Vonnisbespreking: Owerspel as gedingsvatbare aksiegrond*RH v DE* 2014 6 SA 436 (HHA)

Johann Neethling

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

Adultery as actionable ground of action

At common law adultery constituted an actionable *iniuria* against the innocent spouse. In *RH v DE* the supreme court of appeal made a radical turnabout. On the basis that the court has a duty to develop the law in accordance with the contemporary *boni mores* as delictual criterion for wrongfulness and the bill of rights, Brand JA, in a considered judgment, came to the conclusion that in light of the *boni mores* adultery can no longer be regarded as wrongful, and that it may accordingly no longer ground the *actio iniuriarum*. This conclusion is supported by the position in most Western countries and the conviction of the majority of South African writers. Some of the other reasons that Brand JA gave for his decision are: the origin of the action is archaic as the husband was considered to have some proprietary interest in his wife and later because of the view that both husband and wife were entitled to the sole use of each other's body; it is a clear anomaly that the action is available against the third party only and not against the adulterous spouse; the action does not protect the institution of marriage and does not have a deterrent effect against adultery; even though the innocent spouse's feelings (of dignity) may be subjectively infringed by the adultery, a reasonable person would not be hurt by the adultery and it is therefore not wrongful; and the hurt and harm brought about by the action (for example, for the children involved and the defendant) would far outweigh the advantage which the action may have for the innocent spouse. One can accept that since adultery is no longer wrongful, the interdict would also not be at the disposal of the innocent spouse, as wrongfulness is a requirement for the interdict. What has, however, been retained, is that the innocent spouse should be able to institute a claim with the Aquilian action for patrimonial loss, such as the loss of supervision over the household and children. It is also submitted that enticement as a ground of action should be retained in our law, and that the fact that the action for adultery has been abolished does not mean that the circumstances surrounding an adultery may be of such a nature that it may be regarded as an actionable *iniuria.* Finally, it is unfortunate that Brand JA, without sufficient justification, was critical of recognising and protecting feelings as an independent personality interest.

Keywords: *Actio iniuriarum*; *actio legis Aquiliae*; adultery; alienation of affection; bill of rights; *boni mores*; breach of promise; *consortium*; constitutional dispensation; *contumelia*; dignity; enticement; feelings; *iniuria*; insult; interdict; marriage; personality rights; reasonable person test; *solatium*; wrongfulness

Trefwoorde: *Actio iniuriarum*; *actio legis Aquiliae*; afrokkeling; *boni mores*; *consortium*; belediging; *contumelia*; eergevoel; grondwetlike bedeling; gevoelslewe; handves van regte; huwelik; *iniuria*; interdik; onregmatigheid; owerspel; persoonlikheidsregte; redelike-persoon-toets; *solatium*; troubreuk; vervreemding van gevoelens

1. Inleiding

Owerspel bestaan in die vrywillige geslagtelike verkeer tussen ’n getroude persoon en iemand anders as sy of haar gade.[1] Hierdie optrede is reeds in die Romeins-Hollandse reg as ’n *iniuria* teenoor die onskuldige gade beskou,[2] ’n beskouing wat tot onlangs nog deur ons regspraak gehandhaaf is.[3] Die *actio iniuriarum* kon nie teen die owerspelige gade nie, maar slegs teen die derde party ingestel word.[4] In *RH v DE*[5] maak die hoogste hof van appèl egter ’n radikale ommekeer en beslis dat “the delictual action based on adultery of the innocent spouse is outdated and can no longer be sustained; … the time for its abolition has come.” Die doel van die onderhawige bespreking is om hierdie beslissing onder die loep te neem en uiteindelik te probeer bepaal of owerspel nou, ongeag die omringende omstandighede daarvan, geen grondslag meer vir ’n gedingsvatbare *iniuria* of ander delik teen die owerspelige gade of die derde party kan lê nie.

2. RH v DF

2.1 Feite

Die relevante feite is kortliks die volgende: Die eiser en sy vrou (X) was hoërskoolvriende en is in 2005 getroud toe hy 26 en sy 25 was. Twee kinders word in 2006 en 2008 uit die huwelik gebore. In 2010, nieteenstaande huweliksberading in 2009 en X se pogings, het die huwelik versleg totdat dit finaal verbrokkel het en X die gemeenskaplike woning verlaat en samewoning tussen die gades permanent beëindig het. Sy stel ’n aksie vir egskeiding in wat in 2011 toegestaan word. Dit blyk dat sy in 2009 begin werk het vir ’n maatskappy waar sy die verweerder ontmoet het. Hy was die besturende direkteur van ’n geaffilieerde onderneming in dieselfde gebou. Die verweerder en X het romanties betrokke geraak, maar dit het volgens albei se getuienis plaasgevind eers nadat X die gemeenskaplike woning verlaat het. Hulle het ook erken dat hul verhouding daarna owerspelig geraak het, maar dit was eers nadat X die aksie weens egskeiding ingestel en die eiser in sy pleit by dié aksie erken het dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het. In teenstelling hiermee het die eiser beweer dat hul huweliksverhouding gelukkig was totdat X by die verweerder betrokke geraak het. Volgens hom het hy nog stappe gedoen om die huwelik deur professionele raadpleging te probeer red voordat sy die woning verlaat het en dat die verweerder en X op daardie tydstip by twee geleenthede owerspel gepleeg het. Die eiser stel ’n eis weens die owerspel teen die verweerder op die gebruiklike twee gronde in,[6] naamlik *contumelia* (*iniuria*) en verlies van *consortium*, en slaag op albei gronde in die verhoorhof. Voordat die uitspraak in appèl van nader beskou word, is dit wenslik om duidelikheid omtrent dié twee gronde te kry.

2.2 Iniuria (contumelia) en verlies van consortium

In hierdie verband moet daarop gewys word dat die *iniuria* by owerspel ten onregte gelykgeskakel word met die*contumelia* of belediging (krenking van die eergevoel) wat die benadeelde ondervind het.[7] Daar word dus onder hierdie hoof geen ruimte gelaat vir die beskerming van ander aspekte van die persoonlikheid (veral die gevoelslewe) nie. Daarom word in *Foulds v Smith*[8] tereg gewaarsku dat “te veel nadruk op die faktor van *contumelia* in die *actio iniuriarum* gelê word”.[9] Dat die gevoelslewe ernstig deur owerspel gekrenk kan word, blyk reeds uit Huber[10] se opmerking dat owerspel optrede is “waer door yemant ten hoogsten beleedigt en bedroeft wordt”. Gevolglik word die erkenning in *Wiese v Moolman*[11] van die reg op die gevoelslewe by name as een van die persoonlikheidsregte wat by owerspel te pas kan kom, van harte verwelkom:[12]

> Ons reg erken en beskerm ‘n wye verskeidenheid van persoonlikheidsregte. Ingesluit daarby is elke persoon se reg op sy of haar eer en waardigheid. Verder is daarby ingesluit ‘n versameling van persoonlikheidsregte waarna prof Neethling[13] ... as die reg op die gevoelslewe verwys ... Daar kan op ‘n wye verskeidenheid van maniere inbreuk gemaak word op mense se persoonlikheidsregte. Ons reg erken dat een manier waarop daar op ‘n getroude persoon se persoonlikheidsregte inbreuk gemaak kan word, is deur owerspel met daardie persoon se eggenoot te pleeg.

Hoe ook al, tradisioneel word die gevoelslewe van die onskuldige gade nietemin op grond van verlies van *consortium*beskerm.[14] Hierdie hoof, wat die “loss of the comfort, society, and services”[15] van die owerspelige gade omvat, kan naamlik nie alleen aanleiding gee tot vergoeding vir vermoënskade weens byvoorbeeld die verlies van toesig oor die huishouding en kinders nie, maar ook tot vergoeding vir sogenaamde ideële skade weens verlies van liefde, vriendskap en geestelike steun.[16] Omdat sodanige verlies die gevoelslewe (veral die piëteitsgevoel) van die onskuldige gade skend, gaan dit eintlik hier om die toekenning van genoegdoening vir persoonlikheidskrenking.[17]

2.3 Beslissing

2.3.1 Afrokkeling, verlies van consortium en contumelia

Ten aanvang onderstreep appèlregter Brand[18] dat die eiser sy eis net op owerspel en nie op afrokkeling nie gebaseer het. Vir afrokkeling as delik word vereis dat daar ’n positiewe element van ompraat of oorreding deur die verweerder aanwesig moet wees.[19] In *Gower v Killian*[20] word verklaar: “It must be shown that the defendant coaxed the plaintiff’s wife away from him, that he talked her over and persuaded her to leave him.” Hierdie element ontbreek byvoorbeeld in omstandighede waar die eiser slegs kan bewys dat sy gade hom verlaat het na gereelde en voortdurende kontak met die derde party.[21] Dit was beslis die geval *in casu*, aangesien X se verlating nie die gevolg van die verweerder se oorredende optrede was nie maar omdat albei partye uit eie beweging met mekaar in ’n romantiese verhouding betrokke geraak het. Dus: selfs al het die eiser sy eis ook op afrokkeling gebaseer, beslis regter Brand[22] tereg dat dit om hierdie oorweging nie sou geslaag het nie.

Na ’n ondersoek van die feite kom die hof[23] tot die slotsom, anders as die hof benede, dat daar geen verlies van*consortium* weens die owerspel was nie, aangesien die huwelik reeds onherstelbaar verbrokkel het toe die eerste daad van owerspel plaasgevind het. Dit beteken egter nie dat daar nie steeds gedingsvatbare *contumelia* weens die owerspel was nie, soos korrek deur die verhoorhof bevind is. In die stadium toe die eerste owerspel plaasgevind het, het die eiser nog nie alle hoop laat vaar om X weer terug te wen nie, of soos dit in *Groundland v Groundland and Alger*[24] gestel word, “the plaintiff in this case had not permanently given up all intention of living with his wife.” Daarom kan genoegdoening weens *contumelia* ingevolge die huidige reg toegeken word. Hierdie slotsom bring egter nou die kernvraag na vore, naamlik of daar regverdiging al dan nie vir die voortgesette bestaan van die aksie weens owerspel in ons reg is.

2.3.2 Owerspel as aksiegrond

2.3.2.1 Wiese v Moolman[25] – *bestaansreg van owerspel as aksiegrond*

Die vraag of owerspel as aksiegrond nog bestaansreg in ons reg het, het ook pertinent ter sprake gekom in *Wiese v Moolman* – ’n uitspraak waaraan appèlregter Brand in *RH v DE* uiteraard noukeurig aandag bestee. Na ’n diepgaande ondersoek beslis regter Du Plessis dat

dit wel die geval is, en hiermee stem die hof *a quo* in *Erasmus v Heine*[26] volmondig saam. Die rede waarom owerspel as *iniuria* in ons reg beskou word, is volgens die hof in *Wiese*[27] geleë in die onderneming van elke gade om slegs met mekaar seksueel te verkeer en aan mekaar getrou te wees. Uit hierdie verhouding spruit daar vir elkeen persoonlikheidsregte voort wat deur buitestanders gerespekteer moet word. Owerspel druis direk teen daardie onderneming in. Die persoonlikheidsregte wat volgens die hof[28] by owerspel in gedrang kom, is die reg op die eer (wat deur belediging of *contumelia* aangetas word) en die reg op die gevoelslewe wat by verlies van *consortium* te pas kom. In *DS v VW*[29] stel die hof dit kortweg so:

> Marriage is sacred. From it flows the obligation to engage in sexual activity with one another only within the framework of the marriage. Our law holds marital rights of sexual intercourse and affection and devotion of the married parties in high esteem. Violation and infringement of these rights entitles one who has suffered damage, as a result, to claim damages.

Die verweerder se betoog in *Wiese* dat die positiefregtelike beskouing dat owerspel 'n *iniuria* daarstel, onbestaanbaar is met die moderne siening van die huwelik, word soos volg deur regter Du Plessis beantwoord:[30] Eerstens is hy van mening dat owerspel feitlik deurgaans gevoelens seermaak en verhoudings versteur en daarom as 'n *iniuria* deur eggenote ervaar word. Tweedens voer hy aan dat owerspel, gemeet aan die regsopvattings of *boni mores* van ons grondwetlike gemeenskap, en dus ook aan die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte,[31] steeds onregmatig is. Volgens hom het hierdie grondwetlike beginsels as oogmerk om "tot die hoogste moontlike mate gevolg te gee aan elke mens se individuele reg om sy of haar lewe volgens sy of haar persoonlike oortuigings in te rig en om daarvoor gerespekteer te word"; en dit omvat ook die besluit om in die huwelik tree en aanspraak te maak op die uitsluitlike seksuele verhouding wat daaruit voortspruit.

Voorts is die regter ook op regspolitieke gronde oortuig van die noodsaaklikheid om die uitsluitlike seksuele verhouding waartoe gades hulle verbind het, teen derdes te beskerm: die reg behoort naamlik nie 'n boodskap uit te stuur dat owerspel regmatig is nie en moet by wyse van die *actio iniuriarum* 'n noodsaaklike uitlaatklep bied vir die heftige gevoelens wat owerspel meestal teweegbring, anders bestaan die gevaar dat die gevoelens op ander, onregmatige, maniere uitgelaat sal word.

Oor die verweerder se betoog dat dit anomalies is dat die *actio iniuriarum* nie teen die skuldige gade nie, maar slegs teen die derde party ingestel word, voer die hof[32] aan dat die owerspelige gade wel 'n delik teen sy of haar gade begaan,[33] maar dat die aksie om regspolitieke oorwegings nie teen eersgenoemde beskikbaar is nie.[34] Die onskuldige gade se remedie is naamlik om die skuldige vir egskeiding te dagvaar.[35]

Ten slotte beroep die verweerder hom daarop dat die onderhawige aksie indruis teen verskeie bepalings van die handves van regte.[36] Regter Du Plessis[37] beslis egter dat nie een van hierdie redenasies steekhou nie. Vir huidige doeleindes is die betoog dat die aksie inbreuk maak op die owerspelige partye se reg om hul liggame volgens hul eie oortuigings aan te wend, veral van belang.[38] Volgens hom verloor dié argument uit die oog dat die skuldige eggenoot vrywillig daardie reg beperk het deur in die huwelik te tree en dat die derde daarvan bewus was. Boonop kom dit voor of die beperking op die gebruik van die liggaam vir doeleindes van owerspel 'n redelike en regverdigbare beperking in ons grondwetlike samelewing daarstel.[39]

Die slotsom in *Wiese*, waarmee ek toe saamgestem het,[40] is dat die *actio iniuriarum* op grond van owerspel as onregmatige daad steeds, ook in die huidige grondwetlike bedeling, volle bestaansreg in die Suid-Afrikaanse reg het en daarom nie afgeskaf behoort te word nie.

2.3.2.2 Regverdiging vir afskaffing van owerspel as aksiegrond

In eerste instansie wys appèlregter Brand[41] daarop dat alhoewel die wetgewer die belangrikste instrument vir regshervorming is, die howe 'n algemene verpligting het om die gemenereg te ontwikkel, eerstens om die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte te bevorder, en tweedens om die veranderde sosiale, morele en ekonomiese struktuur van ons samelewing te weerspieël: "We cannot perpetuate legal rules that have lost their social substratum."[42] In hierdie verband is die *boni mores* of regsoortuigings van die gemeenskap, wat uitdrukking aan oorwegings van regs- en openbare beleid gee, van besondere betekenis vir die bepaling van onregmatigheid, wat 'n noodsaaklike element van deliksaanspreeklikheid in ons reg ingevolge onder andere die *actio iniuriarum* is.[43]Volgens die hof word hierdie beginsel in *Le Roux v Dey (Freedom of Expression Institute and Restorative Justice Centre as amici curiae)*[44]soos volg geformuleer:

> In the more recent past our courts have come to recognise, however, that in the context of the law of delict: *(a)* the criterion of wrongfulness ultimately depends on a judicial determination of whether – assuming all the other elements of delictual liability to be present – it would be reasonable to impose liability on a defendant for the damages flowing from specific conduct; and *(b)* that the judicial determination of that reasonableness would in turn depend on considerations of public and legal policy in accordance with constitutional norms.

In die lig van die aanvaarding deur regter Brand van die *boni mores* as basiese toets vir onregmatigheid in ons reg[45]was dit onnodig vir hom om die omstrede nuwe toets vir onregmatigheid, soos hy dit verkort hier bo in *Le Roux v Dey*[46]geformuleer het, hier te herhaal.

As voorbeeld van hoe gemeenskapsopvattinge verander, verwys die hof[47] na die hoogste hof van appèl in *Van Jaarsveld v Bridges*[48] se benadering met betrekking tot troubreuk, wat, soos owerspel, deel is van die groep gedraginge wat op die *actio iniuriarum* gebaseer is en met die huwelik verband hou. Daar verklaar adjunkpresident Harms:

> I do believe that the time has arrived to recognise that the historic approach to engagements is outdated and does not recognise the *mores* of our time, and that public policy considerations require that our courts must reassess the law relating to breach of promise ... The world has moved on and morals have changed. Divorce, which in earlier days was available in the event of adultery or desertion only, is now available in the event of an irretrievable breakdown of the marriage. Guilt is no longer an issue. There is no reason why a just cause for ending an engagement should not likewise include the lack of desire to marry the particular person, irrespective of the "guilt" of the latter.

Alhoewel hierdie diktum waarheidsmomente bevat, moet in gedagte gehou word dat dit hier gegaan het oor die kontraksaksie weens troubreuk wat veral weens veranderde gemeenskapsopvattinge waarskynlik nie meer beskikbaar sal wees nie. Die beskikbaarheid van die *actio iniuriarum* vir troubreuk is nie bevraagteken nie.[49]

Die vraag is egter of veranderde opvattings verg dat die aksie weens owerspel van die delikteregtoneel moet verdwyn. Interessant genoeg het regter Blackwell reeds in 1944 in *Rosenbaum v Margolis*[50] opgemerk dat "[t]here is something ... to be said for the view that an action for damages against an adulterous third party is out of harmony with modern concepts of marriage and should be abolished." Na 'n diepgaande ondersoek na die geskiedenis van die aksie in ons reg en in vreemde regstelsels,[51] kom regter Brand in 'n oorwoë uitspraak tot die slotsom dat owerspel in die lig van die *boni mores* nie langer as onregmatig geag kan word nie, en dat dit gevolglik nie meer die *actio iniuriarum* kan fundeer nie. Hy verklaar:[52]

> The conclusion I arrive at is that in the light of the changing *mores* of our society, the delictual action based on adultery of the innocent spouse is outdated and can no longer be sustained; that the time for its abolition has come ... My finding is that the action derived from the *actio iniuriarum* and based on adultery, which afforded the innocent spouse a claim for both *contumelia* and loss of *consortium*, is no longer wrongful in the sense that it attracts liability and is thus no longer available as part of our law.

Hierdie gevolgtrekking word, met my aanvanklike "notable" teenstem des roepene in die woestyn,[53] gerugsteun deur die oortuiging van die meerderheid Suid-Afrikaanse skrywers[54] en die posisie in die meeste Westerse lande, soos Frankryk, Nederland, Duitsland, Oostenryk, Engeland, Skotland, Nieu-Seeland, Australië, Kanada en die VSA (behalwe Noord-Carolina).[55] Appèlregter Brand[56] verklaar dat die redes vir afskaffing van die aksie weens owerspel in al hierdie jurisdiksies, kortweg gestel, is dat "the action is regarded as no longer in confirmation with considerations of morality, that it has grave disadvantages and that on balance, its continued existence is no longer justifiable."[57]

Van die ander redes wat die regter vir sy besluit aanvoer, is die volgende: Eerstens is dit anomalies dat die *actio iniuriarum* nie teen die owerspelige gade nie maar slegs teen die derde party ingestel kan word, nieteenstaande die feit dat die owerspelige gade hom of haar beslis ook aan 'n *iniuria* teenoor die onskuldige gade skuldig maak.[58] Die argument dat laasgenoemde se remedie daarin geleë is dat hy of sy die owerspelige gade vir egskeiding kan dagvaar, gaan nie op nie, aangesien owerspel nie meer 'n grond vir egskeiding in ons reg is nie. Indien die aksie weens owerspel egter wel bestaansreg het – wat nou ná die beslissing in *RH v DF* natuurlik nie meer die geval is nie –kon die anomalie eenvoudig uit die weg geruim gewees het om deur ontwikkeling van die gemenereg die *actio iniuriarum* ook teen die owerspelige gade beskikbaar te stel.[59]

Tweedens verskil regter Brand met die standpunt in *Wiese*[60] dat dit om regspolitieke oorwegings noodsaaklik is om die uitsluitlike seksuele verhouding waartoe gades hulle verbind het, teen derdes te beskerm, anders word die boodskap uitgestuur dat owerspel regmatig is. Die feit dat gedrag regmatig is, beteken volgens hom egter nie dat dit regtens of moreel gekondoneer word nie. Dit beteken net dat die owerspeliges, nieteenstaande moontlike morele blaamwaardigheid, nie regtens aanspreeklik is nie. Hierdie gedagtegang word goed weerspieël in 'n Nederlandse saak[61] in Rechtbank Arnhem (Enkelvoudige Handelskamer), waar beslis is dat owerspel nie as onregmatig of strydig met die "ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer" geag word nie, hoewel die norm van huwelikstrou klaarblyklik "binnen de maatschappij breed gedragen wordt" en owerspel klaarblyklik dus morele verontwaardiging sal ontlok.

Derdens, in teenstelling met wat te kenne gegee word,[62] beskerm die aksie nie die huwelik as instelling nie en dien ook nie as afskrikmiddel teen owerspel nie.[63] Die volgende oorwegings gee volgens regter Brand hier die deurslag: Alhoewel die huwelik een van die belangrikste instellings in ons gemeenskap is en deur die Grondwet beskerm word, gaan dit wesentlik oor die morele ingesteldheid van die partye om 'n huwelik te sluit en in stand te hou. Waar hierdie morele verbintenis tot niet gaan, is dit onwaarskynlik dat 'n aksie weens owerspel dit sal herstel. Boonop het dit, soos blyk uit die gevolgtrekking in die meeste ander lande, geen afskrikkingseffek nie. Indien dit wel as afskrikking moet dien, sou hierdie effek volgens die regter miskien eerder deur strafsanksies of die interdik bereik kon word. In die praktyk het dit egter nie gebeur nie, aangesien owerspel as misdaad deur onbruik verval het en die interdik nog nooit deur 'n hof toegestaan is nie. Sommige van die redes wat hiervoor in *Wassenaar v Jameson*[64] aangevoer word, is volgens regter Brand insiggewend en geld eweneens met betrekking tot die geskiktheid van die aksie weens owerspel. Dit behels naamlik dat die interdik sou inmeng met die reg van die derde party om vryelik oor die gebruik van sy liggaam

te beskik; insgelyks affekteer dit ook op indirekte wyse die soortgelyke reg van die eiser se gade. Laastens kom dit volgens regter Brand voor of die afskrikkingsargument gebaseer is op die veronderstelling dat owerspel die oorsaak van die verbrokkeling van 'n huwelik is, terwyl daar vandag algemeen aanvaar word dat die oorsake van huweliksverbrokkeling veel meer kompleks is.

In die vierde plek is regter Brand[65] van oordeel dat alhoewel die onskuldige gade se eer en gevoelens subjektief deur owerspel gekrenk kan word, sodanige krenking nie onregmatig is nie, omdat 'n redelike persoon (objektiewe toets) nie weens die owerspel gekrenk sal word nie. Laasgenoemde is 'n besondere toepassing van die regsoortuigings van die gemeenskap of die *boni mores.*[66] Hy stel dit so:

> Even if ... conduct is subjectively perceived by the plaintiff as insulting or hurtful to his or her self-esteem, it cannot give rise to an action for compensation unless it is, objectively determined, insulting. Unless the reasonable observer would also regard the conduct as humiliating or degrading, no action for *iniuria*or insult will lie ... Applying that test, it appears to me that in this day and age the reasonable observer would rarely think that the innocent spouse was humiliated or insulted by the adultery of his or her spouse.

Alhoewel hierdie opvatting in die algemeen instemming verdien, is dit, soos later uitgewys word,[67] beslis nie waar van alle gevalle van owerspel nie. Die omstandighede waarin die owerspel plaasvind, kan naamlik van so 'n aard wees dat die redelike persoon in die plek van die onskuldige gade beslis ook beledig sou gevoel het en dat die gewraakte optrede daarom as onregmatig geag behoort te word – regter Brand[68] se kwalifikasie dat "the reasonable observer would rarely think" maak klaarblyklik ook hiervoor voorsiening. Ongelukkig doen die volgende opmerking van die regter afbreuk aan sy korrekte benadering met betrekking tot belediging by owerspel:

> The passages ... that I have referred to express the view that in modern society the reasonable person would not regard the "cuckold husband" with less respect ... I think the position in our society would be no different. Perhaps, society will think less of the guilty spouse but not of the one who had been betrayed.

Hierdie opmerking het niks met die beoordeling van eerskending te make nie, maar wel met die belastering al dan nie van die onskuldige gade. By die goeie naam (laster) gaan dit juis om die dunk van andere jeens 'n persoon terwyl die eer (belediging) die eie gevoelswaarde betrek.[69] Interessant genoeg handhaaf regter Brand self hierdie onderskeid suiwer in sy uitspraak in *Le Roux v Dey.*[70]

Vyfdens is die oorsprong van die owerspelaksie argaïes weens die siening dat die man 'n soort eiendomsbelang in sy vrou se persoon en haar "dienste" gehad het en later het beide gades die gebruik van die ander se liggaam as hul uitsluitlike reg geag.[71] Dit behoef egter geen betoog nie dat hierdie opvattings vandag glad nie meer geld nie en daarom ook nie as rede vir die afskaffing van die aksie geopper behoort te word nie.

Laastens voer appèlregter Brand[72] aan dat die pyn en nadeel wat die aksie teweegbring, meestal verreweg die voordele oorskadu wat die aksie vir die onskuldige gade kan inhou. Dit geld veral die kinders van die gades wat aan skadelike publisiteit en emosionele trauma blootgestel word; die (beweerde) owerspelige partye wie se eer en privaatheid ernstig in gedrang gebring word; en die geweldige koste wat die hofgeding vir die betrokkenes meebring.

2.3.2.3 Erkenning van die gevoelslewe as selfstandige persoonlikheidsreg

Hier bo[73] is daarop gewys dat die reg op die gevoelslewe by name in *Wiese*[74] erken is.[75] Regter Brand[76] laat hom soos volg in hierdie verband uit:

> Neethling's *Law of Personality supra* (at 209) contends that the action serves to protect another personality interest, namely "die gevoelslewe", or wounded feelings of the innocent spouse. He regards this protection as part of the claim for loss of *consortium*. *Wiese* (126A-C) appears to endorse this notion, but regards it as part of *contumelia*. However, as far as I know, an action for wounded feelings as such had not as yet been specifically recognised by our law. Moreover, I am not entirely sure what the proposed action entails. Does it refer to the purely subjective feelings of the spouse? That would directly conflict with the established principle that our law does not concern itself with subjective feelings of hurt which are not regarded as objectively reasonable. In addition, if the law is to be extended to protect wounded feelings, where would we draw the line? Would it include the wounded feelings of a party whose agreement to marry had been broken or of a man whose girlfriend had left him for another? If it can only be brought as part of the claim for loss of *consortium*, what about the spouse who has no claim for loss of *consortium*, but nonetheless feels deeply hurt?

Hierdie diktum noop die volgende kommentaar: In eerste instansie het regter Du Plessis in *Wiese* beslis nie die gevoelslewe as deel van *contumelia* beskou nie. Volgens hom omvat *contumelia* net die belediging van die onskuldige gade, terwyl daarnaas sy of haar gevoelslewe ook deur verlies van *consortium* aangetas kan word.

Tweedens word die gevoelslewe wel in ons reg erken en beskerm. Afgesien van die uitdruklike erkenning in *Wiese*[77] blyk dit tewens uit die volgende stelling van die konstitusionele hof in *Van der Merwe v Road Accident Fund (Women's Legal Centre Trust as amicus curiae)*[78] waar adjunkhoofregter Moseneke verklaar: "Besides bodily integrity, our law recognises and protects other personality interests such as dignity, mental integrity, bodily freedom, reputation, privacy, *feeling*, and identity." Ook in *Seroot v Pieterse*[79] beskou regter Van Rooyen die ideële skade weens verlies van *consortium* as "essentially a right of personality" wat, "if not part of dignity, is closely related to it and, in any case, derives from this right which is central to our Constitutional dispensation". Die siening dat die reg op die gevoelslewe 'n (selfstandige) persoonlikheidsreg is wat ontleen word aan die grondwetlik verskanste reg op menswaardigheid,[80] word volkome onderskryf; en in *Bester v Calitz*[81] praat waarnemende regter Kotze uitdruklik van "salwing vir die gemoedskrenking" van die eiser. In verband met troubreuk neem die regspraak insgelyks deeglik kennis van die gevoelslewe as persoonlikheidsgoed. Dit blyk uit die feit dat "the wounded feelings of the plaintiff"[82] en die "moral suffering she has undergone"[83] in ag geneem word by die toekenning van die bedrag genoegdoening.[84] Daar bestaan geen twyfel nie dat die mens, afgesien van die eergevoel, 'n ryke verskeidenheid ander geestelik-sedelike gevoelens omtrent dinge soos liefde, geloof en kuisheid het. Word sy gevoelslewe geminag, word die mens in sy diepste wese getref.[85] Daarom behoef die gevoelslewe regsbeskerming.

In die derde plek, alhoewel die beskerming van die gevoelslewe as eiesoortige regsgoed nog grootliks onverkende terrein is, behoort die afbakening van die reg op die gevoelslewe in die algemeen nie probleme op te lewer nie. Die onregmatigheid van die gevoelskrenkende optrede moet op dieselfde wyse as dié van 'n eerkrenkende optrede beoordeel word.[86] Die gewraakte optrede moet gevolglik nie alleen die gevoelslewe, subjektief gesien, inderdaad krenk nie, maar dit moet ook, objektief beskou, gemeenskapstrydig of *contra bonos mores* wees;[87] en hier is die vraag, net soos by eerskending, of die redelike persoon ook in die betrokke omstandighede gekrenk sou gevoel het. Wat owerspel betref, beslis regter Brand

dat alhoewel die onskuldige gade se gevoelens subjektief deur owerspel aangetas kan word, sodanige aantasting nie onregmatig is nie omdat 'n redelike persoon nie weens die owerspel gekrenk sal word nie. Soos aangedui, verdien hierdie opvatting in die algemeen instemming, maar is dit, soos later op gewys word,[88] beslis nie waar van alle gevalle van owerspel nie.

Laastens is daar die interessante vraag waaroor nog geen uitsluitsel bestaan nie, te wete of 'n eggenoot ook 'n aksie teen 'n derde het in omstandighede waar sy gade nie die gemeenskaplike woning verlaat het nie (en hul *consortium* dus nie verbreek is nie), maar die derde nogtans haar gevoelens van liefde en toegeneentheid (weens owerspel of andersins) teenoor haar man laat afkoel het.[89] In beginsel is daar geen rede waarom "alienation of affection" nie 'n selfstandige skuldoorsaak – as gedingsvatbare aantasting van die persoonlikheidsreg op die gevoelslewe – kan uitmaak nie. Trouens, daar is reeds aanduidings dat die howe dit as sodanig beskou.[90]

2.3.2.4 Gedingsvatbare iniuriae *waarby owerspel betrokke is*

Soos gesê,[91] alhoewel die opvatting dat owerspel nie onregmatig is nie, omdat die redelike persoon nie as gevolg daarvan 'n belediging of gevoelskrenking sou ervaar nie en daarom nie *per se* gedingsvatbaar is nie, in die algemeen instemming verdien, is dit beslis nie waar van alle gevalle van owerspel nie. Die omstandighede waarin die owerspel plaasvind, kan naamlik van so 'n aard wees dat die redelike persoon in die plek van die onskuldige gade beslis ook beledig en gekrenk sou gevoel het en dat die gewraakte optrede daarom in beginsel as 'n *iniuria* geag kan word wat die *actio iniuriarum* fundeer. Daar bestaan geen rede waarom byvoorbeeld beledigende woorde of gedrag in hierdie omstandighede in beginsel anders as enige ander geval van aantasting van 'n persoon se reg op die eer of waardigheid (buite om owerspel) hanteer moet word nie.[92] 'n Paar duidelike voorbeelde uit die regspraak kan ter toeligting dien.

'n Onlangse voorbeeld kan in *DS v VW*[93] gevind word. Hier was die eiseres (E) en haar man (M) gelukkig getroud totdat die verweerderes (V) op die toneel verskyn het. E het deur haar seun ontdek dat M en V in 'n owerspelige verhouding betrokke geraak het. Sy het M hieroor gekonfronteer; hy het woedend gereageer en daarna sy houding teenoor haar verander. Hy het ook gewelddadig begin raak en wou hul seun aanrand omdat hy sy ma van die owerspel vertel het. Hierna het M die gemeenskaplike woning verlaat en by V ingetrek. E het uitgevind dat V haar twee kinders probeer beïnvloed het en haar daarmee gekonfronteer. V het E ingelig dat sy en M "madly in love" is en vulgêre taal in haar kommunikasie met E gebruik. Sy het selfs 'n foto van haar vagina aan M gestuur via hul selfone wat die seun onder E se aandag gebring het. Sy het ook vir E gesê dat sy die ring sal dra sodra E en haar man geskei is, daarmee gespog dat E van haar man se mediese fonds verwyder is, baie sleg en verkleinerend gepraat oor E se kankerlyding, 'n foto op haar (V) se Facebookblad geplaas waarin M en V mekaar soen, en te kenne gegee dat sy M nooit sal verlaat nie. V was dus onteenseglik daarop ingestel om E se huwelik te vernietig. Regter Msimeki kom tot die volgende slotsom en ken R85 000 *solatium* aan E toe:

> The plaintiff successfully proved the defendant's wrongful conduct; her intention to destroy the plaintiff's marriage; her intention to humiliate the plaintiff as well as hurting her feelings; the adulterous relationship which came into being and which caused the abrupt end to the plaintiff's and her ex-husband's marital relationship. The defendant intended to win the plaintiff's ex-husband for her own gratification. She succeeded.

Dit behoef geen betoog nie dat V se laakbare gedrag, ongeag haar owerspel met M, so vernederend en gevoelskrenkend was dat die redelike persoon ook in die omstandighede gekrenk sou gevoel het. Hierbenewens het sy haar ook aan afrokkeling in die ergste graad

skuldig gemaak.[94] Daarom het sy 'n *iniuria* begaan en behoort 'n hof selfs na die beslissing in *RH v DE* steeds genoegdoening aan E toe te ken.

In *KG v AG*[95] het die eiseres (E) se man (M) in 'n owerspelige verhouding met die verweerderes (V) betrokke geraak nadat hulle gedurende 'n langnaweek heimlik weggegaan het. Voor dié verhouding was die gades gelukkig getroud en twee kinders is uit die huwelik gebore. V het E by verskillende geleenthede gebel en voorgestel dat sy M moet verlaat aangesien sy (V) 'n verhouding met hom het. By een geleentheid het sy selfs te kenne gegee dat sy in E se bed in die gades se gemeenskaplike woning geslaap het. 'n Ander keer het V herhaal dat sy M lief het en dat sy 'n kind by hom gehad het. Boonop het sy haar kop deur passasiersvenster van die voertuig waarin E en haar kinders was, gedruk en die kinders vertel dat hulle nou 'n babasussie het. Dit is duidelik dat E erg deur al hierdie optredes van V verneder is. Hierbenewens blyk dit dat V ook M se sportwinkel herhaaldelik besoek en die indruk gewek het dat sy "was chasing after him" en dus aktief daarop ingestel was om hom af te rokkel. Waarnemende regter Hollis beslis dat V se gedrag, veral ook omdat dit openlik geskied en ander persone betrek het, "a serious infringement of the plaintiff's rights" (te wete *contumelia*, verlies van *consortium* en afrokkeling) daargestel het en ken R75 000 *solatium* toe. Daar word aan die hand gedoen dat selfs al is owerspel nie meer onregmatig nie, die krenking van E se eergevoel en gevoelslewe deur V se andersins afkeurenswaardige optrede en die afrokkeling van M so ernstig is dat die redelike persoon ook gekrenk sou gevoel het. Daarom stel dit 'n *iniuria* daar wat steeds die toekenning van genoegdoening regverdig.

Voorts kom die ouer beslissing in *Van der Westhuizen v Van der Westhuizen*[96] aan die beurt. Hier was die omringende omstandighede by owerspel soos volg: Die eiseres (E) en haar man (M) was gelukkig getroud en 'n dogter is uit die huwelik gebore. Die egpaar het saam in hul onderneming gewerk en later die verweerderes (V) as ontvangsdame in diens geneem. E het ontdek dat M en V in 'n verhouding betrokke geraak het toe hulle na-uurs saam by die onderneming begin vertoef het. Hy het al hoe later by die huis aangekom, meer begin drink en aggressief geraak. Die verhouding tussen die egpaar het by die werk so verswak dat hulle nie meer met mekaar gepraat het nie. M het E ontslaan en V in die gemeenskaplike woning laat intrek waar M en V 'n slaapkamer gedeel het. E het dit uiteraard baie moeilik en vernederend gevind om maande lank by die werk met koffie bedien te word deur die vrou wat die vorige aand met haar man seks gehad het. In regter Coetzee[97] se woorde kan mens "hardly imagine a more callous disregard for the marriage relationship or a more blatant intrusion into a previously happy and fulfilled marriage ... The plaintiff has undoubtedly suffered. She has experienced ... the hurt and humiliation of a woman whose marriage has been violated in the most grievous manner ... I regard this as a disgraceful case of conscious and deliberate desecration of the marriage relationship"; en hy ken 'n bedrag van R20 000 as genoegdoening aan E toe. Net soos in die vorige twee sake behoort V se laakbare optrede, selfs al word die owerspel buite rekening gelaat, 'n gedingsvatbare *iniuria* uit te maak.

Laastens moet die unieke geval in *PV v AM*[98] vermeld word waar 'n man sy vrou op heterdaad betrap het terwyl sy orale seks (*fellatio*) met sy oom (sy stiefpa se broer wat vir hom van kleins af 'n vaderfiguur was) in sy (die man se) moeder se huis gehad het. Dit spreek eintlik vanself dat hierdie optrede nie alleen die man emosioneel geskok het[99] en sy eergevoel ten diepste gekrenk het nie, maar ook vernederend vir die redelike persoon sou wees en daarom die *actio iniuriarum* behoort te fundeer, selfs al is die owerspel *per se* nie meer onregmatig nie. Daar word volstaan met die volgende opmerking van regter Revelas:[100]

> The plaintiff's discovery of the adultery, was a shocking experience for him, as it would be to any married person. What the plaintiff observed in his mother's house, also amounted to a betrayal and humiliation by a man who was his mother's brother and whom he regarded a father figure. The incestuous

> element of the adultery could only have worsened matters. This incident could only have had a negative impact on the self-respect, dignity and reputation of the plaintiff. Clearly, the defendant suffered an *iniuria* when he witnessed the defendant and his wife in this compromising position and also when he went through the aftermath thereof.

Ten slotte word aan die hand gedoen dat waar, afgesien van die derde party se gedingsvatbare optrede, die owerspelige gade se gedrag ook ’n onregmatige krenking van die eer en gevoelslewe van die onskuldige gade teweegbring, hy of sy *stante matrimonio* in beginsel ook met die *actio iniuriarum* teen bedoelde gade behoort te kan slaag. Daar moet egter onderskei word tussen huwelike buite en binne gemeenskap van goed. ’n Gade wat buite gemeenskap van goed getroud is, mag *stante matrimonio* vrylik ’n aksie *ex delicto* (inbegrepe die *actio iniuriarum*) teen die ander gade as dader of mededader instel. Daarteenoor mag ’n gade wat binne gemeenskap van goed getroud is, weens die bestaan van die gemeenskaplike boedel, nie ’n delikseis teen die ander gade instel nie, behalwe ’n eis om vergoeding vir sowel vermoënskade as nievermoënskade weens liggaamlike beserings van die ander gade as dader of mededader te verhaal.[101] Dit sluit natuurlik ook vergoeding in vir gedingsvatbare emosionele skok, vir sover die skok kwalifiseer as ’n fisies-psigiese besering wat weens die owerspelige gade se gedrag opgedoen is.[102] Na egskeiding is daar natuurlik geen beletsel op deliksaksies tussen gades nie.

2.3.2.5 Voortbestaan van abduksie, afrokkeling en herberging as aksiegronde

In *RH v DE*[103] wou appèlregter Brand hom nie uitspreek oor die voortbestaan van hierdie drie aksiegronde nie. Nou is dit so dat, sover bekend, ’n gade nog nooit in ons reg ’n aksie op grond van die abduksie van die ander gade teen ’n ontvoerder ingestel het nie en dat die laaste geval van ’n aksie op grond van die herberging van ’n gade in 1958 (57 jaar gelede) voor ’n hof gedien het.[104] ’n Mens sou dus kon aanvoer dat hierdie twee aksies waarskynlik weens onbruik verval het. Dit is egter geensins die geval wat die afrokkeling van ’n gade deur ’n derde party betref nie. Soos blyk uit die bespreking van *DS v VW* en *KG v AG* hier bo,[105] asook uit die aandag wat regter Brand daaraan gee,[106] is hierdie aksiegrond nog springlewendig in ons reg; en tereg, aangesien afrokkeling meesal op ’n erg vernederende en gevoelskrenkende wyse vir die ander gade geskied. Daar word aan die hand gedoen dat die toets van die redelike persoon ook hier die deurslag moet gee. Waar die redelike persoon dus ook weens die afrokkeling gekrenk sou gevoel het, moet dit as onregmatig gebrandmerk word. Indien so, en ook as aan die vereistes vir afrokkeling as delik voldoen word, moet hierdie aksiegrond vir ons reg behoue bly en tot die benadeelde se beskikking te wees.

2.3.2.6 Aquiliese aksie vir verlies van consortium

Regter Brand[107] wou nie kommentaar lewer oor die voortgesette bestaan van ’n eis weens owerspel teen ’n derde party vir vermoënskade wat die onskuldige gade gely het as gevolg van verlies van *consortium* nie (soos verlies van toesig oor die huishouding en kinders). Hy het nietemin te kenne gegee dat vergoeding vir hierdie skade moontlik wel ingevolge die Aquiliese aksie van die derde verhaal behoort te kan word. Hierdie opvatting verdien instemming. Hieronder val natuurlik nie alleen materiële skade weens verlies van *consortium* nie,[108] maar ook ander vermoënsverliese wat die owerspel teweeggebring het, soos hospitaal- en mediese onkoste wat die eiser as gevolg van ’n senuwee-ineenstorting gehad het. [109]

2.3.2.7 Interdik en owerspel

In *Wassenaar v Jameson*[110] is gewys op die moontlikheid van ’n interdik om die derde party te verhinder om owerspel te pleeg. Sodanige interdik sal egter nie ligtelik toegestaan word nie.[111] ’n Mens kan egter nou aanneem dat omdat owerspel nie onregmatig is nie, die interdik ook nie

tot die beskikking van die onskuldige gade sal wees nie, aangesien onregmatigheid 'n vereiste vir die interdik is.[112]

2.4 Samevatting

Gemeenregtelik het owerspel 'n gedingsvatbare *iniuria* teenoor die onskuldige gade daargestel. In *RH v DE* maak die hoogste hof van appèl 'n radikale ommekeer. Op grond daarvan dat die hof 'n plig het om die reg in ooreenstemming met die heersende *boni mores* as deliksonregmatigheidskriterium en die handves van regte te ontwikkel, kom appèlregter Brand in 'n oorwoë uitspraak tot die slotsom dat owerspel in die lig van die *boni mores* nie langer as onregmatig geag kan word nie, en dat dit gevolglik nie meer die *actio iniuriarum* kan fundeer nie. Hierdie gevolgtrekking word gerugsteun deur die posisie in die meeste Westerse lande en die oortuiging van die meerderheid Suid-Afrikaanse skrywers. Van die ander redes wat die hof vir sy besluit aanvoer, is die volgende: die oorsprong van die aksie is argaïes omdat die vrou aanvanklik as eiendom van die man beskou is en beide gades die gebruik van die ander se liggaam later as hul uitsluitlike reg geag het; die aksie is anomalies omdat dit net teen die derde en nie die skuldige gade nie ingestel mag word; die aksie beskerm nie die huwelik as instelling nie en dien nie as afskrikmiddel teen owerspel nie; al word die onskuldige gade se (eer-)gevoelens subjektief deur owerspel gekrenk, sal 'n redelike persoon nie gekrenk voel nie en is owerspel daarom nie onregmatig nie; en die pyn en nadeel wat die aksie teweegbring (soos vir die betrokke kinders en die verweerder) oorskadu meestal verreweg die voordele wat die aksie vir die onskuldige gade kan inhou. 'n Mens kan aanneem dat omdat owerspel nie meer onregmatig is nie, die interdik ook nie tot die beskikking van die onskuldige gade sal wees nie, aangesien onregmatigheid 'n vereiste vir die interdik is. Wat wel in beginsel behoue bly, is dat die onskuldige gade die Aquiliese aksie teen die derde behoort te kan instel vir vergoeding van vermoënskade weens verlies van byvoorbeeld toesig oor die huishouding en kinders. Daar word ook aan die hand gedoen dat afrokkeling as 'n aksiegrond vir ons reg behoue moet bly, en dat die afskaffing van owerspel as aksiegrond nie beteken dat die omstandighede waarin die owerspel plaasgevind het, van so 'n aard kan wees dat die gewraakte optrede as 'n gedingsvatbare *iniuria* geag kan word nie. Laastens is dit is jammer dat die hof ten onregte die erkenning en beskerming van die gevoelslewe as selfstandige persoonlikheidsgoed bevraagteken.

Bibliografie

Brand, F.D.J. 2013. The contribution of Louis Harms in the sphere of Aquilian Liability for pure economic loss. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 74(1):57–69.

Burchell, J.M. 1998. *Personality rights and freedom of expression*. *The modern actio iniuriarum.* Kenwyn: Juta.

Carnelley, M. 2015. Die doodskoot vir of slegs die verwonding van die eis teen die derdeparty-egbreker? *LitNet Akademies,* 12(2).

Huber, U. 1690. *Hedendaegse rechtsgeleertheyt*. Amsterdam.

Joubert, W.A. 1953. *Grondslae van die persoonlikheidsreg.* Kaapstad: Balkema.

Loubser, M. en J.R. Midgley. 2012. *The law of delict in South Africa.* Kaapstad: Oxford University Press.

Nagel, C.J. (red.). 2006. *Gedenkbundel vir JMT Labuschagne*. Durban: LexisNexis.

Neethling, J. 1998. *Persoonlikheidsreg.* 4de uitgawe. Durban: Butterworths.

—. 2005. Personality rights: a comparative overview. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 38(2):210–45.

—. 2006a. Owerspel, die vervreemding van gevoelens en die erkenning van die reg op die gevoelslewe as persoonlikheids- en mensereg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 69(2):342–7.

—. 2006b. Die betekenis en beskerming van die eer, *dignitas* en menswaardigheid in gemeenregtelike en grondwetlike sin. In Nagel (red.) 2006.

—. 2006c. Die beskikbaarheid van die *actio iniuriarum* weens die aantasting van die reg op die eer deur middel van die inwerking op grondwetlik verskanste fundamentele regte. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*,1:197–205.

—. 2010a. Owerspel as onregmatige daad – Die Suid-Afrikaanse reg in lynregte teenstelling met die Nederlandse reg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 73(2):343–9.

—. 2010b. Delictual actions between spouses. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 73(1):105–14.

—. 2011. Troubreuk (“breach of promise”) en die *actio iniuriarum. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 72(2):328–33.

—. 2015. Delikseis deur derde party weens kontrakbreuk. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:188–97.

Neethling. J. en J.M. Potgieter. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Neethling, J., J.M. Potgieter en P.J. Visser. 2005. *Neethling’s law of personality*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Sonnekus, J. 1976. *Die privaatregtelike beskerming van die huwelik.* Pijnacker: Dutch Effeciency Bureau.

Verheij, A.J. 2004. Compensation of *pretium affectionis* - a constitutional necessity? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 67(2):394–408.

Van der Merwe, N.J. en P.J.J. Olivier. 1989. *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg.* 6de uitgawe. Pretoria: J.P. van der Walt en Seun.

Eindnotas

[1] Sien Neethling (1998:253); Neethling e. a. (2005:207); Neethling en Potgieter (2015:384). In *PV v AM* 2015 3 SA 376 (OKP) parr. 24–30 word beslis dat orale seks (*fellatio*) ook owerspel daarstel. Die sg. Bill Clinton-verweer dat *fellatio* nie seks is nie, word dus verwerp.

[2] Sien Neethling (1998:253 vne. 102–3) en die verwysings na die ou skrywers aldaar.

[3] *Biccard v Biccard and Fryer* (1892) 9 SC 473, 475 is waarskynlik die eerste beslissing waarin owerspel as ’n *iniuria* bestempel is. Sien verder bv. *PV v AM* 2015 3 SA 376 (OKP); *DS v VW* 2014-10-02 saaknr. 12537/2012 (GP); *Erasmus v Heine* 2013-01-28 saaknr. 39407/2010 (GP); *KG v AG* 2009-08-20 saaknr. 270/2006 (KZP); *Wiese v Moolman* 2009 3 SA 122 (T) 125; *Seroot v Pieterse* 2005-06-13 saaknr. 33377/2005 (T); *Van der Westhuizen v Van der Westhuizen*1996 2 SA 850 (K); *Godfrey v Campbell* 1997 1 SA 570 (K); *Wassenaar v Jameson*

1969 2 SA 349 (W) 352; *Bruwer v Joubert* 1966 3 SA 334 (A); *Chapman v Chapman* 1977 4 SA 142 (NK); *Smit v Arthur* 1976 3 SA 378 (A).

[4] Sien *Ex parte AB* 1910 TPD 1332, 1339; *Currie v Currie* 1942 NPD 362, 366–7; *Rosenbaum v Margolis* 1944 WLD 147, 155; *Wassenaar v Jameson* 1969 2 SA 349 (W) 352; vgl. egter *Asinovsky v Asinovsky* 1943 CPD 131, 132–3. Hierop word later in meer besonderhede ingegaan.

[5] Parr. 41–2.

[6] Sien bv. *Bruwer v Joubert* 1966 3 SA 334 (A) 337; *Diemer v Solomon* 1982 4 SA 13 (K) 16.

[7] Sien bv. *Viviers v Kilian* 1927 AD 449, 455–6.

[8] 1950 1 SA 1 (A) 11.

[9] ’n Ander sprekende voorbeeld van waar dit ook gebeur, is dat die regspraak c*ontumelia* in die sin van belediging as ’n noodsaaklike vereiste vir die vestiging van aanspreeklikheid op grond van *iniuria* by troubreuk (“breach of promise”) beskou (vgl. bv. *Van Jaarsveld v Bridges* 2010 4 SA 558 (HHA)561; *Sepheri v Scanlan* 2008 1 SA 322 (K) 337; *Cloete v Maritz* 2013 5 SA 448 (WKK) 451). Sodanige beskouing negeer natuurlik die selfstandige betekenis van die gevoelslewe, aangesien belediging geen rol by die vraag na die krenking daarvan speel nie (sien Neethling 2011:331–2).

[10] (1690:6.11.1).

[11] 124– 5.

[12] Sien Neethling (2010a:343 e.v.); vgl. ook *Seroot v Pieterse* 2005-06-13 saaknr. 33377/2005 (T); Neethling (2006:342 e.v.); Sonnekus (1976:238–41).

[13] (1998:35 e.v.).

[14] Sien ook *Grobbelaar v Havenga* 1964 3 SA 522 (N) 525–6 oor die betekenis van *consortium*. In *Peter v Minister of Law and Order* 1990 4 SA 6 (OK) 9 word dié begrip soos volg omskryf: “The concept of matrimonial *consortium* has been termed an abstraction comprising the totality of a number of rights, duties and advantages accruing to spouses of a marriage … These embrace intangibles, such as loyalty and sympathetic care and affection, concern etc; as well as the more material needs of life, such as physical care, financial support, the rendering of services in the running of the common household or in a support-generating business, etc.”

[15] *Viviers v Kilian* 1927 AD 449, 455.

[16] Sien bv. *Bruwer v Joubert* 1966 3 SA 334 (A) 337; *Wiese v Moolman* 2009 3 SA 122 (T) 126.

[17] Sien Neethling (1998:255); sien ook Van der Merwe en Olivier (1989:460) wat aanvoer dat *consortium* “erkenning verleen ... aan ’n persoonlikheidsreg op gevoelens wat wyer as belediging strek”. Insgelyks word in *Seroot v Pieterse*2005-06-13 saaknr. 33377/2005 (T) par. 10 verklaar dat “[c]entral to the present plaintiff’s suffering lies the attack on his feelings”; sien verder *Bester v Calitz* 1982 3 SA 864 (O) 867.

[18] Par. 10.

[19] Sien bv. *Smit v Arthur* 1976 3 SA 378 (A) 387; *Van den Berg v Jooste* 1960 3 SA 71 (W) 73; *Grobbelaar v Havenga*1964 3 SA 522 (N) 529; *Wassenaar v Jameson* 1969 2 SA 349 (W) 352; sien ook Neethling e.a. (2005:213).

[20] 1977 2 SA 393 (OK) 395.

[21] Sien *Woodiwiss v Woodiwiss* 1958 3 SA 609 (D) 617.

[22] Par. 10.

[23] Par. 15.

[24] 1923 WLD 217, 220; sien ook Neethling e.a. (2005:209–10).

[25] 2009 3 SA 122 (T); sien Neethling (2010a:343 e.v.).

[26] 2013-01-28 saaknr. 39407/2010 (GP) par. 3; in *PV v AM* 2015 3 SA 376 (OKP) parr. 31–3 word die benadering in*Wiese* ook volkome gehandhaaf.

[27] 126–5.

[28] 126.

[29] 2014-10-02 saaknr. 12537/2012 (GP) par. 8.

[30] 126 e. v.

[31] Grondwet art. 39(2).

[32] 128.

[33] Die standpunt dat die owerspelige gade ook ’n *iniuria* teenoor die onskuldige gade begaan, verdien volgens die reg voor *RH v DE* instemming. In *Asinovsky v Asinovsky* 1943 CPD 131, 132–3 verklaar Van Zyl R tereg: “It is difficult to see why the act of a man committing adultery with another man’s wife should amount to a delict towards the husband, but the adultery of a woman’s husband should not be treated as a delict committed by him towards her.” In beginsel is daar geen verskil tussen die afkeurenswaardige optrede van die owerspelige gade en dié van die derde nie. Trouens, die owerspelige gade dien die benadeelde se persoonlikheid na alle waarskynlikheid ’n ernstiger knou toe as die derde. Daarom is owerspel deur een gade prinsipieel ook ’n *iniuria* teenoor die ander gade (sien ook Neethling e.a.2005:208).

[34] Op die keper beskou het dit hier gegaan om die beleidsvraag na die wenslikheid of noodsaaklikheid al dan nie daarvan om die deliktuele aanspreeklikheid van die owerspelige gade te erken en bygevolg vergoeding van hom of haar te kan verhaal. ’n Oorweging wat klaarblyklik in hierdie verband swaar geweeg het, is dat ’n deliksaksie nie maklik toegestaan sal word in omstandighede waar die benadeelde ’n ander toereikende of effektiewe remedie tot sy beskikking het nie, wat wel ier die geval met die egskeidingsaksie was (vgl. Neethling en Potgieter 2015:89, veral vn. 354).

[35] Sou die onskuldige gade egter verkies het om nie hierdie uitweg te volg nie (bv. om kinders se ontwil), val bedoelde beleidsoorweging weg en behoort die in beginsel *actio iniuriarum* tot sy of haar beskikking te gewees het. Trouens, die twee owerspelige partye behoort dan as mededaders teenoor die onskuldige gade geag te word (sien hieroor Neethling 2010b:108–9; vgl. *Rohloff v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd* 1960 2 SA 291 (A); *Van der Walt v Van der Walt* 2009-03-26 saaknr. 08/42736 (GS); vgl. nietemin hier onder par. 2.3.2.4).

[36] Volgens Carnelley (2015) is die belangrikste kritiek teen Brand AR se uitspraak in die HHA dat hy sy plig versaak het om grondwetlike beginsels in ag te neem (vgl. *RH v DE* par. 40).

[37] 128–9.

[38] Hierdie argument het ook al in verband met die aansoek om ’n interdik teen owerspel in *Wassenaar v Jameson*1960 2 SA 349 (W) 353 opgeduik. Daar verklaar die hof dat die interdik net in baie besondere en uitsonderlike omstandighede toegestaan sal word, o.a. omdat “it

interferes with, and restricts the rights and freedom that the third party ordinarily has of using and disposing of his body as he chooses; … [and] it also indirectly interferes with, and restricts [die betrokke gade se] rights and freedom of, using and disposing of her body as she chooses." 'n Mens sou seker ook in hierdie verband na die fundamentele reg op vryheid en sekerheid van die persoon (Grondwet art. 12(2)) kon verwys ingevolge waarvan elke persoon die reg op "beheer oor die eie liggaam" het.

[39] Sien die Grondwet art. 36(1).

[40] Sien Neethling (2010a:346).

[41] Par. 17.

[42] Met verwysing na die Grondwet art. 39(2); *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) par. 61; *Carmichele v Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001 4 SA 938 (KH) par. 36; sien ook Neethling en Potgieter (2015:18).

[43] Sien par. 18.

[44] 2011 3 SA 274 (KH) par. 122.

[45] Sien Neethling en Potgieter (2015:38 e.v.) vir besonderhede. Snaaks genoeg, maar beslis verblydend, is Brand AR se bevestiging van die *boni mores*as onregmatigheidskriterium terwyl hy tot onlangs nog sterk gekant teen die aanwending van dié kriterium was (sien Brand 2013:63, 65; *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2014 2 SA 214 (HHA) 222) – in teenstelling met verskeie uitsprake van ander regters in o.a. die KH en die HHA (sien bv. *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 167; *The Minister of Justice and Constitutional Development v X* 2015 1 SA25 (HHA) parr. 13, 17; *Minister for Safety and Security v Scott*[2014] 3 All SA 306 (HHA) par. 32; *Paixão v Road Accident Fund* 2012 6 SA 377 (HHA) 381, 385). Sien ook Neethling en Potgieter(2015:39 vn. 22).

[46] Die volle weergawe van hierdie nuwe toets herhaal Brand AR verbatim in feitlik elke delikteregsaak waarin hy die uitspraak lewer (sien bv. ook *Roux v Hattingh* 2012 6 SA 428 (HHA) 439; *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 193; *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2014 2 SA 214 (HHA) 222–3). Dié formulering plaas die klem op beleidsoorwegings wat al lank gevestigde reg by aanspreeklikheid weens 'n late en suiwer ekonomiese verlies in ons reg is (sien Neethling en Potgieter 2015:61 e.v., 314 e.v.), en wat hy nou nie net meer t.a.v. aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies wil toepas nie, maar inderdaad die hele terrein van die deliktereg moet oorspan. In *Le Roux v Dey* het dit oor laster gehandel, terwyl die huidige saak owerspel as *iniuria* betrek. Vir kritiek op die nuwe toets sien Neethling en Potgieter (2015:80–5); sien ook Neethling (2015:188 e.v.) vir verdere verwysings.

[47] Par. 19.

[48] 2010 4 SA 558 (HHA) parr. 3, 6; sien ook *Sepheri v Scanlan* 2008 1 SA 322 (K) 330–1; *Cloete v Maritz* 2013 5 SA 448 (WKK) 451.

[49] Sien Neethling en Potgieter (2015:384).

[50] 1944 WLD 147, 158; sien ook *RH v DE* par. 20.

[51] Parr. 20 e. v. ; sien ook Neethling en Potgieter (2015:386).

[52] Parr. 40–1.

[53] Sien Neethling (2010a:343 e.v.).

[54] Sien par. 21 en die skrywers na wie Brand AR daar verwys.

[55] Sien parr. 24–7; sien ook Neethling (2010a:346–9) oor Nederland.

[56] Par. 27.

[57] In hierdie verband opper Carnelley (2015) die geldige kritiek dat die hof slegs na ander Westerse jurisdiksies gekyk het, en nie na byvoorbeeld ander Afrika-jurisdiksies waar die prentjie anders lyk nie – en ons bowendien 'n multikulturele samelewing het.

[58] Sien parr. 29–31; sien ook *Asinovsky v Asinovsky* 1943 CPD 131, 132–3; hier bo par. 2.3.2.1 by die bespreking van die *Wiese*-saak.

[59] Vgl. Neethling (2010b:107–9) oor die beskikbaarheid van die *actio iniuriarum* tussen gades.

[60] 128; sien ook hier bo par. 2.3.2.1.

[61] Rechtbank Arnhem (Enkelvoudige Handelskamer) 15 April 2009, nr. 168738 / HA ZA 08-567; sien hieroor Neethling (2010a:347).

[62] Sien *Wiese* 125, 127.

[63] Parr. 33–4.

[64] 1960 2 SA 349 (W) 352–3; sien hier bo eindnota 37.

[65] Par. 35.

[66] Sien bv. *Delange v Costa* 1989 2 SA 857 (A) 862; sien ook Neethling en Potgieter (2015:378–9).

[67] Sien hier onder par. 2.3.2.4.

[68] Par. 35.

[69] Sien ook Carnelley (2015).

[70] 2011 3 SA 274 (KH)319.

[71] Sien par. 38.

[72] Par. 39.

[73] Par. 2.2.

[74] 124–5.

[76] Par. 36.

[77] Sien par. 2.2 hier bo.

[78] 2006 4 SA 230 (KH) 253 (my kursivering).

[79] 2005-06-13 saaknr. 33377/2005 (T) par. 10.

[80] Sien oor die betekenis van (die reg op) menswaardigheid (art. 10 van die Grondwet), Neethling in Nagel (red.) (2006b:85 e.v.); Neethling (2006c:197 e.v.); Neethling en Potgieter (2015:19 vn. 148).

[81] 1982 3 SA 864 (O) 867.

[82] *McCalman v Thorne* 1934 NPD 86, 92.

[83] *Triegaardt v Van der Vyver* 1910 EDL 44, 46.

[84] Sien ook Neethling (2011:331–2).

[85] Let daarop dat dit nie hier gaan om die beskerming van liefde, geloof of kuisheid as sodanig nie – hierdie dinge is geen persoonlikheidsobjekte nie – maar wel die gevoel of innerlike gewaarwording daaromtrent (sien Joubert 1953:131).

[86] Sien hier bo par. 2.3.2.2.

[87] Sien Neethling en Potgieter (2015:384 vn. 317); Neethling e.a. (2005:201).

[88] Sien hier onder par. 2.3.2.4.

[89] Sien hieroor Neethling e.a. (2005:213 vn. 172).

[90] Vgl. *Van der Westhuizen v Van der Westhuizen* 1996 2 SA 850 (K) 852–3; *DS v VW*2014-10-02 saaknr. 12537/2012 (GP) par. 1; *Athanassiou v Schultz* 1956 4 SA 357 (W); *Peter v Peter* 1959 2 SA 347 (A); *Hollard v Cullen* 1956 2 SA 605 (D); *Gower v Killian* 1977 2 SA 393 (OK).

[91] Sien hier bo parr. 2.3.2.2, 2.3.2.3.

[92] Sien vir besprekings van die beskerming van die reg op die eer in ons reg Neethling e.a. (2005:191–8); Neethling en Potgieter (2015:378–9); Burchell (1998:327 e.v.); Loubser en Midgley (reds.) 2012:320–5. Dit geld ook vir belediging a.g.v. troubreuk (sien Neethling en Potgieter 2015:384 vn. 326).

[93] 2014-10-02 saaknr. 12537/2012 (GP).

[94] Sien hier bo par. 2.3.1 en hier onder par. 2.3.2.5 oor afrokkeling as aksiegrond.

[95] 2009-08-20 saaknr. 270/2006(KZP).

[96] 1996 2 SA 850 (K).

[97] 852.

[98] 2015 3 SA 376 (OKP).

[99] *In casu* (parr. 2, 39, 41) het die eiser se eis weens emosionele skok geslaag. Ten einde gedingsvatbaar te wees, moet die skok ’n psigiese letsel teweegbring wat omskryf kan word as enige herkenbare (identifiseerbare) nadelige inwerking op die brein- en senustelsel van ’n persoon. Of sodanige letsel bestaan, moet in die reël deur ondersteunende psigiatriese getuienis bewys word (vgl. *Barnard v Santam Bpk* 1999 1 SA 202 (HHA) 208–9; *Road Accident Fund v Sauls* 2002 2 SA 55 (HHA) 61; *Media 24 Ltd v Grobler* 2005 6 SA 328 (HHA) 347, 348; *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A) 775, 776, 779). Hierbenewens moet die psigiese letsel redelik ernstig en redelikerwys voorsienbaar wees (sien bv. *Bester* 779, 780–1; *Barnard* 212–5;*Swartbooi v Road Accident Fund* [2012] 3 All SA 593 (WKK) par. 18; *Hing v Road Accident Fund* 2014 3 SA 350 (WKK) 360–1, 371). Die benadeelde kan dan in beginsel kompensasie met die aksie weens pyn en lyding en skadevergoeding met die Aquiliese aksie verhaal (sien Neethling en Potgieter 2015:306–12 vir besonderhede).

[100] Par. 37.

[101] Sien Neethling (2010b:105 e.v.).

[102] Sien eindnota 98.

[103] Par. 41; sien ook Neethling en Potgieter (2015:386 vn. 347).

[104] Sien *Woodiwiss v Woodiwiss* 1958 3 SA 609 (D).

[105] Par. 2.3.2.4.

[106] Par. 10; sien ook hier bo par. 2.3.1.

[107] Par. 41; sien ook Neethling en Potgieter (2015:386).

[108] Sien hier bo par. 2.2; vgl. *PV v AM* 2015 3 SA 376 (OKP) parr. 2, 39, 41.

[109] Sien *PV v AM* 2015 3 SA 376 (OKP) parr. 2, 39, 41; vgl. *Fuller v Viljoen* 1949 3 SA 852 (G) 855; *Diemer v Solomon*1982 4 SA 13 (K) 15; sien ook Carnelley (2015); Neethling e.a. (2005:212).

[110] 1969 2 SA 349 (W) 353.

[111] Trollip R verklaar (353): “It seems to me that, if available, an interdict against a third party committing adultery with the claimant’s spouse should only be granted in very special or exceptional circumstances, for these reasons: (1) it is obviously an unusual or novel remedy, for so far it is unheard of; (2) it interferes with, and restricts the rights and freedom that the third party ordinarily has of using and disposing of his body as he chooses; … (3) it also affects the relationship of the third party with the claimant’s spouse, who is and cannot be a party to the interdict, and therefore indirectly interferes with, and restricts her rights and freedom of, using and disposing of her body as she chooses; (4) it attempts to regulate conduct between the third party and the claimant’s spouse, which springs from human emotions and passion. This differentiates it from other, ordinary relationships; (5) its enforcement gives rise to practical difficulties. These were mentioned in argument, and they need not be amplified here; (6) if adultery is subsequently committed, the claimant is not without remedy, for he has the remedies of divorce and damages.”

[112] Sien Neethling en Potgieter (2015:386).