

In the Supreme Court of South Africa
In die Hooggeregshof van Suid-Afrika

Provincial Division).
Provinsiale Afdeling).

Appeal in Civil Case.
Appel in Siviele Saak.

ABRAHAM C. N. PRINCE & ASSOCIATES Appellant;

versus

ABRAHAM C. N. PRINCE & ASSOCIATES Respondent.

Appellant's Attorney
Prokureur vir Appellant

Respondent's Attorney

Prokureur vir Respondent

Appellant's Advocate

Respondent's Advocate

Advokaat vir Appellant

Advokaat vir Respondent

Set down for hearing on

Op die rol geplaas vir verhoor op

Monday, 27 Oct, 1955

(C.D. 2)

*I
1, 3, 5, 7, 8*

*9.45 - 12.50 } CAY
2.15 - 5.40 }*

*Uitspraak: Appel v.d. 1^e Appellant v.d. hand
gevoeg, met hoede.
Appel v.d. 2^e & 3^e Appellante saak,
(sien geskrewe uitspraak).*

*Continues, J., v.d. Oheer
Sagan, de Buss, & Reynolds R.P.N.*

De Buss

Triffis 31/10/55

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA.

(APPÊL-AFDELING).

In die saak tussen:

ABRAHAM CHRISTOFFEL NAUDE PRELLER
EN ANDERE

Appellante

en

ABRAHAM CAREL JORDAAN

Geappelleerde

Coram:- Centlivres, H.R., van den Heever, Fagan, de Beer
et Reynolds, RR.A.

Gehoor op:- 27e Oktober, 1955.

Gelêwer:-

38/12/1955.

VAN DEN HEEVER, R.A.

UITSpraak.

Ek het die voorreg gehad om die uitspraak
van my kollega Fagan in hierdie saak te lees. Ek kom
egter tot 'n ander besluit en wil kortliks -- insover
dit moontlik is in so 'n gewigtige aangeleentheid --
die redes uiteensit waarom ek nie saamstem nie.

Die konklusie van eis word weergegee
deur my broeder Fagan. Ek wil egter 'n paar sinsnedes
daaruit aanstip. Dit word beweer dat --

"Eiser nooit vrywilliglik die genoemde plase aan eiser"
(bedoel word natuurlik eerste verweerder) "as 'n
vrygeskenk gegee het nie of die bedoeling gehad het
om dit te doen nie en dat hy die nooit sou gedoen het

2/ nie

nie indien hy nie so swak en uitgeput, en so geheel-en-al onder die invloed van eerste verweerder was nie."

Voorts word beweer:

"Uit hoofde van die feite in paragrawe 7 tot 12 hiervan beweer eiser dat genoemde volmagte wat ~~duer~~ hom onderteken is, en genoemde transportaktes wat eiendomsreg in die plase aan eerste verweerder sou besorg het, ongeldig en van nul en gener waarde was of is nie, en is eiser steeds nog eienaar van genoemde plase wat nooit wettiglik aan eerste verweerder getransporteer is nie, en waarin eerste verweerder nooit enige geldige reg of titel verkry het nie."

In die Hof a quo sowel as in die pleidooie in appél is die saak benader asof eiser se vordering 'n aansoek was om restitutio in integrum of, op sy diets, herstel in die vorige stand. Die gedagte van herstel in die vorige stand om 'n nietige regshandeling uit die weg te ruim kom my ~~as~~ absurd voor. Weliswaar het in Holland ex majore cautela die gebruik ontstaan om ook in die geval van sogenaamde nietige regshandelinge om herstel te vra, maar dit is in die alternatief gedoen "voor so veel des nood sy" (Groeneweg., de Legib. Abrogat. ad C. 2.41; Voet 4.1.13; van der Keessel, Dictata ad Grot. 3.48 et seq.). Herstel teen derde persone met wie 'n eiser geen regsbetrekkinge gehad het nie is ondenkbaar.

Daardie benadering bewys egter dat daar in ons regsbedeling en regskenbronne heelwat dorre hout is wat uitgelees moet word of oordeelkundig gelees moet word. In die Romeinsereg was restitutio in integrum 'n uitvloeiing van Romeinse dualisme: die vormelike regshandelinge was, ondanks dit gehaper het aan die wil om hulle te verrig, geldig jure civile maar kon vernietig word, of lamgelyk word, of hulle normale gevolge kon verbydel word deur toepassing van die pretoriese reg. Selfs in die tyd van de Groot nog was herstel 'n "behulpmiddel" buite die reg om, wat verkry word van die hof owerheid of van 'n hof (b.v. die Hof Raad) aan wie daardie bevoegdheid opgedra was. (Inleyd. 3.48.5). Soos uit van der Keessel se aantekeninge blyk was te dien aansien die posisie van 'n eiser verskillend van die van 'n verweerder. In Suid-Afrika het ons geen praetors nie en die hof owerheid meng hom nie met die regsbedeling in nie. Al wat van die leerstuk oorbly is die regsbeginsels wat daarin ontwikkel is. Die konkurrensie tussen die ou regsmiddels bestaan nie meer nie, nog die Romeinse dualiteit. 'n Riser moet vandag nie meer oorweeg wat die voordeligste regsmiddel gaan wees: herstel in die vorige stand, die

Pauliana, rei-vindicatio, of die actio doli. Indien dit aan iemand se wilsuïting gehaper het, ditsy uit hoofde van verskoonbare vrees, dwang, dwaling of minderjarigheid, dan, indien hy die eiser is, verlaat hy hom eenvoudig op daardie bewering om sy vordering te staaf. Is hy die gedaagde, dan werp hy dit as verweermiddel op.

Uit bostaande moet dit reeds blyk dat die verskil tussen nietige en vernietigbare ooreenkomste nie 'n begrip is waarmee ek dweep nie. Vir sekere oogmerke kan daardie begrip nuttig wees, maar om van die hoofde waaronder die indeling plaasgevind het verdere juridiese konsekwensies af te lei, is myns insiens 'n dwaling.

Indien die wetgewer voorskryf dat 'n sekere ooreenkoms van nul en gener waarde sal wees en dat hy geen regsgevolge sal hê nie, dan kan natuurlik geen van die kontraktante hom op die ooreenkoms verlaat nie. In die geval van die hinkende kontrakte (pacta claudicantia) daarenteen staan dit die gelederde party - of die voog van die party wat met die kontraksluiting handelingsonbevoeg was - vry om op die geldigheid van die kontrak te bestaan. Hierdie ongelyke behandeling van party^e

is te danke of te wyte aan verskillende faktore. Waar dit gehaper het aan handelings^{dit}onbevoegdheid sê die juriste dat, die plig is van elkeen wat 'n tweesydigse regshandeling aangaan om hom te vergewis van die regstoestand van sy teenpartyder. Hy moet homself dus verwyte as hy skade ly ~~as~~ omdat hy te dien aansien agtelosig was. Die oogmerk van handelingsonbevoegdheid is om sekere klasse van persone te beskerm. In die geval van dwang en bedrog kan die slagoffer op die geldigheid van die ooreenkoms aandring eenvoudig uit hoofde van die feit dat die regsorde niemand toelaat nie om sy aangegane verpligtinge te ontduik op grond van sy eie bose daad: nemini dolus suus prodesse debet.

In die werk "Kontraktereg" van de Wet en Yeats (bl. 28) sê die geleerde skrywers:

"Die stelling dat bedrog in party gevalle tot nietigheid lei, moet egter nie te letterlik opgeneem word nie, want selfs in hierdie gevalle word geleer dat die bedrogene, as hy wil, die ooreenkoms in stand kan hou, 'n houding wat nie te rym is met die nietigheid van die handeling nie."

Dit is om 'n ooreenkoms te beskou as ein Ding an sich wat



geen werk kan verrrig nie tensy hy bestaan. 'n Ooreenkoms is 'n regshandeling waaruit gewoonlik 'n kompleks van regsgevolge voortvloei. As ons ons nie op die begrip "ooreenkoms" (wat tog eintlik slegs die daad beskrywe waaruit daardie kompleks van regsgevolge voortvloei) blindstaar nie, maar dink aan wat ons werklik bedoel, *nl.* aan daardie kompleks van regte en verpligtinge, dan is daar niks vreemds nie in die gedagte dat 'n ooreenkoms soms slegs ten gunste van een party 'n werklike bestaan kan hê. Soos Ulpianus opmerk (D. 19.1.13.29): ex uno latere constat contractus. Om ooreenkoms as abstrakte entiteit te beskou wat moet bestaan of nie bestaan nie is 'n gogeling met beelde. So b.v. sê Papinianus (D. 46.3.95.2): aliquando evenit, ut inanis obligatio confirmetur. In die Romeins-Hollandse reg is hierdie gedagte ook nie vreemd nie, Arntzenius (Instit. Jur. Belg. 3.6.25) merk op dat indien 'n vrou wat onder die maritale mag staan sonder magtiging van haar man 'n ooreenkoms aangaan, dit "adeo est nullum, ut ambo neque civiliter nec naturaliter teneantur." Desondanks kan die man haar ooreenkoms bekragtig want, sê die skrywer, die nulliteit

moet verstaan word ~~xxx~~ "ab ipsius parte".

Die beweerde verskil tussen nietige en vernietigbare ooreenkomste het ek behandel omdat dit myns insiens van belang is by oorweging van die posisie van tweede en derde appellante. Na hulle keer ek later terug.

In hierdie geval het eiser gekonkludeer op rei-vindicatio op grond daarvan dat sy grond in vreemde hand geraak het sonder redelike oorsaak, in casu as gevolg van 'n nietige regshandeling (Groeneweg. t.a.p.).

Hy eis dat sy grond aan hom teruggetranspoteer word op dieselfde wyse wat iemand sy grond sou opeis wat deur 'n ongemagtigde persoon aan 'n derde getranspoteer is

(vgl. Deutsche Afrika Bank (in Liquidation) v. The National Bank of South Africa Ltd. and Registrar of Deeds, 1923

S.W.A. bl. 19). Die regshandeling is nietig, beweer hy, ^{gehad} omdat hy nooit die bedoeling het nie om die plase aan eerste verweerder as 'n geskenk te gee nie en dat hy dit nooit sou gedoen het nie indien hy nie so swak en uitgeput en so geheel-en-al onder die invloed van eerste verweerder was nie. Die grond waarop hy sy eis regshandeling aankyf ⁸⁰ is dus nie een van die geykte gronde wat ons reg erken nie.

Tensy dit onder een van daardie gronde gebring kan word, soos my kollega Fagan meen te doen, dan kan ek net een vertolking gee aan die konklusie van eis nl. dat eiser hom verlaat op die Engelse leerstuk van "undue influence" om sy regshandelinge te ontsenu. Of daardie leerstuk in ons reg geresipeer is, is 'n vraag wat ek later behandel.

Die geleerde Regter a quo was van mening dat afgesien van die bekende gronde waarop 'n regshandeling ongedaan gemaak kan word, nl. minderjarigheid, bedrog, vrees, verskoonlike vergissing en afwesigheid, die hof 'n diskresjie het om dit te doen op ander gronde van billikheid. Hiermee kan ek nie akkoord gaan nie. In ons regskenbronne vind ek geen ondersteuning ^{vir} van bedoelde diskresjie nie. Van der Linden (K.H.B. 1.18.10) sê dat herstel toegestaan kan word "mits daartoe wettige redenen dienen, die in 't recht zich bepalen tot vreeze of geweld, - bedrog, - minderjarigheid, - afwesigheid, - verschoonlyke vergissing, - benadeeling over de helft, - en verder alle zulke redenen van billikheid, volgens welke de handeling niet behoort te blyven bestaan". Mens moet onthou dat die outeur net soos de Groot hier nie uitsluitelik oor

verbintenisse uit ooreenkoms handel nie, maar oor verbintenisse in die algemeen, b.v. "uit pleits-accoorden en sententiën", herstel van eensydige handelinge soos die aanvaarding van 'n erfenis en wat dies meer sy. Al ons skrywers verkondig in woorde wat min of meer met die van Van der Linden ooreenkom so 'n algemene bevoegdheid: "om alle andere redelyke oorsaken de welke alhier te lang soude vallen te verhalen" (Van Leeuwen, R.H.R. 4.42); "alderhande rechtveerdige oorsaken" (Huber, H.R. 4.41.5). Soos Huber egter t.a.p. beduie is hierdie algemene grond nie iets nuuts nie; dit is slegs 'n weergawe van die clausula generalis Praetoris. Daardie klousule laat egter nie die toepassing van aequitas cerebrina toe nie. Soos Voet opmerk moet daar steeds 'n justa causa restitutionis wees (4.1.26). Soos Glück opmerk (Pandecten, 4.6. § 472 in fine) is die inslag van daardie klousule baie beperk en

"Herstel ex clausula praetoris generali vind nooit plaas nie in 'n geval waar by 'n bepaalde oorsaak vir herstel die wettige vereistes ontbreek."

Op ooreenkomste het daardie klousule nie betrekking nie.

Dit het betrekking op herstel van verjaring, suiwering van defout, heropening van 'n verlore geding, aktes van dading ens. (Glück, loc. cit.). Huber stel drie vereistes vir die uitoefening van regsmag ingevolge die clausula generalis: daar moes dwaling gewees het omtrent die feit waarvan herstel verlang word; daar moes 'n dadelike en kragtige oorsaak buiten ons self gewees het wat tot die feit aanleiding gegee het en derdens daar moes 'n oorsaak gewees het wat nie afgekeur word nie by die ander redes vir restitusie, maar van hulle verskil. Daeliks verleen ons howe "herstel" van prosesregtelike ongerief of onmag veroorsaak deur versuim, dwaling of verskoonbare omstandighede: 'n gedingvoerende party word toegelaat om na die bepaalde termyn appél aan te teken, verweer aan te teken, 'n saak te heropen en wat dies meer sy. Waar aansoek gedoen word vir tegemoetkoming van die kant van die regter, speel regterlike goeddunk natuurlik 'n groot rol. Indien die regter ingryp in die prosesorde met sy interlokutore bevele dan is die geding nog res integra en kan die gedingvoerende party nog tot sy goeie reg kom. Dit is egter 'n ander saak waar die regter 'n inbreuk maak op die regsorde en die regte wat uit ooreenkoms vloei.

Indien hy 'n regshandeling kan verydel sodra sy subjektiewe billikheidsgevoel dit veroordeel, sou daar geen regsekerheid wees nie. In die voorwoord tot sy uitgawe van de Grootse Inleiding van 1767 sê Schorer dat 'n regter wat volgens sy gesonde verstand, na goeddunk en sonder regsreëls kan oordeel meer te vrese is as honde en slange. Daarmee is ek dit roerend eens.

Voet se stelling in Comment. 4.2.11

in fine is nie tersake nie. In daardie titel behandel Voet metus, vrees. Hy sê mens kan nie jou kontraktuele verpligtings ontduik nie net omdat jy beweer dat jy ingeskugter was deur jou teenpartyder, wat 'n hoogwaardigheidsbekleër was. Dan kom die teenstelling: verkoop, skenking of dading moet vernietig word, indien hulle tot stand gekom het as gevolg van druk uitgeoefen ~~duur~~ deur 'n amptenaar wat 'n magsposisie bekleë et per potentiam extortae sunt, d.w.s. en deur middel van daardie mag afgepers is. Dat Voet hier direkte vreesaanjaging in die oog had en geen benewelde begrip nie staan buite twyfel, want hy beroep hom op C. 2.20 (19), De his quae v^t metusve causa gesta sunt, 11 en 12. Lex 12 lui: "Venditiones

ditiones transactiones, quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari," d.w.s. "Ons verorden dat koopkontrakte, skenkinge en aktes van dading wat deur magsmisbruik afgepers is vernietig word". Impressio beteken dwang; Brissonius sê (s.h.v.) "pro concussione" en gee sinsnedes op waarin die woord sinoniem is met "terror" en "vis". Lex 11 is nie minder duidelik nie. Daar kan impressio onmoontlik "undue influence" beteken. Dit kan as volg vertaal word:

"Indien iemand deur afpersing (omdat hy 'n ander vrees wat tenminste 'n laëre ampsposisie beklee) sy eiendom in die provinsie of plek waar daardie amp beklee vervul word lewer ingevolge 'n koopkontrak, moet die gekoopte ding teruggegee word en kan die verkoper desondanks die geld behou. Dieselfde straf tref so 'n persoon wat die naam van sy vrou misbruik en tog self buit verkry."

Hier het ons onversluierde afpersing. Die geledeerde behou die koopprys en kry sy eiendom terug as straf van die ampsbekleër wat sy mag misbruik. Die reel geld ook nie deurgaans nie, maar slegs indien die afpersing geskied binne die magsfeer van die vreesaanjaër; dit geld ook nie ten aansien van elke vreesaanjaër nie, maar slegs teen een

wat met 'n sekere mate van gesag beklee is.

In die onderhawige saak word daar van vreesaanjaging nie gerep nie. Weliswaar beweer eiser in sy konklusie dat hy "aan eerste verweerder herhaaldelik gesê het dat hy, eiser, bevrees was dat indien hy nie van sy siekbed herstel nie, daar niemand sou wees om sy boerdery te behartig ens." So 'n subjektiewe vrees wat in eie gemoed ontstaan is nie tersake nie. Op sy hoogste kan dit 'n motief wees waarom eiser die regshandeling aangegaan het; die oorsaak van die handeling in juridiese sin kan dit nie wees nie.

Voet het m.i. afdoende bewys dat die Constitusies in die Codex wat oor die verhouding tussen arts en pasiënt handel vandag nie meer van toepassing is nie. In daardie constitusies gaan dit oor vrees en dwang gepaard met bedrog. Van soiets word in die konklusie van eis nie gerep nie.

Die vraag is dan of eiser se bewerings 'n aantyging van dolus soos dit in die Romeins-Hollandse reg verstaan word inhou.

Ek wil grif toegee dat die woorde dolus en bedrog nie dieselfde veld dek nie. Dolus kan beteken die opset wat die dader het wat 'n misdad pleeg. Soos Savigny aanstip (System des r.R. 3 § 115) beteken die woord in die prosesreg soms 'n onredelike hardnekkigheid ten aansien waarvan geen verwyt origins die betrokke persoon tref nie (D. 44.4.2.5). Indien ons egter van dolus praat wat wilsverklarings ongeldig maak dan het ons in gedagte slegs doelbewuste verwekking van dwaling waardeur die dwalende tot die wilsverklaring beweeg word. "In hierdie verband beteken dolus vervalsing van die waarheid ~~en~~ ~~het~~ dieselfde betekenis as fraus (D. 4.2.1.2; 2.14.7.9,10; 18.1.43.2)" - dus niks anders nie as ons dielse bedrog. In die sin word die woord gebesig in die digestetitel de dolo malo. In die eerste fragment reeds stel Ulpianus dit dat die praetor hierdie regsvoordring ingestel het sodat die malitia van bedieërs hulle nie tot voordeel strek nie. Malitia tog beteken boosheid, arglis, skelmery, verraderlikheid. In daardie fragment (D. 4.3.1) sê Ulpianus:

"Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui

aliis offuerunt calliditate quaedam, subvenit, ne
vel illis malitia sua^{et lucrosa} vel istis simplicitas damnosa."

Ek meen die korrekte vertaling daarvan is:

"In hierdie (gedeelte van die) edikt verleen die praetor hulp teen bedriegelike en skelmagtige mense wat andere deur hulle sluhheid skade aangedoen het, opdat eersgenoemde nie voordeel uit hulle boosheid trek nie en laasgenoemde geen nadeel sal ly nie as gevolg van hulle eenvoudigheid."

Die woord varius het daar dieselfde betekenis as in die vers van Vergilius "Varium et mutabile semper femina." Dirksen in sy Manuale (vertaal) gee die betekenis as: qui simulate agit.

Hier kan die beroemde woordbepaling van Labeo ook geen uitkoms gee nie. Hy sê (D. 4.3.1.2) -

"Dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam."

Hulot vertaal dit as:

"On entend par ce mot tout espèce de ruse, de tromperie, de manoeuvre employée pour surprendre, abuser, tromper quelqu' un."

My kom dit voor as 'n korrekte vertaling. Dit stel voor op 'n bedriegelike, afkeuring afkeurenswaardige en weg-

werpelike daad van die beklaagde wat hy gedoen het met die opset om 'n ander te bedrieg of tot sy nadeel om die tuin te lei.

Om Labeo se woordbepaling so te vertolk dat dit enigiets dek wat ons billikheidsgevoel skok is onwetenskaplik. Billikheidsgevoel is erg rekbaar. Dit is nie iets vreemd nie in Suid-Afrika dat regsgeleerdes 'n blote skenking, waar geen teenprestasie beding word nie (wat trouens die handeling uit skenking sou uitskakel), as 'n gelofte sonder redelike oorsaak en gevolglik onafdwingbaar beskou het. So 'n losse of vaë begrip van wat dolus beteken kon Labeo nooit gehuldig het nie. Die praetor het afgekondig:

"Indien daar geweer word dat iets op bedriegelike wyse gedoen is, indien daar geen ander regsmiddel beskikbaar is nie en indien dit blyk dat daar regtens oorsaak is om in te tree, sal ek 'n regsvordering verleen." (D. 4.3.1.1).

Dolus was infameerend. Gevolglik is die regsmiddel nie ligtelik toegestaan nie. Vir dieselfde rede was die verjaringstermyn besonder kort. Indien daar 'n ander, minder drastiese regsmiddel beskikbaar was kon 'n eiser hom nie op dolus verlaat nie. Dit lê dus voor die hand

dat Labeo elke denkbeeldige onegaliteit nie as dolus kon beskou het nie. Ons kommentators het die woordbepaling van Labeo aanvaar maar, goeie romaniste soos hulle was, daar geen splinternuwe betekenis aan gaan gee nie. As die begrip "undue influence" onder die vlag dolus kon geseil het is dit verbasend dat in al die kenbronne van Romeinse en Romeins-Hollandse reg, wat so ryk is aan kasuïstiek, daar hoegenaamd geen weerklank daarvan gevind kan word nie.

Laat ons nou die bewerings in die konklusie van eis vervat op die keper beskou. Die eiser beweer dat toe hy die volmagte geteken het om die grond te transporteer, hy 'n bejaarde ~~man~~ man was van 73, ernstig siek en liggaamlik, geestelik en verstandelik swak en uitgeput. Dit word nie beweer dat hy onder kuratele gestaan het nie, nog dat hy nie by sy volle verstand was of nie geweet het wat hy doen nie. Dat seniliteit 'n nuwe status of regstoestand skep is vir my nie begryplik nie. As eiser kon beweer dat hy nie wis wat hy ~~gedoen-het~~ doen nie dan was ~~die~~ saak in orde.

Voorts word beweer dat eerste verweerder destyds opgetree het as eiser se geneesheer en raadgewer.

Met die Verhouding tussen pasiënt en arts het ek reeds gehandel. Dit word nie beweer dat eerste verweerder loon ontvang het vir sy raad nie of dat hy anders dan as vriend raad gegee het. Daar bestaan besondere verhoudings tussen klient en sy regsgeleerde raadsman; daardie verhoudings berus op mandaat. Maar van so iets word daar in die konklusie nie geref nie.

Eiser het geen kinders gehad aan wie hy die plase kon nalaat nie. Hy was bevrees dat indien hy te sterwe kom daar niemand sou wees om sy boerdery te behartig nie in belang van sy eggenote en volk. Eerste verweerder het eiser toe aangeraai om die plase aan hom oor te dra sodat hy die boerdery kon behartig in belang van bedoelde persone. Hier word dus 'n skenking sub modo beweer - wat de Groot 'n "opdat" noem. Dat so 'n modus - tensy dit bedag is slegs ten gunste van die donataris - afdwingbaar is behoef geen betoog nie. Dat die skenking, indien die bedoeling was dat die donataris persoonlik geen voordeel daaruit sou trek nie, herroepelik is voor dit aanvaar word deur die vrou en die volk behoef ook geen betoog nie. Daardie beweringe word

egter nie gemaak nie en die hele saak is oor 'n ander
boeg gegooi.

Indien die skenking 'n voorwaardelike
was " ditsy onderhewig aan 'n uitdruklike voorwaarde
of 'n conditio juris " met die oogmerk dat dit sou
verval indien die eiser van sy siekbed sou herstel, dan
is die skenking denkbaar herroepelik uit hoofde van die
beginsels wat van toepassing is op 'n skenking mortis causa
of die beginsels wat ten grondslag lê van die conditiones
datorum, b.v. causa finita. Die onderleg vir sulke
regsmiddels ontbreek egter in die konklusie.

Weliswaar bevat paragraaf 12 van die
konklusie 'n bewering dat die "eerste verweerder op on-
behoorlike wyse en onwettiglik vir eiser
beïnvloed het". Afgesien van die Engelse begrip is dit
vir my 'n splinternuwe grond om 'n regshandeling aan te
kyf. Tensy ons heeltemaal arbitrêr hierdie grond tot
transaksies tussen mense wat tot mekaar in sekere verhoudings
staan wil bepaal, weet ek nie hoe dit binne redelike grense
gehou kan word nie. Om van 'n ander wat by sy volle posi-
tiewe is 'n guns te vra is tog nie vermaledied nie.

'n Makelaar wat buitengewone invloed het op sy handelingsbevoegde maar sieklike klient dring by hom aan om sekere aandele te koop; 'n ouderling dring by 'n siekerige ryk-aard aan om 'n dankoffer te gee aan die kerk en stel in vooruitsig skatte wat teen mot en roes bestand is;

'n neef wat 'n besonder knap verkoopsagent is en tewens die gunsteling van sy oom praat daardie oom - 'n bejaarde en siekerige boer, maar sonder enige beperking van sy handelingsbevoegdheid - om om 'n trekker te koop; moet in al hierdie gevalle die regshandeling wat op sulke beïnvloeding volg vatbaar wees vir vernietiging? Vra is vry en om 'n ander tot jou eie voordeel te oortuig ~~an~~ is ook geen sedelike vergryp nie. Sonder kwetsing van die algemeen erkende sedenorme wat in hierdie verband in ons regstelsel behoorlik afgebaken is, kan daar geen sprake van dolus wees nie. Die va~~l~~ begrip van "undue influence" is aan ons reg wildvreemd. Gevolgelik is gronde soos b.v. metus reverentialis nie voldoende om 'n regshandeling te besydig nie (Voet 4.2.11).

Die vraag ontstaan dan in hoeverre is die leerstuk van "undue influence" in ons reg geresipeer.

In Katzenellenbogen v. Katzenellenbogen and Joseph, (1947

The first part of the report is a general
description of the area. It is a large
area of land, mostly flat, with some
low hills in the north. The climate is
warm and humid, with a lot of rain.

The second part of the report is a
description of the vegetation. There is a
lot of tropical forest, with many
different types of trees and plants.

The third part of the report is a
description of the animals. There are
many different types of animals, including
monkeys, birds, and reptiles.

The fourth part of the report is a
description of the people. There are
many different types of people, including
Indians, Chinese, and Europeans.

The fifth part of the report is a
description of the economy. There is a
lot of different types of economic activity,
including agriculture, trade, and industry.

The sixth part of the report is a
description of the future. There are
many different types of future plans, including
development, conservation, and education.

(2) S.A. 528, 540) het Rechter Millin gesê:

"The English equity doctrine of the voidability of contracts for undue influence has been received in South Africa as fully consistent with the principles of the Roman Dutch law."

Daardie bewering steun op The Law of Contract van Sir

John Wessels (§ 1208) waar die geleerde skrywer opmerk:

"The South African Courts have allowed contracts to be rescinded where it has appeared to them that the consent of one of the contracting parties was not quite free, but had been influenced by the conduct of the other contracting party (Mostert v. South African Association and Others, 1868 Buch. 286; Morkel v. Bain, 1872, 2 R. 81).

Now the term "undue influence" is known neither to the Roman law nor to the Law of Holland, it has been borrowed by the South African Courts from English Equity Jurisprudence. The doctrine of rescission on account of undue influence as recognised by the English Equity Courts has frequently been applied by the South African Courts."

Wat "not quite free" beteken laat ek oor aan diegene
 wat ^{ver}getroud is met die geskilpunte tussen die Remonstranten
 en Contr^a-remonstranten. Ek moet egter konstateer dat ek
 geen logiese verklaring kan gee nie waarom iemand wat te
 ligtelik geswig het vir 'n werklike mate van dwang hom nie
 op die onvryheid van sy wil kan beroep nie, terwyl iemand

wie se wil as gevolg van "undue influence" "not quite free" was wel begunstig word.

Hier het ons 'n verskynsel wat in ons jurisprudence maar al te dikwels voorkom. 'n Romeins-Hollandse regsreel word met sy Engelse eweknie vergelyk; met welgevalle, indien nie met vreugde nie, word gekonstateer dat daar geen verskil is nie en dan staan die deur wyd oop vir die resepsie van Engelse reg. Gewag is gemaak van die feit dat ons 'n lewende regstelsel het wat vatbaar is vir ontwikkeling. Ek wil egter daarop attent maak dat geleidelike aanpassing aan nuwe omstandighede en probleme 'n soort van groei is wat tot krag lei; onbeheerde groei daarenteen lei tot boosaardige gewasse en ontbinding.

Dit is dienstig om die beslissings wat Sir John Wessels in gedagte gehad het na te slaan.

In Mostert v. S.A. Association and Others, (1868 Buch. 286) word van "undue influence" nie gerep nie.

Mostert was verweerder in 'n saak waarin vonnis by provisie gevra is vir rente op 'n verbandskuld. Hy het geen aanstalties gemaak om die saak te verdedig nie maar het die dagvaarding in sy sak rondgedra tot die môre van die

komparisiedag. Die gedagte dat sy naam in die Hof uitgeroep sal word het hom met vrees en afsku vervul.

Sy vrees het hy toe aan die onderbalju bekend gemaak wa-
 wie toe die raad gee "Why don't you confess?" Hy is
 toe saam met die onderbalju na eiser se prokureurs waar
 hy 'n volmag geteken het om toe te stem dat vonnis teen
 hom verleen word. 'n Advokaat het namens hom verskyn
 en ingestem dat vonnis teen hom verleen word.

In 'n latere geding het die Hof
 beslis dat daardie volmag en die daarop verleende vonnis
 nietig is. Die ratio decidendi is bra duister.

In sy uitspraak merk Hoofregter Bell op:

"Mostert never had an opportunity of going to another
 attorney."

en dit nadat hy gedurende die dies induciae die dagvaarding
 in sy sak rondgedra het.

"In fact, as the Counsel for defendants put it, he
 came into court not to contest any right, but to
 confess, to save his name being called in court.
 In the language of Voet (42.2.3) he acted 'per
 fervorem quendam praecipitatum'. He never con-
 sidered his rights, but rushed into court to save
 the calling of his name."

Die verwysing na Voet is 'n dwaling.

In Comment. 42.2. behandel Voet bekentenisse, geregte-lik sowel as buitengeregte-like. Al wat hy sê is dat 'n bekentenis uit ¹vrye wil moet geskied. Uitlatings gemaak as gevolg van dwang, vrees of marteling kan nie as bekentenisse geld nie, nec per fervorem quendam praecipitatum, aut calorem iracundiae", d.w.s. "nog uitlatings wat hy maak terwyl hy deur een of ander driftigheid meegesleep word of in woede". Voet sê dus niks meer nie dan dat slegs 'n ernstige, bedoelde bekentenis as ware bekentenis kan geld.

Mostert het ook nie die prokureur van sy teenpartyder as sy prokureur gaan raadpleeg nie. Dit sou tog onsinnig wees om te beweer dat as hy daardie prokureur gaan betaal het, of met hom 'n vergelyk getref het, sy handeling 'n nulliteit sou gewees het. Dit wil deurskemer dat die werklike ratio decidendi was dat Mostert deur sy moeder uitgebuit is, wat toe glad nie ter sake was nie.

Hoe gouer ons hierdie beslissing as 'n stut van gesag uit ons jurisprudence skakel, hoe beter vir ons regsbedeling. As dit wel steun verleen

aan die Engelse "undue influence" dan bewys dit tot
watter absurditeit daardie leerstuk lei.

Morkel v. Bain, (2 Roscoe 81) het met
"undue influence" niks te make nie. 'n Notaris het
'n ongeletterde persoon 'n kontrak laat teken in 'n
vreemde taal opgestel sonder om die inhoud behoorlik vir
hom te verduidelik. Die beslissing gaan oor die pligte
van 'n notaris. Blykbaar was dit 'n geval van dwaling.

In Yates v. Estate Yates, (20 S.C.

35, 37) het Hoofregter de Villiers opgemerk:

"I quite agree with Mr. Schreiner's contention, that
if there had at the time" (toe 'n kontrak aangegaan
is) "been a recognised fiduciary relation between ~~th~~
them, it would have been the duty of the plaintiff,
before entering ^{into} any contract with her for his own
benefit, to see that she obtained independent ad-
vice."

Volgens die hofverslag het die pleidooie slegs oor die
feite gegaan. Die gesiteerde uittreksel is 'n obiter
dictum en die saak is op feite beslis.

In Stride v. Wepener, (1903 T.H.

383, 386) was die bewering o.a. dat 'n vrou 'n volmag
om 'n verband te passeer geteken het "at the instance

and under the directions of her deceased husband, without the same having been explained to her and without understanding the meaning and effect thereof." In sy uitspraak het Regter Bristowe gesê:

"Now it is not necessary for me to decide whether, if this had been a case of a gift by the plaintiff to her husband, she would have been entitled to set it aside on the ground of undue influence. It may be that she might have been so entitled
....."

In Armitage Trustees v. Allison, (1911 N.L.R. 88) het 'n prokureur sy kliente aangeraai om 'n verband oor te neem waarin hy 'n belang gehad het. Na 'n oorsig oor Engelse jurisprudence het Regter-President Dove-Wilson as volg besluit:

"On a consideration, therefore, of the English cases to which we have referred, and of the opinion of de Villiers, C.J., in Yates v. Yates, we think the law applicable to the present case may fairly be taken as that laid down by Stirling and Cozens-Hardy, L.JJ., in Wright v. Carter."

Hier het ons die verskynsel waarna ek verwys het. Die geleerde Regter-President het voortgegaan en gesê:

"We are of opinion that defendant made a full disclosure of the material facts attaching to the proposed investment; but in the absence of

competent independent advice much more than this would be necessary to convince the Court that the transaction was perfectly fair. In the words of Lord Eldon, the defendant must show that no industry he was bound to exert would have got a better bargain, and that he gave the trustees all reasonable advice against himself which he would have given against a third person."

Hierdie stelling skok my sin vir billikheid. Manne wat ten volle handelingsbevoeg is gaan 'n ooreenkoms aahn ten aansien van 'n aangeleentheid waarvan die prokureur volle besonderhede verskaf. Daar was dus hoegenaamd geen verdonkermaning nie. Toe hulle verwagtings egter verydel is, is die prokureur aanspreeklik verklaar net omdat hy hulle prokureur was. Nergens in ons regspraak kan ek steun vind vir die stelling nie.

In Armstrong v. Magid and Another, (1937 A.D. 260) het die Hof aangeneem dat "undue influence" 'n ooreenkoms vernietigbaar maak. Geen argument te dien aansien is gelewer nie. Appèlregter de Villiers sê (bl. 273):

"It is admitted, and it seems clear law that a contract induced by undue influence is on the same footing as a contract induced by a fraudulent misrepresentation."

Op die keper beskou kan dit dus nie gesê word nie dat daar-
 die leerstuk foro contradictorio geresipieer is nie.
 Op sy hoogste het ons tot op 1937 'n paar neutrale sake,
 'n paar onoorwoë en ondeurdagte obiter dicta en een of twee
 regsdwalinge. Die Engelse leerstuk is daarna wel hier en
 daar ingeënt maar dit is nie met so 'n landswye en
 algemene instemming aanvaar nie dat mens van resepsie
 kan praat nie.

Gesteld egter dat ek van mening was
 dat die leerstuk van "undue influence" wel in ons reg
 geresipieer is of dat dit op die begrip dolus ingeënt
 kan word, dan sou ek nie met my kollega saamstem nie dat
 'n verskil gemaak moet word tussen die drie appellante.
 Indien dolus hier 'n rol gespeel het dan was dit dolus
causam dans. Die verskil wat die ouëre skrywers
 maak tussen bonae fidei en stricti juris kontrakte is
 vandag net van historiese belang. Die feit dat 'n
 regsvordering weens dwang in rem scripto is en die
 weens dolus in personam, is 'n toevalligheid van die
 Romeinse prosesreg. Glück (2 Buch. 14 Tit. § 296,
mihi Band 4 bl. 139) verlaat hom o.a. op Voet (4.3.3 en

6.1.14) en besluit:

"Ich finde demnach nicht das mindeste Bedenken, denen beyzutreten, welche dem betrogenen Verkäufer die Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer seiner Sache gestatten."

Hetwelk overgezet zynde beteken:

"Gevolgelik het ek nie die minste huiwering nie om my te skaar by daardie outeurs, wat die bedroë verkoper die reg inruim om sy eiendom van 'n derde besitter te vindiseer."

Die redenasie wat hom tot daardie besluit laat geraak lyk ^{vertrafel} vir my onweerlegbaar tensy mens die gedagtegang deur insleping van antedeluviaanse fossiele.

Ek sê egter dat vir my uit die konklusie van eis geen dolus in Romeins-Hollandse sin blyk nie. Die Engelse gemaskerde of bemantelde begrip wat hom hier as dolus wil voordoen erken ek nie.

Volgens my oordeel moes die eksepsie geslaag het met die koste en behoort hierdie appêl te slaag met die koste.

J. B. H. lew.