

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID AFRIKA

APPÈLAFDELING

In die saak tussen

BON QUELLE (EDMS) BEPERK

EN

DIE MUNISIPALITEIT VAN OTAVI

APPELLANT

RESPONDENT

CORAM: RABIE Wrn HR, JOUBERT, BOTHA, HEFER et
VIVIER ARR.

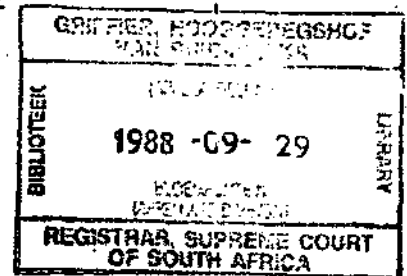
AANGEHOOR: 9 SEPTEMBER 1988

GELEWER: 29 SEPTEMBER 1988.

UITSpraak

HEFER AR :

Hierdie appèl is gerig teen n spoliassiebevel wat MOUTON R
in die Hooggeregshof van Suidwes-Afrika op aansoek van die



huidige respondent teen die appellant verleen het. Die bevel lui soos volg:

"Die respondent word beveel om onmiddellik en ante omnia die vloei van minstens twaalf en n half persent ($12\frac{1}{2}\%$) van die water wat uit die Otavifontein op die res-terende gedeelte van die plaas Otavi-fon-tein 794, distrik Grootfontein, soos aan-gewys deur Punt G op Kaart nr. A.61/46 aangeheg by Notariële Serwituut 6/1946, afkomstig is na die reservoir waaruit die applikant se water voorsien word, te herstel."

Dit is onnodig om die feite wat aanleiding gegee het tot die aansoek volledig uiteen te sit. Ek volstaan met wat volg.

Vir etlike dekades voor 1986 het die respondent water gebruik uit die Otavifontein wat op n plaas naby die dorp Otavi geleë is. Die water is uit die fontein na n opgaartenk gepomp vanwaar dit na die dorp gelei en onder die inwoners versprei is. Gedurende Julie 1986 het die appellant, aan wie die plaas sedert 1982 behoort, die vloei van die water na die opgaartenk afgesny. Dit

is waaroor die respondent hom in die aansoek bekla het.

Sy saak is bondig saamgevat in die slotparagraaf in die funderende verklaring van die stadsklerk waarin beweer is dat die appellant

"----wederregtelik en onregmatig die reg in eie hande geneem het, inbreuk maak op die vloei van die water uit die Otavifontein na die reservoir waaruit die applikant sy water verkry en die applikant ontnem van sy regte ten opsigte van die water uit die Otavifontein."

Die bevel is toegestaan in die vorm waarin dit aangevra is. Ek noem dit om aan te dui dat die aansoek, behalwe vir gedingskoste, bloot was vir 'n spoliassiebevel en niks meer nie.

Al wat verder genoem moet word, is dat die stadsklerk se bewering in die funderende verklaring dat die respondent water uit die fontein gebruik het totdat die appellant die vloei daarvan afgesny het, nie in appellant se opponerende verklaring betwis is nie maar dat 'n verdere bewering dat die respondent die houer is van

n serwituut wat aan hom die reg op n gedeelte van die water van die fontein verleen, wel betwis is.

Die geskil oor die beweerde serwituut het die sentrale geskilpunt in die betoë in hierdie hof gevorm. Appellant se advokaat het aangevoer dat die bevel, in die afwesigheid van bewys van die serwituut, nie toegestaan moes gewees het nie terwyl respondent se advokaat aangevoer het dat dit onnodig was om dit te bewys.

Vir sy standpunt het respondent se advokaat staategemaak op die bekende beginsel dat die partye se regte, en, meer bepaald, die applikant se reg op besit, nie tersprake is by n aansoek om n spoliassiebevel nie. In Nino Bonino v de Lange 1906 TS 120 op 122 is die betrokke beginsel soos volg geformuleer:

"It is a fundamental principle that no man is allowed to take the law into his own hands; no one is permitted to dispossess another forcibly or wrongfully and against his consent of the possession of property, whether movable or immovable. If he does so the Court

will summarily restore the status quo ante and will do that as a preliminary to any inquiry or investigation into the merits of the dispute."

Kyk ook by Greyling v Estate Pretorius 1947(3) S A 514

(W) op 516-517; Shahmahomed v Hendriks and Others 1920

A D 151 op 159, 166; Nienaber v Stuckey 1946 A D 1049

op 1053 en vgl Yeko v Qana 1973(4) S A 735 (A) op 739

D-H. Die mandament van spolie is 'n besitsremedie waarvan die beperkte en uitsluitlike funksie is om die herstel van die status quo ante te bewerkstellig (Oglodzinski v Oglodzinski 1976(4) S A 273 (D & K.) op 274 F-G)

en daarom kom dit nie daarop aan dat die spoliator 'n

sterker aanspraak op besit as die gespolieerde mag hê

nie of dat laasgenoemde inderdaad geen reg op besit het

nie. Die beginsel is eenvoudig: spoliatus ante omnia

restituendus est ongeag die partye se daadwerklike

regte op besit. Van Wyk v Kleynhans 1969(1) S A 221

(G W) op 224A: Burger v Van Rooyen en 'n Ander 1961(1)

S A 159 (O) op 161 D-H).

Appellant se advokaat het, aangevoer dat die respondent sy reg op water uit die fontein nogtans moes bewys omdat dit in die huidige geval nie om die herwinning van die besit van 'n liggaamlike saak gaan nie, maar om die herstel van respondent se beweerde reg. In so 'n geval, lui die betoog, moet die reg waarop na bewering inbreuk gemaak is, bewys word. Ter ondersteuning van hierdie betoog is ons verwys na die beslissing van JACOBS R (soos hy toe was) in Jansen v Madden 1968(1) S A 81 (NK) en die beslissing in Beukes v Crous en 'n Ander 1975(4) S A 215 (NK) waarin Jansen v Madden gevolg is.

In Jansen v Madden het JACOBS R soos volg geredeneer (op 83F-84C):

"The argument that the principles applicable to the granting of a spoliation order should be applied here is mainly based on a passage in the judgment of GREENBERG J.A., in Nienaber v Stuckey, 1946 A.D. 1049, where the learned Judge, after referring to Nino Bonino v de Lange, 1906 T.S. 120, and certain other authorities, says the following on pp. 1055-1056 :

'The fact that these authorities state generally, and without any limitation or exception, that the possession of incorporeal rights is protected against spoliation means that the holders of such servituted rights as rights of way ... are entitled to the relief against dispossession by spoliation':.....

The argument that the principles applicable to spoliation proceedings should be applied in cases such as this is certainly attractive but I do not think it is sound. I could certainly not find a reported case, and there are numerous decisions on disputes similar to this one, where those principles have been applied. As I read the passage in Nienaber's case quoted above it is the servituted right which is protected against dispossession by spoliation and a person claiming such an order must therefore show that he is the holder of such a right and not merely that he claims such a right. An incorporeal such as a servitude cannot of course be possessed in the ordinary sense of the word and the possession is represented by the actual exercise of the right with the result that a refusal to allow a person to exercise the right will amount to a dispossession of such right.

A person who claims relief against dispossession by spoliation in a case such as the present will, however, have to prove on a balance of probabilities that he was the holder of a servituted right and it is not sufficient merely to say that he claims such a right and that he was disturbed in the exercise of the right which he claims."

Ek neem aan dat die opmerking dat dit die "servituted right" is wat beskerm word teen spoliësie nie letterlik

bedoel is nie. "Die mandament beskerm kennelik geen reg in die sin van 'n subjektiewe reg nie maar handhaaf 'n feitelike toestand of gegewe." (A J van der Walt : Toepassing van die Mandament van Spolie op Onroerende Sake 1986 TSAR 223 op 228. Kyk ook J C Sonnekus: Mandament van Spolie-Kragtige Remedie by Kragonderbreking? 1985 TSAR 331 op 334).

Te oordeel aan sy ander opmerkings en die gevolgtrekking waartoe hy gekom het, wou JACOBS R waarskynlik slegs daarmee te kenne gee dat dit die besit van die serwitutreg is wat beskerm word sodat 'n spoliassiebevel nie verleen kan word in die afwesigheid van bewys van die reg nie.

Ek kan hierdie sienswyse nie aanvaar nie.

Aanvanklik moet ek daarop wys dat dit nie steun vind in enigiets wat in Nienaber v Stuckey gesê is nie. GREENBERG AR se dictum wat JACOBS R aanhaal, verskyn in eersgenoemde se behandeling van die vraag of 'n spoliassiebevel verleen kan word aan iemand wat nie die uitsluitlike besit van 'n gespolieerde saak gehad

het nie, en dit moet in daardie samehang verstaan word.

Die doel daarvan was bloot om aan te dui dat uitsluitlike

besit nie 'n vereiste is nie o a omdat 'n serwituuthouer,

"where clearly the person who holds the servitude does

not have exclusive possession of the land"(1056), gereg-

tig is op die beskerming van die mandament; en dit regver-

dig nie die afleiding dat iemand wat die bevoegdhede van

'n serwituuthouer uitoefen maar nie bewys dat hy 'n serwi-

tuuthouer is nie, enigsins in 'n ander posisie verkeer nie.

Om van so 'n persoon bewys van die serwituut te verg, bring

mee, soos ek aanstons sal aantoon, 'n drastiese afwyking

van aanvaarde beginsels waarvan daar geen aanduiding in

die uitspraak in Nienaber v Stuckey te bespeur is nie.

Die teendeel is eerder waar. In die dictum waarna JACOBS R

verwys het, het GREENBERG AR bv verwys na die feit dat

"these authorities -----state that the possession of

incorporeal rights is protected against spoliation".(My

kursivering). Op 1053 is opgemerk dat

"----- a spoliation order does not decide what, apart from possession, the rights of the parties to the property spoliated were before the act of spoliation and merely orders that the status quo be restored-----."

en op 1059 dat

"-----it is clear that the appellant was in possession of the right of access through this gate of which he has been deprived, and the remedy is therefore available."

n Duideliker formulering van die aanvaarde beginsels van die mandament van spolie is nouliks denkbaar.

Dat JACOBS R se aandrang op bewys van die serwitut n drastiese afwyking van aanvaarde beginsels behels, is duidelik. Ek het herhaaldelik daarop gewys dat die partye se regte, en, meer bepaald, die applikant se ius possidendi, nie ter sake is in n aansoek om n spoliassiebevel nie. In Van Wyk v Kleynhans (supra) op 224 A-B is tereg gesê dat

"na die vorige stand van sake herstel is, kan enigeen van die partye, indien nodig, na die hof toe kom om n beslissing oor die meriete van die geskil te verkry" ,

en is n spoliassiebevel tereg beskryf as n "voorspel tot n

geding oor die meriete van die geskil." (Kyk ook Burger v Van Rooyen en n Ander (supra) op 161 D-H; Wait v Wait 1929 EDL 342 op 345: "-----it is possible that respondent may yet satisfy the Court that he is entitled to the exclusive possession which he claims-----but this he can do only in subsequent proceedings"). Ek is dit eens met D G Kleyn se opmerking in sy ongepubliseerde doktrale proefskrif Die Mandament van Spolie in die Suid-Afrikaanse Reg op 395 dat

"Indien daar van die applikant vereis word om die bestaan van die reg en die feit dat dit aan hom toekom, te bewys, sal dit meebring dat die hof op die meriete van die geskil sal moet ingaan, wat ontoelaatbaar is in die lig van die karakter van die mandament as besitsremedie."

Kyk ook Ntshwagela and Others v Chairman, Western Cape Regional Services Council, and Others 1988(3) S A 218 (K) op 221 G-H waarin HOWIE R, basies weens dieselfde rede, van JACOBS R verskil het; The Law of South Africa Vol 27 par 74 op 67; Three Cases on the Mandament van Spolie deur A J van der Walt 1983

SALJ op 6:91; Annual Survey of South African Law 1969 op 179; waar prof Scholtens daarop wys dat die beslissing in elk geval strydig is met Bynkershoek Obs. Tum. 2346. (Ek bespreek die uitspraak in Beukes v Crous en n Ander waarop appellant se advokaat ook gesteun het, nie afsonderlik nie omdat dit grotendeels op Jansen v Madden gebaseer is.)

Die vraag is nou hoe n geval soos die onderhawige waar die respondent nie die serwituut waarop hy aanspraak maak, bewys het nie maar tog jarelank die bevoegdhede van n serwituuthouer uitgeoefen het, benader moet word. As basiese uitgangspunt moet, myns insiens, aanvaar word dat n reg, hoewel onliggaamlik, nogtans vatbaar is vir besit - wat natuurlik as quasi-besit verstaan moet word. Quasi possessio is n begrip wat reeds in die Romeinse reg bekend was. (De Blécourt-Fischer : Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk

Recht (7de uitg) 128-129; Van Oven: Leerboek van Romeinsch Privaatrecht (3de uitg) par 69): dit is deur skrywers oor die Romeins-Hollandse reg erken (Voet: Comm. 41.2.11 en 43.16.2: De Groot Inl. 2.2.5 ; Van der Kessel: Prael. 2.2.5; Van Leeuwen: R.H.R. 2.8.1): en is ingeburger in die Suid-Afrikaanse reg (Van der Merwe: Sakereg op 79 en 94; Law of South Africa, Vol 27 par 52; Guman and Another v Latib 1965 (4) S A 715 (A) op 721G-722E). Van Oven merk tereg op (tap):

"Toch gebruiken wij den term nog in dezelfde beteekenis als de Romeinen deden, en het feit dat hij zoo vele eeuwen praktisch bruikbaar is gebleken, bewijst wel dat hij niet zoo irrationeel is als theoretische juristen wel hebben betoogd."

Die skrywer verduidelik die besit van n reg so :

"Immers, wanneer men hem wien een vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid toekomt, eigenaar noemt van een onlichamelijke zaak, dan kan men hem wien het niet toekomt, maar die het wel feitelijk, te goeder of te kwader trouw, uitoefent, bezitter daarvan noe-

men, juist zooals men iemand die geen
eigenaar is van een lichamelijke zaak,
maar wel den eigendom daarop feitelijk
uitoefent, den bezitter dier zaak
noemt."

n Onliggaamlike saak soos n serwituut is natuurlik
nie vatbaar vir fisiese "besit" in dieselfde sin
as wat daardie uitdrukking gebruik word met betrek-
king tot liggaamlike sake nie, maar wel vir quasi-
possessio wat bestaan uit die daadwerklike gebruik
van die serwituut. (Waar ek later in hierdie uit-
spraak die uitdrukking "besit van n reg" gebruik,
bedoel ek dit in hierdie sin.) In die samehang
van die mandament van spolie neem, soos later sal
blyk, die daadwerklike gebruik van n beweerde ser-
wituut die plek van die besit van n liggaamlike
saak.

In Sonnekus se Sakereg Vonnisbundel op 54 en in sy artikel waarna hierbo verwys is, huldig die skrywer die standpunt dat 'n reg nie besit kan word nie. Volgens hom kan "slegs feitelike besit van 'n liggaamlike saak" met die mandament van spolie beskerm word en is die hofbeslissings dat dit ook aangewend kan word -

"waar, daar 'n aantasting van regte van die applikant was ---- uit sowel 'n historiese as 'n suiwer teoretiese standpunt kwalik regverdigbaar. Die historiese ontwikkeling van die mandament van spolie uit die Kanonieke reg en in besonder uit die canon Redintegranda uit die Decretum Gratiani, II causa 3 qu I canon 3) dui daarop dat die aanwending van die remedie inderdaad tot feitelike besitsbeskerming beperk is."

(p 335 van die artikel.)

Ek stem nie saam nie. Uit wat ek reeds gesê het, blyk dit dat die begrip van die besit van 'n reg in die vorm van quasi possessio vir eeue reeds aanvaar word en ook deur hierdie hof aanvaar is. Hieroor kan daar nie verder diskoers gevoer word nie. Dit is juis die quasi possessio van regte wat die hoeksteen vorm van beslissings

soos Nienaber v Stuckey (supra), Nino Bonino v de Lange (supra), Van Wyk v Kleynhans (supra); Jansen v Madden (supra), Painter v Strauss 1951(3) S A 307 (O) op 318 F-H, Sebastian and Others v Malelane Irrigation Board 1950(2) S A 690 (T) op 693-694, Shapiro v South African Savings and Credit Bank 1949(4) S A 985 (W) op 991-992, Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality 1977 (1) S A 230 (OK) op 233 E-F en Froman v Herbmores Timber and Hardware (Pty) Ltd 1984(3) S A 609 (W) op 610 H

waarin bevestig is dat die mandament van spolie beskikbaar is vir die herwinning van die verlore besit van 'n reg. Ek stem hoegenaamd nie saam dat hierdie beslissings nie histories regverdigbaar is nie. Ongelukkig verwys prof Sonnekus nie na die bron vir sy beskouing oor die manier waarop die mandament ontwikkel het nie. Ek is bewus daarvan dat daar in sommige skrywers se behandeling van die onderwerp geen verwysing is na onliggaamlike sake nie maar uit ander geskrifte blyk dit

duidelik dat die verlore verlies van die besit van sulke sake wel met die mandament van spolie herwin kan word.

(Kyk bv Vromans (Trac. de Foro Com. 5de uitg p 68, Van Zutphen (Prac. sv "possessie" par 14), Wassenæer (Prac. Jud. 14.1) Boey (Woorden-Tolk sv "spolie"), Leyser (Med.(7) 504.1), Müller (Prompt (9) 2756), Nederlandsch Placaat en Rechtskundig Woordenboek sv "spolie" en die skrywers aangehaal deur Kleyn (a w) op 242 n 76). Fockema Andrae (Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht verklaar onomwonde (op 206)):

"Naar de theorie die zich in en na de 13de eeuw ontwikkelde, had men de actio spoli-----bij elk onvrijwillig bezitsverlies ----- Men gaf de actio spoli ook aan den detentor, ook by verlies van roerende, van onlichamelijke zaken, ja selfs by onttrekking van personen aan de over hen gezaghebbenden."

Op p 218 verwys hy na die instruksies van die Hoogen Raad en die Hof van Holland oor die "bezitsactie" (vgl Kleyn aw op 225-226) en vervolg dan:

"En deze kan dan ingevolgd de algemeenheid

der uitdrukkingen van de instructiën - zooals o.a. Vromans opmerkt - worden ingesteld voor alle zaken, die men kan bezitten, roerende en onroerende, lichamelijke en onlichamelijke."

Op dieselfe bladsy beskryf hy die drie aksies wat in die praktyk beskikbaar was (maintenue, spolie en complainte).

Spolie word beskryf as -

"-----de actie-----wegens ontzetting uit het bezit, ook van roerende, ook van onlichamelijke zaken."

Volgens Van Oven (aw) op 139 -

"Een verdere en zeer belangrijke ontwikkeling heeft de quasi-possessio in het gerecipieerde en middeleeuwsche recht doorgemaakt. Mede onder den invloed van het in de landen der receptie inheemsche, en vooral van het canonieke recht, is er bescherming ontstaan van het bezit van een zeer groot aantal onlichamelijke zaken, van de feitelijke uitoefening van rechten zonder dat hij die ze uitoefende behoefde te bewijzen, dat zij hem in waarheid toekwamen. Een eigen procedure, die deels uit de Romeinsche interdicten, deels uit andere bronnen was ontstaan, diende voor deze bescherming die in de troebele tijden, toen vaak de rechten moeilijk te bewijzen

vielen, een uitermate heilzaam middel was voor de verdediging van eenmaal gevestigde verhoudingen teenover gewelddadige of heimelijke storing."

Ek meen gevolglik nie dat daar enigiets skort met die historiese fundering van die reeks beslissings waarna hierbo verwys is nie en ek aanvaar dit as korrek dat die mandament van spolie wel beskikbaar is vir die herwinning van die verlore besit van 'n servituutreg. Dit is die slotsom waartoe Kleyn (aw op 390) ook gekom het.

In sy Sakereg Vonnisbundel (op 54) wys prof Sonnekus daarop dat dit in sommige van die beslissings onnodig was om die begrip van die besit van 'n reg te gebruik. Dit was gevalle waar die uitoefening van 'n reg so nou verbonde was aan die besit van 'n liggaamlike saak, dat die verlies daarvan beskou kan word as inbreuk op die besit van die saak self. (Froman v Herbmere Timber and Hardware (Pty) Ltd (supra) waar die krag- en watervoorsiening aan 'n huis afgesny is, was bv so 'n geval. Vgl Naidoo v Moodley 1982 (4) S A 82 (T) op 84 A-B .) Maar dit is nie altyd so nie,

en die feit dat dit in sommige gevalle moontlik is om 'n spoliësiebevel op 'n ander basis te verleen, is onvoldoende rede vir die verwerping van die begrip.

Die toepassing van wat tot dusver gesê is op 'n saak soos die onderhawige, is duidelik: dit is onnodig om die serwituut te bewys. Hierdie gevolgtrekking mag miskien onlogies voorkom omdat bewys van die besit van 'n serwituut logies bewys van die serwituut self sou veronderstel. Dit is nogtans hoe die mandament van spolie ontwikkel het en die logiese beswaar vervaag wanneer in gedagte gehou word dat die mandament gemik is bloot op die herstel van die feitelike toestand wat vantevore bestaan het en wat deur appellant se eiegeregtige optrede versteur is. Voor die versteuring het die respondent, onder die indruk dat hy dit uit hoofde van 'n serwituut doen, die bevoegdhede van 'n serwituuthouer uitgeoefen. Dit is die status quo wat herstel moet word totdat dit vasgestel word of die serwituut inderdaad bestaan.

In appellant se skriftelike betoogpunte is ook aangevoer dat die bevel in elk geval nie toegestaan moes gewees het nie weens respondent se onredelike lang versuim, aldus die betoog, om die aansoek aan die hof te rig. By die verhoor van die appèl het dit egter geblyk dat appellant se advokaat hom misreken het met die periode wat verloop het. Hy het die argument gevolglik nie verder gevoer nie. Boonop is dit 'n punt wat ook in die hof a quo geopper is. MOUTON R het, in die uitoefening van sy diskresie, die bevel verleen ten spyte van die tydsverloop. Niks wat in die skriftelike betoogpunte aangevoer is, het my oortuig dat dit 'n geval is waarin met die uitoefening van die diskresie ingemeng behoort te word nie.

Die appèl word gevolglik van die hand gewys met

kosse. Dit sluit die kosse van twee advokate in.

J J F HEFER AR.

RABIE WRN HR	)	
JOUBERT AR	)	
BOTHA AR	)	STEM SAAM.
VIVIER AR	)	