelo, "Regsleer, Regswetenskap en Regsfilosofie", op bladsy 75 paragraaf 204: "Dit is miskien wenslik om op hierdie punt die begrip regsgevoel of regsbewussyn naas die regsbeginnsel te noem. Daar is 'n verskil, maar ook 'n groot ooreenkoms. Iedereen is daarvan bewus dat 'n sekere toestand reg of verkeerd is, of hy voel dat iets reg of verkeerd is. Eweneens wat die regsreël betref. 'n Mens kan 'n gegewe regsreël toets en voel dat dit reg of verkeerd is. Maar ons het hier te doen met 'n persoonlike oordeel (of miskier die oordeel van 'n groep) en dus is dit moontlik dat hierdie oordeel kan wissel van tyd tot tyd, van plek tot plek, van regsge-meenskap tot regsgemeenskap en selfs van persoon tot persoon. Dan ook hoef die reg nie hiermee ooreen te stem nie".
- (3) So verklaar Strauss, a w op bladsy 183: "It is submitted that in criminal law, as well as in private law the standard to be applied is the boni mores - the good morals of society, die guten Sitten. An act must therefore be considered unlawful where the consent is offensive to good morals. But boni mores in this context should not be understood as the customs of society or a particular social group, or of all ethical rules prevailing in society. It should rather be understood to mean the prevailing views of society on what conduct is lawful and what unlawful. In this sense the concept of good morals constitutes a legal criterion".

kritiek ongegrond, alhoewel die arbitrere beslissing van 'n regter nie noodwendig die objektiewe redelikheid van 'n betrokke geval weerspieël nie ⁽¹⁾.

Die eerste gewysde waar toestemming as verweer op 'n aanklag van aanranding geopper is, was Rex vs McCoy ⁽²⁾. Die feite is kortliks soos volg: Die klaagster was 'n lugwaardin wat versuim het om aan sekere van die regulasies te voldoen tydens 'n vlug. Die beskuldigde het dit waargeneem. Indien die beskuldigde die owerheid van hierdie versuim in kennis sou gestel het, sou die klaagster vir 'n tyd lank nie kon vlieg nie. Sy sou sodoende ekstra geld wat sy tydens die vlugte verdien het, verbeur. Die beskuldigde, op sy beurt, was weer begerig om te sien dat die klaagster gestraf word vir haar oortreding. Gevolglik kom hy en die klaagster ooreen dat haar straf die vorm van "ses van die bestes" op die sitvlak sal aanneem. Die beskuldigde se pogings om "geregtigheid" te laat geskied is toe 'n windeier, aangesien die klaagster 'n klagte by die polisie ingedien het. Die beskuldigde is aangekla van aanranding en hy opper die verweer van toestemming aan die kant van die klaagster. Waarnemende hoofregter Thomas beroep hom op die Engelse reg ⁽³⁾ en verklaar dat die beskuldigde se optrede malum in se is. Gevolglik kan die verweer van toestemming nie 'n geldige een wees nie ⁽⁴⁾. Burchell en Hunt ⁽⁵⁾

-
- (1) Vergelyk in die algemeen Strauss, proefskrif, op bladsy 417 en verder; Van Apeldoorn, a w op bladsy 29 en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 90 en verder; De Wet en Swanepel a w op bladsy 69 en verder.
- (2) 1953 (2) SA 4 (SR)
- (3) Op bladsy 7(H). Die gewysde waarna die Hof verwys is The King vs Donovan 1934(2) KB 498 waar die Hof bevind het dat daar nie 'n geldige toestemming kan wees op 'n aanklag van aanranding waar die benadeling wat die benadeelde ly van 'n ernstige aard is nie.
- (4) Op bladsy 9E.
- (5) a w op bladsy 311. Die skrywers kritiseer Strauss, a w se standpunt dat die boni mores gebruik moet word as maatstaf. Hierdie aspek is reeds hierbo op bladsy 114 bespreek.

kritiseer die toets wat gebaseer is op die sogenaamde malum in se - verseiste wat nie die vraag eintlik beantwoord nie, aangesien dit nie 'n algemene maatstaf neerlê nie. Strauss ⁽¹⁾ doen aan die hand dat die toestemming van die beskuldigde getoets moet word aan die hand van die boni mores en dat in hierdie besondere geval daar net bloot verklaar moet word dat die benadeelde se toestemming ongeldig is. Sodoende is die verwysing na handeling malum in se oorbodig ⁽²⁾. Gardiner and Lansdowne ⁽³⁾ het die posisie met betrekking tot liggaamlike aantasting raakgevat. Hulle verklaar:

"The maxim volenti non fit injuria has, however, limited application in criminal law, and it may be said generally that, apart from medical operations, from those sexual affairs in which consent prevents any incidence of criminal liability, and from those bodily contests which, by reason of the absence of any likelihood of anything more than mere trifling injury resulting, and of the absence from the minds of the contestants of any intention to cause harm, are not inimical to the interests of society, no person can be excused of a charge of assault where actual injury is done, merely upon proof that the victim consented to the infliction of the injury".

Hierdie passasie is met goedkeuring aangehaal in S vs Sikunyana ⁽⁴⁾ waar die beskuldigdes aangekla is van aanranding met die opset om ernstige liggaamlike leed te berokken.

(1) a w op bladsy 179.

(2) Die gedagte van malum in se is verder regs wetenskaplik onsuiwer. Sover dit die formeel-omskrewe misdaad betref, kan 'n handeling slegs wederregtelik wees met verwysing na 'n besondere gevolg en kan 'n handeling alleenstaande nie onregmatig wees nie. Waar daar met 'n materieël-omskrewe misdaad te doen gekry word, is die feit dat daar 'n onwettige handeling gepleeg is, irrelevant wat betref 'n gevolgs misdaad. Indien dit relevant sou wees, sou dit in elk geval neergekom het op versari. Vergelyk S vs Van der Mescht 1962(1) SA 521(A) en S vs Bernardus 1965 (2) SA 287(A). Dit blyk dat die gedagte van malum in se gebruik is in S vs Sikunyana 1961(3) SA 549 (OK), waar die beskuldigdes gepoog het om bese geeste uit die klaagster te dryf. Regter O'Hagan praat ook van sekere handeling van die beskuldigdes wat malum in se is op bladsy 552. Hierdie term is onregswetenskaplik en dit neem die toets om redelikheid geensins verder nie.

(3) a w op bladsy 1577.

(4) supra op bladsy 551B.

Wat die strafreg betref, maak ek dus die afleiding dat die onderskeie regssubjekte nie 'n absolute reg oor die liggaam het nie. Die gemeenskap het wel 'n belang by die welvaart van die onderskeie individue ⁽¹⁾. Dit bring my dan by die bespreking van die privaatreg. Ek wil van die standpunt af uitgaan dat die gemeenskap wel 'n belang het in die welvaart van die regssubjekte ⁽²⁾ en dat vanuit die objektiewe redelikheid gesien, daar nie regsgeldiglik tot 'n onredelike krenking toegestem kan word nie.

Die eerste Appèlhof-beslissing in hierdie verband is Lampert vs Hefer N O ⁽³⁾. In 'n aansoek om verlof om te appelleer in forma pauperis moes die Appèlhof beslis oor die vooruitsigte van die eiseres se kanse op sukses alvorens toestemming om te appelleer verleen kon word. Die eiseres is ernstig beseer ⁽⁴⁾ toe die motorfiets waarop sy 'n passasier in die syspan was, die pad verlaat het en met 'n boom gebots het. Daar was voldoende getuienis voor die Hof, dat die eiseres ten volle bewus was daarvan toe sy vrywilliglik die reis as passassier meegemaak het. Die Appèlhof by monde van appèlregter Fagan, bevind dat die verweer van volenti non fit iniuria wel van toepassing is, en dat die eiseres se kanse op appèl onvoldoende is om aansoek toe te staan. Gevolglik word verlof tot appèl geweier ⁽⁵⁾.

-
- (1) Vergelyk Burchell en Hunt, a w op bladsy 309 en verder; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 91 en verder; Strauss, proefskrif, op bladsy 426 en verder.
 - (2) Indien daar van die basis af gewerk word dat die gemeenskap moet help dra aan enige las ten opsigte van die welvaart van sy lede indien van die lede beseer word, word hierdie belang ook vanuit 'n ekonomiese oogpunt regverdig.
 - (3) 1955 (2) SA 507(A).
 - (4) Alhoewel die gewysde nie spesifieke melding maak van die aard van die eiseres se beserings nie, word daar in die Appendix, Register van Appèlle: 1954(3) SA 1021 gesê dat "... (p)laintiff sustained severe injuries".
 - (5) So verklaar appèlregter Fagan op bladsy 514B: "Where the defence is that the plaintiff voluntarily became a passenger in a motor vehicle controlled by an intoxicated driver, the degree of intoxication may be of importance in considering whether the plaintiff either in fact appreciated, or was negligent in failing to appreciate, that the intoxication was such as to involve the risk of an accident". Hieruit blyk dat daar hier eers met subjektiewe toets gewerk is en daarna met die redelike man-toets vir nalatigheid.

Daar moet reeds op hierdie stadium daarop gewys word dat daar met die resultaat van die beslissing saamgestem word, maar die huidige skrywer is van mening dat die eiseres eerder op die regs wetenskaplike meer suiwer grondslag van medewerkende opset moes gefaal het in haar eis. Ek is van mening dat die toestemming van die eiseres as onredelik en gevolglik contra bonos mores beskou kan word en dat hierdie toestemming irrelevant was met betrekking tot die verweerder (1). Hierdie standpunt sou ooreenkomstig die gemene reg gewees het (2) asook ooreenkomstig die huidige positiewe reg (3). Van der Merwe en Olivier is 'n soortgelyke mening toegedaan en verklaar:

"Dadelik moet daarop gewys word dat indien toestemming hetsy tot benadeling, hetsy tot risiko van benadeling hoegenaamd aan die kant van die eiseres uit die feite gekonstrueer kan word, sodanige toestemming nie regsgeldig kan wees nie, omdat dit as contra bonos mores aangemerkt sou moet word. Die verweer van volenti non fit iniuria is derhalwe nie ter sake nie (4)".

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie stelling van Van der Merwe en Olivier die korrekte een is. Strauss huldig 'n soortgelyke mening en verklaar: "Die krenking wat in Lampert vs Hefer N O voorgekom het, is, met respek gesê, van so 'n aard dat dit nie op grond van toestemming regverdigbaar behoort te wees nie (5)".

-
- (1) Omdat die gemene reg vereis dat die gemeenskap se belang ook beskerm moet word met 'n belange-afstanddoening sal die toestemming aan die kant van die benadeelde dus as contra bonos mores aangemerkt moet word.
 - (2) Vergelyk my bespreking hierbo vanaf bladsy 79 en verder. Sien verder DAMHOUDER cap 88; DE GROOT 2:1:43, 44; CARPZOVIVUS 2:13:17; VAN LEEUWEN 4:34:12; PUFFENDORF 2:5:3; VOET 9:2:1; MOORMAN 2:11:2,3,4,5; VAN DER KEESEL op DE GROOT 2:1:43 en VAN DER LINDEN 2:5:14.
 - (3) Vergelyk my bespreking hierbo vanaf bladsy 97 en verder.
 - (4) a w op bladsy 164.
 - (5) Proefskrif, bladsy 458.

Hy is van mening dat die eiseres se eis wel moes gefaal het weens die medewerkende opset aan haar kant en verklaar:

"Die aanspreeklikheid van die dader behoort af te hang van sy skuld. Ook hier moet in gedagte gehou word dat die aanspreeklikheid van die dader waar daar toestemming deur die benadeelde was, privaatregtelik moontlik in iedere geval uitgeskakel word weens die hydraende opset van die dader. Prakties beskou, kan die resultaat in 'n besondere geval dan tog maar weer dieselfde wees asof toestemming wel 'n regverdigingsgrond was".

Veel ernstiger is die kritiek wat Schwietering teen die gewysde inbring. Hy is van mening dat 'n mens in hierdie besondere geval nie met toestemming tot benadeling te doen het nie, en verklaar ⁽¹⁾:

"Die draagwydte van die adagium: volenti non fit iniuria, word dikwels oorskat. Dit is nie waar dat toestemming van die benadeelde tot 'n inbreuk op 'n eie belang steeds die onregmatigheid (2) van die inbreuk uitsluit nie. Daar moet onderskei word tussen verskillende regsgoedere en die doel van die inbreuk of gevaarskepping waartoe toegestem word".

"Dit mag wees dat die eienaar van 'n saak oor die saak 'n min of meer onbeperkte beskikkingsbevoegdheid het, dat hy dus tot enige inbreuk op die saak kan toestem en daardeur die onregmatigheid van die inbreuk uitsluit. As ek A toelaat om my waardevolle skildery as 'n skyf vir sy skietoefening te gebruik, handel A nie onregmatig nie as hy die ding stukkend skiet. T.o.v. lyf en lewe geld egter nie dieselfde nie. 'n Direkte toestemming tot lewensberowing is seker nie effektief nie. As X wat moeg is vir die lewe, hom as skyf vir Z se skietoefening aanbied, pleeg Z ongetwyfeld moord as hy X doelbewus 'n skoot in die hart jaag. Ook ernstige aantastings van die liggaamlike integriteit word nie sonder meer deur toestemming regmatig nie".

Schwietering verklaar dat daar wel sekere sosiaal-adekwate risiko's is wat 'n mens regsgeldiglik kan loop ⁽³⁾ aangesien hierdie risiko

(1) "Insake: Lampert vs Hefer N O 1955(2) SA 507(A)" (1957) 20 THR-HR 138, op bladsy 139.

(2) Op die vraag of geldige toestemming 'n onregmatighedsuitsluitingsgrond is, sal op teruggekom word.

(3) a w op bladsy 139. Schwietering toon tereg aan dat daar sekere risiko's in die alledaagse lewe bestaan, wat die mens uiteraard loop. Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 99, toon aan dat 'n mens wel bewus is van die feit dat 'n motor jou kan stamp indien jy oor die pad loop, maar dit nie noodwendig die afleiding regverdig dat die benadeelde homself gewilliglik die skyf maak vir grimmige en roekelose motoriste nie. Bewustheid is nie toestemming nie.

deel uitmaak van die alledaagse lewe. Hy voeg by dat: "... die blote veroorsaking van 'n inbreuk op 'n belang van 'n ander ... nie onregmatig (is) nie, tensy die gevaarskepping quoad die aangetaste belang 'sosiaal-inadekwaat' was ⁽¹⁾". Verder huldig Schwietering die mening dat daar wel regsgeldiglik toegestem kan word tot 'n krenking in die loop van 'n rugbywedstryd, ens , mits die krenking natuurlik ooreenkomstig die reëls van die betrokke sport is ⁽²⁾; of in die geval van 'n lewensgevaarlike operasie tot mediese behandeling met die oog op genesing ⁽³⁾. Hy besluit dat daar nie regsgeldiglik toegestem kan word tot 'n krenking wat buite hierdie sosiaal aanvaarde sfeer val nie ⁽⁴⁾. Die standpunt van Schwietering word onderskryf

(1) a w op bladsy 139.

(2) a w op bladsy 140 waar die skrywer verklaar : "Die gevare wat eie is aan 'n bokskryt, 'n stoeieveg, 'n rugbywedstryd, 'n mediese operasie, ens. val in hierdie klas. Tot hierdie gevare mag ek binne sekere perke toestem, in welke geval daaruit voortvloeiende besering nie onregmatig toegebring is nie. Sonder my toestemming is hierdie gevare 'sosiaal-inadekwaat', eers deur my toestemming word hulle 'sosiaal-adekwaat'".

(3) So verklaar Schwietering, a w op bladsy 140: "Ten aansien van lyf en lewe is die enkeling se beskikkingsbevoegdheid weer geensins so onbeperk nie. Weliswaar mag ek in gepaste omstandighede selfs tot 'n ernstige ingevaarstelling van my lewe toestem. Ek mag toestem tot 'n lewensgevaarlike operasie as daarvoor 'n gesonde mediese doel bestaan. Die doel moet die gevaar regverdig. Dit spreek vanself dat die omvang van die gevaar o.a. afhang van die bekwaamheid en ervaring van die persoon wat die operasie moet uitvoer. In die reël sal my toestemming slegs effektief wees vir sover die persoon wat die lewensgevaarlike operasie moet uitvoer, opgewasse is teen sy taak". Die skrywer behandel die aspek waar die geneesheer nie opgewasse is vir sy taak nie , die benadeelde daarvan bewus is en nogtans toestem dat voortgegaan word met die operasie en dat die nadeel wat uit hierdie operasie voortvloei, nie as regmatig aangemerkt kan word nie. So beroep Schwietering hom op die Franse reg en noem die voorbeeld van 'n dame wat toestem tot 'n lewensgevaarlike operasie om haar postuur te verbeter. Indien daar ernstige liggaamlike leedskrenkende gevolge in hierdie geval intree, kan daar uiteraard aanvaar word dat die arts onregmatig opgetree het. Oor die vraag of die dokter aanspreeklik is vir die skade, hang natuurlik af van die skuld teenwoordig by die betrokke partye.

(4) Met ander woorde die toestemming moet redelik wees en nie contra bonos mores nie.

en ek wil byvoeg dat dit wel ooreenkomstig ons gemene reg is, asook ooreenkomstig die algemene redelikeidsgevoel. Schwietering gaan verder en verklaar dat oorskryding van die "perke" van toestemming, nie sonder meer aanspreeklikheid aan die kant van die dader meebring nie, aangesien daar rekening gehou moet word met die "medeskuld" van die benadeelde ⁽¹⁾.

Die volgende gewysde waar die verweer van volenti non fit iniuria weer voor die Appèlhof gekom het was Netherlands Insurance Co of S A Ltd vs Van der Vyver ⁽²⁾. Die feite was kortliks soos volg: Die eiser is deur 'n sekere mev Ozen gevra om 'n ogie oor haar man te hou, aangesien die vermoede by haar ontstaan het dat haar man ontrou was. Die eiser, wat 'n privaatspeurder was, het mnr Ozen gevolg wat 'n dame opgelaaï het en op 'n sekere plek tussen die bome gaan stilhou het. Die eiser het op 'n gepasde stadium uitgehardloop en foto's geneem. Hy het mnr Ozen meegedeel dat hy graag 'n onderhoud met hom wou voer. Ozen wat op daardie stadium nie daarvoor te vinde was nie, besluit om homself uit die voete te maak. Die eiser spring voor op die masjienkap van die motor ten einde mnr Ozen in sy poging te fnuik. Na 'n hele end het Ozen skielik van rigting verander en die eiser het die masjienkap van die motor verlaat. Hy is in die proses baie ernstig beseer. Die verweer van volenti non fit iniuria word onder andere deur die verweerder opgewerp. Die Hof a quo ⁽³⁾ verwerp die verweer van volenti heeltemal tereg en vind dat

(1) a w op bladsy 141 en verder.

(2) 1968(1) SA 412 (A).

(3) 1967(2) SA 476(T) waar regter Boshoff op bladsy 482A-D die volgende verklaar: "Hy (die eiser) het erken dat hy geweet het dat hy 'n risiko neem dat Ozen nogtans sal probeer om weg te kom en gesê dat hy bereid was om so 'n kans te neem. As hy daar en dan afgeval het terwyl Ozen probeer het om weg te kom mag dit wees dat hierdie verweer behoort te slaag; ... Dit kan egter, met die oog op latere gebeure, nie gesê word dat hy teenoor Ozen die risiko aanvaar het van en toegestem het tot die gevolge wat daarna ingetree het nie". Ek wil daarop wys dat dit verkeerd is om in hierdie omstandighede die tyd waarop die eiser die masjienkap sou verlaat het, te gebruik om

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

daar medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiser was. Op appèl bevind appèlregter Van Blerk dat die Hof a quo tereg die verweer van volenti verwerp het, maar dat die eiser skuldvry was en dat die eiser sy volle skade kan verhaal ⁽¹⁾. Ek wil saamstem dat daar in hierdie geval nie sprake van die verweer van toestemming kan wees nie. Ek wil egter verskil met beide die howe oor die ratio van die beslissing. Die rede waarom dit nie 'n geval van vrywillige aanvaarding van risiko is nie, is eenvoudig omdat die toestemming as contra bonos mores aangemerkt sou gewees het ⁽²⁾. Dit is jammer dat die Hof nie kennis

die aanvaarding van risiko te probeer aflei. Dit is so dat die handeling en die gevolg in tyd en in ruimte geskei kan word. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 54 en verder. Om die voorbeeld aan Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 54, te ontleen en verder uit te brei: Gestel ek vuur 'n interkontinentale vuurpyl na Amerika, dan word my skuld gemeet nie op die stadium net voor die vuurpyl sy doelwit tref nie, (want op daardie stadium kan ek dalk berou hê ens) maar op die stadium van die relevante handeling, naamlik die druk van die knoppie. Volgens regter Boshoff se eie argument behoort hy te bevind het dat daar toestemming aan die kant van die eiser was. Of hierdie toestemming egter geldig was, is 'n ander vraag.

- (1) So verklaar appèlregter Van Blerk op bladsy 421 F: "Dit blyk myns insiens duidelik uit die getuienis dat respondent nie bewus was van wat met hom sou gebeur nie. Dit is eers toe Ozen nie ag slaan op die pogings om hom te beweeg om die voertuig tot stilstand te bring nie, dat respondent die gevaarlike posisie waarin hy hom bevind, besef het..." "n Verweer van toestemming vereis dat die aanwending daarvan met versigtigheid en behoedsaamheid moet geskied. Daarvoor word ook duidelike bewys van kennis en die besef van die aard en die omvang van die risiko, asook van die toestemming daartoe, geverg". Daar kan met respek gesê word dat die handeling die aanvanklike klim op die motor is. Die verdere handelinge, bv die versuim om behoorlik vas te hou is nie van belang nie. Sien die vorige noot asook Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 169 en verder, asook Van der Walt en Joubert, "Mededelings", op bladsy 125 en verder.
- (2) Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 166 en verder; Strauss, proefskrif, op bladsy 458 en verder; Van der Merwe "Insake: Van der Vyver vs Netherland Insurance Co of S A Ltd 1967(2) SA 476(T)" (1967) 30 THR-HR 287; Schwietering a w op bladsy 139 en verder; Scott, a w op bladsy 227 en verder; Van der Vyver "Insake: Netherlands Insurance Co of SA Ltd vs Van der Vyver 1968(1) SA 412(A)" (1968) 31 THR-HR 295; en in die algemeen die gesag hierbo aangehaal vanaf bladsy 79 en verder.

geneem het van die standpunt van Schwietering ⁽¹⁾ en Van der Merwe en Olivier ⁽²⁾ nie.

Die volgende gewysde waarby stilgestaan kan word is Santam Insurance Co Ltd vs Vorster ⁽³⁾. Die feite was kortliks: A en B daag mekaar uit tot 'n resies en neem elk 'n passasier saam. Die eiser in hierdie saak is een van die passasiers. Die roete wat die "renjaers" kies is 'n openbare pad. Die eiser was voor die tyd ten volle bewus van die feit dat daar aan hierdie resies deelgeneem gaan word en het ook vrywilliglik die rol van passasier in die wedren ingeneem. Tydens die wedren poog A om verby B te ry toe beide die voertuie 'n skerp draai (waarvan beide bestuurders bewus was) nader. Toe hulle in die draai is vermeerder B weer sy spoed en sy motor draai skuins en tref die sykant van A se voertuig. A verloor beheer oor die voertuig en die motor hardloop in die veld in en slaan om. Die eiser is baie ernstig beseer. Dit blyk uit die hofverslag dat hy verlam is. Die Hof a quo verwerp die verweer van volenti non fit iniuria ⁽⁴⁾,

(1) a w op bladsy 139.

(2) Beide die vonnisbespreking van Van der Merwe, "Insake: Van der Vyver vs Netherlands Insurance Co of SA Ltd 1967(2) SA 476(T)" (1967) 30 THR-HR 287 en die eerste uitgawe van Van der Merwe en Olivier, a w was reeds op hierdie stadium beskikbaar.

(3) 1973 (4) SA 764(A).

(4) 1973 (2) SA 186(W). So verklaar regter Marais op bladsy 192E dat daar aan die volgende vereistes voldoen moes word vir volenti en dat die benadeelde ten volle bewus moes wees van "... the risk that the car in which he is a passenger may, at its maximum speed, develop a dangerous defect, e.g. bursting a tyre, failure of the steering mechanism, or any other mechanical defect to be expected in a relatively old car which is being 'raced'; secondly, the risk of some such mechanical defect developing in another car taking part in the 'race' and causing an accident which results in injury to the plaintiff; and thirdly, the risk of negligent driving on the part of one or more of the drivers concerned ..." alvorens daar sprake kan wees van toestemming aan die kant van die benadeelde. As daar vanuit hierdie basis geargumenteer word kan ek nog aan baie meer aspekte dink waarvan die benadeelde bewus moes gewees het, bv beeste of donkies wat oor die pad loop, slaggate in die pad, belemmering deur buitestaanders, ens. Die regter bevind ook dat die benadeelde nie bewus was van hierdie aspekte nie en daar gevolglik nie sprake kon wees van toestemming tot benadeling nie. Die redelikheid van hierdie bevinding kan verder betwyfel word.

maar bevind dat die eiser medewerkend nalatig was en verminder sy eis dienooreenkomstig met een derde. Hierdie beslissing word op appèl bevestig ⁽¹⁾. Ek is die mening toegedaan dat dit nie 'n geval van toestemming tot benadeling was nie, weens die feit dat so 'n toestemming in elk geval ongeldig sou wees omdat dit contra bonos mores sou wees. In hulle kritiek op hierdie beslissing verklaar Van der Merwe en Olivier die volgende:

"Hoewel 'n mens geneig is om respektvol toe te gee dat die verweer 'vrywillige aanvaarding van risiko' in die sin van toestemming tot risiko van benadeling nie behoort te geslaag het nie omdat sodanige toestemming in die juridiese sin van die woord nie bewys is nie en in ieder geval ook as contra bonos mores aangemerkt sou kon word, is dit te betreur dat die vraag of 'vrywillige aanvaarding van risiko' in die sin van medewerkende opset, nie deur die appèlbank oorweeg is nie" (2).

Scott wat 'n voorstaander is van die vereiste dat die toestemming redelik moet wees en dat die gemeenskap 'n belang het in die welvaart van die regssubjekte ⁽³⁾ verklaar na aanleiding van die feite

-
- (1) Nadat hoofregter Thompson die getuienis behandel het, kom hy tot die gevolgtrekking op bladsy 783F: "In what is manifestly a borderline case, I have, after anxious consideration and for the reasons set out above, come to the conclusion that, bearing in mind the onus which admittedly rests upon appellant to establish the volens defence, no sufficient warrant exists for disturbing the conclusion of the trial Court that that defence had not been made out".
- (2) a w op bladsy 171.
- (3) a w op bladsy 219 en verder. So verklaar hy, op bladsy 220: "Die gemeenskap het sekerlik 'n belang by sy lede (individue) se materiële welvaart en liggaamlike gesondheid. Finansiële verliese en liggaamlike benadeling is 'n las vir die gemeenskap - nie net ekonomies nie, maar ook sosiaal en eties. Finansiële en liggaamlike sekuriteit is dus nie net 'n individuele sekuriteit nie, maar ook 'n gemeenskapsbate. Daarom eis die gemeenskapsbelang die handhawing deur die reg van hierdie sekuriteit. Die besluit van die individu om uit eie beweging van hierdie individuele sekuriteit afstand te doen, is daarom onderhewig aan die gemeenskapsopvatting oor die redelikheid van hierdie besluit, juis met die oog op die gemeenskapswelvaart". Ek kan nie anders as om met Scott saam te stem nie. Ek wil egter verder gaan deur te verklaar dat hierdie standpunt ook ooreenkomstig die bepaling van die gemene reg is.

in hierdie gewysde (1):

"Enige beoordelaar van die feite van hierdie saak behoort ongetwyfeld baie simpatie te hê met die eiser, 'n jong man wat vir die res van sy lewe vermink is deur 'n onsinnige onbesonnenheid. Daarom het ek nie twyfel oor die billikheid van die hof se beslissing dat die eiser nie toegestem het tot benadeling nie. Ek kan egter nie saamstem met die rede vir die hof se bevinding nie... Ek dink dat al die hof se probleme opgelos sou gewees het indien die hof, soos ek respekvol ter oorweging gee, bevind het dat die toestemming tot benadeling in hierdie geval nie redelik en geldig sou kon wees nie, iets wat die hof nêrens oorweeg het nie".

Ek wil op hierdie stadium 'n soortgelyke mening uitspreek. (2) Boberg in 'n baie volledige ondersoek, doen aan die hand dat alhoewel die Hof die wilsooreenstemmings-teorie verwerp het, (3) aanvaarding van die teorie tot 'n baie redeliker gevolgtrekking sou lei, aangesien dit die werking van die volenti-leerstuk sal beperk. Dit wil voorkom asof die meeste van die skrywers dit eens is dat die werking van die volenti-leerstuk op een of ander wyse beperk moet word (4). Ek wil daarop wys dat die billikste beperking daarop en ook die regswetenskaplik meer suiwere nie die aanvaarding van die wilsooreenstemmings-teorie is nie, maar eerder die aanvaarding van die

(1) a w op bladsy 221.

(2) "Some Light on the Defence of Volenti" 1974 91 SALJ 19.

(3) Ek het reeds hierdie aspek hierbo op bladsy 59 en verder volledig bespreek.

(4) Vergelyk hoofregter Thompson se opmerkings in Santam Insurance Co vs Vorster 1973(4) SA 764(A) op bladsy 778H-779A; Strauss, proefskrif, op bladsy 414 en verder; Scott, (1976) 9 De Jure 218 op bladsy 219 en verder; McKerron, a w op bladsy 67 en verder; die opmerkings van hoofregter Innes in Waring & Gillow, Ltd vs Sherborne 1904 TS 340 op bladsy 344 en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 93; die opmerkings van appèlregter Schreiner in Lampert vs Hefer, 1955 (2) SA 507(A) op bladsy 509 en verder.

redelikheid as voorvereiste vir die geldigheid van toestemming tot 'n benadeling. Dit is egter interessant om daarop te let dat Boberg ⁽¹⁾ daarop wys dat die Hof nie enige rede gegee het toe dit die advokaat se argument ten aansien van medewerkende opset verwerp het nie. Dit wil vir my voorkom asof Boberg ook 'n voorstaander van die redelikeidsmaatstaf is ⁽²⁾.

Gauntlett ⁽³⁾ wat ook die gewysde bespreek merk op sy beurt die volgende op:

"The painfully protracted enquiry into the defence of volens would have been entirely eliminated. For under no circumstances could a defence of volens succeed in a case of dicing; our law recognises no redeeming social purpose in such a highly dangerous pastime. As we have seen, it is only narrowly defined limits such as those imposed by 'die reëls van die spel' (Strauss 26) - of recognised activities such as rugby, ice-skating and no doubt organised motor sport on a proper circuit, that consent is recognised".

Wanneer die skrywer praat van toestemming wat "purposeful" moet wees, bedoel hy dat die toestemming deur die gemeenskapsopvatting erken word ⁽⁴⁾. Dan sal die gedagte van die redelikheid van die toestemming onderliggend hieraan moet wees. Daar word aan die hand gedoen dat die skrywer se kritiek gegrond is.

Vervolgens wil ek die jongste beslissing bespreek naamlik Clark and Another vs Welsh ⁽⁵⁾. Die eiseres is beseer deurdat 'n gholfbal

(1) a w op bladsy 37.

(2) Vergelyk die skrywer se opmerkings (1974) 91 SALJ 19 op bladsy 34 noot 18.

(3) (1974) 38 THR-HR, op bladsy 200.

(4) Vergelyk die skrywer se bespreking, a w op bladsy 197, waar hy onder andere opmerk: "In short, consent is only recognised if the purpose behind the act creating the risk is of such socially valuable nature as to justify its creation". Die redelikeidsvereiste is dus die maatstaf.

(5) 1975 (4) SA 469(W) en ook die Appêlhof-uitspraak: 1976(3) SA 484(A).

haar in die oog getref het, nadat een van haar medespeelsters (die verweerderes) se hou die bal in 'n sonderlinge rigting gestuur het (1). Dit blyk uit die feite van die saak dat die eiseres haar oog verloor het. Van der Merwe en Olivier merk die volgende op:

"Respekvol word in oorweging gegee dat die volenti-verweer in die sin van toestemming tot risiko van benadeling tereg nie geslaag het nie, omdat die getuienis nie die afleiding regverdig dat die eiseres sodanige toestemming gegee het nie. Hiermee is nog nie gesê dat die verweerderes se optrede daarom onregmatig was nie. So kan moontlik op die standpunt gestaan word dat die veroorsaking van nadeel aan 'n speler deur 'n medespeler in die normale loop van 'n erkende spel, selfs buite die grense van toestemming om, nie ooreenkomstig die boni mores as onregmatig aangevoer word nie. So beskou, is die eis in die onderhawige geval tereg van die hand gewys, maar was dit onnodig om die skuldvraag aan te roer. Indien aan die ander kant egter op die standpunt gestaan word dat die besering van die eiseres wel ooreenkomstig heersende boni mores as onregmatig bestempel moet word, moet die hof in ieder geval respekvol gelyk gegee word dat die verweerderes in casu nie deur die skuldverwyf getref word nie" (2).

Ek is van mening dat die besering wat die eiseres opgedoen het nie ooreenkomstig die normale reëls van die spel gholf was nie. Die betrokke handeling moet met verwysing na die besering as onregmatig aangemerkt word. Daar moes wel 'n ondersoek na skuld aan die kant van die verweerderes onderneem gewees het (3). Wat hierdie

-
- (1) Vergelyk bladsy 53 noot 3 waar daar reeds opgemerk is dat die Hof die saak benader het deur eers na die nalatigheid van die verweerderes te kyk, sonder om eers vas te stel of die handeling van die verweerderes onregmatig was.
- (2) a w op bladsy 101.
- (3) Kontrasteer die saak van Rosseau vs Viljoen 1970(3) SA 413(K) waar die eiser beseer is tydens 'n knortjorwedren, terwyl hy diens gedoen het as baanbeampte. Regter Van Winsen onderneem 'n lang feite-bevindende soektog om te bevind dat die besondere benadeling buite die gekontempleerde risiko wat verbonde is aan knortjorwedrenne val. Daar word aan die hand gedoen dat so 'n ondersoek onnodig is en daar net bloot gevra moet word of die benadeelde regsgeldiglik kan toestem tot hierdie besondere benadeling. Volgens die gemene reg, sowel as volgens die oor-grote meerderheid van die skrywers, sal hierdie toestemmings-bevoegdheid buite die redelike "bevoegdhede" van die eiser val. Gevolglik kan daar dan 'n soektog op tou gesit word na skuld aan die kant van die eiser of van die verweerder.

aspek van die beslissing aanbetref, is dit jammer dat die Hof nie verklaar het dat hierdie toestemming tot die beserings in elk geval contra bonos mores sou gewees het nie.

Om hierdie aspek van die ondersoek dus af te sluit, wil dit voorkom dat die howe nie altyd suiwer was in hulle benadering nie. Daar moet eerder van die basis van die redelikheid van die toestemming gewerk word en dan daarna kan die subjektiewe ondersoek na skuld aan die kant van beide die eiser en die verweerder onderneem word en dan afhangend van die geval, 'n ondersoek na die nalatigheid. Indien daar nou de lege ferenda aanvaar word dat die howe in die toekoms meer ag sal slaan op die vereiste van redelikheid van die toestemming, dan wil ek nou kortliks die effek van 'n redelike toestemming bespreek.

Strauss⁽¹⁾ wat 'n baie deeglike ondersoek gedoen het ^{na} tussen die verband tussen toestemming en die uitsluiting van onregmatigheid, bespreek die Romeinse reg en kom tot die gevolgtrekking dat die Romeine nie altyd suiwer was oor die vraag of toestemming tot benadeling 'n skulduitsluitingsgrond of 'n onregmatighedsuitsluitingsgrond was nie ⁽²⁾.

(1) Proefskrif, op bladsy 286 en verder.

(2) Proefskrif, op bladsy 287-291. Strauss beroep hom op D47:10:1:5 waar die seun verkoop word met die vader se toestemming (hierbo op bladsy 75 bespreek) en waar Ulpianus verklaar dat daar geen aksie vir die vader beskikbaar is nie: "...quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat...". In hierdie geval is daar 'n duidelike afwesigheid van onregmatigheid. In ander gevalle soos in die geval van diefstal behandel die Romeinse juriste toestemming weer as 'n skulduitsluitingsgrond. Sien D47:2:46:7 waar geleer word dat waar iemand 'n ander se saak toeien onder die indruk dat die eienaar toegestem het, daardie persoon nie 'n dief is nie. Dit sal weer volgens die moderne regswetenskap as afwesigheid van onregmatighedsbewussyn aangemerkt word. Vergelyk ook D9:2:7:4 (hierbo bespreek op bladsy 76) waar daar doodslag was tydens 'n openbare stoeigeveg. Vergelyk ook Greuber, "The Lex Aquilia" op bladsy 21 en verder.

Soos reeds hierbo genoem, (1) sluit dit aan by Beinart (2) se teorie dat onregmatigheid aanvanklik 'n aparte element van die deliktereg was en dat die skrywers dit naderhand as so vanselfsprekend aanvaar het, dat hulle dit nie meer as 'n aparte element genoem het nie. Dit het toe op sy beurt daarop uitgeloop dat die begrip iniuria later deur die begrip culpa vervang is. Die skrywers het later net gepraat van die afwesigheid van iniuria, menende afwesigheid van skuld of onregmatigheid na gelang van die geval. Om hierdie rede glo ek nie dat daar enige regswetenskaplike voordeel in geleë is om die Romeinse reg te ondersoek nie. Wat die skrywers van die Romeins-Hollandse reg betref, kritiseer MOORMAN (3) die stelling van ULPIANUS (4) dat daar geen onreg geskied teenoor iemand wat inwillig nie. Hy verklaar dat dit beslis nie 'n algemene reël was nie. Verder is MOORMAN, soos ons reeds gesien het, een van die skrywers wat leer dat 'n mens nie 'n absolute reg het oor sy liggaam nie (5) en daarom is dit nie vir my snaaks dat MOORMAN verklaar (6):

"Maer niet tegenstaande deese bygebrachte redenen, meene ik echter, dat men niemand, hoe seer hy sulks ook van ons mogte begeeren, magh slaen, wonden, en veel min dooden, sonder dat men dieswegen soude strafbaer zyn".

MOORMAN huldig die mening dat ULPIANUS in hierdie konteks bedoel het dat die handeling van die verkoop van die seun 'n geoorloofde

(1) Op bladsy 3.

(2) "The relationship of Iniuria and Culpa en the Lex Aquilia", in Studi in Onore de Vincenzo Ruiz, Vol 1 (1952) bladsy 279 op 279.

(3) Inleiding 3:3.

(4) 47:10:1:5.

(5) Vergelyk my bespreking hierbo op bladsy 87 en verder.

(6) Inleiding 3:3.

handeling was en daarom word daar geen onreg teen die meester gepleeg nie. Ek wil verskil van Strauss ⁽¹⁾ waar hy verklaar dat MOORMAN verkondig dat die dader straffeloos is. MOORMAN verskil dan juis van hierdie algemene reël. Hoe dit ook al sy, vir die huidige onderwerp se doeleindes is dit duidelik dat volgens MOORMAN, indien die handeling geoorloof is, daar geen onreg teenoor die toestemmende persoon geskied nie. Anders as Strauss ⁽²⁾ meen ek ook dat MATTHAEUS ⁽³⁾ tot min of meer dieselfde slotsom as MOORMAN gekom het. Daar kan egter wel met Strauss ⁽⁴⁾ se konklusie

(1) Proefskrif, op bladsy 292, waar die skrywer verklaar: "MOORMAN stel die vraag of die dader wat iemand met sy wil 'op zyne bede' slaan of verwond, strafbaar is. Dat hy strafloos is, skyn volgens MOORMAN gegrond te wees op die bekende reël 'dat niemandt met zynen wil ongelyk wordt aangedaan'". Dit is duidelik nie wat MOORMAN bedoel het nie. Vergelyk wat MOORMAN in Inl 3:5 verklaar: "Maer niet, gelyk iemand een Heer van syn vryheit is, soo is hy ook, volgens deselve wetten, een Heer van syn leven, of leden. Selfs is hy het ook niet volstrektelyk van syne goederen, en daerom, soo iemand een ander versoght syn huys aen brant te steeken, of op eene andere wyse hem een merkelyke schade toe te bregen, soo soude sulk een versoek niet straffeloos konnen worden ingewillight en volvoert; dewyl'er het gemeenebest aen gelegen is, dat niemant syne goederen misbruike, en ook sulk een versoeker moet geoordeelt worden niet wel by syne sinnen te weesen, en dus geen wil te hebben". Dit is vir my duidelik dat MOORMAN glad nie van mening was dat die persoon wat 'n ander met sy toestemming sou beseer ongestraf sou moes gaan nie. MOORMAN het wel erken dat daar in sekere religieuse gevalle die reg bestaan om 'n persoon wettiglik kwaad aan te doen, maar dit was soos MOORMAN tereg verklaar, die uitsondering gewees.

(2) *ibid.*

(3) Prol 3:3.

(4) Proefskrif op bladsy 292.

ten opsigte van die skrywers se standpunte saamgestem word:

"Uit MATTHAEUS en MOORMAN se behandeling van die vraag kan nie onomwonde die gevolgtrekking gemaak word dat toestemming (waar dit geldig is) die wederregtelikheid in die sin waarin die begrip in die moderne Duitse regs wetenskap gevat word, uitsluit nie. Soos hierbo gesê is, het ons skrywers die begrip iniuria oor die algemeen klaarblyklik gesien in sy wyere betekenis as insluitende skuld".

Strauss (1) bespreek DE GROOT (2) se omskrywing van 'n misdaad en kom tot die gevolgtrekking dat DE GROOT toestemming deur die benadeelde as 'n onregmatigheidsuitsluitingsgrond gesien het. Ek wil hierdie mening van Strauss onderskryf en daarop wys dat waar DE GROOT die aantasting van die liggaam deur 'n ander om geneeskundige redes behandel, hy beslis meld dat die beskikking oor die liggaam binne die raamwerk van die "eerlike sedes" moet geskied (3).

Wat die res van die Romeins-Hollands-regtelike skrywers betref, is daar nie genoegsame bespreking van toestemming as 'n verweer om 'n algemene beginsel van af te lei nie (4).

Wat die Engelse en die Amerikaanse reg betref, merk Price (5) die volgende op:

"It is, however, necessary so sound a note of warning: English cases, although very useful is carefully used, cannot be treated as infallible authorities on this subject. The inherent differences between the Roman-Dutch Law of delict and the English Law of tort require notice here as elsewhere".

(1) *ibid.*

(2) 3:32:3-5.

(3) 2:1:46. Vergelyk ook die bespreking hierbo op bladsy 82 noot 1 van hierdie teks.

(4) Sien oor die algemeen Strauss, proefskrif, op bladsy 293 en die gesag aangehaal in noot 4; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 89 en verder; veral Anderson, a w op bladsy 80 en verder; asook De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 91 noot 140.

(5) "Volenti non fit Iniuria" (1952) 15 THR-HR 60.

Oor die algemeen vind mens nie 'n bespreking in die Engelse reg van die regsgrond waarom daar nie-aanspreeklikheid aan die kant van die dader is nie. Hier moet veral daarop gewys word dat die Engelse reg baie kasuïsties is ⁽¹⁾. Die Duitse reg ⁽²⁾ daarenteen behandel die uitsluiting van aanspreeklikheid grotendeels onder die afwesigheid van onregmatigheid. Wat die strafreg betref, kan die aanwesigheid van toestemming moontlik lei tot die uitsluiting van dolus.

Alhoewel hierdie onderwerp nog nie pertinent deur ons hofe beslis is nie, wil dit voorkom asof die meerderheid van die skrywers aanvaar dat 'n redelike toestemming tot benadeling die onregmatigheid van die dader se handeling ontnem ⁽³⁾. Boberg ⁽⁴⁾ skyn egter 'n ander mening toegedaan te wees en verklaar:

"First, it is incompatible with the position, taken by most writers, that whereas volenti relieves the defendant of his duty of care, so that he in fact commits no wrong against the plaintiff, waiver merely deprives the plaintiff of his legal remedy for what remains the defendant's wrongful act. While one naturally hesitates to join issue with so many formidable adversaries, it is nevertheless respectfully submitted that voluntary assumption of risk - and indeed even consent to the intentional infliction of harm - do not deprive the act of its inherently wrongful character: they merely deprive it of the quality of actionability. The character of wrongfulness - onregmatigheid - attaches to an act as a matter of law in accordance with various rules and requirements. How can the willingness of the plaintiff to absolve the defendant from legal responsibility for his act alter the act's essential legal character?"

(1) Vergelyk Strauss, proefskrif, op bladsy 294-300.

(2) Vergelyk Strauss, proefskrif, op bladsy 300-308.

(3) Vergelyk onder andere: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 89; Strauss, proefskrif, op bladsy 331 en verder; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 91; Van der Walt, a w op bladsy 47 en verder; Scott, a w op bladsy 219 en verder; Neethling, "Mededelings aan die Universiteit van Suid-Afrika", (1977) op bladsy 40 en verder; Van der Post 1970 Scintilla Juris 75 op bladsy 78 en verder; Conradie, "Seduksie en die Leerstuk van Volenti non fit Iniuria", (1974) THR-HR 372 op bladsy 377 en verder; Van der Merwe, (1967) 30 THR-HR 287; Schwietering, (1957) 20 THR-HR 138; Van der Vyver (1968) 31 THR-HR 295; Gauntlett (1974) 38 THR-HR 195; Millner (1955) 72 SALJ 233.

(4) a w op bladsy 33.

Wat eerste opval van hierdie aanhaling is dat die kritiek wat die skrywer inbring, nie ongegrond is nie. Dié probleme word wel ondervind, indien daar nie met die vereiste van redelikheid van toestemming gewerk word nie. Kom ons neem die volgende voorbeeld: A is ernstig siek en dit is noodsaaklik dat daar 'n sekere operasie op hom uitgevoer word ten einde sy lewe te red. Gevolglik stem A toe tot die operasie. Die operasie is 'n sukses en A se lewe word gered. Ek dink dit sal enige juris dwars in die krop steek om hierdie handeling van die dokter as onregmatig aan te merk. Schwietering ⁽¹⁾

noem die voorbeeld van A en B wat in 'n brandende gebou vasgekeer is en besef dat 'n sprong na benede uit 'n hooggeleë venster die enigste uitweg van 'n gewisse vlammedood is. A het nie die moed om te spring nie, want hy vrees vir sy eie veiligheid maar besef dat dit die enigste uitweg is. A versoek B om hom te stamp. B voldoen aan hierdie versoek en spring daarna self en breek net sy been. A val hom egter dood. Alhoewel daar nie kan sprake wees van toestemming aan die kant van A nie, omdat die toestemming as contra bonos mores aangemerkt sou word, kan daar egter nie sonder meer gekonkludeer word dat B se optrede onregmatig was nie. Volgens die objektiewe redelikheidskriterium het B regmatig opgetree. Boberg sou egter onder hierdie omstandighede verklaar dat B onregmatig optree.

'n Verdere beswaar wat Boberg noem is die volgende:

"Surely the fact that volenti has but a limited application as a defence in criminal law is significant. To hold that consent makes an act no longer a civil wrong while it remains a crime leads to the Gilbertian situation that the dependants of a deceased breadwinner have no action against a person who, notwithstanding the deceased's consent, is guilty of the most grievous of criminal wrongs - murder - on the ground that he has committed no civil wrong. (2)".

Weereens wys ek daarop dat sover dit die deliktereg betref, hierdie

(1) Ongepubliseerde klasnotas aan die Universiteit van Stellenbosch, 1975, op bladsy 8.

(2) a w op bladsy 33.

toestemming natuurlik nie per se regmatig is nie, en dat daar na die strafreg gekyk moet word vir leiding ⁽¹⁾. Verder verklaar Van der Merwe en Olivier ⁽²⁾ tereg dat die delik in die geval van die afhanklikes, nie teenoor die benadeelde self nie, maar teenoor die afhanklikes gepleeg word ⁽³⁾. Die regspraak is ook baie duidelik in hierdie opsig ⁽⁴⁾.

Boberg ⁽⁵⁾ verklaar dat die verweer van volenti verder die kenmerk het, dat dit slegs relevant kan wees indien daar nalatigheid of opset aan die kant van die dader is. Aangesien daar nou redelikerwys aanvaar kan word dat skuld en in besonder opset eers ter sprake kom wanneer dit vasstaan dat die benadeling onregmatig is, skenk ek nie verder aandag aan hierdie aspek nie ⁽⁶⁾.

-
- (1) Om nie in die gevaar van herhaling te verval nie, wys ek net op my bespreking van die beginsel dat die toestemming redelik moet wees. Vergelyk bladsy 79 hierbo en verder.
 - (2) a w op bladsy 323 en verder.
 - (3) So verklaar Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 326: "Die siening dat die aksie van 'n afhanklike op 'n onregmatige daad teenoor die afhanklike berus, bring nie mee dat wat regmatig teenoor die broodwinner is daarom onregmatig teenoor die afhanklike is nie. Die vraag na die onregmatigheid al dan nie van die dader se optrede teenoor die afhanklike is 'n vraag wat selfstandig gevra en beantwoord moet word, sonder om hierdie aangeleentheid ook te vertroebel met die ewige driehoek wat reeds op 'n ander lewensterrein soveel smart meebring. Dat 'n handeling wat regmatig teenoor die broodwinner verrig kan word, dikwels ook regmatig teenoor die afhanklike is, is geredelik verstaanbaar in die lig van die noue samehang tussen die belange van die broodwinner en afhanklike".
 - (4) Vergelyk Jameson's Minors vs CSAR 1908 TS 575. Vergelyk ook die bespreking in Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 323 en verder.
 - (5) a w op bladsy 34.
 - (6) Vergelyk S vs De Blom 1977(3) SA 513 (A). Vergelyk ook verder: Botha, "Wederregtelikheidsbewussyn in die Strafrege", proefskrif, Universiteit van Pretoria op bladsy 3 en verder en die gesag aldaar aangehaal.

Om hierdie afdeling af te sluit, ek soek die basis van die toestemmingsverweer in die redelikheid. Die reg poog om 'n balans tussen die eiser en die verweerder in alle sake te handhaaf en die basis van hierdie balans is geleë in die redelikheid. Vir 'n handeling om onregmatig te wees moet daar op 'n onredelike wyse op die beskermde belang inbreuk gemaak word. Indien die eiser toestem tot 'n benadeling wat nie teen die goeie sedes van die gemeenskap indruis nie, sal die optrede van die benadeelde redelik wees. Onregmatigheid en redelikheid gaan hand aan hand. As die optrede van die benadeelde onredelik is, dan sal die benadeling ook onregmatig wees. Dit is dan natuurlik nie te sê dat die dader aanspreeklik is nie, want dit is 'n vereiste dat daar skuld moet wees aan sy kant, alvorens hy aanspreeklik is. Uit wat hierbo gesê is, volg dit uiteraard dat die grense waarbinne daar regsgeldiglik toegestem kan word, aansienlik beperk word deur die implementering van die redelikeheidsbeginsel. Ek wil nou kortliks die perke waarbinne daar regsgeldiglik toegestem kan word, ondersoek.

2.4 DIE VASSTELLING VAN DIE GRENSE WAARBINNE DAAR REGSGELDIGLIK TOEGESTEM KAN WORD TOT BENADELING

Soos voorheen aangetoon is, moet die benadeling waartoe toegestem word nie contra bonos mores wees indien die toestemming as 'n geldige verweer beskou moet word nie. Indien hierdie vereiste streng deur die howe toegepas word, sal dit meebring dat die draagwydte van die verweer van toestemming tot benadeling aansienlik beperk word. Al die probleme waarmee die howe geworstel het om vas te stel of die benadeelde de facto die risiko aanvaar het, sal dan eerder neerkom op 'n vraag na medewerkende skuld aan die kant van die benadeelde.

Die primêre vraag na die geldigheid van 'n handeling bly steeds of die toestemming redelik is en nie teen die goeie sedes van die gemeenskap indruis nie. Strauss ⁽¹⁾ omskryf die "goeie sedes" as:

"Die uitdrukking 'goeie sedes' as maatstaf vir die onregmatigheid van 'n handeling slaan daarenteen op die gangbare voorstellinge in 'n besondere gemeenskap oor wat behoorlik is. Strydigheid met die goeie sedes is egter nie maar 'n blote abstrakte oordeel dat 'n daar afkeurenswaardig is en daarom ongepleeg moet bly nie, maar dat dit regtens afkeurenswaardig is, dat dit derhalwe onregmatig is. Die goeie sedes is hiervolgens dan, soos gesê, 'n regskriterium".

Al die vereistes wat ek hierbo ⁽²⁾ by die beoordeling van die vraag van onregmatigheid gestel het, kom dan natuurlik weer hier ter sprake. Die onregmatigheid sal dan geleë wees in die onredelike skending van 'n regtens beskermbare belang en al die omringende omstandighede van elke besondere geval moet in ag geneem word by die beoordeling van hierdie vraag.

By die vasstelling van die grense waarbinne daar regsgeldiglik toegestem kan word tot liggaamlike aantasting, sal die aantastings uiteraard net voorkom in twee hoofverskyningsvorme. Die benadeelde kan óf as gevolg van die benadeling sterf, óf daar kan slegs 'n ander vorm van 'n liggaamlike aantasting geskied. Wanneer die benadeling van so 'n aard is dat die benadeelde sterf, blyk die algemene reël te wees dat

(1) Proefskrif, op bladsy 417.

(2) Vergelyk Hoofstuk II.

die benadeelde nie regsgeldiglik tot hierdie benadeling kon toestem
nie (1).

Daar is egter uitsonderings op hierdie reël en dit blyk dat wanneer
die doodslag plaasvind tydens die deelname aan 'n geoorloofde sport
die benadeling redelik is, mits die besering natuurlik ooreenkomstig
die reëls van die spel toegedien is en die dood van die benadeelde
daarna intree (2).

-
- (1) Die rede hiervoor is dat die mens nie die reg het om regsgeldiglik tot so 'n benadeling toe te stem nie. Hierdie aspek is reeds hierbo vanaf bladsy 74 volledig bespreek. Boberg, a w op bladsy 33, het tereg opgemerk dat dit nie redelik sal wees om die toestemming van die benadeelde, wat in ieder geval in die strafreg as pro non scripto beskou word, vir doeleindes van die deliktereg as redelik te beskou nie. Dit sou teen die goeie sedes van die gemeenskap indruis.
- (2) Reeds in die Romeinse reg is hierdie uitsonderings erken. Vergelyk D 15:1:9:7 (hierbo op bladsy 75 bespreek). Melius de Villiers, "The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries", maak die volgende stelling op bladsy 55: "So, if one person wounds another in a previously arranged duel, though he may not be liable to an action for injury at the instance of the wounded person, yet he may be liable to criminal prosecution". Strauss, "Bodily injury and the defence of consent", (1964) 81 SALJ 179 op bladsy 333, wys daarop dat tweegevegte onwettig verklaar is in Suid-Afrika en dat die deelneem daaraan teen die goeie sedes indruis. Meeste van die georganiseerde sportsoorte het sekere reëls. So verklaar Strauss, a w op bladsy 334: "This means that even serious bodily injuries inflicted in sport may be lawful, since the possibility of such harm is inherent in several recognized types of sport, although the probability of harm is absent and participation does not take place with the intention of causing such harm. Though rugby players and boxers adhere to the rules of the game, the possibility of serious harm - even death - is not excluded. It is submitted that injuries resulting from actions which are, strictly speaking, forbidden by the rules of the game, can also be lawful where such actions occur normally in the course of the game". Wat opval van hierdie omskrywing van Strauss is dat daar wel van die dader se motief kennis geneem moet word by die beoordeling van die vraag na onregmatigheid. Dit sal natuurlik ooreenkomstig die huidige skrywer se omskrywing van onregmatigheid wees.

In hierdie omstandighede sal die toestemming tot die risiko van so 'n benadeling natuurlik ook redelik wees, ⁽¹⁾ maar soos reeds genoem het sal hierdie eerder beskou moet word as die uitsondering op die reël ⁽²⁾.

Liggaamlike aantastings kan uit verskeie oorsake ontstaan. Die bekendste aantasting is seker 'n mediese operasie ⁽³⁾.

-
- (1) Sien die voringe noot in hierdie verband. Strauss, a w op bladsy 334, maak die volgende opmerking: "It is sometimes said that consent never constitutes a defence to a charge of homicide. But this statement is too wide. It is submitted that death resulting from participation in lawful sports by mutual consent is not unlawful in South Africa. In a country where the word 'Springbok' is synonymous with 'national hero' it does not seem to be dishonourable or contra bonos mores to die on the rugby field or in the boxing ring. Many such deaths have occurred in South Africa, but I am not aware of any criminal prosecution ensuing. It might be extremely difficult in this type of case, however, to prove consent on the part of the deceased to be killed. Should such a case come before our courts, the defence would probably seek an acquittal on the following grounds: (a) since the deceased had consented to the conduct of the actor, such conduct was lawful, and it can accordingly not be said that death was caused by unlawful conduct; (b) the absence of mens rea on the part of the actor". Uit hierdie aanhaling blyk dit duidelik dat toestemming alleen nie die faktor is wat die dood regmatig maak nie. Indien daar van die toets van onregmatigheid gebruik gemaak word, sal daar van die subjektiewe gemoedstoestand van die dader kennis geneem word, byvoorbeeld die bestaan van 'n ou wrok. In so 'n geval sal die handeling van die dader natuurlik nie meer as regmatig aangemerkt word nie.
- (2) Vergelyk die bespreking van Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 98. Hierdie aspek is reeds hierbo op bladsy 97 behandel, en daar kan daarop gewys word dat daar na al die omringende omstandighede gekyk moet word. Weens die formulering van die onderskeie reëls in die gebied van elke sport, word die veiligheid van al die deelnemers in ag geneem. Selfs sportsoorte soos stampkarre, het hulle onderskeie reëls al lyk dit soms nie so nie.
- (3) Vergelyk oor die algemeen: Strauss, a w op bladsy 184 en verder; asook Strauss en Strydom, "Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg", op bladsy 246 en verder.

Strauss en Strydom ⁽¹⁾ onderskei tussen twee "soorte" operasies, naamlik aantastings met die oogmerk om te genees, en die aantasting van gesondes. By die aantasting met die oogmerk om te genees, moet in die gevalle waar die toestemming van die pasiënt wel verkry is, ⁽²⁾ die benadeling of ingryping ooreenkomstig die reëls van die mediese wetenskap geskied ⁽³⁾. In hierdie gevalle moet die ingryping natuurlik ook binne die perke van die toestemming plaasvind ⁽⁴⁾. Daar word 'n sekere mate van kennis van die benadeling aan die kant van die benadeelde vereis ⁽⁵⁾. In die geval van die aantasting van gesondes word daar onderskei tussen

(1) *ibid.*

(2) Daar kan in die gevalle van nood moontlik by die afwesigheid van toestemming aan die kant van die benadeelde met die regverdigingsgrond negotiorum gestio gewerk word. Vergelyk Strauss en Strydom, a w op bladsy 247. Sien ook Strauss, a w op bladsy 186. In die geval van minderjariges vergelyk bladsy 66 hierbo en verder. Let ook daarop dat minderjariges ingevolge art 20(8) (A) van Wet 33 van 1960, regsgeldiglik tot 'n operasie met die oog op genesing kan toestem. Die voorvereiste van wilsvermoëndheid vir 'n geldige toestemming is reeds hierbo op bladsy 66 en verder bespreek.

(3) So verklaar Strauss en Strydom, a w op bladsy 246: "Die ingryping hoef nie noodwendig deur 'n gekwalifiseerde of gelisensieerde medikus (geneesheer, verpleër of verpleegster) voltrek te word nie. Die alledaagse lewe wemel van regmatige geneeskundige ingrypings deur professionele ongekwalifiseerdes. Die ingryping moet egter in die geval van ernstige ingrypings met inagneming van die mediese wetenskap geskied en in die geval van geringer ingrypings, minstens ooreenkomstig die reëls van alledaagse higiëne".

(4) Vergelyk Strauss en Strydom, a w op bladsy 262 en verder. So sal die toestemming tot 'n operasie om 'n mens se blindederm te verwyder, uit die aard van die saak nie 'n ongeoorloofde sterilisasie dek nie.

(5) Die omvang van die kennis aan die kant van die pasiënt kan in gegewe omstandighede ernstige probleme oplewer. So verklaar regter Bekker in Esterhuyzen vs Administrator, Transvaal 1957 (3) SA 710(T) op bladsy 719H: "Indeed if it is to be said that a person consented to bodily harm or to run the risk of such harm, then it presupposes, so it seems to me, knowledge of that harm or risk; accordingly mere consent to undergo X-ray treatment, in the belief that it is harmless or being unaware of the risks it carries, cannot in my view amount to effective consent to undergo the risk or the consequent harm". Verder kan daar gevalle wees waar die mediese dokter van mening is dat die "waarheid" in verband met die aard van die operasie die pasiënt verder geestelik kan ontstel en dat dit sy kanse op herstel moontlik kan beïnvloed.

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

nuttelose operasies, (1) kosmetiese operasies, (2) kastrasie, (3)

Dit is moeilik om 'n algemene riglyn neer te lê. Vergelyk in die algemeen: Strauss, proefskrif, op bladsy 138 en verder; Strauss en Strydom, a w op bladsy 209 en verder.

- (1) So verklaar Strauss, a w op bladsy 189: "Consent to undergo a completely useless operation, undertaken by a surgeon who knows its uselessness - something which in the medical world is not without precedent - is doubtless contra bonos mores, whether the operation is performed for the purposes of gain, or any other purpose, irrespective of the degree of skill with which the operation is performed". Let daarop dat die subjektiewe denke en motief van die dader wel in ag geneem word by hierdie beoordeling.
- (2) By suiwer kosmetiese operasies sal die vraag betreffende die redelikheid van die toestemming grotendeels afhang van die omvang van die operasie en of daar enige gevaar vir die benadeelde bestaan. Vergelyk Strauss, a w op bladsy 189 en verder.
- (3) Strauss, proefskrif, op bladsy 468 en verder, is van mening dat toestemming tot kastrasie nie as geldig beskou kan word nie. Sien ook die bepalings van Wet 2 van 1975 (Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie) waar die Wetgewer nie kastrasie as 'n wyse van sterilisasie sien nie. Strauss en Strydom, a w op bladsy 249, noem egter die geval van 'n seksmisdadiger wat verhoed moet word om verdere misdaad te pleeg en waar psigoterapie vrugtelos blyk te wees. Die skrywers meen dan dat die toestemming regsgeldig sal wees. Vergelyk egter S vs V 1972(3) SA 611(A) waar die beskuldigde skuldig bevind is aan verskeie aanklagtes van aanranding, verkragting, crimen injuria en diefstal. Daar is onder andere mediese getuienis aangebied dat die beskuldigde moontlik met behulp van brein-chirurgie genees kon word. Appèlregter Jansen het hom as volg oor hierdie aspek uitgelaat op bladsy 622 C-D: "Moreover, our criminal procedure does not provide a court with the means to enforce or control such drastic methods of rehabilitation. Even the consent of the applicant to such an operation does not remove the many legal, moral and practical difficulties involved. A court would certainly not, at this early stage of development in this particular field of surgery and psychiatry, bring pressure to bear upon an accused to undergo such operation, by way of e.g. suspending any sentence upon appropriate conditions". Dit is duidelik uit hierdie aanhaling dat die Hof kennis neem van die feit dat selfs met die benadeelde se toestemming daar sekere komplikasies kan intree, met ander woorde dat die beskuldigde se toestemming moontlik ongeldig kan wees. In die lig van hierdie gewysde twyfel ek oor die geldigheid van Strauss en Strydom, a w se stelling.

sterilisasie, (1) vrugafdrywing, (2) eksperimentering, (3) eutanasie, (4)

- (1) Sterilisasie word nou gereël deur Wet 2 van 1975 (Die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie). Art 4 handel met die gevalle waar die benadeelde nie self in staat is om te kan toestem tot sterilisasie nie. Artikel 4(3) bepaal dat persone wat volgens die gemene reg regs-geldiglik kan toestem tot 'n benadeling, wel kan toestem tot sterilisasie. Sterilisasie word omskryf deur art 1 as "'n chirurgiese operasie wat verrig word ten einde die persoon op wie dit verrig word, vir voortplanting onbekwaam te maak, maar dit sluit nie kastrasie in nie". (Sien noot 3 op bladsy 140 hierbo). Strauss en Strydom, a w op bladsy 251 noem egter die probleem waar die benadeelde getroud is en graag tot sterilisasie wil toestem. Haar man wat 'n alkolis is en nie vir meer kinders kan sorg nie, weier egter om sy toestemming te verleen. Dit wil voorkom asof die vrou nou in so 'n geval vir 'n gepasde bevel ingevolge artikel 4(2) aansoek kan doen.
- (2) Die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie (Wet no 2 van 1975) reël die aangeleentheid van vrugafdrywing. Ingevolge art 2 mag niemand 'n vrugafdrywing bewerkstellig behalwe ooreenkomstig die bepalinge van die gemelde wet nie. Dit wil voorkom asof die gemeenregtelike misdaad van vrugafdrywing nou vervang word deur die bepalinge van genoemde wet. Alhoewel art 3 van die Wet nie uitdruklik voorsiening maak dat die vrugafdrywing met die vrou se toestemming moet geskied nie, wil dit tog voorkom dat dit met haar toestemming moet geskied, weens die vermoede dat die Wetgewer die gemene reg ken, en weens die hele strekking van die Wet as geheel. Indien die vrou egter weier om die vrug te laat afdryf, twyfel ek of die Hof toestemming kan verleen. Strauss en Strydom, a w op bladsy 255, is van mening dat toestemming tot 'n nie-noodsaaklike vrugafdrywing as contra bonos mores beskou moet word. Ek is van mening dat enige toestemming tot vrugafdrywing buite die raamwerk van die gemelde wet as contra bonos mores beskou moet word.
- (3) Strauss, a w (1964) 81 SALJ 179 op bladsy 193, verklaar: "Reckless experimentation which is not directed at the gaining of scientific knowledge, on the other hand, is decidedly illegal, and this also applies to experimentation which may be of scientific value, but which entails the likelihood of serious bodily harm or impairment of health". Die algemene kriterium skyn dus weer te wees, of die benadeelde ernstige liggaamlike leed sal ly as gevolg van die eksperimentering.
- (4) Hierdie onderwerp is reeds hierbo op bladsy 110 en verder bespreek. Daar word aan die hand gedoen dat hier met 'n "nuwe" regverdigingsgrond gewerk word, maar nie met toestemming tot benadeling nie.

kunsmatige bevrugting ⁽¹⁾ en die sogenaamde geslagsveranderings ⁽²⁾.

In elkeen van hierdie gevalle bly die vraag nog steeds of die benadeling as sodanig redelik is en of die krenking nie teen die goeie sedes van die gemeenskap sal indruis nie. Daar moet natuurlik van al die omringende omstandighede kennis geneem word om te beoordeel of die toestemming redelik is of nie ⁽³⁾. Verder kan die liggaamlike aantasting natuurlik geskied tydens die deelname aan sport. Hier is die eerste vereiste dat die sportsoort 'n erkende ⁽⁴⁾ sportsoort is. Verder moes die benadeling plaasgevind het binne die reëls van hierdie sportsoort ⁽⁵⁾. Deelname aan 'n tweegeveg sal nie geoorloof wees nie ⁽⁶⁾.

(1) Vergelyk Strauss en Strydom, a w op bladsy 258.

(2) Vergelyk Strauss en Strydom, a w op bladsy 260.

(3) Vergelyk bladsy 74 hierbo. In die geval van 'n kranksinnige is dit interessant om daarop te let dat die toestemming van die curator ad litem verkry moet word alvorens daar 'n operasie op die kranksinnige uitgevoer kan word. Vergelyk Kruger, "Die Amptelike Curator ad Litem van Geestesongestelde Persone", (1977) 40 THR-HR 253 op bladsy 257.

(4) Vergelyk bladsy 137 noot 2 hierbo en die gesag aldaar aangehaal. Vergelyk Rex vs Matomana 1938 EDL 128 waar die Hof bevind het dat waar die oorledene en die beskuldigde vrywilliglik deelgeneem het aan 'n "geveg" met knopkieries dit nie 'n erkende "sportsoort" is nie. Die Hof verklaar op bladsy 131: "I may add that it is a satisfaction to find that the law is in this position, because it would be very definitely against the public interests that it should go forth amongst our vast native population that death as the result of contest with sticks in circumstances such as were present in this case would carry no criminal responsibility". So sal die geval van Santam vs Vorster (supra) nie onder hierdie hoof val nie want dit was nie 'n erkende sportsoort nie.

(5) Vergelyk in die algemeen: Hunt, a w op bladsy 433 en verder; Strauss, a w (1964) 81 SALJ 179 op bladsy 332 en verder; Strauss, proefskrif, op bladsy 438 en verder; asook die bespreking in noot 2, bladsy 137 hierbo.

(6) Vergelyk Strauss, a w op bladsy 334 en verder asook die bespreking hierbo in bladsy 138 noot 1.

'n Verdere omstandigheid waaronder die liggaamlike aantasting kan geskied, is in die loop van die benadeelde se werk ⁽¹⁾ of tydens die vervoer in 'n motor ⁽²⁾ of die betreding van 'n gevaarlike perseel ⁽³⁾. Wat belangrik is in die geval van beserings tydens die vervoer in 'n motor-voertuig word uiteengesit in Lampert vs Hefer N O ⁽⁴⁾. In hierdie verband merk Strauss ⁽⁵⁾ tereg op: "It is submitted with great respect that Lampert vs Hefer N O - where an intoxicated driver caused injuries to a passenger who was aware of his condition - is the type of case in which consent to be injured should be ruled as contra bonos mores ⁽⁶⁾".

- (1) Strauss, proefskrif, op bladsy 455, poog om 'n algemene reël neer te lê en hy verklaar: "Die vraag of die krenking wederregtelik was, moet beoordeel word aan die hand van die veiligheid van die praktyk wat gevolg word, die mate waarin dit in die besondere bedryf as behoorlik erken word, die doel wat daarmee nagestreef word, die waarskynlikheid van benadeling, ens. As bevind word dat 'n besondere skending wederregtelik was in weerwil van die benadeelde se toestemming, moet die verdere vraag gestel word, naamlik of die dader skuld gehad het". Vergelyk verder Strauss, "Bodily Injury and the Defence of Consent" (1964) 81 SALJ 179 op bladsy 342. Ook Price, "Volenti non fit Iniuria" (1952) 15 THR-HR 60 op bladsy 72 en verder.
- (2) Vergelyk die bespreking hierbo vanaf bladsy 117 en verder.
- (3) Vergelyk Strauss, proefskrif, op bladsy 456 en verder. Strauss, "Bodily Injury and the Defence of Consent" (1964) 81 SALJ 179 op bladsy 343 en verder verklaar: "Consent to the risk of injury involved in being conveyed in properly constructed and handled vehicles, it is submitted, is not in conflict with good morals. Where vehicles are handled in a manner contrary to the norms prevailing in society, however, consent should not avail the wrongdoer as a defence". Vergelyk egter contra hierdie stelling die uitlatings van regter Marais in Vorster vs Santam Insurance Co Ltd 1973(2) SA 186(W) bladsy 192D en verder.
- (4) 1955(2) SA 507(A).
- (5) "Bodily Injury and the Defence of Consent" (1964) 81 SALJ 179 op bladsy 344.
- (6) Dieselfde stelling kan gemaak word aangaande beide Netherlands Insurance Co of SA Ltd vs Van der Vyver 1968(1) SA 412(A) en Santam Insurance Co of SA Ltd vs Vorster 1973(4) SA 764(A). Vergelyk my bespreking hierbo op bladsy 121 en verder.

Uit hierdie uiters beknopte weergawe van die regsgeldigheid van toestemming van die benadeelde blyk dit dat die draagwydte van die verweer van toestemming tot benadeling in elke geval beoordeel moet word aan die hand van die boni mores en die beginsel van redelikheid.

Die handhawing van hierdie vereiste van redelikheid, sal uit die aard van die saak meebring dat die draagwydte van die verweer van toestemming tot benadeling aansienlik beperk word. Wanneer daar 'n redelike toestemming aan die kant van die benadeelde was, sal die handeling van die dader as regmatig aangemerkt word. Dan volg dit outomaties dat die benadeelde nie 'n eis teen die dader kan instel nie weens die afwesigheid van die element van onregmatigheid.

Die probleem ontstaan egter in die gevalle waar die toestemming van die benadeelde as ongeldig aangemerkt word weens die feit dat dit teen die goeie sedes van die gemeenskap indruis en onredelik is. Die geval kan egter voorkom dat die benadeelde wel die moontlikheid van benadeling voorsien het en tot die benadeling toegestem het. Die benadeling is egter van so 'n ernstige aard dat dit nie redelik is om daartoe toe te stem nie. Dit is ook so dat dit onredelik sal wees om sonder meer die verweerder die absolute verweer ⁽¹⁾ te ontnem, want die Appèlhof was juis van mening dat die absolute verweer nog in gepaste gevalle bestaan ⁽²⁾.

Die verweer van medewerkende opset sal ter sprake kom in die gevalle waar die benadeelde wel die moontlikheid van benadeling subjektief

-
- (1) Alhoewel daar in meer besonderhede hierop in Hoofstuk V teruggekom sal word, kan daar hier net op gewys word dat die verweer of leerstuk van medewerkende opset nie in alle gevalle 'n absolute verweer is nie. Daar kan soms sprake wees van 'n verdeling van skadevergoeding in gepaste gevalle.
- (2) So verklaar hoofregter Thompson in Santam Insurance Co vs Vorster 1973(4) SA 764(A) op bladsy 778H: "... I see no adequate reason for depriving a defendant of the complete defence of volens in risk cases of the present type, provided always that the facts sufficiently establish the requisites of that defence,...".

voorsien het maar die benadeling is van so 'n ernstige aard dat dit nie vir laasgenoemde redelik was om daartoe toe te stem nie. Om hierdie verweer en die regs wetenskaplike grondslag daarvan te ondersoek, is dit nodig om eers die subjektiewe karakter van die verwyte opset te behandel ten einde daaruit te kan aflei wat die omvang van die verweer van hierdie bewuste "medeskuld" is, en om 'n subjektiewe toets neer te lê vir die verweer van medewerkende opset.

HOOFSTUK IV

OPSET

De Wet en Swanepoel omskryf skuld as die laakbare gesindheid waarmee 'n persoon handel ⁽¹⁾. Van der Merwe en Olivier verkies om skuld nie as 'n gesindheid te omskryf nie, maar eerder as 'n verwyte wat 'n toerekeningsvatbare dader tref ⁽²⁾. Burchell en Hunt ⁽³⁾ gebruik weer op hulle beurt skuld in die sin van "blame". Van der Vyver ⁽⁴⁾ beskou skuld weer as "... 'n deur die reg verwytbare gesindheid van die dader...". Sonder om my oor die meriete van die aangeleentheid uit te laat, sal ek egter verkies om van skuld as 'n verwyte te praat ⁽⁵⁾. Baie nou verbonde aan die skuldvereiste, is die vereiste van toerekeningsvatbaarheid ⁽⁶⁾. Toerekeningsvatbaarheid word soos volg omskryf:

-
- (1) a w op bladsy 99.
- (2) a w op bladsy 110. So verklaar die skrywers t a p: "Dadelik moet daarop gewys word dat dit nie suiwer is om skuld as 'n gesindheid te bestempel nie. Die onagsame motoris wat toelaat dat sy aandag in beslag geneem word deur 'n oulike dingetjie van die teenoorgestelde geslag op die sypaadjie en sodoende in 'n botsing betrokke raak, het beswaarlik enige gesindheid ten opsigte van die ingetrede gevolg gehad. Sy denkwyse, stemming of dispoisie was moontlik laakbaar, maar was beslis nie op die botsing gerig nie".
- (3) a w op bladsy 110.
- (4) "Animus Iniuriandi en die Afwesigheid van Wederregtelikheidsbewussyn" (1966) 29 THR-HR 336, op bladsy 346.
- (5) Ek is bewus van die feit dat De Wet, (1970) 33 THR-HR 68 op bladsy 72, in sy bespreking oor Van der Merwe en Olivier se boek, die volgende stelling maak: "'n 'Verwyte' wat tog seker 'n 'veroordeling', 'tenlastelegging' of 'kwalikneming' is, kan net so min 'n 'element' of 'eienskap' van 'n onregmatige daad wees, as wat die eerste prys op 'n blommeskou 'n element of eienskap van 'n angelier kan wees". Ek is egter van mening dat die antwoord wat Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 111 noot 57 as gevolg van hierdie beswaar geskryf het, die korrekte een is waar die skrywers onder andere verklaar: "'n Oomblik se nadenke behoort aan die lig te bring dat 'gesindheid' nooit sinoniem met skuld kan wees nie. So is 'n persoon wat 'n vermeende wederregtelike gevolg wil en veroorsaak se gesindheid nie aanprysenswaardig nie, tog kan dit nie as skuld bestempel word waar die gevolg inderdaad regmatig is nie".
- (6) Sien in die algemeen De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 105 en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 111 en verder; Burchell en Hunt, a w op bladsy 183 en verder; De Wet (1957) 20 THR-HR 89, (Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

"'n Persoon is toerekeingsvatbaar indien hy oor die nodige geestesvermoens beskik om te onderskei tussen reg en verkeerd en indien hy verder ooreenkomstig daardie insig kan handel (1)". Hierbo (2) is daarop gewys dat wilsvermoëndheid die geldigheid van die toestemming beïnvloed, en op dieselfde wyse beïnvloed die toerekeingsvatbaarheid die skuldvraagstuk.

Wat die geval van minderjariges betref, word daar in die strafreg onweerlegbaar vermoed dat kinders onder die ouderdom van sewe jaar nie toerekeningsvatbaar is nie (3). In die strafreg bestaan daar verder 'n onweerlegbare vermoede dat kinders tussen die ouderdom van sewe en veertien jaar ontoerekeningsvatbaar is (4). Dit is egter nie duidelik of hierdie vermoede ook sal geld ten aansien van die privaatreë nie. Indien die vermoede wel geld ten aansien van die privaatreë, sal ook soos in die strafreg die bewyslas affekteer (5).

("Toonaangewende Beslissing van die Appèlhof op die Gebied van die Strafreë in 1956"); en Strauss, "Verminderde Toerekeningsvatbaarheid in Twee Onlangse Strafsake" (1960) 23 THR-HR 280.

- (1) Per Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 112.
- (2) Bladsy 66 en verder.
- (3) Vergelyk De Wet en Swanepoel, a.w op bladsy 106 en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 112 en die gesag in voetnoot 61 aangehaal en veral Jones, N O vs Santam 1965 (2) SA 542(A) waar hoofregter Thompson op bladsy 552F-553B hierdie aspek bespreek.
- (4) Vergelyk De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 106 en verder.
- (5) So verklaar hoofregter Thompson in Jones NO vs Santam (supra) op bladsy 553A: "The possible presumption as to the capacity in this respect of children between the age of seven and puberty would affect only the question of onus. In the first place the whole question was not fully argued in this appeal and secondly the existence or otherwise of an onus on either party on the present facts is of no particular significance and need not be here decided". Vergelyk verder South British Insurance Co Ltd vs Smit 1962(3) SA 826(A) veral op bladsy 836-837. Sien ook Nieuwenhuizen, NO vs Union & National Insurance Co Ltd 1962(1) SA 760(W) waar regter Hiemstra op bladsy 761F die volgende opmerking maak: "This child was over seven, but it was suggested that the principle there is, by analogy with the criminal law, that a rebuttable presumption exists that he is culpa incapax. I express no view as to whether these arbitrary limits of seven and fourteen years apply in civil cases". Sien ook Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 113 en Van der Vyver (1968) 31 THR-HR 393.

Van der Merwe en Olivier ⁽¹⁾ doen aan die hand dat daar nie ge-differensieer behoort te word tussen die privaatreg en die straf-reg nie. Dit is egter duidelik dat 'n kind na die voltooiing van sy sewende lewensjaar toerekeningsvatbaar kan wees ⁽²⁾.

Die volgende toestand wat 'n dader se vermoë kan affekteer is natuurlik kranksinnigheid ⁽³⁾. Hier is die oplossing nie so maklik en arbitrêr soos in die geval van minderjarigheid nie ⁽⁴⁾. Wat die strafreg betref, is daar weerlegbare vermoede dat elke persoon bo

(1) a w op bladsy 113.

(2) Sien onder andere die gesag wat hierbo op bladsy 147 noot 5 aangehaal is. Sien ook veral Neuhaus N O vs Bastion Insurance Co Ltd 1968(1) SA 398(A) waar appêlregter Potgieter op bladsy 407H-408A die volgende opmerk: "Counsel for appellant contended that a child under the age of seven years is irrebuttably culpaie incapax and, therefore, there is a strong inference that if a child is only five months over the age of seven he is still culpaie incapax. This contention is, in my judgment, untenable. It loses sight of the fact that the rule that a child under seven years of age is irrebuttably culpaie incapax is a legal fiction since the evidence might very well show that a child under the age of seven years might be capable of being negligent but that the rule precludes a claimant from adducing such evidence". Vir gevalle waar daar bevind is dat 'n kind bo die ouderdom van sewe maar onder veertien opsetlik kan optree, sien Burchell en Hunt, a w op bladsy 186 en verder. Sien verder S vs Van Dyk and Others 1969(1) SA 601(K); Rex vs E 1967(3) SA 627(R).

(3) Vergelyk in die algemeen: McKerron, a w op bladsy 82; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 108 en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 112 en verder; Burchell en Hunt a w op bladsy 195 en die gesag in voetnoot 1 aangehaal; Glanville Williams, "Criminal Law", op bladsy 428 en verder; en ook Glanville Williams, "Joint Torts", a w op bladsy 355 en verder; Van der Merwe, "Die Verband tussen Mens Rea en Skuld", (1976) 93 SALJ 280.

(4) Vergelyk die opmerking van regter Hiemstra in Nieuwenhuizen NO vs Union & National Insurance Co Ltd (supra) soos aangehaal in noot 5 op bladsy 147 hierbo.

die ouderdom van veertien jaar toerekeningsvatbaar is ⁽¹⁾. Dieselfde vermoede geld ook in die privaatreg ⁽²⁾. Oor die vraag wanneer 'n besondere dader ontoerekeningsvatbaar is, is daar al baie in die verlede geskryf, ⁽³⁾ en was daar al heelwat sake in hierdie verband gewees ⁽⁴⁾. Dit sal moeilik wees om 'n algemene riglyn neer te lê en ek verlaat my op die woorde van appèlregter (soos hy toe was) Rumpff ⁽⁵⁾:

"In elke geval sal die Hof dus op die feite voor hom moet beslis (en dit is die taak van die Hof om dit te beslis) of daar 'n sieklike geestesversteuring, tydelik of permanent, of 'n duursame geestesgebrek aanwesig was as gevolg waarvan die beskuldigde 'rehtens ontoerekenbaar' was. Weens die onderwerp waaroor die Hof moet beslis, en die afwesigheid van 'n omskrywing van die genoemde begrippe, sal by die vraag of 'n beskuldigde aan sodanige geestesversteuring gelyk het of nie, medies-psigiatriese getuienis onontbeerlik wees. Omdat 'n Hof elke geval voor hom volgens die feite en die medies-psigiatriese getuienis moet beoordeel, skyn dit my vir 'n Hof onmoontlik - en ook gevaarlik - te wees om te probeer om 'n algemene simptoom te soek waaraan 'n geestesversteuring herken kan word as 'n sieklike geestesversteuring".

-
- (1) Vergelyk Burchell en Hunt, a w op bladsy 195; Oosthuizen, "Bewyslas ten opsigte van Mens Rea", (1974) 7 De Jure 90 en verder; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 112 waar die skrywer verklaar: "Die uitgangspunt is natuurlik dat elke mens by sy gesonde verstand is. Word nou by die verhoor van 'n beskuldigde beweer dat hy ontoerekeningsvatbaar kranksinnig was toe die daad gepleeg is, dan rus die bewyslas op die persoon wat die bewering maak". Sien verder die gesag wat die genoemde skrywer (ibid) in voetnoot 78 aanhaal.
 - (2) Vergelyk die gesag wat hierbo op bladsy 147 noot 5 aangehaal is. Vergelyk verder die sogenaamde McNaughten-reëls soos aangehaal en bespreek deur Burchell en Hunt, a w op bladsy 197.
 - (3) Vergelyk onder andere die gesag hierbo op bladsy 148 noot 3 aangehaal.
 - (4) Om maar net 'n paar van die belangrikste te noem: S vs Van Zyl 1964 (2) SA 113(A); S vs Harris 1965(2) SA 304(A); S vs Mahlinza 1967(1) SA 408(A); R vs Roberts 1957(4) SA 265(A); R vs Von Zell 1953(3) SA 309(A). Vergelyk in die algemeen die gewysdes aangehaal en bespreek in die Rumpff-verslag.
 - (5) In S vs Mahlinza (supra) op bladsy 417E-G.

Dit wil voorkom asof hierdie dictum met vrug in die privaatreg aangewend kan word. Die Hof moet in elke besondere geval met verwysing na die feite, en na die mediese en psigiatriese getuienis, vasstel of die dader kranksinnig was en of hierdie kranksinnigheid van so 'n aard was dat die dader ontoerekeningsvatbaar was. Uit die aard van die saak sal die verweer van kranksinnigheid baie minder in die privaatreg as in die strafreg voorkom. Dit is 'n feitlike omstandigheid waarmee rekening gehou moet word by die beoordeling van toerekeningsvatbaarheid ⁽¹⁾. 'n Verdere aspek wat by die vraag van toerekeningsvatbaarheid ter sprake kom en veral belangrik is vir die huidige onderwerp van bespreking, is die posisie wanneer die dader handel tydens toorn, provokasie of heftige gemoedsaandoening ⁽²⁾. De Wet en Swanepoel ⁽³⁾ maak die volgende stelling:

"Ons wil nie te kenne gee dat die gemoedstoestand, waarin 'n persoon verkeer, van geen belang is vir die afleidings wat mens uit sy gedrag mag maak ten opsigte van sy gesindheid nie. Sy gemoedstoestand is wel deeglik 'n omstandigheid wat in ag geneem moet word by die maak van afleidings uit sy gedrag".

Dit wil voorkom asof De Wet en Swanepoel ⁽⁴⁾ nie van mening is dat die gemoedstoestand van die dader sy toerekeningsvatbaarheid kan beïnvloed nie. Van der Merwe en Olivier ⁽⁵⁾ skyn nie dieselfde mening as De Wet en Swanepoel te huldig nie en hulle verklaar dat daar in sekere gevalle wel gepraat kan word van 'n dader wat ontoerekeningsvatbaar is as gevolg van 'n woedebui. Hoe dit ook al

(1) 'n Verdere aspek wat hier relevant kan wees, is die gevalle waar daar onkunde aangaande die onregmatigheid van die handeling bestaan. Vergelyk Burchell en Hunt, a w op bladsy 202 en verder.

(2) Vergelyk De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 127 en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 112; Naude, (1964) 27 THR-HR 68, Strauss, "Opmerkings oor Toorn as Vaststelling van Strafbare Aanspreeklikheid", (1959) 22 THR-HR 14; en veral die bespreking van waarnemende regterpresident Jacobs in Wessels vs Pretorius en 'n ander 1974 (3) Sa 299 (NK).

(3) a w op bladsy 133.

(4) *ibid.*

(5) a w op bladsy 112.

sy, skyn dit 'n feitevraag te wees en dit wil voorkom asof die howe oor die algemeen nie geneig is om te bevind dat die dader ontoerekeningsvatbaar as gevolg van 'n woedebui was nie ⁽¹⁾.

Die laaste aspek wat die toerekeningsvatbaarheid van die dader kan beïnvloed is die gevalle van dronkenskap en verstandelike beneweling ⁽²⁾. Uit die aard van die saak sal die onderskeid van die strafreg tussen materiële en formele misdade nie vir die privaatreë relevant wees nie ⁽³⁾. Oor die algemeen kan die stelling gemaak word dat dronkenskap nie die toerekeningsvatbaarheid van die dader affekteer nie ⁽⁴⁾. So verklaar appèlregter Botha:

"Sy skuld ten aansien van die misdaad het ontstaan, nie toe hy die wandaad begaan het nie - hy was toe ontoerekeningsvatbaar of nie tot 'n willekeurige handeling in staat nie -

-
- (1) Vergelyk onder andere: R vs Tenganyika 1958(3) SA 7(K) R vs Krull 1959(3) SA 392(A); S vs Lubbe 1963(4) SA 459(W); S vs Mangondo 1963(4) SA 160(A) en S vs Dlodlo 1966(2) SA 401(A). Vergelyk ook verder die bespreking van De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 127 en verder. So het die Hof dan ook in S vs Lubbe (supra) bevind dat deur van die subjektiewe toets gebruik te maak dat wanneer 'n persoon tydens 'n hewige woedebui handel laasgenoemde soms nie die spesifieke opset het om te dood nie en die Hof het die beskuldigde net skuldig bevind aan strafbare manslag. In hierdie konteks kan die toorn of provokasie dus wel relevant wees deurdat dit die dader van sy opset ontnem. Sien ook in hierdie verband S vs Mokonto 1971(2) SA 319(A) asook Van Rooyen se bespreking van hierdie gewysde in die 1971 Scintilla Juris 50.
- (2) Vergelyk in die algemeen: De Wet en Swanepoel a w op bladsy 115; Bruchell en Hunt, a w op bladsy 225 en verder; Verloren van Themaat, "Die Bevestiging van Misdrywe in 'n Toestand van Dronkenskap gepleeg" (1937) 1 THR-HR 291; Glanville Williams, "Criminal Law", a w op bladsy 570 en verder; veral S vs Johnson 1969 (1) SA 201(A).
- (3) Aangesien daar by die deliktereg skade of persoonlikheidsnadeel moet wees, sal 'n handeling per se (sonder skade of persoonlikheidsnadeel) nie aanleiding gee tot 'n deliktuele eis nie, soos in die geval van 'n handeling by die formeel omskrewe misdaad. Ek kan verder nie dink dat daar met toerekeningsvatbaarheid en die probleem van drankiname te doen gekry sal word by die interdik waar net handeling en onregmatigheid ter sprake is nie.
- (4) Sien onder andere Rex vs Taylor 1949(4) SA 702(A); S vs Johnson (supra). Sien ook in die algemeen De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 115 en verder.

maar toe hy, in sy nugtere toestand, hom met die vooropgestelde doel, willoos dronk gedrink het en daardeur 'n reeks handeling aan die gang gesit het wat op die pleging van die beplande misdaad uitgeloop het. Die persoon wat hom sonder so 'n vooropgestelde doel vrywilliglik willoos dronk gedrink het en 'n wandaad in daardie toestand begaan het, is ligter gestraf, na mate van sy skuld, omdat hy, ofskoon hy sonder arglis of opset misdoen het, tog nie sonder skuld was nie, veral waar hy, in die bepaalde omstandighede, die pleging van die misdaad in sy willoosheid as 'n redelike moontlikheid kon en moes voorsien het...(1)".

Weereens maak ek die stelling dat oor die algemeen gesien die invloed van die drank of verdowingsmiddels ⁽²⁾ nie die toerekeningsvatbaarheid van die dader affekteer nie, maar wel moontlik in gepaste gevalle die skuld van die dader kan affekteer ⁽³⁾. Daar kan ook

-
- (1) In S vs Johnson (supra) op bladsy 221F-H. Hierdie gedagte dat die handeling geleë is in die drankiname word ernstig gekritiseer deur De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 126, wat verklaar dat hierdie benadering heeltemal verouderd is. Burchell en Hunt, a w op bladsy 234, verklaar ook: "In the circumstances, the conclusion is inevitable that the decision in S vs Johnson was dictated by considerations of policy. It is a matter of great regret that the Appellate Division did not decide the case in terms of the basic principles of our criminal law and leave it to the legislature, if it thought fit, to make it an offence for a person to commit a crime while in a state of voluntary intoxication even though his act was involuntary and despite the fact that he lacked mens rea for the crime committed".
 - (2) Die howe benader dit op dieselfde grondslag indien die dader onder die invloed is van 'n verdowingsmiddel wat 'n narkotiese effek het en/of wanneer die dader onder die invloed van drank is. Vergelyk: S vs Ndiwena 1971(3) SA 260(R); S vs Whitehead 1970 (1) SA 25(T); S vs Skosana 1971(3) SA 630(T).
 - (3) Een van die probleme is die "specific intent"-reël. Volgens hierdie leerstuk word die spesifieke opset van 'n misdryf weggeneem in die geval van vrywillige drankiname. Die dader word dan skuldig bevind aan 'n mindere misdryf, byvoorbeeld moord word strafbare manslag en aanranding met die opset om ernstige liggaamlike leed te berokken word gewone aanranding. Hierdie leerstuk van die Engelse reg is al baie deur die Suid-Afrikaanse skrywers gekritiseer. Vergelyk onder andere: Burchell en Hunt, a w op bladsy 230 en die gesag aldaar aangehaal. Vergelyk ook: S vs Johnson 1970(3) SA 535(K) waar die getuienis voor die

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

nie 'n algemene reël neergelê word nie en ek doen aan die hand dat elke geval aan die hand van die besondere feitestel beoordeel word (1).

Van der Merwe en Olivier omskryf opset as:

"Opset is die verwyte wat 'n toerekeningsvatbare dader tref omdat hy die gevolg wat hy veroorsaak het, gewil het, terwyl hy bewus daarvan was dat sy optrede onregmatig is (2)".

Hieruit blyk dit baie duidelik dat 'n voorvereiste vir die bestaan van opset (3) toerekeningsvatbaarheid is, en in elke geval sal die Hof hom moet vergewis van die besondere vraag of die dader inderdaad toerekeningsvatbaar was. By beoordeling van die vraag sal die faktore wat hierbo (4) genoem is natuurlik in ag geneem word

Voorts word daar nou geleer (5) dat opset, onder andere, drie verskyningsvorme kan aanneem, naamlik: dolus directus, dolus indirectus

Hof was dat die beskuldigde outomaties opgetree het. Hy word onder die omstandighede skuldig bevind aan gewone aanranding. Daar moet egter onmiddellik daarop gewys word dat aanranding 'n opset-misdryf is en dat dit twyfelagtig is of die beskuldigde met die verwyte van opset getref kon word. Daar word aan die hand gedoen dat die Wetgewer die nodige misdryf moet skep indien hy dit goed dink. Sien ook verder S vs Tsotsotso 1976(1) SA 364(0) waar die "tweede" Johnson-saak gevolg is sonder verdere kommentaar.

- (1) So verklaar appèlregter Van Blerk in S vs Wilson 1968(4) SA 477(A) op bladsy 478G: "The point in issue in this appeal is whether the State proved that the appellant was capable of forming and did form the intent requisite for the conviction on the charge". Sien ook die dictum van appèlregter Wessels in S vs Delpont 1968(1) PH H 172 op 319: "Where, as on a charge of murder, the presence of the requisite legal intent is in issue, it is self-evident that the trier of fact is required to have regard to all the evidential material which, in the light of our available knowledge of how the human faculty of volition functions, is relevant to the determination of the state of mind of the accused concerned. It is accepted, e.g. that intoxication and provocation, either singly or together, may so affect a person's state of mind that the requisite intent, as the term is understood in our criminal law, is absent".
- (2) a w op bladsy 115. Sien ook: De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 135 en verder, asook Burchell en Hunt, a w op bladsy 114 en verder.
- (3) Natuurlik nalatigheid ook.
- (4) Sien hierbo bladsy 147 en verder.
- (5) Sien o a die gesag hierbo in noot 1 op bladsy 149 aangehaal.

en dolus eventualis. As uitgangspunt word aanvaar dat die toets vir opset altyd 'n subjektiewe toets is ⁽¹⁾. Die gevalle van direkte opset en indirekte opset lewer in die praktyk nie veel probleme op nie. Dit is maar gewoonlik 'n feitelike vraag om in elke geval vas te stel of die betrokke opset teenwoordig was ⁽²⁾.

Veral vir die doeleindes van die huidige onderwerp van bespreking is die derde verskyningsvorm van opset, ⁽³⁾ naamlik dolus eventualis (opset by moontlikheidsbewussyn) van besondere belang ⁽⁴⁾.

-
- (1) Dit word tans algemeen aanvaar dat die toets vir opset 'n subjektiewe een is. Hierdie beginsel is nou al verskeie kere deur ons howe bevestig. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 118; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 116 en verder; en die gesag aldaar aangehaal.
 - (2) Uit die aard van die saak is die omvang van hierdie onderwerp besonder wyd en sal ek my moet beperk tot die mees relevante gedeeltes wat moontlik vir die doeleindes van die huidige onderwerp probleme kan oplewer.
 - (3) Vergelyk onder andere die dictum van appèlregter Holmes in S vs De Bruyn en 'n ander 1968(4) SA 498(A) op 510D: "Whereas the crime of culpable homicide requires culpa, i e that objectively the accused ought reasonably to have foreseen the possibility of resultant death, the crime of murder requires that the unlawful killing should have been committed with dolus. This is a subjective state of mind. It never coincides with objective culpa". Daar is in die verlede al heelwat geskryf oor wat die uitwerking van die onderskeie opsetsoorte is, en ek ag dit nie nodig om dit hier te herhaal nie. Sien onder andere: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 115 en verder; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 135 en verder en die gesag aldaar aangehaal.
 - (4) Oor die onderwerp van dolus eventualis is daar in die verlede ook baie geskryf en is daar heelwat gewysdes. Sien onder andere: Rex vs Horn 1958(3) SA 457(A); S vs Van Zyl 1969(1) SA 553(A); S vs De Bruyn (supra); S vs Sigwahla 1967(4) SA 566(A); S vs Mini 1963(3) SA 188(A); S vs Du Preez 1972(4) SA 584(A); oor die algemeen Van Niekerk (1968) 85 SALJ 122; Evans "Extenuating Circumstances: a Recent Essay in Semantics" (1969) 86 SALJ 142; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 116 noot 83 en die gesag aldaar aangehaal; veral Burchell en Hunt a w op bladsy 116 en verder; Burchell "Criminal Intent: Foresight of Possible Consequences" (1958) SALJ 371; "Criminal Intent" 1973 Speculum Iuris 23; "The Meaning of Criminal Intent" (1955) 72 SALJ 240.

Appèlregter Holmes (1) omskryf dolus eventualis in die geval van moord soos volg:

"The accused foresees the possibility, however remote, of his act resulting in death to another, yet he persists in it, reckless whether death ensues or not. On analysis, the multiple characteristics of this form of dolus are:

1. Subjective foresight of the possibility, however remote, of his unlawful conduct causing death to another.
2. Persistence in such conduct, despite such foresight.
3. In an insensitive recklessness (which has nothing in common with culpa).
4. The conscious taking of the risk of resultant death, not caring whether it ensues or not.
5. The absence of actual intent to kill (2)".

Burchell en Hunt wat die omvang van die "moontlikheid" bespreek (3) is van mening dat (4):

"... foresight of the possibility, or of the risk, of the consequence in question resulting is enough for legal intention, our courts have not been called upon to consider specifically whether such possibility, or risk, must be real or whether it may be remote, very remote, or even fanciful".

Ten aansien van die omvang van die "moontlikheid" verklaar appèlregter Holmes later in die saak van S vs De Bruyn (5) dat:

"However, as indicated above, there are certain features inherently peculiar to dolus eventualis, and they always require special attention in relation to the facts, in considering possible extenuating

(1) Soos per S vs De Bruyn (supra) op bladsy 510F.

(2) Aangesien hierdie omskrywing afkomstig is van die Appèlhof, neem ek dit as uitgangspunt.

(3) a w op bladsy 122 en verder.

(4) a w op bladsy 123.

(5) (supra) op bladsy 511 C-E.

circumstances (1) ... If under cross-examination, an accused were to admit that he foresaw the possibility of death, on the footing that anything is possible, that would contribute to a conviction for murder; but if, under re-examination, it were to emerge that he regarded death in this instance, although possible, as extremely unlikely, that would contribute to extenuation in taking the risk of its occurrence".

Burchell en Hunt kritiseer hierdie aanhaling en verklaar dat hierdie benadering tot moontlike komplikasies kan lei en dat dit moontlik kan meebring dat die onderskeid tussen opset en nalatigheid nie suiwer gehandhaaf sal kan word nie. Hulle sê:

"With the greatest respect, this conclusion is open to some doubt and could lead to anomalous results. It is doubtful whether X can even be said to 'foresee' a possibility if he thinks of it but considers it very remote; and he certainly cannot be said to 'intend' a consequence, even in the legal sense of intention (assuming the element of recklessness is present), if he foresees it only as a very remote risk, or as a hundred-to-one chance, or 'on the footing that everything is possible'. Otherwise surely every time X drives a car (recklessness being present) he would have legal intention in respect of the death of some other user of the road, and be a murderer if such death results (2)".

(1) In verband met versagtende omstandighede, vergelyk in besonder die opmerking van Van Niekerk, a w (1969) 86 SALJ 136 op bladsy 140: "Dolus eventualis is not in any way a lesser kind of dolus; it is the direct or actual intention to bring about an unlawful result should (possibly fortuitous) circumstances make this result inevitable in the execution of a wider design. Put differently, and related specifically to murder cases, dolus eventualis is the callous disregard of the possibility (or even probability) that a certain act may lead to the death of a person. Dolus eventualis in murder cases is not merely, as some earlier cases seemed to suggest, a culpable or blameworthy disregard of dangerous possibilities - which would merit the return of a verdict of culpable homicide - but it constitutes a direct intention to bring about the death should certain circumstances arise". Dit wil vir my voorkom asof daar wel meriete is in hierdie argument van Van Niekerk. Dit is geheel en al onnodig om te poog om te differensieer tussen die onderskeie soorte opset.

(2) a w op bladsy 124.

Verder sê hulle ook:

"It is submitted that to give meaning to 'intention' and to keep the dividing line between intention and negligence clear-cut, foresight of at least a real possibility must be insisted upon - just as in fraud the accused must foresee prejudice as reasonably possible. It would then follow that if, for example, X overtook a car on a blind rise and collided with an oncoming car driven by Y as a result of which Y was killed, apart from the question of recklessness, X's liability for culpable homicide or murder would depend upon the degree of his foresight(1)".

Dit wil voorkom asof die howe in die praktyk egter aandring dat daar 'n waarskynlike moontlikheid moes bestaan het (2). 'n

(1) a w op bladsy 125.

(2) Vergelyk S vs Fick 1970(4) SA 510(N) op bladsy 514C waar regter Harcourt die volgende opmerking maak: "The first was that the State, so he [(die appellant se advokaat)] contended, had failed to establish beyond reasonable doubt that the appellant foresaw what Mr Roux described as a 'real' possibility, or a 'reasonable' possibility of the risk to life quoad the persons in the vehicle, or that such consequence was what he described as a 'substantial' risk, or a 'probable consequence'. Mr Roux contended that the effect of a number of cases to which he referred required that before intention to kill could be inferred (as a necessary ingredient of the offence charged, namely an attempt to murder) there had to be proof, at least of such foresight of the real possibility as he had described it. It seems to me to be unnecessary to canvass in detail the cases to which Mr Roux referred, since the requirement, as I appreciate the law, does not incorporate the adjectives which Mr Roux would wish to attach to the word 'possibility' as indicating what must be foreseen by an accused person. As I appreciate it, what must be foreseen is that there was an appreciation on the part of the de cuius that the injury which he intends to inflict on another may cause death, and that he nevertheless inflicts that injury reckless whether death will ensue or not". (My onderstreping) Burchell en Hunt, a w (1972 byvoegsel bladsy 5), kritiseer hierdie beslissing en verklaar: "With respect, depending on the meaning one gives to the word 'appreciation', there could be little or no difference between the test of appreciation by the accused that his conduct may cause death and the test of foresight of 'real' or 'reasonable' possibility. And, in any event, it seems that, in the circumstances of the case, Fick must have foreseen a 'real' or 'reasonable' possibility of risk to the lives of the complainants". Soos ek egter reeds opgemerk het wil dit voorkom asof die antwoord eerder in die subjektiwiteit van elke besondere geval gesoek moet word. Die objektiewe

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Onlangse beslissing wat relevant is is die van S vs Du Preez (1) waar die beskuldigde die oorledene gedood het toe hy oor hulle koppe met 'n pistool gevuur het. Hoofregter Ogilvie Thompson verklaar:

"Deplorable though appellant's conduct was, it does not, in the light of all the evidence, in my view establish that appellant subjectively foresaw the possibility of injury or death. That appellant ought to have foreseen such a possibility is, in my opinion, beyond all question; but, on a conspectus of all the facts of the case as found by the trial Court, the State failed, in my view, to prove that, notwithstanding his denials, the appellant must have foreseen - and, therefore, did foresee - the possibility of injury or death ensuing from his actions".

In 'n soortgelyke saak (2) het appèlregter Beyers die volgende opmerking gemaak:

"No doubt, an accused may, in appropriate circumstances be heard to say 'That which has happened was so improbable that I did not appreciate that there was a risk of it happening'. But that is not to say that a person who does foresee a risk of death, is entitled, because the risk is slight, to 'take a chance' and, as it were, gamble with the life of another. Naturally, the greater the risk, the stronger the inference (a) that the accused must have appreciated it, and (b) was in a reckless frame of mind".

Dit wil voorkom asof die antwoord opgesluit lê in die subjektiewe toets na skuld. Dit is veral die dictum van appèlregter Holmes (3) wat van belang is, en weens die relevansie van hierdie aspek haal ek die passasie aan:

"1. The expression 'intention to kill' does not, in law, necessarily require that the accused should have applied his will to compassing the death of the deceased. It is sufficient if the accused subjectively foresaw the possibility of his act causing death and was reckless of such result. This form of intention is known as dolus eventualis, as distinct from dolus directus.

faktor dat die moontlikheid 'n baie positiewe en waarskynlike moontlikheid was, is natuurlik omstandighede waarvan afgelei kan word dat die dader subjektief die moontlikheid voorsien het. Dit is egter meer 'n reël van die bewysleer en moet daarom nie gebruik word as deel van die materiële reg nie.

(1) 1972(4) SA 584(A) op bladsy 589 E-G.

(2) Rex vs Horn 1958(3) SA 457(A) op bladsy 465 B-C.

(3) In S vs Sigwahla 1967(4) SA 566(A) op bladsy 570 B-F.

2. The fact that objectively the accused ought reasonably have foreseen such possibility is not sufficient. The distinction must be observed between what actually went on in the mind of the accused and what would have gone on in the mind of a bonus paterfamilias in the position of the accused. In other words, the distinction between subjective foresight and objective foreseeability must not become blurred. The factum probandum is dolus, not culpa. These two different concepts never coincide.

3. Subjective foresight, like any other factual issue, may be proved by inference. To constitute proof beyond reasonable doubt the inference must be the only one which can reasonably by (sic) drawn. It cannot be so drawn if there is a reasonable possibility that subjectively the accused did not foresee, even if he ought reasonably to have done so, and even if he probably did do so".

Van der Merwe en Olivier, ⁽¹⁾ alhoewel hulle klaarblyklik met die dictum saamstem, maak beswaar teen die gebruik van die woord "will" in soverre, volgens die geleerde skrywers, daar die indruk geskep word dat opset in die vorm van dolus eventualis, nie 'n wil tot grondslag het nie. Die skrywers doen aan die hand dat daar eerder van "desired" in hierdie konteks gepraat word ⁽²⁾.

(1) a w op bladsy 117 voetnoot 83.

(2) Van der Merwe en Olivier (ibid) kritiseer McKerron, a w op bladsy 46 en wys daarop dat McKerron glad nie oorweging geskenk het aan die moontlikheid van dolus eventualis nie. Vergelyk Melius de Villiers, a w op bladsy 28 voetnoot 35 wat alreeds hierdie verskyningsvorm van opset behandel het: "It seems possible that there may be cases in which a form of what some writers call dolus conditionalis may be held to apply. When a person knows that an act of his is necessarily an injury unless certain modifying circumstances exist, the existence of which he has no right to assume, but is indifferent as to whether these circumstances exist or not, if he then commits the act and these circumstances do not exist, he can hardly be heard to say in excuse that he had no knowledge of the non-existence of these modifying circumstances. A person is intentionally ignorant who knows that his being ignorant will be the necessary consequence of his not ascertaining whether facts exist which he may not presume to exist and yet does not ascertain the facts". De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 138, maak beswaar teen die term dolus conditionalis in hierdie verband. Sien egter voetnoot 1 bladsy 161 hieronder.

Oor die verdere gedagte van die subjektiwiteit van die toets by opset en in besonder dolus eventualis is die stelling van appèlregter Holmes van besondere belang waar hy verklaar (1):

"One must eschew any tendency toward legalistic armchair reasoning, leading facilely to the superficial conclusion that the accused 'must have foreseen' the possibility of resultant death. And one must avoid any hindsight tendency to draw the inference in question from the fact of death. One must also be careful about applying the rubberstamp maxim that 'a person is presumed to intend the natural and probable consequences of his act.' For one thing, the maxim contains a deceptive blending of the subjective and the objective. How far is the foreseeable the test of the foreseen? For another thing, this Court has been moving away from the notion of the so-called presumptions arising from selected facts,...(2)".

Indien hierdie waarskuwing in gedagte gehou word, en elke besondere geval na aanleiding van die besondere meriete behandel word, sal daar geregtigheid geskied in die sin dat die subjektiewe toets die hoeksteen van die moderne regspleging is. Ten einde behulpsaam te wees by die beoordeling van die subjektiewe wese van die opset, kan die volgende aanhaling van appèlregter Williamson van hulp wees (3):

"In attempting to decide by inferential reasoning the state of mind of a particular accused at a particular time, it seems to me that a trier of fact should try mentally to project himself into the position of that accused at that time. He must of course also be on his guard against the insidious subconscious influence of ex post facto knowledge (4)".

(1) Soos in S vs De Bruyn (supra) op bladsy 507 D-F.

(2) In S vs Mini (supra) op bladsy 196 E.

(3) In S vs Mini (supra) op bladsy 196 E.

(4) So verklaar De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 138: "Al te dikwels word selfs in die jongste beslissings die indruk geskep dat 'dolus eventualis' constructive intention of legal intention is. 'n Uitwas van hierdie spreekwyse is die houding dat dolus eventualis as 'n onregte dolus of mindere skuldvorm 'n grond vir strafversagting kan wees".

Ek wil nie verder op die onderwerp van dolus eventualis ingaan nie ⁽¹⁾ en ek sal volstaan by die enkele opmerkings wat in hierdie verband gemaak is. Ek wil net verder byvoeg dat die essensie van die omskrywings is dat elke geval op sy eie meriete beoordeel moet word. Daar moet gewaak word teen 'n toestand waar die materiële reg verwar word met die formele reg. Daar moet in elke geval ondersoek ingestel word na die vraag of die besondere dader die moontlikheid subjektief of inderdaad voorsien het en toe homself versoen het met daardie moontlikheid ⁽²⁾. Hier moet gewaak word teen die gevaar dat objektiewe kriteriums die wese van die subjektiewe toets verander. Al is die moontlikheid van gevaar objektief gesproke uiters gering, sal dit voldoende wees indien die dader inderdaad subjektief voorsien het.

Indien die dader die moontlikheid van die gevolg voorsien en hom

-
- (1) Hieroor kan verder geraadpleeg word: S vs Van Zyl 1969(1) SA 553(A); S vs Nkombani and another 1963(4) SA 877(A); R vs Jolly and others 1923 AD 176; S vs De Bruyn en 'n ander (supra); S vs Mini (supra); S vs Du Preez (supra); R vs Horn (supra); S vs Fick (supra); S vs Bernardus 1965(3) SA 287(A); S vs Van der Mescht 1962(1) SA 521(A); S vs Lubbe (supra); R vs Hillebrand 1959(3) SA 22(T). Vergelyk ook verder in die algemeen Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 116 en verder; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 135 en verder; Burchell en Hunt, a w op bladsy 116 en verder; asook Engers "Dolus Eventualis - Which Way Now?" 1973 Resposa Meridiana 219.
- (2) Burchell en Hunt, a w op bladsy 125, bespreek hierdie aangeleentheid in besonder en dit wil voorkom asof die skrywers meer die houding inneem dat die dader roekeloos gestaan het teenoor die feit of die gevolg intree of nie. Met hierdie roekeloos bedoel die skrywers nie roekeloos in 'n regstegniese sin nie en hulle verklaar op bladsy 127: "Recklessness in this context is a colourless concept in that it has nothing to do with the accused's attitude of mind to the happening of the consequence. It involves neither desire, nor motive, nor negligence, whether gross or slight. If this were not so, the accused would have to be held to lack legal intention, where, although he foresees a consequence as a real possibility, it is the last thing he wants to happen, or he takes precautions in an unsuccessful attempt to avoid it. In these circumstances the accused still takes a conscious risk; and at most his absence of desire or his attempt to avoid the consequence may affect sentence, not liability". Dit wil voorkom asof die Afrikaanse term hier meer gepas is, want die "roekeloos" wat die skrywers in hierdie verband gebruik, het ook 'n regstegniese betekenis.'

daarmee versoen het, beteken dit nie outomaties dat hy opset gehad het in die sin van dolus eventualis nie, want daar kom nog 'n verdere element by, naamlik die vereiste dat die dader bewus moes gewees het van die feit dat sy optrede onregmatig was, die sogenaamde onregmatigheidsbewussyn ⁽¹⁾. Vroeer was daar die standpunt dat daar 'n vermoede in ons reg bestaan dat elke persoon geag word om die reg te ken ⁽²⁾. Daar was sekere skrywers wat die bestaan van

-
- (1) Vergelyk: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 124 en verder; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 146 en verder; Burchell en Hunt, a w op bladsy 132 en verder; S vs De Blom 1977(3) SA 513(A). Sien ook: Botha, "Wederregtelikheidsbewussyn in die Strafrege" (proefskrif) op bladsy 3 en verder; "Verwytbare Regsonkunde en die Skuldsoort Culpa", (1975) 38 THR-HR 41; Davies, "Ignorantia Juris non Excusat in Criminal Law" 1965 Responsa Meridiana 7; Rabie, "Insake: S vs Mokoena en 'n Ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 40 THR-HR 200; Snyman, "Insake: S vs Rabson 1972(4) SA 574(T)" (1973) 36 THR-HR 185; Van der Vyver, "Wederregtelikheidsbewussyn by Strafregtelike Aanspreeklikheid" (1967) 30 THR-HR 271; Van Warmelo, "Regsdwaling", (1975) 38 THR-HR 207.
- (2) Vergelyk Davies, a w op bladsy 7 en verder. Die skrywer voer aan dat die vernaamste rede vir die behoud van die ignorantia iuris neminem excusat - reel gelee is daarin dat die reg sy objektiewe karakter behou. Die reg is dan volgens die skrywer wat die wetgewer beoog dit moet wees en nie wat elke individu dink die reg is nie. So verklaar die skrywer, a w op bladsy 14: "The meanings of rules of criminal law are established by judicial process whereby the conduct of the alleged offender is subjected to an examination as to whether his behaviour fell within the relevant rule. In other words, a rule of law has a definite ascertainable meaning and ignorance of the law means the absence of coincidence with the interpretation of the law-declaring authority. Where an offender had no inkling of a legal prohibition, or misconstrued its meaning, the lack of coincidence with the subsequent interpretation by the law-declaring authority will afford him no excuse". Verder verklaar die skrywer dat indien die onkunde van die reg wel as 'n verskoning aanvaar word, sal dit die burgers van die land weerhou om vas te stel wat die reg is. Sien ook verder Snyman, a w (1973) 36 THR-HR 185 op bladsy 189, wat verklaar "Buitendien, as regsonkunde as verweer opgewerp kon word, is dit goed denkbaar dat die samelewing blootgestel sou word aan die gevare van 'n lakse en trae gemeenskap wat hom nie geredelik die moeite sou troos om uit sy pad te gaan om agter te kom wat die regsvoorskrifte van hom verlang nie, aangesien hy by voorbaat al sal weet dat hy nie gestraf sal kan word wanneer sy onkunde hom in botsing bring met die regsorde nie".

hierdie vermoede ontken het, ⁽¹⁾ en daar was ander skrywers wat probeer het om die goue middeveg te volg ⁽²⁾. Na aanleiding van die onlangse beslissing in S vs De Blom ⁽³⁾ kan dit nou redelikerwyse aanvaar word dat soverre dit statutêre misdrywe betref, die vermoede nie meer geld nie. Die feite was kortliks soos volg: Die beskuldigde was die vrou van 'n ryk sakeman. Sy is daarvan aangekla dat sy die Deviesebeheerregulasies oortree het, deurdat sy gepoog het om \$40 000 asook sekere juweliersware bo die bedrag van R600 sonder die nodige magtiging uit die land te neem. Die akte van beskuldiging het twee aanklagte bevat, één ten opsigte van geld en één ten opsigte van die juwele. Die polisie het die beskuldigde op die lughawe voorgekeer as gevolg van informasie ontvang en die geld en juweliersware was in haar koffers versteek. Uit die feite blyk dit dat die beskuldigde 'n Argentynse burgeres was maar dat sy reeds vyf jaar in Suid-Afrika woonagtig was. Sy was reeds twee keer vantevore oorsee. Sy is skuldig bevind op beide die aanklagtes en het geappelleer. Een van haar verweres was dat sy nie bewus was van die besondere regulasies nie, gevolglik sôu sy nie die nodige wederregtelikheidsbewussyn gehad het ten aansien van die betrokke oortredings nie.

-
- (1) Vergelyk De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 148; Van Rooyen, a w op bladsy 18 en verder; Rabie, a w op bladsy 4 en verder; veral Botha a w. So verklaar Van Rooyen, a w op bladsy 36:

"Daar is ook geen funksionele basis vir die bestaan van die ignorantia-reël nie. Regsdwaling word oor die algemeen as 'n strafversagende omstandigheid beskou en daarom is die strawwe ook meer in ooreenstemming met die wat vir nalatigheidsmisdade opgelê word".

- (2) Vergelyk onder andere: Burchell en Hunt, a w op bladsy 132 en op bladsy 260 en verder; Bertelsmann, "The Essence of Mens Rea", 1974 Acta Juridica op bladsy 34 en verder. So verklaar Burchell en Hunt, a w op bladsy 136: "It is submitted that such a via media between legal principle and policy is found if a distinction is made between absence of knowledge of unlawfulness which results from ignorance or mistake of fact and absence of such knowledge which is due to ignorance or mistake of law. The former should excuse since, on account of its factual origin, it is merely an indirect departure from the ignorantia juris rule; whereas the latter, being a direct transgression, the rule should not excuse".

- (3) 1977(3) SA 513(A).

Die Appèlhof by monde van hoofregter Rumpff bevind dat wederregtelikheidsbewussyn wel 'n element van opset is en verklaar (1):

"In hierdie stadium van ons regsontwikkeling moet dit aanvaar word dat die cliché dat 'every person is presumed to know the law' geen grond vir bestaan het nie en dat die opvatting 'ignorance of the law is no excuse' regtens nie van toepassing kan wees nie in die lig van die hedendaagse skuldbegrip in ons reg".

Die hoofregter gaan dan voort om met goedkeuring uit De Wet en Swanepoel aan te haal (2) en die aanhaling het veral die strekking dat dit nie nodig is vir die beskuldigde om te weet dat hy 'n spesifieke wet oortree nie, maar dat hy net in die leke-sin bewus moet wees van die feit dat sy optrede ongeldig is (3). Hoofregter Rumpff haal aan uit Van Rooyen waar laasgenoemde die mening uitspreek dat daar geen onderskeid tussen 'n regsdwaling en 'n feitedwaling is nie (4).

(1) Op bladsy 529H.

(2) Op bladsy 530 A-B. In die besondere aanhaling verklaar De Wet en Swanepoel onder andere op bladsy 148 (nie bladsy 140 soos wat die gewysde beweer nie) die volgende: "Met die opvatting dat wederregtelikheidsbewussyn elementum essentiale van opset is, wil ek saamstem. 'n Mens handel slegs dan dolo malo wanneer hy hom willens en wetens in stryd met die regsorde stel".

(3) Van Rooyen, a w op bladsy 36 verklaar ook: "Die beskuldigde hoef geensins die wet of die sanksie daarvan te ken nie: as hy maar net in die leke-sin van die woord die moontlikheid besef dat sy daad verbode is en hom daarmee versoen, is hy skuldig". Hieruit volg dit dan dat waar 'n beskuldigde dus regsadvies op 'n besondere punt ingewin het, en hierdie regsadvies blyk verkeerdt te wees, die verwytt van opset so 'n beskuldigde nie kan tref nie aangesien hy nie die nodige onregmatigheidsbewussyn het nie. Vergelyk S vs Colgate Palmolive 1971(2) SA 149(T) en die bespreking deur Van Rooyen, a w op bladsy 36.

(4) Op bladsy 530D. Van Rooyen, a w soos aangehaal op bladsy 35: "Na my mening bestaan daar geen grond vir die onderskeid tussen 'n regs-en feitedwaling vir sover dit dolus betref nie. Telkens word daar oor bevoegdhede, hetsy dit direk uit die objektiewe reg afkomstig is (kompetensiebevoegdhede), hetsy dit via 'n subjektiewe reg daaruit afkomstig is (inhoudsbevoegdhede), gedwaal. Waar iemand dwaal oor die vraag of 'n saak syne is (feitedwaling), of dwaal oor die vraag of dit 'n res nullius is (feitedwaling), of dwaal oor die vraag of hy sy aartappels langs die pad sonder 'n lisensie mag verkoop (regsdwaling),

Hoofregter Rumpff haal dan met goedkeuring aan uit Botha (1)
en kom tot die volgende gevolgtrekking (2):

"In 'n saak soos die onderhawige moet aanvaar word dat
wanneer die Staat getuienis voorgelê het dat die
verbode handeling begaan is, 'n afleiding gedoen kan

of oor die bestaan van die omstandighede wat noodweer regverdig
(feite- of regsdwaling), gaan dit telkens om 'n bevoegsheids-
dwaling. Die omstandighede waaruit die dwaling voortspruit, mag
verskil maar steeds word daar oor 'n bevoegdheid en
dus oor die reg self gedwaal". Alhoewel Burchell en
Hunt, a w op bladsy 135, die middeweg gevolg het, was
die skrywers egter die eerste gewees om in te sien
dat dit soms moeilik en selfs onmoontlik is om te onder-
skei tussen 'n regs- en 'n feitedwaling. So verklaar
hulle op bladsy 140: "Only complete acceptance of
knowledge of unlawfulness as an element of mens rea
avoids the necessity of having to distinguish between
fact and law... Since it is notoriously difficult, if
not impossible, in a borderline case to decide whether
the accused's lack of knowledge of unlawfulness stems
from ignorance or mistake of fact or of law, it is sub-
mitted that it would be in accordance with the best
notions of criminal justice to give the accused the
benefit of the doubt".

- (1) Op bladsy 531H. Botha, a w, soos aangehaal, verklaar op bladsy
50: "In ons regspraak is daar nou minstens twee riglyne vir die
bepaling van culpa ten opsigte van die regmatigheid van die dader
se optrede. In Wandrag [1970(3) SA 151 (0)] het die Hof bevind
dat daar rederlikerwys van 'n werkgewer in die boubedryf verwag
kan word om homself op hoogte te hou van die regsvoorskrifte wat be-
trekking het op die indiensneming van werkers in die boubedryf.
Versuim hy om dit te doen, kan sy gevolglike regsonkunde tot die
verwyte van onagsaamheid lei. Dieselfde sal vermoedelik geld vir
'n persoon wat hom in 'n moderne staat, waarin talle fasette van
die regsonderdaan se doen en late deur regsvoorskrifte beheers
word...". Wat egter baie belangrik van hierdie aanhaling is, is
dat Botha van die verwyte nalatigheid praat en nie van opset nie. Dit
beteken dus dat waar 'n persoon hom op 'n besondere gebied begeef,
daar rederlikerwys van hom verwag kan word om die reg te ken. Doen
hy dit nie, dan tree hy nalatig op. Vergelyk ook die opmerkings van
Labuschagne, a w (1977) 10 De Jure 174 op bladsy 176, wat
opmerk dat in die geval van noodweeroordadigheid daar
aangeneem word dat die dader nalatig opgetree het. Labus-
chagne maak die opmerking dat die ratio hiervoor moontlik geleë
is in die feit dat daar nie van die redelike man verwag kan
word om die objektiewe grense van noodweer te oorskry nie.

- (2) Op bladsy 532 E-G.

word, na gelang van omstandighede, dat die beskuldigde willens en wetens (d w s ook met onregmatigheidsbewussyn) die handeling begaan het. Indien die beskuldigde op 'n verweer wil steun, soos in die onderhawige geval, dat sy nie geweet het dat daar (sic) handeling onregmatig was nie, kan haar verweer slaag indien van die getuienis as geheel afgelei kan word dat daar 'n redelike moontlikheid bestaan dat sy nie geweet het dat haar handeling onregmatig was nie; en verder, wanneer slegs culpa en nie dolus alleen as mens rea vereis word nie, daar ook 'n redelike moontlikheid bestaan dat sy nie juridies geblameer kan word nie, d w s dat, wat al die omstandighede betref, dit redelik moontlik is dat sy met die nodige omsigtigheid te werk gegaan het om haar op hoogte te stel van wat van haar verwag word in verband met die vraag of toestemming om geld uit te neem nodig is of nie".

In die onderhawige saak bevind die Appèlhof na aanleiding van die getuienis, dit wil sê die manier waarop die geld versteek was, dat die beskuldigde wel die moontlikheid voorsien het dat haar optrede onregmatig kon gewees het, ten aansien van die geld en dat die verwyte van opset haar wel tref. Wat die juweliersware betref, bevind die Hof dat daar geen opset of nalatigheid by die beskuldigde teenwoordig was nie. Sy word onskuldig bevind en ontslaan wat hierdie aanklag betref ⁽¹⁾.

Die feit dat die Appèlhof nou uiteindelik die suiwer subjektiewe toets aanvaar het, is prysenswaardig. Reeds by die aanvang van hierdie onderwerp het ek die stelling gemaak dat die posisie nou duidelik is ten aansien van die oortreding van statutêre misdrywe ⁽²⁾. Die vraag ontstaan nou wat in die gevalle van gemeenregtelike misdade gebeur. Hier is veral die opinie van Van Warmelo ⁽³⁾ van belang. Van Warmelo bespreek die Romeinse reg en kom tot die gevolgtrekking dat daar oor die algemeen net sekere gevalle en

(1) Sien ook nou S vs W C en M J Botha (Edms) Bpk en 'n ander 1977(4) SA 38(T) waar die Hof 'n soortgelyke standpunt ingeneem het.

(2) Vergelyk bladsy 163 hierbo.

(3) "Regsdwaling" (1975) 38 THR-HR 207; "Ignorantia Iuris" (1954) 22 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 4.

sekere klasse van persone was vir wie 'n regsdwaling 'n verskoning was ⁽¹⁾. Wanneer daar oor die ius gentium gedwaal is, is dit in die algemeen nie as 'n verskoning aanvaar nie ⁽²⁾. Wat betref die Romeins-Hollandse reg, wil dit voorkom asof die posisie baie analoog aan dié van die Romeinse reg was ⁽³⁾. Veral wanneer die subjekte kontrakte rakende regte in subjektiewe sin aangegaan het en hulle onbewus was van hulle regte, is hulle regs-
onkunde nie as 'n verskoning aanvaar nie ⁽⁴⁾. Van Warmelo is ten gunste van 'n soortgelyke reëling ten aansien van ons huidige reg ⁽⁵⁾. Wat veral die gemeenregtelike misdade betref, wys Van Rooyen ⁽⁶⁾ op twee gewysdes waar die beskuldigdes wat primitiewe Boesmans was, ooreenkomstig hulle stamgewoontes "moord" gepleeg het. Daar was geen sprake van 'n bewuste onregmatigheid aan hulle kant nie. Nogtans word die beskuldigdes

-
- (1) Van Warmelo, "Ignorantia Iuris" (1954) 22 "Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis" 4 op bladsy 25 en verder. Onder die klasse van persone wat verskoon was van regsdwalings was vrouens, mense van die platteland, jeugdige en somtyds soldate.
- (2) *ibid.*
- (3) So verklaar Van Warmelo, "Regsdwaling" (1975) 38 THR-HR op bladsy 210: "Die basiese reël is dat regsonkunde nie 'n verskoning bied nie. Dit is 'n onweerlegbare vermoede dat iedereen die reg ken. Sommige persone is egter geheel of gedeeltelik bevoorreg, en kan hulle regs-
onkunde aanvoer. In so 'n geval word hulle nie op dieselfde manier getref as ander nie. Wat nie-bevoorregtes betref, is regsonkunde in sommige spesifieke gevalle nie ter sprake nie en, vernameklik wat regte in subjektiewe sin betref, volg daar geen nadeel vir die betrokke persoon wat afstand doen van sy reg as gevolg van regsdwaling nie".
- (4) *ibid.*
- (5) Vergelyk Van Warmelo, a w op bladsy 215 en verder. Die skrywer doen veral aan die hand dat daar gekyk word na die aard van die besondere regsreël, met ander woorde of die reël gebiedend is of nie om vas te stel of die bewustheid van die reël 'n vereiste is. 'n Mens kan amper sê dat Van Warmelo poog om die middeveg te volg.
- (6) a w op bladsy 34.

skuldig bevind aan moord ⁽¹⁾. In hierdie omstandighede word daar dus ook nie aangedring op 'n kennis van die gemene reg nie ⁽²⁾. Dieselfde is die posisie in die gevalle waar daar 'n geloof in toorkuns bestaan ⁽³⁾. Ek doen aan die hand dat na aanleiding van S vs De Blom ⁽⁴⁾ daar ook in die gevalle van gemeenregtelike misdade

- (1) Vergelyk S vs Kgau 1958(2) SA 606 (SWA) waar dit duidelik geblyk het dat dit die eerste keer was wat die beskuldigde met die beskawing kontak maak. Gedurende die verhoor het hy nie geweet wat aangaan nie en het hy gesigte vir die getuies getrek, ens. Dit het selfs voorgekom asof hy die hele skouspel geniet het. Die beskuldigde het die oorledene gedood as gevolg van 'n nietige voorval toe hulle gestry het. Dit blyk dat waar so iemand gedood word, die stam nie die oorledene begrawe nie en hulle dan net wegtrek. Die moordenaar word ook nie ooreenkomstig die stamgewoonte gestraf nie. Tog bevind regter-president Claasen die beskuldigde skuldig aan moord. Duidelik is daar geen onregmatigheidsbewussyn teenwoordig by die beskuldigde nie. Vergelyk verder S vs Mukeiruib 1938 SWA 4 waar nog 'n Boesman onder soortgelyke omstandighede skuldig bevind is aan moord.
- (2) Daar was al kritiek uitgespreek teen hierdie gevalle waar daar gepoog was om die meer primitiewe mense te probeer meet aan die standaarde van die Westerse beskawing. Vergelyk Van Rooyen, a w op bladsy 33.
- (3) Vergelyk Van Rooyen, a w op bladsy 32 en verder. Wat veral van belang is, is S vs Mokonto 1971(2) SA 319(A). Die beskuldigde het geglo dat die oorledene hom getoor het en dat dieselfde lot hom sal tref as vir sy twee broers wat kort tevore oorlede is. Toe die oorledene hom opnuut met dood voor sononder dreig, kap hy haar kop af met 'n suikerrietmes. Appèlregter Holmes merk in sy tradisionele styl op, op bladsy 320D: "This grisly case from Zululand illustrates the dread influence of witchcraft which still holds in thrall the minds of some Bantu, notwithstanding the coming of Western civilisation to Natal some 150 years ago". Die Hof wat oënskynlik met die subjektiewe toets vir skuld werk, sien die optrede van die oorledene meer as provokasie en neem dit geensins in ag dat die beskuldigde moontlik in putatiewe noodweer opgetree het nie. Die beskuldigde word skuldig bevind aan moord. Hierdie beslissing word egter gekritiseer deur Van Rooyen, 1971 Scintilla Juris bladsy 50.
- (4) 1977(3) SA 513(A).

onregmatigheidsbewussyn by die dader teenwoordig moet wees alvorens die verwyd van opset hom tref.

Samehangend met hierdie probleem, en wat veral vir die huidige onderwerp van belang is, is die gevalle waar die dader meen dat hy binne die perke van 'n regverdigingsgrond optree, maar dit objektief gesproke oorskry. Dit bring mee dat daar 'n afwesigheid van onregmatigheidsbewussyn aan die kant van die dader is. Hier is egter verskeie probleme wat van belang is.

Die eerste probleem wat ontstaan, is die vraag of die onregmatigheidsbegrip 'n aparte element van 'n delik is en of dit bloot as integrerende deel van al die ander elemente beskou moet word. Indien onregmatigheid as aparte element beskou moet word, dan beteken dit dat daar nou in twee fases getoets moet word of die handeling met verwysing na die gevolg onregmatig is ⁽¹⁾. By die toets om skuld, word in die tweede fase getoets of die dader bewus was van die onregmatigheid bo en behalwe sy wilsdaad met verwysing na die gevolg ⁽²⁾. Anders kan die Hof net bloot die onregmatigheidstoets as 'n skuldtoets toepas ⁽³⁾. Dan ontstaan die verdere vraag, wat van die subjektiewe denke van die dader, en of dit enigsins relevant is, ten

(1) Vergelyk oor die algemeen Hoofstuk II hierbo. Vergelyk ook die verdienstelike vonnisbespreking van Van der Westhuizen, (1976) 9 De Jure 371 en verder.

(2) Hier word die houding ingeneem dat skuld eers ter sprake kan kom indien dit reeds vasstaan dat die dader se optrede onregmatig was. Vergelyk S vs Goliath 1972(2) SA 1(A); S vs Ntuli 1975(1) SA 429(A) op 436E; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 120 en verder; Van der Westhuizen, a w op bladsy 372.

(3) Vergelyk Van Oosten, "Wederregtelikheid - 'n Skuldtoets?" (1977) 40 THR-HR 90, waar die skrywer aan die hand doen dat wederregtelikheid 'n skuldtoets is.

aansien van die bepaling van onregmatigheid? ⁽¹⁾ Sekere skrywers poog om die subjektiewe denke van die dader te oorbrug deur dit as element van die objektiewe te sien by wyse van 'n ex post facto-toets ⁽²⁾. Soos ek reeds hierbo ⁽³⁾ opgemerk het, kan die motief van die dader tydens die handeling nie altyd objektief bepaal word nie. Soms is dit juis net die subjektiewe denke van die dader wat die onderskeid tussen regmatigheid en onregmatigheid daar stel ⁽⁴⁾. Daarom wil dit voorkom dat daar by die beoordeling van onregmatigheid reeds van die denke van die dader kennis geneem word, maar net in die sin dat dit nie normstrydig moet wees nie. Om hierdie stelling toe te lig gebruik ek Van der Merwe en Olivier se voorbeeld ⁽⁵⁾ waar die dosent die ex post facto-blykende terroris doodskiet. Volgens die skrywers sou die dader in die gegewe omstandighede nie onregmatig opgetree het nie. Dit wil voorkom asof dit egter nie die korrekte oplossing vir die probleem is nie, aangesien ek van mening is dat die dader bewus moet wees

-
- (1) Dit is veral Labuschagne, ["Insake: S vs Mokoena en 'n Ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 10 De Jure 174; "Noodweer teen 'n Regmatige Aanval?" (1974) 7 De Jure 108; "Noodweer ten Aansien van Nie-fisiese Persoonlikheidsgoedere" (1975) 8 De Jure 59; "Noodweersoordadigheid" H L Swane-poel gedenkbundel Durban Butterworths (1976) op bladsy 152 en "Noodtoestand" 1974 Acta Juridica 74,] wat die probleem van die psige aan die kant van die dader duidelik na vore bring. Labuschagne se beswaar teen die skeiding van onregmatigheid en skuld is dat dit beteken dat die skuld as buitennormatiewe begrip funksioneer. Volgens die skrywer word die norm effekvry geskend en dit sou meebring dat dit strydig sou wees met die wese van die norm. Die skrywer doen aan die hand dat wederregtelikheid behou word as sinoniem vir misdaad- of delikspleging.
- (2) Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 74 en verder; Strauss, proefskrif, op bladsy 245 en verder; Van der Westhuizen, "Insake: S vs Motleleni 1976(1) SA 404(A) en Chetty vs Minister van Polisie 1976 (2) SA 405(N)" (1976) 9 De Jure 371 op bladsy 376; Van der Merwe, "Die Aard en Rol van Redelikheid by Aanspreeklikheid ex Delicto" (1975) 92 SALJ 144.
- (3) Bladsy 13 hierbo.
- (4) Soos byvoorbeeld die geval van die saakwaarnemer. Vergelyk Labuschagne, "Noodweer teen 'n Regmatige Aanval?" (1974) 7 De Jure 108 op bladsy 115 en verder.
- (5) a w op bladsy 74.

van die feit dat hy in noodweer optree. In die geval genoem deur Van der Merwe en Olivier is die subjektiewe gemoedstoestand van die dader normstrydig en gevolglik tree hy onregmatig op.

Hier is S vs Mokoena ⁽¹⁾ van belang. Die feite was kortliks soos volg: Die beskuldigde en sy seun het tereggestaan op 'n aanklag van aanranding met die opset om ernstige liggaamlike leed te berokken. Uit die feite blyk dit dat die klaer gepoog het om die beskuldigde se dogter te verkrag. Die beskuldigdes het op die toneel aangekom. Die eerste beskuldigde het klaer met 'n stuk yster en 'n mes te lyf gegaan, terwyl die tweede beskuldigde hom met 'n klip gegooi het, wat veroorsaak het dat beskuldigde sy bewussyn verloor het. Regter Steyn ⁽²⁾ maak die volgende opmerking:

"Selfs indien dit, objektief gesproke, miskien gesê kan word dat die beskuldigdes die perke van geregverdigde noodweer oorskry het, is dit na my mening geensins bewys dat hulle dit bewustelik gedoen het nie. Hulle het derhalwe geen strafregtelike skuld aan hul dade nie, al het hulle gesamentlik opgetree".

Rabie ⁽³⁾ in sy vonnisbespreking verklaar dat die Hof:

"... die logiese en dogmaties suiwer standpunt (aanvaar) dat die verwyd dat hy opsetlik opgetree het 'n beskuldigde slegs gemaak kan word indien sy opset betrekking het op al die elemente van die misdadomskrywing, insluitende wederregtelikheid".

Dit is egter duidelik dat alhoewel hierdie beslissing suiwer is, daar nie veel kennis geneem is van die daders se motief nie ⁽⁴⁾.

Labuschagne maak die volgende afleiding in verband met hierdie gewysde:

(1) 1976(4) SA 162(0).

(2) Op bladsy 164A.

(3) "Insake: S vs Mokoena en 'n Ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 40 THR-HR 200 op bladsy 201.

(4) So verklaar regter Steyn op bladsy 163B van die gewysde: "Dat klaer deeglik karnuffel is, is nie te betwyfel nie, maar na my mening het hy sy verdiende loon gekry. Dit is duidelik dat die beskuldigdes se doel met die geweldpleging die ontsetting van Alina uit klaer se wellustige greep was".

"Kom ons gooi die feitestel om. Veronderstel M en A (die beskuldigdes) het 'n vete met K (klaer) gehad en het toevallig op hom afgekom. Veronderstel verder dat Alina was nie 'n nabyverwant van hulle nie en hulle was onder die indruk dat sy 'n toestemmende party is of bloot toneel speel. Suiwer objektief gesproke sou mens kan sê dat hulle in noodweer van Alina opgetree het - dit is nou in die omgegooide feitestel. Daar was 'n gewelddadige aanval op haar kuisheid en die aanval is afgeweer. M en A sou, volgens genoemde objektiewe beskouing dan onskuldig moes uitgaan".

"Daar moet ook 'n bewustheid van die bestaan van die noodsituasie en 'n noodafweringsgerigtheid wees voordat 'n persoon hom strafregtelik op noodweer kan beroep. Hierdie noodafweringsgerigtheid, wat bewustheid vooronderstel, is nie vatbaar vir 'n sogenaamde objektiewe beoordeling of vasstelling nie (1)".

Daar word dus aan die hand gedoen dat daar wel met vrug na die benadering van Labuschagne gekyk kan word. Daar kan egter nie met hom saam gestem word waar hy verklaar dat onregmatigheid as sodanig 'n sinoniem is vir delikspleging nie ⁽²⁾. Wat die vraagstuk van vermeende regverdigingsgronde betref, wil ek my aansluit by die beoordeling van die vraag na die onregmatigheid van die dader se optrede, al die omringende omstandighede in ag geneem moet word, insluitende die psige van die dader ⁽³⁾. Indien die dader van

-
- (1) Labuschagne, "Insake: S vs Mokoena en 'n Ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 10 De Jure 174 op bladsy 175. Die skrywer kritiseer hierdie toedrag van sake heeltemal tereg. Hierdie voorbeeld wat Labuschagne noem is analoog aan die voorbeeld van Van der Merwe en Olivier, (a w op bladsy 74 en verder). Dit is duidelik dat by die bepaling van die onregmatigheid die motief van die dader wel relevant is om te bepaal of hierdie motief nie dalk normstrydig is nie. Vergelyk ook die skrywer se opmerkings in "Noodtoestand" 1974 Acta Juridica 74, op bladsy 103 en verder.
 - (2) Vergelyk my opmerkings hierbo op bladsy 16 en verder. Vergelyk ook in die algemeen Van der Westhuizen, "Insake: S vs Motleleni 1976(1) SA 404(A) en Chetty vs Minister van Polisie 1976 (2) SA 405(N)" (1976) 9 De Jure 371 op bladsy 374 en verder.
 - (3) Vergelyk verder die opmerkings van Van der Westhuizen, a w op bladsy 376, waar hy verklaar: "Indien alle dadersubjektiewe faktore en menslikheidseienskappe totaal buite rekening gelaat word, sou die objektiwiteit, wat gepoog word om toegepas te word, so strak en matematies wees dat dit dalk nie op 'n realistiese wyse op die handeling as menslike gedraging toegepas kan word nie. Hoewel dit by wederregtelikheid steeds in die eerste plek om werklike gevolg gaan en nie om waarskynlikes nie, kan alle waarskynlikhede

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

mening is dat hy binne die perke van 'n regverdigingsgrond optree, maar dit objektief ⁽¹⁾ nie blyk die geval te wees nie, sluit hierdie subjektiewe regverdigingsgrondgerigtheid onregmatigheid uit en kan die verwyte van opset hom nie tref nie. In gepaste gevalle kan daar wel sprake wees van nalatigheid aan die kant van die dader by 'n oorskryding van 'n onregmatigheidsuitsluitingsgrond ⁽²⁾.

Aan die hand van die beginsels van die strafreg, wil ek graag die van die privaatreë bespreek. Botha ⁽³⁾ maak die volgende stelling:

nie geheel en al geïgnoreer word nie. Dit sou dikwels, selfs vir die Hof as ex post facto-beoordelaar, onmoontlik wees om so 'n objektief te toets". By hierdie standpunt van Van der Westhuizen wil ek aansluit, behalwe dat die skrywer myns insiens nie genoeg klem lê op die psige van die dader nie. Die psige van die dader is 'n baie belangrike faktor by die beoordeling van die vraag na onregmatigheid en kan nie net bloot geïgnoreer word nie.

(1) Ex post facto.

(2) Vergelyk S vs Ntuli 1975(1) SA 429(A). Die beskuldigde in hierdie saak het sy skoonmoeder gedood nadat sy skoonmoeder hom herhaaldelik met 'n kiere aangeval het. Dit blyk egter duidelik dat die beskuldigde die perke van noodweer oorskry het en die Appêlhof by monde van appêlregter Holmes handhaaf 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie beslissing korrek is. Vergelyk: Labuschagne, "Insake: S vs Mokoena en 'n Ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 10 De Jure 174 op bladsy 176; Rabie, "Insake: S vs Mokoena en 'n Ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 40 THR-HR 200 op bladsy 201; Slome, "Mens Rea and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences" (1977) 94 SALJ 86; Snyman, "Opsetlike Strafbare Manslag?" (1971) 34 THR-HR 184 en verder; Van der Vyver, "Wederregtelikheidsbewussyn by Strafregtelike Aanspreeklikheid" (1967) 30 THR-HR 271 op bladsy 277; Van der Westhuizen, "Insake: S vs Motleleni 1976(1) SA 404(A) en Chetty vs Minister van Polisie 1976 (2) SA 405(N)" (1976) 9 De Jure 371 op bladsy 373; Van Oosten, "Wederregtelikheid - 'n Skuldtoets?" (1977) 40 THR-HR 90 op bladsy 90 en verder; Van Rooyen, "Regsdwaling en Dolus in die Strafreë" (1974) 37 THR-HR 18.

(3) Proefskrif, op bladsy 259 en verder.

"Indien dolus as skuldsoort in die strafreg uitgelê moet word as die gesindheid van 'n dader wat met wederregtelikheidsbewussyn handel, behoort hierdie uitleg ook in die deliktereg geldig te wees; die norme van beide vakgebiede beoog die beskerming van regsbelange, of dit nou ook al 'n private belang of die openbare belang is, en in beide vakgebiede word skuld vir aanspreeklikheid vereis, skuld wat 'n gemeenskaplike oorsprong in die Romeinse reg gehad het op 'n stadium toe 'n onderskeid tussen die strafreg en die deliktereg nouliks bestaan het".

Botha behandel die privaatreë en veral die lasterreë. Hy kom tot die gevolgtrekking dat onreëmatigheidsbewussyn ook 'n vereiste vir opset in die deliktereg is ⁽¹⁾. Ek is van mening dat daar aanvaar kan word na die toepassing van die subjektiewe benadering van die Appêlhof in S vs De Blom ⁽²⁾ dat daar dieselfde rigting ingeslaan sal word in die deliktereg ⁽³⁾.

Gevolgtlik wil ek die vereiste van opset in die privaatreë op dieselfde basis as die in die strafreg benader. Opset sal dus die

(1) a w op bladsy 267.

(2) 1977(3) SA 513(A).

(3) Wat veral die lasterreë betref, is daar in die verlede ook weer die drie strome aangetref naamlik, die wat onreëmatigheidsbewussyn as 'n vereiste vir opset gestel het, ontken het en die wat die middeveg probeer volg het. Aangesien dit 'n studieveld op sy eie is, sal ek volstaan met die opmerking dat dit nou rederlikerwys aanvaar kan word dat reëmatigheidsbewussyn 'n vereiste vir opset in die deliktereg is. Vergelyk oor die algemeen: Boberg, "Animus Iniuriandi Without Tears" (1965) 82 SALJ 437, "Animus Injuriandi and Mistake" (1971) 88 SALJ 57; Davidtsh, "Animus Iniuriandi as Vereiste vir Aanspreeklikheid op grond van Privaatreëtelike Laster", (proefskrif), veral bladsy 410-516; McKerron, "The Law of Delict" op bladsy 160 en verder, "Abuse of Legal Procedure: Animus Iniurandi in Relation thereto and to the Wrong of Defamation" (1968) 85 SALJ 421; Scott, "Enkele Opmerkings oor Volenti non fit Iniuria as Regverdigingsgrond in die Privaatreë" (1976) 9 De Jure 218; Van der Merwe en Olivier, "Die Onreëmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg" op bladsy 116 en verder; Van der Merwe, "Insake: Hassen vs Post Newspapers (Pty) Ltd and others 1965(3) SA 562(W)" (1966) 29 THR-HR 76; Van der Vyver, "Animus Iniuriandi en die Afwesigheid van Wederregtelikheidsbewussyn", (1966) 29 THR-HR 336, (1967) 30 THR-HR 15; Van Rooyen, "Regsdwaling en Dolus in die Strafreë" (1974) 37 THR-HR 18; Wille, "Principles of South African Law", op bladsy 530 en verder. Sien egter nou ook Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie vs

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

verwy't wees wat 'n toerekeningsvatbare dader tref, omdat hy die gevolg wat hy voorsien het, gewil het in omstandighede waarin hy bewus was dat sy optrede onregmatig is. Die toets vir opset is altyd subjektief en daar moet aan die hand van al die omringende omstandighede 'n feitebevinding gemaak word of die besondere dader inderdaad die gevolg voorsien het, hetsy by direkte, indirekte, of moontlike wyse in omstandighede waarin hy bewus was van die feit dat sy optrede onregmatig was. Wanneer die dader subjektief van mening was dat hy nie onregmatig optree nie, omdat sy handeling nie die perke van die regverdigingsgrond oorskry nie, maar dit objektief blyk dat dit wel die geval was, kan daar in gepaste gevalle die verwy't van nalatigheid teenwoordig wees. Ek wil egter herhaal dat hierdie handeling waarin die regverdigingsgrond opgesluit is, 'n bewuste handeling moet wees, in die sin dat die dader bewus is van die feit dat hy byvoorbeeld in noodweer handel. Die toets in al die gevalle is suiwer subjektief. Na hierdie kort uiteensetting van die verwy't opset wil ek nou meer in besonder kyk na die verweer van medewerkende opset en in welke omstandighede daar sodanige opset by die benadeelde teenwoordig sal wees asook wat die vereistes vir die verweer in die privaatrek is.

O'Malley 1977(3) SA 394(A) wat besonder die geval van laster betref deur 'n massa-medium uitsaaikorporasie gepleeg, waar daar van 'n vermoede van animus iniuriandi gepraat word. Dit wil egter voorkom dat om wederregtelikeidsebewussyn in so 'n geval te vereis tot probleme aanleiding gee en dat die Hof 'n uitweg in sulke gevalle gesoek het.

HOOFSTUK V

MEDEWERKENDE OPSET

Daar is reeds daarop gewys dat die Romeinse reg nie 'n onderskeid getref het tussen skulduitsluitingsgronde en onregmatigheidsluitingsgronde nie ⁽¹⁾. Die posisie word verder bemoeilik in die Romeinse reg deurdat toestemming tot benadeling, medewerkende nalatigheid en medewerkende opset absolute verwere was. Verder was dit ook nie nodig om 'n dogmatiese onderskeid tussen die verwere te trek nie ⁽²⁾. Hierdie verwarring het natuurlik ook deurgewerk na die hedendaagse reg, met die verskil dat dit vandag egter nodig is om 'n onderskeid tussen die verwere te maak ⁽³⁾. 'n Verdere probleem is dat die gemene reg nie 'n onderskeid getref het tussen medewerkende opset en medewerkende nalatigheid nie ⁽⁴⁾. Weens hierdie historiese agtergrond

-
- (1) Vergelyk Beinart, a w op bladsy 281 en verder, soos bespreek op bladsy 3 en verder.
- (2) McKerron, a w op bladsy 298 en verder.
- (3) So verklaar regter Marais in Vorster vs Santam Insurance Co Ltd and Another, 1973(2) SA 186(W) op bladsy 191D-E: "Since the introduction of the Apportionment of Damages Act, 34 of 1956, the distinction between these two defences has become of more general importance inasmuch as previously either defence was, in most cases, a complete answer to any claim for damages on the score of injuria. Presently it is only the volenti defence that constitutes a complete bar to such a claim; in the case of 'contributory negligence' apportionment is permitted".
- (4) Vergelyk D9:2:31: "Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiandum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit". Dit blyk nie duidelik uit hierdie teks hoekom die eiser sy eis verbeur wanneer hy op die privaatregrond betree nie. Dit kan natuurlik volgens die beginsel

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

het dit nou verder gebeur dat die draagwydte van die verweer van toestemming tot benadeling oorskat word, en dat in gevalle waar die verweer glad nie van toepassing behoort te wees nie, daar gepoog is om dit van toepassing te maak. Dit het toe natuurlik tot eienaardige resultate gelei. Daar is pogings aangewend om die werking van die verweer van toestemming tot benadeling te beperk, welke pogings nie altyd dogmaties suiwer was nie. Dit het tot die resultaat gelei dat die ware karakter van die verweer van toestemming tot benadeling regs wetenskaplik misvorm is ⁽¹⁾.

van toestemming tot risiko-benadeling of medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiser wees. Vergelyk ook D9:2:11:pr: "Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percassa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiseret, ipsum de se queri debere". Uit hierdie teks is dit duidelik dat die eiser sy eis verloor weens die feit dat hy homself geplaas het in 'n posisie, langs die veld, wat gevaarlik was. Let verder op die gebruik van die woord "commiserit" wat meer op 'n oorgawe dui as 'n blote plasing in die stoel. Dit kan van hierdie teks afgelei word dat die eiser kennis gehad het van die gevaar en hom toe "oorgegee" het in die stoel. Die rede waarom die eiser nie 'n eis in hierdie geval het nie, kan dus baie maklik wees weens die medewerkende opset aan sy kant.

- (1) Dit het dan aanleiding daartoe gegee dat sekere regsgeleerdes, onder andere Boberg, a w (1974) 91 SALJ 19 en Glanville Williams, "Joint Torts", a w voorstaanders van die sogenaamde wilsooreenstemmings-teorie is. Daar is reeds hierbo op bladsy 61 en verder, gewys dat hierdie teorie nie deur die Appêlhof aanvaar is nie, en dat die aanvaarding van hierdie teorie tot eienaardige resultate kan lei. 'n Verdere metode om die regswerking van die verweer van toestemming tot benadeling te beperk, was om die risiko van die benadeling in onderafdelings in te deel en dan te verklaar dat die besondere risiko nie deel uitmaak van die globale risiko wat die benadeelde gekontempleer het nie. Santam Versekerings Mpy Bpk vs Vorster 1973(4) SA 764(A) is 'n baie goeie voorbeeld van hierdie geval. Tereg merk Scott, a w op bladsy 221 op: "Die appêlhof het baie probleme gehad by die bepaling van die vraag of die eiser in hierdie omstandighede toegestem het tot benadeling. Op die ou end beslis die hof dat hier nie toestemming was nie. Tog moet ek dit beklemtoon dat 'n baie sterk saak daarvoor uitgemaak kan word dat, volgens die hof se neergelegde toets vir die bepaling van toestemming in hierdie omstandighede, daar wel toestemming deur die eiser was".

Indien daar egter uitgegaan word van die standpunt dat daar sprake kan wees van toestemming tot benadeling slegs indien die toestemming nie contra bonos mores is nie, verdwyn al die probleme wat opgeduik het by die verweer van toestemming tot benadeling en herwin die verweer weer sy ware karakter, naamlik 'n omstandigheid waarin 'n sekere benadeling nie as onredelik en onregmatig aangemerkt word nie ⁽¹⁾. Hierdie benadering sal met respek gesê, regs wetenskaplik-histories, die suiwerste een wees. Met die implementering van die beginsel dat die toestemming redelik moet wees alvorens dit geldig is, bring dit outomaties mee dat die trefkrag van die verweer van toestemming tot benadeling baie beperk word ⁽²⁾. Wanneer daar wel met geldige toestemming te doen gekry word, ontbreek die element van onregmatigheid en die basiese reël van ons reg, res perit domino, geld dan. Die probleem ontstaan egter by die gevalle waar daar deur die implementering van die objektiewe redelikheidskriterium te doen gekry word met ongeldige toestemming, of in die gevalle waar daar met die toestemming van 'n minderjarige sonder die bystand van sy ouer of voog te doen gekry word, asook die gevalle van kranksinnigheid en verstandelike beneweling. Dit blyk egter duidelik in hierdie gevalle dat die benadeling nie meer redelik is nie.

Nou word daar met 'n onregmatige benadeling aan die kant van die eiser te doen gekry. Eers op hierdie stadium kan daar gekyk word of daar skuld aan die kant van die verweerder is ⁽³⁾. Baie groot verwarring

-
- (1) Vergelyk my bespreking hierbo op bladsy 58 en bladsy 117 en verder.
 - (2) Vergelyk Hoofstuk III (2.4) waar daar gepoog is om 'n algemene riglyn neer te lê waarbinne daar regsgeldiglik tot 'n benadeling toegestem kan word.
 - (3) Daar kan nie sprake wees van skuld aan die kant van die dader alvorens dit vasstaan dat die handeling onregmatig was nie. So verklaar appèlregter Holmes in S vs Ntuli (supra) op bladsy 436D: "(i) A may intentionally and lawfully apply such force as is reasonably necessary in the circumstances to protect himself against unlawful threatened or actual attack at the hands of B. The test whether A acts reasonably in defence is objective; ... (ii) If A's defence, so tested, is reasonable both his application of force and his intention to apply it are lawful: so there is no question of dolus or assault on his part. Dolus consists of an intention to do an unlawful act". Vergelyk ook verder:

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

het in die verlede al in hierdie verband ontstaan. Dit is te hoop dat die houe in die toekoms met die meer suiwer dogmatiese standpunt wat hulle volg, die teoretiese aspek in orde sal stel ⁽¹⁾. Wanneer daar geen skuld aan die kant van die verweerder gevind is nie, hou die ondersoek natuurlik net daar op en is dit in elk geval onlogies om voort te gaan en geld die algemene reël van res perit domino ⁽²⁾.

Wanneer daar wel skuld aan die kant van die verweerder is, hetsy in die vorm van opset of nalatigheid, kan daar gekyk word na die skuld aan die kant van die eiser. Nou is dit so dat daar sekere gevalle is waar 'n eiser homself bewustelik in 'n posisie geplaas het waaruit daar nadeel kan voortvloei ⁽³⁾. Dit sal logies wees om nou

Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 115 en verder; Van der Westhuizen, a w (1976) 9 De Jure 371 op bladsy 372; Scott, a w (1976) 9 De Jure 218 op bladsy 221; Van der Walt, "Risiko - aanspreeklikheid" a w op bladsy 317; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 148 en verder; S vs Goliath (supra) op bladsy 28H; asook bladsy 154 hierbo en verder.

- (1) Vergelyk Van der Westhuizen, a w op bladsy 376 waar die skrywer 'n soortgelyke voorstel maak.
 - (2) Soos dit in die geval van Clark and Another vs Welsh (supra) was. Dit is duidelik dat daar geen nalatigheid aan die kant van die eiser in hierdie geval was nie. Omdat die sogenaamde "toestemming" van die eiser as onredelik aangemerkt kan word, (sien bladsy 126 hierbo in hierdie verband) was die benadeling wat die eiser gely het, onregmatig. Aangesien daar geen skuld aan die kant van die verweerder was nie, moes die ondersoek reeds op 'n vroeër stadium stopgesit gewees het en hoef die Hof glad nie met die omvang van die risiko, ens, te gewerk het nie. Die algemene reël van res perit domino geld dus en die eiseres moes self die skade gedra het. Die Hof kom tot 'n soortgelyke gevolgtrekking, maar by wyse van 'n ompad. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 101 en verder.
 - (3) So het die Appêlhof in Lampert vs Hefer N O 1955(2) SA 507(A) by monde van appêlregter Fagan self 'n voorbeeld van medewerkende opset gestel op bladsy 513 E-H. Appêlregter Fagan verklaar: "Two cars collide at an intersection. The Court finds that driver A came into the intersection at an excessive speed, but that driver B was negligent in either not observing the approach of the other car or in heedlessly going ahead after he had observed it, and that his negligence was a contributory cause of the accident. This will be contributory negligence on the part of B, disentitling
- (Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

wanneer daar vir medewerkende skuld aan die kant van die eiser getoets word by die skuldsoort opset in die vorm van medewerkende opset te begin ⁽¹⁾. Dit sal verder volgens my mening ooreenkomstig die reëls van die billikheid wees ⁽²⁾. Die gemene reg het nie by die verweer van medewerkende skuld tussen medewerkende nalatigheid en medewerkende opset onderskei nie. Hierdie onderskeid het na die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, Wet 34 van 1956 belangrik geword. Ek kon geen beswaar in die gemene reg opspoor om eerstens vir medewerkende opset by die eiser te toets wanneer dit gaan om die vraag na medewerkende skuld by laasgenoemde nie. Dit is tog die funksie van die reg om billikheid en regverdigheid tussen beide die eiser en die

him from recovering damages. Now suppose the evidence established that B looked up and saw A approaching at an excessive speed, he fully realised that if he proceeded there was danger of a collision, but in his annoyance he took the foolhardy decision of going ahead so as to assert his right of way and of taking a chance as to the consequences. Could it be argued that B would now be entitled to recover because his act was not a negligent one but was deliberately done with full knowledge of the risk, and may even have been done with great skill so as to try to escape or minimise the damage in so far as that might be possible in the circumstances to which he was prepared to expose himself?... The negative answer to both these questions should be obvious, whatever uncertainty there may be as to the more appropriate legal heading under which to classify the defence". (My onderstreping). Dit is duidelik dat die Appèlhof hier praat van medewerkende opset, en ook die bestaan van die verweer by implikasie goedkeur.

- (1) So verklaar appèlregter Van Blerk dan obiter in Netherlands Insurance Co vs Van der Vyver 1968(1) SA 412(A) op bladsy 421: "Laastens word gesteun op 'n verweer gegrond op bydraende skuld in die sin van opset, genoem 'medewerkende opset'. Die verweer word logies geregverdig omdat bydraende nalatigheid gemeenregtelik 'n volkome verweer was, en dit a fortiori volg dat dieselfde vir opset geld". Die Appèlhof erken dus dat die verweer van medewerkende opset logies regverdigbaar is.
- (2) So het hoofregter Thompson in Santam Insurance Co vs Vorster 1973(4) SA 764(A) op bladsy 778H verklaar: "... I see no adequate reason for depriving a defendant of the complete defence of volens in risk cases of the present type, provided always that the facts sufficiently establish the requisites of that defence,...". Ons weet egter dat die Hof in hierdie geval nie met die beginsel gewerk het dat die toestemming redelik moet wees nie, maar dieselfde beginsel kan natuurlik van toepassing gemaak word op 'die verweer van medewerkende opset'.

verweerder te handhaaf (1).

Die vraag ontstaan nou indien daar getoets moet word vir opset aan die kant van die eiser, wat die vereistes van hierdie opset aan die kant van die eiser is (2). Medewerkende opset bestaan in die gevalle waar 'n toerekeningsvatbare eiser onregmatige skade gely het en hy die skade gewil het, in omstandighede waarin hy bewus was van die feit dat die gevolg onredelik sal wees, terwyl die verweerder ook skuld dra. Die vereistes kan dus as volg opgesom word:

- (1) Die skade moet onregmatig wees aan die kant van die eiser vis a vis die verweerder vis a vis die gemeenskap.
- (2) Die eiser moet toerekeningsvatbaar wees.
- (3) Die verweerder moes ook skuld gehad het ten aansien van die onregmatige skade, hetsy by wyse van opset of nalatigheid.
- (4) Die eiser moes die gevolg gewil het met ander woorde hy moes die gevolg as 'n sekerheid of as 'n moontlikheid voorsien het.
- (5) Die eiser moes bewus gewees het van die feit dat hierdie optrede van hom as onredelik aangemerkt kan word.

(1) Daar is reeds hierbo op bladsy 177 gewys dat die gemene reg nie 'n onderskeid tussen medewerkende opset of nalatigheid getrek het nie. Die stelling van appèlregter Van Blerk in Netherlands Insurance Co vs Van der Vyver (supra) op bladsy 422A dat daar geen gesag aangehaal is dat medewerkende opset 'n selfstandige verweer is nie, is nie korrek nie. Medewerkende opset was altyd 'n selfstandige verweer in die gemene reg gewees. Dit is net bloot insidenteel dat dit nie nodig was om te differensiër tussen medewerkende opset en nalatigheid nie. Dieselfde kan natuurlik ook gesê word van die verweer van toestemming tot benadeling en medewerkende opset en nalatigheid. Voor die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, Wet no 34 van 1956, was dit nie nodig om tussen hierdie verweere te onderskei nie, maar nou is dit van groot belang om dogmaties suiwer te wees.

- (2) Hierdie besondere opset aan die kant van die eiser word nou "medewerkende" of "bydraende" opset genoem.

Wat vereiste (1) betref, is dit duidelik dat daar nie van skuld aan die kant van die verweerder sprake kan wees, tensy die gevolg onregmatig is nie (1).

Die feit dat die eiser toerekeningsvatbaar moet wees spreek vanself.

-
- (1) Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 162, omskryf medewerkende opset as: "Medewerkende opset is die verwyte wat 'n toerekeningsvatbare eiser tref omdat hy die gevolg wat hy tesame met die verweerder veroorsaak het en ten opsigte waarvan die verweerder ook skuld dra, gewil het, terwyl eersgenoemde bewus daarvan was dat sy optrede onredelik is". Wat mens eerste opval van hierdie omskrywing is dat die skrywers dit nie as 'n voorvereiste stel dat die skade wat die benadeelde ly as onregmatig aangemerkt moet word nie. Die skrywers verklaar die volgende (ibid): "Dat die eiser alleen met medewerkende opset verwyte kan word indien die eie skadeberokkening onredelik was, lyk vanselfsprekend. Waar geen verwyte van regsweë 'n persoon tref wat 'n ander rederlikerwys benadeel nie, sou dit onsinnig wees om te betoog dat 'n persoon blameer kan word waar hy homself redelikerwys te kort doen. Net soos, anders gestel, onregmatigheid voorvereiste vir skuld is, is onredelike optrede aan die kant van die eiser voorvereiste vir medewerkende skuld". Die logika van hierdie stelling kan egter nie aangeveg word nie. Wat egter baie duidelik is, is dat die skrywers in hul eie strik val. Daar kan nie sprake wees van skuld aan die kant van die verweerder nie, tensy die skade wat hy veroorsaak het, onregmatig was. (Vergelyk bladsy 181 voetnoot 1 hierbo). Omdat die eiser meewerk met die veroorsaking van hierdie onregmatige gevolg tree die eiser dus onregmatig ten aansien van homself op. Dit volg dus dat die handeling van die eiser onredelik en dus ook onregmatig is. Die rede waarom Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 162 huiwer om te erken dat die eiser onregmatig teenoor homself optree, is natuurlik geleë in hulle omskrywing van onregmatigheid. (Vergelyk Hoofstuk II). Volgens die skrywers het die man wat alleen op 'n eiland bly nie subjektiewe regte nie en as hy dus homself skend dan tree hy nie onregmatig op nie, aangesien die onregmatigheid geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg. (Vergelyk Van der Merwe en Olivier, op bladsy 52 en verder). Volgens die huidige skrywer word daar net na die eiser in 'n verhouding met ander regssubjekte gekyk want die regsverhoudinge van die persoon alleen op die eiland is myns insiens irrelevant vir die huidige onderwerp, en daar word eerder van die standpunt uitgegaan dat 'n eiser wel onredelik, en dus onregmatig, teenoor homself, tesame met die verweerder, kan optree, anders kan daar natuurlik nie sprake wees van skuld aan die kant van die verweerder nie.

Die feit dat daar skuld aan die kant van die verweerder moes wees (vereiste 3) spreek ook vanself anders geld die basiese reël van res perit domino ⁽¹⁾.

Die vereiste dat die eiser die besondere gevolg gewil het, het natuurlik nadere toeligting nodig. Hier moet daar kers opgesteek word by die vereiste van opset in die strafreg om as riglyn in hierdie verband te dien. Waar die eiser op 'n direkte of indirekte wyse die gevolg gewil het, lewer dit oor die algemeen nie veel probleme op nie ⁽²⁾. Die problematiek ontstaan egter in die gevalle waar die eiser die moontlikheid van die gevolg voorsien het en homself daarmee versoen het ⁽³⁾. Hier moet daar in elke besondere geval 'n bevinding gemaak word of die eiser die moontlikheid inderdaad voorsien het. Die feit dat 'n besondere gevolg vanselfsprekend is, kan natuurlik as aanduiding dien dat dit waarskynlik is dat die eiser die gevolg voorsien het. Dit sal egter nie meebring dat die gevolgtrekking noodwendig gemaak kan word dat so 'n dader die gevolg inderdaad voorsien het nie. Die bewysregtelike hulpmiddel moet nie die beantwoording van die vraag by die materiële reg vertroebel nie. Daar word aan die hand gedoen dat elke besondere geval op sy eie meriete behandel moet word en dat die toets in elke geval nog steeds suiwer subjektief moet bly ⁽⁴⁾.

Die laaste vereiste, naamlik dat die eiser bewus moet wees dat sy optrede onredelik is, is meer problematies. Dit is veral hier waar die temperingsmaatstaf van die verweer van medewerkende opset gesetel is ⁽⁵⁾. Dieselfde vereiste van onregmatigheidsbewussyn

(1) Vergelyk voetnoot 2 hierbo, op bladsy 179.

(2) Vergelyk bladsy 153 hierbo en verder en die gesag aldaar aangehaal.

(3) Vergelyk bladsy 161 hierbo en verder.

(4) Vergelyk in besonder bladsy 161 voetnoot 2.

(5) Dit is analoog aan die onregmatigheidsbewussyn by gewone opset aan die kant van die dader. Vergelyk in die algemeen: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 124 en verder; De Wet en Swanepoel, a w op bladsy 146 en verder; Burchell en Hunt, a w op bladsy 132 en verder; Botha, a w; Snyman, a w (1973) 36 THR-HR 185; Rabie, a w (1967) 30 THR-HR 173, (1977) 40 THR-HR 200; Van der Vyver, a w (1967) 30 THR-HR 15. Sien ook in die algemeen die bespreking hierbo vanaf bladsy 161 en verder.

wat by opset gestel word, word gestel ten aansien van medewerkende opset. Hier word nie bedoel dat die eiser moet beseef dat sy handeling onregmatig, in die sin van wederregtelik is nie, maar eerder dat sy optrede nie redelik is nie. Hier is daar nou twee fasette van die begrip onregmatigheidsbewussyn.

Die eerste is die faset waar die benadeelde onbewus is van die feit dat sy handeling onredelik is en dus onkunde van die reg pleit, of waar die benadeelde onkundig is oor die objektiewe reg in verband met toestemming tot benadeling ⁽¹⁾. Hier kan daar veral met vrug na Van Warmelo se standpunt gekyk word waar hy leer dat onkunde ten aansien van die reëls van die ius gentium nie in die gemene reg 'n verskoning was nie. Die probleem wat ontstaan by die aanvaarding van hierdie reël is dat dit nie voorsiening maak vir die gevalle waar die benadeelde onbewus is van sy regte nie. Die antwoord op hierdie probleem is dat daar net eenvoudig in elke geval vasgestel moet word of die benadeelde werklik onbewus van sy regte was en dat die reël dat elkeen geag word om ten minste die gemene reg te ken, slegs geld vir soverre dit die bewyslas affekteer ⁽²⁾. Indien die benadeelde dus beweer dat hy onbewus was dat hy nie sy regte tot so 'n onredelike mate kan inkort nie, behoort dit billik te wees om te bepaal dat die bewyslas in so 'n geval op hom rus om dit te bewys ⁽³⁾. Dit sou egter 'n reël van die bewysleer wees en geensins afbreuk doen aan die feit dat daar in elke geval vasgestel moet word of die benadeelde werklik onkundig aangaande sy regte was, al dan nie.

(1) "Regsdwaling" (1975) 38 THR-HR 207.

(2) Vergelyk in hierdie geval Van Warmelo a w soos hierbo bespreek op bladsy 166 en verder. Daar is die gevalle soos in S vs Kgau (supra) en S vs Mukeiruib (supra) waar dit gebeur het dat die dader werklik onbewus van die reëls van die objektiewe reg by 'n gemeenregtelike misdaad was. 'n Mens moet gevolglik daarteen waak om 'n algemene reël neer te lê en daar moet eerder in elke geval subjektief na die besondere feite gekyk word.

(3) Vergelyk S vs De Blom 1977(3) SA 513(A) waar 'n soortgelyke reël aanvaar is ten aansien van die strafreg. Ek doen aan die hand dat daar 'n analogiese standpunt in die deliktereg ingeneem word.

Ek is van mening dat hierdie faset van medewerkende opset nie veel probleme sal oplewer nie, aangesien hierdie soort verweer baie min in die verlede voorgekom het.

Die tweede faset van die vereiste van kennis van die onredelikheid van die eiser se optrede by die eiser teenwoordig, is die gevalle waar die eiser nie dwaal oor sy regte nie, maar waar die eiser onder die indruk is dat hy wel mag toestem tot benadeling en dit objektief blyk dat hierdie toestemming onredelik is. Hier weet die eiser dat dit onredelik is om tot ernstige liggaamlike benadeling toe te stem maar meen verkeerdlik dat die benadeling waartoe hy toestem nie so ernstig is nie. Agterna blyk dit dat die benadeling wel objektief onredelik is. Hierdie geval is meer problematies as die eerste.

Ek is van mening dat die eiser in so 'n geval die verwyf van medewerkende opset sal ontduik, aangesien hierdie regsdwaling die opset aan die kant van die eiser sal uitsluit ⁽¹⁾. Daar moet in hierdie soort van geval egter daarteen gewaak word om sonder meer te aanvaar dat die eiser bedoel het dat sy optrede binne die grense van die besondere regverdigingsgrond, te wete, toestemming tot benadeling val nie. Daar moet by hierdie verweer aangedring word op 'n bewuste subjektiewe oorweging van die regverdigingsgrond aan die kant van die eiser ⁽²⁾. Indien die bestaan van die regverdigingsgrond wel subjektief oorweeg is, maar die eiser verkeerdlik van mening was dat hierdie regverdigingsgrond wel van toepassing was, en dit objektief ex post facto blyk dat dit nie die geval was nie, behoort die eiser die verwyf van medewerkende opset te

(1) Vergelyk die bespreking hierbo op bladsy 171 en verder en veral S vs Mokoena (supra) waar die Hof 'n soortgelyke standpunt inneem het. Dogmaties is hierdie benadering natuurlik heeltemal suiwer

(2) In die verband neem ek dus dieselfde houding in as Labuschagne, a w (1977) 10 De Jure 174 op bladsy 175 soos hierbo bespreek op bladsy 171 en verder. Hier moet veral gewaak word teen die moontlikheid dat daar sonder meer aanvaar word dat die dader moontlik in die waan van 'n vermeende regverdigingsgrond opgetree het. Indien dit gebeur sal die verweer van medewerkende opset natuurlik al sy betekenis verloor. Daarom moet daar aangedring word op 'n bewuste handeling by 'n vermeende regverdigingsgrond.

ontduik ⁽¹⁾. Indien die eiser dus net in die algemeen weet dat sy optrede onredelik is, dan tref die verwyte van medewerkende opset hom. Indien die verwyte van medewerkende opset die eiser tref, moet daar na die skuld aan die kant van die verweerder gekyk word en afhangende daarvan kan die verweer van medewerkende opset soms 'n absolute verweer wees. Daar kan ook moontlik sprake wees van 'n verdeling.

Wat die praktiese uitwerking van hierdie verweer is, is dat in die meerderheid van die gevalle daar tot dieselfde resultaat gekom word as wanneer daar met die verweer van toestemming tot benadeling gewerk word, met die uitsondering dat daar in gepaste gevalle 'n moontlike verdeling kan plaasvind ⁽²⁾.

Indien die verwyte van medewerkende opset nie die eiser tref nie, word daar op die gewone wyse vir skuld aan die kant van die eiser in die vorm van medewerkende nalatigheid getoets. Dit sal nie meer 'n subjektiewe toets ten opsigte van die eiser wees nie, maar 'n objektiewe toets ⁽³⁾.

-
- (1) Vergelyk S vs Mokoena 1976(4) SA 162(0). Dan kan daar getoets word vir medewerkende nalatigheid. Die toets sal wees of die redelike man (eiser) bewus sou gewees het van die grense waarbinne daar regsgeldiglik toegestem kan word. Ek neem aan dat daar aanvaar kan word dat dit wel die geval sal wees.
- (2) Dit bring ons by die belangrike vraag of die verweere van toestemming tot benadeling en medewerkende opset of nalatigheid mekaar kan oorvleuel. Alhoewel daar by die bespreking van Lampert vs Hefer N O 1955(2) SA 507(A) hieronder meer volledig hierop teruggekom word, wys ek nou reeds daarop dat die verweere uit die aard van die saak nooit kan oorvleuel nie. Toestemming tot benadeling is 'n onregmatigeheidsuitsluitingsgrond en indien die handeling regmatig is, sal daar nooit eens by medewerkende nalatigheid uitgekom word nie, aangesien daar nie sprake kan wees van skuld aan die kant van die verweerder tensy daar 'n onregmatige gevolg was nie (vergelyk bladsy 178 hierbo). Tensy daar skuld aan die kant van die verweerder was, kan daar natuurlik nie skuld wees aan die kant van die eiser nie. Die hele proses is 'n kettingreaksie.
- (3) Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 146 en verder en die gesag aldaar aangehaal. Aangesien hierdie aspek van medewerkende skuld buite die bestek van hierdie werk val, sal ek volstaan met hierdie enkele opmerkings.

Strauss ⁽¹⁾ voorsien ook die moontlikheid van die bestaan van die verweer van medewerkende opset en hy verklaar:

"Indien 'bydraende opset' wel as verweer erken word, behoort dit klaarblyklik net die aanspreeklikheid uit te sluit waar die gedraging van die benadeelde onredelik was. Dit is van praktiese belang veral by die sogenaamde reddingsdaad. Om met 'n voorbeeld toe te lig: 'n Motor gaan op 'n afdraende op loop deur die nalatigheid van A. B, bewus van die moontlikheid dat hy beseer gaan word, spring voor die motor in om 'n kind van 'n gewisse dood te red. As aangeneem word dat B hierdeur tot liggaamlike krenking toestem kan toestemming nie as regverdigingsgrond geld nie omdat dit in hierdie omstandighede teen die goeie sedes indruis. B se dappere optrede kan egter as redelik beskou word in die omstandighede. 'n Verweer van bydraende opset behoort nie te slaag nie. Was die gevaar so groot dat blootstelling daaraan onredelik was - bv. wanneer 'n brandweerman in 'n verwoestende vuur inhardloop om 'n waardelose meubelstuk uit die brandende gebou te red - behoort die verweer egter te slaag. Miskien sou dit juridies suiwerder wees om te sê dat wanneer die redder se gedraging redelik is, daar geen bydraende opset aan sy kant is nie. Net soos opset aan die kant van 'n dader streng juridies aanwesig is slegs wanneer dit betrekking het op sy wederregtelike gedrag, behoort bydraende opset by die benadeelde aanwesig te wees net wanneer dit betrekking het op onredelike (ongeeoorloofde of 'wederregtelike') gedrag aan sy kant".

Hierdie benadering van Strauss kan in beginsel onderskryf word. Ek wil egter daarop wys dat die beginsel van res perit domino eerder moet geld en daarop meer klem op gelê moet word. Die feit dat daar moontlik "bydraende opset" aan die kant van die benadeelde is, is vir die deliktereg juridies irrelevant alvorens dit nie vasstaan dat die skade wat die benadeelde gely het onregmatig is nie, en dat daar skuld aan die kant van die verweerder teenwoordig is nie. Indien daar geen skuld by die verweerder is nie, sal die skade uit die aard van die saak rus waar dit val en sal die bydraende skuld aan die kant van die benadeelde irrelevant wees. Op sy beurt kan daar natuurlik weer nie skuld aan die kant van die benadeelde wees nie tensy die benadeling van die benadeelde onregmatig was ⁽²⁾. Indien hierdie beginsel nou van toepassing gemaak word op die voorbeeld van die motorkar wat Strauss ⁽³⁾ noem, val alles in hul plek. Daar moet

(1) Proefskrif op bladsy 355 en verder.

(2) Vergelyk my bespreking hierbo op bladsy 171 en verder; bladsy 177 en verder.

(3) *ibid.*

eerder op 'n onregmatige gevolg aangedring word, as op 'n bloot onredelike gevolg soos Strauss doen (1).

Glanville Williams voorsien ook die moontlikheid van medewerkende opset en hy verklaar (2):

"Although contributory negligence is ruled out of court in an action for original intention on the part of the defendant, contributory intention should be a defence (3)".

en verder (4):

-
- (1) Weereens is dit duidelik dat Strauss huiwer om te erken dat 'n dader wel onregmatig teenoor homself kan optree. Hier is dit veral van belang om te onderskei tussen juridies relevante en irrelevante handeling. Indien ek pille drink om selfmoord te pleeg, ens, tree ek onredelik op in die sin dat ek onregmatig teenoor myself optree. In soverre hierdie handeling die deliktereg betref, is hulle juridies irrelevant, aangesien die skade deur hulle veroorsaak, rus waar dit val. Indien hierdie benadeling teenswoordig egter as gevolg van 'n handeling van 'n ander persoon geskied, raak hierdie nadeel van my juridies relevant en neem die objektiewe reg van hierdie handeling kennis. Nou kan die "uitsonderings" op die reel van res perit domino geld.
- (2) "Joint Torts", op bladsy 199.
- (3) So lig Williams, a w op bladsy 200 hierdie stelling toe met die volgende voorbeeld: "In the courts this defence would probably be expressed in terms of consent or causation, but the precise name does not matter. A somewhat fanciful illustration would be this: A, meaning to kill B, sets poison for him. B, realising that it is poison, but being tired of life, drinks it. It is conceived that since B has intentionally and actively brought the evil on himself, no action lies against A under the wrongful death and survival statutes". Hierdie stelling sal natuurlik nie waar wees vir die Suid-Afrikaanse reg nie, aangesien daar nie kan sprake wees van toestemming aan die kant van die benadeelde nie, omrede die benadeelde nie kan toestem tot sy eie dood nie. Sodanige toestemming is contra bonos mores. Dat die benadeelde medewerkend opsetlik is, is nie te betwyfel nie. In hierdie omstandighede word die benadeelde as mededader beskou saam met die verweerder (die dader) ten opsigte van die eis van die afhanklikes. Die dader se optrede is in hierdie omstandighede ook opsetlik en daar kan dus 'n verdeling van skadevergoeding met die gewone regresreg plaasvind ingevolge Wet 58 van 1971. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 316 en verder.
- (4) a w op bladsy 313.

"There is only one situation where, it is submitted, no evidence of a transaction (1) need be given to sustain a defence of consent, and that is where the plaintiff deliberately brings the damage upon himself. If D is negligently driving a bus and P deliberately casts himself in front of the bus to commit suicide, D probably has the defence of volens against P. P's failure to recover might equally well be put upon the ground of contributory intention or remoteness of damage. If regarded as an instance of consent, it is an altogether different application from the cases where there is consent to run legal risk resulting from a bargain between the parties; and the two applications are so different that it is somewhat misleading that they should both go by the same name".

By die bespreking van hierdie stelling is dit eerstens van belang dat die Engelse reg nie nodig het om onderskeid te trek tussen medewerkende opset en toestemming tot benadeling nie en dat die praktiese uitwerking van hierdie twee verwerpe dieselfde is (2). Indien hierdie voorbeeld egter nou ontleed word volgens die Suid-Afrikaanse reg behoort die volgende metode gevolg te word. Daar kan nie sprake wees van toestemming aan die kant van die benadeelde nie, aangesien hierdie toestemming tot benadeling contra bonos mores sou wees (3). Gevolglik sal die benadeling onregmatig wees en kan daar eers nou sprake wees van nalatigheid aan die kant van die busbestuurder (4). Omdat daar nalatigheid by die busbestuurder (verweerder) is, word die skuld aan die kant van die benadeelde relevant. Omdat daar opset by die benadeelde was kan daar geen verdeling van skadevergoeding plaasvind ingevolge die Wet op Verdeling van Skadevergoeding nie (5). Om hierdie rede sal die eiser in hierdie geval nie 'n eis hê

-
- (1) Die sogenaamde wilsooreenstemmings-teorie; vergelyk bladsy 59 hierbo en verder.
- (2) Weens die werking van die reël ex turpi causa non oritur actio wat in die Engelse reg by die deliktereg vanuit die kontraktereg ingelyf is, kan 'n eiser nie slaag in 'n aksie waar daar medewerkende opset aan sy kant is nie. Die toepassing van die leerstuk op die gebied van die deliktereg word gekritiseer deur James, a w op bladsy 42 en verder. Vergelyk verder Williams, "Joint Torts" op bladsy 314-315 en Salmond, "Torts" op bladsy 60 en verder.
- (3) Vergelyk in hierdie verband Hoofstuk III (2.3) en verder.
- (4) Vergelyk bladsy 177 hierbo en verder.
- (5) Daar sal meer volledig op hierdie aspek in Hoofstuk VI teruggekom word.

nie en is dit gevolglik onnodig om met die wilsooreenstemmings-teorie te werk ⁽¹⁾.

Vervolgens wil ek hier die beginsels van toepassing maak op die voorbeelde uit ons regspraak. Die eerste werklike saak van belang ⁽²⁾ is Lampert vs Hefer N O ⁽³⁾. Soos reeds gemeld, het die Hof bevind dat die eiseres in hierdie gewysde wel toegestem het tot die benadeling, ⁽⁴⁾

-
- (1) Beide Scott, a w op bladsy 235 en Van der Walt, a w op bladsy 123 en verder, voorsien die moontlikheid van die bestaan van die verweer van medewerkende opset. Tereg verklaar Scott, *ibid*: "Hieruit blyk dit duidelik dat die verweer van medewerkende opset eers te sprake kom nadat reeds vasgestel is dat die verweerder onregmatig en skuldig opgetree het. Reeds by die bevinding van onregmatigheid van die verweerder se optrede moes dit al duidelik gewees het dat die eiser nie toestemming tot benadeling kon gegee het nie (weens die onredelikheid daarvan) of inderdaad nie gegee het nie". Vergelyk ook die skrywer se verdere opmerkings in hierdie verband. Ook wil ek net daarop wys dat die benadeling van die benadeelde onregmatig moet wees, alvorens daar sprake van bydraende skuld kan wees.
- (2) Daar was voor die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, Wet 34 van 1956, verskeie sake gewees maar vir die bespreking van die huidige onderwerp is hierdie gewysdes individueel nie van belang nie en kan elkeen onder die algemene reël, naamlik dat die toestemming redelik moet wees alvorens dit geldig is, tuisgebring word. Vergelyk Price, "Volenti non fit Iniuria" (1952) 15 THR-HR 60 op bladsy 61-67.
- (3) 1955(2) SA 507(A).
- (4) Soos reeds gemeld het appèlregter Fagan die standpunt van die Engelse Hof in Dann vs Hamilton (1939) IKB 509 verwerp. In die besondere saak was die standpunt van die Engelse reg by monde van regter Asquith op bladsy 518 die volgende: "I find it difficult to believe, although I know of no authority directly in point, that a person who voluntarily travels as a passenger in a vehicle driven by a driver who is known by the passenger to have driven negligently in the past is volens as to future negligent acts of such driver even though he could have chosen some other form of transport if he had wished... There may be cases in which the drunkenness of the driver at the material time is so extreme and so glaring that to accept a lift from him is like engaging in an intrinsically and obviously dangerous occupation, intermeddling with an unexploded bomb or walking on the edge of an unfenced cliff. It is not necessary to decide whether in such a case the maxim

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

en dat die verweer van toestemming tot benadeling gehandhaaf moet word ⁽¹⁾. Verder is daarop gewys dat dit 'n geval was waar die toestemming ongeldig was, aangesien dit as contra bonos mores aangemerkt moet word ⁽²⁾. Alhoewel appèlregter Fagan poog om die verweere van medewerkende nalatigheid en opset te skei, dra hy grotendeels by om die verwarring te bevorder ⁽³⁾. Wat hier van belang is, is dat appèlregter Fagan

'volenti non fit injuria' would apply for in the present case I find as a fact that the driver's degree of intoxication fell short of this degree". Daar is hierbo op bladsy 57 daarop gewys dat hierdie beslissing gekritiseer is deur die Engelse hof. In The Insurance Commissioner vs Joyce (1948) 72 C.L.R. 39 is die mening uitgespreek dat hierdie beslissing verkeerd is.

- (1) Vir die feite van die gewysde sien bladsy 117 en verder, hierbo.
- (2) Sien bladsy 117 en verder, hierbo.
- (3) So verklaar appèlregter Fagan op bladsy 512G: "... (T)he confusion which my quotations show to exist in the classification of this type of defence may well increase the difficulty, while at the same time rendering more imperative the necessity, of seeking to obtain clarity on the principles involved in it". Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 165, verklaar in hierdie verband: "Appèlregter Fagan wys op die groot verwarring wat heers in verband met die korrekte benaming van die verweer wat uit 'n feitekompleks soos die onderhewige ontstaan. Ongelukkig dra die regter, met agting gesê, substansieël by tot die verwarring deur te kenne te gee dat die verweere van 'vrywillige aanvaarding van risiko' en medewerkende nalatigheid kan oorvleuel. Nie alleen gaan dit in die voorbeeld wat die regter ter ondersteuning van sy standpunt in verband met oorvleueling gee, nie om medewerkende nalatigheid nie, maar om medewerkende opset, maar ook oorskry die verweere medewerkende nalatigheid en 'vrywillige aanvaarding van risiko' in die sin van toestemming tot risiko van benadeling, mekaar glad nie...". Alhoewel dit op hierdie stadium van die regsontwikkeling nie nodig was om tussen medewerkende opset, medewerkende nalatigheid en toestemming tot benadeling te onderskei nie, aangesien die praktiese uitwerking van die verweere in elke geval dieselfde was, was dit nie regswetenskaplik suiwer om die verweere as een te behandel nie. Ook appèlregter Schreiner verklaar op bladsy 509A: "In fairness to the plaintiff I think that it should be accepted that the defence was confined to the risk form of consent even if it might - I do not affirm that it would - have been easier for the defendant if she had pleaded the plaintiff's contributory negligence in getting into the sidecar in order to be driven by the deceased in his obvious condition".

verklaar dat die verwere van toestemming tot benadeling en medewerkende nalatigheid mekaar oorvleuel. Hy verklaar ⁽¹⁾:

"It might be viewed from one angle as alleging that the plaintiff voluntarily submitted himself to such damage as would fall within the scope of the risk to which he was exposing himself; or, from another angle, it might be said to be negligence - even if the pleading did not use the word - to submit himself to such a risk. I think the example I have given shows that there may be circumstances in which the two defences overlap (2)".

Soos reeds hierbo aangetoon ⁽³⁾ is die gevolg van 'n redelike toestemming tot benadeling dat die dader se optrede as regmatig aange-merk word. Omdat onregmatigheid 'n voorvereiste vir skuld aan die kant van die verweerder op sy beurt 'n voorvereiste is vir skuld by die eiser, kan die onderskeie verwere mekaar nooit oorvleuel nie.

So verklaar Millner, in hierdie verband:

"Pausing here, at the phrase 'the two defences overlap' one may respectfully query whether this is conceptually tenable. After all, voluntary assumption of risk implies deliberation; the risk is the focal point of attention - it is clearly perceived, assessed and voluntarily assumed. Negligence implies heedlessness; the risk is on the margin of attention, in a penumbral area of the mind; it is not consciously adverted to, and never assumed. These two states of mind, being incompatible, can, it is submitted, never co-exist. States of mind, however, are not open to direct examination, and courts of law are obliged to infer them from conduct. In the kind of situation with which we are here concerned, the conduct may be ambiguous consistent either with carelessness or with intelligent choice. The court is therefore faced with a problem of interpretation. Yet it is either one or the other, for it cannot be both(4)".

Van der Merwe en Olivier verklaar:

(1) Op bladsy 514A.

(2) Die voorbeeld waarna die regter verwys is hierbo op bladsy 190 voetnoot 4 aangehaal.

(3) Sien bladsy 128 en verder.

(4) "Voluntary Assumption of Risk" (1955) 72 SALJ 233 op bladsy 236.

"... (D)ie verweer van volenti non fit iniuria (is) geheel iets anders as die van medewerkende nalatigheid. Toestemming hetsy tot benadeling, hetsy tot risiko van benadeling, sluit trouens die onregmatigheid van die verweerder se optrede uit. Gevolglik het die verweerder geen skuld nie en daarom kan van medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiser geen sprake wees nie. Of die eiser inderdaad toegestem het of slegs medewerkend nalatig was, is 'n feitlike vraag wat soos enige feitlike aangeleentheid moeilik kan wees om te beantwoord (1)".

Schwietering (2) wat ook die Lampert-uitspraak kritiseer, verklaar:

"Ons het egter wel beswaar daarteen dat sulke gevalle as voorbeelde van volenti non fit iniuria of aanvaarding van risiko beskou word, wat hulle nie is nie. Ons het hier met 'n besondere vorm van medeskuld te doen wat ons 'roekelose - gevaar' sou noem. Die besonderheid van die gevalle berus daarin dat die benadeelde hom met oop oë en sonder enige doel aan 'n onredelike gevaar blootgestel het wat hy met die grootste gemak kon vermy het".

Schwietering verklaar dat die ware rede waarom die eiseres in Lampert vs Hefer moes faal met haar eis, eerder gesoek moet word in hierdie bewuste "roekelose of onverantwoordelike selfblootstelling aan 'n bekende gevaar". Hierdie benadering word deur die huidige skrywer onderskryf (3).

Die korrekte en maklikste benadering sou dus die volgende wees: Daar moet eerstens objektief na die feite gekyk word en vasgestel word of die eiseres tot hierdie tipe benadeling regsgeldiglik kan toestem. Die antwoord is hier voor-die-handliggend, aangesien enige toestemming van so 'n aard as contra bonos mores aangemerkt moet word en gevolglik ongeldig sal wees (4). Die skade wat die eiseres gely

(1) a w op bladsy 148. Sien ook verder: Strauss, "Aspekte", op bladsy 64; Price, a w op bladsy 79 en verder; Van der Walt, a w op bladsy 124 en verder.

(2) a w op bladsy 141.

(3) Vergelyk ook: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 164 en verder; Van der Walt, a w op bladsy 124 en verder; Scott, a w op bladsy 235.

(4) Hierdie aspek is reeds in besonder hierbo op bladsy 117 en verder bespreek.

het, kan dus as onregmatig aangemerkt word. Aangesien hierdie skade nou as onregmatig aangemerkt word, kan daar nou gekyk word of daar enige skuld aan die kant van die verweerder was ⁽¹⁾. In hierdie besondere geval het die Hof ook bevind dat daar skuld in die vorm van nalatigheid by die verweerder was ⁽²⁾.

Nou is die vraag of daar medewerkende skuld by die eiseres teenwoordig was. In hierdie verband verklaar appèlregter Fagan ⁽³⁾:

"In a statement in writing which the appellant made under oath to a justice of the peace three days after the accident, she said that Hefer had had a lot to drink at the party, and that when the party broke up he 'was well under the influence of liquor... He was very tight'. Although she tried to explain away this statement, saying that she had made it in hospital while still suffering from shock and lying in pain, I cannot disagree with the learned Judge's further finding that she knew that Hefer was intoxicated to the degree he had indicated. She said that she had often driven with him before when he was intoxicated and there had been no accident. But serious intoxication in the driver of a motor vehicle must always involve a risk of accident, and she must have or should have appreciated that risk even though he and she had been lucky before".

Hier wil ek daarop wys dat die Hof moes beslis het of die eiseres inderdaad die gevaar voorsien het of nie ⁽⁴⁾. Indien wel, en sy

-
- (1) Weereens moet ek daarop wys dat dit noodsaaklik is vir die bestaan van skuld aan die kant van die dader dat die gevolg onregmatig moet wees. Vergelyk bladsy 177 hierbo en verder.
 - (2) Op bladsy 514H. Indien die Hof bevind het dat die eiseres wel regsgeldiglik toegestem het tot die benadeling, kan daar nie sprake van skuld aan die kant van die verweerder wees nie, aangesien onregmatigheid 'n voorvereiste vir skuld is. Indien daar geen skuld aan die kant van die verweerder was nie, sal die ondersoek daar ophou aangesien die basiese reël van res perit domino geld.
 - (3) Op bladsy 514F-H.
 - (4) So verklaar Van der Walt, a w op bladsy 125: 'Nou kan denkbaar in 'n geval soos Lampert vs Hefer die feitelike vraag ontstaan of die benadeelde inderdaad besef het dat Hefer die motorfiets nie behoorlik kon beheer nie. Want indien nie, dan was die eiseres bydraend nalatig. Maar dit is klaarblyklik nie die feitebevinding van die

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

ook bewus was van die onredelikheid van haar optrede en volgehou het in haar handeling, is dit moeilik om in te sien hoe die verwyte van medewerkende opset haar nie kan tref nie.

Ek twyfel of daar geargumenteer kan word dat die eiseres nie die nadeel inderdaad voorsien het nie ⁽¹⁾. Indien daar egter aanvaar word dat sy nie die nadeel voorsien het nie is die vraag of die redelike eiser wel die nadeel sou voorsien het. Dan gaan die vraag om medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiseres ⁽²⁾. Prakties gesproke sou dit nie veel verskil gemaak het in die uiteindelijke resultaat van die eiseres se eis nie, aangesien medewerkende opset en nalatigheid op die stadium nog absolute verwere was ⁽³⁾.

hof nie, ofskoon die woorde van appèlregter Fagan op bladsy 514 die saak effens vertroebel ... 'she must have or should have appreciated that risk...'. Of sy het ('must have'), en dan is daar risiko-aanvaarding, of sy behoort te besef het, en dan is daar bydraende nalatigheid. En of dit die een dan wel die ander is, kan natuurlik 'n groot verskil maak vir die eiseres".

- (1) So verklaar Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 164: "Uit die onderhawige feitestel kan beswaarlik tot 'n ander gevolgtrekking as dat die eiseres medewerkend opsetlik gehandel het, terwyl die verweerder slegs nalatig was, gekom word".
- (2) Vergelyk appèlregter Schreiner se opmerkings op bladsy 509A, soos hierbo op bladsy 191 voetnoot 3 aangehaal.
- (3) So verklaar Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 165: "Hierdie beslissing laat darem een ding helder blyk en dit is hoe gevaarlik 'n slagkreet van onsekere inhoud, soos 'vrywillige aanvaarding van risiko', kan wees. Daar moet duidelik onderskei word tussen ongelyksoortige verwere soos toestemming tot risiko van benadeling, medewerkende opset, medewerkende nalatigheid en afwesigheid van skuld. Geen deug steek daarin om die uitdrukking 'vrywillige aanvaarding van risiko', met verwysing na enige of al hierdie verwere, te besig nie. Ons howe sal die regs wetenskap, in diens waarvan hulle nolens volens moet staan, heilsaam beïnvloed deur die gewraakte uitdrukking heeltemal nek om te draai".

Indien daar van hierdie metode gebruik gemaak was sou die Hof tot 'n regswetenskaplik meer bevredigende resultaat gekom het. Die volgende gewysde waarby ek wil stilstaan, is Netherlands Insurance Co of S A Ltd vs Van der Vyver ⁽¹⁾. Hierdie gewysde is reeds hierbo bespreek in verband met die redelikheid van die benadeelde se toestemming tot benadeling en daar is daarop gewys dat daar nie sprake kan wees van geldige toestemming nie, aangesien dit as contra bonos mores aangemerkt sou word ⁽²⁾.

Verder wil ek daarop wys dat wat die kousaliteit tussen die eiser se handeling betref (die opklim op die bak) en die resultaat (die aftuimel van die motor) daar beslis 'n kousale verband is, aangesien dit vasstaan dat 'n handeling en 'n gevolg geskei kan wees in tyd en in ruimte ⁽³⁾.

Sonder om eers te bepaal of die skade wat die benadeelde gely het onregmatig was, begin die Hof a quo om te toets vir skuld aan die kant van die dader. Dit is 'n verkeerde basis, aangesien dit duidelik is dat 'n gevolg eers onregmatig moet wees alvorens daar sprake kan wees van skuld aan die kant van die dader ⁽⁴⁾. Regter Boshoff ⁽⁵⁾ kom tot die volgende feitebevinding:

"As gevolg van die skielike verandering van rigting en die breek van die lugdraad van die motorvoertuig, het die eiser geval en sy liggaamlike beserings opgedoen. Die eerste gedeelte van Ozen se optrede wat betrekking het op die swaaiery oor die pad toon opset aan sy kant. Dit kan egter nie op 'n oorwig van waarskynlikhede aanvaar word nie dat Ozen by die vurk in die pad opsetlik sy rigting verander het om die eiser

(1) 1968(1) SA 412(A).

(2) Wat die feite van die gewysde aanbetref, sien bladsy hierbo en verder.

(3) Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 54 en verder. Hierdie aspek is reeds bespreek op bladsy 121 voetnoot 3.

(4) Hierdie aspek is reeds hierbo op bladsy 178 noot 3 behandel, waar die gesag vir hierdie stelling ook aangehaal is.

(5) Op bladsy 480 G-H.

van sy kar af te kry nie. Hy moes nietemin besef het watter gevaar sy optrede deur vinnig te ry met die eiser op sy kar vir die eiser ingehou het, maar hy het hom nie daaraan gesteur nie en niks daaromtrent gedoen nie en dermate was hy prima facie nalatig teenoor die eiser".

Dit kan genoem word dat dit moeilik is om in te sien hoe die verwyte van opset nie die verweerder kan tref in hierdie omstandighede nie ⁽¹⁾. Wat betref die verweer van toestemming tot risiko van benadeling verklaar regter Boshoff ⁽²⁾ dat daar met die oog op die latere gebeure aanvaar kan word dat die eiser nie toegestem het tot die benadeling nie. Die tydstip wanneer die benadeling se voorsienbaarheid gemeet moet word, is nie die oomblik toe die eiser die motor verlaat het of gedurende die reis nie, maar op die oomblik toe die eiser die motorkar bestyg het ⁽³⁾. Wat hierdie besondere feitestel betref, word aan die hand gedoen dat daar nie toestemming tot benadeling was nie, aangesien hierdie toestemming in elk geval contra bonos mores sou wees ⁽⁴⁾. Tog is dit moeilik om te aanvaar dat die eiser nie

(1) So verklaar Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 167: "Volgens die feite soos deur die verhoorhof bevind, is dit moeilik om in te sien hoe die bestuurder die verwyte van opset kan ontduik. Die vraag is immers nie of die bestuurder deur rigtingverandering die val van die eiser beoog het nie, maar wel of hy ten minste die moontlikheid van die eiser se besering voorsien het indien hy nie stilhou nie. Waar die getuienis daarop dui dat die bestuurder op 'n vroeër stadium die val van die eiser beoog het, kan beswaarlik volgehou word dat hy 'n rukkie later hom nie meer met die moontlikheid daarvan versoen het nie - dat hy nie ten minste nog dolus eventualis ten opsigte daarvan gehad het nie". Insiggewend is dat die Appèlhof in casu bevind het dat die verweerder wel opsetlik was. So verklaar appèlregter Van Blerk op bladsy 421A: "Inteendeel blyk dit baie duidelik uit die getuienis van respondent dat verre daarvandaan om respondent te vervoer - te neem van een plek na 'n ander - die enigste doel wat Ozen voor oë gehad het, was om uit die staanspoor van respondent ontslae te raak deur hom van die voertuig te laat afval".

(2) Op bladsy 482B van die uitspraak van die Hof a quo.

(3) Vergelyk my argumente en gesag aangehaal op bladsy 121 voetnoot 3 hierbo.

(4) Vergelyk bladsy 124 hierbo.

die besondere nadeel voorsien het en hom daarmee versoen het nie (1).

Op appèl bevind die meerderheid van die Hof dat daar geen skuld aan die kant van die eiser was nie en dat die bestuurder van die motorvoertuig inderdaad opsetlik opgetree het (2). Weereens gaan die Hof heen en toets vir skuld aan die kant van die verweerder sonder dat dit vasstaan dat die gevolg wat die verweerder veroorsaak het, onregmatig was (3). Die Hof behandel dan die verweer van toestemming tot die risiko van benadeling en verklaar (4):

(1) So verklaar regter Boshoff op bladsy 481H van die uitspraak van die Hof a quo: "Volgens die eiser het hy geweet dat persone wat betrap word in die omstandighede waarin Ozen hom bevind het somtyds paniekbevange raak en onredelik optree. Onder daardie omstandighede het hy hom op die enjinkap gewerp met die bedoeling om te verhinder dat Ozen weggom. Hy het erken dat hy geweet het dat hy 'n risiko neem dat Ozen nogtans sal probeer om weg te kom en gesê dat hy bereid was om so 'n kans te neem". Die Hof bevind dan egter dat die eiser wel nalatig was om hom in hierdie posisie te plaas en verklaar op bladsy 482E-G: "Hy moes dus die moontlikheid voorsien het dat Ozen ten alle koste sou probeer weggom. Ondanks hierdie feit het hy homself op die voertuig geplaas in 'n posisie van gevaar of potensiële gevaar vir homself... Hierdie optrede aan die kant van die eiser kom duidelik neer op nalatigheid. Dit was hierdie nalatigheid wat hom in die eerste plek in 'n posisie van gevaar gestel het en die toestand geskep het wat uiteindelik gelei het tot sy liggaamlike beserings". Dit is duidelik dat hierdie twee aanhalings nie met mekaar rym nie. Indien die eiser wel die moontlikheid van die benadeling voorsien het, en hom daarmee versoen het, dan kan die verwyty van medewerkende opset al verwyty wees wat die eiser in hierdie omstandighede kan tref. Slegs indien die eiser nie die moontlikheid voorsien het nie, kan daar sprake wees van medewerkende nalatigheid. Dit is 'n blote feitebevinding wat die Hof onder die omstandighede moes gemaak het.

(2) Op bladsy 421A. Sien ook voetnoot 1 hierbo.

(3) Soos reeds hierbo op bladsy 177 en verder aangetoon, is dit nie moontlik om vir skuld aan die kant van die dader te toets tensy dit vasstaan dat die gevolg onregmatig was nie.

(4) Op bladsy 421F.

"Dit blyk myns insiens duidelik uit die getuienis dat respondent nie bewus was van wat met hom sou gebeur nie. Dit is eers toe Ozen nie ag slaan op die pogings om hom te beweeg om die voertuig tot stilstand te bring nie, dat respondent die gevaarlike posisie waarin hy hom bevind het, besef het. Maar selfs aannemende dat hy bewus was, wat nie noodwendig beteken dat hy besef het nie - van wat vir hom voorlê, dan beteken dit nog nie dat hy toegestem het om die risiko van besering te loop nie. Toestemming kan ook nie afgelei word van die blote feit dat hy doelbewus die risiko aanvaar het deur opsetlik as 'n oortreder op die enjinkap van die bewegende voertuig te gaan lê nie (1)".

Wat die regter hier verklaar, is korrek. Toestemming is 'n regshandeling en alvorens 'n persoon tot die benadeling kan toestem, moet hy bewus wees van die volle omvang van die skade wat gaan intree en hy moet toestem tot hierdie skade (2). Verder moet hierdie toestemming 'n redelike toestemming wees alvorens dit geldig kan wees (3).

Respekvol word aan die hand gedoen dat daar nie toestemming tot die benadeling van hierdie handeling afgelei kan word nie (4).

-
- (1) Ek glo nie dat regter Van Blerk "opsetlik" hier in sy regstegniese sin gebruik het nie. Daar word aan die hand gedoen dat "doelbewus" meer gepaste woordgebruik sou wees.
 - (2) Vergelyk Hoofstuk III hierbo en die gesag aldaar aangehaal. Sien ook verder Strauss, proefskrif, op bladsy 108-142, waar die voorvereiste van kennis by toestemming tot benadeling gestel word.
 - (3) Vergelyk Hoofstuk III (2.3) en (2.4) hierbo.
 - (4) Vergelyk in hierdie verband: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 168; Van der Walt, a w op bladsy 126. Van der Vyver, a w op bladsy 297 verklaar: "Hoewel hy [appèlregter Van Blerk] dus die gangbare benaming vir die verweer gebruik, val hy nie in die strik wat die benaming 'vrywillige aanvaarding van risiko' volgens Van der Merwe en Olivier vir die regstoepassers stel nie. Want wat veral met die (verkeerde) benaming verdoesel word, is die vereiste van toestemming om die risiko te loop. Appèlregter Van Blerk beklemtoon egter die bedoelde vereiste en bevind trouens dat nouliks gesê kan word dat B toegestem het om op die betrokke wyse gekarwei te word, selfs al sou 'n mens kan sê dat hy die aard en die omvang van die risiko besef het. Hy kon aan die hand van Van der Merwe en Olivier nog bygevoeg het dat toestemming in die onderhawige omstandighede in elk geval contra bonos mores en daarom ongeldig sou wees". Hierdie opmerking van Van der Vyver kan onderskryf word. Sien egter voetnoot 2 op bladsy 200 hieronder.

Wat egter wel die vraag moes gewees het in hierdie besondere geval, is of die eiser die moontlikheid van benadeling ⁽¹⁾ voorsien en hom daarmee versoen het in omstandighede waarin hy bewus was dat sy optrede onredelik was. Dit was net 'n blote feitebevinding wat die Hof moes gemaak het ⁽²⁾.

Appèlregter Van Blerk gaan dan verder ⁽³⁾ en bespreek die veweer van medewerkende opset en uit die obiter opmerkings van die Hof kan daar gesê word dat hy nie die regswetenskaplike grondslag van die verweer van medewerkende opset verstaan het nie ⁽⁴⁾.

Die feitestel sou dus op die volgende wyse ontleed moes word. Daar moet objektief vasgestel word of die besering van die aard is waartoe redelikerwys toegestem kan word. Die besondere geval was nie van die soort nie ⁽⁵⁾. Omdat die gevolg nou onregmatig is, kan daar

(1) Ek onderstreep.

(2) Die minderheidsuitspraak van waarnemende appèlregter Milne, was dat die verweer van toestemming tot benadeling wel moes slaag. Hy verklaar op bladsy 426H: "I do not think there can be any doubt that the respondent elected to encounter the risk of the kind of damage that actually happened to him, at least as fully as the plaintiff elected to encounter the corresponding risk in the Lampert case". Dit is jammer dat die regter nie kennis geneem het van die regswetenskaplike basis as gevolg waarvan die eiseres in Lampert vs Hefer N O 1955(2) SA 507(A) haar eis verbeur het nie, soos hierbo bespreek op bladsy 190 en verder.

(3) Op bladsy 421H-422C. Hierdie passasie is reeds hierbo op bladsy 1 aangehaal.

(4) Vergelyk my bespreking hierbo vanaf bladsy 178 en verder. Die historiese analise van die verweer is hier van belang.

(5) Vergelyk Hoofstuk III (2.3) en die gesag aldaar aangehaal.

getoets word vir skuld aan die kant van die verweerder ⁽¹⁾. Daar was wel skuld in die vorm van opset. Nou kan daar eers getoets word vir skuld by die eiser. In hierdie besondere geval dui alles daarop dat daar medewerkende skuld in die vorm van opset by die eiser teenwoordig was ⁽²⁾. 'n 50% verdeling sou dus hier in orde gewees het ⁽³⁾. Daar word dus met die beslissing van die Hof a quo saamgestem, maar nie met die ratio daarvan nie ⁽⁴⁾.

Die volgende gewysde wat ek wil ontleed is Rosseau vs Viljoen ⁽⁵⁾. Die eiser is beseer toe hy raakgery is by 'n knortjor-wedren waar hy as opsiener diens gedoen het ⁽⁶⁾. Weereens gaan die Hof heen om te toets vir skuld aan die kant van die verweerder sonder om vas te stel of die benadeling onregmatig was al dan nie ⁽⁷⁾.

(1) Vergelyk bladsy 178 hierbo en verder.

(2) Dit is 'n blote feitevraag en dit is duidelik dat die eiser wel die moontlikheid van die risiko voorsien en hom daarmee versoen het. Vergelyk bladsy 198 en verder.

(3) Vir die basis van hierdie besondere verdeling, raadpleeg Hoofstuk VI hieronder.

(4) Tereg verklaar Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 166: "Toe 'vrywillige aanvaarding van risiko' in Netherlands Insurance Co of S A Ltd vs Van der Vyver weereens in die Appèlhof ter sprake gekom het, het (die Appèlhof) ... 'n gulde geleentheid om verwarring te beëindig en die verweer van medewerkende opset 'n stewige vastrapplek in ons regspraak te gee, deur die vingers laat glip", op bladsy 170: "Derhalwe word respekvol in oorweging gegee dat die resultaat wat die Hof a quo bereik het, die korrekte een was, hoewel die ratio decidendi van vermelde Hof net so min onderskryf kan word as dié van die Appèlhof".

(5) 1970(3) SA 413(K).

(6) Sien ook bladsy 127 voetnoot 3.

(7) Op bladsy 418D-420D.

Die Hof verklaar egter dat die risiko van die besering so klein was dat die eiser dit wel moontlik kon voorsien het, maar weens die geringe kans dat die risiko sal uitkristalliseer, nie toegestem het daartoe nie ⁽¹⁾. Hierdie benadering kan nie onderskryf word nie. Daar moet objektief gekyk word of daar enige moontlikheid van 'n redelike toestemming in die besondere omstandighede was. Hier moet egter in gedagte gehou word dat die besering plaasgevind het by 'n sportsoort. Wat belangrik is, is dat die benadeelde nie 'n deelnemer was nie, maar wel 'n opsiener. Gevolglik kan die afleiding gemaak word dat die benadeling as sodanig in die omstandighede waarin dit plaasgevind het, nie een is waar toe daar redelikerwys toegestem kan word nie. Gevolglik kan die benadeling as onregmatig aangemerkt word ⁽²⁾. Eers nou kan daar gekyk word of daar skuld is aan die kant van die verweerder. In hierdie besondere feitestel kan daar beswaarlik gesê word dat die eiser hom versoen het met die gevolg wat hy wel voorsien het, ⁽³⁾

- (1) So verklaar regter Van Winsen op bladsy 420F: "That this risk is not a matter of de minimis is illustrated by the fact that the evidence shows that cars have, even if only on rare occasions, come off the track on to the infield in the proximity of point 3. That this risk is not very great is, I think, illustrated by the injury-free record of marshals positioned at point 3. But the fact that such an occurrence is unlikely to happen does not mean that there is not a risk of it happening".
- (2) Vergelyk Hoofstuk III hierbo in die algemeen. Dit is duidelik dat die Hof ook bevind het dat die skade op 'n onregmatige wyse teweeggebring is, wat 'n duidelike aanduiding van die gemeenskapsopvatting is.
- (3) So verklaar regter Van Winsen op bladsy 421D: "Were it necessary for the purposes of this case to come to a decision on the point, I would be inclined to think that there is much to be said for the view that plaintiff must be taken to have understood and accepted the risk which I have stated above to be inherent in his participation as a flag marshal in the sport of midget car racing. But in any event the evidence fails to establish that plaintiff understood and accepted the possibility of the occurrence of the events which were in fact the occasion of his harm". Hieruit kan daar afgelei word dat die regter van mening was dat die eiser nie bewus was van die feit dat sy optrede inderdaad onredelik was nie.

terwyl hy bewus was van die onredelikheid van sy optrede. Gevolglik sal die verwyte van medewerkende opset hom nie tref nie. Die Hof het ook bevind dat daar nie medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiser was nie ⁽¹⁾.

Daar word met die resultaat van hierdie beslissing saamgestem maar verskil met die ratio.

Seker die mees belangrike gewysde in dié verband is Santam Insurance Co Ltd vs Vorster ⁽²⁾. Die gewysde is veral belangrik omdat dit na heelwat gesag oor die onderwerp verwys. Weereens het die Hof versuim om te verwys na die feit dat 'n besering van so 'n ernstige aard, nie die soort is waartoe daar regsgeldiglik toegestem kan word nie ⁽³⁾.

Die Hof a quo bevind dat die eiser nie 'n toestemmende party was nie, maar bevind wel dat daar medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiser was en verminder die eiser se eis met een derde. Alhoewel daar respekvol aan die hand gedoen word dat die beslissing onder die omstandighede 'n baie billike een is, is dit jammer dat die Hof nie die grondslag van die verweer van medewerkende opset oorweeg het nie ⁽⁴⁾.

(1) Op bladsy 421G.

(2) 1973(4) SA 764(A). Hierdie gewysde se feite is reeds hierbo bespreek op bladsy 123.

(3) So verklaar regter Marais op bladsy 187B: "At the farm gate the plaintiff, who was the passenger in the Fiat, was hurled out of the vehicle and severely injured. Almost four years later he gave his evidence in Court from a wheel chair". Die aspek dat die toestemming in elk geval contra bonos mores was, is reeds hierbo op bladsy 123 en verder bespreek.

(4) So verklaar regter Marais in die uitspraak van die Hof a quo [1973(2) SA 186(W)] op bladsy 194C: "On the other hand the evidence quoted does not show on a balance of probability that the plaintiff not only knew of the dangerous curve in the road but knew of, and consented to the likelihood that his driver would be overtaking in the bend at a speed considerably in excess of a safe speed for taking the bend". Dit was natuurlik nie nodig dat die eiser die volle aard en die omvang van die skade moes voorsien het nie. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 184 en verder.

Wat die uitspraak van die Appêlhof betref, bespreek hoofregter Ogilvie Thompson Lampert vs Hefer N O ⁽¹⁾ en hy wys daarop dat hierdie beslissing gegee is voor die Wet op Verdeling van Skadevergoeding ⁽²⁾ in werking getree het ⁽³⁾:

"It is however noteworthy that, before concluding his judgement with the remark that the applicant 'must have known and appreciated the risk and elected to encounter it' Schreiner, J.A., had also made some reference (vide p. 509 C-D) to the question of contributory negligence, which latter would appear to have equally embraced in Fagan, J.A. 's above-cited conclusion at p. 514 of the report... Writing in 20 Tydskrif, 138 at pp. 141, 144, Prof Schwietering expressed the opinion that the true defence in cases like Lampert vs Hefer, N.O., supra, is not volenti non fit injuria but contributory negligence".

Ek het reeds hierbo ⁽⁴⁾ daarop gewys dat waar Schwietering ⁽⁵⁾ praat van 'n "roekelose of onverantwoordelike selfblootstelling aan 'n bekende gevaar" het hy beslis nie medewerkende nalatigheid in gedagte nie, maar medewerkende opset. Dit is jammer dat die Appêlhof reeds van die begin van die basis af uitgegaan het dat daar medewerkende nalatigheid op die spel was, terwyl die gesag van Van der Merwe en Olivier wat wel voor die Hof was, heeltemal oor die hoof gesien is ⁽⁶⁾.

'n Verdere argument wat voor die Hof geplaas is, was dat vrywillige aanvaarding van risiko 'n vorm van skuld is. Dit is ook nie deur die

(1) 1955(2) SA 507(A).

(2) Wet no 34 van 1956.

(3) Op bladsy 777 B-D.

(4) Op bladsy 119 en verder.

(5) a w op bladsy 141-144.

(6) Sien bladsy 765 G.

Hof beantwoord nie ⁽¹⁾. Alhoewel daar nie met die terminologie van die advokaat saam gestem word nie, is dit duidelik dat hy medewerkende opset in gedagte gehad het met sy argument ⁽²⁾. Boberg ⁽³⁾ kritiseer ook die feit dat die Hof versuim het om hierdie argument te beantwoord.

Verder wil dit voorkom asof die Hof nie die regswetenskaplike grondslag van 'n verweer van toestemming tot benadeling verstaan nie, veral waar hoofregter Thompson verklaar dat die verweer van medewerkende nalatigheid en toestemming tot benadeling soms kan oorvleuel ⁽⁴⁾. Om die gevaar van herhaling te voorkom wil ek volstaan daarby deur te verklaar dat die verweer van medewerkende nalatigheid en toestemming tot benadeling nooit mekaar kan oorvleuel nie. Die skuld aan die kant van die verweerder is afhanklik van die feit dat daar 'n onregmatige gevolg moet wees en medewerkende skuld aan die kant van die eiser is weer afhanklik van die feit of daar skuld aan die kant van die verweerder is ⁽⁵⁾.

'n Volgende aspek wat veral van belang is, is dat die Hof verklaar dat die toets vir toestemming tot benadeling 'n subjektiewe toets is.

-
- (1) So word daar verklaar op bladsy 770H: "If the defence of voluntary assumption of risk is construed widely so as to cover cases where no express or implied contract has been proved, then conduct giving rise to such a defence constitutes 'fault' within the meaning of the Apportionment of Damages Act... The South African apportionment legislation seems to have been based on the comparable English legislation contained in the Law Reform (Contributory Negligence) Act, 1945. But the narrow definition of fault in sec. 4 of the English Act was not followed. The word 'fault' can therefore be given its ordinary meaning, which would include (but not be confined to) contributory negligence".
- (2) Sien ook Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 171 en verder.
- (3) a w op bladsy 38 noot 18.
- (4) Op bladsy 778H: "While the volens defence and that of contributory negligence no doubt sometimes overlap,...".
- (5) Hierdie aspek is reeds hierbo op bladsy 178 voetnoot 3 bespreek.

So verklaar hoofregter Thompson (1):

"I am accordingly of opinion that, if it be shown that, in addition to knowledge and appreciation of the danger, the claimant foresaw the risk of injury to himself, that will ordinarily suffice to establish the 'consent' required to render him volens - provided always that the particular risk which culminated in his injuries falls within the ambit of the thus foreseen risk. The inherent difficulty that the central factum probandum - viz. the consent to the particular risk which occasioned the supervening injuries - is basically a subjective enquiry can, I suggest, only be bridged by way of inference from the proved facts".

Die Hof formuleer 'n praktiese metode wat gevolg moet word by beantwoording van die vraag of die benadeelde wel die risiko van benadeling voorsien het (2). So verklaar hoofregter Thompson:

"In the nature of things, direct evidence will seldom, if ever, be available; and manifestly the negative ipse dixit of the claimant himself can by itself usually carry but little weight. The Court must, in my view, thus perforce resort first to an objective assessment of the relevant facts in order to determine what, in the premises, may fairly be said to have been the inherent risks of the particular hazardous activity under consideration. Thereafter the Court must proceed to make a factual finding upon the vital question as to whether or not the claimant must, despite his probable protestations to the contrary, have foreseen the particular risk which later eventuated and caused his injuries, and is accordingly to be held to have consented thereto (3)".

(1) Op bladsy 781 B-C.

(2) (supra) op bladsy 781 C-E.

(3) Vergelyk die stelling van appèlregter Holmes in S vs Sigwahla 1967(4) SA 566(A), waar hy op bladsy 570E verklaar: "Subjective foresight, like any other factual issue, may be proved by inference". Sien in die algemeen Hoofstuk IV hierbo. Dit is egter duidelik dat die hoofregter hier nie met die toets vir toestemming tot benadeling gewerk het nie, maar met 'n subjektiewe toets vir opset aan die kant van die eiser.

Wat hier van belang is, is dat die Hof besig is om te toets vir onregmatigheid. Volgens die huidige positiewe reg is die toets vir onregmatigheid altyd objektief ⁽¹⁾. Volgens die huidige skrywer se formulering van die toets van onregmatigheid, word die psige van die dader wel in ag geneem by die beoordeling van die vraag na onregmatigheid en die psige is veral relevant indien dit 'n normstrydige gesindheid is ⁽²⁾. Daar moet dus telkens vasgestel word of die benadeelde werklik tot die benadeling toegestem het ⁽³⁾. Die probleem ontstaan egter daarin dat die howe, soos reeds genoem, ⁽⁴⁾ die geldings-terrein van die verweer van toestemming tot benadeling oorskat. Die verweer van toestemming tot benadeling is niks anders as 'n objektiewe ondersoek of daar redelik opgetree is deur tot 'n besondere benadeling toe te stem nie ⁽⁵⁾, en of hierdie besondere toestemming as geldig aangemerkt kan word ⁽⁶⁾. Dit is duidelik dat hierdie formuleering van die Hof die van medewerkende opset is, wat omskryf word met die bykomende vereiste dat die eiser bewus moes gewees het van die feit dat sy optrede onredelik is.

Boberg wat 'n voorstaander van die wilsooreenstemmingsteorie by toestemming tot benadeling is, kritiseer hierdie beslissing op die basis dat die trefkrag van die verweer van toestemming tot benadeling te wyd is, en verklaar:

-
- (1) Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 52 en verder en die gesag aldaar aangehaal. Sien ook die verkskeie standpunte soos deur my bespreek in Hoofstuk II hierbo.
 - (2) Vergelyk in besonder bladsy 13 asook die bespreking op bladsy 169 hierbo en verder.
 - (3) Vergelyk ook die bespreking hierbo op bladsy 35 en verder. Vergelyk ook Strauss, proefskrif, op bladsy 256 en verder, asook bladsy 331 en verder.
 - (4) Sien hierbo op bladsy 178 en verder.
 - (5) Vergelyk Hoofstuk III (2.3) and (2.4).
 - (6) Vergelyk Hoofstuk III (2.3) oor die beginsel dat vir toestemming om geldig te wees dit redelik moet wees.

"Although Vorster's case rejects the 'bargain' theory, it nevertheless insists that the test of consent is a subjective one which in essence amounts to this: A plaintiff who knowingly and voluntarily in fact exposes himself to a particular risk is deemed also to have legally assumed that risk if the court finds as a fact that they must actually, subjectively, have foreseen it. A moments reflection will show that this approach does not distinguish at all between factual and legal acceptance of a foreseen risk: it equates the two. Nor is it really a subjective test of consent at all: it is a subjective test of foresight which, once established, is deemed objectively to amount to consent(1)".

Boberg wys op hierdie stelling met verwysing na dolus eventualis (legal intention) en hy verklaar dat die vraag nie is of die eiser die nadeel moes voorsien het nie, maar eerder of die dader toegestem het tot die nadeel. Soos ek reeds genoem het, het hoofregter Thompson hier van medewerkende opset gepraat. Daar moet egter die verdere vereiste bykom dat die eiser bewus moes gewees het van die onredelikeheid van sy optrede. Dit is duidelik dat al sy argumente daarop gemik is om die werking van die verweer van toestemming tot benadeling te beperk (2).

(1) Boberg, a w (1974) 91 SALJ 19 op bladsy 30 voetnoot 71. Hy versuim ook om te noem dat selfs by dolus eventualis daar onregmatighedsbewussyn moet wees. Indien hierdie vereiste bygevoeg word, verdwyn Boberg se beswaar natuurlik. Die verdere aspek waaroor Boberg beswaar maak, is dat subjektiwiteit nie van die feite afgelei kan word nie. Dit is natuurlik ook onwaar aangesien subjektiwiteit uit die aard van die saak altyd van die feite afgelei kan word. Scott, a w op bladsy 232 kritiseer hierdie stelling van Boberg en verklaar: "Myns insiens het die hof dit duidelik gestel dat hierdie 'subjective test of foresight' vir die doeleindes van die bepaling van toestemming, slegs ter sprake kom waar nie sprake is van uitdruklike toestemming nie en 'n afleiding oor toestemming by 'n oppervlakkige beoordeling van die feite nie gemaak kan word nie. Ek kan nie aanneem dat die appèlhof sou bevind het dat die eiser toestemming tot benadeling gegee het as dit uit die blote beoordeling van die feite geblyk het dat hy nie toestemming gegee het nie". Hierdie benadering van Scott onderskryf ek in geheel.

(2) So verklaar Boberg, a w op bladsy 31: "When one is dealing with this total defence which, unlike contributory negligence, deprives the plaintiff of his whole remedy, surely the equitable principle underlying the volenti maxim in both its applications requires that it be limited to those cases in which the plaintiff has freely and deliberately made advance waiver or abandonment of a legal remedy which he would otherwise have against a party who injures him, whether deliberately or by negligence". (My onderstreping).

(Voetnoot vervolg op volgende bladsy)

Wat egter vreemd voorkom is dat Boberg nie op een plek die vereiste stel dat die toestemming redelik moet wees nie. Die gemene reg is tog baie duidelik wat dit betref. Indien Boberg wel hierdie vereiste gestel het, dan sal meeste van sy besware teen die toestemmingsverweer verdwyn. Tog kritiseer Boberg heeltemal tereg die Hof se versuim om uitspraak te gee oor die feit dat daar betoog is dat toestemming tot risiko van benadeling 'n soort skuld is soos bedoel in die Wet op Verdeling van Skadevergoeding ⁽¹⁾.

'n Verdere meer relevante beswaar van Boberg is die Hof se benadering van die kousaliteitsvraagstuk ⁽²⁾. Boberg wys daarop dat die Hof nie die eiser se nalatigheid (deur aan die jaagtog deel te neem) vir doeleindes van die verweer van toestemming in ag geneem het nie, maar wel vir dié van medewerkende nalatigheid ⁽³⁾. Boberg verklaar ⁽⁴⁾:

"If the plaintiff was negligent in a sense causally connected with the accident, so that his damaged fell to be reduced on account of his contributory negligence (as the court held), and if this negligence consisted simpliciter in participating in the hazardous and unlawful activity 'dicing' (which is all it could have done), why was not Van der Schyff's negligence in doing the very same thing, and to which the plaintiff was indeed volens, regarded by the court as the cause of the plaintiff's injuries, for which he was therefor debarred in toto from recovering damages?"

Boberg verklaar verder ⁽⁵⁾:

Ek maak beswaar teen die gebruik van nalatigheid aan die kant van 'n dader by 'n geldige beroep of toestemming tot benadeling. Skuld aan die kant van 'n dader is natuurlik afhanklik van die onregmatigheid van die gevolg.

- (1) Vergelyk bladsy 205 voetnoot 1 hierbo. Sien ook Louise Tager, "Safety Accessories - Should they affect Apportionment?" (1976) 87 SALJ 156 en verder, asook Boberg, "In Re: King NO vs Pearl Insurance Co Ltd 1970(1) SA 462(W)" 1970 AS 174 en verder.
- (2) "Some Light on the Defence of Volenti" (1974) 91 SALJ 19 op bladsy 26 en verder.
- (3) a w op bladsy 26.
- (4) *ibid.*
- (5) a w op bladsy 36.

"How was it possible to regard the plaintiff's negligence in merely taking part in 'dicing' as causally relevant for the purpose of reducing his damages on account of his contributory negligence, while the defendant's same negligence in merely taking part in 'dicing' (to which the plaintiff was clearly volens) was not regarded as the cause of the plaintiff's injuries for the purpose of dismissing his claim entirely on the ground of volenti?"

Boberg opper hierdie vraag om steun te verkry vir die aanvaarding van die wilsooreenstemmings-teorie by die verweer van toestemming ⁽¹⁾.

Boberg se kritiek neem egter nie in ag dat die Hof eintlik met die toets vir medewerkende opset gewerk het nie. Daar moet verder daarop aangedring word dat die eiser bewus moet wees dat sy optrede onredelik is alvorens die verwyt van medewerkende opset laasgenoemde tref ⁽²⁾. Die eiser was egter nie bewus van die onredelikheid van sy handeling nie. Die kousalitietsvraagstuk word op dieselfde grondslag geplaas as die verweer van medewerkende nalatigheid. Die inklim van die eiser in die motor, wetende dat daar aan 'n jaagtog deelgeneem gaan word, is wel kousaal verbonde aan die gevolg. Boberg se argument is wel waar ten aansien van die verweer van toestemming tot benadeling. Die antwoord hier is heel eenvoudig. Alhoewel die Hof die hele tyd praat van die verweer van volenti, werk die Hof inderdaad met die beginsels van die verweer van medewerkende opset, deurdat dit die subjektiewe toets toepas ⁽³⁾.

(1) Vergelyk bladsy 59 hierbo waar die sogenaamde wilsooreenstemmings-teorie behandel is en waar daarop gewys word, dat afgesien van die feit dat die hof die wilsooreenstemmings-teorie verwerp het, daar nie 'n regs-wetenskaplike grondslag bestaan vir die aanvaarding van hierdie teorie nie.

(2) Sien die bespreking op bladsy 214 en verder (infra).

(3) So verklaar Scott, a w (1976) 9 De Jure 218 op bladsy 233: "Die hof aanvaar dat 'dicing' 'n gevaarlike aktiwiteit is, klaarblyklik omdat dit so 'n groot moontlikheid van benadeling inhou. 'n Gevaarlike aktiwiteit vir die doeleindes van volenti non fit iniuria is dan myns insiens ook juis een wat die moontlikheid van benadeling vir ander inhou. Die hof gaan egter hierna dadelik oor na die beantwoording van die vraag wat die eiser as inherente gevare van 'dicing' gesien het. Dit lyk eerder asof die hof die volgende riglyne moes volg, naamlik om vas te stel: (1) Wat die spesifieke benadeling veroorsaak het; (2) of hierdie oorsake as inherente risiko's van die betrokke gevaarlike aktiwiteit beskou kan word en indien wel; (3) of die eiser hierdie inherente gevare verbonde aan die betrokke aktiwiteite voorsien het of nie".

So verklaar Scott (1):

"Die appèlhof het baie probleme gehad by die bepaling van die vraag of die eiser in hierdie omstandighede toegestem het tot benadeling. Op die ou end beslis die hof dat hier nie toestemming was nie. Tog moet ek dit beklemtoon dat 'n baie sterk saak daarvoor uitgemaak kan word dat, volgens die hof se neergelegde toets vir die bepaling van toestemming in hierdie omstandighede, daar wel toestemming deur die eiser was".

Scott verklaar verder:

"Myns insiens bied die feite van hierdie saak 'n baie goeie voorbeeld van 'n geval waar toestemming tot benadeling (of tot risiko van benadeling) onredelik en ongeldig sou gewees het, gesien in die lig van die erns van die benadeling, die afkeurenswaardige doel van die handeling wat die benadeling veroorsaak het".

Ek wil aansluit by Scott en dit betreur dat die Hof nie van die begin af daarop aangedring het, dat vir die toestemming om geldig te wees, dit redelik moet wees nie (2). Indien daar van hierdie basis af gewerk was sou die Hof hom net eenvoudig moes afvra of die skade wat die eiser gely het onregmatig was, al dan nie (3). Dan ontstaan die vraag na skuld aan die kant van die verweerder en dan by die eiser (4).

Die vraag is net 'n bloot subjektiewe een wat die eiser betref naamlik of die eiser wel die nadeel voorsien het onder omstandighede waarin

(1) *ibid.* Gauntlett, a w op bladsy 200, verklaar: "The painfully protracted enquiry into the defence of volens would have been entirely eliminated. For under no circumstances could a defence of volens succeed in a case of dicing; our law recognises no redeeming social purpose in such a highly dangerous pastime". Sien oor die algemeen Hoofstuk III (2.3) hierbo.

(2) Vergelyk Hoofstuk III (2.3) hierbo.

(3) Vergelyk bladsy 185 hierbo en verder. Ook verklaar Scott, a w op bladsy 229: "Wat in die eerste plek opval, is dat die appèlhof, by monde van hr Ogilvie Thompson, bevind dat beide A en B nalatig was en dat hul nalatigheid kousaal verbonde is aan die eiser se nadeel. Myns insiens kan die hof hierdie bevinding nie maak alvorens dit nie reeds vasstaan dat A en B ook teenoor die eiser onregmatig opgetree het nie. Die antwoord op die vraag oor A en B se onregmatige optrede hang juis af van die bevinding of hy teenoor hul toegestem het tot die risiko wat hul gedrag vir hom mag inhou".

(4) Vergelyk bladsy 185 hierbo en verder.

hy bewus was van die onredelikheid van sy handeling. Die Hof het wel 'n subjektiewe ondersoek gedoen en bevind dat die eiser nie die besondere risiko voorsien het nie ⁽¹⁾. Eers dan volg die vraag na medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiser. Onder die omstandighede word daar respekvol met Van der Merwe en Olivier saamgestem waar die skrywers verklaar ⁽²⁾:

"Hoewel 'n mens geneig is om respekvol toe te gee dat die verweer 'vrywillige aanvaarding van risiko' in die sin van toestemming tot risiko van benadeling nie behoort te geslaag het nie omdat sodanige toestemming in die juridiese sin van die woord nie bewys is nie en in ieder geval ook as contra bonos mores aangemerkt sou kon word, is dit te betreur dat die vraag of 'vrywillige aanvaarding van risiko' in die sin van medewerkende opset, nie deur die appelbank oorweeg is nie";

en verder ⁽³⁾:

"Hoewel respekvol akkoord gegaan kan word met die verdelingsresultaat van die appelhof se beslissing in die onderhawige saak, is die vraag egter of die feite nie opset en medewerkende opset aan die lig gebring het nie. Het die partye tot die woeste gejaag nie eers die moontlikheid van die respondent se besering voorsien nie en was hulle nie bereid om die verwesenliking daarvan op die koop toe te neem nie?"

(1) Op bladsy 783F waar die Hof verklaar: "In what is manifestly a borderline case, I have, after anxious consideration and for the reasons set out above, come to the conclusion that, bearing in mind the onus which admittedly rests upon appellant to establish the volens defence, no sufficient warrant exists for disturbing the conclusion of the trial Court that that defence had not been made out".

(2) a w op bladsy 171.

(3) *ibid.*

So verklaar Scott (1):

"Hierteenoor is die betoog van die advokaat van die tweede verweerder (appellant) dat nalatige bestuur deur die bestuurders in die hitte van die stryd onteenseglik 'n inherente risiko verbonde aan 'dicing' is, en inderdaad so inherent dat die eiser dit wel voorsien het en dus tot die risiko toegestem het. Met hierdie argument het ek simpatie. Dit is ook interessant om daarop te wys dat die hof a quo ook bevind het dat die eiser voorsien het dat die bestuurders nalatig mag bestuur. Boberg is ook van mening dat die moontlike nalatige bestuur deur die bestuurders ('not being persons skilled or experienced in the art of motor racing') onteenseglik 'n inherente risiko verbonde aan 'dicing' is. Soos ek reeds verduidelik het, moes hierdie vraag, in die lig van die feite en omstandighede van die saak, nooit ter sprake gekom het nie omdat toestemming nie hier geldiglik kon gegee gewees het nie (2)".

Laastens wil ek kortliks wys op Gauntlett (3) se kritiek op hierdie gewysde waar hy ook aan die hand doen dat die betrokke toestemming as ongeldig aangemerkt moet word (4). Verder kritiseer die skrywer die Hof se standpunt dat by toestemming dit net noodsaaklik is dat die benadeelde die nadeel moet voorsien (5). Hy doen ook aan die hand dat hier met medewerkende opset en nie met toestemming tot benadeling nie, gewerk is (6). Dit wil verder voorkom asof die skrywer ook ten gunste is van die bykomende vereiste dat die benadeelde bewus moes

(1) "Enkele Opmerkings oor Volenti non fit Iniuria as Regverdigingsgrond in die Privaatreg" (1976) 9 De Jure 218 op bladsy 234.

(2) My onderstreping.

(3) "In Re: Santam Insurance Co Ltd vs Vorster (1973(4) SA 764(A))" (1974) 37 THR-HR 195.

(4) Op bladsy 200. Vergelyk bladsy 211 voetnoot 1 hierbo waar die relevante passasie aangehaal is.

(5) So verklaar Gauntlett op bladsy 198: "It must be obvious from this that the voluntas of the prejudiced party actually constitutes contributory intent. Unfortunately here too confusion has been worse confounded. Quite apart from the tendency to see voluntary assumption of risk as merely a slightly offbeat form of consent, there has been a trend to give voluntas a diluted, colourless meaning. It is apparently enough that the person harmed merely exposes himself to the danger. It is submitted that this meaning is quite inconsonant with the true connotation of voluntas, intent...". Soos ek reeds hierbo genoem het, ontbreek hier die vereiste dat die eiser bewus moes gewees het van die onredelikheid van sy handeling ten einde medewerkende opset daar te stel. Vergelyk bladsy 209 hierbo.

(6) Op bladsy 199 en verder.

gewees het van die onredelikheid van sy optrede ⁽¹⁾.

Myns insiens kan daar met die resultaat van die beslissing saamgestem word, maar beslis nie met die ratio nie. Ek kan net die hoop uitspreek dat die houe in die toekoms van al hierdie kritiek kennis sal neem en die verwere van toestemming tot benadeling, medewerkende opset en nalatigheid op 'n meer regs wetenskaplike basis sal plaas.

Die laaste gewysde wat ek baie kortliks wil bespreek is Clark and Another vs Welsh ⁽²⁾. Daar word aan die hand gedoen dat daar in hierdie omstandighede geen geldige toestemming kon gewees het nie

(1) So verklaar Gauntlett a w op bladsy 200: "Nor is the defence of assumption of risk tenable in casu. Quite clearly, as the Chief Justice found, ... there was no direct intention by the plaintiff to sustain injuries as a result of wrongful acts committed by either defendant. Nor was it found that he knew it was possible that the defendant would commit a wrongful act, and that he had reconciled himself to its occurrence. However, the finding by the Chief Justice that 'plaintiff must be held volens in relation to the risks ordinarily inherent in dicing - for instance, a burst tyre'... or other mechanical defects, is disquieting. Even its most fluid form, dolus eventualis, requires the knowledge that harm arising from a particular act is possible, awareness of the wrongfulness of that act and being reconciled to it taking place. ... It is to be hoped that the present trend towards a diluted concept of dolus eventualis in criminal law - verging on culpa lata - will not find an answering echo in the law of delict, particularly with regard to the requirements of animus iniuriandi in defamation and voluntas in volenti non fit iniuria". Ek kan net daarop wys dat daar nou in S vs De Blom (supra) 'n nuwe rigting in hierdie verband ingeslaan is en mens kan hoop dat die deliktereg hierdie strenger vereistes sal navolg. Vergelyk oor die algemeen bladsy 174 hierbo en verder waar hierdie aspek meer volledig bespreek is. Dit wil dus voorkom asof Gauntlett die houding inneem dat die Hof ook hier glad nie met toestemming tot benadeling gewerk het nie, maar met medewerkende opset minus die vereiste dat die benadeelde bewus moes gewees het van die onredelikheid van sy optrede.

(2) 1975(4) SA 469(W).

en dat die benadeling wat die eiseres gely het, onregmatig was ⁽¹⁾. Eers nou word die skuld aan die kant van die verweerder relevant en kan daar getoets word vir skuld by die verweerder, aangesien daar slegs skuld kan wees ten aansien van 'n onregmatige gevolg ⁽²⁾. In hierdie besondere geval was daar nie skuld teenwoordig by die verweerder nie en die basiese reël van res perit domino geld dus. Die eiseres kan gevolglik nie haar skade verhaal nie ⁽³⁾. Die metode wat die Hof aanwend, kom daarop neer dat dit afhang van die nalatigheid van die verweerder of daar toestemming tot benadeling in 'n besondere geval was. So verklaar die Hof a quo ⁽⁴⁾:

"In my view, the present case should be approached on the same lines without having regard to the defence of volenti non fit injuria. The ordinary principles of the law of negligence as it exists in our law are to be applied having due regard to the circumstances of the game in which the plaintiff and defendant were engaged, one of those circumstances being the inferences which can fairly be drawn by the defendant from the fact that the plaintiff participated voluntarily in the game with her".

Sonder om te bevind of die benadeling wat die eiser gely het onregmatig is, gaan die Hof en ondersoek die vraag of daar nalatigheid aan die kant van die verweerder was. Hierdeur word, met respek gesê, die kar voor die perde gespan, aangesien dit duidelik is dat daar nie getoets kan word vir skuld aan die kant van die verweerder sonder 'n onregmatige gevolg nie ⁽⁵⁾. In casu bevind die Hof dat

-
- (1) Vergelyk my bespreking van hierdie gewysde hierbo op bladsy 53 voetnoot 3 en ook bladsy 126 en verder.
 - (2) Vergelyk bladsy 178 hierbo en verder en die gesag aldaar aangehaal waar hierdie aspek meer volledig bespreek is.
 - (3) Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 101 en verder.
 - (4) 1975(4) SA 469(W) op bladsy 477H. Die beslissing is bevestig deur die Appèlhof.
 - (5) Vergelyk bladsy 178 hierbo en verder en die gesag aldaar aangehaal.

daar geen nalatigheid aan die kant van die verweerder was nie, sonder om op enige stadium van die uitspraak 'n bevinding te maak dat die benadeling onregmatig was ⁽¹⁾. Die Appèlhof bevestig die beslissing ⁽²⁾.

Die verweer van toestemming tot benadeling is nie weer op appèl geopper nie ⁽³⁾. Dit wil dus voorkom asof die Appèlhof van die basis af uitgegaan het dat die benadeling onregmatig was, want daar word die hele tyd gepraat van nalatigheid by die verweerder ⁽⁴⁾. Dit is natuurlik insiggewend dat die verweer van toestemming tot benadeling nie weer op appèl geopper is nie.

Daar word met die gevolgtrekking van die Hof saamgestem maar weereens kan daar, met respek gesê, nie met die ratio van die beslissing saamgestem word nie. Dit wil voorkom asof die aanvaarding deur die Appèlhof dat die skade onregmatig was, daarop dui dat daar nou in die regte rigting beweeg word en dat dit moontlik die begin is van die aanvaarding van die beginsel dat, alvorens daar met 'n geldige toestemming te doen gekry word, die toestemming redelik moet wees.

Uit bogenoemde kort uiteensetting sowel as die bespreking van die positiewe reg, blyk dit baie duidelik dat die houe nie suiwer is in hulle benadering nie en dat die hele gebied nog in wanorde is.

(1) Op bladsy 483H.

(2) 1976(3) SA 484(A).

(3) Op bladsy 487C.

(4) So verklaar die advokaat vir die appellant op bladsy 484F: "The defence of volenti non fit injuria does not arise in the present case and the only question to be determined is whether the evidence established negligence on the part of the respondent. The question is one of foreseeability of the risk and whether a reasonable man would have thought it right to take steps to prevent the danger".

Die probleem het ontstaan deurdat die beginsel dat toestemming redelik moet wees alvorens dit geldig kan wees, nie deur die houe aanvaar is nie. Die posisie het ontstaan waar die trefwydte van die verweer van toestemming tot benadeling te wyd geword het. Deur gekunstelde metodes aan te wend om die werking van die verweer te beperk, is die hele gebied in groter verwarring gedompel. Ek kan net die hoop uitspreek dat die houe in die toekoms die suiwer regs wetenskaplike beginsels soos hierbo uiteengesit sal aanwend en die verweer van toestemming tot benadeling weer op 'n gesonde grondslag sal plaas.

HOOFSTUK VI

DIE VERWEER VAN MEDEWERKENDE OPSET EN DIE WET OP VERDELING VAN SKADEVERGOEDING, WET NO 34 VAN 1956

Soos reeds genoem, ⁽¹⁾ was die posisie in die gemene reg dat medewerkende opset, medewerkende nalatigheid en toestemming tot benadeling absolute verwere was. Die Wet op Verdeling van Skadevergoeding ⁽²⁾ het nou hierdie posisie verander.

Die relevante artikels is soos volg:

Art 1(1)(a):

"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 van die mate van die eiser se skuld met betrekking tot die skade regverdig en billik ag".

Art 1(3):

"By toepassing van hierdie artikel beteken 'skuld' ook 'n handeling of versuim waaruit, as dit nie vir die bepaling van hierdie artikel was nie, die verweer van bydraende nalatigheid sou ontstaan het".

Wat eerstens opgelet moet word, is dat die Suid-Afrikaanse wet anders as die Engelse wet ⁽³⁾ nie 'n omvattende omskrywing van

(1) Vergelyk bladsy 176 hierbo en verder.

(2) Wet no 34 van 1956, hierna "Die Wet" genoem.

(3) So bepaal die Engelse wet, art 4 van Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, soos aangehaal deur Glanville Williams, "Joint Torts", a w op bladsy 534: "'Fault' means negligence, breach of statutory duty or other act or omission which gives rise to a liability in tort or would, apart from this Act, give rise to the defence of contributory negligence". McKerron, "Apportionment of Damages and the 'Last Opportunity' Rule" (1968) 85 SALJ 15 wat die geskiedenis van die Wet behandel, wys daarop dat hy ten gunste van die posisie was dat die Wetgewer ook 'n omvattende omskrywing vir skuld moes gegee het.

"skuld" gee nie. Daar bestaan in ons reg 'n vermoede dat die Wetgewer die bestaande reg ken ⁽¹⁾. Strauss, ⁽²⁾ wat poog om die besondere artikel uit te lê, verklaar die volgende:

"Die woord 'beteken ook' in art. 1(3) van die Wet gee onomwonde te kenne dat die Wetgewer vir doeleindes van art. 1 nie 'n omvattende omskrywing van skuld wou gee nie, en is 'n duidelike erkenning dat die woord 'skuld' ook nog ander betekenisse kan dra. 'Skuld' is 'n regsterm en daar is geen aanduiding in die woorde van die artikel dat die Wetgewer 'n ander betekenis as die gemeenregtelike daaraan wou heg nie. Dit is 'n reel van die wetsuitleg dat as die wetgewer hom van 'n woord bedien wat in die regstaal 'n vaste betekenis het, 'n afwyking van daardie betekenis nie geredelik aanvaar word nie. 'Skuld' in sy gemeenregtelike betekenis sluit sowel opset as nalatigheid in. Dit kom dus voor asof 'bydraende opset' aan die kant van die benadeelde wat deur 'n ander se skuld gely het, ook tot die gevolge wat deur art. 1(1)(a) voorgeskryf word, aanleiding moet gee".

'n Soortgelyke standpunt word deur verskeie ander skrywers gehuldig ⁽³⁾.

In Netherlands Insurance Co of SA Ltd vs Van der Vyver ⁽⁴⁾ is die argumente voor die Hof geplaas en appèlregter Van Blerk verklaar ⁽⁵⁾:

(1) Vergelyk Steyn, "Die Uitleg van Wette", op bladsy 138 en verder.

(2) Proefskrif, op bladsy 357.

(3) Vergelyk Swanepoel, "Die Wet op Verdeling van Skadevergoeding" (1959) 22 THR-HR 262 op bladsy 265 waar hy verklaar: "Myns insiens het 'fault' of 'skuld' die betekenis van opset en nalatigheid en wel ten aansien van enige gedingvoerende party. Dit kan per slot van rekening nie vir die een party nalatigheid en vir die ander party iets onsekers beteken nie Art 1(3) verklaar immers slegs dat 'skuld' ook insluit nalatigheid. 'n Bydraende nalatige handeling van die eiser kan tog nie aan iets anders getoets word as dit waaraan die handeling van die verweerder getoets word nie. Die toets vir die opset van die eiser is dieselfde as die toets vir die opset van die verweerder. Die gebruik om die omskrywing van 'n woord in terme van die prosesreg te gee, bring hierdie verwarring". Vergelyk ook verder: Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 162 en verder; asook Scott, a w op bladsy 235; Kotze, "Die Wet op Verdeling van Skadevergoeding", (1956) 19 THR-HR 186; Millner, "The Apportionment of Damages Act", (1956) 73 SALJ 319 op 322; Van der Vyver, a w op bladsy 297; Boberg, "In Re: King NO vs Pearl Insurance Co Ltd 1970(1) SA 462(W)" 1970 AS 174 en verder; Tager, Safety Accessories - Should they Affect Apportionment?", (1970) 87 SALJ 156 en verder.

(4) 1968(1) SA 412(A).

(5) Op bladsy 421H.

"Laastens word gesteun op 'n verweer gegrond op bydraende skuld in die sin van opset, genoem 'medewerkende opset'. Dié verweer word logies geregverdig omdat bydraende nalatigheid gemeenregtelik 'n volkome verweer was, en dit a fortiori volg dat dieselfde vir opset geld. Die vraag ontstaan dan ook of bydraende opset nie binne die trefwydte van art. 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, 34 van 1956, val nie, want die begrip 'skuld' wat die Wet beoog kan net soos in die gemene reg opset behels. Dit is egter nie nodig om 'n mening daaroor uit te spreek nie".

Wat natuurlik eerste opval by die lees hiervan is dat die opmerkings obiter is en dat die Hof nie sy afkeuring ten aansien van hierdie uitleg uitgespreek het nie. Ek is van mening dat indien die Hof wel die uitleg wou afgekeur het, hy dit uitdruklik sou gedoen het.

In King, N O vs Pearl Insurance Co Ltd ⁽¹⁾ was die vraag gewees of die versuim om 'n valhelm te dra, aangemerkt kan word as medewerkende nalatigheid ingevolge die Wet. Regter Colman kritiseer die onduidelikheid van die uitleg van die besondere artikel en beslis dat die artikel beperkend uitgelê moet word. Hy beslis dat die woord "skuld" medewerkend nalatigheid (soos in die gemene reg) moet beteken ⁽²⁾. Daar kan aanvaar word dat hierdie beslissing nie die korrekte posisie van ons gemene reg weerspieël nie ⁽³⁾.

In Santam Insurance Co Ltd vs Vorster ⁽⁴⁾ kry ons dieselfde soort argument dat die woord skuld as iets wyers beskou moet word. Alhoewel

(1) 1970(1) SA 462(W).

(2) So verklaar regter Colman op bladsy 467A: "As the ordinary meaning of the word 'fault' would in any event have covered the sort of negligence upon which defences of contributory negligence were based at common law, the decision to define must have been governed by a desire to restrict, and in seeking to give effect to that intention, in the form which it chose, the Legislature was driven to the use of the word 'includes', because the word 'means', in sub-sec. (3), would have led to an absurdity in respect of part of the denotation of the word 'fault'. That, of course, was not the best or the clearest way in which a draughtsman could have achieved the desired result, but it would seem to have arisen from an election to adopt a part, although not the whole, of the definition clause which appears in sec. 4 of the English Contributory Negligence Act".

(3) Vergelyk die baie oortuigende artikel van Boberg, a w 1970 AS 174; asook Tager, a w op bladsy 174 en verder. Vergelyk ook verder Strougar vs Charlier 1974(1) SA 225(W), waar die moontlikheid dat die woord "skuld" in art 1(1)(a) ook "opset" omvat, genoem word.

(4) supra.

die Hof verklaar dat daar 'n onderskeid tussen vrywillige aanvaarding van risiko en medewerkende nalatigheid is, gee die Hof geen rede waarom hy die advokaat se argumente nie beantwoord nie ⁽¹⁾.

Boberg ⁽²⁾ kritiseer hierdie punt en dit wil voorkom asof hy ook ten gunste van 'n wyere interpretasie van die woord "skuld" is sodat dit ook toestemming tot risiko van benadeling insluit. Hierbo ⁽³⁾ is daarop gewys dat alhoewel daar van toestemming tot risiko van benadeling gepraat is, daarmee eintlik medewerkende opset bedoel is. Die posisie is dus tans dat die vraag nog oopgelaat is deur die hof en dat hierdie punt nog nie beslis is nie.

Myns insiens is dit duidelik dat medewerkende opset en medewerkende nalatigheid volkome verwerpe in die gemene reg was en dat die Wet op beide hierdie verwerpe betrekking het. Dit is duidelik dat die Wetgewer hierdie omskrywing van die woord "skuld" met 'n doel oopgelaat het, aangesien hy wel deeglik bewus was van die feit dat die begrip "skuld" in die Engelse reg deeglik omskryf was ⁽⁴⁾. Dit is duidelik dat verdeling ingevolge die Wet van toepassing is by medewerkende opset.

Die vraag ontstaan nou hoe hierdie verdeling geïmplementeer sal word. Swanepoel ⁽⁵⁾ doen die volgende aan die hand:

(1) Op bladsy 770H.

(2) "Some Light on the Defence of Volenti" (1974) 91 SALJ 19 op bladsy 37. So verklaar Boberg: As counsel for the plaintiff pointed out, the word 'fault' as used in s 1 of the Apportionment of Damages Act is wider than the word 'negligence', and is not exhaustively defined. But in any event it was not even necessary to go as far as holding that 'fault' in relation to the plaintiff encompasses something more than contributory negligence: on the court's findings the plaintiff was both volens (though not to the specific risk which injured him) and guilty of contributory negligence, which shows that the voluntary assumption of unnecessary hazards is, in a proper case, contributory negligence".

(3) Bladsy 176 hierbo en verder.

(4) Vergelyk McKerron, "Apportionment of Damages and the 'Last Opportunity' Rule" (1968) 85 SALJ 15 op bladsy 16 en verder.

(5) "Oor die Wet op Verdeling van Skadevergoeding" (1959) 22 THR-HR 262 op bladsy 265.

"Indien 'skuld' soos gebruik in die artikel dan opset en nalatigheid insluit, is die vraag nog of dit die grondslag van die verdeling vorm. Die artikel skep die indruk dat dit wel die grondslag is. Want die hof kan die eiser se skade verminder in so 'n mate as wat sy eie skade in verhouding tot sy eie 'skuld' staan. Daarteenoor kan ook verklaar word dat die maatstaf van verdeling eintlik die hof se maatstaf van regverdigheid en billikheid is, want die hof dien slegs die 'mate van die eiser se skuld met betrekking tot die skade' in so 'n mate in ag te neem as wat nodig is ten einde tot 'n redelike verminderingsbedrag te geraak. Grondslag van die verdeling is dus nie as sodanig die eiser se skuld met betrekking tot sy skade nie. Selfs al is sy mate van skuld bepaal, kan die hof nogtans met behulp van ander maatstawwe 'n regverdige en billike verminderingsbedrag vir hom bepaal".

Oor die vraag of daar nou 'n verdeling moet wees, is dit belangrik om daarop te let dat hier twee belangrike standpunte is. McKerron (1) is van mening dat die Wet glad nie van toepassing is op medewerkende opset nie. Hierteenoor is die standpunt van Van der Merwe en Olivier (2) wat verklaar dat die Wet wel van toepassing is op medewerkende opset, maar dat daar slegs 'n verdeling moontlik is, indien daar ook opset aan die kant van die verweerder is. Indien daar slegs nalatigheid by die verweerder is, is verdeling nie moontlik nie aangesien die Wetgewer nie so 'n resultaat beoog het nie. Dit sal ook strydig met die gemene reg wees (3).

Hier is daar veral twee beginsels van belang. Die eerste beginsel is naamlik dié wat in die Engelse reg op hierdie gebied geld, naamlik die stelreël ex turpi causa non oritur actio (4). Ek is van mening dat hierdie beginsel eerder 'n reël van die kontraktereg is en tot dié gebied beperk moet word. Indien dié reël op hierdie gebied van toepassing gemaak word, sal dit myns insiens op 'n verskuilde implimentering van die versari-leerstuk neerkom (5).

(1) "The Law of Delict" op bladsy 301 en verder.

(2) a w op bladsy 162 en verder.

(3) McKerron, a w op bladsy 297 skyn 'n soortgelyke standpunt te huldig in hierdie verband.

(4) Hierdie aspek is hierbo op bladsy 189 en verder behandel waar daarop gewys is dat die implimentering van hierdie beginsel in die Engelse reg ook ongewild is.

(3) Sien in hierdie verband S vs Bernardus 1965(2) SA 287(A) en S vs Van der Mescht 1962(1) SA 521(A) waar die versari-leerstuk in ons reg verwerp is.

Die tweede beginsel is dat ons reg nie verskeie grade van opset ken nie en dat enige gebruik van grade op hierdie gebied onvanpas sal wees (1)

Van der Vyver (2) het aan die hand gedoen dat die Wetgewer moet ingryp maar dit wil voorkom dat dit nie nodig is nie en dat die huidige beginsel wyd genoeg is om die situasie te dek. Daar kan dus die gevolgtrekking gemaak word dat die verweer van medewerkende opset wel die grondslag kan vorm vir verdeling. Die eiser moet 'n toerekeningsvatbare dader wees wat sy eis baseer op die opsetlike handeling van die verweerder ten aansien van die gevolg waartoe die eiser op 'n opsetlike wyse meegewerk het. Die vereiste van toerekeningsvatbaarheid is duidelik (3). Die vereiste van opset aan die kant van beide die eiser en verweerder lyk ook billik (4).

-
- (1) Vergelyk bladsy 156 voetnoot 1 hierbo aangehaal. Die logiese konsekwensie van hierdie beginsel sal dus wees dat in die geval van medewerkende opset wat met verwysing na die opset van die eiser verdeel word, daar altyd 'n 50% verdeling sal wees. Vergelyk Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 166 waar daar 'n soortgelyke gevolgtrekking aan die hand gedoen word.
 - (2) "Insake: Netherlands Insurance Co of SA Ltd vs Van der Vyver 1968(1) SA 412(A)" (1968) 31 THR-HR 295 op bladsy 297.
 - (3) Oor die vereiste van toerekeningsvatbaarheid sien bladsy 147 en verder. Sien verder ook Boberg, "The Little Reasonable Man", (1968) 87 SALJ en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 163.
 - (4) Sien in hierdie verband Scott, "Enkele Opmerkings oor Volenti non fit Iniuria as Regverdigingsgrond in die Privaatreg" (1976) 9 De Jure 218 op bladsy 232 en verder; Van der Merwe en Olivier, a w op bladsy 162 en verder; Van der Vyver, "Insake: Netherlands Insurance Co of SA Ltd vs Van der Vyver 1968(1) SA 412(A)" (1968) 31 THR-HR 295 op bladsy 297.

HOOFSTUK VII

GEVOLGTREKKING

Alhoewel daar soms in die verlede al betoog is dat medewerkende opset nie 'n afsonderlike verweer is nie, is ek van mening dat die stadium in ons regsontwikkeling bereik is waar ons moet aanvaar dat die medewerkende opset 'n afsonderlike verweer is.

Omdat die verweer van toestemming tot benadeling die onregmatigheid van die verweerder se optrede negatiewe, het ons nou met 'n toestand te doen waar die redelikheid as begrensingsmaatstaf sterk na vore tree. Reeds aan die begin van die werkstuk het ek die houding ingeneem dat die sogenaamde regverdigingsgronde bloot uitkristalliserings van die algemene redelikeidsmaatstaf is. Dit is daarom ook 'n rede waarom die beginsel van die redelikheid by toestemming tot benadeling so sterk na vore tree. Ons het gesien dat daar nooit 'n absolute reg oor die lyf en lewe van 'n burger in die gemene reg was nie en dat die redelikheid ook daar sterk op die voorgrond getree het.

In die hedendaagse reg vind die implementering van die redelikheid as voorvereiste vir die geldigheid van die verweer veral toepassing in die strafreg. Al die skrywers op die gebied van toestemming tot benadeling is dit eens dat die trefwydte van die verweer van toestemming tot benadeling beperk moet word. Dit is juis daarom dat die huidige skrywer van mening is dat met die implementering van die redelikeidsbeginsel as voorvereiste vir geldige toestemming, die verweer weer op 'n gesonde grondslag geplaas sal word.

Die probleem ontstaan natuurlik by die gevalle waar die eiser doelbewus meegewerk het tot die skade wat hy gely het en die verweer van toestemming tot benadeling ongeldig is. Dit sal in hierdie gevalle onbillik wees om 'n slegs nalatige verweerder vir 'n gedeelte van die skade verantwoordelik te hou. Die verweer van medewerkende opset sal in hierdie gevalle as 'n absolute verweer werk. In gepaste gevalle kan daar wel moontlik 'n billike verdeling, afhangende van die omstandighede wees.

Weens die besondere aard van die subjektiwiteit as voorvereiste, gekoppel met die beginsel dat die eiser bewus moes gewees het van die onredelikheid van sy optrede, maak dit die verweer van medewerkende opset 'n baie veilige en maklik implementeerbare verweer. Die huidige standpunt van die hofe wat net 'n blote subjektiewe voorsienbaarheid van die gevolg vereis, is onbillik. Die vereiste dat die eiser bewus moes gewees het van die onredelikheid van sy optrede, kan nie genoeg beklemtoon word om tot die billikheid van die verweer mee te werk nie. Daarom is dit gerusstellend om van die jongste standpunt van die Appèlhof kennis te neem, naamlik dat onregmatigheidsbewussyn 'n voorvereiste vir opset is.

Indien hierdie beginsel nou op sy beurt na die deliktereg deurwerk, kan daar nou aanvaar word dat die ontwikkeling van die regs wetenskap op hierdie gebied, gevorderd genoeg is om die verweer van medewerkende opset te erken.

Verder kan gekonstateer word dat die huidige wyse waar volgens die hofe die verweer van toestemming tot benadeling benader, onregswetenskaplik is. Skuld aan die kant van die verweerder is afhanklik van die feit of die skade wat die verweerder veroorsaak het, onregmatig was. Daarom kan daar nie vir skuld aan die kant van die verweerder getoets word, alvorens dit vasstaan dat die gevolg onregmatig is nie.

Daar word dus betoog dat die verweer van medewerkende opset wel 'n afsonderlike verweer is en dat daar wel gemeenregtelike gesag vir die bestaan van die verweer is. Die basis waarop die verweer rus is, met respek gesê, regs wetenskaplik en dogmaties suiwer.

SAMENVATTING

TITEL: MEDEWERKENDE OPSET AS 'N VERWEER/ABSOLUTE VERWEER
VIR DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID

DEUR: Joseph Thomas Pretorius

STUDIELEIER: Prof J T R Gibson

DEPARTEMENT: Romeins-Hollandse Reg

GRAAD: LL M

Die oogmerk van die ondersoek is om die gemeenregtelike sowel as regs-wetenskaplike grondslag van die verweer van medewerkende opset te ondersoek. In Hoofstuk I word die oogmerk van die werkstuk gestel en gewys op 'n gewysde wat oënskynlik die verweer van medewerkende opset ontken. Later word die bewering dat die gewysde obiter is, gestaaf. Verder word die algemene beginsels van die onregmatigheidsvereiste behandel. Daar word op die teorie gewys dat onregmatigheid aanvanklik 'n aparte element van die onregmatige daad was en dat die element met verloop van tyd met die skuldelement vermeng is. Later het die posisie ontstaan dat dit onmoontlik was om die ontneming van 'n eiser se eis toe te skryf aan die afwesigheid van skuld of onregmatigheid. Hierdie toestand het voortgeduur in die Romeins-Hollandse reg en daar kan nie 'n duidelike beeld op hierdie gebied verkry word nie. Dieselfde geld in die Engelse en Amerikaanse reg. Wat die Duitse reg betref, word daar onderskei tussen skulduitsluitingsgronde en onregmatigheidsuitsluitingsgronde. Wat die huidige Suid-Afrikaanse reg betref, word die onderskeie teorieë behandel. Beide die objektiewe toets vir die vasstelling van onregmatigheid, sowel as die objektiewe ex post facto-toets met inagneming van die dader se psige word behandel. Daar word verder veral gepoog om die wese van onregmatigheid te behandel. Kritiek op die standpunt dat die onregmatigheid geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg, word gelewer. Die gevolgtrekking is dat onregmatigheid geleë is in die onredelike skending van 'n beskermde belang.

Vervolgens word die algemene kenmerke van die sogenaamde regverdigingsgronde behandel. Die gevolgtrekking word gemaak dat die gronde blote uitkristallisering van die redelikeidsmaatstaf is en dat die besondere reëls van die verweere nie te streng toegepas moet word nie.

Daarna word die algemene beginsels van die verweer van toestemming tot benadeling behandel. Die gemene reg word behandel. Uit die beskikbare gegewens kan daar nie 'n duidelike beeld oor die wese van die verweer in die gemene reg gevind word nie. Daar word die stelling gemaak dat daar geen onderskeid in beginsel tussen die verweer van toestemming tot benadeling en toestemming tot risiko van benadeling bestaan nie. Die sogenaamde wilsooreenstemmings-teorie word bespreek. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie teorie regswetenskaplik onaanvaarbaar is. In besonder word die vereiste van wilsvermoëndheid as voorvereiste vir die verweer van toestemming tot benadeling behandel.

Die uitsonderings op status gebaseer in hierdie verband

word behandel. Aandag word geskenk aan minderjarigheid, kranksinnigheid en verstandelike beneweling.

Hoofstuk III (2.3) behels die sentrale gedagte van die werkstuk en 'n deurtastende ondersoek na die vereiste dat die toestemming redelik moet wees, alvorens dit geldig kan wees, word ingestel. Vir hierdie vereiste word bevestigende gesag aangehaal uit die Romeinse reg, Romeins-Hollandse reg, sowel as 'n paar vergelykbare regstelsels. Die posisie in die Suid-Afrikaanse straf- en deliktereg word daarna behandel, en die nodige kritiek op die relevante regspraak word gelewer.

Daar is verder 'n poging om die prinsipiële perke waarbinne daar regsgeldiglik toegestem kan word, saam te vat. Daar word veral melding gemaak van mediese operasies en sekere sportsoorte. Die resultaat van hierdie ondersoek dui daarop dat die trefwydte van die verweer van toestemming tot benadeling besonder beperk is en nie so wyd is as wat die howe voorgee nie.

In besonder word die algemene beginsels van die verwyte opset behandel. Veral toerekeningsvatbaarheid, die subjektiewe vereiste by die toets en onregmatigheidsbewussyn word bespreek.

Hoofstuk V behandel die verweer medewerkende opset op 'n regs wetenskaplike basis. Daar word op gewys dat alvorens daar getoets kan word vir skuld aan die kant van die verweerder, dit moet vasstaan dat die gevolg onregmatig is. Verder moet daar op sy beurt weer skuld aan die kant van die verweerder wees, alvorens die medewerkende skuld aan die kant van die eiser enigsins juridies relevant is weens die beginsel van res perit domino. Die gewysde word behandel en die aandag word daarop gevestig dat die beginsels wat die Appêlhof vir vrywillige aanvaarding van risiko gestel het, 'n afgewaterde vorm van medewerkende opset is.

Die verweer van medewerkende opset word ook op 'n regs wetenskaplike wyse met verwysing na die Wet op Verdeling van Skadevergoeding behandel. Skrywer wys daarop dat die Wetgewer nie skuld omskryf het nie en dat skuld in die gemene reg opset in nalatigheid insluit.

SUMMARY

TITLE: CONTRIBUTORY INTENT AS AN ABSOLUTE DEFENCE/
 DEFENCE FOR CRIMINAL LIABILITY

BY: Joseph Thomas Pretorius

INTERNAL SUPERVISOR: Prof J T R Gibson

DEPARTMENT: Roman-Dutch Law

DEGREE: LL M

The purpose of this thesis is to examine both the jurisprudential as well as the common law basis of the defence of contributory intent. As a starting point the purpose of the investigation is stated and reference is made to the decision in Netherlands Insurance Co vs Van der Vyver which would appear to deny the existence of the defence of contributory intent. It is submitted, however, that the statement in Van der Vyver's case with regard to contributory intent was an obiter dictum and, with respect, incorrect.

The thesis then examines the general principles of wrongfulness. Reference is made to the theory that in the late Roman law the element of wrongfulness and the element of fault contracted into one element of liability. The same situation arose in the Roman-Dutch law. In the English and American law no distinction between absence of fault or absence of wrongfulness is made. The German law differentiates between grounds excluding fault and grounds excluding wrongfulness. The modern South African theories are discussed and an attempt is made to find the jurisprudential basis of the element of wrongfulness. The conclusion is made that wrongfulness consists in the unreasonable infringement of a legally protected right.

An examination of the general principles of the defences excluding unlawfulness is undertaken and the deduction is made that they are

merely general guidelines regarding a reasonable or unreasonable infringement of a legally protected right. This is followed by a detailed discussion of the general principles of the defence of consent.

The applicability of the defence in the common law is very limited and the conclusion is reached that there is no difference between the defence of consent and the defence of voluntary assumption of risk. The bargain theory is also discussed and the reasons for rejecting the theory are given. Further reference is made to the fact that the courts have not accepted the bargain theory because it places an unreasonable burden on the defendant. The requirements of criminal capacity as a prerequisite for a valid consent are also dealt with. Special reference is made to the position of minors, the insane and intoxication in this respect.

The South African common law and the law of England and America as well as the German law and the South African criminal law are analysed in order to establish that a requirement for a valid consent is that the consent must not be contra bonos mores. This principle is pursued in detail and a study of the present law with the necessary comments is made.

The thesis then examines the circumstances under which consent can be validly and legally given with special reference to sporting events and medical operations. An attempt is then made to distil the general principles of consent as a defence from the above-mentioned discussions.

It is submitted that criminal capacity as well as knowledge of the unlawfulness of the act together with a subjective foresight of the consequence are essential elements of intent. Special reference is made to S vs De Blom and the effect that it will have on the law of delict.

The principles of the defence of contributory intent are dealt with on a jurisprudential basis. The point is made that a defendant cannot be at fault unless it is established that the consequence of his act is unlawful. As a result of the principle of res perit domino contributory fault is irrelevant unless some degree of fault is established on the

part of the defendant. The present law on this matter is discussed in depth and the conclusion is reached that, although the courts speak of voluntary assumption of risk, it is contributory intent to which the courts are actually referring. The present law is criticised in this regard.

Finally the defence of contributory intent with reference to the Apportionment of Damages Act is canvassed.

REGISTER VAN GEWYSDES

Baker vs T E Hopkins & Sons 1959 3 ALL E R 225(CA)
Chetty vs Minister of Police 1976(2) SA 450(N)
Clark and Another vs Welsh 1976(3) SA 484(A); 1975(4) SA 469(W)
Dann vs Hamilton (1939) I K B 509
Durban City Council vs S A Board Mills Ltd 1961(3) SA 406(A)
Eggeling and Another vs Law Union & Rock Insurance Co Ltd 1958(3) SA
592(D)
Esterhuizen vs Administrator Transvaal 1975(3) SA 710(T)
Ex parte Minister van Justisie: In re S vs Grotjohn 1970(2) SA 355(A)
Ex parte Minister van Justisie: In re S vs Van Wyk 1967(1) SA 488(A)
Hassen vs Post Newspapers (Pty) Ltd 1965(3) SA 562(W)
Hayes vs Harwood 1935 I K B 146
Jameson's Minors vs C S A R 1908 TS 575
Jordaan vs Delarey 1958(1) SA 638(T)
King N O vs Pearl Insurance Co Ltd 1970(1) SA 462(W)
Lampert vs Hefer N O 1955(2) SA 507(A)
Mandelbaum vs Bekker 1927 C P D 357
Minister van Polisie vs Ewels 1975(3) SA 590(A)
Moaki vs Reckitt & Colman (Africa) Ltd 1968(3) SA 98(A)
Morgan vs Allen 1942 I ALL E R 489
Netherlands Insurance Co of S A Ltd vs Van der Vyver 1968(1)
SA 412(A); 1967(2) SA 476(T)
Nettleship vs Weston 1971 3 ALL E R 581
Neuhaus vs Bastion Insurance Co Ltd 1968(1) SA 398(A)
Nieuwenhuizen N O vs Union and National Insurance Co Ltd
1962(1) SA 760(W)
Osborne vs London & N W RY Co (1888) 21 W B D 224
People vs Gray (1964) Cal App 2d 76 58 ALR (3d) 664
Powell vs Jonker 1959(4) SA 443(T)
Regal vs African Superslate (Pty) Ltd 1962(1) SA 102(A)
R vs E 1967(3) SA 627(R)
R vs Hancock 1925 O P D 147
R vs Hillebrand 1959(3) SA 22(T)
R vs Horn 1958(3) SA 457(A)
R vs Krull 1959(3) SA 392(A)
R vs Mavros 1921 A D 19

R vs Matomana 1938 E D L 128
R vs McCoy 1953(2) SA 4 (SR)
R vs Mlambo 1960(2) SA 55 (W)
R vs Nbakwa 1956(2) SA 557 (SR)
R vs Peverett 1940 A D 213
R vs Taylor 1927 C P D 16
R vs Taylor 1949(4) SA 702(A)
R vs Tenganyika 1958(3) SA 7 (PH)
R vs Tshemese 1918 E D L 128
Rompel vs Botha((T P A) aangehaal in Esterhuizen vs Administrator
Transvaal 1957(3) SA 710(T) op bladsy 719)
Rosseau vs Viljoen 1970(3) SA 413(K)
Santam Insurance Co Ltd vs Vorster 1973(4) SA 764(A)
South British Insurance Co vs Smit 1962(3) SA 826(A)
Smit vs Saipen 1974(4) SA 918(A)
Smith N O & Lardner-Burke N O vs Wonesayi 1972(3) SA 289(RA)
State vs Fransua 58 A L R 656
S vs Bernardus 1965(2) SA 287(A)
S vs Colgate Palmolive 1971(2) SA 149(T)
S vs De Blom 1977(3) SA 513(A)
S vs De Bruyn en 'n Ander 1968(4) SA 478(A)
S vs Delport 1968(1) PH H172
S vs Dlodlo 1966(2) SA 410(A)
S vs Du Preez 1972(4) SA 584(A)
S vs Fick 1970(4) SA 510(N)
S vs Goliath 1972(2) SA 1(A)
S vs Gordon 1962(4) SA 727(N)
S vs Harris 1965(2) SA 304(A)
S vs Hartmann 1975(3) SA 532(K)
S vs Johnson 1969(1) SA 201(A)
S vs Johnson 1970(3) SA 535(K)
S vs Kgau 1958(2) SA 606 (SWA)
S vs Lubbe 1963(4) SA 459(W)
S vs Mahlinza 1967(1) SA 408(A)
S vs Mangondo 1963(4) SA 160(A)
S vs Mini 1963(3) SA 188(A)
S vs Mokoena 1976(4) 162(O)

S vs Mokonto 1971(2) SA 319(A)
S vs Motleleni 1976(1) SA 403(A)
S vs Mukeiruib 1938 S W A 4
S vs Ndiwene 1971(3) SA 260(R)
S vs Nkombani 1963(4) SA 877(A)
S vs Ntuli 1975(1) SA 429(A)
S vs Qumbella 1966(4) SA 356(A)
S vs Robinson and Others 1968(1) SA 666(A)
S vs Roberts 1957(4) SA 266(A)
S vs Sigwahla 1967(4) SA 566(A)
S vs Sikunyana 1961(3) SA 549(OK)
S vs Skosana 1971(3) SA 630(T)
S vs Tenganyika 1958(3) SA 7 (FC)
S vs Tsotsotso 1976(1) SA 364(O)
S vs Van Collier 1970(1) SA 417(A)
S vs Van der Mescht 1962(1) SA 521(A)
S vs Van Dyk and Others 1969(1) SA 601(K)
S vs Van Zyl 1964(2) SA 113(A)
S vs Van Zyl 1969(1) SA 553(A)
S vs Von Zell 1953 SA 309(A)
S vs V 1972(3) SA 611(A)
S vs Wandrag 1970(3) SA 151(O)
S vs Whitehead 1970(1) SA 25(T)
S vs Wilson 1968(4) SA 477(A)
S vs WC & MJ Botha (Edms) Bpk en 'n Ander 1977(4) SA 38(T)
Stolzenberg vs Lurie 1959(2) SA 67(W)
Stougar vs Charlier 1974(1) SA 225(W)
Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie vs O'Malley 1977(3) 394(A)
Swanson vs Miami Home Milk Association 117 F L A 110 (1934)
Thomas vs Quatermaine (1887) 18 685
Thomson vs Everitt 1921 E L D 9
Universiteit van Pretoria vs Tommie Meyer Films 1977(4) SA 376(T)
Vorster vs Santam Insurance Co Ltd and Another 1973(2) SA 186(W)
Waring & Gillow Ltd vs Sherborne 1904 T S 340
Webner vs Eaton (1947) 82 App D C 66 82 ALR (2a) 1231
Wessels vs Pretorius en 'n Ander 1974(3) SA 299(NK)
Wheeler vs New Merton Board Mills 1933 2 K B 669(CA)
Wheeler vs Van Reenen (1883) 2 S C 269

BIBLIOGRAFIE

- Amerasinghe C F "Aspects of the Actio Iniuriarum in Roman-Dutch law" Colombo Lake House Investments (1966).
- Anderson I "Volenti non fit Iniuria" Ongepubliseerde proefskrif Universiteit van Kaapstad (1975).
- Baker R W "Guest Passengers and Drunken Drivers" (1949) 65 LQR 20.
- Beinart B "The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia" in Studi in Onore di Vincenzo Arangio Riuz Vol I (1952) bladsy 279.
- Bekker P M "Weereens Mens Rea en die Bewyslas by Statutêre Misdrywe" (1975) 8 De Jure 72.
- Bertelsman W "The Essence of Mens Rea" 1974 Acta Juridica 34;
"Grensgebiede van Noodweer" (1967) 30 THR-HR 108.
- Boberg P Q R "The Mental Element in Defamation" (1961) 78 SALJ 171;
"Animus Iniuriandi Without Tears" (1965) 82 SALJ 437;
"Oak Tree or Acorn - Conflicting Approaches in our Law of Delict" (1966) 83 SALJ 150;
"Animus Injuriandi and Mistake" (1971) 88 SALJ 57;
"In Re: King NO vs Pearl Insurance Co Ltd 1970(1) SA 462(W)" 1970 A S 174;
"Some Light on the Defence of Volenti" (1974) 91 SALJ 19;
"The Little Reasonable Man" (1968) 80 SALJ 127;
"The Defence of Consent in a Defamation Action" (1961) 78 SALJ 54.
- Botha D A "What Precisely does Constitute Mens Rea?" (1975) 92 SALJ 380;
"Culpa - a Form of Mens Rea or a Mode of Conduct" (1977) 94 SALJ 29;
"Wederregtelikheidsbewussyn in die Strafrege" Proefskrif Universiteit van Pretoria (1973);
"Verwytbare Regsonkunde en die Skuldsoort Culpa" (1975) 38 THR-HR 41.

- Breihaupt J "Volenti non fit Iniuria" (1898).
- Burchell E M "Criminal Intent: Foresight of Possible Consequences" (1958) SALJ 371;
"Criminal Intent" 1973 Speculum Iuris 23;
"The Meaning of Criminal Intent" (1955) 72 SALJ 240.
- Burchell E M en P. M A Hunt "South-African Criminal Law and Procedure" Vol 1 Kaapstad Juta & Co (1970).
- Camus A "Le Mythe de Sisyphe" (vertaal deur O'Brien J) London Hamish Hamilton 1965.
- Carpzovius B "Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes tres divisa", vertaal in Nederlands as "Verhandeling der lijfstraffelijke misdaden en haare berechtinge" deur D Van Hogendorp, Amsterdam 1772.
- Conradie P J "Seduksie en die Leerstuk van Volenti non fit Iniuria" (1974) 37 THR-HR 372.
- Corpus Juris Civilis Krueger en Mommsen Berlynse uitgawe 1882.
- Damhouder Joost de "Practyke in Crimineele Saken", Amsterdam (1650).
- Davidtsz G J "Animus Injuriandi as Vereiste vir Aanspreeklikheid op Grond van Privaatregtelike Laster" Proefskrif Potchefstroom vir CHO (1976).
- Davies P J "Ignorantia Juris non Excusat in Criminal Law" 1965 Responsa Meridiana 7.
- De Groot H "Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid", met aantekeninge van W Schorer Middelburg 1767.
- De Villiers M "The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries" Kaapstad Juta (1899).
- De Wet J C "Insake: Van der Merwe N J en P J J Olivier 'Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg'" (1970) 33 THR-HR 68.
- De Wet J C en H L Swanepoel "Strafreg" derde uitgawe (De Wet J C) Durban Butterworths (1975).
- De Wet J C en J P Yeats "Die Suid-Afrikaanse Kontrakte en Handelsreg" derde uitgawe Durban Butterworths (1964).
- Dooyeweerd H "De Wijsbegeerte der Wetsidee".
- Engers K A B "Dolus Eventualis - Which Way Now?" 1973 Responsa Meridiana 219.

- Evans S "Extenuating Circumstances: a Recent Essay in Semantics" (1969) 86 SALJ 142.
- Flemming J G "The Law of Torts" derde uitgawe Sydney Law Books (1965);
"An Introduction to the Law of Torts" Oxford, Clarendon Press (1967).
- Gardiner F G and C W H Lansdown "South African Criminal Law and Procedure" sesde uitgawe Kaapstad/Johannesburg (1957).
- Gauntlett J J "In Re: Santam Insurance Co Ltd vs Vorster (1973(4) SA 764(A))" (1974) 37 THR-HR 195.
- Gordon D M "Wrong Turns in the Volens Cases" (1945) 61 Law Quarterly Review 140;
"Drunken Drivers and Willing Passengers" (1966) 19 Law Quarterly Review 62.
- Hahlo H R, E Kahn en ander "The South African Legal System and Its Background" Kaapstad Juta (1968);
"The South African Law of Husband and Wife" vierde uitgawe Kaapstad (1975).
- Hahlo H R en E Kahn "South Africa: the Development of Its Laws and Constitution" Kaapstad Juta (1960).
- Hart H L A "The Concept of Law" Oxford Clarendon Press (1961).
- Huber N "Heedendaagse Rechtsgeleertheit", Amsterdam derde druk (1726).
- Hughes G B J "Consent as a Defence in Criminal Law" 103 Law Journal 116.
- Hugo J H "To kill a Mocking-bird-Murder or Suicide" (1969) 86 SALJ 148.
- Hunt P M A "South African Criminal Law and Procedure" Vol II Kaapstad Juta and Co (1970).
- James P S "The General Principles of the Law of Torts" derde uitgawe London Butterworths (1969).
- Joubert W A "Grondslae van die Persoonlikheidsreg" Kaapstad/Amsterdam Balkema (1953);
"Die Realiteit van die Subjektiewe Reg in die Betekenis van 'n Realistiese Begrip daarvan in die Privaatreg" (1958) 21 THR-HR 12 en 98;
"Om der Vrouwen Zwakheid" (1961) 24 THR-HR 278.

- Kotze P J "Die Wet op Verdeling van Skadevergoeding No 34 van 1956" (1956) 19 THR-HR 186.
- Labuschagne J M T "Noodtoestand" 1974 Acta Juridica 74;
"Noodweer teen 'n Regmatige Aanval?" (1974) 7 De Jure 108;
"Die Suid-Afrikaanse Verkrachtingsreg: 'n Strafregtelike Onderzoek" proefskrif Universiteit Potchefstroom vir CHO (1972);
"Insake: S vs Mokoena en 'n ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 10 De Jure 174;
"Noodweer ten Aansien van Nie-fisiese Persoonlikheidsgoedere" (1975) 8 De Jure 59;
"Noodweersoordadigheid" H L Swanepoel gedenkbundel Durban Butterworths (1976);
"Insake: Minister van Polisie vs Ewels 1975(3) SA 590(A)" (1976) 9 De Jure 165;
"Misdaadelementologie" (1977) 10 De Jure 310.
- Lansdown A V "Guinea Pigs of Hippocrates and the Criminal Law" (1960) 77 SALJ 117;
"The Meaning of Criminal Intent" (1955) 72 SALJ 240;
"Criminal Liability of the Survivor of a Suicide Pact" (1963) 80 SALJ 331.
- Leage R W "Roman Private Law, Founded on the Institutes of Gaius and Justinian" derde uitgawe London/Macmillan (1961).
- Lee R W "The Elements of Roman Law" London Sweet and Maxwell (1956).
- Le Roux W P "Insake S vs Hartman 1975(3) SA 532(K)" (1976) 9 De Jure 171.
- Luntz H "The Man With The Thin Skull" (1964) 81 SALJ 18.
- MacIntosh J C and C N Scoble "Negligence in Delict" vyfde uitgawe Kaapstad, Juta (1970).
- MacMillan P R "Animus Iniuriandi and Privilege" (1975) 92 SALJ 144.
- Matthaeus, Antonius II "De Criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius, Trajecti ad Rhenum", 1644.
- McKerron R G "Abuse of Legal Procedure: Animus Iniurandi in Relation thereto and to the Wrong of Defamation" (1968) 85 SALJ 421;
"The Law of Delict" sewende uitgawe Kaapstad Juta (1971);
"Apportionment of Damages and the 'Last Opportunity' Rule" (1968) 85 SALJ 15.

- Middleton A J "Insake: Rex vs Gondo 1970(2) SA 306(R)" (1970) 33 THR-HR 422.
- Millner M A "Plaintiff's Knowledge of Danger in Delict cases" (1957) 74 SALJ 230;
"The Apportionment of Damages Act" (1956) 73 SALJ 319;
"Voluntary Assumption of Risk" (1955) 72 SALJ 233.
- Moorman J "Verhandeling over de Misdaden", voltooi en gepubliseer deur J J Hasselt (1764).
- Naude H J T "Insake: S vs Mangondo 1963(4) SA 160(A) en S vs Lubbe 1963(4) SA 459(W)" (1964) 27 THR-HR 68.
- Neethling J en J M Potgieter "Mededelings aan die Universiteit van Suid-Afrika" ongepubliseerde klasnotas (1976).
- Neethling J en A D J Van Rensburg "Insake: Minister of Forestry vs Quathlamba (Pty) Ltd 1973(3) SA 69(A)" (1973) 36 THR-HR 427.
- Oostenhuizen P "Bewyslas ten opsigte van Mens Rea by Statutêre Misdrywe" (1974) 7 De Jure 9.
- Pauw P "Doodslag en Noodtoestand- die Suid-Afrikaanse en Engelse Reg" (1977) 10 De Jure 72.
- Pernice D "Labeo, Romisches Privatrecht im Ersten Jahrhunderte der Kaizerzeit" tweede uitgawe (1895).
- Pollock F "Law of Torts, a Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in Common Law" vyftiende uitgawe (1951).
- Pollock K "Plaintiff's Knowledge of Danger in Delict cases" (1958) 75 SALJ 100.
- Pollock W "Civil Liability in the Law of South Africa for the Wrongful Causing of Death" (1931) 48 SALJ 191.
- Potgieter J M en A D J Van Rensburg "Die Toerekening van Gevolge aan 'n Delikpleger" (1977) 40 THR-HR 379.
- Pretorius J T "'n Regswetenskaplike Inleiding van die Delik Seduksie in die Bantoereg met Verwysing na die Romeins-Hollandse reg en ander Verbandhoudende Aspekte" Ongepubliseerde skripsie vir die LL B graad Universiteit van Natal (Pietermaritzburg 1975).

- Price T W "The Conception of 'Duty of Care' in the Actio Legis Aquiliae" (1949) 66 SALJ 269;
"Liability in Delict for Acts of Omissions" (1950) 13 THR-HR 1;
"Volenti non fit Iniuria" (1952) 15 THR-HR 60.
- Puffendorf S "De Officio Hominis et Civis Secundum Legem Naturalem" vertaal deur F G Moore, Vol II, Carnegie Endowment Publication (1927).
- Rabie M A "Insake: S vs Mokoena en 'n Ander 1976(4) SA 162(0)" (1977) 40 THR-HR 200;
"Insake: S vs Robinson & Others 1968(1) SA 666(A)" (1969) 32 THR-HR 193;
"Die Aksessoriteitsbeginsel in die Deelnemingsleer" (1970) 33 THR-HR 244;
"Wederregtelikheidsbewussyn en die reël Ignorantia Iuris Neminem Excusat in die Strafreë" (1977) 10 De Jure 4.
- Rall A "The Doctor's Dilemma: Relieve Suffering, or Prolong Life?" (1977) 94 SALJ 40.
- Salmond J W "Law of Torts" sestiende uitgawe (Henston R F V) London Sweet & Maxwell (1973).
- Schopler B "The Distinction Between Assumption of Risk and Contributory Negligence" 82 ALR (2d) 1218.
- Schorer W "Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, Nu met Latijnsche aantekeningen" Middelburg (1767).
- Schwietering K "Volenti non fit Iniuria" Ongepubliseerde klasnotas Universiteit van Stellenbosch (1974);
"Insake: Lampert vs Hefer N O 1955(2) SA 507(A)" (1957) 20 THR-HR 138.
- Scott W E "Enkele Opmerkings oor Volenti non fit Iniuria as Regverdigingsgrond in die Privaatreë" (1976) 9 De Jure 218.
- Shipley D "Consent as a Defence to a Charge of Assault and Battery" 58 ALR(3d) 662.
- Spiro E "Law of Parent and Child" derde uitgawe Kaapstad Juta (1971).
- Slome E "Mens Rea and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences" (1977) 94 SALJ 86.
- Smit P C "Die Geneeskunde en die Reg" (1976) 9 De Jure 107.
- Snyman C R "Opsetlike Strafbare Manslag?" (1971) 34 THR-HR 184;
"Insake: S vs Rabson 1972(4) SA 574(T)" (1973) 36 THR-HR 185.

- Steyn L C "Die Uitleg van Wette" vierde uitgawe Kaapstad Juta (1974).
- Strauss S A "Opmerkings oor Toorn as Faktor by die Vasstelling van Strafregtelike Aanspreeklikheid" (1959) 22 THR-HR 14;
"Insake: S vs Gordon 1962(4) SA 727(N)" (1963) 26 THR-HR 57;
"Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafrege en die Deliktereg" proefskrif Universiteit van Suid-Afrika (1961);
"Die Leerstuk van Volenti non fit Iniuria" Mededelings aan die Universiteit van Suid-Afrika ongepubliseerde klasdiktat;
"Toestemming deur 'n Jeugdige" (1964) 27 THR-HR 116;
"Bodily Injury and the Defence of Consent" (1964) 81 SALJ 179;
"Insake: 'Burchell en Hunt: Criminal Law and Procedure'" (1970) 87 SALJ 471;
"Onvrywillige Genadedood" (1969) 32 THR-HR 384.
- Strauss S A en H J Strydom "Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg" Pretoria Van Schaik (1967).
- Street H "The Law of Torts" vyfde uitgawe London Butterworths (1972).
- Steyn V Z "Noodweer" (1932) 49 SALJ 462.
- Swanepoel H L "Bedenkings oor die Regsplyg by die Onregmatige Daad" (1957) 20 THR-HR 126;
1958(21) THR-HR 50;
"Oor die Wet op Verdeling van Skadevergoeding" (1959) 22 THR-HR 262.
- Tager L "Safety Accessories - Should they Affect Apportionment?" (1970) 87 SALJ 156.
- Van Apeldoorn L J "Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht" Zwolle Willink (1955).
- Van den Heever F P "Breach of Promise and Seduction in South African Law" Kaapstad Juta (1954);
"Aquilian Damages in South African Law" Kaapstad Juta (1944).
- Van der Keessel D G "Voorlesinge oor Hedendaagse Reg na Aanleiding van De Groot se 'Inleiding tot Hollandsche Rechtsgeleerdheid'" uitgegee deur A A Balkema en in Afrikaans vertaal deur H L Gonin in oorleg met D Pont, Amsterdam/Kaapstad (1963).
- Van der Linden J "Rechtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek", Amsterdam (1894);
"Supplementum ad Voetium", Gane se vertaling, Durban, Butterworths (1955).

- Van der Merwe N J "Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes" proefskrif Universiteit van Oranje Vrystaat (1958); "Insake: Van der Vyver vs Netherlands Insurance Co of S A Ltd 1967(2) SA 476(T)" (1967) 30 THR-HR 287; "Die Aard en Rol van Redelikheid by Aanspreeklikheid ex Delicto" (1975) 92 SALJ 144; "Insake: Hassen vs Post Newspapers (Pty) Ltd and others 1965(3) SA 562(W)" (1966) 29 THR-HR 76; "Insake: S vs Eldred Williams Grotjohn-Saak nr 418/68(W)" (1969) 32 THR-HR 187; "Insake: Regal vs African Superslate (Pty) Ltd 1963(1) SA 102(A)" (1963) 26 THR-HR 131; "Insake: R vs Mlambo 1960(2) SA 55(W)" (1960) 23 THR-HR 219.
- Van der Merwe N J en P J J Olivier "Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg" derde uitgawe Pretoria Van der Walt (1976).
- Van der Post D J "Toestemming tot Benadeling: 'n Anachronisme in Moderne Regspleging?" 1970 Scintilla Iuris 75.
- Van der Vyver J D "Insake: Moaki vs Reckitt & Colman (Africa) and another 1968(1) SA 702(W)" (1968) 31 THR-HR 289; "Animus Iniuriandi en die Afwesigheid van Wederregtelikheidsbewussyn" (1966) 29 THR-HR 336; (1967) 30 THR-HR 15; "Wederregtelikheidsbewussyn by Strafregtelike Aanspreeklikheid" (1967) 30 THR-HR 271; "Insake: Netherlands Insurance Co of SA Ltd vs Van der Vyver 1968(1) SA 412(A)" (1968) 31 THR-HR 295.
- Van der Walt J C "Die Grondslag vir Deliktuele Aanspreeklikheid" (1969) 32 THR-HR 319.
- Van der Walt J C en W A Joubert "Mededelings aan die Universiteit van Suid-Afrika" ongepubliseerde kladiktaat (1973).
- Van der Westhuizen J V "Insake: S vs Motleleni 1976(1) SA 404(A) en Chetty vs Minister van Polisie 1976 (2) SA 405(N)" (1976) 9 De Jure 371.
- Van Dyk H P "Die Davidow-saak" (1956) 19 THR-HR 286.
- Van Heerden H J "Grondslae van die Mededingingsreg" proefskrif Universiteit van die Oranje-Vrystaat (1958).
- Van Niekerk B v D "Dolus Eventualis - a Mitigating Factor?" (1968) 85 SALJ 122.
- Van Leeuwen C F "Het Rooms-Hollands-Recht" (1708).

- Van Oosten F F W "Wederregtelikheid - 'n Skuldtoets?" (1977)
40 THR-HR 90.
- Van Oven H "Leerboek van Romeinsch Privaatrecht"
derde druk Leiden/Brill (1948).
- Van Rensburg A D J "Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreek-
likheidsbegrensiingsmaatstaf" byvoegsel tot
1972 THR-HR.
- Van Rooyen J C W "Regsdwaling en Dolus in die Strafrege"
(1974) 37 THR-HR 18;
"Insake: S vs Mokonto 1971(2) SA 319(A)"
1971 Scintilla Iuris 50.
- Van Warmelo P "Regsdwaling" (1975) 38 THR-HR 207;
"Noodweer" 1967 Acta Juridica 5;
"Regsleer, Regswetenskap en Regsfilosofie"
Kaapstad Juta (1973);
"'n Inleiding tot die Studie van die
Romeinse Reg" Kaapstad Belkema (1957);
"Ignorantia Iuris" (1954) 22 Tijdschrift
voor Rechtsgeschiedenis 4.
- Verloren van Themaat "Die Bevestiging van Misdrywe in 'n Toe-
stand van Dronkenskap gepleeg" (1937)
1 THR-HR 291.
- Voet J "Commentarius ad Pandectas" vertaal deur P
Gane, Durban Butterworths (1955).
- Wille G "Principles of South African Law" sewende
uitgawe (Gibson J T R) Kaapstad Juta (1977).
- Williams Glanville "Joint Torts and Contributory Negligence"
London Stevens (1951);
"The Sanctity of Life and Criminal Law"
London Faber (1958);
"Criminal Law - The General part" tweede
uitgawe London Stevens (1961).
- Winfield P H "Torts" London Sweet and Maxwell (1971).