Die Status en Beskerming van Meerderjariges met Beperkte Handelingsbevoegdheid

JA Robinson*

Online ISSN 1727-3781

P·E·R
Pioneer in peer-reviewed, open access online law publications

Author

Robbie Robinson

Affiliation

North-West University
South Africa

Email
Robbie.Robinson@nwu.ac.za

Date Submission

16 September 2019

Date Revised

3 April 2020

Date Accepted

3 April 2020

Date published

9 April 2020

Editor Dr A Gildenhuys

How to cite this article

Robinson JA "Die Status en Beskerming van Meerderjariges met Beperkte Handelingsbevoegdheid" *PER / PELJ* 2020(23) - DOI http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2020/v23i0a7341

Copyright

CC BY

DOI
http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2020/v23i0a7341

Abstract

The Status and Protection of Majors with Impaired Capacity to Act

In this contribution the focus falls on the capacity to act of majors who, due to mental or physical disabilities, lack the ability to make sound decisions in respect of their estate, conclude juristic acts that lead to undue harsh consequences for themselves. The question that arises is how to apply the *boni mores* as the concept has been developed constitutionally to protect such persons. In this respect it is shown that Dutch law may fruitfully be consulted to comply with courts' discretion to consult foreign law. *Mentorskap* and the *beschermingsbewind qua* measures that are aimed specifically at the protection of the non-patrimonial interests of (typically) patients and the patrimonial interests of such people, are of specific relevance.

Keywords

Protection of older people; impaired capacity to act; *boni mores*

……………………………………………………….

1 Inleiding

Die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996 verleen aan howe die diskresie om buitelandse reg in ag te neem[1] en hulle lê voorts die verpligting op om die gemenereg ooreenkomstig die Handves van Regte uit te lê.[2] In die situasie rondom die beskerming van meerderjariges met beperkte vermoë om hulle eie sake te behartig, verkry hierdie verpligtinge besondere dimensie. *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman*[3] (hierna *Saayman*) gee blyke van die problematiek waarmee howe in dié verband worstel.[4] *In casu* het Olivier AR in 'n minderheidsuitspraak indringend oor die konstitusionele ontwikkeling van die *boni mores* hieroor, soos dit uit die gemenereg oorgeneem is, besin. In die lig daarvan dat latere beslissings wat ná *Saayman* gevolg het veral oor die minderheidsuitspraak gehandel het, word dit hierin as vertrekpunt geneem.

Hierdie bydrae handel oor die beskerming wat aan meerderjariges gebied word wat oor beperkte vermoëns beskik om hulle eie sake te behartig. Ter wille van gerief word hierna na persone wat vanweë 'n verskeidenheid liggaamlike en/of geestelike gebreke nie in staat is om hulle eie sake te bestuur nie, as sorgbehoewende persone verwys.[5] Hoë ouderdom,[6] ernstige siektetoestande[7] en fisiese gebreke[8] wat tot gebrekkige insig in 'n persoon se eie belange lei asook gebrekkige verstandelike vermoëns waaronder demente toestande,[9] word tipies in hierdie kategorie persone inbegryp.[10] Uiteraard sluit die beperkinge wat op die handelings- en verskyningsbevoegdheid van minderjariges gelê word, 'n behoefte aan verdere spesifieke beskerming vir hulle uit.

---

* Robbie Robinson. B Juris LLB LLM LLD. Professor, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit. E-pos: robbie.robinson@nwu.ac.za.

1 Artikel 39(1)(c) gm a 8(3)(a) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996. Sien ook *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) paras [36] en [37].

2 Artikel 39(2) van die Grondwet.

3 *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman* 1997 4 SA 302 (HHA).

4 Vgl meerderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman* 1997 4 SA 302 (HHA).

5 Jordaan en Davel *Law of Persons* 151; Heaton *Suid-Afrikaanse Personereg* 145.

6 *Ex parte De Klerk* 1968 4 SA130 (K).

7 *Ex parte Ewing: In re Sheridan* 1995 4 SA 101 (O); *Ex parte Hill* 1970 3 SA 411 (K).

8 *Ex parte Tod* 1965 1 SA 262 (D).

9 *Francescutti v Francescutti* 2005 2 SA 442 (W).

10 Gemeenregtelik word na die beskerming wat aan hierdie persone gebied was as *cura debilium personarum* verwys. Vgl Thomas 2005 *Obiter* 687 ev.

2 Die handelingsbevoegdheid van sorgbehoewende persone in die Suid-Afrikaanse reg

2.1 Inleiding

Handelingsbevoegdheid is 'n betreklik geykte konsep in die Suid-Afrikaanse konteks en dit word daarom bloot oorsigtelik hier aan die orde gebring. Daar word gangbaar aanvaar dat handelingsbevoegdheid *qua* inhoudselement van status[11] op die kompetensie slaan om regshandelinge te kan verrig.[12] 'n Regshandeling word beskryf as een waaraan die reg dieselfde gevolge heg as wat die handelende party(e) daarmee bedoel.[13] Robinson ea verduidelik dat wanneer 'n persoon so die aard en gevolge van sy/haar handeling verstaan, hy/sy regtens geag word om oor die vermoë te beskik om die bepaalde handeling aan te gaan; sy/haar psigiese wilsuiting word hom/haar juridies toegereken.[14] Persoonlikheidshoedanighede en omstandighede wat handelingsbevoegdheid beïnvloed, sluit geestesongesteldheid, verslaafdheid aan alkohol en dwelms, ekonomies gebaseerde omstandighede soos verkwisting en insolvensie en die onvermoë om eie sake te behartig, in. Soos hierbo aangedui handel hierdie bydrae hoofsaaklik oor die laasgemelde kategorie persone.

2.2 Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman

'n Sprekende bewys van 'n sorgbehoewende meerderjarige blyk uit die feite en beslissing van *Saayman.*[15] Mev X was "'n besonder welgestelde weduwee"[16] vir wie haar dogter as *curatrix bonis* aangestel is nadat haar fisieke toestand ná die afsterwe van haar eggenoot, wesenlik agteruit begin gaan het. Onder meer is haar sig aangetas en ná 'n aanval op haar het sy ook angstig geraak. Sy het uitermate hoë bloeddruk gehad en sy het dikwels van duiseligheid gekla. Ménière se sindroom, vertigo, kloudikasie (pyn in die bene as gevolg van ontoereikende bloedvoorsiening), tinnitus, neuralgie en kortstondige serebrale iskemie (ontoereikende bloedvoorsiening) is ook by haar gediagnoseer. Sy was 85 jaar oud en sy is met dementia en

---

11 Onder status word eenvoudig 'n toestand of hoedanigheid verstaan waaraan bepaalde regsvolge geknoop is. Vgl oa Heaton *Suid-Afrikaanse Personereg* 41.

12 Vgl oa Boezaart *Law of Persons* 5; Jordaan en Davel *Law of Persons* 8; Heaton *Suid-Afrikaanse Personereg* 42*;* Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Personereg* 10.

13 Vgl oa Barrat ea *Law of Persons and the Family* 12.

14 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Personereg* 67.

15 *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman* 1997 4 SA 302 (HHA) (hierna *Saayman*).

16 *Saayman* 307G-308H.

depressie gediagnoseer. Voorts het sy tipies baie spaarsamig geleef – tot so 'n mate dat sy as vrekkerig beskryf kon word. Sy het ook al haar aankope kontant gedoen. Wat die tersaaklike regshandeling, 'n borgkontrak, betref, is sy "[k]laarblyklik deur haar lieflingseun om sy pinkie gedraai om een na die ander dokument, wat vir haar erg benadelend was en geen enkele voordeel ingehou het nie, te onderteken".[17] By ondertekening van die dokumentasie is die aard daarvan nie aan haar verduidelik nie. Sy het dit voorts onderteken sonder om dit te lees. Inderdaad het sy haar klaarblyklik deur haar seun se voorstellings rakende haar verpligtinge laat beïnvloed. Uiteraard was haar seun die bevoordeelde van die tersake borgkontrak. Streicher Wn AR namens die meerderheid se opmerking dat "[m]ens die indruk [kry] dat sy as 'n bewysstuk voor die Hof geplaas is en nie as 'n getuie geroep is nie"[18] gee 'n duidelike beeld oor die meerderheid se indruk van haar verstandelike insig in haar eie belange.

Die meerderheidsuitspraak *in casu* fokus op die mediese getuienis dat mev X dermate weinig insig in die aard van die regshandelinge gehad het wat sy onder druk van haar seun aangegaan het dat sy in billikheid nie aan die kontrak gebonde gehou behoort te word nie. In 'n minderheidsuitspraak dui Olivier AR egter aan dat hy nie deur die mediese getuienis oortuig is dat mev X "handelingsonbevoegd" was nie. Hy kom egter tot die gevolgtrekking dat sy vanweë *public policy* nie aan die regshandelinge gebonde gehou behoort te word nie en hy haal soos volg uit verskeie gewysdes aan: "[T]he principle is fundamental that *bona fides* is required from both parties …"; "[I]t is therefore clear that under the civil law the Courts refused to allow a person to make an unconscionable claim even though his claim might be supported by a strict reading of the law"; "[t]here can be no doubt that *in contrahendo* our law expressly requires *bona fides* … " en "[t]he basic principle thus is that the order which the court makes should not produce an unjust result which will be the case … if … the order will operate unduly harshly …". Hy kom gevolglik tot die gevolgtrekking dat:

> [W]aar die borg, … opsigtelik liggaamlik swak is en uit 'n gesprek met die skuldeiser laat blyk dat hy of sy verward is of moontlik nie die implikasies van die borgkontrak goed verstaan nie, of waar die borg tot die kennis van die skuldeiser 'n eggenote is wat vir die eggenoot borg staan of 'n bejaarde ouer is wat vir 'n kind borg staan, verg die openbare belang myns insiens dat die skuldeiser seker maak dat die borg die volle en werklike betekenis en implikasies van die borgkontrak en enige gevolglike sessies goed begryp.[19]

17 *Saayman* 330H-331A.
18 *Saayman* 308H.
19 *Saayman* 331D-F.

2.3 Enkele gedagtes aangaande **Saayman**

Dit is algemeen bekend dat ontwikkeling in die mediese wetenskap toenemend daartoe lei dat mense ouer word. Die verouderingsproses gaan soms met verstandelike agteruitgang gepaard. Daar word aan die hand gedoen dat die verskynsel in die lig van die grondwetlik verskansde reg op menswaardigheid[20] meebring dat die beskerming wat van regsweë aan sodanige ouer (maar ook aan ander sorgbehoewende persone) verleen word, genuanseer behoort te word. Die meerderheidsuitspraak fokus op die mediese getuienis en dit besin gevolglik nie oor die grondwetlike ontwikkeling van die *boni mores* nie. Dit blyk trouens dat daar weinig aandag aan die voorskrif van artikel 10 van die Grondwet dat elkeen ingebore waardigheid het en ook die reg het dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word, geheg word. Daar word hieronder na aanleiding van die bespreking van die regsposisie in Nederland geargumenteer dat daar wel buitelandse reg is wat aangewend sou kon word om gestalte aan sorgbehoewendes se reg op waardigheid te heg. Sodanige aanwending van buitelandse reg word juis deur die vereiste genoop om die *boni mores* te ontwikkel. Daar word geargumenteer dat ontwikkeling van dié konsep soos deur die Grondwet vereis verdere bydrae tot die beskerming van sorgbehoewendes in dié verband lewer. Hierdie tema word hieronder in paragraaf 5 onder die loep geneem.

3 'n Oorsig oor die beskerming van sorgbehoewendes in die Suid-Afrikaanse reg

3.1 Gemeenregtelike beskerming

Die tipiese beskermingsmaatreël vir sorgbehoewendes is kuratele. Gemeenregtelik het die Hoë Hof die bevoegdheid om sorgbehoewende persone onder kuratele te plaas. Die kriterium vir die aanstelling van 'n kurator slaan op die vraag of die sorgbehoewende persoon in staat is om na sy eie/haar eie belange om te sien - "[t]he reason why he is incapable of managing his affairs is not of paramount importance. The appointment of a curator is … not a punitive measure, but is rather meant to protect the person in question from exploitation".[21] In *Judin v Wedgewood*[22] word egter verduidelik dat howe ietwat teensinnig is om 'n kurator aan te stel. *In casu*

---

20 Artikel 10 gm a 9(3) van die Grondwet.

21 Boezaart *Law of Persons* 152; Jordaan en Davel *Law of Persons* 152. Vir doeleindes hiervan word slegs op die posisie van die kurator *bonis* gefokus en geen aandag word aan die van die kurator *personae* geskenk nie.

22 *Judin v Wedgewood* 2003 5 SA 472 (W).

het Respondent ernstige breinskade opgedoen as gevolg van radioterapie op sy brein:[23]

> [t]o appoint a curator to a person without full justification therefor … constitutes a serious violation of that person's dignity and status, which is contrary to the provisions of s 10 of the Republic of South Africa Act 108 of 1996.

Die hof wys voorts daarop dat ofskoon daar geen verpligting op 'n hof rus om die sorgbehoewende persoon se toestemming te verkry om 'n kurator aan te stel nie, sodanige toestemming wel 'n belangrike oorweging by die aanstelling is.[24] Uiteraard moet die sorgbehoewende *compos mentis*[25] wees en die verrigtinge verstaan. By gebreke aan sodanige begrip sal 'n *curator ad litem* aangestel word om hom/haar by die ondersoek na sy/haar geestesgesteldheid by te staan.[26] Indien die hof oortuig is dat dit inderdaad in die sorgbehoewende se belang is, kan hy 'n geskikte persoon as *curator bonis* aanstel.[27] Die Hof sal die kurator met die magte beklee wat in die omstandighede nodig is.

Die gevolg van 'n bevel dat 'n sorgbehoewende persoon onder kuratele gestel word, word soos volg in *Pienaar v Pienaar's Curator*[28] verduidelik:

> The mere fact that a person has been declared insane or incapable of managing his affairs, and that a curator is appointed to such person, does not deprive him of the right of administering his own property and entering into contracts and other legal dispositions to the extent to which he may de facto be capable, mentally and physically, of so doing. Such mental or physical capacity may vary from day to day, but at all times remains a question of fact. The object of appointing a curator is merely to assist the person in question in performing legal acts to the extent to which such assistance is from day to day, in varying degrees, necessary. Thus even a person who has been declared insane and to whose estate a curator has

23 *Judin v Wedgewood* 2003 5 SA 472 (W) 478-479.

24 Vgl ook oa *Ex parte Wilson: In re Morison* 1991 4 SA 774 (T) 779-780 waar die hof verduidelik dat - "[I]t can be accepted that although *curator bonis* are not usually appointed to persons who are *compos mentis*, yet a *curator* may be appointed to a person if he desires it, provided the facts establish an incapacity to manage his affairs due to some defect of body or mind. … as a general proposition it can be accepted that the Court does not usually interfere to appoint a curator where the person concerned is *compos mentis* and furthermore actively opposes any such appointment …".

25 *Ex parte Wilson: In re Morison* 1991 4 SA 774 (T).

26 Reël 57(1) van die Eenvormige Hofreëls (Nathan *Eenvormige Hofreëls*) het op aansoeke om 'n bevel dat 'n persoon geestesongesteld is en derhalwe nie in staat is om sy/haar eie sake te behartig nie, betrekking. 'n Aansoek om die aanstelling van 'n kurator word ook ingevolge hierdie reël gebring. Vgl voorts *Ex parte Bell* 1953 2 SA 702 (O).

27 Reël 57(10) van die Eenvormige Hofreëls (Nathan *Eenvormige Hofreëls*).

28 *Pienaar v Pienaar's Curator* 1930 OPD 171 174-175.

> been appointed can dispose of his property and enter into contracts whenever he mentally is capable of doing so.

Uit dié uitspraak blyk dat 'n sorgbehoewende vir wie 'n kurator aangestel is, wel sy/haar eie belange kan waarneem indien hy/sy regtens daartoe in staat is; sy/haar handelingsbevoegdheid word hom/haar nie ontneem nie.[29] Sou 'n sorgbehoewende gevolglik op 'n bepaalde tydstip wel fisies en geestelik daartoe in staat wees om die aard van die regshandeling te begryp (en derhalwe self na sy/haar eie belange om te sien) sou hy/sy geag word regtens daartoe in staat te wees. Ooreenkomstig hiermee is in *Mitchell v Mitchell*[30] beslis dat 'n sorgbehoewende sonder toestemming van sy/haar kurator in die huwelik mag tree. In *Spies v Smith* word deur die Appèlafdeling (soos dit toe was) beslis dat 'n sorgbehoewende nie toestemming van die kurator benodig om 'n testament te verly nie.[31] Daar is ook gesag dat sodanige persone sonder toestemming mag kontrakteer[32] en litigeer.[33] 'n Sorgbehoewende se strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid word ook nie daardeur geraak dat hy/sy onder kuratele gestel is nie.

In teenstelling met die vorige paragraaf is dit egter so dat indien die sorgbehoewende persoon nie die aard of gevolge van die handeling kon verstaan toe hy dit aangegaan het nie, die handeling regtens nie aan die bedoelingsvereiste wat vir die aangaan van 'n regshandeling gestel word, voldoen nie. Die gebrek aan handelingsbevoegdheid kan gevolglik tot die nietigheid van die regshandeling meewerk. Dit is geykte reg.

Uit bostaande oorsigtelike uiteensetting blyk ten oorvloede toe dat die beskerming wat aan die sorgbehoewende gebied word, primêr deur die aanstelling van 'n kurator gebied word sonder dat daar 'n algemene beperking op sy/haar handelingsbevoegdheid geplaas word. Dit bring mee dat nieteenstaande die aanstelling van 'n kurator, die sorgbehoewende steeds handelingsbevoeg is om regshandelinge aan te gaan. By die aangaan van sodanige regshandeling sal die vraag met verwysing na die sorgbehoewende se vermoë by die aangaan daarvan wees of hy/sy aan die regshandeling gebonde gehou kan word. Die verduideliking in *Judin* dat howe oortuig moet wees van die meriete van die aanstelling van 'n kurator ten einde moontlike inbreukmaking op 'n persoon se reg op

29 Heaton *Suid-Afrikaanse Personereg* 147.
30 *Mitchell v Mitchell* 1930 AA 217.
31 *Spies v Smith* 1957 1 SA 539 (A).
32 *Éx parte De Bruin* 1946 OPD 110.
33 *De Villiers v Espach* 1958 3 SA 91 (T).

menswaardigheid te verhoed, spreek van die versigtigheid wat die Grondwet van howe vereis.

Dit blyk dat kuratele in sy gemeenregtelike verskyningsvorm 'n betreklik ongenuanseerde beskermingsremedie is wat ruimte bied vir inbreukmaking op 'n persoon se reg op menswaardigheid. Daar word aan die hand gedoen dat die Nederlandse reg bepaalde aanknopingspunte ter oorweging bied, aangesien beskermingsaanstellings vir spesifieke situasies en tot die mate wat nodig is vir 'n sorgbehoewende, gemaak kan word. Dit word naamlik op die grondslag van die onderskeid tussen handelings- en wilsonbevoegdheid gedoen. Spesifieke remedies wat toepaslik is vir betrokke sorgbehoewende persone, bied meer genuanseerde beskerming. Daar word aan die hand gedoen dat regsontwikkeling in Suid-Afrika verg dat oorweging aan hierdie onderskeid en remedies gegee word, aangesien dit eerder gestalte aan grondwetlike voorskrifte en norme gee.

3.2 Statutêre beskerming - die **Mental Health Care Act** *17 van 2002*

Dié wet wat op 15 Desember 2002 in werking getree het, het die *Mental Health Act* vervang. Laasgenoemde statuut het op die aanstelling van kuratele betrekking gehad. Ingevolge die bepalings van die *Mental Health Care Act* kan 'n administrateur aangestel word om na die eiendom van 'n persoon om te sien wat in ernstige mate geestesgebrekkig is of wat ernstig intellektueel onvermoënd is. Artikel 59(1) lui dat die Meester van 'n Hoë Hof 'n administrateur kan aanstel om die boedel van 'n "[m]entally ill person or person with severe or profound intellectual disability" te administreer. Die verpligting wat op die administrateur gelê word, is om na die boedel van die sorgbehoewende om te sien ("care") en om dit te bestuur ("manage"). Sodanige aanstelling sal slegs gemaak word as daar aan die vereistes van artikels 60 en 61 voldoen is. Benewens ander vereistes moet die applikant ouer as 18 jaar wees en as die applikant nie die eggenoot of naasbestaande van die sorgbehoewende is nie, moet redes verskaf word waarom die eggenoot of naasbestaandes nie die aansoek gebring het nie. Redes moet voorts verskaf word waarom die applikant van oordeel is dat die sorgbehoewende nie self sy/haar boedel kan bestuur ("manage") nie. In die lig daarvan dat die aanstelling van 'n administrateur op bepaalde fundamentele regte van die sorgbehoewende inbreuk kan maak, word voorts vereis dat die sorgbehoewende skriftelik in kennis gestel word van die aansoek.

Alvorens die administrateur aangestel word, word vereis dat hy/sy sekuriteit by die Meester stel vir 'n bedrag soos deur die Meester bepaal.[34] Die administrateur het die bevoegdheid om na die boedel van die sorgbehoewende om te sien en om dit te bestuur[35] ("[t]ake care of and manage"). Verder word spesifiek voorsiening gemaak dat hy/sy alle funksies wat daarmee saamgaan, moet vervul.[36]

Dit blyk dat die beskerming wat deur die *Mental Health Care Act* gebied word, van beperkte omvang is. Dit is slegs gerig op die geestesgebrekkige met ernstige intellektuele onvermoë. Dit bied geen beskerming aan ander sorgbehoewendes wat byvoorbeeld weens gevorderde ouderdom, ernstige siektetoestande of fisiese gebreke nie in staat is om na hulle eie belange om te sien nie.

4 Handelings- en wilsonbekwaamheid in die Nederlandse reg

4.1 Handelings- en wilsonbevoegdheid

Breedweg gesien dui die aard van die feitekompleks in *Saayman* op dit wat in die Nederlandse reg as wilsonbevoegdheid beskryf word. Wilsonbevoegdheid word saam met handelingsbevoegdheid generies onder die begrip "bekwaamheid" tuisgebring, maar dit verskil wat aard betref. Handelingsonbekwaamheid (ook handelingsonbevoegdheid genoem) word as 'n "[a]lgemene ongeschiktheid om in het recht op te treden" aangemerk[37] en dit is regtens 'n duidelik omlynde begrip. Daarteenoor blyk dit dat wilsonbevoegdheid (wilsonbekwaamheid) duidelik omskrewe juridiese definisie ontbeer en dit het eerder op feitelike onbekwaamheid betrekking.[38] Die belangrikheid en toepassing van dié begrip neem egter steeds toe.[39] 'n Bespreking van sowel handelings- as

34 Artikel 63 van die *Mental Health Care Act* 17 of 2002.

35 Artikel 63(3)(a) van die *Mental Health Care Act* 17 of 2002.

36 Artikel 63(3) van die *Mental Health Care Act* 17 of 2002 lees dat die administrateur "[h]as powers and functions to – (a) take care of and administer the property of the person for whom he or she is appointed and perform all functions incidental thereto; and (b) carry on any business or undertaking of that person subject to any other law".

37 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 36.

38 Van Mourik en Nuytinck *Personen- en Familierecht* 238.

39 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.1. In dié verband kan ook op die benadering van Van Mourik en Nuytinck *Personen- en Familierecht* 198 gewys word. Die outeurs onderskei tussen handelingsonbekwaamheid en handelingsonbevoegdheid. Eersgemelde word beskryf as die onmoontlikheid om "[o]naantastbaar – de onbekwame zelf bindende – rechtshandelingen te verrichten, welke onmogelijkheid categoriaal werkt, …". Sodanige onmoontlikheid om self regshandelinge te verrig, betref kategorieë persone soos minderjariges wat nie sonder toestemming van hulle

wilsonbevoegdheid moet die uitgangspunt in die Nederlandse reg voor oë hou dat elke meerderjarige persoon geag word selfhandelingsbevoeg te wees, behalwe waar regtens anders bepaal word.[40]

Handelings- en wilsonbevoegdheid *qua* beperkinge op die handelingsbekwaamheid van 'n persoon, het op verskillende situasies betrekking. Handelingsonbevoegdheid knoop enersyds aan die status van 'n persoon, maar andersyds kan dit as 'n gevolg van 'n regterlike uitspraak intree (eersgemelde situasie word hierin as (a) aangedui en laasgemelde as (b)). Wilsonbevoegdheid daarteenoor word deur 'n gebrek aan behoorlike en voldoende besluitnemingsvaardighede ten aansien van 'n spesifieke regshandeling gekenmerk (hierna as (c) aangedui). 'n Voorbeeld van (a) sou die beperkinge op die handelingsbevoegdheid van 'n getroude vrou wees. Sodanige beperkinge bestaan egter geruime tyd nie meer nie. 'n Voorbeeld van (b) sou op persone onder kuratele slaan.[41] In die geval van (b) vind bepaalde persoonlikheidseienskappe kategories toepassing; dit geld vir bepaalde kategorieë van persone, soos byvoorbeeld minderjariges wat sonder toestemming van hulle ouers of voogde handel en hulle is nie uitsluitlik op 'n spesifieke situasie of aangeleentheid toegespits nie.[42] Dit is nie tersake of die betrokke persoon subjektief gesproke 'n handeling wel sou kon verrig nie; dit is nie relevant nie, aangesien hy/sy regtens nie daartoe in staat is om selfstandig 'n regshandeling aan te gaan nie.[43]

Die situasie soos in (c) bedoel dui op wilsonbevoegdheid eerder as op handelingsonbevoegdheid en dit verteenwoordig 'n funksionele benadering. Dit word regtens nie as sodanig gedefinieer en omlyn nie en dit word gangbaar ook beslissingsonbekwaam genoem.[44] Die onbekwaamheid

ouers of voogde regshandelinge kan aangaan nie. Handelingsonbekwaamheid daarteenoor handel oor die onvermoë om onaantasbare *bepaalde* regshandelinge te verrig. Hierdie verduideliking volg op die outeurs se standpunt op 11 dat dit by handelingsbevoegdheid oor die bevoegdheid handel om selfstandig spesifieke regshandelinge ("*in concreto*") te verrig, terwyl dit by handelingsonbekwaamheid algemeen handel oor die vermoë om selfstandig regshandelinge ("*in abstracto*") te verrig. Vgl in dié verband ook *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 36 ev wat tussen handelingsonbekwames (minderjariges en persone onder kuratele), onbevoegdes "[o]p een bepaald gebied" (hulle wat agv mediese sorg redes onder mentorskap of agv finansiële redes onder bewind gestel is) en wilsonbekwames (hulle wat nie die gevolge of strekking van hulle verklaring rakende 'n spesifieke regshandeling begryp nie) onderskei.

40 Artikel 32(1) in die *Burgerlijk Wetboek 3* (hierna 3BW).
41 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 36.
42 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.1.
43 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.1.
44 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 37.

knoop in dié geval nie aan die gevolg/uitkoms van die besluitnemingsproses (nadeel) nie, maar aan die (besluitvormings)proses self en die vraag ter sake is of die betrokke persoon (wat nie in kategorie (b) val nie) in die betrokke situasie tot 'n redelike waardering van sy/haar tersaaklike belange in staat was. *In casu* is die uniek subjektiewe omstandigheid van die betrokke persoon die sluitsteen van die ondersoek om sy/haar wilsbekwaamheid met betrekking tot die betrokke situasie te bepaal.[45] Die aan- of afwesigheid van die vermoë om self beslissings te maak of besluite te neem en die mate waarin die vermoë wel aan- of afwesig is, is die wese van die vraag na wilsbekwaamheid, aangesien dit aanduidend daarvan is of die persoon inderdaad regtens bekwaam is.[46] Terminologie soos "[m]oet men zijn verstandelijke vermogens bezitten" (om 'n testament op te stel) en "[v]rije toestemming" (deur aanstaande eggenote tot huweliksluiting) in statutêre bepalings, dui tipies op die vereiste van wilsbekwaamheid.[47] In hierdie geval is die "nie in staat" dus wel relevant – wilsbevoegdheid is per slot van sake 'n voorwaarde vir die verrigting van 'n regshandeling.[48]

Die motivering daarvoor om tussen handelings- en wilsonbevoegdheid te onderskei, word in regsekerheid gevind.

> Het verschil wordt hierdoor gerechtvaardichd, dat ingeval van onbekwaamheid [handelingsonbevoegdheid], in het belang van de rechtszekerheid de onmacht om rechtshandelingen te verrichten aan een scherp bepaald en gemakkelijk vast te stellen uiterlijk gegeven (een rechterlijk beslissing …) wordt verbonden, *terwijl in andere gevallen van*

---

45 Van Mourik en Nuytinck *Personen- en Familierecht* 218. Handelings- en regsbevoegdheid word ewe as in die Suid-Afrikaanse reg duidelik van mekaar onderskei – regsbevoegdheid handel oor die bevoegdheid van die regsubjek om subjek van regte en verpligtinge te wees.

46 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.3.

47 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.3. Blankman wys op enkele voorbeelde uit die sogenaamde "oud BW" waar wilsbevoegdheid vereis is. In die geval van sekere belangrike familieregtelike handelinge (huweliksluiting) is vereis dat 'n persoon "*vrije toestemmin*'" moes verleen. In die geval van die opstel van 'n testament het die BW bepaal dat – "[T]ot het maken of herroepen van eenen uiterste wil moet men *zijn verstandelijke vermogens* bezitten" (eie kursivering). Verdere voorbeelde word in a 28a(4) in die *Burgerlijk Weboek 1* (hierna 1BW) aangetref wat lui dat 'n persoon van ouer as 16 jaar " bekwaam [is] " om toestemming tot 'n geslagsverandering te gee; a 32 1BW wat huweliksluiting belet as 'n persoon se geestestoestand sodanig is dat hy/sy nie "[i]n staat is haar wil te bepalen of de betekenis van haar verklaring te begrijpen"; a 50 1BW wat "vrije toestemming vereis" om 'n huwelik te sluit vereis; a 50 1BW wat toelaat dat 'n huwelik tussen persone binne die vierde graad van bloedverwantskap gesluit word mits die partye in 'n beëdigde verklaring "vrije toestemming" daartoe verleen het"; a 88(6) 1BW wat daarvoor voorsiening maak dat die hof genader mag word indien 'n eggenoot "[i]n de onmogelijkheid verkeert zijn wil te verklaren …" en a 246 1BW wat lui dat persone wat aan nie-omkeerbare geestesongesteldheid lei "[O]nbevoegd tot het gezag zijn minderjarigen …" is.

48 Artikel 33 3BW.

> *een feitelijke onmacht* [*wilsonbevoegdheid*] *deze moet worden bewezen*.[49] (Eie kursivering.)

4.2 Die regshandeling van handelings- en wilsonbevoegdes

Die aard en beskrywing van regshandelinge kom in artikels 33 en 34 van *Burgerlijk Wetboek 3* (hierna 3BW) aan die orde. Artikel 33 lui naamlik dat 'n regshandeling wesenlik twee aspekte behels, naamlik 'n wil wat op 'n bepaalde regsgevolg gerig is en welke wil sigself deur 'n verklaring tot uiting bring. Artikel 34(1) het spesifiek op die posisie van geestesversteurdes betrekking. Dit lui dat in die geval waar 'n persoon wie se geestesvermoëns permanent of tydelik versteur is iets verklaar, daar geag word dat die nodige wil wat met sodanige verklaring gepaard gaan, ontbreek. Die vereiste word egter gestel dat die versteuring 'n redelike waardering van die belang wat op die handeling betrekking het moet verhoed, of dat die verklaring onder invloed van 'n versteuring gedoen moes gewees het. Daar word vermoed dat 'n verklaring onder invloed van 'n versteuring gedoen is indien die regshandeling vir die geestesongestelde nadelig is. Indien die nadeel egter nie by die aangaan van die regshandeling redelikerwys voorsienbaar was nie, sal die vermoede nie in werking tree nie.

Ingevolge artikel 34(2) is 'n regshandeling vernietigbaar as die vereiste wil daarvoor ontbreek.[50] In pas met artikel 34(1) ontbreek sodanige wil wanneer die verklaring onder invloed van 'n geestelike versteuring gemaak is of wanneer sodanige versteuring 'n *redelike* waardering van die belange wat vir die regshandeling vereis word, verhoed.[51] Die vereiste rondom redelikheid maak dit duidelik dat by oorweging van die vraag na wilsonbevoegdheid 'n normatiewe element, naamlik wat 'n redelike waardering is, ter sprake kom. Tereg argumenteer Blankman dat 'n redelike waardering nie so geredelik as bloeddruk vasstelbaar is nie. Die wil ontbreek nie alleen in gevalle waar 'n persoon byvoorbeeld in 'n koma verkeer nie, maar ook waar daar wel 'n wil aanwesig is, maar dit as gebrekkig aangemerk kan word.[52]

49 Toelichting Meijers op a 3.2.1 - Meijers *Parlementaire Geschiedenis* 159.

50 Die artikel lui dat waar die vereiste wil ontbreek, die regshandeling vernietigbaar is. 'n Eensydige regshandeling wat nie tot een of meerdere persone gerig is nie, is egter nietig as sodanige wil ontbreek. Sien para 4.5 asook Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.4.

51 Artikel 34(1) 3BW.

52 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.2.

4.3 Die afnemende relevansie van handelingsonbevoegdheid en die toenemende relevansie van wilsonbevoegdheid

Soos hierbo aangedui, is die uitgangspunt in die Nederlandse reg dat behoudens spesifiek vermelde uitsonderings, elke natuurlike persoon regtens selfstandig kan optree. Artikel 32 3BW lui soos volg:

> 1. Iedere natuurlijke persoon is bekwaam tot het verrichten van rechtshandelingen, voor zover de wet niet anders bepaalt.
>
> 2. Een rechtshandeling van een onbekwame is vernietigbaar. Een eenzijdige rechtshandeling van een onbekwame, die niet tot een of meer bepaalde personen gericht was, is echter nietig.

Sub-artikel (2) maak dit duidelik dat die regshandeling van sowel 'n handelings- as 'n wilsonbevoegde persoon nietig of vernietigbaar kan wees. Blankman verduidelik dat met die totstandkoming van die sogenaamde Nieue Burgerlijk Wetboek handelingsonbevoegdheid as 'n algehele onvermoë om selfstandig bindende regshandelinge te verrig, beskou is.[53] Die agterliggende bedoeling aan hierdie maatreël was die beskerming van diegene wat vanweë jong ouderdom of 'n ander rede kwesbaar of beïnvloedbaar was. Die uitsonderings op omstandighede wat tot handelingsonbevoegdheid lei is tans egter toenemend besig om uit te brei sodat daar kwalik meer van 'n algehele onbevoegdheid sprake is. Voorbeelde wat in dié verband aangedien kan word, slaan volgens hom op die toenemende uitsonderinge op die beperkte handelingsbevoegdheid van minderjariges en van *curandi*.[54] Daarbenewens is alle beperkinge op die handelingsbevoegdheid van getroude vrouens opgehef.[55] Wat minderjariges betref word nou van die standpunt uitgegaan dat hulle handelingsbevoeg is, mits hulle met die toestemming van hulle ouer of voog

53 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.2.

54 Ter wille van gerief word na die persoon wat onder kuratele gestel word, as die *curandus* verwys. Terminologies is dit egter nie korrek nie. 'n *Curandus* is 'n persoon wat onder kuratele gestel moet word, maar nog nie is nie. Sien ook Van Mourik en Nuytinck *Personen- en Familierecht* 237.

55 'n Verdere en interessante voorbeeld het op geestesgebrekkiges betrekking. Vroeër is geleer dat opname in 'n psigiatriese inrigting outomaties tot handelingsonbevoegdheid van die geestesgebrekkige pasiënt gelei het. Ná die uitspraak van die Europese Hof aangaande die Regte van die Mens (EHRM) in die aangeleentheid van *Case of Winterwerp v The Netherlands* (Application No 6301/73) op 24 Oktober 1979 EHRM gerapporteer in 1980 *Nederlandse Jurisprudentie* 114, het die standpunt verander, aangesien die hof tot die gevolgtrekking gekom het dat dit in stryd met die Europese Verdrag aangaande die Regte van die Mens is.

gehandel het. Die vroeëre voorskrif "onbekwaam tenzij" word statutêr in 1995 gewysig en lui nou "bekwaam mits".[56]

Dit blyk dat die verslapping van statutêre maatreëls wat beperkinge op die handelingsbevoegdheid van persone plaas in die lig van 'n toenemende bewuswording van fundamentele regte van mense, en meer bepaald die reg op selfbeskikking, gesien kan word.[57] Verdere gestalte word aan die

---

56 Wet 6 April 1995. Vlaardingerbroek ea *Het Hedendaagse Personen- en Familierecht* 241 wys op die erkenning in die Nederlandse reg van die moderne tendens dat jonger persone toenemend selfstandig aan die regsverkeer deelneem en dat in die regspraktyk die vasstelling van leeftydgrense in 'n sekere mate willekeurig is. Daar word dus geen leeftydgrense binne die fase van minderjarigheid gestel nie. Alle kinders en jonger persone onder 18 jarige ouderdom en wat nie getroud, as *partner* ingevolge die Burgerlijk Wetboek of deur 'n regter as meerderjarig verklaar is nie (a 233 1BW) is minderjariges. Sien Vlaardingerbroek ea *Het Hedendaagse Personen- en Familierecht* 239.

57 Ten aansien van handelingsonbevoegdheid beklemtoon Blankman dat toenemende bewuswording van universeel geldende menseregte en die aktiwiteite van emansiebewegings van groeperinge van mense soos vrouens, kinders en psigiatriese pasiënte veral ná die Tweede Wêreldoorlog daartoe gelei het dat omstandighede wat tot handelingsonbevoegdheid aanleiding gegee het, afgewater is. Dit is veral in die geval van pasiënteregte wat daar in die tweede helfte van die vorige eeu besondere ontwikkeling plaasgevind het. Meer spesifiek handel dit oor die verkryging van toestemming vir mediese ingrype en ondersoek waar daar tans statutêr vereis word dat 'n persoon in staat moet wees of geag word in staat te wees "[t]ot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake". 'n Sprekende voorbeeld van die erkenning van die gevolg van die erkenning van fundamentele regte word in *Case of Winterwerp v The Netherlands* (Application No 6301/73) op 24 Oktober 1979 EHRM gerapporteer in 1980 *Nederlandse Jurisprudentie* gevind. *In casu* handel die Europese Hof vir Menseregte met a 5 van die *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1953). Die artikel lui dat "[E]veryone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases … (e) the lawful detention … of persons … of unsound mind". Die hof bevind dat 'n persoon wat uit hoofde van Nederlandse wetgewing wat op geestesversteurdes betrekking het, binne die reikwydte van a 5 val. Dit beteken meteen dat die aanhouding van geestesongesteldes nie arbitrêr mag geskied nie sodat "[n]o one may be confined as 'a person of unsound mind' in the absence of medical evidence establishing that his mental state is such as to justify his compulsory hospitalization. … The very nature of what has to be established … calls for objective medical expertise. Further, the medical disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement" (paras 38-39). Op sterkte van hierdie uitspraak word gangbaar in die Nederlandse reg aanvaar dat 'n geestesversteurde slegs van sy/haar vryheid ontneem mag word indien "[o]p deugdelijke wijze is aangetoond dat de betrokkene geestesziek is". 'n Persoon mag egter vir 'n kort periode "onvrijwillig" in spoedeisende gevalle in 'n psigiatriese inrigting opgeneem word te einde die aan- of afwesigheid van 'n geestesiekte vas te stel. "[D]it betekent dat buiten een crisissituatie iemand niet mag worden opgenomen, ook niet voor korte tijd tenzij vasstaat dat diegene een psychiesche stoornis heeft." Sien "Brief Regering; Toezeggingen inzake jurisprudentie crisismaatregel, gedaan tijdens de plenaire behandeling van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg op donderdag 2 Februarie 2017 – Regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke

verslapping van handelingsbevoegdheid as 'n algehele onbevoegdheid verleen deur die skepping van mentorskap en die beskermingsbewind as remedies van "lichtere" aard as alternatief vir kuratele. Daar word oorsigtelik in paragraaf 4.5 na hierdie remedies verwys. Anders as kuratele het hierdie remedies nie algemene onbevoegdheid tot gevolg nie;[58] hulle behels slegs 'n gedeeltelike onbevoegdheid om regtens selfstandig op te tree en hulle het onderskeidelik op finansiële aangeleenthede (beskermingsbewind) of gesondheidsorg aangeleenthede (mentorskap) betrekking.[59] As sodanig bied hulle verdere uitdrukking aan die uitgangspunt dat elkeen sover doenlik regtens selfstandig behoort te kan handel.

Die toenemende bewuswording van die regte van pasiënte sedert die tweede helfte van die vorige eeu het in 'n beduidende mate tot die erkenning van wilsbekwaamheid as voorwaarde vir regshandelinge wat tot ingrypende gesondheidsorg lei, bygedra. In dié verband is feitelike onbekwaamheid enersyds relevant om regshandelinge deur wilsonbekwames te vernietig, terwyl dit andersyds as vereiste vir die verkryging van regsgeldige toestemming vir bepaalde chirurgiese ingrype en medies-wetenskaplike ondersoeke op pasiënte dien. Artikel 454(1) 1BW lui byvoorbeeld dat die mentor moet toesien dat die betrokkene regshandelinge self aangaan indien die betrokkene "[t]ot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat worden geacht".

4.4 Die posisie van derdes

Wat derdes betref blyk dit dat daar geen besondere onderskeid tussen die posisies van (b) en (c) onderskeidelik enersyds *vis-à-vis* die derde andersyds gemaak word nie. Ingevolge artikel 34(2) is 'n regshandeling vernietigbaar as die vereiste wil daarvoor ontbreek. 'n Eensydige regshandeling wat nie tot een of meer bepaalde persone gerig is nie is, is egter nietig as sodanige wil ontbreek.[60] Hiervolgens blyk dit dat daar by

gezondheidszorg)" - *Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport Nr 78*, 10 Februarie 2017.

58 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.2.

59 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.2.

60 'n Meersydige regshandeling *qua* regshandeling is een wat tipies deur meerdere persone verrig word. 'n Ooreenkoms sou as die prototipe aangemerk kon word. Andersoortige meersydige regshandelinge sou daarteenoor dié wees wat nie uit 'n aanbod en aanname bestaan nie, maar uit 'n aantal parallellopende wilsverklaringe, soos byvoorbeeld waar 'n vergadering van aandeelhouers 'n meerderheidsbesluit neem. 'n Eensydige regshandeling word deur 'n enkel persoon verrig. In hierdie geval word tussen twee moontlikhede onderskei. Eerstens word eensydige regshandelinge aangetref vir die geldigheid waarvan vereis word dat die handeling bewustelik tot 'n ander persoon gerig is. *In casu* word die toestemming van die "ontvanger" nie vereis nie, maar hy/sy is inderdaad die "geadresseerde". 'n Tipiese

toepassing van hierdie sub-artikel weinig beskerming aan derdes gebied word.[61] By beroep op die ontbreking van 'n wil wat met 'n verklaring ooreenstem, bevat artikels 35 en 36 3BW egter wel beskermingsmaatreëls ten gunste van die derde wat te goeder trou gehandel het. Uit die voorskrifte van artikel 35 blyk dat as dit in die lig van die omstandighede redelik vir die "onskuldige" party is om die verklaring van 'n ander as 'n werklik bedoelde een te aanvaar, daar nie teenoor hom/haar 'n beroep op die afwesigheid van 'n korresponderende wil gemaak kan word nie. Die regshandeling sal gevolglik regsgeldig wees.[62]

4.5 'n Oorsig oor remedies ter beskerming van sorgbehoewendes

4.5.1 Kuratele[63]

Kuratele is die oudste en ook mees ingrypende remedie ter beskerming van wilsonbekwames en dit word deur 'n hof ("kantonrechter") vir 'n meerderjarige aangestel wat nie in staat is om na behore na sy/haar belange om te sien nie.[64] Ingevolge artikel 378 1BW kan die volgende persone onder kuratele geplaas word:

- *Die geestesversteurde*

Ingevolge artikel 378 1BW kan 'n meerderjarige onder kuratele gestel word weens 'n "[g]eestelijke stoornis, waardoor dit gestoorde, al dan niet met tussenpozen, niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen behoorlijk

---

voorbeeld in dié verband is die vernietiging van 'n koopooreenkoms of opsegging van 'n huurooreenkoms. Die regshandeling word aan die verkoper/koper of huurder/verhuurder gerig, maar is steeds eensydig omdat die ander party nie hoef in te stem nie, maar bloot as "geadresseerde" funksioneer. Die ander moontlikheid slaan op daardie gevalle waar die eensydige regshandeling "nie-gerig" is. Vir die totstandkoming van hierdie regshandeling word nóg die instemming van 'n ander party, nóg die ontvangs deur 'n ander persoon vereis. 'n Voorbeeld wat hierdie situasie illustreer, is byvoorbeeld die opstel van 'n testament. Sien Hijma ea *Rechtshandeling en Overeenkomst* 4-6.

61 Daar moet egter op die bepalings van a 53 gelet word. Ingevolge sub-art (2) kan die hof op versoek die reeds ingetrede gevolge van vernietiging van die regshandeling gedeeltelik of volledig ophef as sodanige gevolge "[b]ezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden". Die hof kan voorts aan 'n party wat deur die vernietiging bevoordeel word 'n verpligting oplê tot finansiële vergoeding van die party wat benadeel word.

62 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.4 wys egter daarop dat die bestaan van sodanige gebrekkige wil tegnies besonder moeilik is. Daar bestaan inderdaad ook weinig gesag oor hierdie bepalings. Dit is deels daaraan toe te skryf dat weinig persone van hierdie remedie gebruik maak, aangesien 'n verstandelik gebrekkige of demente persoon bystand benodig om hom/haar op a 34 te beroep.

63 Vgl a 378-391 1BW.

64 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 40 kritiseer die koste-implikasies van 'n aansoek om kuratele.

waar te nemen".[65] Voorheen is geleer dat 'n persoon in 'n voortdurende staat van "[o]nnozelheid, kranksinnigheid of razernij" moes verkeer, maar die omskrywing is uitgebrei om selfs siektetoestande soos afasie in te sluit. Sodanige pasiënt is wel *compos mentis*, maar is fisiek nie in staat om sy/haar wil uit te druk nie.[66] Artikel 378 stel 'n betreklik lae drempel en indien die bevinding van die hof is dat 'n persoon se geestestoestand swak is, mag 'n hof op grond van mediese getuienis tot die gevolgtrekking kom dat 'n geestesversteuring aanwesig is.

Die geestesversteuring kan tot een van meerdere beslissings deur 'n hof aanleiding gee – om die betrokke persoon onder kuratele, mentorskap of 'n beskermingsbewind te stel.[67] Die mees toepaslike instelling moet geïdentifiseer word.

- *Misbruik van alkohol en dwelms*

As 'n persoon weens drank- of dwelmmisbruik nie na behore na sy/haar belange omsien nie; herhaaldelik in die openbaar aanstoot gee of sy/haar eie of ander se veiligheid in gevaar stel, kan so 'n persoon onder kuratele gestel word.[68] Die persoon word deur hierdie maatreël "tegen zich zelf" beskerm.[69] Dranksugtigheid of gebruik van dwelms opsigself genome is nie voldoende om sodanige persoon onder kuratele te stel nie; daar moet bewys word dat die betrokke persoon as gevolg van die drank- of dwelmmisbruik sy/haar eie belange nie na behore waarneem nie of die openbare orde in gevaar stel. Die staat sal eers ingryp as die drankverslawing of dwelmmisbruik negatiewe maatskaplike gevolge teweeg gebring het.[70] Luidens artikel 379 kan 'n bevel tot onder-kuratelestelling op versoek van die betrokke persoon, sy/haar eggenoot, geregistreerde genoot of ander lewensgesel, bloedverwante in die direkte linie en tot in die vierde graad in die sylinie verleen word. Die hof voor wie die aansoek om

---

65 Asser *Personen en Familierecht* 817.

66 *Rb Assen* 11 April 1986, NJ 1987, 340. Hierdie uiteensetting sluit by dié van a 34 3BW aan. Die artikel bepaal dat onder 'n geestelike versteuring ook die situasie inbegryp word dat die versteuring 'n redelike waardering verhoed van die by die handeling betrokke. A 3:34 slaan op 'n spesifieke regshandeling terwyl a 378 dit oor die waarneming van eie belange in die algemeen het.

67 Asser *Personen en Familierecht* 817.

68 Artikel 378 lid 1(c) BW.

69 Asser *Personen en Familierecht* 818.

70 Asser *Personen en Familierecht* 818. Dwelmverslawing word nie op dieselfde grondslag as drankverslawing beskou nie. *Rb Roermond* 21 November 1990, NJ 1991, 589.

onder-kuratelestelling dien, kan 'n voorlopige bewindvoerder aanstel.[71] Ingevolge artikel 382 1BW behou 'n persoon wat as gevolg van drank- of dwelmmisbruik onder kuratele gestel is, sy/haar bevoegdheid om familieregtelike handelinge te verrig.

Die persoon wat onder kuratele gestel is, is behoudens statutêre uitsonderings "[o]nbekwaam rechtshandelingen te verrichten".[72] Die handelingsonbevoegdheid is die gevolg van onder-kuratelestelling en nie van byvoorbeeld die geestesversteuring nie, en die onbevoegdheid sou byvoorbeeld tydens 'n *lucidum intervallum* wat die geestesversteurde mag ervaar, steeds geld. Die beperkinge op die handelingsbevoegdheid van die *curandus* het op sy/haar finansies, bates en ook moontlike mediese behandeling en verpleging betrekking.[73] In pas met die toenemende bewustheid van die reg op selfbeskikking, bestaan daar egter uitsonderings waar die *curandus* wel self kan handel en waar sy/haar voorkeur voorrang bo die van die kurator geniet.[74]

Vir sekere handelinge benodig die kurator die magtiging van die hof. Meer in besonder handel dit hier oor ingrypende handelinge rondom die vermoë van die *curandus*. As voorbeelde in hierdie verband kan die verkoop van 'n huis of 'n beduidende skenking genoem word. Vir ingrypende handelinge ten aansien van nie-vermoënsregtelike handelinge rakende die persoon van die *curandus*, word egter geen sodanige magtiging vereis nie. In dié verband word die verteenwoordigingsbevoegdheid van die kurator op besondere wyses beperk:

- Daar is geen verteenwoordiging moontlik vir sover dit intiem-persoonlike beslissings van die *curandus* raak nie.[75] Egskeiding, besluite rondom selfdood, nie-vrywillige opname in 'n inrigting vir geestesongesteldes en die maak van 'n testament kan as voorbeelde in dié verband aangedien word; en

- indien 'n psigiatriese pasiënt hom-/haarself nie aan ingrypende behandeling onderwerp nie, mag sodanige behandeling selfs met toestemming van die kurator nie toegedien word nie. 'n Uitsondering

71 Artikel 380(1) 1BW. Vgl para 4.5.2 hieronder vir bespreking van die beskermingsbewind. Sien Asser *Personen en Familierecht* 819-820 vir 'n bespreking van die bewindvoerder se verpligtinge en bevoegdhede.
72 Artikel 381(2) 1BW. Die onbevoegdheid slaan slegs op regshandelinge en nie op onregmatige dade nie.
73 Artikel 381(2) 1BW.
74 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 41.
75 Vergelyk a 382 1BW.

hierop sou wees as daar ernstige nadeel vir die *curandus* sou wees as die behandeling nie toegedien sou word nie.

4.5.2 Beskermingsbewind[76]

Die beskermingsbewind is op die vermoënsregtelike beskerming van die sorgbehoewende afgestem. Artikel 431(1) 1BW lui dat as 'n meerderjarige tydelik of langdurig as gevolg van sy/haar liggaamlike of geestestoestand of as gevolg van verkwisting of "problematische schulden" nie in staat is om na behore na sy/haar vermoënsregtelike belange om te sien nie, die hof ("kantonrechter") die diskresie het om sy/haar hele boedel of slegs bepaalde bates, byvoorbeeld 'n bankrekening, onder bewind te stel.[77] In geval 'n persoon binne gemeenskap van goed getroud is of 'n geregistreerde genoot in gemeenskap van goed is, val gemeenskapsgoedere wat nie uitsluitlik deur die ander gade of genoot bestuur word nie, ook onder die bewind.[78] In praktyk blyk dit egter dat boedels *in toto* so onder bewind geplaas word.[79] Soortgelyk aan kuratele (en ook aan mentorskap) kan vir 'n beskermingsbewind aansoek gedoen word deur persone wat in 'n bepaalde familieregte verhouding tot die betrokke persoon staan.[80] Die hof benoem dan 'n bewindvoerder wat "bereid en geschikt" is om onder sy toesig die beskermingsbewind oor die boedel van die sorgbehoewende te voer.[81]

Die beskermingsbewind bring beperkte handelingsbevoegdheid vir die betrokke onderbewind-gestelde mee. Die beperkinge is egter minder ingrypend as dié wat met kuratele saamgaan.[82] Die beheer van die bates wat onder bewind geplaas is, kom nou die bewindvoerder toe. Dit behels alle handelinge wat verrig moet word "[v]oor een normale exploitatie" van die bates wat onder bewind gestel is, waaronder die betaling van huur, elektrisiteit en versekeringspremies, maar ook die ontvang van inkomstes

76 Artikel 431-449 1BW.

77 'n Persoon wat sy/haar vermoë op roekelose wyse verspil, val in die kategorie – *qui neque tempus, neque finem expansarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit* (hy wat met sy uitgawes nie tyd of maat ken nie, maar sy vermoë deurbring deur dit te verspil en te verkwis). Verklaring tot verkwister bring nie selfhandelingsonbevoegdheid mee nie *("niet volstrekt onbekwaam tot handelen")* ofskoon dit wenslik kan wees om wel so 'n persoon se handelingsbevoegdheid te beperk. Sien Asser *Personen en Familierecht* 818.

78 Artikel 431(1) 1BW.

79 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.6.

80 Artikel 379(1) 1BW.

81 Artikel 437(1) 1BW. Die verpligtinge van die bewindvoerder word in a 441(1) 1BW omskryf.

82 Sien Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 41 vir 'n uiteensetting van die vergoeding wat aan bewindvoerders betaalbaar is.

soos salaris en huuropbrengste. Uit hoofde van die beperkinge op die handelingsbevoegdheid van die betrokkene na die instelling van die bewind kan hy/sy slegs met die medewerking van die bewindvoerder oor die bates wat aan die bewind onderhewig is, beskik.[83] In geval van ingrypende regshandelinge benodig die bewindvoerder die toestemming van die betrokkene. Sou laasgenoemde die vereiste toestemming weier, kan die bewindvoerder vervangende magtiging van die hof bekom.[84] Indien andersyds die betrokkene sy/haar huis wil verkoop of 'n buitengewoon groot skenking wil maak, benodig hy/sy die medewerking van die bewindvoerder. Indien laasgenoemde sou weier, kan die betrokkene die hof vir vervangende toestemming nader. Die vraag voor die hof sal eenvoudig wees of die betrokkene wilsbekwaam ((c)) met betrekking tot die vermoënsregtelike beskikking is.[85]

Dit blyk uit die voorafgaande bespreking dat die effek van die beskermingsbewind minder ingrypend is as dié van kuratele. Die bewind neem as vertrekpunt dat daar samewerking tussen die betrokkene en die bewindvoerder sal wees, maar dat die hof vervangende magtiging by ontbreking van die vereiste toestemming kan verleen. 'n Kurator daarteenoor is nie verplig om die medewerking of instemming van die *curandus* te verkry nie.[86] Anders as kuratele word die beskermingsbewind nie gepubliseer nie en die vertrekpunt is eenvoudig dat derdes nie van die bestaan van die bewind en die onvermoë van die betrokkene om sonder medewerking van sy/haar bewindvoerder ingrypende handelinge te verrig, bewus is nie. Die verkoper wat te goeder trou 'n (selfs ongewenste of oorbodige) item verkoop, word beskerm, en die koopooreenkoms is geldig en afdwingbaar selfs tot nadeel van die betrokkene. Dit is anders in die geval van die *curandus*. Kuratele word gepubliseer en daarom geniet die belang van die vermoë van die *curandus* voorkeur. Die aangaan van 'n koopooreenkoms waarvoor die *curandus* geen toestemming gehad het nie, kan tersyde gestel word sodat die betaalde bedrag deur die verkoper terugbetaalbaar is. Die goeie trou van die verkoper het geen invloed op die regsposisie nie. Dit blyk gevolglik dat die beskermingsbewind minder volledige beskerming aan die vermoë van die betrokkene bied.

Raes en Bakker[87] doen aan die hand dat kuratele soms eerder gewens is. Dit sal byvoorbeeld in die gevalle wees waar 'n wilsonbekwame wat

83 Artikel 438 1BW.
84 Artikel 441(2) 1BW vir 'n uiteensetting van sodanige ingrypende regshandelinge.
85 Blankman "Wilsonbekwaamheid" para 2.6.2.
86 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 43-44.
87 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 43.

besonder vermoënd is, die boedel verkwis en daarmee sal voortgaan selfs nadat hy/sy onder 'n beskermingsbewind geplaas is.

Die beskermingsbewind kom tot 'n einde by die dood of onder-kuratelestelling van die sorgbehoewende of wanneer die bewind opgehef word.

4.5.3 Mentorskap

Teenoor die beskermingsbewind wat uitsluitlik op die vermoënsregtelike belange van die betrokkene betrekking het, handel mentorskap uitsluitlik oor nie-vermoënsregtelike belange. Persone wat egter aan 'n mentorskap onderhewig gestel word, is nagenoeg dieselfde as dié wat ten aansien van kuratele en die beskermingsbewind genoem word. Raes en Bakker noem dat meerderjariges wat "[a]s gevolg van zijn geestelijke of liggaamlijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat is of bemoeilikt wordt zijn niet-vermogensregtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen" onder mentorskap geplaas kan word. 'n Mentor is 'n regtens benoemde verteenwoordiger wat op versoek van 'n betrokkene self, sy/haar eggenoot of lewensmaat, familielede in die direkte linie of sylinie tot en met die vierde graad van verwantskap, voog, *curator* of bewindvoerder aangestel kan word.[88] Verder kan ook die betrokke ministerie of die bestuur van die instelling waar die betrokkene permanent sy/haar verblyf het, so 'n aansoek bring. Daar word dikwels gevind dat mentorskap met 'n beskermingsbewind gekombineer word. Die resultaat is nagenoeg dieselfde as by kuratele, maar kuratele *qua* instelling bied steeds meer omvattende beskerming aan die vermoë van die betrokkene.

By die benoeming van mentors word die voorkeur van die betrokkene in ag geneem. Indien hy/sy geen blyke van voorkeur gee nie, word sy/haar eggenoot of lewensmaat tipies benoem. Indien dit om welke rede ook al nie moontlik is nie, word 'n familielid benoem. Dit is ook moontlik dat die bewindvoerder as mentor aangestel word. So 'n persoon moet sy/haar bereidwilligheid tot bevrediging van die hof gee om as mentor aangestel te word.[89]

Die instelling van 'n mentorskap beperk die bevoegdheid van die betrokkene om regshandelinge in verband met sy/haar versorging, verpleging, behandeling en begeleiding aan te gaan. Die mentor verteenwoordig die betrokkene by sorgaangeleenthede en oefen sy/haar

88 Artikel 379 1BW.
89 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 45.

pasiënteregte uit, soos byvoorbeeld om insae in 'n pasiëntelêer te verkry. Die hof ("kantonrechter") oefen toesig oor die nakoming van die verpligtinge van die mentor uit. Dit word gedoen deur periodiek verslag aan die hof te doen. Daar moet egter op gelet word dat die hof nie aan die mentor kan voorskryf hoe hy/sy sy/haar taak moet vervul nie; die hof is nie die "super-mentor" nie.[90] Die mentor is egter verplig om gevraagde inligting aan die hof te verskaf.

Die mentor kan weens gewigtige redes ontslaan word en die mentorskap kom tot 'n einde deur die dood of onder-kuratelestelling van die betrokkene of op versoek van die betrokkene, die mentor of die ministerie. Dit is interessant om daarop te let dat die dood van die betrokkene nie noodwendig die mandaat van die mentor beëindig nie. Dit kan byvoorbeeld blyk dat hy vir die begrafnis, verassing of orgaanskenking van die betrokkene verantwoordelik is.

4.5.4 Ter afsluiting

Dit is duidelik dat die remedies wat in die Nederlandse reg ontwikkel is, erkenning aan die sogenaamde proporsionaliteitsbeginsel verleen ingevolge waarvan "[v]oor de verhoudingsgewijs (voor de) minst ingrijpende maatregel" gekies kan word indien regterlike tussenkoms vereis word.[91] Hierdeur word enersyds "overbescherming" vermy, terwyl daar andersyds gestalte aan die reg tot selfbeskikking van persone gebied word. Daar word ter oorweging gegee dat die reg op menswaardigheid vereis dat ook wat sorgbehoewendes betref, 'n soortgelyke benadering in Suid-Afrika gevolg behoort te word.

4.6 Belang van die ontwikkeling in Nederland vir Suid-Afrika

Erkenning van wilsonbevoegdheid in die Nederlandse reg sou rigtinggewend vir die posisie in Suid-Afrika kon wees. Die erkenning van wilsonbevoegdheid dui duidelik op 'n meer genuanseerde en simpatieke benadering jeens wilsonbekwame persone deurdat hulle wat regstegnies wel handelingsbevoeg is, inderdaad in geïdentifiseerde situasies soms wel tot hulle eie nadeel handel. 'n Sprekende bewys hiervan blyk uit die voorafgaande feite en beslissing van *Saayman*. Daar word voorts geargumenteer dat die minderheidsuitspraak in *Saayman* en latere regspraak inderdaad moontlikhede vir die erkenning van wilsonbevoegdheid, soos die begrip in die Nederlandse reg ontwikkel het,

---

90 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 46.
91 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 35.

in Suid-Afrikaanse regsontwikkeling bied. Daar word voorts ter oorweging gegee dat die erkenning en identifisering van wilsonbevoegdheid tot spesifiek gerigte regsontwikkeling aanleiding sou kon gee, aangesien dit 'n bepaalde bewuswording van die behoefte aan beskerming van wilsonbevoegdes skep. In die finale instansie sal sodanige ontwikkeling in pas met die voorskrifte van artikel 10 van die Grondwet wees wat die beskerming en respektering van individuele menswaardigheid op die oog het. Ofskoon sodanige persone regtens wel 'n behoefte aan beskerming het, word "oorbeskerming" wat op 'n persoon se menswaardigheid inbreuk sou kon maak, vermy.[92] Soos voorheen aangetoon, word sodanige behoefte reeds in *Judin v Wedgewood* erken.

5 Die ontwikkeling van die *boni mores* na die minderheidsuitspraak in *Saayman*

Die Konstitusionele Hof kom in *Barkhuizen v Napier*[93] tot 'n ander gevolgtrekking rondom die ontwikkeling van die *boni mores* as die Hoogste Hof van Appèl in *Saayman*. *In casu* het die regsvraag voor die hof oor die moontlikheid gehandel om 'n kontraktuele voorskrif direk aan 'n grondwetlike voorskrif te toets; in besonder was die vraag of artikel 8(2) en (3) van die Grondwet direkte horisontale werking het sodat 'n kontraktuele bepaling direk daaraan getoets kan word. Die hof laat die vraag aangaande die direkte horisontale toepassing van die Grondwet oop[94] en verduidelik

92 Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 35.

93 *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (KH). In die periode voorafgaande aan *Barkhuizen* het die Hoogste Hof van Appèl hom by ten minste twee geleenthede oor die konstitusionele ontwikkeling van die *boni mores* in dié verband uitgelaat. In *Brisley v Drotsky* 2002 24 SA 1 (HHA) maan die Hoogste Hof van Appèl in para [16] tot versigtigheid ten opsigte van die minderheidsuitspraak in *Saayman*. Daar word op gewys dat dit 'n minderheidsuitspraak van een tot vier is en dat die meerderheid- en minderheidsuitsprake in elk dit nie eens oor die uiteensetting van die feite was nie. Van belang vir die onderhawige bespreking is egter die bevinding dat die minderheidsuitspraak op twyfelagtige gesag berus. In *Afrox Health Care Bpk v Strydom* 2002 6 SA 21 (HHA) para [32] stel die Hoogste Hof van Appèl hom opnuut op die benadering in *Brisley*. "[A]angaande die plek en rol van abstrakte idees soos goeie trou … het die meerderheid in die *Brisley*-saak beslis dat, … dit nie 'n onafhanklike, oftewel 'free-floating' grondslag vir die tersydestelling … van kontraktuele bepalings daarstel nie."

94 Die tersaaklike feite het oor 'n verskeringsmaatskappy gehandel wat 'n versekeringseis verwerp het. Twee jaar ná die verwerping reik die versekerde dagvaarding vir verhaling van die versekerde bedrag uit. Die maatskappy werp 'n spesiale verweer op dat uit hoofde van die terme van die versekeringspolis dagvaarding binne 90 dae ná verwerping uitgereik moet word. Die versekerde beroep hom op a 34 van die Grondwet wat die reg tot toegang tot die howe waarborg. Dit is van belang om daarop te let dat die hof met goedkeuring die uiteensetting rakende die lewensomstandighede van baie mense in die land in *Mohlomi v Minister of Defence* 1997 1 SA 124 (KH) aanhaal. "[A] land where poverty and illiteracy

dat die korrekte benadering tot 'n beroep op grondwetlike voorskrifte ter beslegting van kontraktuele geskille soos volg daar uitsien:

> [28] Ordinarily constitutional challenges to contractual terms will give rise to the question of whether the disputed provision is contrary to public policy. Public policy represents the legal convictions of the community; it represents those values that are held most dear by the society. Determining the content of public policy was once fraught with difficulties. That is no longer the case. Since the advent of our constitutional democracy, public policy is now deeply rooted in our Constitution and the values that underlie it. Indeed, the founding provisions of our Constitution make it plain: our constitutional democracy is founded on, among other values, the values of human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms, and the rule of law. And the Bill of Rights, as the Constitution proclaims, 'is a cornerstone' of that democracy; it enshrines the right of all people in our country and affirms the democratic [founding] values of human dignity, equality and freedom.
> [29] What public policy is and whether a term in a contract is contrary to public policy must now be determined by reference to the values that underlie our constitutional democracy as given expression by the provisions of the Bill of Rights. Thus a term in a contract that is inimical to the values enshrined in the Constitution is contrary to public policy and is, therefore, unenforceable.

Die hof beslis dat die benadering soos hierbo uiteengesit, ruimte laat vir toepassing van die beginsel van *pacta sunt servanda*, terwyl howe terselfdertyd in staat gestel word om bepalings van 'n kontrak weens inbreukmaking op grondwetlike waardes ter syde te stel nieteenstaande die feit dat die partye daartoe ooreengekom het.[95]

---

abound and differences of culture and language are pronounced, where such conditions isolate the people whom they handicap from the mainstream of the law, where most persons who have been injured are either unaware of or poorly informed about their legal rights and what they should do in order to enforce those, and where access to the professional advice and assistance that they need so sorely is often difficult for financial and geographical reasons."

95 *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (KH) para [30]. Daar word aan die hand gedoen dat die *boni mores generalis*, soos dit in die Suid-Afrikaanse ongeregverdigde verrykingsreg ontwikkel het, bepaalde motivering vir die erkenning van wilsonbevoegdheid *qua* beskerming vir sorgbehoewendes bied. Dit is welbekend dat die *exceptio doli*, die verweer waarmee billikheidsoorwegings wat onbekend in die Romeins-Hollandse reg was in die Suid-Afrikaanse reg ingevoer is, in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ormelas* 1988 3 SA 580 (A) 607B as 'n "[s]uperfluous defunct anachronism" verwerp is. Joubert AR wat namens die meerderheid geskryf het, se uitspraak gee blyke dat die howe se uitleg van gemeenregtelike kontrakregtelike voorskrifte dermate gevestig geraak het dat daar geen werklike behoefte meer bestaan vir enige verdere ontwikkeling van die *bona fides* en billikheid nie, selfs indien sodanige ontwikkeling deur die veranderende gemeenskapsbelang gevorder sou word. Op 606D word met goedkeuring na die uitspraak van Kotze AR in *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282 295 verwys wat soos volg beslis. "[O]ur common law, based to a great extent on the civil law, contains many an equitable principle, *but equity, as distinct from and opposed to law, does not prevail with us. Equitable principles are only of force insofar as they have become*

6 Die *United Nations Conventions on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*

Suid-Afrika het die *CRPD* in 2007 onderteken en sonder kwalifikasie geratifiseer. Die land het gevolglik daarmee meteen die verpligting op homself geneem om al sy verpligtinge uit hoofde van die konvensie na te kom.[96] Vir doeleindes hiervan is dit veral die bepalings van artikel 12 wat relevant is. Die artikel lui soos volg:

> Article 12 – Equal recognition before the law
>
> 1. State Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

---

authoritatively incorporated and recognised as rules of law" (eie kursivering). Teenoor hierdie benadering beslis Jansen AR dat die *exceptio doli* "a substantive defence" daarstel wat nou verwant aan die verwere is wat op die openbare beleid en *boni mores* geskoei is. Dit is dus moontlik dat daar 'n oorvleueling mag voorkom sodat die afdwinging van 'n "grossly unreasonable contract" in bepaalde omstandighede ook gesien mag word as dat dit teen die openbare beleid of *boni mores* indruis. (617G) Tereg toon Brand AR aan dat Jansen AR dit hier oor die beginsel het dat 'n kontrak wat strydig met die *boni mores* is, juis teen die openbare beleid indruis en daarom ongeoorloof en onafdwingbaar is. (Sien Brand 2010 *SALJ* 75.)

Die minderheidsuitspraak van Jansen AR het in 1989 in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A) beslag gekry en die bekende dictum in *Fender v St John-Mildmay* 1937 3 All ER 402 (HL) 407B word opnuut bevestig:

"No court should shrink from the duty of declaring a contract contrary to public policy when the occasion so demands. … 'the doctrine should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend on the idiosyncratic inferences of a few judicial minds'."

Die reaksie wat op *Sasfin* gevolg het, kan in die *dictum* van die hof in *Donelly v Barclays National Bank Ltd* 1990 1 SA 375 (W) 381F-G saamgevat word dat "[I]t seems that that judgment has come to be regarded as a *free pardon for recalcitrant and otherwise defenceless debtors"* (eie kursivering). Hierdie tendens wat op *Sasfin* gevolg het, is egter in 1993 in die uitspraak in die Kaapse Afdeling van die Hoë Hof in *Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson* 1993 3 SA 822 (K) getem. Die hof beklemtoon naamlik dat daar drie oorwegings is wanneer oorweging gegee moet word of 'n kontrak teen die openbare belang indruis. Eerstens word gevra wat die "public policy" behels; tweedens die aard en omvang van die kontrak ter sprake; en derdens dat *pacta sunt servanda* steeds die hoeksteen van die kontraktereg is en dat "[t]here should be utmost freedom of contract" (826F-G). Benadeling van die gemeenskapsbelang moet dus "substantially incontestable" wees alvorens 'n hof die leerstuk behoort toe te pas.

96 Dit blyk dat die CRPD nog nie in wetgewing vervat is nie en dit is ingevolge die voorskrifte van a 231 van die Grondwet gevolglik nie afdwingbaar nie. Daar kan egter op die Ministeriële Verslag in 2001 onder die titel *Ministerial Report on Abuse, Neglect and Ill-treatment of Older Persons* gewys word (Ministerial Committee *Mothers and Fathers of the Nation*). Die verslag het ernstige vergrype teen ouer persone in bepaalde instellings en hulle gemeenskappe uitgewys en dit het tot die *Older Persons Act* 13 van 2006 gelei. In die Wet word 'n regulatoriese raamwerk gebied waarbinne ouer persone sorg en beskerming moet ontvang.

2. State Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.

3. State Parties shall take appropriate measures to provide access to persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

4. State Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. *Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the persons, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests*. (Eie kursivering.)

Dit blyk ten oorvloede toe uit die bepaling van artikel 12 dat proporsionaliteit wesenlik vir die oorweging van toepaslike regshulp vir die sorgbehoewende is. Die aanstelling van 'n kurator/administrateur kan 'n inbreukmaking op die sorgbehoewende se reg om onafhanklik na sy/haar eie belange om te sien, meebring. Teen die agtergrond word ter oorweging gegee dat die Nederlandse benadering om op die mins ingrypende wyse moontlik die sorgbehoewende by te staan, in pas met die ontwikkeling van die waardes van die Grondwet (die *boni mores*) is.

7 Slot

Daar word ter oorweging gegee dat die benadering in *Napier* die weg baan dat die beskerming van sorgbehoewendes deur die wetgewer opnuut onder die loep geneem word.[97] *Pacta sunt servanda* is steeds die vertrekpunt by die uitleg van kontrakte, maar voorsiening kan nou daarvoor gemaak word dat kontraktuele bepalings ter syde gestel word in die geval waar sorgbehoewende persoonlike eienskappe dit strydig met relevante konstitusionele waardes en norme maak om sodanige bepalings af te

97 Die uitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ormelas* 1988 3 SA 580 (A) het tot 'n ondersoek deur die Suid-Afrikaanse Regsdienstekommissie gelei. In die verslag*, Report on Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts* (SALC *Project 47*) word die Kommissie gelas om die vraag te ondersoek "[w]hether the courts should be enabled to remedy contracts or contractual terms that are unjust or unconscionable and thus to modify the application to particular situations … so as to avoid the injustices which would otherwise ensue". Die Kommissie se voorstel het tot die effek gelei dat howe die diskresie behoort te hê om kontrakte of spesifieke bepalings ter syde te stel indien dit oordeel dat afdwinging van sodanige kontrakte of bepalings "[u]nreasonable, unconscionable or oppressive" sou wees. Die voorstelle is in 'n wetsontwerp beliggaam, maar is nie deur die wetgewer aanvaar nie.

dwing. Nie alleen gebied die Grondwet sodanige ontwikkeling nie, maar het die Suid-Afrikaanse wetgewer hom ook tot sodanige ontwikkeling verbind deur die ondertekening van die *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Sodanige ontwikkeling sou die logiese voltooiing van die ontwikkeling wees wat reeds in die minderheidsuitspraak in *Saayman* aan die orde gestel is.[98]

Die Nederlandse reg sou voorts met vrug geraadpleeg kon word. Mentorskap en die beskermingsbewind is veel minder ingrypend as kuratele en deurdat dit op spesifieke eienskappe rondom sorgbehoewendheid gerig is, blyk dit dat sodanige erkenning in pas met grondwetlike norme en waardes sal wees. Sodanige ontwikkeling sou veel minder ingrypend op die reg tot menswaardigheid van sodanige persone wees.

Bibliografie

Literatuur

Asser *Personen en Familierecht*
Asser C *Personen en Familierecht* 15de uitg (Kluwer Deventer 2010)

Barrat ea *Law of Persons and the Family*
Barrat A ea *Law of Persons and the Family* (Pearson Kaapstad 2012)

Blankman "Wilsonbekwaamheid"
Blankman K "Wilsonbekwaamheid in het Recht en Wettelijke Beschermingsmaatregelen" in Autar A ea (red) *Compendium Levenstestament* (SDU Den Haag 2018) 29-77

Boezaart *Law of Persons*
Boezaart T *Law of Persons* 6de uitg (Juta Claremont 2016)

Brand 2009 *SALJ*
Brand FDJ "The Role of Good Faith, Equity and Fairness in the South African Law of Contract: The Influence of the Common Law and the Constitution" 2009 *SALJ* 71-90

Heaton *Suid-Afrikaanse Personereg*
Heaton J *Die Suid-Afrikaanse Personereg* 4de uitg (LexisNexis Durban 2014)

98 Vergelyk 1 hierbo.

Hijma ea *Rechtshandeling en Overeenkomst*
Hijma J ea *Rechtshandeling en Overeenkomst* 6de uitg (Kluwer Deventer 2010)

Jordaan en Davel *Law of Persons*
Jordaan CJ en Davel RA *Law of Persons* 4de uitg (Juta Kaapstad 2005)

Meijers *Parlementaire Geschiedenis*
Meijers EM *Parlementaire Geschiedenis van het Nieue Burgerlijk Wetboek – Boek 3* (Kluwer Deventer 1981)

Ministerial Committee *Mothers and Fathers of the Nation*
Ministerial Committee on Abuse, Neglect and Ill-treatment of Older Persons *Mothers and Fathers of the Nation: The Forgotten People?* (Department of Social Development Pretoria 2001)

Nathan *Eenvormige Hofreëls*
Nathan CJM *Eenvormige Hofreëls* 3de uitg (Juta Kaapstad 1984)

Raes en Bakker *Psychiatrie in het Nederlandse Recht*
Raes BCM en Bakker FAM *De Psychiatrie in het Nederlandse Recht* 6de uitg (Kluwer Deventer 2012)

Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Personereg*
Robinson JA ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Personereg* 3de uitg (Printing Things Potchefstroom 2008)

SALC *Project 47*
South African Law Commission *Project 47: Report on Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts* (South African Law Commission Pretoria 1998)

Thomas 2005 *Obiter*
Thomas PJ "Old Age, Legal Certainty and *Cura Debilium Personarum*" 2005 *Obiter* 687-694

Van Mourik en Nuytinck *Personen- en Familierecht*
Van Mourik MJA en Nuytinck AJM *Personen- en Familierecht, Huwelijksvermogensrecht en Erfrecht* 5de uitg (Kluwer Deventer 2012)

Vlaardingerbroek ea *Hedendaagse Personen- en Familierecht*
Vlaardingerbroek P ea *Het Hedendaagse Personen- en Familierecht* 3de uitg (Kluwer Deventer 2004)

Regspraak

Afrox Health Care Bpk v Strydom 2002 6 SA 21 (HHA)

Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ormelas 1988 3 SA 580 (A)

Barkhuizen v Napier 2007 5 SA 323 (KH)

Brisley v Drotsky 2002 24 SA 1 (HHA)

Case of Winterwerp v The Netherlands (Application No 6301/73) op 24 Oktober 1979 EHRM gerapporteer in 1980 *Nederlandse Jurisprudentie*

De Villiers v Espach 1958 3 SA 91 (T)

Donelly v Barclays National Bank Ltd 1990 1 SA 375 (W)

Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman 1997 4 SA 302 (HHA)

Ex parte Bell 1953 2 SA 702 (O)

Éx parte De Bruin 1946 OPD 110

Ex parte De Klerk 1968 4 SA130 (K)

Ex parte Ewing: In re Sheridan 1995 4 SA 101 (O)

Ex parte Hill 1970 3 SA 411 (K)

Ex parte Tod 1965 1 SA 262 (D)

Ex parte Wilson: In re Morison 1991 4 SA 774 (T)

Fender v St John-Mildmay 1937 3 All ER 402 (HL)

Francescutti v Francescutti 2005 2 SA 442 (W)

Judin v Wedgewood 2003 5 SA 472 (W)

Mitchell v Mitchell 1930 AA 217

Mohlomi v Minister of Defence 1997 1 SA 124 (KH)

Pienaar v Pienaar's Curator 1930 OPD 171

Rb Assen 11 April 1986, NJ 1987, 340

Rb Roermond 21 November 1990, NJ 1991, 589-593

S v Makwanyane 1995 3 SA 391 (KH)

Sasfin (Pty) Ltd v Beukes 1989 1 SA 1 (A)

Spies v Smith 1957 1 SA 539 (A)

Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson 1993 3 SA 822 (K)

Weinerlein v Goch Buildings Ltd 1925 AD 282

Wetgewing

Burgerlijk Wetboek 1

Burgerlijk Wetboek 3

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Older Persons Act 13 van 2006

Mental Health Care Act 17 van 2002

Regeringspublikasies

Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport Nr 78, 10 Februarie 2017

Internasionale instrumente

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1953)

List of Abbreviations

SALC	South African Law Commission
SALJ	South African Law Journal