



**WETENSKAPLIKE BYDRAES VAN DIE PU VIR CHO**

Reeks H: Inougurele Rede nr. 109

**REGSOSIOLOGIE:  
SENTIMENTELE HUMANISME OF  
NUGTERE REALISME?**

**Gerrit Pienaar**

Intreerede gehou by die PU vir CHO op 4 September  
1987.

**Departement Sentrale Publikasies**  
Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys  
Potchefstroom  
1987

Die Universiteit is nie aanspreeklik vir menings in die publikasies uitgespreek nie.

Navrae in verband met die *Wetenskaplike Bydraes* moet gerig word aan:

**Die Direkteur  
Departement Sentrale Publikasies  
Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys  
2520 POTCHEFSTROOM Suid-Afrika**

© 1987

ISBN 0 86990 936 3

# REGSOSIOLOGIE: SENTIMENTELE HUMANISME OF NUGTERE REALISME?\*

Gerrit Pienaar\*\*

## 1. REG EN SAMELEWING

Die Suid-Afrikaanse reg is (hoewel relatief jonk) gegrond op 'n trotse en eeueoue regstradisie. Dit is algemeen bekend dat die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel het uit 'n oorname van hoofsaaklik Romeins-Hollandse en Engelse regsbeginnels<sup>1</sup>. Baie van hierdie beginnels het ontstaan in die voorklassieke en klassieke Romeinse beskawing van tussen 1 500 en 1 800 jaar gelede. Dit is daarna uitgebou in die Europese en Angel-Saksiese milieu en onderskeidelik gedurende die 17de en 19de eeu in Suid-Afrika gerespieer<sup>2</sup>. Op die tydstip van oorname van hierdie beginnels was sowel Holland as Groot-Brittanje welvarende gemeenskappe waar die Westerse kultuur en waardes gevestig en uitgebou is. Die regstelsel wat dus aan die Kaap en later in die res van Suid-Afrika gerespieer is en ontwikkel het, kan tereg bestempel word as die kulminering van die beste Westerse kultuurwaardes en regsbeginnels wat wêreldwyd as regverdig en billik erken is en word. Gevolglik behoort die Suid-Afrikaanse regstelsel van die beste in die Westerse regstradisie te wees. Maar is dit wel so?

Om die waarde van 'n regstelsel te bepaal, is geensins 'n eenvoudige taak nie. Hierdie vraag lei na die *is* en *behoort* (*sein* en *sollen*) van die reg<sup>3</sup>. Vir navolgers van die regspositivisme skep dit nie 'n groot probleem om die waarde van 'n gegewe regstelsel te bepaal nie, aangesien die reg ingevolge hierdie denkrigting 'n konkrete gegewene is wat deur positivering deur 'n daartoe bevoegde orgaan tot stand kom en waar spekulasie oor regsbeginnels van geen of weinig belang is<sup>4</sup>. Die reg bestaan dus hiervolgens hoofsaaklik uit 'n vasgestelde tegniek wat deur 'n bevoegde liggaam toegepas word en deur bepaalde onderhoriges nagevolg moet word. Dit is so goed of so swak as wat dit

\* Intreerede gehou by die PU vir CHO op 4 September 1987.

\*\* B.Jur et Comm LL.B LL.D (PU).

deur die bevoegde liggaam gepositiveer word. Historiese beginsels (uitgesonderd in die geval van die historiese positivisme) speel in hierdie proses nie 'n groot rol nie en gewoonlik word die belang van die gemeenskap vir wie die reg gepositiveer word, deur regspositiviste onder- of oorbeklemtoon.

Die waarde van die reg vir 'n natuurregaanhanger is geleë in die navolging van sogenaamde ewige, onveranderlike natuurregsbeginsels, wat nie deur positivering as sodanig nie, maar deur die identifisering van universele, ideële beginsels, wat as regverdig en billik erken word, toepassing vind<sup>5</sup>. In hierdie geval is dit veel moeiliker om die geldende reg te evalueer, aangesien daar gewoonlik in 'n mindere of meerdere mate meningsverskil oor die aard van toepaslike regsbegin-sels mag wees.

Kritiek teen die standpunte van sowel regspositiviste as natuurregaanhangers is dat hulle dikwels nie met die eiesoortige aard van die gemeenskap wat georden moet word, rekening hou nie<sup>6</sup>. Regspositiviste verabsoluteer die positiveringsorgaan (as bepaler van regsbegin-sels), sowel as die gepositiveerde reg, terwyl natuurregaanhangers dikwels aan historiesebegronde beginsels die waarde van ewige, onveranderbare, ideële regsreëls toedig.

Ingevolge die Suid-Afrikaanse regstradisie word sterk op historiese regsbegin-sels gesteun. Dit is nie opsigself verkeerd nie, mits dit nie in historisme ontaard nie. Historisme kan òf gegrond wees in die uitgangspunt dat die Suid-Afrikaanse gemene reg op die erkenning van ewige, universele natuurregsbegin-sels gebaseer is, òf in navolging van die historiese positivisme<sup>7</sup> op die gedagte berus dat die navolging van die gemeenregtelike beginsels 'n noodwendigheid is, aangesien dit in Suid-Afrika die erkende (moeilik veranderbare) gepositiveerde reg is.

Die reg is egter nie 'n doel op sigself nie, maar die doel van die reg is om 'n gegewe gemeenskap te orden<sup>8</sup>. Die aard van sodanige gemeenskap behoort dus een van die bepalende faktore by die beoordeling van die waarde van die reg vir sodanige gemeenskap te wees<sup>9</sup>. Myns insiens is dit nie nodig om by regspositivering en -toepassing historiese of ander regsbegin-sels teenoor die aard van die gemeenskap te stel nie, maar behoort daar eerder van 'n sintese van hierdie beginsels en die aard en behoeftes van die gemeenskap gebruik gemaak te word<sup>10</sup>. Aan die ander kant behoort die sosiologiese belang van die

deur die bevoegde liggaam gepositiveer word. Historiese beginsels (uitgesonderd in die geval van die historiese positivisme) speel in hierdie proses nie 'n groot rol nie en gewoonlik word die belang van die gemeenskap vir wie die reg gepositiveer word, deur regspositiviste onder- of oorbeklemtoon.

Die waarde van die reg vir 'n naturregaanhanger is geleë in die navolging van sogenaamde ewige, onveranderlike naturregsgbeginsels, wat nie deur positivering as sodanig nie, maar deur die identifisering van universele, ideële beginsels, wat as regverdig en billik erken word, toepassing vind<sup>5</sup>. In hierdie geval is dit veel moeiliker om die geldende reg te evalueer, aangesien daar gewoonlik in 'n mindere of meerdere mate meningsverskil oor die aard van toepaslike regsbeginsels mag wees.

Kritiek teen die standpunte van sowel regspositiviste as naturregaanhangers is dat hulle dikwels nie met die eiesoortige aard van die gemeenskap wat georden moet word, rekening hou nie<sup>6</sup>. Regspositiviste verabsoluteer die positiveringsorgaan (as bepaler van regsbeginsels), sowel as die gepositiveerde reg, terwyl naturregaanhangers dikwels aan historiesebegronde beginsels die waarde van ewige, onveranderbare, ideële regsreëls toedig.

Ingevolge die Suid-Afrikaanse regstradisie word sterk op historiese regsbeginsels gesteun. Dit is nie opsigself verkeerd nie, mits dit nie in historisme ontaard nie. Historisme kan òf gegrond wees in die uitgangspunt dat die Suid-Afrikaanse gemene reg op die erkenning van ewige, universele naturregsgbeginsels gebaseer is, òf in navolging van die historiese positivisme<sup>7</sup> op die gedagte berus dat die navolging van die gemeenregtelike beginsels 'n noodwendigheid is, aangesien dit in Suid-Afrika die erkende (moeilik veranderbare) gepositiveerde reg is.

Die reg is egter nie 'n doel op sigself nie, maar die doel van die reg is om 'n gegewe gemeenskap te orden<sup>8</sup>. Die aard van sodanige gemeenskap behoort dus een van die bepalende faktore by die beoordeling van die waarde van die reg vir sodanige gemeenskap te wees<sup>9</sup>. Myns insiens is dit nie nodig om by regspositivering en -toepassing historiese of ander regsbeginsels teenoor die aard van die gemeenskap te stel nie, maar behoort daar eerder van 'n sintese van hierdie beginsels en die aard en behoeftes van die gemeenskap gebruik gemaak te word<sup>10</sup>. Aan die ander kant behoort die sosiologiese belang van die

reg nie oorbeklemtoon te word nie, maar moet dit ewewigtig tesame met vele ander beginsels by regsforming en -toepassing aangewend word<sup>11</sup>.

Die vraag kan gestel word of daar by die positivering en toepassing van die Suid-Afrikaanse reg, benewens die historiese beginsels waarop daar uit hoofde van die resepsie van Romeins-Hollandse en Engelse regsbeginne gesteun word, genoegsame aandag aan die aard, samestelling en behoeftes van die Suid-Afrikaanse gemeenskap geskenk word. Daar is wel talle voorbeelde van historiese regsbeginne wat gemeenskapsgerig was, maar die waarde van hierdie beginsels behoort altyd binne die konteks van die eiesoortigheid van die gemeenskap waarvoor dit gepositiveer was, beoordeel te word. Dat daar min fout te vind is met die meeste van die (historiesbegronde) Westerse regsbeginne waarop daar so sterk gesteun word, behoef geen betoog nie. Die handhawing van Westerse regverdigheidsmaatstawwe en beskawingsnorme behoort sterk beklemtoon te word. Maar word daar rekening gehou met die feit dat die Suid-Afrikaanse gemeenskap nie 'n suiwer Westerse gemeenskap nie, maar grootliks 'n derdewêreld Afrikastaat met al die behoeftes en kenmerke van 'n derdewêreldstaat is? Word daar voorts oorweeg of alle historiesbegronde Westerse regsbeginne in alle omstandighede die geskikste remedie ter ordening van die Suid-Afrikaanse gemeenskap bied?

Hierdie vrae word gestel sonder om daarmee te kenne te gee dat daar van Westerse regsbeginne afstand gedoen moet word en net derdewêreldnorme toegepas moet word. Die Romeins-Hollandse en Engelse regsbeginne is aanpasbare norme wat met verloop van eeue telkens sodanig aangepas is dat dit tred gehou het met die aard en behoeftes van die gemeenskap waarvoor dit gegeld het. In *Blower v Van Noorden*<sup>12</sup> stel regter Innes dit soos volg:

There come times in the growth of every living system of law when old practice and ancient formulae must be modified in order to keep pace with the expansion of legal ideas, and to keep pace with the requirements of changing conditions . . . And it seems to me that this is an instance where we shall be fully justified in initiating a change of procedure, which is not in conflict with any fundamental principle of the Roman-Dutch law, and which will assist in keeping that law what we desire to see it, a living and effective instrument for the administration of justice.

Appèlregter Rumpff beskryf die Romeins-Hollandse reg in *Nortje v Pool*<sup>13</sup> meer dramaties as "... 'n lewendige en gespierde reg, met sterk innerlike groeikrag ..." en stel dan die vraag of "... die Romeins-Hollandse reg miskien aan die 'moderne' siekte van sklerose begin ly het?" Die aanpasbaarheid van hierdie regsbeginsels is myns insiens een van die redes waarom baie van die Romeinse regsbeginsels na meer as 1 500 jaar nog nie hulle trefkrag verloor het nie. Dit is voorts belangrik om daarop te let dat dit nie noodwendig nodig is om regs-beginsels te wysig of aan te pas in die belang van die gemeenskap nie, maar dat veral by die *toepassing* van bestaande regsbeginsels die aard en behoefte van die gemeenskap in ag geneem behoort te word.

Dit word egter bevraagteken of daar in Suid-Afrika voldoende gepoog word om regsbeginsels sodanig aan te pas en toe te pas dat dit vir die *hele* gemeenskap van nut en waarde kan wees. Regsreëls wat nie die regsgevoel van die grootste gedeelte van 'n gemeenskap weerspieël nie, kan op die duur nie staande bly nie, aangesien dit in sodanige omstandighede deur 'n groot deel van die gemeenskap nie gerespekteer en nagekom word nie<sup>14</sup>. Daarom is dit noodsaaklik dat daar ondersoek ingestel behoort te word na die rol van sosiologiese oorwegings as mede-bepalers by regspositivering en regstoepassing.

## 2. OMSKRYWING VAN REGSOSIOLOGIE

Soos op vele ander terreine van die reg is daar nie eenstemmigheid met betrekking tot 'n omskrywing van regsosiolegie nie. In Suid-Afrika is regsosiolegie al ietwat oorkrities as 'n verabsolutering van die sosiale funksie van die reg afgemaak<sup>15</sup>. Dit is waarskynlik daaraan te wyte dat die verabsolutering van sosiologiese beginsels wel aanvanklik uit die omskrywings van verskeie regsosioleë geblyk het<sup>16</sup>.

So wys Gurvitch<sup>17</sup> byvoorbeeld krities op die standpunt dat die onderskeid tussen reg en sosiologie daarin geleë is dat die eersgenoemde op die *quid iuris* (regsbeginsels wat of deur positivering of vanweë historiese waarde gelding geniet) gegrond is, terwyl die laasgenoemde die *quid facti* (die werking van die reg in die gemeenskap) beklemtoon. Dit lei daartoe dat juriste dikwels nie bereid is om die waarde van sosiologiese beginsels te erken nie en vrees dat sosiologiese beginsels die reg as normsisteem sal relativer. Daarteenoor is verskeie sosioleë geneig om die reg te omskryf as meganiese reëls en beginsels wat

geer, die skriftuurlike eis tot naasteliefde ten beste nagekom word.

### **3. REGSOSIOLOGIESE INVLOED OP ENKELE PRIVAATREGTELIKE BEGINSELS**

Alhoewel regsosiologie as 'n vakwetenskap in Suid-Afrika nog weinig aandag geniet het, het daar alreeds noemenswaardige regsosiologiese ondersoeke en beïnvloeding van verskeie privaatregtelike beginsels plaasgevind.

'n Voorbeeld hiervan is die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing se afgehandelde navorsingsprojek in verband met *Tussengroepverhoudinge*<sup>31</sup>, waar daar onder meer ook indringend op juridiese aspekte van tussengroepverhoudinge in Suid-Afrika gelet is. 'n Projek van die Suid-Afrikaanse Regskommissie insake regsreëls van toepassing op die sluiting van huwelike tussen swart persone is gedurende 1986 afgehandel en in hierdie navorsingsprojek is onder meer vanuit 'n regsosiologiese oogpunt na die aard en behoeftes van die groep waarop die betrokke regsbeginsele van toepassing is, aandag geskenk<sup>32</sup>.

Ek wil as voorbeeld op drie aspekte van die privaatregh wys waar daar alreeds in die verlede sterk op regsosiologiese maatstawwe gesteun is en waar daar in die toekoms sinvol van sodanige maatstawwe gebruik gemaak behoort te word:

#### **3.1 Regsubjektiwiteit van regspersone**

Groepvorming is die grondslag van die regsubjektiwiteit van regspersone. 'n Regspersoon word omskryf as 'n mensegroep wat ongeag die wisseling van individuele lede as 'n regsubjek met regte en verpligtinge afsonderlik van dié van die individuele lede in die regsverkeer optree. Alhoewel groepvorming enige regspersoon ten grondslag lê, is alle groepe nie regspersone nie, maar slegs groepe wat aan bepaalde vereistes voldoen. Histories is wel altyd met groepvorming rekening gehou, maar is groepe nie noodwendig van regsweë as regspersone erken nie.

In die Griekse staatsopset is sosiale en ekonomiese groepvorming weliswaar onder toesig van die staat toegelaat, maar politieke groepvorming (veral van groepe wat krities teenoor die owerheid ingestel was) is nie toegelaat nie. Die ideaal van filosowe soos Plato en Aristoteles

was dat groepe vryheid in die staat (en nie *teenoor* nie) moes verkry. Hierdie ideaal is egter nooit na behore deurgevoer nie<sup>33</sup>.

In die Romeinse reg is groeppvorming net met uitdruklike owerheids-toestemming toegelaat. Ekonomiese doelstellings is wel deur die staat as grondslag vir groeppvorming erken (byvoorbeeld groepe wat vir goud, silwer en sout gemyn het en sekere handelsaktiwiteite beoefen het), maar groepe met sosiale doelstellings, veral van 'n politieke aard, was meestal verbode. Die uitgangspunt was *salus populi suprema lex* en gevolglik is groeppvorming (op enkele uitsonderings na) as staatsgevaarlik bestempel<sup>34</sup>. Groepe wat beoog het om die absolute staatsgesag teen te gaan, was teen die einde van die Republiek verbode<sup>35</sup>. Die Romeine het ook in geen stadium formeel erkenning aan 'n regsPersoonsfiguur as regsobjek verleen nie<sup>36</sup>.

Ook in die geval van die Germaanse stamme was groepsregte nie noemenswaardig beskerm nie. 'n Individu se regte is in sy verbondenheid aan 'n *sippe* geopenbaar, deurdat sy reg op lewe, eiendom en vrede deur die *sippe* beskerm is. Die *sippe* was egter nie 'n vorm van vrywillige vereniging nie, maar was volkome familiegerig<sup>37</sup>.

Gedurende die Middeleeue speel groeppvorming in staatsregtelike sin weens die feodale stelsel feitlik geen rol nie, maar handelsgroepe (gildes) en godsdienstige groeppvorming (byvoorbeeld die Rooms-Katolieke Kerk) is wel toegelaat. Dit gee aanleiding tot die erkenning van die regsobjektiwiteit van groepe wat aan bepaalde vereistes voldoen, soos byvoorbeeld die Rooms-Katolieke Kerk. Die eerste teoretiese besinning oor die regs aard en -grondslag van regsPersone vind dan ook in hierdie tyd plaas<sup>38</sup>.

Weens die belang van die regserkenning van gestruktureerde groepe het die belangstelling in die regs aard van die regsPersoon sedert die 19de eeu sodanig toegeneem dat daar verskeie Duitse en Nederlandse regsPersoonsteorieë gedurende die 19de en vroeg 20ste eeu die lig gesien het. Sosiologiese en ekonomiese oorwegings het grootliks bygedra tot die noodsaak vir die juridiese gronding van die regsPersoon.

Een van die vraagstukke in verband met die erkenning van die regsPersoonsfiguur hou verband met die problematiek van verenigingsvryheid.

In aansluiting hierby bestaan daar meningsverskil of die totstandkoming van regs persone in alle omstandighede van owerheidstoestemming afhanklik is. Veral in Duitsland (onder invloed van die *Aufklärung*) en in Nederland het die gedagte van verenigingsvryheid gedurende die tweede helfte van die negentiende eeu posgevat<sup>39</sup>. Tans is die reg op vereniging, vergadering en meningsuiting in die Duitse *Bonner Grundgesetz* en in die Nederlandse Grondwet as grondregte verskans. Laasgenoemde stelsel bied waarskynlik meer regsekerheid, aangesien daar geen onduidelikheid oor die omvang van die beperkings op die regte bestaan nie<sup>40</sup>.

Die reg op verenigings- en vergaderingsvryheid is voorts in artikel 20 van die *Universal Declaration of Human Rights* van die VVO gedurende 1948 aanvaar. Artikel 20(2) maak uitdruklik daarvoor voorsiening dat daar ook geen verenigingsdwang behoort te wees nie<sup>41</sup>. Hierdie twee vryhede is ook bevestig in artikel 11 van die *European Convention on Establishment* van 1955. Daar is tans slegs enkele lande in die wêreld waar hierdie vryhede nie konstitusioneel verskans is nie.

In die Suid-Afrikaanse reg is die reg op vereniging, vergadering en meningsuiting nie verskanste regte nie, hoewel die vryheid van vereniging tog deur die regspraak erken word<sup>42</sup>. Aangesien hierdie vryhede egter nie verskans is nie, kan wetgewing en regspraak in Suid-Afrika daarop inbreuk maak sonder dat dit aan die voorskrifte van 'n vaste norm getoets kan word. 'n Voorbeeld hiervan is die voorskrifte van artikel 4 van die *Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982*, ingevolge waarvan verskeie organisasies as verbode organisasies verklaar en ontbind is op grond van die feit dat dit sogenaamde staatsgevaarlike organisasies is. Hierdie verbod vind plaas op grond van die subjektiewe oordeel van die Minister van Wet en Orde dat sodanige organisasie staatsgevaarlik of kommunisties is en 'n reg tot hersiening van sodanige besluit deur die Hooggeregshof word vir alle praktiese doeleindes statutêr uitgesluit<sup>43</sup>.

Dit vorm wel deel van die owerheid se taak om samelewingsorde te handhaaf en goeie sedes te bevorder. In hierdie opsig behoort die owerheid egter by die verbod van regs persone die gemeenskapsopvatting van wat ordelik is of teen die goeie sedes indruis, as maatstaf te gebruik. Dit is al in die Suid-Afrikaanse regspraak omskryf as die "regsoortuiging van die gemeenskap" of "die gemeenskap se opvatting aangaande wat behoorlik is"<sup>44</sup>. Dat daar geweldige meningsverskil kan

wees oor wat die gemeenskapsopvatting is, is wel waar. Tog is dit 'n erkende beginsel in die Suid-Afrikaanse regspraak dat die gemeenskapsopvatting bepaal kan word en in ag geneem word<sup>45</sup>. Die gemeenskapsopvatting word tans toegeskryf aan die mening van die regbank en wetgewer oor wat billik en regverdig is. Of lede van hierdie eksklusiewe instellings altyd bewus is van en voldoende rekening hou met die behoeftes en waarde-oordele van die totale gemeenskap, word egter bevraagteken.

Daar is reeds daarop gewys dat indien regsreëls en regstoepassing nie die regsgevoel van die grootste gedeelte van 'n gegewe gemeenskap bevredig nie, dit die gevaar inhou dat sodanige regsreëls nie na behore eerbiedig en nagevolg sal word nie. Dit is voorts noodsaaklik dat die gemeenskapsopvatting nie net deur die wetgewer en howe nie, maar ook in die geval van administratiewe optrede in ag geneem behoort te word. Veral met betrekking tot verbode organisasies is hierdie vraagstuk tans in die brandpunt en behoort die gemeenskapsopvatting noukeurig bepaal te word en van deurslaggewende belang te wees<sup>46</sup>.

### **3.2 Die ontwikkeling van die eiendomsbegrip**

Die omskrywing van die eiendomsbegrip in 'n bepaalde regstelsel word deur verskeie faktore bepaal. Dit is dus nie moontlik om dit aan die hand van 'n eenvoudige definisie te omskryf nie<sup>47</sup>. So dui Asser-Beekhuis<sup>48</sup> tereg aan dat eiendom een van die sentrale begrippe van die regsorde is. Dit dui op die verhouding tussen die mens as regsobjek (en beheerder) en die rykdomme van die natuur wat deur die mens beheers word<sup>49</sup>. Filosofiese, historiese, ekonomiese, politieke en sosiale faktore dien as mede-bepalers van die eiendomsbegrip<sup>50</sup>. Daar sal vervolgens veral op die invloed van sosiale faktore op die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse eiendomsbegrip klem gelê word.

In die Suid-Afrikaanse reg word eiendomsreg dikwels omskryf as "... die mees volledige saaklike reg wat 'n persoon ten opsigte van 'n saak kan hê ... Ons reg gaan ook uit van die standpunt van die sogenaamde absoluutheid van eiendomsreg maar terselfdertyd met erkenning van die beperking daarvan."<sup>51</sup> Aangesien dié beginsel van absoluutheid en individualiteit van eiendomsreg weens sosiale en ekonomiese oorwegings nie prakties toepasbaar is nie, word daar verskeie statutêre en buregtelike beperkings op 'n eienaar se uitoefening van sy eiendomsbevoegdhede regtens erken<sup>52</sup>.

Die gemeenregtelike eiendomsbegrip ten opsigte van onroerende goed is voorts met betrekking tot deeltiteleenhede ingrypend gewysig deur die bepalings van die *Wet op Deeltitels 66 van 1971* en *95 van 1986*. Verskeie sosiale en ekonomiese redes, soos verstedeliking, behoeftes met betrekking tot vakansie- en aftreebehuising, skaarsheid en prys van grond, bevolkingstoename en so meer het tot hierdie ontwikkeling aanleiding gegee<sup>53</sup>.

'n Deeltiteleenheid bestaan per definisie uit 'n deel van 'n gebou (woonstel, kantoor of winkel) waarop die deeleienaar eiendomsreg verkry, sowel as 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom, wat onder andere die grond waarop die gebou opgerig is, insluit. Die deeleienaars is dus gesamentlik gebonde gemeenskaplike eienaars van die grond, terwyl elkeen van hulle alleeneienaar van 'n deel van die gebou is<sup>54</sup>. Die deel van die gebou waarop die deeleienaar eiendomsreg verkry, is dikwels nie direk aan die grond verbind nie, maar tog word 'n deeltiteleenheid as stedelike onroerende goed omskryf<sup>55</sup>. Daar kan dus nouliks sprake van die toepassing van die tradisionele gemeenregtelike eiendomsbegrip in die geval van 'n deeltiteleenheid wees, deurdat:

- daar afstand van die *superficies solo cedit*-reël<sup>56</sup> gedoen is; en
- die *plena in re potestas*-begrip<sup>57</sup> tot 'n groot mate deur die bestuurs- en beheersbevoegdheids van die beheersregspersoon (waarvan al die gebonde gemeenskaplike eienaars lede is) afgewater is.

Voor en tydens die inwerkingstelling van die *Wet op Deeltitels* is daar verskeie besware teen die Wet geopper, naamlik:

- dat dit inbreuk maak op die absolute en individualistiese uitoefening van die eienaar se beskikkingsbevoegdheid, wat in wese sosialisties van aard sou wees<sup>58</sup>; en
- dat die regte van deeleienaars nie meer as gemeenregtelike eiendomsreg getipeer kan word nie.

In dié verband beweer JC de Wet:<sup>59</sup>

Die man wat 'eienaar' is van 'n woonstel is nie werklik 'eienaar' van die grond nie, ... maar inderwaarheid het hy slegs 'n newelag-

Die gemeenregtelike eiendomsbegrip ten opsigte van onroerende goed is voorts met betrekking tot deeltiteleenhede ingrypend gewysig deur die bepalings van die *Wet op Deeltitels 66 van 1971* en *95 van 1986*. Verskeie sosiale en ekonomiese redes, soos verstedeliking, behoeftes met betrekking tot vakansie- en aftreebehuising, skaarsheid en prys van grond, bevolkingstoename en so meer het tot hierdie ontwikkeling aanleiding gegee<sup>53</sup>.

'n Deeltiteleenheid bestaan per definisie uit 'n deel van 'n gebou (woonstel, kantoor of winkel) waarop die deeleienaar eiendomsreg verkry, sowel as 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom, wat onder andere die grond waarop die gebou opgerig is, insluit. Die deeleienaars is dus gesamentlik gebonde gemeenskaplike eienaars van die grond, terwyl elkeen van hulle alleeneienaar van 'n deel van die gebou is<sup>54</sup>. Die deel van die gebou waarop die deeleienaar eiendomsreg verkry, is dikwels nie direk aan die grond verbind nie, maar tog word 'n deeltiteleenheid as stedelike onroerende goed omskryf<sup>55</sup>. Daar kan dus nouliks sprake van die toepassing van die tradisionele gemeenregtelike eiendomsbegrip in die geval van 'n deeltiteleenheid wees, deurdat:

- daar afstand van die *superficies solo cedit*-reël<sup>56</sup> gedoen is; en
- die *plena in re potestas*-begrip<sup>57</sup> tot 'n groot mate deur die bestuurs- en beheersbevoegdheids van die beheersregspersoon (waarvan al die gebonde gemeenskaplike eienaars lede is) afgewater is.

Voor en tydens die inwerkingstelling van die *Wet op Deeltitels* is daar verskeie besware teen die Wet geopper, naamlik:

- dat dit inbreuk maak op die absolute en individualistiese uitoefening van die eienaar se beskikkingsbevoegdheid, wat in wese sosialisties van aard sou wees<sup>58</sup>; en
- dat die regte van deeleienaars nie meer as gemeenregtelike eiendomsreg getipeer kan word nie.

In dié verband beweer JC de Wet:<sup>59</sup>

Die man wat 'eienaar' is van 'n woonstel is nie werklik 'eienaar' van die grond nie, ... maar inderwaarheid het hy slegs 'n newelag-

tige iets onderworpe aan die gebreke waarmee hierdie Wet ryklik bedeed is.

Dat De Wet met hierdie skerp kritiek van hom nie rekening gehou het met die sosiale en ekonomiese behoeftes van die Suid-Afrikaanse gemeenskap nie, blyk uit die feit dat deeleiendom vandag 'n onontbeerlike wyse van eiendomsreg op onroerende goed is en met relatief min praktiese regsprobleme toegepas word.

Die *Wet op die Beheer van Eiendomstydskedeling 75 van 1983* het die verdere ontwikkeling meegebring dat 'n aantal persone elk 'n eiendomstydskedelingsbelang in dieselfde deeltiteleenheid kan bekom. In die geval van 'n eiendomstydskedelingskema wat op 'n deeltitelgrondslag bedryf word, verkry die belanghebbendes almal onverdeelde mede-eiendomsaandele in die betrokke deeltiteleenheid<sup>60</sup>. Ingevolge die onverdeelde mede-eiendomsaandeel verkry 'n belanghebbende 'n gebruiksreg op die deeltiteleenheid vir 'n vasgestelde tydperk gedurende elke jaar. Hierdie ontwikkeling in die eiendomsbegrip met betrekking tot onroerende goed is weens die praktiese nut daarvan verwelkom en word tans weens die sosiale en ekonomiese behoefte daaraan met vrug in die Suid-Afrikaanse reg toegepas. Maar ook in die geval van eiendomstydskedeling is die beswaar geopper dat die belang van die reghebbendes (mede-eienaars) in so 'n matê verdeel is dat daar nouliks sprake kan wees van die uitoefening van die eiendomsbevoegdhede wat 'n eienaar tradisioneel toegekam het<sup>61</sup>.

Dit is opvallend dat gebruiksregte by sowel deeltitels as eiendomstydskedeling van groot belang is. In die geval van deeltitels verkry die deeleienaars gebruiksregte op die gemeenskaplike eiendom, terwyl 'n belanghebbende by 'n eiendomstydskedelingskema vir 'n vasgestelde, herhalende tydperk elke jaar 'n gebruiksreg ten opsigte van 'n deel van die skema uitoefen. Die sosiale behoeftes van die regsgemeenskap was 'n belangrike faktor wat tot die bogenoemde ontwikkelings in die eiendomsbegrip aanleiding gegee het. Die nuutste ontwikkeling tans onder oorweging is eiendomsreg op lugruimeenhede, oftewel eiendomsreg op 'n gedeelte van 'n gebou met uitsluiting van eiendomsreg of mede-eiendomsreg op die grondstuk waarop die gebou opgerig is. Dit sal slegs kan toepassing vind indien daar afstand gedoen word van die gemeenregtelike *cuius est solum eius est usque ad coelum*-reël<sup>62</sup>. Die reaksie van regstradisionaliste op hierdie ontwikkeling word tans afgewag — dat dit fel sal wees, is te verwagte.

'n Groot beswaar teen hierdie ontwikkelings is dat dit sosialisties van aard sou wees. In (hoofsaaklik) blanke geleedere is daar gewoonlik 'n sterk weerstand teen sosiale beïnvloeding van die Suid-Afrikaanse eiendomsbegrip, omdat enige sosiale invloed onmiddellik met sosialisme en kommunisme in verband gebring word. Dit is myns insiens egter totaal onrealisties om ontwikkelings weens sosiale faktore sonder meer in die absolute terme van die sosialistiese eiendomsbegrip te klee. Sosiale invloede op 'n regstelsel is 'n normale verskynsel en net wanneer ekonomies-sosiale beginsels tot die grondnoemers van 'n regstelsel herlei word, kan dit as sosialistiese tendense beskou word<sup>63</sup>.

By sowel deeltitels as eiendomstydskedeling word alle beheers- en beskikkingsbevoegdhede ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom deur die beheersregspersoon, bestaande uit al die deeleienaars as lede, of deur die trustee, wat deur die deeleienaars benoem word, uitgeoefen. Dat hierdie maatreël sosiaalgerig is, word nie betwyfel nie. Die argument dat so 'n ontwikkeling sosialisme bevorder, hou egter nie steek nie. 'n Sosialistiese eiendomsbegrip dui altyd op oordrewe staatsinmenging in die gemeenskapslewe — somtyds in so 'n mate dat individuele eiendomsreg op onroerende goed grootliks uitgesluit word. Die huidige behuisingsbeleid met betrekking tot gebruiksregte van swartes op huise in swart stedelike gebiede (met die uitsondering van die onlangse instelling van huurpag en eiendomsreg) kan veel eerder as sosialisties van aard bestempel word. Die eiendomsreg van die grond en geboue val in hierdie omstandighede die staat toe, die vergoeding ten opsigte van die okkupasiereg word van staatsweë gesubsidieer en die gebruiker verkry slegs bepaalde gebruiksregte van 'n tydelike aard<sup>64</sup>.

In die geval van deeleiendom is die gedagte juis dat die beheersregspersoon op 'n demokratiese wyse die verskillende deeleienaars se belange behartig. Die gebruiksreg wat 'n deeleienaar ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom en die belanghebbende by 'n eiendomstydskedelingskema verkry, herinner eerder aan die gebruiksreg op onroerende goed ingevolge die kommunale eiendomsbegrip, soos wat dikwels by inheemse regstelsels in Suid-Afrika aangetref word, as wat dit sosialisties van aard is<sup>65</sup>. Die belangrikste verskil is daarin geleë dat kommunale eiendomsreg familiegerig en deeleiendom groepsgerig is, terwyl sosialistiese eiendomsreg staatsgerig is. Die winsmotief speel voorts 'n rol by kommunale eiendomsreg en deeleiendom, in teenstelling met die sosialistiese gedagte dat enige winsmotief uitbuiting ten grondslag het.

Aanpassings ten opsigte van die Suid-Afrikaanse eiendomsbegrip weens sosiale oorwegings het dus in die verlede plaasgevind en gaan in die toekoms van groot belang wees. Tans is dit veral noodsaaklik dat daar so spoedig moontlik ten opsigte van die regte van stedelike swartes met betrekking tot onroerende eiendom 'n stelsel aanvaar word wat vir die grootste gedeelte van die betrokke gemeenskap aanvaarbaar is.

### **3.3 Wilsooreenstemming by kontraksluiting**

Een van die grondslae van die Suid-Afrikaanse kontraktereg is kontrakteervryheid<sup>66</sup>. Dit is 'n beginsel wat in die meeste Westerse regstelsels 'n hoeksteen van die kontraktereg vorm en verband hou met die vrye ekonomiese stelsel wat in hierdie lande toegepas word<sup>67</sup>.

Tog het dit in die verlede duidelik geblyk dat absolute (of ongekontroleerde) kontrakteervryheid nie altyd 'n voordelige situasie tot gevolg het nie<sup>68</sup>. Verskeie sosiale en ekonomiese ontwikkelings, soos byvoorbeeld industrialisering, tegniese gesofistikeerde handelsartikels, standaardisering, massaproduksie, monopolievorming, verstedeliking, kollektiewe arbeidsooreenkomste, moderne finansieringsmetodes en versekeringstegniese het tot gevolg gehad dat absolute kontrakteervryheid aan sekere groepe of individue 'n ongelyke (of onregverdige) bedingingsmag verskaf het<sup>69</sup>. Veral deur die gebruik van standaardkontrakte en die uitbuiting van gemelde bedingingsmag kan daar in bepaalde omstandighede nouliks van ware wilsooreenstemming tussen die kontrakterende partye sprake wees — die een party se wil word gewoon op die ander party afgedwing. Regstegnies bestaan daar wel wilsooreenstemming, maar vir die een party is dit niks anders as gedwonge instemming tot die ander party se voorwaardes nie<sup>70</sup>.

Standaardkontrakte neem egter so 'n belangrike plek in die praktiese regs- en handelsverkeer in dat dit nie weggedink of -gewens kan word nie. Dit hou veral die belangrike voordeel in dat dit kontrakteringskoste verminder en ekonomiese doeltreffendheid en produktiwiteit verhoog. Dit is voorts nie standaardkontrakte as sodanig wat noodwendig tot probleme aanleiding gee nie, maar wel die feit dat dit dikwels misbruik word om markbeheer (en selfs markoorheersing) te bewerkstellig. In sodanige omstandighede kan daar weinig sprake van ware of vrye wilsooreenstemming tussen die kontrakterende partye wees — die dominerende party se wilsafdwinging het die ander party se kontrakteervryheid tot gevolg. Die rede hiervoor is in die ongelyke bedingings-

totaal van die sosiale milieu waarin dit moet geld, losgemaak is. Gurvitch<sup>18</sup> omskryf regsosiologie soos volg:

The sociology of law is that part of the sociology of the human spirit which studies the full social reality of law, beginning with its tangible and externally observable expressions, in effective collective behaviours (crystallized organizations, customary practices and traditions or behavioural innovations) and in the material basis (the spatial structure and demographic density of jural institutions). Sociology of law interprets these behaviours and material manifestations of law according to the internal meanings which, while inspiring and penetrating them, are in the same time transformed by them.

Dat hierdie omskrywing uit 'n regsospunt problematies is, blyk uit die feit dat daar hoofsaaklik klem op die reg as sosiologiese fenomeen gelê word en die feit dat die reg as 'n normsisteem, wat gegrond is op die sosiologiese substraat van 'n gemeenskap (waarvoor dit gepositiveer is) grootliks geïgnoreer word<sup>19</sup>. In dié verband wys Hommes daarop dat die interne struktuurbeginsels wat 'n samelewingsverband bepaal, ook die interne regsbeginnsels van die verband behoort te bepaal<sup>20</sup>. Hierdie standpunt dui meer gebalanseerd op die feit dat regsosiologie nie net 'n sosiologiese bestudering van die reg as werklikheidsverskynsel is nie, maar dat die regsgemeenskap as sosiale entiteit wel 'n belangrike faktor by die positivering van reg vir 'n bepaalde gemeenskap behoort te wees. Ingevolge hierdie sistematiese evaluering van die juridiese werklikheid moet daar met sosiologiese beginsels as die substraat van die reg rekening gehou word, maar dan wel met die behoud van die tipiese individualiteitstruktuur van die juridiese wetskring<sup>21</sup>.

Verskeie moderne regsosioloë volg hierdie realistiese benadering in hulle waardebeskouing van regsosiologie na. Sinzheimer<sup>22</sup> beklemtoon die feit dat die regswerklikheid of regspraktyk 'n baie belangrike komponent van die reg is en dat belange van die gemeenskap in alle gevalle in ag geneem moet word wanneer regsbeginnsels vir 'n spesifieke gemeenskap gepositiveer word. Daar moet dus gewaak word teen 'n kompartementele benadering by die beoordeling van die reg en gevolglik is regsosiologiese beginsels slegs een van die elemente van die reg waarmee rekening gehou moet word<sup>23</sup>. Ook Valkhoff<sup>24</sup> wys op die gevaar van die verabsoluttering van historiese beginsels en maatstawwe

totaal van die sosiale milieu waarin dit moet geld, losgemaak is. Gurvitch<sup>18</sup> omskryf regsosiologie soos volg:

The sociology of law is that part of the sociology of the human spirit which studies the full social reality of law, beginning with its tangible and externally observable expressions, in effective collective behaviours (crystallized organizations, customary practices and traditions or behavioural innovations) and in the material basis (the spatial structure and demographic density of jurial institutions). Sociology of law interprets these behaviours and material manifestations of law according to the internal meanings which, while inspiring and penetrating them, are in the same time transformed by them.

Dat hierdie omskrywing uit 'n regs oogpunt problematies is, blyk uit die feit dat daar hoofsaaklik klem op die reg as sosiologiese fenomeen gelê word en die feit dat die reg as 'n normsisteem, wat gegrond is op die sosiologiese substraat van 'n gemeenskap (waarvoor dit gepositiveer is) grootliks geïgnoreer word<sup>19</sup>. In dié verband wys Hommes daarop dat die interne struktuurbeginsels wat 'n samelewingsverband bepaal, ook die interne regsbeginsele van die verband behoort te bepaal<sup>20</sup>. Hierdie standpunt dui meer gebalanseerd op die feit dat regsosiologie nie net 'n sosiologiese bestudering van die reg as werklikheidsverskynsel is nie, maar dat die regsgemeenskap as sosiale entiteit wel 'n belangrike faktor by die positivering van reg vir 'n bepaalde gemeenskap behoort te wees. Ingevolge hierdie sistematiese evaluering van die juridiese werklikheid moet daar met sosiologiese beginsels as die substraat van die reg rekening gehou word, maar dan wel met die behoud van die tipiese individualiteitstruktuur van die juridiese wetskring<sup>21</sup>.

Verskeie moderne regsosioloë volg hierdie realistiese benadering in hulle waardebeskouing van regsosiologie na. Sinzheimer<sup>22</sup> beklemtoon die feit dat die regswerklikheid of regspraktyk 'n baie belangrike komponent van die reg is en dat belange van die gemeenskap in alle gevalle in ag geneem moet word wanneer regsbeginsele vir 'n spesifieke gemeenskap gepositiveer word. Daar moet dus gewaak word teen 'n kompartementeel benadering by die beoordeling van die reg en gevolglik is regsosiologiese beginsels slegs een van die elemente van die reg waarmee rekening gehou moet word<sup>23</sup>. Ook Valkhoff<sup>24</sup> wys op die gevaar van die verabsoluttering van historiese beginsels en maatstawwe

ten koste van die behoeftes van 'n bepaalde gemeenskap en beklemtoon die feit dat al hierdie elemente by regsforming geïntegreer behoort te word. Volgens hom behoort regsosiologie nie net *descriptief*<sup>25</sup> 'n empiriese bestudering van die regswerklikheid te wees nie en waarsku hy tereg teen die opvatting om "... het recht eveneens als een beschrijving van de intermenselijke, feitelijke gedragingen in de samenleving te beschouwen en maatschappelijke veranderingen altijd tevens als rechtsveranderingen te zien."<sup>26</sup>

Die onderskeid tussen reg en sosiologie word deur Cotterrell<sup>27</sup> beklemtoon. Die doel van die reg is om 'n bepaalde gemeenskap te orden deur reëls en daarom is die reg tegnies en voorskrywend van aard, terwyl sosiologie die wetenskaplike studie van sosiale verskynsels ten doel stel. Deur reg en sosiologie egter kompartementeel van mekaar te skei, het die gevolg dat die reg as 'n dogma getipeer en totaal van sy sosiale onderbou losgemaak word. Op hierdie wyse word die gemeenskap waarvoor die reg gepositiver word, uit die oog verloor<sup>28</sup>. Dit is volgens hom een van die grootste wanopvattings waaraan regspositiviste hulle skuldig maak. In hierdie verband wys ook Aubert<sup>29</sup> op die dualisme tussen regspositivisme en natuurreg en die gevaar dat verabsoluttering van enige van hierdie strominge die reg en regsforming in die mening van die regsvormers, en nie in die regsbewussyn van die gemeenskap waarvoor die reg gepositiver word nie, laat setel<sup>30</sup>.

Dit is nie so belangrik om 'n omskrywing van regsosiologie te formuleer nie as om by die positivering en toepassing van reg te wys op die onontbeerlikheid van kennis van die aard en behoeftes van die gemeenskap waarvoor die reg gepositiver word en die noodsaak om met hierdie kenmerke van die gemeenskap rekening te hou. Dit sluit nie uit dat daar ook met historiese en ander regsbeginsels by die positivering en toepassing van reg rekening gehou behoort te word nie, maar dan wel regsosiologies gekwalifiseer in sover dit met die gemeenskapsubstraat rekening hou.

Alleen op so 'n wyse word die gemeenskap op 'n regverdigte wyse georden en word daar verantwoordelik met die reg as ordeningsmiddel omgegaan. Om rekening te hou met sosiologiese beginsels by die positivering van reg beteken dus nie dat sentimentele of oordrewe humanistiese oorwegings as uitgangspunt hoef te geld nie, maar dat deur nugtere inagneming van die sosiale substraat (die aard en behoeftes van die gemeenskap) waarin die reg as ordeningsinstrument moet fun-

- <sup>42</sup> *Bv Morrison v Standard Building Society* 1932 AD 229. Die blote feit dat daar geen uitdruklike owerheidstoestemming vereis word vir groepe en verenigings, wat aan bepaalde vereistes voldoen, om as regs persone in die regsverkeer op te tree nie, is 'n sterk aanduiding dat daar in Suid-Afrika (beperkte) vryheid van vereniging bestaan.
- <sup>42</sup> Pienaar "Die reg insake verbode organisasies" 1986 *SA Publikereg* 71–99.
- <sup>43</sup> Pienaar "Die reg insake verbode organisasies" 1986 *SA Publikereg* 71–99.
- <sup>44</sup> Van Wyk en Morkel "Die begrip 'gemeenskap' en die *boni mores*" 1984 *TRW* 201–205; Corbett "Aspects of the role of policy in the evolution of our common law" 1987 *SALJ* 52 55.
- <sup>45</sup> Van Heerden *Grondslae van die mededingingsreg* (1961) 164–166; Van der Merwe Olivier *Die onregmatige daad* (1985) 58 & 129–130; Corbett "Aspects of the role of policy in the evolution of our common law" 1987 *SALJ* 52 55; *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394(A) op 403; *UP v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T); *Lorimar Productions Inc and others v Sterling Clothing Manufacturers (Pty) Ltd* 1981 SA 1129 (T) op 1152; *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A).
- <sup>46</sup> Ivm voorstelle hieroor, sien Pienaar "Verbode organisasies" 71 95–99. Vgl ook Van Zyl en Van der Vyver 260–262.
- <sup>47</sup> Van der Merwe *Sakereg* (1979) 109; Schoeman *The law of property* (1983) 162; Cowen *New patterns of landownership* (1984) 4.
- <sup>48</sup> *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht (Zakenrecht)* DI 2 (1983) 13.
- <sup>49</sup> Van den Bergh *Eigendom* (1979) 1–3; Van der Merwe 109.
- <sup>50</sup> Sien hieroor Dooyeweerd "Verkenningen" 149–215; Friedman *Law in a changing society* (1972) 93–118; Van den Bergh 3–4; Lewis "The modern concept of ownership of land" 1985 *AJ* 241 242–243.

- <sup>51</sup> *Gien v Gien* 1979 2 SA 1113 (T) op 1120; sien ook *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) op 106–107.
- <sup>52</sup> Silberberg en Schoeman 162–199; Delpont en Olivier *Sakereg Vonnisbundel* (1985) 141–198. Regshistories word die absolute en individualistiese kenmerke van eiendomsreg ook nie aan die Romeinse en Romeins-Hollandse reg nie, maar aan die 19de eeuse Pandektistewetenskap toegeskryf — vgl Dooyeweerd “Verkenningen” 199–201; Van den Bergh 16–28; Pienaar “Ontwikkelings in die Suid-Afrikaanse eiendomsbegrip in perspektief” 1986 *TSAR* 295–302–303; Visser “The ‘absoluteness’ of ownership” 1986 *Land ownership — changing concepts* 39–52.
- <sup>53</sup> Van der Merwe 272–277; Cowen 15–50.
- <sup>54</sup> A 2(b) en (c) van die *Wet op Deeltitels 66 van 1971* en *95 van 1986*.
- <sup>55</sup> A 3(2) van *Wet 66 van 1971* en a 3(4) van *Wet 95 van 1986*.
- <sup>56</sup> ’n Grondeienaar is ook eienaar van alle strukture wat dmv *accessio* permanent aan die grondstuk aangeheg is.
- <sup>57</sup> ’n Eienaar het in teorie onbeperkte beskikkingsbevoegdheid tov die grondstuk — vgl egter vn 52 hierbo.
- <sup>58</sup> Sien egter vn 52 hierbo.
- <sup>59</sup> “Die Wet op Deeltitels” 1972 *De Rebus* 205.
- <sup>60</sup> Vgl die omskrywing van ‘eiendomstydsebelang’ in a 1 van *Wet 75 van 1983*.
- <sup>61</sup> Vgl die beswaar van die Vereniging van Prokureursordes teen die registrasie van eiendomstydsebelang — Cowen 37.
- <sup>62</sup> Die eienaar van ’n grondstuk is ook eienaar van die lugruim daarbo — vgl Pienaar “Legal aspects of private airspace development” 1987 *CILSA* 94–107.
- <sup>63</sup> Pienaar “Ontwikkelings in die SA eiendomsbegrip” 303–305 en die

posisie en risikoverdeling tussen die party geleë<sup>71</sup>.

Die meeste Wes-Europese, Engelse en Amerikaanse kontrakteregeleerdes is voorstanders van die behoud van kontrakteervryheid as kontrakteregsbeginsel. Hulle is egter van mening dat kontrakteervryheid verkeerd omskryf word. Van ware kontrakteervryheid kan daar alleen sprake wees as die bedingingsposisie van die partye teen mekaar opgeweeg kan word en die risikoverdeling naastenby eweredig geskied. Dit kan egter net sinvol deur statutêre maatreëls bewerkstellig word<sup>72</sup>. In hierdie proses behoort daar rekening gehou te word met die feit dat albei partye (en nie net die sogenaamde 'verbruiker' eensydig nie) beskerming behoef en dat standaardkontrakte 'n belangrike (in sekere sektore selfs 'n onontbeerlike) funksie in die handels- en regsverkeer vervul<sup>73</sup>.

Weens die geweldige verskil in kultuur en ontwikkelingspeil van die Suid-Afrikaanse gemeenskap is dit noodwendig so dat ongekontroleerde kontrakteervryheid en wilsooreenstemming, soos wat dit tans in die Suid-Afrikaanse reg toegepas word, tot veel meer probleme as in Wes-Europese, Britse en Amerikaanse samelewings aanleiding gee. Dit is 'n probleem wat slegs opgelos kan word deur die omskrywing van *wilsooreenstemming* en *kontrakteervryheid* aan die hand van regsosiologiese oorweging aan te pas sodat dit vir die totale regsgemeenskap as ordeningsmaatreël kan dien. Kontrakteervryheid moet nie sonder meer as 'n onversoerbare teenstelling teenoor verbruikersbeskerming gestel word nie, maar die ideaal moet eerder wees dat deur gekontroleerde kontrakteervryheid ware wilsooreenstemming, afweegbare bedingingsmag en vergelykbare risikoverdeling vir albei partye by kontraksluiting moontlik is<sup>74</sup>.

By kontraksluiting met betrekking tot onroerende goed bestaan daar in Suid-Afrika verskeie voorbeelde van die ongelyke bedingingsposisie van die partye. So kan verwys word na die koopkontrak van 'n erf, waaraan 'n boukontrak en 'n finansieringsooreenkoms ten opsigte van die verskuldigde balans waarvoor die koper nie 'n bouverenigtinglening kan bekom nie, gekoppel word. Hierdie soort transaksie word gewoonlik deur groot eiendomsontwikkelaars gebruik. Die lokaas in hierdie geval is die finansiering van die balans koopprys deur die ontwikkelaar self, wat dan in sommige gevalle tot die aanvaarding van onbillike kontraksvorskrifte deur die koper lei. Ook in die geval van standaardhuurkontrakte in stede-

like gebiede (waar behuisingsmoontlikhede beperk is) en deeltitel- en eiendomstydskontrakte (wat soms so tegnies van aard is dat 'n prokureur wat nie in sodanige transaksies spesialiseer nie, maklik in sy regsadvies daarvoor kan fouteer) verkeer die een party dikwels in 'n nadelige bedingingsposisie en die ander party in die posisie om die (somyds onbillike) kontrakvoorwaardes te dikteer. Die probleem van 'gebrekkige' of gedwonge wilsooreenstemming, waar daar vir een party weinig kontrakteervryheid bestaan, is dus ook ten opsigte van kontraktering met betrekking tot onroerende goed wesenlik. Waar dit oor behuising gaan, is dit nouliks 'n oplossing om te verklaar dat die benadeelde party nog steeds die keuse het om nie tot kontraksluiting oor te gaan nie — dikwels het so 'n persoon juis geen ander keuse nie.

Weens hierdie probleme bestaan daar in Suid-Afrika verskeie statutêre beskermingsmaatreëls by kontraktering met betrekking tot onroerende goed. Die *Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981*, die *Wet op Deeltitels 66 van 1971 en 95 van 1986*, die *Wet op die Beheer van Aandeleblokke 69 van 1980* en die *Wet op die Beheer van Eiendomstydskontrakte 75 van 1983* is voorbeelde van statutêre maatreëls waardeur kontrakteervryheid deur middel van voorgeskrewe kontrakformaliteite en beskermingsmaatreëls matig aan bande gelê is met die doel om die moontlikheid van wilsooreenstemming tussen die partye te bevorder. Dit is veral gedoen weens die feit dat die verkoper gewoonlik 'n bedingingsvoordeel bo die koper geniet. Daar is egter nog vele terreine waar soortgelyke maatreëls ingestel behoort te word, òf deur middel van algemeen geldende wetgewing òf deur middel van spesifieke statutêre maatreëls, soos byvoorbeeld op die terrein van korttermynversekering, huurkontrakte, dienskontrakte, boukontrakte, en so meer.

Verskeie buitelandse regstelsels bied goeie voorbeelde van die handhawing van kontrakteervryheid deur die sinvolle aanpassing van die beginsel van wilsooreenstemming by kontraksluiting. In die Sweedse reg word van 'n markhof en 'n ombudsman gebruik gemaak om onbillike kontrakbedinge te identifiseer en te verbied en verbruikersbeskerming in die algemeen te bewerkstellig<sup>75</sup>. Ingevolge die Engelse *Unfair Contract Terms Act* van 1977 moet alle kontrakte aan 'n gestelde redelikhedsmaatstaf, wat deur die howe getoets en afdwing word, voldoen<sup>76</sup>. Alhoewel hierdie algemene beskermingsmaatreëls streng deur die howe toegepas word, bestaan daar die volgende probleme:

- Weens die ongelyke bedingingsposisie van die partye gebeur dit

selde dat die ontoelaatbaarheid van 'n kontrakbeding deur die howe getoets word om die eenvoudige rede dat dit nie onder die hof se aandag kom nie. Benadeelde partye het gewoonlik nie die geld of kennis om 'n geding oor die toelaatbaarheid van so 'n beding aanhangig te maak nie.

- Die vraag of 'n kontrak of klousule toelaatbaar is, is dikwels 'n feitevraag en die ontevrede party is gewoonlik bang om die risiko te loop dat hy nie die gevraagde regshulp gaan verkry nie. Die riglyne vir die toepassing van hierdie maatreëls is ietwat vaag en die regters se vertolking daarvan verhelder nie altyd die aangeleentheid nie. Niemand weet presies wat die toepassing van die redelikhedskriterium in 'n gegewe situasie tot gevolg gaan hê nie<sup>77</sup>.
- <sup>4</sup> Die bogenoemde maatreëls skep beperkte moontlikhede om toekomstige wanpraktyke uit te skakel of duidelike riglyne aan alle betrokke partye te verskaf.

'n Beduidende groep juriste, veral in Wes-Duitsland en die VSA, is van mening dat die enigste wyse waarop regsekerheid en doeltreffende maatreëls verseker kan word, deur aanvullende wetgewing is<sup>73</sup>. In die Duitse reg word ingevolge §242 BGB voorgeskryf dat elke skuldenaar (kontraksparty) se prestasie ooreenkomstig die vereistes van *Treu und Glauben*, in ooreenstemming met die normale handels- en regsgebruik, moet geskied. In die praktyk is dit so vertolk dat die een party die party wat in 'n swakker bedingingsposisie verkeer se belange sodanig in ag moet neem dat dit nie tot 'n buitengewone onewewigtigheid tussen die party se prestasieverpligtinge aanleiding gee nie. Voorts is die afwyking van normale kontrakvoorskrifte (soos in die BGB uiteengesit en in die praktyk toegepas) slegs toelaatbaar indien dit voorsiening maak vir 'n aanvaarbare alternatief vir die voorskrif waarvan afgewyk word of die afwyking verklaar kan word aan die hand van die besondere aard van die kontrak<sup>79</sup>. Die beginsel van kontrakteervryheid word gestel in §§145, 241 en 305 BGB<sup>80</sup>.

Die *Allgemeines Geschäftsbedingungengesetz (AGBG) 1976* is van toepassing op alle standaardkontrakte of standaardbedinge in 'n kontrak, wat in §1 van die Wet baie wyd omskryf word. 'n Standaardkontrak is naamlik enige kontrak, in welke vorm ook al (ook mondelinge kontrakte en bedinge wat deur verwysing by die ooreenkoms ingesluit word), ten opsigte waarvan die een party die bedoeling het om sodanige

kontrak in wesenlik dieselfde vorm in 'n aantal transaksies (so min as twee) te gebruik. Ingevolge §10 kan bepaalde omskrewe bedinge deur 'n bevoegde hof nietig verklaar word indien dit onbillike gevolge het en ingevolge §11 word 'n hele aantal omskrewe bedinge nietig verklaar indien dit in 'n kontrak sou voorkom. Nie alleen die verbruiker nie, maar alle kontrakspartye word in soveel kontrakte moontlik beskerm. Die klem val egter op kontrakte waar daar 'n ongelyke bedingingsmag tussen die partye bestaan en waar die risikoverdeling as gevolg daarvan ook dikwels ongelyk is<sup>81</sup>. Die beginsel van kontrakteervryheid word sover moontlik as uitgangspunt aanvaar. Dit is een van die redes waarom die AGBG net op standaardkontrakte (en nie op individueel onderhandelde kontrakte nie) van toepassing is<sup>82</sup>.

Die Wet hou veral drie voordele in:

- Sonder om die beginsel van kontrakteervryheid te negeer, bied dit veral beskerming in gevalle waar die partye in 'n ongelyke bedingingsposisie verkeer. Die behoud van die beginsel van kontrakteervryheid blyk veral uit die voorskrifte van §§1(2), 2 en 4 AGBG<sup>83</sup>.
- Dit hou rekening met die feit dat standaardkontrakte 'n onontbeerlike funksie in die moderne handelsverkeer vervul, maar skakel die negatiewe aspekte soos eensydige wilsafdwinging en dominering van verbruikers deur kontrolemaatreëls uit.
- Dit verskaf riglyne in verband met nietigheidsvoorskrifte wat verder as bloot die howe se redelikeidsmaatstaf strek<sup>84</sup>.

In die Suid-Afrikaanse kontraktereg kan met vrug kennis geneem word van die maatreëls van buitelandse regstelsels ter bevordering van 'n gelyke bedingingsposisie en wilsooreenstemming tussen kontrakspartye, sonder om van die beginsel van kontrakteervryheid afstand te doen.

#### **4. DIE WAARDE VAN REGSOSIOLOGIE IN SUID-AFRIKAANSE KONTEKS**

Om in die Suid-Afrikaanse samelewing, met sy wye verskeidenheid van groepe van verskillende ontwikkelingspeile, kultuursamestellings en politieke oortuigings, op grond van regshistoriese of regspositivistiese oorwegings rigied aan tradisionele Westerse regsbeginnels vas te hou, kom neer op 'n negering van die aard, samestelling en behoeftes van

die gemeenskap waarvoor die reg moet geld. Al sou regters van hoogstaande gehalte noulettend Westerse regverdigheidsnorme in die oog hou by die lewering van goedgebongde uitsprake in die Romeins-Hollandse en Engelse regstradisie, beteken dit nie noodwendig dat hierdie gesofistikeerde regspraak die regsgevoel of billikheidsoorwegings van mense in 'n Afrika- en derdewêreldmilieu sal bevredig nie. In Suid-Afrikaanse konteks is ons goed bekend met instellings soos die sogenaamde volkshoue en *makgotlas* en dit is nie onwaarskynlik nie dat hierdie vorme van eierigting ontstaan het weens die feit dat die reg nie aan die beoefes van 'n groot deel van die gemeenskap voldoen nie.

Dit sou ook nie 'n bevredigende oplossing wees om sonder meer van die bestaande Westerse regstradisie af te wyk nie, omdat dit vir die regsgevoel van 'n beduidende groep van die Suid-Afrikaanse gemeenskap ondenkbaar sou wees om van hierdie hoogs ontwikkelde regsbeginsels, wat tred hou met moderne regsontwikkeling wêreldwyd, af te sien. Die enigste logiese oplossing wat aan die hand gedoen kan word, is om regsosiologiese maatstawwe konflikregulerend en versoenend aan te wend. Dit hou in dat Westerse regsbeginsels op so 'n wyse toegepas en aangepas word dat die aard en behoeftes van die hele gemeenskap waarvoor dit geld, in ag geneem word. Dit bring voorts mee dat daar in toepaslike omstandighede 'n keuse tussen Westerse en Afrikageoriënteerde regsbeginsels aan persone gelaat behoort te word. Die handhawing van die keuse tussen 'n Westerse en 'n tradisionele huweliksform by swart persone is 'n goeie voorbeeld van hierdie beginsel. Die onlångse aanbeveling van die Suid-Afrikaanse Regskommissie dat 'n gebruikelike verbintenis tussen swart persone as 'n geldige huwelik erken word en dat die kinders wat uit sodanige gebruikelike verbintenis gebore is, as binne-egtelijke kinders erken word, word sterk onderskryf<sup>65</sup>.

Indien daar sinvol met die belange en behoeftes van die totale Suid-Afrikaanse gemeenskap rekening gehou word, is die reg 'n instrument waardeur die gemeenskap waarvoor dit geld, gedien en georden word. Dit is ook 'n wyse waarop die reg ten beste in die ontwikkelende gemeenskap waarin ons ons bevind, aangewend kan word om konflikregulerend, eerder as konflikgenererend, te wees. By die afweging van die regsbelange van die Suid-Afrikaanse samelewing behoort juriste verantwoordelik te besin watter belange van persone en groepe onderling in ag geneem moet word in belang van die reg en die samelewingsorde. Op hierdie wyse word ons rentmeesterstaak ten beste juridies vergestalt.

## VOETNOTE

- <sup>1</sup> Hahlo en Kahn *South Africa: the development of its law and constitution* (1960) 10–28; Hosten ea *Inleiding tot die SA reg en regsleer* (1979) 196–216; Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regs wetenskap* (1982) 205–220.
- <sup>2</sup> Ibid.
- <sup>3</sup> Sinzheimer *De taak der rechtssociologie* (1935) 11; Gits *Recht, persoon en gemeenskap* (1949) 10–11.
- <sup>4</sup> Sinzheimer 11–12; Gurvitch *Sociology of law* (1953) 5; Aubert *In search of law* (1983) 5.
- <sup>5</sup> Valkhoff *Rechts sociologische elementen* (1955) 4–5.
- <sup>6</sup> Gits 11; Gurvitch 3–11; Valkhoff 4–6; Aubert 4–6.
- <sup>7</sup> Von Savigny *System des heutigen römischen Rechts* Bd 1 (1840) 14.
- <sup>8</sup> Sinzheimer 11–12; Stoker *Die aard en rol van die reg* (1970) 7, 32–33 en 49–50; Hahlo en Kahn *The SA legal system* (1973) 26–29; Hosten ea 24; Van Zyl en Van der Vyver 1–2 en 257–258; Aubert 28.
- <sup>9</sup> Sinzheimer 13; Stoker 49–50; Van Zyl en Van der Vyver 68–70.
- <sup>10</sup> Sinzheimer 13; Stoker 32–33; Van Zyl en Van der Vyver 84–85.
- <sup>11</sup> Sinzheimer 13: “Het recht is dus noch normatief recht, noch ideëel recht, noch rechtelijke werkelijkheid. Het recht is dit alles tegelijk.” Alhoewel Hund en Van der Merwe *Legal ideology and politics in SA* (1986) 109–118 tereg die waarde van “responsive law” by die aanpassing van die positiewe reg beklemtoon, maak hulle hul by uitstek skuldig aan die verabsolutering van sosiale oorwegings ten koste van ander noodsaaklike elemente van die reg.
- <sup>12</sup> 1901 TS 890 905. Vir ’n uiteensetting van die waardes wat grondliggend aan die Romeins-Hollandse en Engelse regstradisie is, vgl die verslag van die Hoofkomitee: RGN-onderzoek na Tussengroepverhoudinge *Die Suid-Afrikaanse samelewing* (1985) 137–138.

- <sup>13</sup> 1966 3 SA 96 (A) 113H.
- <sup>14</sup> Van Zyl en Van der Vyver 260–262.
- <sup>15</sup> Van Zyl en Van der Vyver 68.
- <sup>16</sup> Vgl bv Jhering *Der Zweck im Recht* (1893) 91–97; Ehrlich *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913) 14–38; Pound *Interpretation of legal history* (1930) 152–165. Sien hierteenoor veral die standpunte van Van Eikema Hommes *Elementaire grondbegrippen* (1972) 410–417 en Hunt *The sociological movement in law* (1983) 134–151.
- <sup>17</sup> 1–3. Op hierdie dualisme word ook gewys deur Sinzheimer 11–15 en 31–38; Valkhoff 4–10; Dooyeweerd “Sociology of law and its philosophical foundations” in *Waarheid en Werklikheid* (1971) 55–56; Friedman *Law in changing society* (1972) 19–21 en Aubert 1–3.
- <sup>18</sup> 48.
- <sup>19</sup> Dooyeweerd 55.
- <sup>20</sup> Hommes 403; sien ook Dooyeweerd “Sociology of law” 56–57; Dooyeweerd *Verkenningen* (1962) 74–79 en 100–106.
- <sup>21</sup> Dooyeweerd “Sociology of law” 55 en *Verkenningen* 74–79 en 100–106; Hommes 403 en 423.
- <sup>22</sup> *De taak der rechtssociologie* (1935) 49–51.
- <sup>23</sup> Sinzheimer 13. Sien ook vn 9 hierbo.
- <sup>24</sup> 5.
- <sup>25</sup> 49: “Zij is niet normatief; bestudeert niet hoe het behoort, niet wat gebeuren moet, doch wat gebeurt in verband met rechtswetten.”
- <sup>26</sup> 99. Hy kritiseer veral die standpunt van Eugen Ehrlich, die baanbreker van regsosiologie in Duitsland en Oostenryk, wat sterk standpunt ingeneem het teen regsosiologie as beskrywende of deskriptiewe wetenskap, maar wat die waarde van die “lewende reg” by regsvoor-

ming oorbeklemtoon het. Sien in hierdie verband die kritiek van Van Zyl en Van der Vyver 68–70 op die oordrewe klem wat dikwels op sosiologiese faktore gelê word.

<sup>27</sup> *The sociology of law* (1984) 2–8.

<sup>28</sup> 17.

<sup>29</sup> *In search of law* (1983) 4–33.

<sup>30</sup> 22–23

<sup>31</sup> Hoofkomitee: RGN-ondersoek na Tussengroepverhoudinge *Die Suid-Afrikaanse samelewing* (1985) 1–90.

<sup>32</sup> SA Regskommissie (Projek 51) Werksdokument 10.

<sup>33</sup> Küchenhoff *Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit* (1966) 9; Gastroph *De politischen Vereinigungen* (1969) 19–20.

<sup>34</sup> D 3.4.1; D 34.5.20; D 47.22.3.1; *Morrison v Standard Building Society* 1932 AD 229 op 235: “Legislature thought it dangerous to allow *huiusmodi societates, sodalitates et collegia* to exist lest men coming together under some pretext might conspire against the head of the State.” Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon* (1982) 27.

<sup>35</sup> Küchenhoff 9; Gastroph 21; Kaser *Römisches Privatrecht* (1979) 78.

<sup>36</sup> Pienaar 28.

<sup>37</sup> Küchenhoff 9–10; Gastroph 21–22.

<sup>38</sup> Pienaar 26–28.

<sup>39</sup> Pienaar “Die reg insake verbode organisasies” 1986 SA *Publiekreg* 71 96.

<sup>40</sup> Pienaar 71 87–92.

<sup>41</sup> Meron *Human rights in international law* Vol 1 (1984) 188–191.

gesag daar aangehaal.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Pienaar 305–306.

<sup>66</sup> De Wet en Van Wyk *Kontrakte- en Handelsreg* (1978) 5 en 181; Aronstam *Consumer protection, freedom of contract and the law* (1979) 1–16; *Wells v SA Alumenite Co* 1927 AD 69 op 73; *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy v Shifren en andere* 1964 4 SA 760 (A) op 767; *Magna Alloys and Research (SA)(Pty) Ltd v Ellis* 1984 4 SA 874 (A) op 893–4.

<sup>67</sup> Raiser *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (1935) 20–22; Shepherd en Sher *Law in society* (1960) 147–276; Bundesminister der Justiz *Schutzes des Verbraucher* (1974) 13; Silberberg *Gesetz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (1979) 7; Atiyah *The rise and fall of the freedom of contract* (1979) 592–596; Eberstein *Die Zweckmäßige Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (1980) 151.

<sup>68</sup> Atiyah 681–779.

<sup>69</sup> Friedman *Law in a changing society* (1972) 129–157; Atiyah 572–601.

<sup>70</sup> Raiser 23–26; 154–157 en 162–169; Sinzheimer 78–79; Shepherd en Sher 42–43 en 210–276; Friedman 124–129; Gres-Gerber *Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB* (1977) 1; Aronstam 16–25; Silberberg 7–8; Bunte *Handbuch der AGB* (1982) 1–7; Stein *Die Inhaltskontrolle vorformulierte Verträge des Privatrechts* (1982) 21–26; De Jager *Vervreemding van Grond* (1982) 73 en die gesag daar aangehaal.

<sup>71</sup> Raiser 154–157; Shepherd en Sher 450–501; Silberberg 7–8; Wolf ea *Kommentar zum AGB-Gesetz* (1984) 16–18.

<sup>72</sup> Raiser (in geheel); Shepherd en Sher 566–577; Silberberg 13; Wolf 19–20.

<sup>73</sup> Silberberg 14; Eberstein 16–18; Dauner-Lieb *Verbraucherschutz* (1983) 51–60; Wolf 22–23.

- <sup>74</sup> Gres-Gerber 1; Silberberg 14; Eberstein 20; Schroeder *Para 2 AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre* (1983) 2–7; Wolf 22–23.
- <sup>75</sup> Sheldon “Consumer protection and standard contracts: the Swedish experiment in administrative control” 1974 *American Journal of Comparative Law* 17 22–29; Ehlers “Aus der Praxis des schwedischen Marktgerichts” 1978 *GRUR* 327–343; Bernitz en Draper *Consumer protection in Sweden, legislation institutions and practice* (1981) 81–101 en 263–272.
- <sup>76</sup> Anson *Law of contract* (1984) 165–175.
- <sup>77</sup> Anson 171–173; vgl ook Silberberg 41, wat stel dat dit die Duitse juriste se hoofbeswaar is teen die trefwydte van die Engelse *Unfair Contract Terms Act, 1977*, waar sterk op die redelikheidsmaatstaf gesteun word.
- <sup>78</sup> Raiser (in geheel); Shepherd en Sher 566–577; Silberberg 13; Wolf 19–20.
- <sup>79</sup> Silberberg 12: “In applying this principle the Federal Supreme Court has consistently pointed out that all legal norms, including those which may be varied or excluded by agreement, are a “balanced order” which determine the rights and duties of the parties in “average and typical” situations. While some of them are mainly “rules of convenience” (to which the principle does not apply) most legal norms represent the “immanent limits of justice” in a legal system. Therefore, they cannot be varied at will.” Ook Heinrichs 101.
- <sup>80</sup> Erman 280–286, 469 en 720–721.
- <sup>81</sup> Gres-Gerber *Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB* (1977) 1; Silberberg 14; Wolf 22.
- <sup>82</sup> §§ 1(2); 2 & 4 AGBG; Silberberg 18; Schroeder *Para 2 AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre* (1983) 8–147; Wolf 22–23.
- <sup>83</sup> Ten opsigte van die behoud van wijsoreenstemming, raadpleeg veral Schroeder (in geheel).

<sup>84</sup> Sien vn 77 hierbo.

<sup>85</sup> Vgl die verslag van die SA Regskommissie (Projek 51) Werksdokument 10 met betrekking tot die keuse van huweliksvorme by swart persone.