

MORAALFILOSOFIESE GRONDSLAE VAN DIE AKSIE VIR PYN EN LYDING

Nic Olivier
Departement Romeinse Reg en Regspluralisme
Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys
POTCHEFSTROOM

Abstract

*It is generally accepted that the two major delictual actions derived from Roman law (the *actio legis Aquiliae* for patrimonial loss and the *actio iniuriarum* for sentimental damages in cases of libel) do not provide for the recovery of immaterial damages flowing from injury to the human body. This action for pain and suffering which forms part and parcel of modern South African law has its roots in other legal systems. This article aims to trace its moral philosophical origins with reference to the views of Thomas of Aquino, authors of manuals used during confession and the sixteenth-century Spanish philosophers, as well as their influence on the important Roman-Dutch author, Hugo de Groot. In this context the role of restitution as instance of *iustitia commutativa* is pivotal.*

1. INLEIDING

Die aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn en lyding vind in die huidige Suid-Afrikaanse reg uitgebreide toepassing¹. Daarmee word vergoeding vir immateriële nadeel (persoonlikheidsnadeel) voortvloeiend uit die aantasting van die menslike liggaam (*corpus* of psigies-fisiese integriteit) verhaal. Die vernaamste skadeposte (uitgekristalliseerde verskyningsvorme) waarkragtens (weens die toename in veral motorongelukke) genoegdoening verhaal word, is pyn en lyding, ontsiering, verlies van lewensgenietinge, verlies van gesondheid, verkorte lewensverwagting en senuskok. Die Romeinse reg het 'n verbod op die vergoeding van immateriële nadeel in die geval van besering van vry mense geplaas.² Die *ratio* vir dié benadering was geleë in die siening dat die liggaam van vry mense nie op geld waardeerbaar is nie³. Die aksie weens pyn

¹ Kyk oor die aksie weens pyn en lyding Boberg, *Law of Delict* 516-530; Olivier, *Die aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn en lyding*; Van der Merwe & Olivier, *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* 242-249; Van der Walt, *Delict* 108-109 asook dié literatuur deur outeurs vermeld.

² D 9.1.3; D 9.3.7. Kyk daaroor Olivier, *Pyn en lyding* 20-36.

³ D 9.1.3; D 9.3.7: "Liberum corpus non recipit aestimationem"

en lyding bestaan naas die twee hoof deliktuele aksies wat Romeinsregtelik van oorsprong is, naamlik die *actio legis Aquiliae* en die *actio iniuriarum*. Met eersgenoemde word skadevergoeding vir onregmatig skuldig veroorsaakte vermoënskade (byvoorbeeld mediese uitgawes en verlies van inkomste voortvloeiend uit 'n motorongeluk) geëis. Die *actio iniuriarum* daarenteen, word aangewend om genoegdoening weens opsetlik veroorsaakte persoonlikheidskrenking (byvoorbeeld laster) te verhaal.

Die oorsprong van die aksie weens pyn en lyding is dus nie in die Romeinse reg geleë nie. Die Suid-Afrikaanse regspraak gaan van die standpunt uit dat die aksie slegs Germaansregtelike wortels het⁴.

Hierdie artikel het ten doel om die inhoud en invloed van een van die ontstaansbronne van die aksie weens pyn en lyding te ondersoek⁵. Die moraalfilosofiese grondslae hiervan word aan die hand van die beskouings van Thomas van Aquino en sy tydgenote, die Middeleeuse biepraktyk, die sestiende-eeuse Spaanse laat-Skolastici (die Spaanse moraalfilosowe) asook hul invloed op Hugo de Groot beskryf. De Groot word allerweë beskou as een van die vernaamste Romeins-Hollandse outeurs - wie se standpunte (ook ten aansien van die onderhawige aksie)deur latere skrywers gevolg is⁶. Daar sal aangetoon word dat die aksie weens pyn en lyding vanweë sy eiesoortige historiese grondslae en sy besondere doelstelling (die vergoeding van immateriële nadeel voortvloeiend uit die aantasting van die menslike fisies-psigiese integriteit (*corpus*)) ook in die moderne Suid-Afrikaanse reg 'n eie staanplek naas die twee hoof deliktuele aksies het. Op generlei wyse kan dié aksie deur die *actio legis Aquiliae* of die *actio iniuriarum* (elk met sy eie teoretiese begronding, aanwendingsgebied en doelstelling) ondervang word nie.

⁴ Vgl. byvoorbeeld *Hoffa v SA Mutual and Fire Insurance* 1965 2 SA 944 (K) 951E; *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy* 1973 1 SA 769 (A) 776D. Vgl. ook Olivier, *Pyn en lyding* 234-242. Van der Merwe & Olivier, *Onregmatige daad* 15 is van mening dat die aksie Germaansregtelik van oorsprong is; Boberg, *Law of Delict* 517 en Van der Walt, *Delict* 17 vn 4 sien die oorsprong in die Germaanse reg en die natuurreg.

⁵ Kyk Olivier, *Pyn en lyding* 1-178 vir 'n bespreking van die verskillende ontstaansbronne en hul onderlinge samehang.

⁶ Kyk ook Olivier, *Pyn en lyding* 83-110 135-138. Vgl. Van Zyl, *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* 346-352 t.a.v. De Groot se werke en invloed.

2. AGTERGROND

Daar word vandag algemeen aanvaar dat die belangrike Romeins-Hollandse juris, Hugo De Groot (1583-1645) sterk onder die invloed van die Spaanse laat-Skolastici (hoofsaaklik van die sestiende eeu) gestaan het⁷. Nie net ten aansien van materiële regskwessies nie, maar ook ten aansien van die natuurregtelike uitgangspunte het daar 'n duidelike aantoonbare band tussen hierdie groep outeurs en De Groot ontstaan. In sy *De iure belli ac pacis* - 'n natuurregtelike werk wat die grondslag van die moderne volkereg vorm - kom daar verwysings na hierdie outeurs voor.

Die Spaanse laat-Skolastici van die sestiende eeu het voortgebou op die tradisie van Thomas van Aquino (1225-1274)⁸ en het sy restitusieleer (as onderdeel van sy geregtighedsbeskouing) oorgeneem. (De Groot verwys ook self na Thomas in hierdie verband.) Hulle werk moet ook gesien word in die lig van die laat-Middeleeuse biegepraktik waarkragtens individuele lidmate verplig was om op 'n gereelde grondslag te biege. Die biegevader (*confessor* - 'n priester) het die betrokke biegeglidmaat beveel om self die versteurde verhouding met sy medemens reg te stel. Die biegepraktik is beskou as 'n derde jurisdiksie (naas dié van die gewone howe en die kerklike howe) - die *forum conscientiae* (*forum internum*)⁹. Die invloed van biegehandleidings in die afdwinging van die restitusieplig is duidelik aantoonbaar. Die werke van die sestiende-eeuse Spaanse laat-Skolastici was ook in 'n hoë mate gerig op die toepassing van die moraal-filosofie binne die biegepraktik.

⁷ Vgl. byvoorbeeld Feenstra, "Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius en droit privé", *Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petit* 157-171; "L'Influence de la Scholastique espagnol sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause," *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto moderno. Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972. Atti* 377 e.v. en die gesag daar aangehaal (ook in Feenstra, *Fata Iuris Romani* 388 e.v.). Kyk ook Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 287 e.v.; Thieme 1953 ZSS (GA) 70:230, 262 e.v.; Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte* 19 e.v.; Welzel, *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit* 123 e.v.; Nufer, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit* 70 e.v., asook die ander artikels in *La Seconda Scolastica*.

⁸ Vgl. Nufer, *Spätscholastiker* 64-66 en die literatuur daar vermeld.

⁹ Kyk hieroor Glorieux, "Sommes", *Dictionnaire de Théologie Catholique* XIV 2 col. 2350 e.v.; Le Bras, "Pentitentiels", *Dictionnaire de Théologie Catholique* XII 1 col. 1160 e.v.; Trusen, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland - Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*. Trusen 1971 ZSS(KA) 88:83-126, Micháud-Quantin, *Somme de casuistique et manuels de confession au moyen âge* (XII-XVI siècles). Vir 'n deeglike oorsig vgl. Bergfeld, "Katholische Moralthologie und Naturrechtslehre", in Coing (red) *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte* II/1, 999-1034 999-1015.

Die moraalfilosofie was 'n onderdeel van die teologie reeds vanaf die Konsilie van Nicea (325).¹⁰ Die opvatting het posgevat dat daar gedragsnorme ooreenkomstig die Christelike moraal neergelê moet word wat as 'n etiese minimum moes dien. Hierdie benadering het veral in die werk van Augustinus (345-430) sterk na vore gekom; Platoniëse denkbeelde word daarin versoen met die Christelike moraal¹¹. In die Middeleeue het die bestudering van die moraalfilosofie weens die groot gesag van Petrus Lombardus se *Libri quattuor Sententiarum* van 1150, die opkoms van die biegepraktiek en die toenemende invloed van die Skolastiek (gegrondves deur Anselmus van Canterbury (+ 1109)) met sy hernieude belangstelling in die klassieke filosofie, 'n sterk stoot vorentoe gekry¹².

In die laat-Middeleeue het die kanonieke reg 'n groot invloed op die profane reg gehad¹³. Die rede hiervoor is geleë in die feit dat die kerklike howe oor die bevoegdheid beskik het om wêreldlike sake (*causa seculares*) te beoordeel; en dié bevoegdheid het *ratione peccati* bestaan, waar *peccatum* gelyk gestel is aan 'n sondige handeling¹⁴. Die beïnvloeding van die wêreldlike howe deur die kanonieke reg en van die *fora externa* na die profane *ius civile* het aanleiding gegee tot 'n wedersydse subsidiariteitsbeginsel wat neerslag gevind het in die volgende spreuk:

Ius canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero non intellegi potest.¹⁵

¹⁰Mausbach-Ermecke, *Katholische Moraltheologie* 1. Band 50.

¹¹ Mausbach-Ermecke, *Katholische Moraltheologie* 51.

¹²Mausbach-Ermecke, *Katholische Moraltheologie* 51-52. Kyk ook Schilling, *Die Staats- und Soziallehre des Hl. Thomas von Aquin* 20-26.

¹³Kyk bv. Nörr, "Die kanonistiese Literatuur", *Handbuch* I 365 e.v. en die gesag daar aangehaal en Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* 76 en die gesag daar aangehaal.

¹⁴Kragtens X 2.1.13 kon die geestelike gerig *sub peccati praetextu* elke saak *per denuntiationem evangelicam* verhoor, veral waar die handeling *ratione periurii vel pacis fractae* geskied het. Insgelyks was die *forum externum* bevoeg in aangeleenthede waar die *iustitia commutativa* geskend is - Trusen, "Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche", in Coing (red) *Handbuch der Quellen und der Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* I 486 en vgl. ook Scott, *Die geskiedenis van die oorerflikheid van aksies op grond van onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* 53-54.

¹⁵Aangehaal deur Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* 97. Dit impliseer egter nie dat die kerklike hof slegs jurisdiksie gehad het waar die wêreldlike hof nie opgetree het nie. 'n Leek kon egter nie teen sy wil gedwing word om voor die kerklike regbank (buiten in die gevalle waar dit voorgeskryf was) te voorskyn nie: ... "nisi in defectu iustitiae secularis vel nisi consuetudo id exposcat" (die latere *summarius* op X 2.2.10). Vgl. verder Trusen, *Die gelehrte Gerichtsbarkeit* 485-487.

Wat die verband tussen die moraalfilosofie en die kanonieke reg betref, kan daar aanvaar word dat dit in 'n noue verbintenis langs mekaar bestaan het en dat daar sprake van wisselwerking was¹⁶. Die rol van die moraalfilosofiese *aquitas christiana* (Christelike billikheid) in dié verband was besonder groot¹⁷. Aan die ander kant moet daar in gedagte gehou word dat die objek verskillend was: by die moraalfilosofie het dit gegaan om 'n regsorde *in conscientia* te vestig terwyl die kanonieke reg veel meer daarop gerig was om 'n alternatiewe openbare regsorde te skep.

Ten aansien van die verhouding met die wêreldlike reg was daar ook sprake van 'n wisselwerking. Veral die latere moraalfilosowe betrek Romeinsregtelike norme in hul werke. Die regsorde *in conscientia* het verder weer invloed uitgeoefen op die regsopvatting van die individu en sodoende van die gemeenskap¹⁸.

3. THOMAS VAN AQUINO EN SY TYDGENOTE

Thomas van Aquino (1225-1274) was volgens Welzel die belangrikste Middeleeuse moraalfilosoof¹⁹. In die tweede deel van sy *Summa Theologica* (1265-1273) behandel Thomas die moraalfilosofie. Hy vorm die knooppunt tussen die Christelike moraal en Stoïsiens-Aristoteliaanse intellektualisme. In sy natuurregsisteem neem die deug (*virtus*)²⁰ met sy verskyningsvorme: *prudentia* (wysheid, insig), *fortitudo* (dapperheid), *temperantia* (gematigdheid) en *iustitia* (geregtigheid) 'n sentrale plek in. Thomas se beskouings oor geregtigheid kom in die afdeling "De iustitia et iure" (*Quaestiones 57-59* van die tweede gedeelte, die *Secunda Secundae*) van sy *Summa Theologica* voor. Sy geregtigheidsiening is gebaseer op Aristoteles se uiteensetting²¹. In hierdie verband is

¹⁶Vgl. Nufer, *Spätscholastiker* 60-63.

¹⁷Bergfeld, *Moraltheologie* 999.

¹⁸Vgl. Nufer, *Spätscholastiker* 66-68 en Bergfeld, *Moraltheologie* 1018.

¹⁹Kyk Welzel, *Naturrecht* 60 e.v. vir 'n oorsig van Thomas se natuurregleer.

²⁰Dit is die sg. *virtutes cardinales* (primêre deugde). Die term is afkomstig van Ambrosius, *De Sacramentis* 3.2.8; vgl. Mausbach-Ermecke, *Moraltheologie* 293.

²¹*Ethica Nikomacheia* 5.9.10. Kyk verder hieroor Thomas *Secunda Secundae* 58.5. *Iustitia commutativa* (vergeldende geregtigheid) vorm saam met die *iustitia distributiva* (verdelende geregtigheid) die *iustitia particularis* wat die individuele of besondere geregtigheid daarstel. Daarteenoor staan die *iustitia legalis (generalis)* (gemeenskaplike geregtigheid) wat die verhouding van die individu teenoor die gemeenskap (*relatio partis ad totum*) beheers.

sy siening van *iustitia commutativa*²² van besondere belang. *Iustitia commutativa* as vergeldende geregtigheid reël die verhouding tussen individue onderling (*relatio partis ad partem*)²³. Wanneer dit versteur word²⁴, vereis *aequalitas* (ewewig, gelykheid²⁵) dat die vorige toestand by wyse van *restitutio* herstel moet word²⁶. Die nalewing van geregtigheid as kardinaaldeug hou in dat in die geval van ongeregtigheid (*iniustitia*) dit vir die sieleheil (*salus*) noodsaaklik is dat restitusie (*restitutio*) moet plaasvind²⁷; restitusie word sodoende gesien as *actus iustitiae commutativae*²⁸.

In gevalle van vermoënskade (*damnum in rebus exterioribus; damnum of detrimentum temporale*)²⁹ moet restitusie plaasvind deur teruggawe van die saak. Waar dit nie moontlik is nie, moet restitusie op gelykwaardige wyse (*recompensatio aequalens*) geskied³⁰. Restitusie moet volgens Thomas ook plaasvind waar nie-vermoënsgoedere aangetas is³¹. Aangesien 'n *recompensatio aequalens* onmoontlik is, moet daar 'n andersoortige restitusie³² (wat by wyse van òf 'n *aliquis honor* òf geld kon geskied)³³ plaasvind. Die maatstaf hier is die lewensomstandighede van elke persoon volgens die oordeel van 'n wyse man³⁴. As voorbeeld van aantastings van aangeleenthede wat tans

²²*Secunda Secundae* 58.12 *ad primum*.

²³*Secunda Secundae* 58.12 *ad primum*.

²⁴Vgl. Mausbach-Ermecke, *Moraltheologie* 532-533 en Nufer, *Spätscholastiker* 11.

²⁵Dit gaan hier om die gelykheid tussen twee reghebbendes.

²⁶*Secunda Secundae* 62.1 *resp.*

²⁷*Secunda Secundae* 62.2 *resp.*

²⁸*Secunda Secundae* 62.1 *resp.*

²⁹*Secunda Secundae* 62.1 *ad secundum*.

³⁰*Secunda Secundae* 62.1 *resp.*; 62.2 *ad primum*.

³¹*Secunda Secundae* 62.1 *ad secundum*.

³²*Secunda Secundae* 62.2 *ad primum* met verwysing na *Ethica Nikomachela* 8.16.

³³*Secunda Secundae* 62.1 *ad secundum*.

³⁴*Secunda Secundae* 62.2 *ad primum* en 62.2 *ad quartum*.

as nie-vermoënsgoedere of persoonlikheidsgoedere aangemerkt word, noem hy die aantasting van die eer, die goeie naam, die liggaam en die lewe³⁵. As verdere voorbeeld noem hy die verwydering van 'n ledemaat³⁶.

Sy aanvaarding van die standpunt dat immateriële nadeel voortvloeiend uit 'n besering vergoed moet word, het groot invloed op die latere Spaanse moraalfilosowe uitgeoefen.

In navolging van Bonaventura (+ 1274) - 'n tydgenoot van Thomas wat egter voortgebou het op die Augustynse tradisie - het Johannes Duns Scotus (1270-1308) die Augustynse denkbeelde probeer herstel³⁷. Hy verwerp die Thomistiese navolging van die Stoïsyne-Aristoteliaanse intellektualisme en leer dat *voluntas imperat intellectu*³⁸.

In sy *Quaestiones in librum quartum Sententiarum* bespreek hy die vraag of nadeel anders as vermoënskade wat aan 'n persoon toegebring is, ageerbaar is. As basis vir sy afwysende antwoord aanvaar hy dat niemand aan die prestasie van die onmoontlike gebonde is nie³⁹.

Hy argumenteer dat in sake van die persoonlikheid (byvoorbeeld die liggaam) restituisie onmoontlik is, aangesien daar nie sprake is van *bona exteriora* (sake buite die mens geleë) nie⁴⁰. Mediese uitgawes en verlies aan inkomste behoort egter wel vergoed te word; dit is *bona exteriora*.

³⁵Kyk Mausbach-Ermecke, *Moraltheologie* Band III 542; Pauw, *Persoonlikheidskrenking* 59.

³⁶Kyk *Secunda Secundae* 62.2 *ad secundum*: "Putat, cum aliquis alicui abstulit membrum, debet ei recompensare vel in pecunia vel in aliquo honore, considerata conditione utriusque personae, secundum arbitrium probi viri". Kyk ook vn 32.

³⁷Welzel, *Naturrecht* 71.

³⁸Qu. 4. d. 49 qu. 4 q. *ex lat.* n. 16 soos aangehaal deur Welzel, *Naturrecht* 71. Hy word beskou as die vader van die voluntarisme - "die Akte der Vernunft sind für den Willen nur conditiones sine quibus non, nicht conditiones per quas" (Welzel, *Naturrecht* 70).

³⁹Johannes Duns Scotus: in *Opera Omnia* (anastatische herdruk van die Lyon 1539-uitgawe), Band 9, Liber IX, Distinctio 15, Quaestio III, Art. 1 (= *Sententiae* 4.15.3.1): "Utrum damnificans alium in bonis personae, scilicet corporis vel animae, teneatur restituere ad hoc, quod possit vere poenitere" - met 'n beroep op Augustinus *Retractationes* 1.9.

⁴⁰Hy voer die volgende argumente in sy *Sententiae* 4.15.3.2 aan:

- (a) *Decretum Gratiani* C.6 q.1 c.9;
- (b) Exodus 22 (in die geval van seduksie moet daar naas die *dos* 'n addisionele bedrag betaal word, en moet daar ook met die betrokke vrou getrou word);
- (c) X 5.36.1 en Exodus 21.18-19.

Scotus onderskei verder tussen *mutilatio* (skending) en *vulneratio vel alia laesio curabilis* (verwonding of ander herstelbare besering). 'n *Mutilatio* kan óf *enormis* óf *non enormis* wees; die bepalende faktor is of sodanige *mutilatio actum humanum ex tot impedit* (menslike handeling aan bande lê)⁴¹. Hy wys vervolgens daarop dat die *lex talionis* (weerwraak) in geval van 'n *mutilatio* geld omdat 'n *recompensatio aequalis* nie bestaan nie⁴².

Buiten hierdie *talio*-aanspreeklikheid bestaan daar ook 'n restitusioneel vir mediese uitgawes en verlies aan inkomste soos neergelê in die *Liber Extra*⁴³. Hy konkludeer egter dat daar ook 'n *placatio laesi* (salwing van die benadeelde) of *consolatio ipsius afflicti* (troos vir die verwonde self) - mits die benadeelde dit versoek - by wyse van geld betaal moet word. Dit behoort veral in die geval van die skending of misvorming van 'n arme (*mutilatio pauperis*) te geskied⁴⁴, aangesien die misvormde of verwyderde ledemaat gebruik is vir die verkryging van noodsaaklike lewensmiddele. Die geskende *bona corporis* kan dus met ooreenkomstige *bona exteriora* vergoed word⁴⁵.

4. HANDLEIDINGS VIR DIE BIEGPRAKTYK

Vervolgens moet die standpunt van die handleidings vir die biegparktyk onder die soeklig geplaas word. Op die vierde Lateraanse Konsilie van 1215 is daar aanvaar dat lidmate ten minste een keer per jaar voor 'n priester moes gaan biege. Dié biegevader moes die persoon se skuld aan die hand van die omstandighede (*circumstantiae*) bepaal en 'n oordeel oor die aan hom voorgedraagde gewetensvrae (*casus conscientiae*) uitspreek, en sodoende het daar 'n behoefte aan biegehandleidings ontstaan⁴⁶. Hierdie

⁴¹*Sententiae* 4.15.3.4.

⁴²*Sententiae* 4.15.3.4 & *de primo*. Hy beklemtoon die feit dat dit nie die Mosaïse regsreël as sodanig is wat hier toegepas word nie, maar dat dit óf kanoniekregtelike reëls is wat deur die Pous ingevoer is (vgl. X 5.36.1) óf regsreëls wat deur die keiser neergelê is.

⁴³X 5.36.1: "Si rixati fuerint homines, et percusserit alter proximum suum lapide vel pugno, et ille mortuus non fuerit, sed iacuerit in lecto, qui percusserit, operas eius et impensas in medicos restituat."

⁴⁴*Sententiae* 4.15.3.9 met verwysing na X 5.36.7. Kyk ook Feenstra, *La Responsabilité civile avant Grotius* 160.

⁴⁵Vgl. *Sententiae* 4.15.3.10.

⁴⁶Kyk Bergfeld, *Moraltheologie* 1000.

uitspreek, en sodoende het daar 'n behoefte aan bieghandleidings ontstaan⁴⁶. Hierdie *Summa confessorum* (*Summa conscientiae* of *Summa casuum*) het voorskrifte bevat waarin regs- sowel as moraalnorme opgeneem is. Die eerste belangrike samevatting was die *Summa de casibus poenitentiae* van Raymundus de Penaforte (ca.1185-1275)⁴⁷.

Ongeveer twee eeue later (in die laat 15e-eeu) het daar twee belangrike *Summae* verskyn wat gereeld deur die latere sestiende-eeuse Spaanse moraalfilosowe aangehaal is. In die *Summa Angelica* (Angelus Claretus de Clavasio (+ ca. 1495) se *Summa de casibus conscientiae*, 'n werk wat vir juridies geskoolde *confessores* bedoel was)⁴⁸, kom die standpunt voor dat mediese uitgawes sowel as alle reeds gelede en toekomstige verlies van inkomste in die geval van verwonding vergoed moet word. In die geval van 'n onherstelbare verwonding (byvoorbeeld die verlies van 'n ledemaat of 'n permanente skending) moet daar 'n tipe genoegdoening (*placatio lesi*) betaal word⁴⁹. Na analogie van die reëling by doodslag is die maatstaf vir die bepaling van die omvang van die *damnum* (mediese uitgawes en die verlies aan inkomste) en die salwing van die verwonde persoon (*placatio lesi*) sy persoonlike omstandighede en stand (*qualitas personae*) met inagneming van die *boni mores* soos bepaal deur 'n *probus vir*⁵⁰.

Die *Summa Summarum casuum conscientiae seu Silvestrina* het as samevattende handleiding alle vroeëre *Summae* verdring. Die opsteller, Silvester de Prierio (+ 1523), het van 'n groot hoeveelheid outeurs gebruik gemaak: 48 teoloë, 18 summiste en 113 juriste⁵¹. Met verwysing na Thomas, Scotus en Angelus wys hy daarop dat nie net mediese uitgawes en verlore inkomste (reeds gelede en toekomstige) in die geval van verwonding geëis kan word nie, maar dat daar in die geval van 'n *laesio incurabilis* (onherstelbare verwonding) ook 'n *placatio lesi* moet plaasvind⁵². *Placatio lesi* kom neer op 'n versoening van die benadeling; dit geskied by wyse van 'n terugbetaling. Silvester erken dus die beginsel dat daar in die geval van blywende skending (*laesio incurabilis*)

⁴⁶Kyk Bergfeld, *Moraltheologie* 1000.

⁴⁷Vgl. Michaud-Quantin, *Somme* 26 e.v.

⁴⁸Bergfeld, *Moraltheologie* 1004.

⁴⁹Restitutio i.ii (fol. 225ra-rb).

⁵⁰*Summa Angelica* s.v. Restitutio i.ii. Vgl. verder die trefwoord *homicidium* (s.v. *Homicidium* v.6) waar hy die begrip *mutilatio* omskryf.

⁵¹Vgl. Michaud-Quantin, *Somme* 101 e.v. en kyk Bergfeld, *Moraltheologie* 1005.

⁵²Restitutio iii.q.2.di.2.

'n restitusieplig bestaan.

5. LAAT-SKOLASTICI

In die begin van die sestiende eeu het daar 'n nuwe rigting in die moraalfilosofiese publikasies na vore gekom; naamlik die kommentariëring van Thomas se *Summa Theologica*. Die eerste belangrike eksponent hiervan was die kardinaal Thomas de Vio Caietanus (1469-1534) wat in sy *Summa Theologica*⁵³ Thomas van Aquino se omskrywing van *restitutio* (as *actus iustitiae commutativae*) aanvaar⁵⁴. Waar 'n *restitutio sui* (restitusie by wyse van 'n soortgelyke saak) onmoontlik is, moet daar 'n *recompensatio aequalis* (gelykwaardige rekompensasie) plaasvind⁵⁵. Dié reël vind ook toepassing by immateriële nadeel voortvloeiend uit 'n besering.

Hierdie belangstelling in Thomas van Aquino se natuurreg- en restitusieleer was 'n kenmerk van die reaksie in die sestiende eeu teen die nominalisme. Die nominalisme⁵⁶ - wat die bestaan van *universalia* verwerp het - was 'n logiese uitvloeisel van die voluntaristiese beskouings van Duns Scotus, en is verteenwoordig deur Wilhelm Ockham (1290-1349), Petrus d'Ailly (1350-1420), Johannes Gerson (1363-1429) en Gabriel Biel (+ 1495).

Hierdie reaksie teen die nominalisme het sy hoogtepunt in Spanje gehad⁵⁷. Een van die belangrikste redes hiervoor was dat die grondlegger van die Spaanse moraalfilosofie, Francisco de Vitoria (1492-1546), aan die Dominikaanse kollege Saint Jaques in Parys studeer het. Sy leermeester, Pierre Crockaert, het in 1509 die *Sententiae* van Petrus Lombardus - wat tot op daardie stadium die leerboek vir moraalfilosofie was - vervang met die *Summa Theologica* van Thomas van Aquino⁵⁸.

Die Universiteit van Salamanca het in die vyftiende en sestiende eeu as sentrum vir teologiese en juridiese studies 'n hoë aansien dwarsoor Europa geniet⁵⁹. Die uitgangs-

⁵³(Trier 1581)

⁵⁴*Summa Theologica ad Secundam Secundae* 62.1.

⁵⁵*Summa Theologica ad Secundam Secundae* 62.2. *ad primum*.

⁵⁶die einflussreichste philosophische Richtung des ausgehenden Mittelalters" - Welzel, *Naturecht* 81.

⁵⁷Welzel, *Naturecht* 81.

⁵⁸Bergfeld, *Moraltheologie* 1016.

⁵⁹Dit was gedurende die sogenaamde Goue Eeu van Spanje (*Siglo d'Oro*); Villey, *La Formation*

punt van die dosente aldaar was die moraalteologiese natuurreg⁶⁰; hulle het benewens algemene beskouings oor die natuurreg⁶¹, ook gepoog om norme (natuurlik binne die Christelike moraalfilosofie) vir die daaglikse lewe neer te lê. Die *Summa Theologica* van Thomas het die onderwysstof gevorm; en daar is veral aandag geskenk aan die gedeelte *De iustitia et iure*⁶². In die werksaamhede van hierdie skool (ook bekend as die Spaanse laat-Skolastici, moraalfilosowe of natuurreggeleerdes) is die uitgangspunte van die Skolastiek duidelik te bemark. Net soos hulle voorgangers aanvaar hulle *auctoritas en ratio* as koördinate⁶³.

Uitgaande van die vier kardinaaldeugde word *iustitia* as sluitsteen (*potissima moralium virtutum*) aanvaar. Restitusie is as *actus iustitiae commutativae* omskryf⁶⁴. Ten aansien van die vraag of daar in die geval van aantasting van persoonlikheidsgoedere restitusie moet plaasvind, word daar onderskei tussen vermoënskade (*damnum in bonis externis, detrimentum temporale*) en immateriële skade (*damnum vitae, damnum corporis*)⁶⁵.

Hoewel die nominalistiese invloed nog in Vitoria⁶⁶ se werk sigbaar is, verwys hy onder

de la Pensé juridique moderne 357 wys daarop dat daar gedurende hierdie tydperk ongeveer 60 dosente jaarliks onderrig aan 6000-7000 studente verskaf het. Kyk ook Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca* 23 e.v. en Krause, *Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts* 33 e.v.

⁶⁰Reibstein, *Althusius* 24-25 toon aan dat daar drie strominge (die konsiliêre beweging, die *via moderna* van die Skolastiek en die filosofiese Humanisme) in Europa voorgekom het wat 'n invloed op die Spaanse natuurregskrywers uitgeoefen het; dit het uiteindelik op die vernuwung van regsdenke en die uitbouing van 'n profane natuurreg uitgeloop.

⁶¹Vir 'n duidelike samevatting vgl. Bergfeld, *Moraltheologie* 1018.

⁶²Quaestiones 57-79 van die tweede deel van die tweede boek, die *Secunda Secundae*. Vgl. Bergfeld, *Moraltheologie* 1017.

⁶³Die belangrikste outoriteit was die Heilige Skrif, Aristoteles, die kerkvaders en Thomas. Vgl. die volgende opmerking van Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* 251: "... die Aufgabe der Vernunft war damals nicht die kritik der vorgegebenen Autoritäten, sondern ihr unablässige Bewahrheitung durch die Auslegung der Texte." Kyk verder Nufer, *Spätscholastiker* 10 en vgl. Welzel, *Naturecht* 94 e.v.

⁶⁴Kyk bv. Vitoria, *Summa Theologica ad Secundam Secundae* 62.1, nr. 1; Molina, *De iustitia et iure* 2.714-715. Sien verder Nufer, *Spätscholastiker* 12-13.

⁶⁵Vgl. Nufer, *Spätscholastiker* 57.

⁶⁶Vir 'n volledige oorsig oor Vitoria se lewe en privaatregtelike bydrae vergelyk Otte, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria* en die literatuur daar vermeld. Vitoria se *Summa Theologica* was tot die verskyning daarvan in 1934 (uitgawe van Beltram de Heredia, Madrid) slegs in manuskripvorm bekend. Kyk verder bv. Reibstein, *Althusius* 28-29; Thieme, *Natürliches*

beeld dié van Petrus de Palude en Thomas de Vio Caietanus)⁶⁷, die *Summa Sylvestrina*⁶⁸ asook bepaalde kanoniste soos Panormitanus (+ 1445)⁶⁹. Hy het 'n groot invloed op meeste latere Spaanse moraalfilosowe en ook indirek op Grotius uitgeoefen⁷⁰. Dié Dominikaanse geleerde wat ook in die totstandkoming van die moderne volkereg 'n groot rol gespeel het⁷¹, het moraalteologie aan die Universiteit van Salamanca gedoseer. Sy voorlesings op Thomas se *Secunda Secundae* is eers na sy dood gepubliseer.

In die geval van verwonding moet volgens Vitoria sowel die mediese uitgawes as die verlies aan inkomste (reeds gelede en toekomstige) vergoed word⁷². Die verlies aan toekomstige inkomste moes bepaal word *secundum arbitrium boni viri*⁷³. Wat die vergoeding van immateriële nadeel (byvoorbeeld die ontneming van 'n oog, gebruiksaantasting van 'n ledemaat of die afsny van 'n hand (*oculum ervatur, membrum impeditur, manus abscissio*)) betref, verwys⁷⁴ hy enersyds na die bevestigende houding van onder andere Thomas⁷⁵, Petrus de Palude⁷⁶, Hadrianus⁷⁷ en Scotus⁷⁸ en andersyds

Privatrecht und Spätscholastik 237-243.

⁶⁷Afdeling 3 hierbo.

⁶⁸Afdeling 4 hierbo.

⁶⁹Otte, *Vitoria* 32-38 gee 'n volledige oorsig van bronne deur Vitoria geraadpleeg.

⁷⁰Otte, *Vitoria* 133-146.

⁷¹Kyk byvoorbeeld die literatuur vermeld deur Otte, *Vitoria* 4 n 17.

⁷²*Summa Theologica*, ad *Secundam Secundae* 62.2, nr.6-7; 62.4, nr. 28.

⁷³*Summa Theologica*, ad *Secundam Secundae* 62.2, nr.10.

⁷⁴*Summa Theologica*, ad *Secundam Secundae* 62.2, nr. 8.

⁷⁵*Secunda Secundae* 62.2.

⁷⁶*In quartum Sententiarum* (Venesië 1493), dist. 15 qu. 2 art. 2. concl. 2 (4 hierbo).

⁷⁷Die latere Pous; in sy *Quaestiones in quartum Sententiarum praesertim circa sacramenta* (1518) verklaar hy na aanleiding van die afwysende standpunt van kanoniste (skrywers oor die kanonieke reg) soos Duranti (+ 1296; in sy hoofwerk oor die Middeleeuse prosesreg, *Speculum Iudiciale* (1539) 4.2.2.3), Johannes Andreae (*In quintum Decretalium librum novella commentaria* (1581) ad X 5.36.1, nr. 1-7; ad X 5.39.13, nr. 4; ad X 5.39.22, nr. 1) en Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis (+ 1445) *Commentaria ad X 5.36.1*) dat 'n eis weens ontsiering in beginsel volgens die positiewe reg ontoelaatbaar is maar wel kragtens die natuurreg toegestaan behoort te word (*quaestio* 36). Hier kan ook nog verwys word na die standpunt van Richardus de Mediavilla, *Super quarto libro Sententiarum* (ca. 1478)) dat die

na die ontkenning van Johannes Maior⁷⁹. Vitoria beskou dié nadeel as 'n *iniuria*, en gaan van die standpunt uit dat daar restituisie *in bonis temporalibus* (by wyse van geld) moet plaasvind:

Et in hoc etiam debet restituere injuriam factam, ratione injuriae naturalis factae. Et dato quod iste nihil lucretur, vel parum amiserit, tamen ratione injuriae factae debet ei fieri recompensatio. Unde non solum debet solvere expensas et sumptum cum medico et chirurgo, si fuit laesus, sed etiam infirmo debet fieri recompensatio, ita quod injuriae est facienda recompensatio⁸⁰.

Net soos Thomas van Aquino⁸¹ aanvaar hy dat die grondslag gelykheid (*aequalitas*) is, en meld hy dat die maatstaf vir die bepaling van die omvang van die genoegdoening betaalbaar vir die skending die oordeel van 'n *bonus vir* is⁸². Hy verwerp die standpunt dat die benadeelde self by die bepaling van die *quantum* van die immateriële nadeel (*aestimatio iniuriae*) 'n rol behoort te speel⁸³.

Martinus Azpilcueta (1493-1586; ook bekend as Doctor Navarrus) het as moralis en kanonis groot invloed op die biegelpraktik en latere moraalteologiese outeurs uitgeoefen⁸⁴. Hy was aanvanklik dosent in kanonieke reg aan die Universiteite van Toulouse, Cahors, Salamanca en Coimbra, maar het later in Rome as pouslike bievader opgetree. Sy kanoniekregtelike hoofwerk was die *Consilia seu responsa in quinque*

benadeelde se vermoenskade vergoed moet word. Hoewel nie-vermoenskade nie vergoedbaar is nie, kan daar tog restituisie (by wyse van geld) geskied (dist. 15 art. 5 qu. 2, 2).

⁷⁸*Sententiae* 4.15.3.9; kyk vn 44.

⁷⁹In *quantum Sententiarum* (Parys s.d.), dist. 15 quo. § 19 *dubatur*; hy maak slegs melding van die vergoeding van vermoenskade.

⁸⁰ad *Secundam Secundae* 62.1, nr.8.

⁸¹Afdeling 3 hierbo.

⁸²ad *Secundam Secundae* 62.2, nr.9.

⁸³ad *Secundam Secundae* 62.2, nr.9. Die benadeelde kan egter self die omvang van die vermoenskade bepaal.

⁸⁴Vgl. oor Azpilcueta Reibstein, *Althusius* 32-34, asook Merzbacher, *ZSS(KA)*: 77 (1960) 317-344, 318 e.v. en die literatuur deur hom vermeld op 318 n 6.

libros iuxta ordinem et titulos Decretalim distributa. In sy *Directorium confessarii, Enchiridion sive manuale confessoriorum et poenitentium*, tree hy te voorskyn as beskrywer van by uitstek die kasuïstiese moraal⁸⁵. Hy maak 'n onderskeid tussen *satisfactio* en *restitutio*; *satisfactio* is (na *contritio* en *confessio*) die derde deel van die *sacramentum poenitentiae*⁸⁶; en dit moet naas *restitutio* plaasvind⁸⁷.

Daar bestaan 'n restitusieplig vir die vergoeding van vermoënskade (*damnum*) wat voortgevloei het uit die aantasting van die liggaamlike integriteit. Die vermoënskade kan twee vorme hê: mediese uitgawes sowel as die verlies aan reeds gelede en toekomstige inkomste⁸⁸. Die *quantum* word deur 'n *bonus vir* met inagneming van die aard van die skending, die tydstop, die plek, die hoedanighede van die betrokke persoon en ander relevante aangeleenthede bepaal⁸⁹. Hy aanvaar as uitgangspunt dat daar geen vergoeding betaal kan word vir enige misvorming (*deformatas*) nie, omdat dit 'n skending van die lewensgoedere (*bona vitae*) inhou, en die *bona vitae* is as goedere van die hoër orde nie in geld waardeerbaar nie (*bona altioris ordinis bona non aestimabilia*)⁹⁰. As gesag⁹¹ voer hy die Romeinsregtelike stelreël *homo liber nullo pretio aestimari potest*⁹² en die stellings in die *Digesta* dat daar geen vergoeding vir enige *deformatas* in die geval van die verwonding van 'n vry man betaal mag word nie, aan⁹³.

⁸⁵Nufer, *Spatscholastiker* 7 meen: "In seinem umfangreichen Werk erweist er sich also einer der originellsten und fruchtbarsten Vertreter der Spanischen Schule seiner Jahrhunderts."

⁸⁶*Enchiridion sive manuale confessoriorum et poenitentiam* (1601) 3.1; 3.3.

⁸⁷*Enchiridion* 3.2. Hy omskryf *restitutio* as 'n *actus iustitiae commutativae* (*Enchiridion* 3.2). Restitusie is geleë in die *damni illati compensatio* (*Enchiridion* 3.1); restitusie word deur die gelykheid (*aequalitas*) vereis (*Enchiridion* 17.27; 17.87).

⁸⁸*Enchiridion* 15.22. Vgl. ook Feenstra, *La Responsabilité civile avant Grotius* 66 n 22. Vgl. *Enchiridion* 15.26 (met verwysing na *Clementina* 5.4.1 en X 2.73.72) asook *Enchiridion* 17.90 § *nec obstat*.

⁸⁹*Enchiridion* 17.27.

⁹⁰*Enchiridion* 17.87. (met verwysing na D 48.19.10.2). Vgl. ook *Enchiridion* 17.88 asook *Enchiridion* 19.90 § *nec obstat*; paragraaf *secundo* asook *Enchiridion* 17.91 § *novo*.

⁹¹*Enchiridion* 15.22.

⁹²Wat hy ook omskryf as: "homo suae vitae et salutis dominus non (est)" (*Enchiridion* 17.87). As gesag voer hy D 9.2.13 pr aan.

⁹³D 9.1.3; D 9.3.7; sien ook vn 94.

Azpilcueta wys dus die bestaan van 'n restitutieplig *in foro conscientiae* vir die vergoeding van immateriële skade (voortvloeiend uit die aantasting van die *corpus*) af; daar bestaan geen waarde vir die verlore fisiese integriteit (*pretium deperditae integritatis*) nie:

... qui percutit hominem liberum, tenetur ei restituere medicationis impensae, et stipendia ... deformitatem autem ex vulnere relictam nullatenus tenebitur compensare⁹⁴.

Dominicus Soto (1494-1560) het sterk onder die invloed van Vitoria gestaan⁹⁵. In 1532 word hy aangestel as hoogleraar in teologie aan die Universiteit van Salamanca, en verwerf reeds gedurende sy leeftyd wydverspreide roem⁹⁶. In sy *De iustitia et iure* (1553) behandel hy bepaalde moraalfilosofiese aangeleenthede op so 'n wyse dat daar nie meer 'n duidelike onderskeid is tussen moraalfilosofie en natuurlike privaatreë nie. Sy *De iustitia et iure* word later een van die standaardwerke vir teoloë en juriste.

Soto onderskei ook tussen *restitutio* (as *actus iustitiae commutativae*) en *satisfactio*; restituisie is die teruggawe van verwyderde goedere, terwyl *satisfactio* (as *pars poenitentiae*) te make het met die herstel van 'n *iniuria*⁹⁷. *Satisfactio* kry sodoende 'n element van boetedoening en is van toepassing op gevalle waar daar nie-vermoënskade ontstaan het⁹⁸. Anders as Navarrus wat uitgaan van die standpunt dat *satisfactio* slegs deel is van die biegsakrament⁹⁹, meen Soto dat dit ook privaatreëtelike implikasies het.

⁹⁴*Enchiridion*: 15.22. Vgl. ook *Enchiridion* 17.90 (met verwysing na D 9.3.7 en D 9.1.3). Dit wil egter nie sê dat die benadeelde geen vorm van regs herstel gehad het nie; in bepaalde gevalle kon daar 'n *condemnatio talionis* in die *forum externum* gegee word: *Enchiridion* 28.212.

⁹⁵Die Dominikaner Soto was egter nie 'n student van Vitoria in Salamanca nie; veel eerder kan hy as *Mitbegründer* van die skool van Salamanca (naas Vitoria) gekenmerk word. Vgl. verder Reibstein, *Althusius* 30 32-35; Krause *Naturrechtler* 35 e.v.; Welzel *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, 243-250; Merzbacher, *Moraltheologie* 322; Otte, *Vitoria* 134 en die literatuur vermeld op 134 n 18); Nufer, *Spätscholastiker*, 6-7.

⁹⁶Die volgende spreuk het t.a.v. Soto (in sy lewe en daarna) gegeld: "Qui scit Sotum, scit totum" (hy wat Soto (se standpunte) ken, ken alles (die hele reg)).

⁹⁷*De iustitiae et iure* (Anastatiess herdruk (1968) van die Salamanca 1556 uitgawe) 4.6.1. Hy wys dan op 'n verdere ses verskille tussen *restitutio* en *satisfactio*.

⁹⁸Vgl. vn 86.

⁹⁹Pauw, *Persoonlikheidskrenking* 62.

Hy aanvaar dat by verwonding (net soos in die geval van doodslag) alle mediese uitgawes sowel as verlies aan inkomste *in foro conscientiae* vergoed moet word volgens die oordeel van wyse manne¹⁰⁰.

Hy bespreek vervolgens die vraag of die Bybelse¹⁰¹ en kanoniekregtelike¹⁰² reël dat slegs bogenoemde *damna* vergoed mag word¹⁰³ nog geld¹⁰⁴, en konkludeer dat waar daar 'n onherstelbare skending (*mutilatio inrecuperabilis*) is, daar 'n *recompensatio* moet plaasvind¹⁰⁵. Dit kan slegs deur persone benede die adelstand (*non illustres*) geëis word.

Die *recompensatio* van die gelede *iniuria* stel *satisfactio* daar¹⁰⁶. Dié nie-vermoënsregtelike (immateriële) nadeel word as 'n *iniuria* aangemerkt. Hy vermeld¹⁰⁷ die standpunt van Duns Scotus¹⁰⁸ dat die *lex talionis* - waar dit van regsweë voorgeskryf is - wel *in foro exteriori* toegepas moet word. Soto meen egter self dat daar eerder 'n *satisfactio* vir die gelede *iniuria* moet geskied¹⁰⁹.

Diego de Covarruvias y Leyva (1512-1577) was 'n leerling van Vitoria en Soto in teologie en van Azpilcueta in kanonieke reg¹¹⁰. In 1533 word hy aangestel as professor in kanonieke reg aan die Universiteit van Salamanca. Hy verwys in sy werke na post-Glossatore, tydgenootlike Franse Hervormers en Duitse skrywers soos Zasius. Hy het

¹⁰⁰*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3.

¹⁰¹Exodus 21.

¹⁰²X 5.36.1.

¹⁰³*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3 (met verwysing na Exodus 21 en X 5.36.1).

¹⁰⁴*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3.

¹⁰⁵*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3. Vgl. ook Feenstra, *La Responsabilité civile avant Grotius* 160.

¹⁰⁶*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3.

¹⁰⁷*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3.

¹⁰⁸*Sententiae* 4.15.3.4 sien vn 42.

¹⁰⁹*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3.

¹¹⁰Kyk oor Covarruvias Reibstein, *Thomasius* 36-41; Merzbacher, *Moraltheologie* 320 en die literatuur vermeld op 320 n 10; Nufer, *Spätscholastiker* 7 en die literatuur daar vermeld.

bekend gestaan as die Spaanse Bartolus¹¹¹. Teen die einde van sy lewe word hy voorsitter van die Raad van Castilië. Sy belangrikste privaatregtelike werk was die *Variae resolutiones* wat in 1552 verskyn het.

Covarruvias stel *laesio* en *restitutio* teenoor mekaar; *restitutio* as *actus iustitiae commutativae* het te make met die kompensasie van vermoënskade deur teruggawe en gelykstelling (*damni compensatio per redditionem et aequalitatem*)¹¹². In die geval van liggaamlike verwonding moet die waardebeplanning van die nadeel (*aestimatio damni*) in *foro conscientiae* gerestitueer word¹¹³. Mediese onkoste sowel as verlies aan inkomste moet vergoed word¹¹⁴. Daar word egter geen *aestimatio damni* op grond van die misvorming van 'n vry mens (*deformitas libri hominis*) gemaak nie¹¹⁵. In navolging van Albericus de Rosate (ca. 1290-1360) - wat die siening van Jaques de Révigny (+ 1296)¹¹⁶ volg¹¹⁷ - verklaar hy egter dat dié reël nie ten aansien van vrouens geld nie¹¹⁸. Behoudens dié uitsondering, huldig hy dus die standpunt dat daar geen vergoedingsplig vir 'n nie-vermoënskade voortvloeiend uit so 'n toegebragte *iniuria* is nie¹¹⁹.

¹¹¹Reibstein, Thomasius 40-41. Kohler, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 10 (1916/1917) 236 en 241 beskou hom as een van die grootste Spaanse natuurregseleerdes en as die grootste juris. Vgl. Reibstein, *Thomasius* 41 en Merzbacher, *Moraltheologie* 320-321. Otte, *Vitoria* 134 sê t.a.v. Covarruvias: "...Covarruvias, der sich durch ausserordentliche Gelehrsamkeit nach Art der humanistischen Jurisprudenz hervortut ..."

¹¹²*Opera omnia* (1661) pars II relect. c. peccatum de reg. iur. in 6. initium; 6.7.1.

¹¹³Pars II relect. c. peccatum de reg. iur. in 6.3.9.

¹¹⁴*Variae resolutiones* 2.10.7 quarto eodem.

¹¹⁵*Variae resolutiones* 2.10.7 (selfs nie waar daar sprake van gesigsontsiering is nie). As gesag voor hy D 9.1.3; D 9.3.7; Ludovicus Romanus *Consilia et allegationes* (1565) 278 en Abbas Antiquus *Lectura aurea super quinque libris Decretalium* (1210) ad X 5.36, nr. 1 aan.

¹¹⁶Na die MS Leiden, Universiteitsbiblioteek Leiden, Collectio d'Ablaing 2, fol. 116 vo, verbeter aan die hand van die MS Napels, soos weergegee deur Feenstra-De Smidt, *Geschiedenis van het Vermogensrecht, Tekstenboek* (1978) 254 nr. 371.

¹¹⁷*Opera omnia* (1585-1586) ad D 9.1.3

¹¹⁸*Variae resolutiones* 2.10.7; hy merk op dat die uitsondering ook t.o.v. slawe geld, maar dit is slegs 'n skynuitsondering aangesien 'n slaaf nie 'n *liber homo* is nie. Hy verwys die leser vir 'n uitgebreide bespreking t.a.v. die vergoeding van *deformitas* na Soto *De iustitia et iure* 4.6.3 wat egter, soos aangedui, wel 'n vergoeding in *foro conscientiae* vir *deformitas* toegestaan.

¹¹⁹Dit wil egter nie sê dat die *poena talionis in foro externo* uitgesluit is nie; selfs waar daar *damna et expensae* vergoed is, kan daar 'n *accusatio* by die *forum externum* aanhangig gemaak word.

Die Spaanse Jesuit Ludovicus Molina (1536-1600) het regsgeleerheid aan die Universiteit van Salamanca (vir een jaar) en teologie aan die Universiteite van Akala en Coimbra bestudeer. Daarna het hy hoogleraar aan die Universiteite van Evora (1568-1583), Coimbra en Salamanca geword¹²⁰. Sy hoofwerk *De iustitia et iure* verskyn vanaf 1593 in ses bande, en is gebaseer op Thomas van Aquino se *Summa Theologica*. In hierdie monumentale werk verwys hy na Aristoteles, Thomas, die *doctores Hispaniae*, die Italiaanse Romaniste asook na die Spaanse en Romeinse reg, en bespreek hy talle privaatregtelike kwessies¹²¹. Molina gaan uit van 'n regsorde *in foro conscientiae*¹²²; hy poog om 'n selfstandige stel regsnorme daarvoor te ontwikkel.

Molina maak enersyds 'n onderskeid tussen restitusie¹²³ in *wye* sin ("die teruggawe van iets wat verskuldig is") en restitusie in *eng* sin ("die teruggawe of aanbod van iets ter goedmaking van iemand wat bedrieg of beseer/gekrenk is")¹²⁴, en andersyds tussen laasgenoemde restitusie en *satisfactio*. Restitusie is gerig op die herstel in *status quo ante*¹²⁵, terwyl *satisfactio* te make het met die *recompensatio aequivalens* (net soos in die geval van restitusie in eng sin)¹²⁶ van 'n gelede *iniuria*¹²⁷.

Waar daar bv. 'n straf by wyse van die afkap van 'n hand of ander ledemaat (*poena abscissionis manus alteriusve membri*) kragtens wet voorgeskryf is, moet dit toegepas word. Vgl. hieroor *Variae Resolutiones* 2.10.17; 2.9.1 en 2.10.9.

¹²⁰Vgl. oor Molina Krause, *Thomasius* 44 e.v.; Thieme, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik* 254 e.v. asook Nufer, *Spätscholastiker* 8 en die literatuur deur hulle vermeld.

¹²¹Thieme, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, 255 merk op: "...Sodann Ludovicus Molina (1535-1600), der das Naturrecht mit dem Geiste seiner Zeit in stete Verbindung zubringen weiss und uns zugleich über das Recht jener Periode die schätzenswertesten Auskünfte gibt; stets klar und skolastisch bestimmt, selbständigen Geistes, nie unter der Gewalt der Autoritäten erdrückt."

¹²²Thieme, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, 255 noem dit 'n "zweite, überstaatliche Rechtsordnung".

¹²³*De iustitia et iure* (Venesië 1609) 2.714pr.: Restitusie het veral (*peculiariter*) met *bona externa* te make; dit is noodsaaklik vir die sieleheil (*salus*) (2.716.1).

¹²⁴Pauw, *Persoonlikheidskrenking* 62; *De iustitia et iure* 2.714.2.

¹²⁵*De iustitia et iure* 2.715.1.

¹²⁶*De iustitia et iure* 2.174.2.

¹²⁷*De iustitia et iure* 2.715.2.

In die geval van verwonding kan die benadeelde met die *actio legis Aquiliae*¹²⁸ vir vermoënskade en met die *actio iniuriarum* (as daar opset teenwoordig was) vir die *contumelia* eis¹²⁹. Die vermoënskade (resulterende uit die *iniuria*) omvat die mediese uitgawes sowel as die verlies aan reeds gelede en toekomstige inkomste,¹³⁰ aangesien dit *damna in rebus externis* daarstel. Wanneer hierdie *iniuria corporalis* egter nie in vermoënskade resulteer nie, bestaan daar geen restitusioneplig nie¹³¹. Restituisie moet by wyse van *bona externa* (soos veral deur middel van geld) plaasvind; *compensatio* by wyse van geestelike goedere (*bonis spiritualibus*) is onvoldoende¹³². Die berekening van die omvang van die vergoeding moet volgens die waardeoordeel van 'n wyse mens (*prudens*), met inagneming van die hoedanighede van die benadeelde, die aard van die verwonding en ander relevante faktore geskied¹³³.

Sowel die aksie vir die vergoeding van vermoënskade as die *actio ad vindictam iniuriae* (die *actio iniuriarum*) kan of sivileregterlik (vir die betaling van 'n geldsom) of strafregterlik ingestel word. In laasgenoemde geval kom daar ook 'n sivileregterlike aksie aan die benadeelde toe om vir sy vermoënskade en vir die gelede *iniuria (contumelia)* restituisie te eis¹³⁴ in dié mate waarin daar nog nie voldoende regsherstel met die *actio criminalis* was nie¹³⁵.

¹²⁸*De iustitia et iure* 3.84.2.

¹²⁹*De iustitia et iure* 3.40.1. Vgl. *De iustitia et iure* 3.19.1 waar Molina verskillende wyses van *mutilatio* noem. Hy wys ook daarop dat die *talionis poena* van die XII Tafels vervang is deur die betaling van 'n geldsom vir die gelede *iniuria* (3.40.4).

¹³⁰*De iustitia et iure* 3.40.1 kyk ook 3.87.1, 2, 4 en 6.

¹³¹*De iustitia et iure* 3.87.7, waar by drie gevalle noem. Die siening dat *nobiles* dit as *infra dignitatem* behoort te beskou om vergoeding vir *damna et expensae* (vermoënskade) weens verwonding te ontvang, vertoon 'n sekere analogie met Soto (*De iustitia et iure* 4.6.3 ad 3) se siening dat *illustres* geen eis mag instel vir 'n *placatio lesi* (nie-vermoënskade) nie. Die verpligting om *damnum corporale* (vermoënskade) te vergoed, verval waar dit slegs tydelik van aard is (*De iustitia et iure* 3.88.3, 5), of waar voldoende resultaat reeds met 'n strafregterlike aksie (*actio criminalis*) behaal is (3.88.2).

¹³²*De iustitia et iure* 3.84.7; 3.88.1.

¹³³*De iustitia et iure* 3.88.1; 3.40.10.

¹³⁴*De iustitia et iure* 3.40.10, 11, 19; 3.88.2.

¹³⁵*De iustitia et iure* 3.40.19; 3.88.2.

Hy wys 'n eis op grond van die wond, smart en ongerief as sodanig (*vulnus dolor ac molestia*) in *foro conscientiae* af; die dader word slegs gebonde gehou aan 'n strafbedrag (*poena*), as hy daartoe in *foro exteriori* veroordeel is¹³⁶. Waar daar egter 'n gesigskending of ander misvorming daaruit voortvloei, is daar wel 'n restitusioneel in *foro conscientiae*¹³⁷. Dit geskied in die geval van 'n vrou: haar *dos* moet vergroot word sodat sy net so 'n goeie huwelik kan sluit as voorheen (toe sy nog ongeskonde was)¹³⁸. Molina meen dat dit ook uitgebrei moet word na mans¹³⁹. Hy is dus van mening dat daar buite om die *actio iniuriarum* 'n nie-sivielregtelike, natuurregtelike¹⁴⁰ eis in *foro conscientiae* vir *corporale damnum deformitatis ac indecentiae*¹⁴¹ die benadeelde toekom. Die voorwaardes vir die aksie is

- dat die immateriële nadeel skatbaar is: hy gaan uit van die (fiktiewe) standpunt dat skoonheid en aansien van die menslike liggaam wel in geld waardeerbaar is¹⁴²;
- die *damnum corporis* permanent moet wees, en
- die benadeelde die vergoeding wel wil ontvang (*qui illud accepit compensari velit*)¹⁴³.

Waar daar egter geen permanente skatbare nadeel resulteer nie, is die dader slegs in *foro exteriori* vir vergoeding op grond van die *iniuria* (*ad poenam propter iniuriam*) aanspreeklik.¹⁴⁴ Waar die *iniuria* egter ook neerkom op die aantasting van die gemeenskap

¹³⁶*De iustitia et iure* 3.84.4; 3.88.3.

¹³⁷*De iustitia et iure* 3.84.5.

¹³⁸Klaarblyklik in navolging van Jacques de Révigny, ad D 9.1.3.

¹³⁹*De iustitia et iure* 3.84.5.

¹⁴⁰Vgl. hier die analogiese gebruik van die *sicut iure naturali* in *Disputatio* 84.3 waar hy die vergoeding van immateriële skade (soos toegestaan deur Thomas *Secunda Secundae* 62.2 *ad primum* - 3 hierbo) aksie in *foro conscientiae* bespreek; vgl. hieroor 3 hierbo en ook Pauw, *Persoonlikheidskrenking* 63.

¹⁴¹*De iustitia et iure* 3.88. 4. T.a.v. die *quantum*-bepaling merk hy op dat die persoonlike eienskappe van die betrokkene (*qualitas personae*) deurslaggewend is.

¹⁴²*De iustitia et iure* 3.88.5.

¹⁴³3.88.5; vgl. die opmerking by vn 131.

¹⁴⁴Vgl. ook *De iustitia et iure* 3.88.3; 3.84.4.

se opinie en waardering van die benadeelde (*iniuria datum in honore ac existimatione*), moet daar *in foro conscientiae* 'n vergoeding plaasvind.¹⁴⁵ Molina konkludeer¹⁴⁶ dat in die geval van *damnum immutationis vitae* (die bovermelde skatbare misvorming¹⁴⁷) en *damna in honore ac existimatione*¹⁴⁸ (wat resulteer uit die aantasting van die *corpus*), daar *in foro conscientiae* restituisie by wyse van 'n geldsom moet plaasvind¹⁴⁹.

Die Suid-Nederlandse (Vlaamse) Jesuït Leonardus Lessius (1554-1623)¹⁵⁰ het in Rome die voordragte oor die reg en geregtigheid van die Spaanse Jesuït Franciscus Suarez¹⁵¹ voor die Collegium Romanum gedurende die jare 1583-1584 gevolg. Hy doseer aanvanklik filosofie aan die Jesuïtekollege te Douai, en vanaf 1577 teologie te Leuven. In sy *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus* (waarvan *quaestiones* 47-171 as kommentaar op Thomas se *Secunda Secundae* dien) wat in 1605 die eerste keer verskyn het¹⁵², verwys hy onder andere na die klassieke Romeinse juriste en die Spaanse natuurreggeleerdes.¹⁵³ Lessius word beskou as die brug tussen die Spaanse natuurreggeleerdes en Hugo Grotius.¹⁵⁴

Lessius omskryf, net soos sy Spaanse voorgangers, *restitutio* as *actus iustitiae commutativae*¹⁵⁵. Die verwonder (*vulnerator*) moet die *aestimatio laboris* (verlore

¹⁴⁵*De iustitia et iure* 3.88.5.

¹⁴⁶*De iustitia et iure* 3.88.6.

¹⁴⁷*De iustitia et iure* 3.88.4.

¹⁴⁸*De iustitia et iure* 3.88.5.

¹⁴⁹Behalwe as die benadeelde genoë neem met *bona alterius ordinis*.

¹⁵⁰Vgl. oor Lessius Krause, *Thomasius* 64-76; Otte, *Vitoria* 136 en die literatuur vermeld op 136 n 14; Nufer, *Spätscholastiker* 8-9 en die literatuur vermeld op 8 n 18.

¹⁵¹Suarez se leermeester was die Dominikaner Juan Manicio, self 'n student van Vitoria. Suarez staan bekend as die grootste teoloog en filosoof van die laat-Skolastiek.

¹⁵²Die vyfde uitgawe - wat hy self versorg het - het reeds in 1621 verskyn - Nufer, *Spätscholastiker* 8.

¹⁵³Nufer, *Spätscholastiker* 8-9. Krause, *Naturrechtler* 64-65 meen dat hy meer gereeld na die klassieke Romeinse juriste as na die teoloe en Spaanse natuurreggeleerdes verwys.

¹⁵⁴Vgl. byvoorbeeld Nufer, *Spätscholastiker* 8.

¹⁵⁵*De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor* (Antwerp 1609) 2.7.4.15-16. *Restitutio* is ook noodsaaklik vir die sieleheil (*salus*): 2.7.10.

Moraalfilosofiese grondslae van die aksie vir pyn en lyding

inkomste)¹⁵⁶ sowel as alle ander *damna pecuniaria* (dus ook die mediese uitgawes) vergoed.¹⁵⁷ Met verwysing na Azpilcueta,¹⁵⁸ die glos op X 5.36.1¹⁵⁹, Covarruvias¹⁶⁰ en Gomezius¹⁶¹ stel hy homself op die standpunt dat daar in die lig van die *Digesta*-reël soos vervat in D 9.1.3 en D 9.3.7¹⁶² geen vergoeding vir enige *deformatas* is nie¹⁶³. Hierdie verbod op die toekenning van immateriële skadevergoeding bestaan nie net *in foro externo* nie, maar ook *in foro conscientiae*¹⁶⁴. Aangesien hier slegs van 'n *iniuria* (persoonlikheidskrenking) sprake is (en nie van *damnum* (skade) nie), kan daar slegs van *satisfactio*¹⁶⁵ by wyse van die uiterlike teken van berou en 'n versoek om vergifnis (en nie die betaling van 'n geldbedrag as *satisfactio* nie) sprake wees:

... pro damno autem vitae, pro iniuria, solum deberi satisfactionem quamdam, signis doloris et petitione veniae ...¹⁶⁶

¹⁵⁶*De iustitiae et iure* 2.9.19.124-126.

¹⁵⁷*De iustitia et iure* 2.9.23.140 e.v.

¹⁵⁸*Enchiridion* 15.22 sien n123 *supra*

¹⁵⁹D i Bernardus de Botone Parmensis (+ 1226), die skepper van die *Glossa Ordinaria (Decretales Gregorii Pape IX (1584))* op die *Liber Extra* se glos op *operas eius et impensas*

¹⁶⁰*Variae resolutiones* 2.10.7 *circa medium*,

¹⁶¹*Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii tomi tres (1572)* 3.6.12. Antonius Gomezius (1501-1562/1572) volg De Révigny en Albericus de Rosate se standpunt dat ontsiering in die geval van (ongetroude) vrouens wel ageerbaar is. Gomezius was 'n Spaanse praktisyn en dosent, en is 'n verteenwoordiger van die sestiende-eeuse *Mos Italicu* (praktykreg). Latere Romeins-Hollandse skrywers verwys na dié standpunt van Gomezius as gesag vir die toekenning van 'n algemene aksie op grond van pyn en lyding.

¹⁶²D 9.1.3: "Cicatricium autem, aut deformatatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

¹⁶³*De iustitia et iure* 2.9.23.141.

¹⁶⁴*De iustitiae et iure* 2.9.23.142.

¹⁶⁵Vgl. *De iustitiae et iure* 2.7.4.18 waar hy aantoon dat *satisfactio* die vorm van regherstel is in die geval van 'n *iniuria* en *restitutio* in die geval van *damna*.

¹⁶⁶*De iustitia et iure* 2.9.23.145. Hy meen egter dat daar by die doodslag van 'n vry man wel 'n vergoedingsplig *ex charitate* (in teenstelling tot *ex iustitia* - vgl. *De iustitiae et iure* 2.9.15.36; 2.7.15-16) ontstaan indien die erfgename behoefte is. Die Duitse moraalfilosoof Petrus Binsfeld (+ 1598) gee in sy belangrike traktaat oor *iniuria* en *damnum datum* (*Commentarius in titulum Iuris Canonici de iniuriis et damno dato (1598)*) 'n uitgebreide bespreking van die vraag of *damnum in corpore* (bv. die verlies van 'n been) ook net soos *damnum in bonis temporalibus* (vermoënskade) vergoed moet word (1 q. 3). Hy verwys na die Middeleeuse Romeinse reg,

Die standpunte van die moraalfilosowe kan soos volg saamgevat word:

- * Dit is duidelik dat daar groot meningsverskille onder die moraalfilosowe en hul voorgangers ten aansien van die vraag of nie-vermoenskade vergoed moet word, bestaan het.
- * Die outeurs wat 'n afwysende houding inneem (byvoorbeeld Azpilcueta en Lessius), steun op die Romeinsregtelike *liberum corpus*-reël en die glos op X 5.36.1. Ander skrywers soos Covarruvias staan (in navolging van Jaques de Révigny en Albericus de Rosate) vergoeding in geval van ontsierde vrouens toe; hulle beskou dit waarskynlik as 'n tipe *damnum*
- * Die restitusioneer van Thomas van Aquino en die *ius naturale* het 'n groot invloed op daardie skrywers wat 'n algemene aanspraak erken (byvoorbeeld Vitoria, Molina en Soto), uitgeoefen.
- * Ten aansien van die voorwaardes vir toekenning het Scotus die interessante vereiste gestel dat vergoeding veral in die geval van behoeftige persone gegee moet word, en slegs wanneer die benadeelde dit versoek. Soto wys weer daarop dat vergoeding vir immateriële nadeel nie deur belangrike persone (*illustres*) gevra (mag) word nie. Ten slotte wys Molina daarop dat immateriële skade slegs vergoed moet word as die benadeelde dit uitdruklik versoek; hy meen ook dat *nobiles* nie vermoenskade voortvloeiend uit 'n verwonding behoort te ontvang nie.

6. HUGO DE GROOT

Soos reeds vermeld, het die Spaanse laat-Skolastici 'n groot invloed op Hugo de Groot (1583-1645) uitgeoefen.¹⁶⁷ Dié beïnvloeding was direk sowel as indirek (byvoorbeeld

Azo, Dekretaliste (Honstiensis, Antonius de Butrio en Panormitanus) en moraalfilosowe (bv. onder andere Thomas, Scotus, Caietanus, Richardus de Mediaville, Hadrianus, Azpilcueta en Soto) (3 hierbo) asook na Henning Goden (*Consilia* 102.23-24) en Antonius Gomezius (*Variae Resolutiones* 3.6.12.). Binsfeld stel die Romeinsregtelike verbod, en verwys na die teenoorgestelde standpunt van Sotus (dat elke blywende verminking wel vergoed moet word) wat hy as in stryd met die geldende *ius commune* afmaak (*Commentarius* 1 qu. 3 concl. 5). Slegs in die geval van die ontsierde ongetroude vrou mag daar vergoeding toegestaan word. Vgl. verder t.a.v. Binsfeld Olivier, *Pyn en lyding* 108-109.

¹⁶⁷Vgl. afdeling 2 hierbo.

sy gebruikmaking van Lessius).¹⁶⁸ Hierdie aanname word ondersteun deur die gedetailleerde kennis wat De Groot van die Spaanse laat-Skolastici gehad het, soos dit blyk uit die *Prolegomena* tot die *De iure belli ac pacis*.¹⁶⁹ In dié werk word daar ook talle verwysings na die Bybel, klassieke skrywers, die *leges Longabardorum*, die Romeinse reg, Middeleeuse teoloë (soos Thomas van Aquino en Caietanus), en die Spaanse laat-Skolastici gevind. Sy restitusieleer is gebaseer op dié van die Spaanse moraalfilosoof.¹⁷⁰

Nadat hy in sy *De iure belli ac pacis* die geval van doodslag bespreek het en 'n eis vir mediese uitgawes sowel as 'n onderhoudseis vir diegene wat hy *alere ex officio solebat*, asook (met verwysing na die Romeinse reg) 'n eis op grond van die doodslag self van die hand gewys het (... *vitae autem in libero homine aestimatio non fit* ...)¹⁷¹, bespreek hy in *De iure belli ac pacis* 2.17.14 moontlike eise vir verwonding.

'n Eis op grond van ontsiering word met 'n beroep op die Romeinsregtelike *liberum corpus*-reël van die hand gewys. In die noot tot die laaste sin (*sed sicut ... non fit*) verwys hy na D 9.3.7 en Navarrus. Navarrus¹⁷² (die Spaanse laat-Skolastikus Martinus Azpilcueta) wys, soos aangedui, in sy *Enchiridion sive manuale confessoriorum*¹⁷³ ('n bieghandleiding) 'n eis op grond van ontsiering af. Dit is verder waarskynlik dat De Groot in hierdie verband sonder uitdruklike vermelding op Lessius (wat, soos hierbo aangedui, 'n minderheidstandpunt inneem) steun.¹⁷⁴ In die voorafgaande gedeelte oor doodslag in *De iure belli ac pacis* (2.17.13) het hy direk na Lessius¹⁷⁵ as gesag verwys.

¹⁶⁸Molhuysen, *De bibliotheek van Hugo de Groot* 62. Sy biblioteek het in 1618 byvoorbeeld Soto se *De iustitia et iure* bevat.

¹⁶⁹*De iure belli ac pacis* Prolegomena 37, 38, 52 en 55.

¹⁷⁰Vgl. bv. die verwysings vermeld in *De iure belli ac pacis* 2.17.

¹⁷¹2.17.13.

¹⁷²Kyk afdeling 5 hierbo.

¹⁷³*Enchiridion* 15.22.

¹⁷⁴*De iustitiae et iure* 2.9.23.141 (5 hierbo).

¹⁷⁵*De iure belli ac pacis* 2.17.13; vgl. ook Feenstra, *La Responsabilité civile avant Grotius* 158 e.v. Vgl. egter die standpunt van Pauw, *Persoonlikheidskrenking* 70-71 wat meen dat De Groot die vraag na vergoeding van pyn, lyding en ontsiering hier oopgelaat het. In die lig van die aangevoerde argumente kan daar egter nie met Pauw saamgestem word nie; so ook Feenstra 1972 *Acta Juridica* 227, 235 en Nuffer, *Spätscholastiker*, 73.

In sy *Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* (wat hy tydens sy gevangenisskap in Loevenstein geskryf het en wat eers in 1631 gepubliseer is) beweeg hy soos die Spaanse moraalfilosowe weg van die bekende aksies, en klassifiseer hy onregmatige dade (wat hy *misdaad* noem) aan die hand van die belange wat aangetas word:

Dadelyke misdaad zal bekwamelyk afgescheiden worden naar de verscheidenheid van de zaken, die byzondere lieden toekomen: die wy voor dezen hebben gezegd te zyn 't lichaam; de vrijheid; de eer; en goederen.¹⁷⁶

In die gedeelte van *misdaad teen 't lichaam* omskryf hy so 'n *misdaad* as die afslaan, verminking, veroorsaking van bloeding of 'n ander krenking van 'n liggaamsdeel; vermoenskade (verlies van huidige en toekomstige inkomste en mediese uitgawes) moet vergoed word;¹⁷⁷ bowendien moet daar 'n bedrag vir smart en ontsiering¹⁷⁸ betaal word:

De smert en onteiering van 't lichaam, hoewel eigentlyk niet zynde vergoedelyk, worden op geld geschat, zoo wanneer zulks verzocht word.¹⁷⁹

Hy beskryf dus hier die aksie vir pyn, lyding en ontsiering. Die ooreenkomste in sy formulering van die aksie weens pyn en lyding met dié van die Spaanse laat-Skolastici ten aansien van verskeie aangeleenthede is duidelik. Soos hulle baseer hy dit ook op die algemene restitusioneplig (*wederevening der onevenheid*).¹⁸⁰ Net soos Thomas van

¹⁷⁶*Inleydinge* 3.33.1.

¹⁷⁷*Inleydinge* 3.34.1-2: "... Hieruit ontstaat verbintnisse tot vergoeding van 't meestersloon, schade en winstverzuim, 't zy gedurende de genezing, 't zy ook daarna, zoo wanneer het gebrek is gedurig ..."

¹⁷⁸Oor die gebruik van die terminologie merk Feenstra 1958 *Acta Juridica* 27, 41 n 70 op: "De 'ontteiering van 't lichaam' wijst reeds op geleerde invloed; in het inheemse recht zal dese naast de 'smert', niet genoemd zijn."

¹⁷⁹*Inleydinge* 3.34.2. In die *Rechtsgeleerde Observatien* 3.99 word dié teks met verwysing na artikel 65.5 die *Keuren van Putten* (1587) en artikel 11.23 van *Keuren van Amsterdam* (1656) bevestig.

¹⁸⁰Afdeling 3 hierbo. Vgl. ook *Inleydinge* 3.32.7 waar hy aandui dat daar uit elke misdaad twee verbintnisse ontstaan: "... de eene tot straf; de andere tot wederevening van de onevenheid." Waar die openbare straf voorheen deur die individu uitgeoefen is, moet dit nou van staatsweë geskied; maar die skuld tot *wederevening der onevenheid* (die basiese restitusioneplig) is gebaseer op die aangebore reg (natuurreg), hoewel dit nader omskryf word in die burgerlike wet. Vgl. verder *Inleydinge* 2.32.9.

Aquino¹⁸¹ en die Spaanse laat-Skolastici¹⁸² wys hy daarop dat *restitutio in specie* nie kan plaasvind nie - (vergelyk *hoewel eienlik nie zynde vergoedelyk*) - daar moet dus 'n soort ekwivalente restitusie plaasvind.¹⁸³

Die *zoo wanneer zulks versoekt word* slaan enersyds op die standpunt van sommige Spaanse laat-Skolastici dat slegs *non illustres* dit mag eis en dat dit slegs toegestaan word waar dit uitdruklik geëis word, en andersyds op die feit dat dit hier om iets gaan wat eintlik nie vergoedbaar is nie. 'n Ander verdere verklaring vir die laaste sinsnede is dat net soos enige ander geding, die regter nie vanself 'n toekenning sal maak nie.

Samevattend kan daar dus gesê word dat De Groot die aksie weens pyn en lyding in sy formulering in *Inleydinge* 3.34.2 binne die raamwerk van die restitusieleer van Thomas en die latere Spaanse moraalfilosowe (wat hy, soos aangetoon, oorgeneem het) verklaar.¹⁸⁴ In die *Inleydinge* staan hy sodanige aanspreeklikheid toe, maar in sy *De iure belli ac pacis* wys hy dit geheel en al van die hand.¹⁸⁵

¹⁸¹Vgl. afdeling 3 hierbo

¹⁸²Vgl. afdeling 5 hierbo

¹⁸³Volgens Feenstra 1958 *Acta Juridica* 27 openbaar De Groot in hierdie frase 'n bepaalde terughoudendheid in die toekenning van vergoeding vir smart en ontsiering: "Vergoeding voor 'smert' en ontsiering is een concessie aan de praktijk van zijn tijd, die door De Groot eigenlijk wordt afgekeurd." 'n Kritiese evaluering van die standpunte van die Spaanse moraalfilosowe (afdeling 5 hierbo) laat egter duidelik blyk dat dieselfde "terughoudendheid" m.b.t. *nobiles* en die in beginsel onvergoedbaarheid van sodanige immateriële nadeel ook by hulle bestaan. Daar kan dus nie gesê word dat De Groot se terughoudendheid op praktyk oorwegings berus nie; sy formulering (ook in hierdie verband) volg dié van die Spaanse moraalfilosowe bykans woordeliks na.

¹⁸⁴Vgl. afdeling 3 hierbo.

¹⁸⁵Vgl. verder die *dictum* van Feenstra aangehaal in vn 183. In *Inleydinge* 3.34.5 bespreek hy die geval van opsetlike verwonding en deel mee dat daar op bepaalde plekke voorskrifte vir die betaling van geldboetes is; dit dien tot versoening van die benadeelde, en word bo die *voorzegde vergoeding* (vermoenskade en vergoeding vir *smert* en *ontsiering*) gegee. Dit slaan waarskynlik op die gewoonteregterlike boetesistiem wat nog op bepaalde plekke gegeld het. Andersyds dien dit as staving vir die siening dat De Groot nie opset as skuldvorm vir aanspreeklikheid op grond van *smert* en *ontsiering* vereis het nie. Kyk ook *Consultatien, Advysen en Advertissemerten* 3 168 waar De Groot meedeel dat soengeld in die geval van doodslag nog steeds betaal moes word. Kyk verder *Inleydinge* 3.34.9 waar De Groot verwys na die Keuren van Voorn waarkragtens die benadeelde moes gaan verslag doen het van sy *smert*; vgl. ook *Rechtsgeleerde Observatien* 3.97. Laasgenoemde twee gevalle vloei voort uit die gewoonteregterlike voorskrifte met betrekking tot verwonding.

7. SAMEVATTING

Anders as wat die Suid-Afrikaanse regspraak en sommige outeurs meen, laat bogenoemde uiteensetting duidelik blyk dat die moraalfilosofiese uitgangspunte van Thomas van Aquino (met sy oorname van Aristoteles se geregtigheidsleer) 'n wesenlike rol in die erkenning van aanspreeklikheid vir immateriële nadeel voortvloeiend uit die aantasting van die fisies-psigiese integriteit gespeel het. Sy algemene benadering is nagevolg in die laat-Middeleeuse biepriktyk wat vereis het dat elke lidmaat jaarliks moes biep; in dié hof van die gewete (*forum conscientiae, forum internum*) is die betrokke lidmaat verplig om sowel vermoenskade as immateriële nadeel wat hy veroorsaak het, te vergoed. Dié restitusie is as noodsaaklik vir die sieleheil beskou; daarsonder kon lidmate die voorreg van 'n Christelike begrafnis ontsê word.

Die meerderheid van die sestiende-eeuse Spaanse moraalfilosowe het die erkenning van die aksie verder gevoer deur enersyds aansluiting te vind by Jaques de Révigny se uitsondering op die Romeinsregtelike verbod op die vergoeding van sodanige persoonlikheidsnadeel (hulle het sy uitsondering met betrekking tot ongetroude vrouens uitgebrei na alle gevalle van sodanige nadeel). Andersyds was die grondslag steeds die verpligting tot restitusie as *actus iustitiae commutativae* hoewel restitusie van die saak self (die geskende liggaam) nie kon geskied nie, moes 'n gelykwaardige vergoeding as *satisfactio (laesio)* in geld aan die benadeelde betaal word. In teenstelling tot die bieghandleidings was hulle werke daarop gerig om 'n alternatiewe openbare regsorde gebaseer op geregtigheid daar te stel. Naas die erkenning van aanspreeklikheid weens uiterlike skending (*deformitas, cicatrix*), is daar ook voorsiening vir innerlike smart (*dolor*) gemaak. Slegs mense wat nie aan die hoë stand behoort het nie (*non illustres*) kon die aksie instel; bowendien moes dit uitdruklik geëis word, en kon die regter dit nie *mero motu* toestaan nie.

Die belangrike Romeins-Hollandse juris, Hugo de Groot, het die Spaanse moraalfilosowe as 'n belangrike bron beskou. Alhoewel hy in sy volkeregtelike werk, *De iure belli ac pacis*, sodanige aanspreeklikheid afwys, erken hy dit wel in sy *Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-geleertheit* waar hy aanspreeklikheid vir die vergoeding van sodanige persoonlikheidsnadeel op die algemene plig tot *wederevening der onevenheid* (restitusie) baseer. Dieselfde beperkings met betrekking tot die uitsluiting van *nobiles* en die toestaan van 'n gepaste bedrag slegs as dit uitdruklik geëis word, kom ook by De Groot voor. Sy standpunte is deur latere Romeins-Hollandse outeurs oorgeneem, en vorm sodoende deel van die huidige Suid-Afrikaanse reg.

Die effek van De Groot (en later outeurs) se erkenning van aanspreeklikheid vir persoonlikheidsnadeel voortvloeiend uit die aantasting van die fisies-psigiese integriteit as 'n afsonderlike regspraak (naas die gekte hoof deliktuele aksies) hou vir die deliktereg belangrike konsekwensies in. Dit behels die noodsaak vir duidelike begripsonderskeiding met betrekking tot die *doel* van die aksie weens pyn en lyding (vergoeding van persoonlikheidsnadeel), die *aanwendingsgebied* (aantasting van die *corpus*), die *teoretiese grondslag* (herstel van onreg - *wederevening der onevenheid* of restituisie) asook die *berekening van die quantum* (die bepaling van die *Wet op die Verdeling van Skadevergoeding* 34 van 1956 waarvolgens die relatiewe nalatigheid van die benadeelde (indien nie die eiser nie) in die geval van vermoënskade wel in ag geneem word, is nie by pyn en lyding direk ter sake nie). Die berekening van die omvang van genoegdoening weens persoonlikheidsnadeel voortvloeiend uit pyn en lyding, is voorts ook nie objektief kwantifiseerbaar nie - dit word, soos reeds deur Thomas gestel, aan die regspreker oorgelaat.

8. BIBLIOGRAFIE

- ANDREAE, J. 1581. *In quintum Decretalium librum novella commenatria*. Venesië.
ANTIQUUS, A. 1210. *Lectura aurea super quinque libris Decretalium*. Trier.
AZPILCUETA, M. 1601. *Enchiridion sive manuale confessoriorum et poenitentiam*. Antwerp.
BERGFELD, C. 1977. *Katholische Moralthologie und Naturrechtslehre*. (In Coing, H., red. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte*. München : Beck. II/1, p. 999-1034 999-1015.)
BINSFELD, P. 1598. *Commentarius in titulum Iuris Canonici de iniuriis et damno dato*. Trier.
BOBERG, P.Q.R. 1985. *Law of Delict*. Kaapstad : Juta.
COVARRUVIAS, D. 1661. *Variae resolutiones, Opera omnia*. Lyon.
DE BOTONE PARMENSIS, B. 1470. *Casus Longi (cum notabilibus) super quinque libros Decretalium*. Basel.
DE CLAVASIO, A.C. 1513. *Summa Angelica de casibus conscientiae*. Trier.
DE GROOT, H. 1754. *Consultation, Advysen en Advertissemten*. Utrecht/Amsterdam.
DE GROOT, H. 1778. *Rechtsgelcerde Observatien*. 's Gravenhage.
DE GROOT, H. 1939. *De iure belli ac pacis*. Leiden : De Kanter-Van Hettinga Tromp.
DE GROOT, H. 1965. *Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*. Leiden : Dovring-Fischer-Meijers.
DE MEDIAVILLA, R. 1478. *Super quarto libro Sententiarum*. Venesië.
DE PRIERIO, S. 1528. *Summa Summarum casuum conscientiae seu Silvestrina*. Lyon.
DE RÉVIGNY, J. 1585/1586. *Opera omnia*. Venesië.
DURANTI, G. 1539. *Speculum Iudiciale*. Lugduni.
FEENSTRA, R. 1958. *Over de oorsprong van twee omstreden paragrafen uit de Inleidinge van Hugo de Groot (III.33.2 en III.34.2)*. *Acta Juridica*, 27:41 n 70.
FEENSTRA, R. 1959. *Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius en droit privé*. (In Feenstra red. *Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, 157-171.)

- FEENSTRA, R. 1972. Historical development of delictual liability for killing and for the infliction of bodily harm. *Acta Juridica*, 227-235.
- FEENSTRA, R. 1972/1973. L'Influence de la Scholastique espagnol sur Grotius en droit privé: quelques experiences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause. (*In Feenstra red. La Seconda Scolastica nella formazione del diritto moderno, Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972, Atti, Milaan.*)
- FEENSTRA, R. 1974. *Fata Iuris Romani*. Leiden.
- FEENSTRA, R. en de SMIDT, J. 1978. *Geschiedenis van het Vermogensrecht, Tekstenboek*. Deventer : Kluwer.
- GLORIEUX, S. Dictionnaire de Théologie Catholique XIV 2 col. 2350.
- GODEN, H. 1563. *Consilia Caleberrimi. Budissinae*.
- GOMEZIUS, A. 1572. *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii tomi tres. Venesië*.
- HADRIANUS, 1518. *Questiones in quartum Sententiarum praesertim circa sacramenta*. Parys.
- KOHLER, W. 1916/1917. Die spanischen Naturrechtslehrer. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 10:236-241.
- KRAUSE, O.W. 1949. *Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts*. Göttingen., Diss.
- LE BRAS, G. 1960. *Pentitentiels, Dictionnaire de Théologie Catholique. XII 1 col. 1160*.
- LESSIUS, L. 1609. *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor*. Antwerp.
- MAUSBACH, J. & ERMECKE, G. 1959. *Katholische Moralthologie*. Münster : Beck.
- MERZBACHER, F. 1960. Azpilcueta und Covarruvias. *ZSS(KA)*, 77:317-344.
- MICHAUND-QUANTIN, P. 1962. *Somme de casuistique et manuels de confession au moyen âge. (XII-XVI siècles)*. Leuven.
- MOLHUYSEN, P. 1943. *De bibliotheek van Hugo de Groot*. Amsterdam.
- MOLINA, L. 1609. *De iustitia et iure*. Venesië.
- NÖRR, KW. 1973. Die kanonistische Literatur. (*In Coing, H., Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte*. München : Beck. I/II 365.)
- NUFER, G. 1969. Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit. Freiburg., Diss.
- OLIVIER, N.J.J. 1978. Die aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn en lyding. Leiden., Diss.
- OTTE, G. 1964. *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*. Köln/Graz : Beck.
- PAUW, P.C. 1976. *Persoonlikheidskrenking en skuld in die Suid-Afrikaanse reg*. Leiden : Diss.
- REIBSTEIN, E. 1955. *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca*. Karlsruhe.
- ROMANUS, L. 1565. *Consilia et allegationes*. Lyon.
- SCHILLING, O. 1923. *Die Staats- und Soziallehre des Hl. Thomas von Aquin*. Paderborn.
- SCOTT, T.J. 1976. Die geskiedenis van die oorerflikheid van aksies op grond van onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg. Leiden : Diss.
- SCOTUS, J.D. 1539. *Questiones in librum quartum Sententiarum, Opera Omnia*. Lyon.
- SOTO, D. 1556/1968. *De iustitia et iure libri decem*. Madrid.
- THIEME, H. 1953. *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*. *ZSS (GA)*, 70:230-262.
- THIEME, H. 1946. *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*. Basel : Rupert.
- TRUSEN, W. 1962. *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland - Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*. Wiesbaden.
- TRUSEN, W. 1971. *Forum internum und gelehrtes Recht im Spätmittelalter*. *ZSS(KA)* 88:83-126.
- TRUSEN, W. 1973. Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche. (*In Coing, H., red. Handbuch der Quellen und der Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. München : Beck. I 486.)
- VAN AQUINO, T. 1897. *Opera Omnia, vol. 9: Secunda Secundae Summa Theologica*. Rome.

Moraalfilosofiese grondslae van die aksie vir pyn en lyding

- VAN AQUINO, T. 1953. Summa Theologica. Heidelberg : Rupert.
VAN DER MERWE, N.J. en OLIVIER, P.J.J. 1989. Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg. Pretoria : Van der Walt.
VAN DER WALT, J.C. 1979. Delict. Durban : Butterworths.
VAN ZYL, D.H. 1983. Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg. Durban : Butterworths.
VILLEY, M. 1966. La Formation de la Pensé juridique moderne. Parys : Giscard.
VITORIA, F. 1934. De Summa Theologica, de iustitia et iure. Madrid : Beltram de Heredia.
WELZEL, H. 1962. Naturrecht und materielle Gerechtigkeit. Göttingen : Rupert.
WIEACKER, F. 1967. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen : Rupert.

HOFSAKE

Hoffa v SA Mutual and Fire Insurance 1965 2 SA 944 (K)

Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy 1973 1 SA 769 (A)

WETGEWING

Wet op die Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956