



VE DUBIND  
875, Box/Buena  
VICTORIA


AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS  
TYDSKRIFTE  
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA  
2003 -02- 0 6  
VAKKODE ..... 340



Universiteit van Pretoria

Donated to the Academic Information  
Service by

**Judge LTC Harms (2002)**



Digitized by the Internet Archive  
in 2017 with funding from  
University of Pretoria, Library Services

L. F. C. HARMES

1823/1 + 8

**TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE  
ROMEINS - HOLLANDSE REG**

**JOURNAL OF CONTEMPORARY  
ROMAN-DUTCH LAW**

- SOUTH AFRICA* BUTTERWORTH & CO. (SOUTH AFRICA) LTD  
DURBAN: 33-35 Beach Grove
- ENGLAND:* BUTTERWORTH & CO. (PUBLISHERS) LTD  
LONDON: 88 Kingsway, W.C.2
- AUSTRALIA:* BUTTERWORTH & CO. (AUSTRALIA) LTD  
SYDNEY: 20 Loftus Street  
MELBOURNE: 473 Bourke Street, C.1  
BRISBANE: 240 Queen Street
- CANADA:* BUTTERWORTH & CO. (CANADA) LTD  
TORONTO: 1367 Danforth Avenue
- NEW ZEALAND:* BUTTERWORTH & CO. (NEW ZEALAND) LTD  
WELLINGTON: 49-51 Ballance Street  
AUCKLAND: 35 High Street
- U.S.A.:* BUTTERWORTH INC.  
WASHINGTON, D.C. 20014: 7235 Wisconsin Avenue

# TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

*Kwartaalblad vir die Regspraktisyn  
en die Regstudent in Suid-Afrika*

REDAKTEUR W. A. JOUBERT

ASSISTENT-REDAKTEUR C. W. H. SCHMIDT

## REDAKSIEKOMITEE

PROF. B. BEINART

PROF. DR. J. C. DE WET

PROF. DR. R. FEENSTRA

ADV. DR. C. P. JOUBERT

PROF. DR. W. A. JOUBERT (Voorsitter)

PROF. P. J. J. OLIVIER

PROF. DR. D. PONT

PROF. DR. C. W. H. SCHMIDT (Sekretaris)

PROF. DR. J. E. SCHOLTENS

PROF. DR. S. A. STRAUSS

PROF. DR. H. L. SWANEPOEL

ADV. DR. H. J. O. VAN HEERDEN

PROF. J. N. R. VAN RHYN

PROF. DR. P. VAN WARMELO

*DRIE*

~~TWEE~~-EN-DERTIGSTE JAARGANG 1970

DURBAN

BUTTERWORTH & CO. (SOUTH AFRICA) LTD

1970

HEER PRINTING CO. (PTY) LTD  
*"Young Ideas in an Old Craft"*  
PRETORIA



# REGISTER

## OPGESTEL DEUR

J. J. JOUBERT, B.A., LL.B.

BLADSY

### A. ARTIKELS

BARRIE, G. N.: Die Filosofiese Agtergrond van die Soewereiniteitsbegrip in die Engelse Staatsreg	219
COETZEE, J. A.: Diefstal van Onliggaamlike Sake?	369
DE VOS, WOUTER: Retensieregte weens Verryking	357
DEVINE, D. J.: Rhodesia: A Duty not to recognize?	152
JOUBERT, C. P.: Dwaling by Onterwing	1, 167, 268, 402
JOUBERT, D. J.: Die Verkoop van 'n Massa	26
KAHN, E.: The Death Penalty in South Africa	108
KLOPPER, C. F.: Diefstal van 'n Lyk?	38
NAUDE, S. J.: Kontraksluiting tussen Direkteur en Maatskappy	142
RABIE, M. A.: Die Aksessoriteitsbeginsel in die Deelnemingsleer	244
SANDERS, A. J. G. M.: Die Erkennung van State en Regerings	259
UNIVERSITEITSDOSENTE IN DIE REGTE: Simposium: Strafprosesreghervorming	327
VAN DER VYVER, J. D.: Die Juridiese Grondslag van Besitsbeskerming	231
VAN HEERDEN, H. J. O.: Estoppel: 'n Wyse van Eiendomsverkryging?	19
VERLOREN VAN THEMAAT, R. EN ANDERE: Ontwikkeling in verband met die Reg en Regspleging van die Bantoe - Oorsig vir 1969	377

### B. AANTEKENINGE

BARRIE, G. N.: Die Inhoud van die Parlement se Wetgewende Soewereiniteit	47
HIEMSTRA, V. G.: Egskeiding: 'n Nuwe Benadering	277
NEETHLING, J.: Negotiorum Gestio of Verryking?	280
SCHMIDT, C. W. H.: Privilegie op grond van Staatsbelang	290
VAN GREUNEN, J. W.: Bevordering van Padveiligheid van Regsweë	284

### C. VONNISSE

African Life Investment Corporation (Pty) Ltd v. Secretary for Inland Revenue 1969 (4) SA 259 (A); SACT 31 163 deur A. F. van Niekerk	51
Akar v. Attorney-General of Sierra Leone (1969) 3 All ER 384 (PC) deur G. N. Barrie	55
Engelbrecht v. Engelbrecht 1968 (1) SA 244 (K) deur J. L. van der Merwe	297
Epstein v. Goodall NO 1970 (1) SA 725 (R) deur A. H. van Wyk	207
Ex Parte Vlakfontein Gold Mining Company Limited 1970 (2) SA 181 (T) deur S. W. L. de Villiers	190
Gaiman and Others v. National Association for Mental Health [1970] 3 WLR 42 deur P. E. J. Brooks	420
Goss v. E. C. Goss & Co (Pty) Ltd and Others 1970 (1) SA 602 (D) deur M. L. Benade	186
Minister van Landbou-tegniese Dienste v. Scholtz 1970 (3) SA 223 (NK) deur D. J. Joubert	414
Minister van Landbou-tegniese Dienste v. Scholtz 1970 (3) SA 223 (NK) deur J. G. Lotz	417
Premier wire and Steel Co. Ltd v. Maersk Line 1969 (3) SA 488 (K) deur K. van Rooyen	202
R v. Gondo 1970 (2) SA 306 (R) deur A. J. Middleton	422
S v. Van Coller 1970 (1) SA 417 (A) deur C. R. Snyman	196
S v. Van Niekerk 1970 (3) SA 655 (T) deur J. C. van der Walt	302
S v. Visagie en 'n Ander 1970 (1) PH H 20 (NK) deur C. F. Klopper	193
Svamvur v. Portwood 1970 (1) SA 144 (R) deur C. G. van der Merwe en J. Hiemstra	299
Waring v. Mervis and Others 1969 (4) SA 542 (W) deur N. E. Wichahn	293

**D. BOEKE****I. BOEKAANKONDIGINGE**

- MEYEROWITZ, D. en SPIRO, E.: *The Taxpayer's Permanent Volume on Income Tax in South Africa* deur A. F. v. N. . . . . 95

**II. BOEKBESPREKINGS**

- BEINART, B. en VAN WARMELO, P.: *D. G. van der Keessel: Praelectiones ad Jus Criminale* deur J. C. de Wet . . . . . 210
- BURCHELL, E. M. en HUNT, P. M. A.: *South African Criminal Law and Procedure, Volume I: General Principles of Criminal Law* deur M. A. Rabie . . . . . 428
- FAIRBAIRN, W. J.: *The Accounts of Executors and Administrators* deur C. H. van Wyk . . . . . 214
- FEENSTRA, R.: *Repertorium Bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiae* deur P. van Warmelo . . . . . 314
- GIUFFRÉ, V.: *L'Utilizzazione degli Atti Giuridici Mediante "Conversione" in Diritto Romano* deur R. Dannenbring . . . . . 93
- HÄHLO, H. R. en KAHN, E.: *The South African Law of Husband and Wife* deur D. Pont . . . . . 82
- HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition* deur G. M. Retief . . . . . 437
- HOFFMANN, L. H.: *South African Law of Evidence* deur L. W. H. Ackermann . . . . . 316
- LEVESON, G.: *Company Directors - Law and Practice* deur M. L. Benade . . . . . 440
- SEYMOUR, S. M.: *Bantu Law in South Africa* deur B. J. van Niekerk . . . . . 307
- SPRUIT, J. E.: *De Juridische en Sociale Positie der Romeinse Acteurs* deur H. L. Gonin . . . . . 310
- TURNER, A. K.: *George Spencer Bower: The Doctrine of Res Judicata* deur C. W. H. Schmidt . . . . . 213
- VAN DER MERWE, N. J. en OLIVIER, P. J. J.: *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* deur J. C. de Wet . . . . . 68
- VISAGIE, G. G.: *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* deur R. Dannenbring . . . . . 60

**E. KRONIEK**

- Butterworth-prys . . . . . 106
- Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte - Tweede Agtienmaandelikse Kongres en Algemene Vergadering 1970 . . . . . 97

**F. ALGEMEEN**

- Butterworth se Reisbeurs . . . . . 441
- In Memoriam O. H. Hoexter . . . . . 325
- Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte - Verklaring . . . . . 323

**G. VONNISSE AANGEHAAL****I. SUID-AFRIKAANSE**

- Administrator (Transvaal) v. Industrial & Commercial Timber & Supply Co. Ltd.* . . . . . 1932 AD 25 . . . . . 372
- African Life Investment Corporation (Pty) Ltd v. Secretary for Inland Revenue* . . . . . 1969 (4) SA 259 (A); SACT 31 163 . . . . . 51 e.v.
- Albert v. Papenfus.* . . . . . 1964 (2) SA 713 (O) . . . . . 187
- Amalgamated Society of Woodworkers of S.A. and Another v. Die 1963 Ambagsaalvereniging* . . . . . 1967 (1) SA 586 (T) . . . . . 188
- Andrews v. Rosenbaum* . . . . . 1908 EDC 425 . . . . . 371

Auby and Pastellides <i>v.</i> Glen Anil Investments . . . . .	1960 (4) SA 865 (A) . . . . .	364
Banjo <i>v.</i> Sungrown (Pty) Ltd . . . . .	1969 (1) SA 401 (N) . . . . .	238
Barkhuizen's Estate <i>v.</i> Wells (Pty) Ltd . . . . .	1938 EDL 404 . . . . .	35
Basner <i>v.</i> Trigger . . . . .	1946 AD 83 . . . . .	295
Basson <i>v.</i> Van Jaarsveld . . . . .	1958 (1) SA 418 (K) . . . . .	406
Batchoo <i>v.</i> Crick . . . . .	1941 NPD 19 . . . . .	301
Behr <i>v.</i> Minister of Health . . . . .	1961 (1) SA 629 (SR) . . . . .	281
Bell <i>v.</i> Ramsay . . . . .	1929 NPD 265 . . . . .	35
Bolo <i>v.</i> Royal Insurance Co. of S.A. Ltd . . . . .	1969 (3) SA 102 (E) . . . . .	391
Brooklyn House Furnishers Ltd <i>v.</i> Knoetze and Sons . . . . .	1970 (3) SA 264 (A) . . . . .	358
Brophy <i>v.</i> R . . . . .	1955 (2) PH H 234 (O) . . . . .	198
Brown <i>v.</i> Laing . . . . .	1940 EDC 75 . . . . .	299
Christian Sammy <i>v.</i> The State . . . . .	(1894) 11 CLJ 64 . . . . .	369
Cilliers <i>v.</i> Papenfus & Rooth . . . . .	1904 TS 73 . . . . .	35
Coetzee <i>v.</i> Higgins . . . . .	(1887) 5 EDC 352 . . . . .	280
Coetzee <i>v.</i> Smit . . . . .	1955 (2) SA 553 (A) . . . . .	299
Cohen <i>v.</i> Directors of Rand Collieries Ltd . . . . .	1906 TS 197 . . . . .	143
Collins <i>v.</i> Minister of the Interior . . . . .	1957 (1) SA 552 (A) . . . . .	56 e.v.
Colonial Government <i>v.</i> Smith and Co . . . . .	(1901) 18 SC 380 . . . . .	282
Conroy NO <i>v.</i> Coetzee . . . . .	1944 OPD 207 . . . . .	35
Conroy <i>v.</i> Nicol & Another . . . . .	1951 (1) SA 653 (A) . . . . .	294
Cowell <i>v.</i> Friedman . . . . .	1 HC Gr. 22 . . . . .	299
Cowell <i>v.</i> Friedman & Co . . . . .	5 HC. Gr. . . . .	299
Cradock Roller Mills <i>v.</i> Marais . . . . .	1921 CPD 515 . . . . .	33, 35
Craig <i>v.</i> Voortrekkerpers Bpk . . . . .	1963 (1) SA 149 (A) . . . . .	295, 296
Crispette and Candy Co. Ltd <i>v.</i> Michaelis NO . . . . .	1948 (1) SA 404 (W) . . . . .	187, 188
De Jager <i>v.</i> Grunder . . . . .	1964 (1) SA 446 (A) . . . . .	36
De Kock NO <i>v.</i> Van Schalkwyk . . . . .	1966 (1) SA 696 (O) . . . . .	364
De Villiers <i>v.</i> Nichollas & Co . . . . .	(1907) 24 SC 208 . . . . .	33, 35
De Villiers <i>v.</i> The State . . . . .	2 CLJ 53 . . . . .	369, 370
Diner <i>v.</i> Germiston Permanent Finance & Trust Co (Pty) Ltd . . . . .	1952 (3) SA 630 (W) . . . . .	34
Dingley <i>v.</i> Cornforth . . . . .	1917 NPD 387 . . . . .	34
Dorfman <i>v.</i> Afrikaanse Pers Publikasies (Edms) Bpk . . . . .	1966 (1) PH J9 45 . . . . .	294
Du Plessis <i>v.</i> Nienaber . . . . .	1948 (4) SA 293 (T) . . . . .	301
Eastern Province Guardian, Loan & Investment Co <i>v.</i> Dicks . . . . .	1909 EDC 178 . . . . .	33
Eland Boerdery (Edms) Bpk <i>v.</i> Anderson . . . . .	1966 (4) SA 400 (T) . . . . .	188
Elliot <i>v.</i> McKillop . . . . .	(1902) 19 SC 350 . . . . .	34, 35
Engelbrecht <i>v.</i> Engelbrecht . . . . .	1968 (1) SA 244 (K) . . . . .	297 e.v.
Epstein <i>v.</i> Goodall NO . . . . .	1970 (1) SA 725 (R) . . . . .	207 e.v.
Erasmus <i>v.</i> Russel's Executor . . . . .	1904 TS 265 . . . . .	415
Essay <i>v.</i> R . . . . .	1944 NPD 251 . . . . .	253
Estate Cato <i>v.</i> Cato . . . . .	1915 AD 290 . . . . .	402
Ex parte Adams . . . . .	1964 (2) SA 135 (K) . . . . .	297
Ex parte Chong . . . . .	1946 CPD 197 . . . . .	209
Ex parte Dollie . . . . .	1940 CPD 584 . . . . .	209
Ex parte Fowler . . . . .	1937 TPD 353 . . . . .	208
Ex Parte Gouws . . . . .	1950 (1) SA 486 (T) . . . . .	209
Ex parte Government Gold Mining Areas (Modderfontein) Consolidated Ltd . . . . .	1959 (2) SA 696 (W) . . . . .	190
Ex parte Kay . . . . .	1942 WLD 11 . . . . .	208
Ex parte Kobus . . . . .	1942 CPD 175 . . . . .	208, 209
Ex parte Kriel . . . . .	1949 (1) SA 971 (O) . . . . .	208
Ex parte Mackay Bros Ltd . . . . .	1934 WLD 44 . . . . .	191
Ex parte Martinson . . . . .	1945 OPD 234 . . . . .	207
Ex parte Minister of Native Affairs: in re Yako <i>v.</i> Beyi . . . . .	1948 (1) SA 388 (A) . . . . .	395
Ex parte Minister van Justisie: in re S <i>v.</i> Grotjohn . . . . .	1970 (2) SA 355 (A) . . . . .	251, 425
Ex parte Ochley . . . . .	1948 (3) SA 1023 (GW) . . . . .	207
Ex parte Odendaal . . . . .	1949 (1) SA 914 (O) . . . . .	208, 209
Ex parte Oliphant . . . . .	1940 CPD 537 . . . . .	80
Ex parte Olivier . . . . .	1948 (2) SA 545 (K) . . . . .	209
Ex parte Parker . . . . .	1946 CPD 536 . . . . .	208
Ex parte Potgieter . . . . .	1967 (2) SA 310 (T) . . . . .	207, 208
Ex parte Rupert . . . . .	1947 (1) SA 147 (K) . . . . .	209
Ex parte Smith . . . . .	1968 (1) SA 743 (K) . . . . .	207, 209

Ex parte Thornton Ltd . . . . .	1906 TS 690 . . . . .	191
Ex parte Van Wyk . . . . .	1939 TPD 317 . . . . .	209
Ex parte Vlakfontein Gold Mining Company Ltd . . . . .	1970 (2) SA 181 (T) . . . . .	190 e.v.
Ex parte Vorster . . . . .	1958 (1) SA 91 (K) . . . . .	209
Excell v. Douglas . . . . .	1924 CPD 472 . . . . .	280
Fairweather v. Mofoking . . . . .	1969 (1) SA 256 (N) . . . . .	388
Fanie Mahlangu v. Magrieta Mhalpo . . . . .	1968 BAH 35 . . . . .	35
Federal Development South Africa (Pty) Ltd v. Fienberg . . . . .	PH A9 29 (1967) . . . . .	203
Fry v. Reynolds . . . . .	(1848) 2 M 161 . . . . .	34, 37
Galt v. Suliman Meer . . . . .	1894 NLR 225 . . . . .	301
Gammon v. McClure . . . . .	1925 CPD 135 . . . . .	283
Gelb v. Hawkins . . . . .	1959 (2) PH J20 (W) . . . . .	295
Giyasudeen v. R . . . . .	(1893) 14 NLR 233 . . . . .	369
Glass v. Hyde . . . . .	1932 WLD 19 . . . . .	36
Gohlke & Schneider v. Westies Minerale Bpk . . . . .	1970 (2) SA 685 . . . . .	440
Goss v. E. C. Goss & Co. (Pty) Ltd and Others . . . . .	1970 (1) SA 602 (D) . . . . .	186 e.v.
Gouws v. Jester Pools (Pty) Ltd. . . . .	1968 (3) SA 563 (T) . . . . .	359, 367
Grant and Another v. Stoncstreet and Others . . . . .	1968 (4) SA 1 (A) . . . . .	23
Griessel v. Du Toit . . . . .	1948 (2) SA 562 (T) . . . . .	35, 36
Guggenheim v. Rosenbaum . . . . .	1961 (4) SA 21 (W) . . . . .	203
Hackett v. G. & G. Radio and Refrigerator Corporation . . . . .	1949 (3) SA 664 (A) . . . . .	414 e.v.
Harmse v. Hoffman . . . . .	1928 TPD 572 . . . . .	299, 301
Harris and Others v. Minister of the Interior and Another . . . . .	1952 (2) SA 428 (A) . . . . .	56 e.v.
Herman's Estate v. Bartholomew . . . . .	1955 (2) SA 302 (N) . . . . .	282
In re Durban North Estates Ltd . . . . .	1947 (4) SA 568 (D) . . . . .	191
In re Ernestine . . . . .	(1895) SC 27 . . . . .	203
In re the State v. Verkouteren . . . . .	1894 SAR 192 . . . . .	249
Isaac Ngcobo v. Mister Buthelezi . . . . .	1968 BAH 52 . . . . .	398
Jaffe & Co. (Pty) Ltd v. Bocchi . . . . .	1961 (4) SA 363 (T) . . . . .	415
Janion v. Watson . . . . .	(1885) 6 NLR 324 . . . . .	284
Jordaan v. Van Biljon. . . . .	1962 (1) SA 286 (A) . . . . .	295
Joubert Bros v. Abrahamson. . . . .	1920 CPD 103 . . . . .	33
Kettle v. Storm . . . . .	1893 NPD 275 . . . . .	300
Kock v. Du Plessis . . . . .	1923 OPD 113 . . . . .	417
Koenig v. Johnson & Co Ltd . . . . .	1935 AD 262 . . . . .	33
Kroomer v. Hesse . . . . .	1919 AD 201 . . . . .	415
Kroonstad Westelike Boere Koöperatiewe Vereniging v. Botha . . . . .	1964 (3) SA 560 (A) . . . . .	416
Kunene v. Mazibuko . . . . .	1918 JC par 321 . . . . .	39,40
Lechoana v. Cloete and Others . . . . .	1925 AD 536 . . . . .	364
Letsitele Stores (Pty) Ltd v. Roets and Others . . . . .	1958 (2) SA 224 (T) . . . . .	23
Liesching, Executor of Fichat v. The Colonial Government . . . . .	(1833) 3 M 417 . . . . .	35
Lockhart's Estate v. North British & Mercantile Insurance Co. Ltd . . . . .	1959 (3) SA 295 (A) . . . . .	80
Lodge v. Modern Motors Ltd . . . . .	1957 (4) SA 103 (SR) . . . . .	188
Luke and Company v. Pretorius . . . . .	1938 TPD 463 . . . . .	188
Mabaso v. Mabaso. . . . .	1968 BAH 27 . . . . .	396
Maisel v. Van Naeren . . . . .	1960 (4) SA 836 (K) . . . . .	295, 296
Mandarie v. Rickagio . . . . .	1927 NPD 463 . . . . .	33 e.v.
Manganese Corporation Ltd v. SA Manganese Ltd . . . . .	1964 (2) SA 185 (W) . . . . .	23
Mankowitz v. Geyser . . . . .	1928 OPD 138 . . . . .	295
Maree v. Diedericks . . . . .	1962 (1) SA 231 (T) . . . . .	299
Masuku v. Kumalo . . . . .	1968 (1 & 2) BAH 21 . . . . .	393
Matlapeng v. S . . . . .	1969 (2) PH R9 (T) . . . . .	390
Mbata v. Mvelase . . . . .	1968 BAH 3 . . . . .	397
McLeod v. Simon . . . . .	1908 EDC 116 . . . . .	33
Meyer & Meyer v. Tainton . . . . .	(1890) 4 SAR 14 . . . . .	34
Minister of the Interior and Another v. Harris and Others . . . . .	1952 (4) SA 769 (A) . . . . .	56 e.v.
Minister van Landbou-tegniese Dienste v. Scholtz . . . . .	1970 (3) SA 223 (NK) . . . . .	414 e.v.
Mngomezulu v. Mkhize . . . . .	1968 BAH 3 . . . . .	394
Moabi v. Moabi . . . . .	1969 (3) SA 322 (T) . . . . .	392
Morum Brothers Ltd v. Nepgen . . . . .	1916 CPD 392 . . . . .	21
Msomi v. Hastie . . . . .	1969 (1) SA 50 (N) . . . . .	388
Msomi v. Msomi . . . . .	1968 BAH 29 . . . . .	398
Muter's Exs v. Jones . . . . .	(1860) 3 Searle 356 . . . . .	203

Nabi <i>v.</i> R . . . . .	1909 TS 103 . . . . .	253
Ngubane <i>v.</i> Hadebe . . . . .	1968 BAH 13 . . . . .	396
Nomdiba <i>v.</i> Flaman . . . . .	1956 BAH 108 . . . . .	399
Nortje <i>v.</i> Pool NO . . . . .	1966 (3) SA 96 (A) . . . . .	283, 364
Nyadoo and Others <i>v.</i> Vengtas . . . . .	1965 (1) SA 1 (T) . . . . .	296
Nzamo <i>v.</i> Nzamo . . . . .	1956 BAH 121 NO . . . . .	399
O'Callaghan <i>v.</i> Chaplin . . . . .	1927 AD 310 . . . . .	300
Odendaal <i>v.</i> Van Oudtshoorn . . . . .	1968 (3) SA 433 (T) . . . . .	283, 284, 361
Oelofse <i>v.</i> Grundling . . . . .	1952 (1) SA 338 (K) . . . . .	280, 283
Osborn <i>v.</i> Conroy . . . . .	1923 OPD 107 . . . . .	33
Oslo Land Co. Ltd <i>v.</i> The Union Government . . . . .	1938 AD 584 . . . . .	77
Premier Wire and Steel Co. Ltd <i>v.</i> Maersk Line . . . . .	1969 (3) SA 488 (K) . . . . .	203 e.v.
Pretoria Stadsraad <i>v.</i> Public Utility Transport Corporation Ltd . . . . .	1963 (3) SA 133 (T) . . . . .	73
Pretorius and Another <i>v.</i> Natal South Sea Investment Trust Ltd (Under Judicial Management) . . . . .	1965 (3) SA 410 (W) . . . . .	203
Pretorius <i>v.</i> Van Zyl . . . . .	1926 OPD 226 . . . . .	282
Prince <i>v.</i> Berrange . . . . .	1 Menz Reports 435 . . . . .	282
Prinsloo & Another <i>v.</i> SA Associated Newspapers Ltd . . . . .	1959 (2) SA 693 (W) . . . . .	294
Publications Control Board <i>v.</i> William Heinemann Ltd . . . . .	1965 (4) SA 137 (A) . . . . .	305
Qolo <i>v.</i> Ntshini . . . . .	1950 (1) NAC (S) 234 . . . . .	396
Queen <i>v.</i> Golding . . . . .	(1896) 13 SC 210 . . . . .	372
R <i>v.</i> Abrahams . . . . .	1918 CPD 590 . . . . .	423
R <i>v.</i> Badrian . . . . .	WLD 11.12.1969 (ongerapp.) . . . . .	135
R <i>v.</i> Barichievsky . . . . .	1940 ED 254 . . . . .	253
R <i>v.</i> Barnardo . . . . .	1960 (3) SA 552 (A) . . . . .	285
R <i>v.</i> Becker . . . . .	1929 AD 167 . . . . .	336
R <i>v.</i> Blum . . . . .	1960 (2) SA 497 (OK) . . . . .	201
R <i>v.</i> Blumears . . . . .	1929 SR 18 . . . . .	372
R <i>v.</i> Blyth . . . . .	1940 AD 355 . . . . .	336
R <i>v.</i> Bredell . . . . .	1960 (3) SA 558 (A) . . . . .	286
R <i>v.</i> Celsi . . . . .	1939 TPD 475 . . . . .	285
R <i>v.</i> Conradie . . . . .	1938 OPD 47 . . . . .	369
R <i>v.</i> De Kock . . . . .	1951 (2) SA 342 (T) . . . . .	196 e.v.
R <i>v.</i> De Necker . . . . .	1931 OPD 61 . . . . .	245
R <i>v.</i> De Ruiter . . . . .	1957 (3) SA 361 (A) . . . . .	369
R <i>v.</i> Deacon . . . . .	1930 TPD 233 . . . . .	336
R <i>v.</i> Dettbarn . . . . .	1930 OPD 188 . . . . .	254
R <i>v.</i> Dumezweni . . . . .	1961 (2) SA 751 (A) . . . . .	390
R <i>v.</i> Farquharson . . . . .	1925 EDL 50 . . . . .	372
R <i>v.</i> Fraser . . . . .	1928 AD 484 . . . . .	372
R <i>v.</i> Frisby . . . . .	1932 SWA 8 . . . . .	372, 373
R <i>v.</i> Golding . . . . .	13 SC 210 . . . . .	369
R <i>v.</i> Gondo . . . . .	1970 (2) SA 306 (R) . . . . .	422 e.v.
R <i>v.</i> Goosen . . . . .	(ongerapporteur) . . . . .	40
R <i>v.</i> Gordon . . . . .	1914 CPD 123 . . . . .	369 e.v.
R <i>v.</i> Gumedde . . . . .	1942 AD 407 . . . . .	329, 335
R <i>v.</i> Gush . . . . .	1934 AD 260 . . . . .	370, 372
R <i>v.</i> Hanger . . . . .	1928 AD 459 . . . . .	336
R <i>v.</i> Hans Veren . . . . .	1917 TPD 218 . . . . .	328, 333, 336
R <i>v.</i> Huni . . . . .	1956 (1) PH H41 (SR) . . . . .	198
R <i>v.</i> Jolly . . . . .	1923 AD 176 . . . . .	423 e.v.
R <i>v.</i> Jonas . . . . .	1928 TPD 520 . . . . .	332
R <i>v.</i> Kaleni . . . . .	1959 (4) SA 540 (E) . . . . .	390
R <i>v.</i> Kinsella . . . . .	1961 (3) SA 520 (K) . . . . .	196
R <i>v.</i> Kubuse . . . . .	1945 AD 198 . . . . .	253
R <i>v.</i> Kumalo . . . . .	1949 (1) SA 620 (A) . . . . .	336
R <i>v.</i> Lahee . . . . .	1941 EDL 215 . . . . .	369
R <i>v.</i> Le Roux . . . . .	(1897) 14 SC 424 . . . . .	340
R <i>v.</i> Letoka . . . . .	1947 (3) SA 713 (O) . . . . .	38, 40
R <i>v.</i> Mahametsa . . . . .	1941 AD 83 . . . . .	285
R <i>v.</i> Manuel . . . . .	1953 (4) SA 523 (A) . . . . .	370, 372
R <i>v.</i> Mashelele and Another . . . . .	1944 AD 571 . . . . .	43
R <i>v.</i> Matthews . . . . .	1950 (3) SA 617 . . . . .	425
R <i>v.</i> Mchayni . . . . .	1940 (2) PH H142 . . . . .	196
R <i>v.</i> Meja . . . . .	1962 R & N 45 . . . . .	422

R <i>v.</i> Midzi . . . . .	1958 (1) SA 170 (SR)	198
R <i>v.</i> Milne & Erleigh . . . . .	1951 (1) SA 791 (A)	149, 369, 370
R <i>v.</i> Mtabela . . . . .	1958 (1) SA 264 (A)	330
R <i>v.</i> Naidoo . . . . .	1949 (4) SA 858 (A)	195
R <i>v.</i> Ndhlela . . . . .	1956 (2) SA 4 (N)	198
R <i>v.</i> Neuhoff . . . . .	1912 TPD 125	369
R <i>v.</i> Ngema . . . . .	1961 (1) SA 193 (N)	198
R <i>v.</i> Nhleko . . . . .	1960 (4) SA 721 (A)	137, 139
R <i>v.</i> Nichols . . . . .	1931 NPD 557	340
R <i>v.</i> Nzimande . . . . .	1957 (3) SA 772 (A)	131, 139
R <i>v.</i> Parry . . . . .	1924 AD 401	114, 251
R <i>v.</i> Peverett . . . . .	1940 AD 213	425
R <i>v.</i> Pinyani . . . . .	1908 EDC 355	196
R <i>v.</i> Postma . . . . .	1931 GWLD 29	372
R <i>v.</i> Ramanka . . . . .	1949 (1) SA 417 (A)	117
R <i>v.</i> Rasool . . . . .	1924 AD 44	250, 252
R <i>v.</i> Rautenbach . . . . .	1937 OPD 27	369
R <i>v.</i> Roberts . . . . .	1957 (4) SA 265 (A)	113, 126, 132
R <i>v.</i> Roopsingh . . . . .	1956 (4) SA 509 (A)	286
R <i>v.</i> Rorke . . . . .	1915 AD 145	369
R <i>v.</i> S . . . . .	1958 (3) SA 102 (A)	117
R <i>v.</i> Satsky . . . . .	1915 CPD 574	372, 373
R <i>v.</i> Schulman . . . . .	1949 (2) PH H220 (O)	250
R <i>v.</i> Scoulides . . . . .	1956 (2) SA 388 (A)	369 e.v.
R <i>v.</i> Sejosengoe . . . . .	1935 EDL 474	250
R <i>v.</i> Sephuma . . . . .	1948 (3) SA 982 (T)	40
R <i>v.</i> Setai . . . . .	1954 (1) SA 502 (O)	390
R <i>v.</i> Sibiya . . . . .	1955 (4) SA 247 (A)	197 e.v., 370
R <i>v.</i> Sitole . . . . .	1957 (4) SA 691 (N)	198
R <i>v.</i> Solomon . . . . .	1953 (4) SA 518 (A)	370, 372
R <i>v.</i> Solomon Makogo . . . . .	1915 TPD 516	369 e.v.
R <i>v.</i> Sophi . . . . .	1961 R & N 358	425
R <i>v.</i> Sumango . . . . .	18 EDC 173	196
R <i>v.</i> Swanepoel . . . . .	1945 AD 444	285
R <i>v.</i> Thuantha . . . . .	1922 SWA 137	137
R <i>v.</i> Tsunyanyana . . . . .	1960 (4) SA 449 (OK)	198
R <i>v.</i> Umfaan . . . . .	1908 TS 62	423
R <i>v.</i> Van Rooy . . . . .	1920 CPD 695	250
R <i>v.</i> Velekazi . . . . .	1947 (1) SA 162 (W)	340
R <i>v.</i> Viljoen . . . . .	1941 AD 366	336
R <i>v.</i> Vlok . . . . .	1954 (1) SA 203 (SWA)	354
R <i>v.</i> Von Elling . . . . .	1945 AD 234	195, 200
R <i>v.</i> Von Zell . . . . .	1953 (4) SA 552 (A)	113, 134
R <i>v.</i> Weiss . . . . .	1934 AD 41	372
R <i>v.</i> Wessels . . . . .	1933 TPD 313	373
R <i>v.</i> Wiese . . . . .	1928 TPD 149	253
R <i>v.</i> Xulu . . . . .	1956 (2) SA 288 (A)	336
Radebe <i>v.</i> Radebe . . . . .	1968 BAH 41	398
Rainsford <i>v.</i> Rainsford . . . . .	1969 (1) SA 13 (R)	188
Ratiti <i>v.</i> R . . . . .	1939 (1) PH H146 (O)	253
Robinson <i>v.</i> Randfontein Estates Gold Mining Co. Ltd . . . . .	1921 AD 168	144, 145
S.A. Associated Newspapers Ltd <i>v.</i> Schoeman . . . . .	1962 (2) SA 613 (A)	294, 295
S.A. Mutual Aid Soc. <i>v.</i> Cape Town Chamber of Commerce . . . . .	1962 (1) SA 598 (A)	372
SAR & H <i>v.</i> Edwards . . . . .	1930 AD 3	299, 301
S <i>v.</i> Biyela . . . . .	1963 (3) SA 436 (N)	198
S <i>v.</i> Bradbury . . . . .	1967 (1) SA 387 (A)	113
S <i>v.</i> De Jager and Another . . . . .	1965 (2) SA 616 (A)	200
S <i>v.</i> De Wolf . . . . .	1964 (2) PH 035 (T)	288
S <i>v.</i> Gathercole . . . . .	1964 (1) SA 21 (A)	373, 375
S <i>v.</i> Gordon . . . . .	1962 (4) SA 727 (N)	251
S <i>v.</i> Grobler . . . . .	1964 (2) SA 776 (T)	288
S <i>v.</i> Grotjohn . . . . .	(ongerapp., saak nr. 418-68 (W))	251
S <i>v.</i> Heller . . . . .	1964 (1) SA 524 (W)	150
S <i>v.</i> Khuzwayo . . . . .	1969 (1) SA 70 (N)	390

S <i>v.</i> Kinqa . . . . .	1962 (2) SA 401 (OK)	201
S <i>v.</i> Kotze . . . . .	1965 (1) SA 118 (A)	200, 370 e.v.
S <i>v.</i> Lombard . . . . .	1967 (4) SA 538 (A)	286, 289
S <i>v.</i> Luther . . . . .	1962 (3) SA 506 (A)	200
S <i>v.</i> Makhutla . . . . .	1968 (2) SA 768 (O)	47 e.v.
S <i>v.</i> Marx . . . . .	1962 (1) SA 848 (N)	425
S <i>v.</i> Masala . . . . .	1968 (3) SA 212 (A)	133
S <i>v.</i> Miya . . . . .	1966 (4) SA 274 (N)	422
S <i>v.</i> Mofokeng . . . . .	1968 (4) SA 852 (W)	330, 334
S <i>v.</i> Moodie . . . . .	1962 (1) SA 587 (A)	255
S <i>v.</i> Motseremedi . . . . .	1965 (2) SA 220 (O)	370
S <i>v.</i> Mtshiza . . . . .	1970 (3) SA 747 (A)	307
S <i>v.</i> Naidoo . . . . .	1962 (4) SA 348 (A)	255
S <i>v.</i> Ngidi . . . . .	1969 (1) SA 411 (N)	390
S <i>v.</i> Njaba . . . . .	WLD 14.6.1966 (ongerapp.)	139
S <i>v.</i> Oshman . . . . .	1962 (3) SA 643 (O)	289
S <i>v.</i> Qolo . . . . .	1956 (1) SA 17 (A)	340, 341
S <i>v.</i> Radebe . . . . .	1968 (4) SA 410 (A)	335, 343
S <i>v.</i> Richter . . . . .	1966 (1) SA 354 (T)	288
S <i>v.</i> Robinson . . . . .	1968 (1) SA 666 (A)	254
S <i>v.</i> Serumula . . . . .	1962 (3) SA 962 (W)	139
S <i>v.</i> Setshedi . . . . .	1968 (2) PH H350 (T)	338
S <i>v.</i> Smith . . . . .	1965 (4) SA 166 (K)	232
S <i>v.</i> Swanepoel . . . . .	CPD 9.6.1966 (ongerapp.)	120
S <i>v.</i> Swiegers . . . . .	1969 (1) PH H110 (A)	287, 288
S <i>v.</i> Tuge . . . . .	1966 (4) SA 565 (A)	340
S <i>v.</i> Van Coller . . . . .	1970 (1) SA 417 (A)	196 e.v.
S <i>v.</i> Van Niekerk . . . . .	1970 (3) SA 655 (T)	302 e.v.
S <i>v.</i> Van Zyl . . . . .	1969 (1) SA 553 (A)	286 e.v.
S <i>v.</i> Verwey . . . . .	1968 (4) SA 682 (A)	200
S <i>v.</i> Vilakazi . . . . .	1967 (2) PH H280 (N)	201
S <i>v.</i> Visagie en 'n ander . . . . .	1970 (1) PH H20 (NK)	193 e.v.
Sammel a.o. <i>v.</i> President Brand Gold Mining Co Ltd . . . . .	1969 (3) SA 629 (A)	192
Sauli <i>v.</i> Toto . . . . .	1968 (1 & 2) BAH 1	393, 394
Searight & Co. <i>v.</i> Marchüssen . . . . .	(1897) SC 94	203
Sephton <i>v.</i> Benson . . . . .	1911 CPD 502	299
Shaw <i>v.</i> Kirby . . . . .	1924 GWL 33	282
Simelane <i>v.</i> T. Bemba en J. Bembe . . . . .	1968 (1 & 2) BAH 5	393
Smith <i>v.</i> Burger . . . . .	1917 CPD 662	301
Standard Bank <i>v.</i> Estate van Rhyn . . . . .	1925 AD 266	188
(The) State <i>v.</i> Britton . . . . .	4 OR 65	369
(The) State <i>v.</i> Phillips, Rhodes and others . . . . .	(1896) 3 Off. Rep. 216	112
Steward <i>v.</i> R . . . . .	1934 NPD 340	249
Stretton <i>v.</i> Union Steam Ship Co. Ltd . . . . .	1881 EDC 315	203
Suid-Afrikaanse Nas. Trust en Ass. Mpy <i>v.</i> Fondo . . . . .	1960 (2) SA 467 (A)	80
Suknandan <i>v.</i> R . . . . .	1960 (1) PH H151	198
Svamvur <i>v.</i> Portwood . . . . .	1970 (1) SA 144 (R)	299 e.v.
The Castle Mail Packets Company (Ltd) <i>v.</i> Mitheram and Toteram . . . . .	(1892) 13 NLR 199	203
Theunissen <i>v.</i> R . . . . .	1907 ORC 118	369, 372
Trans-Africa Bank <i>v.</i> Union Guarantee & Insurance . . . . .	1963 (2) SA 92 (K)	188
Trek Tyres Ltd <i>v.</i> Beukes . . . . .	1957 (3) SA 306 (W)	149
Tromp <i>v.</i> McDonald . . . . .	1920 AD 1	295
Trust Bank of Africa Ltd <i>v.</i> Eksteen . . . . .	1964 (3) SA 402 (A)	19
Twala <i>v.</i> J. en N. Ngoqo . . . . .	1968 BAH 10	395
Umru <i>v.</i> Joseph Trimborn . . . . .	(1906) 27 NLR 513	35
Umvovo <i>v.</i> Umvovo . . . . .	1953 (1) SA 195 (A)	395
Union Government (Minister of Railways) <i>v.</i> Faux Ltd . . . . .	1916 AD 105	372
Union Govt. <i>v.</i> Lee . . . . .	1927 AD 202	79
Union Govt. <i>v.</i> Ocean Accident and Guarantee Corp. . . . .	1956 (1) SA 577 (A)	80
Van der Linde <i>v.</i> Calitz . . . . .	1967 (2) SA 239 (A)	290
Van der Merwe <i>v.</i> Burgers . . . . .	(1886) 4 SC 128	34 e.v.
Van Rensburg <i>v.</i> Straughn . . . . .	1914 AD 317	283
Van Ryn Wine and Spirit Company <i>v.</i> Chandos Bar . . . . .	1928 TPD 417	21
Van Staden <i>v.</i> Pretorius . . . . .	1965 (1) SA 852 (T)	282
Vorster Bros <i>v.</i> Louw . . . . .	1910 TPD 1099	36

Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd <i>v.</i> SAR & H. . . . .	1958 (3) SA 285 (A) . . . . .	337
Waring <i>v.</i> Mervis and others . . . . .	1969 (4) SA 542 (W) . . . . .	293 e.v.
Watson <i>v.</i> Absche . . . . .	1931 TPD 499 . . . . .	301
Wells (Pty) Ltd <i>v.</i> Estate Barkhuizen . . . . .	1939 AD 337 . . . . .	35, 36
Wentzel <i>v.</i> SA Yster en Staalbedryfsvereniging en Andere:		
Wentzel <i>v.</i> Blanke Motorwerkersvereniging en 'n Ander	1967 (3) SA 91 (T) . . . . .	296
West <i>v.</i> Pollak and Freemantle . . . . .	1937 TPD 64 . . . . .	22
Williams' Estate <i>v.</i> Molenschoot and Schep (Pty) Ltd. . . . .	1939 CPD 360 . . . . .	366
Willoughby's Consolidated Co. Ltd <i>v.</i> Copthall Stores Ltd	1913 AD 267 . . . . .	76
Wilson <i>v.</i> Simon & Lazarus . . . . .	1921 OPD 32 . . . . .	33
York Estates Ltd <i>v.</i> Wareham . . . . .	1950 (1) SA 125 (SR) . . . . .	188

## II. BUITELANDSE

Aberdeen Railway Co. <i>v.</i> Blaikie Bros . . . . .	(1854) 1 Macq 461 . . . . .	142
Akar <i>v.</i> Attorney-General of Sierra Leone . . . . .	(1969) 3 All ER 384 (PC) . . . . .	55 e.v.
Allen <i>v.</i> Flood . . . . .	(1898) AC 154 . . . . .	295
(Die) Alnati-arrest . . . . .	HR 13 Mei 1966, N.J. 1967 no 3 . . . . .	49
(The) Amalia . . . . .	(1863) 1 Moo PC (NS) 471 . . . . .	205
Ashbury Railway Carriage & Iron Co. <i>v.</i> Riche . . . . .	(1875) LR7 HL 653 . . . . .	189
Australian Communist Party <i>v.</i> Commonwealth . . . . .	65 CLR 373 . . . . .	56
Bribery Commissioner <i>v.</i> Ranasinghe . . . . .	[1965] AC 141 (PC) . . . . .	56
Cail <i>v.</i> Papyanni . . . . .	(1863) 1 Moo PC (NS) 471 . . . . .	49
Carltona Ltd <i>v.</i> Comrs of Works . . . . .	[1943] 2 All ER 560 . . . . .	58
Chambers <i>v.</i> Bernasconi . . . . .	(1834) 1 CM & R 347, 149 ER 1114 . . . . .	338
Compania Naviera Vascongada <i>v.</i> S. S. Christina . . . . .	(1938) AC 497 . . . . .	49
Conway <i>v.</i> Rimmer . . . . .	[1968] 1 All ER 874 . . . . .	290
Cutler <i>v.</i> United Dairies (London) Ltd. . . . .	[1933] 2 KB 297 . . . . .	301
Doodeward <i>v.</i> Spence . . . . .	1909 CLR 406 . . . . .	45
Earl Russell's Case . . . . .	(1901) AC 446 . . . . .	48
Elliot <i>v.</i> Commonwealth and Another . . . . .	(1935) 54 CLR 657 . . . . .	58
Ex parte Westburn Sugar Refineries Ltd . . . . .	[1951] AC 625 . . . . .	192
Gaiman and Others <i>v.</i> National Association for Mental Health . . . . .	[1970] 3 WLR 42 . . . . .	420 e.v.
Hollington <i>v.</i> F. Hewthorn & Co. Ltd . . . . .	[1943] KB 587 (CA) . . . . .	213
Imperial Mercantile Credit Association <i>v.</i> Coleman . . . . .	(1871) 6 Ch App 588 . . . . .	143
In re Johnson's Estate . . . . .	7 NYS 2nd, 83 . . . . .	45
J. H. Bean <i>v.</i> Doncaster Amalgamated Collieries Ltd . . . . .	[1944] 2 All ER 279 . . . . .	54
(The) King <i>v.</i> Barger . . . . .	(1908) 6 CLR 41 . . . . .	58
Leeds Estate, Building and Investment Co. <i>v.</i> Shepherd Ltd . . . . .	(1887) 36 Ch D 787 . . . . .	188
Lopez <i>v.</i> Burslem . . . . .	(1843) 4 Moo PC 300 . . . . .	49
Mallory <i>v.</i> US . . . . .	(1957) 354 US 449 . . . . .	344
McNabb <i>v.</i> US . . . . .	(1943) 318 US 332 . . . . .	344
Miner <i>v.</i> Canadian Pacific Railway Company . . . . .	(1910) 15 WLR 161 . . . . .	45
Mortenson <i>v.</i> Peters . . . . .	(1906) 8F (Ct of Sess.) 93 . . . . .	49
Moseley <i>v.</i> Koffyfontein Mines Ltd . . . . .	[1911] AC 409 . . . . .	45
Ocean Steamship Co. <i>v.</i> Queensland State Wheat Board . . . . .	[1941] 1 KB 402 (CA) . . . . .	205
People <i>v.</i> Cahan . . . . .	44 Cal. 2d 434, 282 P 2d 905 (1955) . . . . .	344
Point of Ayr Collieries Ltd <i>v.</i> Lloyd-George . . . . .	[1943] 2 All ER 546 . . . . .	58
R <i>v.</i> Bedington . . . . .	(1870) 14 Cox CC 341 . . . . .	340
R <i>v.</i> Clarence . . . . .	1888 22 QBD 23 . . . . .	426
R <i>v.</i> Foster . . . . .	(1834) 6 C & P 325 . . . . .	340
R <i>v.</i> Hanson . . . . .	(1849) 4 CCC 138 . . . . .	426
R <i>v.</i> Keyn . . . . .	(1876) 2 Ex D 63 . . . . .	49
R <i>v.</i> Sharpe . . . . .	Dears and B., 163 . . . . .	45
Ridge <i>v.</i> Balwin . . . . .	(1964) AC 40 . . . . .	420
Sherman <i>v.</i> US . . . . .	356 US 369 (1958). . . . .	350
(Die) Solbanderra-arrest . . . . .	HR 12 Des. 1947 NJ 1948 no 608 . . . . .	205
Sorrells <i>v.</i> US . . . . .	287 US 435 (1932). . . . .	349 e.v.



South Australia and Others <i>v.</i> The Commonwealth and Another . . . . .	(1942) 65 CLR 373 . . . . .	58
(The) Torní . . . . .	[1932] All ER 374 (P) . . . . .	204
Transvaal Lands Co. <i>v.</i> New Belgium (Transvaal) Land and Development Co. . . . .	[1914] 2 Ch 488 . . . . .	143
Turner <i>v.</i> Louisiana . . . . .	379 US 466. . . . .	343
Victors Ltd <i>v.</i> Lingard . . . . .	[1927] 1 Ch 323 . . . . .	143
Vita Food Products Inc. <i>v.</i> Unus Shipping Co. Ltd. . . . .	[1939] All ER 513 (PC) . . . . .	204
W. R. Moran Pty Ltd <i>v.</i> Deputy Federal Commissioner of Taxation (NSW) & Others . . . . .	(1940) 63 CLR 338 (PC) . . . . .	58
Ward <i>v.</i> Hopkins (T.E.) and Son . . . . .	[1959] 3 All ER 225 . . . . .	301

## H. BEGRIPPE

<i>actio ad supplendam legetimam</i> . . . . .	407	erflater (Romeinse reg)	
<i>actio de modo agri</i> . . . . .	28	<i>filiusfamilias</i> as . . . . .	7
<i>actio de pauperie</i> . . . . .	299 e.v.	<i>paterfamilias</i> as . . . . .	6 e.v.
<i>actio empti</i> . . . . .	36, 414 e.v.	vrou as . . . . .	9
<i>actio quanti minoris</i> . . . . .	34 e.v.	erkenning van staat . . . . .	152 e.v., 259 e.v.
<i>actio redhibitoria</i> . . . . .	35, 414 e.v.	deklaratiewe teorie i.v.m. . . . .	261 e.v.
<i>agent provocateur</i> . . . . .	350	diskresionêre aard van . . . . .	152
akkusatoriese stelsel (strafproses) . . . . .	336, 343	konstitutiewe teorie i.v.m. . . . .	260 e.v.
akessoriteit . . . . .	244 e.v.	nie-erkenning uit hoofde van ver- drag . . . . .	156 e.v.
<i>animus iniuriandi</i> . . . . .	293 e.v.	voortydige . . . . .	153 e.v.
Bantoe-owerhede . . . . .	381 e.v.	estoppel . . . . .	19 e.v.
Bantoe-reg . . . . .	307	„assent by” . . . . .	21
kodifikasie van . . . . .	391	bewysreg, as reël van die . . . . .	19
laster . . . . .	398	„by <i>res iudicata</i> ” . . . . .	214
regspleging . . . . .	377 e.v.	eiendomsverkryging, as wyse van . . . . .	19 e.v.
bedryfswins . . . . .	51 e.v.	materiële reg, as leerstuk van die . . . . .	20
bekentenis . . . . .		„fair comment” . . . . .	293
toelaatbaarheid van . . . . .	327 e.v.	<i>falsa causa</i> (by erfinstelling) 1 e.v., . . . . .	268 e.v., 409 e.v.
besit . . . . .		genuskooop . . . . .	33
<i>bona/mala fide</i> . . . . .	237 e.v.	geweld . . . . .	
opvatting van: . . . . .		as element by aanranding . . . . .	422 e.v.
bevoegdheid . . . . .	235	grafskending . . . . .	38 e.v.
handeling . . . . .	234	Haagse Reëls (internasionale privaat- reg) . . . . .	202 e.v.
subjektiewe reg . . . . .	235	„Hiemstra-voorstelle” . . . . .	327 e.v.
regmatige/onregmatige . . . . .	237 e.v.	hoorsê-reël . . . . .	327 e.v.
besitsbeskerming . . . . .	231 e.v.	huwelik . . . . .	
bestuur . . . . .		klandestiene . . . . .	86 e.v.
invloed van drank, onder . . . . .	289	minderjarige, van . . . . .	86 e.v.
nalatige . . . . .	286	-sluiting . . . . .	83 e.v.
roekelose . . . . .	286 e.v.	<i>iniuria</i> . . . . .	
<i>causa exheredationis</i> . . . . .	166	<i>verbo/facto</i> . . . . .	423 e.v.
<i>falsa</i> . . . . .	166 e.v.	inkwisitoriese stelsel (strafproses) . . . . .	346
<i>contra naturam sui generis</i> . . . . .	299, 300	<i>ius commune</i> van Wes-Europa . . . . .	61, 63
deelneming . . . . .	244 e.v., 435	kapitaalvermindering . . . . .	190 e.v.
diefstal . . . . .		kapitaalwins . . . . .	51 e.v.
onliggaamlike sake . . . . .	369 e.v.	kontrak . . . . .	
toe-eiening . . . . .	196 e.v.	direkteur en maatskappy, tussen . . . . .	142 e.v.
doodvonnis . . . . .	108 e.v., 302 e.v.	openbaarmaking van . . . . .	146 e.v.
dwingende reël (internasionale privaat- reg) . . . . .	205, 206	vernietigbaarheid van . . . . .	143 e.v.
egskeiding . . . . .	91, 92, 277 e.v.	laster . . . . .	293 e.v.
skuldbeginsel by . . . . .	277 e.v.	legaat . . . . .	
„eiendomsreg” . . . . .	236	onverdeelbare . . . . .	297
ekstraterritoriale werking van wette . . . . .	48	voorwaardelike . . . . .	2
<i>emphyteusis</i> . . . . .	65, 66	legitieme porsie . . . . .	1 e.v., 403 e.v.
<i>emptio</i> . . . . .		lokvinke . . . . .	348 e.v.
<i>ad corpus</i> . . . . .	29 e.v.	lykskending . . . . .	39 e.v.
<i>ad quantum</i> . . . . .	29 e.v.	massa . . . . .	
„entrapment, doctrine of” . . . . .	349 e.v.		
erfinstelling (in die Romeinse reg) . . . . .	5 e.v.		

verkoop van 'n . . . . .	26 e.v.	<i>inter vivos</i> . . . . .	2
minagting van die hof . . . . .	302 e.v.	soewereiniteit . . . . .	219 e.v.
„misdaad”, omskrywing van . . . . .	431	absolute . . . . .	223 e.v.
nalatige bestuur . . . . .	286 e.v.	populêre . . . . .	225
„natural justice”		„soewerein” . . . . .	220 e.v.
toepassing van, in maatskappyreg	420 e.v.	sosiale kontrak . . . . .	223 e.v.
<i>negotiorum gestio</i> . . . . .	280 e.v., 357 e.v.	staatsveiligheid . . . . .	290 e.v.
onderskeid tussen, en verryking . . . . .	283	strafprosesreghervorming . . . . .	327 e.v.
vereistes . . . . .	281	subjektiewe reg . . . . .	233 e.v.
onregmatige daad . . . . .	68 e.v.	testament	
ontwerping 1 e.v., 167 e.v., 268 e.v.,	402 e.v.	geldigheid sonder erfinstelling . . . . .	402
padveiligheid . . . . .	284 e.v.	herroeping van . . . . .	402
<i>paritas creditorum</i> reël . . . . .	360 e.v.	<i>testamentum militare</i> . . . . .	16
<i>petitio hereditatis</i> . . . . .	13	ontewing in . . . . .	180
<i>postumi</i>		„third degree” . . . . .	344
as erfgename in die Romeinse reg	16 e.v.	toe-eiening . . . . .	196 e.v.
privilegie		toetsingsbevoegdheid van howe . . . . .	56
blootlegging van getuënis . . . . .	290	uitwysingsbevel . . . . .	207 e.v.
parlementêre . . . . .	293	ultra vires, leerstuk van	
<i>quarta Falcidia</i> . . . . .	9 e.v.	maatskappyreg . . . . .	186 e.v.
<i>querella inofficiosi testamenti</i>	11 e.v., 168 e.v.,	verborge gebreke . . . . .	414 e.v.
	406 e.v.	Verenigde Volke	
regshandeling . . . . .	93 e.v.	Besluite oor Rhodesië . . . . .	157 e.v.
regskeuse . . . . .	203 e.v.	verryking . . . . .	280 e.v., 357 e.v.
<i>res gestae</i> . . . . .	339 e.v.	vertrouensverhouding tussen direkteur	
<i>res iudicata</i> , leerstuk van . . . . .	213, 214	en maatskappy . . . . .	142 e.v.
retensiereg . . . . .	357 e.v.	voorlopige ondersoek . . . . .	328 e.v.
<i>bona fide possessor</i> , van . . . . .	360	vryheid van meningsuiting . . . . .	305
<i>mala fide possessor</i> , van . . . . .	364	wederregtelikheidsbewussyn . . . . .	432
roekelose bestuur . . . . .	286 e.v.	wetgewende soewereiniteit van parlac-	
skenking		ment . . . . .	47 e.v.

## I. WETGEWING

## I. SUID-AFRIKA

(a) Republiek		2 (9) . . . . .	389, 390
Wet 32/1911		11 (3) (b) . . . . .	391, 392
Artikel 5 . . . . .	41	21 . . . . .	308
22/1913		35 . . . . .	380
20 (a) . . . . .	250	46/1935	
31/1913		61 (a) . . . . .	113
273 . . . . .	333	24/1936	
31/1917		116 . . . . .	208
338 . . . . .	112	120 (2) . . . . .	208
36/1919		18/1943 . . . . .	416
33 (3) . . . . .	42	3 (2) (b) (ii) . . . . .	417
34 . . . . .	42	27/1943	
149 . . . . .	42	63 . . . . .	206
6/1922 . . . . .	119	32/1944	
46/1926		30 . . . . .	74
44 (1) (c) . . . . .	190, 191	44/1950	
45 . . . . .	192	11 . . . . .	114
47 . . . . .	192	57/1951	
48 . . . . .	192	307 (1) . . . . .	206
70quin . . . . .	146 e.v.	68/1951	
70quin (9) . . . . .	146	1 . . . . .	385
70quin (10) . . . . .	146	1 (a) (ii) . . . . .	382
70quin (11) . . . . .	149	3 (1) (b) . . . . .	383
70quin (13) . . . . .	146	7 (1) (a) . . . . .	384
86 bis (2) . . . . .	186 e.v.	30/1952	
95 (f) . . . . .	148, 149	7 . . . . .	41
38/1927		37/1953 . . . . .	80

56/1955	5	89	37/1963	5	114
	1	246	80/1964	15	114
	71	42	25/1965		338
	241	342	94/1965		298
	242	342	96/1965	10	114
	244 (1)	328 e.v.	36/1966	27	298
	315 (3)	43	65/1966	38	214
	320 (12)	42, 44	83/1967	2 (1)	115
	327 (2)	244	3/1969	2 (1)	380
	329	112	34/1969		337
	330 (1)	114	40/1969	2 (3)	379
13/1956			27 (1) (a)		379
	4	194, 195	43/1969	2 (3)	380
	5	194, 195	27		380
	12	195	49/1969		380
	24	196	101/1969	29	290
34/1956					
	1	73	(b) <i>Kaapprovinsie</i>		
	2	77	Ord. 21/1966	138 (1)	286
50/1956				138 (2)	286
	1	202		140	288
	2	202		147	287, 280
9/1958			(c) <i>Natal</i>		
	1	246	Wet 27/1887	1	112
	4	114		46/1887	398
16/1959				22/1898	112
	25	112, 114	(d) <i>Suidwes-Afrika</i>		
20/1959			Ord. 30/1967	138	287
	6	41			
	13	42	(e) <i>Transvaal</i>		
46/1959		383	Ord. 23/1905	5	253
58/1959		42			
75/1959					
	3	246			
33/1960					
	60	89			
25/1961		84 e.v.			
	24 (1)	89			
	24 (2)	90			
	25	89			
	25 (1)	90, 91			
	30	85			
32/1961					
	59 (1)	49			
55/1962		49			
76/1962					
	21	114			

## II. DUITSLAND

BGB 140	93	50	245
StGB		227	257

## III. ENGLAND

Union with Scotland Act, 1706	50	80 (1)	48
Larceny Act, 1916	200	Continental Shelf Act, 1964	
National Service (Foreign Countries) Act, 1942	49	1 (1)	48
Companies Act, 1948	148	2 (1)	48
Representation of Peoples Act, 1949		3 (1)	48
		Murder (Abolition of Death Penalty)	

Act, 1965 . . . . .	115		
Theft Act, 1968			
1 (1) . . . . .	200		
IV. FRANKRYK			
Code Civil			
1424 . . . . .	93		
V. KENIA			
Ord. 11/1930 . . . . .	334		
VI. NOORWEE			
Strafwetboek, 1902 . . . . .	257		
VII. SIERRA LEONE			
Grondwet		43 (3) . . . . .	56
23 . . . . .	56, 57, 59	Wet 12/1962 . . . . .	56 e.v.
42 . . . . .	57		
VIII. SWITZERLAND			
Strafwetboek		115 . . . . .	257
26 . . . . .	245	143 . . . . .	202
IX. TANGANJIKA			
Ord. 8/1930 . . . . .	334		
12/1930 . . . . .	334		
X. UGANDA			
Ord. 20/1955 . . . . .	334		
J. TEKSTE			
Bartolus		3.28.3pr . . . . .	18
<i>Ad D</i> 28.5.9pr . . . . .	270	3.28.9 . . . . .	16, 172
35.1.17.2 nr 1 . . . . .	269	3.28.13 . . . . .	13
35.1.17.2 nr 2 . . . . .	268	3.28.16 . . . . .	13
35.1.17.2 nr 13 . . . . .	269	3.28.19 . . . . .	12
35.1.17.2 nr 14 . . . . .	269	3.28.23 . . . . .	12
Carpzovius		3.28.24 . . . . .	16
<i>Practica Nova Imperialis Saxonica Re-</i>		3.28.28pr . . . . .	12
<i>rum Criminalium</i> 2.83.53-56 . . . . .	39	3.28.30 . . . . .	14
<i>Cod</i> 1.3.51 (52) . . . . .	271	3.28.34 . . . . .	14
3.28.3 . . . . .	174, 175, 183	3.28.8.1 . . . . .	10

3.28.16 . . . . .	10	5.2.8.20 . . . . .	14
3.28.27 . . . . .	11	5.2.8.21 . . . . .	14
3.29.5 . . . . .	15	5.2.13 . . . . .	10
3.30 . . . . .	15	5.2.15.2 . . . . .	13
3.31.7 . . . . .	13	5.2.15.19 . . . . .	13
3.32.5 . . . . .	364	5.2.15.24 . . . . .	13
3.34.1 . . . . .	13	5.2.17 <i>pr</i> . . . . .	10
3.36.2 . . . . .	13	5.2.23.1 . . . . .	10
4.66.3 . . . . .	66	5.2.27.1 . . . . .	168
5.12.6 . . . . .	271, 272	5.2.27.4 . . . . .	170 e.v.
6.12.1 . . . . .	177	5.2.28 . . . . .	4, 169 e.v.
6.12.2 . . . . .	17, 178	5.2.31.3 . . . . .	10
6.21.3 . . . . .	16	5.3.1 . . . . .	13
6.21.9 . . . . .	171, 172, 180, 184	5.3.4 . . . . .	13
6.21.10 . . . . .	171, 180	5.3.9 . . . . .	13
6.21.12 . . . . .	16	5.3.38 . . . . .	364
6.21.17 . . . . .	16	9.2 . . . . .	81
6.23.15 . . . . .	6	11.1.11 . . . . .	168
6.23.24 . . . . .	6	11.7.12.4 . . . . .	44
6.24.2 . . . . .	167	12.4.1.1 . . . . .	271
6.24.4 . . . . .	168, 269, 273	12.6.14 . . . . .	364
6.24.7 . . . . .	167, 168, 269, 273	12.6.52 . . . . .	268, 271, 412
6.28 . . . . .	270	17.1.14 . . . . .	271
6.28.4.1 . . . . .	177	18.1.35.5 . . . . .	26
6.28.4.4 . . . . .	177	18.1.35.6 . . . . .	26
6.28.4.5 . . . . .	177	18.1.40.2 . . . . .	29
6.28.6 . . . . .	8	19.1.13.3 . . . . .	28, 29
6.29.1 . . . . .	17	19.1.13.14 . . . . .	28, 29
6.33.2 . . . . .	407	19.1.32 . . . . .	29, 37
6.37.10 . . . . .	269, 270	19.1.34 . . . . .	28, 29
6.42.14 . . . . .	270, 272	19.1.42 . . . . .	29
6.44.1 . . . . .	3, 269, 272	20.4.9.3 . . . . .	94
6.48.1 . . . . .	18	24.1.22 . . . . .	270
6.57.1 . . . . .	179	24.1.32 <i>pr</i> . . . . .	94
8.15.5 . . . . .	94	25.3.1.12 . . . . .	168
Coren		26.2.9 . . . . .	5
<i>Obs. 10 &amp; Consilia 2</i>	409	28.1.1 . . . . .	270
<i>D</i> 1.2.2.11 . . . . .	220	28.1.6 <i>pr</i> . . . . .	8
1.3.31 . . . . .	221	28.2.1 . . . . .	7
1.4.1 . . . . .	220	28.2.2 . . . . .	7
1.5.25 . . . . .	168	28.2.3.1 . . . . .	177
1.6.1.1 . . . . .	6	28.2.4 . . . . .	17
1.6.3 . . . . .	6	28.2.5 . . . . .	17
1.6.4 . . . . .	6	28.2.6 <i>pr</i> . . . . .	17
1.8.1 . . . . .	43	28.2.10 . . . . .	17
2.14.7.4 . . . . .	271	28.2.11 . . . . .	7
2.14.7.12 . . . . .	272	28.2.14.2 . . . . .	4, 167, 168, 269
3.5.42(43) . . . . .	361	28.2.19.30 . . . . .	177
3.5.44(45) . . . . .	361	28.2.25 . . . . .	171, 172
3.11.8.11 . . . . .	177	28.2.29 <i>pr</i> . . . . .	17
4.4.38 . . . . .	171	28.2.29.2 . . . . .	17
5.2.1 . . . . .	11	28.2.29.5 . . . . .	17
5.2.2 . . . . .	16	28.2.29.11 . . . . .	17
5.2.3 . . . . .	10, 11	28.2.29.12 . . . . .	17
5.2.5 . . . . .	10, 11, 16	28.3.1 . . . . .	177
5.2.6 . . . . .	11	28.3.2 . . . . .	5
5.2.6.2 . . . . .	14	28.3.3 <i>pr</i> . . . . .	17
5.2.6.7 . . . . .	14	28.3.3.1 . . . . .	16
5.2.6.8 . . . . .	14	28.3.3.5 . . . . .	17
5.2.8.4 . . . . .	16	28.3.3.12 <i>pr</i> . . . . .	16
5.2.8.6 . . . . .	11	28.3.3.14 . . . . .	17
5.2.8.8 . . . . .	14	28.3.12 <i>pr</i> . . . . .	17
5.2.8.9 . . . . .	12	28.5.1.1 . . . . .	6
5.2.8.14 . . . . .	12	28.5.6.2 . . . . .	16
5.2.8.16 . . . . .	13, 170 e.v.	28.5.9 <i>pr</i> . . . . .	183, 273, 276
5.2.8.17 . . . . .	13	28.5.9.1 . . . . .	183

28.5.9.7 . . . . .	183	De Iure Belli ad Pacis	
28.5.41 . . . . .	183	2.22.11 . . . . .	66
28.5.42(41) . . . . .	171	3.14.1-8 . . . . .	67
28.5.48(47).1 . . . . .	17	Inl. 1.5.25 . . . . .	403
28.5.59(58).1 . . . . .	270	2.1.42 . . . . .	43
28.5.93(92) . . . . .	4, 5, 173 e.v.	2.2.11 . . . . .	364
	270 e.v., 411, 412	2.2.12 . . . . .	364
28.7.12 . . . . .	7	2.8.8 . . . . .	371
29.1.1 <sup>pr</sup> . . . . .	16	2.15.3 . . . . .	403
29.1.7 . . . . .	16, 180	2.17.3 . . . . .	402
29.1.8 . . . . .	16	2.18.5 . . . . .	404
29.1.17.4 . . . . .	16	2.18.8 . . . . .	404
29.1.19 <sup>pr</sup> . . . . .	5	2.18.9 . . . . .	403, 406
29.1.26 . . . . .	16	2.18.10 . . . . .	404
29.1.36.2 . . . . .	180	2.18.12 . . . . .	403, 405
29.1.38 <sup>pr</sup> . . . . .	16	2.18.13 . . . . .	403
31.36. . . . .	269	2.18.15 . . . . .	403
31.76 <sup>pr</sup> . . . . .	13	2.18.17 . . . . .	403
31.87.3 . . . . .	15	2.18.21 . . . . .	403
32.43. . . . .	270	2.22.11 . . . . .	409
34.3.28.14 . . . . .	271	2.23.7 . . . . .	409
35.1 . . . . .	183	2.24.9 . . . . .	402
35.1.12 . . . . .	268	3.14.33 . . . . .	30
35.1.17 . . . . .	2, 167	3.14.80 . . . . .	30
35.1.17.2 . . . . .	268, 271 e.v., 410, 412	Donellus	
25.1.40.5 . . . . .	268	De Iure Civili 20.8.7 . . . . .	364
35.1.71 . . . . .	271	Gaius 1.49. . . . .	6
35.1.72.6 . . . . .	2, 183, 269, 410, 412	1.55. . . . .	6
35.2.1 <sup>pr</sup> . . . . .	10	1.108 . . . . .	6
35.2.27 . . . . .	10	1.109 . . . . .	6
35.9.2.7 . . . . .	3	1.110 . . . . .	6
36.1.29 . . . . .	5	1.115 . . . . .	6
37.4.1 <sup>pr</sup> . . . . .	177	1.127 . . . . .	6
37.4.1.2 . . . . .	178	1.145 . . . . .	9
37.4.1.3 <sup>pr</sup> . . . . .	177	1.147 . . . . .	9
37.4.1.6 . . . . .	177	1.194 . . . . .	9
37.4.4.2 . . . . .	179	2.109 . . . . .	16
37.4.8.2 . . . . .	178	2.112 . . . . .	9
37.4.10.5 . . . . .	178	2.113 . . . . .	9
37.4.10.8 <sup>pr</sup> . . . . .	178	2.116 . . . . .	5, 6
37.4.20 . . . . .	14	2.118 . . . . .	9
37.9.1.5 . . . . .	177	2.123 . . . . .	7, 177
37.10.1.4 . . . . .	168	2.124 . . . . .	8
37.10.3.4 . . . . .	168	2.125 . . . . .	8, 177
37.11.3 . . . . .	17	2.126 . . . . .	7
38.1.47 . . . . .	271	2.127 . . . . .	7
38.2.12 <sup>pr</sup> . . . . .	180	2.128 . . . . .	7
38.16.1.2 . . . . .	6	2.129 . . . . .	7
38.16.7 . . . . .	18	2.131 . . . . .	17
38.16.13 . . . . .	9	2.135 . . . . .	8, 177
38.16.14 . . . . .	7	2.144 . . . . .	5
38.17.1 <sup>pr</sup> . . . . .	179	2.153 . . . . .	7
39.3.1.12 . . . . .	294	2.156 . . . . .	6
39.5.1 . . . . .	269	2.158 . . . . .	7
39.5.3 . . . . .	2	2.161 . . . . .	7, 9
41.2.3.18 . . . . .	38	2.162 . . . . .	7
45.1.21 . . . . .	271	2.227 . . . . .	10
45.1.108 . . . . .	271	2.229 . . . . .	5
47.2.26 . . . . .	38	2.241 . . . . .	16
47.12.7 . . . . .	38	2.242 . . . . .	16, 17
47.12.11 . . . . .	38	2.273 . . . . .	5
50.16.195.1 . . . . .	6	Groenewegen	
50.16.195.2 . . . . .	6	De leg. abr., ad Cod 3.28.28. . . . .	405
50.17.7 . . . . .	13	D 21.2.45 . . . . .	29
50.17.181 . . . . .	5	29.1.36.2 . . . . .	406
De Groot		Inst 2.13 <sup>pr</sup> nr 3. . . . .	405

2.14.9 nr 3 . . . . .	403	Kommentaar - D 5.2 . . . . .	11, 15
2.17.3 . . . . .	402	<i>Nov</i> 1 c. 2 . . . . .	10
2.19.2 nr 3 . . . . .	403	18 c. 1 . . . . .	14
2.20.34 . . . . .	402	22 c. 47 . . . . .	14, 184, 404
2.25.2 . . . . .	403	115 c. 3 . . . . .	14, 15, 18, 184, 185, 404, 408
2.25.3 . . . . .	402, 403	115 c. 4 . . . . .	14, 15, 184, 404
Huber		Schorer	
HR 2.6.5.13. . . . .	39	<i>Ad Gr</i> 2.18.10 nr 14 . . . . .	405, 406
2.18.17 . . . . .	364	2.18.10 nr 16 . . . . .	404
2.20.16 . . . . .	402	2.18.10 nr 17 . . . . .	404
3.4.10 . . . . .	30	2.18.14 nr 21 . . . . .	405
3.4.11 . . . . .	32	Van der Keessel	
3.14.12 . . . . .	31	<i>Praelectiones</i>	
2.14.13 . . . . .	31	<i>Ad Gr</i> 1.5.25 . . . . .	403
<i>Praelectiones ad</i>		1.8.2 . . . . .	403
<i>Inst</i> 2.18 nr 3 . . . . .	177	2.15.3 . . . . .	403
<i>Inst</i> 1.6.6 . . . . .	168	2.17.3 . . . . .	403
1.9.2 . . . . .	6	2.18.9 . . . . .	406
1.13.4 . . . . .	6	2.18.10 . . . . .	406
2.8pr . . . . .	6	2.18.13 . . . . .	404
2.8.1 . . . . .	6	2.24.9 . . . . .	402
2.9pr . . . . .	6	2.24.21 . . . . .	406
2.11.1 . . . . .	16	3.14.33 . . . . .	30, 31, 32
2.11.3 . . . . .	16	<i>Ad Inst</i> 2.13 nr 3 & 4 . . . . .	177
2.12pr . . . . .	8	Holl. Cons. 6 cons. 56 . . . . .	32
2.13pr . . . . .	7, 77	Rechtsgelerde Obs. 2 obs. 75 . . . . .	32
2.13.1 . . . . .	7, 17	Van der Linden	
2.13.3 . . . . .	8, 177	KH 1.9.3 . . . . .	403
2.13.4 . . . . .	177	1.9.5 . . . . .	404, 405
2.13.5 . . . . .	8, 177	1.9.8 . . . . .	404
2.13.6 . . . . .	16, 18, 180	1.9.9 . . . . .	407
2.13.7 . . . . .	9, 179	2.6.2 . . . . .	39
2.15.4 . . . . .	183	3.1.4.7 . . . . .	75
2.17.2 . . . . .	5	Van Leewen	
2.17.3 . . . . .	272	<i>CF</i> 1.3.3.2 . . . . .	403
2.18pr . . . . .	10, 16	1.3.3.3 . . . . .	403
2.18.1 . . . . .	11	1.3.4.4 . . . . .	406
2.18.2 . . . . .	11	1.3.4.5 . . . . .	404
2.18.3 . . . . .	14	1.3.4.10 . . . . .	404
2.18.6 . . . . .	11	1.3.4.11 . . . . .	404
2.19.1 . . . . .	7	1.3.4.13 . . . . .	404
2.19.2 . . . . .	6, 7	1.3.4.19 . . . . .	405
2.19.3 . . . . .	7	1.3.4.21 . . . . .	404, 405
2.19.4 . . . . .	8, 16	1.3.4.25 . . . . .	404
2.19.5 . . . . .	7	1.3.4.27 . . . . .	405
2.20.26 . . . . .	16	1.3.4.31 . . . . .	406
2.20.31 . . . . .	2	1.3.4.34 . . . . .	405, 407
2.22pr . . . . .	10	1.3.8.4 . . . . .	409
2.25.1 . . . . .	5	1.3.11.3 . . . . .	402
3.1.12 . . . . .	177	1.3.11.9 . . . . .	402
3.4pr . . . . .	179	1.4.37.1 . . . . .	364
3.4.1 . . . . .	179	1.4.37.6 . . . . .	364
3.9pr . . . . .	18	1 <i>Obs. Tum.</i> 43 . . . . .	405
3.24.3 . . . . .	66	74 . . . . .	405
4.6.11 . . . . .	272	76 . . . . .	405
Mantica		371 . . . . .	405
<i>Ad Cod</i> 6.24.4 . . . . .	276	583 . . . . .	405
6.24.7 . . . . .	276	2 <i>Obs. Tum.</i> 657 . . . . .	405
Matthaeus		1207 . . . . .	405
<i>De Criminibus</i> 47.1.1.8. . . . .	39	RHR 3.2.18 . . . . .	402
Menochius		3.4.5 . . . . .	404
<i>De Praes. lib. 4 praes. 24</i> . . . . .	272 e.v.	3.4.6 . . . . .	406
Moorman		3.4.7 . . . . .	404
Verhandelinge over de Misdaden		3.4.12 . . . . .	404
3.3.13 . . . . .	39	3.4.13 . . . . .	404
Noodt		3.5.1 . . . . .	404

3.5.6 . . . . .	405	5.2.66 . . . . .	14, 406
3.5.7 . . . . .	407	5.2.71 . . . . .	407
3.5.8 . . . . .	404	6.1.31 . . . . .	364
3.5.9 . . . . .	405	6.1.36 . . . . .	364
3.9.5 . . . . .	409	6.3.52 . . . . .	362
4.18.7 . . . . .	31, 32	11.7.7 . . . . .	44
4.18.8 . . . . .	32	16.2.20 . . . . .	365
4.18.9 . . . . .	32	16.2.21 . . . . .	365
Vinnius		16.3.1 . . . . .	3715
<i>Commentarius ad</i>		18.1.7 . . . . .	29
<i>Inst</i> 2.13.6 nr 1 . . . . .	180	20.2.28 . . . . .	364, 36
2.13.6 nr 4 . . . . .	178	28.1.1 . . . . .	402, 403
2.14.12 nr 1 . . . . .	402	28.1.31 . . . . .	403
2.18 <i>pr</i> nr 2 . . . . .	404	28.1.32 . . . . .	403
2.18 nr 1 . . . . .	177	28.2.11 . . . . .	406
2.19 <i>pr</i> nr 1 . . . . .	403	28.2.12 . . . . .	404
Voet 1.8.1 . . . . .	43	28.3.8 . . . . .	402
3.5.8 . . . . .	282, 361	28.5.1 . . . . .	402
3.5.9 . . . . .	282	28.5.26 . . . . .	403
3.5.11 . . . . .	282	29.2.1 . . . . .	403
3.5.12 . . . . .	361, 366	29.2.26 . . . . .	403
5.2.4 . . . . .	11	29.2.40 . . . . .	403
5.2.10 . . . . .	11	29.7.5 . . . . .	402, 403
5.2.12 . . . . .	12, 405	32.1.49 . . . . .	298
5.2.13 . . . . .	405, 406	35.1.9 . . . . .	411
5.2.21 . . . . .	404	35.1.10 . . . . .	411
5.2.23 . . . . .	405	39.6.5 . . . . .	403
5.2.24 . . . . .	404	41.1.23 . . . . .	371
5.2.43 . . . . .	407	41.2.3 . . . . .	364
5.2.44 . . . . .	404	47.2.3 . . . . .	39
5.2.46 . . . . .	404	47.10.7 . . . . .	425
5.2.63 . . . . .	404	47.12 . . . . .	39







- Agter:** A. J. C. Copelings, J. L. van der Merwe, S. W. L. de Villiers, I. Leeman, D. Zeffertt, J. R. L. Milton, J. R. Lund, F. A. de Villiers, A. H. van Wyk, C. G. van der Merwe, P. C. Smit, M. Wiechers.
- Derde ry:** J. T. R. Gibson, W. de Haan, C. W. H. Schmidt, N. E. Wiehahn, J. T. Delpont, M. C. J. Olmesdahl, D. H. Bester, P. van der Bank, M. A. Boehmke, C. J. Rowland, S. W. J. van der Merwe, S. J. Naudé.
- Tweede ry:** J. G. Lotz, H. F. Mellet, J. J. Joubert, D. F. Mostert, W. J. Hosten, P. E. J. Brooks, B. C. van den Heever, W. de Vos, D. J. Devine, D. J. Joubert, B. v. D. van Niekerk, E. Spiro.
- Voor:** S. A. Strauss, R. C. Beuthin, E. Kahn, B. Beinart, R. H. Christie, W. A. Joubert, W. M. van der Westhuizen, J. C. van der Walt, L. E. Isakow, J. H. van Rooyen, R. verLoren van Themaat.

**Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte**

**Tweede 18-maandelikse Kongres, Universiteit Kaapstad, Januarie 1970**



# Dwaling by Onterwing

C. P. Joubert

*Senior Advokaat te Pretoria*

Veronderstel 'n Suid-Afrikaanse erflater wat besonder ryk is, het net een seun, aan wie hy baie geheg is. In sy testament het hy dan ook sy seun as sy enigste en universele erfgenaam benoem. As beloning vir die besonder suksesvolle voltooiing van sy studies word die seun op 'n omvattende wêreldreis gestuur. Op 'n goeie dag ontvang die erflater egter die tragiese nuus dat 'n vliegtuig waarop sy seun 'n lugrit bespreek het in die see gestort het sonder dat enige passasier die ramp oorleef het. Die erflater is geweldig geskok. Hy is 'n gebroke man. Vervolgens maak hy 'n nuwe testament waarin hy sy vorige testament herroep. In sy nuwe testament verklaar die erflater dat *aangesien sy seun in 'n vliegtuigongeluk omgekom het* hy sy getroue vriend X as sy enigste en universele erfgenaam benoem. Die erflater sterf kort daarna. Later blyk dit dat die erflater se seun tog in lewe is deurdat hy onverwags sy reisplanne verander het en so-doende nie 'n passasier op die noodlottige vliegtuig was nie. 'n Stryd-vraag ontstaan dan oor wie die erfgenaam van die erflater is. Is X die erfgenaam? Is die erflater se seun onterf?

X maak aanspraak daarop dat hy kragtens die erflater se laaste testament as enigste universele erfgenaam benoem is. Hy beroep hom daarop dat die legitieme porsie van die gemene reg afgeskaf is en dat daar algehele testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg is. Hy beweer voorts dat die *falsa causa* wat die erflater vermeld het waarom hy vir hom as sy enigste universele erfgenaam benoem het, geen effek op sy erfinstelling het nie. Daarenteen beweer die erflater se seun dat die feit dat die erflater 'n *causa* vermeld het waarom hy sy seun by implikasie onterf en X as erfgenaam instel, aantoon dat dit die erflater se bedoeling by implikasie was dat hy sy seun alleen *voorwaardelik* onterf het vir die geval dat die vermelde *causa* juis is, d.w.s. indien sy seun inderdaad in die vliegtuigongeluk omgekom het.

In die Romeinse reg is daar duidelike gesag vir die stelling dat 'n verklaarde *causa* in 'n testament waarom die erflater 'n legaat aan 'n legataris bemaak het, geen effek op die regsgeldigheid van die legaat het waar dit later blyk dat dit 'n *falsa causa* was nie. Byvoor-

beeld, 'n erflater bemaak 'n legaat aan Titius *omdat hy die belange van die erflater tydens die afwesigheid van die erflater behartig het* en dit blyk na die dood van die erflater dat Titius nooit die erflater se belange behartig het nie, dan is Titius tog op sy legaat geregtig. Die feit dat 'n erflater in sy verklaarde motief waarom hy die legaat bemaak, dwaal of fouteer, het derhalwe geen invloed op die regsgeldigheid van die bemaking van die legaat nie.

Heel anders is die geval egter indien die erflater sy motief vir die bemaking van die legaat in die gedaante van 'n voorwaarde sou klee, bv. *indien Titius sy belange tydens sy afwesigheid behartig het*, bemaak hy die legaat aan hom. Hier het 'n mens te doen met 'n *voorwaardelike* bemaking van die legaat sodat die legaat verval indien die voorwaarde nie vervul is nie. Gevolglik is Titius nie op die legaat geregtig waar hy nooit die erflater se belange behartig het nie.

Die verskil tussen 'n *falsa causa* en 'n voorwaardelike legaat word duidelik gestel in *Inst 2.20.31*: *Longe magis legato falsa causa non nocet. Veluti cum ita quis dixerit: 'Titio, quia absente me negotia mea curavit, Stichum do lego,' vel ita: 'Titio, quia patrocínio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego': Licet enim neque negotia testatoris umquam gessit Titius neque patrocínio eius liberatus est, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aluid est, veluti hoc modo: 'Titio, si negotia mea curaverit, fundum do lego.'* (Ons kursiveer.)<sup>1</sup>

Die verskil tussen 'n *falsa causa* en 'n voorwaarde is ook toegepas by skenkings *inter vivos*. *D 39.5.3* (Ulpianus): *Et generaliter hoc in donationibus definiendum est multum interesse, causa donandi fuit an condicio: si causa fuit, cessare repetitionem, si condicio, repetitioni locum fore.*<sup>2</sup>

Ofskoon die regsbeginsel met betrekking tot 'n *falsa causa* by legate en skenkings duidelik was, naamlik dat dit geen effek op die regsgeldigheid van die betrokke legaat of skenking gehad het nie, is daar ook aanduidings in die *Corpus Juris Civilis* te vind waaruit dit blyk dat hierdie regsbeginsel voor die werklike bedoeling van die erflater of skenker moes wyk. Ons wys in hierdie verband na die volgende tekste:-

- (i) *D 35.1.72.6* (Papinianus): *Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerum-*

<sup>1</sup>So ook *D 35.1.17* en 3 (Gaius).

<sup>2</sup>Scott se vertaling: „And, generally speaking, this question must be considered in making donations, for there is a great deal of difference whether there was a cause for making the donation, and whether a condition upon which it is dependent was imposed. If there was a cause, the property cannot be recovered; if a condition was imposed, there will be ground for its recovery.”

que doli exceptio locum habebit, *si probetur alias legaturus non fuisse*.<sup>3</sup>

- (ii) *D* 35.9.2.7 (Julianus): Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo anteuam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. Respondi: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, *aliter non daturus*, mortuo Sticho condicione repetam: *si vero alias quoque donaturus Titio decem*, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debet et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.<sup>4</sup>
- (iii) *Cod* 6.44.1 (Imperator Antonius A. Septimio): Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant aut voluntatem eius liberare volentis debitorem manifeste ostendunt. Et ideo aut peti quod solutum est non potest aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberaretur, agendum est, *nisi liquido probari possit eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsam solutam sibi pecuniam existimasse*.<sup>5</sup>

Afgesien hiervan is daar drie tekste in die *Digesta* wat op ont-erwing betrekking het en van besondere belang vir die onderwerp onder bespreking is. Hierdie drie tekste is die volgende:—

<sup>3</sup>Scott se vertaling: „It is more equitable to hold that a false motive should not interfere with the payment of a legacy, for the reason that the cause of bequeathing it is not included in the legacy. Generally, however, an exception on the ground of bad faith will be available, *if it should be proved that the testator would not otherwise have made the bequest*.” Ons kursiveer.

<sup>4</sup>Scott se vertaling: „I gave Titius the sum of ten aurei on the condition that he would purchase Stichus with it. I ask, if the slave should die before he was purchased, whether I can recover the ten aurei by an action. The answer was that this is rather a question of fact than law, for if I gave the ten aurei to Titius in order that he might purchase Stichus, *and I would not have given them to him otherwise*, and Stichus should die, I can recover the amount by an action. *If, however, I had the intention of giving the ten aurei to Titius, in any event*, and, in the meantime, he proposed to purchase Stichus, and I stated that I gave him the money in order that he might purchase him, what I have said should be considered rather a reason for the donation than the condition upon which it was paid, and if Stichus should die, the money will remain in the hands of Titius.” Ons kursiveer.

<sup>5</sup>Scott se vertaling: „The words of the will which you have inserted in your petition, either state that the money due to the testator has been paid, or they plainly show that his intention was to discharge the debtor. Therefore, either what has been paid cannot be collected, or proceedings must be instituted as under a trust, in order that the debtor may be released from liability; *unless it can clearly be established that the testator did not intend to release him, but, erroneously thought that the money had been paid to himself*.” Ons kursiveer. Die woord „trust” is ’n ongelukkige vertaling vir fideicommis.

- (a) *D* 28.2.14.2 (Africanus): Si quis ita scripserit: 'ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto', hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, *si probetur ex eo natus*: non enim videri quasi filium exheredatum esse. *cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adiecisset propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse.*<sup>6</sup>
- (b) *D* 5.2.28 (Paulus): Cum mater militem filium *falso audisset decessisse* et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.<sup>7</sup>
- (c) In *D* 28.5.93(92), wat op die naam van Paulus staan, het ons die geval waar 'n sekere Pactumeius Androsthene vir Pactumeia Magna, die dogter van Pactumeius Magnus, in sy testament as sy enigste en universele erfgenaam benoem het en haar vader as 'n substituut aangewys het. Toe Pactumeius Magnus gedood word *en die gerugte versprei dat sy dogter ook dood was*, het die testateur sy testament verander en vir Novius Rufus as sy erfgenaam benoem met die volgende inleiding: „*Aangesien die erfgename wat ek wou gehad het vir my nie beskikbaar is nie*, benoem ek Novius Rufus as my erfgenaam.” Na die dood van die testateur blyk dit tog dat Pactumeia Magna in lewe is. Sy rig 'n versoekskrif aan die keisers Septimius Severus en Antoninus Caracalla en nadat daarop ingegaan is, is die keisers van oordeel om haar te hulp te kom *op grond van die testateur se bedoeling*; ofskoon die testament 'n rede vir die ander erfstelling bevat het, het dit egter geensins in die weg gestaan nie aangesien dit vals was. Vervolgens beslis hy dat die nalatenskap aan Pactumeia Magna toekom, maar sy moet die legate wat in

<sup>6</sup>Scott se vertaling: „If anyone should make the following statement in his will: 'I disinherit So-and-So, who I know is not my son'; a clause of this kind will be of no force or effect, *where it is proved that the party referred to is the son of the testator*; for a son is not held to have been disinherited merely because his father spoke disparagingly of him at the time, and added that he disinherited him for this reason, and it is proved that the father was mistaken with reference to his motive for disinheriting him.” Ons kursiveer.

<sup>7</sup>Scott se vertaling: „*Where a mother has heard a false report that her son, who was a soldier, was dead*, and appointed other heirs by her will, the Divine Hadrian decreed that the estate should belong to the son on the ground that the testamentary grants of freedom and bequests should be maintained. What was added with reference to grants of freedom and bequests should carefully be noted, *for where a testament is decided to be inofficious, nothing it contains is valid.*”



die tweede testament bemaak is uitbetaal asof syself in die tweede testament as erfgenaam benoem was.<sup>8</sup>

Dit is interessant om daarop te let dat keiser Commodus (180-192 A.D.) vir Pactumeius Magnus saam met ses ander consuls laat teregstel het.<sup>9</sup> Uit angs vir haar eie lewe het Pactumeia Magna ondergeduik en haarself sodoende versteek. Eers onder die regering van keiser Septimius Severus (193-211 A.D.) tree sy weer te voorskyn.<sup>10</sup> Op sy beurt weer is Novius Rufus saam met veertig persone van aansien op bevel van keiser Septimius Severus tereggestel.<sup>11</sup>

## II

Ten einde die volle betekenis en effek van hierdie drie Digestatekste, wat ons so pas aangehaal het, behoorlik te begryp en te waardeer, is dit noodsaaklik om rekening te hou met sekere basiese beginsels van die Romeinse reg met betrekking tot testamente, erfinstelling en onderwing.

Volgens die Romeinse reg kon 'n erflater nie meer as een geldige testament hê nie omdat 'n latere geldige testament 'n vroeëre geldige testament herroep (*posteriore testamento prius rumpitur*).<sup>12</sup> Daarenteen kon 'n erflater wel 'n testament en 'n kodusil maak. 'n Erflater kon selfs verskeie kodusille maak.

'n Testament moes 'n erfinstelling (*institutio heredis*) bevat om regseldig te wees.<sup>13</sup> Daarenteen kon 'n kodusil nóg 'n erfinstelling nóg 'n onderwing bevat.<sup>14</sup>

In die antieke en klassieke Romeinse reg moes 'n erfinstelling plegtig in 'n bepaalde vorm, soos *Titius heres esto* of *Titium heredem*

<sup>8</sup>D 28.5.93 (92) (Paulus): Pactumeius Androsthene Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso *et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua*, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: '*quia heredes, quos volui habere, mihi contingere non potui*, Novius Rufus heres esto. 'Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen *ex voluntate testantis* putavit imperator ei subveniendum. igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. (Ons kursiveer.)

<sup>9</sup>J. G. Heineccius *Jurisprudentia Romana & Attica* tomus 2 p. 1175; C. F. von Glück *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* 1829 band 33 par. 1405 p. 425 voetnoot 50.

<sup>10</sup>C. F. von Glück *loc. cit.*

<sup>11</sup>E. Otto *Thesaurus Juris Romani* editio secunda tomus 1 praefatio p. 39; C. F. von Glück *op. cit.* band 38 par. 1431 p. 476 voetnoot 36.

<sup>12</sup>Gaius *Inst* 2,144, *Inst* 2.17.2, *D* 28.3.2, *D* 29.1.19 *pr*, *D* 36.1.29.

<sup>13</sup>Gaius 2,116 en 229. 'n Testament word dan ook verrydel indien die ingestelde erfgenaam nie erf nie: *D* 50.17.181, *D* 26.2.9.

<sup>14</sup>*Inst* 2.25.1, Gaius *Inst* 2,273.

*esse iubeo*, bewoord gewees het,<sup>15</sup> maar hierdie formalisme het in die naklassieke reg verval sodat 'n erfinstelling informeel bewoord kon word solank die erflater se bedoeling om 'n erfgenaam in te stel duidelik daaruit blyk.<sup>16</sup>

Benewens erfinstelling kon 'n testament ook ander bemakings soos legate bevat. Dit was egter geensins nodig vir die geldigheid van 'n testament dat dit die bemaking van legate moes bevat nie.

Die posisie van 'n *paterfamilias* as erflater verdien spesiale aandag. Hy is 'n Romeinse burger wat 'n *persona sui juris* is.<sup>17</sup> Hy is die sentrale figuur van die patriargale *familia*<sup>18</sup> wat bestaan uit alle persone wat weens sivielregtelike verwantskap (*agnatio*) of bloedverwantskap (*cognatio*) aan sy heerskappy onderworpe is. Sy heerskappy het bestaan uit:

- (i) *Manus* oor sy *materfamilias* met wie hy *cum manu* getroud is.<sup>19</sup> Reeds in Gaius se tyd was die *matrimonium cum manu* egter in onbruik.<sup>20</sup>
- (ii) *Patria potestas* oor sy kinders (*filiifamilias*, *filiaefamilias*) en hul desendente.<sup>21</sup> Hulle was *personae alieni juris*.
- (iii) *Dominica potestas* oor sy slawe.<sup>22</sup>

'n *Paterfamilias* kon sy nalatenskap by wyse van testament maak aan wie hy wou. Hy was nie verplig om sy nalatenskap aan sekere persone na te laat nie maar dan moes hy eers sekere persone, naamlik sy *heredes sui* of *heredes necessarii*, onterf alvorens hy dit kon doen.<sup>23</sup> Die onterwing van die *heredes sui* of *heredes necessarii* was derhalwe 'n voorvereiste vir die algehele testeervryheid van die *paterfamilias* in die Romeinse reg. 'n *Paterfamilias* se *sui heredes* het bestaan uit diegene wat *personae sui juris* by sy dood word, soos sy *uxor in manu*, sy *filiifamilias*, sy *filiaefamilias* en sy aangenome kinders wat onder sy *patria potestas* ten tye van sy dood was,<sup>24</sup> asook sy slawe

<sup>15</sup>Gaius *Inst* 2,116, *D* 28.5.1.1.

<sup>16</sup>*Cod* 6.23.15,24.

<sup>17</sup>Gaius *Inst* 1,55, *Inst* 1.9.2, *D* 1.6.4.

<sup>18</sup>*D* 50.16.195.1-4.

<sup>19</sup>Gaius *Inst* 1,49,108,109,115.

<sup>20</sup>Gaius *Inst* 1,110, Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 2de druk p. 449.

<sup>21</sup>Gaius *Inst* 1,49,55, *Inst* 2.8 *pr*, *Inst* 2.9 *pr*, *D* 1.6.3,4.

<sup>22</sup>Gaius *Inst* 1,49, *Inst* 2.8 *pr*, *Inst* 2.8.1, *D* 1.6.1.1.

<sup>23</sup>Bonfante *Grondbeginselen van het Romeinsche Recht* 1919 p. 642, Van Oven *op. cit.* p. 556, Hunter *Roman Law* 2de druk p. 774-775.

<sup>24</sup>Gaius *Inst* 2,156-159, *Inst* 2.19.2, *D* 38.16.1.2. Wanneer 'n *paterfamilias* sterf word sy seun 'n *paterfamilias* en kom laasgenoemde se kinders onder sy *patria potestas* te staan. *D* 50.16.195.2. Dog 'n kleinseun (*nepos*) wie se vader oorlede is of emansipeerd is, sal by die dood van sy grootvader *sui juris* word en 'n *heres suus* van sy grootvader wees. Gaius *Inst* 1,127, 2,156, *Inst* 2.19.2.

wat onder sy *dominica potestas* ten tye van sy dood was en aan wie hy hul vryheid bemaak het.<sup>25</sup> Hulle was sy *heredes necessarii* omdat hy hulle nie stilswyend oor die hoof kon sien as sy erfgename in sy testament nie, ofskoon hy hul uitdruklik kon onterf, en hulle kon die erfopvolging nie weier nie. Die erfopvolging van *heredes necessarii*, hetsy *ex testamento* hetsy *ab intestato*, het van regsweë outomaties (*ipso jure*) plaasgevind op die oomblik van die erflater se dood sonder dat formele aanvaarding (*aditio*) deur hulle van hul erfenisse vereis was.<sup>26</sup> Die *heredes necessarii* het derhalwe van regsweë *ex testamento* of *ab intestato* geërf ongeag of hulle wou of nie (*sive velint sive nolint*). Dit kon natuurlik noodlottig wees waar die erflater se boedel insolvent was (*hereditas damnosa*). Die praetor het hul egter te hulp gekom en onder Justinianus het hulle dan ook 'n *spatium deliberandi* om te besluit of hulle die erfenisse wou aanvaar of nie.<sup>27</sup>

Alle erfgename anders as *heredes necessarii* was bekend as *heredes voluntarii*.<sup>28</sup> Hulle was *heredes extranei* omdat hulle nie onder die *patria potestas*, *manus* of *dominica potestas* van die erflater ten tye van sy dood was nie. Hulle kon as erfgename deur testament benoem word en hulle het steeds 'n *spatium deliberandi* gehad waarin hulle kon besluit of hulle hul testamentêre erfenisse wou aanvaar of nie.<sup>29</sup>

Indien 'n *paterfamilias* sy *filiusfamilias* wou onterf dan moes hy dit in sy testament uitdruklik doen deur die betrokke *filiusfamilias* by sy naam te noem (*nominatim*), bv. *Titius filius meus exheres esto*.<sup>30</sup> Dog waar 'n *paterfamilias* slegs een *filiusfamilias* gehad het en hy hom wou onterf dan kon hy dit uitdruklik doen sonder om sy naam te vermeld, bv. *filius meus exheres esto*.<sup>31</sup> Geskied die onterwing van 'n *filiusfamilias* nie uitdruklik op hierdie wyses nie, is die testament ongeldig. Gevolglik waar 'n *paterfamilias* in sy testament sy *filiusfamilias* oor die hoof sien (*silentio praeteritus*) en hom sodoende stilswyend onterf, is sy testament nietig.<sup>32</sup>

Wat 'n *paterfamilias* se ander *sui heredes* (d.w.s. *sui heredes* anders as *filiusfamilias*) betref, kon hy hul uitdruklik as 'n groep persone (*inter ceteros*) sonder om hul spesifiek by hul name te noem, onterf.<sup>33</sup> Die praetor het egter verlang dat hulle òf spesifiek by name (*nominatim*) òf as 'n groep persone (*inter ceteros*) onterf word.<sup>34</sup> Dog indien 'n

<sup>25</sup>Gaius *Inst* 2,153, *Inst* 2.19.1.

<sup>26</sup>Gaius *Inst* 2,153-157, *Inst* 2.19.1-2, *D* 28.2.11, *D* 38.16.14.

<sup>27</sup>Gaius *Inst* 2,158, *Inst* 2.19.2.

<sup>28</sup>Gaius *Inst* 2,161, *Inst* 2.19.3.

<sup>29</sup>Gaius *Inst* 2, 162, *Inst* 2.19.5, *D* 28.7.12.

<sup>30</sup>Gaius *Inst* 2,127, *Inst* 2.13.1, *D* 28.2.1.

<sup>31</sup>Gaius *Inst* 2,127, *Inst* 2.13.1, *D* 28.2.2.

<sup>32</sup>Gaius *Inst* 2,123, *Inst* 2.13 *pr*.

<sup>33</sup>Gaius *Inst* 2,128, *Inst* 2.13 *pr*.

<sup>34</sup>Gaius *Inst* 2,129.

*paterfamilias* hulle in sy testament oor die hoof sou sien en sodoende stilswyend onterf, dan was sy testament as gevolg daarvan nie nietig nie en het hulle dan tog geërf en wel op die volgende wyse:

- (i) Waar die testament wel die erfinstelling van sommige *sui heredes* bevat, erf die *praeteritae personae* hoofdelik (*pars virilis*) met die ingestelde *sui heredes*.
- (ii) Waar die testament die erfinstelling van *extranei heredes* bevat, erf die *praeteritae personae* helfte van die erflater se nalatenskap hoofdelik terwyl die *extranei heredes* die ander helfte van die nalatenskap erf.
- (iii) Waar die testament die erfinstelling van sommige *sui heredes* asook van *extranei heredes* bevat, dan erf die *praeteritae personae* hoofdelik met die *sui heredes* terwyl hul saam met die *extranei heredes* die ander helfte van die nalatenskap erf.<sup>35</sup>

Die praetor het aan die *praeteritae personae* die *possessio bonorum contra tabulas* binne 1 jaar verleen sodat die testament geldig bly terwyl die ander beskikkings in die testament gehandhaaf word.<sup>36</sup>

Justinianus het onterwing egter vereenvoudig deurdat alle *sui heredes* as erfgename ingestel moes word, anders moes hul uitdruklik onterf word. Waar hul stilswyend onterf word, is die testament nietig.<sup>37</sup> Op hierdie wyse is die onterwing van 'n *filiusfamilias* dieselfde as dié van die ander *sui heredes* van 'n *paterfamilias*.

*Filiifamilias* en *filiaefamilias* kon as *personae alieni juris subjectae* geen testamente maak nie.<sup>38</sup> Met verloop van tyd is 'n beperkte testeerbevoegdheid aan *filiifamilias* verleen. Keiser Augustus het 'n *filiusfamilias* wat in krygsdiens is, toegelaat om selfstandig 'n testament te maak waarin hy oor sy *peculium castrense* beskik. Hierdie bevoegdheid is deur keiser Hadrianus uitgebrei tot *filiifamilias* wat oud-soldate was.<sup>39</sup> Keiser Justinianus het dit nog verder uitgebrei deur 'n *filiusfamilias* toe te laat om by testament oor sy *peculium quasi castrense* te beskik,<sup>40</sup> maar selfs onder Justinianus kon 'n *filiusfamilias* nog steeds nie oor sy *peculium adventitium* by wyse van testament beskik nie - al stem sy *paterfamilias* daartoe in.<sup>41</sup> Ons wil verder daarop wys dat selfs in die gevalle waar 'n *filiusfamilias* as erflater 'n beperkte testeerbevoegdheid gehad het, was sy ingestelde erfgename *extranei*

<sup>35</sup>Gaius *Inst* 2,124-125, *Inst* 2.13.3.

<sup>36</sup>Gaius *Inst* 2,135, *Inst* 2.13.3.

<sup>37</sup>*Inst* 2.13.5, *Cod* 6.28.6-8.

<sup>38</sup>*Inst* 2.12. *pr.*, *Inst* 2.19.4.

<sup>39</sup>*Inst* 2.12. *pr.*

<sup>40</sup>*Inst* 2.12. *pr.*

<sup>41</sup>*D* 28.1.6 *pr.*

*beredes* al was hulle sy eie kinders, omdat hyself geen *patria potestas* gehad het nie.

Wat betref die testeerbevoegdheid van Romeinse vroue wat *sui juris* was, kon hul volgens die ou *jus civile* geen testamente maak nie.<sup>42</sup> Hulle het geen *testamenti factio activa* gehad nie. Wanneer 'n *paterfamilias* sterf, het sy *uxor in manu* en sy *filiaefamilias* wel *sui juris* geword maar volgens die ou *jus civile* het vroue, wat nie onder die gesag van 'n *paterfamilias* of 'n eggenoot gestaan het nie, onder *tutela perpetua mulierum* te staan gekom. Keiser Hadrianus (117-138 A.D.) het wel aan vroue wat *sui juris* was en bo 12-jarige leeftyd (*puberes*) was die bevoegdheid verleen om *auctoritate tutoris* testamente te maak.<sup>43</sup> Aangesien die *Leges Julia et Papia Poppaea* van keiser Augustus vroue wat die *ius liberorum* gehad het, vrygestel het van *tutela perpetua mulierum*,<sup>44</sup> het dit gevolg dat vroue wat *sui juris* was en bo die leeftyd van 12 jaar was, sedert keiser Hadrianus testamente op hul eie kon maak indien hulle die *ius liberorum* gehad het. Bowendien het die *tutela perpetua mulierum* reeds in die 4e eeu A.D. geheel en al in onbruik geraak sodat Justinianus dit nie meer in sy kodifikasie vermeld nie.<sup>45</sup> Onder Justinianus was vroue wat *sui juris* en *puberes* was derhalwe wel volkome testeerbevoeg. In hierdie verband moet daarop egter gelet word dat 'n vrou nooit *patria potestas* kon hê nie en gevolglik kon sy nooit *sui beredes* hê nie.<sup>45a</sup> 'n Vrou se ingestelde erfgename was derhalwe *extranei beredes* al was hulle haar eie kinders. Gevolglik kon 'n vrou as erflaatster haar eie kinders stilswyend onterf deur hulle nie as haar erfgename in te stel nie.<sup>46</sup>

Uit die voorgaande blyk dit dan dat indien 'n *paterfamilias* die formele vereistes van onderwing (*exhereditatio*) behoorlik nagekom het, het sy *sui beredes* volgens die *jus civile* geen regres gehad nie ofskoon hul onderwing volkome onbillik mag gewees het. Insgelyks waar 'n *materfamilias* haar eie kinders uitdruklik of stilswyend onterf het, het hulle ook geen regres gehad nie ongeag hoe onbillik hul onderwing ook al mag gewees het.

Die Romeinse reg het vervolgens op tweërlei maniere te werke gegaan om die posisie van erfgename teen onderwing te beskerm, naamlik deur gebruikmaking van die *quarta Falcidia* en die *portio legitima*.

Soos ons weet, was die eksekuteur as beredderaar van 'n bestorwe boedel onbekend aan die Romeine. Waar 'n erflater in sy tes-

<sup>42</sup>Van Oven *op. cit.* p. 534.

<sup>43</sup>Gaius *Inst* 2,112,113 en 118.

<sup>44</sup>Gaius *Inst* 1,145 en 194.

<sup>45</sup>Van Oven *op. cit.* p. 496.

<sup>45a</sup>D 38.16.13.

<sup>46</sup>Gaius *Inst* 2,161, *Inst* 2.13.7, Hunter *op. cit.* p. 779, Van Oven *op. cit.* p. 559.

tament of kodisil legate bemaak het, was die ingestelde erfgename belas met die uitkeer van die legate. Dit kon selfs gebeur dat 'n erflater sy hele nalatenskap by wyse van legate bemaak het, sodat sy ingestelde erfgename niks geërf het nie en as 't ware *de facto* onterf was. Daarom het die *Lex Falcidia* van 40 v.C. 'n erflater verbied om meer as drievierdes van sy nalatenskap te legateer sodat sy ingestelde erfgename minstens 'n kwart (*quarta Falcidia*) van sy nalatenskap moes erf.<sup>47</sup> Op hierdie wyse het die *Lex Falcidia* testamentêre erfgename beskerm teen *de facto* onterwing. In die klassieke Romeinse reg was enige ooreenkoms of testamentêre bepaling wat 'n ingestelde erfgenaam sy aanspraak op die *quarta Falcidia* wou ontnem, nietig.<sup>48</sup> Justinianus het dit egter verander deurdat 'n ingestelde erfgenaam hom alleen op die *quarta Falcidia* kon beroep indien hy 'n boedelinventaris opgestel het.<sup>49</sup> Wat meer is, Justinianus het 'n erflater toegelaat om sy ingestelde erfgenaam te verbied om hom op die *quarta Falcidia* te beroep.

Die legitieme porsie (*portio legitima*) het in die Romeinse reg ter beskerming van intestate erfgename teen *de jure* onterwing ontstaan en ontwikkel. Daar het aan die einde van die republiek 'n baie sterk reaksie teen die onterwing deur 'n *paterfamilias* of 'n *materfamilias* van sy of haar kinders (*liberi*) ontstaan. Die opvatting was naamlik dat dit in stryd met die fatsoensplig (*contra pietatis officia*) was vir 'n erflater of erflaatster om sy of haar nalatenskap aan vreemde persone (*extranei*) te bemaak ten koste van sy of haar kinders en verdere desendente.<sup>50</sup> Nieteenstaande die feit dat 'n testament, waarin 'n erflater sy kinders of verdere desendente met behoorlike nakoming van die formele vereistes van onterwing (*exhereditatio*) onterf het of waarin 'n erflaatster haar kinders of verdere desendente stilswyend onterf het (*praeteritio*), regtens volkome regsgeldig was, was dit tog geag 'n onbehoorlike testament te wees (*testamentum inofficiosum licet jure perfectum*).<sup>51</sup> So 'n onbehoorlike testament (*testamentum inofficiosum*) was regsgeldig maar vernietigbaar, hetsy in sy geheel hetsy gedeeltelik, soos ons sal aantoon. Die onterfde intestate erfgenaam kon die onbehoorlike testament aanval as hy wou, maar was nie verplig om dit te doen nie.<sup>52</sup>

Aanvanklik kon die onterfde intestate erfgenaam voor die *centumviri* sy intestate erfporisie met die *hereditatis petitio* opeis en sodoende die onbehoorlike testament nietig laat verklaar.<sup>53</sup> Na die verdwyning

<sup>47</sup>Gaius *Inst* 2,227, *Inst* 2.22 *pr*, *D* 35.2.1 *pr*.

<sup>48</sup>*D* 35.2.27.

<sup>49</sup>Nov 1 c.2.

<sup>50</sup>*Inst* 2.18 *pr*, *D* 5.2.3,5.

<sup>51</sup>*Cod* 3.28.16.

<sup>52</sup>*D* 5.2.23.1,31.3, *Cod* 3.28.8.1.

<sup>53</sup>*D* 5.2.13,17 *pr*.

van die *centumviri* word die *querella inofficiosi testamenti* gebruik. Oor die wyse waarop die *querella inofficiosi testamenti* ontstaan het, heers daar onsekerheid en verskil van mening waarop ons nie hier hoof in te gaan nie.<sup>54</sup>

Wat wel vasstaan is dat die *querella inofficiosi testamenti* uit hoofde van onbillike of onregverdige onderwing (*iniqua exheredatio*) aan 'n erflater se onderfde intestate erfgename toegekome het.<sup>55</sup> Die rangorde waarin laasgenoemde in aanmerking gekome het om hierdie regs-middel aan te wend, was: in die eerste plek die erflater se kinders (*liberi*), insluitende *postumi*, en verdere desendente; en tweedens, by gebrek aan desendente, die erflater se assendente in die vaderlike sowel as die moederlike linie.<sup>56</sup> In die naklassieke Romeinse reg word dit uitgebrei na broers en susters wat dieselfde vader as die erflater gehad het waar hulle ter wille van *turpes personae* onderf is.<sup>57</sup>

Die legitieme porsie (*portio legitima*) het 'n uiters belangrike rol gespeel by die instel van die *querella inofficiosi testamenti*. In nabootsing van die *quarta Falcidia* word die *portio legitima* gestel op 'n kwart van die intestate erfporisie wat die onderfde intestate erfgenaam sou geerf het indien die erflater intestaat gesterf het.<sup>58</sup> Waar 'n erflater derhalwe aan sy kind wel 'n kwart van sy intestate erfporisie by wyse van 'n legaat bemaak het, kon die kind nie die *querella inofficiosi testamenti* gebruik nie.<sup>59</sup> Daarenteen indien 'n erflater aan sy kind minder as sy legitieme porsie bemaak het of indien 'n erflater sy kind geheel en al onderf het, kon die kind wel die *querella inofficiosi testamenti* instel.

Volkome tereg het Voet (1647-1713) 5.2.4 die *querella inofficiosi testamenti* bestempel as: *est enim species petitionis hereditatis*. 'n Eiser (*querens*) wat die *querella inofficiosi testamenti* instel, moes in die eerste plek bewys dat hy 'n reg het om intestaat van die erflater te erf (*ius succedendi ab intestato*) en tweedens dat hy onverdiensdelik onderf is of onverdiensdelik minder as sy *portio legitima* bemaak is: *immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*.<sup>60</sup> Dit moes ingestel word teen die testamentêre erfgenaam en nie teen die legata-

<sup>54</sup>Raadpleeg Voet 5.2.4 en Noodt *ad D* 5.2.

<sup>55</sup>*Promptuarium Juris Novum* band 6 *s.v.* *Querella Inofficiosi Testamenti* nr. 2: *Iniqua exheredatio, quae fundamentum est querellae inofficiosi testamente intuitu descendentium atque ascendentium adest, si iusta quidem causa expressa est, sed in facto falsa.*

<sup>56</sup>*Inst* 2.18.1,2, *D* 5.2.1,3,6.

<sup>57</sup>*Inst* 2.18.1, *Cod* 3.28.27. Raadpleeg Voet 5.2.10 oor die vraag wie as 'n *turpis persona* beskou is.

<sup>58</sup>*D* 5.2.8.6.

<sup>59</sup>*Inst* 2.18.6.

<sup>60</sup>*D* 5.2.5.

risse nie.<sup>61</sup> Die bewyslas was dan op die testamentêre erfgenaam as verweerder om aan te toon dat daar redelike gronde vir die eiser (*querens*) se onderwing deur die erflater was.<sup>62</sup> Wat redelike gronde vir onderwing was, is nie in die klassieke Romeinse reg duidelik omlyn nie, maar het van die besondere omstandighede afgehang. Slaag die eiser egter nie dan verbeur hy bowendien wat ook al aan hom in die testament deur die erflater bemaak was.<sup>63</sup> Wat meer is, 'n onterfde intestate erfgenaam kon nie aanspraak op sy *portio legitima* benewens die *quarta Falcidia* maak nie.<sup>64</sup>

Slaag die eiser (*querens*) egter met die *querella inofficiosi testamenti* dan word hy geregtig op sy volle intestate erfporisie. Daar het egter groot verskil van mening geheers oor wat die uitwerking van die suksesvolle instel van die *querella inofficiosi testamenti* op die erflater se testament en die vererwing van sy nalatenskap was. In *Promptuarium Juris Novum*<sup>65</sup> word dit soos volg gestel:-

„In quaestione, quo effectu testator, infirmato eius per querellam inofficiosi testamento, intestatus fiat, et quo sensu nunc successio ab intestato obtineat, non una omnium Doctorum est sententia. Distinguendus est casus, quo is, qui ius movendae querellae habet, partem suam, ab intestato debitam, petit, ut hactenus solum testator pro parte intestatus fiat ab illo casu, quo querens in solidum agit et totum rescindit testamentum. Si prius, omnes fere Jurisconsulti consentiunt, victoriam actoris non prodesse aliis coheredibus ab intestato, quum id in querella inofficiosi receptum, ut pro parte quis intestatus fieri possit. Si vero posterius, alii inter successionem ab intestato simplicem, sive ordinariam, cui omnino, non facto testamento, aut facto quidem, sed nullo, aut rupto, aut irrito, aut destituto, locus datur, quae normam ab Justiniano in Novella 118 accepit et inter successionem ab intestato extraordinariam, quae, rescisso per querellam inofficiosi testamento, obtinet, distinguentes, victoriam agentis et obtinentis aliis, qui in successione quidem ab intestato ordinaria coheredes fuissent, sed quibus querella non competivit, non prodesse censent ideoque hereditatem soli alii ab intestato vindicant, qui ius successionis ab intestato et simul querellam habuit. Alii illud, quod querella inofficiosi testatorem ad causam intestati reducat, ita accipiendum esse dicunt, quod successio ad actorem, qui intestato fuerat successurus, devolvatur, non vero quod omnes, qui ab intestato ius habebant, per querellam successionem admoveantur. Proinde, rescisso per patrem testamento, portiones, fratribus ab intestato debitas patri non ad crescere, sed penes scriptum heredem manere, patremque suum ius suamque partem, ab intestato debitam, duntaxat acquirere nec in querella inofficiosi insolens esse, ut testator ex post facto partim testatus, partim intestatus intelligatur. Alii denique victoriam reliquis etiam in successione ab intestato coheredibus, licet his querella non competierit, prodesse statuunt, atque, rescisso testamento,

<sup>61</sup>Voet 5.2.12; *Promptuarium Juris Novum* band 6 s.v. *Querella Inofficiosi Testamenti* nr. 6: Querella inofficiosi contra heredes tantum et qui in heredis locum intrant non contra legatarios conceditur.

<sup>62</sup>Cod 3.28.19,23,28 pr.

<sup>63</sup>D 5.2.8.14.

<sup>64</sup>D 5.2.8.9.

<sup>65</sup>Band 6 s.v. *Querella Inofficiosi Testamenti* nr. 16.



hereditatem ex norma successionis ab intestato, in Novella 118 praescripta, dividendam esse, iudicant. Quae posterior sententia magis firmata videtur et in foro recepta est.”

Wat die effek van die suksesvolle instel van die *querella inofficiosi testamenti* op die testament van die erflater is, sal daarvan afhang of die eiser se intestate erfporsie slegs ’n deel van die erflater se nalatenskap sal vorm of die hele nalatenskap sal uitmaak. Dit sal ook daarvan afhang of die testamentêre erfgenaam ’n vreemde persoon (*extraneus*) of ’n *suus heres* is. So is dit moontlik in ’n bepaalde geval dat die testamentêre erfinstelling geheel en al verval, sodat die testament vernietig word en die hele nalatenskap intestaat vererwe.<sup>66</sup> Dit was egter ook moontlik dat die testamentêre erfinstelling van die erflater se ander kinders as testamentêre erfgename wat nie rede het om hul op die *querella inofficiosi testamenti* te beroep nie, bly staan sodat die testament slegs gedeeltelik vernietig word, in welke geval ’n mens dan erfopvolging deels intestaat en deels testaat kry (*pro parte ex testamento, pro parte ab intestato*).<sup>67</sup> Dit was dan ’n uitsondering op die Romeins-regtelike beginsel dat niemand deels testaat en deels intestaat kon sterf nie (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*).<sup>68</sup> Dit was ook moontlik dat die testamentêre erfinstelling van vreemde persone (*extranei*) slegs gedeeltelik verval vir sover as wat nodig is om die onderfde intestate erfgenaam sy intestate erfporsie te besorg.<sup>69</sup> ’n Mens moet derhalwe veral daarteen waak om sonder meer aan te neem dat die *querella inofficiosi testamenti* in alle gevalle die vernietiging van die testament in sy geheel meebring het en sodoende die intestate vererwing van die erflater se hele nalatenskap tot gevolg gehad het.

Die *querella inofficiosi testamenti* moes binne 5 jaar nadat die testamentêre erfgenaam sy testamentêre erfenis aanvaar het, ingestel word.<sup>70</sup>

Dit is gepas om hier kortliks te wys op die belangrikste verskille tussen die *petitio hereditatis* en die *querella inofficiosi testamenti*. Die *petitio hereditatis* is ’n aksie wat ’n erfgenaam, hetsy ’n testamentêre erfgenaam hetsy ’n intestate erfgenaam, instel om sy erfenis of enige deel daarvan op te eis van ’n verweerder wat dit wederregtelik van hom weerhou.<sup>71</sup> Die twispunt is dan of die eiser of die verweerder ’n reg op die erfenis het. Daarenteen kan die *querella inofficiosi testamenti* slegs deur ’n onderfde intestate erfgenaam ingestel word en slegs teen die testamentêre erfgenaam, ongeag of laasgenoemde in besit van

<sup>66</sup>D 5.2.8.16.

<sup>67</sup>D 5.2.15.2,19,24, Cod 3.28.13.

<sup>68</sup>D 50.17.7.

<sup>69</sup>D 31.76 pr, Cod 3.28.13.

<sup>70</sup>D 5.2.8.17, 9, Cod 3.28.16, 34.1, 36.2.

<sup>71</sup>D 5.3.1,4,9, Cod 3.31.7.

die intestate erforsie is of nie. Ons verwys weer na *Promptuarium Juris Novum*<sup>72</sup>:-

„Querella inofficiosi est hereditatis petitio. Nam (1) non potest aliquis instituere querellam inofficiosi, nisi ei hereditas defuncti ab intestato competit, haecque etiam est causa, cur agnoscere debuerit bonorum possessionem litis ordinandae causa. D. 5.2.6.2,7,8 pr. (2) Clare id docent D. 5.2.8.8,20,21 ac D. 37.4.20. Distinguit (3) Imperator Cod. 3.28.34 querellam inofficiosi reliquis ab hereditatis petitionibus solum in eo, quod ex nomine de inofficioso testamento instituitur. A sententia hac alieni sunt quia illa solum sit iudicium rescindens, a rescissorio diversum: petitio hereditatis vel sit ex testamento, vel ab intestato, querella autem nec sit ex testamento, nec ab intestato, hereditatis petitio contra quemvis obtineat, qui pro herede, vel possessore possideat: querella autem instituitur contra heredem scriptum etsi non possideat. Actor in hereditatis petitione, si vincat, consequitur hereditatem, hac autem non semper efficiat victoria actoris in querella inofficiosi.”

Justinianus het egter belangrike wysigings met betrekking tot die *portio legitima* aangebring. Hy het die grootte van die *portio legitima* afhanklik gemaak van die aantal intestate erfgename wat daarop geregtig is. In 536 A.D. het hy in *Novella* 18 c. 1 verorden dat waar 'n erflater vier of minder kinders het, moet hy 'n derde van sy nalatenskap aan hulle nalaat en waar 'n erflater meer as vier kinders het, dan moet hy helfte van sy nalatenskap aan hulle nalaat. Dit beteken dat waar 'n erflater vier kinders het, is 'n kind se legitieme porsie  $\frac{1}{12}$  van die nalatenskap; waar hy drie kinders het, is 'n kind se legitieme porsie  $\frac{1}{9}$  van die nalatenskap; waar hy twee kinders het, is 'n kind se legitieme porsie  $\frac{1}{6}$  van die nalatenskap; waar hy slegs een kind het, is die legitieme porsie  $\frac{1}{3}$  van die nalatenskap; waar hy vyf kinders het, is 'n kind se legitieme porsie  $\frac{1}{10}$  van die nalatenskap en waar hy ses kinders het, is 'n kind se legitieme porsie  $\frac{1}{12}$  van die nalatenskap.

Waar 'n erflater aan sy kind minder as sy legitieme porsie bemaak het, verleen Justinianus aan die kind 'n *actio ad supplendam legitimam* om sy legitieme porsie aan te vul met inkorting van die ander testamentêre erfinstellings.<sup>73</sup> Dit beteken dat die betrokke bemaking aangevul word tot die omvang van die legitieme porsie. Dog waar die erflater sy kind onterf het, maak laasgenoemde van die *querella inofficiosi testamenti* gebruik.

Justinianus het ook in 542 A.D. in *Novella* 115 c. 3 veertien geoorloofde redes vir onterwing van kinders deur 'n ouer voorgeskryf. In *Novella* 115 c. 4 word die agt geoorloofde redes vir die onterwing van 'n ouer deur sy kind as erflater aangetref. Die drie geoorloofde redes vir die onterwing van 'n erflater se broers en susters is te vind in *Novella* 22 c. 47. Met hierdie wetgewing het Justinianus

<sup>72</sup>Band 6 s.v. *Querella Inofficiosi Testamenti* nr. 1.

<sup>73</sup>*Inst* 2.18.3, *Cod* 3.28.30. Raadpleeg ook Voet 5.2.66-71.

regsekerheid met betrekking tot wat redelike gronde vir onderwing daarstel, gebring. Indien 'n erflater voortaan 'n intestate erfgenaam van hom wil onderf wat van hom sou erf indien hy sonder testament sou sterf, dan moet hy sodanige intestate erfgenaam uitdruklik in sy testament onderf met vermelding van die rede vir die onderwing. Doen hy dit nie dan kan die onderfde intestate erfgenaam met die *querella inofficiosi testamenti* sy volle intestate erfposisie eis terwyl die testamentêre erfinstellings van die erflater verval, maar bemakings van legatêre, fideicommissêre, benoemings van voogde en vrylatings van slawe bly van krag.<sup>74</sup> 'n Erflater was derhalwe verplig om sy intestate erfgename wat van hom sou erf indien hy hul nie weens een of ander van die voorgeskrewe en geoorloofde redes uitdruklik onderf het nie. Sodoende het die Justiniaanse Romeinse reg beperkte testeervryheid as grondslag gehad. Dit was ook nie voldoende om aan die intestate erfgenaam bloot sy legitieme posisie by wyse van legaat te bemaak nie.

Ten einde te voorkom dat 'n erflater die *querella inofficiosi testamenti* ontduik deur *donationes mortis causa* te maak, kon die *querella inofficiosi donationis* teen oormatige *donationes mortis causa* gebruik word.<sup>75</sup> Insgelyks kon die *querella inofficiosae dotis* teen die gee van 'n oormatige bruidskat aangewend word.<sup>76</sup>

Uit die voorgaande ontwikkelingsgeskiedenis van die *querella inofficiosi testamenti* blyk dat dit eintlik 'n billikheidsremedie was waarop 'n testateur se intestate erfgename wat van hom sou geërf het indien hy intestaat sou gesterf het, hul kon beroep *ex causa de inofficioso*, omdat hulle op 'n onbillike wyse (*inique*) of sonder redelike gronde (*sine justa causa*) onderf is of oor die hoof gesien is (*exheredati praeteritive*). Dit word ingestel teen die testamentêre erfgenaam of erfgename. Slaag die *querens* met die *querella inofficiosi testamenti* dan kan dit die gevolg teweegbring dat òf die hele testament vernietig word òf slegs 'n gedeelte van die testament vernietig word, na gelang die omstandighede, sodat die *querens* sy intestate erfposisie kan erf. Dit is die rede waarom Noodt (1647-1725) die *querella inofficiosi testamenti* beskou: *cum vero sit hereditatis petitio ex causa de inofficioso*.<sup>77</sup> Dit volg dan dat waar daar 'n *justa causa exheredationis* was, die *querella inofficiosi testamenti* nie kan slaag nie.

Die regsbronne vermeld dat wanneer kinders van 'n testateur van die *querella inofficiosi testamenti* gebruik gemaak het, hulle sou

<sup>74</sup>Nov 115 c. 3 *in fine* asook c. 4 *in fine*.

<sup>75</sup>D 31.87.3, Cod 3.29.5.

<sup>76</sup>Cod 3.30.

<sup>77</sup>Ad D 5.2.

aangevoer het dat hul ouer as testateur by die maak van sy testament nie by sy volle verstand (*sana mens*) was nie omdat hy hul onterf het of oor die hoof gesien het, terwyl geen ouer wat by sy volle verstand was so iets sou gedoen het nie.<sup>78</sup> Dit is waarskynlik ter wille van retoriese effek gedoen, want indien die testateur werklik nie by sy volle verstand was nie sou sy testament as gevolg van sy gebrek aan tesseerbevoegdheid nietig gewees het, sodat daar dan geen noodsaak sou gewees het om 'n beroep op die *querella inofficiosi testamenti* te doen nie.

Die Romeinse soldate-testament (*testamentum militare*) verdien kortliks vermeld te word. Soos bekend, was dit geldig indien die *miles* as testateur op aktiewe diens gesterf het of indien hy binne 'n jaar nadat hy opgehou het om aktiewe diens te doen, gesterf het.<sup>79</sup> Dit was 'n bevoorregte testament nie alleen met betrekking tot testamentêre formaliteite nie<sup>80</sup> maar ook ten aansien van die regsbeginsels met betrekking tot erfinstelling, onderwing,<sup>81</sup> *quarta Falcidia*<sup>82</sup> en *portio legitima*. Wat vir ons van belang is, is die feit dat die *querella inofficiosi testamenti* nie teen 'n soldate-testament gerig kon word nie.<sup>83</sup>

Ter afronding moet ons nog wys op die posisie van die *postumi*. Volgens die *ius civile* moes 'n erfgenaam bevoeg wees om te erf (*testamenti factio passiva*) op die oomblik waarop die testament gemaak is, op die oomblik waarop die erfenis vestig (*delatio*) en vanaf vestiging van die erfenis tot aanvaarding (*aditio*) van die erfenis.<sup>84</sup> Vandaar die adagium: *Incerta persona heres institui non potest*. Die *postumi* was *incertae personae*<sup>85</sup> en daarom kon hul aanvanklik nòg as testamentêre erfgename ingestel word nòg onterf word. *Postumi* was kinders van 'n testateur wat gebore is na die maak van sy testament of na die dood van die testateur.<sup>86</sup> *Postumi sui* is diegene wat gebore word na die maak van die testament of na die testateur se dood en wat *sui heredes* van die testateur sou gewees het indien hul reeds gebore was toe die testament gemaak is.<sup>86a</sup> Daarenteen is *postumi extranei* diegene wat wanneer hul gebore word nie *sui heredes* van die testateur is nie.<sup>87</sup> Die *postumi extranei* word ook *postumi alieni* genoem. Aanvanklik kon 'n

<sup>78</sup>*Inst* 2.18 *pr*, *D* 5.2.2,5.

<sup>79</sup>*Inst* 2.11.3, *D* 29.1.26, 38 *pr*, *Cod* 6.21.17.

<sup>80</sup>Gaius *Inst* 2,109, *Inst* 2.11 *pr*, 1, *D* 29.1.1 *pr*, *Cod* 6.21.3.

<sup>81</sup>*Inst* 2.13.6, *D* 29.1.7,8,33.2.

<sup>82</sup>*D* 29.1.17.4, *Cod* 6.21.12.

<sup>83</sup>*D* 5.2.8.4, 27.2, *Cod* 3.28.9,24.

<sup>84</sup>*Inst* 2.19.4, *D* 28.5.6.2, 50(49).1, 60(59).4.

<sup>85</sup>Gaius *Inst* 2,242.

<sup>86</sup>*D* 28.3.3.1, 12 *pr*.

<sup>86a</sup>Gaius *Inst* 1,147, *Inst* 1.13.4.

<sup>87</sup>Gaius *Inst* 2,241, *Inst* 2.20.26.

testateur nòg *postumi sui* nòg *postumi extranei* as erfgename in sy testament benoem.

Waar 'n *postumus suus* gebore word, het dit tot gevolg dat die testateur se testament nietig is (*postumi testamentum agnatione rumpunt*).<sup>88</sup> Die feit dat 'n testateur sy *postumi sui* oor die hoof gesien het by die benoeming van sy erfgename en hul sodoende stilswyend onterf het, het nietigheid van sy testament meegebring. In die praktyk was dit 'n wesenlike gevaar vir 'n Romeinse testateur dat daar na die maak van sy testament of na sy dood steeds 'n *postumus suus* gebore kon word, as gevolg waarvan sy testament nietig sou wees. Waar die *postumus suus* egter voor die testateur oorlede is, het die praetor die *possessio bonorum secundum tabulas* aan die testamentêre erfgename verleen, sodat die betrokke testament tog in die praktyk gehandhaaf kon word.<sup>89</sup>

Teen die einde van die republiek het Gallus Aquilius 'n formule ontwerp wat dit geoorloof gemaak het vir 'n testateur om sy kleinkinders as *postumi sui* as sy erfgename te benoem indien hul vader na die maak van die testament, maar voor die testateur, oorlede is.<sup>90</sup> Dieselfde het gegeld vir 'n testateur se agterkleinkinders en verdere desendente as *postumi sui*.<sup>91</sup> Die *Lex Junia Velleia* van 26 A.D. het dit moontlik gemaak om enige *postumus suus* wat tussen die maak van die testament en die dood van die testateur gebore word, as erfgenaam te benoem.<sup>92</sup> Deur interpretasie het die Romeinse juriste dit moontlik gemaak om enige *postumus suus*, ook dié wat na die dood van die testateur gebore word, as erfgenaam in te stel of uitdruklik te onterf.<sup>93</sup> Ofskoon hierdie ontwikkelingsproses dit moontlik gemaak het vir 'n testateur om sy *postumi sui* as erfgename in te stel of uitdruklik te onterf, het die beginsel steeds bly geld dat die geboorte van 'n *postumus suus*, wat nie as erfgenaam ingestel of uitdruklik onterf is nie, maar oor die hoof gesien is (*praeteritus*) en sodoende stilswyend onterf is, die testament van 'n testateur nietig gemaak het.<sup>94</sup> Dit het geen verskil gemaak of die *postumus suus* manlik of vroulik was nie.

Volgens die *ius civile* kon *postumi extranei* nie as erfgename benoem word nie.<sup>95</sup> Waar hulle wel as erfgename benoem is, het die praetor aan hulle die *possessio bonorum secundum tabulas* verleen, sodat hul wel in die praktyk geërf het.<sup>96</sup> Eers Justinianus het hul as testamentêre

<sup>88</sup>Gaius *Inst* 2,131, *Inst* 2.13.1.

<sup>89</sup>*D* 28.3.12 *pr.*

<sup>90</sup>*D* 28.2.29 *pr.*, 5.

<sup>91</sup>*D* 28.2.29.2.

<sup>92</sup>*D* 28.2.29.11, 12.

<sup>93</sup>*Inst* 2.13.1, *D* 28.2.4,5,6 *pr.*, 10, *D* 28.3.3 *pr.*, 5,14, *D* 28.5.48(47).1.

<sup>94</sup>*Inst* 2.13.1, *Cod* 6.12.2, *Cod* 6.29.1.

<sup>95</sup>Gaius *Inst* 2,242.

<sup>96</sup>*D* 37.11.3.

erfgename toegelaat mits hul reeds op die oomblik van die erflater se dood verwek was.<sup>97</sup>

Ons het reeds gesien dat 'n vrou volgens die *ius civile* geen *sui heredes* gehad het nie omdat 'n vrou nooit *patria potestas* kon hê nie.<sup>98</sup> Dit volg dat waar 'n testatrise geboorte skenk aan 'n kind nadat sy alreeds haar testament gemaak het dan is 'n dergelike *postumus* deur haar oor die hoof gesien (*praeteritus*) en dus stilswyend onterf. So-danige stilswyende onterwing van haar *postumus* was geldig en het nie haar testament vernietig nie.<sup>99</sup> Onder Justinianus, soos ons reeds gesien het, was 'n vrou verplig om haar kinders uitdruklik as erfgename in haar testament te benoem tensy sy hulle weens een of ander van die geoorloofde redes uitdruklik onterf het.<sup>100</sup>

Waar ons egter te doen het met 'n soldate-testament waarin die testateur sy kinders, ongeag of hulle reeds gebore is of *postumi* is, nie uitdruklik onterf nie, maar hul as *praeteriti* stilswyend onterf terwyl hy bewus daarvan is dat hy wel kinders het, dan is sodanige stilswyende onterwing gelyk aan uitdruklike onterwing, d.w.s. dit is volkome geldig.<sup>101</sup> □

(Word Vervolg)

*Vóór alles zijn het steeds de rechterlijke uitspraken, waarin de rechtskenner de bevestiging van den door hem verkondigden regel zoekt. Gewoonterecht gaat aldus voor een groot deel over in traditioneele rechtspraak. De gansche middeleeuwen door wordt dan ook de rechtspraak als het deugdelijkste middel beschouwd om het gewoonterecht te bewijzen; men twist er over of één vonnis of meer dan één noodig is om dit verband tusschen rechterlijk gewijsde en gewoonterecht aan te nemen; het verband zelf wordt niet betwist. Nog beden ten dage is in Engeland het bijzondere gezag, dat rechterlijken vonnissen daar eigen is, te vinden in de omstandigheid, indertijd door BLACKSTONE aldus omschreven: „dat zij zijn het voornaamste en het meest gezaghebbende bewijs, dat geleverd kan worden, van het bestaan van een zoodanige gewoonte, die deel van het gemeene recht vormt.”*

E. M. Meijers  
Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen

<sup>97</sup>*Inst* 3.9 *pr*, *D* 38.16.7, *Cod* 6.48.1.

<sup>98</sup>Raadpleeg voetnoot 45a hierbo.

<sup>99</sup>So 'n *praeteritus postumus* kon hom op die *querella inofficiosi testamenti* beroep. *Cod* 3.28.3 *pr*.

<sup>100</sup>*Nov* 115 c. 3.

<sup>101</sup>*Inst* 2.13.6.

# Estoppel: 'n Wyse van Eiendomsverkryging?

H. J. O. van Heerden

*Advokaat te Bloemfontein*

In die Engelse reg, sowel in die literatuur as in die regspraak, word veelal geleer dat estoppel 'n blote reël van die bewysreg is. Dat daar egter 'n wending ingetree het, val nie te betwyfel nie. Waar Spencer Bower eers geleer het dat estoppel hoegenaamd geen regswerking het nie “except as a bar to testimony,” verklaar die huidige bewerker van sy boek:

„While it may be conceded that estoppel may be correctly placed somewhere between the law of evidence and the various branches of substantive law, as *Cross* suggests; it is nevertheless suggested that its place is nearer the former than the latter.”<sup>1</sup>

Reeds in 1900 het Ewart<sup>2</sup> aangetoon dat die leerstuk van estoppel regswetenskaplik nie anders as 'n deel van die materiële reg beskou kan word nie, en hierin is hy gevolg deur onder andere De Wet.<sup>3</sup> Dieselfde houding is ingeneem deur Williston:<sup>4</sup>

„Estoppel is a rule of evidence in the same way that conclusive presumptions are rules of evidence. An estoppel, like a conclusive presumption, is a rule of substantive law masquerading as a rule of evidence . . . An estoppel is in effect a conclusive admission of the truth of a non-existent fact. This supposed fact may be essential either for a cause of action, for a defence, or for a replication. As the fact is non-existent it is obvious that the admission and nothing else supplies the requirement which otherwise would be lacking.”

Hoewel die leerstuk van estoppel aan die begin van die eeu hier te lande gerespieer is, is dit vandag 'n uitgemaakte saak dat die resepsie nie meebring dat elke enkele relevante reël en beginsel van die Engelse reg sonder meer hier toegepas moet word nie.<sup>5</sup> Dit sou dan ook sekerlik dwaas wees om stellings gegrond op 'n kasuïstiese benadering sonder meer te aanvaar, en dit bly dus die taak van die regswetenskap-

---

<sup>1</sup>Spencer Bower and Turner *Estoppel by Representation* 2de uitgawe 9.

<sup>2</sup>*Law of Estoppel* 188 e.v.

<sup>3</sup>*Estoppel by Representation in die Suid-Afrikaanse Reg* 106-7.

<sup>4</sup>*Contracts Revised Edition* V par. 1508.

<sup>5</sup>*Trust Bank of Africa Ltd v Eksteen* 1964 (3) SA 402 (A).

like en praktisyn om aan die leerstuk 'n eie Suid-Afrikaanse beslag te gee.

Dat estoppel inderdaad 'n leerstuk van die materiële reg is, word, onversigtige uitlatings ten spyte, nouliks in die Suid-Afrikaanse reg betwyfel. Daar is egter nog nooit werklik gepoog om na te gaan tot presies welke materieelregtelike konsekwensies, veral met betrekking tot eiendomsoorgang, toepassing van die leerstuk van estoppel aanleiding gee nie.

Dit gebeur dikwels dat 'n persoon besit van 'n saak verkry onder omstandighede waaronder die werklike (voormalige?) eienaar op grond van die leerstuk van estoppel verhinder word om die saak van eersgenoemde terug te eis. Indien die aanvaarde formule toegepas moet word, sou geleer moet word dat die eienaar weens sy skynverwekking verhinder word om aan te toon dat hy wel eienaar is. Soos blyk uit die passasie wat hierbo aangehaal is, het Williston dit inderdaad oor 'n „non-existent fact.” Hierdie formule veronderstel natuurlik dat die eienaar nieteenstaande die skynverwekking eienaar bly. Dit veronderstel verder dat welke handeling die besitter ook al met die saak verrig, hy en sy regsopvolgers nie eienaar van die saak word nie.

Die al of nie juistheid van 'n vooropstelling laat hom altyd goed deur die werklikheid toets. Gestel A verkry besit van 'n saak onder omstandighede waaronder die (voormalige) eienaar van die saak, B, dit vanweë die leerstuk van estoppel nie van hom kan opeis nie. In A se besit word die saak beskadig deur die nalatige optrede van C. Indien B nog eienaar van die saak is, kan A nie deliktueel teenoor C optree nie, want laasgenoemde sou tog immers nie vanweë B se skynverwekking verhinder wees om aan te toon dat B nie eienaar van die saak is nie. En as B nieteenstaande die skynverwekking en die toepaslikheid van die leerstuk nog eienaar bly, beteken dit dat A nooit eiendom van die saak aan 'n ander persoon kan oordra nie.

Gestel voorts dat 'n dief die saak van A steel en dit dan verkoop en lewer aan X wat te goeie trou handel. Indien A nie eienaar van die saak is nie, kan hy nie met die *rei vindictio* teenoor X optree nie; hy kan ook nie teenoor die onskuldige X staat maak op B se skynverwekking nie. Gevolglik kan A nie die saak van X opeis nie.

Die regsgevoel stuit teen sodanige gevolgtrekkings, en dit is dan ook, wat die Suid-Afrikaanse reg betref, geheel en al onaanvaarbaar. Ook wat die Engelse reg en aanverwante regstelsel betref, het reeds Ewart besef dat estoppel in 'n gepaste geval wel eiendomsoorgang tot gevolg kan hê, maar hy het die knoop nie heeltemal deurgehak nie. Nadat Ewart aangetoon het dat estoppel wel oorgang van 'n „equitable estate” teweegbring, het sy soos volg gekonkludeer:

„For the sake of clearness in the preceding exposition, estoppel has been treated as equivalent to 'an equity' merely; but there is much to be said in



favour of the view that estoppel by misrepresentation may frequently pass an estate.”<sup>6</sup>

In *Morum Brothers Ltd v Nepgen*<sup>7</sup> is verwys na ’n aantal gemeenregtelike skrywers in verband met die vraag of ’n eienaar wat sy saak in die besit van ’n ander laat, met die *rei vindicatio* kan ageer indien die ander voorgee dat hy eienaar is en die saak dan aan ’n derde vervreem. In die breë gestel, leer die skrywers dat die eienaar wel met die *rei vindicatio* kan ageer tensy hy die saak gelaat het in die besit van ’n verkoopsagent of ’n faktor, of tensy hy moes beseef het dat die besitter ’n onbetroubare persoon was. Hier het ’n mens te doen met ’n tipiese voorbeeld van die toepassing van die leerstuk van estoppel. Dit kom so dikwels voor dat ’n besitter nie eienaar van ’n saak is nie, dat die blote feit dat ’n eienaar sy saak in die besit van ’n ander laat, nie as skynverwekking beskou kan word nie. Laat die eienaar egter sy saak in besit van, byvoorbeeld, ’n faktor, word wel deeglik die indruk geskep dat die faktor geregtig is om die saak te vervreem, en sou die faktor dan in troubreuk teenoor die eienaar die saak aan ’n derde verkoop, kan die eienaar weens die leerstuk van estoppel nie die saak van die derde opeis nie. In sodanige geval kon die eienaar volgens ons skrywers nie sy saak vindiseer nie, en dit is redelik duidelik dat hulle aanvaar het dat die eienaar in werklikheid sy eiendomsreg verloor het. En indien dit die geval is, verg dit net ’n klein stappie om tot die gevolgtrekking te geraak dat in alle gevalle waarin ’n (voormalige) eienaar weens die leerstuk van estoppel nie sy saak kan opeis nie, die besitter in werklikheid eienaar daarvan geword het.

Die juistheid van hierdie gevolgtrekking kan ook gedemonstreer word met verwysing na die leerstuk van dwaling. In ’n geval waarin partye ’n ooreenkoms aangaan maar een van hulle dwaal ten aansien van, byvoorbeeld, die prestasie, bestaan daar weens die wilsgebrek in werklikheid geen ooreenkoms nie; maar dit kan tog gebeur dat die dwalende party aanspreeklik gehou word asof daar wel ’n ooreenkoms tot stand gekom het. In sodanige geval word gepraat van „quasi-mutual assent” of „assent by estoppel.”<sup>8</sup> De Wet & Yeats,<sup>9</sup> wys dan ook tereg daarop dat dit die leerstuk van estoppel is wat die gebondenheid van die dwalende persoon ten grondslag lê. Indien laasgenoemde nou wel ingevolge die „skynkontrak” presteer deur ’n saak te lewer, kan dit tog sekerlik nie betwyfel word dat die ander party wel eienaar van die saak word nie.

In ’n aantekening oor die *nemo plus iuris*-reël spreek N. J. van der

<sup>6</sup>A.w. 206.

<sup>7</sup>1916 CPD 392.

<sup>8</sup>*Van Ryn Wine and Spirit Company v Chandos Bar* 1928 TPD 417, 422.

<sup>9</sup>*Kontraktereg en Handelsreg* 3de uitgawe 22. En sien Bamford *Mistake and Control* 1955 SALJ 166, 168.

Merwe die mening uit dat in die voorbeelde hierbo genoem A nie eienaar van die saak word nie.<sup>10</sup> Die voorbeeld wat hy gebruik, is die volgende: A, die eienaar van 'n saak, verwek teenoor C die skyn dat B eienaar is en C, afgaande op die skyn, koop die saak van B. Volgens die skrywer het C nie eienaar geword nie, en wel omdat B, wat nie eienaar was nie, nie 'n groter reg aan C kon oordra as wat hyself gehad het nie. Hy gee dan toe dat C 'n beter besitsreg ten opsigte van die saak verkry het as wat B gehad het, maar wys daarop dat C nie teenoor A 'n beter posisie beklee as gevolg van B se optrede, sy oordragshandeling, nie maar wel as gevolg van A se optrede, die skynverwekking. Maar as dit dan so is dat B as gevolg van die toepassing van die leerstuk van estoppel 'n beter besitsreg as wat hyself gehad het aan C kon oordra, en hierdie gevolg dan nie sou bots met die genoemde stelreël nie, is daar geen rede waarom B nie ook eiendomsreg wat hyself nie gehad het nie aan C kon oordra nie. Die juiste siening is dat C eienaar word, nie vanweë B se oordragshandeling as sodanig nie, maar vanweë A se skynverwekking wat meebring dat hy sy eiendomsreg verbeur.

Steun vir die standpunt dat die toepassing van die leerstuk van estoppel eiendomsoorgang teweeg kan bring, is te vind in die beslissing in *West v Pollak and Freemantle*.<sup>11</sup> Die respondente en 'n sekere H was aandeelmakelaars onderskeidelik in Johannesburg en Kaapstad. Die appellant het aandeesertifikate tesame met oordragvorms in blanko deur hom geteken aan H gelewer as sekuriteit ten opsigte van 'n lening wat op 31 Desember 1935 betaalbaar was. Alhoewel H nie die bevoegdheid gehad het om die sertifikate voor die genoemde datum te vervreem nie, het hy wel in troubleuk die betrokke aandele deur medium van die respondent verkoop en die sertifikate en oordragvorms in die gewone loop van besigheid aan die respondente gelewer. Die respondente het na betaling aan H die sertifikate aan die klante wat op hulle beurt die aandele van die respondente aangekoop het, gelewer. As gevolg van 'n omstandigheid wat tans nie ter sake is nie, het die respondente hierna ander aandeesertifikate aan hulle klante gelewer en die appellant se sertifikate van hulle teruggekry. Die appellant het toe 'n bevel *nisi* verkry waarvolgens die betrokke maatskappye verbied is om oordrag van die aandele ten opsigte waarvan die sertifikate uitgereik was, te gee. Die bevel *nisi* is op die keurdatum opgehef en hierdie bevel is by appèl na die volbank gehandhaaf. In die loop van die uitspraak het die volbank by monde van regter Greenberg die volgende gesê:

„It appears to me that the effect of estoppel is that the appellant is not entitled to deny that he gave this authority which ostensibly he gave, with the result that in proceedings to which estoppel applies he is deemed to have

<sup>10</sup>1964 THRHR 300.

<sup>11</sup>1937 TPD 64.

given the authority. The transaction is looked upon as if he has actually given the authority, and as a result of this authority, combined with the delivery, ownership to the shares passes. In my opinion, the position is not that the appellant is estopped from denying the title of the person to whom delivery is given; he is estopped from denying that he gave authority and as a result of this estoppel and the subsequent delivery actual title is created. If this be so, then the respondents are not relying for their defence on an estoppel; they are relying for their present right on the fact that they did acquire ownership when they originally got delivery of the shares . . .

„As regards the question of dominium, it is contended on appellant's behalf that dominium cannot be acquired by estoppel. An analogy taken from the case of fixed property may be of use in dealing with this point. If A, who is the registered owner of fixed property, represents to B that C is authorised to sell and transfer this property and receive the price, and B, acting on this representation, buys it and pays the price to C, and receives transfer from C, I can see no ground for holding that B is not the owner, even though as between A and C the latter had no authority to transfer. If after transfer a third party damaged or trespassed on the property, B, and B alone, would be entitled to take action as owner.”<sup>12</sup>

Dit is egter nog nodig om te verwys na enkele beslissings wat moontlik by wyse van analogie aangewend kan word ter onderskraving van 'n teenoorgestelde standpunt. In *Grant and Another v Stonestreet and Others*<sup>13</sup> het die vraag ontstaan of die houer van 'n serwituutreg aanspraak kan maak op registrasie van die serwituut teen 'n eienaar van die grond wat dit bekom het wetende van die serwituutreg, maar wat eiendomsreg verkry het van 'n voormalige eienaar wat self nie bewus was van die serwituutreg toe hy eienaar geword het nie. Die werklike bevinding van die Appèlhof is, met eerbied, nie in duidelike taal gestel nie, maar dit wil tog voorkom dat die Hof nie, soos die kopstuk van die uitspraak wel te kenne gee, die vraag sonder voorbehoud bevestigend beantwoord het nie. By monde van appèlregter Ogilvie Thompson is beslis dat die eienaar wel moet meewerk tot registrasie van die serwituut indien kwaaië trou aan hom toegereken kan word, maar die Hof het nie so ver gegaan as om te beslis dat kwaaië trou aan die eienaar toegereken moet word bloot omdat hy met kennis van die serwituutreg die grond gekoop of eienaar daarvan geword het nie. Die Hof het dan ook nie onvoorwaardelik die *rationes decidendi* in twee Transvaalse sake waarin die genoemde vraag wel bevestigend beantwoord is,<sup>14</sup> goedgekeur nie.

Na my mening berus die opvatting dat die ongeregistreerde serwituutreg bloot langelê word wanneer 'n onkundige koper eienaar van die grond word, maar dan weer in alle glorie herleef wanneer 'n volgende eienaar met kennis van die serwituutreg eienaar word, op 'n

<sup>12</sup>Te bl. 68-9.

<sup>13</sup>1968 (4) SA 1 (A).

<sup>14</sup>*Leitsiele Stores (Pty) Ltd v Roets and Others* 1958 (2) SA 224 (T); *Manganese Corporation Ltd v SA Manganese Ltd* 1964 (2) SA 185 (W).

wanbegrip van die aard van 'n serwituutreg. Voor registrasie van die serwituut het die reghebbende 'n bloot persoonlike reg teenoor die eienaar met wie hy die serwituutooreenkoms aangegaan het. Verkoop bedoelde eienaar die grond aan iemand wat met kennis van die serwituutreg koop, is die koper vanweë die kennisleer gebonde om mee te werk tot registrasie van die serwituut. Sy gebondenheid spruit egter nie bloot uit sy kennis voort nie, maar ook omdat hy sy titel op die grond verkry van die persoon wat die serwituutreg by wyse van ooreenkoms verleen het. Indien die grond egter aan 'n onkundige koper verkoop word, verkry die reghebbende van die serwituutreg geen reg hoegenaamd teen die koper nie. Dit bring nie mee dat sy serwituutreg verval nie; dit bly nog voortbestaan teen die oorspronklike eienaar hoewel spesifieke nakoming van sy kant uit die aard van die saak onmoontlik geword het. Indien die onkundige koper nou op sy beurt die grond verkoop aan 'n persoon wat bewus is van die serwituutreg, kan die nodige kennis wel aan die tweede koper toegeskryf word, maar 'n ander vereiste vir gebondenheid ontbreek - hy verkry nie sy titel op die grond van 'n persoon wat gebonde was om die serwituutreg te erken nie. Die eerste koper het, wat die houer van die serwituutreg betref, onbelaste eiendomsreg verkry sonder enige verpligting van welke aard ook al, en daar bestaan geen rede hoegenaamd waarom hy nie dieselfde onbelaste reg aan 'n ander persoon kan oordra nie. Dit is waar dat indien die eerste koper weer op sy beurt die grond aan die oorspronklike eienaar verkoop, die serwituutreg teen hom afgedwing kan word, maar sodanige afdwinging geskied op grond van die oorspronklike serwituutooreenkoms waartoe hy 'n party was.

'n Ander gevolgtrekking dwing noodwendig tot absurde resultate en die grootste regsonsekerheid. Hoe verskil die posisie van die serwituutreghebbende teenoor kopers van die grond bv. van dié van 'n koper van 'n saak wat dan vind dat die saak voor lewering aan hom aan 'n ander koper verkoop en gelewer word? Indien die tweede koper sonder kennis van die eerste se reg gekoop het, verkry hy onbelaste eiendomsreg. Kan daar nou werklik aangevoer word dat die eerste koper die saak kan opeis indien die tweede koper op sy beurt die saak verkoop en lewer aan 'n derde koper wat bewus is van die bestaan van die eerste koopkontrak? Indien wel, behoort dit geen verskil te maak indien daar na die eerste onkundige koper 'n reeks van tien onkundige kopers was en die saak dan uiteindelik gekoop word deur 'n koper met kennis van die eerste koper se reg nie, en dit ongeag die tydperk wat in die tussentyd verloop het!<sup>15</sup>

My gevolgtrekking is derhalwe dat die reghebbende van 'n ongeregistreerde serwituutreg dit nie kan afdwing teen 'n latere koper bloot omdat hy bewus was van die serwituutooreenkoms toe hy gekoop het

<sup>15</sup>Vgl. McKerron *Purchaser With Notice* SA Law Times September 1935.

nie. In elk geval is daar nie 'n suiwer analogie nie tussen die posisie van die reghebbende van die serwituutreg en dié van die skynverwekker binne die raamwerk van die leerstuk van estoppel. Die „lamlegging” van die serwituutreg geskied ter beskerming van die onkundige koper en sonder dat enige verwyf hoegenaamd die reghebbende van die serwituutreg hoef te tref; daarenteen verbeur die skynverwekker sy eiendomsreg juis vanweë sy verwyfbare gedraging.

Dit volg dus dat die toepassing van die leerstuk van estoppel wel eiendomsoorgang teweeg kan bring. En as dit eenmaal aanvaar word, sal 'n verdere drogstelling, naamlik dat estoppel nie 'n skuldoorsaak kan fundeer nie, seker gou genoeg uit die Suid-Afrikaanse reg verdwyn.

### Summary

In a situation where the owner of a thing entrusts possession thereof to an agent or factor who then, in breach of good faith, sells the thing to a third party, Roman-Dutch law writers agree that the original owner is estopped from recovering it with the *actio rei vindicatio*. In effect they recognize that the owner has lost his right of ownership. In principle there is no cogent reason why an original owner should not lose ownership or, to rephrase, why ownership should not be acquired by a third party in *all* cases where the original owner is estopped from recovering the thing.

Should one party, fully conversant with the true state of affairs, acquire ownership of property *via* someone who was unaware that the original owner had promised the holder of an unregistered servitude to effect registration of the servitude against the property's title deed but failed to do so, he will not on account of his knowledge be precluded from resisting the registration of the servitude against the title deed.

This case is, however, not comparable with and therefore does not detract from the submission that ownership can be acquired by estoppel. It can be explained on the basis that the uninformed second owner had acquired an unencumbered right to the property and that there was, consequently, no reason why he could not in turn transfer an unencumbered property right to a third party. □

*Maar ik mag mij wel een verzuchting veroorloven. Als ik die stroom van artikelen, boeken, herscholingscursussen, lezingen zie, als ik denk aan al die sprekers en luisteraars, leraren en leerlingen, schrijvers en lezers, dan kan ik niet laten te denken aan die Rotterdamse advocaat, die bekend stond om zijn hoge tarieven. Hij stuurde eens een declaratie van duizend gulden - het is lang geleden - aan een cliënt, die daarop een specificatie vroeg. De advocaat voldeed hieraan en specificeerde keurig: telefonen, brieven, dagvaarding, conclusies, pleidooi etc. vijfhonderd gulden, en vervolgens één post: aan Uw zaak gedacht: vijfhonderd gulden. Als we eens een declaratie voor het nieuwe B.W. moesten specificeren, zou de post 'aan Uw zaak gedacht' een onmeetbare én onmetelijke post zijn.*

# Die Verkoop van 'n Massa

D. J. Joubert

*Universiteit Wes-Kaapland*

## I

Wanneer die verkoper 'n bepaalde massa meetbare eenhede verkoop, kan die prysbepaling by die koopsluiting twee vorme aanneem. Die partye kan die prys bepaal òf as 'n prys per eenheid,<sup>1</sup> in welke geval die prys wat die koper moet betaal sal afhang van die aantal eenhede waaruit die massa bestaan; òf as 'n globale som.<sup>2</sup> Die afspraak wat hulle in dié verband maak is van belang vir die oorgang van die risiko op die koper omdat, waar die prys per eenheid vasgestel is, die koop nie *perfecta* kan wees voordat die aantal eenhede waaruit die massa bestaan bekend is nie.<sup>3</sup> Ons wil egter die aandag vestig op 'n ander aangeleentheid wat by die verkoop van 'n massa te sprake kom, nl. die invloed van 'n mededeling deur die verkoper met betrekking tot die aantal eenhede waaruit die massa bestaan op die kontraktuele verhouding tussen die partye.

Indien die partye die prys as 'n prys per eenheid afsprek, dan is dit hulle bedoeling dat die koper verplig is om lewering van die hele massa wat verkoop is, te aanvaar, afgesien van die aantal eenhede waaruit dit bestaan, terwyl hy ooreenkomstig die ooreengekome maatstaf slegs verplig is om te betaal vir die werklike aantal wat hy ontvang. 'n Mens kan sê dat die partye onseker is oor die aantal eenhede en dat geeneen van hulle die risiko wil loop dat dit meer of minder is as wat hy mag skat of bereken nie. Waar die prys as 'n globale som vasgestel is, is dit die bedoeling van die partye dat die koper verplig is om die hele massa te neem teen betaling van die ooreengekome prys, afgesien van die aantal eenhede waaruit die massa bestaan. Hier, sou mens kon sê, verlaat die partye hulle op hulle eie oordeel oor wat 'n redelike of geskikte prys vir die massa uitmaak. Maar in albei gevalle is die ware getal eenhede waaruit die massa bestaan nie onbelangrik nie. By die koop teen 'n prys per eenheid moet die koper tog 'n idee vorm van die aantal eenhede ten

---

<sup>1</sup>Die geval van die *emptio ad mensuram*.

<sup>2</sup>Die geval van die *koop by die hoop*.

<sup>3</sup>Sien *D* 18.1.35.5 en 6.

einde te kan besluit of hy so min of so veel wil koop. By die koop teen 'n globale som moet die partye tog 'n idee vorm van die aantal eenhede waaruit die massa bestaan as die aantal eenhede een van die faktore is wat hulle by berekening van 'n billike of toereikende prys in ag wil neem.

As die aantal eenhede nie in die onderhandelinge ter sprake kom nie, is dit duidelik dat elke party na sy eie belange moet omsien en sy eie berekenings moet maak vir sover dit vir hom van belang is. Enige misrekening in dié verband sal die party wat hom misgis alleen tref aangesien daar wel wilsooreenstemming bereik is ten aansien van die inhoud van die ooreenkoms. Dit mag egter wees dat die getal eenhede wel ter sprake gekom het, òf as gevolg van navrae deur die koper òf as gevolg van verklarings deur die verkoper uit eie beweging gemaak. Dan is die vraag of die mededeling deur die verkoper met betrekking tot die aantal eenhede waaruit die massa bestaan die regsverhouding tussen die partye beïnvloed en, indien wel, in welke mate.

Die gestelde vraag sou 'n mens miskien aan die hand van sekere algemene beginsels wil oplos. Eerstens sou 'n mens bepaal wat die regs aard van die mededeling is, of dit 'n waarborg of 'n wanvoorstelling is en of dit 'n verklaring is wat tot geen aanspreeklikheid aanleiding gee nie. Of die mededeling in die een of die ander kategorie val, sou 'n feitevraag wees. Na beantwoording van hierdie vraag sou 'n mens die toepaslike regsgevolge aan die verklaring gaan vasheg: as die verklaring van laasgenoemde soort is, dan bly die verhouding tussen die partye ongeaffekteer; as daar 'n waarborg is, dan geld die gewone remedies van die kontraktereg insake wanprestasie indien daar nie aan die waarborg voldoen word nie; en indien daar 'n wanvoorstelling voor hande is, dan is die koper geregtig om terug te tree indien die wanvoorstelling wesenlik is, en /of skadevergoeding indien dit opsetlik gemaak is.<sup>4</sup>

Die saak kan egter nie so eenvoudig afgemaak word nie. Indien daar 'n waarborg is, het ons te doen met 'n term van die kontrak wat saam met die ander afspraak van die kontrak gelees of gesien moet word. Waar die partye 'n bepaalde massa teen 'n bepaalde prys per eenheid verkoop het, en die verkoper waarborg dat die massa uit 'n bepaalde hoeveelheid eenhede bestaan, is daar 'n koopkontrak wat twee elemente bevat: enersyds die verkoop van 'n bepaalde massa en andersyds die waarborg dat die massa uit 'n sekere getal eenhede bestaan. Indien dit sou blyk dat die massa uit meer eenhede bestaan as wat die verkoper gewaarborg het, is die vraag of die koper verplig is om die hele massa te neem teen betaling van die prys per eenheid,

---

<sup>4</sup>Aldus volgens die heersende praktyk.

dan wel of hy alleen verplig kan word om die gewaarborgde hoeveelheid te neem. En gestel die koper is alleen verplig om die gewaarborgde hoeveelheid te neem, dan is die vraag verder of hy nie nogtans die lewering van die hele massa kan aanvra as hy dit verlang nie. En indien dit sou blyk dat die massa bestaan uit minder eenhede as wat die verkoper gewaarborg het, is die vraag of die verkoper daarop kan aandrang om die ontbrekende getal eenhede uit 'n ander bron aan te vul, as hy wil, en of hy kan volstaan met lewering van die massa onderhewig, miskien, aan die verpligting om skadevergoeding te betaal.

Waar 'n bepaalde massa teen 'n globale som verkoop is, kry ons ook te doen met hierdie teenstrydige elemente en kan die vrae hierbo gestel ook ter sprake kom. Daar is egter dié verskil dat die prys as 'n vaste som afgespreek is, en dit laat die vraag ontstaan of die verkoper geregtig sou wees op 'n aanpassing van die prys as dit blyk dat die massa uit meer eenhede bestaan as wat daar gewaarborg is, en of die koper geregtig is op 'n aanpassing van prys as daar minder eenhede is en of hy eenvoudig 'n eis vir skadevergoeding het.

Indien die verklaring 'n wanvoorstelling is en die koper besluit om die kontrak in stand te hou, of nie geregtig is om terug te tree nie, is die vraag volgens welke maatstawwe die skadevergoeding bereken moet word: volgens die verskil tussen die waarde van die saak en die prys, of volgens dit wat die koper deur die wanvoorstelling oorreed is om meer vir die saak te betaal as wat hy andersins sou betaal het? Die vraag kom slegs by die verkoop van 'n massa teen 'n globale som ter sprake.

Met al hierdie vrae in gedagte kan ons let op die antwoorde wat daar in die bronne te vinde is.

## II

In die Romeinse regsbronne is die gegewens betreklik gering. Ons weet dat daar in die ou reg 'n *actio de modo agri* was wat, eenvoudig gestel, aan die koper toegekomp het indien daar 'n tekort was in die getal eenhede deur die verkoper opgegee by die verkoop van grond. Alhoewel die aksie slegs beskikbaar was in geval daar opsetlik verkeerde opgawes verstrekk is,<sup>5</sup> was dit blykbaar op 'n waarborg baseer,<sup>6</sup> en was daar benewens hierdie aksie geen deliksaksie nie.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> *Pauli Sententiae* 2.17.4: *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*. Vgl. ook *D* 19.1.13.14; 19.1.34.

<sup>6</sup> Aanvanklik was die verkoper net aanspreeklik vir *dolus*, ofskoon hy later aanspreeklik was vir sy waarborge al het hy nie geweet van die onwaarheid daarvan nie. Vgl. *D* 19.1.13.3.

<sup>7</sup> Lenel *Das Edictum Perpetuum* 195.



In die latere reg word onderskei tussen die koop vir 'n globale prys en vir 'n prys per eenheid. As daar volgens 'n prys per eenheid verkoop is, moet die koper die volle prys betaal indien daar 'n oormaat gelewer en ontvang word.<sup>8</sup> Indien daar vir 'n enkele prys verkoop word en daar word meer gevind as wat die verkoper gesê het, dan kry die koper die voordeel daarvan, maar word daar bygevoeg: *et tunc tenetur venditor cum minor modus invenitur*.<sup>9</sup> Alhoewel daar geen verwysing na skuld in die aanhaling voorkom nie, is daar verskeie ander tekste waarvolgens die verkoper aanspreeklik is as hy bewus was van die tekort.<sup>10</sup> Òf ons moet aanneem dat *dolus* hier veronderstel word, òf ons moet aanneem dat ons hier te doen het met 'n waarborg waarby *dolus* geen vereiste vir aanspreeklikheid was nie.<sup>11</sup> In die eersgenoemde geval is daar dan sprake van aanspreeklikheid gebaseer op 'n wanvoorstelling.

Daar word ook gesê dat as die verkoper van 'n enkele stuk grond verklaar dat dit soveel eenhede wingerd en soveel eenhede beboste grond bevat terwyl daar minder van die een en meer van die ander is, dan moet die voordeel wat die koper as gevolg van die oormaat verkry, verreken word teen die nadeel wat die koper ly as gevolg van die ondermaat.<sup>12</sup>

### III

In die Romeins-Hollandse reg tref ons 'n vollediger behandeling van hierdie onderwerp aan. As die grondslag van ons oorsig neem ons die uiteensetting in *Voet* 18.1.7. Hy onderskei tussen die verkoping van goed *ad quantitatem* en *ad corpus*. Van eersgenoemde gee hy die volgende voorbeelde: waar die *fundus Cornelianus* verkoop is teen 'n prys per eenheid of waar 'n bepaalde aantal eenhede van die *fundus Cornelianus* verkoop is (sonder om te onderskei tussen die geval waar die prys bepaal is as 'n prys per eenheid of as 'n globale som). Van die *emptio ad corpus* gee hy drie voorbeelde: waar 'n bepaalde landgoed verkoop is sonder die noem van mate (en teen 'n globale som); waar 'n bepaalde landgoed verkoop is met die noem van mate maar met die kwalifikasie *aut quanto plus minusque continebat* of *ut tamen isti nolit adstringi quantitate*; en waar die saak verkoop is met die noem van mate terwyl die grense daarvan aangewys is.<sup>13</sup> *Voet* klassifiseer dus nie die geval waar 'n bepaalde landgoed teen 'n globale som verkoop is terwyl die aantal eenhede aangedui word sonder enige van

<sup>8</sup>D 18.1.40.2: Die geval waar minder gelewer word, is nie behandel nie.

<sup>9</sup>D 19.1.42.

<sup>10</sup>D 19.1.13.14; 19.1.34.

<sup>11</sup>Sien D 19.1.13.3.

<sup>12</sup>D 19.1.32: *lucrum cum damno compensari (debet)*.

<sup>13</sup>Vgl. Groenewegen *De Leg. Abr. ad D* 21.2.45 oor die laaste voorbeeld.

die genoemde kwalifikasies nie, dog mens sou kon aflei dat hy dit beskou as 'n koop *ad quantitatem*.

Indien daar by die koop *ad quantitatem* meer of minder oorgedra word as wat die verkoper opgegee het as die mate van die grond, is die oplossing van Voet dat die prys *pro rata* vermeerder of verminder moet word.<sup>14</sup> Die partye kry egter 'n keuse: die verkoper wat minder lewer kan òf die getal mate aanvul òf die prys laat verminder; die koper wat meer ontvang, kan òf die prys eweredig aanvul òf die ekses aan die verkoper teruggee. Waar die verkoper 'n hele landgoed moet lewer teen 'n prys per eenheid spreek dit vanself dat die prys sal afhang van die aantal eenhede wat aanvaar word, en kom die reëling daarop neer dat die koper nie meer eenhede hoef te neem as wat daar opgegee is nie, alhoewel hy die keuse het om dit te doen; as daar minder eenhede is as wat die verkoper opgegee het, kry hy die reg om hulle aan te vul.<sup>15</sup> Indien die prys as 'n globale som bepaal is vir die bepaalde landgoed,<sup>16</sup> en daar word minder gelewer, is die posisie dan dat die verkoper die getal eenhede kan aanvul of dat die prys *pro rata* verminder moet word; as daar meer is, kan die koper òf die prys *pro rata* aanvul òf 'n deel teruggee. Indien daar bv. vyf morge van die *fundus Cornelianus* verkoop is, is die reëling dat die koper moet kies om òf die prys aan te vul òf 'n deel terug te gee billik, waar daar meer gelewer word,<sup>17</sup> maar as daar minder gelewer word, sou ons stellig verwag het dat die koper òf die ontbrekende kon eis, òf aanvaar en skadevergoeding eis pleks daarvan dat die verkoper kan kies om die getal aan te vul of 'n prysvermindering toe te staan.

In verband met die koop *ad quantitatem* verwys Voet na De Groot<sup>18</sup> wat handel<sup>19</sup> oor die verkoop van „land by den hoop sonder maet, ofte met ander evenkrachtige woorden” en die koper en verkoper die voormelde keusereg gee in so 'n geval. Dit wil skyn asof De Groot handel oor 'n geval wat Voet onder die koop *ad corpus* klassifiseer en ten opsigte waarvan Voet 'n ander oplossing gee. Voet leer nl. dat die verkoper by die koop *ad corpus* die hele massa moet lewer en die koper die volle prys moet betaal; die feit dat daar meer of minder as die opgegewe mate gelewer word, affekteer nie

<sup>14</sup>Sien Huber *HR* 3.4.10; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr.* 3.14.33.

<sup>15</sup>Afstandoening van die prys kom nie ter sprake nie tensy dit bereken en betaal is volgens die opgegewe aantal eenhede.

<sup>16</sup>Ons veronderstel dat so 'n verkoping volgens Voet 'n verkoping *ad quantitatem* is.

<sup>17</sup>D.w.s. die verkoper kan nie self die verskil tussen die gelewerde en die opgegewe mate terugeis nie.

<sup>18</sup>Hy verwys na De Groot *Inl.* 3.14.80, waarskynlik 'n verwysing na Groenewegen se noot 80 op *De Groot* 3.14.33.

<sup>19</sup>In 3.14.33.

die prys nie; die koper kan in geval van 'n tekort nie die verkoper aanspreek vir 'n prysvermindering nie<sup>20</sup> maar het wel 'n verhaalsreg as die verkoper opsetlik 'n valse opgawe gemaak het van die getal eenhede.<sup>21</sup> Hierdie reëling word egter verder gekwalifiseer, want Voet sê dat as die verskil tussen die aangegewe maat en die ware maat opmerklik groot is,<sup>22</sup> dan moet die prys aangepas word.<sup>23</sup> Miskien sou 'n mens kon sê dat 'n groot verskil in die mate 'n aanduiding van bedrog was,<sup>24</sup> veral in die lig daarvan dat die verkoper, as eienaar, belastings betaal het volgens die mate van die grond en daarom behoort te weet hoe groot dit is,<sup>25</sup> maar dit was 'n selfstandige reëling, want die verkoper kon 'n verhoging van die prys vorder as daar meer as die opgegewe gelewer is en die koper alles wat gelewer was wou behou, omdat daar skynbaar 'n fout gekom het met die uitwysing van die grense.

Wanneer, dan, is die verskil in mate dermate groot? De Groot<sup>26</sup> skryf dat as „de ware maet van de gegiste maet soo veel . . . schillen dat het een margen onder ofte boven kan bedraghen, soo werd daar op gheen acht ghenomen, maer is 't verschil daer boven” dan het die verkoper wat 'n ondermaat verskaf het die keuse of hy die ondermaat wil aanvul. De Groot sê verder dat indien die afwyking dermate groot is in die geval van 'n oormaat, het die koper die keuse of hy die prys wil aanvul en of hy die oormaat wil teruggee. As die verkoper weet van die oormaat is dit billik dat hy geen verhaal sal hê nie, maar daar is dan aan die verkoper wat *bona fide* meer gelewer as wat hy opgee het 'n verhaalsreg toegeken.<sup>27</sup> Dit lyk dus asof die praktyk die koop by die hoop met 'n vermelding van die grootte van die grond nie as 'n ware *emptio ad corpus* gesien het nie.<sup>28</sup>

Vervolgens is die vraag of die uitdrukking „een margen” die grenslyn van die toegelate verskil is? Van der Keessel<sup>29</sup> wys daarop dat dit eintlik sal afhang van die grootte van die grond wat verkoop is en gee die uitdrukking ook weer met die woorde „kleine margen”

<sup>20</sup>Vgl. Huber *HR* 3.14.12; Van Leeuwen *RHR* 4.18.7.

<sup>21</sup>Van Leeuwen *RHR* 4.18.7.

<sup>22</sup>„*Notabilis admodum sit diversitas.*”

<sup>23</sup>Sien ook Huber *HR* 3.4.13; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr.* 3.14.33.

<sup>24</sup>Sien Huber *HR* 3.4.13; Nauta *Decisiones* Quaestio 15.

<sup>25</sup>Van der Keessel *Praelectiones ad Gr.* 3.14.33

<sup>26</sup>3.14.33.

<sup>27</sup>Van der Keessel *Praelectiones ad Gr.* 3.14.33 (*Tb. Sel.* 638) vermeld 'n geval waar grond verkoop is „bij den hoop, zonder maat, en mette voet gestoten.” Dit blyk dat die gelewerde ongeveer 24 morg groot is terwyl dit volgens die verkoper se mededeling  $21\frac{1}{4}$  morg was. Die hof meen dat die koper òf moet herstel wat daar meer gelewer is òf die prys van die oormaat na verhouding moet aanvul.

<sup>28</sup>Van der Keessel t.a.p. sê dan dat daar slegs skynbaar by die koop verkoop is.

<sup>29</sup>T.a.p.

in 'n poging om wat De Groot skryf te versoen met wat hy elders gesê het<sup>30</sup> en sodoende hom te bevry van die verwyd dat hy inkonsekwent was.<sup>31</sup> Dit is dus 'n feitevraag of die verskil so groot is dat daar sonder meer 'n aanpassing van die prys moet plaasvind sonder bewys van bedrog.<sup>32</sup>

In die Rynland en Delft was daar volgens die plaaslike gewoontereg 'n reg van verhaal as die verskil sekere vaste perke oorskry het.<sup>33</sup> Miskien sou 'n mens kon sê dat daar in Holland ook so 'n gewoontereëling was.<sup>34</sup>

Die verhouding tussen die partye kon ook deur afspraak gevarieer word. So kon die koopkontrak die keuse van die koper of die verkoper uitskakel sodat die betrokke party alleen geregtig sou wees op 'n eweredige prysaanpassing indien daar 'n oor- of ondermaat gelewer word.<sup>35</sup> Verder kon die kontrak ook alle prysaanpassings uitskakel en nie net die keusereg nie.<sup>36</sup>

#### IV

In die Suid-Afrikaanse reg bevind ons ons weer te midde van die kasuïstiek. In die algemeen wil dit egter voorkom asof daar 'n neiging is om die probleme prinsipiëel te benader en nie te veel klem te lê op die Romeins-Hollandse bronne nie.

<sup>30</sup>Holl. Cons. 6 cons. 56.

<sup>31</sup>Rechtsgeleerde Observatien 2 obs. 75.

<sup>32</sup>Sien ook Van Leeuwen RHR 4.18.9.

<sup>33</sup>Vgl. Van Leeuwen RHR 4.18.8, 9.

<sup>34</sup>Van der Keessel Praelectiones ad Gr. 3.14.33.

<sup>35</sup>'n Voorbeeld tref ons aan in *Hollandsche Consultatien* 6 cons. 56. Daar is verkoop onroerende goed groot „omtrent 15 morgen” en dit blyk dat die gelewerde 1 morg 317 roede en 6 voet kleiner is. Die mening is dat die woord *omtrent* nie so 'n groot verskil dek nie en die feit dat daar in die koopbrief staan „bij den hoop, zonder maat, met de voet gestoten, zoo 't zelve land alhier belend en gelegen is, te weten, is er overmate den kooper zal 't hebben, is er onder of minder mate, den kooper zal daar mede te vrede moeten zijn,” beteken slegs dat die koper, in die geval van 'n ondermaat, soos hier, alles moet neem maar nie dat daar geen vermindering van die prys sal wees nie.

<sup>36</sup>Vgl. Van der Keessel *Praelectiones ad Gr.* 3.14.33 i.f. Volgens Coren *Observatien* 19 (HR 10/11/1623) was dit die geval waar daar verkoop is by die hoop sonder maat „met de voet gestoten, also dat d' een d' ander niet en sal mogen eysschen van onder en overmate.” Ander skrywers stel die vereistes vir die uitsluiting van 'n prysaanpassing nie so hoog nie. Huber HR 3.4.11 sê dit is die geval as daar verkoop is so groot of so klein dit is. Van Leeuwen RHR 4.18.7 gee dieselfde oplossing waar daar verkoop is „by den hoop, sonder maat ende met de voet te stoten, sonder in onder ofte overmaat gehouden te zijn.” Dit lyk tog asof dit gaan oor die uitleg van besondere afsprake en nie dat daar enige besondere uitleg van besondere terme was nie. Die strenger uitleg is natuurlik te verklaar aan die hand daarvan dat sulke stipulasies teen die party in wie se guns dit werk uitgelê moet word.

Vandag word die welbekende genuskooop aangetref waar die verkoper onderneem om 'n bepaalde getal uit 'n genoemde genus te lewer. By hierdie kontrak moet die verkoper die gemelde getal lewer, en as hy minder lewer, kan hy slegs die prys eis vir die gelewerde<sup>37</sup> en moet hy bowendien die koper se skade as gevolg van sy kontrakbreuk vergoed.<sup>38</sup> Deur homself te verbind om *omtrent* 'n sekere hoeveelheid te lewer, kan hy hom beskerm teen kontrakbreuk deur die lewering van 'n redelike hoeveelheid minder as genoem.<sup>39</sup>

Ofskoon die verkoper by die genuskooop 'n bepaalde voorraad of massa in gedagte mag hê, is dit nie ter sake wat die koper betref nie. Dit mag egter wees dat die verkoper homself verbind om sy bepaalde voorraad te verkoop teen 'n prys per eenheid. As die verkoper dan 'n getal noem en dit kwalifiseer met woorde soos *omtrent* of *min of meer* word die getal gesien as 'n blote skatting wat geen waarborg of wanvoorstelling uitmaak nie.<sup>40</sup> Die verkoper pleeg in so 'n geval nie kontrakbreuk as hy minder lewer nie, maar die koper kan 'n prysvermindering eis.<sup>41</sup> Die geval waar die getal groter is as die getal genoem, het ek nie teëgekome nie, maar daar kan dan geredeneer word dat die koper die keuse het om die verskil terug te gee of om daarvoor te betaal.<sup>42</sup> Waar die kwalifiserende woorde ontbreek, kan daar geredeneer word dat die getal 'n term van die kontrak word en dat die verkoper hom verbind het om die bepaalde getal te lewer.

Die geval waar 'n bepaalde saak verkoop is teen 'n enkele prys het meermale ter sprake gekom in die regspraak, veral met betrekking tot die verkoop van grond. As die verkoper 'n bepaalde saak teen 'n globale som verkoop, soos 'n bepaalde plaas<sup>43</sup> of 'n bepaalde stuk grond met die uitwysing van die grense,<sup>44</sup> is daar 'n *emptio ad corpus* niteenstaande die feit dat die mate genoem word.

Blyk dit dat die saak uit meer eenhede bestaan as wat daar opgegee is, moet die verkoper die hele saak wat verkoop is oordra as die koper

<sup>37</sup>Sien *Koenig v Johnson & Co. Ltd* 1935 AD 262. Volgens die saak kan die verkoper die waarde van die gelewerde eis wat volgens die kontrakspys bepaal moet word (met 'n beroep op *Voet* 18.1.7) of, as daar geen toepaslike kontrakspys is nie, volgens die werklike waarde.

<sup>38</sup>*Joubert Bros v Abrahamson* 1920 CPD 103.

<sup>39</sup>*McLeod v Simon* 1908 EDC 116 en 3 Buch AC 310; *Joubert Bros v Abrahamson supra*; *Cradock Roller Mills v Marais* 1921 CPD 515. Die toegelate tekort moet volgens die omstandighede vasgestel word.

<sup>40</sup>*De Villiers v Nichollas & Co.* (1907) 24 SC 208; *Wilson v Simon & Lazarus* 1921 OPD 32; *Cradock Roller Mills v Marais supra*; *Osborn v Conroy* 1923 OPD 107.

<sup>41</sup>Sien *Wilson v Simon & Lazarus supra*.

<sup>42</sup>Sien *De Villiers v Nichollas & Co. supra* 213 wat *De Groot* 3.14.33 in die algemeen goedkeur en dus ook by implikasie die *keusereg* aanvaar.

<sup>43</sup>Sien *Eastern Province Guardian, Loan & Investment Co. v Dicks* 1909 EDC 178.

<sup>44</sup>Sien bv. *Eastern Province Guardian, Loan & Investment Co. v Dicks supra*; *Mandarie v Rickaggio* 1927 NP 463.

dit verlang<sup>45</sup> en is die verkoper nie geregtig op 'n verhoging van die prys nie.<sup>46</sup>

Oor die geval waar die saak uit minder eenhede bestaan, is daar heelwat regspraak. Ons let eerstens op die gevalle waar die koper geen verhaal gehad het nie. In *Dingley v Cornforth*<sup>47</sup> is die mate van die grond beskryf en gesê dat daar een-agste acre verkoop is terwyl die oppervlakte tussen die grense slegs een-sestiende van 'n acre was. Die Hof beslis dat grond binne sekere grense verkoop is, dat daar 'n verkoping *ad corpus* was en dat die enigste fout die verkeerde veronderstelling van die grootte van die oppervlak binne die grense was en dat dit nie die verhouding tussen die partye geaffekteer het nie. In *Fry v Reynolds*<sup>48</sup> is die grond verkoop soos dit staan sonder verwysing na die getal morg. Gedurende die onderhandelinge het die verkoper, heeltemal te goeder trou en terloops, gesê dat die grond 600 morg groot is terwyl dit 'n raps meer as 441 morg was. Omdat dit geblyk het dat die koper nie hierdeur oorreed is om meer vir die grond te betaal as wat hy sou betaal het as hy nie mislei was nie, ken die Hof die koper geen verhaal toe nie. Die Hof bevind uitdruklik dat die verklaring geen waarborg was nie en sê verder dat die *actio quanti minoris* nie daarop ingestel kan word nie. In *Meyer & Meyer v Tainton*<sup>49</sup> is die grond as 1500 morg min of meer beskrywe en voetstoots verkoop nadat die bakens uitgewys is. Alhoewel daar slegs 567 morg binne die bakens was, het die koper geen remedie nie omdat die Hof bevind dat die verkoper nie onderneem het om 'n spesifieke getal morg te lewer nie.

Op grond hiervan kan gekonkludeer word dat die kwalifikasie van die getal *bona fide* deur woorde soos *omtrent*<sup>50</sup> of *min of meer* genoem, nie tot aanspreeklikheid lei nie omdat daar dan geen waarborg of wanvoorstelling is nie.<sup>51</sup> Verder, as die grense uitgewys is, sal 'n foutiewe berekening van die grootte van oppervlakte binne daardie grense nie die verhouding tussen die partye beïnvloed nie.<sup>52</sup> Die verkoper sal dan alleen aanspreeklik wees in geval van bedrog.<sup>53</sup>

Daar moet egter nog gelet word op die orige regspraak wat die koper wel 'n verhaalsreg toestaan. In verskeie gevalle is te kenne gegee dat die koper van 'n bepaalde stuk grond waarvan die opper-

<sup>45</sup>*Diner v Germiston Permanent Finance & Trust Co. (Pty) Ltd* 1952 (3) SA 630 (W).

<sup>46</sup>*Mandrie v Rickagio supra*.

<sup>47</sup>1917 NPD 387.

<sup>48</sup>(1848) 2 M 161.

<sup>49</sup>(1890) 4 SAR 14.

<sup>50</sup>Vgl. *Elliot v McKillop* (1902) 19 SC 350.

<sup>51</sup>*Ibid*.

<sup>52</sup>*Ibid*. 352.

<sup>53</sup>Vgl. *Van der Merwe v Burgers* (1886) 4 SC 128 en sake hierbo genoem.

vlakke aangegee is, 'n prysvermindering kan eis as daar minder is, maar nie skadevergoeding nie.<sup>54</sup> In *Umrū v Joseph Trimborn*<sup>55</sup> is gesê dat die vermindering nie ingevolge die *actio quanti minoris* geëis word nie en dat die koper geregtig is op skadevergoeding ingevolge die *actio empti*. In *Conroy NO v Coetzee*<sup>56</sup> is gesê dat die getal opgegee as „warranties or designations” beskou kan word en te kenne gegee dat die koper in geval van 'n aansienlike verskil geregtig sou wees op 'n aanpassing van die prys soos in die Romeins-Hollandse reg.<sup>57</sup> In *Bell v Ramsay*<sup>58</sup> is grond van die verkoper, „volgens die titelaktes 800 acres, groot,” verkoop. Slegs 732 acres word gelewer. Die Hof bevind dat daar geen waarborg was nie. Die Hof sê ten slotte dat aan die koper in elk geval slegs toekom die *actio quanti minoris* vir die verskil tussen die prys en die waarde of die *actio redhibitoria* vir 'n terugbetaling van soveel van die koopprys as wat die tekort in acres verteenwoordig,<sup>58</sup> aksies wat in die bepaalde geval al verjaar het.<sup>59</sup>

## V

Die Suid-Afrikaanse regspraak gaan dus van die standpunt uit dat by die verkoop van 'n massa vasgestel moet word of die opgawe van die getal eenhede 'n waarborg, 'n wanvoorstelling, of 'n blote skatting of die uitspraak van 'n *bona fide* mening is.<sup>60</sup> Dit moet volgens die feite van die geval vasgestel word, maar die byvoeging van kwalifiserende woorde is 'n aanduiding dat die getal 'n skatting is.<sup>61</sup>

As daar 'n waarborg is en die prys is per eenheid bepaal, is die verkoper geregtig op die prys vir die hoeveelheid wat hy lewer en aanspreeklik om die koper se skade as gevolg van kort lewering te betaal. Ooreenkomstig die Romeins-Hollandse reg behoort die verkoper nog die reg te hê om die getal aan te vul as die massa minder eenhede bevat en behoort die koper lewering van meer as die getal genoem te kan weier. As die prys as 'n globale som vasgestel is, kom enige getal bo die aangegewe mate tot die voordeel van die koper. Indien daar 'n tekort is, het die koper in beginsel 'n aksie vir skadevergoeding. Vir die berekening daarvan is verskeie maatstawwe al

<sup>54</sup>Vide *Liesching, Executor of Fichat v The Colonial Government* (1833) 3 M 417; *Cilliers v Papenfus & Rooth* 1904 TS 73; *Griessel v Du Toit* 1948 (2) SA 562 (T).

<sup>55</sup>(1906) 27 NLR 513.

<sup>56</sup>1944 OPD 207.

<sup>57</sup>Sien 215-6.

<sup>58</sup>1929 NPD 265.

<sup>59</sup>Sien 272-3.

<sup>60</sup>Vgl. *Barkhuizen's Estate v Wells (Pty) Ltd* 1938 EDL 404; en *Wells (Pty) Ltd v Estate Barkhuizen* 1939 AD 337; *Mandiric v Rickagio* 1927 NPD 463; *Elliot v McKillop* (1902); 19 SC 350; *Cradock Roller Mills v Marais* 1921 CPD 515; *De Villiers v Nichollas & Co.* (1907) 24 SC 208.

<sup>61</sup>*Ibid.*

genoem, nl. die verskil tussen die prys en die waarde van die saak, of die *pro rata* deel van die prys. Laasgenoemde maatstaf is nou wel dié van die bronne, maar kan nie altyd dienstig gebruik word nie.<sup>62</sup>

As die tekort sodanig is dat dit terugtrede regverdig, behoort die koper ook te kan terugtree.<sup>63</sup>

Daar is 'n wanvoorstelling as die verkoper nie wil instaan vir die waarheid van sy opgawe nie, maar dit tog die koper beïnvloed het om die koop te sluit. Volgens Voet het die koper by die koop *ad corpus* alleen 'n verhaalsreg as die verkoper bedrieglik verkeerde opgawes gemaak het. Ons reg laat die koper toe om ontbinding te eis in geval van sogenaamde onskuldige wanvoorstelling maar het nog nie sover gekom om 'n skadevergoedingseis toe te laat by nalatige wanvoorstellings nie. Dienooreenkomstig behoort die koper alleen skadevergoeding te kan eis as hy ook *mala fides* by die verkoper kan bewys. Die verskil tussen die aangegewe en die werklike maat mag sodanig groot wees dat dit 'n *prima facie* afleiding van bedrog regverdig.<sup>64</sup> Maar as geen *dolus* bewys kan word nie, is daar geen verhaalsreg nie. Weliswaar is daar in die regspraak sprake daarvan dat die koper 'n *actio quanti minoris* kan instel op grond van onskuldige wanvoorstellings, maar die antwoord is dat hierdie stelling nie op oortuigende gesag berus nie.<sup>65</sup> Die toestaan van die *actio quanti minoris* om die koper 'n verhaalsreg te gee by tekorte in die hoeveelheid mate is 'n herinnering aan die opmerkings van lord De Villiers in *Irvine & Co. v Berg*<sup>66</sup> dat na lewering en aanvaarding van die koopsaak die *actio empti* nie meer beskikbaar is nie - 'n opvatting wat sedert lank gelukkig nie meer nagevolg word nie,<sup>67</sup> en dui gevolglik op 'n wanbenaming vir die koper se verhaalsreg.

Insake die berekening van die koper se skadevergoeding in geval van bedrog heers daar tans meningsverskil.<sup>68</sup> Die standpunt van die Appèlhof<sup>69</sup> is dat die berekenings gedoen moet word volgens die bedrag wat die koper oorreed is om meer vir die *merx* te betaal as

<sup>62</sup>As daar bv. 'n plot synde 10 morg groot met verbeterings daarop verkoop word en slegs 9 morg word getranspoteer, sou dit onbillik wees om die prys *pro rata* aan te pas en behoort die vermindering te geskied volgens die waarde van die een morg grond wat ontbreek.

<sup>63</sup>Sien *Glass v Hyde* 1932 WLD 19; *Wells (Pty) Ltd v Estate Barkhuizen supra*; *Griessel v Du Toit* 1948 (2) SA 562 (T).

<sup>64</sup>Vgl. *Van der Merwe v Burgers* (1886) 4 SC 128, 130.

<sup>65</sup>Sien De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 40 en 240 daaroor.

<sup>66</sup>1879 Buch 183.

<sup>67</sup>Sien bv. *Vorster Bros v Louw* 1910 TPD 1099.

<sup>68</sup>Sien Van der Merwe & Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 184 e.v.

<sup>69</sup>*De Jager v Grunder* 1964 (1) SA 446 (A).



gevolg van die wanvoorstelling.<sup>70</sup> Sonder om op die meriete van die menings in te gaan, kan net daarop gewys word dat die Romeine blykbaar van mening was dat die voordele van die koop teen die nadele opgeweeg moet word<sup>71</sup> en dat die Appèlhof se standpunt dit skyn te verontagsaam.

### Summary

When a *res* capable of division into natural units is sold the parties may fix the price according to the units or as a fixed sum. If the seller should make declarations concerning the number of units and these statements should turn out to be false, then one would normally determine whether they were warranties or misrepresentations and liability would then be determined according to the circumstances. In the Roman Dutch law the seller of ground was given the choice in a sale *ad quantitatem* of reducing the price or supplying the shortfall if there were fewer units than he stated, and the purchaser had to increase the price or hand back the surplus if there were more than the seller stated. If the sale was *ad corpus* the purchaser was entitled to the excess and only had a remedy if the seller knowingly made a false statement or the variance was exceptional. The South African cases tend to determine whether there was a warranty or a misrepresentation and attach liability accordingly. In a sale *ad corpus* the decisions are in accordance with the Roman Dutch authorities, unless the statements amount to a warranty. In case there is a shortfall or an excess in a sale *ad quantitatem* the choice allowed the seller or purchaser in the Roman Dutch law should still be allowed. If there is a shortfall then the purchaser only pays for what he gets where the price is determined as a price per unit, and may also have a claim for damages. □

*And where modern industrial and urbanized man has surrendered his legal freedom - as he has largely in labour relations, as a member of the armed forces or civil service, or as a consumer - he has done so not by a necessity inherited by tradition from generation to generation, but by choice, for in a world where the average person is perilously poised between an abundant life and total destruction, the craving for security has largely displaced the craving for freedom.*

W. Friedmann  
Law in a Changing Society 373.

<sup>70</sup>Vgl. ook *Fry v Reynolds* (1848) 2 M 161 en *Van der Merwe v Burgers* (1886) 4 SC 128 wat so-iets suggereer.

<sup>71</sup>Vgl. *D* 19.1.32 en noot 12 *supra*.

# Diefstal van 'n Lyk ?

C. F. Klopper

*Justisie-Opleiding*

## INLEIDING

In 'n saak wat onlangs voor 'n landdros gedien het is die vraag geopper of 'n lyk, of deel van 'n lyk, voorwerp van diefstal kon wees. Die Hof het die vraag bevestigend beantwoord sonder om pertinent te bevind in wie die eiendomsreg van die *corpus delicti* geleë was. Die veroordeling is by hersiening deur die Transvaalse Afdeling van die Hooggeregshof bekragtig.

Aangesien skrywer hiervan bedenkings koester t.o.v. die korrektheid van die beslissing en dit as vereiste postuleer dat daar geen sprake van diefstal kan wees tensy 'n *eienaar* t.o.v. die gesteelde saak bestaan nie, is sommige van die bronne van ons reg in hierdie verband nagegaan, met die oog daarop om uitsluitel te verkry t.o.v. 'n aangeleentheid wat skynbaar nog *res nova* in ons reg is.

## I. ROMEINSE REG

Dit wil voorkom of daar geen gesag in die Romeinse reg bestaan dat 'n lyk voorwerp van diefstal kon wees nie. Die *Digesta*-tekste wat oor diefstal handel verkondig maar net die ou waarheid dat diefstal beperk is tot die roerende goed van 'n ander; onroerende en onstofflike (onliggaamlike) sake kon nie gesteel word nie.<sup>1</sup>

Die Romeinse reg het grafskending tot 'n misdadig verklaar.<sup>2</sup> Onder grafskending was die verwydering van lyke, wat onder meer verwydering van bene ingesluit het, inbegrepe.<sup>3</sup>

## II. ROMEINS-HOLLANDSE REG

Dit wil voorkom of die meeste van ons ou skrywers hulle op die standpunt gestel het dat 'n lyk nie voorwerp van diefstal kon wees nie.

---

<sup>1</sup>Vergelyk o.a. *D* 47.2.26 oor onroerende goed en *D* 41.2.3.18 oor onliggaamlike sake.

<sup>2</sup>*D* 47.12.7. Kyk *R v Letoka* 1947 (3) SA 713 (0), 715, vir 'n bondige historiese uiteensetting van hierdie onderwerp deur regter Van den Heever en die insiggewende artikel van Wouter de Vos in 1952 SALJ 296.

<sup>3</sup>*D* 47.12.11.

So verklaar Voet<sup>4</sup> dat slegs roerende goed wat aan iemand anders behoort, gesteel kan word. Oor lyke rep hy, sover vasgestel kan word, geen woord nie. Voet<sup>5</sup> laat hom egter volledig uit oor *grafskending*. Dit was 'n besondere ernstige misdryf wat in navolging van die Romeinse reg met swaar strawwe bedreig is.

*Matthaeus*<sup>6</sup> gaan in hoofsaak net soos Voet te werk deur pertinent daarop te wys dat slegs roerende sake gesteel kan word. Oor diefstal van 'n lyk bewaar hy 'n doodse swye.

*Huber*<sup>7</sup> vereis net soos Voet en *Matthaeus* ook dat die *res* roerend moet wees. Grafskending as 'n misdaad *eo nomine* behandel hy nie.

*Van der Linden*<sup>8</sup> behandel nòg diefstal van 'n lyk, nòg graf- of lykskending. *Moorman*<sup>9</sup> gee egter heelwat aandag aan hierdie aangeleentheid. Hy omskrywe die misdaad *grafskending* soos volg: „ . . . de misdaad van grafenschendingen bestond dan daarin niet alleen, dat iemand de dode lichamen of de overblyfselen uit de gravens uithaelde en steelde . . .” Hieruit blyk duidelik dat hierdie skrywer diefstal van 'n reeds *begraafde lyk* as grafskending beskou. Hy spreek hom egter nie uit oor diefstal van 'n lyk voor die begrafnis nie.

*Van der Keessel*<sup>10</sup> behandel diefstal volledig, maar gee nie besondere aandag aan lyke nie. In boek 47, titel 12 van sy werk behandel die skrywer egter lyk- en grafskending volledig, maar opmerklik word niks gerep omtrent lykskending voor begrafnis nie.

*Gevolgtrekking*: Die *consensus* van opinie onder ons ou skrywers skyn dus te wees dat diefstal van 'n lyk, na begrafnis, as die misdaad van grafskending beskou is.

Sover vasgestel kon word behandel nie een van ons skrywers *lykskending voor begrafnis* as 'n misdaad nie. *Carpzovius*<sup>11</sup> verklaar egter uitdruklik dat die versteuring van lyke wat nog nie ter aarde bestel is nie, die misdaad van lykskending uitmaak.<sup>12</sup> Alhoewel hierdie skrywer die Germaanse reg beskrywe het, het hy nogtans in Nederland groot agting afgedwing en het sy voormelde werk groot gesag geniet.<sup>13</sup>

<sup>4</sup>*Ad Pandectas* 47.2.3.

<sup>5</sup>*Ad Pandectas* 47.12.

<sup>6</sup>*De Criminibus* 47.1.1.8.

<sup>7</sup>*Hedendaegse Rechtsgeleertheit* (Gane se vertaling) 2.6.5.13.

<sup>8</sup>*Koopmanshandboek* 2.6.2.

<sup>9</sup>*Verhandeling over de Misdaden* 3.3.13.

<sup>10</sup>*Praelectiones ad jus criminale* vol. I bk. 47.2 p. 43 (Beinart & van Warmelo).

<sup>11</sup>*Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium* 2.83.53 tot 56.

<sup>12</sup>Kyk ook *Kunene v Maxibuko infra*.

<sup>13</sup>De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* 2de uitgawe 26.

## III. SUID-AFRIKAANSE REG

## A. Gewysdes

Ek kan geen gewysdes opspoor wat direk op hierdie saak betrekking het nie. Daar is egter etlike gewysdes waarin beslis is dat die skending van 'n lyk die gemeenregtelike misdryf van lyk- of grafskending uitmaak.

In *Kunene v Mazibuko*<sup>14</sup> het beskuldigde op die verminkte lyk van 'n verdrinkte persoon afgekom en dele daarvan afgesny vir doeleindes van medisyne. Hy word aangekla en veroordeel van die gemeenregtelike misdryf van lykskending.<sup>15</sup> Die Hof steun op Carpozovius.<sup>16</sup> Dit moet beklemtoon word dat hierdie lyk nog nie begrawe was nie en dat grafskending dus nie ter sprake kom nie. Aangesien beskuldigde nie weens diefstal aangekla was nie, spreek die Hof hom nie oor hierdie aspek uit nie.

In *R v Letoka*<sup>17</sup> het beskuldigde brandwag gestaan „teen die kwaai spook van 'n witman” terwyl sy paar makkers 'n graf oopgegrawe het, en is doodsbeendere en stukke doodkis buite die graf gevind. Hy word aangekla en veroordeel weens grafskending.

In *R v Sephuma*<sup>18</sup> het beskuldigde, 'n grafgrawer van beroep, kort na die begrafnis van 'n baba die gedeeltelik opgevolde graf oopgegrawe en met 'n byl deel van die gesig van die oorledene verwyder om medisyne daarvan te maak. Hy word aangekla en veroordeel weens grafskending.<sup>19</sup>

## B. Handboekskrywers

De Wet en Swanepoel<sup>20</sup> vereis dat die saak by diefstal roerend, liggaamlik of stoflik moet wees. Die geleerde skrywers laat hulle nie daarvoor uit of 'n lyk voorwerp van diefstal kan wees nie. Hulle behandel egter grafskending<sup>21</sup> en dit skyn duidelik te wees dat hulle diefstal van 'n reeds begraaft lyk as grafskending beskou. Oor lyk-skending voor begrafnis en oor *Kunene v Mazibuko*<sup>22</sup> word niks gerep nie.

<sup>14</sup>1918 JS par. 321.

<sup>15</sup>„Violation or spoliation of a dead body.”

<sup>16</sup>A.w. *Quaest.* 83 par. 53.

<sup>17</sup>1947 (3) SA. 713 (0).

<sup>18</sup>1948 (3) SA. 982 (T).

<sup>19</sup>Kyk ook *R v Goosen* (nie gerapporteer nie), aangehaal in Gardiner and Lansdown *South African Criminal Law and Procedure* vol. II 1211.

<sup>20</sup>*Die Suid-Afrikaanse Strafreg* 2de uitgawe 321-2.

<sup>21</sup>A.w. 442.

<sup>22</sup>*Supra.*

Gardiner en Lansdown<sup>23</sup> laat hulle soos volg hieroor uit: „Property may be incapable of theft . . . absolutely by reason of its inherent character . . . such as things in law incapable of ownership, as, for example, buried corpses.” Daar dien op gewys te word dat die skrywers hulle nie hier oor onbegraafde lyke uitspreek nie. Die skrywers wys verder daarop<sup>24</sup> dat die versteuring van die begraafde oorskot van ’n mens „could under the common law only be chargeable as violation of a sepulchre, since the conduct could not be charged as theft, a corpse being in the nature of a *res nullius*.”<sup>25</sup> Weer moet beklemtoon word dat die skrywers hulle nie oor ’n onbegraafde lyk uitlaat nie.

J. P. verLoren van Themaat<sup>26</sup> laat hom pertinent soos volg hieroor uit: „’n Lyk is nie vatbaar vir diefstal nie; maar moontlik wel as dit kragtens ons anatomiese wette geplaas is ‚under the control of an inspector of anatomy’ . . . of gelewer is aan ’n erkende ‚school of anatomy.’ ” As gesag vir hierdie stelling haal die skrywer art. 5 van Wet 32 van 1911 aan.<sup>27</sup> Of die laaste stelling regs wetenskap regverdigbaar is, word hieronder bespreek.

### C. Wetgewing

Daar is etlike wette waarin voorsiening daarvoor gemaak word dat sekere instansies regmatiglik met lyke mag handel. Die volgende wette vind o.a. hier aanwending:

1. Die *Wet op Na-doodse Ondersoeke en Verwydering van Menslike Weefsel*, 30 van 1952 (soos gewysig). Die Wet maak o.a. voorsiening vir die verwydering van menslike weefsels uit gestorwenes of nog lewende persone in sekere omstandighede en vir die hou van nadoodse ondersoeke.

Artikel 7 van die Wet penaliseer enigiemand wat onregmatiglik weefsel<sup>28</sup> van ’n lyk verwyder.

2. Die *Anatomiewet*, 20 van 1959. Artikel 6 van hierdie Wet maak daarvoor voorsiening dat die stoffike oorskot van o.a. armlastiges in sekere omstandighede na Anatomieskole verwyder kan word vir wetenskaplike doeleindes. Opvallend is dit dat die wetgewer nêrens in die Wet eiendomsreg van sodanige lyk aan die anatomieskool toeken nie. Terme soos „toesig,” „beheer,” „besit” word in verskeie artikels

<sup>23</sup>A.w. 1655-6.

<sup>24</sup>A.w. 1211.

<sup>25</sup>Of ’n begraafde lyk inderdaad *res nullius* is, word aanstons bespreek.

<sup>26</sup>*Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-Hollandse Reg* 101.

<sup>27</sup>Die huidige Wet heet die *Anatomiewet* 20 van 1959.

<sup>28</sup>Weefsel word in die Wet omskrywe as „enige menslike weefsel, vleis, orgaan, been of liggaamsvlocistof.”

gebruik, maar nie die woord „eiendom” nie. Artikel 13 skep sekere statutêre oortredings, o.m. die ongemagtigde besit van ’n lyk.

3. Die *Wet op Geregte Like Doodsondersoeke*, 58 van 1959. Ingevolge hierdie Wet word ’n landdros gemagtig om die lyk van ’n persoon wat vermoedelik ’n onnatuurlike dood gesterf het, deur ’n distriksgeneesheer te laat ondersoek om die oorsaak van dood vas te stel met die oog op strafregtelike optrede. Hierdie Wet skep geen misdrywe nie.

4. Die *Volksgesondheidswet*, 36 van 1919. Artikel 34 verorden dat ’n landdros by die afsterwe van ’n persoon wat vermoedelik aan aansteeklike oorsake oorlede is, kan gelas dat ’n nadoodse ondersoek gehou word ten einde die oorsaak van dood met sekerheid vas te stel. Artikel 33(3) bepaal dat die lyk van ’n persoon wat aan ’n aansteeklike siekte beswyk het, nie anders as vir onmiddellike ter aarde bestelling verwyder mag word nie.<sup>29</sup>

5. Die *Strafproseswet*, 56 van 1955. Ingevolge artikel 71 van hierdie Wet word die voorsittende beamppte of die aanklaer by ’n voorlopige ondersoek t.o.v. doodslag van ’n mens verplig om die *corpus delicti* nadoods te laat ondersoek deur ’n mediese praktisyn. Nie-nakoming van hierdie bepaling word nie deur die betrokke Wet strafbaar gestel nie.

#### D. Gevolgtrekking

Uit die voorgaande kan nou met ’n redelike mate van sekerheid gekonkludeer word dat die onregmatige verwydering van ’n lyk of deel van ’n lyk in ons reg nie op diefstal neerkom nie. Dit is òf statutêr strafbaar onder die wette hierbo genoem òf gemeenregtelik strafbaar as *lykskending*<sup>30</sup> of *grafskending*.<sup>31</sup>

Teen hierdie beskouing kan egter heelwat bedenkinge gekoester word en dit sal gevolglik dienstig wees om dusdanige bedenkinge in oënskou te neem:

(a) Ingevolge die bepaling van artikel 320(12) van die *Strafproseswet, 1955*, skyn dit moontlik te wees om diefstal van ’n lyk *uit ’n graf* te pleeg. Die voormelde artikel lees soos volg:

„In ’n aanklag weens diefstal uit ’n graf, hetsy in ’n kerkhof of begraafplaas geleë al dan nie, is dit nie nodig om te meld dat ’n lyk of deel daarvan of enigiets hoegenaamd binne die graf die eiendom van iemand is nie.”

Dadelik moet daarop gewys word dat die trefkrag van hierdie artikel beperk is tot diefstal *uit ’n graf* en dus nie van toepassing is op ’n lyk voor die begrafnis nie.

<sup>29</sup>Nie-nakoming van hierdie bepaling word deur artikel 149 as ’n misdryf strafbaar gestel.

<sup>30</sup>Indien die lyk nog nie begrawe is nie.

<sup>31</sup>Na die ter aarde bestelling.

Vervolgens moet daarop gewys word dat hierdie artikel beslis nie 'n misdryf skep nie,<sup>32</sup> maar net prosesregtelik reël dat in geval van diefstal van 'n lyk uit 'n graf dit nie nodig is om te beweer wie die eienaar van die lyk is nie. Dit getuig van 'n agterstevooredenasie. Die wetgewer moet tog eers 'n misdryf skep en daarna die prosesreg wat daaruit voortvloei reël. En dit het die wetgewer nie gedoen nie.

Dit word ter oorweging gegee dat: (1) dit onmoontlik is om 'n saak te steel waarvan niemand eienaar is nie,<sup>33</sup> (2) dat 'n lyk inderdaad aan niemand behoort nie en dus *res nullius* is,<sup>34</sup> (3) dat 'n lyk, synde 'n *res nullius*, nie deur *occupatio* as eiendom verkry kan word nie, omdat dit duidelik *contra bonus mores* sou wees en ook *contra* die bedoeling van die wetgewer vir die spesifieke gevalle waarna hierbo verwys is.<sup>35</sup>

(b) Dit is geldende reg by ons dat van 'n persoon aan die aanklaer onbekend, gesteel kan word,<sup>38</sup> en gevolglik kan op grond daarvan geargumenteer word dat eiendomsreg in 'n saak nie voorvereiste vir diefstal is nie. Indien iemand maar besit van 'n lyk het, sou wegneem van sodanige lyk diefstal uit die besit van die regmatige besitter wees. Hierdie redenasie gaan om verskeie redes m.i. nie op nie.

1. In die *Mashelele-saak*<sup>37</sup> stel appèlregter Tindall dit duidelik dat selfs by diefstal van 'n persoon aan die aanklaer onbekend, eiendomsreg in iemand, wie dit ook al mag wees, voorvereiste is. In die betrokke saak het die wewer van 'n ander dief geld gesteel wat in besit van 'n sekere persoon was. Regter Tindall verklaar:<sup>38</sup>

„ . . . for under such circumstances the crime of theft of the stolen money by the accused would have been committed not by taking the property of Abraham<sup>39</sup> or Frans,<sup>40</sup> but by taking the property of the true owner, whoever he might be.”

2. Indien eiendomsreg nie 'n vereiste by lykdiefstal is nie, moet die reghebbende, d.w.s. die regmatige besitter, met sekerheid bepaal kan word. Sal dit die oorledene se oorblywende eggenoot wees, of die kinders, of die erfgename, of 'n ander naasbestaande? Indien die naasbestaande dan nie eiendomsreg in die oorledene se lyk het nie, kan met

<sup>32</sup>Kyk die *nullum crimen sine lege*-reël in De Wet en Swanepoel a.w. 43 *et seq.*

<sup>33</sup>Kyk volgende paragraaf vir 'n bespreking van dié stelling.

<sup>34</sup>Gardiner & Lansdown a.w. 1211. Die konsep *res nullius* word hier in engere sin opgevat as 'n saak wat aan niemand behoort nie en ook nie vir private eiendomsreg vatbaar is nie. Vgl. Voet 1.8.1; D 1.8.1; Grotius *Inleiding* II 1.42.

<sup>35</sup>Kyk die wetteregtelike voorskrifte hierbo aangehaal.

<sup>36</sup>Kyk o.m. artikel 315(3) van die *Strafproseswet, 1955*, en *R v Mashelele and Another* 1944 AD 571.

<sup>37</sup>*Supra* 581.

<sup>38</sup>*Ibid.*

<sup>39</sup>Die eerste dief.

<sup>40</sup>Die besitter.

reg gevra word watter soort reg, anders as eiendomsreg, hulle dan in die lyk het, indien enige?

Met betrekking tot die Romeinse reg<sup>41</sup> verklaar Ulpianus:

„He whom the deceased selected must conduct the funeral . . . If, however, the deceased did not make any provision for this, and the duty has not been transferred to anyone, it will devolve upon the heirs who were appointed, and if none were appointed, upon the heirs at law or the cognates who succeed in their regular order.”

Voet<sup>42</sup> verklaar dat die Romeins-Hollandse reg in hierdie verband die Romeinse reg volg.

Dit wil dus voorkom of die reg en die plig om te begrawe enersyds erfregtelik gereël was of andersyds familiereglik ontstaan het. Dit skyn vandag nog by ons die posisie te wees. By ontstentenis van 'n testamentêre reëling of 'n naaste bloedverwant wat die begrafnis kan waarneem, word ook in sommige gevalle wettereglike reëlings aangetref.<sup>43</sup>

Dieselfde reëling word ook in die Amerikaanse reg aangetref.<sup>44</sup> In die eerste plek word na die oorledene se testamentêre opdrag of ander wilsverklaring t.o.v. sy begrafnis gekyk. Indien die wense van die oorledene in hierdie verband met dié van aan- of bloedverwante bots, sal die wense van die afstammeling voorrang geniet bo dié van 'n eggenoot van wie hy/sy gedurende sy/haar leeftyd vervreemd geraak het. Gewoonlik is die langsliewende eggenoot geregtig en verplig om die begrafnis waar te neem. Sy reg geniet voorrang bo dié van die kinders.

Die posisie skyn dus te wees dat:

1. 'n Lyk nie vatbaar vir diefstal is nie omdat niemand eiendomsreg daarin het nie en eiendomsreg daarin ook nie op 'n regserkende wyse verkry kan word nie.<sup>45</sup>
2. Die wederhelfte of bloedverwante van die oorledene die reg verkry en die plig opgelê word om die lyk van die oorledene te begrawe kragtens die familiereglike verhouding waarin hulle tot die oorledene staan.
3. In gevalle waar paragraaf twee hierbo nie van toepassing is nie, die begrafnis statutêr of wettereglik gereël word.
4. Die bepalinge van artikel 320(12) van die *Strafproseswet, 1955*, sover dit 'n lyk betref as *pro non scripto* beskou moet word.

<sup>41</sup>*Digesta* 11.7.12.4. (Scott se vertaling).

<sup>42</sup>*Ad Pandectas* 11.7.7.

<sup>43</sup>Kyk o.a. die *Anatomiewet*, 20 van 1959, t.o.v. armlastiges.

<sup>44</sup>Kyk die artikel deur Jack H. Olender in die *University of Pittsburgh Law Review* vol. 21 no. 3 (1960) 527 en sake daar aangehaal.

<sup>45</sup>Soos d.m.v. *occupatio* of *traditio* of regswerking.



## IV. REGSVERGELYKING

1. *Engelse Reg*: In *R. v Sharpe*<sup>46</sup> verklaar die Hof: „Our law recognizes no property in a corpse” en verder: „There can be no property in the human body, either living or dead.”<sup>47</sup>

2. *Kanadese Reg*: In *Miner v Canadian Pacific Railway Company*,<sup>48</sup> beslis die Hof:

„Inasmuch as there is a legal right of custody, control and disposition, the law recognizes property in a corpse, but property subject to a trust and limited in its right to such exercise as shall be in conformity with the duty out of which the right arises.”<sup>49</sup>

3. *Australiese Reg*: In *Doodeward v Spence*<sup>50</sup> beslis die Hof met ’n meerderheid van twee teen een:

„There can be no property, either general or special, in a human corpse and, therefore, under no circumstances can any person maintain an action of detinue or trover in respect of it. The only right analogous to a right of property for which there is any precedent is a right on the part of persons who, by virtue of their relationship with the deceased, are regarded as under a duty to give the corpse decent burial, and who seek to obtain it for that purpose.”

4. *Amerikaanse Reg*: In die *University of Pittsburgh Law Review*<sup>52</sup> laat Jack H. Olender hom in hierdie verband soos volg uit:

„A dictum of Lord Coke established the common law doctrine that there is no property in a corpse,<sup>53</sup> but interests in a corpse are recognized, and ‘a property subject to a trust concept’ has been used to recognize certain interests. What the exact nature of these interests is, is not clear.”

5. *Nederlandse Reg*: *Van Bemmelen en Hattum*<sup>54</sup> verwys na die interessante saak wat op 25.6.46 voor die Hooge Raad gedien het. Beskuldigde was aangekla van diefstal, naamlik dat hy vergulde tande uit lyke verwyder en vir hom toegeëien het. Hy werp die verweer op dat niemand eienaar van ’n lyk is nie en gevolglik ook nie van die tande nie; dat by die uitbreek van die tande nuwe sake ontstaan en dat hy deur *occupatio* daarvan eienaar geword het. Die Hof verwerp sy verweer en beslis dat die lyk<sup>55</sup> die eiendom van die erfgename word:

<sup>46</sup>Dears and B., 163 (aangehaal in S.A. Medical Journal, 2.6.1951, p. 378).

<sup>47</sup>Kyk o.a. ook *R v Haynes* (1614) 12 Co. Rep. 113 en *Russell on Crime* vol. II (12th Ed) 887.

<sup>48</sup>(1910) 15 WLR 161.

<sup>49</sup>Aangehaal in SA. Medical Journal, 2.6.51, 378.

<sup>50</sup>1909 CLR 406.

<sup>51</sup>Hoofregter Griffith *dissiente*.

<sup>52</sup>Vol. 21 no. 3 (1960) 526.

<sup>53</sup>Volgens Olender is die aangeleentheid bespreek in *In re Johnson's Estate* 7 NYS 2nd, 83 - 4.

<sup>54</sup>*Hand- en Leerboek van het Nederlandse Strafrecht* deel II (1954) 228.

<sup>55</sup>Met tande en al.

„ . . . dat immers de erven of nabestaanden van een overledene een zodanige zeggenschap over diens hebben - zij het dan ook beperkt door de wet gebiedt en door wat voortvloei uit godsdienstige en zedelijke, opvattingen alsmede door den overledene zelf met inachtneming van een en ander is bepaald - dat van een toebehoren in den sin van art. 310 Sr. moet worden gesproken.”

## V. SLOT

Opsommenderwys kan skrywer se mening oor hierdie regspraak soos volg saamgevat word:

1. 'n Lyk is *res nullius* maar kan nie deur *occupatio* as eiendom verkry word nie.
2. Die reg/verpligting om 'n lyk te begrawe het as onstaansbron òf die familiereg, òf die testatêre geskrif of ander opdrag van die oorledene, òf die wettereg.
3. Word 'n lyk gesteel of geskend *voor begrafnis*, word òf die gemeenregtelike misdryf van *lykskending* òf 'n *statutêre misdryf* gepleeg.
4. Word 'n lyk gesteel of geskend *na begrafnis*, word die gemeenregtelike misdryf van *grafskenning* gepleeg.
5. 'n Lyk of deel van 'n lyk kan *nie* gesteel word nie.

### Summary

In a recent case a magistrate convicted the accused of theft of a portion of a corpse without finding out in whom the ownership of such corpse vested at the time of the *contractatio*. The conviction was confirmed on review.

The writer hereof is of the opinion that a human corpse cannot be stolen for the simple reason that a corpse, being a *res nullius*, cannot be acquired in ownership by any person and that ownership is a prerequisite for theft. The next of kin merely has a right, and a corresponding duty, to bury the corpse.

The matter appears to be *res nova* in our law. Reference to the Roman and Roman Dutch law, case law and statutory enactments, has revealed that the violation or spoliation of a dead body can be charged either as (1) violation of a dead body (before burial); or (2) violation of a grave; or (3) contravention of a particular statutory enactment. □

# Aantekeninge

## DIE INHOUD VAN DIE PARLEMENT SE WETGEWENDE SOEWEREINITEIT

Die onlangse dictum van regter Klopper in *S v Makbutla* 1968 (2) SA 768 (O), 771, „Dat ons Parlement Wette kan maak *wat slegs regsgeldig is binne sy eie gebied*, is nie te betwyfel nie, behalwe vir daardie Wette wat op die Republiek-onderdane in die buiteland van toepassing is,”<sup>1</sup> word taamlik algemeen aanvaar, maar is nie heeltemal juis nie. Dit bring pertinent die vraag na die presiese inhoud van parlementêre wetgewende soewereiniteit na vore.

Jennings meld in sy klassieke uiteensetting van die inhoud van wetgewende soewereiniteit o.a. die volgende:

„Thus Parliament may remodel the British Constitution, prolong its own life, legislate ex post facto, legalise irregularities, provide for individual cases, interfere with contracts and authorise the seizure of property, give dictatorial powers to the Government, dissolve the United Kingdom or the British Commonwealth, introduce communism or socialism, or individualism or fascism, entirely without legal restriction.”<sup>2</sup>

Met hierdie voorbeelde dui hy aan dat daar vrywel geen perke aan die wetgewer se bevoegdheid is nie. Hy verwys daarna as „this enormous power.”

Die inhoud van wetgewende soewereiniteit is myns insiens hoofsaaklik:

(1) Dat die parlement ooreenkomstig die bestaande reg wetgewende gesag rakende enige denkbare onderwerp kan uitoefen.

(2) Dat die parlement wetgewing kan maak wat betrekking het op alle persone en alle plekke.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>My kursivering. Dat hierdie woorde, soos Kahn dit stel, ’n „unguarded dictum” miskien was, word nie deur my betwyfel nie. Sien *Annual Survey of South African Law* 1968 4.

<sup>2</sup>Jennings *The Law and the Constitution* 1960 147. Vgl. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* 1775 vol. 1 160: „It hath sovereign and uncontrollable power in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations . . .”

<sup>3</sup>Jennings a.w. 170.

(3) Dat die howe steeds al die reëls wat die parlement ook al besluit om as wette aan te neem, moet erken.<sup>4</sup>

Hieruit is dit duidelik dat die parlement bv. wette met ekstra-territoriale werking kan aanneem. Daar bestaan baie voorbeelde, o.a. die Britse *Representation of Peoples Act* van 1949. Artikel 80(1) bepaal:

„No person shall with intent to influence persons to give or refrain from giving their votes at a parliamentary election, use, or aid, abet, counsel, or procure the use of any wireless transmitting station outside the United Kingdom for the transmission of any matter having reference to the election otherwise than in pursuance of arrangements made with the British Broadcasting Corporation for it to be received and retransmitted by that Corporation.”<sup>5</sup>

Nog ’n voorbeeld is die Britse *Continental Shelf Act* van 1964. Artikel 1(1) bepaal:

„Any rights exercisable by the United Kingdom outside territorial waters with respect to the sea bed and subsoil and their natural resources, except in so far as they are exercisable in relation to coal, are vested in Her Majesty.”

Artikel 2(1) bepaal:

„The Minister of Power may for the purposes of protecting any installation in a designated area by order made by statutory instrument prohibit ships . . . from entering without his consent . . .”

Artikel 3(1) bepaal:

„Any act or omission which-  
(a) takes place on, under or above an installation in a designated area . . . and  
(b) would, if taking place in any part of the United Kingdom, constitute an offence under the law . . . shall be treated as taking place in that part.”

Die Suid-Afrikaanse parlement mag byvoorbeeld ’n statuut maak wat bigamie ’n misdryf maak. Indien ’n Suid-Afrikaanse onderdaan in die Verenigde State van Amerika bigamie pleeg mag hy in Suid-Afrikaanse howe verhoor word.<sup>6</sup>

<sup>4</sup>Oor die inhoud van dié reëls het die parlement alleen seggenskap. Die howe sien egter toe dat die reëls wat as wette aangeneem is, op die voorgeskrewe wyse aangeneem is. Die hof bepaal steeds of the parlement wel funksioneer het. Vgl. my artikel *Die Bevoegdheid van die Howe om Wette van die Parlement te Toets* 1969 THRHR 209-210.

<sup>5</sup>Wade en Phillips *Constitutional Law* 1962 47 sien die effek van hierdie wet as „prohibiting an activity abroad by whomsoever committed.”

<sup>6</sup>Wetgewing van die Britse parlement wat van toepassing is buite Britse gebiede moet duidelik te dien effekte bewoord word. *Earl Russell's Case* (1901) AC 446: „The section defining the offence does not in express terms apply to any offence committed beyond the King's dominions. According to the well-known rule of construction in every Act passed by our Parliament, words, however wide, with reference to area must have read along with them a reference to the King's dominions, unless very express words are added in the Act showing that it was

*Die Wet op Suid-Afrikaanse Burgers in die Antarktika*, 55 van 1962, is nog 'n voorbeeld van 'n wet wat wye territoriale werking het. Dit bepaal onder andere dat wette wat van tyd tot tyd in die Republiek van Suid-Afrika op 'n Suid-Afrikaanse burger van krag is, ook op hom van toepassing is terwyl hy in die Antarktika is. Verder word geag dat Antarktika binne die landdrostdistrik van Pretoria geleë is.

Die feit dat die vreemde gebiede nie die gesag van bv. die Suid-Afrikaanse parlement erken om wetgewing op hulle van toepassing te maak nie, doen nie afbreuk aan die Suid-Afrikaanse howe se plig om nogtans sulke wetgewing plaaslik toe te pas nie.<sup>7</sup> Die parlement se bevoegdheid om wette te maak geld ook ten opsigte van alle persone, ook *vreemdelinge* en nie net onderdane nie. As die Britse parlement bv. 'n wet deurvoer wat bepaal dat dit 'n oortreding is vir 'n Fransman om te rook - dan is dit 'n oortreding as 'n Fransman rook. Dit is egter 'n oortreding volgens Britse reg, nie volgens Franse reg nie. Indien 'n Fransman byvoorbeeld in Parys gerook het en besluit om daarna 'n rukkie in Folkestone te verwyl, dan kan hy weens sy oortreding in Engeland verhoor word.<sup>8</sup>

Die parlement se wetgewende bevoegdheid is ook nie tot 'n bepaalde onderwerp beperk nie. Artikel 59(1) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, van 1961, se bewoording dat die parlement volle mag het „om vir die vrede, orde en goeie regering van die Republiek wette te maak” skep dus geen beperking nie. Dit is desondanks bevoeg om wette te maak wat nie die vrede, orde of goeie regering dien nie. Die parlement mag selfs wetgewing deurvoer sonder om ag te slaan op enige aanvaarde beginsels van die volkereg. In *Mortenson v Peters*<sup>9</sup> beslis Lord Dunedin:

„It is a trite observation that there is no such thing as a standard of international law extraneous to the domestic law of a kingdom to which an appeal can be made.”

---

the intention of the legislature to make justiciable offences committed outside the King's dominions.” Vgl. *Cail v Papyanni* (1863) 1 Moo PC (NS) 471; *R v Keyn* (1876) 2 Ex D 63; *Lopez v Burslem* (1843) 4 Moo PC 300; *The Amalia* (1863) 1 Moo PC (NS) 471. Die *National Service (Foreign Countries) Act* van 1942 gee die kroon die bevoegdheid om Britse onderdane in vreemde lande vir militêre diens op te roep.

<sup>7</sup>Wade en Phillips a.w. 47: „The courts have nothing to do with the question whether the legislature has or has not done what the foreign States consider an usurpation.”

<sup>8</sup>Jennings, a.w. 172: „It (d.w.s. die Britse parlement) can deal with acts done by French citizens in France, but it cannot alter French law for the plain and obvious reason that French law does not recognise its authority, though English law does recognise its authority to alter French law.” My kursivering.

<sup>9</sup>(1906) 8F (Ct. of Sess.) 93. Aangehaal in *Compania Naviera Vascongada v S.S. Christina* (1938) AC 497.

Vanselfsprekend kan wetgewing slegs handel oor 'n onderwerp wat vir wetgewing vatbaar is. Soos Kranenburg aandui kan die parlement nie beveel wat 'n mens moet glo nie, maar hy kan wel geloofs-uitoefening reguleer of verbied.<sup>10</sup>

Die onbeperktheid van die wetgewende soewerein se gesag hou nie in dat daardie gesag ewigdurend moet wees nie. Daar kan 'n einde aan gemaak word, desnoods deur die soewerein self, want sy bevoegdhede omvat die bevoegdheid om homself te vernietig. Hy kan homself ontbind sonder om 'n opvolger in sy plek te stel of hy kan 'n plaasvervanger instel. Indien 'n enkele soewereine vors van sy soewereine wetgewende gesag afstand kan doen, dan kan die parlement dieselfde doen. Dit maak geen verskil of die wetgewende soewereiniteit in die hande van 'n enkeling of 'n saamgestelde liggaam is nie.<sup>11</sup>

Die *Union with Scotland Act*, 1706, is 'n voorbeeld waar die parlemente van Skotland en Engeland van hul afsonderlike soewereine wetgewende bevoegdhede afstand gedoen het en dit gevestig het in 'n parlement.<sup>12</sup> 'n Nuwe soewereine wetgewende liggaam is in dié geval in die lewe geroep.

Opsommend kan aangevoer word: Die parlement kan wette maak van toepassing binne sy eie gebied; ook kan die parlement wette met ekstraterritoriale werking maak. Sou die Suid-Afrikaanse parlement 'n wet maak met algehele toepassing in Frankryk, sou dit 'n regsgeldige wet wees en sou die Suid-Afrikaanse houe daarvan kennis moet neem. Die feit dat die Franse houe geen gevolg daaraan sou gee nie, of dat Franse burgers hul nie daaraan steur nie, doen geen afbreuk aan lg. stelling nie. Volgens die inhoud van die Suid-Afrikaanse parlement se wetgewende soewereiniteit, kan dié parlement die reg van Frankryk statutêr verander. Die feit dat die reg van Frankryk hierdie beginsel nie aanvaar nie is wat die Suid-Afrikaanse reg - en die Suid-Afrikaanse parlement - betref, van bloot akademiese belang. Volgens die Suid-Afrikaanse reg kan die Suid-Afrikaanse parlement 'n regsgeldige wet maak wat sy toepassing het in 'n ekstraterritoriale onafhanklike gebied. Die inhoud van parlementêre wetgewende soewereiniteit strek selfs sò ver. So beskou kan die bogemelde dictum in *S v Makbutla* nie sonder meer aanvaar word nie.

G. N. BARRIE

*Randse Afrikaanse Universiteit*

<sup>10</sup>Kranenburg *Nederlandsch Staatsrecht* vol. II 1947 420.

<sup>11</sup>Dacey *Law and the Constitution* 1959 68 voetnoot 1: „If the Czar can abdicate, so can parliament.”

<sup>12</sup>*Ibid*: „This parliament, however, just because it acquired the full authority of the two legislatures by which it was constituted, became in its turn a legally supreme or sovereign legislature.” Vgl. Calvert *Constitutional Law in Northern Ireland* 1968 21.

# Vonnisse

## AFRICAN LIFE INVESTMENT CORPORATION (PTY) LTD v SECRETARY FOR INLAND REVENUE 1969 (4) SA 259 (A); SACT 31 163

*Belastingreg - Wins op verkoop van aandele - Kapitaalwins of bedryfswins*

Die appellant-maatskappy is in 1963 as volfiliaal van The African Life Assurance Society Ltd (Talas) gestig om die aandelebeleggings in laasgenoemde maatskappy oor te neem en daarna as beleggingsmaatskappy te opereer.

Gedurende die jare van aanslag wat op 31 Desember 1963, 1964 en 1965 geëindig het, het appellant aandele ter waarde van R124,564, R2,011,119 en R2,505,608 respektiewelik verkoop waarop winste van R8,865, R301,292 en R142,923 respektiewelik gerealiseer is. Die Sekretaris van Binnelandse Inkomste het hierdie winste by die bruto-inkomste van appellant ingesluit. Laasgenoemde het na die spesiale hof vir die verhoor van inkomstebelastingappèlle geappelleer en aangevoer dat hy as beleggingsmaatskappy opereer en nie in aandele handel-dryf nie. Die betrokke winste is dus van 'n kapitale aard en moet ingevolge art. 1(xi) van die *Inkomstebelastingwet* (58 van 1962) van bruto-inkomste uitgesluit word. Die spesiale hof het die Sekretaris gelyk gegee waarop appellant by wyse van gestelde saak direk na die Appèl-hof geappelleer het.

Dit is duidelik dat die appellant-maatskappy nie met die doel om inkomstebelasting te vermy, gestig is nie, want as Talas self die winste gemaak het, sou sodanige winste nie belasbaar gewees het nie.<sup>1</sup> By die opstel van die akte van oprigting van appellant is daar waarskynlik met die moontlikheid rekening gehou dat winste op die verkoop van aandele deur die Sekretaris as belasbaar beskou mag word. In die doelstellingsklousule word aangedui dat die appellant-maatskappy as beleggingsmaatskappy gestig word met die doel om o.a. aandele, effekte en obligasies te verkry, te hou en te administreer, maar met die uitdruklike voorbehoud—

---

<sup>1</sup>Langtermyn-versekeringsmaatskappye word slegs op beleggingsinkomste soos rente, diwidende, huurgelde ens. belas en nie op winste wat ontstaan uit die realisering van beleggings nie.

“that the company shall not have power to deal or traffic in any such property or assets, but may acquire same for purposes of investment only and with a view to receive the income therefrom . . . the basis upon which the company is founded being that —

- (i) its investments shall not constitute its stock-in-trade; and
- (ii) its business shall not consist in dealing in shares or other property as aforesaid at a profit . . .”

Hierna volg dan die gebruikelike bepaling wat realisasie van beleggings en die herbelegging van die opbrengs magtig:

“but nothing in this clause shall preclude the company if, from time to time, it considers it necessary or advisable to do so from realising all or any part of its property or assets by sale or otherwise and the company shall have power to affect any such realizations: and furthermore to invest the funds of the company in any lawful manner . . .”

Die akte van oprigting plaas geen verpligting op die appellant om die wins op die realisering van beleggings na ’n kapitaalreserwe oor te plaas nie, terwyl die statute geen beperking plaas op die appellant se bevoegdheid om genoemde wins vir betaling van diwidende aan te wend nie. Dit blyk egter dat die bedoeling was om die betrokke winste op ’n spesiale reserwe te plaas en dit slegs in buitengewone omstandighede as diwidend aan Talas uit te keer. Die volgende paragraaf in die gestelde saak mag aanduiding wees van wat met „buitengewone omstandighede” beoog was:

“The appellant in conducting its affairs was also influenced by the desire to pay annual dividends of not less than 6 per cent on its issued share capital in order to assist Talas to declare bonuses to its policy holders which were competitive with bonuses declared by rival insurance companies.”

Benewens die bedoeling om die betrokke winste vir die verklaring van bonusse aan polishouers van Talas beskikbaar te hou, was die gedagte ook om vir reklamedoeleindes die wins op realisasie van aandele in die finansiële state van die appellant te toon.

Die beleggingskomitee van die appellant het ’n aktiewe beleggingsbeleid gevolg wat meegebring het dat aandele dikwels gekoop en verkoop is met die uiteindelige doel om goeie aandele met ’n stygende diwidendkoers te hou.

Namens die appellant is aangevoer dat die oorheersende en deurslaggewende bedoeling van die appellant met die aankoop van aandele was om diwidendinkomste te verkry en dat dit bloot toevallig was dat winste met die verandering van beleggings om die grootste moontlike diwidend te verseker, gemaak is. Die doel van die verkope was dus nie om wins te maak nie maar om die beleggings te verander met die oog op die handhawing en verhoging van diwidendinkomste. Die beperking op die handel in aandele wat in die doelstellingsklousule vervat is en die beleggingsbeleid wat daarop gemik was om die hoogste moont-



like diwidendinkomste te verseker, is aangevoer ter ondersteuning van die beweerde dominante doel.

Die Appèlhof bevind dat die betrokke winste nie van 'n kapitale aard is nie en dus belasbaar is. Met hierdie bevinding kan geen fout gevind word nie want die bedoeling van appellant met die transaksies was om wins te maak, soos duidelik uit die volgende blyk:

(a) Uit die feit dat daar 'n beperking op die handel in aandele in die doelstellingsklousule geplaas is, kan 'n *prima facie*-afleiding gemaak word dat die maatskappy nie met 'n skema om wins te maak, besig was nie, maar so 'n afleiding strook nie met ander feite en omstandighede nie. Die betrokke bepaling in die doelstellingsklousule kan nie *in vacuo* oorweeg word of *per se* as beslissend beskou word nie maar al die omstandighede moet oorweeg word. Die feit dat daar in die statute geen beperking op die aanwending van die betrokke winste geplaas is nie en die bedoeling inderdaad was om die winste in buitengewone omstandighede aan Talas uit te keer, is aanduiding van 'n bedoeling om wins te maak met die handel in aandele.

(b) Indien die primêre doel van die appellant wel was om diwidendinkomste te handhaaf en te verhoog dan was daar ook 'n sekondêre doel om in aandele handel te dryf. Hoewel sodanige sekondêre doel so nou verbonde aan die hoofdoel mag wees dat gesê kan word dat dit onafskeidbaar daarvan is, kan dit nie bloot as bykomstig tot die dominante doel beskou word nie. Hoofregter Steyn verklaar in hierdie verband:<sup>2</sup>

„It must be accepted, in terms of the stated case, that the basic desire of the appellant was to hold good shares which would show a rising dividend over the years; but that was not the only desire. In conducting its affairs (which would include the purchase and sale of shares) so it is stated, it was also influenced by the desire to pay an annual dividend to Talas which would assist the latter to declare a competitive bonus to its policy holders. For that very reason a clause restricting the distribution of profits on sales was deliberately omitted from its memorandum. In addition, both the investment committee and the directors, as a matter of policy, during these years, wanted the appellant to show surpluses on the realisation of shares. For both these reasons, there must, right from the inception of the appellants' business, have been a co-existent intention to achieve, on balance, a profit on realisation. Because it was desirable to have such a profit in reserve in case Talas should need it, and because it would, presumably, improve the public images of both Talas and the appellant, there was a distinct added purpose calling for profitable transactions. It cannot be said, therefore, that there was no element of seeking after profits on the sales effected by the appellant . . . Profits were anticipated and fully expected and, in making them, the appellant had in mind a definite purpose, distinguishable from, although not unconnected with, the purpose directed at dividends.”

<sup>2</sup>Op bladsy 271-2 van die Appèlhofverslag.

(c) Appellant het 'n aktiewe beleggingsbeleid gevolg wat aantoon dat 'n winsmotief met die aandeeltransaksies nagestreef is. Appèlregter Rumpff verklaar:<sup>3</sup>

„Die koop en verkoop van aandele was m.i. nie 'n blote verandering van kapitaalbates by sekere geleenthede nie, maar 'n *sine qua non* om o.a. die hoogs moontlike diwidende te bereik en te handhaaf en derhalwe 'n inherente eienskap van die aard van die besigheid van die maatskappy. Die besigheid met die portefeulje as geheel het dus m.i. twee soorte inkomste verskaf vir doeleindes van die Wet, nl. bepaalde diwidende vanuit aandele en 'n wins op die verkoop van aandele . . . Na my mening is van deurslaggewende belang die feit dat handeldryf plaasgevind het wat twee soorte van inkomste gelewer het en m.i. is die feit dat die een soort inkomste (diwidende) verskil van die ander soort inkomste (wins op verkoop van aandele) nie in hierdie saak 'n grond waarop laasgenoemde as kapitaalwins beskou behoort te word nie.”

Hierdie saak het weer eens die aandag gevestig op die uiters moeilike probleem rakende die onderskeiding tussen kapitaalwinst en bedryfswinst, en die onsekerheid wat dit vir die belastingpligtige meebring. In hierdie saak was die omstandighede sodanig dat daar maklik tot die beslissing gekom kon word dat die betrokke winste nie van 'n kapitale aard is nie. Daar was egter sake voor die howe waar die skeidingslyn nie so duidelik geblyk het nie en waar 'n mens by die lees van die vonnisse onwillekeurig dink aan die volgende opmerking wat in *J. H. Bean v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd*<sup>4</sup> gemaak is:

„Between pure white on the one side and jet black on the other side is a penumbra of grey, shading off gradually into white and black respectively . . .”

Die onderskeiding tussen kapitaal en inkomste is aanvanklik waarskynlik vir ander doeleindes as belastingheffing gemaak, en as gelet word op die probleme en onsekerheid wat met die huidige situasie gepaard gaan, dan ontstaan die vraag of die bestaande onderskeiding vir belastingdoeleindes werklik geregverdig is en toegelaat moet word om voort te duur. In hierdie verband verklaar Harvey E. Brazer:<sup>5</sup>

„A large part of the controversy and confusion that surrounds this problem stems from the fact that income may properly be defined in different ways for different purposes. Perhaps the oldest of these, one that goes back to feudal or early post-feudal law and has influenced the courts for centuries, arose from the necessity of distinguishing between the land and the produce of the land in the case of entailed estates . . .

„To the first of these purposes of defining income, and the common law that grew up around it, may be attributed the definition of income that appears to have dominated British and Canadian practice. Income available to the life tenant of an entailed estate was restricted to 'recurrent, consumable receipts' -

<sup>3</sup>Op bladsy 277-8 van die Appèlhofverslag.

<sup>4</sup>[1944] 2 All ER 279.

<sup>5</sup>The Carter Commission on Income and Investment, *The Canadian Banker*, Vol. 74, No. 2, 1967, 64-65.

the fruit of the tree, as distinguished from the tree or growth in the tree itself. Income in these terms, is only that which is separable from the land and capital with which it is produced, leaving them intact in a physical sense, and can never include additions to capital. The latter are disqualified because they are not predictably recurrent and not consumable in the sense that to consume them implies reducing capacity to produce future income. Thus increments in the value of capital are not income . . .

„For tax purposes, however, our concern is not with questions relating to the definition of income that are relevant for purposes of distinguishing between the interests of life tenants and remainder-men, or measuring the value of goods and services produced in the economy as a whole or drawing the line between distributable corporate earnings and distributions in liquidation, or between receipts that reward the efforts of labour and the use of capital and those that do not. For tax purposes, rather, our concern is with the establishment of criteria for the distribution of liability for taxes.”

Kanada is voornemens om die onderskeiding tussen kapitaalwinste en bedryfswinste vir belastingdoeleindes uit te wis, want, verklaar die Minister van Finansies in 'n Witskrif,<sup>6</sup>

„ . . . neither does it (the Government) believe that the distinction between a so-called 'capital gain' and an income receipt is either great enough or clear enough to warrant the tremendous difference between being completely exempt and being completely taxable.”

Die Republiek kan gerus ernstige oorweging daaraan skenk om hierdie goeie voorbeeld na te volg om sodoende groter sekerheid en billikheid in ons belastingstelsel te verkry.

*Battalions of company directors riding on the white chargers of prosperity, waving their expense accounts, their faces painted red with Burgundy, and howling their famous battle-cry:*

LONG LIVE CAPITAL GAINS  
*are battering at the ancient walls of privilege.*

George Mikes  
*How to be Inimitable 24*

A. F. VAN NIEKERK  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### AKAR v ATTORNEY-GENERAL OF SIERRA LEONE (1969) 3 ALL ER 384 (PC)

*Constitutional law - Sierra Leone Constitution - Special manner and form of legislation - Endorsement on Act by Clerk of House of Representatives that it had been "passed" - Parliamentary motive or purpose - Court's power to inquire*

This case, recently decided by the Privy Council, once again brings to the fore some of the important issues raised and decided in

<sup>6</sup>Proposals for Tax Reform. Hon. E. J. Benson, Minister of Finance, 1969, 36.

the *Harris* cases and the *Collins* case (*Harris and Others v Minister of the Interior and Another* 1952 (2) SA 428 (A), *Minister of the Interior and Another v Harris and Others* 1952 (4) SA 769 (A); *Collins v Minister of the Interior* 1957 (1) SA 552 (A)). The one issue relates to the question whether Parliament is bound to comply with all laws touching on the manner and form of legislating. The second issue relates to the question whether the "plan and purpose" of legislation may ever be "crucial to validity." (See Schreiner JA in the *Collins* case at 577). The judgement, as did that in *Bribery Commissioner v Ranasinghe* [1965] AC 141 (PC), once again vindicates the attitude adopted by the South African Appellate Division in the *Harris* and *Collins* cases. It also reaffirms Sir Owen Dixon's view that as long as legislation has its source with the body established by law as the supreme legislature, and the conditions prescribed by law for the time being in force for the authentic expression of the supreme will are complied with, such legislation is valid ((1957) 31 Australian Law Journal 245). In any event legal logic declares that the courts have an inherent power of judicial review. (See *Die Bevoegdheid van die Howe om Wette van die Parlement te Toets* 1969 (32) THRHR 209; *Australian Communist Party v Commonwealth* 65 CLR 373).

The case was concerned mainly with a submission by Akar that he had been unconstitutionally deprived of his citizenship on the ground of his race - his contention being that s. 23 of the Constitution of Sierra Leone (which prohibits discriminatory laws) had been violated. It is not the purpose of this discussion to enter into the merits or demerits of the arguments presented to the Court and the Court's decision regarding the merits of Akar's contention. I will only attempt to convey the Court's decision regarding the two issues stated above.

By s. 23 of the Constitution, laws discriminating, *inter alia*, on the grounds of race, were prohibited except, *inter alia*, in cases where a disability imposed was reasonably justifiable in a democratic society having regard to its nature and to special circumstances pertaining to persons on whom it was imposed. Section 43(3) of the Constitution required a two-thirds majority vote in the House of Representatives for the validity of constitutional amendments. Act 12 of 1962 amended s. 23 of the Constitution retrospectively by limiting citizenship to persons of Negro African descent. This, by definition of the term, excluded Akar - who previously qualified for citizenship. (Akar was born of an indigenous mother and a Lebanese father.) The endorsement of the Clerk of the House of Representatives on Act 12 of 1962 did not record by which procedure (ordinary or two-thirds majority vote) it had been passed, but simply that it had been passed. (It must be noted here that there is no statutory requirement that an endorsement should be in any particular form.)

It was argued that, because the endorsement merely records that the Bill was "passed," it should be inferred that it was passed in an ordinary manner and not in the special manner of having the support of the votes of not less than two-thirds of all the members of the House. Their Lordships did not think it right to draw such an inference:

"There is no reason to suppose that there was any irregularity. It is recorded by the Clerk of the House of Representatives that the Bill was passed. There is no basis for any suggestion that the Bill was not properly passed or for supposing that a procedural requirement was forgotten or ignored" (Per Lord Morris of Borth-y-Gest at 391).

The implications of these words are clear: If there *had been* a basis for a suggestion that the Bill was not properly passed and if there *had been* a procedural deficiency or reason to suppose that an irregularity had taken place, then the Court would have been justified in enquiring into what took place in the House of Representatives during the passing of the Bill. If it could have been inferred from the endorsement on the Act that it had been passed only in the ordinary manner, the court would have been competent to declare that there had been no authentic expression of the sovereign's will. This view is in no way incompatible with the sovereign status of the Parliament of Sierra Leone. (See D. V. Cowen *Parliamentary Sovereignty and the Entrenched Sections of the South Africa Act 1951 43 et seq.*) The words of s. 42 of the Sierra Leone Constitution that "Subject to the provisions of this Constitution, Parliament may make laws for the peace, order and good government of Sierra Leone" stress the legislative power of the Sierra Leone Parliament - they do not define *what is Parliament* or *what is an Act of Parliament*. The word Parliament in s. 42 means Parliament functioning in accordance with the Sierra Leone Constitution (just as the word Parliament in the *South Africa Act* meant Parliament functioning in accordance with the *South Africa Act* - see the *First Harris Case* 1257 - 9). In the case of Sierra Leone legislative sovereignty is exercised by that Parliament using the ordinary voting procedure *or* using the special procedure. That Parliament thus acts in an ordinary manner or in a special manner.

Coming to the question whether Act 12 of 1962 was unconstitutional on the grounds that it was discriminatory and thus in violation of s. 23 of the Constitution, the majority of the court held that it was discriminatory within the meaning of s. 23 since different treatment was accorded to different people and the differentiation was attributable to a discrimination by race. On this point however Lord Guest dissented. His arguments are much the same as those held in the *Collins* case.

According to Lord Guest Parliament speaks only through the statute book. The Sierra Leone Parliament has plenary powers. According to s. 23 of the Constitution discriminatory laws are allowed in

cases where a disability imposed “having regard to its nature and to special circumstances pertaining to (persons on whom it was imposed, was) reasonably justifiable in a democratic society.” Any democratic society must in the nature of things have control over the qualifications for citizenship of that society. The courts are precluded from enquiring into the motives behind Act 12 and cannot enquire if there were any “special circumstances” which prompted the passing of Act 12. “This is a matter for Parliament” Lord Guest decided. “The courts cannot go behind the scenes and enquire what were the motives or policy behind a particular piece of legislation.”

In the *Collins* case Centlivres CJ stated: “If a legislature has plenary power to legislate on a particular matter no question can arise as to the validity of any legislation on a particular matter and such legislation is valid whatever the real purpose of that legislation is . . .” (564). Similar sentiments were expressed in *The King v Barger* (1908) 6 CLR 41: “Again, the motive which actuates the legislature, and the ultimate end desired to be attained, are equally irrelevant” (67). Similarly in *South Australia and Others v The Commonwealth and Another* (1942) 65 CLR 373 (also known as the *First Uniform Tax Case*) it was stated: “We have nothing to do with the wisdom or expediency of legislation. Such questions are for Parliament and the people” (409). Latham CJ in *Elliot v Commonwealth and Another* (1935) 54 CLR 657 succinctly declares: “I hope that it is immaterial to consider what has been referred to as the motive of Parliament in enacting the statute . . . It is equally immaterial to consider political aspects of the legislation . . . considerations of policy as to the wisdom, expedience or propriety of a statute are irrelevant . . .” (664-666). The Privy Council per Viscount Maugham in *W. R. Moran Pty Ltd v Deputy Federal Commissioner of Taxation (NSW) and Others* (1940) 63 CLR 338 (PC) stated the position as follows: “This does not mean that the court is to seek out the objects, or the purpose, still less the intentions of the members of Parliament or the members of the government responsible for passing the measure . . . (341).”

It is interesting to note that neither the *Collins* case nor any of the other cases I have referred to were quoted by Lord Guest. Any reference to them by Lord Guest would most decidedly have put his dissenting judgement on a stronger basis. The two cases referred to by Lord Guest (*Carltona Ltd v Comrs of Works* [1943] 2 All ER 560 and *Point of Ayr Collieries Ltd v Lloyd-George* [1943] 2 All ER 546) refer to defence measures in exceptional circumstances and do not, with respect, carry the same weight as the other cases referred to above - cases which were all decided when exceptional circumstances such as war etc. were not prevailing. Both cases referred to in the dissenting judgement concern the exercise of powers given to the executive by the

legislature during the Second World War. The principle enunciated in the dissenting judgement is however correct.

It would therefore appear that the majority judgement, in holding that Act 12 of 1962 was unconstitutional in that it was discriminatory, was incorrect. The dissenting judgement of Lord Guest is more in accord with English constitutional law in that, looking at s. 23 of the Sierra Leone Constitution and taking into account the general principles of English constitutional law (*Collins'* case and the other cases referred to above), the Sierra Leone Parliament could *itself* decide if there were "special circumstances" reasonably justifiable in a democratic society to pass discriminatory laws. It was not for the court to enquire into this and to agree or disagree with the Sierra Leone Parliament. As Lord Guest stated: "The courts cannot go behind the scenes . . ."

G. N. BARRIE  
*Rand Afrikaans University*

*To anyone who sets out to catalogue the issues which may be relevant if a fundamental reform of company law is to be drafted, one of the most impressive facts is the sheer variety and complexity of these issues and not least their inter-relatedness. Again and again it appears that the answer to some question is not merely complex in itself, but can be worked out only in relation to the answers given to a number of others. The Jenkins Committee through the limitation of its terms of reference was not able to prepare the ground for a fundamental reform. If there is to be such a reform that work remains to be done and must, inevitably, take time. What is the best procedure and time-scale for ensuring a thorough discussion of all the issues involved, in terms not simply of general principles but of concrete propositions made known well in advance of any actual legislation? What can be learned about this from the experience of the Law Commission in this country or of the elaborate procedure, extending over a number of years, which precedes each new Companies Act in Germany?*

*M. Fogarty, in  
PEP October 1967 67.*

# Boeke

## REGSPLEGING EN REG AAN DIE KAAP VAN 1652 TOT 1806

Met 'n bespreking van die historiese agtergrond  
Deur G. G. VISAGIE

*Juta en Kie., Bpk., Kaapstad, Wynberg, Johannesburg, 1969; xvi en 138 bl.*  
*Prys: R6*

Hierdie werk is 'n proefskrif wat in 1964 aan die Universiteit van Kaapstad voorgelê is ter vervulling van die vereistes vir die Ph.D.-graad in die Fakulteit Regsgeleerdheid. Saam met die proefskrif verskyn die kandidaat se opsomming daarvan. Dit vervul die doel van 'n algemene inleiding tot die werk.

Die verhandeling is onderverdeel in agt hoofstukke waarvan vervolgens afsonderlik aandag gegee sal word. Drie bylaes bevattende argiefstukke, en verder 'n lys van argiefbronne, 'n bibliografie en 'n alfabetiese register (bl. 115 - 138) rond die werk af.

1. Hfst. I behandel die „Wetgewende organe in die Nederlandse tydens die Republiek.” 'n Kort inleiding werp lig op die totstandkoming van die Republiek van die Verenigde Nederlande, sonder dat in meer besonderhede op die geskiedkundige agtergrond ingegaan word.

Ten eerste word dan die provinsiale state bespreek, en tereg betoog die skrywer dat die verskeie Nederlandse geweste saamgestaan het om bepaalde gemeenskaplike belange te behartig, maar dat die Provinsiale State in alle ander opsigte aan hul soewereiniteit vasgehou het (bl. 7). Gewestelike wetgewing het nie *proprio vigore* in die Nederlandse koloniale gebiede gegeld nie. Koloniale aangeleenthede het onder die bevoegdheid van die State-Generaal gekom wat 'n belangrike rol ten aansien van die latere ontwikkelinge, veral vir sover die oorsese uitbreiding hierby betrokke is, gespeel het. Ook in hierdie geval het ons te doen met 'n vergadering van die stande, maar dié van die Republiek in sy geheel. Die bevoegdhede van die State-Generaal het veral die buitelandse politiek, ook ten opsigte van die Oos- en Wes-Indiese Maatskappye, en verdedigingsaangeleenthede behels.

Minder belangrik met die oog op die hoofdoel van die werk is die Raad van State. 'n Opsomming en gevolgtrekking beëindig die hoofstuk.



2. Metodies doeltreffend gaan dit in hfst. II oor die reg in die Nederlande tydens die Republiek. In 'n beknopte inleidende opmerking bespreek die skrywer die resepsie van die Romeinse reg sonder om op een bladsy (14/15) aan hierdie verskynsel reg te kan laat geskied. Dit sou miskien raadsaam gewees het om hierdie onderwerp glad nie te behandel nie aangesien die resepsie gedurende die tydperk wat hier pertinent onder die soeklig kom, altans in die Nederlandse provinsies, reeds 'n voldoende feit was.

Vervolgens word dan ook die reg wat prakties toegepas is, behandel. Die skrywer poog om die invloed en betekenis van die Romeinse reg te bepaal en betoog dat dié reg geensins 'n ondergeskikte rol gespeel het nie en dat daar min vertakkinge van die reg was waarop die Romeinse reg nie in 'n groter of kleiner mate sy invloed uitgeoefen het nie. (bl. 20 - 21). Dit is 'n bekende feit; belangrik is die skrywer se gevolgtrekking, nl. dat hieruit nie afgelei kan word dat daar 'n „algemene Nederlandse regstelsel” in al die provinsies bestaan het nie (bl. 21). Tereg word ook vasgestel dat die Hollandse reg eintlik maar 'n vertakking van die Wes-Europese *ius commune* was. Die provinsie Holland word uitgesonder omdat Holland gedurende die hele tydperk van die Republiek die toonaangewende provinsie was, maar „aangesien die state van Holland geen wetgewende bevoegdheid oor die gebiede van die Oos- en Wes-Indiese Maatskappye gehad het nie, sou die reg van die provinsie Holland in dié oorsese gebiede egter regsdrag slegs deur gewoonte verwerf” (bl. 21, 23).

3. Hfst. III staan onder die opskrif „Die reg in Oos- en Wes-Indië.” Die ondersoek gaan oor die reg wat in dié gebiede geldig was. Hierdie vraagstuk het reeds herhaaldelik aandag geniet in die regs-literatuur, waarvan die skrywer dan ook ruimskoots gebruik maak. In ooreenstemming met die oorheersende mening word aan die hand van uitgebreide bronnemateriaal vasgestel dat die Kompanjie ingevolge die oktrooie uitgereik deur die State-generaal nie by magte was om materiële reg te skep of voor te skryf nie (bl. 27). Vanselfsprekend was die bestuur van die Kompanjie egter genoodsaak om sekere regsreëls in sy oorsese besittinge toe te pas. Die vraag wat 'n antwoord verg, is watter regsreëls toegepas is. Aanvanklik was daar 'n mate van onsekerheid oor hierdie vraag soos blyk uit die instruksies wat die Kompanjiebestuur aangaande die reg wat toegepas moes word, uitgereik het. In 1621 word verwys na „Rechten ende wetten . . ., die hier in Hollandt geobserveert werden.” By name genoem word die erfregtelike wetgewing van 1580 (die Politieke Ordonnansie), dié van 1594 en dié van 1599. Volgens die skrywer was hierdie verwysings alles behalwe duidelik, aangesien die Skependoms- en Aasdomsreg genoem word asof hulle langs mekaar geld, „en om sake verder te bemoeilik, is daar verwys na ‚de gemeene civile rechten’ en na ‚de practicque van de civile Romeynse wetten’ ” (bl. 29, 30).

Dit lyk egter nie onmoontlik om aan die uitlating van die Here XVII van 1621 ook 'n ander uitleg te gee nie. Moeilikhede is blykbaar veral by die toepassing van die reëls van die versterfreg opgelewer (bl. 32). Hierdie moeilikhede is later uitgestryk toe die State-generaal in 1661 die erfreg by versterf in die gebiede van die Kompanjie gereël het. Met betrekking tot al die ander vertakkinge van die privaatreë is daar „volgens die een of ander regstelsel reg gespreek” (bl. 36). Die reg wat in Oos-Indië gegeld het, was volgens die skrywer „die gemene reg van die provinsie Holland gewees” (bl. 36). Hierdie stelling klop egter nie met die feit dat die oorgrote meerderheid van die bronnetekste deur die skrywer aangehaal na die „gemeene siviele regten, soosals die in de Vereenichde Nederlanden werden gepractiseert” verwys nie (bl. 31). Of daar word verwys na „de instructiën ende practycquen in de vereenigde Nederlantsche provintiën” (bl. 31 n. 68); en verder word gepraat van „de gemeene vaderlantse, als geschreven Keyserlycke regten” (bl. 33). Ten opsigte van die reg in Wes-Indië wat die skrywer op bl. 36 - 38 behandel, word in die bronne ook gewag gemaak van „het ordinaris ghebruyck vande Vereenighde Provintien, ende voorts de ghemeene geschreven Rechten” en weer van „de gemeene beschreven Rechten” (bl. 37).

Ongeag die duidelike taal wat die bronne praat, beklemtoon die skrywer oor en oor dat daar geen gemene (siviele) of algemene reg in die Nederlande bestaan het nie (bl. 31, 37, 38). Daar kan egter moeilik aanvaar word dat die bewindhebbers van die Kompanjie dermate in onkunde oor die in die Nederlande heersende regstoestande verkeer het dat hulle herhaaldelik van 'n reg sou gepraat het wat nie bestaan het nie. Weliswaar word vandag allerweë aanvaar dat „there existed no such thing as a ‚common law’ of the Netherlands.”<sup>1</sup> Aangesien die Kompanjie egter klaarblyklik na 'n gemene vaderlandse reg verwys het, was dit nodig om die posisie weer deeglik in oënskou te neem.

Die skrywer betoog dat daar geen algemeen-geldende reg in die Nederlande (bl. 15) of algemene reg van die Nederlande of 'n algemene Nederlandse regstelsel was nie (bl. 21, 23, 38). Die skrywer deel egter nie mee hoe hy die begrip „algemene reg” verstaan nie. Beteken dit eenvormige reg, dan is sy stelling in orde; beteken dit egter gemene reg, dan is hy verkeerd.<sup>2</sup>

Die skrywer betoog verder dat in die praktyk die reg van die provinsie Holland - die Romeins-Hollandse gewoontereg, aangevul deur die wettereg geskep deur die State van Holland - toegepas is (bl. 38).

<sup>1</sup>H. R. Hahlo-E. Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 572.

<sup>2</sup>Dit neem nie weg nie dat algemene reg in die sin van eenvormige reg wel bestaan het, wat deur wetgewing ingevoer is, bv. die *Eeuwig Edict* van 1540; vgl. A. S. de Blécourt-H. F. W. D. Fischer *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 7e druk (1959) 18.

Ietwat later skryf hy dat die gemene reg van die provinsie Holland toegepas is (bl. 39). Die vraag wat hom hier voordoen, is of gewoontereg gelykstaan aan gemene reg. Sekerlik staan die twee begrippe nie gelyk aan mekaar nie. Gemene reg beteken in die onderhawige tydperk òf die gewone reg, in teenstelling met reg wat van toepassing was op leenmanne, horiges ens., òf die Romeinse reg<sup>3</sup>. Waar in die bronne die begrippe gemene siviele reg, „ghemeene geschreven Rechten” en „Keyserlycke rechten” gebruik word, is die (Romeinse) gemene reg bedoel. So ’n gemene reg het ook in die Verenigde Nederlande bestaan, selfs ’n gemene siviele reg, welke begrip seer sekerlik nie die burgerlike reg in die latere betekenis van dié begrip nie, maar wel die Romeinse privaatreë (ius civile) bedoel.<sup>4</sup>

Nie net die provinsie Holland was ’n vertakking van die Wes-Europese *ius commune* nie (vgl. bl. 21), maar al die provinsies (vgl. bl. 23), en die Here XVII het daarom tereg verwys na die gemene reg van die Verenigde Nederlande asook na die „constante practijcq van gantsch Europa” (bl. 69). Die Verenigde Nederlande was weliswaar nie ’n eenheidstaat nie, maar tog ook ’n staatkundige eenheid.

Hier het ons die reg wat ingevolge die opvattinge van die VOC in sy oorsese gebiede toegepas is. Watter regstelsel meer bepaald die voorkeur geniet het, kan reeds uit die skrywe van 1621 afgelei word, maar kan origens slegs empiries vasgestel word, iets wat die skrywer dan ook aan die hand van die Kaapse argiefmateriaal doen (veral in hfst. V).

4. In hfst. IV gee die skrywer ’n grondige oorsig oor die regspleging aan die Kaap tot 1795 (bl. 40 - 62). Hy behandel die Raad van Justisie, die Fiskaal, die regspraktisyns, die laer howe, die Kollege van Huwelikskommissarisse en die Weeskamer. In verband met hierdie inrigtings word baie belangrike en insiggewende inligting verstreë wat getuig van deeglike werk en nagaan van die beskikbare bronne-materiaal.

5. Hfst. V dra die opskrif „Die Reg soos toegepas aan die Kaap tot 1795.”

Daar word met die wettereg begin (bl. 63). Aangesien geen wetgewende bevoegdheid aan die VOC in sy gebiede verleen is nie, is wette wat wel daar gemaak is volgens die skrywer *ultra vires* (bl. 65). Aan die Kaap is reg gespreek, en wel dieselfde reg as wat in Oos-Indië van toepassing was. Toegepas is veral ook die Statute van Batavia

<sup>3</sup>Vgl. De Blécourt - Fischer a.w. 19. Pertinent ook *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht - Algemeen Deel* door P. Scholten, 2e druk (1954) 227. Sien verder Hahlo - Kahn a.w. 132.

<sup>4</sup>Vgl. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* deel I 2e druk (1885) 8 e.v.

en die Nuwe Statute van 1766. Geen van beide hierdie stukke wetgewing is ooit deur die State-generaal uitdruklik goedgekeur nie. Hulle was dus *ultra vires*; hulle het volgens die skrywer slegs regs krag erlang deur herhaaldelike toepassing (bl. 67).

Hierdie benadering tot dié probleem is miskien te summier en suiwer tegnies; die bronnemateriaal soos deur die skrywer aangebied en ontleed laat heel moontlik ook 'n ander vertolking toe.

Die instruksies vir die eerste goewerneurs in Indië soos deur die State-generaal goedgekeur, verleen volle regeringsmag en bevoegdheid aan die Raad van Indië om oortreders van die artikelbriewe, ordonnansies en bevele soos uitgereik deur die Kompanjie, te vervolg (bl. 26, 27). Die skrywer meen dat in die instruksies nie bepaal is watter reg toegepas moes word nie; tog vermeld die instruksies baie duidelik dat dit die reg soos gestel in die artikelbrief, die instruksies en ander ordonnansies of bevele is. Aanvanklik was hierdie stel regsreëls klaarblyklik voldoende, maar as gevolg van die permanente inbesitname van grondgebied het dit algaande noodsaaklik geword om reg toe te pas waarvoor in die artikelbriewe, instruksies ens. nie voorsiening gemaak is nie, soos blyk uit die moeilikhede wat ten aansien van die versterfreg ontstaan het. In dié geval het die State-generaal dan ook ingegryp, maar origens blykbaar geduld en oogluikend toegelaat dat die Kompanjie tot 'n volskaalse regspleging en toepassing van sekere vaderlandse regsreëls oorgegaan het. Waarom die State-generaal die inisiatief aan die Kompanjie oorgelaat het, kan verdere navorsing miskien aan die lig bring. Immers was die Kompanjie bekleed met soewereine regte wat aan die Republiek toegekom het, en wat namens of in die plek van die State-generaal uitgeoefen is. Daarom kan m.i. ook die standpunt verdedig word dat die State die optrede van die Kompanjie weliswaar nie uitdruklik nie, maar tog stilswyend goedgekeur en so-doende hul sanksie aan die Kompanjie se maatreëls geheg het.

Lyk hierdie opvatting nie verdedigbaar nie, dan kom die oorname van sekere dele van die Nederlandse en Oos-Indiese wettereg deur gewoonte ter sprake. Dit was dan nodig om na te gaan hoe gewoontereg in die gebiede van die VOC kon ontstaan en hoe dié gewoontereg die inhoud kon verkry wat dit na die skrywer se mening sou gehad het. In dié opsig lewer die skrywer se betoog egter nie veel op nie (vgl. bl. 67, 68, 76).

Onder die opskrif „gemene reg” gee die skrywer vervolgens aandag aan wat „*ex confesso* die gewoontereg was, nl. die reg van die provinsie Holland, wat net soos in Oos-Indië ook aan die Kaap toegepas is” (bl. 69). Klaarblyklik word „gemene reg” weer as gelykstaande aan gewoontereg gebruik en word vereenvoudigend na die reg van die provinsie Holland verwys, alhoewel volgens die skrywer se aanhaling die Vryburgers sou staan „onder soodanige burgerlycke wetten ende

rechten als na de vaderlantse ende Indische manieren gebruijckelijck is" (bl. 69). Duidelik word hier nie eintlik na die Hollandse reg verwys nie, en dit strook met die opvatting wat die Kompanjie herhaaldelik verkondig het.<sup>5</sup>

Met vrug pas die skrywer vervolgens 'n praktiese metode toe om vas te stel watter reg altans die howe as die geldende reg beskou het. Aangesien die gronde wat die hof tot 'n beslissing laat geraak het, nie openbaar gemaak is nie, kan slegs indirek, veral deur middel van 'n ontleding van die prosesstukke, 'n beeld verkry word van watter reg in die praktyk toegepas is. Na feitlik al die bekende skrywers oor die straf- en privaatreë word verwys, en geensins is daar 'n beperking tot skrywers oor die Hollandse reg te bespeur nie, alhoewel die praktyke blykbaar die voorkeur aan werke oor die reg van die provinsie Holland gee. Volgens die skrywer kan gesê word dat die gemenerëg van dié provinsie, en die Romeinse reg as aanvullende reg, toonaangewend aan die Kaap was en dat „gesaghebbende Hollandse skrywers, sowel as skrywers uit die ander Nederlandse provinsies en aangrensende lande, aangehaal is" (bl. 74). Dieselfde blyk ook uit die boekevoorraad in die besit van die Raad van Justisie wat die skrywer aan die hand van die inventarisse ontleed (bl. 74 - 76). In sy opsomming en gevolgtrekking geraak die skrywer tot die opvatting dat daar reeds teen die einde van die Kompanjie se bewind 'n lewende Romeins-Hollandse regstelsel aan die Kaap was (bl. 78).

Hiermee kan volkome akkoord gegaan word mits die term Romeins-Hollandse reg in 'n wyer sin verstaan word en nie 'n beperking tot die reg van die provinsie Holland inhou nie.

6. Hfst. VI bevat volgens die opskrif 'n bespreking van die stelsel van grondbesit aan die Kaap, maar bestee ook aandag aan sekere aspekte van slawerny en die huur van dienste.

Daar was drie maniere waarop grond gehou kon word: eiendom, lening en erfpag (bl. 79).

Die eiendomsreg lewer juridies geen probleme op nie. Anders is dit egter in die geval van die lening van grond. In hierdie verband bepaal die skrywer sy aandag by die „erfpachtrecht", alvorens hy die toestande aan die Kaap in oënskou neem. Hy verwys dan pertinent na *emphyteusis*, alhoewel dié reg en erfpag nie identies is nie (bl. 81). Na hy De Groot aangehaal het, beweer hy dat die erfpagter, in teenstelling

---

<sup>5</sup>Ook in die skrywe van 1621 word nie gepraat van die gemene siviele reg van die provinsie Holland, soos die skrywer op bl. 31 n.66 en bl. 36 beweer nie, maar wel van die „practicque van de civile Romeynse wetten." 'n Ander vraag is of hierdie woorde die uitleg moet kry wat die skrywer daaraan wil gee; hy motiveer egter sy vertolking nie. - Oor gewoontereg sien ook De Blécourt-Fischer a.w. 17; Hahlo-Kahn a.w. 302.

met die posisie in die Romeinse reg, sy reg kon vervreem. Hierdie stelling is slegs ten opsigte van die klassieke reg in orde, waar die erfpagter van die *ager vectigalis* sy reg, nl. 'n *possessio ad interdictum*, wel kon verpand, maar nie kon vervreem nie. Gedurende die na-klassieke tydperk verander die posisie en is die erfpagter toegelaat om sy reg, die *ius emphyteuticarium*, ook te vervreem.<sup>6</sup>

Die vraag hoe die reg van persone wat „leenings plaatsen” bewerk het, gekonstrueer moet word, bly onbeantwoord. Blykbaar wil die skrywer hom aansluit by Wessels wat in sy *History of the Roman-Dutch Law* verklaar dat hierdie plase „the nearest approach to *emphyteusis*” was (bl. 81). Die plase is egter aanvanklik gratis uitgeleen; later is, soos uit die aangehaalde argiefstuk en Van Imhoff se verslag blyk, vergunnings slegs jaarliks toegestaan, en so 'n vergunning het die reg verleen om die plaas te „beweiden” (bl. 82, 83). Hierdie reg kan moeilik as erfpag beskryf word - altans vermeld die skrywer nie of die reg oorerflik was al dan nie - en omdat later 'n rekognisie betaalbaar was, meen hy dan ook dat dit in 'n geval van *locatio conductio* verander het (bl. 83). Vanaf 1732 is oorgegaan tot die uitleen van grond vir 'n tydperk van 15 jaar, waarna die Kompanjie dit weer kon terugvorder teen vergoeding van die „opstal van gewasschen of gebouwen” (bl. 83). Hier het ons dan die erfpagstelsel, maar in elke geval is geen sprake daarvan dat die reg oorerflik is nie.

'n Verdere vorm waarin grond gehou kon word, was die stelsel van leeningseiendomsplase. Hoe hierdie reg dogmaties gekonstrueer moet word, deel die skrywer nie mee nie.

Vervolgens gee die skrywer 'n grondige uiteensetting van die registrasie van regte ten opsigte van grond (bl. 85 - 88).

Hoe die posisie van die slawe aan die Kaap juridies gekonstrueer moet word, blyk skynbaar nie baie duidelik uit die bronne nie. Volgens die skrywer kan daar min twyfel bestaan dat die Romeinse reg, in die algemeen gesproke, op die slawe toegepas is (bl. 89). Die Romeinse slawereg is egter, soos die skrywer self aandui, nie gerespieer nie (bl. 88). Die moderne slawerny is blykbaar as 'n bestanddeel van die volkereg en ook op grond van die Bybel geregverdig. Dieselfde geld ook ten aansien van die reg wat op slawe toegepas is. Die algemene verwysing na die „ghemeyne Rechten” was klaarblyklik sonder praktiese waarde.<sup>7</sup>

<sup>6</sup>Vgl. *Inst* 3.24.3; C4.66.3 (Iustinianus, 530); M. Kaser *Das romische Privatrecht* bd. II (1959) 224/225 met literatuur. Sien ook M. Kaser-R. Dannenbring *Roman Private Law* 2e uitg. (1968) 30 I.

<sup>7</sup>Vgl. H. Grotius *De iure belli ac pacis* ed. P. C. Molhuysen (1919) 2.22.11: *Quare qui legitima causa in servitutum, sive personalem sive civilem devenerunt, contenti sua conditione esse debent, ut et Paulus Apostolus docet, Vocatus es ad servitutum, ne id te torqueat.*

Die hoofstuk sluit af met die bespreking van 'n soort huurkontrak waarkragtens die Kaapse burgers arbeid verkry het. Die Kompanjie het vry persone in sy diens aan boere uitbestee, in welke gevalle ons volgens die skrywer met 'n kontrak *sui generis* te doen kry (bl. 90). Hierdie mening word nie gemotiveer nie. Indien die uitbesteding plaasgevind het, soos deur Van Imhoff in sy verslag voorgestel (aanhaling op bl. 90), dan moet twee regsverhoudinge onderskei word, nl. dié tussen die Kompanjie en sy „knegt” wat in die artikelbriewe en elders gereël mag wees, en dié tussen die boer en die kneg as sy werknemer. Laasgenoemde kan dan wel as 'n dienskontrak beskou word.<sup>8</sup>

7. Die eerste Britse besetting word in hfst. VII bespreek. Dié tydperk is regshistories miskien minder belangwekkend aangesien daar geen groot veranderinge op regsgebied plaasgevind het nie (bl. 91). Veranderinge wat wel aangebring is, het veral die organisasie van die howe geraak. 'n Nuwe instelling was die appèlhof, die verdere appèl na die Koning-in-rade en die Admiraliteitshof wat in 1797 in die lewe geroep is (bl. 93, 94).

8. Die Bataafse tydperk word dan in hfst. VIII behandel. Die skrywer gee 'n volledige oorsig oor die gebeure wat na die ontbinding van die Republiek van die Verenigde Nederlande plaasgevind het. Vir die eerste keer is die Kaap direk onder die opperbestuur van die moederland in Europa geplaas. Die nuwe Republikeinse regering het daadwerklike stappe gedoen om die land onder 'n doeltreffende bewind te plaas. Uitvoerig bespreek die skrywer die Raad van Justisie (bl. 100), die Prokureur-generaal (bl. 104), die regspraktisyne (bl. 106), die laer howe (bl. 108) en ten slotte die Weeskamer, die Desolate Boedelkamer en die Handelshof (bl. 110).

10. Die skrywer het 'n aantreklike monografie oor 'n besonder belangwekkende onderwerp voorgelê. Dit is miskien jammer dat hy die probleme in verband met die „resepsie” van die Romeins-Hollandse reg nie opnuut deurdink het nie, maar sy taak eerder daarin gesien het om „te versamel, te verteer, en weer te gee met die oog op die hoofdoel van my ondersoek” (bl. vii). Ten opsigte van die hoofdoel van sy ondersoek het die skrywer baie waardevolle werk gelewer, maar juis die grondige versameling van bronnemateriaal laat weer eens vrae opgaan, en die indruk ontstaan dat die laaste woord ten aansien van die vraagstukke wat die wetgewende aktiwiteit van die Kompanjie oplewer, nog

---

Verwysing is na *I Kor. 7.21*: Is jy as slaaf geroep, laat dit jou nie kwel nie. Sien verder Grotius a.w. 3.7.1,2. E. van Zurck *Codex Batavus* (1764) s.v. Slaven II verwys na die volkereg en na die Sendbrief van Paulus aan Filémon - T.o.v. die regtelike posisie van slawe vgl. Grotius a.w. 3.14.1 - 8. Sien ook C.Ch. Goslinga *Emancipatie en Emancipator: De Geschiedenis van de Slavernij op de Benedenwindse Eilanden en van het Werk der Bevrijding* (1956) 28.

<sup>8</sup>Vgl. De Blécourt-Fischer a.w. 307.

nie gesê is nie. Dieselfde geld ook van die bydrae wat die skrywer in hfst. VI oor die stelsel van grondbesit aan die Kaap en sekere aspekte van slawerny en die huur van dienste gelewer het. Die probleme wat hy aanroer verdien 'n uitvoeriger bespreking wat die skrywer egter binne die bestek van sy proefskrif heel moontlik nie meer kon lewer nie.

Die skrywer het ruimskoots van die beskikbare literatuur gebruik gemaak, alhoewel dit wil voorkom asof hy sy proefskrif nie hersien het alvorens hy dit in sy huidige vorm gepubliseer het nie. Verwysing kon dan ook na Hahlo en Kahn se *South African Legal System and its Background* gemaak gewees het. Feenstra se *Verkenningen* is opgevolg deur sy artikel *Zur Rezeption in den Niederlanden, Studi in memoria di P. Koschaker*, bd. I (1954) 243. Oor die Romeinse reg in die Nederlande raadpleeg nou ook B.H.D. Hermesdorf, *Römisches Recht in den Niederlanden*, IRMAE Pars V, 5a (1968), met verdere literatuur. Waar die skrywer na die antieke Romeinse reg verwys, kon hy miskien ook van outoriteite behalwe Van Warmelo en Lee gebruik gemaak het.

Ongeag die paar punte van kritiek wat moontlik geopper kan word, het die skrywer hom van sy moeilike en omvangryke taak uitstekend gekwyt. Hy verdien die dank van alle juriste vir sy uitmuntende bydrae tot die kennis van die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse regspleging en reg. Sy navorsing steun in 'n besonder groot mate op argiefmateriaal wat nog nooit vantevore nagespeur en verwerk is nie. Daarin lê een van die besondere kenmerke van die werk onder bespreking.

*Regspleging en Reg aan die Kaap* is 'n werk wat deur latere navorsers wat die een of ander vraagstuk van die Suid-Afrikaanse regsgeskiedenis aandurf, nie oor die hoof gesien kan word nie.

R. DANNENBRING  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## DIE ONREGMATIGE DAAD IN DIE SUID- AFRIKAANSE REG

Deur N. J. VAN DER MERWE en P. J. J. OLIVIER

*Pretoria, J. P. van der Walt en Seun, 1966; 357 bladsye plus „Sakelys.”*  
*Prys R8.*

Aangesien hierdie werk al 'n paar jaar op die mark is, dien hierdie vertraagde bespreking daarvan nie as 'n bekendstelling nie, maar as 'n kritiese beskouing van 'n werk waarin, volgens die Voorwoord, nie net „positiewe reg” nie, maar ook „wetenskaplike stellingname aangebied word.” Ek begin met 'n paar algemene opmerkings, en beskou daarna die boek hoofstuk vir hoofstuk.



Die tegniese afwerking van die boek is oor die algemeen goed. Die druk is helder, die formaat handig en die band stewig. Setfoute is skaars. Hier en daar gebeur dit dat voetnote nie op die regte bladsye voorkom nie. Dit is hinderlik. Die opskrifte bo hoofstukke kon meer opvallend gewees het. Dit bevat, soos gebruikelik, 'n register van gewysdes („sakelys” genoem) voor die teks, en 'n inhoudsregister agter.

Met die uitsondering van Hoofstukke 4 en 5 is die werk geskryf in 'n onaantreklike, bombastiese styl, wat nie maar net van gebrek aan taalvaardigheid getuig nie, maar ook van onafgeronde denke. Verder word die werk ontsier deur snaaksighede, wat regtig nie amusant is nie, soos „dingetje” (bl. 70), die „hartkloppings” (bl. 19) e.d.m., en selfs aanstootlik kan wees, soos „Griek A” en „Griek B” op bl. 43.

Die skrywers se siening van wat nou juis „regswetenskap” is, is nie indrukwekkend nie. Dit wil voorkom of „regswetenskap” vir hulle hoofsaaklik bestaan uit polemiese artikeltjies wat hulle self geskryf het. Insiggewende verwysings na die literatuur van verwante regstelsels ontbreek omtrent geheel en al. Selfs die Romeinse en Romeins-Hollandse agtergrond van ons reg op die gebied onder bespreking word afgeskeep.

In Hoofstuk 1, onder die opskrif „Die aard en plek van die onregmatige daad in die regsisteem,” word in onderafdelings 1 tot 3 op oppervlakkige wyse 'n paar gemeenplase kwytergaa. Selfs hierdie vanselfsprekendhede kan die skrywers nie sonder sirkelgange („ . . . is die reg insake die onregmatige daad daarop ingestel om aan te dui wanneer die regtensbeskernde belange van een subjek deur 'n ander aangetas is” - bl. 1) en lomphede („Die begrip *obligatio* of verbintenis is 'n basiese verskynsel in die privaatreg” - bl. 3) aanbied nie. Hierdie gesukkel met woorde en gedagtes verwag mens nie in 'n „wetenskaplike” werk nie. Heeltemal ontoereikend is die stukkie oor „Die Herkoms van die Suid-Afrikaanse reg insake die onregmatige daad” in afdeling 4. Dit is duidelik dat die skrywers die *Lex Duodecim Tabularum* nie self bekyk het nie, en ook nie mooi begryp het wat die *delicta privata* nou eintlik was nie. In die voetnote op bl. 7 kom 'n hele klomp foute voor - en hulle is nie maar net setfoute nie. Wat word voorts bedoel met „Aan die einde van die Romeinse reg” (bl. 6) en „Die huidige Suid-Afrikaanse reg dra 'n sterk gemeenregtelike grondslag” (bl. 11)? Afdeling 5 dra die opskrif „Die algemene kenmerke van die Suid-Afrikaanse reg insake die onregmatige daad”. Blykbaar is, volgens die skrywers, die algemene kenmerke vervat in twee „sentrale beginsels.” Die eerste „beginsel” is dan „dat, indien daar nie 'n onregmatige skuldige handeling waardeur skade of persoonlikheidskrenking veroorsaak is, voor hande is nie, geen onregmatige daad gepleeg is nie en geen aanspreeklikheid *ex delicto* kan bestaan nie” (bl. 11), en die tweede is „dat elke onregmatige skuldige handeling

waardeur vermoënskade veroorsaak is en elke onregmatige opsetlike handeling waardeur persoonlikheidsnadeel daargestel word, 'n onregmatige daad is en tot aanspreeklikheid aanleiding gee" (bl. 12). Ek kan in nie een van die twee stellings 'n beginsel bespeur nie. Albei skyn eerder sinloos te wees. Die eerste kom daarop neer dat indien daar geen onregmatige daad is nie daar geen onregmatige daad is nie, en die tweede dat indien daar 'n onregmatige daad is, daar wel 'n onregmatige daad is. Hierdie „beginsels" word, volgens die skrywers, ook in die Vastelandse wetboeke aangetref, terwyl daar in die Engelse reg „geen algemene beginsels van aanspreeklikheid uit te maak is nie" (bl. 14). In afdeling 6, waar die skrywers dit het oor „Die rol van buitelandse en historiese reg by die moderne studie (!?) van die onregmatige daad," is die skrywers darem verontwaardig oor die „heelhuidse oorname van Engelsregtelike *beginsels*" (bl. 15, ek beklemtoon). Die skrywers hou blykbaar ook nie te veel van Vastelandse reg nie („vastelands" word, terloops, deurgaans sonder 'n hoofletter V geskryf), en selfs nie van „gemene reg" nie, want die „gemene reg van enige regstelsel" (wat ook daarmee bedoel mag word) mag nie „beskou word" „as 'n stel oogklappe vir noodsaaklike en logiese uitbreidings nie" (vir my onverstaanbare beeldspraak!).

Hoofstuk 2 gaan oor „die elemente van die onregmatige daad." Eerste kom die „handeling" aan die beurt. As „handeling" geld slegs die „gedraging van 'n persoon," maar darem nie elke „persoonlike (*sic*) gedraging" nie. Dit moet 'n „willekeurige gedraging" wees. Die handeling hoef blykbaar nie 'n „menslike" te wees nie, want volgens die skrywers kan die regs persoon ook „persoonlik" en „willekeurig" handel, al handel die regs persoon ook „slegs deur sy organe"! Wie „handel" nou hier, die regs persoon of die orgaan? Hierdie deurmekaar gedoente is tog seker nie „wetenskaplik" nie. Die voorgaande „regswetenskaplike (*sic*) suiwer omskrywing van 'n handeling" word, volgens die skrywers, nie deur ons howe aangehang nie (bl. 19). Na hierdie stelling verwag mens om te verneem in welke opsigte die howe nou „onpersoonlike" en „onwillekeurige" „gedraginge" as handelinge aangemerkt het, maar hieroor word nie 'n woord gerep nie. Die sonde, waaraan die howe hulle skuldig maak, is dat hulle onderskei tussen *commissio* en *omissio*. Hiervan hou die skrywers nie, en wel omdat die „skeidslyn tussen *commissio* en *ommissio* . . . beswaarlik aangetoon (kan) word" (bl. 20). As dit die rede is om die onderskeiding te verwerp, dan mag mens seker ook nie meer tussen „dag" en „nag" onderskei nie. Dit is waar dat daar veral by die sogenaamde „munisipaliteitsake" nie konsekwent te werk gegaan is nie, maar mag mens daarom ontken dat die probleem van aanspreeklikheid vir 'n late bestaan? In 'n „wetenskaplike" werk behoort daar darem verwys te word na die omvangryke Vastelandse literatuur oor hierdie kwessie, maar die boek bevat nie 'n enkele verwysing na hierdie literatuur nie.

Terloops kan net daarop gewys word dat die skrywers in hulle relaas van die feite van *Administrator, Cape v Preston* onklaar trap met „respondent” (bl. 27). Slegs ’n onopmerksame leser van *Union Government v Matthee* sal die spoorwegtrok, waaroor dit gegaan het, vir ’n vragmotor aansien (bl. 33).

Die skrywers begin hulle behandeling van „onregmatigheid” as element van die „onregmatige daad” met ’n aaneenskakeling van sofisterye. So word daar gepraat van „wye onregmatigheidskriterium,” „privaatregtelik onregmatig,” en beweer dat die „privaatreg bestaan uit ’n sisteem van regte” e.d.m. Aan die een kant maak hulle beswaar teen „legal interests” omdat dit ’n „onomlynde begrip” is, maar hulle vind „regsbelange” blykbaar aanvaarbaar (bl. 37). Dit is moeilik om tussen al die skynwysede, onpresiese uitdrukkings en sirkelgange presies uit te maak wat die skrywers bedoel. Dit is nie duidelik of dit nou die „handeling” is wat „onregmatig” is, of die „gevolg” nie, of „regsbelang” iets anders is as „subjektiewe reg” nie, e.d.m. In die teks self (op bl. 42) word die onderskeiding tussen „absolute” en „relatiewe subjektiewe regte” as „geheel en al vals” verwerp, maar in voetnoot 51 aldaar, word tog erken dat daar „kenmerkende verskille” bestaan! Beteken „onregmatigheid” in die uitdrukking „onregmatigheid te beperk” (heel laaste reël op bl. 42) werklik „onregmatigheid,” of beteken dit „aanspreeklikheid”? Op bl. 43 wil dit voorkom of „onregmatigheid” vir die skrywers niks anders is as „onredelikheid” nie, en dat ’n „handeling” wat „redelik” is, steeds „regmatig” is, en die toets of die „handeling” (of is dit die „gevolg”?) „redelik” en derhalwe „regmatig” was, al dan nie, is steeds „volkome objektief” (bl. 45, voetnoot 67). Is die „norm” dan nie maar ’n „objektiewe regsnorm” of „regsvoorskrif” nie, of wat is dit? En wil die skrywers beweer dat regsvoorskrifte, wat onredelik is, onregmatig is, of is enige regsnorm *per se* nooit onredelik nie? Hoe maklik die skrywers in sirkel-redenasies verval, blyk o.a. uit die volgende stelling (op bl. 44): „Wederregtelik is die gevolg van ’n late slegs indien die late onredelik is, indien daar met ander woorde ’n plig op die dader gerus het om positief op te tree. Anders gestel, die late moet neerkom op die krenking van die benadeelde se reg.” Dit kom daarop neer dat die gevolg van die late wederregtelik is, indien die late onredelik, d.w.s. onregmatig is, en die late is wederregtelik indien dit uitloop op ’n krenking van die benadeelde se reg, m.a.w. indien die gevolg daarvan wederregtelik is!

Dat die „redelikheid,” soos die skrywers dit aanwend, ’n vyfde wiel aan die wa is, blyk ook uit die eerste sin van die rubriek „Die leerstuk van regsmisbruik.” Die sin lui: „Oefen ’n persoon ’n eie reg of bevoegdheid uit, tree hy redelik op en kan die gevolge wat voortvloei uit sy regs- of bevoegdheidsuitoefening *derhalwe* (ek beklemtoon) nie onregmatig wees nie” (bl. 45). Uitgaande van die skrywers se eie formule dat redelikheid gelyk aan regmatigheid is, en dat dit eintlik nie

die handeling is wat regmatig of onregmatig is nie, maar die gevolg, kom die stelling daarop neer dat iemand wat regmatig handel, wel regmatig handel en nie wederregtelik handel nie! Terloops kan net vermeld word dat daar op bl. 46 in voetnoot 70 en weer in voetnoot 73 'n paar eienaardighede voorkom. Daar word bv. verwys na „Nic Everardi (16de eeu),” die „Stadsreg van Tiel,” 'n beslissing van die hof van Colmar en „Groenewegen, De legibus abrogatis” (sonder meer). Die wyse waarop die skrywers na hierdie bronne verwys, skep die indruk dat hulle die bronne self nie geraadpleeg het nie, maar die inligting van iemand anders oorgeskryf het. In 'n „wetenskaplike” werk behoort mens aan te dui waarvandaan die inligting kom, anders ploeg jy met 'n ander man se kalwers. In 'n vroeëre diktaat van prof. W. A. Joubert en mnr. J. C. van der Walt van die Universiteit van Suid-Afrika, waarin dieselfde inligting voorkom, blyk dit dat hulle die inligting oor „Nic Everardi” (tog seker die bekende ou Dominus Praeses Nicolaus Everardus) en die Stadsrechten van Thiel ontleen het aan Van Apeldoorn, en dat die bewysplek uit Groenewegen laasgenoemde se kommentaar *ad D* 39.3.1.12 is.

Om die skrywers se kronkelgange deur die „regverdigingsgronde” heen te skets, is regtig nie lonend nie. Vir sover die skrywers self aan die woord is, bly dit maar een sirkelgang op die ander. So sit hulle af met die stelling: „Is die handeling van een persoon . . . duidelik onredelik, lewer die vraag of die handeling onregmatig is, geen probleem op nie” (bl. 49). Uitgaande van die skrywers se eie stelling dat „onregmatig” en „onredelik” eintlik maar sinonieme is, is die stelling sonder betekenis. Nog op dieselfde bladsy word die indruk geskep dat dit eintlik die „howe” is, wat die regverdigingsgronde georden het. In die eerste sin onder die hofie „noodweer” word vertel dat die handeling in noodweer slegs regmatig is indien dit regmatig is! Op bl. 53, voetnoot 14, kom by 'n verwysing na 'n *Digesta*-teks 'n „setfout” voor, wat toevallig ook in De Wet en Swanepoel, *Strafreg*, bl. 73, voorkom!

Die skrywers se behandeling van „skuld” as element van die onregmatige daad (bl. 70 e.v.) is pateties onbeholpe. „Skuld,” sê die skrywers, is nie 'n gesindheid nie, maar „eenvoudig 'n verwyte wat 'n persoon van regsweë tref” (bl. 70). 'n „Verwyte,” wat tog seker 'n „veroordeling,” „tenlastelegging” of „kwalikneming” is, kan net so min 'n „element” of „eienskap” van 'n onregmatige daad wees, as wat 'n eerste prys op 'n blommeskou 'n element of eienskap van 'n angelier kan wees. „Skuld” is iets wat mens iemand verwyte, dus die voorwerp van die verwyte, en kan nie self die verwyte wees nie. Dat die skrywers self nie glo dat „skuld” eenvoudig „verwyte” is nie, blyk daaruit dat hulle self die uitdrukking „skuldverwyte” (bl. 72) gebruik, wat onsinnig sou wees indien „skuld” eenvoudig „verwyte” beteken. Hoe kan jy iemand „met (*sic!*) opset verwyte” (bl. 75) indien „opset” al klaar „verwyte” is? Met hierdie uitgangspunt kan die skrywers dan ook nie

reg laat geskied aan begrippe soos toerekeningsvatbaarheid, opset en nalatigheid nie. Dit bly maar 'n gespartel met begrippe wat heeltemal bo die skrywers se vuurmaakplek is. Ewe onbevredigend is die skrywers se behandeling van die kwessie van „bydraende nalatigheid,” en die voorskrifte van art. 1 van Wet 34 van 1956 in aansluiting daarby. Hulle slaan die bal heeltemal mis waar hulle beweer dat art. 1 voorsiening maak „vir die verdeling van skadevergoeding in gevalle van medewerkende skuld” (bl 92). Die artikel maak hoegenaamd nie voorsiening vir die *verdeling* van *skadevergoeding* nie, maar maak voorsiening daarvoor dat iemand, in weerwil van sy eie skuld, tog 'n deel van die *skade* wat hy gely het, op 'n ander kan verhaal. Die stelling dat die wetgewer in art. 1(1)(b) „die „laaste geleentheidsreël’ as *kousaliteitsmaatstaf* (ek beklemtoon) vir eens en vir altyd in die ban gedoen het,” kan ek nie begryp nie. 'n „Maatstaf” is tog seker iets waarmee gemeet word, en „kousaliteit” is nie iets wat gemeet kan word of waarmee gemeet kan word nie. Mense wat die mond vol het van „wetenskap,” behoort nie so te kere te gaan nie. Misleidend is die stelling dat dit uit art. 1(2) duidelik is „dat 'n verjaringsverweer onbestaanbaar is met 'n eis om verdeling van skadevergoeding” (bl. 99), in weerwil daarvan dat dit woord vir woord oorgeneem is uit *Pretoria Stadsraad v Public Utility Transport Corporation Ltd*, 1963(3) SA 133 (T) (die herkoms van die woorde word darem tot 'n mate erken met 'n „Vgl.” in voetnoot 23, maar na regte moes die skrywers die woorde tussen aanhalingstekens geplaas het). Daar bestaan, om mee te begin, nie so iets soos 'n „eis om verdeling van skadevergoeding” kragtens art. 1(1) nie. Wat art. 1(2) doen, is om 'n eiser (hetsy in konvensie of rekonvensie) 'n eis kragtens art. 1(1) te ontsê, indien hy hom met sukses op tydsverloop beroep het teen die eis van sy teenparty. En dit gaan per slot van rekening nie net om verjaring nie, maar ook oor vervaltermyne. Van mense wat roem op hulle „wetenskaplike” siening, verwag mens darem meer as net 'n klakkelose herhaling van wat die een of ander regter gesê het.

Die vierde element van die onregmatige daad is dan, volgens die skrywers, „skade of persoonlikheidsnadeel” (bl. 104). „Skade” is, volgens die skrywers, slegs „daardie vermoënsvermindering wat uit regskenking resulteer” (bl. 104). Tot hierdie slotsom kom die skrywers met die redenasie dat indien B in noodtoestand 'n ruit van A stukkend slaan, A geen skadevergoeding op B kan verhaal nie, aangesien B in noodtoestand gehandel het „en sodoende geen juridiese vermoënsbenadeling, geen skade, aan (A) veroorsaak het nie” (bl. 104). Dit kom dan daarop neer dat „skade” as element van die onregmatige daad slegs bestaan, indien daar 'n onregmatige daad gepleeg is - nog 'n voorbeeld van die skrywers se kroniese voorliefde vir sirkelgange. Die skrywers probeer nie eens om „persoonlikheidsnadeel” te omskryf of beskryf nie.

„Kousaliteit” is volgens die skrywers die vyfde en laaste „element”

van die onregmatige daad. Dit lyk vir my na 'n effens skewe voorstelling van die posisie. Die kousaliteitsvraag hoort immers sistematies by die handelingsleer tuis, en is nie 'n vyfde en laaste „element” van die onregmatige daad nie. Miskien ken die skrywers hierdie selfstandigheid aan „kousaliteit” toe, net om 'n aanknopingspunt te kry vir die bespreking van die kwessie van „remoteness,” maar daarmee gee hulle eintlik hulle uitgangspunt prys. As die kwessie van „remoteness” eintlik verband hou met skuld, soos hulle (na my mening tereg) betoog, dan moet hulle voet by stuk hou en „remoteness” by „skuld” bespreek, en nie „kousaliteit” as kapstok gebruik nie.

In Hoofstuk 3 word die „remedies op grond van onregmatige daad” behandel, en hier loop dinge heeltemal deurmekaar. Dit is, om mee te begin, nie duidelik wat die skrywers nou juis met „remedies” bedoel nie. Sommer in die inleidende paragrawe (op bl. 127) skep die skrywers al onduidelikheid. Nadat meegedeel is dat daar uit elke onregmatige daad 'n verbintenis ontstaan, vertel hulle dat hulle „in hierdie hoofstuk . . . aandag” gee „aan die regsmiddels wat gerig is op die beskerming van 'n primêr geskonde of bedreigde reg, sowel as dié waarmee die pasvermelde sekondêre vorderingsreg wat *ex delicto* ontstaan het, afdgedwing word.” Dit is glad nie duidelik waarop die primêr en sekondêr slaan nie. As bedoel word dat die subjektiewe regte, waaroor daar op bl. 41 e.v. gemymer word, „primêr” is, dan blyk dit nog nie welke „middels” nou juis verband hou met die „primêre” en welke met die „sekondêre” regte nie, of is die onderskeiding nie van belang nie? In ieder geval kan ek ook nie begryp hoedat sulke ongelyksoortige goed soos „die interdik,” „die *actio legis Aquiliae*,” en 'n paar ander „aksies” nou juis onder een sambreel tuisgebring kan word as „remedies” nie. 'n Interdik is per slot van rekening 'n hofbevel net soos 'n vonnis vir die betaling van 'n geldsom, as skadevergoeding of as genoegdoening, 'n hofbevel is, en dit is boonop 'n hofbevel wat by wyse van „aksie” aangevra kan word. Hoe deur en deur verward die skrywers se gedagtegang is, blyk ook uit die volgende stelling (voetnoot 2 op bl. 127): „Die interdik is in aard(?) 'n remedie teen onregmatige of dreigende onregmatige optrede en staan ook in paslike gevalle ter keuse van die benadeelde in plaas van 'n aksie *ex delicto*.” Die skrywers se gedagtegang is klaarblyklik dat 'n interdik in 'n gepaste geval 'n soort „remedie” is wat vir die slagoffer van 'n onregmatige daad „in plaas van 'n aksie *ex delicto*” beskikbaar is. Die juiste toedrag van sake is tog dat die „benadeelde,” wat in so 'n geval aksie vir 'n interdik instel, juis *ex delicto* ageer, en dat hy in een en dieselfde geding *ex delicto* kan ageer vir 'n interdik en 'n bevel tot vergoeding van skade.

Die skrywers se behandeling van „die interdik” is in ieder geval nie indrukwekkend nie. Hulle doen dit aan die hand van *Jones & Buckle* (6de ed.) se kommentaar op art. 30 van die *Wet op Landdroshowe*, en bederf hulle weergawe omdat hulle nie besef dat Art. 30 van die

*Wet op Landdroshowe* en Van der Linden, *Koopmansbandboek*, 3.1.4.7, eintlik net oor tussentydse interdikte gaan nie. Op bl. 133 word 'n passasie uit die uitspraak in *Webster v Mitchell* aangehaal, waarin daar 'n fout voorkom wat ook voorkom in *Jones & Buckle* se weergawe van dieselfde passasie.

Die tweede „remedie” wat die skrywers noem, is die *actio legis Aquiliae*, en hier betoog hulle dat die *actio legis Aquiliae* eintlik die *actio doli* en die *actio quod metus causa* ingesluk of verdring het, maar darem nie die *actio negatoria* nie. Dit is glad nie duidelik waarop die skrywers nou eintlik afstuur nie. Ons plak mos nie etikette aan ons pleitstukke om aan te dui met welke *actiones* ons nou juis optree nie. En wat het die *actio negatoria* nou juis met die hele duistere saak te doen? In die verbygaan word Voet 'n oorveeg toegedien omdat hy dan nie konsekwent is nie. Die skrywers skyn nie te besef dat Voet in die eerste plek Romeinse reg beskryf nie, en slegs aanvullend na die *mores nostri* verwys. Ewe lukraak skryf hulle 'n stukkie oor die *actio iniuriarum*. Amusant is dit dat die skrywers hier van opset as 'n „gesindheid” praat (bl. 140-141) terwyl hulle op bl. 70 e.v. so seker is dat skuld geen gesindheid is nie! Hulle behepthed met *actiones* lei hulle verder daartoe om *amende honorable* en *amende profitable* as „remedies” te sien, wat die *actio iniuriarum* verdring het, en toe weer op hulle beurt deur die *actio iniuriarum* vervang is!

As vierde „remedie” noem die skrywers „die aksie weens nalatige veroorsaking van pyn en leed” (bl. 142 e.v.). Alhoewel die skrywers reken dat dit hier gaan om persoonlikheidskrenking, beskryf hulle die eiser se remedie as 'n aksie om *vergoeding*, waar mens *genoegdoening* sou verwag. Vir die skrywers is die belangrikste vraag „waaroor die regs-wetenskap in hierdie verband rekenskap moet gee,” die vraag of hierdie „aksie” onder die *actio legis Aquiliae* dan wel die *actio iniuriarum* tuisgebring moet word, en hulle beveel aan dat afgesien moet word van opset as vereiste vir die *actio iniuriarum* sodat hierdie „aksie” dan opgaan in die *actio iniuriarum*. Dit kan gedoen word, meen hulle, omdat die *actio iniuriarum* nie meer 'n *actio vindictam spirans* is nie. 'n Bietjie navorsing oor die geskiedenis van *iniuria* en aanspreeklikheid vir pyn en leed, sou aan die lig gebring het dat *iniuria* die één *delictum privatum* van die Romeinse reg is, wat tot in die Romeins-Hollandse reg 'n *delictum privatum* gebly het, en ook in die praktyk van vandag tereg nog as 'n *delictum privatum* beskou word. Aanspreeklikheid vir pyn en leed het ook 'n lang geskiedenis, en is 'n anomaliese oorblyfsel uit die primitiewe regsbedeling onder die Germane voor die resepsie van die Romeinse reg. Regter Van Winsen het dus heeltemal gelyk waar hy in *Hoffa* se saak sê dat mens by aanspreeklikheid vir pyn en leed nòg met *iniuria* nòg met *damnum iniuria datum* te doen het. Van 'n *deus ex machina* is hier dus geen sprake nie. Terloops moet daarop gewys word dat die skrywers nòg hier nòg elders die belangrike kwessie behandel

of verbintnisse *ex iniuria* en uit veroorsaking van pyn en leed aktief en passief vererf.

As vyfde „remedie” *ex delicto* noem die skrywers die *actio Pauliana* en die „remedie op grond van die kennisleer,” maar eintlik beskou hulle hierdie „remedies” darem nie as „remedies” *ex delicto* nie, want hierdie „remedies” is „oorbodig” naas die „interdik” en die *actio legis Aquiliae* (bl. 162). Afgesien daarvan dat dit „onwetenskaplik” is om van ’n „interdik” as ’n „remedie” te praat, bly die skrywers se betoog vir my duister. Die *actio Pauliana* is tog nie gerig op skadevergoeding nie, maar op tersydestelling van ’n beskikking, en dan nie net tot voordeel van die skuldeiser wat optree nie, maar tot voordeel van al die skuldeisers by die *concursum creditorum*. Waarom die kennisleer hoegenaamd hier by die hare ingesleep word, bly ook nog ’n groter raaisel. Hoe op aarde kan Sisana en al die ander mense, wat hulle op die kennisleer wou beroep, nou met ’n *actio legis Aquiliae* gehelp word? Dit wil voorkom of die skrywers met meer geesdrif as insig oor die kennisleer gaan skryf het, en selfs nie rekening hou met wat hulle self elders sê nie. Eers wil dit voorkom of daar die een of ander soort „remedie” is wat op die kennisleer gegrond is (bl. 147), maar op bl. 158 word die „kennisleer” self ’n „deliktuele remedie,” en dit in weerwil daarvan dat die skrywers op bl. 78, voetnoot 99, heftig betoog dat ’n „leerstuk” „nooit deel van die reg” kan wees nie. Op bl. 151 vertel hulle dat dit nie nodig is om die „etiket” „bedrog” aan die verweerder se optrede in *McGregor v Jordaan* te heg nie, maar hulle hele betoog op bl. 135 e.v. kom daarop neer dat hulle die etiket *actio legis Aquiliae* wil plak op alle aksies vir die verhaal van skadevergoeding *ex delicto*. Bowendien is hulle bespreking van die kennisleer baie eensydig - die belangrike beslissing *Willoughby's Consolidated Co. Ltd v Coptball Stores, Ltd*, 1913 AD 267, word glad nie eers vermeld nie. Op bl. 159 deel hulle mee dat hulle die „kategorieë” van gewysdes waarin na die kennisleer verwys is, „uitgeput” het, maar tog het hulle beslissings, wat oor die „kennisleer” en die reël „huur gaat voor koop” gaan, nie aangeraak nie. Ten slotte mag mens nog ’n keer die vraag stel of die skrywers eerstehands kennis gemaak het met die „Stadsregte van Tiel”. Die wyse waarop hulle na hierdie bron verwys in voetnoot 17 op bl. 147 skep die indruk dat hulle inligting tweede- of derdehands is.

Estoppel, so meen die skrywers, is ook ’n „remedie” *ex delicto* ofte wel ’n „deliktuele remedie” (bl. 164), maar darem ’n „anomalie in ons regsistiem” en wel omdat dit „nie die funksie van die deliktereg” is „om ’n benadeelde ’n voordeel, vergeleke met sy posisie voor pleging van die onregmatige daad, te laat geniet nie” (bl. 165). As die „deliktereg” dan so gesteld is op sy „funksies” moet hy estoppel maar met rus laat, en nie die ding inpalm as ’n „remedie” wat strydig is met sy funksies nie. Die skrywers skep regtig die indruk dat hulle nie mooi weet wat hulle wil sê nie. Terloops kan net weer opgemerk word dat die



skrywers ook hier weer „die interdik” en „die aksie” as twee selfstandige „deliktuele remedies” sien (bl. 164). Wat maak hulle nou met ’n „aksie vir ’n interdik”?

Die hoofstuk word afgesluit met ’n stukkjie oor die „verjaring van die remedies” (bl. 165 e.v.), en hier moet mens aanhoor dat selfs die „kennisleer” kan verjaar, en dit wel na 30 jaar! Dit is nie nodig om te gis wat die wetgewer met „regsonbevoeg” bedoel nie (voetnoot 19, bl. 167), want die wetgewer sê self wat hy daarmee bedoel, en hy bedoel nie „handelingsonbevoeg” nie. ’n Baie belangrike punt, nl. dié wat in *Oslo Land Co. Ltd v The Union Government*, 1938 AD 584, ter sprake gekom het, word glad nie vermeld nie. Dit sou interessant gewees het om te sien wat die skrywers se „regswetenskap” van hierdie probleem maak, veral in die lig van die oplossings wat in ander Romeins-georiënteerde regstelsels aangebied word.

Hoofstuk 4 (bl. 169 e.v.) gaan oor mededaders. Die „gemene reg” word in ’n halwe bladsy afgehandel, sonder ’n enkele verwysing na die ou skrywers. Dit is jammer dat die skrywers so min oor die „gemene reg” mee te deel het. ’n Vollediger bespreking van die „gemene reg” kan die begrip van Wet 34 van 1956 vergemaklik, want, soos die skrywers self meedeel, „wysig” hierdie wet „die gemene reg ingrypend.” Dit wil egter nie sê dat hierdie Wet die „gemene reg” geheel en al vervang nie. Omdat die skrywers nie genoeg aandag wy aan die „gemene reg” nie, is hulle behandeling van die voorskrifte van Wet 34 van 1956 dan ook nie bevredigend nie. So gaan die skrywers glad nie in op die kwessie of art. 2 van die Wet ook op ’n eis om genoegdoening van toepassing is nie. Die Wet word ook nie noukeurig genoeg ontleed nie. Die skrywers hou hulle liewer besig met ’n tirade teen *obiter dicta* in *Saitowitz* se saak, en ’n *ex parte* aanval op ’n memorandum van Schwietering, wat vir lesers van die boek ontoeganklik is. Dit is opvallend dat die taal en styl wat in hierdie hoofstuk gebesig word, baie beter is as dié wat mens in hoofstukke 1 tot 3 aangetref het. Mens kan darem verstaan wat die skrywers hier probeer sê, al kan mens nie oral met hulle saamstem nie.

In hoofstuk 5 word „gevalle van Aquiliese aanspreeklikheid wat besondere vermelding verdien,” bespreek. In ’n inleidende stukkjie word afgesit met die stelling: „In vorige hoofstukke is die aandag gevestig op die bekende (!?) geleidelike uitbreiding van Aquiliese aanspreeklikheid sedert die vroeë Romeinse reg tot vandag” (bl. 181). Dit is darem ’n alte optimistiese beskrywing van wat in die betrokke hoofstukke gedoen is. Nêrens in hierdie boek word ’n poging aangewend om die baie interessante geskiedenis van die *actio legis Aquiliae* te beskryf nie, en so „bekend,” soos die skrywers meen, is daardie geskiedenis nie - die skrywers self skyn nie heeltemal daarmee vertrouwd te wees nie.

In afdeling A van hierdie hoofstuk word, in aansluiting by die skrywers se vroeëre stelling dat die *actio legis Aquiliae* die *actio doli* ingesluk het, twee vrae nader ondersoek. Die eerste vraag is „of ’n nalatige, in teenstelling met ’n opsetlike, wanvoorstelling tot ’n aksie *ex delicto* in ons reg kan lei” (bl. 181). Die skrywers meen dat nalatige wanvoorstelling in beginsel wel aanleiding kan gee tot ’n *actio legis Aquiliae*, en dat die howe dit ook erken, behalwe dat daar hier en daar onder invloed van die Engelse reg en „sonder raadpleging van ons gemeenregtelike bronne” (bl. 184) anders geoordeel word. Ongelukkig vermeld die skrywers self ook geen enkele gemeenregtelike bron wat geraadpleeg kan word nie. Die skrywers sluit die bespreking van hierdie vraag af met die woorde: „Die probleem waarmee die hof hier telkens te kampe het, is egter om die grense van ’n bepaalde subjektiewe reg af te baken ten einde die onregmatigheid al dan nie van die gewraakte handeling vas te stel . . . Dergelike grense kan nie teoreties *a priori* vasgestel word nie, maar moet in die praktyk van ons howe uitkristalliseer. Dit gaan hier om gevalle en feitekomplesse, nie om beginsels nie; laasgenoemde is duidelik” (bl. 184). Oor welke „subjektiewe reg” gaan dit hier? Is dit ’n ander „subjektiewe reg” as die een wat „geskend” word by bedrog? Het dit ander grense? Is die bestaan al dan nie van ’n subjektiewe reg en die „grense” daarvan dan nie by uitstek ’n regs-vraag nie? As die beginsels so duidelik is, dan behoort dit tog seker moontlik te wees vir beoefenaars van die „regswetenskap” om aan te dui hoe daardie beginsels aangewend moet word om die „subjektiewe reg” te identifiseer en sy grense te bepaal.

Die tweede vraag wat hulle in hierdie afdeling wil behandel is die vraag hoe die omvang van die benadeelde se skade bereken moet word. In hierdie verband kom veral *De Jager & Grunder* onder bespreking, en word ’n goeie argument bederf deur te veel woorde, party waarvan nouliks verstaanbaar is, soos „Aquiliese belang” (bl. 190) „juridiese vermoënsvermindering” (bl. 191).

„Skok” (Afdeling B) word in ’n paar sinnetjies afgehandel, en kan sonder kommentaar verbygegaan word, maar „vermoënsbenadeling weens die dood of besering van ’n ander” (Afdeling C) word breedvoeriger bespreek. Die skrywers deel mee dat „afhanklikes” volgens die Romeins-Hollandse reg ’n aksie gehad het weens die dood van die broodwinner. Hulle vertel voorts dat Voet en Matthaeus „duidelik” verklaar dat die afhanklikes „onder die *lex Aquilia*” eis, en dat hulle (d.w.s. Voet en Matthaeus) dit beskou het as „’n natuurlike verdere uitbreiding van Aquiliese aanspreeklikheid,” maar dat ander skrywers nie die „naam van die aksie” noem nie (bl. 194).

Dat Voet en Matthaeus hierdie aanspreeklikheid as ’n „natuurlike uitbreiding” van aanspreeklikheid „onder die *lex Aquilia*” beskou het, is sterk te betwyfel. Matthaeus sê trouens dat hierdie aanspreeklikheid

strydig is met die voorskrifte van die Romeinse reg. Ons ou skrywers het hierdie aanspreeklikheid teenoor naasbestaandes veel eerder gesien as 'n uitbreiding van die aanspraak op „soengeld.” Dit verklaar waarom die „aksie” die naasbestaandes toegekom het, en nie die erfgename nie, en nie beskikbaar was nie indien die doodslaner vir die doodslag met sy lewe geboet het. As ons ou skrywers liewer aangesluit het by hulle Middeleeuse voorgangers, dan sou mens met meer vertroue kon praat van 'n „natuurlike” uitbreiding van aanspreeklikheid „onder die *lex Aquilia*.” Afgesien van 'n strafboetevordering vir 50 *aurei* ingevolge die *praetor se edictum de effusis vel deiectis*, het die Romeinse reg geen siviele remedie geken vir die veroorsaking van die dood van 'n vry man nie. Die rede hiervoor was *quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*. As mens in ag neem dat die Romeinse reg wel 'n *utilis actio legis Aquiliae* gegee het vir verlies van verdienste (*operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est*) waar die *liber homo* nie terstond gedood is nie, maar tydelik of lewenslank ongeskik vir arbeid gemaak is, is die houding dat daar by sy dood geen aanspreeklikheid is nie, nie konsekwent nie. Die Middeleeuers het dan ook die verdere stap gedoen en ook by die dood van die *liber homo* 'n *utilis actio legis Aquiliae* aan die erfgenaam gegee, vir 'n bedrag bereken volgens wat die oorledene kon verdien het *usque ad tempus, quo verisimile est illum occisum vivere potuisse* - G. Durantis, *Speculum*, 4.4, Rubr. De iniuriis, paragraaf 2. Dit lyk vir my ook heeltemal konsekwent. Indien die arbeidspotensiaal van 'n vry man 'n „bate” is, vir die belemmering waarvan hy skadevergoeding kan verhaal indien hy die aanslag oorleef, moet sy boedel ook kan eis indien daardie selfde „bate” vernietig word deur sy dood. Hy verwerf immers die vorderingsreg op die oomblik dat hy getref word, en al sterf hy ook die volgende oomblik, het hy reeds 'n reïpersekutoriese vordering, wat as 'n bate in sy boedel vererf. Julius Clarus stel dan ook hierdie vordering *ad aestimationem operarum* gelyk met die vordering *ad mercedes et expensas factas in medicis, medicinis et aliis ad eius curationem pertinentibus*. En hierdie vorderingsreg bestaan ook al word die doodslaner ter dood veroordeel, maar, voeg Clarus op lakonieke wyse daaraan toe, „dit sal die erfgenaam waarskynlik nie veel baat nie *quia fiscus rapit omnia bona delinquentis virtute confiscationis*”!

Ons ou skrywers het nie die „natuurlike” stap gedoen wat deur die Middeleeuers gedoen is nie, maar die vordering wat die Middeleeuers aan die oorledene se boedel gegee het, gaan toeken aan naastebestaandes, en daarmee 'n anomalie geskep. Hierdie anomalie is deur ons howe verder gevoer, veral deur oorbeklemtoning van die „onafhanklikheid” van die „afhanklikes” se aksie, soos in *Union Govt. v Lee*, 1927 AD 202. Afgesien van die probleme wat hierdeur geskep word in verband met verwere wat teen die oorledene opgewerp sou kon word, is daar ook die belangrike kwessie van wanneer die oorledene se eie aanspraak verval en die „afhanklikes” s'n ontstaan. Hoe lank na die

ongeval moet die man nou leef om 'n eie aksie te hê, en kan hy daarvoor beskik? - vgl. *Ex parte Oliphant*, 1940 CPD 537 ('n saak wat deur die skrywers van die boek onder bespreking blykbaar nie bespreek word nie); *Lockbart's Estate v North British & Merchantile Insurance Co. Ltd*, 1959 (3) SA 295 (A) (nog 'n saak wat deur die skrywers van die boek onder bespreking, in hierdie verband nie ondersoek word nie). Wat ons howe, net soos die ou skrywers, uit die oog verloor, is dat die ekonomiese „bate,” wat deur die ongeval getref word, die slagoffer se „vermoë om te verdien” is, en dat enige aanspraak op skadevergoeding weens die beskadiging of vernietiging daarvan die slagoffer toekom, of hy nou 'n minuut of 'n dag of twee dekades na die ongeval sterf. In *Suid-Afrikaanse Nas. Trust en Ass. Mky. v Fondo*, 1960 (2) S.A. 467 (A), het die Appèlhof besef dat die aksie van afhanklikes 'n anomalie is, en geweier om die kring van „afhanklikes” uit te brei. Hiervan hou die skrywers van die werk onder bespreking nie. Hulle meen dat aanspraak op skadevergoeding nie net „afhanklike naasbestaandes” toekom nie, maar almal wat op onderhoud aanspraak het, al sy dit *ex contractu*. Die skrywers wil die anomalie selfs nog verder voer, en 'n aanspraak erken ook waar die broodwinner nie gedood word nie, maar slegs beseer word. Hierdie houding kan mens slegs aanvaar indien mens van die broodwinner 'n *res* maak, soos die slaaf in die Romeinse reg was.

Afdeling D gaan oor „vermoënsbenadeling, pyn en lyding van een eggenoot weens die optrede van die ander en 'n derde,” en is gewy aan moontlike oplossings vir probleme wat ontstaan by die toepassing van Wet 34 van 1956 op gevalle waar een van die eggenote naas 'n derde aandadig is aan 'n ongeval wat die ander eggenoot tref. Dit wil vir my voorkom of dit hier hoofsaaklik gaan oor aangeleenthede van huweliksgoederereg, en hieroor is die skrywers se uiteensetting glad te sketsmatig. Die *Wet op Huweliksaangeleenthede*, 37 van 1953, word glad nie eers vermeld nie. Verder sou mens hier 'n deeglike bespreking verwag van die vraag of Wet 34 van 1956 hoegenaamd van toepassing is op vorderings vir genoegdoening, veral in die lig daarvan dat die skrywers op bl. 145 die mening verkondig dat die aksie vir pyn en leed eintlik 'n aksie vir genoegdoening is.

In Afdeling E word oor „bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding” geskryf. Dat bemoeiings met kontraktuele verhoudings onder gepaste omstandighede *iniuriae* kan uitmaak, val nie te ontken nie, maar die skrywers wil die aanwendingsgebied van die *lex Aquilia* uitbrei om ook skending van vorderingsregte daaronder te betrek. Daarom neem hulle nie genoeë met die Appèlhof se beslissing in *Union Govt. v Ocean Accident and Guarantee Corp.* 1956 (1) SA 577 (A) nie. Die beslissing lyk vir my, met alle respek, na 'n verstandige beslissing.

In hoofstuk 6 word onder die opskrif „verskyningsvorms van iniuria wat besondere vermelding verdien,” laster, belediging (*iniuria* in engere sin), skending van privaatheid, seduksie, en oorspel in besonderhede bespreek. Plek-plek word die uiteensetting ontsier deur onoordeelkundige woordkeuse. So is dit nie mooi duidelik waarom hierdie dinge nou juis van „deurslaggewende belang” is nie (bl. 220); hoe *fama* die benadeelde se „gevoel van die eer en agting” wat die gemeenskap van hom koester, kan wees nie (bl. 221); wat met „regmatige betekenis” bedoel word nie (bl. 226); e.d.m. Hier en daar wil dit voorkom of die teks en die voetnote nie mooi bymekaar inpas nie. So word op bl. 250 verklaar dat *animus iniuriandi* ’n „besondere geestesgesindheid” is en niks anders as „opset” is nie, maar in voetnoot 96 word gesê dat die gesindheid net ’n voorvereiste vir opset is; en so word op bl. 260 gesê dat die benadeelde opset aan die kant van die spreker moet bewys, en hierdie stelling word dan in voetnoot 78 verduidelik met die woorde: „Die spreker moet *met ander woorde* . . . die vermoede van opset weêrlê” (ek beklemtoon). Waarom die skrywers die oorerflikheid, passief en aktief, van die *actio iniuriarum* net by seduksie en oorspel noem, en dan ook maar terloops, is nie duidelik nie. Dit is ’n belangrike vraag wat nie maar so blou-blou in die lug moet bly hang nie.

Hoofstuk 7 gaan oor „sameloop van aksies,” en hier raak die skrywers die spoor heeltemal byster. Dit kan ook nie anders nie, as mens in ag neem dat die skrywers somer in die derde sin al sê: „Nòg die regs wetenskap nòg die positiewe reg het tot dusver ’n bevredigende sisteem van aksie-verhoudings uitgewerk” (bl. 274). Alhoewel die stelling nie juis iets beteken nie, laat dit darem blyk dat die skrywers nie moeite gedoen het om iets oor sameloop uit te vind nie. In die Romeinse reg het „sameloop” baie aandag getrek. In die *Corpus Iuris* is daar somer baie tekste, o.a. in *D* 9.2, die titel wat gaan oor die skrywers se geliefkoosde aksie, die *actio legis Aquiliae*. Het die skrywers hierdie tekste nie raakgesien nie, of het hulle miskien nog nie *D* 9.2 gelees nie? In die Romeins-georiënteerde literatuur is daar heelwat te lees oor hierdie aangeleentheid. Elke ordentlike Pandektis het minstens iets te sê oor *concursum actionum*. Die skrywers laat nie blyk dat hulle van hierdie literatuur kennis geneem het nie. Al „literatuur” wat die skrywers vermeld, is ’n artikel van Hosten (THRHR 1960) waarin Hosten *ex confesso* nie die hele kwessie in oënskou neem nie, en ongelukkig self ook in die terminologie onklaar trap. Die resultaat is dan dat die skrywers ’n hele hoofstuk onder die titel „sameloop van aksies” skryf, waarin hulle bloedweinig sê wat hoegenaamd met „sameloop” iets te doen het. Regskennis en ook kennis van regsterminologie verwerf mens nie intuïtief nie. Terloops kan net opgemerk word dat die skrywers darem maklik ander mense woorde in die mond lê, wat hulle nie gebesig het nie, of gedagtes toedig, wat hulle nie gekoester het nie. So word op bl. 285, noot 53, gesê: „De Wet en

Yeats, a.w., bl. 160, meen dat so 'n sameloop nie in ons reg moontlik is nie." De Wet en Yeats sê niks van die aard nie. Al wat hulle sê, is dat genoegdoening nie weens kontrakbreuk geëis kan word nie. Die kwessie van „sameloop" word hoegenaamd nie deur hulle behandel nie, en geen mening word daarvoor uitgespreek nie.

In Hoofstuk 8 word geskryf oor „gevalle van skuldlose aanspreeklikheid sogenaamd op grond van onregmatige daad," met verwysing na die *actio de pauperie*, e.d.m. Die „sogenaamd" is blykbaar in die opskrif ingevoeg omdat iemand dan beweer het dat die *actio de pauperie* 'n *actio ex delicto* is. Die opskrif is eintlik nie 'n gepaste aanduiding van wat alles in hierdie hoofstuk bespreek word nie.

J. C. DE WET  
*Universiteit Stellenbosch*

## THE SOUTH AFRICAN LAW OF HUSBAND AND WIFE

By H. R. HAHLO, Dr. Jur. (Halle), LL.D. (Rand)  
With an Appendix on Jurisdiction and Conflict of Laws  
By Professor ELLISON KAHN

*Third edition, Juta & Co. Ltd, Cape Town, Wynberg, Johannesburg, 1969;*  
*xc & 745 pp. Price R18*

Die verskyning van die derde uitgawe van hierdie boek in 1969, sestien jaar na die eerste en ses jaar na die tweede uitgawe, getuig van die groot belangstelling wat die werk geniet. Die getuienis word bevestig deur die aandag wat die regspraak in die jare na die verskyning van die eerste uitgawe in 'n groeiende mate aan die boek geskenk het, soos blyk uit die verslae van die vonnisse van ons howe. Kennismaking met die inhoud van die boek sal die belangstelling gou verklaar.

Die eerste uitgawe is in 1955 THRHR 14 bespreek. Aangesien die tweede uitgawe van 1963 nie in die *Tydskrif* bespreek is nie en die boek met die tweede uitgawe sy huidige gestalte aangeneem het, word die derde uitgawe uitvoeriger bespreek as anders die geval sou gewees het.

Die verdienste van die boek lê in die opvallende volledigheid daarvan. Bestaande wetgewing en regspraak wat die verskillende aspekte van die regsverhouding tussen man en vrou in die huwelik raak, is onder gepaste hoofde saamgevoeg en word tot in die kleinste besonderhede bespreek met as agtergrond die bepalinge van die gemene reg wat uitvoerig gedokumenteerd word. Hier en daar is die bespreking selfs aangevul met verwysings na ooreenkomstige reëlins in 'n paar ander regstelsels. Die historiese ontwikkeling van 'n paar hoofbegrippe

word toegelig, in enkele gevalle volledig en tot in besonderhede. Die praktisyn wat na inligting oor 'n onderwerp uit hierdie deel van ons reg op soek is, sal hom deur die boek selde of nooit in die steek gelaat voel nie. Wat betref die benadering van ons huweliksreg as 'n sistematiese geheel deur die student, sou groter nadruk op algemene beginsels en 'n bespreking aan die hand daarvan m.i. meer behulpsaam gewees het. Veral die beginner-student loop gevaar om in die menigte van detail die spoor byster te raak. As gevolg van die verspreiding van die bespreking van sommige onderwerpe onder verskillende hoofde in meer as een verband, is dit nie altyd maklik om alles wat die boek bied oor 'n bepaalde onderwerp gou saam te vat nie. Ons huweliksreg is gebou op 'n aantal grondliggende beginsels: gesamentlikheid van die eggenote, 'n steeds toenemende gelykheid van die eggenote teenoor mekaar, eenheid van die eggenote teenoor derde persone. Die beginsels vul mekaar aan, staan by geleentheid ook in teenstelling met mekaar. Gebeur dit, word òf aan die een òf aan die ander voorrang verleen. Dit sal m.i. die uitgebreide stof meer oorsigtelik en meer toeganklik vir die student maak wanneer sy verkenning van die geheel langs dié grondbeginsels as riglyne gelei word en die onderlinge verhouding van die beginsels meer sistematies bespreek word.

'n Regsgeldige huweliksluiting is die toegangspoort tot 'n regsgeldige huwelik. Die huweliksluiting is 'n regshandeling wat 'n regsgevolg laat intree wat deur die partye beoog word by die huweliksluiting. Die regshandeling bestaan in 'n ooreenkoms (of kontrak). Vir die totstandkoming van die regshandeling is vyf persone vereis, nl. die partye wat met mekaar trou, die huweliksbevestigter en die twee getuies. Die hoofbestanddeel van die regshandeling bestaan in die verklaarde wilsooreenstemming van die twee partye (bl. 78: „consent is the essence of marriage”). Dit is die ou reël *consensus facit nuptias* van die Romeinse reg (bl. 3). Die reël is na langdurige verskil van opvatting oorgeneem deur die kanonieke reg (bl. 3 noot 8), d.w.s. die reg van die Algemene Christelike Kerk waarvan die Biskop van Rome (die Pous) die hoof is, wat tot die tyd van die kerkhervorming in die sestiende eeu die enigste christelike kerk in Wes-Europa is. Vanselfsprekend was die kerk van die begin van sy bestaan af aan intens geïnteresseer in die reëling van die huwelik as 'n sedelik-religieuse instelling. Na verloop van tyd het die wêreldlike owerheid in Wes-Europa goedgevind dat wetgewing en regspraak in huweliksake onder die sorg van die kerk kom en vanaf die twaalfde eeu tot die Kerkhervorming van die sestiende eeu is die staat deur die optrede van die kerk uitgesluit van die wetgewing en die regspraak in huweliksake (bl. 1). Artikel 17 van die *Ewige Edik* van 1540 is 'n voorbeeld van die magteloosheid van die staat in hierdie tyd om hom in te meng in die reëling van huweliksake deur die kerk. In 1540 moet die staat hom behelp met 'n vermoënsregtelike bepaling om 'n misstand op die gebied van die huwe-

liksreg (die huwelike van minderjariges sonder die toestemming van hul ouers) te bestry. Gesteld dat die staat in 1540 reeds die wetgewende mag op die gebied van die huwelik sou gehad het wat hy in 1580 het wanneer die *Politieke Ordonnansie* uitgevaardig word, sou artikel 3 van die *Politieke Ordonnansie* reeds in 1540 wet geword het en sou dit nie nodig gewees het om artikel 17 van die *Ewige Edik* tot wet te verhef nie. Dit lyk vir my dat vir die goeie begrip van die stand van sake op die gebied van die huweliksreg in Holland dit wenslik is om hiermee rekening te hou. Die Romeins-Hollandse huweliksreg het vóór 1580 sy beslag gekry in 'n kerklike sfeer en onder 'n ander soort gesag (nl. dié van die kerk) as dié waaronder die ander dele van ons privaatreë reg gevorm is, nl. die gesag van die staat. Die skrywer maak melding van al die feite, maar op die konsekwensies daarvan word m.i. nie voldoende gewys nie.

By geleentheid van die reformasie van die kerk in Holland na 1572 neem die wêreldlike owerheid van Holland wetgewing en regspraak in huweliksake van die kerk terug. Die genoemde *Politieke Ordonnansie* is die eerste resultaat van dié verandering. Die Ordonnansie kontinueer die beginsel *consensus facit nuptias* en voeg 'n verdere bepaling daaraan toe. Die nuwe bepaling is ontleen aan die *Decretum Tametsi* van 1563, 'n dekreet (of wet) van 'n wetgewende vergadering van die kerk wat in Trente in Italië vergader het, die Konsilie van Trente. Alhoewel in 1563 wetgewing en regspraak in huweliksake in Holland nog in die hande van die kerk was, het die genoemde dekreet in Holland nooit wet geword nie omdat die kerkhervorming kort daarna sover gevorder het dat die dekreet nie orals afgekondig kon word nie. Dit is wel op 'n paar plekke afgekondig, en was daar plaaslike reg. Die dekreet skryf as nuwe reg voor dat die wilsooreenstemming van die partye wat met mekaar trou, bevestig moet word. Volgens die dekreet was dit die pastoor van die parogie wat dit doen. Volgens die ordonnansie is dit òf die plaaslike predikant òf die plaaslike owerheidspersoon. Vandag by ons volgens die *Huweliks wet*, 25 van 1961, is dit 'n deur die staat aangestelde huweliksbevestiger. Op hierdie punt is daar dus 'n kontinuïteit in ons reg wat strek oor 400 jaar en die stempel dra van drie verskillende dispensasies. Die opmerking op bladsy 62 in noot 15 dat volgens kanonieke reg 'n huwelik tot stand kom deur die onderlinge ooreenkoms van die partye alleen, is heeltal in orde as daarby gevoeg word dat dit slegs geld vir die tyd wat voorafgaan aan die dekreet van 1563.

Op bladsy 77 noot 47 betoog die skrywer dat die huweliksbevestiger die huwelik skep. Dit stem nie ooreen nie met die reël *consensus facit nuptias* wat in ons reg oorgeneem is uit die Romeinse reg en die kanonieke reg. Dié opvatting vertolk die betekenis van die funksie van die huweliksbevestiger m.i. verkeerd en onderskat die betekenis van die wilsooreenstemming van die partye. As daar by die huweliksluiting



'n skeppende daad verrig word, is dit die partye wat met mekaar trou wat dit doen, nie die huweliksbevestiger nie. Hy erken namens die georganiseerde gemeenskap in wie se naam hy optree, die nuwe staat (regstoestand) wat die partye vir hulself geskep het.

Op dieselfde bladsy 77 verwys die skrywer na 'n kerklike huweliksbevestiging waarby in die ritueel die bevestigende woorde ontbreek wat in die formulier van artikel 30 van die *Huwelikswet, 1961* genoem word. Die vraag is of die genoemde leemte in die bedoelde kerklike ritueel vandag by ons enige verskil maak ten opsigte van die privaatregtelike gevolg van die seremoniële regshandeling. Die antwoord op die vraag - wat die skrywer ooplaat - is dat in so'n geval die bevestiging van die huwelik en die erkenning daarvan plaasvind wanneer partye, huweliksbevestiger en getuies die register teken. Terwyl die regsgevolg vandag hier by ons volgens die *Huwelikswet* intree wanneer die huweliksbevestiger mondeling in die teenwoordigheid van die partye en die twee getuies die troubeloftes bevestig met die voorgeskrewe woorde, sal in die genoemde uitsonderingsgeval waar die leemte in die formulier voorkom, die regsgevolg eers later intree by die tekening van die register. Die verskil is van praktiese belang in geval een van die partye sou sterf na afloop van die genoemde ritueel en voor die tekening. Die ander bly dan ongetroud agter.

Die skrywer noem die regsgevolg van die huweliksluiting deurgaans 'n kontrak, alhoewel hy op bl. 32 onderskeid maak tussen huweliksluiting en huwelikse staat en op bl. 33 in noot 6 blykbaar met instemming regter Kotzé aanhaal wat sê dat die huwelik nie „a mere ordinary private contract between the parties” is nie. Die Romeinse reg waaraan ons reg vir sy begrippe en sy sisteem veel te danke het, noem die huwelik ook nie 'n kontrak nie maar 'n *individua consuetudo vitae*. (Terloops: op bl. 32 noot 1 het die selfstandige naamwoord *consuetudo* wat die kern van die uitdrukking vorm, weggeval.) Die vraag is of die regsverhouding tussen die eggenote in ons reg sistematies tuishoort in die kontraktereg, as onderdeel van die vermoënsreg, dan wel elders, d.w.s. in die *ius personarum* soos by Gaius, Justinianus en De Groot, of in 'n afsonderlike onderdeel, nl. die familiereg. Die vraag word nie bespreek nie. Tog is dit nodig in die lig van die feit dat anders as by die obligatore kontrak (i) die huwelik nie deur onderlinge ooreenkoms van die partye ontbind kan word nie (dit is nie „a private matter” nie soos die skrywer dit stel op bl. 1); huweliksreg vertoon 'n publiekregtelike aspek; (ii) die verpligting tot samewoning wat uit die ooreenkoms voortvloei nie deur die hof afgedwing word nie, of beter: ons reg gee geen aksie nie (bl. 107); (iii) owerspel en verlating, d.i. inbreuk op verpligtings voortvloeiende uit die huweliksverhouding, geen grond vorm vir 'n eis tot skadevergoeding nie (bl. 107, 380). Die student kan aanspraak maak op 'n bespreking van dié verskynsels.

Op bl. 85 stel die skrywer dat die basis van ons huweliksreg gevind word in die *Politieke Ordonnansie* van 1580 en artikel 17 van die *Ewige Edik* van 1540, soos gewysig deur hedendaagse wetgewing, d.i. die *Huweliks wet, 1961*. Ten opsigte van die *Politieke Ordonnansie* deel die skrywer op bl. 5 mee dat die bepalings daarvan gebou is op die genoemde *Decretum Tametsi* van 1563 toe die kerkvergadering van die Algemene Christelike Kerk nog wetgewer in huweliksake in Holland was. Daar bestaan ongetwyfeld 'n direkte samehang tussen die twee wette. Om die strekking van die bepalings van die *Politieke Ordonnansie* ten opsigte van huweliksake te verstaan, is dit nodig om die inhoud van die *Decretum Tametsi* en selfs van vroeëre wetgewing van die kerk te ken. By vergelyking van die twee wette word dit duidelik dat behalwe ooreenstemming ook in sekere opsigte en met name ten opsigte van die huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers, radikale verskille bestaan. Dit behoort duidelik gestel te word.

Die Dekreet bepaal dat klandestiene huwelike, d.i. huwelike sonder voorafgaande publikasie van gebooie en sonder die teenwoordigheid van getuies, regsgeldige huwelike is solank die kerk hulle nie vernietig het nie; die Ordonnansie daarenteen bepaal 17 jaar later dat dit geen regsgeldige handeling is nie; die resultaat is geen huwelik nie.

Die Dekreet bepaal dat elkeen wat ontken dat 'n klandestiene huwelik (d.i. sonder voorafgaande gebooie en sonder die teenwoordigheid van getuies) regsgeldig is deur die vloek van ekskommunikasie bedreig word; die Ordonnansie daarenteen bepaal dat so'n huwelik nietig is omrede van die afwesigheid van gebooie en van getuies.

Die Dekreet bepaal dat elkeen wat beweer dat 'n huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers nietig is deur die vloek van ekskommunikasie bedreig word; die Ordonnansie daarenteen bepaal dat so'n huwelik nietig is omrede van die afwesigheid van die toestemming van die ouers.

Die Dekreet bepaal dat elkeen wat beweer dat ouers 'n huwelik van hul minderjarige kind wat sonder hul toestemming gesluit is, kan laat vernietig, bedreig word met die vloek van ekskommunikasie; die Ordonnansie daarenteen bepaal dat so'n huwelik nietig is en die ouers dus om 'n verklaring van nietigheid kan versoek.

Die Dekreet bepaal dat aan die huweliksluiting moet voorafgaan die afkondiging van die name van die partye wat met mekaar wil trou deur die pastoor tydens die plegtigheid van die mis op drie agtereenvolgende kerklike feesdae; die Ordonnansie bepaal dieselfde met die verskil dat die afkondiging moet geskied op Sondae wanneer die huwelik in die kerk bevestig word en op markdae wanneer die huwelik deur die wêreldlike owerheid bevestig word.

Die Dekreet bepaal dat die huwelik voltrek word (nadat gebooie behoorlik afgekondig is en geen besware teen die huweliksluiting ingebring is nie) deur die plaaslike pastoor voor die deur van die kerkgebou na ondervraging van die man en die vrou en na verneming van hul wedersydse jawoord, deur middel van die uitspraak van 'n verklaring wat hulle in die huwelik verbind; die Ordonnansie stem hiermee ooreen met die verskil dat die kerklike huweliksbevestiging geskied deur die predikant in die midde van die gemeente en die wêreldlike huweliksbevestiging deur die magistraat in die raadhuis.

Ten opsigte van die huweliksluiting van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers volg uit die bostaande dat dit in 1563 deur die kerkvergadering as 'n geldige huwelik beskou word, maar 17 jaar later deur die wetgewende vergadering van die graafskap Holland tot 'n nietige huwelik verklaar word; dit is geen huwelik nie. Dit wil sê: die kind verlaat die ouerlike mag van sy ouers nie. Op hierdie punt verskil die opvatting van die Kerk van Rome radikaal van die opvatting van die owerheid van Holland. En omdat die *Politieke Ordonnansie* die grondslag gebly het van ons huidige reg vorm die opvatting van die owerheid van Holland ook deel van ons huidige huweliksreg. Nogtans word die bepaling dat die huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers gesluit, nietig is, nie met soveel woorde uitdruklik in Wet 25 van 1961 gevind nie.

Ten opsigte van die klandestiene huwelik volg uit die bostaande dat dit volgens die Dekreet geldig en volgens die Ordonnansie nietig is. So'n handeling is vandag volgens ons *Huwelikswet* ook geen huweliksluiting nie. Nogtans vind ons dat die klandestiene huwelik bespreek word op bl. 90 aan die hand van die vonnis in *Van der Westhuizen* se saak. In dié saak het ons egter in die geheel nie met 'n klandestiene huwelik te doen nie. Die minderjarige kind is daar vrygestel van die afkondiging van gebooie deur 'n spesiale lisensie wat uitgereik is deur 'n daartoe bevoegde amptenaar van die staat, en by die huweliksluiting deur die landdros was twee getuies teenwoordig. Buitendien is dit deur die landdros as huweliksbevestiger amptelik bevestig en in die register ingeskryf en geteken. Dit alles stem geensins ooreen met die aard van die klandestiene huwelik nie. Ten onregte noem regter Van den Heever dit in sy vonnis 'n klandestiene huwelik en sonder goeie rede neem die skrywer die onjuiste klassifikasie van die feite van die saak oor en bou daarop sy betoog op.

Hierdie betoog is daarop gerig om aanneemlik te maak dat 'n huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers gesluit volgens die bepalings van die *Huwelikswet, 1961* nie nietig is nie, maar vernietigbaar. By die totstandkoming van Wet 25 van 1961 is die *Politieke Ordonnansie* se bepalings op hierdie punt egter nie afgeskaf nie. Die wetgewer het toe die ordonnansie op hierdie punt doelbewus laat

voortbestaan as deel van ons huidige reg. In aansluiting daarby reël die bepalings van Wet 25 van 1961 die gang van sake by die huweliks-luiking van vandag.

Indien dit nou vasstaan dat volgens die *Politieke Ordonnansie* 'n huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers gesluit, nietig is - en dit staan vas - is dit m.i. ongerymd om te betoog dat die wetgewer in 1961 bepaal het dat die huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers gesluit, vernietigbaar sou wees (bl. 89-92, 478). Want ons moet m.i. aanneem dat die wetgewer van 1961 die inhoud van die reg (die *Politieke Ordonnansie*) wat hy doelbewus laat voortbestaan, geken het en dat hy dit doelbewus laat voortbestaan het omdat dit is soos dit is en nie anders nie. 'n Ander opvatting sou m.i. ons wetgewer met homself in stryd bring, wat nie aangeneem mag word nie. In die wet van 1961 lê dus nie iewers die veronderstelling opgesluit dat die huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers gesluit, vernietigbaar is nie, maar wel die veronderstelling dat dit nietig is. En daar is niks in die hele Wet wat die veronderstelling van nietigheid weerspreek nie.

Die betoog van die skrywer op bl. 90 e.v. kom hierop neer dat alhoewel huwelike van minderjariges sonder die toestemming van hul ouers gesluit volgens die bepalings van die *Politieke Ordonnansie* nietig is, dié soort huwelike deur ons howe in die loop van die 19de en 20ste eeu vernietigbaar geoordeel is in sake wat aanhangig gemaak is. Die sake is aanhangig gemaak onder die wetgewing wat voor die Wet van 1961 in die gebiede van elkeen van ons huidige provinsies afsonderlik gegeld het, koloniaal of republikeins, en wat regstoestande geskep het wat afgewyk het van dié wat deur die *Politieke Ordonnansie* in Holland geskep is en ook afwyk van die nuwe regstoestand wat deur die Wet van 1961 geskep is.

Die Wet van 1961 het die regstoestande in die vier provinsies wat deur die ou wetgewing daar in die lewe geroep is, afgeskaf. Nogtans bly die skrywer gesag toeken aan vonnisse wat in een of ander van die provinsies gewys is in sake wat aanhangig gemaak is onder die regs-toestande wat deur die vorige en tans afgeskafte wetgewing geskep is. Die vonnisse moet dien om die regstoestand wat deur Wet 25 van 1961 nuut geskep is, te beoordeel.

Myns insiens moet die vraag opnuut - *de novo* - gestel en bespreek word. By die beoordeling van die vraag of 'n huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers gesluit, nietig of vernietigbaar is, moet ons uitgaan van ons reg soos dit staan by die totstand-koming van Wet 25 van 1961. Wanneer 'n minderjarige kind in die huwelik bevestig word, verlaat hy die ouerlike mag. Die ouerlike mag hou op om oor hom te geld. Om dié rede is die toestemming van die ouers vooraf nodig. 'n Huweliksbevestiger word nie deur die staat

aangestel om minderjarige kinders sonder die toestemming van hul ouers uit die ouerlike mag te bevry nie. Hulle is daartoe geensins bevoeg nie. Om die bevoegdheid te assumeer sou lei tot 'n onregmatige daad, 'n inbreuk op die gesagsreg van die ouer.

In geval dit onder ons tans bestaande reg nodig is om ouers of 'n ouer te ontdoen van die ouerlike mag waarmee hulle deur ons reg bekleed is, is dit ons reg wat die manier daarvoor voorskryf en vasstel hoe dit moet geskied. Die *Wet op Huweliksaangeleenthede* 37 van 1953, artikel 5, en die *Kinderwet* 33 van 1960, artikel 60, bepaal die manier wat ons wetgewer vir dié doel vasgestel het. In albei gevalle is 'n vonnis van 'n hof vereis nadat die saak eers verhoor is. Dit sou in stryd wees met die grondliggende beginsels van ons reg soos dit in 1960 bestaan om te veronderstel dat in 1961 die wetgewer by implikasie sou bedoel het dat in geval 'n minderjarige uit die ouerlike mag bevry wil word, hy sy doel kan bereik deur sonder die toestemming van sy ouers hom in die huwelik te laat bevestig. Ons reg gedoog nie dat sonder die toestemming van die ouers op die ouerlike mag oor 'n minderjarige inbreuk gemaak word nie, buiten deur middel van 'n vonnis van die bevoegde hof na verhoor van die saak. Die reël word bevestig deur die *Huweliks wet*, artikel 25. In geval 'n minderjarige kind rede het om hom te bekla oor die manier waarop sy ouers hul ouerlike mag uitoefen ten aansien van sy begeerte om in die huwelik te tree en daarmee uit die ouerlike mag bevry te word, verskaf artikel 25 hom sy regsmiddel. Hy moet hom rig tot die hof. Hy is nie bevoeg om sy hoop te vestig op die gewilligheid van 'n huweliksbevestigter of 'n amptenaar wat spesiale lisensies uitreik om hom te help om sy doel wederregtelik te bereik nie. Dit is in stryd met ons reg.

Dit volg dus dat in geval 'n huweliksbevestiging van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers plaasgevind het, die minderjarige die ouerlike mag daardeur nie verlaat het nie en dat daar dus ook geen sprake van terugkeer in die ouerlike mag kan wees nie (bl. 89: „revert”). Dit volg ook dat in geval 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers in die huwelik bevestig mog wees en die ouers later sou besluit om aan 'n huwelik van die kind met die ander party hul toestemming te gee, dit geen ratifikasie in die sin van toestemming *ex tunc* is nie, maar wel toestemming *ex nunc* (bl. 89). So'n toestemming kan dan ook nie stilswyend verleen word nie (bl. 89), want dit is in stryd met die bepaling van die *Huweliks wet* wat skriftelike toestemming vooraf voorskryf.

Die skrywer betoog dat die toestemming van die ouers tot die huwelik van hul minderjarige kind geen bepaalde vorm hoef aan te neem nie en uitdruklik of stilswyend verleen kan word (bl. 88). Dit is in stryd met die bepaling van artikel 24 (1) van die *Huweliks wet*, 1961. In voetnoot 35 voeg die skrywer daaraan toe: „It is submitted that this

has not been changed by sec. 24 (2) of the Marriage Act No. 25 of 1961, which amounts purely to an administrative direction." Vermoedelik word bedoel artikel 24 (1), want artikel 24 (2) is nie ter sake nie. As dit so is, is dit een van die weinige drukfoute in die boek. As artikel 24 (1) bedoel word, is dit 'n opsigbare stelling, temeer so omdat die skrywer dit in die geheel nie probeer bewys nie en hoegenaamd geen gesag ter ondersteuning aanvoer nie. Dit is m.i. onhoudbaar. Aan huweliksbevestigers word geen geleentheid vir eie oordeelsvorming in hierdie sake deur die Wet ingeruim nie. Van hulle word verwag om die Wet na te leef.

Op bl. 91 pleit die skrywer vir die behoud van die opvatting dat 'n huwelik van 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers gesluit, vernietigbaar is en nie nietig nie. In die lig van die duidelike opvatting van ons reg kan die pleidooi myns insiens nie slaag nie. Ons huidige reg is duidelik daarteen gekant dat 'n huweliksbevestiger sy dienste aan 'n minderjarige kind verleen om sonder die toestemming van sy ouers in die huwelik te tree en daarmee aan die ouerlike gesag onttrek te word. 'n Dergelike bevoegdheid berus by die howe alleen.

In geval die ouers van 'n minderjarige kind oorlede is, bestaan daar geen ouerlike mag oor die kind nie. Dit is die veronderstelling van ons reg in dié geval dat 'n voog oor die kind aangestel is. Maar ten opsigte van die voog en sy gesag oor die kind geld nie dieselfde reël as ten opsigte van die ouers en hul gesag nie (vgl. bl. 67 noot 50). Want die voog het die kind nie in die wêreld gebring nie, hy het geen doopbelofte ten aansien van die kind afgelê nie en die vyfde gebod verwys nie ook na hom nie. Hy ontleen sy gesag aan die reg; sonder die reg het hy geen gesag nie, terwyl in die geval van die ouers die reg 'n bestaande verhouding wat buite die reg om tot stand gekom het, erken. Volgens die *Politiese Ordonnansie* was op die familieregtelike vlak toestemming van die voog tot die huwelik van sy minderjarige pupil dan ook nie nodig nie. Dit beteken egter nie dat die minderjarige kind wat geen ouers gehad het nie sonder enige toestemming in die huwelik kon tree nie. Inteendeel, die kind moes die toestemming van die plaaslike owerheid erlang of in die alternatief van die kerklike owerheid. Dieselfde het ook gegeld vir die minderjarige kind onder ouerlike mag. Sonder toestemming van die plaaslike of kerklike owerheid kon geen afkondiging van gebooie plaasvind nie en sonder afkondiging van gebooie kon huweliksluiting nie plaasvind nie. Die plaaslike owerheid sowel as die kerklike owerheid het 'n selfstandige oordeel oor die huweliksluiting van die minderjarige gevorm. Toestemming is eers verleen nadat kom vasstaan het dat geen huweliksbeletsels die huweliksluiting verhinder nie. Vandag hier by ons plaas artikel 25 (1) van die *Huweliks wet*, 1961 ouers en voog oënskynlik in dieselfde kategorie, ten aansien van die verlening van toestemming tot die huwelik van die minderjarige. Die verskil in die regsgrond van

die bevoegdheid van die ouers om toestemming te verleen en dié van die voog, verdwyn as gevolg daarvan uit die oog wanneer versuim word om die *Politieke Ordonnansie* en die *Ewige Edik* te raadpleeg. Want die twee wette behoort tot twee verskillende kategorieë; die *Politieke Ordonnansie* tot die familieregtelike kategorie, die *Ewige Edik* tot die vermoënsregtelike kategorie. Die neweskikking van ouers en voog in artikel 25 (1) neem egter geensins weg nie dat ons reg die gesag van die ouers oor hul minderjarige kind nog steeds as 'n unieke familieregtelike bevoegdheid erken en dit beskerm teen inbreuk deur 'n huweliksbevestiger wat hom nie getrou volgens die voorskrifte van die Wet gedra nie en wat 'n duidelike bindende regsvoorskrif as 'n administratiewe aanduiding wat hy kan verontagsaam blief te beskou. Op hierdie punt kan die betoog van die skrywer my nie bevredig nie.

Die behandeling van die vermoënsregtelike aspek van die verhouding van die eggenote sluit 'n kritiese bespreking van die gemeenskap van goed in. Solank die inkomste van 'n groot deel van die bevolking (wat hier by ons vanselfsprekend die Kleurlingbevolkingsgroep behels) uit arbeid voortvloei, sal 'n stelsel van gemeenskap van goed vir die vrou die eenvoudigste en billikste reëling wees. Daarnaas sal meer vermoëndes verkies om vry te wees om hul eie reëling te tref. Dit lei vanself tot 'n dualistiese stelsel, waarteen geen beswaar kan bestaan nie, solank dit in 'n wesenlike behoefte voorsien. Dit is die taak van die reg om hom by die omstandighede aan te pas. Dit is waar dat 'n eenvormige stelsel eenvoudiger is en makliker om te hanteer. Maar dit is nie die belangrikste oorweging nie.

Die aanmoediging wat die skrywer tot die meer vermoëndes rig om daarop te staan en toe te sien dat die inhoud van hul huweliksvoorwaardeskontrakte opgestel word ooreenkomstig hul wesenlike belange, word graag van harte gesteun. Dit skep 'n geleentheid vir die belese notaris om 'n verbeeldingryke en deskundige regsbystand te verleen wat die geld werklik werd is.

By die beoordeling van die reëling van die huweliksvermoënsreg in Engeland moet in gedagte gehou word dat die aard van sy regte op onroerende goed die man nie toegelaat het om dit in 'n gemeenskap met sy vrou in te bring nie, en daarmee is die ontwikkeling van 'n stelsel van gemeenskap van goed van die begin af aan deur die omstandighede onmoontlik gemaak. Die mense was nooit in die geleentheid om vir of teen gemeenskap te kies nie. Hul wil en insig het tot die ontwikkeling nie veel bygedra nie.

Egskeiding word uitvoerig behandel en neem 'n opvallende groot deel van die boek in beslag. Reeds in die inleidende oorsig op bl. 17 gee die skrywer aandag aan hervorming en vernuwing van die egskeidingsreg hier by ons. Omdat egskeiding op grond van verlating voorsien in die behoefte aan egskeiding kragtens onderlinge ooreen-

koms is na sy mening 'n hersiening van die bestaande reg op hierdie punt nie noodsaaklik nie. Die vraag bly egter of die huidige ontwikkeling van egskeiding op grond van verlating nie die aandag van die wetgewer nodig het nie. Uit die feit dat ons reg ouers met 'n ouerlike mag oor hul kinders beklee, vloei vir die regskepper 'n plig voort om toe te sien dat die belange van die kinders in alle gevalle so objektief moontlik veilig gestel word by die goedkeuring deur die hof van die ooreenkoms wat die ouers toegelaat word om aan te gaan ten opsigte van 'n skeiding met betrekking tot die kinders. En kinders wat oud genoeg is om te oordeel behoort 'n stem toegeken te kry by die besprekings. Waar hulle nie oud genoeg is nie, behoort die stem aan 'n derde namens hulle toegeken te word.

Die bespreking van die vraag of skuld as noodsaaklike element van die grond vir egskeiding nie vervang moet word nie deur die feitlike toestand van blywende ontwrigting van die huwelik (bl. 17, 359), hou m.i. met die geval van owerspel nie voldoende rekening nie. By 'n vordering om egskeiding op grond van owerspel van die ander eggenoot, is die eiser vandag by ons geregtig om te slaag mits hy die owerspel bewys. Die voorstelle wat die skrywer aan die hand doen, kan daartoe lei dat in geval die eiser owerspel bewys het die ander eggenoot daarin slaag om die regter te oortuig „that the marriage has not hopelessly broken down”. In dié geval sou die eiser se saak minder sterk staan as vandag in ons reg die geval is. Is die skrywer van mening dat dit aanvaarbaar is?

Die toevoeging van die hand van professor Kahn oor jurisdiksie en konfliktereëls op die gebied van die huweliksreg is 'n boeiende beskrywing van 'n ingewikkelde onderdeel van ons regsgeleerdheid. Die praktisyn veral sal daaruit waardevolle lering kan put.

Die werk as geheel is 'n indrukwekkende getuienis van minuisieuse en omvattende werksaamheid op die gebied van ons huweliksreg. Die opmerkings wat in die loop van hierdie bespreking gemaak is, verander daaraan nie. Dit bly 'n onmisbare gids vir elkeen wat op dié gebied in die praktyk optree. Die derde uitgawe bevestig die goeie naam wat die boek verwerf het en sal seker onverminderde byval bly geniet.

D. PONT  
*Kaapstad*



## L'UTILIZZAZIONE DEGLI ATTI GIURIDICI MEDIANTE "CONVERSIONE" IN DIRITTO ROMANO

By VINCENZO GIUFFRÈ

(*Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Napoli, LXXVII*)  
*Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1965; pp. XXVII, 421*

A theory and doctrine of juristic acts (*atti giuridici*) is entirely absent from the Roman sources, as the Romans judged legal relationships and transactions from case to case and indulged in casuistry more than in abstract definitions or the construction of rules and theories. However, the problems surrounding the notion of juristic act do exist in the Roman sources, as might indeed be expected, and, consequently, it was possible for modern legal science - especially the Pandectists of the 19th century - to develop a system and theory of juristic acts on the basis of the Roman sources of law, including, of course, the problem of invalidity or nullity of juristic acts.

There is hardly an aspect of private law which has received less attention from Roman lawyers than invalidity, and the possibilities and methods of curing such invalidity by making effective an originally invalid act. Modern romanistic theory here, too, filled in the gap and developed a coherent system of invalidity of juristic acts comprising the methods of making good such invalidity or nullity. One of these methods is the "conversion" (*conversione*) of an invalid juristic act into one which complies with the requirements for validity. This conversion even found its way into modern codifications (e. g. art. 1424 CC it., § 140 BGB). There is abundant literature on modern legal practice regarding the conversion of an invalid juristic act into one which is valid. Far less numerous are treatments referring to Roman law of antiquity, apart from brief references mostly contained in textbooks, or in monographs not exhausting the problem. The author of the present monograph for the first time provides a comprehensive review of phenomena characterised by what is known as conversion.

The problems posed by conversion in general are discussed in Ch. 1, but, as could have been expected, neither a *sedes materiae* nor a fixed terminology is to be found (pp. 24-31).

In an effort to set the limits for his field of research, the author draws a line between conversion and other methods of making effective an originally invalid juristic act, especially the so-called "healing" (*convalescenza*) of an invalid act (pp. 54 sq.). "Convalescence" occurred repeatedly and meant that an invalid juristic act became valid automatically where a requirement for the validity of the act was com-

plied with after the formation of the transaction; for example, if the pledged thing was not *in bonis* of the pledgor at the moment of pledging, and the debtor acquired this right to the thing later, the pledge-creditor was granted the real action on the pledge as an *actio utilis* (cf. Afr. D 20.4.9.3; C8.15.5).

On the other hand, the salient point in the phenomenon of conversion is the change of the transaction (*il mutamento del tipo negoziale*), while it is a common feature of all the other cases that the transaction is preserved without a change of its type (p. 58).

Chapters 2 and 3 are devoted to a discussion of the various situations of conversion, Ch. 2 to transactions *mortis causa* (pp. 107-205) and Ch. 3 to transactions *inter vivos* (pp. 207-341).

A complete review of all the situations mentioned by the author cannot be attempted here; suffice it to refer to the most outstanding.

In the law of succession a discussion of the well-known *SC Neronianum* rightly stands in the centre of the author's treatment of transactions *mortis causa*. This *SC* of circ. 54 – 68 made provision for the conversion of an invalid *legatum per vindicationem* into a *legatum per damnationem*. The author deals with this case in great detail (pp. 129 – 168). However, he rejects the view that in this case a conversion takes place by direct operation of law (*conversione legale* or *formale*) as this view would be influenced by present day legal doctrine taking the *legatum* for a juristic act. Instead the author maintains, quoting Ciapessoni in support of his view (St Bonfante III, 651 sq.), that in classical law legacies were not considered as juristic acts; only various *legatorum genera* were known to that period. The *SC Neronianum* merely sanctioned a jurisprudential tendency to overcome the different effects of the various forms of legacies by authorising a “corrective interpretation” in civil procedure (p. 168).

This is proof of the author's tendency to reach unorthodox results which are well worth considering. The same appears from the author's treatment of the cases of the validation of invalid donations.

In Ch. 3 the author studies cases of conversion of acts *inter vivos*, especially the validation of invalid donations between spouses under the well-known *SC* of 206 (the so-called *oratio Severi*). This measure allowed an unrevoked donation between spouses to become valid upon the donor's death if the donor spouse predeceased the donee (Ulp. D. 24.1.32 pr. /2). According to the view generally held by scholars the reader would have expected this situation to be treated as one of convalescence (cf., e.g., Kaser, *Das römische Privatrecht* I (1955), 215). The author, however, rejects this view and maintains that the validation of the *donatio inter virum et uxorem* neither takes place by operation of law nor automatically, but is, in fact, a juris-

prudential creation (pp. 249 – 258). Whether this view is tenable remains open to question. The validation of donations between spouses as covered by the *oratio Severi* is effected by the death of the donor spouse, and consequently seems to be indeed automatic. Besides, it is difficult to see any change of the type of transaction in this case.

In Ch. 4 the author turns to the historical development of the institution.

The book presents a careful and thorough investigation of some of the problems posed in the study of juristic acts. It is a book to be welcomed as a most valuable contribution to romanistic research.

R. DANNENBRING  
*University of South Africa*

## BOEKAANKONDIGINGE

### THE TAXPAYER'S PERMANENT VOLUME ON INCOME TAX IN SOUTH AFRICA

(Second Edition) by David Meyerowitz and Erwin Spiro. The Taxpayer Ltd, Cape Town.

Soos die titel aandui, is die boek 'n permanente volume. Die boek is in vyf afdelings verdeel: afdeling A bevat belastingskale, kortings en belastingtabelle; afdeling B bevat 'n volledige bespreking van die beginsels en bepalinge van die *Inkomstebelastingwet* wat ook toegelig word met praktiese voorbeelde; afdeling C bevat die teks van die *Inkomstebelastingwet*; afdeling D bevat die teks van die Dubbele Belastingooreenkoms, en afdeling E bevat die teks van die provinsiale belastingwetgewing. Benewens die inhoudsopgawes aan die begin van elke afdeling en die gewone indeks, bevat elke artikel of sub-artikel (waar nodig) van die *Inkomstebelastingwet* 'n verwysing na die paragraaf in Afdeling B waar die besondere bepaling bespreek word. Die leser word ook voor in die boek meegedeel hoe hy sy naslaanwerk moet doen. Hierdie boek is dus 'n besonder goeie naslaanwerk vir elkeen wat inligting oor inkomstebelasting of belasting op geskenke verlang.

- A. F. v. N.

## NUWE PUBLIKASIES

Die Redaksie het die volgende nuwe publikasies ontvang. Bespreking volg eventueel later.

Emmett & Barlow *Principles of South African Company Law*, 6th Ed. by Trafford B. Barlow, S.C., B.A., LL.D., and Michael D. Emmett, B.A., LL.B.; Cape Town, Juta & Co. Ltd, 1970. Pp. xxxiii, 377. Price R5.75.

L. H. Hoffmann, M.A., B.C.L., *South African Law of Evidence*, 2nd Ed., Durban, Butterworths, 1970. Price R9.00 (soft cover), R10.75 (hard cover).

George S. Frank, B.A., LL.B., and Garth M. Hardie, B.A., LL.B., *A Practical Guide to the Rents Act* (2nd Ed.), 1970 *Supplement*, Durban, Butterworths, 1970. Pp. viii, 51. Price R3.50 (price of 2nd Ed. together with Supplement R9.25).

Spencer Bower and Turner *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd Ed. by Sir Alexander Kingcome Turner, London, Butterworths, 1969. Pp. lix, 455. Price £7.

*South African Current Law* (concise and self indexing information on all current law), Durban, Butterworths, January 1970 - Annual subscription R16.15.

*What, moreover, would we say of judges who exercise criminal jurisdiction, gentlemen, if they were not sufficiently expert in the law which they have to apply in these grave matters? For it is here not a question of eavesdrip, drainage canals, praedial servitudes, or a trifling share of money, but the reputation, the means, the physical security, physical suffering, the very life of persons are the main matters at stake. The matter does not concern the causes of private persons in which every citizen proceeds in the manner competent to him, but the protection and defence of society itself, the preservation of public peace, the defence of the innocent. Thus I imagine to myself that I see a judge (if I may take the judge as example), presiding over capital cases in court, clothed with all the majesty of justice, representing the people itself (the head and sovereign of the state), indeed the image of the Supreme Being . . .*

*Van der Keessel*

*Praelectiones ad Jus Criminale* xiv (transl. Beinart-Van Warmelo)

# Kroniek

## DIE VERENIGING VAN UNIVERSITEITSDOSENTE IN DIE REGTE THE SOCIETY OF UNIVERSITY TEACHERS OF LAW

*Tweede Agtienmaandelikse Kongres en Algemene Vergadering 1970*

*Kort Verslag*

Die eerste groot agtienmaandelikse kongres van die Vereniging, gehou aan die Natalse Universiteit in Julie 1968, het die sukses van die tweede verseker. Hierdie keer het 55 lede teen die hange van Tafelberg as die gaste van die oudste doserende regs fakulteit, dié van die Universiteit Kaapstad, vergader. Lede (sommige met hul vrouens) het gesellig en gerieflik tuisgegaan in Smuts Hall en werklik goeie etes geniet in Fuller Hall. 26 tot 30 Januarie was vir baie 'n gedenkwaardige week. Die suidoostewind het nie te sterk gewaai nie - net genoeg om lede af en toe lus te maak vir 'n gesellige glasie bier in die droogtegeteisterde Kaapstad.

Dit was werklik 'n plesier om op daardie mooi (indien vir voetgangers vermoeiende!) campus te vergader. In elke opsig is vir kongresgangers en hul kongres goeie voorsiening gemaak. Groot dank kom toe aan die Vise-president („as he then was”), prof. Beinart, en sy kollega, mnr. Leeman, wat die Kaapse reëlins help waarneem het. Spesiale waardering moet uitgespreek word teenoor die Sekretaris, mnr. J. H. van Rooyen, wat vanuit Pretoria met die twyfelagtige bystand van ondergetekende groot inisiatief aan die dag gelê en puik reëlins getref het. Die sukses van die Kongres was in die eerste plek die prestasie van Jannie van Rooyen.

The Congress got off to a splendid start on Monday evening when the Principal and Vice-Chancellor of UCT, Sir Richard Luyt, and Lady Luyt received members and other legal luminaries and their wives in Beattie Building. (There had been a meeting of the Society's Council in the afternoon.) This was followed by the formal opening of Congress, at which Sir Richard welcomed the Society to his University, the President replied, and the Honourable Mr Justice M. M. Corbett, having been introduced to the audience by Prof. B. Beinart, delivered the opening address on “The Legal Profession and Legal Education in the Seventies.”

Judge Corbett referred to the vital link between practising lawyers and their colleagues in the legal profession, the academics. The academics, particularly through their training of those who today constitute the practising profession, and through their writings, had gained increasing influence in the law as practised. Changing social, economic and technical conditions would pose new challenges to the practising profession in the seventies - and to those engaged in the teaching of law and the training of future practitioners. Law schools would have to continue the tradition of teaching legal principle, but they would also have to instruct their students in matters concerning the profession, its history, its organization and its ethics. Those who sought admission to the Bar should perhaps be subjected to some form of "apprenticeship." (It is interesting to note that at least one Bar Council in this country has investigated this aspect of the training of advocates and drawn up a report. - *Ed.*)

A general education for the budding lawyer, Mr Justice Corbett continued, was an excellent thing, but there was also a need for law students to receive some instruction in more specialized topics which are so important in practice, e.g. income tax, accounting and the analysis of accounts, administrative law. Perhaps law faculties, which, like the legal profession as a whole, were somewhat conservative and resistant to reform, were already meeting these needs to some extent. There was, however, another very important aspect of legal training. Teaching should not be confined to formal lectures, nor should the lecturer endeavour to canvass the entire subject in his lectures. A lecture should as a rule be confined to specific, perhaps controversial, topics. More use should be made of roneoed notes in those instances where text-books were wanting. Debate and discussion should be stimulated. Far more written work should be prescribed, because correct, accurate and facile use of language is fundamental to the practice of law.

After some most interesting, humorous and appreciative remarks on the increasing role of women in the legal profession, Judge Corbett finally referred to two other fields in which he foresaw development in the seventies: legal aid and criminology. He was no advocate of the complete welfare state, but some form of legal aid to persons not classifiable as paupers had become a matter of paramount public importance. And in order to cope with problems of criminal conduct, the knowledge and skills of both lawyers and criminologists should be invoked. "Speaking from the point of view of a judge, I believe that statistical and other information concerning the incidence of crime and the effect of certain types of punishment could be of immense value to the Bench. At present there is a complete dearth of any such information and as a result the judiciary works to some extent in the dark." A bureau of

criminology should be established, perhaps most effectively under the wing of a university or group of universities.

The Society was pleased to be able to welcome to its Congress, as at its previous gathering, Prof. R. H. Christie from Salisbury, Head of the Department of Law of the University College of Rhodesia. (Particularly exciting was Prof. Christie's invitation to the Society to hold its next Congress, in 1971, in Salisbury.) Along with his colleagues, Dr H. Silberberg, Mr A. Laing and Mr P. Jaffe, Prof. Christie was elected to Associate Membership of the Society.

Dit was aangenaam om dr. Erwin Spiro, namens die Kaapstadse Balie, en mnr. J. F. Malherbe as verteenwoordiger van die Kaaplandse Prokureursorde, by die Kongres welkom te kan heet.

Soos dit hoort, is behoorlike werk en informele diskussie by hierdie Kongres weer verbind met gesellige samekomste. Sosiale hoogtepunte was die skitterende onthaal aangebied deur mnr. en mev. Douglas Duncan, namens Juta en Kie., in die Klub Kelvin Grove, waar kongresgangers ook weer ander outeurs van Juta's kon ontmoet; en die onvergeetlike uitstappie die Donderdag na Paarl en Stellenbosch: die gasvryheid van Rembrandt-tabakfabriek, die KWV, Distillers se Bergkelder, en die Stadsraad van Stellenbosch, verteenwoordig deur 'n gesiene lid van die Vereniging, burgemeester prof. J. C. de Wet.

Miskien is die belangrikste funksie van die kongresse van die Vereniging die samesyn van regsdosente vanuit die hele land, die nadere kennismaking, die daaglikse, maar veral die nagtelike, gesprekke oor regsvraagstukke. Die volgende relaas van die werkprogram bied dus maar 'n skrale beeld van wat die 1970-Kongres opgelewer het. Gelewerde referate word in ons regstydskrifte gepubliseer.

## Maandagaand

Hierbo gerapporteer

## Dinsdag

Referaat gelewer deur prof. J. D. van der Vyver: „Die juridiese konstruksie van besit (*possessio*).”

Bespreking ingelei deur paneel - prof. W. de Vos, prof. J. C. van der Walt, prof. S. W. J. van der Merwe, mnr. C. G. van der Merwe.

Voorsitter: Prof. W. A. Joubert.

Beskrywingspunt (sonder teenstem aanvaar) van die Fakulteit Regsgeleerdheid, PU vir CHO:

„Hierdie Vereniging versoek die owerheid beleefd om wetsontwerpe betyds aan regsdosente beskikbaar te stel vir kennisname, kommentaar en oorwoë aanbevelings.”

## Woensdag

Referaat gelewer deur prof. Ellison Kahn: „The death penalty in South Africa and, in particular, the advisability of appointing a commission to consider whether it should be retained and, if so, in respect of what crimes.”

Bespreking ingelei deur paneel - adv. K. Schwietering, mnr. J. R. Lund, dr. B. v.D. van Niekerk.

Voorsitter: Prof. R. H. Christie.

*Besluit:* „Dat die tyd ryp is vir die aanstelling van 'n kommissie om grondige ondersoek na die doodstraf in te stel.”

Referaat gelewer deur prof. S. J. Naudé: „Mededinging deur 'n direkteur met sy maatskappy.”

Bespreking ingelei deur paneel - prof. M. L. Benade, prof. D. F. Mostert, adv. N. Wiehahn.

Voorsitter: Prof. J. T. R. Gibson.

Ledevergadering oor probleme i.v.m. die werwing van dosente in die regte.

Inleidende spreker: Prof. M. Wiechers.

Bespreking ingelei deur paneel - prof. W. M. van der Westhuizen, prof. R. verLoren van Themaat, mnr. J. R. L. Milton, mnr. D. Zeffertt.

Voorsitter: Prof. B. Beinart.

## Donderdag

Referaat gelewer deur prof. S. A. Strauss: „Die reg aangaande orgaan- en weefseloorplanting.” Bespreking.

Voorsitter: Prof. J. C. van der Walt.

## Vrydag

Algemene Vergadering

Benoeming van Erelede.

Amptelike sake (o.a. wysiging van Konstitusie, kwessies van regsopleiding - vgl. 1968 THRHR 314-5).

## NUWE RAAD

Die Raad vir die volgende termyn is soos volg saamgestel:

Prof. B. Beinart (President), Kaapstad.

Prof. E. Kahn (Vise-president), Witwatersrand.



- Prof. W. A. Joubert (Uittredende President), Suid-Afrika.  
 Mnr. J. H. van Rooyen (Sekretaris-penningmeester), Suid-Afrika.  
 Mnr. I. Leeman (Assistent-sekretaris), Kaapstad.  
 Prof. R. C. Beuthin, Rhodes.  
 Prof. P. Q. R. Boberg, Witwatersrand  
 Mnr. M. A. Boehmke, Wes-Kaapland.  
 Mnr. F. A. de Villiers, Fort Hare  
 Prof. W. de Vos, Kaapstad.  
 Prof. W. J. Hosten, Suid-Afrika.  
 Prof. A. S. Mathews, Natal.  
 Prof. D. F. Mostert, Pretoria.  
 Prof. S. J. Naudé, Oranje-Vrystaat.  
 Prof. P. D. Oelofsen, Zoeloeland.  
 Mnr. P. C. Smit, Durban.  
 Prof. H. L. Swanepoel, Potchefstroom.  
 Prof. J. C. van der Walt, Randse Afrikaans.  
 Prof. W. M. van der Westhuizen, Stellenbosch.  
 Prof. R. verLoren van Themaat, Noorde.  
 Adv. N. E. Wiehahn, Port Elizabeth.

## ERELEDE

In 1967 het die Vereniging sy eerste Erelid gekies: prof. D. Pont, wat hy by sy jongste Kongres bly was om te kan verwelkom. Hierdie keer kon die Vereniging homself verder vereer deur vier nuwe Erelede te kies: prof. H. R. Hahlo, prof. E. M. Hamman, prof. R. G. McKerron en Sy Edele O. D. Schreiner. Die volgende *laudationes* is by hierdie heuglike geleentheid uitgespreek:

On PROF. H. R. HAHLO, Dr. Iur., LL.D., by *Prof. Ellison Kahn-*

"It is my pleasant task to say a few words by way of *laudatio* of Professor H. R. Hahlo, who has contributed so much to legal education in this country.

"Professor Hahlo, known to his friends as Bobby, was born in New York in 1906, but at an early age went to Germany with his parents. There he received his education, which culminated with the conferment on him of the degree of Dr. Jur. of the University of Halle in 1930. Thereafter Hahlo commenced legal practice. In 1934 he emigrated to South Africa, where he had to start again from scratch. He studied for the degree of LL.B. at the University of the Witwatersrand, Johannesburg, which he completed at the end of 1936 - it was a good degree that he took. At the Graduation Ceremony on 20th March, 1937, he was presented together with other men who made their mark in life subsequently - the present Minister of Justice, three silks and the former Springbok wicketkeeper, E. A. van der Merwe, among others. On the outbreak of the Second World War Hahlo attempted to join the armed forces but was rejected because of defective eyesight. Professor R. G. McKerron, whom we also seek to honour today by nomination as an honorary member of the Society, joined up almost immediately war was declared. Hahlo was then appointed as temporary full-time assistant. In this uncertain and not highly paid post - after all, even senior lecturers were only getting

£650 a year in those days - Hahlo served the University with distinction, conducting almost single-handed the course for the LL.B. degree. Deservedly, he was elevated to the position of senior lecturer in August, 1945. With the expansion of the staff of the Department of Law after the war, Hahlo was appointed to the second Chair of Law in mid-1946. At the end of that year, when McKerron left to enter private practice, Hahlo became Head of the Department of Law and Dean of the Faculty of Law. For twenty-one years he continued to hold these posts. The advance of the Faculty of Law of his university is largely attributable to the great work Hahlo accomplished in this long period. In 1969 he retired from the university on his appointment as Director of the School of Comparative and Foreign Law at McGill University, Montreal, Canada. To indicate its esteem, the University of the Witwatersrand appointed him as Professor of Law Emeritus.

“As a teacher Professor Hahlo is superb, as every one of his former students will testify. He has an uncanny knack of getting at the essentials, of going for the jugular. His lectures he keeps alive with homely illustrations. Into the class he throws his all. And he is brimful of ideas for improvements in legal education. For instance, in the course in Company Law II at the University of the Witwatersrand he introduced the case-book method of instruction, which he conducted with great success. The product of this didactic process was his excellent book *Company Law through the Cases*, which is now in its second edition.

“A third contribution of Hahlo’s to legal education has been his work in organizations, particularly our society, the Board for the Recognition of Examinations in Law (and its predecessor, the Joint Professional Committee) and the Law Revision Committee. It is not his nature to sit mute and be carried along by others. I know the splendid work which he did drafting memoranda, making suggestions for legislation and giving that wise and practical advice which his friends have always so valued.

“A fourth contribution of Hahlo’s has been through his legal writing. One book I have mentioned. Two others he and I wrote jointly - *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution*, published in 1960, and *The South African Legal System and its Background*, published in 1968. Of their merits it is not for me to speak: all I wish to say is that if they have any value this is largely attributable to Hahlo’s contribution. His greatest work is his *South African Law of Husband and Wife*, which is now in its third edition. This is one of the finest treatises ever written on a branch of South African law and there is no need to praise it before this audience. Deservedly, his university conferred on him the degree of LL.D. in 1963 on the presentation by him of his book in its second edition. This was the first occasion on which such a degree had been conferred at the University except in an honorary form.

“Hahlo writes beautifully, with punch, vividly, succinctly, lucidly.

“Finally, Professor Hahlo’s contribution has lain in his editorship of periodical works. He was the begetter of the *Annual Survey of South African Law*, which first saw the light of day in 1947. Initially, he was joint editor with Professor McKerron. From 1954 to 1967 he sat alone in the editorial chair. From 1950 to 1968 he was joint editor of the *South African Law Journal*. I suggest that the standard attained by these two periodicals is one of which we need not be ashamed.

It has been my great privilege to have been intimately associated with Bobby Hahlo since 1948 when I joined the staff of the University of the Witwaters-

rand as a senior lecturer in law. What a wonderful experience it has been to be so closely associated with one whose mind is like a whetted knife, who is so cultivated a person, whose legal instincts are so sure and who is so wise."

Op PROF. E. M. HAMMAN, B.A., LL.D., deur *prof. D. F. Mostert* -

„EDUARD MUNTINGH HAMMAN is op 1 Desember 1912 te Lichtenburg, Wes-Transvaal, gebore. Hy het die B.A. (regte)-graad in 1932 en die LL.B. met lof in 1934 verwerf, beide aan die Universiteit van Pretoria. Hierna het E. M. Hamman vir verdere studie na die Universiteit van Leiden vertrek waar hy aan die begin van 1938 die LL.D. met lof behaal het. Sy proefskrif, „Die risiko by die koopkontrak in die Suid-Afrikaanse reg,” het hy voorberei onder leiding van prof. dr. Meijers. Hierdie werk was ’n belangrike bydrae tot die kennis van die koopkontrak en, uitmuntend in sy tyd, word dit vandag nog deur skrywers as gesaghebbend aanvaar.

„Dr. Hamman het op 8 Junie 1938 diens aanvaar as senior lektor in en hoof van die Departement Handels- en Bedryfsreg aan die Universiteit van Pretoria. Hy is op 1 Januarie 1945 bevorder tot professor. Vanaf 10 Oktober 1951 tot einde 1959 het hy opgetree as Dekaan van die Fakulteit Handel en Publieke Administrasie (tans bekend as die Fakulteit Ekonomiese en Staatswetenskappe). Begin 1960 het prof. Hamman prof. D. Pont as Dekaan van die Fakulteit Regsgeleerdheid opgevolg. Einde Julie 1964 is hy aangestel as Hoof van die Akademiese Administrasie en Registrateur aan die Universiteit van Pretoria. Prof. dr. Hamman is deur die Raad van die Universiteit van Pretoria aangestel as Rektor van hierdie Universiteit met ingang 1 Julie 1970.

„Prof. Hamman het in verskeie Universiteitskomitees gedien, hy is lid van die Suid-Afrikaanse Akademie vir Wetenskap en Kuns en het vir twee termyne as raadslid gedien tot sy bedanking in 1964 weens drukke werksaamhede. Prof. Hamman het vir ’n geruime tyd en tot 31 Julie 1964 as verteenwoordiger van die Universiteit van Pretoria gedien in die Raad vir die Erkenning van Regseksamens. Hy het ook in ’n aantal regeringskommissies gedien.

„Eduard Muntingh Hamman het hom as vakkundige onderskei. Hierbenewens het sy organisatoriese talent en nougesette pligsvervulling meegebring dat sy dienste binne sowel as buite die Universiteit gedurig in aanvraag was en is. Die deeglikheid waarmee hy sy werk doen, sy nederigheid, sy kennis en sy onpartydige optrede het ’n onuitwisbare indruk op sy studente gelaat. Verskeie van sy oudstudeante het hul later onderskei en hulle word in alle vertakkinge van die regsprofessie aangetref. Die regbank het ook uit hul geleedere getrek. „Vanweë die bydrae in die uitbouing van die Regsfakulteit aan die Universiteit van Pretoria, sy dienste aan sy Universiteit in die besonder en die gemeenskap as geheel word hierdie eer wat hom aangedoen is, hoog waardeer deur sy oudstudeante as ’n geregverdigde blyk van die agting wat sy kollegas van alle universiteite vir hom het.

„Waar die loopbaan van prof. dr. E. M. Hamman nog voortduur is die huldeblyk soveel meer te waardeer. Die akademiese juris in die persoon van prof. Hamman het getoon dat hy op gebiede anders as sy vakgebied ’n besondere bydrae kan lewer.

„Meneer die President, ek wil u en u Raad en hierdie vergadering as oudstudent en latere kollega van prof. dr. E. M. Hamman nogmaals bedank vir die erkenning wat u hom deur u besluit gegee het: ’n huldeblyk wat na my oordeel verdien en geregverdig is.”

On PROF. R. G. McKERRON, Q.C., D.C.L., by *Prof. Ellison Kahn* -

"It is my privilege and pleasure to deliver the *laudatio* of Professor R. G. McKerron.

"Robin McKerron's services to legal education in this country go back to 1926, when he was appointed the first full-time Professor of Law at the University of the Witwatersrand at the very early age of 26, the youngest professor my university has ever appointed other than Jan Hofmeyr. McKerron came with a brilliant academic record - an M.A. from the University of Aberdeen in classics and a B.A., B.C.L. from the University of Oxford, where he was awarded the Vinerian Scholarship, the apogee of academic distinction in legal studies. Until 1939 Robin McKerron was Head of the Department and Dean of the Faculty of Law. On the outbreak of war he joined the armed forces. For several years he endured the rigours and mental trials of a prisoner-of-war camp. On his release he went back to his position at the University of the Witwatersrand. But it was not to be for long, for he soon felt he had to answer the call to practise. At the end of 1946 he joined the Johannesburg Bar, where he remained for a number of years. Then he went back to academic life as Professor of Law at Rhodes University. A little later he took silk. The somewhat itinerant course of McKerron's life continued for a while, as at the end of 1958 he took up an academic post at the University of Aberdeen. Like Odysseus after long wanderings Robin McKerron had returned to his native land - indeed to his native city. But after some years he decided to go back to Rhodes as Professor of Law. And there he remained until the end of last year, when he retired on reaching the age limit.

"As a law teacher Robin McKerron was caviar to the general, but as all worthwhile law students are not of the general he was caviar to all who mattered. "His contribution to legal education in this country has also lain in his publications, principally on the law of delict - though there are also noteworthy contributions in other branches of the law, particularly the law of contract; and in his joint editorship of the *Annual Survey of South African Law* and the *South African Law Journal* for a number of years.

"Professor McKerron's fame rest mainly and securely on his *Law of Delict*, the principal work for which he obtained the degree of D.C.L. at Oxford some thirty years ago. This work is now in its sixth edition and McKerron is working hard on the seventh. Of recent years there have been some who have questioned McKerron's views on certain aspects of this contentious branch of the law - especially on the duty of care in the Aquilian action and *animus injuriandi* in the law of defamation - but it is noteworthy how much even these critics rely on his work for the bulk of the law in their lecture courses or books.

"McKerron's approach to his work is that of a superb craftsman who is satisfied only with perfection. It is said of Robert Louis Stevenson that he wrote everything at least nine times before he approved it for publication. His fellow Scot whom we seek to honour today I think outdoes him. I am told that Robin McKerron can spend an afternoon teasing a sentence until he believes it expresses what he means to say exactly and with clarity.

"Robin McKerron's works are a joy to read. His style is lapidary, his arguments well put and carefully reasoned. We legal academics can take pride in the thought that a man like Robin McKerron is one of us."

On THE HONOURABLE O. D. SCHREINER, M.C., LL.D.,  
by *Prof. Ellison Kahn* -

"In the third volume of his reminiscences published in his ninety-eighth year, Bertrand Russell tells the story of how in some foreign land a woman, unknown to him, ran up to him, touched him and said 'And I saw Shelley plain.' Russell, most modest of men, says how he regarded this as one of his most touching moments.

"Well, I have sometimes thought of this when I have spoken to Mr Justice Oliver Denys Schreiner. I did more than once 'see Shelley plain' and he did stop and speak to me! Indeed, I have had the pleasure of speaking to him often and have even had the privilege of being asked to read and comment on a draft of one of his extra-judicial works.

"Great families in this country have the fine habit of throwing forth great men and women. Oliver Schreiner descends on his paternal side from W. P. Schreiner, Prime Minister of the Cape Colony before the Anglo-Boer War. His aunt was Olive Schreiner, famed authoress of *The Story of an African Farm*. On his maternal side Schreiner was of the Reitz family, his mother being a sister of F. W. Reitz, Chief Justice and future President of the Orange Free State.

"At SACS Oliver Schreiner had a most distinguished scholastic career. He won the Jamison (not Jameson!) Scholarship, Jan Hofmeyr being the honorary holder of it. Alan Paton in his biography of Hofmeyr says that Schreiner could have had the Rhodes Scholarship for the asking, the scholarship that Hofmeyr had been granted in 1909. But he did not obtain it. The reason is simple. No Schreiner would take money from the estate of a man who had been involved in the Jameson Raid. This is the stuff of which Schreiners are made. At Cambridge Schreiner swept the boards of scholastic honours. His studies were interrupted by service in the Great War, where he saw active service in France and in Mesopotamia and won the Military Cross.

"After reading in chambers in London, Schreiner joined the Johannesburg Bar at the mature age of 30. He built up a large practice. In 1935 he took silk, and two years later was elevated to the Transvaal Bench. As soon as his first judgments were published, lawyers saw that here was an exceptional man. After eight years of outstanding service as a puisne judge Mr. Justice Schreiner was appointed to the Appellate Division. There he stayed from 1945 until his retirement on reaching the age limit at the end of 1960.

"Mr Justice Schreiner's twenty-three years as a judge were productive of a large number of magnificent judgments. He had the larger vision. He probed legal concepts, principles and institutions and rules to their very foundations, exposing the superstructure and making the construction of the entire edifice plain to all. If I may use the words of Mr. Justice Oliver Wendell Holmes, he pronounced law in the grand manner. Naturally, not everything he said has met with universal approbation. But, taken all in all, has any man contributed more to the understanding and development of our law? If he is not the greatest judge we have ever had, I for one can think of no greater.

"Mr Justice Schreiner is a person of great charm and modesty. There is one particular thing I should like to say of him as a man. It can be put very simply: his triumphs he waved aside like a gentleman; his disappointments and tragedies he bore like a man.

"We seek to honour Mr Justice Schreiner primarily for his contribution to

legal education. After setting up practice in Johannesburg, he joined Colin Murray of the local Side-bar as the first of the many part-time lecturers from the Johannesburg Bar who have given such valuable service to the Faculty of Law of the University of the Witwatersrand. In those days he lectured in the Tin Temple, that warren of corrugated iron buildings next to Park Station in which the University was then housed. For many years he continued as a part-time lecturer and he has served as a member of the Board of the Faculty of Law from 1922. Since 1938 he has been a member of the Council of the University of the Witwatersrand. On the retirement of Mr Justice Feetham from the position in 1961 he was appointed Chancellor of that university. Mr. Justice Schreiner's contribution to the development of legal studies at my university has been considerable.

"In electing the Hon. O. D. Schreiner as an honorary member we have sought to show our deep regard for one who has contributed much to legal studies, who has been a great judge and who is a man of nobility of spirit."

Pretoria  
Februarie 1970

W. A. JOUBERT  
*Uittredende President*

### BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die Redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworthprys vir die beste eerstelingbydrae van 1969 toegeken is aan  
prof. dr. D. J. JOUBERT.

Die Prys - regsboeke ter waarde van R60 - word deur die uitgewers van die Tydskrif beskikbaar gestel vir die outeur wat in die loop van 'n bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die Tydskrif aan die Redakteur stuur.

Die artikel moet die eersteling wees wat die skrywer aanbied vir publikasie in 'n regswetenskaplike tydskrif. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die beoordeling geskied aan die einde van elke kalenderjaar deur die Redaksiekomitee. Publikasie van 'n bydrae in die Tydskrif skep op sigself geen aanspraak op die Prys nie; die Redaksiekomitee behou hom die reg voor om die Prys nie toe te ken indien die artikels wat ontvang is toekenning na sy mening nie regverdig nie. Bydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word met die oog op 'n toekenning.

# Die Einde van 'n Era

## 'n Woord van Dank aan Daniel Pont

Op 30 Januarie 1970, tydens die jaarvergadering van die *Tydskrif*, wat, soos gebruikelik, aan die gasvrye Universiteit Kaapstad gehou is, het professor Daan Pont aangekondig dat hy besluit het om uit te tree as Sekretaris van die *Vereniging Hugo de Groot*. Dit was in sy 75ste jaar, enkele maande voordat die *Huldigingsbundel Daniel Pont*, waartoe oudstudeer, kollegas en vriende bygedra het, deur sy ou Fakulteit aan die Universiteit van Pretoria by 'n feestelike geleentheid aan hom aangebied is.

Waarskynlik weet betreklik min lesers van hierdie blad wat die verband is tussen die *Vereniging* en die *THRHR*, of tussen die sekretarisskap van die *Vereniging* wat professor Pont jarelank behartig het en die *Tydskrif*. In hierdie stadium hoef alleen daaraan herinner te word dat die *Vereniging* „eienaar” is van die *Tydskrif* en dat die uitstekende verhouding met die uitgewer, wie se naam tereg duidelik op ons omslag verskyn, allereers aan die inisiatief van die afgetrede Sekretaris te danke is.

By die genoemde vergadering te Kaapstad het hoofregter dr. L. C. Steyn, Voorsitter van die *Vereniging*, geesdriftig en uitvoerig hulde gebring aan die rol wat professor Pont vervul het in die totstandkoming en instandhouding van die *THRHR*. (Die rol wat dr. Steyn self in daardie eerste jare se manskap gespeel het, het by die geleentheid uiteraard nie ter sprake gekom nie.)

Dit is ook nie nou die geleentheid om selfs in die *Tydskrif* uit te wy oor die rol van prof. dr. D. Pont nie. In die eerste jaargang verskyn sy naam heel beskeie as „Sekretaris” van die Redaksie. Dit was in 1937. Almal wat die werking van die *Tydskrif* ken, weet dat hy toe reeds in praktyk redakteur was - 'n amp wat hy onder dieselfde beskeie benaming tot 1960 beklee het. Die meerderheid van redaksielede was in die beginjare kollegas uit Nederland. Mettertyd het prof. Pont die *Tydskrif*, tereg, al meer Suid-Afrikaans gemaak, veral toe opkomende Afrikaanse regs fakulteite hul kragte beskikbaar gestel het. Onder sy leiding het die *Tydskrif* gebly wat sy naam aandui - 'n kampvegter vir die beginsels van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika - en tog ook een van die verteenwoordigende tydskrifte van hedendaagse Suid-Afrikaanse reg geword.

Ondergetekende het in 1960 die eer ervaar om op voorstel van prof. Pont gevra te word om die redakteurskap van die *Tydskrif* op hom te neem. Die werk was vir my - soos ongetwyfeld vir my gesiene voorganger - dikwels veeleisend, maar nooit onbelonend of te vervelend nie.

Dit sy die huidige Redakteur gegun om hiermee 'n woord van waardering uit te spreek teenoor professor Pont vir die grondslag wat hy gelê het vir wat sonder sy toedoen nie so 'n bloeiende Suid-Afrikaanse regstydskrif sou geword het nie.

WILLEM JOUBERT

# The Death Penalty in South Africa

Ellison Kahn

*University of the Witwatersrand\**

Permit me to start with a confession - or is it an admission? I have been on my journey to Damascus. Like Sir Ernest Gowers, to whom I take the liberty of comparing myself in this regard, before I put my mind deliberately to the question of the death sentence, and read deeply on the subject, I was vaguely in favour of it for at least certain atrocious crimes, such as murder without extenuating circumstances and treason, and I regarded the position in war time or revolt or rebellion as exceptional; but I was clear in my mind that I could not accept it for rape. Sir Ernest, Chairman of the celebrated Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953 in England,<sup>1</sup> which was not called upon to consider the abolition of capital punishment but only its limitation or modification, subsequently published *A Life for a Life?*<sup>2</sup> in which he showed how he was converted to an abolitionist. His is a reasoned argument, giving full weight to the cause of the retentionists and innocent of histrionics or hyperbole. May I tread his way.

This, then, is my stand. I am opposed to the death sentence in peace time. War time and time of revolution and revolt I leave out of account. Social scientists, the vast majority of whom who have written on the subject are abolitionists, confine themselves to normal circumstances. Even Cesare Beccaria, the great Italian criminologist of the eighteenth century, allowed for capital punishment in exceptional conditions such as war or revolution. I am prepared to concede that evil may have to be done to meet a greater evil;<sup>3</sup> that the plea of deterrence is a valid one for death for desertion in the face of the enemy; that genocide and war crimes of that magnitude should be punished by execution.

“Claw the facts,” said Lord Hewart, the Lord Chief Justice of England, some thirty years ago, in one of the few memorable sentences that fell from his lips. I shall try to follow his injunction.

---

\*Address to the Society of University Teachers of Law at its Conference at the University of Cape Town on Wednesday, 28th January, 1970.

<sup>1</sup>Report in Cmd 8932 (1953).

<sup>2</sup>London 1956.



First, then, as to when the death sentence can be imposed in this country.<sup>4</sup> (I am not having regard to military offences.) The Roman-Dutch authorities were not entirely clear on the position, and in any event account had to be taken by the courts in the early years, before legislation settled the matter, of changes in the law of punishment by South African custom and divergences in the nature of crimes, especially the crime of murder, largely through the influence of English law. In the days of the Dutch East Company capital punishment was available for numerous offences. Normally it was by decapitation or hanging, but it could be by slow strangulation, burning alive, impaling or some other horrifying method. Accessory torture was common - mutilation, such as lopping off limbs, breaking alive on the wheel, disembowelling - and was not confined to slaves. A resolution of the Raad van Politie of 5th February, 1782, prescribed special payments for the executioner (with remuneration at half rates for his assistant); for instance, 8 rixdalers for decapitation or hanging, 12 for breaking limbs, 6 for strangling, 2 for scorching, 6 for quartering and hanging up the pieces and 4 for chopping off the hand.<sup>5</sup> Shortly after the First British Occupation of 1795, General Craig, having endured the sight of such additional punishment, remonstrated with the reinstated Raad van Justitie, urging that the supreme penalty - by hanging or beheading - was enough, as in England, which was then enlightened on this score, though it had two hundred capital crimes, including theft of five shillings and consorting with gypsies, and tolerated the hanging of children at the age of 9. As so often has happened elsewhere in the world,<sup>6</sup> the Bench took a Panglossian view of the situation. It was not wise to change the system of grading the severity of capital punishment according to the atrocity of the crime.<sup>7</sup> And this in the face of the Raad's earlier observation that, despite heavy punishments, "crime is rapidly assuming large dimensions."<sup>8</sup> This unmitigated retributive approach, however, soon ended, for the Royal Instructions to the Earl of Macartney of 30th December, 1796, abolished all forms of legal torture.<sup>9</sup>

<sup>3</sup>Cf. W. J. H. Sprott in L. Blom-Cooper (ed.) *The Hanging Question* (1969) 21.

<sup>4</sup>I dealt with the position up to 1960 in my article "Crime and Punishment 1910-1960," 1960, *Acta Juridica* 191, 198-206, and shall repeat only a few of the references I gave there.

<sup>5</sup>On the foregoing see Victor de Kock *Those in Bondage* (1950) chs 8 and 9, esp. pp 157ff.

<sup>6</sup>See Gerald Gardiner QC (now Lord Gardiner LC) *Capital Punishment as a Deterrent: And the Alternative* (1956); Gerald Gardiner and N. Curtis-Raleigh "The Judicial Attitude to Penal Reform" (1949) 65 LQR 196; Arthur Koestler *Reflections on Hanging* (1956) *passim*.

<sup>7</sup>See De Kock *op. cit.* 157-60.

<sup>8</sup>See (1897) 14 CLJ 122.

<sup>9</sup>M. Theal *Records of the Cape Colony* II 6.

Sir John Barrow, Secretary to the Earl of Macartney and Auditor-General of Public Accounts, wrote in his *Travels* of the episode in words from which we can still draw a moral:<sup>10</sup>

“ . . . the Court of Justice urged the necessity of their continuance, as proper engines of terror for preventing the commission of capital crimes, which, they thought, simple strangling with a cord would be insufficient to effect. Contrary, however, to the opinion of the Court of Justice, there have been fewer executions since the abolition of the rack and torture, than had taken place in an equal period for many years before: so much so, indeed, that one of the public executioners made an application for a pension in lieu of the emoluments he used to receive for the breaking of legs and arms. The fate of the other hangman was singular enough: on hearing that the abolition of the rack and torture was likely to take place, he waited upon the chief magistrate to know from him whether it was the fashion among the English to break on the wheel. A few days after this he was found hanging in his room. It was thought that the fear of starving, for want of employment, on account of having held such an odious office, had operated so powerfully on his mind as to have led him to the perpetration of self-murder.”

The exposure to the elements and the birds of the air of the corpses often contorted by torture or quarters of those executed on stakes or gibbets was the subject of accounts by several distressed travellers. Andrew Sparrman, the Swedish physician, seeing the gallows near Paarl on a visit in 1772 - “the largest I ever saw . . . indeed of itself a sufficiently wide door to eternity” - remarked on the scene of seven executed criminals hanging in chains: “*Heus Viator!* Here we stopped a little to contemplate the uncertainty of human life.”<sup>11</sup> In the nineteenth century such exposure no longer took place, but public hangings remained until 1869,<sup>12</sup> a year after they were abolished in England. There were two places of execution. The one was opposite to the Castle. At the end of the eighteenth century Barrow observed that there was permanently stationed there “a large gallows flanked by wheels and engines of death,” and commented that while most European countries had public executions “as warnings against the commission of crimes, the constant exposure of the instruments of death can have little share in producing this effect,” for the human mind becomes reconciled to objects “that, for a time, might create disgust and dismay.”<sup>13</sup> This execution ground was abandoned at the beginning of the

<sup>10</sup>*An Account of Travels into the Interior of Southern Africa, in the Years 1797 and 1798* (London 1801) 44-5.

<sup>11</sup>Andrew Sparrman *A Voyage to the Cape of Good Hope . . . From the Year 1772 to 1776 I* (London 1785) 52. See also John Barrow *An Account of Travels into the Interior of Southern Africa II* (London 1804) 41.

<sup>12</sup>Act 3 of 1869 (C), in terms of which the Governor could order sentence of death to be carried out within the walls of a suitable gaol. I may mention in passing that in France there was a public execution as late as 1939 - the guillotining of the multi-murderer Weidemann. The authorities then put a stop to the practice, stating that the Press had stirred up the sadistic instincts of the populace.

<sup>13</sup>*Op. cit.* 45.

nineteenth century to make way for a grain magazine. The other place was on a hillock at Green Point, which became known as Gallow's Hill. It remained to the end. Gallowshill Road, not many miles from where I am speaking, enshrines its memory. Well into the last century executions drew large crowds. The Orange Free State managed matters in a more civilized way. While there, too, from the start, hangings were in public in accordance with the temper of the times - "alle teregtstellingen zullen in het openbaar gehouden werden."<sup>14</sup> - those attending were enjoined to uncover their heads and behave in a decorous and becoming manner;<sup>15</sup> and, paradoxically in the light of the then world belief that the widest publicity was necessary in view of the low level of literacy so to allow of the greatest deterrent effect, efforts were made by the Government to keep the place of hanging secret, though success did not always attend them.<sup>16</sup> Decorum also attended the first hanging of a White man in the Transvaal in 1853 of which Stuart wrote.<sup>17</sup> The Volksraad sentenced the accused to death for murdering his nephew. No one being prepared to act as hangman, the Veldcornetten selected three of their number by lot to carry out their duty. The execution took place in public, amid prayers, the condemned man looking on the executioners as his friends and going with calmness and fortitude "de eewigheid in."

There are records in the Cape<sup>18</sup> as late as the 1830's of capital punishment being imposed on and executed upon accused A for assault with intent to murder and robbery; on accused B for sodomy; on accused C for housebreaking, theft, killing cattle and assault; on accused D and E for theft aggravated by previous convictions; on accused E and F (a woman) for arson; on accused G for housebreaking with intent to steal, theft and assault with intent to murder. There were also several death sentences for rape. The only precedent thereafter for the imposition of the ultimate penalty for a crime in peace time other than murder, rape or treason until the recent statutory changes was the sentencing by Kotzé CJ in the Transvaal in 1891 of two White highwaymen to death for robbery and assault of policemen with intent to murder, a sentence that was claimed to "startle the whole of South Africa."<sup>19</sup> In 1897 the Cape Law Journal stated that "death

<sup>14</sup>Volksraadbesluit 15th April 1854 cited by H. J. Venter *Die Geskiedenis van die Suid-Afrikaanse Gevangenisstelsel 1652-1958* (1959) 84.

<sup>15</sup>*Ibid.*

<sup>16</sup>In 1883 two hundred inquisitive spectators attended the "secret" hanging of two Bantu for the murder of a Bantu. See Venter *op. cit.* 85.

<sup>17</sup>J. Stuart *De Hollandsche Afrikanen en hunne republiek in Zuid-Afrika* (Amsterdam 1854) 265-6.

<sup>18</sup>See (1897) 14 CLJ 122.

<sup>19</sup>See (1891) 8 CLJ 232-5. The sentence was commuted.

sentences are now passed only in cases of murder,"<sup>20</sup> though the writer, if he was referring to southern Africa as a whole, must have overlooked the punishment imposed on certain members of the Reform Committee in 1896 for treason,<sup>21</sup> which was commuted. In 1909 it was said in the *South African Law Journal*<sup>22</sup> that capital punishment for rape "is so rare as to be practically negligible." For this crime the death sentence was never regarded as compulsory, except in Natal between 1887 and 1898, when legislation made it so.<sup>23</sup> The result was interesting and instructive: juries were very disinclined to convict and where they did, the sentence was almost always commuted. With treason throughout South Africa capital punishment has always been in the court's discretion.

Whether a sentence of hanging was mandatory for murder was a matter of dispute. The *Criminal Procedure and Evidence Act* of 1917 made it so unless the offender was a woman convicted of the murder of her newly-born child or was under 16 years of age<sup>24</sup> (raised to 18 in 1958). The prerogative of mercy was used to mitigate the rigour of this rule. In the period 1923 to 1934, for instance, of the 868 persons sentenced to death, the vast majority of whom had been found guilty of murder, 663, that is, 76 per cent, were reprieved. (This figure of 663 included four out of the five White females, all six of the Coloured females, and 57 of the 61 Bantu females. The commutation rate for women was thus 93 per cent.)<sup>25</sup> But the position was most unsatisfactory. George Morice, who had been a judge in the Transvaal Republic, reflected on the distressing farce that the "medieval barbarity of the black cap" had so often become,<sup>26</sup> which General Smuts considered made an unfortunate public impression;<sup>27</sup> a great burden was said to be cast upon prosecutors, attorneys-general, Government law advisers, judges, the executive and others who had to report on or consider each capital case<sup>28</sup> - though one wonders whether a greater burden is not shouldered today, for in the pre-1935 era, in the opinion of the Lansdown

<sup>20</sup>(1897) 14 CLJ 123. According to a note in (1891) 8 CLJ 232, the last sentence for death in the Cape other than for murder was for rape "rather more than 20 years ago."

<sup>21</sup>*The State v Phillips, Rhodes and others* (1896) 3 Off. Rep. 216 (*Staat v Phillips, Rhodes en andere* (1896) 3 Off. Rep. 301).

<sup>22</sup>"C.J.I." [Ingram?] (1909) 26 SALJ 45.

<sup>23</sup>Law 27 of 1887 (N), s. 1 (compulsory); Act 22 of 1898 (N), s. 2 (discretionary).

<sup>24</sup>Act 31 of 1917 s. 338, subsequently *Criminal Procedure Act* 56 of 1955 s. 329; *Criminal Law Amendment Act* 16 of 1959 s. 25.

<sup>25</sup>The foregoing figures were calculated from Appendix N (p. 170) to the Report of the Penal and Prison Reform Commission (under the chairmanship of Mr Justice C. W. J. Lansdown) UG No 47 of 1947.

<sup>26</sup>(1920) 37 SALJ 134.

<sup>27</sup>*House of Assembly Debates* vol. 24 cols 1718 ff. (18th February 1935).

<sup>28</sup>Smuts *loc. cit.*; UG No 47 of 1947 §§ 471-3.

Commission, some 60 per cent of the death sentences would obviously lead to the extension of clemency in accordance with precedents<sup>29</sup> and there were far fewer death sentences; and finally, where mitigating factors were present, it must frequently have happened at a time when the jury system was in full swing that a verdict of culpable homicide was returned to avoid the inevitable and horrifying sentence following a finding of murder. The wise decision was made in 1935<sup>30</sup> to allow the court to return a finding of extenuating circumstances which, if accepted by the presiding judge (provided he used a judicial discretion, he need not do so), could lead to the imposition of a sentence other than death. Data are unfortunately not available for the number of murder cases in which extenuating circumstances were found after 1946 (from 1935 to 1946 they were found in 66 per cent of the cases)<sup>31</sup> or where the judge refused to accept the finding or where a hanging has followed on this.<sup>32</sup> One can confidently say that the last two happenings must be rare. Mr Justice Lansdown could think of no instance of a judicial refusal up to 1952.<sup>33</sup> There have been some instances since then. One thinks particularly of the cases of *Von Zell*<sup>34</sup> and *Roberts*,<sup>35</sup> in each of which executive clemency was denied, and *Bradbury*,<sup>36</sup> where it was granted.

After 1935 the proportion of reprieves naturally dropped from the level of 76 per cent of those sentenced to death in the period 1923-34. In the period 1935 to 1946 the percentage was only 61. But why has it fallen ever since: 1947-55 : 44; 1955 - mid-1958 : 37; mid-1958 - mid 1966 : 21?<sup>37</sup> Was executive clemency stimulated during World War II? Does the striking drop in the latest period bear any relationship to the creation of new capital crimes then? Has there been a recent change of executive policy? No information of significance to my knowledge has

<sup>29</sup>UG No 47 of 1947 § 471.

<sup>30</sup>*General Law Amendment Act* 46 of 1935 s. 61 (a). There may be a case for the enlargement of the ambit of extenuating circumstances by the legislature.

<sup>31</sup>Calculated from UG 47 of 1947 170. Percentages for the various racial and sex groups: White males - 47; White females - in all five murder convictions extenuating circumstances were found; Coloured males - 47; Coloured females - in all three murder convictions extenuating circumstances were found; Bantu males - 65; Bantu females - 76; Asian males - 53; Asian females - there was no murder conviction. (I have assumed that where extenuating circumstances were found no hanging resulted.)

<sup>32</sup>Minister of Justice (Mr P. C. Pelser MP) *House of Assembly Debates* vol. 25 col. 910 (18th February 1969).

<sup>33</sup>Cmd 8932 § 585.

<sup>34</sup>*R v Von Zell* (2) 1953 (4) SA 552 (A).

<sup>35</sup>*R v Roberts* 1957 (4) SA 265 (A).

<sup>36</sup>*S v Bradbury* 1967 (1) SA 387 (A).

<sup>37</sup>I have calculated these percentages from data published in the Report of the Penal and Prison Reform Commission and in the various Reports of the Commissioner (formerly Director) of Prisons.

been divulged.<sup>38</sup> So far as I am aware there has not even been a disclosure of the procedure adopted to consider the circumstances of each case since the Lansdown Commission reported twenty-three years ago.<sup>39</sup> If there has been any change over the years, the public has not been acquainted with it. There appears to be a good deal about the exercise of the prerogative of mercy that a commission of inquiry could profitably investigate.

Since 1958 the legislature has tagged on to the original list of three capital crimes (all with the death sentence discretionary, unless one says that it is mandatory for murder without extenuating circumstances) eight further crimes, each again with the discretion in the court. In every case the Government's proposal in the legislature was not attacked by the official Opposition. In 1958 came robbery with the infliction or threat of serious bodily harm and housebreaking with possession of a dangerous weapon or assault (or the threat of it).<sup>40</sup> Such robbery or housebreaking with aggravating circumstances, however much it might have led to execution in bygone days, had been treated as non-capital since at least 1840. The reason given for the change in the law was that each of these crimes was increasing rapidly in frequency, and the courts had to have a strong deterrent power.<sup>41</sup> In 1962 was added the very widely defined crime of sabotage.<sup>42</sup> A year later appeared on the Statute Book the new crimes of a resident or former resident (*a*) undergoing training or obtaining information that could further an object of communism, unless he could prove beyond reasonable doubt the absence of such purpose, and (*b*) advocating abroad economic or social change in South Africa by violent means through the aid of a foreign government or institution.<sup>43</sup> Kidnapping and child-stealing were placed on the list in 1965,<sup>44</sup> the reason advanced<sup>45</sup> being

---

<sup>38</sup>The Report of the Commissioner of Prisons 1st July 1963 to 30th June 1966 (RP 71-'67) 12 does say that in no case during this period was a death sentence imposed on a White commuted. Commutations were granted in 16.5 per cent of the death sentences imposed on Non-Whites, who then received life sentences, with indications that prison boards should consider release in four cases after fifteen years, in two after twelve years, in ten after ten years and in four after seven years.

<sup>39</sup>UG 47 of 1947 § 471. See, too, *R v Parry* 1924 AD 401, 408-9.

<sup>40</sup>*Criminal Procedure Amendment Act* 9 of 1958 s. 4; now s. 330 (1) of Act 56 of 1955 as inserted by Act 16 of 1959 s. 25 and subsequently amended. For present definition of aggravating circumstances, see Act 56 of 1955 s. 1 as amended.

<sup>41</sup>Minister of Justice (Mr C. R. Swart MP) *House of Assembly Debates* vol. 96 col. 356 (28th January 1958).

<sup>42</sup>*General Law Amendment Act* 76 of 1962 s. 21.

<sup>43</sup>*General Law Amendment Act* 37 of 1963 s. 5 (adding to s. 11 of the *Suppression of Communism Act* 44 of 1950) amended by s. 15 of Act 80 of 1964.

<sup>44</sup>*Criminal Procedure Amendment Act* 96 of 1965, sec. 10, amending sec. 330 of Act No. 56 of 1955.

<sup>45</sup>Minister of Justice (Mr. B. J. Vorster, MP), *House of Assembly Debates*, vol. 15,

that these were crimes that could attract the ultimate penalty according to Roman-Dutch law, an explanation that might be felt by some to smack of anachronism. Finally came in 1967 the crime of "participation in terroristic activities."<sup>46</sup> No detailed explanation appears to have been given in Parliament for the creation of the four new capital crimes against the security of the State, but ministerial statements show that they are regarded as extremely serious, akin to treason.

We must now ask, while South Africa has been extending the number of capital crimes, what has the rest of the world been doing? The secular swing since the early nineteenth century has been in the direction of abolition. Not unexpectedly, there have been lesser swings in the counter direction from time to time, such as death for political crimes with the rise of fascism and more recently for economic crimes in communist countries. Since the last war the turning of the civilized world away from capital punishment has been striking. Britain has been the most recent illustration. In 1965 the *Murder (Abolition of Death Penalty) Act* abolished the death sentence for murder for an experimental period of five years. In December last the two Houses of Parliament resolved to perpetuate the abolition. The Commons, with the Whips removed, voted 343 for and 185 against. An amendment in the House of Lords that would have defeated an approving resolution was lost by 220 votes to 174. Britain now has hanging only for three crimes - arson in Her Majesty's dockyards, piracy on the high seas and treason. The first two crimes have not attracted this punishment since 1838.<sup>47</sup>

While only thirteen of the fifty United States have put an end to capital punishment by legislation, at present it is in abeyance in the whole country, for its constitutionality has been questioned. Is it not a cruel and unusual punishment, contrary to the Constitution? Is it constitutional for a single jury to decide guilt and punishment simultaneously, thus facing the accused with the awful prospect of proving his own guilt by offering evidence of mitigating circumstances? These are some of the grounds being argued at present. In Western Europe only Spain, France, Greece and Turkey have capital crimes in peace time and only two of these at most are democracies. Canada and South America (with a few minor exceptions, such as Cuba and Haiti) are *de jure* or at

---

col. 7910 (1st June, 1965). He referred to a case being heard in another country. "I do not think there is anybody who feels that it should not be within the discretion of the court to impose the death sentence if the court feels that there are aggravating circumstances." David Welsh in Alan Milner (ed.), *African Penal Systems* (London, 1969), p. 405 refers to threats of underground political organizations.

<sup>46</sup>*Terrorism Act* 83 of 1967 s. 2 (1).

<sup>47</sup>Gowers *op. cit.* 27. (Gardiner *Capital Punishment* 13 gives the date as 1861.)

least *de facto* abolitionist. Turning to Australia, we find that while only Queensland has abolished the death sentence, in other States it is virtually in abeyance. In 1961 New Zealand, after twelve years' experience of the reinstatement of capital punishment, abolished it once more. The death sentence remains in Japan (there were 48 executions from 1961-1965) and in the greater part of Africa, though not in Portuguese territories, Senegal, the Ivory Coast, Dahomey and Gambia.<sup>48</sup> Newly-born States have retained and in some cases are extending the range of capital punishment, a reaction to internal disorder and violence.

Next, I should like to look at the statistics of death sentences in this country. My colleague, Dr Barend van Niekerk, on the basis of data published by the United Nations and South African Government, has calculated that 47 per cent of executions in the world take place in South Africa.<sup>49</sup> While there has been some questioning of the accuracy of this conclusion,<sup>50</sup> no one, to my knowledge, has tried to refute it with facts and figures.

From 1911 (the first full calendar year of Union) to the end of 1968 (the latest available data)<sup>51</sup> 2,323 persons were executed, well over half since 1953, and the vast majority for murder. Of these, as far as I can calculate, some 85 were Whites. From 1911 to 1947 the average number of hangings a year was 21. Since then, apart from 1949 and 1957, the figure has not dropped below 37. The average number for the period 1948 to 1968 was 70, and for the period 1957 to 1968, 93. Of recent years the annual number has often been over 100 - in the statistical period mid-1961 to mid-1962 it was 128; for the year 1968 (the last official information I have) it was 119.<sup>52</sup> The total toll of the hangman for rape since 1911 has been at least 132. Of these, as far as I can ascer-

---

<sup>48</sup>See generally *Capital Punishment* (United Nations Department of Economic and Social Affairs, New York 1962) written by Marc Ancel; *Capital Punishment: Developments 1961 to 1965* (United Nations, New York 1967) written by Norval Morris; Marc Ancel "Capital Punishment in the Second Half of the Twentieth Century" *Review, International Commission of Jurists*, No 2, June 1969, 33.

<sup>49</sup>*Annual Survey of South African Law* 1967 471-2.

<sup>50</sup>Professor J. B. Thom in his article *Terdoodbrenging as Straf - 'n Perspektief* (1968) 4 *Speculum Juris* 3, 6, asks whether the data for the world's executions include the "private" executions - really lynchings - of the "Death Squad" of Brazil (which has no death penalty), that numbered 212 in 1968. Obviously not - but, with all respect, what have these lynchings to do with the matter?

<sup>51</sup>I have used various blue books, particularly the Reports of the Commissioner (formerly Director) of Prisons, and the replies of the Minister of Justice to questions in the Assembly (*Debates* vol. 19 col. 2328 (3rd March 1967); vol. 23 cols. 3209-10 (2nd April 1968); vol. 25 cols. 735-6 (14th February 1969)).

<sup>52</sup>From a cryptic report in *The Star* newspaper of the 9th of this month, it would appear that last year the number dropped to 64, but I must disregard this report for the nonce.



tain, two have been Whites.<sup>53</sup> Two further Whites are under sentence of death for rape at the moment. The Commission into Sexual Assaults on Women in 1913, under the chairmanship of Melius de Villiers, former Chief Justice of the Orange Free State, recommended that the courts be left with the discretionary power to impose capital punishment for this crime.<sup>54</sup> Since then I can find little consideration of the matter in official circles. The Lansdown Penal and Prison Reform Commission, 1947, did not mention it. The then Minister of Justice was reported in 1955 as having said that no reprieve had been granted to any Bantu sentenced during his tenure of office (which had been for over seven years) to death for raping a White woman.<sup>55</sup> I have cited a writer in 1909 who said that capital punishment for rape was virtually non-existent. The data indicate, too, that this was the situation from 1926 to 1942. Since then its application has been revived.<sup>56</sup> This is in marked contrast to the world trend. United Nations publications show that today only in China and Malawi does hanging take place for rape.<sup>57</sup>

There has been only one execution for treason in the history of this country, that of Jopie Fourie in 1914. In the other few cases where the death sentence was imposed for this crime, reprieves were granted. The peculiar political make-up of South Africa has hitherto made it expedient to extend clemency.

Fifty-seven persons up to the end of 1968 had been hanged for robbery or housebreaking with aggravating circumstances, the capital crimes composed of elements of offences on the person and relating to property. The published statistics reveal seven executions for sabotage. No other capital crime save murder has hitherto attracted the death sentence.

In round numbers, about ninety persons are hanged each year for murder, constituting about 90 per cent of all those paying the supreme penalty. The toll of life may not seem great when compared with nigh on 6,000 killed each year on our roads; and with nearly two thousand

---

<sup>53</sup>The one was sentenced to death at Queenstown for raping his 6-year-old daughter. See *The Star* 11th February 1960. The other, I understand, was sentenced by a Transvaal judge a few years ago. He had seized a schoolgirl on her way back from school. He had had two previous convictions for rape, for the second of which (of a Bantu schoolgirl) he had narrowly missed the death sentence, the punishment imposed being twelve years' imprisonment.

<sup>54</sup>UG No 39 of 1913 § 168. And see § 169, where it recommended the extension of this punishment to the Transkei.

<sup>55</sup>*Rand Daily Mail* 16th September 1955.

<sup>56</sup>On some of the factors to be taken into account in deciding on the sentence for rape, see *R v Ramanka*, 1949 (1) SA 417 (AD), and *R v S*, 1958 (3) SA 102 (AD). In both these cases the accused had previously served a prison sentence for an earlier rape conviction.

<sup>57</sup>See the publications cited in note 48.

lives claimed by industrial accidents annually. But, of course, the comparison is not apt. We are considering the deliberate deprivation of life of a sentient being by the State. All of us are part of the State and all, however unwillingly, are participants in this act of deprivation of life.

Possibly our hangings for murder each year amount to 40 per cent of the total executions in the world. This, not to put too fine a point on it, seems high. Yet in a way the figure is rather low. Allow me to explain. Homicide in this country is tragically frequent and from the published data it appears to be becoming ever more frequent. The crude figures of convictions for murder naturally call for careful analysis and interpretation. Not only must allowance be made for increases in population, but one must bear in mind possible contributory factors such as the growing or diminishing efficiency of the police in preventing or detecting crime, the decline and ultimate abolition of trial by jury, the changing common-law concept of murder, judicial attitudes to the presence of extenuating circumstances, the increase in urbanization, the breakdown of tribal restraints, enhanced standards of living. Even then I venture to state that the following data are striking:<sup>58</sup> In 1949 there were 556 convictions of murder: this figure rose to 652 in 1959; to 946 for mid-1963 to mid-1964; to 1,101 for mid-1964 to mid-1965; to 1,456 for mid-1965 to mid-1966; to 1,671<sup>59</sup> for mid-1966 to mid-1967. (Since then the figure has dropped, for mid-1967 to mid-1968, to 1,377.)<sup>60</sup> In the twelve months from mid 1966 to mid-1967, there were more murder convictions than in the twelve-year period from 1935 to 1946, for which the total was 1,507. Within some of the racial groups the figures are equally striking: 13 Whites were convicted of murder in 1949, 30 in 1966-67; 18 Coloureds in 1949, 166 in 1966-67; 323 Bantu in 1949, 1,440 in 1966-67. Making allowance for census figures and population estimates, murder convictions increased some 90 per cent from 1949 to 1966-67. Put bluntly and generally, for every million people there were 45 murder convictions in 1949 and 94 in 1966.

But the numbers of murders suspected by the police and of cases sent for trial are much larger. Take mid-1967 to mid-1968, the latest published figures.<sup>61</sup> Suspected murders totalled 5,825 (excluding 694 cases in which the charge was reduced to culpable homicide), cases sent

---

<sup>58</sup>Some of them are derived from a reply of the Minister of Justice to a question in the Assembly (*Debates* vol. 25 col. 910 (18th February 1969)). Others are culled from Reports of the Commissioner of Prisons and of the Commissioner for South African Police (where the figures do not square, I have taken those of the Commissioner of Police).

<sup>59</sup>According to the Minister, the figures are somewhat different, e.g. the last is 1,653.

<sup>60</sup>Annual Report of the Commissioner of Police for the Period 1st July 1967 to 30th June 1968 (RP No 47 of 1969) 5.

<sup>61</sup>*Ibid.*

for trial 3,799 and persons convicted 1,377. Only in one case out of ten or twelve is a convicted murderer executed. A suspected murder results in a hanging in only two cases out of a hundred. Despite this country's executing for murder each year possibly 40 per cent of the total number executed for all crimes in the whole world, a murderer stands a remote and chancy prospect of paying for his crime with his life.

I fear that our legal system may attract from abroad unfair but nevertheless unwelcome and harmful allegations of racial prejudice in the imposition and carrying into effect of death sentences for murder and rape. Already there are signs of sociologists explaining the statistics in terms of a dominant race's attitude to crimes of members of a subordinate race *inter se* and cross-racially, as did Gunnar Myrdal nearly three decades ago in his classic study, *An American Dilemma*. The thesis is that Whites, controlling the machinery of justice, take a benevolent view of intra-racial crimes of Coloureds and Bantu, because of the fundamentally racialistic view that they are prone to violence and have low levels of morality and self-restraint. In crimes of violence among themselves, Whites should be treated more strictly, for they are expected to maintain higher standards of behaviour and exercise greater control over their aggressive instincts. It is not for me to evaluate this analysis. All I wish to say is that it does not seem to give proper weight to the constant efforts of the judiciary to preserve the sanctity of life and person of Non-Whites from invasion by criminals of their own groups. Does it not make heavy weather of the fact that, in having regard to the accused's moral fault, the court may take account of the disorganized and unstable state of the stratum of society in which he lives?

Similarly, it has often been argued that in cross-racial crimes Non-Whites tend to be found more easily guilty of murder and Whites only of culpable homicide; and that the punishment for Non-Whites is frequently greater than that for Whites for crimes of a similar nature. The incidence of executions is called in aid. Again the data are elusive and the temptation to reach undemonstrable conclusions great. It is sometimes said that no White has ever been hanged for the murder of a Non-White, whereas there are at least six cases on record since Union - three since 1949 - of this happening.<sup>62</sup> While I have not traced a case of a

---

<sup>62</sup>According to David Welsh *op. cit.* 416. In 1960 *Acta Juridica* 205 I gave details of three of these cases. A fourth was that of Carel Christian Stassen, sentenced by a special criminal court in Johannesburg in 1922 for killing Bantu by shooting and hanged in October. See Norman Herd 1922: *The Revolt on the Rand* (Johannesburg 1960) 187-8; R. K. Cope *Comrade Bill* (n.d.) 280. It was the first of the death sentences imposed by the special criminal court appointed in terms of the *Indemnity and Trial of Offenders Act* 6 of 1922 after the "Red Revolt" of 1922. Jacob de Clerq Koekemoer was sentenced to death on 3rd March 1966 in Pretoria for murdering two Bantu and wounding four Whites by shooting them with the intent to kill them (*The Star* 3rd March 1966; *Rand Daily Mail* 4th

White's being hanged for the rape of a Non-White, the courts have not precluded this possibility (recently on instructions of the Attorney-General of the Cape the prosecutor requested the imposition of the capital sentence)<sup>63</sup> and by no means have all the Non-Whites executed for rape committed their crimes upon the persons of Whites.<sup>64</sup> Time and again the Supreme Court has said that the assessment of punishment should not be affected by considerations of race or colour.

---

March 1966). I have no information as to whether he was hanged. H. J. Graham, sentenced to death for the murder of a Bantu woman (*The Star* 6th June 1960) had his sentence commuted in February 1961 to life imprisonment (*The Star* 28th February 1961). Another commutation of the death sentence on a White for murdering a Bantu woman, this time to ten years' imprisonment, was that imposed on Willem Petrus Pienaar (Maritzburg 1955). (See *Sunday Express* 12th June 1960.) Arthur Weir Houston, sentenced to death in 1958 for the murder of a Bantu woman of whose twins he admitted he was the father, had his sentence reduced on appeal to four years' imprisonment (*Sunday Express, ibid.*).

The pre-Union position is obscure. The story is told in the *Sunday Times* of 29th May 1955 of "Hans Dons" - Johannes Hendrik de Lange, hanged in 1861 at Ladysmith for the murder of a Bantu. Twice he had been found guilty of murder by a jury, but the officials had refused to hang him. Private hangmen had to be called in. The inhabitants of the town refused to supply a rope, so a grass rope was used, which broke in the first attempt at execution. After successfully completing their task, the hangmen fled in fear of their lives. A memorial to "Hans Dons" was unveiled on 31st May 1955.

Further on De Lange, the first White to be hanged in Natal for the murder of a Bantu, see R. N. Currey *Letters & Other Writings of a Natal Sheriff: Thomas Phipson* 1815-76 (Cape Town 1968) 82, 83, 231. De Lange was a hero of the early Zulu wars. Phipson, then Sheriff, was accused by Phillips J., who had presided at the trial with ability, of having "feigned sick" rather than attend the execution. But there is some evidence that Phipson never attended executions, which preyed on his mind, but paid a deputy to go in his place.

<sup>63</sup>*S v Swanepoel* CPD 9th June 1966 (see *Rand Daily Mail* 10th June 1966). The victim was a 13-year-old Coloured girl, the criminal a 39-year-old White who dragged her into the veld, where he raped her. The judge said that it was not a case meet for the death sentence, as great force had not been used, nor had the girl been badly injured physically, but the lightest sentence he could impose was twenty years' imprisonment. I have not come across any other prison sentence of this length imposed on a White for raping a Non-White. Reference should also be made to *S v Roux and Spammer* CPD 25th February 1966 (*The Star* 26th February 1966), where the Court was also asked to consider imposing the death sentence (in the event ten years' imprisonment and four strokes were imposed) and *R v Steyn* WLD 28th September 1967 (*Rand Daily Mail* 28th September 1967), where Theron J., in sentencing the accused to twelve years' imprisonment, said that he was induced not to impose the death sentence because the accused was heavily under the influence of liquor at the time he committed the crime.

<sup>64</sup>See, e.g., the cases of *Remanka* and *S*, cited in note 56. Many have been, of course, as is well known. Details are hard to come by. From 1957 to 1959 at least thirteen Non-Whites were executed for the rape of Whites: see replies of Minister of Justice to questions, *House of Assembly Debates* vol. 96 col. 208 (24th January 1958); vol. 99 col. 346 (3rd February 1959); vol. 103 col. 999 (5th February 1960).

It has also been contended that the granting of reprieves is on a racially discriminatory basis. Here are certain data, based on statistics furnished for the period 1923 to 1946 by the Lansdown Commission and for the period 1947 to mid-1964/mid-1965 by the published Reports of the Commissioner (formerly Director) of Prisons.<sup>65</sup> Unfortunately there is no information to be found in these sources of cross-colour and intra-colour crimes. From 1923 to 1946, 19 Whites (one being a female) were hanged and 34 (four being females) had their sentences commuted. The corresponding figures for 1947 to mid-1965 are 46 (two females) and eight. For Coloureds, the figures for the two periods are: 35 and 39 (six females); 165 (one female) and 32 (one female). For Bantu: 351 (five females) and 917 (74 females); 968 (11 females) and 395 (13 females). For Asians: 13 and 11; 11 and 10. In round terms, commutations for Whites in the two periods took place respectively in 64 per cent and 15 per cent of cases; for Coloureds in 50 per cent and 16 per cent of cases; for Bantu in 71 per cent and 29 per cent of cases; for Asians (executions of whom are too few to be significant in this context) in 46 per cent and 48 per cent of cases. Looking at the position from mid-1958, the start of the period of the new capital crimes, to mid-1965, the picture revealed is as follows: 22 Whites were hanged and three had their sentences commuted. For Coloureds the figures were 92 and 20 (one female), for Bantu 527 (four females) and 197 (eight females) and for Asians three and three. Commutations for Whites were in 12 per cent of cases, for Coloureds in 18 per cent, for Bantu in 27 per cent, for Asians in 50 per cent. From the foregoing it does not seem possible to make a finding on the intrusion of the racial factor. From Press reports one gleanes a little further information. On at least two occasions Whites have been reprieved where they murdered Non-Whites.<sup>66</sup> On at least one occasion a Non-White has been reprieved where he had murdered a White.<sup>67</sup>

None the less, critics of this country will claim to make ammunition out of the crude execution statistics, both as to absolute number and racial distribution, which will cause this country international harm. If capital punishment is justifiable perhaps this should not deter us from the right course. Is it justifiable?

It would be best first to consider the question in relation to murder, for this is the crime for which the vast majority of executions take

---

<sup>65</sup>Regrettably, the latest report (RP No 71 of 1967) does not give the information for mid-1965 to mid-1966.

<sup>66</sup>See note 62 above.

<sup>67</sup>The sentence of death imposed on 28th October 1959 on Matie Madikane for the murder of Joyce Dora Smith, a White woman, was commuted to life imprisonment, the matter to be reviewed after twenty years from conviction: *The Star* 28th February 1961.

place and on which there is the most literature in the world - literature little known in South Africa, where interest by the man in the street in the cause of the abolitionist has never been strong and public opinion on capital punishment (as everywhere) is not informed. True, stray voices of the citizen were heard and reasoned statements appeared in the leader columns of newspapers even in the distant past. *The Friend of the Free State* on 18th January, 1861,<sup>68</sup> remarked courageously and sagely: "We are convinced that capital punishment does no good, inasmuch as we believe that the dread of it never deterred a man from committing murder." But there has never been a ferment of public interest in the death sentence for murder or any other crime. On the other hand, there has been heart-searching among members of the Bench, which has not, as so often in days gone by in England, presented a united front against abolition. A condemnatory judicial voice has been heard extra-curially or in retirement from time to time and it is well known in professional circles that there are and have been a number of judges opposed to the death sentence but not openly so. In 1960 Mr Justice Hiemstra of the Transvaal Provincial Division put forward a plea for the ending of capital punishment, which would allow for the administration of the criminal law to be directed to the end principally of restitution and not vengeance.<sup>69</sup> The prisoner, he said, should be compelled to work in gaol to compensate the victim of his crimes, maintain his own dependants, contribute to the State towards his maintenance and build up a reserve fund on his release. Such restitution would have an important rehabilitative effect and satisfy the community's sense of justice. Existing provisions for compensation of victims of crime were, he concluded, for practical purposes, useless. Mr Justice Cloete of the Eastern Cape Division said a few years ago<sup>70</sup> that he advocated abolition because if a person made up his mind to commit a capital crime he would not be deterred by the penalties imposed, and grave errors in the imposition of the death penalty were inevitable. Mr I. A. Maisels QC, formerly of the Rhodesian Bench, and a member of the Court of Appeal of Botswana, Lesotho and Swaziland, supported Mr Justice Cloete and expressed his personal loathing of executions.<sup>71</sup> The late Mr Justice Maritz and Mr Justice Krause were abolitionists.<sup>72</sup> Of the

---

<sup>68</sup>Cited by Venter *op. cit.* 84.

<sup>69</sup>At an address to the Penal Reform League in Pretoria on 9th May 1960. See *Rand Daily Mail* 10th May 1960. It is printed in full under the title "The Forgotten Man" in *Penal Reform News* July 1960 (Newsletter No 52) 7.

<sup>70</sup>*The Star* 15th June 1966.

<sup>71</sup>*Rand Daily Mail* 16th June 1966.

<sup>72</sup>See I. Goodman *Judges I have Known* (1969) 118, who states that Mr Justice Maritz was strongly opposed to the death sentence as it was no deterrent and gave no scope for reformation. " 'One cannot reform a corpse', he once declared."; F. E. T. Krause "Hanging Won't Stop Murder" *The Outspan* 15th June 1956; *Penal Reform News* October 1959 (Newsletter No 49) 14.

fourteen judges out of the seventy-nine who replied to a questionnaire recently submitted by Dr Van Niekerk, four were in favour of complete abolition, one felt that the number of capital crimes should be reduced and two were doubtful on the score of ending hanging.<sup>73</sup> Mr Justice Harcourt of the Natal Bench, however, has been reported in the Press to the effect that the time for abolition is not ripe, and that he was far from convinced that it would promote the moral welfare of society.<sup>74</sup> According to a Press report,<sup>75</sup> Mr Justice Snyman of the Transvaal Provincial Division believes in the retention of execution as it acts as an important deterrent, though he personally dreads pronouncing sentence of death and is always relieved if he can find extenuating circumstances. Two retired judges, the Hon. Leslie Blackwell and the Hon. O. V. Sampson, have also gone on record as retentionists.<sup>76</sup>

There is assuredly much support for the ending of hanging among members of the Bar, though for reasons of professional ethics it is muted and the organizations representing the advocates have kept silent. There is support, I believe, among the academics too.<sup>77</sup>

The now defunct Penal Reform League could never adopt a standpoint because of dissension among its members, though its Director, the Rev. Dr Henri P. Junod, was a fervent opponent of capital punishment. After spending twenty-eight years ministering to the prisons, seeing 2,000 Non-Whites in the death cells and accompanying 800 to the gallows, Dr Junod was convinced that mistakes had been made. He was also satisfied that "death has not for the Bantu people, generally speaking, the awful aspect it has for many of us [i.e. Whites]." Not one of those he had ministered to had been deterred by the fear of execution from committing his crime.<sup>78</sup>

All but one of the members of the Lansdown Commission of 1947 considered that the case of the abolitionist had not been proved.<sup>79</sup> There was "little ground" for belief that there was "a real risk of executing an innocent man."<sup>80</sup> However, whenever there was the slightest possibility of a doubt or mental aberration, the prerogative of mercy should be exercised. The racial, social and economic conditions of

<sup>73</sup>See (1969) 86 SALJ 464.

<sup>74</sup>*The Star* 16th July 1969.

<sup>75</sup>*Sunday Express* 13th November 1966.

<sup>76</sup>See *The Star* 15th June 1966; and *Commercial & Municipal Reporter* 1966 223ff., 259ff.

<sup>77</sup>See Mark Thompson *The Ethics of Capital Punishment* Codicillus X No 1 (May 1969) 4, 5 n. 14.

<sup>78</sup>See (1945) 12 *Race Relations* 100; *Penal Reform News* April 1960 (Newsletter No 51) 9-10.

<sup>79</sup>UG No 47 of 1947 § 476. See generally §§ 449-76.

<sup>80</sup>§ 470.

abolitionist countries were not so different from South Africa's as to make their experience of no value, but few had so heterogeneous a population and none the bulk of 80 per cent of its people still in a state of barbarism. The Commission was not impressed by the argument that hanging had a brutalizing effect on those taking part in or witnessing it. The deterrent effect of the threat of death on the mind of the underdeveloped person it did not profess to know; but it rejected the claim that in the population as a whole it did not act as a deterrent in many instances. Nor was public opinion ready for abolition, though it conceded this argument should not be pushed far, for the social reformer had to give a lead to the public. The majority couched their views in very moderate terms, with a reservation that is significant, namely, that it was able to consider the problem only as one of a vast number of problems and could not presume to offer any view as authoritative. Only a body could do this that had made the question the subject of a separate and full inquiry.<sup>81</sup> No such body has since been appointed in this country. Is it not time that it was?

Mrs (later Dr) Agnes W. Hoernlé, the dissentient commissioner, found the evidence quite conclusive that the death sentence should be abolished.<sup>82</sup> It was based on a principle of simple retribution that had no place in the modern world with its insight into the springs of human conduct. The assumed deterrent effect of the penalty was illusory and had been completely disproved. The number of homicides depends on social conditions. Mistakes in sentencing are possible and are likely to be greater here where there is so often a barrier of language between judge and accused and great differences in social backgrounds and modes of thought. Capital punishment in civil courts in time of peace should be ended. Everywhere it had been proved that the best deterrent was swift detection and sure but not excessive punishment. These Beccarian views and sentiments I commend for reconsideration.

Though most of the arguments pro and con capital punishment have been adumbrated in this synopsis of the Lansdown Commission Report, I should like to look at the position a little more closely and in the light of more recent happenings and analyses. There is no need to dwell on the importance of the subject, albeit that only ninety or so criminals are executed each year from some six thousand homicides. A question of principle and of morality is involved that cannot be shirked. In many countries - England is the latest example, with her handful of deaths on the gallows annually - the debate has taken place when the toll of the hangman has been minimal or non-existent.

I shall perforce be brief. There is so much to say and so little time in which to say it. And so much of it has been said so often before.

---

<sup>81</sup>§ 455.

<sup>82</sup>Pp. 67-8.



The main, if not the only, rational and utilitarian argument in favour of execution for murder is that of general deterrence. It has frequently been mentioned in judicial decisions. Individual (or special) deterrence, with the objective of dissuading the offender from committing a similar crime again by recollection of unpleasant consequences, is discarded: recidivism is impossible *ex hypothesi*. General deterrence, to dissuade potential other malefactors, is aimed at. The argument seems rational: a person not bent on suicide would rather face potential life imprisonment than hanging (though there is empirical evidence that this is not always true of the tribal Bantu or the occasional White - requests for a death sentence are not unknown),<sup>83</sup> would not reject a reprieve and would appeal against a capital sentence if able to do so. Therefore execution has a greater deterrent force than any other form of acceptable punishment.<sup>84</sup> Yet investigation after investigation in country after country has failed to show that an overall deterrent result has followed. Thorsten Sellin, the eminent criminologist, after an exhaustive examination of six groups of contiguous United States with similar socio-economic structures, concluded that the death penalty does not affect the homicide rate, nor does abolition make the life of police officers more dangerous.<sup>85</sup> The British Royal Commission on Capital Punishment in its report in 1953<sup>86</sup> found no clear evidence that abolition had anywhere led to an increase in the homicide rate or reintroduction of hanging to a drop. Norval Morris, a distinguished expert, concluded recently<sup>87</sup> that the universal experience had been that abolition did not appear to alter the incidence of murder - it did not accelerate a trend for it to increase or diminish or move it from a static state. A statistical investigation into the effect of the temporary abolition of capital murder in Britain in 1965 proved inconclusive.<sup>88</sup> In New Zealand the abolition of the death penalty had not resulted in a rise in the murder rate.<sup>89</sup> Nor did many of those nine

<sup>83</sup>See Mark Thompson *op. cit.* 9. Some writers have seriously suggested that such a request should be acceded to, e.g. Sidney Hook (see *The Death Penalty in America* 152). See the answer of Bedau *ibid.* 218-19.

<sup>84</sup>It is an argument frequently used by law enforcement agencies. See, e.g., J. Edgar Hoover and Edward J. Allen in *The Death Penalty in America* 130ff. and 135ff.

<sup>85</sup>*Capital Punishment* (1967) *passim*. Part of the investigation was at the instance of the Royal Commission on Capital Punishment 1949-53. For other studies in the United States, see Hugo Adam Bedau (ed.) *The Death Penalty in America* 2nd ed. (Chicago 1968) ch. 7.

<sup>86</sup>*Op. cit.* § 65.

<sup>87</sup>*Op. cit.* s. 65.

<sup>88</sup>In the United Nations' publication *Capital Punishment: Developments 1961 to 1965* p. 4.

<sup>89</sup>*Murder 1957-1968* by a Home Office Research Unit Report. See (1969) 119 *Law Journal* 1033.

<sup>89</sup>Nigel Walker *Sentencing in a Rational Society* (London 1969) 60-1; *The Star* 14th June 1967.

States of the United States or New Zealand which at one time or other restored the death penalty after abolishing it (New Zealand repealed it again) act under inferences drawn from statistics. In the main restoration was determined by political motives or a reaction of panic to the commission of certain crimes.<sup>90</sup>

These negative results should not occasion surprise. "There is no passion in the mind of man so weak," runs the celebrated saying of Francis Bacon,<sup>91</sup> "but it mates and masters the fear of death." He who commits murder has not often coolly, deliberately and rationally weighed up in advance the prospects of his paying for the deed with his life. Even if he has, he would have realized that it was a small risk and he would in all probability have believed that he was clever enough to avoid detection.<sup>92</sup> Man does not act as a completely free agent in this context - and I am not speaking only of the insane: "This psychological hedonism . . . is not in accord with modern psychology and sociology, which see human behaviour as largely unplanned and habitual rather than calculated and voluntary."<sup>93</sup> The noose may be a deterrent to a small group of brutalized murderers. But with others it may encourage killing to wipe out eyewitnesses. And the great majority kill without premeditation, through a sudden bursting of the walls of control, letting loose a flood of uncontrollable impulses.<sup>94</sup> A certain number commit suicide thereafter, as witness the recent tragic mass "domestic" slayings in this country. In England as many as a quarter to a third of those who kill go on to take their own lives.<sup>95</sup>

Nor should it be forgotten that with some persons such as psychopaths,<sup>96</sup> sadistic sexual murderers and gangsters living in what has been called the "sub-culture of violence," imitative crime and dicing with death by the hangman yield the excitement of brinkmanship.<sup>97</sup> The prospect of being the protagonist in a gladiatorial judicial contest is infused

<sup>90</sup>James Avery Joyce *The Right to Life* (London 1962) ch. III.

<sup>91</sup>*Of Death.*

<sup>92</sup>See, e.g., Bedau *op. cit.* 270ff. Thorsten Sellin has made this profound remark of the death penalty: "Its very life seems to depend on its rarity and, therefore, on its ineffectiveness as a deterrent" *Common Sense and the Death Penalty* (1932) 12 *The Prison Journal*, cited by Robert G. Caldwell *Why is the Death Penalty Retained?* (*The Annals of the American Academy of Political and Social Science* November 1952 45, 52).

<sup>93</sup>Karl F. Schuessler *The Deterrent Effect of the Death Penalty* *The Annals* *ibid.* 54, 55.

<sup>94</sup>See, e.g., *The Hanging Question* 92, 97 (Dr A. Hyatt Williams) 103 (Dr W. F. Roper) 106 (Professor A. K. M. Macrae) 109-10 (Sir Charles Cunningham).

<sup>95</sup>Viscount Templewood *The Shadow of the Gallows* (1951) 75.

<sup>96</sup>But Van Wyk J, in refusing to accept the jury's finding of extenuating circumstances in the trial of Roberts, the psychopathic murderer, said that "fear of the death sentence is still the greatest deterring factor with this kind of person." See *R v Roberts* 1957 (4) SA 265 (A), 269.

<sup>97</sup>See *The Hanging Question* 97 (Dr A. Hyatt Williams).

with a glamorous aura. Execution is the consecration of a twisted set of values.<sup>98</sup> Dickens wrote of the threat of execution as having "a horrid fascination for many who render themselves liable to it, impelling them onward to the acquisition of a frightful notoriety."<sup>99</sup> There is the suicidal group composed of those who regard murder as the avenue to the death which is the fitting punishment for their imagined sins; there are the exhibitionists, who subconsciously wish ultimately to be caught so that at a spectacular trial they may show how clever they were in evading the law for so long. According to Professor H. L. A. Hart, the distinguished jurist and philosopher, "at present, theories that the death penalty may operate as a stimulant to murder, consciously or unconsciously, have some evidence behind them."<sup>100</sup>

The oft-raised question whether prison warders would be safe if there were not to be hanging for their murder, which induced Canada in her trial abolition in 1967 to retain the death sentence for the murder of policemen and warders,<sup>101</sup> can be answered by pointing to the experience of abolitionist countries, which have carried on without this penalty, and the desire of convicts to be released early for good conduct.

The incidence of homicide is a reflection of numerous and complex social factors.<sup>102</sup> Can anyone deny that a primary cause is the social and family dislocation and instability, the poverty, poor housing and frustration which, despite all the praiseworthy efforts of public authorities and private agencies to effectuate the noble aim of the late Dr H. F. Verwoerd, the good life for all sections of the community, are still the lot of so many of the Coloureds and Bantu? Contemporary observers of the Bantu in their tribal life before they came into contact with the Whites commented on the rareness of slaying except in time of war. I take leave to quote a beautifully phrased passage written in 1945 by Alan Paton,<sup>103</sup> suggesting that it requires some modification today, when so much is done to uplift the Non-White, but that it still has an inner core of truth:

---

<sup>98</sup>See David Welsh *Sunday Times* 9th March 1969.

<sup>99</sup>Letter in the *Daily News* 28th July 1845, cited in Philip Collins *Dickens and Crime* (London 1962) 228.

<sup>100</sup>*Punishment and Responsibility* (London, 1968) 88.

<sup>101</sup>Some abolitionists favour this exception, e.g., Sidney Hook (see *The Death Penalty in America* 152-3) would allow for a death sentence to be imposed on those who, having been previously sentenced to prison for premeditated murder, murder again.

<sup>102</sup>Barbara Wootton in *The Hanging Question* 15. Students of the problem rarely think that the presence or absence of the death sentence is worth consideration. See Henry Weihofen *The Urge to Punish* (London 1957) 150, and authorities there cited.

<sup>103</sup>(1945) 12 *Race Relations* 76-7.

“so long as mothers have to leave their children at home and go out to work; so long as fathers have to leave their families in the reserves and go out to work; . . . so long as children run uncared for and unoccupied about the streets; as long as there is nowhere to learn and nowhere to play; so long as men with gifts are confined to duties that require none; so long as men find no sense of purpose in living, no sense of joy in serving, no sense of fulfilment in dying; just so long will there be crime to cause us continual annoyance, insecurity and anxiety.”

With all respect, to adduce some gruesome murders to demonstrate the fallacy of abolition, as it seems the Minister of Justice did in the debate on capital punishment in the House of Assembly on 14th March last year,<sup>104</sup> does not advance the matter. And observe that these atrocious crimes were committed in this country, where the death sentence does exist. Abolitionists, with their deep belief in the sanctity of life, who hold, with Albert Schweitzer, that the basic value of our society is Reverence for Life, are at least as shocked as retentionists by a brutal - nay, any - murder. Their blood runs equally hot on hearing of it - but it runs cold on reading of the deliberate execution of the murderer. How does the taking of life in the name of the law engender respect in the citizen for human life?

It may be that the experience of the rest of the world that retention of capital punishment effects no overall deterrence has no lesson for us, because of our peculiar social structure. I have already mentioned that the Lansdown Commission, while not going so far, referred to the bulk of 80 per cent of our population still in a state of barbarism. Assuming that statement was true when made and that it still holds good, we have seen that there are strong arguments that for them death holds less terror than for the civilized man. But let that be. One may concede that what obtains elsewhere may not obtain here. That argument when used of Britain as compared with the other Western countries naturally has to be rejected, and the Royal Commission of 1949-53 did reject it. For, as Arthur Koestler put it in his *Reflections on Hanging*,<sup>105</sup> that made such an impact and was so important a catalyst in the realization of abolition:

“Now the evidence concerning abolition embraces thirty-six countries with vastly different populations, and in different periods of development; agricultural and industrial nations, old and new civilizations, countries rich and countries poor, Latin, Anglo-Saxon and Germanic races, hot-tempered and placid people, countries which became abolitionist after a longer period of peace and security, and others, like Germany and Italy, which have only just emerged from war, demoralized by defeat, brutalized by years of totalitarian terror. The convincingness of the proof rests precisely on the fact that, however different the countries and conditions, abolition was nowhere followed by an increase in the crime-rate, or any other noticeable ill-effect.”

---

<sup>104</sup>*Debates* vol. 25 cols. 2570-612.

<sup>105</sup>Pp. 59-60.

It has been said, however, that the data comes from areas with relatively low murder rates, where possibly other factors have already reduced the rates to an almost irreducible minimum; and that, though it sound paradoxical, capital punishment might be a more effective deterrent in a country with high murder rates.<sup>106</sup> It seems to me that, bearing in mind the other factors I have mentioned, this is very unlikely to be the case in South Africa. In any event, the onus would be on the retentionists to prove a case.

The whole of the foregoing analysis rests on the assumption that society is entitled to hang murderers if this results in the saving of the lives of some innocent persons. In the light of the experience of other countries it is most unlikely that they will be many. That there is a limit to be drawn to deterrent threats, even the most ardent retentionist will agree. There is no movement afoot to restore the tortures that accompanied execution two hundred years ago and the occasional suggestions by indignant citizens for the restoration of public hangings are treated as childish emotional outbursts. Many retentionists, no doubt, would admit that these cruder forms of termination of life by society would not act as deterrents at all, that they brutalize the citizenry and create callousness towards killing. And over the entire world efforts are made to effect the removal of the criminal from this earth as painlessly as possible. In England, as Professor W. J. H. Sprott has put it, the hangman (a private person) has cultivated "a good drop-side manner."<sup>107</sup> But at this point, in retentionist countries, positive morality stops: death must follow at least atrocious murder. Does ethics stop here? To me the answer is plainly "No." Taking the life of a human being is inherently immoral, save, as I have explained, where it is done in the interests of higher values or in certain instances of mercy killing which are not in issue here. Those who espouse the view I do<sup>108</sup> must say that executions for murder are immoral and that the means do not justify the end. We cannot deny in this way the infinite value of the human personality.

The second argument pro could be put under the conglomerate head of retribution (possibly in its more sophisticated modern guise of denunciation, as expounded by Fitzjames Stephen and Lord Denning, among others<sup>109</sup>) and reprobation. The primitive objective of

<sup>106</sup>Walker *Sentencing in a Rational Society* 61.

<sup>107</sup>*The Hanging Question* 26.

<sup>108</sup>Criminologists and sociologists are conspicuously few among the many who do not. For an attack on the "humanitarian view" by the distinguished Warden of All Souls' College, Oxford, Mr John Sparrow, see *The Times* 31st December 1969 7.

<sup>109</sup>See Walker *op. cit.* 19. The denunciation basis of penal policy aims at showing society's horror at the crime. Retributivism aims at making the criminal atone by suffering.

atonement or expiation still plays a minor role in criminal punishment, even in more advanced countries, however much be rejected an equation between crime and sin and the contention that a malefactor must square accounts between himself and society. There is the objective theory of revenge or retaliation by the community; and the more subjective notion of retribution, the punishment being a "categorical imperative," to be aligned with harm to the victim. Put another way, the State must satisfy the desire of the wronged individual (and his family and friends) to be avenged and mark the community's sense of revulsion at the wickedness of the crime. Moral values of society may thereby be vindicated. Indirectly the criminal may be reformed through ensuing remorse.

There seems no reason why these objectives, so far as they are legitimate (and one must respect them, though they be to a degree an atavistic impetus, but they should not be overstressed in the determination of social policy) cannot be satisfied by a lengthy term of imprisonment. One need not go with Sir Leicester Dedlock's "debilitated cousin" in *Bleak House*<sup>110</sup> who "only hopes some fler'll [fellow will] be executed" for the murder of Mr Tulkinghorn, the friend of Sir Leicester. It is sometimes claimed that if hanging does not follow a ghastly murder, lynching will. There never has been a lynching in this country, nor even a suggestion of one, when a murderer has been reprieved or a killer found insane. As far as I can ascertain, the only lynchings that have taken place were those of the forty-two Bantu prisoners of war in 1858 some six miles from Boshof, at what was thereafter called Prisonierskoppie.<sup>111</sup> This took place in the rough frontier era of our history. I suggest that the argument is untenable in these days. No feeling of outrage is felt in abolitionist countries if death does not follow death. The absence of the supreme penalty has nothing to do with the absence of sympathy for the victim or his family<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup>Chap. LIII.

<sup>111</sup>Professor S. A. Strauss has very kindly drawn my attention to the tragic incident, which was condemned in outright terms by President Boshoff. But his instruction that the murderers had to be brought to book produced no result. For details, see P. S. van Heerden *Herinneringen uit den tijd der Vrijstaatsche Voortrekkers* (1908) 30-2; W. B. van der Vyver *'n Eeu van Genade, Boshof 1856-1956* (1956) 20-3.

<sup>112</sup>It is usually laymen who speak in terms of those sentenced to death not deserving to live and in terms of sympathy for the victim and his kin. But occasionally these sentiments are expressed by a practising lawyer. Thus Frank R. Johnson, who has acted professionally for the defence in twenty-five murder charges in England, twenty before the period of suspension, not one of which resulted in an execution, in (1970) 120 *New Law Journal* 65:

"Whether hanging or other forms of execution are a deterrent, I neither know nor care. Execution is the proper punishment for those evil monsters who have, by their own actions, forfeited the right to live. This concern by Parliament

If in some way punishment is to achieve atonement and express public indignation, it need not be proportionate to the crime. Abhorrence of murder has not to be shown by judicial homicide. "A life for a life" is an illogical cry. And how does it support, as has happened in this country, the execution of twenty-two for the murder of five<sup>113</sup> or nine for the murder of one?<sup>114</sup> One hundred and fifty years ago Jeremy Bentham pointed out that we do not maim A because he maimed B or burn down C's house because he set fire to D's house.<sup>115</sup> Nor could any civilized country countenance a murderer sentenced to death being killed by the same means as he employed to kill. The *lex talionis* - an eye for an eye, a tooth for a tooth - is sometimes invoked for murder, though, illogically, only for murder. Probably there is no one present today who is less suited to the donning of canonicals than I, yet I venture to say that the *lex talionis* has been misunderstood even by some clerics, that it was meant to indicate not the just punishment but the maximum punishment, and that for its time it was a great ameliorative measure.<sup>116</sup> The subsequent Rabbinic interpretation of the Bible hedged in capital punishment with so many provisos and restrictions that the inference may be drawn that it was deprecated in principle.<sup>117</sup> Beleaguered Israel does not have it today.<sup>118</sup>

Christian clergymen, according to my superficial reading, are not in agreement on whether Christianity upholds or condemns punishment by death. Some theologians support it on Biblical exegesis and dogma. Others attack it on the same grounds. Different Archbishops of Canterbury have taken different views: Archbishop William Temple thought it could not be defended, Archbishop Fisher that it could. And the bishops, too, have been divided.<sup>119</sup> Suffice it for me to say that there is a substantial body of opinion that the death penalty is a negation of the essential Christian principle of reformation.

---

for thugs, rapists or sadists is beyond me. Never a thought or a tear for the victims or their families. They apparently count for naught in the scheme of things. . . .

"The trouble with so many do-gooders, especially politicians, is that they subconsciously place themselves in the shoes of the murderer. They can almost feel the rope round their own necks. If only they could, instead, put themselves in the shoes of the victims, who usually die in some brutal way, they might look at the problem in a different light."

<sup>113</sup> *R v Nzimande* 1957 (3) SA 772 (A).

<sup>114</sup> *R v Koboka and others*: nine Bantu were hanged on 30th May 1967 for murdering a White storekeeper on 22nd September 1962: *Rand Daily Mail* 31st May 1967.

<sup>115</sup> See *Works* I (Edinburgh 1843) 449-56.

<sup>116</sup> See Gardiner *Capital Punishment* 84ff.

<sup>117</sup> See Israel J. Kazis "Judaism and the Death Penalty" in *The Death Penalty in America* 171, esp. at 175; Gardiner *op. cit.* 85.

<sup>118</sup> See *South African Jewish Times* 14th November 1969.

<sup>119</sup> See Gowers *op. cit.* 46ff. Generally on the Christian attitude, see *The Death Penalty in America* 121-30.

The associated plea of social solidarity is sometimes raised, that society is united and strengthened in its fight against crime by the symbolism of law and order afforded by an execution. This is a very dubious contention. Executions are private and nowadays frequently are not even the subject of a Press notification. And there will be a number, probably a growing number, who, condemning hangings, will express solidarity rather with the criminal. The plea cannot justify the taking of life by the State.<sup>120</sup>

There is a retentionist argument which is blessed with various names, social hygiene or protection or elimination or incapacitation. It is to the effect that society is well rid of murderers, who otherwise on release might murder again. It has been used by our judges in sentencing criminals.<sup>121</sup> Looked at purely in the light of its own claims, the argument is weak. Elimination in this way works in a chancy fashion, most murders not leading to a conviction at all and of those that do, so few attracting the death penalty. It will not apply to the maniac killer. Murderers are notoriously as a group little prone to recidivism, though there have been a few glaring exceptional cases in this country.<sup>122</sup> "Evidence given to the Commission," said Mrs Hoernlé in her dissenting finding on the Lansdown Commission,<sup>123</sup> "shows that they are among the most amendable of prisoners." The avowed object of treatment in prison in South Africa today is reformation and rehabilitation.<sup>124</sup> With most murderers, it appears this would be accomplished and they could be ultimately freed. Others, such as violent psychopaths, may with the present state of psychiatric knowledge have to be kept in permanent detention. They tend to lose aggressiveness with advancing years, fortunately.

Occasionally an economic argument is advanced, that the community should not be expected to bear the cost of maintaining a

<sup>120</sup>See, in general, Caldwell *op. cit.* 47.

<sup>121</sup>E.g. in *R v Roberts* 1957 (4) SA 265 (A) by the court *a quo*.

<sup>122</sup>E.g. S. L. van Wyk, acquitted of the murder of J. F. Moller in 1930 (the "Jackal Pit" murder), subsequently hanged for a later murder, who thereafter confessed his guilt of the first (see *The Star* 5th January 1956); Lugane N. S. Lushaba, convicted of murder in 1955, but discharged on appeal, who subsequently murdered a Bantu girl and was sentenced to death (*Rand Daily Mail* 5th October 1956); Alfred Wanka, sentenced to twelve years' imprisonment in 1953 for murdering a Bantu and released after three years, who after a series of crimes of violence murdered a White detective and was executed for it on 27th May, 1961 (*The Star* 19th October 1960; *Sunday Times* 28th May 1961).

"The number of murders committed by released or paroled murderers is statistically insignificant": *Capital Punishment: Developments 1961 to 1965* 41 § 144.

<sup>123</sup>*Op. cit.* 68.

<sup>124</sup>See *Prison Administration in South Africa* (published by the Department of Foreign Affairs 1969) p. 1, which refers to sec. 2 (2) of the *Prisons Act* 8 of 1959.



murderer for possibly the rest of his natural life in gaol.<sup>125</sup> If this cynical attitude deserves any consideration, it can be countered by putting into practice Mr Justice Hiemstra's plan alluded to earlier.

The disingenuous contention, ill becoming a retentionist because it conflicts with the deterrence plea, that life imprisonment is more cruel than hanging, can easily be refuted. The advanced penological attitude in South Africa, with its stress on reformation and rehabilitation, should normally avoid the result of which Sir Alexander Paterson, the famed penal reformer, spoke forty years ago: punishment that would "permanently impair something more precious than the life of the physical body." As a rule a man sentenced to life imprisonment will be released before his detention in that twilight existence destroys his personality.<sup>126</sup>

The last major argument of the retentionist is that public opinion is not ready for abolition. The Lansdown Commission felt this way, but rightly pointed out that the social reformer must be in advance of and educate public opinion.<sup>127</sup> A gathering of legal academics needs no reminding that there are occasions when the law must run ahead of positive morality, as with the imposition and enforcement of traffic rules. Where emotion or blind adherence to the past holds sway with the community, its leaders and legislators must have the courage to cut themselves adrift and go for what is morally right. That is what the British Parliament did last year when, in the teeth of opposition of the police and of public opinion polls revealing around 85 per cent opposition, on a free vote it abolished hanging for murder. As David Hume said, we cannot deduce what *ought to be* from what *is*. It is a fact that there has been capital punishment for centuries and millenia, but that does not justify the conclusion that it ought to exist.

The abolitionists do not content themselves with refuting the arguments of the retentionists but advance a number of additional arguments for their case, which I should like to examine shortly in the South African context.

The first is that capital punishment is inherently cruel and that it is no answer that sometimes the crime, as with slow poisoning, is also cruel. The prisoner will have to wait in the condemned cells at Pretoria Central Prison for some time, even if he does not appeal, for the execu-

---

<sup>125</sup>Walker *op. cit.* 132 puts the last two arguments crisply thus: "The only incapacitator which is superior to imprisonment (as to all other measures) in universality, efficiency and economy is the death penalty."

<sup>126</sup>On the foregoing, see Gowers *op. cit.* 121ff. From information given in *S v Masala* 1968 (3) SA 212 (A), 216ff., it appears that a life prisoner is occasionally released on parole or probation before ten years, but normally will be only after at least ten years and in a number of instances considerably longer.

<sup>127</sup>*Op. cit.* § 475.

tive has to consider remission. The record is typed, which may be a long process; there is a careful investigation of circumstances of which the trial court could not take cognizance; possible observation of the accused in a mental hospital; consideration by a State law adviser of reports (perhaps calling for investigation into a certain matter) of prosecuting counsel and the Attorney-General sent to the Minister of Justice and of the presiding judge sent to the State President, together with the record and any appeal proceedings; the drafting of a report by the law adviser for consideration by the Minister, who either calls for further investigations or signs the report, a copy of which is sent to each member of the Cabinet; if the Cabinet is in accord with the Minister of Justice's recommendation, it is formally transmitted to the State President and then to the proper authorities.<sup>128</sup> Delays are kept to a minimum, but they can still be lengthy and made more lengthy because of applications and appeals by the accused. Von Zell, for instance, waited nine months before he was executed.<sup>129</sup> The praiseworthy efforts to do justice to the accused inevitably increase the agony. Dostoevsky and Arthur Koestler have left eloquent testimony of the mental torture suffered by some of the condemned.<sup>130</sup> There is no need to dwell on the impact on the minds of the criminal's spouse, children, parents and near relatives and friends. Other gaol inmates suffer too. We are told that "when the trapdoor thuds at an execution, there is an emotional shock for every man in the prison."<sup>131</sup> Clergymen and others have testified to the great ordeal undergone by those in attendance.<sup>132</sup> Officials have a hateful duty to perform.

The decision whether to impose the death sentence and whether to accept a finding of extenuating circumstances imposes a great bur-

---

<sup>128</sup>See the procedure outlined in *Sunday Times* 20th August 1950. I presume it still holds good. See further the statements of the Minister of Justice published in *Rand Daily Mail* 1st September 1950 and *The Star* 15th July 1956.

<sup>129</sup>*R v Von Zell* (2) 1953 (4) SA 552 (A). This was one of the cases where the presiding judge refused to accept a finding of extenuating circumstances. The twenty-three Amangwane tribesmen hanged for the murder of five policemen (*R v Nzimand*: 1957 (3) SA 772 (A)) were in the condemned cells from August, 1956, to March, 1957, and the death warrant of Jim Nzimande, whose appeal against conviction succeeded before the Appellate Division, had been signed before he was released (*The Star* 9th June 1958). Frank Otley waited five months, because of his bogus pleas of unknown extenuating circumstances (*The Star ibid.*). The Rev. H. Beardmore, OBE, protested in 1950 against the detention of four men in the death cells for over four months (*The Star* 22nd August 1950; see, too, *Sunday Times* 20th August 1950).

<sup>130</sup>See A. Koestler and C. H. Rolph *Hanged by the Neck* (London 1961), 13-14, 67.

<sup>131</sup>Professor Herman Venter, as reported in *Rand Daily Mail* 26th July 1962. Warders as well as prisoners may undergo shock. See the recollections of a wardress *Dagbreek en Landstem* 18th January 1970.

<sup>132</sup>See, e.g., the Rev. Dr Johan Reyneke, *The Star* 2nd July 1962.

den on the judges. I do not know whether in this country an offer of elevation to the Bench has been refused on the ground that this would entail sentencing criminals to death. I know it has been refused on this ground in other countries. One day, I believe, if this has not already happened, an eminently suitable incumbent for our judiciary will for this reason of conscience decline appointment, and slowly the number taking this attitude will increase, leading to a weakening of the judicial arm of government. The defence is a tremendous strain on counsel. An exacting duty is shared by those participating in the procedure involved in determining whether the prerogative of mercy is to be exercised. Retentionists frequently claim that the cold-blooded ritual of our execution is degrading to those carrying it out and diminishes their sense of worth. The greatest impact would be on the men present at the scene; but the backwash would strike others more distantly connected with the hanging and ultimately every member of the community. What finally converted Sir Ernest Gowers to an abolitionist was his learning of the large number of applicants for the position of hangman in England.<sup>133</sup> How many want to be in at the kill!

Is there not corruption in a system that leads to such a result; to the morbid public interest in a murder trial; at times to the whipping-up of the lust to kill; at times to applause of the spectators when the accused is acquitted?<sup>134</sup>

The very uncertainty of capital punishment, as total a judgment as fallible man can make upon man, has frequently been a factor that has contributed to its abolition elsewhere in the world. Execution becomes almost a lottery, leading to loss of respect for the law and its processes. In the words of a Scottish judge, hanging may depend on a factor as fine as a hair - and as deep as a grave. Think of the discretion vested in the court in finding or in the presiding judge in accepting or refusing to accept a finding of extenuating circumstances. Much may depend on the personality of the trial judge. There is always the possibility of different approaches by members of the Bench in deciding whether or not to impose the death sentence for the various crimes that carry it. The reasons for reprieves are seldom given and consistency in executive clemency is accordingly not manifest. Why, for instance, in the period 1947 to 1956 was the percentage of reprieves for murderers much higher than for raptors? Thirty-seven per cent of White murderers and 45 per cent of Non-White had their sentences commuted, but of those sentenced for rape (all Non-White) only 16

<sup>133</sup>*Op. cit.* 135. Albert Camus in his celebrated "Reflections on the Guillotine" (translation by Richard Howard, reprinted in L. Blom-Cooper *The Law as Literature* (London 1961) 409 - see 424) points out that in France "there are hundreds of men who offer their services as executioner *without pay*."

<sup>134</sup>E.g. *R v Badrian* WLD 11th December 1969 (*The Star* 11th December 1969).

per cent.<sup>135</sup> One cause of the distressing unevenness of the administration of the death sentence that calls for comment is the difference in the strength of the legal representation of the accused according as he is wealthy or poor. There is no need to go into details. It is common knowledge that *pro Deo* defences for the indigent are far from the ideal.<sup>136</sup> I have seen judges and even prosecutors struggle to make up for the deficiencies in inexperienced counsel; but there is a limit to what they can do.

Many abolitionists are deeply impressed by the possibility of judicial error leading to an execution. I should like to quote three passages. The first is by Lafayette, oft cited: "I shall ask for the abolition of the penalty of death until I have the infallibility of human judgment demonstrated to me." The second is by Jeremy Bentham:<sup>137</sup> "Is there, or could there be devised, any system of penal procedure which could insure the judge from being misled by false evidence or the fallibility of his own judgment?" The third is by Lord Gardiner LC, in the House of Lords during the debate last December which led to the abolition of hanging for murder: "I think that human beings who are not infallible ought not to choose a form of punishment which is irreparable."

When a man is wrongfully imprisoned in a sense, too, his punishment is irremediable. The lost years can never be regained. But he still has his most precious possession, his life, though its future extent be grievously shortened.

Judicial error takes many forms. For instance, there may be a mistake in identification or a false confession so that a person having nothing to do with the crime is found guilty; the accused may be found sane whereas he is insane; there may be a mistake on the facts, leading, for instance, to a finding of murder instead of the correct finding of culpable homicide, or a wrong conclusion that there are no extenuating circumstances; there may be a mistake of law, leading to a conviction for murder and subsequent execution when according to later judicial decisions conviction should not have taken place: think of the swing-over in the past two or three decades to the subjective test of criminal intent, which even now has not been consistently ap-

---

<sup>135</sup>From reply by the Minister of Justice to a question, *House of Assembly Debates* vol. 95 cols 8765-6 (21st June 1957). Number of Whites sentenced to death for murder: 30. Number executed: 19. Number of Non-Whites sentenced to death for murder: 760. Number executed: 422. Number of Non-Whites sentenced to death for rape: 56. Number executed: 47.

<sup>136</sup>See the most informative article by H. P. Junod, *The Preparation of the Case for the Defence of Bantu Accused of Homicide* Penal Reform News April 1960 (Newsletter No 51) 4.

<sup>137</sup>*Works* I (Edinburgh 1843) 447.

plied so as to lead to the rejection of the "presumption" that a man intends the probable consequences of his acts. (I sail around the squalls surrounding the declaratory theory of the judicial decision.) Mistakes of law of this type are quite unavoidable. Mistakes on the facts must be rare and mistakes of identity rarer still. Yet, for all the care taken in capital trials and in the consideration of commutation, they must exist, as they have existed elsewhere.<sup>138</sup> One cannot accept them as a necessary social cost.

I do not know of an instance in South Africa of the execution of a White where there is now a widespread conviction that the court went wrong on the facts or on identity. We have not our Timothy Evans, Edith Thompson or Graham Rowland. The Rev. Dr J. Reyneke, who for the previous twenty years had ministered to and came to know intimately almost every White who was executed, said in 1962 that all but one of them had made a confession to him.<sup>139</sup> In my view it is likely that a miscarriage of justice with a White of this character has not yet occurred in this country.

I cannot say this of Non-Whites. There is the testimony I have alluded to of the Rev. Dr H. P. Junod, with his unrivalled experience of Bantu in the condemned cells. Here is a passage written by him:<sup>140</sup>

"We have had cases where, in front of the gallows we have known that the first Crown witness was the one who should have been where the convicted person was, facing death. We could, naturally, not prove it, but the situation was made perfectly clear by long weeks and months with the accused, and by

---

<sup>138</sup>See generally Fenton Bresler *Reprieve* (London 1965); R. T. Paget, S. Silverman and C. Hollis *Hanged - and Innocent?* (London 1953); Leslie Hale *Hanged in Error* (London 1961); Otto Pollak *The Errors of Justice* *The Annals op. cit.* 115 and works there cited. (Pollak, 123, thinks it highly probable that erroneous convictions for capital crimes are greatly under-reported but that the absolute figure is very small.) Edwin M. Borchard's celebrated *Convicting the Innocent* (New Haven 1932) does not contain a case of an innocent man's being executed, nor does Jerome and Barbara Franks's *Not Guilty* (London 1957), but they do show sources of error that have occurred in sentences of life imprisonment in the United States, which cannot be said to be impossible with capital sentences. In any event, Borchard's work deals with the question of compensating those who have been wrongly convicted and thus is not concerned with executions. Eduard Hoffman, who pleads for the reintroduction of the hangman in Germany, in his *Der Ruf nach dem Scharfrichter* (Hamburg 1967) says that in the pre-Hitler era no case was established of the hanging of an innocent man.

In *R v Thuantha* SWA 1920, reported in 1922 SWA 137 (App.), Gutsche J said: "Judicial history records a number of cases where persons have been convicted of murder and executed, and thereafter the supposed victim has reappeared." Of course, great care is exercised by the court where the body of the alleged deceased is not produced. See *R v Nbleko* 1960 (4) SA 721 (A).

<sup>139</sup>*The Star* 2nd July 1962. He said that he sometimes doubted whether capital punishment was a deterrent but had no clarity in his mind.

<sup>140</sup>*Penal Reform News* April 1960 (Newsletter No 51) 9-10.

continual denials up to the last moment, when nothing more was to be gained by adhering to a false story. We remember one case vividly of a very humble and unobtrusive Karanga, telling the Sheriff: "Go and tell your Chiefs not to bring men like me to this place any more . . ." It is indeed terrible to see a man walk his last steps to the gallows under such conditions . . . Mistakes have been made to our own knowledge: of that we are perfectly sure."

In his retirement Mr Justice Krause wrote:<sup>141</sup>

"The native does not understand our court procedure. He does not appreciate the importance or sanctity of the oath and in his tribal courts the methods employed to arrive at the truth and to expose false evidence are quite different from those employed in the European courts. Miscarriages of justice are consequently of frequent occurrence and I have it on the best authority of those who have had an opportunity of investigating the matter that approximately ten per cent of the natives executed for murder were actually innocent of the crime, due principally to the circumstances abovementioned. Some of these natives might have been guilty of the lesser crime of manslaughter but legally not murder. There are but few Europeans who understand the native mentality - one must have lived among them and speak their language before one can fathom their mode of thinking and reasoning."

Of the statement that about 10 per cent of Bantu executed for murder were innocent of that crime, Mr Justice Hiemstra wrote in an obituary of Mr Justice Krause: "Dit is - so meen ek - onjuis en aanvegbaar."<sup>142</sup> Indeed, it does seem a typical piece of the extravagant exaggeration in which Fritz Krause was apt to indulge when his emotions were aroused. Nevertheless, anyone who has appeared in *pro Deo* murder trials, who has read the Law Reports over the years and who weighs up the words of intelligent, experienced and sincere observers of the scene, must feel uneasy. Mrs Hoernlé put the cause for concern pithily in her reservations to the Lansdown Commission Report:<sup>143</sup> "How much more room is there for mistakes when the barrier of language is fixed between Judge and accused and when the workings of the human mind are hidden by great differences in social background and modes of thought."

If I cite two cases from the Law Reports it is not because I wish in any way to level criticism at the presiding judge, but simply to show the possibility of a hanging, not where it was clearly established that the accused had not committed the crime but where the Appellate Division upheld the appeal against the conviction on the ground that a reasonable court should not have found him guilty. The one is *R v*

<sup>141</sup>*Crime and its Punishment* (1939) 36 South African Journal of Science 104, 127-8.

<sup>142</sup>*Penal Reform News* October 1959. (Newsletter No 49) 4.

<sup>143</sup>*Op. cit.* 68. See, too, Welsh *op. cit.* 416: e.g. ". . . most judges [all being whites] are likely to understand more clearly the psychological motivations, and appreciate the stresses to which he is subjected, of a white than those of a non-white. It is possible, therefore, that extenuating circumstances are more readily found in murder cases where the accused is white without there being any deliberate bias or partiality in favour of the white."

*Nzimande*,<sup>144</sup> where the appellant was one of the tribesmen sentenced to death for the murder of the five policemen in the case I have already referred to. All twenty-two of the other accused found guilty had been hanged and Nzimande's death warrant had already been signed when he made urgent application to the Transvaal Provincial Division for a stay of execution of the death sentence. A single judge refused the application. An appeal to the full bench was postponed pending application to the Natal Provincial Division for condonation of late application for, and the making of, special entries. How nearly he was hanged. The other case is *R v Nbleko*,<sup>145</sup> where no body or portion of a body had been found and no one had been shown to be missing.

Then there is the very strange case of *S. Njaba*,<sup>146</sup> where, according to a newspaper report, the accused, who had been in gaol at the time a murder had been committed, subsequently confessed to having committed it, for the purpose of obtaining a remission of the prison sentence he was then serving. Apparently he was sentenced to death but the sentence was set aside when the investigating police officer discovered the true facts.

Finally, I should like to allude to the reprieve of Alpheus Serumula, who had been sentenced to death in 1961 for killing his wife with an axe. He unsuccessfully applied to the trial court and then to the Chief Justice for leave to appeal. The accused had been tried by a judge sitting without assessors who found the evidence as clear as could be. Over nine months after his trial Serumula made another abortive application to the trial court for leave to appeal.<sup>147</sup> The instructing attorney for counsel who appeared on his behalf was none other than the Deputy State Attorney. The next happening was the service on him in the death cell by the Sheriff not of a warrant for execution but for release.<sup>148</sup> The executive has not revealed what caused it to take this unusual step. The conclusion to be arrived at is that it had at least grave doubts as to the guilt of the accused. Could there not be cases where the factors giving rise to such doubts do not come to the attention of the authorities?

Finally, the abolitionists' case is based on the denial by the death sentence of the possibility of reformation of the culprit, not simply in the sense of remorse and repentance but also his eventual reinstatement in everyday life as a law-abiding person.

---

<sup>144</sup>1957 (3) SA 772 (A).

<sup>145</sup>1960 (4) SA 712 (A).

<sup>146</sup>WLD 14th June 1966 (*Rand Daily Mail* 15th June 1966).

<sup>147</sup>*S v Serumula* 1962 (3) SA 962 (W).

<sup>148</sup>See J. H. Liebenberg *The Case of Alpheus Serumula* Codicillus IX No 2 (October 1968) 54.

What I have said about capital punishment for murder will largely apply to the other peace-time crimes for which it may be imposed. There are additional arguments against its imposition for at least some of them. The "a life for a life" argument (assuming it has any validity) will not apply. The criminal may be tempted to murder his victim in a case of rape, robbery, housebreaking, kidnapping and childstealing to avoid identification. At least one of our judges has alluded to this possibility when refraining from sentencing an accused found guilty of rape to death.<sup>149</sup>

The conclusion I reach is that there is a strong case for the abolition of the death penalty for all crimes in this country. If I am asked: what about crimes against the State? I should answer: Portuguese East Africa<sup>150</sup> and Israel are in a more dangerous position than we are but do not resort to executions. But I do concede that the case is not so strong with these crimes. I would ask the members of the Society to express their views on whether the Government should not be respectfully asked to reconsider its attitude to the appointment of a commission of enquiry. Such a commission could conduct a detailed investigation into the problem of the retention or abolition of the death sentence, and make recommendations, including, if it decides against total abolition, whether the punishment should not be removed for certain crimes.

To end on a positive note: Certain and moderate punishment, as Cesare Beccaria pointed out in the late eighteenth century and Sir Samuel Romilly in the early nineteenth, is more of a deterrent than a severe sentence, especially when a conviction for the latter becomes difficult to obtain. Society would obviously benefit if crime were reduced, if more of the guilty were convicted and if criminals were always made to compensate their victims. The crime rates will fall as we continue to get at primary causes in the nature of our society, as we reduce the opportunities for the successful commission of crimes and as our police force is strengthened.<sup>151</sup> Convictions of the guilty will increase as we continue to jettison some of our antiquated rules of evidence and strengthen our prosecuting staff. Mr Justice Hiem-

---

<sup>149</sup>Mr Justice Dowling in a case heard in 1959: if the death sentence were unfairly imposed it might create considerable temptation for criminals to kill their victims after raping them.

I wonder whether there is much informed public support for the death sentence for rape, robbery, housebreaking, kidnapping or childstealing. The attitude of the parents of the 14-year-old girl and of the 19-year-old girl recently raped by the two accused who were sentenced to death, is instructive. See *Sunday Times* 16th November 1969.

<sup>150</sup>See the illuminating letter of Dr V. L. Bosazza in *The Star* 4th July 1966.

<sup>151</sup>See Walker *op. cit.* ch. 3, where he deals with 'unfocused' and 'focused' techniques for the reduction of crime.



stra's plan that I have outlined for making prisoners work to make restitution, pay for their keep and build up a capital fund on their release, I should like respectfully to commend.<sup>152</sup> There is a Sotho proverb: The redeemer of the crime is compensation.

*Le droit est un principe d'ordre. La science du droit est une science abstraite, toute de mots par conséquent, exigeant des définitions nettes. Cette science, la nôtre, autrefois austère et rude, s'est bien assouplie depuis vingt ans au contact des sciences circonvoisines; soit: contre des méthodes trop scolastiques qui risquaient de la pétrifier, une réaction était nécessaire. Mais il faut éviter tout excès. Il est temps d'accentuer, suivant nous, une certaine rigueur de logique jointe à une ferme discipline de précision, de rappeler aux générations nouvelles qu'en dépit de multiples contingences impossibles à méconnaître et qu'il est indispensable d'observer, le juriste doit s'accoutumer, par-dessus tout, à conclure et à définir.*

Henri Lévy-Ullmann

*Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I: La définition du Droit - 1917 168.*

---

<sup>152</sup>See further his speech reported in *The Star* 5th October 1966. See, too, Kathleen J. Smith *A Cure for Crime* (London 1965).

# Kontraksluiting tussen Direkteur en Maatskappy

S. J. Naudé

*Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

## I DIE ALGEMENE BEGINSELS

Elke direkteur staan teenoor sy maatskappy regtens in 'n vertrouensverhouding. Een van die implikasies hiervan is dat 'n direkteur in beginsel 'n botsing van sy belange met dié van die maatskappy moet vermy. Die uitgangspunt is nie dat hy maar 'n belangebotsing mag bewerkstellig mits hy redelik teenoor die maatskappy optree nie; só 'n uitgangspunt sou klaarblyklik hoë eise stel aan die integriteit van die vertrouensman, wie se eie belangesfeer hom uiteraard gewoonlik na aan die hart lê. In dieselfde trant sê lord Cranworth LC dan ook in *Aberdeen Railway Co. v Blaikie Bros*<sup>1</sup> dat:

„ . . . it is a rule of universal application that no one, having (duties of a fiduciary nature) to discharge, shall be allowed to enter into engagements in which he has, or can have, a personal interest conflicting, or which possibly may conflict, with the interests of those whom he is bound to protect. So strictly is this principle adhered to that no question is allowed to be raised as to the fairness or unfairness of a contract so entered into . . . ”<sup>2</sup>

Die sluit van 'n koop-, huur- of ander kontrak<sup>3</sup> tussen 'n direkteur en sy maatskappy is die voor-die-handliggende voorbeeld van 'n belangebotsing tussen hulle. Regtens is die gevolg van hierdie botsing van belange dat die bedoelde kontrak na keuse van die maatskappy

---

<sup>1</sup>(1854) 1 Macq 461, 472.

<sup>2</sup>In die VSA het dieselfde reël 'n interessante verandering ondergaan, sodat die geldigheid van 'n kontrak tussen direkteur en maatskappy vandag basies afhanklik is van die redelikheid al dan nie van die terme daarvan teenoor die maatskappy (sien H. Marsh *Are Directors Trustees? Conflict of Interest and Corporate Morality* (1966) 22 *The Business Lawyer* 35, 36-37, 39-40, 43).

<sup>3</sup>Besondere vrae ontstaan i.v.m. 'n kontrak (indien daar een gesluit word) tussen direkteur en maatskappy aangaande eergenoemde se ampsreëling (bv. ampstermyn, bevoegdheids- en vergoeding). Hierdie artikel gaan oor *ander* kontrakte tussen direkteur en maatskappy.

vernietigbaar is,<sup>4</sup> tensy òf (i) die *algemene vergadering* na volledige openbaring aan hom van die ter sake feite, die kontrak gemagtig of bekragtig het, òf (ii) die *statute* 'n bepaling bevat wat die gemeenregtelike ver-eiste van die goedkeuring deur die algemene vergadering uitsluit.<sup>5</sup> Dit geld nie slegs vir kontrakte waar 'n direkteur die ander kontraksparty is nie, maar ook vir dié waarby hy 'n indirekte belang het.<sup>6</sup>

Die *vernietigbaarheid* van die kontrak staan volkome onafhanklik van die interne bevoegdheidsreëling van direkteure. Gevolglik geld die reël vir 'n kontrak wat enige direkteur met sy maatskappy sluit, en kom dit nie daarop aan of hy as gewone direkteur slegs saam met die ander direkteure direksiebevoegdhede kan uitoefen en of hy as besturende direkteur individueel oor wye bevoegdhede beskik nie. Dit baat die belanghebbende direkteur ook niks dat hy die direksievergadering waarop 'n onafhanklike kworum die aanbod namens die maatskappy gemaak of aanvaar het, nie bygewoon het nie; want, so lui die argument, die maatskappy is geregtig op die onbevooroordeelde mening en advies van elkeen van sy direkteure.<sup>7</sup> Aan die vernietigbaarheid van 'n koopkontrak in die besonder maak dit ook geen verskil of die belanghebbende direkteur die saak wat hy aan sy maatskappy verkoop voor of na sy ampsaanvaarding bekom het nie.

Indien die maatskappy 'n vernietigbare koopkontrak nie kanselleer nie maar verkies om dit in stand te hou, ontstaan die vraag of die *wins*

<sup>4</sup>„Now I conceive it to be clear that if directors under their powers as the company's agents sell the company's property to themselves or their own property to the company, the company has the option either to affirm or disaffirm the contract. And I think that the case is the same if the directors instead of contracting with themselves contract with another company in which they are interested . . . and if the contract instead of being a sale is a loan. In all these cases the contract is *prima facie* voidable, but it is not void” (R Bristowe in *Cohen v Directors of Rand Collieries Ltd* 1906 TS 197, 201); sien ook Henochsberg *On the Companies Act* 2de uitgawe (Durban 1963) 176; J. C. de Wet en J. P. Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3de uitgawe (Durban 1964) 514; L. C. B. Gower *The Principles of Modern Company Law* 2de uitgawe (Londen 1957) 479; R. R. Pennington *Company Law* 2de uitgawe (Londen 1967) 498; Halsbury *Laws of England* Vol. 6 3de uitgawe (Londen 1954) 302.

<sup>5</sup>Sien in die algemeen Gower a.w. 478-483; Palmer *Company Law* 21ste uitgawe (Londen 1968) 563-564.

<sup>6</sup>Sien die aanhaling in voetnoot 4; *Victors Ltd v Lingard* [1927] 1 Ch 323; *Transvaal Lands Co. v New Belgium (Transvaal) Land and Development Co.* [1914] 2 Ch 488.

<sup>7</sup>*Imperial Mercantile Credit Association v Coleman* (1871) 6 Ch App 558, 567-568; Gower a.w. 479; Buckley *The Companies Acts* 13de uitgawe (Londen 1957) 877; L. S. Sealy *The Director as Trustee* (1967) Cambridge Law Journal 83, 96. Sealy (t.a.p.) kritiseer die beginsel dat die kontrak vernietigbaar is by afwesigheid van openbaring aan en goedkeuring deur lede in algemene vergadering as „out of accord with modern theory (i.e. the organic theory of corporate acts, and recognition of the fact that directors may function by a quorum) and . . . often . . . very difficult to put into effect.” Op die probleme in die moderne reg word later terug-gekom.

wat die direkteur op die verkoopte saak gemaak het deur die maatskappy *verhaalbaar* is. In teenstelling met die *vernietigbaarheid* van die kontrak is hierdie *verhaalsreg* regstreeks afhanklik van sowel die interne bevoegdheidsreëling van direkteure in die maatskappy as die vraag of die belanghebbende direkteur die *merx* van die kontrak self voor of ná sy ampsaanvaarding bekom het.

Was die direkteur *voor sy ampsaanvaarding* reeds eienaar van die saak, dan het hy dit bekom voor die ontstaan van 'n vertrouensverhouding tussen hom en die maatskappy. Verkoop hy nou aan sy maatskappy, dan is die kontrak, soos vroeër vermeld, ter keuse van die maatskappy vernietigbaar. Maar indien die maatskappy verkies om die kontrak in stand te hou, dan is hy natuurlik gebonde aan die terme daarvan, insluitende die koopprys.<sup>8</sup> Gevolglik is die direkteur se wins nie verhaalbaar nie.

Indien die direkteur die saak self *na sy ampsaanvaarding* gekoop het, dit dan teen 'n wins aan sy maatskappy verkoop *en* die maatskappy verkies om die kontrak in stand te hou, dan is die *interne bevoegdheidsreëling* van direkteure die kritieke faktor wat die verhaalbaarheid van die wins behoort te bepaal. Want, volgens HR Innes,<sup>9</sup> „when a breach of duty attended the original acquisition, then the company may, if it chooses, retain the property purchased and also demand a refund of the profits.” By sy verkryging van die saak bedoel die direkteur om self eienaar daarvan te word, sodat hy dit teen 'n wins aan sy maatskappy kan verkoop. Maar omdat daardie verkryging bevlek is deur 'n „breach of duty,” weier die reg om aan sy bedoeling gevolg te gee, en behandel dit die verkryging van die saak deur die direkteur as 'n verkryging vir die maatskappy. Daarom kan die maatskappy die saak behou *en* die wins op die direkteur verhaal. Maar, word beklemtoon,<sup>10</sup> dit kan slegs die geval wees indien dit die plig van die betrokke direkteur was om die saak *vir die maatskappy* te verkry, indien hy dit hoegenaamd verkry, aangesien sy verkryging vir homself dan trouskending sal wees wat regtens nie gedoog kan word nie. En of dit die *plig* van 'n direkteur is om 'n saak vir sy maatskappy te verkry, indien hy dit hoegenaamd verkry, hang daarvan af of hy die bevoegdheid ingevolge die interne bevoegdheidsreëling het om die saak *vir die maatskappy* te verkry.

Die interne bevoegdheidsreëling van direkteure kan natuurlik van maatskappy tot maatskappy verskil. Of 'n bepaalde direkteur die bevoegdheid het om 'n saak vir die maatskappy te verkry, hang basies af

<sup>8</sup>„It [the company] could not,” sê HR Innes tereg, „seek to retain the property at a price reduced by a deduction of the director's profit. For that would amount to a new contract between the parties” (*Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co. Ltd* 1921 AD 168, 179).

<sup>9</sup>T.a.p.

<sup>10</sup>Deur HR Innes in die *Robinson*-saak op 180.

van die voorskrifte in hierdie verband vervat in die maatskappy se statute<sup>11</sup> en van die vraag of daar 'n delegasie van bevoegdheids plaasgevind het. Die tipiese besturende direkteur sal die bevoegdheid (en dus die genoemde plig) hê. Dat ook ander direkteure die bevoegdheid kan hê, word besonder goed geïllustreer deur die *locus classicus* op die gebied onder bespreking: *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co. Ltd.*<sup>12</sup> Robinson het van die sogenaamde groepstelsel gebruik gemaak, en die ander direkteure van die eiser-maatskappy was onderdanige werknemers in die holte van sy hand. Hy was egter formeel geen besturende direkteur nie. Robinson koop 'n ontginbare stuk grond waarin sy goudmyn-maatskappy 'n weselike belang het, en verkoop dit, sonder enige openbaring van sy belang, teen 'n groot wins aan sy maatskappy. Die Appèlhof beslis eenparig dat die maatskappy die wins kan verhaal, omdat dit Robinson se vertrouensplig was om die grond oorspronklik vir die maatskappy, en nie vir homself nie, te verkry. Hierdie vertrouensplig spruit volgens die hof *nie* bloot uit die feit dat hy 'n *direkteur* was nie, maar uit die posisie waarin hy hom as dominerende figuur in die direksie bevind het; op grond van die getuienis word bevind dat hy 'n *implied mandate* gehad het om die grond vir die maatskappy te koop.<sup>13</sup>

Uit die uitsprake in die *Robinson*-saak is dit volkome duidelik dat *nie alle* direkteure 'n plig het om die saak vir die maatskappy te verkry, indien dit hoegenaamd verkry word, nie. Ongelukkig word in hierdie proses die indruk in sommige van die uitsprake geskep dat nie alle direkteure in 'n vertrouensverhouding teenoor die maatskappy staan nie, maar slegs dié op wie daar so 'n plig rus. „Whether a fiduciary relationship is established will depend upon the circumstances of each case. Where the director was at the date of the acquisition the agent of the company for such a transaction, the fiduciary relationship would of course be created . . . And it seems hardly possible on principle to confine the relationship to agency cases. There may surely be circumstances, apart from mandate, where a duty to acquire for the company may be inferred,” aldus HR Innes.<sup>14</sup> Stellings soos hierdie beweeg dan ook die skrywers Wille en Millin<sup>15</sup> om te kenne te gee dat individuele direkteure wat nie „agents of the company” is nie, nie in 'n vertrouensver-

<sup>11</sup>Sien bv. arts. 83-85 en 109 van Tabel A.

<sup>12</sup>*Supra*.

<sup>13</sup>Sien die uitspraak van HR Innes op 181 en 195. Vir die ander Appèlregters is die oorheersende posisie wat Robinson op die direksie bekleed het skynbaar *per se* deurslaggewend. AR Solomon meen dat dit in die lig van Robinson se magposisie betreuenswaardig sou wees indien die arm van die reg te kort sou wees om 'n remedie hier te bied; sien ook die uitsprake van AR Juta en WAR Bristowe op 254 en 266.

<sup>14</sup>Op 180; sien ook 196, 216, 234.

<sup>15</sup>*Mercantile Law of South Africa* 16de uitgawe (Johannesburg 1967) 590.

houding teenoor die maatskappy staan nie. Die ware toedrag van sake is tog dat *elke* direkteur in so 'n vertrouensverhouding staan. Daarom is die kontrak tussen enige direkteur en die maatskappy in beginsel dan ook vernietigbaar. Maar slegs op 'n direkteur wat by sy verkryging van die saak ook die bevoegdheid (en derhalwe die plig) gehad het om dit namens die maatskappy te koop, kan sy *wins* verhaal word indien hy dit sonder die nodige openbaarmaking aan die maatskappy verkoop. En of hy inderdaad die bevoegdheid gehad het, kan ook uit die omstandighede afgelei word, soos in die *Robinson*-saak.

Daar is reeds op gewys dat 'n kontrak tussen direkteur en maatskappy, wat in beginsel vernietigbaar is, onder twee stellingomstandighede *volkome geldig* kan wees. Die eerste hiervan is waar die maatskappy, en *in casu* word daarmee bedoel die algemene vergadering, na behoorlike openbaring aan hom van die direkteur se belang, die kontrak met die direkteur bekragtig. Hieruit kan afgelei word dat wat die bevoegdheidsverdeling tussen die algemene vergadering en die direksie in die statute ook mag wees, eersgenoemde *in beginsel* die bevoegde orgaan is waar daar 'n belangebotsing by kontraksluiting tussen een of meer van die direkteure en die maatskappy voorkom. Omdat die tweede geval waar die kontrak geldig is groot praktiese waarde het en ook nou verwant is aan 'n wetterregtelike voorskrif, word dit vervolgens afsonderlik betrag.

## II DIE WYSIGING VAN DIE ALGEMENE BEGINSSEL IN DIE STATUTE, EN DIE FUNKSIE VAN ARTIKEL 70<sup>QUIN</sup> VAN DIE MAATSKAPPYWET

Uit die bespreking hierbo is dit duidelik dat, indien die statute swyg oor kontrakte tussen 'n direkteur en die maatskappy, so 'n kontrak volkome geldig kan wees slegs na behoorlike openbaring aan en ratifikasie deur die lede in algemene vergadering.

In die praktiese sakewêreld is dié prosedure 'n beslommernis. Gevolglik het *klousules* waarin van die algemene beginsel afgewyk word, waarin sekere implikasies van die vertrouensverhouding tussen direkteur en maatskappy dus uitdruklik *gewysig of uitgesluit* word, in die *statute* van maatskappye begin verskyn. Hierdie verskynsel blyk baie duidelik uit die volgende opmerking van die Lansdown-kommissie<sup>16</sup> in 1936:

„Instances have been brought to our notice in which . . . articles of association have contained provisions expressly permitting any director to be interested in a contract with a company otherwise than as a member of the company, and

<sup>16</sup>*Report of the Company Law Commission 1935-1936* UG 45/1936 par. 137 (my kursivering). In Engeland het presies dieselfde gebeur (sien Gower a.w. 480-481).

by purporting *expressly to relieve such director from any obligation to disclose* any such interest or to account for same in any way to the company and to dis-entitle any member of the company from impugning the conduct of any such director in that regard. We recognise that it would not be practicable absolutely to prohibit a director from having any interest in a contract or proposed contract with his company, *but there should be explicit provision forbidding any such freedom from disclosure as the . . . articles to which reference has been made purport to convey.* The disclosure of interest should, as provided in . . . the British Act, . . . be made to a meeting of *directors . . .*”

Dieselfde Kommissie beveel ook aan dat die voorgestelde reëling in die Wet geensins moet afbreuk doen aan enige regsreël wat direkteure beperk in die hê van belange in kontrakte met die maatskappy nie.<sup>17</sup> Die bedoeling was klaarblyklik om die wye omvang van „uitsluitingsklausules” in maatskappykonstitusies te beperk.

Artikel 70<sup>quin</sup> van die *Maatskappyywet* het uit die aanbeveling hierbo gespruit. Ingevolge hierdie voorskrif moet ’n direkteur die aard en omvang van sy direkte of indirekte belang by ’n kontrak wat die maatskappy sluit aan die *ander direkteure* van die maatskappy verklaar. Die bepaling geld vir enige kontrak wat aangegaan word:

- (a) ingevolge ’n besluit op ’n direksievergadering;
- (b) ingevolge ’n skriftelike besluit deur die direkteure onderteken;
- (c) deur ’n direkteur of bestuurder wat òf alleen òf tesame met ander deur die direksie gemagtig is om die bedoelde kontrak of enige kontrak van daardie aard aan te gaan.

Die wyse waarop die verklaring aan die direkteure gedoen moet word, is uitvoerig voorgeskryf.<sup>18</sup> Dan lui sub-artikel (10):

„Indien ’n direkteur op enige wyse, ditsy direk of indirek, belang het by ’n kontrak of voorgename kontrak wat by ’n vergadering van ’n maatskappy vir bevestiging of magtiging voorgelê word, dan moet die kennisgewing waarby die vergadering belê word die aard en omvang van die betrokke direkteur se belang by die kontrak vermeld.”

Uit die samestelling van die hele artikel is dit baie duidelik dat met „’n vergadering van ’n maatskappy” in sub-artikel (10) die *algemene vergadering* bedoel word. Die wetgewer hou dus deeglik rekening met die moontlikheid dat ’n besluit van die algemene vergadering nog nodig mag wees vir die geldigheid van die kontrak. Dit moet in samehang gesien word met die besonder belangrike sub-artikel (13), wat lui:

„*Niks in hierdie artikel moet so opgevat word dat dit afbreuk doen aan die toepassing van enige regsreel wat die direkteure van ’n maatskappy beperk in die belang wat hulle by kontrakte met die maatskappy mag hê nie.*”

<sup>17</sup>Op 50. Die regsreëls wat direkteure aldus beperk is reeds bespreek *s.v.* „Die algemene beginsel.”

<sup>18</sup>Art. 70<sup>quin</sup> (3)-(8). ’n Opgawe van kontrakte wat gesluit is en waarop die artikel van toepassing is moet aan elke algemene jaarvergadering voorgelê word, tensy die algemene vergadering spesiaal anders besluit (art. 70<sup>quin</sup> (9)).

Die gekursiveerde slotgedeelte hierbo stel dit baie duidelik dat artikel 70quin *per se* die algemene beginsel dat 'n kontrak tussen direkteur en maatskappy vernietigbaar is tensy die *algemene vergadering* dit magtig of ratifiseer, *nie* beïnvloed nie. Medewerking van die algemene vergadering bly nog steeds die algemene vereiste vir die geldigheid van 'n kontrak met die maatskappy waarby 'n direkteur belang het. Die openbaring van belange aan die *mede-direkteure* ooreenkomstig die voor-skrif in die artikel, het derhalwe die geldigheid van die bedoelde kontrak tot gevolg *slegs indien die algemene reëling uitgesluit is*<sup>19</sup> - en die enigste wyse waarop dit kan geskied is in die *statute* van die maatskappy.

Die Engelse wetgewer het die identiese funksie van artikel 70quin se eweknie in die *Companies Act* van 1948 behoorlik deursien, en in artikel 84 van die Engelse *Tabel A* verskyn so 'n uitsluitingsklousule.<sup>20</sup> Die gevolg is dat so 'n uitsluitingsklousule 'n deel vorm van die statute van elke Engelse maatskappy wat dié deel van *Tabel A* nie uitgesluit het nie, en indien die verklaring van belange ooreenkomstig artikel 70quin se eweknie plaasvind, is die kontrak met die direkteur volkome geldig.

Die Suid-Afrikaanse *Tabel A* daarenteen is in hierdie verband ondeurdag. Dit bevat enersyds geen uitsluitingsklousule nie, en andersyds word daar in artikel 95(f) gereël dat die *direkteursamp vakant raak weens onbevoegdheid* indien die direkteur -

„regstreeks of onregstreeks belang by 'n kontrak met die maatskappy of aandeel in die winste van 'n kontrak met die maatskappy het: Met dien verstande egter dat 'n direkteur nie sy amp neerlê omdat hy 'n lid is van 'n korporasie wat kontrakte aangegaan het met of werk verrig het vir die maatskappy as hy op die wyse vereis by artikel sewentig *quin*. . . die aard van sy belang openbaar maak; maar die direkteur mag nie ten opsigte van so 'n kontrak of werk of enige saak in verband daarmee, stem nie, en as hy stem, word sy stem nie getel nie.”

Indien die algemene beginsel, artikel 70quin, die onbevoegdheidsgrond hierbo genoem<sup>21</sup> en die afwesigheid in *Tabel A* van 'n uitsluitingsklousule nou saam oorweeg word, dan is die resultaat duidelikerwys prakties verwerplik en 'n slagget vir die sakeman wat hom nie toelê op die fynere punte van die maatskappyereg nie.

<sup>19</sup>In dieselfde trant Gower (a.w. 483) oor art. 199 van die Engelse *Companies Act, 1948* - die eweknie van art. 70quin.

<sup>20</sup>Volgens art. 84(1) moet 'n direkteur wat belang het by 'n kontrak met die maatskappy dit aan direkteure verklaar ooreenkomstig art. 199 van die Wet (die eweknie van ons art. 70quin). Art. 84(3) brei op hierdie „uitsluitingsklousule” uit deur te bepaal dat 'n kontrak met die maatskappy waarby 'n direkteur belang het nie vernietigbaar is nie, en dat 'n wins wat die direkteur sodoende maak ook nie verhaalbaar is nie.

<sup>21</sup>Hierdie onbevoegdheidsgrond is reeds weggelaat uit die Engelse *Tabel A*.



Die posisie is naamlik dat die direkteur van 'n maatskappy waarvan die statute met Tabel A ooreenstem, slegs op een manier 'n geldige kontrak met sy maatskappy kan sluit: deur die openbaring van sy belange aan en die medewerking van die algemene vergadering. Die algemene beginsel geld, omdat dit nie in die statute uitgesluit is nie. Derhalwe sal die stiptelikste nakoming van die voorskrifte van artikel 70quin aangaande openbaring aan mede-direkteure, die direkteur niks baat wat die geldigheid van die kontrak betref nie. Dit is ook nie al nie. Hy ontneem onmiddellik sy amp op grond van onbevoegdheid indien hy self die ander kontraksparty is. Waar die ander kontraksparty 'n korporasie is waarvan hy lid is, dan is die enigste gevolg van sy nakoming van artikel 70quin dat hy nie onbevoeg vir sy amp raak nie - dit dra niks by tot die geldigheid van die kontrak nie. Anders as in Engeland kan in Suid-Afrika 'n direkteur wat belang by 'n kontrak met sy maatskappy het, dus nie maar volstaan met 'n openbaring aan mede-direkteure ooreenkomstig artikel 70quin waar die statute met Tabel A ooreenstem nie. 'n Mens wonder onwillekeurig hoeveel direkteure al met vernietigbare kontrakte gesit het, en boonop onbevoeg vir hul amp geraak het, sonder dat 'n haan daarna gekraai het. Vanuit 'n praktiese oogpunt is die hersiening van Tabel A om by artikel 70quin aan te pas 'n dringende noodsaaklikheid. Dit kan gedoen word deur die invoeging van 'n uitsluitingsklousule in Tabel A, en deur skraping van artikel 95(f) (of minstens die aanvulling van die voorbehoudsbepaling daarin).

Waar die statute die algemene reel insluit<sup>22</sup> vind artikel 70quin sy logiese toepassing, en is 'n belangeverklaring daarvolgens voldoende vir die geldigheid van die kontrak. Versuim die direkteur om sy belange te verklaar, dan is die kontrak nie alleen vernietigbaar nie,<sup>23</sup> maar pleeg hy ook 'n misdaad.<sup>24</sup> En ofskoon die artikel dit nie vereis nie, sal die belanghebbende direkteur op 'n direksievergadering waar daar oor die kontrak gestem word, buite stemming moet bly.<sup>25</sup>

Twee aspekte van artikel 70quin verdien nog toeligting.

Die eerste is dat dit nie van 'n direkteur die openbaring van sy belang in enige kontrak hoegenaamd met die maatskappy vereis nie. Dit sou immers sinneloos wees om van 'n direkteur openbaring aan sy mede-direkteure te verg dat hy 'n pond suiker van die toonbankklerk gekoop het, in die geval van 'n kleinhandelsmaatskappy.<sup>26</sup> Soos vroeër

<sup>22</sup>Dit sal natuurlik slegs die geval wees waar die statute van Tabel A afwyk.

<sup>23</sup>So ook Gower a.w. 481.

<sup>24</sup>Art. 70quin (11).

<sup>25</sup>„Dit is 'n elementêre beginsel van maatskappyereg, dat (afgesien van uitdruklike magte wat verskaf word in die statute) 'n direkteur nie mag stem vir die aanname van 'n kontrak of op [sic] enige saak waarin hy belang het nie” (R Boshoff in *Trek Tyres Ltd v Beukes* 1957 (3) SA 306 (W), 310).

<sup>26</sup>So ook HR Centlivres in *R v Milne & Erleigh* 1951 (1) SA 791 (A), 859-860.

aangedui, het die artikel slegs betrekking op kontrakte wat namens die maatskappy gesluit moet word deur die direksie self, of deur 'n direkteur of bestuurder ingevolge 'n magtiging deur die direksie.

Die tweede aspek is dat die artikel, anders as sy Engelse eweknie, die verklaring van die *aard én omvang* van sy belang deur 'n direkteur vereis.<sup>27</sup> In die meeste gevalle sal hierdie vereiste geen wesenlike probleem skep nie. Waar die kontrak egter 'n *koopkontrak* is met die belanghebbende direkteur as verkoper, is dit nie duidelik of die *wins* wat die direkteur maak altyd geopenbaar moet word nie. By die bespreking van die algemene beginsels is aangetoon dat 'n direkteur wat self die *merx* gekoop het terwyl die vertrouensplig op hom gerus het om dit vir die maatskappy te verkry, vir die wins aanspreeklik is indien die maatskappy verkies om die kontrak in stand te hou. Wil so 'n direkteur die geldigheid van die kontrak verseker en ook die wins behou, dan kan daar geen twyfel bestaan dat *en* die feit van so 'n wins *en* die omvang daarvan verklaar moet word nie.<sup>28</sup> Die probleem ontstaan waar die direkteur self die saak verkry het onder omstandighede waar dit nie sy plig was om dit vir die maatskappy te verkry indien hy dit hoegenaamd verkry nie - d.w.s. waar hy die saak vóór sy aanstelling bekom het, of terwyl hy *qua* direkteur nie die bevoegdheid gehad het om dit vir die maatskappy te verkry nie. So 'n direkteur is nooit vir sy wins aanspreeklik nie, maar moet, waar artikel 70*quin* van toepassing is, ook die aard en omvang van sy belang verklaar indien hy wil verhoed dat die kontrak vernietigbaar is. Moet hy die feit en omvang van die onverhaalbare wins openbaar? In *S v Heller*<sup>29</sup> merk R Trollip na 'n ondersoek van dié probleem op:

„I need express no views on any of those obscure and doubtful aspects. I have referred to them to show the uncertainty of the present position and the difficulty that a director must find himself in in deciding whether or not it is necessary for him to declare the fact and extent of his profit in any particular transaction when that profit is not recoverable by the company.”<sup>30</sup>

Die een besliste gevolgtrekking waartoe die Regter wel kom, is dat sowel die feit van 'n onverhaalbare wins as die omvang daarvan wel geopenbaar moet word indien die direkteur weet dat sy mede-direkteure uit sy verswyging daarvan sal aflei dat hy geen wins maak nie, en dat hulle dit as 'n wesenlike faktor beskou. Hierdie beskouing is, met respek, aanvaarbaar in die lig van die algemene beginsel dat feite geopenbaar moet word wat 'n redelike persoon sal beïnvloed in sy besluit om 'n bepaalde kontrak aan te gaan en in sy oorweging van die

<sup>27</sup>Ingevolge art. 199 van die Engelse Wet moet 'n direkteur slegs die *aard* van sy belang verklaar.

<sup>28</sup>*S v Heller* 1964 (1) SA 524 (W), 538.

<sup>29</sup>*Supra*.

<sup>30</sup>Op 539.

terme daarvan.<sup>31</sup> In die lig van dieselfde beginsel behoort dit in alle ander gevalle vir 'n direkteur onnodig te wees om 'n onverhaalbare wins te openbaar. Die feit dat die direkteur die saak geërf, as geskenk ontvang of per toeval spotgoedkoop bekom het, sal immers nie 'n redelike man daarvan weerhou om dit teen wat hy as die waarde daarvan beskou van die direkteur te koop nie.

## SUMMARY

Contracts between a director and his company are voidable unless: (i) the general meeting, after a full disclosure of the relevant facts, authorises or ratifies the contract, or (ii) the articles of association contain a provision which excludes the necessity of approval of such contracts by the general meeting.

Where a director makes a profit as a result of the sale of a *merx* to the company, the company will be able to recover this profit if the director, at the time he acquired the *merx* for himself, had the authority to purchase it for the company and if he, furthermore, failed to disclose his interest in the transaction when he sold it to the company.

Section 70*quin* does not alter the general principle that a contract between a director and his company is voidable unless authorised or ratified by a general meeting. Its provisions relating to the disclosure by a director to his co-directors of his interest in a particular contract will only ensure the validity of such a contract if, in addition to the disclosure, the company's articles exclude the necessity of its approval by the general meeting. □

---

<sup>31</sup>In die bekende woorde van G. S. Bower is die wesenlike feite wat geopenbaar moet word daardie „which if disclosed, would influence the mind of a reasonable person in determining whether to enter into the proposed contract or transaction at all, or deciding upon the terms of such contract or transaction, having regard to its class and character” (*The Law Relating to Actionable Non-Disclosure and other Breaches of Duty in Relations of Confidence and Influence* (London 1915) 16).

# Rhodesia: A Duty not to Recognize?

D. J. Devine

*University of Cape Town*

In international law it is generally said that recognition is a matter of policy rather than a matter of law. This, in effect, means that recognition is a matter of discretion.<sup>1</sup>

Subjects of international law are completely free to grant recognition or to withhold it in individual cases. Once granted, of course, recognition will have legal consequences but the initial decision to grant or withhold it is extra-legal and often based upon political considerations. Yet there are exceptions to the above principles. There are some cases in which there does not appear to be a discretion - circumstances, in other words, in which recognition seems to have moved from the sphere of policy into the sphere of law. It is the purpose of this article to examine the concept of recognition in the light of these exceptional cases and to apply the results of the investigation to the current situation in Rhodesia.

## DISCRETIONARY CHARACTER OF RECOGNITION

At the outset it is profitable to distinguish between (i) the granting of recognition to states and (ii) the withholding of recognition from states.

As far as the withholding of recognition is concerned, this would appear to be in the absolute discretion of states. The decision not to grant recognition to an entity is always a matter of policy and never a matter of law. There is no duty to recognize and this rule is absolute and admitting of no exceptions.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>Nkambo Mugerwa *Manual of Public International Law* (Ed. M. Sorenson) 1968 277; J. L. Brierly *The Law of Nations* (6th Ed.) 1963 140 146; D. P. O'Connell *International Law* 1965 Vol. I 147; G. Schwarzenberger *International Law* 1957 Vol. I 128.

<sup>2</sup>It is true that H. Lauterpacht in his work *Recognition in International Law* 1947 Chapters IV and V did propound the view that there could be a duty to recognize a state which met the requirements of independent statehood. This theory has not, however, been generally accepted and the weight of practice militates against it.

It is in relation to the granting of recognition to states that one encounters exceptional cases. Generally, the granting of recognition is a matter of discretion but not always so. The discretion here is not absolute and there are two sets of circumstances in which there may be a duty not to recognize. Where this duty exists recognition is no longer a matter of policy. It has moved into the sphere of international law.

The exceptional circumstances are:

- (i) where recognition is premature,
- (ii) where there is a treaty obligation not to recognize a particular entity.<sup>3</sup>

### PREMATURE RECOGNITION

If a community secedes from its mother-state, premature recognition of the community as an independent state may be an international wrong against the mother-state. It may constitute intervention in its domestic affairs.<sup>4</sup>

Recognition of a new independent "state" will, obviously, be premature if that state does not have the characteristics of statehood viz. independent government, territory and population.<sup>5</sup> In addition, if the outcome of the struggle between the mother-state and the breakaway state is altogether uncertain, it would be premature to recognize the independence of the latter. This is particularly the case *durante bello*.<sup>6</sup>

For criticism of this theory see Starke *An Introduction to International Law* (5th Ed.) 1963 126-127. There is a duty to recognize the effective nationality of a naturalized subject of a recognized state but this exceptional rule has nothing to do with the recognition of *states* with which we are here concerned. See Schwarzenberger *loc. cit.*

<sup>3</sup>Mugerwa *loc. cit.*; Lauterpacht *op. cit.* 8; O'Connell *op. cit.* 149.

<sup>4</sup>Mugerwa *op. cit.* 277-278.

<sup>5</sup>*Ibid.* 277; Starke *op. cit.* 88-89.

<sup>6</sup>Mugerwa *loc. cit.* For instance to recognize Biafra as an independent state would have been premature. The mother-state Nigeria at all times maintained its claims to the breakaway region. It was prepared to reassert its control and authority by force of arms. It engaged in a civil war for the purpose. At all times there was a strong probability that it would be ultimately successful in its endeavours and in fact, as events transpired, it was so successful. It is submitted therefore, that the recognition accorded to Biafra by Gabon, Ivory Coast, Tanzania and Zambia was premature. Incidentally, though recognition *as a state* was premature, it is submitted that there was nothing to prevent any interested state from recognizing the Biafrans *as insurgents or belligerents*. See Mugerwa *op. cit.* 286. Lauterpacht *op. cit.* 8 says ". . . recognition [as an independent state during the course of hostilities] is a denial of the sovereignty of the parent state. It has not the excuse of being dictated by the necessities of intercourse for international law . . . permits various forms of intercourse short of recognition of a government or a new state. International law does not condemn rebellion or secession aiming at acquisition of independence."

On the other hand, if the mother-state is apparently incapable of bringing the rebels under its control recognition might then be afforded to the rebels without infringing the rights of the mother-state.<sup>7</sup>

The above principles must now be applied to the Rhodesian situation.

In a previous article the writer discussed the question of premature recognition in relation to Rhodesia and he came to the conclusion that recognition of Rhodesian independence might not be at all premature.<sup>8</sup> Despite an intensive economic war waged over a period of four years by the United Kingdom with the aid of other members of the international community, against Rhodesia, it appears that the United Kingdom is not likely to gain control of Rhodesia.<sup>9</sup> Perhaps the only possible way of gaining control of Rhodesia would be by the use of force, but the United Kingdom has reiterated that it is not prepared to resort to such a measure. Added to this is the internationalization of the situation by the United Kingdom in invoking the aid of the United Nations. This shows an inability to control a domestic issue which, it is submitted, other subjects of international law might (if they felt so inclined) take into consideration in deciding whether or not to grant Rhodesia recognition. An analogy might here be drawn with the state which tries to maintain its government in power by foreign aid. According to Dr Clive Parry such a state is denying its statehood.<sup>10</sup> In the circumstances here we might say that the United Kingdom was in-

---

<sup>7</sup>See Oppenheim *International Law* 1948 Vol. I 124-125.

<sup>8</sup>*Status of Rhodesia in International Law* 1967 Acta Juridica 39, 46-47.

<sup>9</sup>See on this the *dicta* of Beadle CJ in *Madzimbamuto v Lardner-Burke and Another* 1968 (2) SA 284, 306-307, 321, 325.

<sup>10</sup>*Manual of International Law* (Ed. M. Sorenson) 1968, 22. Seemingly too the position taken up by the United Kingdom right from the commencement of Rhodesian independence was that the co-operation of other states would be necessary to enable the United Kingdom to regain control. Mr Michael Stewart, the Foreign Secretary, had the following to say before the Security Council of the United Nations on 12 November, 1965: "The second reason why we are now bringing the matter before this Council is a severely practical reason. I am about to describe the measures which the United Kingdom Government has taken to deal with this illegal declaration and to restore the rule of law in Southern Rhodesia. *If these measures are to be effective we must ask for the goodwill, the co-operation and the active support* (italics supplied) of all those who accept the principles set out in resolution 2012 (XX) adopted by the General Assembly on 12th October, 1965 . . ." (20 UN SCOR 1257th Meeting 3-8 1965). The attitude of the French Delegation to the Security Council at the particular time, is interesting ". . . the conflict between the United Kingdom and Southern Rhodesia is therefore not an international one. To describe it otherwise would, in fact, establish Salisbury's claims, which is just what France, for its part, refuses to do. For that reason, the French Government considers that the Security Council should take no decision on the matter. Consequently, my delegation will abstain in the votes which are to be taken." (20 UN SCOR, 1258th Meeting 3 (1965)).

voking foreign aid in the form of United Nations sanctions to help it to bolster its authority in a rebellious part of its territory. Without such "foreign aid," in the form of co-operation by some one hundred and twenty other states, it would appear to be incompetent to assert its authority over the breakaway territory. This is a factor which could very well indicate that recognition of Rhodesia would no longer be premature.

Assume however that the writer's above submission is incorrect in that in all the circumstances of the case recognition of Rhodesia would still be premature. The question which now arises is, what are the effects of a premature recognition? We have previously stigmatized the recognition of Biafra as being premature in this way. It is therefore instructive to consider the legal position in this particular case. The effect, it is submitted, is twofold.

- (i) The recognizing states have committed an international tort against Nigeria. They are in breach of a duty not to recognize which was incumbent upon them in the circumstances. As such they have incurred international responsibility to Nigeria.<sup>11</sup>
- (ii) Even though the recognizing states infringed their international law obligations to Nigeria, the act of recognition, nevertheless, remained valid and it had the effect of establishing an international personality in Biafra.<sup>12</sup> Even among those who favour the declaratory theory of recognition, it is conceded that a premature recognition may be constitutive of international personality.<sup>13</sup>

Prof. Nkambo Mugerwa says that even

"if the regime recognized lacks the essentials of a state, to recognize it is to constitute it a subject of international law."<sup>14</sup>

The result was that Biafra obtained a relative international personality. It was a fully independent state and its relationships with its recognizers were governed by international law. As far as other states were

---

<sup>11</sup>The Panamanian secession from Colombia in 1903 provides an interesting example of such premature recognition and the consequences thereof. The United States immediately recognized Panama as an independent state and went even further by preventing Colombia from reasserting its authority over Panama. The controversy which ensued from this unjustified intervention was only finally settled by means of a Treaty ratified in 1922 and under which a payment of \$50,000,000 compensation was made to Colombia. See Oppenheim *op. cit.* 125.

<sup>12</sup>With the collapse and submission of Biafra on 12 January, 1970, this personality terminates.

<sup>13</sup>Mugerwa *op. cit.* 278.

<sup>14</sup>*Ibid.*

concerned it was not an international person and it was, therefore, incapable of having rights and duties under international law *vis-a-vis* other states.<sup>15</sup>

We can now come to a conclusion regarding the nature of the act of recognizing a state as fully independent. The act may be validly but unlawfully performed. It is a validly performed juristic act in that it achieves the desired legal effect, namely the creation of an international personality in the recognized entity. But at the same time the creation of that personality will be a wrong against another subject of international law if premature. A jurisprudential analysis will further clarify the nature of the act. The act of recognition is the exercise of a power vested in existing subjects of international law. Power is here used in the Hohfeldian sense of the term as denoting an ability to bring about a change in the legal *status quo*.<sup>16</sup> The act of recognizing does bring about such a change as it is constitutive of a personality in the recognized as against the recognizer, a personality which did not exist in law before the act of recognition and which flows from the exercise of the power. Coupled, however, to this power is a duty not to exercise the power prematurely. The duty can be broken but the power will remain validly exercised with the desired effect. This idea of a power coupled with a duty not to exercise it is certainly not an unknown phenomenon in law.<sup>17</sup>

### TREATY OBLIGATIONS NOT TO RECOGNIZE

If a state concludes a treaty undertaking not to recognize a certain situation, be it the independence of another state, belligerency, territorial change, etc., it has curtailed its discretion to recognize and has assumed a duty not to recognize to the other party, or parties, to the treaty.<sup>18</sup> Recognition granted against the terms of such a treaty will be an international tort and the recognizer will incur international respon-

<sup>15</sup>The writer for reasons which he intends clarifying in a future paper adheres at present to the constitutive theory of recognition and he supports the theory of the relative legal existence of the state propounded by Hans Kelsen in 35 AJIL 605, 608-609.

<sup>16</sup>See W. N. Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions* (Ed. W. W. Cook) 1963, 50-51.

<sup>17</sup>Take for example the position in municipal law of the thief who steals a negotiable instrument payable to bearer. He has *power* to negotiate coupled with a *duty* not to negotiate. If he does negotiate the instrument, the power is validly exercised and achieves the desired legal result - the constitution of the transferee as a holder in due course. But the duty has been infringed and so the thief remains responsible to the true owner for the latter's loss. Other prominent examples are (i) the agent who acts outside his actual authority but within his ostensible authority, thus bringing his principal into a juristic relationship with third parties by estoppel, (ii) the trustee who sells in breach of trust, (iii) the owner who contracts to sell and who then delivers to a third party who purchases the article in good faith.

<sup>18</sup>Schwarzenberger *op. cit.* 128.



sibility. Once again, however, the act of recognition will be valid though unlawful. It will achieve the desired legal effect.<sup>19</sup>

Schwarzenberger says that the provisions of Article 2(4) of the Charter of the United Nations provide us with a specific example of the duty not to recognize.<sup>20</sup> It is implicit in that article that member states of the United Nations undertake not to recognize territorial changes which are brought about by the illegal use of force contrary to the provisions of the Charter.<sup>21</sup>

The position of Rhodesia here demands close investigation. Can it be argued that members of the United Nations are under an obligation not to recognize Rhodesia? It is true that the Charter of the United Nations does not contain any provision in relation to the recognition or non-recognition of newly independent states. But the Charter does provide that in certain circumstances certain organs of the United Nations can make binding decisions.<sup>22</sup> The member states of the United Nations may then have obligations under the Charter to obey and give effect to these binding decisions.<sup>23</sup> Suppose then that a binding decision was arrived at in terms of which members of the United Nations were called upon not to recognize Rhodesia, the members would then have a binding obligation in international law under the Charter, which is a treaty, not to recognize Rhodesia. Breach of such an obligation would involve the infringing member state in international responsibility.

It is general knowledge that several resolutions have been passed by organs of the United Nations on the Rhodesian situation. The question which arises, therefore, is whether any of these resolutions imposes a duty on member states not to recognize. In examining these resolutions two factors are of vital importance: (i) naturally the actual terms of the resolution passed, and (ii) the organ of the United Nations from which the resolution emanated. Both of these factors will receive attention in discussing the individual resolutions passed. The following resolutions have been passed:-

(A) *General Assembly Resolution dated October 12, 1965.*<sup>24</sup> One of the paragraphs in the particular resolution would appear to be relative to the question of recognition. The General Assembly

<sup>19</sup>Oppenheim says that the assumption of the obligation of non-recognition does not have the effect of invalidating an otherwise legal situation. *Op. cit.* 140.

<sup>20</sup>*Op. cit.* 302.

<sup>21</sup>Another such example is the 1907 Treaty in which five Central American Republics undertook not to recognize new governments which came to power by unconstitutional means. See O'Connell *op. cit.* 149. The example is concerned with the non-recognition of governments rather than states but it does illustrate the principle that the discretion to recognize may be fettered by treaty.

<sup>22</sup>See for example Articles 39, 41, 42.

<sup>23</sup>See Articles 25, 48, 49.

<sup>24</sup>UN DOC. A/6014 (1966).

- “3. *Requests* the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and all Member States not to accept a declaration of independence for Southern Rhodesia by the present authorities, which would be in the sole interest of the minority, and not to recognize any authorities purporting to emerge therefrom.”

This resolution was passed by a vote of 102 to 2 (Portugal and South Africa), with one abstention (France). It clearly calls upon member states of the United Nations not to recognize Rhodesian independence as it presently exists. It is submitted, however, that it does not impose binding obligations not to recognize on member states of the United Nations for the following reasons:

- (i) On general constitutional principles, the resolutions of the General Assembly of the United Nations do not impose binding legal obligations on member states. When addressed to member states they merely amount to recommendations.<sup>25</sup>
- (ii) In the case of a member state which actually votes against a resolution, the recommendatory character of the resolution is even more emphatic. For it cannot even be argued that the state, by voting for the resolution, was giving an undertaking to adopt a specific course of conduct, e.g. not to recognize Rhodesia. South Africa voted against this resolution, so its position relating to Rhodesian recognition is stronger than in the case of those who voted for the resolution.<sup>26</sup>
- (iii) The resolution merely “requests” member states not to recognize Rhodesia. This seems to suggest that even if the assembly had the power to bind member states here, it was not even attempting to do so in the instant case. “Requests” is in sharp contrast to the language used in the same resolution paragraph 5 by the Assembly, viz “decides.” Further it is submitted that the word “requests” could not possibly be interpreted as constituting an undertaking not to recognize Rhodesia on the part of those member states who voted for the resolution. In addition the well known presumption in favour of the sovereignty of states in a case of doubt would be applicable here.<sup>27</sup> States are presumed to concede as few rights as possible (a presumption in favour of the retention of sovereignty) and

<sup>25</sup>Hans Kelsen *The Law of the United Nations* 1951, 195-197; Abdullah El Erian *Manual of International Law* (Ed. M. Sorenson) 1968, 88.

<sup>26</sup>Prof. Michel Virally *Manual of International Law* (Ed. M. Sorenson) 1968, 161, says: “On the other hand a state which has not declared its acceptance of a recommendation is not bound by it, though it may be fairly asked whether the principle of good faith will permit a state to disregard a recommendation which it has formally approved by its affirmative vote. No customary rule to this effect has so far emerged.”

<sup>27</sup>*Ibid.* 160; See too Schwarzenberger *op. cit.* 119-121, 123-124, 192.

their acts will generally be interpreted in this light. The use of the word "requests" when considered in conjunction with the presumption in favour of sovereignty means, in my view, that member states of the United Nations have retained their discretion to recognize Rhodesia and cannot be taken to have given an undertaking not to recognize by voting for this measure.

(B) *General Assembly Resolution dated November 5, 1965.*<sup>28</sup> This resolution was passed by a vote of 82 to 9 with 18 abstentions. South Africa was among those voting against the resolution. Only one paragraph is relative to the question of recognition. The General Assembly

"9. *Appeals* to all states to use all their powers against a unilateral declaration of independence and, in any case, not to recognize any government in Southern Rhodesia which is not representative of the majority of the people."

It is submitted that precisely the same arguments apply to this resolution as to the one previously discussed. The argument revolving around the use of the word "*requests*" can, it is submitted, be applied *mutatis mutandis* to the use of the word "*appeals*" which appears in this resolution. The submission, therefore, is that this resolution amounts only to a recommendation to member states of the United Nations and does not impose binding legal obligations not to recognize.

(C) *Security Council Resolution dated November 12, 1965.*<sup>29</sup> One paragraph of this resolution is relevant to the question of recognition. The Security Council

"2. *Decides to call upon* all states not to recognize this illegal racist minority regime in Southern Rhodesia and to refrain from rendering any assistance to this illegal regime."

Unlike the General Assembly, the Security Council of the United Nations has the power, in terms of the Charter to pass resolutions which are binding on member states of the United Nations and which may, therefore, impose international law obligations on members of the United Nations.<sup>30</sup> The resolution in question here calls upon member states not to recognize Rhodesia and the only question which remains is to consider whether this directive to member states enshrines an obligation on the member states to observe it. This is a question which merits careful consideration.

Under the Charter of the United Nations, the Security Council may in general pass two types of resolutions. (i) Resolutions taken under the

<sup>28</sup>Resolution 2022 (XX).

<sup>29</sup>Resolution 216 (1965).

<sup>30</sup>Charter of the United Nations, Articles 25, 48 and 49.

provisions of Chapter VI of the Charter of the United Nations.<sup>31</sup> Such resolutions are not binding on member states. Like the resolutions of the General Assembly they amount merely to recommendations.<sup>32</sup> (ii) Resolutions taken under the provisions of Chapter VII of the Charter of the United Nations. These resolutions are passed where the Security Council determines that there is a threat to the peace, a breach of the peace or an act of aggression.<sup>33</sup> Having made such a determination the Security Council is then entitled to deal with the matter as it thinks fit and is entitled to call upon the member states of the United Nations to assist it in its endeavours.<sup>34</sup> Here the member states of the United Nations may be legally bound to carry out the directions of the Security Council.<sup>35</sup> On the other hand there is no obligation on the Security Council to pass binding resolutions even under Chapter VII. It may take such action as it sees fit in the circumstances and this naturally includes the making of recommendations to member states.<sup>36</sup>

The first question which must be asked, therefore, is whether the resolution in question is a Chapter VI resolution or a Chapter VII resolution. To bring Chapter VII of the Charter into operation it would appear that the Security Council should make a determination that the situation constitutes a threat to the peace or breach of the peace, or that there has been an act of aggression.<sup>37</sup> In the absence of such a specific determination the resolution is consequently a Chapter VI resolution and is recommendatory only. It is submitted that this resolution is recommendatory and does not impose a binding legal obligation on members of the United Nations not to recognize Rhodesia. Compare, for instance, the terms of this resolution with those of later resolutions of the Security Council taken on the Rhodesian situation which have been taken under Chapter VII and which do impose binding legal obligations in various respects on member states, and the difference will be immediately apparent.<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup>Charter of the United Nations, Articles 34, 36, 38.

<sup>32</sup>See in particular the wording of Articles 36 and 38. See too Brierly *op. cit.* 381-382; C. J. R. Dugard (1966) 83 SALJ 44, 48-49.

<sup>33</sup>Charter of the United Nations, Article 39.

<sup>34</sup>*Ibid.* Articles 39, 41, 42.

<sup>35</sup>*Ibid.* Articles 25, 48 and 49; Dugard *loc. cit.*

<sup>36</sup>In the words of Article 39, the Security Council "... shall make recommendations, or decide what measures shall be taken . . ." Clearly the Council has a wide discretion.

<sup>37</sup>Note the more or less mandatory language of Article 39: "The Security Council *shall* determine the existence of any threat to the peace" etc. Such a determination is therefore, it is submitted, a prerequisite to bringing the powers outlined in Chapter VII into operation.

<sup>38</sup>Contrast for example the text of the Security Council Resolutions 232 (1966) where the Council "*determines* that the present situation in Southern Rhodesia constitutes a threat to international peace and security" and 253 (1968) where the Council "*reaffirms* its determination that the present situation in Southern Rhode-

(D) *Security Council Resolution dated November 20, 1965.*<sup>39</sup> The portions of this resolution which are relevant to the question of recognition are now quoted. The Security Council

- “1. *Determines* that the situation resulting from the proclamation of independence by the illegal authorities in Southern Rhodesia is extremely grave, that the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland should put an end to it and that its continuance in time constitutes a threat to international peace and security.
6. *Calls upon* all states not to recognize this illegal authority and not to entertain any diplomatic or other relations with this illegal authority.”

Again the question arises whether this is a Chapter VI or a Chapter VII resolution. In view of the terms of paragraph one it might be argued that the provisions of Chapter VII have been brought into operation, that the resolution is, therefore, mandatory and a duty not to recognize Rhodesia is imposed by paragraph 6 of the resolution. However it can also be cogently argued that this is a Chapter VI resolution and thus merely recommendatory in nature. On a reading of paragraph one of the resolution it is possible to come to the conclusion that the view of the Security Council at the time was that the Rhodesian situation was a grave one and that should it continue for a time it could pose a threat to international peace and security. In other words there is no determination of a *present* threat to the peace. The view is merely stated that such a threat may develop out of an existing situation which is characterized as “grave.” Since there has been no determination of a threat to the peace, Chapter VII does not come into play and the resolution remains a Chapter VI resolution. This interpretation would seem to be strengthened by the following considerations.

- (i) The rather loose language of paragraph one should be compared with the unequivocal language used in later resolutions taken in the Rhodesian situation under Chapter VII.<sup>40</sup>
- (ii) In the later Chapter VII resolutions just mentioned, members of the United Nations are warned that failure to observe the resolutions in question will constitute a violation of their Charter obligations.<sup>41</sup> There is no such admonition to member states in the resolution under discussion.

---

sia constitutes a threat to international peace and security” and *acts* “under Chapter VII of the United Nations Charter.” There can be no doubt about such language. The powers conferred by Chapter VII are unequivocally called into play.

<sup>39</sup>Resolution 217 (1965).

<sup>40</sup>For example Resolutions 232 (1966) and 253 (1968). See note 38 *supra*.

<sup>41</sup>Security Council “*calls upon* all state Members of the United Nations to carry out these decisions . . . in accordance with article 25 . . . and reminds them that failure or refusal by any of them to do so would constitute a violation of that article.” See too Resolution 232 (1966).

- (iii) In case of doubt (and this particular paragraph is open to conflicting interpretation) one may again utilize the established presumption in favour of sovereignty. Applying this presumption, the resolution would be interpreted to interfere with the rights of states as little as possible. The presumption would then be in favour of a Chapter VI resolution which could impose no binding duties on the member states and which would in consequence leave them free to exercise their discretion to recognize.
- (iv) Before this resolution was passed in the Security Council the Ivory Coast introduced a draft resolution on behalf of the African nations.<sup>42</sup> This draft made a specific determination that the declaration of independence constituted a threat to international peace and security and purported to call Chapter VII powers into play. But the United Kingdom and United States were not prepared to support a Chapter VII Resolution.
- (v) The Determination of the Security Council was *inter alia* that the continuance in time of the Rhodesian situation would constitute a threat to international peace and security. This determination should be compared with the text of article 34 of the Charter of the United Nations which is:

“The Security Council may investigate any dispute, or any situation which might lead to international friction or give rise to a dispute, in order to determine whether the *continuance of the dispute or situation is likely to endanger the maintenance of international peace and security.*”<sup>43</sup>

Article 34 therefore deals specifically with situations, the continuance of which are likely to threaten the peace, and the resolution in question also purports to deal with just such a situation. This is extremely significant because Article 34 deals with the powers of the Security Council under Chapter VI of the Charter. The conclusion is inevitable that this is a Chapter VI resolution and is thus not binding on member states. That this is so is also borne out by the statement of Mr Stewart speaking on behalf of the United Kingdom in the Security Council:

“ . . . the situation is one described in the Charter of the United Nations: it can be correctly described as a situation the continuance of which could be a menace to international peace and security . . . It has not yet developed to a point where there is an actual breach of international peace - that is to say, where there is fighting between nations - and it is the intention of the United Kingdom Government to see to it that the rebellion is so dealt with that such a situation does not arise.”<sup>44</sup>

<sup>42</sup>20 UN SCOR 1259th Meeting at 20-21; UN DOC. S/6929 (1965).

<sup>43</sup>Italics supplied.

<sup>44</sup>20 UN SCOR, 1263rd Meeting 3-4 (1965).

When this statement is taken in conjunction with the fact that the United Kingdom was not prepared to support the draft resolution introduced into the Security Council by the Ivory Coast, a draft which clearly invoked Chapter VII of the Charter, the conclusion is practically irresistible that this was a Chapter VI resolution. There is thus no duty not to recognize Rhodesia.

(E) *Security Council Resolution dated May 29, 1968.*<sup>45</sup> The portions of this resolution which are relevant are that the Security Council

“Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations.<sup>46</sup>

10. *Emphasizes* the need for the withdrawal of all consular and trade representation in Southern Rhodesia, in addition to the provisions of operative paragraph 6 of resolution 217 (1965).”

We have just discussed paragraph 6 of Resolution 217 (1965) and concluded that it was not a mandatory Chapter VII resolution but a recommendatory Chapter VI resolution. We now find that the contents of this paragraph are *emphasized* by the resolution at present under discussion, a resolution which is undoubtedly taken under Chapter VII of the Charter. The question therefore arises whether confirmation of the terms of a Chapter VI resolution by those of a Chapter VII resolution makes the former obligatory under Chapter VII. It is submitted that there can be no doubt but that the Security Council has the power to convert that which was formerly a recommendation under Chapter VI into an obligatory direction under Chapter VII. Whether this has, in fact, happened will naturally depend on the intention of the Security Council and this of course is to be gathered primarily from the terms of the second confirmatory resolution. The task, therefore, resolves itself into an examination of the terms of the resolution.

It may be thought that from the mere fact that the Security Council acts expressly in terms of Chapter VII, as here, that everything which follows in the resolution will automatically be obligatory and that therefore the relevant paragraph 10 will also impose a binding duty not to recognize Rhodesia. But this is not necessarily so. Each individual directive of the Security Council must be considered to see whether or not it imposes binding obligations. For instance where the Security Council uses the word “decides”<sup>47</sup> it is clearly its intention to impose binding legal obligations.<sup>48</sup> So too where the Council uses the words

---

<sup>45</sup>Resolution 253 (1968).

<sup>46</sup>This resolution may thus impose binding legal obligations on member states of the United Nations where the intention to so do is quite clear.

<sup>47</sup>As in paragraphs 3, 4, 5, 6, 7, 20, 23 of this Resolution 253 (1968).

<sup>48</sup>Take for example the provision of paragraph 6 of Resolution 253 (1968) which reads: “*Decides* that all member states of the United Nations shall prevent airline companies constituted in their territories and aircraft of their registration or under

“calls upon”<sup>49</sup> the intention to bind under Chapter VII is reasonably clear.<sup>50</sup> On the other hand, where the Council uses such words as “requests”<sup>51</sup> or “urges”<sup>52</sup> the intention not to bind can be clearly implied from the use of such precatory words.<sup>53</sup> The word used in paragraph 10, viz “emphasizes,” is to a degree ambiguous here and it may be that in using such a word the Council did not intend to bind member states. On the other hand the word “emphasizes” is a much stronger (more emphatic) word than “requests” or “urges” and it is conceivable that it might be sufficient to impose a binding obligation. However, the matter is ambiguous and it is submitted that when the following factors are considered, the probabilities favour a recommendation here.

Paragraph 11 of the Resolution under discussion provides as follows: the Security Council

*“Calls upon all State Members of the United Nations to carry out these decisions<sup>54</sup> of the Security Council in accordance with Article 25 of the United Nations Charter and reminds them that failure or refusal by any one of them to do so would constitute a violation of that Article.”*

The Security Council is, here, clearly referring to the particular paragraphs in the resolution which impose binding legal obligations. The Council refers to its “decisions” and it is submitted that by using this word the Council is referring to those paragraphs in the resolution in which it “decides” certain matters.<sup>55</sup> These paragraphs are binding and members are informed that failure to observe them would be a breach of their Charter duties. No such admonition is given in respect of paragraphs where the Security Council merely “requests” or “urges” or “emphasizes” and thus by implication the Security Council did not intend these paragraphs to be binding.

It might be argued, however, that in paragraph 11 the Security Council was referring to the contents of all the preceding paragraphs 1 to 10 inclusive and intended all these paragraphs (including the rele-

charter to their nationals from operating to or from Southern Rhodesia and from linking up with any airline company constituted or aircraft registered in Southern Rhodesia.”

<sup>49</sup>As in paragraphs 2, 8, 11, 18, 22 of the present Resolution 253 (1968).

<sup>50</sup>Take for example the provisions of paragraph 18 of Resolution 253 (1968) which reads: “*Calls upon* all State Members of the United Nations or of the specialized agencies to report to the Secretary-General by 1st August, 1968 on measures taken to implement the present resolution.”

<sup>51</sup>As in paragraphs 9, 15, 19, 21 of the present Resolution 253 (1968).

<sup>52</sup>As in paragraphs 13 and 14 of the present Resolution 253 (1968).

<sup>53</sup>Take for example the provisions of paragraph 14 of Resolution 253 (1968) which reads: “*Urges*, having regard to the principles stated in article 2 of the United Nations Charter, States not Members of the United Nations to act in accordance with the provisions of the present resolution.”

<sup>54</sup>Italics supplied.

<sup>55</sup>See paragraphs mentioned in footnote 47 *supra*.



vant paragraph 10) to impose binding legal obligations. The phraseology of paragraph 11 in which the Council calls on all member states "to carry out *these decisions*" may possibly lead to such an interpretation of the paragraph, but, it is submitted, it is unlikely that this interpretation is the correct one for the following reason. One of the preceding paragraphs, viz paragraph 9, is clearly of a recommendatory character only. It merely "requests" member states to take certain action. The Security Council in paragraph 11 cannot therefore be referring to paragraph 9 and since this is so it cannot have been referring to the contents of the previous paragraphs 1 to 10 inclusive, but only to those paragraphs in which the Council "decides" certain matters. It is unlikely, therefore, that the Council in paragraph 11 intended to refer to paragraph 10 where certain matters are merely "emphasized."

In conclusion, it is submitted that although the matter is not free from doubt, the better view would appear to be that Security Council Resolution 253 (1968) does not impose a binding duty on members of the United Nations not to recognize Rhodesia. The presumption in favour of the retention of sovereignty by states also favours this view.

(F) *General Assembly resolution dated October 25, 1968.*<sup>56</sup> The portion of this resolution which is relevant to the question of recognition reads as follows. The General Assembly:

"2. *Calls upon* all states not to recognize any form of independence in Southern Rhodesia without the prior establishment of a government based on majority rule in accordance with General Assembly resolution 1514 (XV)."

The first two arguments used in relation to General Assembly Resolution dated October 12, 1965, are applicable to this resolution also. The submission, therefore, is that this resolution amounts merely to a recommendation and does not incorporate a duty not to recognize Rhodesia.

Various other resolutions have been passed by organs of the United Nations on the Rhodesian situation, but these resolutions do not appear to contain any provisions which are relative to the question of recognition.

The conclusion is, therefore, that there is, in all probability, no duty on members of the United Nations to withhold recognition from Rhodesia. It must readily be conceded, of course, that there is absolutely nothing to prevent the Security Council from passing a resolution under the provisions of Chapter VII imposing on members of the United Nations a duty not to recognize Rhodesia. This would have to

---

<sup>56</sup>Resolution 2379 (XXIII).

be done clearly and unequivocally but to date it does not appear to have been done.<sup>57</sup>

One last question may be asked. Assuming that there was a duty not to recognize incumbent on member states of the United Nations, what would the effect of recognition be? It is submitted that such recognition would be constitutive of an international personality in the recognised entity (as in the case of premature recognition) but would, at the same time, be a breach of Charter obligations for which international responsibility would be incurred by the recognizer to the other member states of the United Nations. As pointed out previously in this article, we would have a valid but unlawful act of recognition. The emerging personality would, of course, be merely a relative one.<sup>58</sup>

*The Anglo-American common-law is a law of the courts. Its oracles are judges. It was taught in the Inns of Court, societies of lawyers, by practising lawyers and it was developed in the courts. The Continental law is a law of the universities. Its oracles are professors.*

Roscoe Pound

---

<sup>57</sup>With the possible though unlikely exception of paragraph 10 of Security Council Resolution 253 (1968).

<sup>58</sup>This paper was written before the inception of the Rhodesian Republic and the consequent decision of the Security Council on March 18, 1970. The paper, therefore, summarizes the writer's views of the legal position up to 17 March, 1970. The position relating to recognition of the Republic of Rhodesia since that date may conceivably be different.

# Dwaling by Onterwing

C. P. Joubert

*Senior Advokaat te Pretoria*

(*Vervolg*)

## III

Teen die voorafgaande uiteensetting as agtergrond kan ons nou terugkeer na die drie *Digesta*-tekste wat ons reeds aangehaal het.

(i) In *D* 28.2.14.2 het ons te doen met die geval waar die testateur in sy testament 'n *causa exheredationis* vermeld waarom hy sy seun onterf, naamlik dat hy weet dat dit nie sy seun is nie, m.a.w. die testateur ontken vaderskap van die seun en onterf hom op grond daarvan uitdruklik. Dog indien na die testateur se dood bewys word dat die betrokke seun wel die testateur se kind is, dan is hierdie ontewing nietig. Ons het dan met 'n *falsa causa exheredationis* te doen, en dit maak die ontewing nietig. Die testateur het gedwaal ten aansien van die grond vir die ontewing en die veronderstelling moet noodwendigerwys wees dat die testateur nooit die ontewing sou gemaak het as dit nie vir sy dwaling was nie.

Buckland<sup>102</sup> wys op „the probable view that for classical law an *exhereditio*, expressly on the ground that the person was not a *filius*, was void if he was a *filius*, as he was not *ut filius exhereditatus*, and idle if he was not a *filius*.” Dit was 'n hoogs formalistiese benadering. 'n Vader kan sy *filius verus* onterf, maar dan moet hy hom uitdruklik by name as sy seun (*ut filius*) onterf. Hier het die vader, soos *ex post facto* blyk, sy *filius verus*, wat hy nie as sy seun beskou het nie, onterf, maar hy het hom nie as sy seun (*ut filius*) onterf nie omdat hy hom nie as sy seun beskou het nie, en daarom is die ontewing nietig.

Bartolus (1314-1357), die groot middeleeuse Kommentator, het die standpunt gehuldig dat 'n *falsa causa exheredationis* slegs dan nietigheid van die ontewing meebring indien dit 'n *falsa causa circa filiationem*

---

<sup>102</sup> *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 2de druk 322 voetnoot 4.

<sup>103</sup> *ad D* 28.2.14.2 nr. 1: Sed respondeo quod falsa causa circa filiationem vitiat exheredationem ipso jure ut Cod. 6.24.2. & 7 & ita loquitur hic et dixi in *D*. 35.1.17 secus si falsa causa aliud respiceret quam filiationem vel affinitatem.

*vel affinitatem* is.<sup>103</sup> Hy het verder gemeen dat die las op die onterfde seun berus om aan te toon dat hy wel die seun van die testateur is waar laasgenoemde hom uit hoofde van 'n *falsa causa exheredationis* onterf het as sou hy nie die testateur se seun wees nie.<sup>104</sup>

Baldus (1327-1400), ook 'n groot middeleeuse Kommentator, was van mening dat die onterfde seun hier nie die *querella inofficiosi testamenti* aanwend om die onterwing nietig te verklaar nie.<sup>105</sup> Ons moet egter in gedagte hou dat nietigheid van die onterwing geensins beteken dat die seun as testamentêre erfgenaam kan erf nie, aangesien hy nie in die testament as erfgenaam ingestel is nie. Ten einde te kan erf, sal hy derhalwe noodgedwonge aanspraak op sy intestate erfporsie moet maak deur die *querella inofficiosi testamenti* te gebruik. Dit strook dan ook met wat Ulpianus in *D* 5.2.27.1 verkondig het, naamlik:

Ei, qui se filium eius esse adfirmat, qui testamento id denegavit, tamen eum exheredavit, de inofficioso testamento causa superest.<sup>106</sup>

Waar ons in *D* 28.2.14.2 te doen het met 'n *falsa causa exheredationis*, kry ons in *Cod* 6.24.4 te doen met 'n *falsa causa heredationis*. *Cod* 6.24.4, wat 'n *constitutio* van keiser Gordianus uit die jaar 238 AD bevat, lui soos volg:

Si pater tuus eum quasi filium heredem instituit, quem falsa opinione ductus sum esse credebat, non institurus, si alienum nosset, isque postea subditicius esse ostensus est, auferendam ei successionem divi Severi et Antonini placitis continetur.<sup>107</sup>

<sup>104</sup>*ad D* 28.2.14 nr. 2: Opponitur secundum gl. dicitur hic quod probat se filium. Contra non debet admitti probatio quae facta nil relevat sed haec est huiusmodi quia si probetur filius exhereditatio est nulla. ut hic in tex. si non est filius similiter est nulla. Opponitur *D*. 37.10.3.4. Solutio illud verum est quantum ad carbonianum honorum possessionem non ad aliud. Opponitur *D*. 5.2.27. Solutio ut ibi. Quaero incumbat hic onus probandi. Credo quod filio: quia verbum patris est contra eum. quod tenendum menti. hoc tamen non placet Dyno quia §3: verbum patris non facit filium non esse in possessione filiationis nisi mulier contemperit plautianum ut *D*. 25.3.1.12 & *D*. 37.10.1.4. Tene ergo primam solutionem. Opponitur glo. Inst. 1.6.6. Solutio, ibi non est error quia causa est vera licet iniusta ut ibi not. Item ibi lex si filii. Solutio ut ibi secundum intellectum Ric. Item ibi §j dic ut ibi.

<sup>105</sup>*ad D* 28.2.14.2 nr. 1: . . . No. tex. non enim venit hic per viam quaerellae, sed nullitatis propter errorem in causa filiationis, arg. *Cod*. 6.24.4 & 7 & sunt tres casus, in quibus sententia facit ius quo ad omnes. sed quando est lata sententia semel super filiatione: item super ingenuitate. item super aetate, de quibus omnibus ponitur in *D*. 11.1.11 & in *D*. 1.5.25. . .

<sup>106</sup>Scott se vertaling: „Where anyone alleges that he is the son of the testator who denied this to be true in his will, and, nevertheless disinherited him, ground for an action for an inofficious will still remains.”

<sup>107</sup>Scott se vertaling: „If your father appointed as his heir one whom he falsely believed to be his son, and it is shown that he would not have appointed him if he had known that he was a stranger, and the latter is afterwards proved to be supposititious, it is established by the decisions of the Divine Severus and Antoninus that he should be deprived of the estate.”

Hier het ons die geval waar 'n testateur verkeerdlik geglo het en oortuig was dat hy die vader van 'n sekere seun is. In sy testament benoem hy dan ook hierdie seun as synde sy seun as sy erfgenaam. Indien na die dood van die testateur bewys word dat hy nie hierdie seun as sy erfgenaam sou benoem het indien hy geweet het dat dit inderdaad nie sy seun is nie, en indien boonop bewys word dat dit inderdaad nie sy seun is nie, het keisers Septimius Severus en Antoninus Caracalla deur 'n *keiserlike besluit* die betrokke seun sy testamentêre erfopvolging ontnem. Hier berus die erfstelling op 'n dwaling aan die kant van die testateur wat die erfstelling nooit sou gemaak het as dit nie vir sy dwaling was nie.

(ii) In *D* 5.2.28 het ons die geval waar 'n moeder 'n vals berig ontvang het dat haar seun, wat 'n soldaat was, gesneuwel het. Handelende hierop het sy ander persone as haar erfgename in haar testament benoem en sodoende haar seun oor die hoof gesien (*praeteritio*) of stilswyend onterf. Ons wil veral die aandag daarop vestig dat daar geen aanduiding in die teks self is dat die moeder in haar testament melding gemaak het van die berig insake haar seun se beweerde dood en dat sy as gevolg daarvan ander persone as haar erfgename ingestel het nie, m.a.w. daar is geen aanduiding dat die testament 'n *falsa causa exheredationis* bevat het nie.

Ons het reeds gesien dat 'n vrou volgens die *ius civile* nie *sui heredes* gehad het nie en haar eie kinders kon onterf bloot deur hulle oor die hoof te sien (*praeteritio*) en ander persone as haar erfgename te benoem. In die onderhawige geval was die stilswyende onterwing van die seun volgens die *ius civile* derhalwe volkome regsgeldig.

Ons het hier te doen met dwaling aan die kant van die moeder as erflaterster met betrekking tot die rede vir die stilswyende onterwing van haar seun. Sy het verkeerdlik geglo en aangeneem dat hy as soldaat gesneuwel het.

Wat egter interessant is, is die feit dat keiser Hadrianus (117-138 AD) beslis het dat die onterfde seun wel op sy moeder se nalatenskap geregtig is, maar dat hy desnietemin verplig is om die legatêre wat sy moeder in haar testament bemaak het, uit te keer en om die vrylatings van slawe wat sy in haar testament gelas het, na te kom. Die effek van hierdie *keiserlike beslissing*<sup>107a</sup> was dat die moeder se testament deels regsgeldig was, naamlik wat die legatêre en die vrylatings van slawe betref, maar deels nietig was, naamlik wat die erfstelling van ander persone

<sup>107a</sup>Die keiserlike *decretum* was eintlik 'n keiserlike beslissing of vonnis van die Keiser as *princeps magistratus*. By die keiserlike regspleging is die Keiser bygestaan deur 'n *consilium principis*. Modderman *Handboek voor het Romeinse Recht*, 5de herziene druk, band 1, 34-35; Hermesdorf *Schets der Uitwendige Geschiedenis van het Romeinse Recht*, 2de druk 209, 220-221.

as haar erfgename betref. Hier geskied die vererwing van die erflaatster se nalatenskap derhalwe deels testaat wat die legatse en vrylatings van slawe betref en deels intestaat wat die erfopvolging van haar seun betref. Ons vestig ook die aandag daarop dat daar geen aanduiding in die teks self is dat die moeder haar seun wel met legatse en die vrylatings van slawe sou beswaar het indien sy hom in haar testament as erfgenaam sou ingestel het nie.

Hierdie optrede van keiser Hadrianus was uiters belangrik. In *D* 5.2.27.4 stel Ulpianus dit duidelik dat 'n seun hom in dergelyke omstandighede op die *querella inofficiosi testamenti* kon beroep: *De testamento matris, quae existimans perisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.*<sup>108</sup> Omdat sy moeder nie aan hom sy *portio legitima* bemaak het nie, kon die onterfde seun sy moeder se testament met die *querella inofficiosi testamenti* aanval. Slaag hy, dan sou hy op sy volle intestate erfposisie geregtig wees. Vir die geval dat hy sy moeder se enigste kind was, sou dit dan meegebring het dat die erfinstelling van die ander persone as testamentêre erfgename geheel en al verval. Dit sou ook meegebring het dat die bemaakte legatse en vrylatings van slawe verval. Dit is om hierdie rede dat Paulus in *D* 5.2.28 dan ook vermeld dat indien met die *querella inofficiosi testamenti* aangetoon is dat die betrokke testament van die moeder onbehoorlik was, dan sou geen testamentêre beskikkings geldig wees nie (*hic illud adnotatum quod de liberatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*).

Soos 'n mens kan verwag, het die optrede van keiser Hadrianus, waarvan *D* 5.2.28 melding maak, tot heelwat strydvrage onder latere regsgeleerdes aanleiding gegee. Ons sal ons beperk tot sommige van die belangrikste regsgeleerdes se beskouinge.

Bartolus (1314-1357) het daarop gewys dat die middeleeuse Glosatore onderskei het of die moeder in *D* 5.2.28 haar seun opsetlik (*re et consilio*) of sonder opset (*re non consilio*) stilswyend onterf het.<sup>109</sup> In

<sup>108</sup>Scott se vertaling: „A complaint can be filed on the ground of inofficiousness in the case of the will of a mother who, thinking that her son was dead, had appointed another heir.”

<sup>109</sup>*ad D* 5.2.28: Secundum gl. breviter hic dicitur. Si testamentum rumpitur ex causa praeteritionis facta re non consilio legata remanent valida hic dicitur. Secundum alios dicit totum contrarium. Hic dicitur quod iste filius quem testatrix ignorabat agit querela cum immo directo debet sibi hereditas institui *D*. 28.5.28. Solutio. ibi testatrix aliud testamentum fecerat. Item opponitur quod rupto testamento per querelam non debentur legata ut *D*. 5.2.8.16. Sol. dicit gl. quando testamentum rumpitur ideo quia fuit facta praeteritio re & consilio: nequaquam debentur legata: ut ibi in si huius 1. quando praeteritio fuit facta re tamen non consilio legata debentur: ut hic in prm. & sic diverso casu loquitur hic Paulus ab imperatore. Alii ut Azo dicunt quod hic dictum principis corrigitur per Paulum & sic concordat cum *D*. 5.2.8.16. Hanc opinionem tenet Azo quae mihi vera videtur: quia expresse Paulus se refert ad illud quod dicit princeps

eersgenoemde geval hoof die seun nie die bemaakte legatê uit te keer nie terwyl hy dit in laasgenoemde geval wel moet doen. In *D* 5.2.28 was dit 'n geval waar die moeder haar seun sonder opset (*re non consilio*) oor die hoof gesien het, en daarom moes hy die bemaakte legatê uitkeer. Sommige Glossatore, soos Azo, het egter beweer dat Paulus in *D* 5.2.28 keiser Hadrianus se beslissing verbeter het en dit sodoende met *D* 5.2.8.16 versoen het. Bartolus stem saam met Azo. Hy wys verder daarop dat Justinianus deur sy kodifikasie Paulus se opvatting goedgekeur het.

Baldus (1327-1400) meen dat volgens keiser Hadrianus se beslissing die stilswyende ontewing van die seun deur sy moeder, wat gedwaal het oor die feit dat haar seun nog leef, die benoeming van haar testamentêre erfgename gedwarsboom het, maar nie die legatê wat sy bemaak het nie.<sup>110</sup> Paulus wou hê dat dit ook die legatê moes dwarsboom en daarom weerspreek hy keiser Hadrianus. Baldus toon aan dat die beweegrede van keiser Hadrianus gebaseer was op die feit dat die moeder as gevolg van dwaling (*ex errore*) haar seun stilswyend ontew het sodat 'n gebrek (*defectus*) slegs aan die benoeming van haar testamentêre erfgename gekleef het en nie aan die legatê nie. Daarom moes die seun die legatê uitkeer.

Die beroemde Franse regsgeleerde Cujacius (1522-1590) het 'n interessante benadering.<sup>111</sup> In sy kommentaar op *D* 28.2.25 meld hy

---

dicens eum non iuridice dixisse ibi quod de libertate & legatis adjicitur. Praeterea probo per rationem si eo casu quo praeteritio est facta re & consilio legata non debentur. quo casu constat testatorem voluisse gravare heredem quantum poterat. nihilominus debet vale re eo casu quo filium ignorabat habere quem gravare voluit. Et pro hac opinione videtur casus in Cod. 6.21.9 & 10. Ego determinavi in auctoritatem ex causa & si dicis quomodo potuit dicere Paulus contra principem. Respondeo quod dictum Pauli fuit approbatum per Justinianum quando approbavit illum librum. simile in D. 4.4.38.

<sup>110</sup>*ad D* 5.2.28: Praeteritio facta a matre errante de vita filii officit institutioni, non legatis secundum decretum Adriani: sed secundum Paulum etiam legatis h.d. & sic Paulus contrariatur Imperatori ut D. 4.4.38. No. quod Imperator & Paulus contrariantur, & ratio motiva Imperatoris erat, quia mater non ex dementia, sed ex errore omiserat filium. unde cum non damnatur iudicium matris, ut dementis, sed solum propter defectum institutionis, videbantur legata deberi, quia ex sola institutione fuit defectus ut D. 28.5.42(41). sed ratio Pauli est cum expugnantur principale, expugnantur & appendices ut D. 28.3.5. Sed hodie per auctoritatem ex causa videtur potior opinio Imperatoris. Sed alii dicunt contrarium, quia auctoritas ex causa, loquitur, ubi est defectus solius praeteritionis, vel exheredationis: secus, si sit defectus erroris, ut Cod. 6.21.9 & 10, & ideo dicit Bartholus quod illa auctoritas non habet locum in praeteritione posthumi & tenet gl. l. j. de D. 28.2 & reprobat gloss. contra. Contra quam videtur hic casus sequendo opinione Imperatoris, quam glo. hic firmat. sed ipse respondet, quod non est vera opinio glossae, sed opinio Azonis; quod non examino hic ulterius.

<sup>111</sup>*ad D* 28.2.25: Quemadmodum unicus filius sic nominatim exheredatur, FILIUS EXHERES ESTO, ita plures filii sic nominatim exheredari videntur, CETERI OMNES FILII MEI EXHEREDES SUNTO, quod exposuimus sup. l. l. An &

dat 'n enigste seun uitdruklik onturf word deur die formule: *filius exheres esto*, terwyl meerdere seuns uitdruklik onturf word deur die woorde: *ceteri omnes filii mei exheredes sunt*. Hy stel dan die vraag of laasgenoemde woorde van onturfing ook betrekking het op seuns wat 'n testateur geglo het om oorlede te wees. Hy antwoord dit bevestigend en verklaar dat die seuns, wat die testateur geglo het om oorlede te wees, as *quasi exheredati* die *querella inofficiosi testamenti* het en dat die *centumviri* dan oor die dwaling van die testateur uitspraak sal gee.

Cujacius gaan dan voort om aan te voer dat waar 'n *miles* sy seun weens 'n dwaling (*per errorem*) stilswyend sou onturf, die *filius praeteritus* hom nie op die *querella inofficiosi testamenti* kan beroep nie, omdat selfs uitdruklik onturfde seuns hul nie op die *querella inofficiosi testamenti* teen 'n soldate-testament kon beroep volgens *Cod* 3.28.9 nie. Desnietemin, so betoog hy met 'n beroep op *Cod* 6.21.9, sal die soldate-testament *ipso jure* nietig wees omdat dit onwaarskynlik is dat die soldaat as testateur se bedoeling was om daardie seun, van wie hy onbewus was dat hy nog in lewe is, te onturf (*quia non est verisimile, ut summoveri eum miles voluerit, quem ignorabat superesse*).

*Cod* 6.21.9, wat afkomstig is van keiser Gordianus in 238 AD, lui soos volg:

Sicut certi iuris est militem, qui scit se filium habere aliosque scripsit heredes tacite eum exheredare intellegi, ita si ignorans se filium habere alios scriba,

---

illis verbis exheredati videntur hi quos testator defunctos credebat? Sic puto: itaque querela inofficiosi testamenti quasi exheredati, & de errore patris Centumviri iudicabunt: quod ostendo hoc argumento: Si miles cuius praeteritio exhereditatio est, filium per errorem praetermiserit, filio querela denegatur, non quod pro praeterito omnimodo habeatur, sed quia & nominatim exhereditatus non haberet querelam, *Cod.* 3.28.9. Ceterum ea praeteritio, vel exhereditatiomi litis ipso jure testamentum infirmabit, *Cod.* 6.21.9, quia non est verisimile, ut summoveri eum miles voluerit, quem ignorabat superesse. Quod si mater, cuius etiam praeteritio pro exheredatione habetur, filium per errorem praeterierit, quia de inofficiosi testamento matris queri licet, & est hac in re differentia inter matrem, & militem, ei quasi exhereditato dabitur querela, ut ostenditur in *D.* 5.2.27.4 cui statim ex Paulo subjicitur *D.* 5.2.28, in qua refertur decretum Adriani, quo is in eadem specie sola institutione infirmata ad filium praeteritum censuit hereditatem pertinere salvis libertatibus, & legatis: quod adnotatum fuisse Paulus ait quasi esset contra regulam juris, quae dicat per querelam totum testamentum infirmari. Itaque id decretum probare Paulus non videtur suo more. *Decreti ratio haec fuit, quia si mater filium vivere existimasset, filium non extraneum instituisset, eademque, ut probabile est, a filio reliquisset:* quae exigit, ut & in militis specie idem decernatur, cum tamen contra Gordianus scribat totum militis testamentum infirmari, *Cod.* 6.21.9. Quare valde novum est Adriani decretum, nec consentit cum juris nostri positionibus. At haec omnia dirimit Nov. Justiniani, qua generaliter constitutum est, ex causa exheredationis vel praeteritionis infirmari: ex qua non male quis etiam eliciat in specie proposita, milite filium per errorem omitte, quo casu ob praeteritionem testamentum militis infirmatur, non totum infirmari, sed in partem institutionis dumtaxat. (Oms kursiveer).



heredes, non esse filio ademptam hereditatem, sed minime valente testamento, si sit in potestate, eum ad successionem venire in dubiis non habetur.<sup>112</sup>

Voorts meld Cujacius dat wanneer 'n moeder weens 'n dwaling (*per errorem*) haar seun stilswyend onterf, dan kan haar *filius praeteritus* as *quasi exheredatus* hom wel op die *querella inofficiosi testamenti* beroep, soos *D* 5.2.27.4 aantoon. Hy roer dan *D* 5.2.28 aan. Die beweegrede van die *keiserlike beslissing* was dat die moeder, indien sy geweet het dat haar seun leef, hom en nie 'n vreemdeling nie as erfgenaam sou benoem het en, soos waarskynlik is, dieselfde legatê sou bemaak het. Dit vereis dat dieselfde ook ten aansien van die soldate-testament besluit word terwyl keiser Gordianus daarenteen geskryf het dat die hele soldate-testament ongeldig word. Derhalwe is keiser Hadrianus se dekreet 'n sterk omwenteling en nie in ooreenstemming met die toestand van ons reg nie. Maar al hierdie aangeleenthede besleg die *Novella* van Justinianus, wat in die algemeen bepaal dat 'n testament uit hoofde van 'n uitdruklike of stilswyende onterwing ongeldig word. Op grond daarvan word 'n mens genoop om tot die gevolgtrekking te kom dat waar 'n soldaat sy seun *per errorem* stilswyend onterf het, nie die hele testament nie, maar slegs die deel bevattende die erfstelling ongeldig word.

Daar is 'n ander passasie van Cujacius waarin hy verkondig dat keiser Hadrianus in *D* 5.2.28 aan die *filius praeteritus* wel 'n *querella inofficiosi testamenti* verleen het dog nie in sy geheel nie maar met behoud van die bemaakte vrylatings van slawe en legatê, omdat die seun wat sy moeder nie in aanmerking geneem het nie, in werklikheid nie onterf is nie.<sup>113</sup>

Dan is daar 'n verdere passasie van Cujacius waarin hy die standpunt inneem dat keiser Hadrianus se beslissing in *D* 5.2.28 nie bots met wat Paulus daaroor geskryf het nie en dat *D* 5.2.28 ook nie bots met *D* 5.2.8.16 nie.<sup>114</sup> Hy onderskryf Stephanus<sup>115</sup> se vertolking dat

<sup>112</sup>Scott se vertaling: „It is also well established by law that where a soldier, being aware that he had a son, appointed other heirs, he is understood to have tacitly disinherited him, just as when, being ignorant that he has a son, he appoints other heirs, the said son will not be deprived of his estate; but the will will be void if the son is under his control, and there is no doubt that he will be entitled to the estate.”

<sup>113</sup>*Observationes* lib. 26 cap. 9: . . . huic filio Adrianus detulit querclam inofficiosii testamenti, non quidem in totum, quia re vera pro exheredato non est is, de quo mater non cogitavit, sed salvis libertatibus & legatis . . .

<sup>114</sup>*Observationes* lib. 10 cap. 22: Non pugnat *D*. 5.2.8.16 cum *D*. 5.2.28 nec Adriani decretum a Paulo notatur: nam, ut Stephanus recte interpretatur, decretum Adriani tunc locum habet cum non agit filius de inofficioso testamento: quandoquidem (ut est in fine *D*. 5.2.28) si inofficiosum testamentum arguat, nihil ex eo testamento valet, sed cum agit quasi ex tacita voluntate matris, quae si non erasset, heredem eum fecisset, conservantur libertates & legata, ut *D*. 28.5.93(92).

<sup>115</sup>Hierdie Stephanus is vermoedelik die Franse regsgeleerde Henricus Stephanus (Henri Estienne) wat in 1598 oorlede is. Hy het *Juris Civilis Fontes et Rivuli* geskryf wat in 1560 te Genève gepubliseer is.

die dekreet van Hadrianus slegs dan van toepassing is wanneer die seun nie die *querella inofficiosi testamenti* aanwend nie, maar sy eis as 't ware baseer op grond van sy moeder se stilswyende bedoeling dat as sy nie gedwaal het nie, sy hom as erfgenaam sou benoem het, in welke geval die bemaakte vrylatings van slawe en die legatē behou word.

Die 16de eeuse Italiaanse regsgeleerde Fachineus sien as beweegrede vir keiser Hadrianus se beslissing in *D* 5.2.28 die feit dat aanvaar moet word dat die *filius praeteritus*, wie se moeder gedink het dat hy nie leef nie en daarom ander erfgename benoem het, stilswyend tot erfgenaam benoem en tot die erfenis geroep is op grond van 'n vermoede van sy moeder se bedoeling dat sy hom sonder enige twyfel as erfgenaam sou benoem het indien sy geweet het dat hy nog leef. Omdat die seun die erfenis verkry asof hy stilswyend deur die testament benoem is, moet hy die bemaakte vrylatings van slawe en die legatē nakom net soos hy sou moes gedoen het indien hy uitdruklik as erfgenaam benoem was. Ons haal Fachineus<sup>116</sup> se uiteensetting aan:

Quod vero attinet ad *D* 5.2.28 cum illam Baldus objecisset Bartolo, is respondit ex verbis sequentibus solutionem haberi. Subdit enim textus: (Hic illud annotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet).

His enim postremis verbis videtur responsum prius corrigi, quasi textus velit, non deberi legata. Et solutio haec communiter recepta est, Cagnolo teste, nr. 30 vers. tenenda ergo.

Sed non est bona solutio, neque sensus legis est, quod superius dictum est, legata & libertates praestandas, id correctum esse. Ait enim textus: (Hic illud annotatum est etc.) Non autem emendatum est: non ea est verbi significatio, nec Jurisconsulti Pauli est amendare, quod *D*. Adrianus decrevit. Hic vero est sensus: Hic illud adnotatum est, quia cum testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo testamento valet, & consequenter etiam in ea specie idem respondendum videbatur. Sed tamen aliter est constitutum & decretum: & ratio est, quia cum filius est praeteritus, quem mater non extare putabat, & ideo alios heredes instituit, filius si extet videtur tacite institutus: & vocatus ad hereditatem ex conjectura voluntatis matris, quae procul dubio filium instituisset, si putasset vivere: ut habetur in *Cod.* 3.28.3, & *D* 28.5.93(92).

Cum itaque filius in ea specie hereditatem consequatur, tanquam tacite vocatus ex testamento: & ex voluntatis conjectura, merito legata & libertates praestare debet, sicut ea praestaret, si expresse institutus fuisset. Et hoc est, quod Jurisconsultus dicit: (Illud adnotatum est etc.). Licet enim, cum testamentum inofficiosum pronunciat, omnia legata corruant, tamen in ea specie filius non succedit, quasi ab intestato, quasi inofficiosum testamentum sit: Sed succedit tanquam tacite vocatus in ipso testamento a matre, & ideo legata praestare cogitur, ita hanc legem, sed non ita clarē & prolixē Jacobus Cujacius explicat, lib. 10 c.22 Observationum. (Ons kursiveer).

Die Hollandse regsgeleerde Noodt (1647-1725) verklaar dat die verbygaan of stilswyende onderwing (*praeteritio*) van 'n erfgenaam tog soms as 'n erfinstelling beskou is soos in *Cod* 3.28.3, *D* 28.5.93 (92) en

<sup>116</sup>*Controversiarum Juris* Lib. 4 cap. 14.

*D* 5.2.28. Dit was egter besondere gevalle wat nie van die gewone sivielregtelike regspleging afgehang het nie maar van *keiserlike welwillendheid* op grond van billikheid.<sup>117</sup>

Noodt lig *D* 5.2.28 toe.<sup>118</sup> Vokome tereg wys hy daarop dat die moeder se testament, ten spyte van die *praeteritio* van haar seun, volgens die *jus civile* sowel as die praetoriese reg regsgeldig was. 'n Vrou het nie *patria potestas* gehad nie en gevolglik het sy nie *sui heredes* gehad wat sy uitdruklik as erfgename moes benoem of uitdruklik moes onterf nie. Voorts wys hy tereg daarop dat die praetor nie die *bonorum possessio contra tabulas* aan die seun kon verleen nie omdat dit nooit teen 'n vrou se testament verleen kon word nie. Noodt verklaar ook tereg dat die seun nie die *querella inofficiosi testamenti* kon gebruik nie, maar met die rede wat hy hiervoor aanvoer stem ons nie saam nie, naamlik dat die moeder hom nie wou onterf nie maar *per errorem* verbygegaan het terwyl sy hom wel as erfgenaam sou benoem het indien sy nie gedwaal het nie. Hy toon ook aan dat die seun nie as intestate erfgenaam op die nalatenskap aanspraak kon maak nie aangesien daar geen sprake van intestate erfopvolging kan wees waar daar wel testamentêre erfgename ingevolge 'n regsgeldige testament voor hande is nie. Waar *D* 5.2.28 baie eeue 'n lastige moeilikheid vir vertolkers was,<sup>119</sup> meen hy dat daar twee moontlike oplossings is.

Volgens Noodt<sup>120</sup> is die een oplossing dat die seun die *querella inofficiosi testamenti* aanwend ongeag of sy moeder hom *per errorem* of

<sup>117</sup>*ad D* 5.2: Imo matris praeteritio aliquando pro institutione habetur. Ubi? in Cod. 3.28.3 itemque in D. 28.5.93(92) tum in D. 5.2.28. Sed speciales sunt hi casus, non pendentes a jurisdictione Magistratus, alligati juris regulis: sed a *benignitate Principis* legibus soluti, volente aequitate ultro perspicua.

<sup>118</sup>*ad D* 5.2: Hoc testamentum valet tam praetorio, quam civili, jure: quia mater filium nunquam habet in potestate. ita neque ipso jure nullum est testamentum; neque rescinditur per bonorum possessionem contra tabulas. non magis potest filius queri de inofficioso: quia mater noluit eum exheredare, sed per errorem praeteriit quem heredem instituisset, si non erasset. Non igitur potest mater a filio quasi insaniae accusari, cum querelae color sit insaniam parentis. At nec potest hic filius hereditatem petere ab intestato, quamvis id voluisse videatur mater: certo, quod ubi heres est ex testamento, aut futurus speratur, ab intestato heres non admittitur. Indicavi difficultatem Interpretibus molestam a multis seculis. Solutionem quaeris. Duplex est . . .

<sup>119</sup>Vergelyk ook C. F. von Glück (1755-1831) *Aüsführliche Erläuterung der Pandecten*, 1829, band 35 para. 1421 e.

<sup>120</sup>*ad D* 5.2: Duplex est: una subvenit filio per querelam inofficiosi: & fundamentum ei, quod in proposito matris praeteritio non quidem fuit a mala mente, sed nihilominus re facta est, nec interest filii, utrum mater eum per errorem praeteriit, an odio. Huc ivit Ulpianus D. 5.2.27.4. . . Ulpiani sententia est, audiendum est filium, si velit matris testamentum infringere querela inofficiosi. ac putem, si hac agat & obtineat filius: non institutionem tantum infirmari, sed libertates quoque, & legata, & caetera in testamento relicta: convenienter naturae querelae inofficiosi; & hoc indicari in fine D. 5.2.28.

opsetlik verbygegaan het. Dit was die standpunt van Ulpianus in *D* 5.2.27.4. Die testament verval, sodat nie slegs die benoeming van die erfgename nie maar alle testamentêre bemakings met inbegrip van legate en vrylatings van slawe nietig word, soos blyk uit *D* 5.2.28 *in fine*.

Volgens Noodt<sup>121</sup> is die ander oplossing Paulus se benadering waarvolgens die seun sy moeder se nalatenskap op grond van haar stilswyende bedoeling kan eis. Dit sou volg uit keiser Hadrianus se beslissing dat die nalatenskap aan die seun toekom asof hy stilswyend deur sy moeder as erfgenaam benoem was, met dien verstande dat hy die legate en vrylatings van slawe moes nakom. Noodt verwerp hierdie moontlike oplossing.

Noodt<sup>122</sup> self meen dat dit meer waarskynlik was dat keiser Hadrianus in die geval vermeld in *D* 5.2.28 deur billikheid oorreed was toe hy sy beslissing verleen het, net soos keisers Severus en Antoninus (Caracalla) in 'n soortgelyke geval in *D* 28.5.93 (92) gedoen het. Keiser Hadrianus se beslissing was iets nuut en buitengewoon, naamlik dat die legate en vrylatings van slawe gehandhaaf moes word, want indien die seun met die *querella inofficiosi testamenti* opgetree het, sou die testament verval het.

Die juiste betekenis van *D* 5.2.28 is na ons mening regshistories te verklaar. Om dit te doen, is dit noodsaaklik om te onderskei tussen die regsposisies van die *paterfamilias*, die *materfamilias* en die *miles* as testateure.

Ons het reeds gesien dat 'n *paterfamilias* volgens die *jus civile* by die maak van sy testament sy *filiusfamilias* wat 'n *suus heres* was òf uitdruklik as erfgenaam moes benoem òf uitdruklik moes onterf. Ten

<sup>121</sup>*ad D* 5.2: Altera solutio est Pauli in *D*. 5.2.28. is censet, filium etiam posse matris hereditatem petere quasi ex tacita ejus voluntate. estque id consequens his ejus verbis: *D*. Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut legata & libertates praestentur. Sensus, D. Hadrianum (ex appellatione aut supplicatione forte) decrevisse, hereditatem ad filium perinde pertinere, quasi tacite a matre institutus esset: ita tamen, ut legata & libertates ab eo praestentur. At enim hereditas nuda voluntate neque datur, neque adimitur. utrumque fit testamento, & hoc tantum. absit igitur, ut filius praeteritus possit matris hereditatem tamquam ex tacita ejus voluntate petere.

<sup>122</sup>*ad D* 5.2: Verissime, si res, ut oportet apud Praetorem, similemve Magistratum, legibus alligatum aestimetur regulis juris. sed in proposito ait Paulus, D. Hadrianum qui erat legibus solutus, ita, ut poterat, decrevisse, suadente aequitate, quod in simili etiam observasse Severum & Antoninum, idem refert Paulus *D*. 28.5.93 (92) quam legem velim cum praesente loco conferri. Sed redeo ad *D*. 5.2.28 . . . Quid igitur est? Paulus *adnotatum* pro *observatum* dixit; significans, a sapientibus esse observatum tamquam novum atque extraordinarium, quod a D. Hadriano est decretum, libertates & legata servari quasi ex tacita matris voluntate: cum si a filio esset actum *querela inofficiosi*, (ut in *D*. 5.2.27.4) nihil ex eo testamento varet.

einde regsgeldig (*rite*) te wees, moes die onderwing (*exheredatio*) nie alleen formeel korrek wees nie maar moes dit bowendien onvoorwaardelik (*pure*) wees<sup>123</sup> en moes dit die erfgenaam ten aansien van die hele nalatenskap van die testateur geld.<sup>124</sup> Waar die onderwing nie aan hierdie vereistes voldoen het nie, of waar die *filiusfamilias* eenvoudig verbygegaan is (*praeteritio*), was die testament *ipso jure* nietig.<sup>125</sup> Die praetor het egter aan die *filius praeteritus*, of aan die filius wat nie *rite* onterf was nie, die *bonorum possessio contra tabulas* verleen, sodat die testament desnietemin volgens die praetoriese reg (*jus honorarium*) geldig was en die testamentêre beskikkings gehandhaaf is terwyl die *filius praeteritus* sy intestate erfporse erf.<sup>126</sup> Hier was geen sprake van die aanwending van die *querella inofficiosi testamenti* nie omdat dit slegs aanwendbaar was indien die *filiusfamilias* regtens (*rite*) onterf was.

Wat betref 'n *paterfamilias* se *heredes sui* anders dan sy *filiusfamilias*, d.w.s sy *filiaefamilias*, sy *uxor in manu* en sy *nepotes*, kon hy hulle *inter ceteros* onterf. Waar hy hul egter in sy testament verbygegaan het, was sy testament volgens die *jus civile* wel regsgeldig, maar het die *praeteriti jure accrescendi* geërf volgens Gaius *Inst* 2. 124-125, soos ons reeds gesien het. Die praetor het egter aan die *praeteriti* die *bonorum possessio contra tabulas* verleen sodat hulle hul intestate erfporse kon erf.<sup>127</sup> Keiser Antoninus Pius (138-161 AD) het dit egter verander sodat vroulike *praeteritae* met die *bonorum possessio contra tabulas* nie meer kon kry as *jure accrescendi* nie.<sup>128</sup> Dit kon dus wel gebeur dat 'n *filia praeterita* in 'n ongunstiger posisie was as die *filia exheredata*, aangesien laasgenoemde van die *querella inofficiosi testamenti* gebruik kon maak terwyl die *filia praeterita* dit nie kon doen nie.<sup>129</sup>

Ofskoon dit volgens die *jus civile* nie vir 'n *paterfamilias* nodig was om sy *fili emancipati* uitdruklik as erfgename te benoem of uitdruklik te onterf nie aangesien hul nie onder sy *patria potestas* gestaan het nie en dus nie *sui heredes* was nie, het die praetor tog verlang dat hul uitdruklik onterf word indien hul nie as erfgename benoem word nie. Gevolglik het die praetor aan *fili emancipati* wat nie uitdruklik onterf was nie of wat verbygegaan was (*praeteriti*) die *bonorum possessio contra tabulas* verleen.<sup>130</sup>

<sup>123</sup>D 28.2.3.1. Daarenteen kon 'n *postumus* wel voorwaardelik onterf word: D 37.9.1.5.

<sup>124</sup>D 28.2.19; Huber *ad Inst* 2.18 nr. 3; Vinnius *ad Inst* 2.18 nr. 1; Van der Keessel *ad Inst* 2.13 nr. 3 & 4.

<sup>125</sup>Gaius *Inst* 2, 123; *Inst* 2.13 pr.; D 28.2.19.30; D 28.3.1.

<sup>126</sup>*Inst* 3.1.12; D 37.4.1. pr., 3.11.8.11, 10.5; *Cod* 6.28.4.1; *Cod* 6.12.1.

<sup>127</sup>Gaius *Inst* 2, 125; *Inst* 2.13.4; D 37.4.1. pr.; *Cod* 6.28.4.1.

<sup>128</sup>Gaius *Inst* 2, 126; *Cod* 6.28.4.1.

<sup>129</sup>*Cod* 6.28.4.4 & 5.

<sup>130</sup>Gaius *Inst* 2, 135; *Inst* 2.13.3 & 5; D 37.4.1.6 & 3 pr.

Ons het ook gesien dat waar 'n *paterfamilias* sy *postumi*, ongeag of hul manlik of vroulik was, wat *sui heredes* was, verbygegaan het (*praeteritio*) was sy testament nietig volgens die *jus civile*. Die praetor het egter aan die *postumi* die *bonorum possessio contra tabulas* verleen.<sup>131</sup>

Dit was alleen waar 'n *paterfamilias* sy *sui heredes* nie *rite* onterf het nie dat die praetor aan die *praeteriti* die *bonorum possessio contra tabulas* verleen het. Dog waar 'n *paterfamilias* sy *sui heredes* wel *rite* onterf het, het die praetor nie aan die *exheredati* die *bonorum possessio contra tabulas* verleen nie.<sup>132</sup> Die *sui heredes* wat *rite* onterf is, kon as *exheredati* die *querella inofficiosi testamenti* gebruik waar hul *iniuste* onterf is.<sup>133</sup> Die *querella inofficiosi testamenti* is dan ook aanvanklik slegs deur die onterfde (*exheredati*) *sui heredes* van 'n *paterfamilias* gebruik aangesien 'n *paterfamilias* altyd *testamenti factio activa* gehad het terwyl die *materfamilias* eers onder die regering van keiser Hadrianus (117-138 AD) die bevoegdheid gekry het om 'n testament te maak. Soos ons sal aantoon, kon die onterfde kinders van 'n *materfamilias* tydens die regering van keiser Hadrianus egter nie die *querella inofficiosi testamenti* teen haar testament aanwend nie omdat hulle regtens nie haar intestate erfgename was nie.<sup>134</sup>

Die vereenvoudiging van onterwing van kinders deur hul ouers wat deur Justinianus aangebring is, het ons reeds aangestip.<sup>134a</sup>

Eers sedert keiser Hadrianus (117-138 AD) aan vroue *sui juris* bo 12-jarige leeftyd *testamenti factio activa* verleen het, kon 'n *materfamilias* 'n testament maak.<sup>135</sup> Deurdat sy egter nie *patria potestas* gehad het nie kon sy nie *sui heredes* hê nie.<sup>136</sup> Haar eie kinders was wat haar betref *extranei heredes*. Sy was volgens die *jus civile* nie verplig om haar kinders as erfgename te benoem of te onterf nie. Haar testament was derhalwe volkome regsgeldig ofskoon sy haar kinders verbygegaan het.<sup>137</sup> *Praeteritio* deur 'n *materfamilias* van haar kinders was net so geldig as die *exhereditio* wat 'n *paterfamilias* *rite* ten aansien van sy *sui heredes* maak het. Dit was dan ook die rede waarom die praetor nie die *bonorum*

<sup>131</sup>D 37.4.1.2; *Cod* 6.12.2.

<sup>132</sup>D 37.4.8.2, 10.5.

<sup>133</sup>D 37.4.10.5, 8. pr.

<sup>134</sup>Die Hollandse regsgeleerde Vinnius (1588-1657) het dit raak gesien. *Vinnius ad Inst* 2.13.6 nr. 4: Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti quod remedium cum initio tantum competeret liberis, qui eo quod a patre exheredati essent, neque civi jure neque praetorio testamentum turbare poterant D. 37.4.8 pr. *postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exheredatis, sive, quod hic eandem vim habet, praeteritis a matre, suadente id eadem pietatis ratione.* (Ons kursiveer).

<sup>134a</sup>Supra 14-15.

<sup>135</sup>Raadpleeg voetnoot 43.

<sup>136</sup>Raadpleeg voetnoot 45a.

<sup>137</sup>Raadpleeg voetnoot 46.

*possessio contra tabulas* aan die *liberi praeteriti* van 'n *materfamilias* verleen het nie.<sup>138</sup> Aanvanklik was 'n *materfamilias* se *liberi praeteriti* sonder 'n regsmiddel waarmee hulle hul moeder se testament kon aanval. Hulle kon hul nie op die *querella inofficiosi testamenti* beroep nie omdat hulle regtens nie intestate erfgename van hul moeder was nie. Eers in 178 AD, tydens die regering van keisers Marcus Aurelius en Commodus, het die *Senatusconsultum Orphitianum* die reg aan kinders verleen om intestaat van hul moeder te erf.<sup>139</sup> Toe eers het dit regtens moontlik geword vir 'n *materfamilias* se kinders wat uitdruklik of stilswyend ont-erf is om die *querella inofficiosi testamenti* te gebruik waar hul *iniuste* ont-erf is. Daarom kon Ulpianus, wat in 228 AD vermoor is, wel in *D* 5.2.27.4 verkondig dat 'n *filius praeteritus*, wie se moeder van mening was dat hy oorlede is en daarom ander erfgename benoem het, sy moeder se testament met die *querella inofficiosi testamenti* kon aanval.

Dit is derhalwe ooglopend dat die *filius praeteritus* waarvan *D* 5.2.28 melding maak, tydens die regering van keiser Hadrianus hoegenaamd geen regsmiddel gehad het waarmee hy sy moeder se testament kon aanval nie. Nòg die *bonorum possessio contra tabulas* nòg die *querella inofficiosi testamenti* was vir hom beskikbaar. Eersgenoemde is nooit teen 'n vrou se testament verleen nie. Laasgenoemde kon hy nie gebruik nie omdat hy op daardie stadium nie regtens 'n intestate erfgenaam van sy moeder was nie. Keiser Hadrianus se beslissing waarvolgens die nalatenskap aan die *filius praeteritus* toekom met handhawing van die legat en vrylatings van slawe, was bloot 'n *ad hoc*-maatreël. Dat dit op billikheidsgronde verleen is, is nie te betwyfel nie. Dit verklaar ook waarom Paulus, op wie se naam *D* 5.2.28 staan en wat 'n tydgenoot van Ulpianus was, in *D* 5.2.28 die aandag vestig op die keiserlike beslissing met betrekking tot die handhawing van die legat en die vrylatings van slawe, en waarom Paulus byvoeg dat indien 'n testament *inofficiosum* is, geen bemakings daarin vervat regsgeldig is nie. In Paulus se tyd sou die *filius praeteritus* die *querella inofficiosi testamenti* aangewend het soos sy tydgenoot Ulpianus dan ook in *D* 5.2.27.4 verkondig het.

Eintlik was daar geen rede waarom keiser Hadrianus se *ad hoc*-beslissing, wat sedert 178 AD nie meer as 'n presedent kon dien nie, in die *Digesta* opgeneem moes word nie. Die feit dat Justinianus se kompilatore dit egter wel in die *Digesta* opgeneem het, het latere regsgeleerdes van materiaal voorsien by die uitwerk van hul opvattinge oor die effek van 'n erflater se dwaling met betrekking tot ontewing. Desnietemin het *D* 5.2.28 vir baie eeue 'n raaisel vir die regsgeleerdes gebly oor die vraag of die *filius praeteritus* die *querella inofficiosi testamenti*

<sup>138</sup>*Inst* 2.13.7; *D* 37.4.4.2.

<sup>139</sup>Van Oven, a.w., 529; *Inst* 3.4 pr.; *D* 38.17. 1. pr., 2.1; *Cod* 6.57.1. Later is dit uitgebrei tot 'n vrou se kleinkinders: *Inst* 3.4.1.

gebruik het of nie, en oor die vraag of keiser Hadrianus die *querella inofficiosi testamenti* gekwalifiseer het weens die moeder se dwaling en sodoende nuwe reg geskep het of nie. In elk geval het *D* 5.2.28 in alle waarskynlikheid as 'n presedent gedien vir *D* 28.5.93 (92).

Omdat dwaling ook op onderwing in 'n soldate-testament 'n rol gespeel het, kan dit kortliks vermeld word. Ons het reeds gesien dat 'n soldate-testament bevoorreg was wat sy vorm en inhoud betref.<sup>140</sup> Die feit dat dit onaanvegbaar deur die *querella inofficiosi testamenti* was en dat die praetor nie die *bonorum possessio contra tabulas* verleen het waar 'n *miles* sy *sui heredes* verbygegaan het nie, was belangrik met die oog op dwaling by die onderwing van 'n *miles* se kinders. Waar die *miles* 'n *paterfamilias* was, was dit nie noodsaaklik dat hy sy *sui heredes* uitdruklik as erfgename moes benoem of onterf nie.<sup>141</sup> Indien hy daarvan bewus was dat hy wel kinders onder sy *patria potestas* het maar hul in sy soldate-testament verbygaan, dan was sy stilswyende onderwing (*praeteritio*) van hulle regsgeldig.<sup>142</sup> Sy *liberi praeteriti* was dan onterf en het geen remedie teen hul onderwing gehad nie. Dit was ook die posisie waar hy bewus daarvan was dat hy *postumi* het maar hul stilswyend onterf het.<sup>143</sup> Dog waar hy onbewus daarvan was dat hy wel kinders of *postumi* het en hul *per errorem* verbygaan, dan was sy stilswyende onderwing van hul ongeldig en was sy testament nietig.<sup>144</sup> So ook waar hy valslik geglo het dat 'n kind van hom oorlede is en hy sodoende die kind *per errorem* stilswyend onterf het.<sup>145</sup>

Onder Justinianus verander dit. Waar 'n *miles* 'n ouer is, sal hy met *Novella* 115 c. 3 rekening moet hou wat betref die noodsaaklikheid om sy kinders as erfgename te benoem of te onterf - selfs waar hy 'n soldate-testament maak.<sup>146</sup>

(iii) In *D* 28.5.93 (92), wat op die naam van Paulus staan, het ons die geval waar die testateur in sy eerste testament vir Pactumeia Magna as sy universele erfgename benoem het met haar vader Pactumeius Magnus as 'n substituut.<sup>147</sup> As gevolg van die feit dat keiser Commo-

<sup>140</sup>*Supra* 16.

<sup>141</sup>*D* 38.2.12, pr.

<sup>142</sup>*Inst* 2.13.6; *Cod* 6.21.9.

<sup>143</sup>*D* 29.1.7

<sup>144</sup>*Inst* 2.13.6; *D* 29.1.36.2; *Cod* 6.21.9.

<sup>145</sup>*Cod* 6.21.10.

<sup>146</sup>Raadpleeg Cujacius soos aangehaal in voetnoot 111 en sien ook Vinnius *ad Inst* 2.13.6 nr. 1.

<sup>147</sup>Scott vertaal *D* 28.5.93(92) soos volg: „Pactumeius Androsthene appointed Pactumeia Magna, the daughter of Pactumeius Magnus, heir to his entire estate, and substituted her father for her. Pactumeius Magnus, having been killed, and the rumor having been spread that his daughter was also dead, the testator changed his will, and appointed Novius Rufus his heir, with this preamble: 'Let Novius Rufus be my heir, for the reason that I have not been able to retain



us (180-192 AD) Pactumeius Magnus laat teregstel het, het die gerugte versprei dat sy dogter Pactumeia Magna ook dood was. Menende dat sy testamentêre erfgename oorlede was, het die testateur toe 'n tweede testament gemaak waarin hy uitdruklik verklaar het dat aangesien die erfgename wat hy wou gehad het vir hom nie beskikbaar was nie, hy vervolgens Novius Rufus as sy universele erfgenaam benoem. Wat die testateur nie geweet het toe hy testament gemaak het nie, was dat Pactumeia Magna wel in lewe was maar haarself versteek het uit ang vir keiserlike wraak op haar lewe. Ons het ook gesien dat keiser Septimius Severus (193-211 AD) Novius Rufus laat teregstel het.<sup>148</sup> Vermoedelik was die testateur toe reeds oorlede, want Pactumeia Magna tree onder die regering van Septimius Severus en Antoninus Caracalla te voorskyn. Sy rig toe 'n versoekskrif by wyse van 'n *supplicatio*<sup>149</sup> aan die keisers. Nadat daarop ingegaan is, kry ons die *keiserlike beslissing* wat op die testateur se bedoeling baseer is waarvolgens Pactumeia Magna op die testateur se nalatenskap geregtig is, maar sy moet die legate wat in die tweede testament bemaak is uitbetaal asof syself in die tweede testament as erfgenaam benoem was.

Die testateur se tweede testament het sy eerste testament herroep omdat 'n erflater volgens die Romeinse reg nie meer as een geldige testament kon hê nie. Volgens sy tweede testament was Novius Rufus sy enigste testamentêre erfgenaam en nie Pactumeia Magna wat in sy eerste testament as sy universele erfgenaam benoem was nie. Pactumeia Magna was nie 'n *sua heres* van die testateur nie en aangesien sy nie 'n reg gehad het om intestaat van die testateur te erf nie, kon sy nie aanspraak daarop maak dat sy *praeterita* was nie. Die praetor kon gevolglik nie aan haar die *bonorum possessio contra tabulas* verleen nie. Sy was wat die testateur betref 'n *heres extranea*, en aangesien sy nie 'n reg gehad het om intestaat van hom te erf nie en aangesien dit nie nodig was dat die testateur haar uitdruklik moes onterf nie, kon sy nie aanspraak daarop maak dat sy *exheredata* was nie. Gevolglik kon sy nie die *querella inofficiosi testamenti* met sukses teen Novius Rufus as die testamentêre erfgenaam instel nie - al neem ons aan dat Novius Rufus toe nog in lewe was. Volgens die geldende Romeinse reg kon Pactumeia Magna derhalwe nie aanspraak op die testateur se nalatenskap maak nie. Dit was die rede waarom sy haar toevlug tot die keiserlike regspleging

---

those heirs whom I desired to have.' Pactumeia Magna applied to our Emperors, and the case having been heard, it was decided that she was entitled to relief, as this was in compliance with the wishes of the testator; and while there was a certain reason for the appointment of the other heir, still, as it was ill founded, it could not legally be interposed. Therefore, the decision was that the estate belonged to Magna, but that she would be compelled to pay the legacies bequeathed by the second will, just as if she herself had been appointed heir by the said will."

<sup>148</sup>Supra 5.

<sup>149</sup>Oor die procedure by wyse van *supplicatio*, raadpleeg Buckland, a.w., 671.

geneem het.<sup>150</sup> Die betekenis van die keiserlike beslissing<sup>151</sup> was dat dit nuwe reg geskep het wat ook vir die toekoms bindend was en dieselfde regsrag as 'n *lex* gehad het.<sup>152</sup> Die keiserlike beslissing was gebaseer op die testateur se bedoeling (*ex voluntate testantis*), en daarvolgens was Pactumeia Magna geregtig op die testateur se nalatenskap, maar sy moes die legatê wat in die tweede testament bemaak is uitbetaal asof syself in die tweede testament as erfgenaam benoem was (*igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta*).

Ons het in *D* 28.5.93 (92) te doen met dwaling aan die kant van die testateur met betrekking tot die rede vir die stilswyende ontewing van Pactumeia Magna as 'n *heres extranea*. Hy het verkeerdelik geglo en aangeneem dat sy dood was soos die gerug dit gehad het. Daarom het hy vir Novius Rufus in sy tweede testament as sy universele erfgenaam benoem. Hy sou klaarblyklik nooit vir Novius Rufus as sy universele erfgenaam benoem het indien hy van die werklike toedrag van sake bewus was, d.w.s. indien hy geweet het dat Pactumeia Magna in lewe was en dat sy dus wel as erfgenaam beskikbaar was nie. Dit blyk immers uit die inleiding tot sy tweede testament: „*quia heredes, quos volui habere, mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto.*” („*Aangesien die erfgename wat ek wou gehad het vir my nie beskikbaar is nie, benoem ek Novius Rufus as my erfgenaam.*”)

*D* 28.5.93 (92) het aanleiding tot probleme gegee waarmee latere regsgeleerdes hulself besig gehou het. Hieraan sal ons nog aandag skenk.

#### IV

Ons ondersoek van die Romeinse reg toon aan dat ofskoon daar 'n paar tekste in die *Corpus Juris Civilis* te vind is waar dwaling 'n rol gespeel het by die bemaking van legatê, erfinstelling en ontewing, en waar die benadering aldaar was om gevolg te gee aan die erflater se werklike bedoeling, daar desnietemin geen sprake was van 'n algemene leerstuk van dwaling ten aansien van testamentêre beskikkings nie. In hierdie verband is ons genoop om met die volgende gevolgtrekking van Van Oven<sup>153</sup> saam te stem:-

„Groote moeilikhede biedt de vraag, wanneer testamenten - of beschikkingen in testamenten - vervielen op grond van dwaling en wat van zulk een ver-

<sup>150</sup>Die bewering van C. F. von Glück, a.w., band 33 para. 1405 bl. 425 voetnoot 50, dat sy teen die *praefectus praetorius* se *sententia* 'n beroep op die keisers gedoen het, kom vir ons as heel onwaarskynlik voor.

<sup>151</sup>Raadpleeg voetnoot 107a.

<sup>152</sup>Hermesdorf, a.w., 220-221; Van Oven, a.w., 28-29.

<sup>153</sup>A.w., 555.

vallen 't gevolg was. Ofschoon de teksten ook op dit gebied, evenals op dat van dwaling bij overeenkomsten, corrupt zijn, staat wel vast, dat de juristen hier verder zijn gegaan dan daar in 't toekennen van invloed van dwaling op de rechtsgevolgen. Men zocht in het testament naar den werkelijken wil van den erflater, en liet het testament niet gelden als de erflater blijkbaar anders had verklaard dan hij wilde. Vandaar, dat *error in corpore* (D. 28.5.9 pr., geïnterpoleerd?) nietigheid van het testament te weeg bracht: d.w.z. als de testator had gedwaald ter zake van de persoon des erfgenamen, dus een ander instelde dan hij in waarheid wilde instellen, dan erfde nòch de ingestelde (omdat hij niet gewild was) nòch de gewilde (omdat hij niet was ingesteld). Zoo ook bij *error in re*, d.i. indien de erflater een andere zaak had gelegateerd dan hij wilde legateeren (D. 28.5.9.1). Dwaling in het motief echter had in klassieken tijd geen invloed, zelfs indien het motief in het testament was neergeschreven. Dit is de beteekenis van den regel *falsa demonstratio non nocet*, of *falsa causa non nocet*. Ulp. R. 24, 19 geeft voorbeelden: „*Titio fundum, quem a Titio emi, do lego*” is een geldig legaat, ook al heb ik den *fundus* niet van Titius gekocht. Dit was een *falsa demonstratio*, en van een *falsa causa* geeft hij dit voorbeeld: „*Titio, quoniam negotia mea curavit, fundum do lego*”, ofschoon Titius dit nimmer heeft gedaan, en ook dit maakte de beschikking niet nietig. Dit is zoo gebleven tot in na-klassieken tijd, zooals de titel D. 35.1 bewijst. Wel echter heeft in bijzondere gevallen de keizerlijke kanselarij in een aantal rescripten rekening gehouden met dwaling in het motief en dan zelfs wel eens den niet geuiten wil in de plaats laten treden van de geuite vergissing, dus laten gelden datgene, wat de erflater gewild zou hebben, indien hij niet had gedwaald. Ten slotte hebben in een interpolatie in D. 35.1.72.6 de tekstbewerkeren aan de dwaling in het motief bij het maken van een legaat een vernietigende werking verleend: „*sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*”, en daaraan dankt ons art. 937 B.W. zijn bestaan.”

Buckland<sup>154</sup> het tot dieselfde slotsom geraak:

„Ordinary error of motive was in general disregarded, but in several cases the Emperor set aside the *institutio* and even gave effect in some of them, at least partially, to what the testator may be supposed to have intended. No principle is deducible from these cases. The chief are: the enactment of Tiberius (D. 28.5.41, Inst. 2.15.4) dealing with a slave supposed free and a substitute, one of Hadrian dealing with a woman's son omitted as he was thought dead (D. 5.2.28), two of Severus and Caracalla, one dealing with a *postumus* omitted by a woman and the other with a will made, and stated to be made, because the *heres* under a first will was (wrongly) thought dead (Cod. 3.28.3, D. 28.5.93), and the above-mentioned case of the suppositious child. Of other forms of error we hear little. There is a general rule that if a mistake is made in identity and the wrong name inserted, neither the man named nor the man meant is *heres*. And where a testator naming several *heredes* added one which he did not intend this was void (D. 28.5.9 pr., 7). Subject to this, the rule *falsa demonstratio non nocet* applied to *institutiones*.”

Na ons mening is daar 'n verklaring waarom die Romeinse reg veral op die gebied van onderwing nie duidelike regsreëls met betrekking tot dwaling ontwikkel en formuleer het nie. Volgens die *jus civile* moes daar steeds onderskei word tussen die gevalle waar die erflater 'n *paterfamilias*, 'n *materfamilias* of 'n *miles* was. 'n *Paterfamilias* moes sy

<sup>154</sup>A.w., 296.

*filiusfamilias* òf uitdruklik as erfgenaam benoem òf uitdruklik onterf, anders was sy testament nietig. Waar hy sy *filiusfamilias* weens dwaling stilswyend verbygaan, was sy testament nietig, ewe-as waar hy hom sonder om te dwaal stilswyend verbygegaan het. In die praktyk het dwaling by onterwing hier dus geen rol gespeel nie. Die posisie was dieselfde waar hy sy *postumi* wat *sui heredes* was stilswyend verbygegaan het. Weliswaar was sy testament nie nietig waar hy sy *sui heredes* anders dan sy *filiusfamilias* stilswyend verbygegaan het nie, maar hier het die rol wat die praetor se *bonorum possessio contra tabulas* gespeel het dit oorbodig gemaak om in te gaan op die vraag of die verbygaan *per errorem* geskied het of nie. En waar hy sy *sui heredes* wel *rite* dog *iniuste* onterf het, kon hul die *querella inofficiosi testamenti* aanwend wat dit ook oorbodig gemaak het om in te gaan op die vraag of die onterwing *per errorem* geskied het of nie. Dieselfde geld waar 'n *materfamilias* haar kinders stilswyend dog *iniuste* verbygegaan het. 'n *Miles* was egter nie verplig om sy *sui heredes* uitdruklik as erfgename te benoem of te onterf nie. Sy soldate-testament kon ook nie deur die *querella inofficiosi testamenti* aangeval word nie. Hier was wel geleentheid vir dwaling by onterwing om 'n rol te speel en hier tref ons dan *Cod* 6.21.9 aan. Insgelyks kon dwaling by onterwing 'n rol speel waar die testamentêre erfgenaam wat onterf word, 'n *heres extraneus* is, en hier tref ons dan die keiserlike beslissing aan waarvan *D* 28.5.93 (92) melding maak. Dit alles dui daarop dat daar in die praktyk eintlik weinig behoefte bestaan het om duidelike beginsels met betrekking tot die invloed van dwaling op onterwing te ontwikkel. Justinianus se wetgewing (*Novella* 115 c. 3, 4 en *Novella* 22 c. 47) aangaande geoorloofde redes vir onterwing het nie alleen op 'n laat stadium in die ontwikkeling van die Romeinse reg plaasgevind nie maar het ook in die praktyk geen behoefte laat ontstaan om aandag te skenk aan die invloed van dwaling op onterwing nie.

As ons dan die voorbeeld waarmee ons hierdie ondersoek begin het volgens die *ius civile* oplos, dan het ons die geval waar die testateur 'n *paterfamilias* was terwyl sy seun wat op 'n wêreldreis gegaan het sy *filiusfamilias* was wat onder sy *patria potestas* gestaan het. As sodanig was die seun 'n *suus heres* van sy vader. In die tweede testament is die seun stilswyend as erfgenaam verbygegaan omdat die vader verkeerdelik geglo het dat sy seun in 'n vliegtuigongeluk omgekom het. Daarom het die vader in sy tweede testament vir X, 'n *heres extraneus*, as sy enigste erfgenaam benoem. Dog omdat die vader in sy tweede testament sy seun stilswyend verbygegaan het, is die tweede testament volgens die *ius civile ipso jure* nietig.<sup>155</sup> Hierdie nietige tweede testament kon nie die eerste testament herroep nie en gevolglik sou die seun volgens die eerste testament die hele nalatenskap van sy vader as die

<sup>155</sup>Raadpleeg voetnoot 125.

enigste testamentêre erfgenaam erf. Dit sou derhalwe nie nodig gewees het om in te gaan op die vraag wat die effek van die testateur se dwaling op die tweede testament was nie omdat die tweede testament *ipso jure* nietig was weens die vermelde rede. Dit volg dat indien die testateur nie 'n eerste testament gemaak het nie, sy seun as sy enigste intestate erfgenaam sou erf.

Nadat *Novella* 115 c. 3 in werking getree het, sou ons die posisie hê dat die seun onterf is sonder dat sy vader in sy testament 'n geoorloofde rede vir die onterwing aangevoer het en gevolglik sou die seun met die *querella inofficiosi testamenti* die hele nalatenskap van sy vader as sy intestate erfporisie van die testamentêre erfgenaam X kon eis.

Indien ons ons voorbeeld sou wysig deur die vader as testateur deur die moeder as testatrise te vervang en indien die *Senatusconsultum Orphitianum* van 178 AD reeds geld, dan was die tweede testament wel regsgeldig ofskoon die testatrise haar seun stilswyend verbygegaan het.<sup>156</sup> Die seun sou as *filius praeteritus* egter die tweede testament met die *querella inofficiosi testamenti* kon aanval net soos in *D* 5.2.27.4, deur dit teen X as die enigste testamentêre erfgenaam in te stel. As suksesvolle *querens* sal die seun as sy moeder se enigste intestate erfgenaam derhalwe haar hele nalatenskap intestaat erf sodat X niks erf nie. Ook hier sou dit nie nodig wees om in te gaan op die vraag wat die effek van die testatrise se dwaling op haar tweede testament was nie. Die posisie sou presies dieselfde wees nadat *Novella* 115 c. 3 in werking getree het. □

(Word Vervolg)

<sup>156</sup>*Supra* 9 en voetnoot 46.

# Vonnisse

## GOSS v E. C. GOSS & CO. (PTY) LTD AND OTHERS 1970 (1) SA 602 (D)

*Company law - Rendering of financial assistance in purchase of company's own shares - Ultra vires concept invoked - Necessity of distinguishing between illegal acts and ultra vires acts*

This case is worth noting for two reasons. Firstly, it adds another type of arrangement to the growing catalogue of schemes being disallowed in terms of sect. 86bis(2) of the *Companies Act, 1926*, which prohibits a company from rendering financial assistance in the purchase of its own shares. Secondly, it provides an example of how the doctrine of *ultra vires* is, with respect, erroneously invoked to justify a conclusion which could more correctly have been substantiated by other legal considerations.

### The facts

The legality of the following transaction was attacked on the strength of the express prohibition contained in sect. 86bis(2). The applicant, the sole beneficial shareholder of E.C. Goss & Co. (Pty) Ltd, agreed to sell 75% of her shares to a third party for R12 000. Payment of this amount was to be effected (in terms of two separate written contracts) by -

- (i) the immediate payment of R800, purportedly being the full purchase price in consideration of the transfer of the shares concerned, in terms of the first agreement; and
- (ii) the payment of R200 per month for 56 months (i.e. a total of R11 200), in return for her attendance at the offices of the company on three mornings a week, in terms of the second agreement.

The agreement to sell referred to under (i) was conditional on the parties entering into the service agreement referred to under (ii). Applicant applied to court to have the transaction (as embodied in both agreements) declared void as transgressing sect. 86bis(2). It was submitted that although the purchaser of the shares paid R800, the company was, by way of the instalments of R200 per month, paying the

balance of the purchase price and in so doing assisting in paying the purchase price of its own shares. Applicant tendered repayment of the amounts thus far received in accordance with the two agreements and prayed for an order for the retransfer of the shares sold into her name. In addition an order for the rectification of the share register by the substitution of her name for that of the purchaser as the beneficial shareholder was requested. An alternative order, based on another cause, was also sought but as the Court, in view of its finding on the main claim, did not make any finding on it, no further reference will be made thereto.

### Contravention of sect. 86*bis*(2)

The Court found that the company, under the subterfuge of a service contract, was in fact providing most of the purchase price in a sale of its own shares, thereby contravening the express prohibition of sect. 86*bis*(2). While it may seem that this decision opens the door for the impeachment of all contracts for the sale of shares where the company more or less simultaneously with the sale also enters into some other legal relationship (e.g. as employer, lessor, lessee, etc.) with the seller of the shares, it is important to bear in mind that in the circumstances of the case the court arrived at its conclusion on the premise that the two agreements were not severable and in fact reflected a single transaction. Accordingly, the judgment provides authority only for the proposition that a sale of shares, executed in conjunction with some other arrangement between the seller and the company whose shares are being sold, can only be invalidated under sect. 86*bis*(2) if the sale is contingent upon that other agreement and can properly be construed as constituting financial assistance by the company (p. 608F-H).

### Application of concept of *ultra vires*

In arriving at its decision that the agreement between the applicant and the second respondent was null and void, the Court stated at p. 608:

“A company cannot lawfully do anything which lies outside the powers given to it by the Companies Act whether or not its articles or memorandum authorise it. The memorandum and articles of the first respondent are not before me but they are immaterial in the face of the section’s prohibition - ‘No company shall give’ such assistance. Consequently an agreement to pay part of the purchase price of the shares is, if established, *ultra vires* the powers of the company. This is so, in my judgment, despite the *obiter dictum* of MILLIN, J., in *Crispette and Candy Co., Ltd. v. Michaelis, N.O. and Michaelis, N.O.*, 1948 (1) S.A. 404 (W) at p. 408 [this last page reference should read 407]. I agree with the judgment of MUNNIK, J., in *Albert v. Papenfus*, 1964 (2) S.A. 713 (E) at p. 721, in this regard. If the agreement is *ultra vires*, the company had no power to enter into the agreement and the form of agreement gone through

was inoperative to create any right in or against the first respondent. It was *ab initio* void. (See *Amalgamated Society of Woodworkers of S.A. and Another v. Die 1963 Ambagsaalvereniging*, 1967 (1) S.A. 586 (T) at p. 595C.)”

From this citation it appears that reliance is placed on the doctrine of *ultra vires* for the proposition that a transaction in contravention of sect. 86*bis*(2) is void. Apart from the fact that, it is respectfully submitted, the concept of *ultra vires* in *company law* relates exclusively to *acts not within the ambit of the objects clause* of a company's memorandum of association (as will be substantiated more fully below), there is ample undisputed authority for the proposition that a contract in contravention of an express statutory prohibition is void for that reason, unless a contrary intention can be gathered from the statute itself (see *Standard Bank v Estate van Rhyu* 1925 AD 266, 274; *Luke and Company v Pretorius* 1938 TPD 463, 467; *York Estates Ltd v Wareham* 1950 (1) SA 125 (SR), 126-127, where a number of additional South African authorities are cited; *Trans-Africa Bank v Union Guarantee & Insurance* 1963 (2) SA 92 (C), 103; *Eland Boerdery (Edms.) Bpk. v Anderson*, 1966 (4) SA 400 (T), 405; *Rensford v Rainsford* 1969 (1) SA 13 (R), 16. It would have been a simple matter to have declared the transaction under consideration null and void on the ground that it was in conflict with the express statutory prohibition contained in sect. 86*bis*(2).

However, the Court preferred to deal with the contracts as *ultra vires* transactions. This approach, if applied consistently, means that every act which is prohibited by the *Companies Act* and presumably every act which is in conflict with any other statute or even the common law becomes an *ultra vires* act. On this wide basis the concept of *ultra vires* is in effect equated with unlawfulness. A number of authorities ostensibly support such an approach but at best they provide only indirect authority in that such an approach can be said to be borne out by the types of acts proffered as examples of *ultra vires* acts. (See the following text-books: *Palmer Company Law* 21st edition 81 and 82; *Palmer Company Precedents Part I* 17th edition 619; *Pyemont Company Law of S.A.* 6th edition 43 and *Henochsberg on the Companies Act* 2nd edition 29; and the following random selection of cases: *Lodge v Modern Motors Ltd* 1957 (4) SA 103 (SR), 118, 119; *Crispette and Candy Co. Ltd v Michaelis* 1948 (1) SA 404 (W), 407-408; *Moseley v Koffyfontein Mines Ltd* [1911] AC 409; *Leeds Estate, Building and Investment Co. v Shepherd Ltd* (1887) 36 Ch D 787).

### **Distinction between illegal acts and *ultra vires* acts**

It has often been pointed out that illegal acts in general must be distinguished from those corporate acts which are null and void only by reason of lack of authorization in the particular company's objects clause (see *Gower Modern Company Law* 3rd edition 87; *Halsbury Laws of England* Vol. 9 414, 417; *Cilliers & Benade Company Law* 45;



Horrwitz *Company Law Reform and the Ultra Vires Doctrine* (1946) 62 Law Quarterly Review 66; Benade *Die Ultra Vires-leerstuk in die Maatskappyereg*, unpublished LL.D. thesis, University of South Africa 1964 (53-59). Historically the doctrine of *ultra vires*, as applied to present day company law, derives from the decision of the House of Lords in *Ashbury Railway Carriage & Iron Co. v Riche* (1875) LR 7 HL 653, from which it clearly appears, particularly from the judgment of Lord Cairns, that the doctrine of *ultra vires* relates to the powers of a company as formulated by its objects clause; it does not relate to general rules of law, be they derived from the *Companies Act*, some other statute or the common law. Logically, too, there is no justification for using the rules of the *ultra vires* doctrine to determine the effects of acts contrary to the general law. While, in terms of the *ultra vires* doctrine, all acts beyond the scope of the objects clause are void and of no legal force and effect, acts contrary to the general law may, depending on the terms of the prohibition, be void, voidable, or even valid, being subject merely to penalties. To refer, in the case of companies, to all acts contrary to law as *ultra vires* acts is to deprive the expression of all content, and to introduce uncertainty by fusing two different concepts.

It is submitted that the true test in determining whether an act is *ultra vires* is whether the act, as seen against the background of the company's objects, is authorized. In contrast hereto, even if authority for a particular act, such as the rendering of financial assistance for the purchase of its own shares or the straightforward purchase of its own shares or, for that matter, the selling of uncut diamonds, can be read into the objects, such acts would, nevertheless, be unlawful and consequently void because they are expressly prohibited by statute. The nullity is not the result of the doctrine of *ultra vires* but stems from the act being contrary to the general law. Since the legal consequences of an act may differ according to the nature of the legal rule prohibiting it, it is of particular importance to have clarity on the nature of the prohibition.

It is accordingly submitted that the court arrived at the correct conclusion but on incorrect grounds, and that the authorities which may ostensibly be relied on to justify this approach have erred on this point.

**EX PARTE VLAKFONTEIN GOLD MINING COMPANY  
LIMITED 1970 (2) SA 181(T)**

*Company Law - Reduction of Capital - Effect of a resolution vesting discretion  
in the directors*

Three important aspects of reduction of capital of companies are dealt with in this decision of the full bench of the Transvaal Provincial Division, viz: -

- (a) what the duties of a court are when it is asked to confirm a reduction of capital;
- (b) whether a resolution effecting a reduction of capital can vest a discretion in the directors of the company relating to that reduction;
- (c) what is to be understood by "capital in excess of the wants of the company" under sect. 44(1)(c) of the *Companies Act, 1926*.

Doubts as to the efficacy of the type of resolution mentioned in (b), which had however been confirmed in *Ex parte Government Gold Mining Areas (Modderfontein) Consolidated Ltd* 1959 (2) SA 696 (W) caused this application to be heard by the full bench, so that an authoritative ruling could be obtained.

Vlakfontein Gold Mining Co. Ltd, the applicant, applied in terms of sect. 45 of the Act for an order confirming the reduction of its authorised and issued share capital from R6m divided into 6m shares of R1 each to R180 000 divided into 6m shares of 3c each, to be effected by the repayment of 97 cents per share to members from time to time, which represented paid up share capital in excess of the wants of the company. As the company's gold mining activities waned and its working profits diminished, it expected to have assets in the form of cash in excess of its requirements on hand from time to time as a result of sales of gold it had mined, as well as the net proceeds of plant equipment and property it no longer required for mining operations. At the time of application the applicant company had just over R1m in excess cash on hand. In the opinion of the directors of the applicant company, as stated in their report, such excess funds should be distributed to members by way of repayments of capital when they became available for distribution and not by way of dividends.

The relevant portion of the special resolution effecting the reduction which was passed by the adjourned annual general meeting of the applicant company provided that:

"The directors be and they are hereby authorised to give effect to such reduction by repaying to members registered in the books of the Company on dates to be determined by the directors, paid up capital up to an amount of 97 cents on each of the shares which have been issued either:

- (a) in such amounts and at such times as the directors in their discretion shall decide, provided that no paid up share capital shall be repaid unless it is in excess of the wants of the Company and provided that no amount shall become due and payable until it has been declared to be such by the directors. Or if the Supreme Court does not confirm the said reduction incorporating the provisions of para. (a): then
- (b) in such amounts and at such times as the directors in their discretion may decide, provided that no paid up share capital shall be repaid unless it is in excess of the wants of the Company and provided that no amount shall become due and payable until it has been declared to be such by the directors *and the payment of that specific amount has been confirmed by the Supreme Court.*" (My italics.)

The reason advanced for asking for the reduction to be implemented in this manner was to avoid the inconvenience and cost attendant upon the approval by members and confirmation by the Court of successive reductions of capital effected from time to time as the excess cash came to hand.

Galgut J, who delivered the judgment, having established that the type of reduction sought fell within the ambit of sect. 44(1)(c) of the Act, dealt with the question as to when capital is "in excess of the wants of the company" by quoting with approval from Buckley, *Companies Act* 13th ed. 159. Buckley says there that a company may have capital in excess of its wants despite the fact that it needs the money paid up as capital in its business. What must be proved is that the company has share capital in excess of its wants. It may be in the interests of the company to borrow the money which had been paid up on its shares because of more advantageous terms. Accordingly a reduction of capital whereby capital paid up on shares was returned to shareholders and then borrowed from them on debentures by their company is permissible within the (English) Act. One of the major considerations here is the fact that interest on borrowed money is allowed as a deduction for tax purposes, whereas dividends on shares (being paid up share capital) are paid out of distributable profits after tax. The large number of corporate debt issues in this country over the last two years bear testimony to the economics of debt issues to raise medium to long term funds. Turner & Newall Ltd, a British company with large interests in asbestos, recently effected a reduction of capital by scheme of arrangement, thereby substituting a 9.1% unsecured loan stock for its 6% preference shares for the same reason. The learned Judge then, before dealing with the facts in the case before him, cited three cases in which those principles had been applied in South Africa: *Ex parte Thornton Ltd* 1906 TS 690; *Ex parte Mackay Bros Ltd* (and reduced) 1934 WLD 44; and *In re Durban North Estates Ltd* 1947 (4) SA 568 (D), to determine whether the applicant company had capital in excess of its wants. In all the cases he cited capital returned to shareholders pursuant to the reduction of share

capital had been borrowed back from them against security of debentures or on acknowledgements of debt.

In the present case he found that it was quite possible that claims against the applicant company could in the future arise out of accidents, delicts or contracts, because it would still continue operating for a number of years. If the uncertainty of the "claims" of such "future" creditors was borne in mind, it was not possible for the Court to say what amounts, if any, over and above the R1m cash on hand, would in future be "in excess of the wants of the company."

The learned Judge thereupon enumerated the duties of a Court which is asked to confirm a reduction of capital, viz: -

- (a) to ensure that the relevant formalities and provisions of the Act have been duly complied with, i.e. sects. 44, 45, 47 and 48;
- (b) to consider whether the proposed reduction is fair and equitable as between the shareholders and particularly between different classes of shareholders;
- (c) to safeguard the interests of the existing creditors;
- (d) to safeguard the interests of the general public, i.e. persons who may in the future have dealings with the company or may be minded to invest in its securities, or who may in some manner become creditors in the future. In this regard a direct reference to *Ex parte Westburn Sugar Refineries Ltd* [1951] AC 625 might have been more appropriate than the case of *Sammel a.o. v President Brand Gold Mining Co. Ltd* 1969 (3) SA 629 (A) cited as authority in this regard.

In the present case no difficulty arose in respect of duties (b) and (c). As to (a) the difficulty arose not in connection with the formalities, but in respect of the implementation of the proposed resolution. The Court found that this resolution, because it sought to give the directors power to make capital repayments subject to those payments being made out of moneys in excess of the wants of the Company, had the effect of allowing the directors to decide from time to time what was in excess of the wants of the company. The Court had already indicated that it could not establish in the circumstances what excess there would be over and above the cash presently on hand, and felt that the decision of the directors in this regard could be detrimental to the creditors of the company at that stage, as well as possibly to the shareholders. The alternative resolution in paragraph (b) served no purpose as the company would still have to approach the Court for confirmation of each reduction with all the attendant formalities.\* Counsel for the applicant

---

\*See italics in par. (b) p. 191 *supra*.

company argued that confirmation of the reduction was in the interests of the general public as the effect thereof was virtually the same as that of the three cases mentioned above, where shareholders had lent the repaid capital back to their companies on debentures and thus became creditors. The Court distinguished these cases on the grounds that the circumstances in the present case were very different.

In this case the Court found that many factors could affect the profitability of the mining operations. A reduction of capital such as this, which was heavily dependent upon the future activities and profitability of the company, ought not lightly to be confirmed. In this instance there would be creditors who could be prejudiced if the Court were to confirm this reduction which would in effect empower the directors in future to exercise the very discretion which was vested in the Court by the Act. Further, if the Court did exercise its discretion to confirm in a case such as this where there were exceptional circumstances, there would be no cases, save when the fairness of the reduction was in doubt, when confirmation would be refused. The application was accordingly dismissed.

This lucid and carefully motivated judgment is very welcome and serves to reassure one that unopposed formal applications of this nature are carefully scrutinised and not just given the "rubber-stamp" treatment by our Courts. Due to the facts of this case, it was not necessary for the Court to deal with the "fairness" of the reduction. It is however interesting to note that the Court here says that the reduction must be fair and equitable as between the shareholders and particularly as between different classes of shareholders, while the *Sammel* case, which is cited as authority, would seem to include the interests of the existing creditors of the company as well,\*\* if the company was *de facto* insolvent prior to the reduction scheme.

S. W. L. DE VILLIERS  
*University of South Africa*

### S v VISAGIE EN 'N ANDER 1970 (1) PH H20 (NK)

*Diefstal - Beslaglegging op dier - Word daarna verkoop - Wederregtelikheid*

Die twee beskuldigdes, werknemers van die departement Landbou-tegniese Dienste, het in die landdroshof van Mafeking tereggestaan op 'n aanklag dat hulle 'n bok<sup>1</sup>, die eiendom van of in die regmatige besit van Sam Modukanele gesteel het. Die landdros bevind dat die twee beskuldigdes, wie se werk dit was om die gangrade tussen die

---

\*\*At 683A.

<sup>1</sup>n Gewone boerbok, nie 'n wildsbok nie.

grens van die Republiek van Suid-Afrika en Botswana te patrolleer, die bok in die gangdrade gevind het en daarop beslag gelê het<sup>2</sup> met die oog op moontlike vernietiging daarvan.<sup>3</sup>

Die hof *a quo* het verder bevind dat beskuldigde no. 2, in afwesigheid van beskuldigde no. 1, daarna die bok aan konstabel Venter van Makgobistat-polisiestatie vir slagdoeleindes verkoop het. Laasgenoemde het egter gemerk dat die *corpus delicti* 'n melkbok was en hy hou toe die bok aan vir melkdoeleindes.

Die beskuldigdes se relaas was egter dat hulle die bok by Venter afgelaai het omdat hy kwansuis 'n veediefstalklagte van 'n bok ondersoek het wat glo ooreengestem het met die bok deur hulle gevind. Die landdros het hierdie verduideliking verwerp en beskuldigde no. 2 veroordeel weens diefstal van die bok. Beskuldigde no. 1 is onskuldig bevind en ontslaan.

In hoër beroep word die veroordeling van beskuldigde no. 2 op die volgende gronde ter syde gestel:

(1) Die Appèlhof beslis dat toe beskuldigde no. 2, in samewerking met beskuldigde no. 1 op die bok in die gangdrade beslag gelê het, hy regmatig opgetree het, dit wil sê nie wederregtelik nie. Die Hof laat hom verder hieroor soos volg uit:

„Die polisieman wat 'n daggakweker se oes vat, die onderbalju wat ter uitvoering van 'n lasbrief die skuldenaar se kar kom neem, handel nie wederregtelik nie. So ook die amptenaar aangestel om moontlik besmette vee op te laai en te verwyder.<sup>4</sup> Sou die polisieman besluit om die dagga te verkoop in plaas van daarmee te handel soos sy polisiepligte voorskryf, maak hy hom moontlik skuldig aan allerhande ander oortredings, maar verander sy oorspronklike wettige neem van die dagga nie prolepties in 'n dieftige toe-eiening nie.”

Met respek, hierdie redenasie staan nie op juridiese pote nie. Hieruit moet afgelei word dat 'n aanvanklike regmatige hantering van goedere waarop, in ooreenstemming met die reg, beslag gelê is, nooit onregmatig of wederregtelik kan word nie. Dit is myns insiens nie die posisie in ons reg nie. As die Regter met hierdie stelling reg het, sou dit beteken dat 'n aangerande persoon wat hom in noodweer teen 'n aanvaller verdedig, nooit weens aanranding op sy aanrander veroordeel kan word nie, al oorskry hy ook die perke van noodweer, omdat sy aanvanklike optrede regmatig was. En dit is kennelik nie ons reg

<sup>2</sup>Skygbaar ingevolge die bepalings van Artikels 4 of 5 van die *Wet op Dieresiektes en -parasiete*, 13 van 1956.

<sup>3</sup>Ten einde die verspreiding van dieresiektes te voorkom.

<sup>4</sup>Op grond hiervan konkludeer die skrywer dat die beskuldigdes onder die *Wet op Dieresiektes en -parasiete*, 13 van 1956, opgetree het. Die betrokke Wet word nie in die regter se uitspraak vermeld nie.

op hierdie punt nie.<sup>5</sup> Dit sou ook beteken dat 'n persoon wat 'n gesteelde saak sonder dieftige opset ontvang, nie wederregtelik handel en diefstal pleeg nie wanneer hy daarna verneem dat die betrokke saak wel gesteel is en hy dit desnietemin vir hom toeëien.<sup>6</sup>

Selfs indien toegegee word dat die twee beskuldigdes in die onderhawige saak aanvanklik regmatig opgetree het, dit wil sê in ooreenstemming met die bepalings van die *Wet op Dieresiektes en -parasiete*, was die optrede van beskuldigde no. 2, toe hy die bok aan konstabel Venter sonder magtiging verkoop het, beslis nie meer regmatig nie. Volgens wet moes hy die bok van kant gemaak het<sup>7</sup> en nie verkoop het nie. Artikel 5 van die betrokke Wet maak voorsiening dat die Minister van Landbou-tegniese Dienste<sup>8</sup> in 'n geval soos hierdie die bok kan „konfiskeer of van kant laat maak of laat vernietig of andersins daarvoor laat beskik.” Daar is geen aanduiding op die oorkonde van die saak dat die beskuldigde magtiging gehad het om die *corpus delicti* aan enigiemand te verkoop nie. Dis nie uit die oorkonde duidelik of die eienaar van die bok in Botswana of in die Republiek woonagtig was nie, maar dit wil tog lyk of hy in die Republiek gewoon het, want hy het die vermeende diefstal van sy bok by die polisie in die Republiek aangemeld. Indien dit so was is dit hoogs twyfelagtig of die betrokke Minister 'n bok uit Suid-Afrika wat toevallig in die gangrade beland het, sou laat vernietig het. Die bok sou in alle waarskynlikheid in kwarantyn geplaas gewees het en daarna aan die eienaar teruggegee gewees het indien dit moontlik was.

(2) In die tweede plek beslis die Regter dat die regmatige eienaar van die bok by beslaglegging, eiendomsreg op die bok verloor het. Gevolglik was diefstal van die oorspronklike eienaar nie meer moontlik nie, en is die oorspronklike eienaar geensins benadeel toe beskuldigde sy bok verkoop het nie. Met respek: ook hierdie benadering is aanvegbaar. Die *Wet op Dieresiektes en -parasiete* bepaal nêrens dat blote beslaglegging op diere eiendomsreg daarvan in die Staat vestig nie. Artikel 11 van hierdie Wet bepaal pertinent dat die *karkas* van 'n dier wat van kant gemaak is die eiendom van die Staat word en dat die Minister van Landbou-tegniese Dienste kan gelas wat daarmee moet gebeur. Daar is geen soortgelyke artikel wat eiendomsreg ten opsigte van 'n *lewende dier* op die Staat laat oorgaan nie. Uit artikel 12 van die Wet blyk 'n teenoorgestelde mening. Hierdie artikel maak voorsiening vir die bevryding van diere wat in kwarantyn aangehou word terwyl

<sup>5</sup>Vergelyk o.a. De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* 2de uitg. 72.

<sup>6</sup>Vergelyk *R v Von Elling* 1945 AD 234, *R v Naidoo* 1949 (4) SA 858 (A) waarin 'n teenoorgestelde mening gehuldig word.

<sup>7</sup>Ingevolge artikel 5 van Wet 13 van 1956.

<sup>8</sup>Of 'n persoon deur hom daartoe gemagtig ingevolge artikel 18 van Wet 13 van 1956.

artikel 24 van die Wet voorsiening maak dat *die eienaar* op vergoeding geregtig is indien 'n dier van hom van kant gemaak is. Hieruit blyk myns insiens ondubbelsinnig dat die wetgewer hom nie eiendomsregte ten opsigte van vee waarop beslag gelê is, wou aanmatig nie.

Na die beste van my wete is daar geen ander regsgronde waarop die eienaar eiendomsreg in sy bok kon verloor nie. Hy het immers nie die bedoeling gehad om eiendomsreg in sy bok aan enigiemand af te staan nie, anders sou hy nie die diefstal van sy bok aan die polisie van Makgobistat aangemeld het nie.

Skrywer hiervan huldig gevolglik die mening dat beskuldigde no. 2 wederregtelik opgetree het toe hy klaer se bok aan Venter verkoop het en dat klaer op daardie stadium nog regmatige eienaar van die bok was.

Ten slotte moet ook in die verbygaan daarop gewys word dat benadeling van die eienaar skynbaar nie meer in ons reg vir diefstal 'n vereiste is nie.<sup>9</sup>

C. F. KLOPPER  
*Justisie-Opleiding*

### S v VAN COLLER 1970 (1) SA 417 (A)

*Diefstal - Toe-eiening - Neem van saak slegs om deur middel van besit daarvan druk uit te oefen*

Die vraag of 'n persoon wat 'n geldige vorderingsreg teen iemand anders het, diefstal pleeg indien hy 'n saak wat aan laasgenoemde persoon toekom sonder toestemming verwyder, nie ten einde dit self te gebruik nie, maar slegs om dit as sekuriteit te hou ten einde voldoening van die skuld af te dwing, is in die verlede nie altyd enersluitend deur ons howe beantwoord nie. Aanvanklik is nog aangeneem dat so 'n handeling nie neerkom op diefstal nie,<sup>1</sup> dog in *R v de Kock*<sup>2</sup> het die Transvaalse Hof 'n teenoorgestelde standpunt ingeneem. Dit is verblydend dat die Appèlhof in die onderhawige beslissing nou uiteindeelik oor hierdie onderwerp standpunt ingeneem het.

Die beskuldigde was vir 'n tydperk in diens van die regering van Botswana as 'n mediese dokter. As gevolg van 'n sekere insident, die besonderhede waarvan hier nie van belang is nie, is hy deur die polisie-superintendent in kennis gestel dat hy aangekla sou word van enkele

<sup>9</sup>*R v Kinsella* 1961 (3) SA 520 (K), 527F, 1957 South African Law Journal 394.

<sup>1</sup>*R v Pinyani* 1908 EDC 355; *R v Sumango* 18 EDC 173; *R v Mchayni* 1940 (2) PH H142.

<sup>2</sup>1951 (2) SA 342 (T).



minder ernstige oortredings, soos die onwettige invoer van vier bottels drank in Botswana. 'n Bespreking van hierdie voorgenome aanklagte het plaasgevind tussen die beskuldigde en die direkteur van mediese dienste in Botswana, as gevolg waarvan die beskuldigde die versekering gekry het dat die aanklagte teen hom teruggetrek sou word, indien hy sou bedank uit sy pos - iets wat die beskuldigde inderdaad dan ook gedoen het. Kort voor sy vertrek uit Botswana het die polisie tot sy ontsteltenis egter voortgegaan met die saak teen hom. Nadat hy op die eerste dag dat die saak in die hof gediën het, uitstel van die saak verkry het, het hy met sy privaatvliegtuig uit Botswana vertrek, en sonder enige toestemming vier mikroskope, die eiendom van die regering van Botswana, met hom saamgeneem. Sommige strydige bewerings van hom ten spyt, het die Appèlhof aanvaar dat sy doel met die ongeoorloofde verwydering van die mikroskope was om deur sy besit daarvan druk uit te oefen op die owerhede in Botswana om die klagtes teen hom te laat vaar. Hy was deurgaans van plan om die mikroskope terug te besorg aan die owerhede in Botswana, nie slegs indien die klagtes teen hom laat vaar word nie, maar ook - so het die Hof beslis<sup>3</sup> - selfs indien dit nie gebeur nie.

In die lig van laasgenoemde bevinding moes bepaal word of die beskuldigde diefstal van die mikroskope gepleeg het. In dié verband moes die Appèlhof se vorige gesaghebbende beslissing oor diefstal, *R v Sibija*,<sup>4</sup> in aanmerking geneem word. In *Sibija* se saak is op bl. 257 naamlik beslis dat by diefstal „the taker should have intended to terminate the owner's enjoyment of his rights or, in other words, to deprive him of the whole benefit of his ownership.” Die slotsom waartoe die Hof in die onderhawige saak geraak het, was dat indien die bedoeling om 'n saak slegs as pand te behou eenmaal aanvaar word, dit moeilik is om uit die onbepaaldheid van die tydperk waarin die saak gehou word (gesien die voorwaardelike karakter daarvan) noodwendig af te lei dat die dader die bedoeling gehad het om die eienaar te ontnem van al die voordele van sy eiendomsreg (bl. 425H). Verder het die Hof (by monde van AR Jansen) beslis:

„If the taking of another's property with the intent to hold it as a security, i.e. enforce a debt, does not amount to a taking with an intent 'to deprive the owner of the whole benefit of his ownership,' there appears to be no reason in principle why the position should not be the same where the owner is held to ransom for purposes other than to enforce a debt.”<sup>5</sup>

Gevolglik kon die beskuldigde nie skuldig bevind word aan diefstal nie, en die appèl teen sy skuldigbevinding het dan ook geslaag.

<sup>3</sup>Bl. 424G van die verslag.

<sup>4</sup>1955 (4) SA 247 (A).

<sup>5</sup>Bl. 426D-E van die verslag.

Na my mening is die slotsom waartoe die Appèlhof geraak het, allesins te verwelkom. Dat die gedraging van die persoon wat sy skuldenaar se goed sonder toestemming verwyder slegs om dit as pand te behou ter afdwinging van die skuld, wesenlik nie op 'n toe-eieningshandeling neerkom nie, val nie te betwyfel nie. Die teenoor-gestelde slotsom waartoe die Hof in *De Kock* se saak (*supra*) geraak het, is nie alleenlik na my mening tereg gekritiseer deur beide VerLoren van Themaat<sup>6</sup> en Burchell<sup>7</sup> nie, maar kan in elk geval nie meer standhou na die uitspraak in *Sibiya* se saak nie. In 'n hele aantal sake daarna, wat, met een uitsondering, nie in regter *Jansen* se uitspraak genoem word nie, het ons howe met 'n beroep op *Sibiya* se saak òf tereg ook geweier om *De Kock* se saak te volg, òf in elk geval in soortgelyke omstandighede geweier om diefstal aan te neem.<sup>8</sup>

Dat die neem van 'n ander se saak om dit as pand te hou ter afdwinging van 'n skuld, nie as 'n toe-eiening van die saak beskou kan word nie, blyk daaruit dat dit nie gesê kan word dat die dader deur so 'n handeling die reghebbende ten volle uitgesluit het van sy regte oor sy saak, en hom so 'n verhouding teenoor die saak aangematig het dat hy dit daardeur aan sy uitsluitlike bevoegdheid onderwerp het nie. Die vestiging deur die dader van 'n eenaarsanaloeë magsverhouding oor die saak (*se ut dominum gerere*), wat so karakteristiek is van alle toe-eieningshandelinge, ontbreek. Die dader het hom deur so 'n handeling nie effektief in die plek van die eenaar of geregtigde oor die saak gestel nie.<sup>9</sup> Die Hof wys dan ook tereg op bl. 426 bo daarop dat die reghebbende se eiendomsreg hier nog steeds deur die dader gerespekteer word. Die Hof het gewysdes uit die Engelse en Nederlandse strafreg aangehaal wat 'n gelykluidende standpunt huldig.<sup>10</sup> Naas die Engelse

<sup>6</sup>1951 THRHR 352.

<sup>7</sup>1951 SALJ 245.

<sup>8</sup>Sien *Regina v Huni*, 1956 (1) PH H41 (SR); *Brophy v Regina* 1955 (2) PH H234 (O); *R v Tsunyanyana* 1960 (4) SA 449 (OK); *R v Midzi* 1958 (1) SA 170 (SR); *Suknandan v Regina* 1960 (1) PH H151; *R v Sitole* 1957 (4) SA 691 (N); *S v Bijela* 1963 (3) SA 436 (N); *R v Ngema* 1961 (1) SA 193 (N) en *R v Ndbhela* 1956 (2) SA 4 (N), 6B.

<sup>9</sup>Vergelyk die omskrywing van toe-eiening („Zueignung”) in die Duitse strafregliteratuur in die *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar* 8e uitgawe deur H. Jagusch en andere, bl. 315: „Zueignung ist das Anmassen eines tatsächlichen, der Eigentümerstellung ähnlichen Machtverhältnisses an der fremden Sache, so dass sie ausschliesslich dem Willen des Aneignenden unterworfen und seinen Zwecken diensbar wird: pseudorechtlichen Herrenstellung”; Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch, Kommentar* 13e uitgawe (1967) 1124: „Das wesen der Zueignung besteht darin, dass der Täter die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einverliebt, der Täter muss sich selbst an der Stelle der Berechtigten setzen wollen . . .” Sien ook Kohlrausch-Lange *Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen und Nebengesetzen* 42e uitgawe (1959) 530; Rittler *Lehrbuch des Osterreichischen Strafrechts* 2e uitgawe (1962) Vol. 2 132-3.

<sup>10</sup>Bl. 426 van die verslag.

en Nederlandse strafreg word hierdie reël ook erken in die Duitse<sup>11</sup> en Oostenrykse<sup>12</sup> strafreg.

In die lig van al bogemelde oorwegings en gesaghebbendes is dit enigszins moeilik om in te sien op welke gronde die skrywers De Wet en Swanepoel (*Strafreg* 2e uitgawe) op bl. 359 van hulle werk *De Kock* se beslissing nog kan regverdig. Volgens hulle het De Kock wel die toe-eieningsgesindheid gehad wat 'n skuldigbevinding aan die verskyningsvorm van diefstal bekend as besitsonttrekking, sou regverdig. Hierdie houding, wat berus op die skrywers se mening op bl. 358 dat dit diefstal is „[a]s Titius hom meester maak van Maevius se saak, nie om dit toe te eien in die volle sin van die woord . . . nie, ook nie om dit te gebruik nie . . . , maar net om dit te hou, bv. as pand of om 'n losprys daarvoor af te dwing,” moet, met respek, in die lig van die onderhawige Appèlhofbeslissing bevraagteken word. Die skrywers moet toegee dat so 'n geval nêrens in die Romeins-regtelike tekste vermeld word nie. Sover bekend is daar ook geen skrywer oor die Romeins-Hollandse reg wat die betekenis van *furtum* so wyd rek nie. Trouens in verband met wat vandag somtyds genoem word *furtum possessionis*, word daar deur ons ou skrywers slegs gepraat van verwydering van 'n saak deur die eienaar daarvan,<sup>13</sup> wat dit moeilik maak om bogemelde geval wat die skrywers meld te aanvaar as 'n vorm van besitsonttrekking en dus diefstal.

Die Appèlhof het nietemin in hierdie beslissing terdeë kennis geneem van De Wet en Swanepoel se opvatting van diefstal as 'n toe-

<sup>11</sup>Sien *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (supra)* 323: „Die eigenmächtige Inpfandnahme einer fremden Sache durch den Täter zur befriedigung einer eigenen Forderung ist bei erkennbarer Rückgabeabsicht nach Befriedigung noch keine Zueignung,” en Emil Niethammer *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrecht* 235: „Auch wenn der Täter die Sache nur als Pfand besitzen will, damit er in ihr eine Sicherheit für die Erfüllung eines ihm gegen den anderen zustehenden Anspruchs habe, ist eine Zueignungsabsicht nicht gegeben.”

<sup>12</sup>Malaniuk *Lehrbuch des Strafrechtes* (1948) Vol. 2 221: „Die Aneignung einer Sache unter gleichzeitiger Zurücklassung des Wertes in Geld erfüllt daher ebenso wenig den Tatbestand wie die Wegnahme einer Sache zur Erlangung eines angemessenen Pfandes für eine dem Täter gegen den Besitzer der Sache zustehende Forderung.”

<sup>13</sup>Die gemeenregtelike skrywers oor hierdie onderwerp word almal deur VerLoren van Themaat *Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-Hollandse reg* (1949) behandel op 102-104. *Dambouder* en *Böhmer* is die enigste twee skrywers wat VerLoren van Themaat noem wat die algemene stelling maak dat dit onmoontlik sou wees vir 'n eienaar om sy eie saak te steel. Hierby kan nog gevoeg word Bruneman *Commentarius in Leges Pandectarum* 4e uitgawe (1692) 47. 2 *ad L. si is qui rem* 59 (bl. 603): „Qui commodavit rem suam vicino, si eam aufert, non committit furtum, quia nemo in re sua furtum committit.” Hierdie afwykende en enger houding van gemelde drie skrywers dui eerder op 'n strewende om gevalle van diefstal deur besitsaanmatiging te beperk. Mattheaues meen dat hierdie vorm van diefstal in sy tyd nie meer strafregtelik vervolgbaar was nie (sien VerLoren van Themaat a.w. 104).

eieningshandeling wat gepaard gaan met 'n toe-eieningsgesindheid. Hierdie uitspraak bevestig inderdaad die tendens van die Appèlhof die afgelope tyd om die wesenlike karakter van diefstal weer te gee met die begrip toe-eiening.<sup>14</sup> Hierdie houding is na my mening te verwelkom. Dit skyn asof die toe-eieningsbegrip homself al veiliger ingrawe in ons diefstalreg, en dat VerLoren van Themaat se kritiek teen hierdie begrip, veral op grond daarvan dat dit afkomstig is uit die Germaanse en Vastelandse reg en vreemd is aan die suiwere Romeins-Hollandse reg,<sup>15</sup> al hoe minder invloed by ons howe het.

Die term en begrip wat volgens VerLoren van Themaat<sup>16</sup> van diefstal 'n eenheid en „aaneensluitende begrip” maak, en verhoed dat dit 'n „onsamehangende konglomeratie” word, naamlik *contractatio*, word in die hele uitspraak nie eers een maal genoem nie. Dit is ook verblydend dat die Appèlhof nie een maal gebruik gemaak het van die besondere onomlynde en onwetenskaplike term, *animus furandi* nie. Die Appèlhof se bereidwilligheid om te werk met die toe-eieningsbegrip is soveel te meer aanvaarbaar indien in gedagte gehou word dat selfs in Engeland die nuwe *Theft Act* van 1968 die hele Engelse diefstalreg radikaal gewysig het, deurdat die vorige misdade „larceny” (die omskrywing waarvan in die *Larceny Act*, 1916, via *Gardiner and Lansdown* in soveel wesenlike opsigte deur ons eie howe aanvaar is as 'n omskrywing van diefstal),<sup>17</sup> „fraudulent conversion” en „embezzlement” nou vervang is met een omvattende misdaad, bekend as „theft,” en nou vir die eerste maal ook gewerk word met die begrip „appropriation” as omskrywing van die hele diefstalhandeling.<sup>18</sup>

Regter *Jansen* trag om „toe-eiening” in verband te bring met die Engelsregtelike „depriving the owner.” Hy verklaar naamlik op bl. 424-425: „‘Depriving’ is, however, sometimes associated with ‘appropriation’ and, in a sense, the one is but the obverse of the other . . . Provided the concept remains the same, the terms no doubt, may be used indiscriminately.” Om onteiening of onttrekking („depriving”) aan die een kant, en toe-eiening („appropriation”), aan die ander kant, in alle gevalle as sinonieme vir dieselfde begrip te beskou (iets wat regter

<sup>14</sup>Vergelyk *S v Luther* 1962 (3) SA 506 (A); *S v Kotze* 1965 (1) SA 118 (A); *S v de Jager and another* 1965 (2) SA 616 (A), veral te 617, en *S v Verwey* 1968 (4) SA 682 (A).

<sup>15</sup>Sien 1951 THRHR 338-344, asook 353-354.

<sup>16</sup>1951 THRHR 344.

<sup>17</sup>*Gardiner and Lansdown South African Criminal Law and Procedure* se omskrywing van diefstal (6e uitgawe vol. 2, 1952) wat gebaseer is op die gemelde *Larceny Act*, is deur ons Appèlhof aanvaar as korrek in *R v Von Elling* 1945 AD 234, 236, en in *R v Sibiyi* (*supra*) 250 en 251.

<sup>18</sup>Art. 1(1) van die *Theft Act*, 1968 wat op 1 Jan. 1969 in werking getree het, bepaal: „A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it.”

*Jansen* nie noodwendig doen nie), het sy gevare. Ontneming en toe-eiening kan twee heeltemal verskillende handelinge wees. 'n Persoon probeer bv. om goedere van 'n bewegende goederetrein te steel. Hy gooi die goedere af met die doel om dit later weer te gaan optel, maar word betrap voordat hy dit kan optel. Hier was daar ontneming of onttrekking („depriving”) maar nog nie toe-eiening nie. Om met blote ontneming te volstaan sonder om ook toe-eiening te vereis, maak dit natuurlik moeilik om diefstal bevredigend te onderskei van kwaadwillige saakbeskadiging, waar daar ook tog dikwels 'n ontneming van die saak of gedeelte daarvan van die eienaar is. Om aan die anderkant ontneming of onttrekking te negeer gaan ook nie op nie, want „dit spreek vanself dat in alle gevalle van toeëiening die dief die bedoeling het om die eienaar sy saak permanent te ontnem.”<sup>19</sup> Na my mening kan die Suid-Afrikaanse strafreg op hierdie gebied niks verloor nie deur te let op die feit dat in die moderne Germaansregtelike strafregsteme soos Duitsland, Oostenryk en Switserland (waar die toe-eieningsbegrip immers sy wetenskaplike verdieping ondergaan het) die verhouding tussen onttrekking, aan die een kant, en toe-eiening aan die ander kant, soos volg ingesien word: ten einde 'n voltooide toe-eieningshandeling daar te stel, word sowel 'n ontneming van die saak as 'n positiewe toe-eiening van die saak, *kumulatief* vereis. Die woord „toe-eiening” het taalkundig dus hier twee betekenisse, 'n wye, sowel as 'n enge. Vir toe-eiening in die wye sin („Zueignung”) is nodig sowel ontneming („Enteignung”) as toe-eiening in engere sin („Aneignung”).<sup>20</sup> Ontbreek die een, is daar nie toe-eiening in die algemene sin van die woord nie. Binding stel hierdie reël kernagtig waar hy toe-eiening beskryf as „Enteignung zum Zwecke der Aneignung.”<sup>21</sup> So 'n siening van die probleem is myns insiens glad nie vreemd aan ons reg nie, en is 'n goeie verklaring vir uitsprake soos *S v Vilakazi* 1967 (2) PH H280 (N); *S v Kinga* 1962 (2) SA 401 (OK) en *R v Blum* 1960 (2) SA 497 (OK).

Ten slotte kan, as gevolg van hierdie uitspraak, dit nou met reg beweer word dat daar 'n leemte in ons reg is deurdat 'n persoon wat so sonder enige toestemming eiehandig sy skuldenaar se goedere verwyder om dit te behou as pand, nou straffeloos moet uitgaan. In 'n land

<sup>19</sup>De Wet en Swanepoel 332-333.

<sup>20</sup>Sien Schönke-Schröder a.w. 1124, waar, handelende oor „Zueignung,” verklaar word: „... der Täter muss sich selbst an die Stelle des Berechtigten setzen wollen, so dass „Enteignung” auf der einen und „Zueignung” auf der anderen Seite korrespondieren.” Sien ook *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (supra)* 318: „Die *Enteignung* ist . . . die notwendige Begleiterscheinung dieses Vorgangs,” maar „Keine Anmassung eigentumgleicher Sachherrschaft ist die bloss *Enteignung*” (324); Rittler 131: „erst mit der geschehenen Aneignung ist der Diebstahl vollendet.”

<sup>21</sup>Aangehaal in Schwander *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, tweede uitgawe (1964) 334.

soos Switserland het die wetgewer spesifiek 'n misdadend bekend as „saakonttrekking” („Sachentziehung”) in art. 143 van die Strafwetboek geskep, ten einde so 'n moontlike gaping by die vermoëns misdade te dek. Hierdie artikel vind sy toepassing waar daar 'n wederregtelike verskuiwing van 'n roerende saak was tot nadeel van die geregtigde in omstandighede waarin daar nie 'n toe-eiening van die saak plaasgevind het nie.<sup>22</sup> Te oordeel aan die nie te onaansienlike hoeveelheid reedsgerapporteerde vonnisse omtrent soortgelyke gevalle,<sup>23</sup> lyk dit asof sodanige „eiemagtige inpandneming” van sake by ons nie 'n onbekende verskynsel is nie. Sodanige handeling druis in teen die regsgevoel, soos blyk uit die feit dat daar (in elk geval meestal) ander regsmiddels tot beskikking van die dader is om sy vorderingsreg te beskerm, sonder dat hy hoef staat te maak op eierigting. Indien die Suid-Afrikaanse wetgewer hierdie soort handeling beskou as 'n euwel wat bekamp moet word, sal hy dit nou spesifiek deur middel van wetgewing strafbaar moet stel, net soos wat artikels 1 en 2 van Wet 50 van 1956 op die wetboek verskyn het nadat „furtum usus” deur die Appèlhof in *R v Sibiya* (*supra*) verwerp is as 'n vorm van diefstal.

C. R. SNYMAN

*Randse Afrikaanse Universiteit*

## PREMIER WIRE AND STEEL CO. LTD v MAERSK LINE 1969 (3) SA 488 (K)

### *Internasionale Privaatreg - Uitdruklike Regskeuse - Haagse Reëls*

Die verweerder, 'n Deense redery, het onderneem om goedere vanaf 'n Japanse hawe na Kaapstad te vervoer. Kragtens 'n beding in die vragbrief, wat in Japan uitgereik is, word die kontrak uitdruklik onderworpe gemaak aan die reg van enige land wat verpligtend van toepassing is op die kontrak. 'n Groot gedeelte van die vraag word beskuldig en die eiser, aan wie die vragbrief oorgedra is, spreek die redery aan vir skadevergoeding.

Dit was gemene saak dat die Japanse reg, waarby in 1958 deur wetgewing die Haagse Reëls ingelyf is, verpligtend van toepassing

<sup>22</sup>Of, soos dit gestel word in die woorde van die Wet, wanneer daar nie 'n verrykingsbedoeling by die dader aanwesig was nie - iets wat in die Switserse strafreg wesenlik dieselfde is as toe-eiening. Sien hieroor Schwander a.w. 340, en Germann *Schweizerisches Strafgesetzbuch, mit kurzen Erläuterungen* 8e uitgawe (1966) 248.

<sup>23</sup>Sien bv. sake aangehaal in voetnotas 1 en 8 hierbo.

was op die kontrak.<sup>1</sup> Die Hof gee dus hier gevolg aan 'n uitdruklike regskeuse van die kontraktante.<sup>2</sup>

Die Kaapse Hof het al die York-Antwerp-reëls toegepas op grond van 'n uitdruklike keuse daarvan,<sup>3</sup> maar het twee jaar later die Engelse reg toegepas op grond van die stilswyende bedoeling van die kontraktante, wat afgelei is uit die noue kontak wat die kontrak met Engeland gehad het - dit sou veel eenvoudiger gewees het indien die Hof eenvoudig die toepassing van die Engelse reg baseer het op die uitdruklike keuse van die partye soos vervat in die kontrak.<sup>4</sup> In 1932 het die Transvaalse Hooggeregshof<sup>5</sup> 'n uitdruklike keuse van die Rhodesiese reg omseil deur die omvang van die prestasie ten onregte van die *lex loci solutionis* afhanklik te stel - laasgenoemde regstelsel behoort, as sodanig, slegs 'n rol te speel ten aansien van die *wyse* waarop die prestasie moet geskied.<sup>6</sup> Ten spyte van hierdie negering van 'n uitdruklike regskeuse, kan nog met sekerheid vandag gesê word dat 'n uitdruklike regskeuse in beginsel gevolg sal word: dit blyk nie alleen uit verskeie *obiter dicta*<sup>7</sup> nie, maar ook uit 'n Natalse beslissing waarin die Engelse reg toegepas is op grond van so 'n keuse.<sup>8</sup> In die *Premier*-saak<sup>9</sup> is hierdie standpunt bevestig, alhoewel die punt nie in geskil was nie.<sup>10</sup> Juis omdat die Haagse Reëls en soortgelyke skeepvaartreëls al dikwels ter sprake gekom het in ander regstelsels, vorm die *Premier*-saak 'n bron vir bespreking.

Wat sou die posisie gewees het indien die partye die Engelse of Suid-Afrikaanse - of 'n ander - regstelsel gekies het?<sup>11</sup> Kan die Haagse Reëls, wat in Japan verpligtend geld ten aansien van uitgaande skeepverkeer, op hierdie wyse omseil word? In Engeland is hierdie vraag in

<sup>1</sup>Op 490.

<sup>2</sup>Die beslissing het eintlik gedraai om die vraag of die redery sy bewyslas gekwyt het - vgl. Hosten 1969 THRHR 402.

<sup>3</sup>*In re Ernestine* (1895) SC 27.

<sup>4</sup>*Searight & Co. v Marchüssen* (1897) SC 94.

<sup>5</sup>*Joffe v African Life Assurance Society Ltd* 1933 TPD 189.

<sup>6</sup>Vgl. Hahlo & Kahn *The Union of S.A. . . .* (1960) 750 noot 92.

<sup>7</sup>Vgl. *Guggenbeim v Rosenbaum* 1961 (4) SA 21 (W), 31; *Pretorius and Another v Natal South Sea Investment Trust Ltd (Under Judicial Management)* 1965 (3) SA 410 (W), 417.

<sup>8</sup>*Federal Development South Africa (Pty) Ltd v Fienberg* PH A9 29 (1967).

<sup>9</sup>*Supra*.

<sup>10</sup>Selfs al was daar geen regskeuse nie, sou die Hof volgens die gewone reëls die Japanse reg toegepas het - vgl. *Muter's Exs v Jones* (1860) 3 Searle 356; *Stretton v Union Steam Ship Co. (Ltd)* 1881 EDC 315; vgl. egter *The Castle Mail Packets Company (Ltd) v Mitheram and Toteram* (1892) 13 NLR 199.

<sup>11</sup>Alhoewel die Haagse reëls in Engeland en Suid-Afrika ook geld, geld dit slegs t.o.v. uitgaande skeepverkeer, met die gevolg dat die gemene reg in so 'n geval gekies sou word - dit is wat in *The Torni, infra*, sou gebeur het as die hof wel gevolg gegee het aan die partye se regskeuse.

*The Torni*<sup>12</sup> ontkenend, dog in die *Vita*-saak<sup>13</sup> bevestigend, beantwoord. In *The Torni* is 'n vragbrief vir die vervoer van lemoene op 'n Estlandse skip na Engeland, in Palestina onderteken. Die kontrak is uitdruklik aan die Engelse reg onderwerp. Kragtens Palestynse wetgewing moes elke vragbrief 'n beding ter inlywing van die Haagse Reëls bevat en by gebrek daaraan sou die teenwoordigheid daarvan veronderstel word. Die klousule word weggelaat en nou word geargumenteer dat 'n vrywaringsbeding, wat geldig is volgens die Engelse reg, maar ongeldig is volgens die Haagse Reëls, beheers moet word deur die Engelse reg. Die *Court of Appeal* verwerp hierdie argument en ag die Haagse Reëls toepaslik omrede die Palestynse wetgewing juis gemik is teen sodanige omsailing, die wetgewing betrekking het op die „legality” van die kontrak,<sup>14</sup> die eenvormigheid van vragbriewe swaarder weeg as die absolute vryheid van die partye en dit strydig met die *comitas*<sup>15</sup> sou wees om die bepalinge van 'n internasionale verdrag, waaraan ook Engeland onder bepaalde omstandighede gebonde is, te ignoreer.

In die *Vita*-saak<sup>16</sup> het die Geheime Raad egter wel gevolg gegee aan die regskeuse. Die Newfoundlandse wetgewing maak die inlywing van die Haagse Reëls in vragbriewe verpligtend. 'n Vragbrief vir die vervoer van haring vanaf Newfoundland na New York het egter hierdie klousule weggelaat en bepaal dat die kontrak beheers moet word deur die Engelse reg. Vanaf Nova Scotia, waar die internasionale privaatreë ooreenkom met sy Engelse eweknie, word geappelleer na die Geheime Raad. Die Geheime Raad verwerp die beslissing in *The Torni* en gee wel gevolg aan die regskeuse.<sup>17</sup> Die Raad gee toe dat 'n Newfoundlandse hof so 'n omsailing waarskynlik sou negeer het, maar dat 'n hof van Nova Scotia (wat die Geheime Raad *in casu* is) die regskeuse in 'n internasionale geval as van hoër waarde beskou.<sup>18</sup>

Hoewel daar heelwat beswaar gemaak is<sup>19</sup> teen die *Vita*-beslissing, word dit besonder hoog deur 'n hele paar Engelse skrywers aangeslaan.<sup>20</sup> Na my mening is die juiste houding dan ook in hierdie saak

<sup>12</sup>[1932] All ER 374 (P), 384 (CA).

<sup>13</sup>*Vita Food Products Inc. v Unus Shipping Co. Ltd* [1939] All ER 513 (PC).

<sup>14</sup>Op 388.

<sup>15</sup>Op 390.

<sup>16</sup>Hierbo noot 13.

<sup>17</sup>Op 526 e.v.; die feit dat in *The Torni* die kontrak gelui het dat dit „construe” moet word deur die Engelse reg, terwyl in die *Vita*-kontrak van „govern” gepraat is, word as 'n bloot taalkundige verskil verwerp in die *Vita*-saak - op 527 *per* lord Wright.

<sup>18</sup>Op 522G en 524H - *per* lord Wright.

<sup>19</sup>Cheshire *Private International Law* 7de uitg. 197; Falconbridge *Essays on the Conflict of Laws* 2de uitg. 411-412; Morris en Cheshire 1940 (56) LQR 320.

<sup>20</sup>*Scrutton on Charterparties* 17de uitg. 485 noot (c); Graveson *The Conflict of Laws and International Contracts* 22; Dicey-Morris *The Conflict of Laws* 8ste uitg. 700. Die



ingeneem. Alle dwingende reëls op nasionale vlak het nie noodwendig aanspraak op dwingende werking *in internationalibus* nie. Wanneer daar 'n uitdruklike regskeuse voor hande is, moet die hof dit volg, tensy daar 'n dwingende regsreël van 'n derde land of die *forumland* is wat kragtens sy besondere sosiale funksie aanspraak maak op gelding. Indien A en B byvoorbeeld in Frankryk 'n dienskontrak sluit met die doel dat die diens gelewer moet word in Suid-Afrika, en hulle sou uitdruklik ooreenkom dat die Franse reg die kontrak moet beheers, sou 'n hof moet nagaan of die handhawing van die regskeuse swaarder weeg as die frustrasie van die Suid-Afrikaanse nywerheidswetgewing. Alhoewel die Franse reg die *lex causae* sal wees, sal die derdelandsreg, *in casu* die Suid-Afrikaanse reg, myns insiens inwerk op hierdie verhouding, aangesien die werk hier verrig moet word.<sup>21</sup> Hierdie benadering, waarvolgens derdelandsreg onder bepaalde omstandighede reëls van die *lex causae* kan lamlê, is lank reeds in Nederland verkondig deur De Winter<sup>22</sup> en is later gevolg deur Deelen<sup>23</sup> en die *Cassatiehof* in die *Alnati-arrest*.<sup>24</sup>

In laasgenoemde beslissing het *Nigoco*, 'n Nederlandse maatskappy, onderneem om in een van sy skepe, die *Alnati*, aartappels te vervoer vanaf Antwerp na Rio de Janeiro. Die Nederlandse reg word uitdruklik gekies as toepaslike regstelsel. Die vrag word beskuldig en die maatskappy beroep hom op art. 91 van die Belgiese *Wetboek van Koophandel*. Die eiser beroep hom egter op die gekose Nederlandse reg. Die Hof gee gevolg aan die regskeuse „voor zover de wet zich daartegen niet verzet.” Aangesien die Wet hom nie verset teen hierdie regskeuse nie, word die gekose Nederlandse reg gevolg.

Wat beteken hierdie beperking wat die hof stel? Dit moet in die eerste plek geles word in die lig van 'n vroeëre uitspraak van dieselfde hof in die *Solbanderra-arrest*.<sup>25</sup> Volgens hierdie beslissing geniet 'n dwingende reël van internasionale privaatreëls voorrang bo 'n uitdruklike regskeuse. Tweedens moet dit geles word in die lig van die volgende *obiter* in die *Alnati*-saak self:

„het . . . kan voorkomen dat voor een vreemde staat bij de inachtneming van bepaalde van die staat afkomstige voorschriften ook buiten zijn territorium zo

---

benadering in die *Vita*-saak is bowendien later *obiter* goedgekeur in *Ocean Steamship Co. v Queensland State Wheat Board* [1941] 1 KB 402 (CA).

<sup>21</sup>In die sg. *Werknemersarrest* 5 Junie 1953 NJ 1953 no. 613 is in Nederland beslis dat alhoewel die Nederlandse reg die *lex causae* was, sekere dwingende Nederlandse reëls nie sou geld nie aangesien die werk in die buiteland verrig moes word.

<sup>22</sup>*Sub nomine* Barmat *De Regel locus regit actum in bet i.p.r.* (1936); 4125 WPNR; 11 NTIR (1964) 329; RM (*Themis*) 1947; 41 NJ Bl. (1966) 933.

<sup>23</sup>Rechtskeuze in het Nederlandsch Internationaal Contractenrecht, Amsterdam, 1965; 40 NTIR (1968) 82.

<sup>24</sup>HR 13 Mei 1966, N.J. 1967 no. 3.

<sup>25</sup>HR 12 Des. 1947, NJ 1948 no. 608 - sien hieronder.

grote belangen zijn betrokken dat ook de Nederlandse rechter daarmee behoort rekening te houden en . . . voorrang moet geven boven het . . . gekozen . . . recht.”

In *casu* is die Belgiese voorskrifte egter nie as belangrik genoeg beskou om die regskeuse lam te lê nie. Dit kan dus gebeur dat ten spyte van 'n uitdruklike regskeuse, dwingende derdelandsreg aanspraak maak op gelding *in internationalibus* en dit onredelik sou wees om dit te ignoreer; nie *alle* dwingende reëls kom in aanmerking nie, maar slegs daardie reëls wat kragtens hul sosiale funksie redelikerwys aanspraak maak op gelding in die besondere internasionale geval.<sup>26</sup>

Wat sou die posisie gewees het indien die skip in die *Premier*-saak vanaf 'n Suid-Afrikaanse hawe vertrek het en die Amerikaanse reg bv. van toepassing verklaar is deur die partye? In die *Solbanderra-arrest*<sup>27</sup> het die *Nederlandse Hof van Cassatie* beslis dat 'n uitdruklike regskeuse geïgnoreer moet word wanneer 'n dwingende reël van die Nederlandse reg hom juis toepaslik verklaar op uitgaande of inkomende skeepsverkeer. Art. 517d van die Nederlandse *Wetboek van Koophandel* het dan ook juis gegeld ten aansien van sodanige verkeer en gevolglik is die regskeuse geïgnoreer. Dit kom daarop neer dat ons hier te doen het met 'n reël van dwingende Nederlandse internasionale privaatreë.

Op dieselfde manier verklaar ons *Wet op Handelskeepvaart* (57 van 1951)<sup>28</sup> dat die bepalings in hoofstuk 8 van krag is „met betrekking tot . . . die vervoer van goedere oor see in skepe wat goedere van enige hawe in die Republiek na enige ander hawe ‚vervoer’.” Aangesien ons hier te doen het met 'n dwingende reël van Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë, sal dit voorrang moet geniet bo enige uitdruklike regskeuse.<sup>29</sup>

Waar daar 'n uitdruklike regskeuse is, sal 'n Suid-Afrikaanse hof dit volg, tensy daar 'n dwingende reël van Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë is wat dit lamlê of die regskeuse strydig is met die Suid-Afrikaanse „openbare orde.” Dit word hier aan die hand gedoen dat die uitdruklike regskeuse verder ook lamgelê kan word deur derdelandsreg, wat redelikerwys aanspraak maak op gelding in die besondere internasionale geval.<sup>30</sup>

KOBUS VAN ROOYEN  
*Universiteit van Pretoria*

<sup>26</sup>Vgl. De Winter 11 NTIR (1964) 329, 356; vgl. ook Sauveplanne RM (Themis) 1967, 104.

<sup>27</sup>Hierbo noot 24.

<sup>28</sup>Art. 307 (1).

<sup>29</sup>Vir 'n soortgelyke reël van dwingende i.p.r., vgl. art. 63 van die *Versekeringswet*, 27 van 1943. Ons lê klem op die feit dat die bepalings slegs dwingende i.p.r. is vir die Suid-Afrikaanse hof - vir 'n ander hof is dit 'n gewone dwingende regsreël

## EPSTEIN v GOODALL NO 1970 (1) SA 725 (R)

### *Insolvensie - Rehabilitasie - Uitwysingsbevel*

Hierdie saak het weer eens die aandag gevestig op die omvang van ons howe se bevoegdhedes om saam met of na 'n rehabilitasiebevel 'n sogenaamde uitwysingsbevel uit te reik (De Wet en Yeats *Kontrakte-reg en Handelsreg* (1964) 452 e.v. gebruik die uitdrukking „uitwysingsbevel”, terwyl regter Hiemstra in *Ex parte Potgieter* 1967 (2) SA 310 (T) van 'n „verklarende bevel van eienaarskap” praat. Mars *The Law of Insolvency in S.A.* (1968) noem dit op bl. 447 'n „Special Order as to Vesting of Property”).

Die feite van die *Epstein*-saak was die volgende: Die petitioner is in 1964 voorwaardelik gerehabiliteer. Die opskortende voorwaarde was dat hy 'n bedrag van £60 in paaiemente aan die kurator van sy insolvente boedel moes betaal. As gevolg van krasse onverskilligheid aan die kant van die petitioner is die volle bedrag eers aan die begin van 1969 betaal. Intussen, terwyl hy dus nog 'n ongerehabiliteerde insolvent was, het 'n aansienlike erfpoorsie hom uit sy moeder se boedel toegeval, en nou word aansoek gedoen om 'n bevel dat die erfenis aan hom, en nie aan die kurator nie, toekom.

Heeltemal tereg wys regter Lewis die aansoek van die hand. Vir die petitioner is aangevoer dat die hof 'n diskresie het „which [it] will exercise according to the circumstances of each case” (bl. 726H tot einde). Selfs al aanvaar mens dat die hof wel so 'n diskresie het, bevind regter Lewis, is hierdie geval beslis nie een waar dit uitgeoefen moet word nie (bl. 728G-H). Op grond van die feite van die saak kan mens nie anders as om heelhartig met hom saam te stem nie.

Die enigste kritiek wat op die uitspraak gelewer kan word, is dat die Regter dit nie duidelik gestel het dat die hof in hierdie verband geensins 'n onbepaalde diskresie het nie. Daar moet egter gesê word dat die Regter aandui dat hy self aansienlike twyfel het oor die bestaan van so 'n onbepaalde diskresie (bl. 728G-H).

Weliswaar is daar enkele gewysde sake waarin die bestaan van so 'n diskresie sonder meer aanvaar is (bv. *Ex parte Martinson* 1945 OPD 234, 237; *Ex parte Ochley* 1948 (3) SA 1023 (GW)). In *Ex parte Smith* 1968 (1) SA 743 (K), 'n vonnis waarop die petitioner in die *Epstein*-

---

van 'n ander land, met die gevolg dat dit kragtens sy eie i.p.r. sal moet beoordeel of dit van toepassing is of nie.

<sup>30</sup>Word hierdie benadering aanvaar, dan word dit ook onnodig om afsonderlik van „openbare orde” te praat, aangesien die *forumland* ook 'n derde land is: wanneer die reëls (waarin die „openbare orde” uiting vind) van die *forum* aanspraak maak op gelding in die besondere geval, dan lê dit, net soos 'n regsreël van 'n ander derde land, die uitdruklike regskeuse lam.

saak sterk gesteun het, is die besware van die kuratore teen die toestaan van 'n uitwysingsbevel bloot beskou as 'n „factor . . . which could influence the Court in deciding to exercise its discretion against the applicant” (bl. 746E-F van die verslag).

Ons howe het dit egter oor die algemeen duidelik gemaak dat dit hier gaan oor 'n verklaring van bestaande regte en dat hulle nie die bevoegdheid het om bates wat nog deel van die insolvente boedel uitmaak aan die gerehabiliteerde insolvent self toe te ken nie.

„Waar . . . sulke bates volgens die statutereg in die boedel val, dan is geen hof by magte nie om enige bevel uit te reik wat die kurator of die krediteure hul regte tot daardie bates ontnem nie . . .” (regter Horwitz in *Ex parte Odendaal* 1949 (1) SA 914 (O), 915).

In *Ex parte Parker* 1946 CPD 536 vind mens, met verwysing na sake soos *Ex parte Fowler* 1937 TPD 353, *Ex parte Kobus* 1942 CPD 175 en *Ex parte Kay* 1942 WLD 11, die volgende stelling:

„If the Court can only grant relief to the applicant if he has a legal right to the asset as against the trustee, as appears to have been the view taken in several of the above cases, then it would follow that no relief could be granted when the asset is acquired by way of inheritance or by means of borrowed money” (op bl. 540 van die verslag. Sien ook *Ex parte Kriel* 1949 (1) SA 971 (O), 976, en *Ex parte Potgieter* 1967 (2) SA 310 (T), 312).

Die perke waarbinne ons howe bevoeg is om 'n uitwysingsbevel te gee, blyk duidelik en ondubbelsinnig uit ons regspraak. Daar het nog maar selde enige onsekerheid hieromtrent bestaan.

Mens kan twee situasies onderskei waar 'n uitwysingsbevel te pas kan kom. In die eerste plek is daar ruimte vir so 'n bevel ten opsigte van „goed wat van regsweë aan die insolvent toekom” (*Ex parte Potgieter, supra*, op bl. 311). Dit beteken òf goed wat ingevolge die *Insolvensiewet* van 1936 nooit in eiendom op die kurator van die insolvente boedel oorgegaan het nie (sien hieroor De Wet en Yeats, a.w., 398-400, en Mars, a.w., hoofstuk XI), òf goed wat ingevolge genoemde Wet by die plaasvind van 'n spesifieke gebeurtenis weer in eiendom op die insolvent self teruggaan (sien arts. 116 en 120(2) van Wet 24 van 1936). In hierdie gevalle is 'n uitwysingsbevel streng genome onnodig (*Ex parte Joe* 1948 (1) SA 1285 (C), 1288), maar dit word dikwels tog aangevra ten einde toekomstige onduidelikheid te vermy:

„If the rights are not vested in the trustees but are held by the applicant by a title good against the trustees and creditors then, strictly speaking, there would seem to be no necessity for any order, since the rights are at present and always have been the separate property of the applicant. But as a matter of convenience in cases of the present type . . . it may be the proper course to make a declaratory order in the insolvent's favour” (regter Schreiner in *Ex parte Kay* 1942 WLD 11, 12-13.)

In die tweede plek kan 'n uitwysingsbevel van pas wees waar die kurator en skuldeisers van hulle regte afstand gedoen het (*Ex parte*

*Dollie* 1940 CPD 584; *Ex parte Kobus* 1942 CPD 175; *Ex parte Rupert* 1947 (1) SA 147 (K)). In enkele gewysdes is vereis dat die afstand uitdruklik moet geskied (bv. *Ex parte Kobus* 1942 CPD 175, 176; *Ex parte Chong* 1946 CPD 197, 199), maar omdat so 'n uitdruklike afstanddoening in die praktyk moeilik te verkry is, word aangeneem dat die kurator en skuldeisers stilswyend afstand gedoen het indien hulle, na behoorlike kennisgewing van die aansoek, nie beswaar aanteken nie (bv. *Ex parte Gouws* 1950 (1) SA 486 (T). Sien ook *Ex parte Van Wyk* 1939 TPD 317). Ongelukkig is in die reeds genoemde *Ex parte Smith* ook in hierdie opsig van die aanvaarde opvatting afgewyk. Die uitgangspunt was steeds dat sowel kurator as skuldeisers van hulle regte afstand moes doen. Dit blyk uit die aangehaalde *dictum* van regter Horwitz in *Ex parte Odendaal*; dit blyk ook uit die volgende *dictum* van regter Rosenow in *Ex parte Vorster* 1958 (1) SA 91 (K), 92 B-D:

„It is the settled practice of the Court that when an insolvent can satisfy the Court, at the time he applies for his rehabilitation or thereafter, that *both his trustee and his creditors*, with full knowledge of the facts, lay no claim to any asset, it is competent for the Court to make a declaratory order . . . ” (my kursivering. Sien ook *Ex parte Olivier* 1948 (2) SA 545 (K), 554).

In die *Smith*-saak het regter Steyn daarenteen beslis dat 'n uitwysingsbevel gegee kan word selfs waar albei kuratore uitdruklik weier om van hulle regte afstand te doen:

„Without attempting to formulate precisely what the capacity or authority of a trustee in these circumstances may be, I am of the view that the mere fact that a trustee objects or makes some claim un-inspired by a creditor, is no bar to the Court granting an order vesting a particular asset acquired during insolvency in the insolvent” (bl. 746F-H van die verslag).

Met respek gesê, dit is moeilik om in die vroeëre gewysdes enige steun vir regter Steyn se standpunt te vind. Verskeie *dicta* in sy uitspraak skep die indruk dat die hof hier 'n onbepaalde diskresie het, en dit is jammer dat regter Lewis hom in die *Epstein*-saak nie duideliker teen hierdie opvatting uitgelaat het nie.

A. H. VAN WYK  
*Universiteit Stellenbosch*

# Boeke

## D. G. VAN DER KEESSEL: PRAELECTIONES AD JUS CRIMINALE

Geredigeer en in Engels vertaal deur  
B. BEINART en P. VAN WARMELO

*Band I, Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg, 1969,  
lxix en 517 bladsye*

Van der Keessel was vir meer as vyftig jaar professor, eers vir 'n stuk of agt jaar aan die Universiteit van Groningen en toe aan die Universiteit van Leiden. In al die jare het hy, afgesien van 'n paar *orationes* en sy proefskrif, slegs die *Theses Selectae* gepubliseer. Gelukkig het daar darem optekeninge van sy voorlesings behoue gebly. Die bekendste was natuurlik sy *Praelectiones* op De Groot se *Inleiding*, waarna redelik dikwels verwys is deur diegene wat afskrifte daarvan gehad het. Hierdie *Praelectiones* is betreklik onlangs gepubliseer, vergesel van 'n vertaling in Afrikaans. Minder goed bekend was Van der Keessel se *Praelectiones ad Jus Criminale* en selfs diegene wat eksemplare besit het, het weinig daarvan gebruik gemaak. Ek het self vir 'n jaar of tien 'n onvolledige stel in my besit gehad, maar weens die onduidelikheid van die handskrif nie verder notisie daarvan geneem nie. Die redakteurs het nou, na ondersoek van 'n hele aantal eksemplare, begin met die publikasie van Van der Keessel se voorlesings oor die strafreg, met 'n vertaling in Engels. Die werk onder bespreking is die eerste band in die reeks. Dit bevat Van der Keessel se voorlesings oor *D 47*, aangevul met sy diktate oor die ontwerp van die *Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland*, wat in 1809 deur Lodewyk Napoleon met wetskrag bedeel is.

Om al die handskrifte na te gaan, is seker nie 'n maklike taak nie, en een wat net deur volgehoude toewyding tot uitvoering gebring kan word. Daarbenewens het die redakteurs nog die moeite gedoen om die voorlesings in Engels te vertaal. Die redakteurs het hulle deel van die werk voortreflik gedoen. Hulle het nie maar die teks van een handskrif gegee nie, maar ook afwykende weergawes word, vir sover hulle van belang geag is, toegevoeg aan die teks wat hulle as basis geneem het, nl. 'n teks wat, na hulle meen, feitlik seker in Van der Keessel se eie handskrif is. Die kommentare op die Ontwerp van Lodewyk

Napoleon se Wetboek, en later op die Wetboek self, kom uit ander handskrifte. Die vertaling is, met eerbied gesê, puik. Ek het natuurlik nie die hele band deurgelees of doelbewus die vertaling *qua* vertaling ontleed nie, maar tog hier en daar die vertaling met die oorspronklike vergelyk, en ek is telkens beïndruk deur die gehalte van die vertaalwerk.

In die voorredes (*praefationes*) tot sy lesings deel Van der Keessel mee waarom hy dit nodig geag het om 'n reeks voorlesings oor strafreg aan te bied. Hy vertel naamlik dat hy opgemerk het dat die onderrig in strafreg aan die universiteite afgeskeep word, en dat studente dikwels die wêreld ingaan om advokate, aanklaers en selfs strafregters te word sonder dat hulle genoegsaam onderleg is in die strafreg, en dat hy dit derhalwe nodig beskou het om hierin verbetering te bring, selfs al sou die hantering van strafsake nie juis 'n lonende deel van 'n advokaat se praktyk wees nie. Hierdie opmerkings, wat Van der Keessel byna twee eeue gelede gemaak het, is tot 'n mate vandag nog waar. Ook by ons bestaan daar nog min belangstelling in die strafreg, selfs aan die universiteite, en miskien om dieselfde redes as wat Van der Keessel noem.

Hier en daar in Van der Keessel se *praefationes* tref mens sinswendinge aan wat sterk herinner aan stellings wat Julius Clarus al in die sestende eeu gemaak het, maar nêrens in die stukke, wat ek wel gelees het, verwys Van der Keessel na Clarus nie, en in die bibliografie word Clarus ook nie vermeld nie.

Van der Keessel het as basis vir sy voorlesings oor die strafreg Van Eck se kommentaar op *D* 47 en 48 geneem. Waarom hy nou juis dié beknopte kommentaar gekies het, is nie mooi duidelik nie. Die aangewese werk vir die doel was tog immers Matthaeus se *De Criminibus*, wat baie omvattender is, en 'n verhandeling is wat spesifiek aan die strafreg gewy is, teenoor Van Eck se kommentaar wat maar deel is van 'n deurlopende kommentaar op die *Digesta*. Dit is waar dat Van der Keessel dikwels na Matthaeus verwys, maar ek meen tog dat hy sy studente beter sou toegerus het, as hy Matthaeus se werk tot grondslag van sy voorlesings geneem het. Matthaeus begin immers sy werk met 'n uiteensetting van die algemene leerstukke van die strafreg voordat hy *D* 47 en 48 behandel. In sy *Praelectiones* doen Van der Keessel dit nie, met die gevolg dat sy voorlesings oor die strafreg eintlik nie 'n stelselmatige behandeling van die strafreg uitmaak nie, maar steeds 'n ongeordende kommentaar op *Digesta*-titels en -tekste bly. In sy tyd was hierdie werkwyse nie meer nodig nie. Hy het in die tyd van die „opklaring” geleef, toe daar juis groot belangstelling in die sistematiek van die strafreg bestaan het. Dit wil nie sê dat Van der Keessel aangeleenthede wat tot die algemene leerstukke behoort, glad nie behandel nie. Hy doen dit wel, maar op plekke waar mens maar toevallig op hulle afkom. So is daar 'n lang (maar onindrukwekkende) betoog oor poging in sy kommentaar op *D* 47.1 (bl. 4 e.v.), en in die *Appendix ad Titulum* I (bl. 26 e.v.) oor deelneming.

Van der Keessel en Van der Linden was die laaste van die skrywers oor die gemene reg van Holland voordat dit daar vervang is deur wetboeke. Van der Linden se behandeling van die strafreg in sy *Koopmans-handboek* is maar sketsmatig. By aanskouing van hierdie dik boek, wat maar die eerste band van Van der Keessel se *Praelectiones ad Jus Criminale* bevat, word mens verbly deur die gedagte dat mens nou hier baie te leer sal kry oor die Romeins-Hollandse strafreg, soos dit daaruit gesien het teen die einde van die agtiende eeu. Vir die leser met so-danige verwagtings wag daar egter teleurstelling. Oor die Romeins-Hollandse reg is daar in hierdie *Praelectiones* heel weinig te vind. Van der Keessel hou hom en sy studente (en nou ook sy lesers) besig met bespiegeling oor die Romeinse reg, en dikwels oor dinge wat vir die regsbedeling van sy tyd van geen waarde hoegenaamd kon wees nie. Hy skyn nie eens kennis te neem van die bietjie strafregliteratuur wat daar wel bestaan het nie. Dit is waar dat hy na Matthaëus, Carpzovius en Boehmer verwys, maar in die stukke wat ek wel gelees het, het ek geen verwysing aangetref na Damhouder, Bort, Moorman-Van Hasselt of Barels nie, en, alhoewel hy klaarblyklik nie onbewus was van Julius Clarus se werk nie, word Clarus se naam nêrens genoem nie. Iemand wat sy studente wil voorberei vir die toepassing van die strafreg in die praktyk teen die einde van die agtiende eeu, kan darem nie hierdie werke sonder vermelding verbygaan nie.

Hiermee wil ek nie te kenne gee dat Van der Keessel se *Praelectiones* vir ons vandag van min waarde is nie. Veral sy beskouings oor party tekste van die *Digesta*-titel *De Furtis* (*D* 47.2) is baie interessant en is vandag nog van praktiese belang, en in sy kommentaar op *D* 47.10, *De iniuriis et famosis libellis*, is daar materiaal wat vandag nog bruikbaar is. Van besondere betekenis is ook sy beskouings oor die *Crimineel Wetboek* van 1809, en ek hoop stellig dat daar vir die Suid-Afrikaanse strafreggeleerde meer pitkos sal wees in dié deel van die *Praelectiones* wat oor *D* 48 gaan, wat die eintlike kern van die Romeinse strafreg uitmaak. Voorts hoop mens dat die redakteurs die reeks by voltooiing van 'n register sal voorsien. Daarsonder sal die *Praelectiones* min aandag geniet.

Die drukwerk is netjies en die band stewig.

J. C. DE WET  
Universiteit Stellenbosch



## THE DOCTRINE OF RES JUDICATA

Original text by GEORGE SPENCER BOWER; second edition by  
SIR ALEXANDER KINGCOME TURNER

*Butterworths London 1969; lix and 455 pp. Price R14*

After the publication of Spencer Bower's *Res Judicata* in 1924 this highly esteemed work gradually declined in importance and usefulness through lack of revision. It seemed about to be buried when it was nursed back to life with meticulous care by Sir Alexander Kingcome Turner (who performed the same service for its twin, *Estoppel by Representation*). Sir Alexander is a judge of the New Zealand Court of Appeal and is obviously at home with the subject-matter despite its intricacies. The book is beautifully printed and has a most attractive appearance. In spite of a glaring error in the heading of par. 17, it is singularly free of printing errors.

The author - of this second edition - could, if he so wished, have merely revised the original text, merging his own work with that of Spencer Bower; alternatively, recognising the stature of the original author, he could have retained the original text unaltered, revising only the footnotes and adding an introduction and appendices (as was done with, e.g., Dicey's *Law of the Constitution*). In the event he adopted a middle course, so that the two authors are neither completely merged nor completely separated. Normally one reads Spencer Bower, but occasionally one reads Kingcome Turner's commentary on Spencer Bower. This gives the book a somewhat schizophrenic character, but, surprisingly, no harm is done and occasionally the text is enlivened by the juxtapositioning of authors. Fortunately they have a remarkably similar style of writing - dignified and imaginative, though marred by a partiality for the involved sentence (e.g. par. 506 consists of two sentences containing no fewer than 21 commas).

It is somewhat surprising that so much can be written about *res judicata*, and this in a book which, though analytical, is not deeply theoretical, and which is more or less confined to English law. To some extent the length results from the fact that as wide a view as possible is taken of the subject-matter. Thus the rule that a party is debarred from appealing to a higher court if a decision is in its favour, is discussed at length, though one would not normally look upon it as an aspect of *res judicata* (p. 187 *et seq.*); and the rule in *Hollington v F. Hewthorn & Co. Ltd* [1943] KB 587 (CA) (that a conviction cannot be used as evidence in a civil case) is given extensive treatment, though it is often discussed as a matter of relevance or of opinion evidence. But the length is also ascribable to the inclusion of unnecessary material. It would appear that every existing precedent and every possible illustration of principle is inserted. Completeness is a virtue in any text-

book, but this could hardly justify the long list of tribunals whose decisions constitute *res judicata* in paragraphs 22-26 (surely the principle could have been stated and only the borderline cases discussed?). Is it really necessary to quote cases running through three centuries in order to prove an elementary point? And why clutter up the book with massive quotations from judgments, at times extending to almost an entire page of fine print? (Cf. pp. 318 and 334.)

As one might have expected, considering the length of time that elapsed between the two editions, much of the original text has had to be rewritten. New chapters were added, dealing with cases concerning highway accidents, taxation and revenue, *autrefois acquit* and matrimonial affairs. In addition some New Zealand and Australian authorities have been brought in by way of illustration.

The contents seem unimpeachable - except perhaps for the statement (which is supported by English authority) that estoppel by *res judicata*, like estoppel by representation, is a rule of evidence (par. 9). In most countries this might be an academic question, but in South Africa it is much more than that, because the answer determines whether English or Roman-Dutch law should apply. In this country, correctly, it is submitted, the approach is that estoppel is a matter of substantive law. Roman-Dutch law is applicable and this, of course, means that the book under review has less relevance for the South African lawyer than for his brethren in England. Nevertheless, English cases are often quoted here and English principles have found their way into our law (as is the case with issue estoppel, which was unknown to the Roman-Dutch authorities), and there is consequently no doubt that the South African practitioner will find this book a most useful source of reference.

C. W. H. SCHMIDT  
*University of South Africa*

## THE ACCOUNTS OF EXECUTORS AND ADMINISTRATORS

Deur W. J. FAIRBAIRN

*Juta, Kaapstad, 1970; 399 bl. Prys R7.50 (sagteband)*

Hierdie werk is 'n tweede uitgawe van 'n veral onder studente bekende werk wat in 1964 die eerste keer verskyn het. Omdat belastingwette aan voortdurende wysiging blootgestel is, is 'n tweede uitgawe van die werk berei om, soos die outeur dit in sy voorwoord stel, die bepalinge van veral die nuut afgekondigde *Boedelwet* (Wet 65/1966, wat op

2 Oktober 1967 in werking getree het) asook belangrike wysigings van ander wette rakende boedeladministrasie daarin te betrek.

Die werk is in die eerste instansie bedoel om, soos in die voorwoord van die eerste uitgawe vermeld, te voorsien in die behoeftes van studente in die rekeningkunde van wie dit verwag word om, as deel van hul opleiding, 'n studie te maak van die bevoegdhede, pligte en rekenings van ampsbekleërs in bestorwe boedels.

Die werk bevat 'n stap-vir-stap-bespreking van die verloop van die administrasie van 'n bestorwe boedel met 'n redelike uiteensetting van die boedelbelastingaspek; voorts word die bevoegdhede en pligte van eksekuteurs, administrateurs, voogde en kurators bondig uiteengesit. Die erfregtelike beginsels van ons reg wat die beredderingsproses van 'n bestorwe boedel wesenlik kan beïnvloed word egter slegs in dié mate bespreek as wat nodig is om 'n goeie begrip te vorm van die gevolge wat daaruit kan voortvloei.

Hierdie aspekte van die bereddering van bestorwe boedels word mooi geïllustreer met talle voorbeelde van rekenings wat aan die Meester van die Hooggeregshof voorgelê moet word. 'n Uitbreiding op die eerste uitgawe van die werk wat verwelkom moet word, is die afdeling in verband met die rekenings van eksekuteurs in saamgevoegde boedels en insolvente bestorwe boedels, asook die rekenings wat kragtens wet deur voogde en kurators ingedien moet word.

Die bylaes agter in die boek is besonder nuttig, veral in die sin dat hulle die jongste tekste bevat van verskeie wette, regulasies en uittreksels uit wette wat op die bereddering van 'n bestorwe boedel betrekking het.

'n Student wat die boek en veral die oefeninge daarin stelselmatig deurwerk, sal vind dat hy die eksamenvrae i.v.m. boedelbereddering met vertroue kan aanpak.

Vanuit die oogpunt van 'n wyer leserskring van wie 'n groot aantal in die werklike praktyk van boedelbereddering werksaam is, kan daarop gewys word dat -

- (a) die werk sommige aanvegbare stellings bevat, bv. oor toelating van 'n verjaarde skuld deur die eksekuteur (bl. 32), berekening van eksekuteursloon op verkoopte bates (bl. 58), verdeling van inkomste by intestate boedels (bl. 101), berekening van die gedeelte van polisse wat beskerming geniet (bl. 115);
- (b) die bepalinge van die *Wet op Seëlregte, 1968*, uit die oog verloor is (bl. 24 e.v.);
- (c) die woorde „taken over” in plaas van „awarded to” deurgaans gebruik word in die ontblotingsnotas in voorbeelde waar artikel 38 van die *Boedelwet, 1965*, nie van toepassing is nie;

- (d) op bl. 73 nagelaat is om ook melding te maak van toekomstige onderhoudseise van kinders uit 'n vorige huwelik en die voortdurende eis wat 'n geskeide gade kragtens 'n egskedingsbevel geniet;
- (e) op bl. 104 'n kort bespreking met goeie gevolg ingevoeg kan word oor wat die regsposisie is indien die oorlewende eggenoot die testament repudieer;
- (f) die denkbeeldige name in die voorbeelde aan oordrywing grens en
- (g) nie gebruik gemaak is nie van voetnote wat die gehalte van die werk met weinig moeite baie sou verhoog het.

Afgesien van hierdie punte van kritiek bly die werk 'n werk van hoë gehalte vir studente.

C. H. VAN WYK  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### Nuwe publikasies

Die Redaksie het die volgende nuwe publikasies ontvang. Bespreking volg eventueel later.

J. T. R. Gibson *Wille's Principles of South African Law*, 6th Ed.; Cape Town, Juta & Co. Ltd, 1970. Pp. xliii, 567. Price R12.50 (paper back R9.75).

S. M. Seymour *Bantu Law in South Africa*, 3rd Ed.; Johannesburg, Juta & Co. Ltd, 1970. Pp. 484. Price R11.75 (postage 20c extra).

C. G. Hall *Maasdorp's Institutes of South African Law, Vol. III: The Law of Contracts*, 8th Ed.; Cape Town, Juta & Co. Ltd, 1970. Pp. xxxi, 358.

Robert Feenstra *Philip of Leyden* and his treatise *De Cura Republicae et Sorte Principantis*. Being the twenty-ninth Lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow delivered on 9th May, 1967. 1970, The University of Glasgow. Pp. 84. Price 9/-.

D. Meyerowitz, S.C. *1970 Cumulative Supplement to the Law and Practice of Administration of Estates* (Fourth Revised Edition, 1966); Cape Town, Juta & Co. Ltd, 1970. Pp. 44. Price R2.00.

# Briewe

*Die volgende brief is deur die Redakteur ontvang:*

Waarde heer,

In die bydrae *Reg en Regspleging van die Bantoe* in die November 1969 uitgawe van die *Tydskrif* verskyn daar sekere opmerkings i.v.m. die Bantoe-appèlhowe wat nie sonder kommentaar kan verbygaan nie. So word daar gesê op bl. 377 dat die howe „'n belangrike funksie moet vervul in verband met die ontwikkeling van die reg” van die Bantoe; en onderaan die bladsy staan daar:

„Verder behoort die Bantoe-howe 'n meer dinamiese rol in regsforming te speel. Dit is noodsaaklik dat hulle in die middel van die regsontwikkeling moet staan en hulle nie eng moet bepaal by vorige beslissings en regulasies nie. Hoe kan ontwikkeling plaasvind as die presedente-sisteem so eng toegepas word.”

Dit is 'n welbekende feit dat geregshowe deur middel van hul uitsprake onwillekeurig en onvermydelik tot 'n sekere mate 'n rol speel in regsforming; maar van wanneer af is dit die plig of berus dit binne die regsbevoegdheid van die Bantoe-howe, trouens van enige geregshof, om doelbewus so 'n rol te speel - dinamies nogal? Die algemene stelling altans in regskring is dat ontwikkeling van die reg primêr die wetgewende gesag aangaan, en dat dit die geregshowe se plig is om op die feite van elke besondere saak die reg toe te pas soos hulle dit vind en nie soos die lede van die howe dit graag wil hê nie. En om te vind wat die reg is, waar daar geen statutêre regsreël bestaan nie, is dit immers uit die aard van die saak nodig dat die presedente-sisteem toegepas word. As daardie sisteem verontagsaam word en elke hof „dinamies” sy eie idees volg in die belange van „regsforming” sal tog die enigste „ontwikkeling” wat binnekort sal plaasvind volkome chaos wees!

Maar nog 'n vraag: Watter vooruitsig bestaan daar eintlik vir die „ontwikkeling” van Bantoreg? Daardie reg het ontstaan in en het sy nering gevind in 'n ekonomiese milieu en onder omstandighede wat iets van die verre verlede is en glad nie meer pas of tuishoort in die moderne samelewing selfs in die Bantoegebiede nie. Enige ontwikkeling kan tog seker net in die rigting van die land se gemene reg en regsreëls strek.

Die bydrae trek ook te velde teen die versuim van die Bantoe-howe om gebruik te maak „van die verdienstelike volkekundige navorsing wat in Suid-Afrika en ook buite sy grense in verband met die Bantoe gedoen word.” Die kritiek berus daarop dat daardie bronne nie in uitsprake aangehaal word nie. Die rede hiervoor is ongetwyfeld dat daardie navorsings maar bloedweinig hulp verleen as gewysdes in die oplossing van regsprobleme, hoe interessant en belangrik hulle ook mag wees vir die etnoloog en die sosioloog.

Op bladsy 380 in die loop van ’n bespreking van die saak *Shandu v Shandu* word aan die hand gedoen dat meer gebruik van Bantoe-assessore gemaak behoort te word. Of Bantoe-assessore meer „met die regsstelsel werklik lewe” as byvoorbeeld ’n Bantoesakekommissaris wat regsgeleerdheid en breë ondervinding het, is ’n oop vraag. Maar as „dinamiese regsontwikkeling” aan die wetgewende gesag, waar dit tuis behoort, oorgelaat word is assessore vandag nie meer so nodig as vanmelewe toe die toepassing van Bantoe-reg nog in sy begin stadium was nie. In Natal, waar Bantoe-reg gekodifiseer is, is hul dienste uiters selde nodig.

Op bl. 379 word die volgende vrae gestel:

„Kan hulp wat volgens Bantoe-reg deur die hoof van die familiegroep aan ’n lid daarvan gegee word om ’n vrou in die familiegroep te kry as „skenking” beskou word? Is dit volgens Bantoe-reg belangrik om vas te stel waar die „eiendomsreg” van die *lobolo*-beeste te vinde is? Is dit nie die tipe saak waar dit baie wenslik sou gewees het om die opinie van Bantoe-assessore te kry nie?”

Dit mag wees maar ek twyfel, want die begrippe „skenking” en „eiendomsreg” is juis heelwat vreemd in die regsopvatting van die ongeletterde Bantoe. Die kapteinshowe is nooit baie begaan oor regs-beginsels en regsbegrippe nie maar baseer hul beslissings meer op *ad hoc* gepastheid en billikheid.

Die uwe,

W. O. H. MENGE  
*Advokatekamers, Pietermaritzburg*

# Die Filosofiese Agtergrond van die Soewereiniteitsbegrip in die Engelse Staatsreg

G. N. Barrie

*Randse Afrikaanse Universiteit*

Konstitusies en konstitusionele leerstellings is ongetwyfeld die produk van velerlei geskiedkundige faktore. Hierdie geskiedkundige faktore kan in twee kategorieë geplaas word: Eerstens feitlike geskiedkundige gebeurtenisse en tweedens die filosofiese denkrigtings wat daardie gebeurtenisse vergesel het. Albei kategorieë moet in ag geneem word wanneer die begrip van die wetgewende soewereiniteit van die parlement in oënskou geneem word. Oor eersgenoemde kategorie is daar al baie gepubliseer.<sup>1</sup> Wat die tweede kategorie betref kan nie dieselfde gesê word nie. Dit is die doel van hierdie artikel om juis die klem op die tweede kategorie te laat val.

Reeds in 1283 word die begrip „soewerein” deur Beaumanoir gebruik:

---

<sup>1</sup>Chimes *English Constitutional Ideas of the Fifteenth Century* (1936); Clark *Medieval Representation and Consent* (1962); Fortesque *Governance of England otherwise called: The Difference Between an Absolute and a Limited Authority* (1885); Freeman *Growth of the English Constitution from the Earliest Times* (1894); Froude *History of England from the fall of Wolsey to the Death of Elizabeth* (1965); Gneist *Das englische Parlament in tausendjährigen Wandlungen* (1886); Gray *The Influence of the Commons on Early Legislation* (1932); Hallam *Constitutional History of England from the Accession of Henry VIII to the Death of George II* (1846); Haskins *The Statute of York and the Interest of the Commons* (1935); Joliffe *Constitutional History of England from the English Settlement to 1485* (1954); Keir *The Constitutional History of Great Britain from 1485* (1964); Lapsley *Crown, Community and Parliament in the Later Middle Ages* (1951); Lovell *A Constitutional and Legal History of Medieval England* (1960); Maine *Lectures on the Early History of Institutions* (1905); Maitland *The Constitutional History of England since the Accession of George III, 1760 - 1860* (1882); Notestein *The Winning of the Initiative by the House of Commons* (1924); Pasquet *An Essay on the Origins of the House of Parliament* (1925); Pollard *Evolution of Parliament* (1920); Raven *The Parliamentary History of England* (1885); Riess *Geschichte des Wahlrechts zum englischen Parlament* (1885); Smith *History of the English Parliament* (1892); Stubbs *Constitutional History of England in its Origin and Development* (1913); Tanner *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century* (1603);-1689 (1928); Taswell-Langmead *Constitutional History* (1960); VerLoren van Themaat *Staatsreg* (1967); Wilkinson *Studies in the Constitutional History of the Thirteenth and Fourteenth Centuries* (1952).

„Cascuns barons est souverains en se baronnie Voirs est que li rois sovraains par desor tous, et a, de son droit, le general garde de son soïame, par quoi il pot fere tex establissemens comme il li plest por le commun porffit, et ce qu'il establist doit estre tenu.”<sup>2</sup>

Die begrip was egter al aan die Romeinse juriste onder die keisers, en veral aan die Bisantynse juriste, bekend.<sup>3</sup> Die volgende tekste toon aan in watter mate die soewereiniteitsbegrip by die Romeinse juriste inslag gevind het:

D1.4.1. *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* (Ulpianus).

D1.2.2.11. *Novissime sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes, evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non perinde omnes provincias probe gerere poterat): igitur constituto principe datum est ei eius, ut quod constituisset, ratum esset.* (Pomponius).

Inst. 1.4.1. *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit . . .*<sup>4</sup>

Soewereiniteit het aanvanklik by die Romeinse volk berus. Dit was 'n beginsel van die Romeinse staatsreg dat wetgewing in die hande van die volk berus. *Lex* in sy ruim betekenis was 'n besluit van die volk.<sup>5</sup> Die magistrate het die *comitia* op die *dies fasti* byeengeroep ten einde wetgewing voor te stel - *legem rogare*.<sup>6</sup> Die *comitia* kan as die mondstuk van die Romeinse volk beskou word.<sup>7</sup> Word die feitlike posisie ontleed is dit duidelik dat die volk d.m.v. die *comitia* (*comitia curiata, comitia centuriata, comitia tributa*), en die *concilium plebis* die sg. wetgewende soewerein was.<sup>8</sup>

<sup>2</sup>Beugnot *Costumes de Beauvoisis* (1842) par. XXXVIII.

<sup>3</sup>Duguit *Law in the Modern State* (deur Laski vertaal) 1: „Like most legal institutions under which European civilization has developed, sovereignty goes back in its origin to Roman law.”

<sup>4</sup>McIlwain *Constitutionalism* (1939) 49: „In Rome we have the first actual sovereign. We should probably have had at the same time a definite theory of sovereignty to account for this fact if the jurists of the empire had possessed a capacity for political speculation commensurate even in slight degree with their genius in formulating the specific rules of law.”

<sup>5</sup>Modderman *Handboek voor het Romeinsch Recht* (Eerste Deel (1900)) 26.

<sup>6</sup>Vgl. Ter Heide *Kort begrip van Romeins Recht* (1967) 12 vir die procedure wat daar gevolg is.

<sup>7</sup>Kerr Wylie *Roman Constitutional History* (1948) 52.

<sup>8</sup>Nicholas *An Introduction to Roman Law* (1962) 6: „This concession of legislative power to the inferior section of the population is at first sight surprising.” Hermesdorf *Schets der Uitwendige Geschiedenis van het Romeins Recht* (1966) 69: „Overigens heeft de gewoonte van de bekleding met het *imperium* door het volk volgens Cicero en anderen wel degelijk bestaan.” Ook Kunkel *Geschiedenis van het Romeinse Recht* (1964) 46 is van mening dat soewereiniteit by die „burgerij” berus het.



Tydens die bewind van Augustus ondergaan die staats- en regeersvorm ingrypende veranderings. Die *comitia* het hul *imperium* aan die *princeps* gedelegeer. Die bevoegdheid van die *comitia* het gaandeweg verminder en ten slotte geheel en al verdwyn.<sup>9</sup> Augustus het alleenheerskappy verkry - alhoewel hy in skyn die ou republikeinse staatsorgane laat voortbestaan het - en geleidelik al die magte in homself verenig.<sup>10</sup> Rondom die begin van ons jaartelling word die stryd om mag dus in die guns van Augustus beslis. Met hom begin 'n nuwe staatsregtelike struktuur wat daarna tot die absolute monargie sou lei met Diocletianus as die eerste absolute monarg.<sup>11</sup> Alhoewel die senaat nog tydens Augustus se bewind as die orgaan met wetgewende mag voortbestaan het, was dit 'n blote mondstuk van die keiser.<sup>12</sup> Hierdie Romeinse ontwikkeling van die setel van gesag in die staat het later 'n regsgrondslag vir die inhoud van soewereiniteit in die staat daargestel.<sup>13</sup> Bryce is van mening dat Justinianus en sy opvolgers oor soewereiniteit in die volste sin van die woord beskik het.<sup>14</sup> Veral Bodin (*infra*) het van hierdie Romeinse ontwikkeling veel gemaak in sy teorieë aangaande soewereiniteit.

Bodin het in die sestiende eeu die begrip *potestas legibus soluta* van D1.3.31 (*supra*) gebruik as basis van sy soewereiniteitsleer. Hy het soewereiniteit gesien as die bevoegdheid om die hoogste gesag in die staat uit te oefen, onbeperk deur enige hoër gesag of deur enige wette of deur die tyd. Die draer van soewereiniteit, alhoewel oppermagtig, was egter wel ondergeskik aan die *ius divinum* en die *ius naturale*.<sup>15</sup>

<sup>9</sup>Hermesdorf a.w. 170; Kunkel a.w. 70.

<sup>10</sup>Modderman a.w. 31: „Door eene *lex regia de imperio* werden niet in eens alle souvereiniteitsrechten door het volk aan den Keizer gedelegeerd . . . maar aan elke Keizer werden verschillende bevoegdheden en waardigheden opgedragen.”

<sup>11</sup>Ter Heide a.w. 33. Nicholas a.w. 10: „What was new was the concentration in the hands of Augustus of powers which had never before been held by one man, and the fact that he held them in practice for life . . .”

<sup>12</sup>Vgl. *Quod principi placuit legis habet vigorem* . . . Sien Modderman a.w. 31 vir 'n uitsetting van hoe die keiser d.m.v. sy *edicta, decreta, rescripta* en *mandata* die senaat oorheers het. Vgl. verder Mommsen *Römisches Staatsrecht* (Band II) (1952) 745-749.

<sup>13</sup>Vgl. Buckland *Manual of Roman Private Law* (1947) 35.

<sup>14</sup>Bryce *Studies in History and Jurisprudence* vol. II 76. Vgl. Borchard (1927) *Yale Law Journal* 1048-9: „It was only towards the end of the Empire that the supposed irrevocable nature of the grant, strengthened by the notion that the authority was of divine origin, was used, as in the case of Hobbes, to justify autocratic government.”

<sup>15</sup>Vgl. Bracton (soos aangehaal deur Maitland a.w. 100): „The King is below no man, but he is below God and the law; law makes the king; the king is bound to obey the law, though if he break it, his punishment must be left to God.” Bracton verwys na die reg in die algemeen in teenstelling met Bodin wat net na die *ius naturale* en *ius divinum* verwys.

Bodin het geskryf in reaksie op die vraag van gehoorsaamheid, een van die mees fundamentele probleme van die staatsfilosofie. Waarom moet mense aan 'n gesag in die staat onderdanig wees? Wat is die aard van hierdie gesag? Aan watter gesag moet mens gehoorsaam wees indien daar 'n konflik tussen verskillende soorte gesag ontstaan? Vir Bodin was soewereiniteit die hoogste gesag in die staat en 'n gesag wat nie deur die wette beperk kan word nie: *Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*.<sup>16</sup> Hierdie gesag is nie alleen absoluut nie maar ook ewigdurend. Die Romeinse diktator was dus nie werklik soewerein nie omdat die gesag wat aan hom gekoppel was met sy dood tot niet gegaan het. Indien oppergesag egter in 'n persoon gesetel is en dit daarna onvoorwaardelik aan 'n ander individu oorgedra word, is daar wel sprake van werklike soewereiniteit.<sup>17</sup> Die hoof funksie van die soewerein is die maak van wette. Bodin stel dit soos volg: *Summum ius majestas in eo potissimum versari, cum non modo singulis sed etiam universis leges dantur iisque imperatur*.<sup>18</sup> Hy voeg egter daarby dat die soewerein self nie aan hierdie wette gebind is nie - wel is hy gebind aan die *ius divinum* en die *ius naturale*, soos hierbo reeds aangetoon. Aangesien Bodin nêrens duidelik uiteensit wat hy onder die natuureg en goddelike reg verstaan nie,<sup>19</sup> beteken hierdie ondergeskiktheid nie veel nie. Bodin beweer verder dat die soewerein nie die sg. *leges imperii* kan wysig of herroep nie. Dit is moeilik om agter te kom wat Bodin met hierdie beperkings op die gesag van die soewerein bedoel het en dit bly steeds 'n raaisel.<sup>20</sup>

Myns insiens kan die afleiding gemaak word dat Bodin gedagtig daaraan was dat sy teorie aangaande soewereiniteit verdraai kon word om arbitrêre regering te ondersteun. Hy was bewus van die gevare wat absolute onbeteuelde gesag vir die onderdaan inhou. Perke moet dus gestel word. Hy noem byvoorbeeld die spesifieke beperking dat die soewerein kontrakte moet nakom; ook dat die soewerein nie 'n bevel kan maak dat onderdane vermoor word nie en dat privaateiendom nie deur die soewerein aangetas kan word nie.<sup>21</sup> Het Bodin nie miskien die fundamentele regte van die individu in gedagte gehad nie: die beginsels van „rule of law” soos later deur Dicey uiteengesit?<sup>22</sup>

<sup>16</sup>Bodin *De Republica Libri Sex* (1641) lib. 1 cap. VI 75.

<sup>17</sup>Dunning *Political Theories from Luther to Montesquieu* (1955) 97.

<sup>18</sup>Bodin a.w. 76.

<sup>19</sup>*Ibid.* 132.

<sup>20</sup>Dunning *From Luther to Montesquieu* 101; H. VerLoren van Themaat a.w. 101; J. P. verLoren van Themaat *Staatsreg* (1967) 29. Blykbaar is hulle staatsregtelike konvensies maar Bodin verduidelik nêrens na watter gebruik hy juis verwys nie.

<sup>21</sup>Bodin a.w. 76: „Hoc fixum est: Principi alienis opibus ac bonis manus affere aut ea largiri cuique sine iusta causa non licere.”

<sup>22</sup>McIlwain a.w. 73: „Bodin means only free of the ordinary laws which the government itself has made or may make. He does not include among these laws the

'n Verdere belangrike aspek van Bodin se opvatting is dat soewereiniteit nie aan die staat toekom nie, maar wel aan 'n persoon of persone: in Frankryk aan die koning. Bodin ken dus nie staatsoewereiniteit nie; alleen soewereiniteit van die gesagdraer of gesagdraers in die staat.<sup>23</sup> Franklin stel die „nuwe” benadering van Bodin soos volg:

„On this basis, the ancient forms of rule . . . are redefined, in precise and formal terms, as the different numerical principles by which the juristic person of a sovereign is instituted as a single or collective individual.”<sup>24</sup>

Ofskoon Bodin, soos aangedui, beperkings op die gesag van die soewerein aanvaar het, staan hy vandag bekend (in die woorde van Dooyeweerd) as die eerste sistematikus van die absolute soewereiniteitsbegrip.<sup>25</sup>

Hobbes (1588-1679) beskou die soewerein as daardie individu of vergadering (*assembly*) wat op grond van die sosiale kontrak opdrag gegee is om namens die res van die bevolking besluite te neem.<sup>26</sup> Die soewerein is volgens Hobbes 'n enkele persoon of vergadering wat in die plek staan van die res van die bevolking. Die soewerein is Hobbes se „leviathan” - 'n „god” wat gehoorsaam moet word.<sup>27</sup> Hierdie gehoorsaamheid is 'n voorwaarde van die sosiale kontrak. Nadat die kontrak gesluit is, is die soewerein nie aan enige voorwaardes onder die kontrak gebonde nie - terwyl die res van die gemeenskap wel aan sommige voorwaardes gebonde is, waarvan die belangrikste is om die soewerein in die toekoms gehoorsaam te wees.<sup>28</sup>

Volgens Hobbes het die soewerein onbeperkte mag en onbelemmerde diskresie. Anders as Bodin se soewerein kan die soewerein van Hobbes selfs met privateiendom inmeng.<sup>29</sup> Die soewerein het volle beheer oor die pers, eiendom, regspraak, oorlog en vrede en die staats-

fundamental laws of the constitution under which the government itself came into being, which define and set bounds to the supreme organ in the government so created.”

<sup>23</sup>Vgl. Marshall *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth* (1957) 50; 'n vertaling van Bodin se werk *Six Books of the Commonwealth* deur Tooley (1955) 25-28; Franklin *Jean Bodin and the Sixteenth-Century Revolution in the Methodology of Law and History* (1963) 73.

<sup>24</sup>Franklin a.w. 74.

<sup>25</sup>Dooyeweerd *De Crisis in de Humanistiese Staatsleer* (1931) 28, 149, 169.

<sup>26</sup>Hobbes *Leviathan* (Red. H. Morley) (1887) hoofstuk XVII: „I authorize, and give up my right of governing myself to this man or this assembly of men, on this condition, that thou give up thy right to him and authorize all his actions in like manner.”

<sup>27</sup>*Ibid.*

<sup>28</sup>Hobbes a.w. hoofstuk XVIII: „For no man is so dull as to say, for example, the people of Rome made a covenant with the Romans to hold the sovereignty on such conditions . . .”

<sup>29</sup>Bodin a.w. 76. Vgl. Goldsmith *Hobbes' Science of Politics* (1966) 197: The sovereign is not bound by the laws in regard to the property of the subject.”

administrasie. Geen een van hierdie bevoegdhede kan ooit van die soewerein losgemaak word nie. Die Engelse kroon was vir Hobbes 'n voorbeeld van 'n soewerein. Die Engelse parlement was maar die agent waardeur die soewerein sy wil laat geskied. Die reg is die bevel van die soewerein. Natuurreg is nie „ware” reg nie maar „conclusions or theorems concerning what conduceth to the conversation and defence of men.” „Ware” reg is „the word of him that by right hath command over others,” nl. die soewerein.<sup>30</sup> Hierdie inherente bevoegdheid om reg te skep is ook van die sosiale kontrak afkomstig. Indien die soewerein uit een persoon bestaan is die staatsvorm monargisties; bestaan dit uit 'n aantal persone dan is die staatsvorm aristokraties. Waar die soewerein uit 'n gekose vergadering bestaan, beweer Hobbes, is die staatsvorm demokraties. Hobbes self verkies die monargistiese staatsvorm „since the natural inconstancy of the human mind, bad enough in an individual, is greatly multiplied in an assembly.”<sup>31</sup> Soos Bodin, voel Hobbes dat daar tog perke aan die gesag van die soewerein is. 'n Bevel van God, beweer Hobbes, sal eerder as die bevel van die soewerein gehoorsaam moet word.<sup>32</sup> Hy voeg egter daarby dat dit altyd moeilik sal wees om te bepaal wat werklik 'n bevel van God is. Prakties gesproke dus is Hobbes se soewerein, net soos dié van Bodin 'n absolute soewerein. Hierdie soewerein is selfs nie aan sy eie wette onderhorig nie.

Die opvatting van Locke (1632-1704) is verantwoordelik vir 'n nuwe wending in die staatsfilosofie. Hy wyk geheel en al af van Bodin en Hobbes en verklaar dat die soewereine wetgewer *wel* aan sy eie wette onderhorig is, „which is a new and near tie upon them.” Hy verwerp dus die soewereiniteitsbegrip van Hobbes en Bodin en verkondig as't ware die oppergesag van die reg. Alhoewel die wetgewende gesag die hoogste gesag is, is dit geensins 'n absolute gesag nie.<sup>33</sup> Dit mag nie arbitrêr optree nie. Dit mag eiendom wat in privaatbesit is ook nie ontnem sonder toestemming van die eienaar nie.<sup>34</sup> Vir Locke is die sg. „supreme legislature” as verteenwoordiger van die volk dus 'n beperkte soewerein. Dit bestaan uit 'n vergadering wat die wil van die volk moet laat geld. Die wetgewer se bevoegdhede is niks meer nie as 'n *trust* - en as die wetgewer nie die *trust* nakom nie kan die volk die wetgewer verwyder. „The community perpetually retains a supreme

<sup>30</sup>Hobbes a.w. hoofstuk XV. Gewoontereg bestaan slegs omdat die soewerein dit, deur sy stilsweye, toelaat.

<sup>31</sup>*Ibid.* hoofstuk XIX.

<sup>32</sup>*Ibid.* hoofstuk XXVI: [A]ll subjects are bound to obey that for divine law which is declared to be so by the laws of the commonwealth.”

<sup>33</sup>Locke *Two Treatises of Government* (Red. H. Morley) (1887) vol. II hoofstuk XI: Hoewel 'n „supreme power” besit dit nie „absoluteness” nie.

<sup>34</sup>Dit wil voorkom asof hierdie die enigste aspek is waaroor Bodin en Locke eens is.

power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators . . .”<sup>35</sup> Vir Locke is die gemeenskap self dus in die laaste instansie die soewereine mag in die staat. Hierdie soewereine mag van die volk is rustend en kom te vore wanneer die wetgewer ontbind word. Locke verkondig dus populêre soewereiniteit in teenstelling met die absolutisme van Bodin en Hobbes.<sup>36</sup> Waar Hobbes gepoog het om ’n absolute soewerein te regverdig het Locke weer gepoog om die beperkings op die hoogste wetgewende gesag te toon. Die beginsel van absoluut onbeperkte gesag kom nêrens in Locke se werk voor nie: „Absolute arbitrary power, or *governing without settled standing laws*, can neither of them consist with the end of society and government.”<sup>37</sup>

Hierdie verskille tussen Hobbes en Locke kan teruggevoer word na hul onderskeie interpretasies van die sosiale kontrak. Volgens Locke het *individue* onderling ’n kontrak gesluit om ’n gemeenskap te vorm waarvolgens die *gemeenskap* kan besluit wat nodig is vir die behoud van die goeie lewe, orde en vrede; en daarna het die gemeenskap gesag aan ’n regeerder gedelegeer. Hobbes verklaar dat die gemeenskap ’n kontrak gesluit het met ’n *enkeling* of *groep persone* sodat hulle kan regeer en orde kan handhaaf. Vir Locke is dit die *gemeenskap* self wat in die laaste instansie die hoogste gesag uitoefen - vir Hobbes weer is dit die *enkeling* of *groep persone* wat absolute gesag verkry.

Volgens Locke se teorie dus kan die gemeenskap self toesien dat sy *gedelegeerde*, die wetgewer, die gemeenskap se wil laat geskied. Volgens Hobbes het die gemeenskap na die sluiting van die sosiale kontrak geen meer regte teenoor die soewerein nie. Volgens Locke bly die gemeenskap die soewerein na die sluiting van die kontrak. Dit is dus duidelik dat Hobbes absolute soewereiniteit en Locke populêre soewereiniteit verkondig het.<sup>38</sup> Gough stel dié twee soos volg teenoor mekaar: „His [Hobbes se] ‘one man, or one assembly of men’ possesses a legally unlimited power of making laws, which no other authority in the realm can challenge or set aside . . . Locke definitely refused to allow anybody in his state, whether legislative or executive, to exercise unlimited power in the Hobbesian sense.”<sup>39</sup>

<sup>35</sup>Locke a.w. hoofstuk 149. Vgl. hiermee Rousseau se uiteensetting van die *volonté générale*. Vgl. verder Gough *Locke's Political Philosophies* (1956).

<sup>36</sup>Dunning *Political Theories from Luther to Montesquieu* (1955) 349: „There is in this conception nothing of that absolute, unlimited and uncontrollable sovereignty which was the soul of Hobbes' system.”

<sup>37</sup>Locke a.w. hoofstuk 137.

<sup>38</sup>Locke a.w. hoofstuk 96: „[I]t is necessary the body should move that way whither the greater force carries it, which is the consent of the majority: or else it is impossible that it should act or continue one body, one community, which the consent of every individual that united into it agreed that it should . . .”

<sup>39</sup>Gough a.w. 104.

Dit is interessant dat Locke nie oorspronklik was met sy ontkenning van koninklike soewereiniteit nie. Van sy sewentiende eeuse voorgangers, waarvan Coke die bekendste was, het dit reeds probeer bekamp deur sover terug te gaan as Bracton en die Magna Carta. Coke maak bv. in 1628 beswaar teen 'n voorgestelde klousule wat aan die *Petition of Right* gevoeg sou word<sup>40</sup> en verklaar in die parlement dat:

„Sovereign power is no parliamentary word. In my opinion it weakens Magna Carta and all statutes, for they are absolute, without any saving of 'sovereign power' . . . Take heed what we yield unto: Magna Carta is such a fellow that he will have no sovereign.”<sup>41</sup>

Alhoewel Locke nêrens duidelik te kenne gee watter beperkings op die wetgewer hy wel in gedagte het nie kan ons aflei dat hy bedoel het o.a. dat die parlement as hoogste wetgewer self aan die reg ondergeskik is. Soos *supra* aangetoon, verklaar Locke o.a. dat die wetgewer nie arbitrêr mag optree nie, dat wette 'n „near tie” op die soewereine wetgewer is, dat die wetgewer nie eiendom kan aantas sonder die toestemming van die eienaar nie. Dit wil dus voorkom asof Locke die ondergeskiktheid van die parlement aan die reg verkondig het in nagehoeg dieselfde betekenis as dié waarin dit vandag verstaan word.<sup>42</sup>

Rousseau het teen die middel van die agtiende eeu met sy soewereiniteitsbegrip by Locke aangesluit. Hierdie twee filosowe kan as teenvoeters van Bodin en Hobbes beskou word. Ook Rousseau se opvatting van soewereiniteit berus op sy teorie van die sosiale kontrak. Vir Rousseau is die sosiale kontrak daardie ooreenkoms waardeur individue verenig en ooreenkoms dat hul *algemene wil*,<sup>43</sup> die *volonté générale*, die hoogste gesag sal hê, m.a.w. soewereiniteit. Die *volonté générale* is die soewereine gesag in die staat omdat dit altyd sal toesien dat slegs die *gemeenskaplike belang* bevorder word.<sup>44</sup> Daarom kan slegs 'n bevel wat van die algemene wil afkomstig is, as deel van die reg (*loi*) beskou word. 'n Bevel wat nie die algemene wil weerspieël nie,

<sup>40</sup>„. . . to leave entire the sovereign power wherewith your majesty is entrusted for the protection, safety and happiness of your people.”

<sup>41</sup>McIlwain *The High Court of Parliament* 83; Tanner, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century* (1928) 63.

<sup>42</sup>Gough a.w. 110: „By the time of Locke the principle of *legislative supremacy* was becoming more firmly established than it had been in the earlier years of the century . . . But while supreme, the legislature is not to be absolute: its powers are not arbitrary, but limited by fundamental law.” (My kursivering.)

<sup>43</sup>Rousseau *Du Contract Social* (1896) I vi. Volgens Rousseau word 'n enkele massa (*met en commun*) deur die kontrak gevorm. Die algemene wil van die sg. massa is die soewereine gesag. Dit is interessant dat Althusius in 1610 'n soortgelyke soewereiniteitsteorie verkondig het. Vgl. Dunning *Political Theories from Luther to Montesquieu* (1955) 63.

<sup>44</sup>Rousseau a.w. II i.

is dus nie 'n regsreël nie.<sup>45</sup> Rousseau se soewereine gesag is dus nie 'n absolute gesag nie. Dit word deur die publieke belang beperk. Wette kan alleenlik gemaak word as die algemene wil dit so wil hê. Die algemene wil sal altyd, volgens Rousseau, eis dat daar gelykheid voor die reg moet wees. Geen wet mag dus sekere groepe in 'n voordeliger posisie plaas as ander nie. Die regering (*gouvernement*), wat uit 'n individu of groep mense bestaan, word aangewys om toe te sien dat die algemene wil geskied. Die regering is die instrument van die algemene wil of soewerein. Die handeling van die regering bly ondergeskik aan die soewereine gesag van die algemene wil en word daardeur beperk.<sup>46</sup>

Locke en Rousseau het dus albei weg beweeg van die absolutisme van Bodin en Hobbes en geneig na die moderne opvatting van populêre of volksoewereiniteit, waar die parlement die instrument is van die algemene wil. Ontleed ons Rousseau se opvatting kom ons tot die volgende slotsom: Teoreties is die algemene wil die soewerein. Prakties is die parlement (*gouvernement*)<sup>47</sup> die soewereine gesag daar dit die instrument van die algemene wil is. Hierdie parlementêre soewerein se bevoegdhede is beperk aangesien dit te alle tye die algemene wil moet laat geskied.

Bentham, wat teen die einde van die agtiende eeu sy bydraes lewer, het 'n nuwe benadering. By hom speel die sosiale kontrak, anders as by Hobbes, Locke en Rousseau, geen rol nie. Vir hom as utilis is die setel van soewereiniteit 'n feitlike vraag. Word daar bepaal wie die sg. „supreme governor” is, dan is daardie instansie die soewerein. Bentham se soewerein is met onbepaalde (*indefinite*) mag bekleed - behalwe vir sover daar uitdruklike konvensies is wat die soewerein beperk.<sup>48</sup> Op die oog af keer hy in 'n mate terug na Bodin en Hobbes se menings, behalwe dat hy in teenstelling met hulle verklaar

<sup>45</sup>Kant *Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre* 22 et seq. huldig basies dieselfde opvatting as Rousseau. Volgens Kant is die volk die enigste bron van die reg en besit *Herrschergewalt* of *Souveraineté*. Die regeringsvorm moet dus verteenwoordigend wees. Die soewerein is 'n abstraksie (*Gedankending*) en dit verkry 'n fisiese geaardheid d.m.v. 'n verteenwoordigende liggaam.

<sup>46</sup>Sy ideale regeringsvorm kom neer op demokrasie alhoewel hy verklaar dat demokrasie nie by die mens op aarde prakties kan werk nie. „S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes.” Rousseau a.w. III viii.

<sup>47</sup>Met *gouvernement* bedoel Rousseau eintlik die destydse uitvoerende gesag. Myns insiens kan die moderne parlement gelykgestel word met wat Rousseau as *gouvernement* aangedui het. Dunning *From Rousseau to Spencer* 29: „[G]overnment denotes merely the individual or group of individuals that is designated by the community to carry into effect the sovereign will.”

<sup>48</sup>Bentham *A Fragment on Government* (1891) deel xxiii: „The supreme governor's authority though not infinite, must unavoidably, I think, unless where limited by express convention, be allowed to be indefinite.

dat die volk 'n morele reg (*moral right*)<sup>49</sup> het om in opstand te kom waar die soewerein teen die volk se belange handel. Ook Locke en Rousseau maak geen melding van so 'n morele reg nie. Vir die eerste keer word nou aangevoer dat die volk 'n reg het op rewolusie - maar daar moet in gedagte gehou word dat dit nie 'n reg in juridiese sin is nie. Dit is duidelik dat hierdie „reg” van die volk prakties gesproke, hoewel nie regtens nie, die soewerein strem.

Ook Austin (1790-1859) bepaal sy soewerein d.m.v. 'n feitlike ondersoek. Sy definisie lui soos volg:

„If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, receives habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society . . .”<sup>50</sup>

Die reg is van die soewerein afkomstig: òf wetgewing (statuut), waar die soewerein self spreek; òf beslissings van die howe, wat die judisiële agente van die soewerein is; òf gewoontereg, wat bestaan omdat die soewerein deur sy stilswye toelaat dat dit bestaan. Wat die soewerein toelaat, dit beveel hy stilswyend.

Austin se soewerein is absoluut - sonder enige beperkings.<sup>51</sup> So 'n onbeperkte soewerein is noodsaaklik in elke staat, beweer Austin. Die soewerein is ook nie aan die wette wat hy maak gebonde nie; indien wel dan is hy nie soewerein nie:<sup>52</sup> „For if the sovereign for the time being were legally bound to observe it [d.w.s. sy eie wetgewing], that present sovereign would be in a state of subjection to a higher or superior sovereign.”<sup>53</sup> Die Engelse parlement is vir Austin 'n voorbeeld van so 'n onbeperkte soewerein. Die enigste teken dat Austin tog mag meen dat die soewerein se gesag nie onbeperk is nie, is sy bewering dat die soewerein altyd *moet poog* om die geluk van die meerderheid te bevorder.<sup>54</sup> Daar rus egter geen verpligting op die soewerein om wel so op te tree nie.

Ook Dicey, in 1885, huldig die opvatting dat die Engelse parlement 'n voorbeeld van 'n absolute soewerein is, aan geen beperkings

<sup>49</sup>Hierteenoor is daar 'n politieke plig (*political duty*) om die soewerein te gehoorsaam.

<sup>50</sup>Austin *Lectures on Jurisprudence* (1873) vol. I 226.

<sup>51</sup>Vgl. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (1800) hoofstuk I deel 46: „However they began, or by right soever they subsist, there is and must be in all of them a supreme, irresistible, absolute, uncontrolled authority, in which the *jura summi imperii* or the rights of sovereignty reside.”

<sup>52</sup>Volgens Locke *supra* is die soewerein wel aan sy eie wette onderhorig.

<sup>53</sup>Austin *The Province of Jurisprudence Determined* 255: „And though the law be not abrogated, the sovereign for the time being is not constrained to observe it by a legal or political sanction.” Vgl. Eastwood en Keeton *The Austinian Theories of Law and Sovereignty* 75.

<sup>54</sup>Austin (*Province of Jurisprudence*) 294: „The proper purpose or end of a sovereign political government, or the purpose or end for which it *ought* to exist, is the greatest possible advancement of human happiness.” (Ek kursiveer.)



onderworpe nie en ongebonde aan sy eie wette.<sup>55</sup> Die parlement as soewerein kan homself nie bind wat sy toekomstige handelwyse betref nie - indien wel dan sou die parlement nie soewerein wees nie. Wat beweerde beperkings op die soewereiniteit van die parlement betref, verklaar Dicey na deeglike ondersoek: „No one of the limitations alleged to be imposed by law on the absolute authority of Parliament has any real existence, or receives any countenance, either from the statute-book or from the practice of the courts.”<sup>56</sup> Ten spyte van hierdie bewering verklaar hy dat daar tog twee beperkings is waaraan die soewereine parlement onderhewig is. Eerstens noem hy as beperking die feit dat indien die parlement sekere wette sou aanneem dit die volk in verset sou bring; gevolglik sal die soewereine parlement nie sulke wette kan deurvoer nie. Hierdie erkenning van die moontlikheid van verset herinner sterk aan Bentham se *reg op rewolusie*, alhoewel Dicey dit nie so ver voer nie. As voorbeelde noem Dicey die feit dat die Sultan dit nooit sou gewaag het om Mohammedanisme af te skaf nie; dat die Romeinse keisers dit nie sou gewaag het om fundamentele instellings van die Romeinse wêreld af te skaf nie. Erken Dicey nie hier dat die volk soewerein is in die sin waarin Locke en Rousseau dit verkondig het nie? Die tweede beperking vloei voort uit die geaardheid van die soewereine mag self:

„Even a despot exercises his powers in accordance with his character, which is itself moulded by the circumstances under which he lives, including under that head the moral feelings of the time and the society to which he belongs.”<sup>57</sup>

Die voorgaande is slegs 'n oorsig van die belangrikste filosofiese teorieë aangaande die setel van die soewereine gesag in 'n staat. Die teorieë in Engeland is meer beklemtoon daar ons parlementêre stelsel op die Britse parlementêre stelsel baseer is. Daar sal aangetoon word

<sup>55</sup>Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1948) 39: „My aim . . . is . . . to explain the nature of Parliamentary sovereignty and to show that its existence is a legal fact, fully recognised by the law of England; . . . to prove that none of the alleged legal limitations on the sovereignty of Parliament have any existence; and . . . to state and meet certain speculative difficulties which hinder the ready admission of the doctrine that Parliament is, under the British constitution, an absolutely sovereign legislature.” Vgl. *Vauxhall Estates v. Liverpool Corporation* [1932] 1 KB 733.

<sup>56</sup>Dicey a.w. 70. Sg. beperkings deur Dicey ondersoek is moraliteit, volkeregtelike beginsels, die koninklike prerogatief en wette van een parlement wat voorskrifte aan sy opvolgers stel. „That Parliaments have more than once intended and endeavoured to pass Acts which should tie the hands of successors is certain, but the endeavour has always ended in failure.”

<sup>57</sup>Dicey a.w. 80. Stephen *Science of Ethics* (1882) 143 illustreer hierdie twee „beperkings” van Dicey soos volg: „If a legislature decided that all blue-eyed babies should be murdered, the preservation of blue-eyed babies would be illegal; but legislators must go mad before they could pass such law, and subjects be idiotic before they could submit to it.”

dat die soewereiniteitsbegrip vandag effens anders daar uitsien as tydens die ontwikkeling hierbo geskets. Soos Mitchell beweer:

„[A] conjunction of influences produced at one time the concept of an unlimited parliament, incapable of limiting itself. Since that time events and ideas have caused a reconsideration of this concept and of the authorities upon which it was based. These latter do not, it is conceived, go as far as at one time thought.”<sup>58</sup> □

(Word vervolg)

*Whatever views one holds about the penal law, no one will question its importance in society. This is the law on which men place their ultimate reliance for protection against all the deepest injuries that human conduct can inflict on individuals and institutions. By the same token, penal law governs the strongest force that we permit official agencies to bring to bear on individuals. Its promise as an instrument of safety is matched only by its power to destroy. If penal law is weak or ineffective, basic human interests are in jeopardy. If it is harsh or arbitrary in its impact, it works a gross injustice on those caught within its toils. The law that carries such responsibilities should surely be as rational and just as law can be. Nowhere in the entire legal field is more at stake for the community or for the individual.*

Wechsler

*The Challenge of a Model Penal Code*  
65 *Harvard Law Review* 1097, 1098

---

<sup>58</sup>Mitchell *Sovereignty of Parliament - yet again* 1963 *LQR* 222. Vgl. Beinart *Sovereignty and the Law* 1952 *THRHR* 127; H. Dooyeweerd *The Contest about the Concept of Sovereignty in Modern Jurisprudence and Political Science* 1951 Free University Quarterly 85; Paton *A Textbook of Jurisprudence* (1964) 303.

# Die Juridiese Grondslag van Besitsbeskerming\*

J. D. van der Vyver

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

Die vraag of *possessio* 'n *ius* of 'n *factum* is, is in die Romanistiese regsliteratuur vir die eerste keer gedurende die middeleeue gestel en (uitvoerig) beredeneer.<sup>1</sup> Sedertdien het dit die gunsteling-probleemstelling van die sakereg gebly. In 'n sin is dit verbasend omdat die probleemstelling self net die moontlikheid van twee alternatiewe antwoorde veronderstel, naamlik enersyds dat besit 'n subjektiewe reg is en andersyds dat dit 'n regsfeit, dus bloot 'n juridies relevante gebeurtenis, is. Die argumente vir die een en teen die ander standpunt het inderdaad steriotiep geword en het trouens reeds saam met die probleemstelling self 'n gryse baard ontwikkel, sodat handboekskrywers meestal net standpunt kies en dit aan outeurs van tydskrifartikels, soos Wouter de Vos,<sup>2</sup> oorlaat om die probleem in historiese perspektief te stel en die bekende beredenerings van die onderskeie standpunte opnuut onder die aandag te bring.

Nogtans, ten spyte van die stereotipe trant van die enigste argumente wat die probleemstelling self veroorloof, het ek dit goed gedink om die genoemde vraagstuk aangaande besit nogmaals op te diep en vanuit regsfilosofiese gesigspunt te probeer beantwoord. Miskien moet ek apologie aanteken vir my benadering, omdat die pragmatiese ingesteldheid van die twintigste eeu nie die weelde van filosofiese gesprekke oor regsprobleme toelaat nie en omdat die regsgeleerdes van ons tyd nie sin het in die vermeende spekulatiewe gekibbel oor begrippe en terme van die regsfilosofie nie. Ons kan die apologie afmaak met 'n verwyf aan die sekretaris. Want hy het 'n regsfilosofiese benadering as voorwaarde gestel vir my voorreg om u toe te spreek.

Maar met daardie verwyf alleen kan ek nie met my eie gewete vrede vind nie. Ek moet naamlik ook my eie oortuiging bely dat die probleemstelling basies 'n regsfilosofiese vraagstuk is; dat die probleem

---

\*Lesing gelewer voor *Die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte*, Kaapstad, Jan. 1970.

<sup>1</sup>J. E. Scholtens *Bartolus and his Doctrine of Subjective Rights* 1958 *Acta Juridica* 163, 165.

<sup>2</sup>*n Bespreking van Sekere Aspekte van die Regsposisie van Besitters* 1959 *Acta Juridica* 184.

na my mening nie met 'n bloot teoretiese analise opgelos kan word nie maar 'n wysgerige begronding van juridiese grond*principia* vereis, waardeur begripsverwarring uitgeskakel moet word en waarby onder meer die fundamentele struktuur van die subjektiewe reg in die spel kom. Ek betoog trouens dat dit met sowel probleemstelling as argument, soos dit tradisioneel voorgehou word, skeef loop juis omdat die probleem geformuleer en die oplossing gesoek is met 'n deduktiewe analise van besit in dikwels gewaande verskyningsvorme en met die oog op alleen die positiefregtelike implikasies daarvan, sonder dat die begrip en terminologie aan 'n vaste wysgerige fondament verbind is. So 'n suiwer analitiese verwerking van die positiewe reg tref die teoretikus met die verwyf dat sy arbeid bloot „akademiese waarde” het. Want, soos Hijmans aangaande die onderhawige onderwerp aantoon,<sup>3</sup> maak 'n teoretiese analise van die positiewe reg geen verskil aan die praktiese implikasies van die veld van jou ondersoek as jy daardie positiefregtelike implikasies self as uitgangspunt vir jou analise aanvaar nie. Daarby moet in gedagte gehou word dat veral die Austiniaanse aanwending van sowel die deduktiewe as die induktiewe analitiese metode van Sokrates dikwels valse probleemstellings en begripsverwarring laat ontstaan juis omdat dit geen verantwoordbare beginsel stel vir wat alles by 'n bepaalde regsfiguur, wat vir analise in aanmerking kom, ingesluit moet word nie. Soos 'n derderangse dorsmasjien laat dit maklik koring met die kaf verlore gaan, terwyl allerlei afval tegelyk in die graansakke beland. Sonder die wysgerige kontroleur, wat die onsuivere oes met prinsipiële vindingrykheid afwys of degradeer, word uiteindelik in die regswetenskap en -praktyk op daardie wyse onverteerbare broodjies gebak.

Kortom, die probleemstelling self moet bevraagteken word aan die hand van 'n wysgerig gefundeerde konstruksie van die besitsbegrip en die kategorieë waarin die geykte vorm van die probleemstelling daardie regsfiguur, na die een of die ander kant, probeer dwing. Met so 'n benadering sal ek poog om iets nuuts tot 'n eeue-oue vraagstuk by te dra. Dit verklaar meteens die keuse van my onderwerp aan die adres van diegene wat mag wonder waarom ek hulle leed wou aandoen met 'n gesprek oor 'n afgesaagde tema. En vir diegene wat die sinvolheid van 'n wetenskaplike ondersoek alleen aan die sogenaamde praktiese waarde daarvan meet, kan gesê word dat 'n behoorlike insig in die struktuur van besit vir die regspraktyk van die allergrootste belang is. Want al sou die regsgevolge en -implikasies van besit tans duidelik omskryf wees, vereis die toekomstige ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse privaatreë in 'n logiese sisteem daardie insig. En wie verdere oortuiging nodig het, hoef alleen maar *S v. Smith*<sup>4</sup> te gaan lees

<sup>3</sup>Vgl. sy *Romeinsch Zakenrecht* 203.

<sup>4</sup>1965 (4) SA 166 (K).

ten einde die noodsaak te besef van 'n behoorlike begrip van die onderskeid tussen *dolus* en *animus possidendi* om die bewysregtelike ratwerk van die strafreg te laat vlot vir gevalle waarin die besit van iets 'n misdad konstitueer. Bygesê dat die sogenaamde „akademiese waarde” van die onderhawige onderwerp op sigself ons ondersoek voldoende behoort te regverdig vir die besondere kring van my uitgelese gehoor.

Die vraag of besit 'n subjektiewe reg is moet beantwoord word met die oog op die struktuur van die subjektiewe reg enersyds en die konstruksie van besit andersyds. Dáár lê die knoop in die tradisionele hantering van die vraagstuk: aan die een kant word geopereer met 'n verouderde beeld van die subjektiewe reg en aan die ander kant word „besit” in verskillende betekenis van die woord by die probleemstelling betrek asof daardie term net een regsfiguur uitbeeld. Die een probleem lê opgesluit in die historiese beslag van die besitsvraagstuk self, terwyl die ander probleem een van terminologiese verwarring is. Oor elkeen hiervan vervolgens net 'n kort woord.

1. Dit is bekend dat die leerstuk van die subjektiewe reg, in sy moderne gedaante, nie in die Romeinse regs geskryfte aangetref word nie, maar 'n uitvindsel van middeleeuse Romaniste is. Die Romeinse reg word trouens, in teëstelling met 'n sogenaamde sisteem van subjektiewe regte, tipeer as 'n sisteem van aksies. En hoewel die Romeinse sisteem van aksies gedisintegreer het toe die formulêre stelsel afgeskaf is, het die samestellers van die *Corpus Iuris Civilis* die klassieke tradisie bly behou om materiële reg aan die hand van aksies uiteen te stel.<sup>5</sup> Aldus leer 'n mens die onderskeid tussen en implikasies van die sogenaamde *actiones in rem* en *actiones in personam* in die kode van Justinianus ken.

In die Kanonieke reg was daar wel sporadiese sprake van *jura in re* en *jura in personam*,<sup>6</sup> maar dit was die Glossatore wat hulle ten doel gestel het om die Romeinse aksies te omvorm tot subjektiewe regte. Na analogie van die Romeinse *actiones in rem* het hulle die saaklike reg gekonstrueer as een wat sogenaamd teenoor enige of alle ander persone afdwingbaar is, teenoor die persoonlike reg, wat, ooreenkomstig die Romeinse *actiones in personam*, sogenaamd net teenoor 'n bepaalde persoon of persone afdwingbaar is. Die konstruksie van die subjektiewe reg self het in die proses agterweë gebly.

En in dieselfde proses van „transforming the Roman system of actions into a system of substantive rights”<sup>7</sup> het die vraag ontstaan of besit aan die beskrywing van 'n saaklike reg beantwoord. Aangesien dit klaarblyklik nie 'n persoonlike reg kan wees nie en aangesien die

<sup>5</sup>Scholtens a.w. 163.

<sup>6</sup>Vgl. Van Warmelo *Real Rights* 1959 *Acta Juridica* 84, 85.

<sup>7</sup>Scholtens a.w. 163.

bedoelde verwerking van die Romeinse aksies geen ruimte gelaat het vir ander soorte subjektiewe regte nie, het die vraag of besit hoegenaamd 'n subjektiewe reg is, gestaan of geval by sy lotsbestemming in die kategorie van saaklike regte.

Sonder om dus rekenskap te gee van wat 'n subjektiewe reg is, sonder om die indelingsbeginsel van saaklike en persoonlike regte te beproef en sonder om te vra of die transformasie van die Romeinse aksies tot subjektiewe regte die materiële positiewe reg waarheidsgetrou weerspieël, word besit as subjektiewe reg of as regsfeit gebrandmerk na gelang die besitter (respektiewelik) met of sonder die kompetensie bekleed word om sy verhouding tot die objek van sy besit teenoor enige of alle ander persone te handhaaf.

Op hierdie trant borduur die Romeins-Hollandse skrywers voort, en in die Suid-Afrikaanse regsletteratuur bly die patroon van probleemstelling, argument en slotsom nog dieselfde. En ons roem ons daarop dat hierdie wetenskaplike oppervlakkigheid die Romeinse grondslag van die Suid-Afrikaanse sakereg ongeskonde laat bly het.

Dit is natuurlik goed dat ons ons vernet teen die verbastering van die grondbeginsels van die Suid-Afrikaanse reg met beginselvreemde regstelsels. Maar laat ons nie ter wille daarvan aan middeleeuse teorieë bly vaskleef bloot omdat dit 'n verteoretisering van Romeinse reg is wat deur Romeins-Hollandse skrywers nagepraat is nie, terwyl die wetenskap van die twintigste eeu by ons verbyvlieg. Die nuwe insigte van ons tyd kan immers aangewend word om die historiese grondslae van ons reg beter te verklaar en deegliker aan te wend in 'n praktiese situasie en vir toekomstige ontwikkeling.

2. 'n Groot deel van die besitsprobleem is een van terminologiese verwarring.

Die vereenselwiging van besit en eiendomsreg in die algemene spraakgebruik skep in dié verband nie ernstige probleme nie, aangesien ten minste regsgeleerdes min of meer duidelikheid het dat ons in regstegniese sin die besitsbegrip reserveer vir die aanspraak van *iemand anders as die eienaar* op 'n saak, byvoorbeeld die aanspraak van 'n huurder, pandhouer, vruggebruiker en dief.

Andersins word besit egter in ten minste drie fundamenteel verskillende betekenisgebruik, waaroor nie dieselfde mate van duidelikheid bestaan nie, naamlik die volgende:

(a) *Besit in die sin van 'n handeling*. In dié sin word besit as werkwoord gebruik om die effektiewe beheer van 'n regsobjek oor 'n saak aan te dui. A besit die saak, hy hou dit feitlik en/of het dit onder sy beheer.

(b) *Besit in die sin van 'n bevoegdheid.* Met bevoegdheid word in dié verband bedoel dit wat 'n regssubjek met 'n regsobjek mag doen uit hoofde van die feit dat hy 'n subjektiewe reg op daardie objek het. Omdat A 'n reg het op die perd, mag hy op allerlei wyses met die perd handel. Hy mag die perd ry, laat aanteel, op stal laat staan, ensovoorts. Dit is A se bevoegdhede.

Bevoegdhede in dié sin van die woord sluit dus alles in wat die reg 'n subjektief geregtigde persoon ten opsigte van die objek van sy reg veroorloof. As sodanig gee dit inhoud aan sy subjektiewe reg en algemeen saamgevat kom dit neer op 'n bevoegdheid om die objek van sy reg te geniet en daarvoor te beskik.

Een van die moontlike uitlopers van die bedoelde genots- en beskikkingsbevoegdheid is die bevoegdheid om 'n saak te besit. 'n Besitsbevoegdheid kom onder meer die volledige eienaar toe: uit hoofde van A se volledige eiendomsreg is hy bevoeg om die betrokke eiendom te besit, hy mag dit hou en/of effektiewe beheer daarvoor uitoefen.

Dit kan gebeur dat A, byvoorbeeld 'n dief, besit het van 'n bepaalde saak in die sin van 'n handeling, terwyl B, byvoorbeeld die eienaar, nog steeds besit het in die sin van 'n bevoegdheid. A hou die saak dus feitlik onder sy beheer, terwyl B die saak normatief mag hou uit hoofde van sy eiendomsreg. Die antwoord op die vraag of A, die dief, eweneens bevoeg is om die gesteelde goed te besit (of dit hom veroorloof is om die saak in sy beheer te hou) sal afhang van ons ewentuele uitspraak of hy 'n subjektiewe reg het.

(c) *Besit in die sin van 'n subjektiewe reg.* Die volledige eienaar, sê ons, het onder meer 'n besitsbevoegdheid. Maar die eienaar kan ook sy besitsbevoegdheid oordra aan iemand anders, byvoorbeeld 'n huurder of 'n pandhouer. Daardie ander persoon verkry dan die besitsbevoegdheid ten opsigte van die bepaalde saak.

Maar 'n bevoegdheid (waaronder die bevoegdheid om te besit) hang nooit in die lug nie. 'n Mens het 'n bevoegdheid uit hoofde van 'n subjektiewe reg, want bevoegdheid in die hierin bedoelde sin van die woord is die inhoud van 'n subjektiewe reg. Wat moet daardie subjektiewe reg, uit hoofde waarvan die huurder of pandhouer die bevoegdheid het om die betrokke saak te besit, nou genoem word?

Ongelukkig word dit ook besit genoem. Vandaar die groot mate van spraakverwarring wat daar in die onderhawige verband bestaan. Laat ek dit daarom nogmaals soos volg stel.

Die volledige eienaar het 'n besitsbevoegdheid uit hoofde van sy eiendomsreg; 'n nie-eienaar met 'n besitsbevoegdheid het daardie bevoegdheid uit hoofde van 'n besitsreg. Hoewel „besit” in die geval van

die nie-eienaar gebruik word om sowel die bevoegdheid as die grondliggende subjektiewe reg aan te dui, hef dit nie die onderskeid tussen 'n subjektiewe reg en 'n bevoegdheid op nie. Die een dui die soort aanspraak van die regsobjek op die regsobjek aan, terwyl die ander inhoud gee aan alles wat die reg jou veroorloof om met die objek te doen of nie te doen nie uit hoofde van jou aanspraak op daardie objek.

Dat dit sinvol is om duidelik te onderskei tussen 'n subjektiewe reg en 'n bevoegdheid kan geïllustreer word met verwysing na 'n skynbare absurditeit wat Maasdorp verkondig. Hy definieer eiendomsreg, bedoelende volledige eiendomsreg, as „ . . . the sum total of all the real rights which a person can possibly have to and over a corporeal thing.”<sup>8</sup> Elders klassifiseer hy die „real rights” onder besit, eiendomsreg, servituut, hipoteke en retensieregte.<sup>9</sup> Saamgevat lei dit ooglopend tot die onsinnige implikasie dat eiendomsreg gelyk is aan eiendomsreg, plus besit, plus servituut, plus hipoteke, plus retensieregte. Dit is egter nie sy bedoeling nie. Die probleem is dat hy die term „real rights” op die onderskeie bewysplase in verskillende betekenisse gebruik. By sy klassifikasie van „real rights” bedoel hy met daardie term saaklike regte, maar in die definisie gebruik hy dieselfde term om bevoegdhede aan te dui. Eiendomsreg is dus, volgens hom, nie die somtotaal van saaklike regte nie, maar sluit al daardie bevoegdhede in wat 'n persoon ten opsigte van 'n saak kan hê.

In die verbygaan kan gemeld word dat daar in die Suid-Afrikaanse regswetenskap veel verwarring bestaan omdat die begrip „right” eenvoudig met „subjektiewe reg” vertaal word. In die Engelse regstaal word „right” in ten minste drie verskillende betekenisse gebruik, naamlik in die hierbo omskrewe betekenis van subjektiewe reg en bevoegdheid en daarby nog om die juridiese kompetensies van 'n regsobjek aan te dui, waaronder sy kompetensie om regshandeling aan te gaan, die draer van regte en verpligtinge te wees en as eiser of verweerder in die hof op te tree. Hierdie genoemde kompetensies word gangbaar handelingsbevoegdheid, regsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid genoem en hoewel ek, ter wille van die tyd tot my beskikking, die problematiek aangaande juridiese kompetensies probeer vermy, moet tog uitgewys word dat bevoegdheid in die hierbo omskrewe sin iets heel anders beteken as die genoemde sogenaamde „bevoegdhede” wat 'n persoon se status konstitueer.

Ons het dit dus hierin oor besit in die derde betekenis van die woord, dit wil sê in die sin van die aanspraak van nie-eienaars, soos huurders en pandhouders, op 'n saak. Sodanige persone het uit hoofde van hulle besitsreg vanselfsprekend 'n besitsbevoegdheid. Maar hulle

<sup>8</sup>*The Law of Things* 27.

<sup>9</sup>A.w. 11.



is nie die enigste persone wat feitlik beheer het oor sake nie, wat dus besit van 'n saak in die eerste betekenis van die woord het nie. Die vraag is of alle persone wat besit van 'n saak het, in die sin dat hulle feitlik die saak onder hulle beheer het, 'n besitsreg en daarmee ge- paardgaande besitsbevoegdheid het.

Hierdie herformulering van die besitsprobleem laat meteens blyk dat die Glossatore ons met 'n valse probleemstelling opgesaal het. Want besit in die eerste betekenis van die woord, wat bloot feitlike houerskap as gebeurtenis aandui, is 'n regsfeit. Die vraag is nie of dit 'n regsfeit of 'n subjektiewe reg is nie, want dit kan albei wees. Die vraag is of die regsfeitlike gegewe van besit in alle gevalle 'n subjektiewe reg met bevoegdheid om te besit konstitueer.

'n Antwoord op die vraag vereis 'n klassifikasie van persone wat in die bedoelde eerste betekenis van die woord 'n saak feitlik hou en/of beheer. In dié verband sit die Suid-Afrikaanse regsteorie nog opgeskep met verouderde regte wat lankal reeds hulle relevansie vir die regspraktyk ingeboet het, soos die indeling van besit in *possessio naturalis* en *possessio civilis*. Die onderskeid tussen *possessio iusta* en *possessio iniusta* het wel nog betekenis vir verjaring, maar die verskil wat sommige skrywers nog probeer handhaaf tussen *detentio* en *possessio* kan gerus ook maar oorboord gegooi word omdat die implikasies daarvan in alle opsigte identiek is.<sup>10</sup>

Die indeling van besit waarby die onderskeid tussen *bona* en *mala fide*-besit ter sprake kom, is egter nog van belang en in die onderhawige verband direk ter sake. Met respek moet ek konstateer dat daar min vertakkinge van die Suid-Afrikaanse reg is waaroor soveel teoretiese onsin verkondig word as juis oor die betekenis van en onderskeid tussen *bona fide*- en *mala fide*-besit. Ek hoef maar net te verwys na Wille se slotsom dat 'n vruggebruiker en huurder *mala fide*-besitters is omdat hulle weet dat hulle nie eienaars is nie<sup>11</sup> en Maasdorp se bewering dat 'n huurder nie 'n besitter „in the strict Roman sense of the term” is nie omdat sy aanspraak op vergoeding vir verbeterings anders gereël word as dié van „the ordinary possessor.”<sup>12</sup>

Die punt is dat 'n huurder nòg 'n *bona fide* nòg 'n *mala fide possessor* is. Hy is 'n regmatige besitter en die *bona* of *mala fides* van besit kom alleen by onregmatige besit ter sprake.

Besit moet naamlik eerstens ingedeel word in *regmatige besit* en *onregmatige besit*. Die regmatige besitter hou die saak met toestemming

<sup>10</sup>Vgl. hieroor A. W. F. Middelberg *Beskerming van die Houerskap in die Suid-Afrikaanse Reg* 1954 THRHR 268.

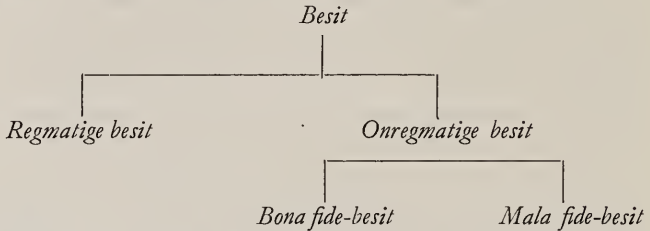
<sup>11</sup>*Principles of South African Law* 3e uitg. 184.

<sup>12</sup>A.w. 46.

van die eenaar, terwyl die onregmatige besitter sonder toestemming van die eenaar besit.

Onregmatige besit kan nou verder ingedeel word in *bona fide*- en *mala fide*-besit na gelang die besitter onderskeidelik onbewus of bewus is van die onregmatigheid van sy besit.

Skematies voorgestel, sien die indeling soos volg daar uit:



In die verbygaan kan net gemeld word dat die presedente eweneens aansienlike verwarring in die onderhawige verband weerspieël. Regmatige besitters, wat nie huurders is nie, word byvoorbeeld vir die doeleindes van vergoeding vir verbeterings oor dieselfde kam as *bona fide possessores* geskeer.<sup>13</sup>

Aan die hand van die bostaande indeling van besit, word die vraag of alle soorte besit 'n saaklike reg konstitueer vervolgens met die oog op enkele standpunte in dié verband behandel.

1. Die eerste standpunt wat ek wil uitwys is gebaseer op die tradisionele indeling van subjektiewe regte in absolute en relatiewe regte.

'n Absolute reg is sogenaamd afdwingbaar teenoor enige of alle ander persone en hierby kom die saaklike reg te pas, terwyl die relatiewe reg sogenaamd net teenoor 'n bepaalde ander persoon of persone afdwingbaar is. Laasgenoemde dui dus die geaardheid van 'n persoonlike reg aan.

Nou is dit so dat alle besitters die mandament van spolie kan awend om herstel van besit te verkry nadat spoliëering gepleeg is. Dit is egter net 'n tussentydse remedie wat eierigting teëwerk. *Finaliter* sal die onregmatige besitter moet swig voor die aanspraak van die eenaar.

Daarom, so luid die argument, kan nie gesê word dat besit in alle omstandighede teenoor enige of alle ander persone afdwingbaar is nie. En omdat dit die absolute werking van 'n saaklike reg ontbeer, word gekonkludeer dat besit hoegenaamd nie 'n subjektiewe reg is nie. Die mandament van spolie word tot die beskikking van besitters gestel, nie omdat daar 'n subjektiewe reg op die spel is nie, maar bloot om te voorkom dat die reg in eie hande geneem word.

<sup>13</sup>Vgl. bv. *Banjo v. Sungrown (Pty) Ltd* 1969 (1) SA 401 (N).

Hierdie standpunt, wat betreklik algemeen deur Romeins-Hollandse skrywers verkondig en in Suid-Afrika nagepraat word, stel sy eie drogredenasië bloot, omdat dit op 'n valse uitgangspunt berus. Dit betref meer bepaald die indeling van subjektiewe regte in absolute en relatiewe regte.

Hierbo is reeds gemeld dat dié indeling na analogie van die Romeinsregtelike *actiones in rem* en *actiones in personam* deur middeleeuse Romaniste ingevoer is in hulle poging om die Romeinse aksies na substantiewe regte te herlei. Dit val 'n mens op dat net die saaklike en persoonlike regte oorspronklik vir dié indeling in aanmerking geneem is. In die moderne regs wetenskap is die sogenaamde persoonlike reg omvorm tot 'n vorderingsreg, en naas die saaklike reg en vorderingsreg word ook nog plek ingeruim vir persoonlikheidsregte en immaterieel-goedereregte.<sup>14</sup>

Die Romeinse reg het wel beskerming verleen aan 'n regs subjek se aanspraak op aspekte van sy eie persoonlikheid, maar die inisieerders van die leerstuk van die subjektiewe reg het daardie aanspraak nooit geëien as 'n subjektiewe reg nie. Die latere identifikasie van die persoonlikheidsreg as subjektiewe reg, wat hier in Suid-Afrika bekend gestel is in die proefskrif van W. A. Joubert,<sup>15</sup> beproef op sigself nie noodwendig die indeling van subjektiewe regte in absolute en relatiewe regte nie, aangesien die werking daarvan sy klassifikasie by die absolute regte regverdig.

Die beskerming van immaterieel-goedereregte, daarenteen, hoort tot die uitvindings van die moderne tyd en word trouens in Suid-Afrika in hoofsaak deur wetgewing gereël. En vir sover daar aanknopingspunte vir daardie beskerming in die gemene reg mag wees, sal 'n mens dit eerder in die Germaanse reg as in die Romeinse reg vind. Nietemin bied dit vir die verkondigers van die bedoelde indeling van subjektiewe regte ook nie ernstige probleme nie, omdat die immaterieel-goedere-regte, net soos die saaklike en persoonlikheidsregte, gemaklik by die sogenaamde absolute regte ingedeel kan word.

Kortom, die ontdekking van die persoonlikheidsreg en die instelling van immaterieel-goedereregte het die prinsipiële gebreke van die indeling van subjektiewe regte in absolute en relatiewe regte nie noodwendig aan die kaak gestel nie. Maar 'n analise van die vorderingsreg laat blyk dat daardie indeling nie stand kan hou nie.

Die proefskrif van N. J. van der Merwe<sup>16</sup> bevestig naamlik dat die vorderingsreg van 'n krediteur nie net teenoor die debiteur afdwing-

<sup>14</sup>Vgl. hieroor W. A. Joubert *'n Realistiese Benadering van die Subjektiewe Reg* 1958 THRHR 98.

<sup>15</sup>*Grondslae van die Persoonlikheidsreg.*

<sup>16</sup>*Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes.*

baar is, soos die tradisionele konsep van 'n relatiewe reg te kenne gee nie. Die krediteur kan die betrokke prestasie wel net van die debiteur vorder, maar hy kan verder ook van alle derdes vorder om niks te doen wat prestasie deur die debiteur belemmer of verhoed nie. In dié sin is die vorderingsreg dus ook afdwingbaar teenoor enige of alle ander persone, sodat daar van relatiewe regte niks oorbly nie.

En 'n mens kan nie sê dat sommige subjektiewe regte absoluut en ander weer relatief is en dan in dieselfde asem bely dat daar egter geen relatiewe regte bestaan nie. Daarom moet 'n ander indelingsbeginsel gevind word wat prinsipiël en prakties verdedigbaar is. Juriste soos W. A. Joubert en N. J. van der Merwe volg daarom die voetspoor van Dooyeweerd met 'n indeling van subjektiewe regte na gelang van die aard van die regsobjek.

Eweneens kan die tipering van besit as subjektiewe reg nie afhanklik gemaak word van die getal persone teenoor wie die besitter homself mag handhaaf nie. Ons moet vra na die wese van die subjektiewe reg en ons slotsom grond op die verdere vraag of besit by daardie wesenlike aard van die subjektiewe reg inpas of nie.

2. Dit spreek dus vanself dat die aangewese weg vir die oplossing van ons probleem tog nog op verskillende konklusies sal uitloop na gelang 'n mens kant kies vir die een of die ander teorie aangaande die wesenlike aard van die subjektiewe reg. Aldus sal die wilsmagteorie van iemand soos Windscheid nie dieselfde resultate oplewer as byvoorbeeld die belangeleer van Jhering nie.

Ek wil hier die aandag vestig op 'n ongepubliseerde standpunt, wat ek teëgekrom het, wat van die premisse uitgaan dat 'n subjektiewe reg wesenlik dáárin bestaan dat 'n regsobjek 'n regsobjek toekom. Die oplossing van ons probleem skuil dus, ooreenkomstig die bedoelde uitgangspunt, agter die vraag of gesê kan word dat 'n saak die besitter toekom of nie.

Wat die regmatige besitter betref, lê dit voor die hand dat die vraag bevestigend beantwoord moet word. Hy kan sy besit trouens teenoor enige of alle ander persone, insluitende die eenaar, handhaaf.

Wat die onregmatige besitter betref, moet onderskei word tussen *bona fide*- en *mala fide*-besit. Uit hoofde van sy goeie trou, so word gesê, ken die reg aan die *bona fide possessor* die betrokke saak toe, soos onder meer blyk uit die feit dat hy die vrugte van die saak, wat hy ingesamel het solank as wat hy *bona fide* besit gehad het, mag behou. Laasgenoemde bevestig naamlik dat sy verhouding tot die saak méér is as net 'n feitlike relasie. Sy saaklike reg is egter *sui generis* omdat hy daardie saaklike reg nie teenoor enige of alle ander persone, naamlik *finaliter* nie teenoor die eenaar, kan handhaaf nie.

Die *mala fide possessor*, daarenteen, het geen saaklike reg nie. Want hoe kan gesê word dat die betrokke saak hom toekom, terwyl sy *mala fides* juis daarin geleë is dat hyself weet dat die saak hom nie toekom nie. In sy geval word die mandament van spolie tot sy beskikking gestel bloot om te voorkom dat die reg in eie hande geneem word.

Kritiek teen hierdie standpunt hang natuurlik grootliks daarvan af of 'n mens die betrokke uitgangspunt aanvaar of nie. In die algemeen lyk dit vir my verkeerd om die vraag of die besitter 'n subjektiewe reg, by name 'n saaklike reg, het afhanklik te stel van die wete waarmee die *possessor* besit. Buitendien kan ek in my gemoed geen vrede vind met die slotsom dat die reg in enige geval beskerming verleen *bloot* om eierigting teë te werk nie. Alle aksies is natuurlik daarop gerig om te voorkom dat die reg in eie hande geneem word. Maar bykomstig beskerm die reg 'n dieperliggende subjektiewe reg met 'n aksie. Nie dat 'n mens 'n subjektiewe reg het omdat jy 'n aksie het nie, maar jy het 'n aksie omdat jy 'n subjektiewe reg het.

3. Rondom die bogenoemde probleemstelling, argumente en gevolgtrekkings tref 'n mens in die omvangryke literatuur oor die onderwerp 'n ryke verskeidenheid van gelykluidende standpunte aan. Daarop wil ek nie volledig ingaan nie. Die aandag kan verder net op die aangehaalde artikel van Wouter de Vos gevestig word, waarin hy met die tradisionele uitgangspunt van die eerste standpunt hierbo genoem amper tot dieselfde slotsom kom as dié wat hierbo in die tweede standpunt weergegee is. Hy besluit naamlik, soos ek sy standpunt interpreteer, dat regmatige besitters wel 'n saaklike reg het, maar dat onregmatige besit bloot 'n *factum* is. „Op hierdie stelling,” sê hy, „vorm die reg van die *bona fide possessor* tot vrugtetrekking . . . 'n moontlike uitsondering.”<sup>17</sup> Maar met hierdie interpretasie moet in gedagte gehou word dat hy nie in soveel woorde tussen regmatige en onregmatige besit onderskei nie en dat sy weergawe die hierbo gewraakte verwarring tussen 'n subjektiewe reg en 'n bevoegdheid weerspieël, vir sover hy naamlik òók die sogenaamde „besitsreg” van 'n eienaar by sy argument betrek.

4. Na my mening moet op die vraag of 'n besitter 'n subjektiewe reg het, uitgegaan word van die uitgangspunt dat 'n subjektiewe reg basies die aanspraak is van 'n regsobjek op 'n regsobjek, welke aanspraak deur die positiewe reg teenoor ander regsobjekte beskerm word. Die vraag is dus of die feitlike verhouding tussen 'n besitter en die betrokke saak sodanig is dat dit aan hom 'n beskermde aanspraak teenoor ander regsobjekte verleen.

Dat dit die geval is met regmatige besit, staan vas en hoef nie verder betoog te word nie.

<sup>17</sup>A.w. 199.

Wat onregmatige besit betref, staan dit na my mening eweneens vas dat die *possessor*, te wete sowel *bona fide* as *mala fide possessores* beskerming geniet teenoor ander persone. Die remedies tot die beskikking van die verskillende soorte besitters word terloops oorsigtelik getabelleer deur Wouter de Vos.<sup>18</sup> Die belangrikste daarvan is die mandament van spolie, wat deur alle besitters teen enige derde, wat spoliassie pleeg, ingestel kan word.

Maar dit is eweneens duidelik dat die aanspraak van 'n onregmatige besitter nie op die lang duur kan stand hou teen die aanspraak van die eenaar of van 'n besitter met 'n sogenaamde „beter reg” as die onregmatige besitter nie. Dit bring my tot die slotsom dat die onregmatige besitter wel 'n subjektiewe reg het teenoor derdes, hoewel nie teenoor alle derdes, by name teenoor die eenaar en die bedoelde besitters met 'n sogenaamde „beter reg” nie.

Dit is naamlik na my mening moontlik dat 'n persoon 'n beskermde aanspraak op 'n regsobjek teenoor sommige persone kan hê, terwyl sy feitlike verhouding tot die regsobjek nie teenoor ander subjekte beskerm word nie; kortom dat A 'n reg kan hê teenoor X, hoewel nie teenoor Y nie. Waar skrywers soos W. A. Joubert en N. J. van der Merwe reeds gebreek het met die Romanistiese indeling van subjektiewe regte in absolute en relatiewe regte, doen ek derhalwe aan die hand dat ons ook nie, ten koste van die prinsipiële struktuur van 'n subjektiewe reg, moet bly vaskleef aan die ongemotiveerde premisse van die middeleeuse Romaniste dat 'n saaklike reg noodwendig teenoor alle derdes afdwingbaar moet wees nie.

Daarmee doen ek my nie voor as ketter teen die ideaal wat gerig is op die behoud van die Romeinse grondslae van die Suid-Afrikaanse reg nie. Romeinse regsbeginsels en die verteoretisering van daardie beginsels is twee dinge wat mekaar kan weerspreek, hoewel hulle in 'n waarheidsgetroue wetenskap tot 'n sintese gebring behoort te word. Die vraag na die struktuur van 'n subjektiewe reg en die wesenlike aard van besit is regsfilosofiese probleme en vir sover nuwe insigte ons laat verskil van die filosofiese uitsprake van die grondleggers van ons gemene reg, verskil ons met die vertrouwe dat ons die behoud, aanpassing en ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika daardeur 'n diens bewys.

## SUMMARY

The question whether possession is a *ius* or a *factum* is basically a problem of jurisprudence and requires knowledge of the fundamental construction of the concept of possession on the one hand and the doctrine of rights on the other hand.

<sup>18</sup>A.w. 187-9.

The problem itself originates from an out-dated doctrine of rights, i.e. the theory developed by Romanists of the Middel Ages in the course of their endeavour to transform the Roman system of actions into a system of rights. That endeavour led to the distinction between absolute (real) rights and relative (personal) rights, which distinction is obviously without a true foundation. With this distinction in mind, most Roman-Dutch writers claimed that possession could not be a right, because it lacks the so-called basic requirement of a real right of having to be enforceable against all other persons.

In this paper it is suggested that a right is the title of a legal subject to a legal object, enforceable against other legal subjects; that, with the nature of the object as criterion, rights can be sub-divided into real rights (the title to a corporeal thing), immaterial rights (the title to an incorporeal product of the human mind), rights of personality (the title to an aspect of the subject's own personality) and personal rights (the title of a creditor to an act or performance of a debtor); and that it is not essential for a real right or any other right that it must be enforceable against the whole world. It is possible to have a title to a specific object against A, but not against B. The position of the unlawful possessor illustrates the point.

In dealing with our problem it is necessary to bear in mind that the term "possession" has different meanings. One must distinguish between "possession" in the sense of effective control over a thing, "possession" in the sense of a competence which stems from a right, to denote something which a subject is permitted to do on account of the fact that he has a right, and "possession" in the sense of that right of a non-owner on account of which he is permitted to possess. "Possession" in the latter sense can be sub-divided into lawful and unlawful possession; and unlawful possession is further sub-divided into *bona fide* and *mala fide* possession.

We conclude that a lawful possessor has a real right which is enforceable against all other persons, including the owner. The wrongful possessor, whether *bona fide* or *mala fide*, has a real right which is enforceable against all other persons except the true owner. □

*Hieruyt zyn gesprooten zo veele redentwistingen van Rechtsgeleerden en Uytleggers, zo veele onderscheydingen en onderdeelen, zo veele uytbreydingen en bepaalingen, welke dit onderzoek zo duyster en moeylyk maaken, dat weynige dit vaarwater zonder gevaar voor schipbreuke beploegen.*

CARPZOVIVS  
*Lyfstraffelyke Misdaden 25.7*

# Die Aksessoriteitsbeginsel in die Deelnemingsleer

M. A. Rabie

*Universiteit van Suid-Afrika*

Een van die moeilikste dogmatiese probleme van die deelnemingsleer is geleë in die afhanklikheidsverband tussen daderskap en deelneming. Die aksessoriteitsgedagte berus op die feit dat deelneming 'n sogenaamde betrekkingbegrip (*Bezugsbegriff*) is - dit het betrekking op daderskap, waarsonder dit nie kan bestaan nie. Daar moet, logies gesproke, „iets” wees waaraan deelgeneem word.

Daar kan onderskei word tussen prosessuele en materiële aksessoriteit. Wat materiële aksessoriteit betref kan weer onderskei word tussen logiese aksessoriteit, aksessoriteit van die strafbedreiging en aksessoriteit ooreenkomstig die strafbaarheid van die dader.

## 1. PROSESSUELE AKSESSORITEIT

Prosessuele aksessoriteit was slegs in Engeland van toepassing. Dit het beteken dat 'n persoon slegs as „accessory” aangekla kan word indien 'n „principal” voorheen reeds aangekla en skuldig bevind is. Hierdie reëling is weens die onhoudbaarheid daarvan reeds in 1861 afgeskaf.<sup>1</sup>

In Suid-Afrika weerspieël artikel 327 (2) Wet 56 van 1955 nog hierdie afskaffing. Hierdie subartikel bepaal naamlik: „Iemand wat 'n ander persoon tot die pleeg van 'n misdryf aanraai of oorhaal, of wat aan 'n ander persoon by die pleeg van 'n misdryf hulp verleen, of wat na die pleeg van 'n misdryf die oortreder herberg of aan hom hulp verleen, kan in dieselfde aanklag as die hoofoortreder aangekla word, en kan saam met hom of afsonderlik verhoor word of kan afsonderlik aangekla en verhoor word, hetsy die hoofoortreder skuldig bevind is al dan nie of voor die gereg tot verantwoording geroep kan word al dan nie.”

---

<sup>1</sup>Sien Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafreë* 1970 (ongepubliseerde proefskrif) 297.



## 2. MATERIËLE AKSESSORITEIT

## (a) Logiese aksessoriteit

Deelneming impliseer begripsmatig deelneming of medewerking aan „iets.” Deelneming kan dus nie selfstandig bestaan nie, maar slegs in verbinding met die „iets” waaraan deelgeneem word. Logiese aksessoriteit is die benaming wat gebruik word om aan te dui dat deelneming ’n „betrekkingsbegrip” is en begripsmatig aksessories is.

(b) Aksessoriteit van die strafbedreiging<sup>2</sup>

’n Skynbaar logiese gevolg van ’n konsekwente toepassing van die aksessoriteitsbeginsel is dat die deelnemer se straf ooreenkomstig die straf van die dader bepaal moet word. Strafversagende of strafverswarende faktore wat op die strafbaarheid van die dader ’n invloed uitoefen, sou dan ook die deelnemer ten goede of ten laste kom. Indien hierdie faktore nie in elk geval op die deelnemer persoonlik betrekking het nie, sou dit egter onbillik wees om dit op hom van toepassing te maak bloot omdat dit op die dader betrekking het.

Om hierdie onbillike konsekwensie te vermy, bevat ’n hele aantal regstelsels<sup>3</sup> ’n besondere reëling wat daarop neerkom dat persoonlike eienskappe wat strafbaarheid uitsluit of wat straf versag of verswaar, slegs op dié persoon betrekking het by wie dit aanwesig is. Hierdie reëling is byvoorbeeld vervat in artikel 50 van die Duitse en Nederlandse Strafwetboeke en in artikel 26 van die Switserse Strafwetboek.<sup>4</sup>

Eienskappe wat strafbaarheid *bepaal*,<sup>5</sup> word egter nie by bogenoemde reëling ingesluit nie. ’n Medepligtige kan dus gestraf word vir sy bydrae tot ’n misdaad hoewel hy nie oor die vereiste strafbaarheid-bepalende eienskap beskik nie. Iemand kan hiervolgens as medepligtige gestraf word vir ’n misdaad wat hy nie as dader kan pleeg nie.<sup>6</sup>

Wat eersgenoemde eienskappe betref - d.w.s. wat strafbaarheid uitsluit of die strafmaat beïnvloed - is daar ook in ons reg aanduidings dat die aksessoriteitsbeginsel in hierdie verband nie tot sy logiese konsekwensie deurgevoer word nie. In *R v. De Necker*<sup>7</sup> verklaar regter-president De Villiers byvoorbeeld:<sup>8</sup>

<sup>2</sup>Aksessoriteit met betrekking tot die strafmaat word voor aksessoriteit met betrekking tot die strafbaarheid van die dader behandel omdat dit dan duideliker sal blyk wat hiper-aksessoriteit is, ’n aspek wat relevant is by aksessoriteit met betrekking tot strafbaarheid.

<sup>3</sup>Sien Dietz *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht* (1957) 127-128.

<sup>4</sup>Sien Rabie a.w. 291, 296 en 294.

<sup>5</sup>D.w.s. eienskappe wat by die eienskapsmisdade element van die misdadomskrywing is, byvoorbeeld die hoedanigheid van ’n amptenaar te wees, by ampsmisdade.

<sup>6</sup>Sien Rabie a.w. 381 e.v.

<sup>7</sup>1931 OPD 61.

<sup>8</sup>Bl. 64.

„There may of course be many good reasons for differentiating between two joint offenders when passing sentence; for instance, the degree to which each participated in the criminal act, the age, sex and circumstances of each, their previous record and generally all circumstances of mitigation or aggravation affecting one of the accused and not the other.”<sup>9</sup>

Of dit egter wenslik is om die beginsel dat ’n deelnemer se straf nie deur eienskappe wat by die dader aanwesig is, beïnvloed word nie (soos in die Duitse en Switserse reg die geval is), tot *persoonlike* eienskappe te beperk, kan betwyfel word. Neem byvoorbeeld artikel 1, Wet 56 van 1955,<sup>10</sup> wat bepaal welke omstandighede verswarende omstandighede by huisbraak en roof daarstel vir doeleindes van die oplegging van die doodstraf. Die omstandighede wat daarin genoem word<sup>11</sup> lyk vir my almal na sogenaamde saaklike eienskappe.<sup>12</sup> Dit sou tog onbillik wees om, bloot omdat die eienskappe nie persoonlik is nie, hierdie verswarende omstandighede ten laste van ’n medepligtige te laat geld by wie geen sodanige verswarende omstandighede aanwesig is nie.<sup>13</sup> <sup>14</sup> Die strafmaat is die individualisering van straf volgens persoonlike verwythbaarheid. ’n Noukeurige gradering word volgens subjektiewe omstandighede gemaak. Weens die persoonlik-subjektiewe beoordeling van die strafmaat behoort slegs eienskappe of omstandighede wat inderdaad by ’n persoon aanwesig is, hom ten laste gelê te word. Uit die aangehaalde *dictum* van regterpresident De Villiers blyk dit ook duidelik dat *alle* strafverswarende en strafversagende omstandighede - ongeag die aard daarvan - in ag geneem moet word.

### (c) Aksessoriteit ooreenkomstig die strafbaarheid van die dader

Dit is die belangrikste aspek van die aksessoriteitsbeginsel omdat dit die graad van afhanklikheid van deelneming bepaal.

#### (i) *Verskillende grade van afhanklikheid*

Na gelang die afhanklikheidsverband enger of wyer gestel word, kan die volgende grade van aksessoriteit onderskei word:

<sup>9</sup>Ek kursiveer.

<sup>10</sup>Soos gewysig deur a. 1 Wet 9 van 1958 en a. 3 Wet 75 van 1959.

<sup>11</sup>As verswarende omstandighede ten opsigte van huisbraak word genoem die besit van ’n gevaarlike wapen of die pleeg van ’n aanranding of ’n dreigement daartoe deur die oortreder of ’n medepligtige, en ten opsigte van roof, die toediening van ’n ernstige besering of ’n dreigement daartoe.

<sup>12</sup>Ten opsigte van saaklike eienskappe, sien Rabie a.w. 293.

<sup>13</sup>Die omgekeerde moet dan natuurlik ook geld; waar verswarende omstandighede by die medepligtige aanwesig is, kom dit nie die dader ten laste nie.

<sup>14</sup>Die feit dat daar in a. 1 sprake is van die „oortreder” of „medepligtige” beteken nie dat verswarende omstandighede wat slegs by een van hulle aanwesig is nou ook die ander ten laste kom nie. Dit beteken slegs dat verswarende omstandighede nie net by die „oortreder” oftewel dader nie, maar ook by ’n medepligtige kan bestaan.

(aa) *Minimale aksessoriteit*

Hiervolgens sou dit vir strafbaarheid van 'n medepligtige voldoende wees indien iemand anders se optrede voldoen aan die blote daadomskrywing (*Tatbestand*) van die misdaad. Deelneming sou dus onder omstandighede moontlik wees, hoewel die „dader” se optrede regmatig was, byvoorbeeld hulpverlening aan iemand wat 'n ander in noodweer beseer of dood. Minimale aksessoriteit is in geen regstelsel waarvan ek bewus is, as voldoende grondslag vir strafbaarheid van 'n medepligtige aanvaar nie.

(bb) *Gelimiteerde of beperkte aksessoriteit*

Ingevolge die gelimiteerde aksessoriteit moet 'n ander minstens 'n wederregtelike handeling verrig het of 'n wederregtelike gevolg veroorsaak het, d.w.s. moet die vervulling van die daadomskrywing wederregtelik wees. Waar die „dader” dus onskuldig bevind is, sal by die bepaling van 'n deelnemer se aanspreeklikheid eers vasgestel moet word op welke grond eersgenoemde onskuldig bevind is. Indien hy onskuldig bevind word omdat hy ontoerekeningsvatbaar is of omdat skuld by hom ontbreek, kan deelneming aan sy wederregtelike optrede onder omstandighede nog moontlik wees.

Vir regstelsels soos die Duitse, wat die sogenaamde veroorsakings-teorie<sup>15</sup> as grondslag vir die deelnemer se strafbaarheid aanvaar, is dit konsekwent om die gelimiteerde aksessoriteit te aanvaar. In die oorgrote meerderheid van regstelsels wat Dietz ondersoek het, is die gelimiteerde aksessoriteit as grondslag vir strafbaarheid van 'n deelnemer aanvaar.<sup>16</sup>

(cc) *Streng (ekstreme) aksessoriteit*

Eers indien 'n ander persoon 'n misdaad gepleeg het - d.w.s. die daadomskrywing wederregtelik en skuldiglik vervul het - sal dit ooreenkomstig die streng aksessoriteitsbeginsel 'n voldoende basis vir die strafbaarheid van 'n deelnemer daarstel. Word die „dader” onskuldig bevind, beteken dit gewoonlik<sup>17</sup> dat geen misdaad gepleeg is nie en dat geeneen dus as deelnemer daaraan skuldig kan wees nie. Daar word egter nie noodwendig vereis dat die „dader” skuldig bevind en veroordeel moet word nie. Waar hy byvoorbeeld voor sy verhoor vlug of sterf kan 'n ander nog steeds as deelnemer aan eersgenoemde se misdaad skuldig wees.

---

<sup>15</sup>Sien Rabie a.w. 284.

<sup>16</sup>Dietz a.w. 118.

<sup>17</sup>Soos hieronder aangetoon word, kan selfs waar die „dader” onskuldig bevind word, dit tog vasstaan dat 'n misdaad wel gepleeg is.

Regstelsels wat die sogenaamde skuldeelnemingsteorie<sup>18</sup> as grondslag vir die deelnemers se strafbaarheid aanvaar, moet dan as logiese konsekwensie die beginsel van streng aksessoriteit aanvaar.

(dd) *Hiper-aksessoriteit*

In dié geval word die afhanklikheidsverband tussen deelneming en daderskap tot sy uiterste, logiese konsekwensie deurgevoer, sodat daar nie alleen 'n misdaad gepleeg moet gewees het nie, maar die deelnemer se straf ook afhanklik is van die straf wat die dader kry. Dié aangeleentheid is reeds hierbo by die bespreking van aksessoriteit ooreenkomstig die strafbedreiging bespreek.

(ii) *Die mees aanvaarbare graad van afhanklikheid*

Die twee uiterste grade van afhanklikheid, naamlik minimale en hiper-aksessoriteit, is albei verwerplik. Aangesien regmatige optrede nie strafbaar is nie, volg dit as vanselfsprekend dat deelneming daaraan ook nie strafbaar kan wees nie; minimale aksessoriteit is derhalwe onaanvaarbaar. Hiper-aksessoriteit is, soos hierbo aangetoon, eweneens onaanvaarbaar: strafverswarende of -versagtende faktore wat by die dader aanwesig is, behoort nie sonder meer tot nadeel of voordeel van die deelnemer te geld nie. Ook gelimiteerde aksessoriteit bied m.i. nie 'n voldoende grondslag vir deelneming nie: 'n persoon is, met die uitsondering van enkele aanvegbare gevalle,<sup>19</sup> nie strafbaar bloot op grond van wederregtelike optrede nie. Deelneming aan sodanige optrede behoort dus, logies gesproke, ook nie strafbaar te wees nie.

Indien 'n mens van deelneming aan misdade wil praat, is streng aksessoriteit na my oordeel die enigste logies aanvaarbare graad van afhanklikheid. Dit beteken dat 'n mens eers van deelneming kan praat indien iemand anders 'n *misdad* - met die klem op aanwesigheid van al die bestanddele daarvan - gepleeg het. Straf is die mees drastiese middel waardeur die reg nakoming van norme afdwing. Primêr tree strafregtelike aanspreeklikheid slegs in wanneer iemand skuldiglik 'n verbod oortree of versuim om 'n gebod na te kom, d.w.s. voldoen aan al die voorwaardes vir aanspreeklikheid soos in die misdaadomsdrukking gestel. Waar geen sodanige verbreking van 'n verbod of nie-nakoming van 'n gebod plaasgevind het nie, kan geeneen primêr vir dié oortreding gestraf word nie. Dit volg dan aksiomaties dat geen sekondêre strafbaarheid aan primêre strafloosheid geknoop kan word nie. Waar daar dus geen misdaad deur 'n dader gepleeg is nie, kan geeneen as deelnemer strafbaar wees nie.

<sup>18</sup>Sien Rabie a.w. 284.

<sup>19</sup>Sien De Wet & Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreë* 2de uitg. (1960) 91 e.v., wat gevalle bespreek waar die skuldvereiste verontagsaam word en persone dus bloot op grond van wederregtelike optrede wat op straf verbied is, gestraf word.

(iii) *Die Suid-Afrikaanse regspraak*

Hoewel ons howe die saak nie juis dogmaties benader nie, lyk dit tog asof daar op die standpunt van streng aksessoriteit gesteun word, m.a.w. dat daar bewys moet word dat 'n misdadig gepleeg is alvorens 'n deelnemer, in dié geval 'n medepligtige,<sup>20</sup> gestraf kan word. Hoofregter Kotze verklaar in *In re the State v. Verkouteren*:<sup>21</sup>

„There can be no accessory where there has been no principal. The principal crime must, too, be properly set out in the indictment and proved by evidence.”

Die pleging van die „principal crime” is in hierdie geval nie bewys nie en die hof vind Verkouteren dus onskuldig.<sup>22</sup>

Ons howe het dan ook waar die „dader” onskuldig bevind is - moontlik op een geval na - deurgaans beslis dat geeneen as deelnemer (medepligtige) skuldig kan wees nie. *Stewart v. R*<sup>23</sup> is 'n interessante geval waar hierdie standpunt gehuldig is. Appellant was in die hof *a quo* skuldig bevind aan 'n oortreding van bywet 64 van die Pietermaritzburgse Korporasie of Munisipaliteit. Hierdie bywet bepaal dat niemand onbevrore vleis van diere wat buite die stad geslag is, vir verbruik, behalwe deur homself en sy gesin, die stad mag inbring nie, tensy sodanige diere geslag is by slagpale wat deur die stadsraad goedgekeur is. Appellant was 'n slagter buite die stad en het in die uitvoering van bestellings deur persone in die stad onbevrore vleis van diere wat nie geslag is by slagpale wat deur die stadsraad goedgekeur was nie, by sy spoorwegstasie (buite die stad) gelewer. Hy het die spoorvrag betaal, maar die bedrag aan die kopers gedebiteer.

Volgens die beginsel by die koopkontrak in verband met „vry op spoor”-kontrakte, waar die koper die spoorvrag betaal vanaf 'n sekere punt, word die Spoorweë geag aangestel te wees as die koper se agent vanaf daardie punt. Dit beteken dan dat lewering aan die Spoorweë deur die appellant, lewering aan die kopers was.<sup>24</sup> Die verdere gevolg hiervan is dat die kopers self die onbevrore vleis in die stad gebring het vir verbruik deur hulself en hul gesin en dit was hulle geregtig om te doen. Dit is dan die bevinding van die hof by appèl dat die inwoners van die stad wat die vleis van die appellant bestel het, nie genoemde bywet oortree het nie.

<sup>20</sup>Sien Rabie a.w. 359 e.v.

<sup>21</sup>1894 SAR 192.

<sup>22</sup>Dit lyk, met respek, of die hof te veel waarde heg aan die feit dat die jurie in die hof *a quo* Verkouteren as 'n „accessory” skuldig bevind het. Volgens die feite lyk dit eerder of hy as dader van bedrog aangekla en skuldig bevind moes gewees het, aangesien hy aan al die vereistes van bedrog voldoen het.

<sup>23</sup>1934 NPD 340.

<sup>24</sup>MacKeurtan: *The Law of Sale of Goods in South Africa* 3de uitg. (1949) 165.

Dit volg dus dat die appellant nie as medepligtige skuldig bevind kon word nie. Waarnemende regterpresident Matthews verklaar by appèl:<sup>25</sup>

„Nor can the appellant be said to have aided and abetted the customer to infringe the byelaw, for under it the customer could introduce the meat for consumption by himself or his household notwithstanding that it was not meat of an animal slaughtered at an approved abattoir. *Therefore as the customer could not be convicted of infringing the byelaws any assistance which the appellant might give in regard to the introduction of the meat would also not be an infringement . . .*”<sup>26</sup>

Ook in *R v. Van Rooy*<sup>27</sup> en in *R v. Schulman*<sup>28</sup> word beslis dat waar die „dader” onskuldig bevind word, geeneen as medepligtige skuldig kan wees nie.

Die volgende beslissings steun ook die streng aksessoriteitsbeginsel, maar kan, soos aangetoon word, nie as deurslaggewende gesag aanvaar word nie.

In *R v. Rasool*<sup>29</sup> beslis appèlregter Solomon soos volg:<sup>30</sup>

„Now the offence charged against the accused is that of aiding or abetting Aziz in entering or remaining in the Province of Natal in contravention of the Act. Before, therefore, the accused can be convicted, it must be established that Aziz had contravened the Act by entering or remaining in the Union. *For if there had been no contravention of the Act by Aziz, the accused could not be found guilty of aiding or abetting him.*”<sup>31</sup>

Alhoewel hierdie *dictum* lyk of dit die ekstreme aksessoriteitsbeginsel steun, het dit daarmee niks te doen nie. Die beskuldigde is skuldig bevind aan ’n oortreding van artikel 20 (a) Wet 22 van 1913 ingevolge waarvan bystand of hulp tot ’n sekere omskrewe bedrywigheid ’n selfstandige misdaad is. Voordat iemand van bystand of hulp ingevolge dié artikel skuldig bevind kan word, moet daar kragtens artikel 20 (a) eers ’n oortreding van genoemde Wet deur ’n ander wees. Die onderhawige beslissing het dus nie gehandel oor ’n vorm van deelneming nie, maar oor die oortreding van ’n besondere statutêre voorskrif deur die beskuldigde *as dader*. ’n Element van hierdie misdaad is dat ’n ander persoon in stryd met genoemde wet moes gehandel het.

In *R v. Sejosengoe*<sup>32</sup> verklaar regter Gane:<sup>33</sup>

<sup>25</sup>Bl. 344.

<sup>26</sup>Ek kursiveer. Die hof steun op *R v. Rasool* 1924 AD 44 maar, soos vervolgens aangetoon word, bied dié beslissing geen steun vir die aksessoriteitsbeginsel nie.

<sup>27</sup>1920 CPD 695, 696.

<sup>28</sup>1949 (2) PH H220 (0).

<sup>29</sup>1924 AD 44.

<sup>30</sup>Bl. 47.

<sup>31</sup>Ek kursiveer.

<sup>32</sup>1935 EDL 474.

<sup>33</sup>Bl. 481.

„The specific charge of theft by false pretences under the special section fails, and the conviction on this count against No. 1 must be quashed. The conviction for aiding and abetting against No. 2 [Sejosengoe] must similarly fail, since the crime which is said to have been abetted was not proved.”

Die aanwending van die aksessoriteitsbeginsel is in dié beslissing onvanpas, aangesien Sejosengoe eintlik self *as dader* aan die misdaad geskep deur artikel 192 Wet 24 van 1886 skuldig bevind moes gewees het; sy gedraging het naamlik, soos regter Gane aantoon,<sup>34</sup> aan die misdaadoms krywing van artikel 192 voldoen.

In *S v. Gordon*<sup>35</sup> het die beskuldigde en 'n vrou besluit om saam selfmoord te pleeg. Die beskuldigde oorhandig aan die vrou 'n dosis pille en neem 'n gelyke aantal pille. Die vrou sterf en die beskuldigde bly lewendig. Hy word van moord op die vrou aangekla. Die hof vind hom onskuldig. Selfmoord, so redeneer die hof, is nie 'n misdaad nie;<sup>36</sup> iemand wat 'n ander help om selfmoord te pleeg, kan derhalwe ook nie as medepligtige by die selfmoord skuldig wees nie. Hiermee het die hof slegs vasgestel dat die beskuldigde nie as medepligtige aan selfmoord skuldig kon wees nie. Strauss<sup>37</sup> toon egter tereg aan dat die beskuldigde *as dader* skuldig bevind moes gewees het aan *moord*: hy het naamlik die vrou se dood op 'n wederregtelike en opsetlike wyse veroorsaak.<sup>38</sup>

Tot dusver blyk dit dat die streng aksessoriteitsbeginsel algemeen deur ons howe aanvaar is. Daar is egter ook 'n moontlike aanduiding dat die gelimiteerde aksessoriteitsbeginsel by geleentheid aanvaar is. In *R v. Parry*<sup>39</sup> was die feite kortliks soos volg: die appellant was saam met H aangekla van en skuldig bevind aan moord op laasgenoemde se

<sup>34</sup>Bl. 481.

<sup>35</sup>1962 (4) SA 727 (N).

<sup>36</sup>Sien ook De Wet & Swanepoel a.w. 207, wat hierdie stelling onderskryf en *Ex parte die Minister van Justisie: In re S v. Grotjohn* 1970 (2) SA 355 (A) waarin die Appèlhof beslis dat selfmoord geen misdaad is nie.

<sup>37</sup>1963 *THRHR* 57 e.v.

<sup>38</sup>Vir 'n bespreking van soortgelyke gevalle, sien Van der Merwe 1969 *THRHR* 187 e.v. en Hugo 1969 *SALJ* 148 e.v. Hulle verwys onder andere na *S v. Grotjohn* (ongerapporteer - saak nr. 418/68 (W)) waarin soos in die *Gordon*-saak beslis is dat aangesien iemand wat 'n ander help om selfmoord te pleeg, nie as medepligtige strafbaar kan wees nie omdat selfmoord nie 'n misdaad is nie, hy derhalwe strafvry moet uitgaan. Van der Merwe en Hugo steun albei Strauss se siening dat iemand onder bogenoemde omstandighede as dader strafbaar is aan moord of minstens aan strafbare manslag. Na aanleiding van *S v. Grotjohn* het die Appèlhof in *Ex parte die Minister van Justisie: In re S v. Grotjohn* 1970 (2) SA 355 (A) op voorbehoue regs vrae beslis dat iemand wat 'n ander help om selfmoord te pleeg, onder omstandighede as dader aan moord, poging tot moord of strafbare manslag skuldig kan wees. Die Appèlhof het m.a.w. in effek die standpunte van Strauss, Van der Merwe en Hugo onderskryf.

<sup>39</sup>1924 AD 401.

vrou. H is onskuldig bevind omdat hy ontoerekeningsvatbaar krank-sinnig was ten tye van die daad.

By appèl het die advokaat van die appellant aangevoer dat aangesien H geen misdadig gepleeg het nie, die appellant nie as *socius criminis* skuldig bevind kon word nie. Hierdie argument is klaarblyklik gegrond op die uitgangspunt dat die appellant 'n medepligtige was en dat sy strafbaarheid derhalwe aksessories was.

Hoofregter Innes verklaar ten aansien van hierdie argument:<sup>40</sup>

„The fallacy of that argument lies in the assumption that the guilt of a *socius criminis* who assists in the commission of a crime is necessarily dependent upon the guilt of the actual perpetrator. The true position is that though such a *socius* is equally guilty, his guilt results from his own act and his own state of mind. It is the existence of criminal intent in each of those who jointly commit a crime which entails on each a criminal responsibility. *Mens rea* must exist independently in both - not in the chief actor alone. If A assists in a crime which B actually perpetrates, the fact that the latter is found to have been insane at the time cannot affect the guilt of the former. That is clear upon principle . . .”<sup>41</sup>

Hiermee weerlê die hof nie die argument van die advokaat van die appellant nie, tensy mens moet aflei dat die hof die appellant as 'n medepligtige beskou het en die beginsel van gelimiteerde aksessoriteit aanvaar het. Die hof gaan egter glad nie op die aksessoriteitsbeginsel in nie, maar beklemtoon slegs die feit dat 'n *socius* self ook skuld moet hê.

Uit die beslissing blyk dit nie wat die appellant se bydrae tot H se vrou se dood presies was nie; daar word slegs verklaar dat sy bydrae, volgens die staat se saak, neergekom het op „aiding and abetting.” Ooreenkomstig die omskrywing van moord wat 'n wye groep deelgenote as daders betrek, was hy bes moontlik 'n dader,<sup>42</sup> in welke geval die aksessoriteitsbeginsel natuurlik hoegenaamd nie van toepassing was nie. Hoe dit ook al sy, die hof het in die onderhawige beslissing, soos aangetoon, glad nie op die aksessoriteitsbeginsel ingegaan nie, en dit is slegs by wyse van afleiding dat mens moontlik kan vasstel dat die gelimiteerde aksessoriteitsbeginsel aanvaar is. Soos aangedui, is dit egter waarskynliker dat die appellant eenvoudig as dader skuldig bevind is.

Ons regspraak staan dus, met 'n moontlike enkele afwyking, op die standpunt van streng aksessoriteit.

<sup>40</sup>Bl. 406.

<sup>41</sup>Hoofregter Innes wys daarop dat die beslissing van *R v. Rasool* 1924 AD 44 nie oor die aksessoriteitsbeginsel gehandel het nie, maar wel oor die besondere misdad van a. 20 (a) Wet 22 van 1913. Sien die bespreking hierbo.

<sup>42</sup>In die uitspraak is daar aanduidings dat hy as 'n dader beskou is: hoofregter Innes verklaar (bl. 407): „In the present case both accused were charged with the same offence, each being guilty if the charge were proved, *by reason of his own part in the transaction* and of his own intent.” Ek kursiveer.



(iv) *Implikasies van die streng aksessoriteitsbeginsel*

Volgens die streng aksessoriteitsbeginsel beteken „deelneming” deelneming aan ’n misdaad. Alvorens iemand as deelnemer gestraf kan word, moet die hof derhalwe - soos hierbo gemotiveer - redelikerwys oortuig wees dat ’n misdaad gepleeg is. Die feit dat ’n misdaad bewys moet word, hou by noodwendige implikasie in dat daar ’n dader moes gewees het. Die begrip misdaad is m.i. onlosmaaklik met die begrip daderskap verbind. Daderskap is die voldoening aan die (volledige) misdaadoms krywing<sup>43</sup> en eers indien *in concreto* al die bestanddele van die misdaad soos vervat in die misdaadoms krywing aanwesig is, kan daar van ’n misdaad sprake wees.

Dit beteken egter nie dat die dader noodwendig skuldig bevind en veroordeel moet word nie. Waar hy byvoorbeeld voordat hy verhoor word, uit die land vlug, of staatsgetuie word, of kranksinnig word, of sterf, kan ’n hof nog altyd redelikerwys oortuig wees dat ’n misdaad gepleeg is. So ook in gevalle waar die dader onbekend is. Gestel X word dood aangetref met ’n gapende meswond in sy bors. Daar word bewys dat ses persone hom aangeval het, dat een van hulle ’n mes gehad het en dat almal bewus was hiervan en van die feit dat die mes met noodlottige gevolge gebruik kan word in die aanval. Daar kan egter nie bewys word wie die mes gehad het en wie dus die oorledene die noodlottige wond toegedien het nie. Op grond van hierdie feite kan ’n hof nog altyd redelikerwys oortuig wees dat ’n moord gepleeg is en al ses as medepligtiges aan moord straf, hoewel daar nie bewys is wie die dader was nie.<sup>44</sup>

Word die dader inderdaad skuldig bevind, lewer die streng aksessoriteitsvereiste geen probleem op nie en kan ’n deelnemer (medepligtige) dus ook gestraf word.<sup>45</sup> Die misdaad hoef nie voltooi

<sup>43</sup>Sien Rabie a.w. 147 e.v.

<sup>44</sup>Vgl. byvoorbeeld *R v. Kubuse* 1945 AD 189, waar die hof met ’n soortgelyke feitelystel te doen gehad het. Appèlregter Tindall verklaar (bl. 200): „In the present case there can be little doubt that the person who put the strap round Van Vuuren’s [die oorledene se] neck did so with the definite purpose of killing him.” Hoewel hierdie persoon nie bepaal kon word nie, word almal aan moord skuldig bevind.

’n Beswaar wat moontlik teen hierdie formulering opgewerp kan word, is dat die hof dan iemand as medepligtige sal straf wat eintlik ’n dader is. Niemand is egter ’n dader voordat bewys word dat hy aan al die vereistes van die misdaadoms krywing voldoen nie en in dié geval is daar ten opsigte van geneen sodanige bewys nie.

<sup>45</sup>*R v. Wiese* 1928 TPD 149, 514; *R v. White* 1934 CPD 60, 64; *Ratiti v. R* 1939 (1) PH H146 (0); *R v. Barichievu* 1940 ED 254 en *Essay v. R* 1944 NPD 251. Ook in *Nabi v. R* 1909 TS 103 is dieselfde beginsel bevestig, maar daar is eintlik beslis dat Nabi as dader aan die oortreding van a. 5 Ord. 23 van 1905 skuldig is, omdat hy self die verbode bedrywigheid verrig het. Die hof het egter sy skuldigbevinding ook bevestig selfs indien aanvaar sou word dat sy optrede nie binne die misdaadoms krywing geval het nie. In dié geval sou hy as medepligtige skuldig wees

te wees nie;<sup>46</sup> ook poging bied 'n voldoende grondslag vir deelneming.<sup>47</sup>

Waar die „dader” egter (positief) onskuldig bevind word, huldig ons howe, soos aangedui, die standpunt dat geeneen dan as medepligtige skuldig bevind kan word nie. Is hierdie 'n noodwendige implikasie van die streng aksessoriteitsbeginsel?

Ten aanvang moet gewys word op regterpresident De Villiers se standpunt in *R v. Dettbarn*.<sup>48</sup> Hy verklaar:<sup>49</sup>

„. . . for I understand the law to be that a person can only be convicted on the ground of aiding and abetting in the commission of an offence if the offence is actually committed, whether it be a complete offence, or an attempt which is in itself an offence. *No doubt the 'aider and abettor' may be convicted even though the person indicted as principal offender is acquitted,*<sup>50</sup> *but that does not derogate from the proposition*<sup>51</sup> *that a person can only be convicted on the ground of aiding and abetting if it is proved that an offence has been committed by someone.*”<sup>52</sup>

Die vraag kan nou gestel word: hoe kan dit bewys word dat 'n misdaad gepleeg is indien die „dader” onskuldig bevind is? Waar daar verskeie „daders” is, is dit moontlik dat slegs een skuldig bevind word en die ander onskuldig. In so 'n geval sou 'n hof nog oortuig kon wees dat 'n misdaad gepleeg is, hoewel sommige van die „daders” onskuldig bevind is. Waar 'n „dader” onskuldig bevind is, kan dit ook moontlik nog bewys word dat die misdaad wel gepleeg is in gevalle waar daar 'n ander dader of ander daders kan wees wat vir die misdaadpleging verantwoordelik was, maar wat miskien gevlug het of onbekend is. Dit lyk egter nie of die hof in *Dettbarn* so 'n geval in gedagte gehad het nie.

Die hof beslis in elk geval dat aangesien die „dader” onskuldig bevind is, geeneen aan „aiding and abetting” skuldig kan wees nie. Hierdie beslissing is skynbaar regstreeks teenstrydig met die eerste gedeelte van die onderstreepte *dictum* (naamlik dat iemand as medeplig-

<sup>46</sup>D.w.s. ooreenkomstig die tradisionele beskouing van poging as 'n onvoltooide verskyningsvorm van die misdaad. Sien Rabie a.w. 155-156.

<sup>47</sup>*R v. Dettbarn* 1930 OPD 188, 191 en *S v. Robinson* 1968 (1) SA 666 (A). In die *Robinson*-beslissing het die hof X en Y vanweë deelneming tot gepoogde moord deur Z skuldig bevind, ten spyte daarvan dat Z die moord voltooi het. Dit is m.i., met respek, verkeerd om van poging te praat waar die misdaad voltooi is. Poging hou begripsmatig juis in dat die misdaad nie voltooi is nie. Vgl. my aantekening: 1969 *THRHR* 193 e.v. Sien ook Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 403.

<sup>48</sup>1930 OPD 188.

<sup>49</sup>Bl. 191.

<sup>50</sup>Hierdie standpunt wyk af van die deurgaans aanvaarde standpunt van ons regspraak soos hierbo uiteengesit.

<sup>51</sup>Hierdie „proposition” is dan die standpunt wat, soos hierbo aangetoon, deur ons regspraak aanvaar word, naamlik streng aksessoriteit.

<sup>52</sup>Ek kursiveer.

tige skuldig bevind kan word hoewel die „dader” onskuldig bevind is) maar die hof pas die tweede gedeelte van die *dictum* toe. Die eerste gedeelte verg nou ’n noukeurige ontleding. Dit gee aanleiding tot die volgende vraag: beteken dit dan dat waar daar slegs een „dader” by die misdaadpleging betrokke was en hy onskuldig bevind is, dit afdoende bewys is dat daar geen misdaad gepleeg is nie en dat geeneen dus as medepligtige skuldig kan wees nie?

Uit ’n ontleding van die Engelse reg blyk dit dat hierdie kwessie taamlik omstrede is in die regspraak sowel as onder juriste. Hoewel daar nie eensgesindheid bestaan nie, lyk dit tog of die meerderheidstandpunt dié is dat waar die „dader” onskuldig bevind is, daar geen misdaad gepleeg is nie en dat geeneen dus as „principal in the second degree” of as „accessory before the fact” skuldig bevind kan word nie.<sup>53</sup> In dié verband verdien die omstandighede waaronder Smith en Hogan<sup>54</sup> meen dat die pleging van ’n misdaad bewys kan word hoewel die „dader” onskuldig bevind is, ’n nadere ontleding. Hierdie skrywers meen dat waar die „dader” onskuldig bevind is, die pleging van ’n misdaad nogtans bewys kan word. As voorbeeld noem hulle die geval waar getuienis wat ontoelaatbaar was teen die „dader” wat onskuldig bevind is, wel in die daaropvolgende verhoor teen die medepligtige toelaatbaar is. Op grond hiervan kan die pleging van die misdaad deur eersgenoemde dan wel bewys word. ’n Ander geval is waar nuwe getuienis ná die „dader” se onskuldigbevinding aan die lig kom en in die verhoor teen die medepligtige gebruik word om te bewys dat die „dader” tog die misdaad gepleeg het. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, wil ek aan die hand doen dat Smith en Hogan se standpunt nie ongekwalifiseerd aanvaar kan word nie. In aansluiting by Williams<sup>55</sup> moet daar m.i. onderskei word tussen onskuldigbevinding volgens die meriete en onskuldigbevinding (of tersydestelling van ’n vonnis) op ’n tegniese punt. Waar die „dader” volgens die meriete van die saak onskuldig bevind is, kan hy nie later weer weens die pleging van dieselfde misdaad aangekla en skuldig bevind word nie, selfs al is die omstandighede wat Smith en Hogan noem, aanwesig. Die twee gevalle *S v. Naidoo*<sup>56</sup> en *S v. Moodie*<sup>57</sup> kom hier in gedagte. Indien iemand byvoorbeeld as medepligtige van Naidoo aangekla was, kon hy weens Naidoo se onskuldigbevinding volgens die meriete, nie as medepligtige van Naidoo skuldig wees nie. Waar die „dader” egter nie volgens die meriete onskuldig bevind is nie, maar op grond van ’n formele gebrek (of sy veroordeling op grond van so ’n gebrek ter syde gestel is) kan hy wel

<sup>53</sup>Sien Rabie a.w. 298 e.v.

<sup>54</sup>*Criminal Law* (1965) 78.

<sup>55</sup>*Criminal Law*, 2de uitg. (1961) 408.

<sup>56</sup>1962 (4) SA 348 (A).

<sup>57</sup>1961 (4) SA 114 (T); 1961 (4) SA 752 (A) en 1962 (1) SA 587 (A).

later weer weens die pleging van dieselfde misdaad aangekla en skuldig bevind word.<sup>58</sup> In so 'n geval sou 'n medepligtige wel later saam met die dader aangekla en skuldig bevind kon word, ten spyte daarvan dat die dader voorheen onskuldig bevind is. Indien Moodie derhalwe 'n medepligtige gehad het, sou dié later saam met Moodie aangekla en skuldig bevind kon word, hoewel Moodie se eerste veroordeling by appèl ter syde gestel is. Hoewel dit in die meeste gevalle so sou wees, beteken 'n onskuldigbevinding dus nie noodwendig dat daar geen misdaad gepleeg is nie.

'n Implikasie van die streng aksessoriteitsbeginsel is dus dat waar die enigste dader weens kranksinnigheid onskuldig bevind is, of waar iemand gehelp is om selfmoord te pleeg, geeneen as medepligtige skuldig bevind kan word nie. Hierdie implikasie vloei logies voort uit die streng aksessoriteitsbeginsel, aangesien geen misdaad waaraan deelgeneem is, bewys is nie. Daar moet egter dadelik daarop gewys word dat hierdie uitvloeisel van die streng aksessoriteitsbeginsel in ons regspraak verkeerdelik toegepas is op persone wat eintlik self *as daders* aan die betrokke misdade skuldig was. So moes Parry, Gordon en Grotjohn eintlik as daders skuldig gewees het, hoewel die persoon vir wie hulle gehelp het, onskuldig bevind is (in Parry se geval) of selfmoord gepleeg het (in Gordon en Grotjohn se gevalle). In hierdie gevalle was aanwending van die aksessoriteitsvereiste onvanpas, aangesien die optrede van Parry, Gordon en Grotjohn binne die misdaadomskrywing van moord geval het en hulle dus as daders aan moord skuldig bevind moes gewees het. Slegs in 'n geval waar die persoon se optrede nie val binne die misdaadomskrywing van die misdaad waarmee hy hom vereenselwig nie, en die persoon wat laasgenoemde „misdad” „pleeg” dan onskuldig bevind word weens byvoorbeeld kranksinnigheid, kan eersgenoemde nie as medepligtige skuldig wees nie. 'n Voorbeeld van so 'n geval is waar X hom vereenselwig met Y, 'n kranksinnige, wat 'n vrou verkrag. X kan nie as dader aan verkragting skuldig wees nie omdat sy gedrag nie voldoen aan die misdaadomskrywing nie. Hy kan ook nie as medepligtige aan verkragting skuldig wees nie, omdat aksessoriteit ontbreek. Medepligtigheid kan egter moontlik as 'n selfstandige misdaad beskou word, in welke geval X dan weens poging tot medepligtigheid skuldig bevind sou kon word.<sup>59</sup>

#### (v) *Omseiling van die aksessoriteitsbeginsel*

Die aksessoriteitsvereiste kan die deelnemingsleer aansienlik kompliseer, veral in gevalle waar die dader onbekend is of waar hy nie voor die gereg tot verantwoording geroep kan word nie. Verder is die

<sup>58</sup>Onderworpe aan die ander vereistes wat 'n beroep op „autrefois acquit” sou uitsluit.

<sup>59</sup>Vgl. Rabie a.w. 452 e.v.

aanwending van die aksessoriteitsbeginsel omstrede vanweë die verskillende grade van afhanklikheid wat onderskei word.

Om hierdie problematiek te omseil, is die aksessoriteitsbeginsel in die Noorweegse Strafwetboek van 1902 laat vaar: 'n deelnemer is selfstandig strafbaar ongeag daarvan of daar 'n misdaad deur 'n ander gepleeg is of nie.<sup>60</sup> Selfs in lande waar deelneming as aksessories beskou word, word van sekere gevalle van deelneming selfstandige misdade gemaak. Onder sekere omstandighede word gevalle van egte deelneming in die besondere gedeelte van die Wetboek opgeneem om daar as besondere misdade te geld. Dit word gewoonlik gedoen om die problematiek van sekere gevalle van deelneming te omseil, byvoorbeeld in die geval van die misdaad *Raufhandel* van die Duitse reg,<sup>61</sup> en om onder sekere omstandighede gevalle van „deelneming” wat andersins nie strafbaar sou wees nie, strafbaar te stel. Artikel 115 van die Switserse Strafwetboek is 'n voorbeeld hiervan. Selfmoord is volgens die Switserse reg nie 'n misdaad nie. Gevolglik kan deelneming aan selfmoord ook nie strafbaar wees nie. Artikel 115 bepaal egter uitdruklik dat deelneming aan selfmoord as 'n besondere misdaad strafbaar is.

Volgens ons regspraak geld die aksessoriteitsvereiste by medepligtigheid. Die medepligtige, hoewel sy gedrag nie volledig aan die misdaadomskrywing van die bevorderde misdaad voldoen nie,<sup>62</sup> word nogtans aan genoemde misdaad skuldig bevind juis omdat hy hom met die pleging van dié misdaad vereenselwig het of die pleging daarvan bevorder het, omdat sy optrede m.a.w. aksessories is met betrekking tot genoemde misdaad. Net soos poging begripsmatig inhou dat die gepoogde misdaad nie voltooi is nie, hou medepligtigheid begripsmatig in dat daar 'n misdaad deur 'n ander gepleeg moet word. In die Noorweegse reg kan mens dus streng gesproke nie van deelneming praat nie. Indien mens van deelneming *aan 'n misdaad* wil praat, is die standpunt van streng aksessoriteit, ingevolge waarvan die pleging van 'n misdaad deur 'n ander bewys moet word - soos reeds hierbo gesê - die enigste houdbare. Die problematiek van die aksessoriteitsbeginsel moet eenvoudig vierkantig in die oë gestaar word en die toepassing van hierdie beginsel moet dan geskied aan die hand van die riglyne hierbo uiteengesit. In gevalle van medepligtigheid waar die handhawing

<sup>60</sup>Sien Rabie a.w. 305-306.

<sup>61</sup>Ingevolge a. 227 van die Duitse Strafwetboek is elkeen wat deelneem in 'n aanval wat tot gevolg het dat iemand gedood word, reeds ten gevolge van sy opsetlike deelname in die aanval weens „Raufhandel” strafbaar. By *Raufhandel* speel die aksessoriteitsbeginsel geen rol nie, aangesien mens hier nie met deelnemers nie, maar met daders van die misdaad *Raufhandel* te doen het en die aksessoriteitsvereiste nie in die misdaadomskrywing opgeneem is nie.

<sup>62</sup>Sien Rabie a.w. 381 e.v.

van die aksessoriteitsbeginsel as onbillik aan gevoel word, soos onder omstandighede in die regstelsels hierbo bespreek, is die enigste uitweg vir die Wetgewer om van die besondere geval 'n selfstandige misdaad te maak met weglating van die aksessoriteitsvereiste. Dan sou dit egter nie meer 'n geval van deelneming aan 'n ander se misdaad wees nie, maar 'n gewone misdaad soos aanranding of diefstal, waarvoor mens selfstandig aanspreeklik is.

## SUMMARY

In this article the principle of "accessoriness" (*aksessoriteit*) - i.e. the principle that the accessory's liability is of an accessory or dependent nature - is considered. This principle is based upon the fact that the concept of accessory is a relative one (*Bezugsbegriff*): for accessoriness there must be a perpetrator, without whom it can conceptually not exist. There must, logically speaking, be "something" which is participated in. Simple and self-evident as this principle may sound, its practical implementation has caused jurists a considerable amount of brain-racking.

In principle two forms of accessoriness can be identified, *viz* "procedural" and "substantive." In England procedural accessoriness was formerly operative. This meant that a person could be charged and convicted as an accessory only if and when a principal had previously been charged and convicted. In regard to "substantive" accessoriness a distinction is drawn between the accessory's liability being accessory in a logical sense (*logiese aksessoriteit*), accessory as regards the punishment provided for the perpetrator (*aksessoriteit van die strafbedreiging*) and accessory in accordance with the criminal liability of the perpetrator (*aksessoriteit ooreenkomstig die strafbaarheid van die dader*).

The most important aspect of the principle of accessoriness is accessoriness in accordance with the criminal liability of the perpetrator; it determines the degree to which the accessory is dependent upon the perpetrator. Depending upon how widely or how narrowly this dependence is viewed, several degrees of dependence are distinguished, *viz* "minimal," "restricted," "strict" and "hyper" dependence.

The various degrees of dependence are considered. Proceeding from the premise that being an accessory means participating in a crime - with emphasis upon the presence of all the constituent elements of the crime in question - it is concluded that the "strict" degree of dependence is the most satisfactory. It is pointed out that South African case law also supports this view. Several implications of "strict" dependence are analysed, particularly the question whether it is correct to speak of a crime at all where the "perpetrator" is found not guilty. It is argued that although this must generally be denied, it may in exceptional circumstances be concluded that a crime was nevertheless committed. Finally attention is drawn to a few situations where the principle of accessoriness is clearly evaded. Strictly speaking it is wrong to refer to "accessories" in these instances. □

# Die Erkenning van State en Rege- rings

## Suid-Afrika se Houding jeens Rhodesië en Lesotho

A. J. G. M. Sanders

*Universiteit van Suid-Afrika*

Die eensydige onafhanklikheidsverklaring van Rhodesië deur sy Eerste Minister Ian Smith op 11 November 1965 en die ongrondwettige regeringsverandering in Lesotho op 30 Januarie 1970 het die volkerregtelike reëling met betrekking tot die erkenning van state en regerings vir Suid-Afrika besonder aktueel gemaak. Eintlik is dit nogal eufemisties om van 'n volkerregtelike reëling te praat. In feite bestaan daar uiteenlopende teoretiese beskouings wat op hul beurt weer deur die grillige politieke gedraglyne van state oorskadu word. Die vernameste leerstukke in hierdie verband is die konstitutiewe of skepende teorie<sup>1</sup> wat op die voluntaristiese dinkpatroon gebaseer is en die deklaratiewe of verklarende teorie<sup>2</sup> wat met die monistiese siening van die volkerereg verband hou. Ten slotte is daar nog die teorie van Hans Kelsen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>G. Jellinek *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882) 92 e.v.; H. Triepel *Völkerrecht und Landesrecht* (1899) 102 e.v.; D. Anzilotti *Cours de droit international*, Franse vertaling uit Italiaans deur G. Gidel (1929), deel I bl. 160 e.v.; L. Oppenheim *International Law* (Lauterpacht-uitgawe) 8ste uitgawe deel I bl. 124 e.v.; H. Lauterpacht *Recognition in International Law* (1947); W. T. Tung *International Law in an Organised World* (1968) 47 e.v.

<sup>2</sup>P. Fauchville *Traité de droit international public* (1922-1926) deel I volume I bl. 306 e.v.; C. C. Hyde *International Law, chiefly as interpreted and applied by the United States* (1922) deel I bl. 65; J. L. Kunz *Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht* (1928); G. Scelle *Manuel élémentaire de droit international public* (1943) 120 e.v.; P. Guggenheim *Lehrbuch des Völkerrechts* (1948) Deel I bl. 181 e.v.; J. L. Brierly *The Law of Nations* (sir Humphrey Waldock-uitgawe 1967) 137 e.v.; J. P. A. François *Grondlijnen van het Volkenrecht* (1967) 110 e.v.; Michael Akehurst *A Modern Introduction to International Law* (1970) 76 e.v.; a. 9 van die *Handves van die Organisasie van Amerikaanse State* (1948), 119 UNTS 49, 54; a. 107, 108 van die *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (1965); *Tinoco Concessions Arbitration* 1923 RIAA volume 1 bl. 381.

<sup>3</sup>H. Kelsen *Recognition in International Law, Theoretical Observations* 35 (1941) *American Journal of International Law* 605 e.v.

Na aanleiding van Rhodesië se eensydige onafhanklikheidsverklaring het die debat oor erkenning nou ook in die Suid-Afrikaanse regs literatuur uitgeslaan, met D. J. Devine<sup>4</sup> as die eksponent van die konstitutiewe teorie, en C. A. Crause<sup>5</sup> en J. A. Coetzee<sup>6</sup> as voorstanders van die deklaratiewe teorie.

Volgens die *konstitutiewe teorie* verkry state en regerings deur erkenning volkeregterlike status wat in die geval van 'n staat neerkom op internasionale regs subjektiwiteit, dit wil sê die bevoegdheid om selfstandig draer van internasionale regte en verpligtings te wees, en in die geval van 'n regering neerkom op die bevoegdheid om as hoogste staatsorgaan 'n staat in die internasionale regsverkeer te verteenwoordig. Die erkenning sal, waar dit 'n staat betref, slegs statusskeppend werk indien alreeds 'n staatsgebied, 'n staatsvolk en 'n doeltreffende binne- en buitelandse feitlik onafhanklike regering in gevestigde mate aanwesig is; terwyl waar dit die erkenning van 'n regering betref, vereis word dat daardie regering 'n gevestigde, doeltreffende administratiewe beheer oor die hele of altans 'n substansiële deel van die staatsgebied en die staatsvolk uitoefen. Devine se suggestie<sup>7</sup> as sou erkenning statusskeppende werking hê, selfs waar die te erkenne entiteit nie aan al die vereistes vir staats- of regeringskarakter voldoen nie, is, afgesien daarvan dat dit in die bronne geen oortuigende weerklank vind nie,<sup>8</sup> onhoudbaar, aangesien dit sowel in die teorie as in die praktyk tot absurde resultate aanleiding gee. Ofskoon erkenning van 'n „staat” of „regering” wat nie feitlik 'n staat of regering is nie, dus geen statusskeppende werking het nie, het sodanige voorbarige erkenning nogtans regsgevolge omdat dit 'n onregmatige daad daarstel, te wete inmenging in die aangeleenthede van die miskende effektiewe entiteite. So sal erkenning van 'n gemeenskap wat hom as 'n nuwe staat aandien, maar feitlik geen staatskarakter dra nie, op inmenging in die huishoudelike aangeleenthede van die betrokke moederstaat neerkom.

<sup>4</sup>Na 'n aarselende houding in sy eerste artikel, *Status of Rhodesia in International Law* 1967 *Acta Juridica* 39 e.v., waarin skrywer 'n lans breek vir die deklaratiewe teorie (bl. 45), maar tewens die deur en deur konstitutiewe stelling maak dat „since Rhodesia is not recognised by any other state, it has no international personality” (bl. 43), is sy opvolgende artikels, *Does South Africa Recognize Rhodesian Independence?* 86 (1969) *SALJ* 438 e.v. en *Rhodesia: A Duty not to Recognize?* 33 (1970) *THRHR* 152 e.v., ondubbelsinnig op die konstitutiewe lees geskoei.

<sup>5</sup>C. A. Crause *Enkele Opmerkings oor Besluite van die Veiligheidsraad ten opsigte van Rhodesië* 29 (1966) *THRHR* 320, 330-332.

<sup>6</sup>J. A. Coetzee *The Sovereignty of Rhodesia and the Law of Nations*, Transvaal Publishing Company, Pretoria April 1970.

<sup>7</sup>33 (1970) *THRHR* op 155.

<sup>8</sup>So verklaar Oppenheim a.w. 128: „Recognition, while declaratory of an existing fact, is constitutive in its nature.” Uit die hele verdere betoog van Oppenheim blyk dit dat van 'n erkenning in konstitutiewe sin slegs sprake kan wees indien die te erkenne entiteit aan die volkeregterlike vereistes wat vir sy bestaan gestel word, voldoen. Vergelyk ook W. L. Tung a.w. 47-48.



Oor die presiese aard van die erkenning bestaan daar onder die aanhangers van die konstitutiewe teorie meningsverskil.<sup>9</sup> Die mees aanvaarde opvatting is dat erkenning die karakter aanneem van 'n ooreenkoms, meestal in die vorm van 'n notawisseling, tussen die erkennende en die te erkenne entiteit dat laasgenoemde voortaan volkeregterlike status het. Hierdie kontrak-opvatting laat mens jouself afvra hoe 'n nog nie bestaande volkeregterlike subjek party tot 'n tweesydigse internasionale regshandeling kan wees. Die ander opvatting is dat erkenning 'n eensydige wilsverklaring van die erkennende entiteit is dat die erkende entiteit volkeregterlike status het.<sup>10</sup>

Ten slotte moet daarop gewys word dat volgens die konstitutiewe teorie erkenning slegs ten opsigte van die erkennende entiteit vir die erkende entiteit volkeregterlike status skep. Dit lei tot die myns insiens onhoudbare toestand dat 'n staat of regering al na gelang dit in verhouding tot 'n erkennende of nie-erkennende entiteit te staan kom, respektiewelik wël en geen volkeregterlike status het nie. Dit is tot hierdie soort konsekwensies dat die konstitutiewe teorie, wat vir die wil van state 'n sentrale plek inruim, lei.

*Kelsen* se teorie is 'n variasie op die konstitutiewe teorie. Volgens hom bestaan erkenning uit 'n regshandeling en 'n politieke handeling. Die regshandeling kom neer op 'n feitebevinding dat 'n bepaalde gemeenskap of 'n persoon of groep persone respektiewelik staats- en regeringskarakter dra. Die gevolg van hierdie eensydige regshandeling is dat die erkende entiteit voortaan ten opsigte van die erkennende entiteit as 'n staat of regering in die volkeregterlike sin bestaan. Die regshandeling is dus konstitutief van aard. Die politieke handeling kom neer op 'n bereidverklaring om 'n staat of regering in die internasionale regsverkeer te betrek. *Kelsen* se opvatting dat state en regerings se volkeregterlike status van 'n feitebevinding deur ander state en regerings afhanklik is en dan nog slegs bestaan ten opsigte van die erkennende entiteite is alleen al beswaarlik vir sover dit impliseer dat daar vir state en regerings 'n regsvrye sfeer bestaan tot die mate waarin hulle nie erken is nie. Ook is dit nie duidelik hoekom die feitebevinding en die politieke handeling deel van een en dieselfde handeling moet uitmaak nie.

Vanuit 'n teoretiese oogpunt is die *deklaratiewe teorie* beslis bevredigender. Volgens hierdie teorie het die erkenning 'n bevestigende en 'n verklarende funksie. Erkenning van 'n staat in die bevestigende

<sup>9</sup>P. Guggenheim a.w. 180; E.R.C. van Bogaert *Beginselen van het Volkenrecht* (1958) 52.

<sup>10</sup>Karl Strupp *Eléments du droit international public universel européen et américain* 2de druk (1930) 49; A. Cavaglieri *La situazione giuridica dello stato non riconosciuto* Rivista (1932) 305 e.v.; H. Lauterpacht a.w.

sin kom neer op 'n gedraging waardeur 'n reeds bestaande staat te kenne gee dat hy die feitlikheid of effektiwiteit van 'n nuwe staat en gevolglik sy internasionale regssubjektiwiteit bevestig; terwyl erkenning van 'n nuwe regering in die bevestigende sin daarop neerkom dat bestaande regeringsorgane die feitlikheid of effektiwiteit van die nuwe regering en daarmee ook sy bevoegdheid om 'n staat in die internasionale regsverkeer te verteenwoordig, bevestig. Erkenning in die verklarende sin is dan die gedraging waardeur die bereidwilligheid te kenne gegee word om die nuwe staat of regering inderdaad volgens sy status te behandel. Die bevestigende erkenning gaan steeds aan die verklarende vooraf. Die verklarende erkenning hoef geensins onmiddellik op die bevestigende erkenning te volg nie. 'n Statuskeppende funksie het die erkenning volgens die deklaratiewe teorie nie, want volgens die deklaratiewe teorie is 'n staat of regering se volkeregterlike status slegs afhanklik van die aanwesigheid van die objektiewe volkeregterlike vereistes wat respektiewelik vir die staats- en die regeringskarakter gestel word. Waar 'n staatsgebied, 'n staatsvolk en 'n doeltreffende en feitlik onafhanklike regering in gevestigde mate aanwesig is, bestaan daar 'n staat wat internasionale regssubjektiwiteit het; en waar 'n regering gevestigde effektiewe administratiewe beheer oor die hele, of altans 'n substansiële gedeelte, van die staatsgebied en die staatsvolk uitoefen, is dit die verteenwoordiger van die staat in die internasionale regsverkeer. Erkenning is nie daarvoor nodig nie.

Mens kan nie anders as om met die aanhangers van die deklaratiewe teorie saam te stem dat erkenning self, vanweë sy politieke gekleurtheid, geen suiwer maatstaf kan wees om volkeregterlike status aan te toets nie en dat aanvaarding van die konstitutiewe teorieë in die lig van die internasionale praktyk ten opsigte van die erkenning van state en regerings dikwels tot 'n onrealistiese juridiese vakuum aanleiding sou gee.

Ongeag die waarde wat hulle aan erkenning toeken, is dit die eenstemmige mening van skrywers oor die volkereg dat voorbarige erkenning van 'n „staat” of „regering” 'n onregmatige daad daarstel. Wat voorbarig is, word bepaal deur die volkeregterlike toets vir staatskarakter en regeringskarakter, waarvan die vereistes reeds genoem is. Hierdie toets is geheel en al objektief.<sup>11</sup> Ten slotte is die meeste volkeregterlike skrywers, ongeag hulle teoretiese uitgangspunt, dit eens dat daar geen erkenningsplig bestaan nie.<sup>12</sup>

<sup>11</sup>Charles Henry Alexandrowicz-Alexander *The Quasi-Judicial Function in Recognition of States and Governments* 46 (1952) *American Journal of International Law* 631 veral op 634-5.

<sup>12</sup>*Contra*: H. Lauterpacht a.w. 24 en 76-77; M. Sibert *Traité de droit international public* (1951) deel I bl. 193.

Daar word aan die hand gedoen dat van die drie teorieë die deklaratiewe teorie die voorkeur verdien.

Daar word vervolgens na die politieke arena oorgestap waar om so te sê op ons drumpel twee interessante voorbeelde beskikbaar is: Rhodesië, waar dit om die erkenning van 'n staat gaan, en die Jonathan-regime in Lesotho, waar die kwessie van erkenning van 'n regering ter sprake gekom het.

*Rhodesië* beantwoord, na dit wil voorkom, aan al die volkeregtelike voorwaardes wat vir staatskarakter gestel word<sup>13</sup> en is op krag daarvan volgens ons deklaratiewe uitgangspunt 'n volkeregtelike subjek. Eienaardig genoeg handhaaf die Suid-Afrikaanse regering die standpunt dat die Rhodesiese regering nie volkome *onafhanklik* is nie, met ander woorde dat Rhodesië aan een van die voorwaardes vir staatskarakter nie voldoen nie.<sup>14</sup> Nou is dit so dat die toets vir staatskarakter 'n objektiewe toets is. Indien Rhodesië inderdaad die gevestigde karakter van 'n staat dra, iets wat myns insiens op grond van die feitlike omstandighede moeilik ontken kan word en waaraan die verklaring van geen regering iets kan verander nie, dan is dit volgens die deklaratiewe teorie 'n volkeregtelike subjek en behoort die Suid-Afrikaanse standpunt, beoordeel in die lig van Suid-Afrika se algemene houding teenoor Rhodesië, so vertolk te word dat dit nie bereid is om Rhodesië inderdaad as 'n volkeregtelike subjek te *behandel* nie. Volgens Kelsen se teorie kom die Suid-Afrikaanse standpunt neer op 'n feitebevinding dat Rhodesië geen staatskarakter dra nie en is dit die gevolg van so 'n bevinding dat Rhodesië, altans wat Suid-Afrika betref, geen volkeregtelike subjek is nie. Dat Rhodesië by gebrek aan erkenning (in konstitutiewe sin) geen volkeregtelike status het nie, is ook die gevolg-trekking van Devine in sy artikel *Does South Africa Recognize Rhodesian Independence*<sup>15</sup> In hierdie artikel gaan hy onder andere in op C. J. R. Dugard se vraag<sup>16</sup> of die ooreenkoms tussen Suid-Afrika en Rhodesië wat klaarblyklik aan die stasionering van 'n Suid-Afrikaanse polisiemag aan die Rhodesies-Zambiese grens voorafgegaan het, dan nie erkenning

<sup>13</sup>Vergelyk die genoemde publikasies van D. J. Devine, C. A. Crause en J. A. Coetzee.

<sup>14</sup>Die laaste keer dat die Suid-Afrikaanse regering hierdie standpunt benadruk het, was by geleentheid van premier Vorster se besoek aan Malawi en Rhodesië toe hy by sy vertrek uit Malawi na Rhodesië op 21 Mei 1970 by 'n perskonferensie op die Chileka-lughawe verklaar het dat die Suid-Afrikaanse regering dit nie oorweeg om Rhodesië se *onafhanklikeid* te erken nie en ook nie so 'n stap saam met Malawi en Portugal beoog nie. Kort tevore het die Suid-Afrikaanse Departement van Buitelandse Sake Whitehall daarvan in kennis gestel dat mnr Vorster se besoek aan Rhodesië geensins erkenning van Rhodesië se *onafhanklikeid* impliseer nie. Sien *Rand Daily Mail* 22 Mei 1970.

<sup>15</sup>86 (1969) *SALJ* 438 e.v.

<sup>16</sup>86 (1969) *SALJ* 113-4.

in die konstitutiewe sin impliseer nie. Devine beantwoord hierdie vraag ontkenkend en wel omdat die betrokke ooreenkoms klaarblyklik nie beoog was om 'n verdrag te wees nie, dit wil sê 'n internasionale ooreenkoms waarvan die resulterende verbintenis deur die volkereg, en nie deur 'n munisipale regstelsel nie, gereël word. Sou die betrokke ooreenkoms wél 'n verdrag gewees het, dan sou Rhodesië volgens Devine daardeur 'n selfstandige draer van internasionale regte en verpligtings geword het en tegelyk daarmee natuurlik 'n volkeregterlike subjek.<sup>17</sup> Hierdie redenasie bevredig nie. Trouens ongeag of Rhodesië in die onderhawige geval die geadresseerde of die aanbodmaker was en ongeag of die betrokke internasionale ooreenkoms 'n verdrag was al dan nie, moes Rhodesië tog seker om die geadresseerde of die aanbodmaker te kan wees, reeds op daardie stadium 'n volkeregterlike subjek gewees het. Devine se stelling dat Rhodesië se internasionale regsobjektiwiteit tegelyk met die sluiting van 'n verdrag sou ontstaan,<sup>18</sup> gaan myns insiens nie op nie. Waar die skrywer egter beweert dat die betrokke ooreenkoms waarskynlik nie op 'n verdrag neerkom nie, word graag met hom saamgestem. Volgens ons deklaratiewe uitgangspunt sou dit dan beteken dat die deelname van Suid-Afrika aan die betrokke ooreenkoms wat dit bowendien bloot uit praktiese oorwegings van nasionale verdediging gesluit het, nie as 'n *bereidverklaring* beskou kan word om Rhodesië ook inderdaad as 'n volkeregterlike subjek, dit wil sê 'n moontlike draer van internasionale regte en verpligtings, te behandel nie. Ook met betrekking tot die vraag of die uitruil tussen Suid-Afrika en Rhodesië van diplomatieke verteenwoordigers op 'n verklarende erkenning van Suid-Afrikaanse kant neerkom, sal die bedoeling van Suid-Afrika deurslaggewend wees. Die Suid-Afrikaanse stellingname dat dit Rhodesië se onafhanklikheid nie erken nie, is 'n aanduiding dat dit nie sy bedoeling is om deur die uitruil van diplomatieke verteenwoordigers Rhodesië ook inderdaad as 'n volkeregterlike subjek te behandel nie. Dat Suid-Afrika deur die aangaan van die genoemde ooreenkoms en die uitruil van diplomatieke verteenwoordigers in feite Rhodesië se onafhanklikheid en ook die effektiwiteit van die Rhodesiese staat en regering wél erken (*bevestigende* erkenning), kan beswaarlik ontken word; en Suid-Afrika se standpunt dat hy nie Rhodesië se *onafhanklikheid* en effektiwiteit as 'n staat erken nie, moet dan ook met 'n korreltjie politieke sout geneem word. Om op te som: Suid-Afrika erken Rhodesië in die bevestigende sin, egter nie in die verklarende sin nie.

Die ongrondwettige regeringsverandering in *Lesotho*, toe hoofman Leabua Jonathan op 30 Januarie die parlementêre verkiesing ongeldig verklaar het, die noodtoestand uitgeroep het en Lesotho se grondwet

<sup>17</sup>A.w. 438.

<sup>18</sup>A.w. 439.

opgeskort het, het veral die Suid-Afrikaanse en Britse regerings, wat altwee noue betrekkings met Lesotho onderhou, voor die probleem geplaas of hulle al dan nie die nuwe regering sou erken. Die nuwe regering Jonathan was steeds in doeltreffende beheer van die volk en gebied van Lesotho, en was op grond daarvan, indien mens die deklaratiewe teorie volg, steeds die verteenwoordiger van Lesotho in die internasionale regsverkeer. Erkenning sou dan volgens dieselfde teorie bloot neerkom op 'n bevestiging van die nuwe regering se regeringskarakter en volkeregtelike status, en, indien ook verklarend, op 'n bereidverklaring om die nuwe regering ook inderdaad as die verteenwoordiger van Lesotho in die internasionale regsverkeer te behandel. Volgens die konstitutiewe teorie egter sou die regering Jonathan eers deur erkenning volkeregtelike status verkry het (met terugwerkende krag) en dan nog slegs ten opsigte van die erkennende regerings.

Op 3 Februarie is deur die Britse regering te kenne gegee dat dit die nuwe regering van Lesotho nie erken nie.<sup>19</sup> Erkenning deur die Britse regering het eers op 12 Junie gevolg.<sup>20</sup> Die Suid-Afrikaanse regering het nie so lank op hom laat wag nie. Reeds op 6 Februarie het dit by monde van eerste minister Vorster die regering van Lesotho op 'n asof-niks-gebeur-het-nie-basis erken. In hierdie verband is die volgende aanhaling uit die Volksraadsdebatte van daardie dag relevant:

*„Die Eerste Minister:* Nou het die vraag ontstaan wat ons verhouding is teenoor Lesotho. Ek wil vir u sê dat ons verhouding teenoor Lesotho presies dieselfde is as teenoor Rhodesië. Ons gaan eenvoudig aan asof daar niks gebeur het nie. Lesotho is 'n buurstaat van ons. Ons meng nie met hulle in nie. Ons skryf nie aan hulle voor nie. Ons het nie deel aan hulle besluite nie. Maar dit is 'n buurstaat waarmee ons moet onderhandel, en wat ons betref, is Hoofman Jonathan in effektiewe beheer van daardie buurstaat en sal ons ons onderhandelinge met hom voortsit asof daar inderdaad niks in Lesotho gebeur het nie.

*Sir De Villiers Graaff:* Dit is amptelike erkenning.

*Die Eerste Minister:* Amptelike erkenning of nie. Amptelike erkenning speel eenvoudig geen rol nie, net so min as wat dit 'n rol gespeel het in Rhodesië. Dit is net 'n kwessie dat ons aangaan asof daar niks gebeur het nie.”<sup>21</sup>

Dit behoeft geen verduideliking nie dat die sinsnede „asof daar niks gebeur het nie” in die omstandighede gunstiger vir Lesotho as vir Rhodesië uitval. Volgens die konstitutiewe teorie kom die Eerste Minister se verklaring op konstitutiewe erkenning van die nuwe Lesotho-regering neer (indien mens ten minste aanvaar dat erkenning 'n eensydige regshandeling is).

<sup>19</sup>*The Star* 4 Februarie 1970.

<sup>20</sup>*The Star* 12 Junie 1970.

<sup>21</sup>*Debatte van die Volksraad* 5de sessie 3de parlement kolom 462.

Ook volgens Kelsen se teorie is hier van erkenning sprake waarin sowel die feitebevinding (die konstitutiewe element) as die politieke handeling (die verklarende element) duidelik herkenbaar is. Volgens die deklaratiewe teorie moet hierdie verklaring vertolk word as 'n verklaring waarin die effektiwiteit of feitelikheid van die nuwe regering en daarmee ook die regering se volkeregtelike status bevestig word (bevestigende erkenning) en waarin verder ook die bereidwilligheid geopenbaar word om die nuwe regering ook inderdaad as die verteenwoordiger van sy staat in die internasionale regsverkeer te behandel (verklarende erkenning).

Ten slotte is dit interessant om daarop te wys dat daar alle rede bestaan om te glo dat die Suid-Afrikaanse regering se gewilligheid en die Britse regering se onwilligheid om die regering van Lesotho te erken in belangrike mate politiek gemotiveer was.<sup>22</sup> Dit onderskraag slegs die opvatting van die aanhangers van die deklaratiewe teorie dat erkenning 'n te wispelturige gegewe is om 'n maatstaf vir volkeregtelike status te kan wees.

Daar word met spanning uitgesien na Devine se aangekondigde voorneme<sup>23</sup> om te verduidelik hoekom hy „at present” die konstitutiewe teorie volg.

## SUMMARY

The criteria for the acquisition by a new state of the capacity to be a bearer of international rights and duties, and those for the acquisition by a new government of the capacity to represent its state in international legal intercourse, far from being settled law, still form the subject matter of much doctrinal controversy.

According to the so-called constitutive school of thought international status of new states and governments is created by recognition, but only *vis-à-vis* the recognizing states since no other state can be bound independently of its will. As to the exact legal character of recognition some adherents of the constitutive theory argue that it is a unilateral legal act while others would construe it as an international agreement. The constitutive theory, which in South Africa has been defended by D. J. Devine in a recent series of articles, gives rise to a number of anomalies.

According to the second theory of recognition, the so-called declaratory theory, a new state or government has *ipso facto* international status when it complies with the international requirements defining its nature. Recognition, not being of a constitutive nature, has only an acknowledging and declaratory function, the former always preceding the latter.

<sup>22</sup>Stanley Uys *Lesotho: S.A.'s Enclave of Unrest*, *Sunday Times*, 15 Februarie 1970; J. H. P. Serfontein *Wilson is backing Reds, says angry Leabua*, *Sunday Times*, 22 Februarie 1970.

<sup>23</sup>33 (1970) *THRHR* 156 n. 15.

Applying the declaratory theory, it appears that South Africa, despite its official assurances to the contrary, indeed recognizes Rhodesia as a state, be it only in the acknowledging sense.

South Africa's reaction to the unconstitutional change of government in Lesotho was far less ambiguous. Shortly after chief Jonathan's successful *coup d'état* South Africa recognized the new regime both in the acknowledging and declaratory sense. □

*At a time when such stress is laid on the importance of international co-operation, the relations, so incidentally regulated at present, of the unrecognized potestates with other potestates, should be subject to an objective legal evaluation.*

B. R. Bot  
*Nonrecognition and Treaty Relations* 1968 3

# Dwaling by Onterwing

C. P. Joubert

*Senior Advokaat te Pretoria*

(*Vervolg*)

Ofskoon die Romeine dit nie sover gebring het om 'n algemene leerstuk van dwaling ten aansien van testamentêre beskikkings te ontwikkel nie, het die middeleeuse juriste wel hulself ten doel gestel om dit te doen. Hul poging met al die onderskeidings wat hul gemaak het, was reeds uitgekristalliseer teen die einde van die 15e eeu.

Bartolus (1314-1357), die groot middeleeuse Kommentator, het 'n belangrike kommentaar op *D* 35.1.17.2 geskryf wat eintlik die grondslae gelê het vir die ander middeleeuse juriste om verder op voort te bou. As uitgangspunt vir sy bespreking neem Bartolus hier die *falsa causa*, d.w.s. die verklaarde rede in 'n testament waarom 'n erflater 'n legaat bemaak het, terwyl dit later blyk dat hierdie verklaarde rede weens dwaling aan die kant van die erflater inderdaad onjuis of vals is. Dit is in hierdie verband dat hy die verklaarde *causa* of rede soos volg ontleed:<sup>157</sup>

Primo quaero quid sit causa. Glos. s eo. super rubrica dicit. Causa est quaedam de praeteritis precedens suasio quo testamento nostro magis est quam oneremus. Secundo modo diffinit brevius. Causa est animi impulsio a nobis expressa. Item diffinitiones non sunt vere in hac materia: quia in hac lege et in similibus appellatur causa ille actus unde procedit suasio sive impulsio quod apparet quia non est reperire casum in quo illa impulsio seu suasio non fuerit vera sive actus ex quo procedit fuerit verus sive falsus ut in exemplis legis nostrae evidenter apparet. Deficiunt ergo istae diffinitiones in multis. Si enim respicis in quod iuriconsultus appellat causam non appellat eam proprie impulsioem seu suasionem: sed appellat causam id propter quod inducitur impulsio seu suasio. Diffinias ergo proprie sic & dic. *Causa est quid praeteritum vel instans quo impellimur ut aliquid disponamus*. Quare dico causa est quid praeteritum vel instans. Hoc dico ad differentiam conditionis quae est de futuro. Causa semper est de praeterito ut *D* 35.1.12 in fine, *D* 12.6.52. Item ut differat a cautione ut *D* 35.1.40.5.

Bartolus onderskei of die *falsa causa* onvoorwaardelik (*simpliciter*) of voorwaardelik (*conditionaliter*) bewoord was en waar dit voorwaardelik bewoord was, bring dit nietigheid van die legaat mee:

---

<sup>157</sup> *Ad D* 35.1.17.2 nr 2.



Falsa causa non vitiat legatum nisi conditionaliter sit expressum h.d. Primo ponit quando causa exprimitur simpliciter. Secundo quando conditionaliter secunda ibi: at si conditionaliter.<sup>158</sup>

Hieroor brei hy dan verder uit en onderskei voorts tussen die gevalle waar die *falsa causa causaliter* gemaak is, in welke geval dit nie die geldigheid van die bemaking affekteer nie tensy die erflater andersins die bemaking nie sou gemaak het nie, waar die *falsa causa finalis et proxima* is, in welke geval dit nietigheid van die bemaking meebring, en waar die *falsa causa* bloot *impulsiva* is, in welke geval dit nie die geldigheid van die bemaking affekteer nie tensy die erflater andersins die bemaking nie sou gemaak het nie. Hy stel dit soos volg:<sup>159</sup>

Tertio modo de effectu causae quando causa reperitur falsa quia quando reperitur causa vera valet dispositio & de ea non dubitatur. Breviter si causa est apposita *conditionaliter* falsa causa vitiat dispositionem: ut hic & isti eo § *longe*. Si est causa apposita *causaliter* tunc non vitiat dispositionem ut hic: nisi aliter relicturus non erat ut D 35.1.72.6. Alibi lex videtur dicere quod quia probato errore defuncti falsa causa vitiat dispositionem ut Cod. 6.44.1 & sic istae leges videntur contrariae quam aliud est probare errorem quod sit de facili. Aliud est probare testatorem aliter legaturum non fuisse. Posset enim esse quod erravit: et tamen si scivisset legaturus fuisset ut Cod. 6.37.10. Solutio quaedam est causa legato non cohaeret: ut quando causa non erat obligatoria tunc non dicitur cohaerere legato. Hoc est nunquam dicitur *causa proxima & finalis*, quia causa proxima & finalis est mera liberalitas. Legatum enim est donatio ut D 31.36 et in donatione causa proxima est liberalitas ut D 39.5.1. Ergo illa inserta est remota non cohaerens legato & dicitur *impulsiva* & illa si est falsa non vitiat legatum nisi probetur quod vitiat ope exceptionis: quaedam est causa proxima & obligatoria cohaerens legato si causa esset vera: ut quia dico quia centum mihi mutuasti lego tibi centum licet non sit liberalitatis causa ipsa sed id quod exprimit est obligatorium: & ideo cohaeret legato ipsum dubium et tunc vitiat dispositio sufficit quod probetur testatorem emisse ut Cod. 6.44.1. Illa enim erit causa finalis et proxima legandi & nulla alia & hic est verus intellectus huius materiae a gl. & doc. tractus.

Bartolus bespreek dan hoe die uitsonderingsgeval dat die erflater andersins nie die bemaking sou gemaak het nie bewys moet word. Hy stel dit soos volg:<sup>160</sup>

Quarto quaero quando quis dicitur probare quod testator alius relicturus non fuisset quomodo hic probabitur. Respondeo si testator hoc expressisset coram testibus nullum esset dubium. Si autem hoc non expressit tunc est hic videndum: nam si illa causa respiceret consanguinitatem vel affinitatem si causa reperiretur falsa tunc praesumitur testatorem alius legaturus non fuisse ut Cod. 6.24.4 & 7. Dixi supra proxime in materia demonstrationis & ex hoc sequitur quod falsa causa circa filiationem adiecta exheredationi ut quia filius meus non est natus vel non est filius. Ideo exheredo eum facit exheredationem nullam ipso jure ut D 28.2.14.2. Sed falsa causa alia adiecta exheredationi non

<sup>158</sup> *Ad D 35.1.17.2 nr 1.*

<sup>159</sup> *Ad D 35.1.17.2 nr 13.*

<sup>160</sup> *Ad D 35.1.17.2 nr 14.*

vitiat testamentum nisi intentata querela. ut no. in auctoritatem ex causa & dixi supra de D 28.1.1. Si vero nulla causa exheredationis est falsa & tunc vadit glo. variando dixi in D 28.1.1. & no. auctoritas ex causa Cod. 6.28. Si vero causa non respicit consanguinitatem vel affinitatem tunc recurrendum est ad coniecturas. Pone exemplum in causa huius § quia frater tuus centum ex arca sumpserit: ideo centum tibi lego. Licet ista causa sit falsa & testator erraverit tamen potest esse quod testator relicturus fuisset. Quid enim si quantitas est modica & patrimonium magnum. Talis filius cui est relictum erat positus in dignitate vel multum defuncto servierat valebit legatum. Sed e converso si quantitas est magna & patrimonium parvum numerus liberorum est magnus. Certe praesumendum est si testator scivisset relicturus non fuisset ar. D 32.43, D 24.1.22 & Cod. 6.37.10. Hoc apparet ex D 28.5.93(92) & sic non valet legatum. Ratio quia ibi in hereditate quae est magna falsa causa probato errore vitiat quia praesumitur quod testator relicturus non fuisset: nam ibi loquitur in causa non cohaerente legato in legatis vero quae sunt modica falsa causa non vitiat licet error probetur: unde si legata essent ita magna quod exhaurirent quasi totam hereditatem putarem idem iuris esse: quia tunc falsa causa vitiaret quia praesumendum est quod si scivisset testator non legasset.

Hierbenewens skenk Bartolus ook aandag aan *error in corpore* waar 'n erfflater dwaal ten aansien van die persoon van die legataris of erfge-naam, wat nietigheid van die bemaking of erfinstelling tot gevolg het.<sup>161</sup>

Waar die middeleeuse juriste hulself besig gehou het met die uitbou van 'n algemene leerstuk van dwaling ten aansien van testamente-re beskikkings sowel as ten aansien van ooreenkomste, het hulle hul aktiwiteite veral op die onderskeid tussen *causa finalis* en *causa impulsiva* toegespits. Hul pogings om *causa finalis* te omskryf het hul veral hoofbrekings besorg. Vir doeleindes van ons bespreking dien dit geen doel om afsonderlike aandag aan die vernaamste Kommentatore in hierdie verband te bestee nie. 'n Uiters nuttige samevatting van die Kommentatore se beskouinge oor hul algemene leerstuk van dwaling is te vind by die Franse regsgeleerde Tiraquellus (1480-1558) in sy *Tractatus quod cessante causa cessat effectus, Limitatio Prima*, nrs 5, 6, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 37-42, 46-52, 81-84, 86, 87. Die *causa impulsiva* was eintlik dwaling in die beweegrede waarom 'n erfflater die testamente-re beskikking gemaak het of waarom 'n kontraktant die ooreenkoms aangegaan het, soos Tiraquellus<sup>162</sup> dit dan ook stel na aanleiding van Baldus (1327-1400):

. . . dicit, quod supra diximus, causam impulsivam non proprie causam esse, sed quoddam motivum ad disponendum vel contrahendum.

Dit was veral met die begrip *causa finalis* dat die Kommentatore rondgespring het. So het Baldus in sy kommentaar tot *Cod.* 6.42.14

<sup>161</sup>*Ad D 28.5.9 pr . . . Error in corpore vitiat institutionem et legatum h.d. Oppo. si appello fratrem meum qui non est non vitiatur dispositio ut D 28.5.59(58).1 glo. hic distinguit & bene quam signa, dixi in D 35.1.17.*

<sup>162</sup>*Op. cit.* nr 5.

beweer dat *causa finalis: est fons causarum*, wat in sigself niks beteken nie, en in sy kommentaar tot *Cod.* 5.12.6 weer verkondig hy dat *causa finalis: est primum principium intentionis, licet sit ultimum executionis*, wat dit ook nie juis verder neem nie.<sup>163</sup>

Tiraquellus<sup>164</sup> gee die volgende opsomming van Baldus se benadering:

Baldus autem in multis locis de ea re diversimode loquitur, ita tamen ut in plerisque conveniat. Nam in D 12.4.1.1. refert (inquit) an causa ponatur conditionaliter an causaliter. Si primum, habetur pro causa finali, D 45.1.108 & D 35.1.17.2. Si secundum, & refert, an per modum causae de praeterito, an de futuro: si primum, iterum refert, an apponatur causa a sciente eam non esse veram, & praesumitur impulsiva, D 45.1.21 & D 38.1.47. An ab errante, & tunc aut est error causae obligationis, & praesumitur finalis: Aut causae non obligationis, quia & si causa esset vera, non resultaret verum debitum, & tunc praesumitur impulsiva, ut no. in D 12.6.52. Et id quidem verum est in contractibus. At si in ultima voluntate causa apponitur, non praesumitur finalis, etiam si existens vera induceret verum debitum, quia ultima voluntas tendit ad lucrum, D 34.3.28.14 & arg. D 17.1.14. Et istud quoque postremum voluit idem Baldus in D 2.14.7.4 post medium.

Dit vul Tiraquellus<sup>165</sup> aan oor die volgende met betrekking tot Baldus:

Idem in D 12.6.52 scribit causam conceptam de praeterito esse impulsivam: de futuro, finalem. Verbi gratia, do tibi quia gessisti negotia mea, impulsiva est, & cessat repetitio. Si autem do tibi quia heres, finalis est, & repetitur causa non est secuta. Fallit primum, quando quis non erat alias daturus, quia tunc dicitur causa finalis, D 28.5.93(92). Item fallit, si quando causa esset vera, importaret verum debitum, tunc enim est finalis, ut in toto illo ti. de conditio, indeb. (D 12.6) secundum Placentinum & Jacobum Aretinum. Subiungitque id quod dixerat de futuro, intelligendum esse quando eius impletio respicit commodum tradentis vel tertii secus si solius recipientis, nam tunc praesumitur impulsiva, D 35.1.71 secundum Pet.

Hierbenewens was daar ook Kommentatore wat gepoog het om die kriterium tussen *causa finalis* en *causa impulsiva* te soek in die vraag of die erflater anders sou beskik het indien hy van die ware toedrag van sake bewus was of nie, maar Tiraquellus<sup>166</sup> self verwerp dit as onbruikbaar:

In qua etiam opinione sunt, qui dicunt simpliciter causam dici finalem, cum disponens non erat alias facturus: impulsivam, cum erat alias facturus, inter quos est Io. Monachus in . . . Sed id nobis inutile est, nisi & illud sciamus, quando disponens non erat, vel erat alias facturus. Et certe minime id dubium, cum disponens id expresse declarat, ut dicit Albericus in *Cod.* 1.3.51(52), colum. 2 versicu, est etiam quarta. Alias autem si id scire velis, audi Bartolum in D. 35.1.17.2, colum. 3.

<sup>163</sup>*Op cit.* nr 6.

<sup>164</sup>*Op. cit.* nr. 23.

<sup>165</sup>*Op. cit.* nr. 26.

<sup>166</sup>*Op.cit.* nr 37.

Dan was daar ook Kommentatore wat die onderskeid tussen *causa finalis* en *causa impulsiva* op die volgende wyse probeer trek het, soos deur Tiraquellus<sup>167</sup> opgesom:

Alii autem dicunt eam causam esse finalem, quae cohaeret dispositioni, alias impulsivam, per glo, in D 35.1.17.2, & Bart. in 3 quaestio. & alibi saepe in D 35.1.17.2. Et id quoque expresse voluit Salicetus in Cod. 6.44.1. ad fin & Socinus consi. 159 hoc exordio, in praesenti consultationis, col. 6 versic. confirmantur etiam praedicta, lib. 2. Quando autem causa dicatur cohaerere dispositioni vel non, declarat Salicetus in Cod. 6.44.1 & ibi quoque ante eum Bartolus & idem Bar. in D 35.1.17.2 col. 3 versic. tertio modo & Imo. in D 28.5.93(92), col. 2 versicu. advertit tamen, Ange. Aret. in Inst. 2.17.3 uti apud illos videre poteris.

Ofskoon die middeleeuse algemene leerstuk van dwaling uiters vaag en hoogs ingewikkeld was vanweë sy onderskeidings en uitsonderings, sodat 'n mens dit nouliks 'n algemene leerstuk kan noem, behalwe dat dit op testamentêre beskikkings sowel as op ooreenkomste betrekking het, het die juriste van die 16e eeu dit desnietemin aanvaar en toegepas. Ons sal ons beperk tot slegs enkele van die vernaamste juriste van die 16e eeu en veral met betrekking tot hul behandeling van dwaling ten aansien van testamentêre beskikkings, en in die besonder ten aansien van ontewing.

Die Italiaanse juris Menochius (1532-1607) het die aangeleentheid in sy *de Praesumptionibus lib. 4 praesumptio 24* benader met die oog op die vermoedens wat betrekking het op dwaling ten aansien van testamentêre beskikkings. Ons haal die relevante gedeeltes van sy benadering woordeliks aan omdat sy werk nie in alle regsbiblioteke voorhande is nie:

Nr 1: Non semel in dubium revocatur, quando causa falsa vitiet haeredis institutionem, legatum aliamve testatoris dispositionem. Soleo ego distinguere duos casus, quemadmodum, & *duae tantum sunt causae, finalis scilicet & impulsiva.* (Ons kursiveer).

Nr 2: Primus itaque est casus, quanto *causa* ob quam motus est testator ad instituendum haeredem, vel legandum, est *finalis*, illaque falsa. Hoc semper casu corrui, nullaque redditur testatoris dispositio. (Ons kursiveer).

Nr 3: Si quidem ratio finalis dicitur regere & gubernare dispositionem ipsam: cum sit substantia ipsius dispositionis, & actus, ut inquit gloss. in D 2.14.7.12 & alibi appellatur forma a glo. in Inst. 4.6.11 & propterea dicebat Baldus in Cod. 6.42.14 colum. 1 versi venio ad nota, quod causa finalis est fons causarum. Et idem Baldus in Cod. 5.12.6 scriptum reliquit, causam finalem esse primum principium intentionis.

Nr 4: Alia his similia commemorat Tiraquellus in tract. quod cessante causa cesset effectus in 1 limit. nr. 6. Quod autem institutio haeredis corruiat, si *causa finalis*, qua illa facta est, falsa detegitur, dubium non est. *In eo tantum versatur dubitatio, scire quandodicatur causa finalis. Quae sane dubitatio sic explicari potest.* (Ons kursiveer).

<sup>167</sup>Op.cit. nr 46.

Nr 5: Primo, dicimus causam finalem institutionis haeredis esse illam, quae exprimitur in praefatione: ut in D 28.5.93(92) quo loci testator dixerat in praefatione institutionis, *Quia haeredes, quos volui habere mihi continere non potui, Novius Rufus heres esto*. Haec causa fuit finalis, quia testator mutato testamento illo, in quo Pactumejam heredem fecerat, institueret Novium Rufum. Qua sane, causa falsa detecta, propterea quod falsum apparuit Pactumejam non decessisse, corrui institutio facta de Novio Rufo: sic sane Bartolus in D 28.5.93(92) nr. 3 amotavit ex eo textu, praefationes probare causam finalem dispositionis. Et Bar. secuti sunt Bald. Ang. Imol. & reliqui ibidem, & alii permulti congesti a Tiraq. in d. tract. quod cessante causa cesset effectus, limit. 1 nr. 64. Et illis accedunt Barb. in Cons. 1 col. 2 lib. 3, Cur. sen. in consil. 50 Memoriae, recolendae Dux, col. 19 versic. Quod proemium demonstr. Dec. in consil. 600 nr. 1 in cons. 640 in fin. & in cons. 185 col. 2 Rub. in cons. 147 nr. 16 & Cagnol in Auth. ex causa nr. 28 Cod. 6.28, qui copiose et egregie declarat, & egregie Ludov. Molina in lib. 1 de Hispan. primogen. cap. 5 nr. 4. Et si causa haec in praefatione expressa falsa apparet, corrui institutio, cum testator alias non esset relicturus: quemadmodum amotavit idem Bar. in D 28.5.93(92). Caeterum idem Bar. in D 35.1.17.2 nr. 14 vers. hoc apparet, docuit, id contigisse in casu D 28.5.93(92) quia agebatur de damno, nempe de tota ipsa haeredatione, quam relicturus non erat. Qua de re dicemus infra in sexta causa.

Secundo, causa finalis institutionis, vel legati, est quando testator ob sanguinis conjunctionem, & affinitatem sic disposuit. Et haec causa si falsa detegitur corrui institutio ipsa haeredis & legatum: quia alias testator eam institutionem non erat facturus. Ita Bar. in D 35.1.17.2 nr. 14 adductus text. Cod. 6.24.4, 7. Et illis in locis annotarunt omnes, institutionem haeredis de uno tanquam de filio factam, si constat deinde illum non esse filium, omnino corrui. Et idem scripserunt Bal. in cons. 74 verba, D. Cyni. col. 2 & in cons. 134 in 1 testam. lib. 1, Signo. in cons. 11 nr. 13, Castr. in D 28.5.9 pr. nr. 2, Corn. in cons. 309 columna 2 vers. item quando quis lib. 1, Dec. in cons. 342 in fin., Paris. in cons. 29 nr. 113 lib. 2, Gratus in cons. 108 nr. 31 lib. 2. Nec hic adhibenda est doctrina, quod sanguinis conjunctio magna, vel modica sit, cum semper idem dicendum sit, si eam ob causam testator haeredem fecit: quemadmodum si instituit eum, quem credebat esse fratrem Cod. 6.24.7 & tradunt Bart. in D 28.5.9 pr. & ibi Imol., Castr. in Cod. 6.24.4 nr. 1. Idem dicemus, quando testator haeredem fecit eum, quem nepotem esse existimabat, ut respondit Gratus in dict. cons. 108 nr. 31.

Nr 6: Confert etiam quod diximus, si testator instituit filium naturalem legitimam ut legitimum, & appareat legitimationem minus recte factam, institutio non subsistit, cum praesumptio sit, quod testator eum non instituisset, nisi esset vere legitimus . . .

Nr 7: Est enim simile, quando testator instituit filium adoptivum vel arrogatum, & tamen illa non valent. Nam & tunc corrui institutio. Ita Ang. in cons. 93 nr. 3 & 4, Jason in Cod. 6.23.5 in fin. & in Cod. 6.42.14 nr. 15 & Crottus in d. § duo fratres nr. 26 vers. sed istis non obstantibus.

Nr 8: Hoc etiam pertinet quod docuit Bald. in Cod. 6.42.14 nr. 22 cum dixit, quod si testator legavit uxori, vel eam instituit, credens esse legitimam uxorem, si apparet deinde matrimonium nullum, dispositio corrui. Nam praesumitur, quod si scivisset eam non fuisse uxorem legitimam, non ita legasset, vel haeredem fecisset, & Baldum secuti sunt Jason in Cod. 6.24.4 nr. 10, Barba. cons. 27 nr. 5 & 6 lib. 1, Didac. in epitome de sponsal. parte 2 c. 7 nr. 8 & Emanuel Costa in c. si pater parte 1 in verbo, uxorem, nr. 16 de testamen in 6.

Nr 9: Est tamen diversum quo ad filios ex eo matrimonio putative procreatus secundum Baldum in Cod. 6.42.14 nr. 23. Nam si illi instituuntur heredes a testatore, qui credebat eos esse natos ex justo matrimonio, quod tamen erat putativum tantum, institutio non corrui. Quando quidem ii filii quo ad sui commodum censentur vere & proprie legitimi, & dicuntur sui heredes, & in potestate patris, quemadmodum scripserunt idem Baldus in Cod. 5.5.4 nr. 4, Dec. in 1 inter certas Nr. 5 de rescript., Alvarot in c. 1§ naturales colum. 3 si de feudo fuerit content. inter dom. & pagna., Zasius in epitome feudorum par. 8 nr. 88 & Emanuel Costa in d. verbo, uxorem, nr. 25 quo loci ad rem scripsit, patrem hunc posse pupillariter substituere huic filio ex matrimonio putativo procreato, & ob id praesupponit Emmanuel, institutionem de eo factum, quae substitutionem pupillarem solet praecedere, esse validam.

Nr 10: Tertio causa finalis praesumitur, atque censetur illa, quando testator sub conditione heredem instituit, vel legavit, ut si dixit, instituo Cajum vel Cajo lego centum, si negotia mea curavit, vel, Titius filius meus, si frater ejus centum ex arca sumpsit, fundum praecipito. Haec sane causa finalis est, & ideo si apparet falsa, corrui dispositio D 35.1.17.2 & .3. Et illo in loco Bart. nr. 13 quem secuti sunt Bellamera, Salicet., Bolognetus, Comensis, Castrensis, Jacobinus & Ozerius, quos commemoravit Tiraq. in tract. Quod cessante causa cesset effectus, limitatione 1 nr. 60 qui nr. 61 ratione confirmat. Et horum traditionem secutus sum in cons. 331 nr. 71 libr. 4.

Nr 11: Quarto, causa finalis praesumitur atque censetur illa, quando testator legavit, vel haeredem instituit sub modo, qui per ipsum haeredem, vel legatarium impleri non potest: sicuti quando testator legavit centum ei, quem credebat esse Sacerdotem, ut missas pro anima sua celebraret: si is legatarius sacerdos non erit, legatum corrui: ex quo falsa causa illa finalis, & modus impleri ab eo non potest. Ita Baldus in Cod. 6.42.14 nr. 6 & ibid. Jason nr. 14 vers. idem est, quando C. de fideicom. qui tamen declarat nisi testator legasset contemplatione Ecclesiae.

Nr 12: Quinto, causa finalis censetur illa, quae est obligatoria, & ob id cohaerere dicitur dispositioni, ut si testator dixit, instituo heredem Cajum, vel lego illi centum, quia mutuo mihi dedit mille, vel centum, & propterea si constabit hanc causam esse falsam, corrui institutio, vel legatum. Ita Bart. in D 35.1.17.2 nr. 13 vers. quaedam est causa proxima. Et Bartolum secuti sunt alii multi, quos congressi in consil. 346 nr. 10 & 11 lib. 4. Et illis accedunt Berous in cons. 28 nr. 43 lib. 2 & Tiraq. in tract. Quod cessante causa cesset effectus, lim. 1 nr. 82 qui nr. 83 auctoritate Cardinalis probat, dictionem, quia significare ex sui natura causam finalem.

Nr 14: . . . Sexto, causa finalis est, quando testator non erat factururus illum heredem, vel legaturus illi legatario, si scivisset causam esse falsam: ut si pater ita ingentem summam legavit, vel heredem sic fecit. Instituto Cajum in majori portione, puta in 8 unciis, vel ei lego mille, qui Titius ejus frater totidem ex arca mea surripuit, & ingentem esse quantitatem respectu patrimonii, corrui ipsa institutio, vel legatum: quia verisimile est, quod pater non legasset eam ingentem summam, si scivisset causam esse falsam. Ita Bartolus in D 35.1.17.2 nr. 14 vers. sed converso, quem secuti sunt Romanus in sing. 252 incipit. Idem limita. Ruin in cons. 178 nr. 7 lib. 2 & in cons. 162 nr. 6 lib. 4, Berous in cons. 28 nr. 44 lib. 2, Cagnol. in auth. ex causa nr. 29 in fine Cod. 6.28 & idem ego ipse respondi in cons. 346 nr. 14 libro 4.

Et comprobatur haec traditio ea ratione, quod pater iste sic legando videtur voluisse reducere filios ad aequalitatem: si ergo apparet causam esse falsam, legatum corrui: quia si valeret, filii redderentur inaequales . . .

Nr 16: Est tamen observandum, quod respondit Ruin in cons. 162 nr. 7 lib. 4 cum dixit, considerationem hanc, an testator relicturus fuisset, vel non, habere locum tantummodo, quando ex falsae causae expressione clare apparet de errore testatoris: secus quando expresse non constaret de ipso errore: sed solum tacite. Nam tunc (inquit Ruin.) non vitatur dispositio ex eo capite, quod alias relicturus non esset. Ita refert scripsisse Bar. in D 28.5.93(92) nr. 3 & ibidem Imolam nr. 4. Et egregio exemplo explicat ipse Ruin. de quo ipse respondit.

Nr 17: Secundus est casus principalis, quando *causa* institutionis, vel legati est *impulsiva*. Hoc sane casu, si apparet causam esse falsam, non corrumpit institutio, vel legatum. Ita Bart. in D 35.1.17.2 nr. 13 vers. quaedam est causa, quae legato non cohaeret & Bero. in cons. 28 nr. 43 lib. 2. (Ons kursiveer).

Nr 18: Et huius sententiae ea est ratio, quia causa impulsiva non est propria causa: sed motivum, quoddam ad disponendum, ut inquit Baldus in cons. 340. Et praemitto, quod instud col. 1 lib. 3 quem probavit Tiraq. in tract. Quod cessante causa cesset effectus in 1 limitatione nr. 6 & ibid. nr. 4 post Cynum & Baldum scripsit, causam impulsivam dici abusive causam. Exemplum huius causae impulsivae est, ut si testator legavit ex aliqua causa, quae alioqui non induceret obligationem: atque ita legato non cohaeret: quemadmodum quando dixit: quia frater tuus centum sustulit ex arca mea, ob id relinquo tibi fundum. Ita sensit Bartolus praecitato in loco: & apertius ibidem Ruinus dum explicat sensum D 35.1.12.

Hoc tamen exemplum secundum eundem Bartolum in D 35.1.17.2 nr. 14 versic. pone exemplum procedit, quando summa legata est modica respectu patrimonii, & is filius cui factum est legatum, positus in aliqua dignitate ita quod verisimile est, quod etiam si testator scivisset causam esse falsam, nihilominus adhuc legasset. Nam legatum valet, & si causa illa apparet falsa. Idem scripsit ipse Bartolus in D 28.5.93(92) nr. 5 ubi nr. 2 idem sensit de haereditis institutione.

Nr 21: Hoc etiam facit, quod scripsit Castrensis in D 28.5.9 pr. nr. 2 quem & supra retuli, cum dixit, errorem in qualitate personae non vitare institutionem, quando qualitas illa non inducit causam finalem. Idem docuit Romanus in Cod. 6.23.5 nr. 12. Quid vero sit dicendum, quando testator ipse dubitavit de qualitate institui a se heredis, explicat Baldus in cons. 74 verba D. Cyni col. 2 lib. 1.

Uit Menochius se benadering is dit duidelik dat hy onderskei of die *falsa causa* van 'n testamentêre beskikking 'n *causa finalis* of 'n *causa impulsiva* is (nr 1). Die onderskeid is van belang omdat 'n *causa finalis* wat *falsa* is altyd nietigheid van die testamentêre beskikking tot gevolg het (nr 2) terwyl dit nie die geval is waar die *falsa causa* 'n *causa impulsiva* is nie (nr 17). Die probleem is egter om te weet wanneer 'n mens met 'n *causa finalis* te doen het en dit behandel hy dan aan die hand van ses gevalle (nrs 5-16) waaruit geen algemene beginsels af te lei is nie. Bowendien is die redes wat hy vermeld waarom daar in hierdie ses gevalle 'n *causa finalis* is, nie oortuigend nie en bowendien is die vermoedens waarop hy 'n beroep doen, soos in nrs 6-9, hoogs aanvegbaar. Die grootste beswaar teen sy benadering is die formalisme wat tot gevolg het dat die ware bedoeling van die erflater uit die oog verloor word. Die *causa impulsiva* behandel hy dan in nrs 17 en 18 sonder om

duidelikheid daaromtrent te bring. Die voorbeeld wat hy in nr 18 van 'n *causa impulsiva* gee, verskil in wese eintlik nie van die voorbeeld wat hy in nr 14 van 'n *causa finalis* gee nie - veral as 'n mens sou let op die erflater se bedoeling. Wat Menochius eintlik gepoog het om te doen was om die opvattinge van die Kommentatore in 'n oorsigtelike vorm te rangskik.

Die benadering van Mantica (1534-1618), ook 'n Italiaanse juris, is ietwat meer bevredigend omdat hy ten aansien van 'n erflater se *error in nomine*<sup>168</sup> en *error in corpore*<sup>169</sup> die Romeinse reg volg, maar dan gaan hy voort om homself van die *causa finalis*<sup>170</sup> te bedien sonder om enige lig daarop te werp.

Ons kan dit afrond deur te verwys na Brunnemann (1608-1672), die bekende Duitse juris van die 17e eeu. Weliswaar behandel hy ook *error in corpore* en *error in qualitate* maar dan werk hy ook weer met *causa finalis* en beroep homself op die Kommentatore en ook Menochius en Mantica.<sup>171</sup> □

(Word vervolg)

---

<sup>168</sup>*Tractatus de Conjecturis Ultimarum Voluntatum lib. 4 tit. 7 nr 1*: Explorati autem juris est, errorem in nomine haeredis, cum de persona constat, non vitare heredis institutionem, quoniam nomina significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. Cod. 6.23.4, Inst. 2.20.29. Similiter si in patre, vel patria, vel alia simile assumptione, falsum scriptum est, dum de eo, qui demonstratus est, constet, institutio valet. D 28.5.49(48).3.

Unde etiam, qui frater non est, sed fraterna charitate diligitur, recte cum suo nomine sub appellatione fratris haeres instituitur. D 28.5.59(58).1. Nec ideo minus uxor iure haeres videtur instituta, quod non uxor, sed adfinis testamento nominata est. Cod. 6.24.5.

<sup>169</sup>*Op. cit.* nr 2: Sed si testator erravit in corpore hominis, institutio non valet, D 28.5.9 pr. & ibi explicat Paul. Castren. nr. 1 eo. tit.

<sup>170</sup>*Op. cit.* nrs 3 en 16.

<sup>171</sup>*Ad Cod.* 6.24.4 & 7.



# Aantekeninge

## EGSKEIDING: 'N NUWE BENADERING

Suid-Afrika bevind hom in die minderheid onder Westerse lande, ook wat nuwe opvattinge oor die egskeidingsreg betref. Die skuld-beginsel by egskeiding word al meer vervang deur die begrip van verval van die huweliksverhouding. My onlangse navrae geld veral Wes-Duitsland, maar hierdie benadering bestaan al lank in baie lande aan albei kante van die ystergordyn.

Duitsland het 'n kommissie aangestel, wat kort gelede gerapporteer het, en die Minister van Justisie, Gerhard Jahn, het daarop in enkele opsigte alternatiewe voorstelle gedoen. In September 1970 sal die Duitse Juristekongres in Mainz die vraagstuk van huweliksreg-hersiening behandel, en daar word gehoop dat 'n omvattende wets-ontwerp in die loop van 1971 voor die parlement van die Federale Republiek sal kom. Hoofsaak van die voorstelle is dat die „Zerrüt-tungsprinzip” in die plek van die „Verschuldensprinzip” kom.

Daar is *drie gewigtige hervormingsoogmerke* in die verslag van die kom-missie, wat vir algemene bespreking bekend gemaak is:

1. Die nuwe huweliksreg moet voldoen aan die uitgangspunt van die nuwe Grondwet, waarin die huwelik en die huisgesin onder die besondere beskerming van die staat gestel word. Dit kan egter alleen geskied wanneer die wetgewer se gedagtes gevorm word deur die maatskaplike werklikhede van ons tyd. Die Burgerlike Wetboek het van die begin van die eeu af die vrou as „huisvrou” gesien. Sy het die kinders versorg en die huishouding waargeneem; die man moes die geld verdien. Hierdie beeld is vandag in stryd nie alleen met die werklike maatskaplike ontwikkeling nie maar ook met die selfstandigheid wat in die Grondwet aan die vrou toegesê word. Volgens huidige denk-beelde dra man en vrou vandag in gelyke mate die verantwoordelikheid vir die huwelik en die huisgesin. Hulle - en nie die wetgewer nie - moet besluit wat hulle onderskeie verantwoordelikhede sal wees. Die stygende aantal beroepsvroue toon aan dat dit nie oor 'n abstrakte formule gaan nie, maar om 'n reeds voltrokke ontwikkeling in die gemeenskapslewe.

2. Die nuwe egskeidingsreg en die onderhoudsreg na afhandeling van die skeiding moet aan die swakkere vennoot meer sekerheid gee

as wat tot dusver die geval was. Ondanks die ontwikkeling wat reeds genoem is, sal die vrou in die meeste gevalle nog steeds in die swakkere posisie wees. Daar kan dus nie beweer word dat hierdie nuwe ontwerp egskeding wil vergemaklik nie - dit sou 'n oorvereenvoudiging wees. Die doel is 'n nuwe grondslag, wat in sommige opsigte verligting bring en in ander opsigte verswaring in vergelyking met die huidige reëling. Wanneer 'n huwelik misluk het, moet die beëindiging daarvan 'n regverdiger en humaner vorm aanneem. Die nuwe reëling moet die ekonomiese en maatskaplike posisie van die geskeie vrou wesenlik verbeter en die angs vir 'n onversekerde oudag verwyder.

3. Daar sal in die toekoms nie meer gesoek word na „skuld” nie. Dit het 'n onnodige vergiftiging in die lewe van die egpaar gebring. Om geskei te kan word moes die een die ander swaar beskuldig. In bestrede sake moes diep in die persoonlike sfeer ingedring word om die skuld-vraag te kan beslis. Nou geld alleen die vraag: kan hierdie twee mense nog in harmonie saamwoon, ondanks alles wat tussen hulle gebeur het?

Die kommissie het aanbeveel dat daar 'n wagtyd moet wees: in die eerste jaar van die huwelik moet daar geen egskeding kan wees nie, en waar blote onaanpasbaarheid die moeilikheid is, moes die gemeenskaplike lewe eers drie jaar lank opgehou het om te bestaan, voordat mislukking van die huwelik veronderstel sou kan word. Intussen word die egpaar aangemoedig (maar nie verplig nie) om 'n huweliksraad-gewer te besoek. Hierdie voorstelle van 'n wagtyd is egter nie deur minister Jahn aanvaar nie. Volgens die statistiek is daar in elk geval maar 'n heel klein persentasie van skeidings in die eerste huweliksjaar, en die beperking sal dus, sonder om 'n breëre doel te dien, die klein aantal mense swaar aan bande lê. Wat vasstelling van „mislukking” betref, daar sal die hof maar sy oordeel moet gebruik.

Die reëling van na-huwelike onderhoud gaan van die standpunt uit dat met skeiding ook die ekonomiese grondslag van die huwelik weggeval het. Verantwoordelikheid vir eie onderhoud moet na mislukking van die huwelik in die plek tree van die opvatting dat die huwelik - veral vir die vrou - 'n lewenslange versorgingsinstelling is. Daar word gehoop dat dit die huwelike sal teenwerk van haastige, ongekwalifiseerde meisies. Daarteenoor word in ag geneem dat iemand miskien nie in staat is om te verdien nie omdat hy of sy vir die kinders moet sorg, of te oud is, of te siek. 'n Nuwe gedagte, wat allerweë byval vind, is derhalwe dat 'n oorgangstydperk ingestel word, waarin wel aanspraak op onderhoud gemaak kan word terwyl die persoon opleiding ondergaan om in sy eie lewensonderhoud te kan voorsien.

Verder word in ag geneem dat die vrou vanweë die huwelik nie in staat was om voorsiening vir haar oudag te maak nie. Die man moet gepaste voorsiening daarvoor maak, na gelang van omstandighede. Daar word as deel van die maatskaplike welsynsprogram in elk geval

daarna gestreef om iedereen se oudag vry van sorg te maak, maar voordat dit 'n voldonge feit is, sal onderhoud tot groot hoogte daarvoor moet sorg.

By toekening van die bewaringsreg van kinders word die feitlik universele beginsel gevolg dat die belang van die kinders deurslaggewend is. 'n Nuwigheid daarby is dat in die geval van kinders van 14 of ouer, dit die plig van die hof moet wees om hulle te raadpleeg oor hulle begeertes.

Hierdie strewe om groter geregtigheid en veral groter inagneming van moderne sosiale toestande te bewerkstellig, het ook in die Duitse belastingreg lankal uitdrukking gevind in die bepaling dat wanneer man en vrou albei verdien, die inkomstes saamgetel, in die helfte verdeel en dan afsonderlik belas word. Dit is 'n belangrike belastingtoegewing wat die gebruik van vroue-arbeid in die ekonomie sterk ten goede gekom het.

'n Ondersoek wat uit die aard van die saak maar oppervlakkig moes wees, gee die volgende resultaat wat egskeidingsgronde in ander lande betref: In Engeland tree op 1 Januarie 1971 die *Divorce Reform Act* in werking, waarin ook die beginsel van skeiding op grond van onherstelbare mislukking van die huwelik ingevoer word. 'n Ooreenstemmende wetsontwerp is in Nederland gereed. Daar word in albei lande egter nog aansienlike versetsregte gegee aan die party wat nie wil skei nie. In Switserland mag egpare al sedert 1874 skei op objektiewe gronde wat nie soek na „skuld” nie, en in die Skandinawiese lande is dit al sedert die twintigerjare die geval. In Australië is dit sedert 1959 so en in Kanada sedert 1968. In die VSA is dit in 'n groot aantal state so gereël, maar dit is nog nie universeel in die hele federasie deurgevoer nie.

Die Oos-Europese lande gaan almal van die „vervalbeginsel” uit: Hongarye sedert 1957, Tsjeggo-Slowakye 1963, Pole 1964, Suid-Slawië 1965, Roemenië 1966, Oos-Duitsland 1955. Sowjet-Rusland het dit lankal, maar die datum kon nie noukeurig bepaal word nie.

'n Gedagte wat in Duitsland afgewys is, is die idee wat veral in die VSA byval vind, nl. dat die regter bygestaan moet word deur sielkundiges, sosioloë en dergelike, wat dan lede van die hof is. Die egskeiding word in Duitsland nog steeds as 'n funksie van die regsprekende gesag gesien. Wanneer die egskeiding onbestrede is, verhoor een regter dit. Wanneer dit bestrede is, verhoor drie dit; hulle kan natuurlik deskundige getuienis inroep.

Die kwessie van koste moes vanselfsprekend ook hersien word by uitskakeling van die skuldbeginsel. Tot dusver, soos by ons, moes die skuldig-bevonde party die koste betaal, maar in die wetsontwerp word voorgestel dat die koste verdeel word. Wanneer egskeiding geweier

word omdat die huwelik nog die vermoë het om suksesvol voortgesit te kan word, moet die aansoeker die koste betaal. Maar ook hier moet die geldelike vermoë van die onderskeie partye deur die hof in ag geneem word. 'n Spesiale kostebevel sal soms geregverdig wees. Daar moet altyd aan albei kante 'n regsgeleerde raadsman wees, selfs al moet die staat een aanstel.

Skeiding van tafel en bed - die onrealistiese en onregverdigte oorblyfsel uit 'n tydvak van heel ander maatskaplike opvattinge - gaan oral saam met die skuldbeginsel oorboord.

V. G. HIEMSTRA  
Pretoria

### NEGOTIORUM GESTIO OF VERRYKING?

Daar word vandag algemeen aanvaar dat die vrou se bevoegdheid om huishoudelike benodigdhede aan te koop en daardeur haar man *ex contractu* teenoor die handelaar te bind, op die bestaan van 'n geldige huwelik en 'n gemeenskaplike huishouding berus. Dit is 'n bevoegdheid wat van regsweë aan haar verleen word.<sup>1</sup> Word die gemeenskaplike huishouding beëindig as gevolg van die vrou se skuld, dan verval hierdie bevoegdheid onvoorwaardelik. Word die gemeenskaplike huishouding aan die ander kant ontbind of deur onderlinge ooreenkoms tussen die gades of as gevolg van die man se skuld, dan bly die man se verpligting tot onderhoud van sy vrou en kinders onveranderd voortbestaan en indien hy nie voldoende onderhoud verskaf nie, kan die vrou hom bind deur die aankoop van huishoudelike benodigdhede vir haarself en die minderjarige kinders wat by haar woon<sup>2</sup>. Die vraag ontstaan op watter grondslag die man hier teenoor die handelaar aanspreeklik is. Van aanspreeklikheid *ex contractu* kan daar nou nie sprake wees nie, aangesien die gemeenskaplike huishouding nie meer bestaan nie. Regter Watermeyer voer in *Excell v. Douglas*<sup>3</sup> aan dat die man hier *quasi ex contractu* aanspreeklik is en verwys hiervoor na Voet.<sup>4</sup> Hahlo<sup>5</sup> erken hierdie kwasi-kontraktuele aanspreeklikheid en doen die volgende as grondslag daarvan aan die hand:

„As long as the spouses shared a common household, the husband was bound by his wife's contracts for household necessities because she acted as the manageress of the household. . . . Where the spouses are living apart, on

<sup>1</sup>Sien Hahlo *South African Law of Husband and Wife* 3de uitgawe 163-4.

<sup>2</sup>*Ibid.* 171 en sien ook *Coetzee v. Higgins* (1887) 5 EDC 352; *Oelofse v. Grundling* 1952 (1) SA 338 (K).

<sup>3</sup>1924 CPD 472, 481.

<sup>4</sup>44. 7. 5.

<sup>5</sup>A.w. 172.

the other hand, her authority to contract on his behalf rests on *negotiorum gestio* and is 'co-extensive and co-terminous' with his obligation to maintain her."<sup>6</sup>

Het 'n mens hier werklik met *negotiorum gestio* te doen? Hahlo vind direkte steun vir sy verklaring van die man se aanspreeklikheid by Rubin<sup>7</sup> en in die saak *Behr v. Minister of Health*,<sup>8</sup> waarin daar hoofsaaklik op Rubin gesteun is. Rubin stel sy standpunt soos volg:<sup>9</sup>

„A husband is under a legal obligation to support his wife by providing her with food, clothing, accommodation, and even with the necessary funds for the purpose of instituting legal proceedings. His duty remains even after the joint household has ceased to exist, provided that its non-existence is due to his fault. A tradesman who, in these circumstances, supplies her with food or clothing, and a landlord who supplies her with accommodation, when the husband has failed to do so, is, thereby, discharging a duty which rests upon the husband and thus releasing the husband from his obligation. The tradesman or landlord is, in such a case, a *gestor* who has administered the affair of the *dominus* and is therefore entitled to be compensated for his administration . . . The above cases are, it is submitted, applications of the principle enunciated by Grotius and Pothier that a valid *gestio* may concern the rights of the *dominus* as well as his property.”

Om die vraag te beantwoord of die man se aanspreeklikheid op *negotiorum gestio* gebaseer is, is dit nodig om kortliks by die vereistes vir *negotiorum gestio* stil te staan:

- (a) Die *gestor* moet 'n diens aan die *dominus* bewys het sonder sy opdrag, wete of toestemming. Soos Rubin<sup>10</sup> aantoon, word die nakoming van 'n verpligting hieronder ingesluit.
- (b) Die *gestor* moet nie *animo donandi* opgetree het nie, maar wel met die bedoeling dat die *dominus* aanspreeklik moet wees.<sup>11</sup>
- (c) Die optrede van die *gestor* moet *utiliter coeptum* gewees het, d.w.s., sy optrede moes redelik en in belang van die *dominus* gewees het. 'n Objektiewe maatstaf word toegepas om vas te stel of die *gestor* in belang van die *dominus* opgetree het of nie.<sup>12</sup>
- (d) 'n Baie belangrike vereiste is dat die *gestor* met die *animus negotia aliena gerendi* moet opgetree het. In hierdie geval word 'n subjektiewe maatstaf toegepas, ten einde vas te stel of die *gestor* opgetree het met die bedoeling om 'n ander se sake te behartig en nie om sy eie belange te bevorder nie.<sup>13</sup>

<sup>6</sup>Sien ook *ibid.* 110.

<sup>7</sup>*Unauthorized Administration in South Africa* 62-3.

<sup>8</sup>1961 (1) SA 629 (SR).

<sup>9</sup>A.w. 62.

<sup>10</sup>A.w. 16-17 en sien ook De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 27.

<sup>11</sup>De Vos a.w. 28.

<sup>12</sup>De Vos a.w. 27; Rubin a.w. 23-8.

<sup>13</sup>De Vos a.w. 27-8; Rubin a.w. 34 e.v.

- (e) Die *gestor* moet nie teen die uitdruklike verbod van die *dominus* opgetree het nie.<sup>14</sup>

Beantwoord die verhouding tussen die handelaar en die man nou aan die gestelde vereistes vir *negotiorum gestio*? Wel beantwoord die verhouding aan vereistes (a) en (b). Die handelaar het 'n diens aan die man bewys deur sy onderhoudspilig namens hom na te kom, en het sekerlik nie met 'n skenkingsbedoeling opgetree nie. Ook wat die derde vereiste betref het die handelaar in belang (objektief) van die man opgetree deur sy onderhoudspilig na te kom, alhoewel die handelaar tog hier grootliks in eie belang opgetree het. Dit lyk egter hoogs twyfelagtig wat vereiste (d) betref, of hy subjektief die bedoeling gehad het om die man se belange namens hom te behartig. 'n Handelaar wat huishoudelike benodighede aan 'n vrou verkoop het normaalweg net een doel voor oë en dit is om sy eie sakebelange te behartig en sy winste te vergroot. Of daar ooit die gedagte by hom sal opkom om die man se onderhoudspilig namens hom te behartig, is nie in te dink nie. Rubin<sup>15</sup> erken dit dan ook.

Wat is dan die regsposisie waar 'n persoon, uitsluitlik met die bedoeling om sy eie sake te behartig, namens 'n ander optree? Enige persoon wat in sodanige omstandighede optree, behoort tog 'n vorderingsreg teen die bevoordeelde te hê. In verskeie vonnisse<sup>16</sup> gebaseer op Voet,<sup>17</sup> is die opvatting gehuldig dat so 'n persoon op grond van ongeregverdigde verryking kan eis. Die onderliggende gedagte is dat die verarmde persoon hier nie as *gestor* opgetree het nie, maar hy word tog nie remedieloos gelaat nie en gevolglik toegelaat om op grond van verryking te eis. Voet<sup>18</sup> stel die posisie soos volg:

*Sed cum iniquum videatur alterum cum alterius jactura locupletiolem fieri, magis illud hodie videtur admittendum, ut eatenus saltem repetitio concedatur, quatenus inde dominus locupletior factus est.*

Ongelukkig is hierdie suiwere siening in latere vonnisse<sup>19</sup> nie nagevolg nie, onder andere in die saak *Van Staden v. Pretorius*.<sup>20</sup> In hierdie saak is enersyds tereg beslis dat 'n persoon wat in eie belang 'n ander se sake behartig nie 'n *gestor* is nie, maar aan die ander kant het die hof te

<sup>14</sup>De Vos a.w. 27; Rubin a.w. 29 e.v.

<sup>15</sup>A.w. 63.

<sup>16</sup>*Prince v. Berrange* 1 Menz Reports 435; *Colonial Government v. Smith and Co* (1901) 18 SC 380; *Pretorius v. Van Zyl* 1926 OPD 226, 230.

<sup>17</sup>3.5.8, 9 en 11.

<sup>18</sup>3. 5. 11.

<sup>19</sup>Sien bv. *Shaw v. Kirby* 1924 GWL 33; *Herman's Estate v. Bartbolomew* 1955 (2) SA 302 (N).

<sup>20</sup>1965 (1) SA 852 (T).

ver gegaan deur so 'n persoon 'n vorderingsreg op grond van ongeregverdigde verryking te ontsê. Die vonnis het baie kritiek uitgelok.<sup>21</sup>

Gelukkig het daar in hierdie onjuiste benaderingswyse 'n kentering gekom in die onlangse beslissing *Odendaal v. Van Oudtshoorn*.<sup>22</sup> In hierdie saak het dit gegaan om 'n persoon wat in sy eie belang namens 'n ander 'n geldskuld voldoen het. Regter De Kock kom na 'n grondige ondersoek van die bronne tot die gevolgtrekking dat die betrokke persoon in dié omstandighede wel 'n aksie het - sommige skrywers beskou dit as 'n *quasi actio negotiorum gestorum contraria*; andere as 'n uitbreiding van die *gestor* se aksie; ander weer as 'n *actio utilis*, terwyl daar ook nog verdere benaminge voorkom. Vir die regter is dit egter voldoende dat ons gemene reg die bestaan van 'n grond van aksie erken het en dat in sodanige omstandighede ongeregverdigde verryking die beginsel is wat die aksie ten grondslag lê. Hy wys ook daarop dat die onderhawige geval nie geraak word deur die vonnis *Nortje v. Pool NO*<sup>23</sup> nie, aangesien dit wel binne die aanwendingsgebied van 'n erkende verrykingsaksie van ons reg tuisgebring kan word. Hoewel die posisie dus nog nie vasstaan nie, kan gekonkludeer word dat mens hier klaarblyklik met suiwere verrykingsaanspreeklikheid te doen het en nie met *negotiorum gestio* nie.

Daar bestaan geen rede waarom die voldoening van 'n geldskuld en die nakoming van die man se verpligting tot onderhoud van sy vrou en kinders verskillend beoordeel moet word nie. Dit is dan ook opmerklik dat die Kaapse hof in *Gammon v. McClure*<sup>24</sup> reeds in 1925 by monde van regter Benjamin beslis het:

„There is a well recognised equitable principle in our law that no one should be unjustly enriched at the expense of another (see e.g. *van Rensburg v. Straughn* (1914 A.D. 317). This principle seems to be eminently applicable to the case where a third party has discharged the duty which a husband owes to his wife in respect of maintenance.”<sup>25</sup>

Die onderskeid tussen *negotiorum gestio* en verryking is nie bloot van akademiese belang nie. By *negotiorum gestio* is die vraag bloot wat die omvang van die *gestor* se uitgawes was onafhanklik daarvan of daar enige werklike verryking by die *dominus* was. By ongeregverdigde verryking, aan die ander kant, is die vraag wat die omvang van die verrykte se verryking was teenoor die omvang van die verarmde se verarming en die verarmde kan dan of die bedrag van verryking of die bedrag van verarming eis, welke bedrag ook al die minste is.<sup>26</sup>

<sup>21</sup>Sien o.a. Scholtens 1965 *Annual Survey of South African Law* 169.

<sup>22</sup>1968 (3) SA 433 (T).

<sup>23</sup>1966 (3) SA 96 (A).

<sup>24</sup>1925 CPD 135, 139.

<sup>25</sup>Sien ook *Oelofse v. Grundling* 1952 (1) SA 338 (K).

<sup>26</sup>Sien De Villiers en Mackintosh *The Law of Agency in South Africa* 163; Scholtens 1951 *SALJ* 134 en De Vos a.w. 28.

Wat die laaste genoemde vereiste van *negotiorum gestio* betref, nl. dat die handeling nie teen die uitdruklike verbod van die *dominus* moes geskied het nie, is die posisie onseker, maar dit lyk of die handelaar volgens ons positiewe reg nie 'n aksie sal hê waar die man hom uitdruklik verbied het om ware aan sy vrou te verkoop nie, ook nie op grond van ongeregverdigde verryking nie. Dié mening is *obiter* deur regter De Kock in *Odendaal v. Van Oudtshoorn*<sup>27</sup> uitgespreek. In so 'n geval handel die handelaar op eie risiko. Bowendien, al het die man geen verbod op die handelaar geplaas nie, sal hy, waar hy voldoende onderhoudstoelae aan sy vrou verskaf en sy desnieteenstaande poog om sy krediet te bind, ook nie aanspreeklik wees nie, bloot op grond daarvan dat hy sy onderhoudspilig nagekom het en dus nie verryk is ten koste van die handelaar nie.<sup>28</sup> In *Janion v. Watson*<sup>29</sup> sê die regter dan ook:

„I think that every tradesman who, for the first time, or in rare circumstances, supplies a married woman with goods on unauthorized credit, even though apparently for ordinary domestic uses, ought, if he depends on the husband's paying, to satisfy himself that the wife lives in the husband's house or residence or somewhere equivalent thereto.”

Om dus saam te vat: Indien 'n handelaar huishoudelike benodigdhede aan 'n vrou verskaf namens haar man waar die gemeenskaplike huishouding beëindig is as gevolg van die skuld van die man of deur onderlinge ooreenstemming van die gades, dan is die man teenoor die handelaar aanspreeklik op grond van ongeregverdigde verryking as hy nie sy onderhoudspilig teenoor sy vrou nakom nie. Kom hy wel sy onderhoudspilig na of tree die handelaar teen die verbod van die man op, is hy geensins aanspreeklik nie.

J. NEETHLING  
Universiteit van Suid-Afrika

## BEVORDERING VAN PADVEILIGHEID VAN REGSWEË

Daar is allerweë besorgdheid oor die verskriklike slagting op die paaie. Gegewens in die eerste nommer van die *Journal of Forensic Medicine* vir 1970 op bladsy 1 weergegee, bevestig dat noodlottige gevalle in die Republiek van Suid-Afrika proporsioneel die hoogste ter wêreld is. Hiervolgens is die getal sterfgevallen bereken volgens standaard-afstand afgelê, om vier lande te noem, soos volg: VSA 5, Groot-Brittanje 10, Australië 11 en Suid-Afrika 38. Hieruit behoort dit

<sup>27</sup>1968 (3) SA 433 (K); sien ook *Nortje v. Pool* 1966 (3) SA 96 (A), 123.

<sup>28</sup>Hahlo a.w. 173.

<sup>29</sup>(1885) 6 NLR 234, 237.



duidelik te wees hoe ernstig die probleem hier te lande geword het. By die bekamping daarvan kom ons regspleging ook in die gedrang. Daar is naamlik al hoe meer stemme dat die geregshowe tot fermer optrede moet oorgaan. Immers, sodoende kan hulle hulle deel tot die bevordering van padveiligheid bydra, d.w.s. vir sover so 'n doelwit by die uitoefening van die funksie van straftoemeting verwesenlik kan word. Wat dit betref, is juriste, gedagtig aan die ontsettende ongevallesyfer op ons paaie, dit al lank roerend eens. Byvoorbeeld, in *R v. Celsi* 1939 TPD 475, ook gerapporteer in Justisie-opsommings paragraaf 132/1938, is alreeds verkondig (op bladsy 479):

„It must now be stated that whether an accident has occurred or not the appropriate punishment for those whose contravention of sec. 31 (1) (a) of the Motor Vehicle Ordinance consists in deliberate and wilful negligence or recklessness, and not in mere inadvertence, will be deemed by Judges of the Transvaal to be imprisonment without the option of a fine unless there are extenuating circumstances.”

Dit is egter nodig om daarop te wys dat daar sedert *Celsi* se saak 'n so te sê geykte benadering ontwikkel het, welke benadering duidelik uit ons regspraak blyk. Daarvolgens is dit 'n oorweging van kardinale belang om te bepaal of die veroordeelde motoris hom skuldig gemaak het aan gewone nalatigheid of aan growwe nalatigheid (sometyds ook as „a high degree of negligence” beskryf) of aan roekeloosheid. Waar bewys van growwe nalatigheid of van roekeloosheid gelewer word, sou dit ingevolge bedoelde benadering *prima facie* 'n saak vir die oplegging van gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete wees. Om slegs die sleutelvonnisse in dié verband aan te haal, daar is eerstens *R v. Mahametsa* 1941 AD 83, waar appèlregter Centlivres hom op bladsy 86 soos volg uitlaat:

„We do not disagree with the view that imprisonment is an appropriate punishment in cases of recklessness, if by 'recklessness' is meant gross negligence or a wilful disregard of the rights of other road users, as for example in the case of numbers of accidents which are caused by the dangerous practice of 'cutting in' or driving round a blind corner on the wrong side of the road, or passing another car on the crest of a hill.”

Met verwysing na die aangehaalde passasie het waarnemende appèlregter Davis in *R v. Swanepoel* 1945 AD 444, 448 verklaar:

„Inferentially, the case shows that, in the absence of recklessness or some other high degree of negligence, an unsuspended sentence of imprisonment, without the option of a fine, should not be imposed on a first offender.”

In *R v. Barnardo* 1960 (3) SA 552 (A) benadruk appèlregter Schreiner op bladsy 557 dat die onskendbaarheid van die menslike lewe steeds beklemtoon moet word wanneer iemand wederregtelik gedood word en dat bestuurders van motorvoertuie voortdurend daaraan herinner moet word dat hulle in beheer is van 'n masjien wat skrikwekkende lewensverlies op die paaie veroorsaak.

In *R v. Bredell* 1960 (3) SA 558 (A) het appèlregter Ramsbottom op bladsy 560 die alreeds aangehaalde passasies uit *Mahametsa* en *Swanepoel* se sake gesitèer en bygevoeg:

„It may be that the time has come when it is the duty of judicial officers to exercise greater severity in passing sentence in cases of the negligent use of motor vehicles. A motor car is a most dangerous instrument if negligently handled, and it may be that the only way to remind drivers of their duty to use proper care is for magistrates and judges to make more frequent use of the deterrent effect of prison sentences. The opinions to which I have referred are not rules of law which are binding on all courts and in proper cases they can be departed from.”

Hiermee het appèlregter Williamson in *S v. Lombard* 1967 (4) SA 538 (A), 545, in ’n meerderheidsuitspraak akkoord gegaan; hy het tewens beslis dat die ter sake uiteensettings in *Barnardo* en *Bredell* se sake ook in die geval van oortredings weens die bestuur van ’n motorvoertuig onder die invloed van drank van toepassing is.

Aangaande die vraag wat die begrip roekelose bestuur van ’n motorvoertuig behels, is daar in die eerste plek eendersluidende bepalinge daaromtrent in die onderskeie Provinsiale Ordonnansies op Padverkeer. Die bewuste bepaling in die Kaapse Ordonnansie, No. 21 van 1966, is sub-artikel (2) van artikel 138. Dit lui soos volg:

„Sonder om die gewone betekenis van die woord ‚roekeloos’ te beperk, word daar geag dat iedereen wat ’n voertuig met opsetlike of moedswillige verontagsaming van die veiligheid van persone of eiendom bestuur, genoemde voertuig roekeloos bestuur het.”

Die juiste uitleg van hierdie bepaling het in *S v. Van Zyl* 1969 (1) SA 553 (A) ter sprake gekom. Die beskuldigde is in die landdroshof skuldig bevind weens oortreding van artikel 138 (1) van genoemde ordonnansie deurdat hy ’n motorvoertuig op ’n openbare pad roekeloos bestuur het. Luidens die aangevoerde getuienis het die beskuldigde op ’n helder dag op ’n gelyk, lang, reguit teerpad aan sy verkeerde kant van die pad van voor gebots met ’n aankomende motorvoertuig wat hy nie gewaar het nie. Sy voertuig het na regs geswenk terwyl hy met iets in die voertuig doenig was en sy oë nie op die pad gehad het nie.

Aan die hand van die alreeds aangehaalde passasie uit *Mahametsa* se saak vervolg hoofregter Steyn op bladsy 558 e.v.:

„Hier word heel duidelik aanvaar dat roekeloosheid, afgesien van opsetlike verontagsaming van die regte van ander persone op die pad, ook uit growwe nalatigheid kan bestaan. Ten minste die eerste voorbeeld wat genoem word, veronderstel nie noodwendig ’n opsetlike verontagsaming van die regte van ander nie. In *R v. Roopsingh*, 1956 (4) SA 509 (A.A.) op bl. 519, word met verwysing na hierdie passasie gesê:

„Although the appellant did none of these things it seems to me that a further instance of gross negligence might well be added to those described by the learned Judge and that is: driving, while under the influence of

liquor at a speed of 40 miles an hour within some two feet of a stationary car, behind the right mudguard of which a man was standing.'

Hierdie bygevoegde geval is blykbaar gesien as een waarin die bestuurder roekeloos sou optree in die sin van grof nalatig, en ook hierdie geval veronderstel nie noodwendig 'n besef van die gevaar wat geskep word nie . . . Uit die voorgaande blyk dit, meen ek, dat die gewone betekenis van 'roekeloos' ('recklessly') ook slaan op growwe nalatigheid met of sonder risikobewustheid."

Ten besluite bevind die hoofregter dat op grond van die getuienis soos aangestip growwe nalatigheid aan die kant van die beskuldigde wel bewys is. Gevolglik word die appèl teen die skuldigbevinding weens roekelose bestuur afgewys.

In *S v. Swiegers* 1969 (1) PH H110 (A) is die beskuldigde in hoër beroep teen sy skuldigbevinding op twee hoofde weens roekelose bestuur kragtens die bepalings van artikel 138 van die SWA-ordonnansie, No. 30 van 1967, waarvan die bepalings met dié van die alreeds genoemde artikel 138 ooreenstem.

In hoof een het die beskuldigde volgens die getuienis teen 'n hoë snelheid met sy motorvoertuig in 'n straat afgery en skielik omgedraai sodat waar hy gedraai het die grond omgeploeg was. Met die draai het klippe opgeskiet en oor 'n afstand van 50 voet deur die lug getrek. Een klip het 'n venster in die sitkamer van 'n woonhuis getref en dit in skerwe laat spat. Die skade was R15.

In die ander hoof het die beskuldigde sonder enige rede twee skerp draaie teen 'n hoë spoed in 'n straat gemaak. Weer het sy motor se wiele klippe opgeskiet. Een daarvan het die regter-agterdeur van 'n motor wat digby in 'n motorhawe gestaan het, gebreek. Die skade het R10-R15 beloop.

By afwysing van die appèl konstateer appèlregter Botha:

„Die grens tussen gewone en growwe nalatigheid is moeilik te bepaal. In *S v. van Zyl* (*supra*) is op bl. 561, met betrekking tot die feite in daardie saak, bevind dat die aangeklaagde motorbestuurder op onverskoonbare wyse ernstige en vanselfsprekende lewensgevaar vir ander geskep het', en hom gevolglik aan growwe nalatigheid skuldig gemaak het. Hieruit is nie af te lei dat growwe nalatigheid alleen dan kan bestaan wanneer die gevaar, wat vir andere geskep word, van ernstige aard is nie, of dat dit as vereiste vir growwe nalatigheid gestel moet word nie. Sonder om 'n omvattende nadere omskrywing vir growwe nalatigheid te wil gee, sou dit, meen ek, vir die bestaan van growwe nalatigheid voldoende wees indien 'n motorbestuurder op onverskoonbare wyse vanselfsprekende en wesenlike gevaar vir persone of eiendom skep. Dit is in hierdie verband insiggewend dat selfs in die toegedigte betekenis van 'roekeloos' in artikel 138 (2) van die Ordonnansie slegs na die 'veiligheid van persone en eiendom' verwys word, en nie na die ernstigheid van die moontlike gevolge nie.

Dit sou miskien aangevoer kon word dat appellant nie sy voertuig met opsetlike of moedswillige verontagsaming van die veiligheid van persone of

ciendom bestuur het nie, maar na my oordeel sou hy met geen sukses kon aanvoer dat hy nie grof nalatig vir bogenoemde sou wees nie."

Dit is nouliks nodig om by te voeg dat *van Zyl* en *Swiegers* se sake nou as die gesaghebbende uiteensettings van ons reg met betrekking tot die vraag onder beskouing geld. Wyders dien daarop gelet te word dat in *Van Zyl* se saak *S v. De Wolf* 1964 (2) PH O35 (T). *S v. Grobler* 1964 (2) SA 776 (T) en *S v. Richter* 1966 (1) SA 354 (T) *expressis verbis* verwerp is. Afgesien hiervan is enige vorige beslissing vir sover dit met bedoelde uiteensettings onbestaanbaar is by implikasie ook verwerp.

Wat die strafmaat betref, by skuldigbevinding aan die wetteregtelike misdryf nalatige bestuur is die veroordeelde strafbaar met 'n boete van hoogstens R400 of 1 jaar gevangenisstraf of met sowel genoemde boete as gevangenisstraf. In die geval van roekelose bestuur is die maksimum dubbeld die genoemde straf. Kyk artikel 138 (4) van die Kaapse ordonnansie. (Die ander provinsies se ordonnansies bevat dieselfde bepaling.)

Kragtens artikel 147 is dit verder in die geval van roekelose bestuur enersyds gebiedend om 'n bevel o.m. met betrekking tot die veroordeelde se rybewys uit te vaardig, te wete, ná die eerste en tweede skuldigbevindings opskorting daarvan vir minstens ses en twaalf maande onderskeidelik en ná die derde skuldigbevinding intrekking daarvan. Andersyds word daar ook in hierdie artikel 'n diskresie aan die hof verleen. By die uitoefening daarvan is dit naamlik veroorloof om 'n rybewys selfs ná die eerste of tweede skuldigbevinding in te trek. Behoudens hierdie bepaling verleen artikel 146 'n algemene bevoegdheid aan die hof om 'n bevel uit te reik o.m. vir die endossement, opskorting of intrekking van 'n rybewys waar die houer daarvan weens 'n misdryf ingevolge die ordonnansie of aan 'n gemeenregtelike misdryf wat betrekking het op die bestuur van 'n motorvoertuig skuldig bevind word.

Die voorskrifte in die voorafgaande paragraaf vermeld, is ook van toepassing in die geval van misdrywe kragtens artikel 140 van die Kaapse ordonnansie, te wete:

- (1) bestuur van 'n voertuig of sit in die bestuurdersitplek van 'n motorvoertuig waarvan die enjin loop terwyl die bestuurder onder die invloed van drank is, en
- (2) dergelike handeling terwyl die persentasie alkohol in die betrokene se bloed nie minder as 0.15 persent is nie.

Die maksimum strawwe voorgeskryf in artikel 140 t.o.v. hierdie misdrywe is vir (1) R800 of 2 jaar gevangenisstraf of sowel die boete as gevangenisstraf en vir (2) die helfte van die voorgaande.

In ons regspraak is daar in die onderskeie provinsiale afdelings 'n mag der menigte beslissings aangaande straftoemeting by skuldigbevinding weens die bestuur van 'n motorvoertuig onder die invloed van drank. Vir huidige doeleindes kan daar egter volstaan word met 'n verwysing na die jongste gesaghebbende, te wete *S v. Lombard supra*. Behalwe die grepe daaruit waarvan alreeds gewag gemaak is, het die appèlregter met skynbare instemming ook na *S v. Oshman* 1962 (3) SA 643 (O) verwys. Dáár is die faktore wat hier van belang is op 'n saaklike wyse soos volg saamgevat, naamlik: die beskuldigde se graad van beskonkenheid terwyl hy die voertuig bestuur het; die wyse waarop hy bestuur het; die verkeerstoestande op die pad indertyd; of dit 'n oop pad was dan wel een in 'n bewoonde gebied; die beskuldigde se gedrag in die heersende omstandighede; sy vorige veroordelings; sy ouderdom; en of sy beskonke toestand tot skade aan of besering van 'n ander bygedra het. Die beskuldigde, wat as 'n eerste oortreder beskou is, is in die landdroshof gevonniss tot ses maande gevangenisstraf en boonop is hy onbevoeg verklaar om vir 'n tydperk van 18 maande 'n rybewys te verkry. In hoër beroep is hierdie vonnis bekragtig.

In *Lombard* se saak is die beskuldigde by sy tweede skuldigbevinding tot drie maande gevangenisstraf gevonniss en sy rybewys is vir twee jaar opgeskort. Die opgelegde vonnis is in hoër beroep gehandhaaf dog met die voorbehoud dat in hierdie tipe saak „the procedure of periodical imprisonment would in many cases be appropriate.”

Straftoemeting is allesbehalwe 'n maklike taak. Oor die algemene benadering wat bekende reg is, hoef hier nie uitgewei te word nie. Op stuk van sake is straftoemeting 'n funksie wat op die uitoefening van 'n regterlike diskresie neerkom, d.w.s. 'n diskresie georden deur die voorskrifte van analogie en met inagneming van alle faktore wat ter sake is. In essensie is dit 'n proses waarby oorweginge gebaseer op die beskerming van die openbare belang, een van die primêre funksies van die straftoemeter, teenoor die strafversagtende omstandighede opgeveeg word. In die onderhawige aangeleentheid blyk bedoelde oorweginge duidelik uit sowel die strekking van ons regspraak as die strafmaat luidens die wetsbepalings soos hierbo aangehaal. Aan die anderkant, die gewig van strafversagtende omstandighede, as daar is, sal afhang van die feite van elke saak en omvat meesal faktore wat die veroordeelde eie is. Daarom is dit so gebiedend noodsaaklik om, soos in enige ander strafsak, elke veroordeelde se straf na verdienste te meet.

Ten slotte, die bevordering van padveiligheid is 'n onderwerp met 'n duisternis fasette, by baie waarvan daar ruimte vir meningsverskil bestaan. Nietemin, oor een daarvan is daar tog eenstemmigheid. Dit is naamlik dat die motoris wat vir hom en sy medemens gevaar skep, uitgeskakel moet word. Een van die doeltreffendste maniere om dit te

bewerkstellig is om hom, waar moontlik, die voorreg om 'n motorvoertuig te bestuur, te ontsê. Hiertoë kan daar van regsweë 'n wesentlike bydrae gelewer word deur in gepaste gevalle die bepalings van die aangehaalde artikels 146 en 147 konsekwent toe te pas. Trouens, hieraangaande kan bv. die voorskrifte van artikel 147 by uitoefening van die hof se diskresie as 'n belangrike rigsnoer dien ook in die geval van die misdryf strafbare manslag wat op grof nalatige of roekelose optrede by die bestuur van 'n motorvoertuig berus. Immers, dit sal bo en behalwe die afskrikwaarde van die opgelegde straf ook ter beskerming van die openbare belang strek.

J. W. VAN GREUNEN  
*Hooflanddros, Kaapstad*

## PRIVILEGIE OP GROND VAN STAATSBELANG

*'n Voorbeeld uit Israel*

Die agtergrond en strekking van a. 29 van die *Algemene Regswysigingswet*, 101 van 1969, is tans so welbekend dat 'n uitvoerige uiteensetting daarvan onnodig sou wees. Daar word met die volgende volstaan:

In *Van der Linde v. Calitz* 1967 (2) SA 239 (A) beslis die Appèlhof by monde van hoofregter Steyn dat ons howe die resterende bevoegdheid het om 'n beswaar van die staat se kant teen die „blootlegging of voorlegging” van getuïenis op grond van openbare veiligheid of staatsbelang te verwerp; dat so 'n verwerping nie ligtelik gedoen sal word nie, maar wel as die hof buite twyfel oortuig is dat die beswaar nie geregverdig kan word nie; en dat die beswaar slegs gehandhaaf sal word as dit deur die politieke hoof van die betrokke departement geopper is nadat hy die geval self ondersoek en oorweeg het. Die volgende jaar het die Britse *House of Lords* in *Conway v. Rimmer* [1968] 1 All ER 874 'n soortgelyke standpunt ingeneem.

Die wetgewing waarna hierbo verwys is, is na *Van der Linde v. Calitz* aangeneem om die howe die bevoegdheid om 'n beswaar van die staat omver te werp, te ontnem. Dit bepaal dat die Eerste Minister of sy gemagtigde of enige ander Minister 'n sertifikaat kan uitreik ten gevolge waarvan enige getuïenis voor 'n hof of ander statutêre liggaam uitgesluit word op grond van openbare veiligheid of staatsbelang. Nie alleen getuïenis kan uit die hof gehou word nie, maar ook 'n getuie. Die hof is verplig om aan so 'n sertifikaat gevolg te gee.

Besware teen hierdie en ander wetgewing wat oor staatsveiligheid handel, het daartoe gelei dat 'n regterlike kommissie, bekend as die Potgieter-kommissie, ingestel is met die opdrag, o.a., om die

onderhawige aangeleentheid te ondersoek en aanbevelings te doen. Die kommissie het sy taak reeds voltooi, maar die aanbevelings is nog nie bekendgestel nie.

In die lig van die meningsverskille wat hierdie wetgewing laat ontstaan het, is dit interessant om die ooreenstemmende bepaling in Israel se *Bewysregordonnansie* te vergelyk. Die betrokke bepaling, wat hierna woordeliks uit die *Israel Law Review* (April 1970, vol. 5 nr 2, bl. 288-9) aangehaal word, is in 1968 aangeneem.

5A. (a) A person is not bound to give, and the Court shall not admit, evidence regarding which the Prime Minister or the Minister of Defence, by certificate under his hand, has expressed the opinion that its giving is likely to impair the security of the State, or regarding which the Prime Minister or the Minister of Foreign Affairs, by certificate under his hand, has expressed the opinion that its giving is likely to impair the foreign relations of the State, unless a Judge of the Supreme Court, on the petition of a party who desires the disclosure of the evidence, finds that the necessity to disclose it for the purpose of doing justice outweighs the interest in its non-disclosure.

(b) Where a certificate as referred to in sub-section (a) has been submitted to the Court, the Court may, on the application of a party who desires the disclosure of the evidence, suspend the proceedings for a period fixed by it, in order to enable the filing of a petition for disclosure of the evidence, or, if it sees fit, until the decision upon such a petition.

(c) A person is not bound to give, and the Court shall not admit, evidence regarding which a Minister, by certificate under his hand, has expressed the opinion that its giving is likely to impair an important public interest, unless the court which deals with the matter, on the petition of a party who desires the disclosure of the evidence, finds that the necessity to disclose it for the purpose of doing justice outweighs the interest in its non-disclosure.

(d) A petition for the disclosure of evidence under subsection (a) or (c) shall be heard *in camera*. For the purpose of deciding upon the petition, the Judge of the Supreme Court or the Court, as the case may be, may demand that the evidence or its contents be brought to his knowledge, and he or it may receive explanations from the Attorney-General or his representative, and from a representative of the Ministry concerned, even in the absence of the other parties.

(e) The Minister of Justice may make rules of court for the hearing of a petition under this section.

Op die volgende dien gelet te word:

(1) Die beswaar teen die beoogde getuienis word geopper in 'n sertifikaat uitgereik deur 'n Minister, nie 'n gedelegeerde nie.

(2) Word die beswaar betwis, stel die hof die geding uit en word 'n petisie *in camera* aangehoor.

(3) Die staat se beswaar word nie omvergewerp nie tensy die hof oortuig is dat die geregtigheidseise van die betrokke geding swaarder weeg as die staat se eise op geheimhouding.

Dit wil voorkom of hierdie wetgewing die botsende belange van staatsveiligheid en billike regspleging op voortreflike wyse versoen. Staatsveiligheid word voortdurend in Suid-Afrika bygehaal om ingrypende magte vir die uitvoerende gesag te regverdig. Mens kan nie anders nie as om die vraag te stel of Israel nie met minstens ewe groot gevare as ons te kampe het nie. As Israel die aangehaalde wetgewing kan bekostig, dan waarom nie ons nie?

C. W. H. SCHMIDT  
*Universiteit van Suid-Afrika*



# Vonnisse

WARING v. MERVIS AND OTHERS 1969 (4) SA 542 (W)

*Defamation - Justification - Animus iniuriandi*

In this case the plaintiff sued the defendant for defamation allegedly contained in a sub-leader published in the *Sunday Times*. This sub-leader was a response to an article written by the plaintiff in the *Cape Times* on the assassination of Dr Verwoerd. Because of certain accusations made by the plaintiff in her article, a select committee of both Houses of Parliament was appointed to investigate a possible breach of parliamentary privilege. The committee found that although no breach had been committed, the article was "undesirable and its publication unwise." This finding and its rider gave rise to the sub-leader to which the plaintiff took offence. In defence the defendants pleaded that the sub-leader consisted of fair comment upon a matter of public interest and was based upon facts accurately stated.

After an analysis of certain phrases and words contained in the sub-leader, the court came to the conclusion that the defence was well founded and that the plaintiff must consequently fail in her claim. In his judgement on this point the learned judge stated that the "plea of fair comment involves an admission of defamation, but if the defamation lies in comment and the comment is in the circumstances fair the presumption of *animus iniuriandi* is negatived." However, this "protection of the doctrine of fair comment can be defeated by proof of malice."<sup>1</sup> It is submitted that this statement calls for comment.

It is an accepted principle that, as a delictual element, the act in the law of defamation consists of the publication of matter and that its characteristic of wrongfulness is contained in the fact that the publication of this matter injures another in his interests of personality.<sup>2</sup>

The question whether the publication does indeed infringe the personality rights of another depends on whether or not the publisher

---

<sup>1</sup>At p. 549 of the report.

<sup>2</sup>McKerron *The Law of Delict* (1965) 168; Strauss, Strydom & Van der Walt *Die Persone en die Reg* (1964) 120; Van der Merwe & Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1966) 220.

can successfully plead one of the well recognised grounds of justification.<sup>3</sup> Here the test is an objective one, namely what impression the "ordinary reader" would gain from the publication.<sup>4</sup> However, it is recognised that these grounds of justification have no relation whatsoever to the mental element of *animus iniuriandi*.<sup>5</sup> For that reason a statement made on a privileged occasion which seriously injures another's reputation in the eyes of others, remains lawful despite the fact that the publisher intended to harm.<sup>6</sup> The privileged occasion is a ground of justification which, if successfully pleaded, ends any further enquiry into the legal aspects of the wrong suffered by the prejudiced party.

Applying this principle to the statement of the learned judge in *Waring's* case<sup>7</sup> that the "plea of fair comment involves an admission of defamation," it would appear that the legal effect of fair comment as a ground of justification has been overlooked in this instance. It is respectfully submitted that just the opposite of what is contained in the learned judge's dictum is the case. Surely where the plaintiff avers that the publication was wrongful in that it infringed his personality rights, the defendant's plea of fair comment is a defence to negative the element of wrongfulness and certainly not an admission of wrongfulness. To hold otherwise would amount to a denial of the justifying effect of this ground. On the other hand the learned judge is correct where he states that this plea of fair comment would be of no avail should the plaintiff prove that the statement was published with "malice."<sup>8</sup> The element of malice constitutes the evil motive<sup>9</sup> of the publisher and could be of assistance in determining whether the publication is unreasonable or not, which in turn determines wrongfulness.<sup>10</sup> <sup>11</sup> However, no matter how useful "malice" may be in that

<sup>3</sup>These are privilege, truth of the statement and public interest, fair comment and *volenti non fit iniuria*; cf. McKerron *op. cit.* 175 *et seq.*; Van der Merwe & Olivier *op. cit.* 137 *et seq.*

<sup>4</sup>*Dorfman v. Afrikaanse Pers Publikasies (Edms) Bpk* 1966 (1) PH J9 45; *SA Associated Newspapers Ltd v. Schoeman* 1962 (2) SA 613 (A); *Conroy v. Nicol & Another* 1951 (1) SA 653 (A); *Prinsloo & Another v. SA Associated Newspapers Ltd* 1959 (2) SA 693 (W).

<sup>5</sup>It is submitted that this is a reply to Boberg's question in 84 (1967) *SALJ* 391 as to what the relationship between the factors excluding wrongfulness on the one hand and those excluding fault on the other hand may be in the case of defamation.

<sup>6</sup>An injurious statement made in the course of parliamentary debate is a good illustration of this point.

<sup>7</sup>At p. 549 of the report.

<sup>8</sup>*Ibid.*

<sup>9</sup>This is the *animus vicino nocendi* of Ulpian's fame enunciated in *D* 39.3.1.12.

<sup>10</sup>Van Heerden *Die Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 182 *et seq.*; Joubert & Van der Walt *Vonnisbespreking* 30 (1967) *THRHR* 376; Van der Merwe & Olivier *op. cit.* 49. For that reason Allen's statement in *Legal Duties and Other*

regard it should not be confused with the fault element of the delict.<sup>12</sup> It is only where the defendant cannot plead or unsuccessfully pleads a ground of justification that he is forced to fall back on his second line of defence, *viz* the absence of *animus iniuriandi*.

Despite views to the contrary<sup>13</sup> it is now trite law that *animus iniuriandi* on the part of the defendant is a *sine qua non* for defamation.<sup>14</sup> This element, which consists of the intention to injure, can be negated only by the grounds recognised to exclude fault. On more than one occasion, however, our courts have stated that the publication of defamatory words raises a presumption of *animus iniuriandi* but have added that the successful pleading of a ground of justification rebuts this presumption.<sup>15</sup> This appears to be an entanglement of the elements of wrongfulness and fault which is not only juridically untenable but also leads to confusion. It is respectfully submitted that the better view is as follows: the publication of matter which is *prima facie* defamatory raises a presumption of wrongfulness and not of *animus iniuriandi*.<sup>16</sup> This presumption may be rebutted by the successful pleading of one or more of the grounds of justification, which negatives the element of wrongfulness. Should the defendant fail in this defence the publication is proved to be wrongful, which in turn raises a presumption of *animus iniuriandi* on his part. This presumption cannot be rebutted by any of the grounds of justification but only by those which exclude fault. Where the plaintiff fails to rebut this presumption his

---

*Essays in Jurisprudence* (1931) 96, namely that provided "you have the right, your motive in the exercise thereof is irrelevant to the law. Keep within the law and you may gratify your malice to your heart's content," is unacceptable.

<sup>11</sup>The term "malice" has caused great confusion even in English and American law. Thus Pollock *The Law of Torts* (1951) 18 states that the use of the word "malice" or "maliciously" appears more likely to perplex the law and hinder the study of its true principles than to advance justice in any substantial manner. Lord McNaughten admitted in *Allen v. Flood* (1898) AC 154: "Sometimes, indeed, I rather doubt whether I quite understand that unhappy expression myself," and Fleming *The Law of Torts* (1961) 662 is of the opinion that it would be better to discard all reference to the term "malice."

<sup>12</sup>Strauss, Strydom & Van der Walt *op. cit.* 134; Van der Merwe & Olivier *op. cit.* 231; Joubert & Van der Walt *ibid.*

<sup>13</sup>McKerron *op. cit.* 160; 48 (1931) *SALJ* 154; Boberg 77 (1960) *SALJ* 415; 78 (1961) *SALJ* 171; 79 (1962) *SALJ* 113 *et seq.*

<sup>14</sup>*Whittaker's case supra*; *Gelb. v. Hawkins* 1959 (2) PH J20 (W); *Tromp v. McDonald* 1920 AD 1; *Jordaan v. Van Biljon* 1962 (1) SA 286 (A); *Basner v. Trigger* 1946 AD 83; *SA Associated Newspapers Ltd v. Schoeman supra*; *Craig v. Voortrekkers Bpk* 1963 (1) SA 149 (A); *Maisel v. Van Naeren* 1960 (4) SA 836 (K); De Villiers 48 (1931) *SALJ* 308; 49 (1932) *SALJ* 199; Pont 3 (1940) THRHR 270; Price 66 (1949) *SALJ* 4; Strauss, Strydom & Van der Walt *op. cit.* 133; Van der Merwe & Olivier *op. cit.* 253.

<sup>15</sup>*Mankowitz v. Geyser* 1928 OPD 138; *Benson v. Robinson & Co. (Pty) Ltd* 1967 (1) SA 420 (A); McKerron *op. cit.* 194.

<sup>16</sup>Joubert & Van der Walt *op. cit.* 377.

*animus iniuriandi* has been confirmed and his liability established. This approach disentangles two elements which so far, to a certain extent, have been fused in an artificial attempt to minimise the role of the subjective element, namely *animus iniuriandi*, in the law of defamation.<sup>17</sup>

This was also the welcome approach of the court in *Wentzel v. SA Yster en Staalbedryfsvereniging en Andere; Wentzel v. Blanke Motorwerkersvereniging en 'n Ander*,<sup>18</sup> which crystallised a trend of development set by the Appellate Division.<sup>19</sup> The learned judge in his analysis of the nature of privilege as a ground of justification clearly distinguished between the element of wrongfulness on the one hand and that of fault on the other and, with reference to privilege, pronounced what may be regarded as a *locus classicus* in this regard: "Ondanks die konvensionele en geykte benadering dat 'n geprivilegieerde geleentheid (of feite wat op 'n geoorloofde oogmerk dui) die vermoede van *animus iniuriandi* weerlê, skyn daar weinig twyfel te wees dat, regswetenskaplik beskou, dit 'n regverdigingsgrond is wat onregmatigheid uitsluit en nie opset of *animus iniuriandi* nie."<sup>20</sup>

In drawing this distinction the court has given judicial recognition to a juristic view which has long been pleaded. This view is certainly not a novel one for over the years many writers have pleaded for this distinction.<sup>21</sup> Returning to *Waring's* case, it is regretted that the learned judge by his statement that the presumption of *animus iniuriandi* can be negated by fair comment, in effect reverted to the entanglement of the objective and the subjective elements in defamation despite *Wentzel's* case and a battery of juristic authority to the contrary.

N. E. WIEHAHN  
University of Port Elizabeth

<sup>17</sup>Boberg 1965 *Annual Survey* 193 points out that this fusion is an effort to squeeze the grounds of justification into the "ill-fitting strait jacket of *animus iniuriandi*."  
<sup>18</sup>1967 (3) SA 91 (T).

<sup>19</sup>*Maisel v. Van Naeren supra; Craig v. Voortrekkers supra; Nydoo and others v. Vengtas* 1965 (1) SA 1 (T); *Benson v. Robinson and Co. (Pty) Ltd supra*.

<sup>20</sup>At p. 98 of the report.

<sup>21</sup>*Parsons op. cit.* 196; Boberg 79 (1962) *SALJ* 117; 1967 *Annual Survey* 156; Strauss, Strydom & Van der Walt *op. cit.* 137; Van der Merwe & Olivier *op. cit.* 231; Van der Merwe 29 (1966) *THRHR* 78; Van der Vyver 30 (1967) *THRHR* 374; Joubert & Van der Walt 30 (1967) *THRHR* 379.

**ENGELBRECHT v. ENGELBRECHT 1968 (1) SA 244 (K)***Testament - Onverdeelbare legaat bemaak aan verskillende persone*

'n Testateur bemaak aan sy een seun 'n plaas van 1060 morg langs die see op „voorwaarde” dat aan nege ander persone elk 'n erf langs die see oorgedra moet word, ooreenkomstig 'n sekere plan. Die nege stukkies grond is altesaam 2.231 morg groot. Dit blyk na die dood van die testateur dat dit onmoontlik is om die plaas ooreenkomstig die plan te verdeel, aangesien die toestemming van die owerhede nie verkry kan word nie. Ook kan die plaas nie in twee verdeel word sodat die 2.231 morg as geheel afgesny kan word nie.

Die seun aan wie die plaas bemaak is doen nou aansoek dat die voorwaarde as *pro non scripto* verklaar word en dat die registrateur van aktes gelas word om die hele plaas in sy naam te registreer.

Die hof beslis dat hierdie voorwaarde eintlik geen egte voorwaarde is nie, maar dat ons hier te doen het met tien verskillende legatê van 'n stukkie grond elk. Dit wil my voorkom of die hof, met respek, te maklik tot die slotsom gekom het dat hierdie bepaling nie 'n modus is nie. Dat die hof se konstruksie egter verkeerd is wil ek nie waag om te sê nie, veral aangesien dit 'n minder belangrike punt in die uitspraak is. Ek sal dus aanvaar dat die punt korrek beslis is.

Voorts beslis die hof dat die hele bemaking ongeldig is, omdat dit in die geheel onmoontlik is om daaraan uitvoering te gee:

„Ek meen die probleem kan eenvoudig gestel word. 'n Testateur bemaak sy huis AB aan sy seun en sy dogter - die seun kry gedeelte A en die dogter kry gedeelte B. As dit blyk dat transport van die twee dele nie apart gegee kan word nie, dan volg dit nie dat die seun die hele huis moet kry of dat die dogter die hele huis moet kry nie. Die legaat verval . . .”<sup>1</sup>

Die hof beroep hom op die uitspraak van regter Corbett in *Ex parte Adams* 1964 (2) SA 135 (K), waar verklaar is:

„I have found no authority precisely in point . . . It seems to me that this position is closely analogous to the case of a bequest of a *res extra commercium*. According to Voet, Pandects, 30.30 such a bequest was wholly ineffective. It entitled the legatee neither to the thing itself nor to its value. In my view the same effect should be given to a bequest of a piece of land which cannot be separated from a large whole and cannot, therefore, become a separate, alienable entity.”<sup>2</sup>

Die resultaat van hierdie uitsprake is dan dat die legaat verval en dat die bemaakte saak in die vrye oorskot van die boedel val. Op die ou end sal die erfgenaam dit dan kry. Die legataris kry dus minder as wat die testateur beoog het om hom te laat kry *en die erfgenaam kry meer*:

<sup>1</sup>Bl. 246 van die rapport.

<sup>2</sup>Bl. 139 van die rapport.

'n resultaat dus, geheel en al in stryd met die bedoeling van die testateur - veral in daardie gevalle waar die legataris nie toevallig ook een van die erfgename is nie. Let daarop dat die resultaat anders is in die geval van 'n *res extra commercium*. In daardie geval sal die legataris wel minder kry as wat die testateur beoog het, maar die erfgenaam sal nie méér kry nie, aangesien 'n *res extra commercium* 'n saak is wat nie aan die testateur behoort het nie.<sup>3</sup> Die reëling van die geval waar 'n *res extra commercium* bemaak is, is bevredigend, want daar kan tog nie van die erfgenaam verwag word om die legataris in so 'n geval te vergoed nie.

Hierdie uitspraak is myns insiens nie alleen hoogs onbillik nie, maar met respek, ook verkeerd. Die korrekte oplossing van die probleem is na my mening om die bemaakte saak te verkoop en die opbrengs proporsioneel tussen die verskillende bevoordeeldes te verdeel.<sup>4</sup> Hiervoor is sterk steun te vind by Voet.<sup>5</sup> Hy verklaar:

„Then again if a definite share of goods has been bequeathed, such as a fourth or a sixth, the heir has a right of choice whether he prefers to make good shares of individual things in the inheritance or the value. Nay he is of necessity held liable proportionately for the value of things which are indivisible, or which do not admit of division without loss when they are in the inheritance.’

Dit strook ook met De Groot wat verklaar:

„Maer zaken die in haer zelve beheerbaar zyn, al is't dat de beheringe daer van den erfgenaem is verboden, moeten geleverd ofte de waarde daarvan betaelt werden.”<sup>6</sup>

Hierdie oplossing strook ook met die gees van Wet 94 van 1965, hoewel toegegee moet word dat dié wet nie in die onderhawige geval van toepassing is nie.<sup>7</sup>

Alles in ag genome is dit my respekvolle mening dat die saak verkeerd beslis is.

J. L. VAN DER MERWE  
*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

<sup>3</sup>Let op dat die bemaking van 'n *res extra commercium* en die onmoontlikheid van verdeling hoegenaamd nie analoë gevalle is nie, omdat ons in die een geval te doen het met die reëls wat geld in die gevalle waar 'n testateur iets bemaak wat nie aan hom behoort nie, terwyl ons in die ander geval wél die saak in die boedel aantref.

<sup>4</sup>'n Ander moontlikheid sou wees om die verskillende bevoordeeldes dan as mede-eienaars van die grond te registreer. Vir so 'n oplossing kon ek egter geen direkte gesag vind nie.

<sup>5</sup>32.1.49. Gane se vertaling: Boek 4 145.

<sup>6</sup>*Inleidinge* II. 22. 42.

<sup>7</sup>Sien ook artikel 27 van Wet 36 van 1966 wat reël dat in geval iemand kragtens testament geregtig is op onroerende goed waarvan hy kragtens die *Wet op Groepsgebiede* nie eienaar mag word nie, die grond verkoop en die opbrengs aan die bevoordeelde uitgekeer moet word. Na analogie hiervan kan dieselfde reëling op die onderhawige geval toegepas word. Die ratio van die twee gevalle is dieselfde, nl. 'n bemaking wat wel in die boedel is, maar wat weens tegniese redes nie aan die bevoordeelde oorgedra kan word nie.

## SVAMVUR v. PORTWOOD 1970 (1) SA 144 (R)

*Hond beseer persoon wat hom „red” - actio de pauperie - skuld van eienaar en medewerkende skuld van redder*

Een Sondagoggend om 4-uur word eiser wakker gemaak deur die benoude getjank van 'n hond. Hy vind dat die dier, 'n groot Doberman-Pinscher, met sy agterpote in die ogiesdraad van sy voorhek vassit. In sy poging om die dier los te kry, word hy drie keer deur die hond gebyt. As gevolg van hierdie bytewonde moet een van sy vingers geamputeer word. Hy eis skadevergoeding van die eienaar.

Die hof beslis dat die eis ingevolge die *actio de pauperie* nie slaag nie. Die hond se reaksie was die gevolg van pyn en paniek en nie die gevolg van innerlike boosaardigheid nie. In hierdie omstandighede het die hond dus nie *contra naturam sui generis* opgetree nie.

Dit wil voorkom asof die regter hier 'n maklike uitweg vir 'n moeilike probleem probeer vind het. In die onderhawige geval is die kern van die probleem die vraag of die eienaar van die dier steeds aanspreeklik gehou word vir skade veroorsaak deur sy dier nie-teenstaande uitwendige inwerkings op die dier. Gewoonlik word gestel dat die eienaar slegs aanspreeklik is indien die skade uit 'n spontane aktiwiteit van sy dier voortvloei (*Cowell v. Friedman & Co.* 5 HC Gr. 22, 44, 47; *Harmse v. Hoffman* 1928 TPD 572, 574; *SAR & H v. Edwards* 1930 AD 3; *Coetzee v. Smit* 1955 (2) SA 553 (A), 558). „Spontane aktiwiteit” word egter nie deur ons howe letterlik geïnterpreteer nie. So is al beweer dat waar 'n perd skop nadat hy deur 'n blindevlieg gestek is of waar hy reageer op die geraas van 'n naderende slagterskar of waar hy steier by die aanskou van 'n hoop klippe, sy reaksie steeds spontaan bly. (*Cowell v. Friedman* 1 HC Gr. 22, 42; *Sephton v. Benson* 1911 CPD 502, 506). Psigologiese invloede sluit ook nie 'n spontane gedraging van die dier volgens ons positiewe reg uit nie. Waar een hond deur 'n ander „verlei” word om volstruise te jaag of waar 'n hond teen 'n kind opspring wat kos na haar mond toe bring, word hierdie gedraging steeds as 'n spontane gedraging beskou. (*Brown v. Laing* 1940 EDL 75, 78; *Maree v. Diedericks* 1962 (1) SA 231 (T), 236). Dit is dus nie verregaande om te beweer dat selfs in gevalle waar 'n dier as gevolg van pyn en paniek reageer, die gedraging nog steeds spontaan kan wees nie.

Ons howe trek die onderskeid tussen spontane en nie-spontane aktiwiteite op tweeërlei wyse. In *Cowell v. Friedman* 1 HC Gr. 22, 47, word aanvaar dat slegs uitwendige prikkels wat direk tot die sinne van die dier deurdring tot gevolg het dat die dier se reaksie nie meer spontaan is nie. In *SAR & H v. Edwards* 1930 AD 3, 10, word weer beweer dat die gedraging slegs nie-spontaan is indien die dier *contra naturam*

*sui generis* optree. *Contra naturam sui generis* is al deur ons howe op drie verskillende wyses geïnterpreteer. Ten eerste is dit as enige onverwagte of onvoorsiene reaksie van die dier beskou. Die regter in die onderhawige saak het dalk sodanige interpretasie in gedagte gehad toe hy na die getuienis van die veearts verwys het. Laasgenoemde het naamlik beweer dat dit waarskynlik was dat enige groot hond onder dergelike omstandighede so sou reageer. Ten tweede is al beweer dat *contra naturam sui generis* slaan op 'n spesifieke aktiwiteit van die dier: 'n aktiwiteit wat uit innerlike wildheid, opgewondenheid, boosaardigheid of perversiteit voortvloei. Skynbaar is dit die interpretasie wat die hof volg. Die regter besluit naamlik dat die aktiwiteit van die dier nie die uitvloeisel is van inwendige opgewondenheid of boosaardigheid nie. Ten derde is *contra naturam sui generis* al uitgelê as 'n gedraging van die dier wat te kort skiet aan die gedragspatroon wat van 'n ordentlike dier vereis word. Die onderliggende gedagte is dat die dier (spesifiek die huisdier) al so lank onder die beskawende invloed van die mensdom staan, dat 'n sekere minimum van goeie gedrag van hom verwag word.

Vanselfsprekend skep hierdie verskillende interpretasies van die begrip *contra naturam sui generis* verwarring. Dit is hoog tyd dat die begrip in die ban gedoen word. Verder is dit onsinnig om in hierdie omstandighede 'n spontane of willekeurige aktiwiteit van die dier te vereis. Dit berus op getuienis van die dier se sielkundige toestand wat totaal irrelevant in hierdie gevalle is. Verpersoonliking van die dier bring ons niks verder nie.

Aanspreeklikheid ingevolge die *actio de pauperie* is gebaseer op blote eienaarskap. (*O'Callaghan v. Chaplin* 1927 AD 310.) Skuld hoef nie bewys te word om die eienaar aanspreeklik te stel nie. Dogmaties is dit dus 'n vorm van strenge aanspreeklikheid of risiko-aanspreeklikheid. Daarom is die eienaar slegs aanspreeklik vir skade veroorsaak deur sy dier „handelende” binne die risiko-sfeer wat sy aanhouding meebring. Een van die risiko's wat die aanhouding van die dier meebring, is juis dat dit op uitwendige prikkels kan reageer. Dit is veral die geval as die uitwendige prikkels alledaagse gebeurtenisse is soos stadsverkeer en die skielike fluit van 'n trein. Dit is heel waarskynlik ook die geval met die reaksie van die hond in die onderhawige geval.

As mens sou beslis dat die aktiwiteit wel die eienaar in die onderhawige geval aanspreeklik stel, dink ons dat die regter dieper op die vraag kon ingaan of daar nie dalk bydraende skuld van die eiser was nie. (Sien ook Miller 1970 *SALJ* 167). Die regter kom tot die gevolgtrekking dat daar nie bydraende skuld in die vorm waarin dit vereis word by sg. „rescue cases” aanwesig is nie. Dit neem nog nie weg dat daar „substantial negligence or imprudence” soos vereis as verweer teen die *actio de pauperie* kon bestaan het nie. (*O'Callaghan v. Chaplin* 1927 AD 310. Sien ook *Kettle v. Storm* 1893 NPD 275; *Galt v. Suliman*



*Meer* 1894 NLR 225; *Smith v. Burger* 1917 CPD 662, 663; *Harmse v. Hoffman* 1928 TPD 572, 574, 577, 578; *SAR & H v. Edwards* 1930 AD 3, 10; *Watson v. Absche* 1931 TPD 499, 502; *Batchoo v. Crick* 1941 NPJ 19, 22; *Du Plessis v. Nienaber* 1948 (4) SA 293 (T), 297.)

Hoewel die hof beslis dat die eiser ingevolge die *actio de pauperie* misluk, bevind hy dat die eiser wel nalatig was. In hierdie verband beskou die hof hierdie saak as 'n sg. „rescue case.” Die „rescue cases” behels dat aan 'n persoon onder sekere omstandighede 'n aksie om skadevergoeding toegestaan word, ten spyte daarvan dat hy homself vrywillig aan die risiko tot benadeling onderwerp het of medewerkend nalatig was. Die aksie word verleen waar 'n verweerder op skuldige wyse sy eie of 'n ander se lewe, liggaam of goedere in gevaar stel sodat 'n derde benadeel word terwyl hy homself aan gevaar blootstel om tot redding te kom. (Sien *Goodhart* 5 CLJ 192 e.v.)

'n „Rescue case” vereis dat daar 'n daadwerklik dreigende gevaar vir lewe, liggaam of goedere moet wees. In *Cuttler v. United Dairies (London) Ltd* [1933] 2 KB 297 is die eiser se eis van die hand gewys toe hy beseer is terwyl hy besig was om 'n perd te help vashou terwyl daar vir niemand enige gevaar bestaan het nie. Watter goedere was in daadwerklik dreigende gevaar in die onderhawige geval? Wat die eienaar betref, kon sy hond geringe beserings aan sy agterpote opgedoen het, wat uitgawes kon meebring. Klaarblyklik was dit nie die gevaar wat die regter in die oog gehad het nie. Waaraan hy wel gedink het, was die pyn en lyding van die hond. Die Anglo-Amerikaanse reg het nog nooit sover gegaan om sodanige geval as 'n „rescue case” te beskou nie.

Die eiser moet verder 'n redder wees voordat hy op skadevergoeding aanspraak kan maak. Was die eiser inderdaad 'n barmhartige Samaritaan in die onderhawige geval? (Sien opskrif van Miller se bespreking.) Dit wil voorkom asof die regter ook meen dat die eiser uit meegevoel tot die „reddingsdaad” oorgegaan het en dat hy as gevolg van sy edele motief 'n redder is. Onses insiens was die eiser se belangrikste motivering 'n verdere nagrus. Selfs al was die motief van die „redder” hoe edel, sou dit nog nie hierdie geval 'n „rescue case” maak nie. Dit is nie die motief wat 'n persoon 'n redder maak nie, maar die objektiewe feit dat hy 'n dreigende gevaar vir lewe, liggaam of goedere probeer afweer.

'n Verdere vereiste is dat die redder nie so roekeloos moes optree dat dit sou neerkom op onredelike verontagsaming van sy veiligheid nie. (*Ward v. Hopkins (T.E.) and Son* [1959] 3 All ER 225). In Suid-Afrikaanse regsterminologie doen ons aan die hand dat die eiser nie medewerkende opset moes gehad het nie. Die opset neem hier die vorm van *dolus eventualis* aan. Op grond van die feite beslis die hof dat die eiser nie sy veiligheid op roekelose wyse verontagsaam het nie.

In die lig van die baie geringe belang wat in hierdie geval beskerm is, wonder ons tog of die eiser aan hierdie vereiste voldoen het.

Die verweerder moes natuurlik die gevaar op nalatige wyse veroorsaak het. Die hof bevind dat hy wel nalatig was deur 'n mate van profetiese gawe aan die verweerder toe te ken:

„It was foreseeable that the dog might jump a fence or gate into some other premises and might in the process get caught in such fence or gate. It was foreseeable that in such event some person might come to the aid of the dog and be bitten in the process” (op. bl. 145).

Was dit werklik nodig dat die kousale verloop in soveel detail voorsien word?

C. G. VAN DER MERWE  
J. HIEMSTRA  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### S v. VAN NIEKERK 1970 (3) SA 655 (T)

*Minagting van die hof - Vereistes - Perke van akademiese vryheid van meningsuiting*

Die relevante feite in hierdie saak was die volgende:

Die beskuldigde het 'n artikel getiteld „. . . Hanged by the neck until you are dead,” wat handel oor die doodstraf, geskryf. Hierdie artikel is weens sy lengte in twee opeenvolgende afleweringe van 'n bekende wetenskaplike regstydskrif, *The South African Law Journal*, gepubliseer; die eerste deel in die uitgawe van November 1969 en die tweede deel in die uitgawe van Februarie 1970. Die artikel bevat o.a. 'n weergawe van die antwoorde van regspraktisyns op 'n vraelys oor die doodstraf wat deur die beskuldigde opgestel en uitgestuur is. In die eerste deel van sy artikel word die resultaat van antwoorde op twee vroe soos volg gestel:

„Whatever conclusion one may draw from the results of these two questions, the fact which emerges undeniably is that a considerable number of replying advocates, almost 50 per cent in fact, believe that justice as regards capital punishment is meted out on a differential basis to the different races, and that 41 per cent who so believe are also of the opinion that such differentiation is 'conscious and deliberate'.”

Dit is veral op grond van hierdie bewering dat die beskuldigde van minagting van die hof aangekla is.

Alhoewel die hof hom nêrens pertinent daaroor uitlaat nie, is dit van wesenlike belang om in gedagte te hou dat die beskuldigde 'n akademikus en dosent in die regte was, dat die artikel 'n wetenskaplike

uiteensetting en bespreking van aspekte van die doodstraf was, en dat dit gepubliseer is in 'n wetenskaplike regstydskrif wat hoë aansien in die regs wetenskaplike wêreld, hier sowel as oorsee, geniet.

By die beantwoording van die vraag of die gewraakte bewering minagting van die hof daarstel, aanvaar die hof as uitgangspunt dat redelike kritiek op 'n regter en 'n uitspraak, na afloop van 'n saak, geregverdig is en nie minagting kan konstitueer nie. Hierdie opvatting is, met eerbied gesê, te eng. Dit is wenslik en ook geregverdig om reekse van uitsprake, tendense wat daaruit mag blyk en regters en die regspleging in die algemeen aan redelike kritiek te onderwerp. Die hof wys tereg daarop dat bewerings wat die perke van redelike kritiek oorskry, minagting van die hof daarstel. Die kern van die saak is dus wát eintlik die misdaad minagting van die hof daarstel. Die hof stel 'n objektiewe én 'n subjektiewe vereiste: gedrag wat bereken is om minagtend te wees ten aansien van regters in hulle judisiële hoedanigheid of ten aansien van die regspleging, en opset om die minagting te pleeg. Die hof ondersoek in die lig van genoemde vereistes die gewraakte woorde in die eerste deel van die artikel. Die hof verwys na die „possible dangerous implications” van die bewering, die feit dat 'n leser moontlik 'n lae dunk van die regters en regspleging sal verkry, en die moontlikheid dat die eerste deel 'n „gross imputation against the honour and impartiality of the judges” mag wees. Alhoewel die hof dus nie in soveel woorde bevind dat die eerste deel van die artikel aan die gemelde objektiewe vereiste van feitlike minagting beantwoord nie, is dit uit die strekking en toon van die ondersoek myns insiens duidelik dat die hof, indien dit 'n bevinding in hierdie verband moes of wou maak, die woorde as objektief minagtend sou bevind het. As woorde moontlik die „root of our criminal procedure and judicial determinations” aantas, of moontlik 'n „gross imputation” bevat, is dit haas onmoontlik dat 'n ander „possible interpretation” gevolg sou word. Die hof gee dus nie alleen te kenne dat die woorde in die eerste deel van die artikel objektief minagtend was nie, maar gee, in dieselfde gees en toon, te kenne dat die beskuldigde opset by moontlikheidsbewussyn (*dolus eventualis*) sou gehad het.

Die hof bevind egter dat, indien die artikel in sy geheel (d.w.s. beide dele) gelees word, dit blyk dat die beskuldigde geen opset gehad het nie. Die beskuldigde word dus onskuldig bevind.

Die ontstellende in die uitspraak van die hof is, met respek gesê, nie wat gesê is nie, maar wat ongesê gelaat is. Die uitspraak gee weinig blyke van 'n bewustheid van of aanvoeling vir die breëre regs politieke implikasies van die saak. Die wesensbelangrike van die saak, nl. die vraag na die grense en perke van die bevoegdheid tot vrye meningsuiting, kom nie duidelik na vore nie. Meer in besonder: daar word geen ondersoek ingestel na die grondliggende problematiek van die geval

nie, nl. die perke van die bevoegdheid van 'n akademikus of wetenskaplike om die resultate van sy wetenskaplike arbeid en navorsing in 'n erkende wetenskaplike blad weer te gee. Dit is van belang in elke demokratiese land dat akademici die bevoegdheid het om, waar daar sonder onbehoorlike motiewe opgetree word, hul wetenskaplike navorsing onbelemmerd te doen en die resultate daarvan, hoe ontstellend ook al vir individue of die staat, ongebonde te publiseer. By 'n saak soos die onderhawige moet hierdie openbare belang 'n hoë prioriteit geniet by die afweging daarvan teen ander belange, soos die waardigheid van die hof, die respek vir judisiële amptenare en die aansien van die regspleging. Die kennis, insig en kritiek van die wetenskaplike navorser is per slot van rekening 'n onontbeerlike voorwaarde vir die gesonde gedy van gemeenskapsinstellings.

Die hof se eng benadering tot die elemente van die misdaad minagting van die hof, het die hof by voorbaat die geleentheid ontnem om op wetenskaplik verantwoorde wyse 'n afweging van die konflikterende belange wat *in casu* ter sprake kom, te onderneem. Deur te kenne te gee dat die misdaad minagting, behalwe in geval van redelike kritiek op 'n regter en uitspraak in geval van 'n voltooide saak, daargestel word deur feitlike minagting en opset, ignoreer die hof grootliks een van die fundamentele grondslae van die moderne strafreg, nl. die wederregtelikhedsvereiste. Nie elke feitlike aantasting van regsgoedere wat deur die strafreg beskerm word, stel in beginsel noodwendig 'n misdaad daar nie; die feitlike aantasting moet ook wederregtelik wees (vgl. Burchell & Hunt *South African Criminal Law and Procedure* (1970) I 180–181, 271–272; De Wet & Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (1960) 63 e.v.). Feitlike „minagting” van die hof is dus nie noodwendig wederregtelike minagting nie. Weliswaar moet 'n feitlike aantasting normaalweg deur een of ander erkende verweer (regsverdigingsgrond) geregverdig word (bv. noodweer, toestemming), maar dié verweere verteenwoordig slegs uitgekristalliseerde voorbeelde van omstandighede wat in die praktyk reëlmatig voorkom en volgens die gemeenskapsoortuiging of *boni mores* die aantasting regtens veroorloof. Indien die hof *in casu* erkenning aan die wederregtelikelement gegee het, kon dit, met respek gesê, die vraag oorweeg het of die moontlike feitlike minagting in die onderhawige geval, in die lig van die belange op die spel, regtens veroorloof en geregverdig was.

Die hof se nalate om, met die wederregtelikelement as aanknopingspunt, op grond van 'n belange-afweging te poog om die geoorlooftheid al dan nie van die feitlike minagting vas te stel, is myns insiens, met respek gesê, die grootste gebrek in die uitspraak. Daar word eintlik geen riglyne oor die wederregtelike al dan nie van optrede, soos in en analoog aan die onderhawige geval, gestel nie. In 'n regstelsel waarvan een van die bekendste kenmerke die aanvaarding van die presedenteleerstuk is, is 'n hof se taak myns insiens nie slegs

om langs die kortste weg 'n beslissing in die besondere geval te gee nie, maar om in gepaste gevalle ook riglyne vir die toekomstige optrede van mense te stel. Dit is sekerlik geen maklike taak nie. Vermydning van die taak mag gerieflik en doelmatig wees, maar sal nie altyd in die openbare belang wees nie. In die onderhawige saak moes die hof, in die lig van die wesenlike belange op die spel, die geleentheid gebruik het om nie net te beslis oor die skuld of onskuld nie, maar om ook die grense en perke van die bevoegdheid om die resultate van wetenskaplike arbeid te publiseer, aan te dui. Ek meen met eerbied dat byvoorbeeld die volgende riglyne neergelê moes gewees het, nl. dat waar 'n wetenskaplike, sonder onbehoorlike motiewe, die resultate van sy wetenskaplike werk, hoe krities ook al, in 'n wetenskaplike tydskrif publiseer, die perke van die bevoegdheid tot vrye meningsuiting nie oorskry word nie; m.a.w. die persoon handel in sulke omstandighede nie wederregtelik nie. Na die onderhawige uitspraak is akademië, redakteurs en uitgewers van wetenskaplike publikasies grootliks in die duister oor die perke van hulle bevoegdhede. Dit is nie 'n gewenste toedrag van sake nie.

'n Verdere belangrike aspek is die volgende: In geval van die interpretasie van 'n regsbeperking op die bevoegdheid tot vrye meningsuiting is dit myns insiens wenslik dat restriktief geïnterpreteer word ten einde so min as moontlik afbreuk te doen aan die bevoegdheid tot vrye meningsuiting. Ook in die geval van beweerde minagting van die hof behoort 'n hof 'n uiterste poging aan te wend om die bevoegdheid tot vrye meningsuiting te beskerm. Hiertoe leen die soepelheid van die wederregtelikelement hom besonder goed. Die bekende *dictum* van appèlregter Rumpff in *Publications Control Board v. William Heine-mann Ltd* 1965 (4) SA 137 (A), 160, moet, met eerbied gesê, onderskryf word:

„The freedom of speech - which includes the freedom to print - is a facet of civilisation which always presents two well-known inherent traits. The one consists of the constant desire by some to abuse it. The other is the inclination of those who want to protect it, to repress more than is necessary. The latter is also fraught with danger. It is based on intolerance and is a symptom of the primitive urge in mankind to prohibit that with which one does not agree. When a Court of law is called upon to decide whether liberty should be repressed - in this case the freedom to publish a story - it should be anxious to steer a course as close to the preservation of liberty as possible. It should do so because freedom of speech is a hard-won and precious asset, yet easily lost. And in its approach to the law, including any statute by which the Court may be bound, it should assume that Parliament, itself a product of political liberty, in every case intends liberty to be repressed only to such extent as it in clear terms declare, and, if it gives a discretion to a Court of law, only to such extent as is absolutely necessary.”

Ten slotte: die hof het 'n substansiële deel van sy uitspraak daaraan gewy om aan te dui dat dit die staat nie verwyf kan word dat hy die vervolging ingestel het nie. Die regverdiging vir die instel van die

vervolgning blyk volgens die hof uit die feit dat die eerste deel van die artikel moontlik minagtend was. Dit is, met eerbied gesê, 'n eienaardige manier om die instel van 'n vervolging te regverdig. Het die staat dan nie, soos die hof, insae gehad in die tweede deel van die artikel, op grond waarvan die hof o.a. 'n gebrek aan *dolus* by die beskuldigde bevind het nie? In elk geval: die instel van 'n vervolging was na my mening nie geregverdig nie en was nie bevorderlik nie vir die hoë aansien wat ons regspleging tereg geniet.

J. C. VAN DER WALT  
*Randse Afrikaanse Universiteit*

*The traditional concept of culpable homicide is the unlawful killing of a person without intent to kill . . . But once such intent to kill or dolus is absent, the only relevant mens rea to render his homicide criminally punishable is culpa. And, inasmuch as it is better to define a crime by reference to what it is than what it is not, I consider it appropriate to adopt the statement in De Wet and Swanepoel . . . that culpable homicide is the unlawful negligent causing of the death of a fellow being.*

*Holmes JA*  
*S v. Mtshiza* 1970 (3) SA 747 (A) 752

# Boeke

## BANTU LAW IN SOUTH AFRICA

deur S. M. SEYMOUR

*Juta & Kie Bpk, Johannesburg, 3de uitgawe, 1970; 486 bladsye; biblioteek-  
uitgawe R15.00, studente-uitgawe R11.75*

Die eerste uitgawe van hierdie werk onder die titel *Native Law in South Africa* het in 1953 verskyn, 'n hersiene uitgawe in 1960 en nou tien jaar hierdie grootliks verbeterde derde uitgawe. Dit bevat 224 bladsye meer as sy voorganger; dus byna 'n verdubbeling van die inhoud. Die uitbreiding word onder meer teweeggebring deur die integrering van nuwe materiaal ten opsigte van Natal wat nie voorheen enigsins in besonderhede behandel is nie. Geen nuwe hoofstukke is bygevoeg nie, maar elkeen is in meerdere of mindere mate bygewerk. Veral is heelwat meer aandag aan die gebruikelike verbinding en aan opvolging geskenk.

'n Wyer kring van skrywers is geraadpleeg en gewysdes van die Bantoe-appèlhowe is tot en met 1967 bygewerk. Verdere toevoegings is: 'n Volledige lys van gewysdes van die Bantoe-appèlhowe en van die Hooggeregshof waarna in die teks verwys word; registers van die Natalse wetboek en van al die wette, proklamasies en goewermentskennisgewings waarna in die teks verwys word. Die inhoudsopgawe is grootliks verbeter deur 'n noukeuriger weergawe van die sub-hoofde in elke hoofstuk.

Naslaanwerk word deur genoemde verbeteringe baie vergemaklik.

In die hieropvolgende bespreking wil ek onderskei tussen die terme „Bantoe-reg,” waarmee die tradisionele regstelsel van die Bantoe bedoel word, en daarteenoor „naturellereg,” wat myns insiens nie 'n regstelsel is nie, maar 'n blote samevoeging van geldende regsreëls bestaande uit daardie reëls van die Bantoe-reg wat deur die owerheid uitdruklik of stilswyend erken word, òf in die oorspronklike òf in gewysigde en/of aangepaste vorm, tesame met sulke nuwe bepalinge as wat die wetgewer goedgevind het om op die Bantoe van toepassing te maak. In hierdie sin dan, behandel die skrywer bloot naturellereg hoewel hy dit „Bantu law” noem in navolging van die owerheid wat die term „naturel” (*native*) konsekwent deur „Bantoe” (*Bantu*) vervang

het (vgl. bl. xviii). Daarenteen verwys hy soms na die tradisionele regsstelsel as „traditional” of „basic Bantu law.”

Hoewel die grootste gedeelte van die werk die naturelleprivaatreg behandel, word in die eerste hoofstuk ’n bondige oorsig gegee van die geskiedkundige ontwikkeling van die regspleging vir die Bantoe in Suid-Afrika. Dis veral vir die student van belang, nie slegs omdat dit lig werp op die huidige fase van ontwikkeling van die naturellereg nie, maar ook omdat heelwat van die vroeëre maatreëls aan die fondament van die moderner bepalinge lê en dikwels selfs vandag nog geld.

Die tweede hoofstuk behandel kortliks die instelling en sarnestelling van die verskillende burgerlike howe wat net vir die Bantoe daargestel is. Eienaardig genoeg word geen melding gemaak van die besondere posisie van kapteins in Brits-Betsjoeanaland ingevolge a. 21 van die *Bantoe-administrasiewet* (38 van 1927) nie. Enkele paragrawe word gewy aan die rol wat nie-erkende kapteins en hoofmanne vandag nog in die regslewe van die Bantoe speel. Myns insiens kon die skrywer met vrug enigsins meer klem op hierdie rol laat val het, aangesien in baie dele van die Republiek die meeste geskille voor hierdie tradisionele, maar nie-erkende, kanale vreedsaam in der minne geskik word en derhalwe nooit voor ’n amptelik-gekonstitueerde hof verskyn nie.

’n Volle hoofstuk gaan oor strydigheid tussen die Suid-Afrikaanse reg en die Bantoe-reg. Miskien heeltemal tereg beperk die skrywer hom hoofsaaklik tot feitelike vermelding van sulke onversoenbaarhede sonder hom aan raad of kommentaar te waag. Die lukrake oorplak van Romeins-Hollandse regsreëls en -opvattinge op die Bantoe-reg moet egter noodwendig tot regsonsekerheid by die Bantoe lei; en in die lig van die landsbeleid ten opsigte van die behoud van die kulturele identiteit van die Bantoe, word die tyd ryp dat juriste oor hierdie aangeleentheid raad hou, al sou dit net wees om oor die noodsaaklikheid van grondige studie van die Bantoe-reg ooreen te kom.

Na hierdie drie, ’n mens kan byna sê, inleidende hoofstukke, wend die skrywer hom tot die naturelleprivaatreg wat hy baie volledig behandel, veral aan die hand van wetgewing en gewysdes van die verskillende Bantoe-appèlhowe, maar tog ook met verwysing na verskillende skrywers wat miskien dikwels meer etnografies as juridies georiënteer is. Sodanige verwysing is egter onvermydelik aangesien bloedweinig suiwere regsmateriaal oor die Bantoe gepubliseer is.

Hoewel die skrywer hom nie in soveel woorde by die algemeen-erkende indeling van die privaatreëls hou nie, is die verskillende onderindeling tog redelik herkenbaar. Nietemin is dit my beskeie opinie dat die minder rype regstudent tog heelwat sou baat by ’n inkleding wat duideliker ooreenkom met die gewone benadering van die regstof.

Die persoonereg en familiereg word grotendeels ineengeveg, soos wat dit trouens ook in die praktyk van die Bantoe- en naturellereg



voorkom. Insonderheid word aandag gegee aan die besondere posisie van die kraalhoof in sy gesin en familiegroep, en in die regslewe oor die algemeen. Die belangrikheid van die gesinsverband word weerspieël in die uitvoerige behandeling van die gebruikelike verbinding en alles wat daarmee in verband staan, soos die lewering van huweliksgoedere (*lobolo [bogadi]*), kinders, weduwees, ens. 'n Aparte hoofstuk behandel Christelike en burgerlike huwelike asook die gevolge daarvan op gebruikelike verbindinge en ander Bantoeregtelike reëls en opvattinge.

Die tradisionele reg met betrekking tot opvolging soos wat dit vandag nog toepassing vind, word breedvoerig bespreek, gevolg deur 'n hoofstuk waarin die gevolge van wetgewing en testamente op die tradisionele reg uiteengesit word.

Die reg in verband met kontrakte en onregmatige dade word in twee aparte hoofstukke behandel, hoofsaaklik met verwysing na besondere kontrakte en delikte en daar word nie gepoog om die gegewens te reduseer tot enige verbintenisregtelike beginsels nie. Besondere gevalle waar die landsreg aangewend word in aksies om skadevergoeding, word ook bespreek.

Enkele aangeleenthede word by wyse van aanhangsels bespreek. Sommige hiervan kon miskien ewe goed by die toepaslike hoofstukke in die boek ingeskakel gewees het.

Ten slotte nog enkele algemene opmerkinge. Hierdie derde uitgawe van Seymour se *Bantu Law in South Africa* bevat, nog meer as sy voorgangers, 'n magdom van gegewens waarvan die waarde kwalik oorskat kan word. Dit gaan vir die skrywer klaarblyklik om die toepassing van die naturellereg in die hedendaagse howe en hoewel hy teenoor besondere hofbeslissings heel dikwels krities staan, is daar weinig poging om die wyse waarop die Bantoreg erken en toegepas word onder 'n wyer soeklig te bring. Nietemin is die boek vir die praktisyn en vir die student wat hom vir 'n praktiese loopbaan wil bekwaam, onmisbaar, veral vanweë die nougesette verwysinge na statutêre bronne en gewysdes en tot 'n mindere mate ander geskrewe bronne van die tradisionele reg.

Vir die ernstige student van die Bantoreg is dit egter nie langer voldoende om die tallose reëls van die naturellereg slegs te memoriseer soos dit in die praktyk toegepas word nie. Dit word noodsaaklik om die tradisionele regstelsels van die Bantoe juridies te sistematiseer en te verklaar. Eers wanneer 'n regstelsel as 'n samehangende geheel voorgestel word, word dit begryp en kan die toekomstige ontwikkeling daarvan langs gesonde kanale plaasvind. Aan 'n werk van hierdie aard bly daar steeds nog 'n groot behoefte.

B. J. VAN NIEKERK  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## DE JURIDISCHE EN SOCIALE POSITIE DER ROMEINSE ACTEURS

Deur Mr. Dr. J. E. SPRUIT  
Assen 1966

Die titel van die werk sê in duidelike taal wat die skrywer daarmee beoog; hyself gee in anderhalwe bl. (251-2) in Ndl. 'n samevattende slotbeskouing, en in iets meer as drie bl. 'n duidelike „resumé en français” (253-6). Hy bedien hom van Romeinsregtelike, letterkundige en epigrafiese bronne en konstateer daaruit dat daar somaar van die begin af 'n „tweeslagtige mentaliteit” opval t.a.v. die benadering wat die akteurs ten deel geval het:

(A) *Enersyds* staan hulle sterk in diskrediet en moet hulle eers die felle kritiek van die heidense skrywers verduur en dan weer, van die 2de eeu van ons jaartelling af, onder die nog venyniger penne van die Christelike skrywers deurloop. Reeds voor die Christelike invloed hom laat voel het, het die afkeurende oordeel oor die toneelspelers in diskriminasie teen hulle kenbaar geword, veral in 'n ongunstige regsposisie wat weliswaar in die loop van die eeue tot die tyd van Justinianus swenkende ondergaan het maar nooit met een slag skielik merkbaar verbeter het nie. Wanneer die kerkvaders se verdopemende uitlatinge hulle by die steeds weerklinkende koor voeg, is daar wel 'n sterker volume *saeva indignatio* maar weinig verandering in melodie.

In die koningstydperk (d.w.s. tot 509 v.C.) verneem ons niks van toneelspel in Rome nie, en ook nie gedurende die eerste helfte van die Republikeinse periode nie. Die skr. begin dus met die aanvang van die Latynse letterkunde toe Livius Andronicus Griekse dramas in Latyn op die toneel gebring het (240 v.C.). Hy behandel nie individuele dramaturge nie, maar wel die verskillende tipes stukke: aangepaste Griekse treurspel en blyspel, *fabula Atellana*, en uiteindelik die *mimus* en *pantomimus* wat albei 'n lewenskragtige bestaan tot ver in die keiser-tyd sou hê.

Sedert die einde van die Republiek word die akteurs in 'n verskeidenheid wette en ook in die edik van die praetor as *infames personae* geklassifiseer; dit bring mee dat hulle nie op gelyke voet met burgers van onbesproke karakter staan nie; hierdie ongelykheid tref hulle in allerlei afdelings van die reg: in die staatsreg en administratiefreg (ampte is hulle ontsê), in die strafreg en strafprosesreg (ongelyke straftoemeting) en in die erfreg (by versterf en in die geval van kinders uit nietige huwelike). Van die beperkende reëls deur Augustus d.m.v. sy *lex Iulia et Papia Poppaea* (18 v.C. - 9 n.C.) ingevoer, het sommige tot 320 n.C. (onder Konstantyn) bly geld en selfs tot 520 op die vooraand van Justinianus se troonsbestyging.

(B) Sover die een komponent van die „tweeslagtige mentaliteit;” die antitese hiervan lê buite die wetgewende en uitvoerende mag op *de facto* gebied, in die praktyk van die daelikse lewe. Hier het talle akteurs sedert die tyd van Terentius en ’n eeu later onder die tydgenote van Cicero tot vier, vyf eeue later in ’n reeds Christelike tydperk die hoogste waardering by adel en senaatstand, by keisers en hoë ryksbeampstes, en deurgaans by die *profanum vulgus*, as hulle deel ontvang: sommige *mimi* en *pantomimi* was die minnaars van vroue uit die adel, selfs van keiserinne; ander het by geleentheid die lakens aan die hof uitgedeel. Onder Tiberius was dit nodig om ’n verbod uit te vaardig wat senatore belet om die huis van ’n *pantomimus* te betree en ridders (*equites*) om in die geselskap van dié soort vermaakkunstenaars op straat te verskyn: die amptelike geringskatting van en die diskriminasie deur wetgewing teen die akteurs was eintlik onverbloemde huigelary, meen die skrywer in sy slotsin (bl. 252).

Die werk val kronologies in drie voor die hand liggende tydvakke:

A. (Tweede helfte van die) Republiek (275-31 v.C.).

B. Prinsipaas of die eerste helfte van die Keisertyd (31 v.C. - 284 n.C.).

C. Dominaas of die tweede helfte van die Keisertyd (284 - 476 in die Weste; 284 - 565 in die Ooste).

Die drie tydvakke is in resp. 7, 11 en 9 hoofstukkie ingedeel. Die eerste hoofstuk gee telkens die algemene agtergrond; in die geval van die eerste twee gaan dit oor „die ontwikkeling van diverse vorms van die dramatiese kuns,” by die Dominaas veral oor die opkoms van die absolutisme, die toenemende mag van die kerk na die laaste vervolginge onder Diocletianus, en die gebondenheid van mense aan die *corpora* (gildes) waartoe hulle vaders behoort het, ’n onverbiddelike horigheid met verpligtinge (*munera*) wat soos ’n seekat aan die persoon kleef.

In die tweede en derde tydvakke (B en C) het die uiteensetting hoofsaaklik met die beperkinge te doen wat deur wetgewing opgelê is; dit word voorafgegaan (in tydvak A) deur ’n deeglike ondersoek na die oorsake van die sosiale geringskatting van die akteurs (c. II bl. 15-34), die gevolge van die *censores se regimen morum* (c. III), en die gevolge van *infamia* vir die akteurs vir sover dit onafhanklik van ’n *lex* of pretoriese edik ingewerk het (c. IV).

Die werk word deur ’n deeglike en indringende ondersoek van die bronne gekenmerk, uit die aard van die saak veral van die *regsbronne*. Die skr. se bibliografie getuig van ’n wye belesenheid. Soms staan hy rustig stil by ’n probleem (soos by die aard van die sanksies in die geval van ’n huwelik wat strydig met die verbodinge van die *lex*

*Iulia et Papia Poppaea* gesluit is; bl. 97-106); hy bied dikwels allerlei, o.a. bibliografiese, inligting wat tot verloklike afdwaalpaadjies kan lei, maar self hou hy vas aan die hoofdraad van die betoog. Die geheel bied nie 'n drama met verrassende of ingrypende *peripeteiae* nie; soms verskuif die aksent wel enigsins, en teen die einde val daar heelwat meer tegemoetkomendheid, veral die vrouens op die toneel, ten deel; tog is dit, oor sy geheel beskou, 'n lyn wat betreklik min styg of val.

Die skr. stel sy saak deurgaans met oortuiging. 'n Paar voorbeelde: (a) in hfst. VI (bl. 58-63) lewer hy op bl. 61 'n sterk pleidooi vir Hertz se emendasie waardeur *Atellanum* in die plek van *talarium* as die juiste lesing by Cassiodorus gestel word; (b) sy behandeling van die onsekere sanksies wat met Augustus se wette gepaard gaan, is so pas gemeld; (c) op bl. 200-1 weeg hy 'n vertolking van Gothofredus en wys dit van die hand; (d) sy bespreking van en die bibliografiese voetnoot (no. 5 op bl. 64-5) by die *lex Iulia municipalis* bied eweneens goeie oriëntering t.a.v. die datering en die doel van dié maatreël; (e) daar is kritiese vertolkings van tekste op bl. 125 n.35 (Suet. Cal. 33); bl. 128 n. 52 (Sen. Apocol.) en op bl. 137 (bo-aan).

Aan die ander kant is daar 'n paar punte van kritiek:

(a) Dis nogal die vraag of ons mag aanneem dat Cic. so 'n lae dunk van *digters* gehad het soos die skr. terloops teen die einde van bl. 17 opmerk (die bewysplase staan in n. 7 en 8 op bl. 16); ons moet ons afvra of die redenaar uit die hart praat en nie eerder na die mond van sy toehoorders, die *iudices*, nie. Vgl. sy *dissimulatio* van enige onderlegtheid as kunstenaar in die *Verrin.* IV. 3.5 en 7.13, wat 'n blote *captatio benevolentiae* is.

(b) Ek meen verder dat die skr. fouteer wanneer hy (op bl. 38-59 *passim*) die uitdrukkinge „*ex senatu movere*” en „*ex tribu movere*” as die gevolge van die *censores* se afkeuring besig; die geykte uitdrukking is *sonder* preposisie (vgl. skr. se eie sitate in n. 2 bl. 35 en die verwysing aldaar na Liv. 7.2.12; en n. 25 op bl. 14). Wieland in *TLL* s.v. *moveo* 2 II „*usu censorio*” gee twee gevalle van „*de senatu movere*,” nl. Cic. *Cluent.* 122 en Ulp. *Dig.* 1.9.7.1 gevolg deur 'n reeks voorbeelde *abl. nudo*: Sall. *Cat.* 23.1; Liv. 23.23.3 (waarby 45.15.47 gevoeg kan word); Vell. 1.10.6; Val. Max. 2.7.5. met die byvoeging *et saepe*. In dieselfde Cic.-passasie (*Cluent.* 122) staan daar ook „*tribu movere*” sonder prep. Daar volg by Wieland 'n aantal voorbeelde *abl. nudo* in ander woordkombinasies soos „(*equestri* of *senatorio*) *ordine moveri*” o.a. uit Plin. n.h.; Tac.; Suet.; Plin. ep. en ook „*decurionum ordine moveri*” (*Dig.* 48.10.13.1). T.a.v. Tac. gee Gerber & Greef *Lexicon Tac.* s.v. *moveo* sub B b) 5 passasies met *senatu movere* of *moveri* en twee met *ordine senatorio moveri*, almal *abl. nudo*. Blykens Packard *A Concordance to Livy* gebruik hierdie geskiedskrywer *movere* selde in hierdie sin maar altyd *abl. nudo*, bv. *senatorio loco movit* (39.42.6) en *motis senatu* (*ibid.*).

(c) Drukfoute: daar verskyn 'n hele aantal. Hiervan is die volgende 'n onvolledige lys van die minder hinderlikes: bl. 8 part. 5 r. 4 *comedia* i.p.v. *commedia dell'arte*; bl. 14 n. 75 ad *voluptatum* i.p.v. *voluptatem oculorum* (sen. ep. 80.22); bl. 29 n. 90 *degliscavi* i.p.v. *degli scavi*; bl. 41 n. 25 r. 2 *reliquorem* i.p.v. *reliquorum*; bl. 65 par. 3 r. 6 syfer van voeten. is 3 i.p.v. 8; bl. 69 r. 15 *quaestus facere* i.p.v. *quaestum*; bl. 88 n. 67 *trouvée à Constantin* i.p.v. *Constantine*; bl. 89 eerste vers van Hor.-sitaat *uxoribus* i.p.v. *uxoribus*; bl. 111 n. 4 die Griekse adv. in *Dig.* 48.5.6.1. is as twee losstaande woorde gedruk; bl. 138 r. 15 *probrus* i.p.v. *probus*; bl. 170 n. 3 *Mém. de l'Acad.* i.p.v. *Acad.*; bl. 194 n. 10 r. 5 zur *Byzantinische Kulturgesch.* i.p.v. *byzantinischen*; bl. 195 n. 15 rr. 5, 4 en 3 van onder: *infuses* i.p.v. *infuser*; *chastété* i.p.v. *chasteté*; *moeurs créés* i.p.v. *créées*; bl. 197 n. 4 laaste r.: interpunksie verkeerd; bl. 203 n. 23 r. 2 *scutlatis* i.p.v. *scutulatis*; bl. 209 r. 7 van voeten. (45): *Antiochië* i.p.v. *Antioche*; bl. 217 n. 7 r. 2 *professionels* i.p.v. *professionelles*; bl. 220 n. 20 r. 4 *eta* i.p.v. *età* (met klem); bl. 221 n. 25 en bl. 222 n. 28 *Basempire* i.p.v. *Bas-empire*; bl. 230 n. 14 voorlaaste r. *Excerpte* blykbaar i.p.v. *Excerpta*; bl. 253 Opskrif: *RESUMÉ* i.p.v. *RÉSUMÉ*.

Steuwend is die volgende druk- e.a. foute: bl. 12 n. 57 *pro miracula* i.p.v. *miraculo*; bl. 136 *Martialissitaat* r. 1 *terris* i.p.v. die ww. *teris*; bl. 144 voorlaaste r. „eeuw” het uitgeval na „het midden van de eerste . . .;” bl. 160 r. 9 *Quadrata* i.p.v. *Quadratilla*; bl. 167 r. 8 *merces capere* sou beteken „handelsartikels neem;” die sitaat verwys na *Dig.* 38.1.25.1 en 3 *mercedem capere* d.w.s. „die loon van die pantomimus ontvang;” bl. 183 n. 11 sitaat uit *Amm. Marc.* 14.5.1. *ambitiose* (adv.) i.p.v. die adj. *ambitioso*; bl. 184 r. 5; „Zosimus *wijdt* de minder goede regeringsdaden van Theodosius de Grote aan . . .” moet tog seker *wijt* wees; bl. 192 n. 3 r. 4 *per sibulos* i.p.v. *sibilos*; bl. 194 n. 10 r. 10 *vaciant* i.p.v. *faciant* (*Lactantiussitaat*); bl. 230 slotreël van par. 3 *uxor . . . reprobata*; bl. 242 n. 13 r. 3 *coniugum* i.p.v. *coniugium*; bl. 248 r. 6 van onder: „wordt geconstateerd dat de zuiverheid der zeden . . . worden geschonden” sou tog *wordt* moet wees.

Maar om tot die toon van die totaalindruk terug te keer: 'n aanbevelenswaardige werk.

H. L. GONIN  
*Universiteit van Pretoria*

REPERTORIUM BIBLIOGRAPHICUM INSTITUTORUM  
ET SODALITATUM IURIS HISTORIAE

deur R. FEENSTRA

*Brill, Leiden; p. xxvi, 188; fl.58*

Die *Association internationale d'histoire du droit et des institutions* het tot stand gekom in 1961 as gevolg van die internasionale kongres betreffende geskiedkundige wetenskappe wat in 1960 te Stockholm gehou is. Dit was wenslik geag dat 'n internasionale liggaam tot stand sou kom wat as 'n sentrale punt sou dien vir liggame wat hulself op die terrein van die regsgeskiedenis beweeg. Die basiese gedagte is dat die sentrale organisasie hom nie sal bemoei met interne aangeleenthede van bestaande organisasies nie maar om o.a. die moontlikheid te skep dat deskundiges en organisasies wat op die gebied van die regsgeskiedenis beweeg 'n mate van verteenwoordiging kry binne die internasionale komitee betreffende geskiedkundige wetenskappe; daarbenewens is die doel om inligting aan ander instellings te verleen wat hulle met die regsgeskiedenis besig hou en ook om as 'n internasionale sentrum vir navorsing te dien.

Die *Repertorium* wat hiermee aangekondig word, is 'n publikasie wat die produk is van die aktiwiteite van die *Association*. Dit is 'n stuk werk wat besonder mooi in voorkoms en versorging is. Daar is 'n hoeveelheid inligting in weergegee wat dit 'n uiters nuttige naslaanwerk vir elke regshistoriker maak en dit dui op 'n geweldige en tydrowende arbeid van die opsteller. Soos enige naslaanwerk, toon sy doelmatigheid homself deur die gebruik.

Die werk begin met 'n voorrede waarin die agtergrond van die *Association* asook die doel en aard van die *Repertorium* geskets word. Hierop volg die statute en die lys van lede van die *Association* waaronder die *Vereniging Hugo de Groot* wat die beheerder van hierdie *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* is. Hierop volg die name, funksie en adresse van die bestuur van die *Association*. Aangesien die *Association* sy ontstaan te danke het aan die kongres wat hierbo genoem is, is dit nie vreemd nie dat daar vervolgens 'n berig verskyn betreffende die *Comité international des sciences historiques* (wat reeds vanaf 1926 dateer) en wat die aanstigter tot die genoemde kongres was. Ook die statute en bestuur (name, funksie, adresse) word weergegee.

Daarop volg die eintlike kern van die werk wat in twee gedeel word. Die eerste deel omvat 'n lys van groeperinge, verenigings en dergelike wat hulle met die regsgeskiedenis besig hou. Eers word die internasionale organisasies van hierdie aard gegee en dan diegene wat 'n meer plaaslike aard dra. Die indeling is volgens alfabetiese volgorde. Wat die plaaslike organisasie betref is die indeling alfabeties volgens lande. Die toeval bring dan mee dat die *Vereniging Hugo de Groot*

die lys begin. Soos te begryp is die meeste sulke verenigings in die Europese lande. Die inligting wat verstrekkend word is of die betrokke vereniging 'n lid van die *Association* is, sy adres, doelstellinge, status, 'n historiese oorsig van die betrokke vereniging en sy publikasie van publikasies, indien enige. Dit is 'n aansienlike lys en 'n mens kan voorstel dat dit 'n frustrerende werk moes gewees het om al die gegewens van al die verenigings te kry. Dit is verbasend hoe baie dergelyke verenigings daar is: in Europa, Suid-Afrika, Madagaskar, Japan, Brasilië om maar net na die verskillende uithoeke van die wêreld te verwys.

Die tweede kerngedeelte het betrekking op publikasies. Hierdie publikasies is nie noodsaaklik gebonde aan een of ander van die verenigings in die vorige deel gemeld nie. Hier ook is die omvang en uitvoerigheid van die gegewens verbasend. Hierdie deel is ook in twee gedeeltes. Die eerste bevat 'n lys van monografieë wat in 'n reeks of afsonderlik verskyn. Die waarde van so 'n lys val onmiddellik op. Dit gebeur dikwels dat 'n mens goed bekend met 'n sekere reeks is, maar so 'n lys stel jou in staat om die presiese inhoud onmiddellik vas te stel.

Die tweede deel hiervan gee 'n lys van periodieke publikasies soos bv. die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*. Daar word inligting verskaf aangaande die omvang van die publikasie: aantal bande reeds verskyn, watter jaar dit begin het, die adresse van die Redaksie, en die Uitgewer, die gebruikelike aantal paginas en 'n berig oor die aard van die publikasie.

Die band sluit af met 'n register van name van persone in die boek genoem.

Dit is bemoedigend om te sien hoeveel belangstelling daar vir die regs-geskiedenis in die wêreld is. Dit is ook bemoedigend dat Suid-Afrika in hierdie verband genoem is en juis deur middel van hierdie *Vereniging* en hierdie *Tydskrif*. Miskien moet dit as 'n waarskuwing dien. Die *Tydskrif* het 'n wyere funksie as om net 'n historiese blad te wees. Maar terwyl die Romeins-Hollandse reg nog werklik in Suid-Afrika sal voortleef en nie slegs in naam die basis van ons reg is nie, mag ons die historiese beoefening en benadering tot ons reg nie vergeet en verwaarlos nie.

Hierdie *Repertorium* is natuurlik vir 'n internasionale publiek bedoel. Die titel sal die indruk skep dat dit in Latyn geskryf is. Die opsteller hou rekening met die werklikheid dat hierdie gemeenskaplike kommunikasie-middel van die beskaafde man nie meer as sodanig sy doel kan bereik nie. Titels is hoofsaaklik in die oorspronklike taal weergegee, maar met 'n vertaling, vir sover die oorspronklike nie Duits, Engels, Spaans, Frans, Italiaans, Latyn of Portugees is nie. Owerigens word Frans gebruik.

PAUL VAN WARMELO  
*Universiteit van Pretoria*

## SOUTH AFRICAN LAW OF EVIDENCE

Deur L. H. Hoffmann

*2de uitgawe, Butterworth & Co. (South Africa) Ltd, Durban, 1970;  
lxvi en 446 bl.; prys R10.75 (hardeband), R9 (sagteband)*

Vanweë die entoesiastiese ontvangs wat hierdie puik werk van Hoffmann by sy eerste verskyning in 1963 geniet het, en die feit dat dit sedertdien 'n onmisbare deel van elke regspraktisyn se wapenrusting uitmaak, is dit onnodig om hierdie tweede uitgawe aan die regspubliek bekend te stel. Ons kondig egter sy verskyning met blydskap aan in die wete dat die skrywer, met sy kenmerkende helder insig, die tussentydse ontwikkeling wat daar in die bewysreg plaasgevind het, vir ons maklik en betroubaar toeganklik maak.

Dit sou egter misleidend wees om die indruk te skep dat nuwe uitsprake en wetgewing eenvoudig by die vroeëre teks aangelas is. Waar nodig is gedeeltes van die boek deeglik herbewerk, om sodoende die regsontwikkeling of verandering korrek en in perspektief te weerpieël.

Ons meen dat hierdie uitgawe in een belangrike opsig 'n verbetering op die eerste is. Die indeling van die hoofstukke is ingrypend verander en hierdie herrangskikking is te verwelkom. Veral die student, na wie se belange die werk alreeds so goed omsien, behoort hierby baat te vind.

In die resensie van die eerste uitgawe<sup>1</sup> het ons die skrywer onder andere gelukgewens met die wyse waarop hy, onses insiens, voorsien het in die behoeftes van die praktisyn. Ek meen alle praktisyns sal beaam dat die werk sedert sy verskyning van onskatbare waarde was vir „those in search of ammunition for an argument . . . (and) those who need to find out the law in a hurry . . .”<sup>2</sup>

Die aansien wat die werk verwerf het blyk ook duidelik uit die wyse waarop en die reëlmatigheid waarmee dit in ons regspraak aangehaal word.

L. W. H. ACKERMANN  
*Lid van die Pretoriase Balie*

<sup>1</sup>1964 *THRHR* 74.

<sup>2</sup>Bl. vii van die boek.



## NUWE PUBLIKASIES

Die Redaksie het die volgende nuwe publikasies ontvang. Bespreking volg eventueel later.

C. J. M. Nathan *South African Divorce Handbook*; Durban, Butterworths, 1970. Pp. xvii, 160. Price R8.50.

G. Leveson *Company Directors - Law and Practice*; Durban, Butterworths, 1970. Pp. xxiii, 232. Price R8.50.

*The South African Encyclopaedia of Forms and Precedents*, Vol. 9 (edited P. M. Meskin, assisted by George Randell and J. N. S. Bristowe); Durban, Butterworths, 1970. Pp. 609. Price R15.

*Butterworths South African Income Tax Practice* edited by M. J. Wells, B.Com. (being a revised edition of *Law and Practice of South African Income Tax*); Durban, Butterworths, 1970-. Loose-leaf, to be kept up-to-date by the publication of quarterly service issues edited by M. J. Wells and I. Isaacs. Price R25 (to subscribers to *S.A. Income Tax* R22.50); binder R2.50.

E. M. Burchell, M.A., LL.B. and P. M. A. Hunt, B.A. (Hons.), LL.M. *South African Criminal Law and Procedure* (formerly *Gardiner & Lansdown*), Vol. I. *General Principles of Criminal Law*; Cape Town, Juta's, 1970. Pp. liii, 429. Price R16 (library edition), R12.50 (student's edition), postage 25c extra; orders for complete set of 4 volumes: R80 (postage R1.25 extra).

J. E. Hall Williams *The English Penal System in Transition*; London, Butterworths, 1970. Pp. xix, 388. Price £2.16.

A. G. Pos *Hypotheek op Roerend Goed*; Deventer, NV Uitgeversmaatschappij AE.E. Kluwer, 1970. xiv, 318 bl. Prys fl. 35.

L. R. Caney, QC, *The Law of Suretyship in South Africa*, 2nd Ed. (with a chapter on the Roman Law by R. O. Donnellan, B.C.L., M.A.); Cape Town, Juta's, 1970. Pp. xxiii, 249. Price R12.75.

# Briewe

*Die Redakteur het die volgende brief ontvang:*

Geagte Heer,

Die brief van adv. Menge in die Mei-uitgawe van die *Tydskrif* (bl. 217-8) word verwelkom. Dat ons artikeltjie prikkel tot verset is baie bemoedigend. In hierdie tyd waarin ingrypende stappe gedoen word in verband met die toekomstige regsbedeling van die Bantoe, wat 68% van ons bevolking uitmaak,<sup>1</sup> in hierdie tyd wanneer die res van Afrika, met hulp van buite, baie aandag gee aan hulle toekoms op regsgebied, kan belangstelling in die reg van die Bantoe hier tog nie beperk word net tot hulle wat direk daarmee gemoed is nie?

Die Bantoe het die belangstelling en hulp nodig. Hulle het nog nie juriste met ervaring om self tegniese leiding te gee nie - ek glo nie daar is meer as tien Bantoe-LL.B.'s in die land nie. Ons wat die Bantoe oplei, en waarskynlik ook hulle wat die Bantoe administreer en wat verantwoordelik is vir hulle regspleging, het dit net so nodig. Ek hoop dat die Redaksie verdere korrespondensie oor adv. Menge se brief sal toelaat, en dat andere ook sal skryf.

Weens die vakansie kan ek nie die hele span wat ons artikel geskryf het bymekaar kry nie, en om die antwoord nie te vertraag nie waag ek dit alleen.

In die derde paragraaf van adv. Menge se brief word die basiese vraag gevra: „Watter vooruitsig bestaan daar eintlik vir die ‚ontwikkeling‘ van Bantoe-reg?”

Adv. Menge beantwoord die vraag negatief: „Enige ontwikkeling kan tog seker net in die rigting van die land se gemene reg en regsreëls strek.” Hy sien Bantoe-reg as staties en verouderd, wat „glad nie meer pas of tuishoort in die moderne samelewing . . . nie.”

Hierdie vraag is in die verlede al dikwels gevra. Dieselfde antwoord is al dikwels gegee, en niks het meer bygedra tot gebrek aan belangstelling in Bantoe-reg, veral van juriste, nie. Dit gaan nie hier oor beleid nie, maar oor die basiese vraag of Bantoe-reg moontlikhede bied

---

<sup>1</sup>Volgens die middeljaarraming van die Departement van Statistieke was daar in 1969 13 340 000 Bantoes in Suid-Afrika, uit 'n totale bevolking van 19 618 000.

vir ontwikkeling, en op die een of ander manier dus 'n wesenlike element kan wees in die ontwikkeling van die reg van die Bantoe in die toekoms.

Indien die antwoord hierop positief is, verg die ontwikkeling van Bantoreg die aandag van juriste in Suid-Afrika; indien negatief, dan kan dit veilig genegeer word.

Alle ongekodifiseerde regstelsels het „hulle ontstaan . . . en . . . nering gevind in 'n ekonomiese milieu en onder omstandighede wat iets van die verre verlede is . . .” Almal het ontwikkel, en het hulle aangepas by moderne omstandighede. Almal is in verskillende mate beïnvloed deur ander regstelsels, het gewoonlik ook dele van ander regstelsels oorgeneem, maar het tog hulle eie karakter behou. Is daar enige rede waarom die regstelsel van die Bantoe in Suid-Afrika dit nie sal doen nie?

Die volkekunde het van hierdie ontwikkelings- en aanpassingsproses, ook van die reg as deel van die kultuur, 'n wetenskaplike studie gemaak. Ek kan nie hierop ingaan nie, en volstaan met aanhalings uit enkele skrywers oor die reg in Afrika. Dr Ajayi (soos hy tans is), van Nigerië, skryf:

„It is firmly believed that African Customary Law, properly handled, is capable of dynamic development through the judicial process. It certainly does not appear to be any less malleable than the English Common Law was in its own formative era. It would, however, be pointless to leave in the hands of the Courts the task of developing Customary Law to meet changed social needs, if their approach would be dominated by the kind of argumentum ad verecundiam that would justify a judicial decision in 1955 with no better reason than that there had been a precedent in the halcyon days of the 1890's. Contrary to certain fallacies that once held the field, but happily not now so widely accepted, that the Customary Law of simpler societies is . . . rigid and immutable, there is ample evidence that it has some inherent capacity for self-development.”<sup>2</sup>

Prof. Schapera, seker die persoon wat die volledigste studie van die regstelsel van 'n Bantoevolk in Suidelike Afrika gemaak het, kom tot hierdie gevolgtrekking:

„My object in this paper has been to show that 'customary law' in Bechuanaland has changed considerably from its traditional form and that, on the whole, it has adapted successfully to meet new social and economic conditions created by contact with Western civilization.”<sup>3</sup>

Prof. F. D. Holleman, wat oor die posisie in Suid-Afrika skryf, stel dit so:

<sup>2</sup>Ajayi F. A. *The Future of Customary Law in Nigeria*, in *Symposium Afrika Instituut Leiden: The Future of Customary Law in Africa*, Universitaire Pers, Leiden, 1956 68.

<sup>3</sup>Schapera I. *The Development of Customary Law in Bechuanaland Protectorate*, *ibid.* 115.

„The way Bantu society and customary law have spontaneously adapted themselves to changing conditions has indeed been marvellous, but it has been a leisurely protracted process . . .”<sup>4</sup>

In hulle studie oor die grondereg van die Gusii in Wes-Kenia tussen 1925 en 1950 bevind Prof. Philip Mayer (vroeër van Rhodes en Wits.) en sy vrou dat, onder ekonomiese en demografiese druk,-

„The material shows a new body of law developing, at a time that is still recent and for which official records exist, without deliberate guidance from either legislators or authorities, colonial or indigenous. It was an apparently spontaneous emergence of a new branch of common law.”<sup>5</sup>

Heelwat meer kanaangehaal word. Dit lyk duidelik dat gewoontereg in Afrika, en ook Bantoereg in Suid-Afrika, uit eie kiemkrag kan ontwikkel, maar dat dit ook ontwikkel kan word om ’n wesenlike element te vorm van die toekomstige reg van die Bantoe.

Adv. Menge praat van Bantoereg as iets van die „verre verlede.” Volgens ons ontleding van die 48 vonnisse van die Bantoe-appèlhof wat in 1966 en 1967 gerapporteer is, was 28 sake gebaseer alleen op Bantoereg, 10 gedeeltelik op Bantoereg en gedeeltelik op die gemene reg, en 10 geheel op die gemene reg.<sup>6</sup> Dit toon tog wel dat Bantoereg nog ’n groot rol speel in die Bantoe se lewe van vandag, dat dit nog ’n lewende volksreg is.

Maar die lewe van die Bantoe staan nie stil nie. Orals en om allerlei redes tree veranderinge in.<sup>7</sup> Dit kan ’n tipiese skepping wees van die Bantoe-volksaard self, of dit kan neerkom op ’n oorname van die Westerse lewenswyse. Dikwels is dit ’n kombinasie van beide. ’n Positiewe reg van die Bantoe wat nie aanpas by die veranderinge wat in hulle lewe plaasvind nie, wat nie doelbewus daarna streef om sovêr moontlik ooreen te kom met die werklike reg wat hulle nalewe nie, word ’n klug. Veral by personereg, familiereg, erfreg en ander dele van die reg wat verhoudinge reël wat daagliks deur mense nageleef word, moet die reg tred hou met die werklikhede van die huidige dag.

Hoe moet dit gedoen word? Adv. Menge sê: nie deur die howe nie! Die geregshowe se taak is om die reg toe te pas soos hulle dit vind, en om die reg te vind moet alleen gekyk word na wetgewing en vonnisse. Volkekundige navorsing en Bantoe-assessore is van weinig nut vir die

<sup>4</sup>Holleman F. D. *The Recognition of Bantu Customary Law in South Africa*, *ibid.* 250.

<sup>5</sup>Mayer P. & I. *Land Law in the Making*, in Kuper & Kuper (samestellers) *African Law, Adaptation and Development* University of California Press 1965 51.

<sup>6</sup>THRHR Mei 1969 146 en November 1969 377.

<sup>7</sup>So sê Suttner R. S. in *The Study of Bantu Law in South Africa: a Review Article*, *Acta Juridica* 1968 151: „No student of Bantu law can afford to ignore these changes in African society, nor can he avoid the questions which they pose with regard to adaptation and change in the legal system.”

howe in die oplossing van regsprobleme. Die howe se taak met regsvorming moet beperk word tot wat onwillekeurig en onvermydelik is. Anders sal dit lei tot regsonsekerheid („volkome chaos”) en daartoe dat die regter subjektief sy eie oordeel volg. As goeie Nataller, waarskynlik met die Natalse Wetboek in gedagte, sê hy: „Die algemene stelling altans in regsringe is dat ontwikkeling van die reg primêr die wetgewende gesag aangaan.” Hy veroordeel dus ons pleidooi dat die howe ’n meer dinamiese rol in regsvorming moet speel en in die middel van regsontwikkeling moet staan, dat hulle breër moet kyk as net na vonnisse en wetgewing.

Laat ons in hierdie verband eers na ons gemene reg kyk. Drie elemente in ons regsvorming wil ek hier kortliks bespreek, naamlik die gesag van ons ou skrywers, die gesag van ons vonnisse, wat sekerheid maar ook ontwikkeling aan ons reg gee, en die funksie van die wetgewer. Dit is tradisies van regsvorming en regsontwikkeling waardeur ons reg gebou is; behoorlik aangepas kan dit ook die basis vorm van Bantoe regsvorming en -ontwikkeling.

In die eerste plek, ons ou skrywers. Twee van hulle funksies wil ek noem: hulle het die gemene reg gesistematiseer en wetenskaplik bewerk, en hulle het aan ons reg sekerheid en ’n objektiewe basis gegee.

Die eerste funksie mis die reg van die Bantoe byna geheel. Dis nie hier die plek om te pleit vir ’n diepgaande, volledige, gesistematiseerde en wetenskaplike verwerking van die reg van die Bantoe van Suid-Afrika nie. Op hierdie stadium lyk dit essensieel, ook as basis van regsvorming en regsontwikkeling.

Wat die objektiewe basis van die Bantoe reg betref, moet dit gevind word in die Bantoe-gewoontereg self. Dit is die reg wat die howe na goedvinde mag toepas volgens artikel 11 (1) van die *Bantoe-administrasiewet*. Waar daardie reg met sekerheid gevind kan word is geen maklike vraag nie, maar die werke van volkekundiges en goed gekose assessore is tog van die belangrikste erkende bronne van gewoontereg. Hoe kan adv. Menge hulle so maklik afskryf?

Waar gewoontereg toegepas word, moet dit realisties benader word, en moet die howe die gewoontereg van vandag probeer vind, nie van tientalle jare gelede nie. Ook dáár kan volkekundiges, sosioloë en assessore van heelwat nut wees.

In die tweede plek, ons vonnisse. Dis waar, ons howe volg vorige vonnisse, behalwe waar dit duidelik verkeerd is. Maar veral in ons materiële reg is daar besonder baie gevalle waar ’n vorige vonnis nie nousluitend pas op die feite van die huidige saak nie. ’n Noukeurige ontleding van al die feite en twispunte openbaar gewoonlik enersheid en andersheid in vergelyking met vorige sake. Dan soek die howe

wyd na 'n oplossing, veral as dit 'n belangrike beginsel geld. Ander regsisteme en ander wetenskappe word geraadpleeg.<sup>8</sup> Ou beginsels word aangepas om 'n regverdige oplossing te vind vir 'n nuwe probleem. Op die end is die vonnis dikwels 'n mylpaal in regsontwikkeling, waarop howe van die toekoms met vertroue en sekerheid kan steun.

Ons howe was nog altyd bewus van hulle plig om die reg te ontwikkel. Dit was bepaald nie net die funksie van die wetgewer nie. *Hahlo & Kahn* som die posisie goed op:

„The general feeling in South Africa is that, for the time being at any rate, there is no case for codification. The courts can be trusted to develop the law along sound lines, while the legislature . . . can be left to deal with unsatisfactory rules.”<sup>9</sup>

Die howe vir die Bantoe moet hierdie tradisie voortsit. Maar hulle moet ook besef dat hulle met 'n samelewing in 'n oorgangstadium te doen het, en met 'n regstelsel wat nog veel minder gevorm is as die gemene reg. Om die reg in voeling te bring met die werklike omstandighede van die mense oor wie hulle regspraak, en om die reg te vorm deur vonnisse te lewer wat as mylpale staan, dit moet hulle strewe wees.

Ten laaste, die funksie van die wetgewer. Hy is in die algemeen meer begaan oor beleid as oor ontwikkeling van die reg. Sy ingryping het 'n neiging om die reg te verstar; dit mis daarna die soepelheid en aanpasbaarheid en lewe wat ongekodifiseerde reg kenmerk.

Tog moet hy soms ingryp, maar dan alleen waar die meer natuurlike maniere van regsontwikkeling nie toereikend is nie. Ons kan hier veilig vir Bantoeereg die tradisie en ervaring van ons gemene reg volg.

Die uwe,

R. VERLOREN VAN THEMAAT  
*Universiteit van die Noorde*

28 Julie 1970

<sup>8</sup>Sien bv. Hahlo & Kahn *The Union of South Africa, The Development of its Laws and Constitution*, Juta & Kie 1960 48. Na daarop te wys dat „South African judges have been able to draw upon the accumulated wisdom of the Western world,” sê prof. Hahlo: „. . . (I)t is to this universality that South African law owes its broad equitable spirit, its common sense and reasonableness, and its abhorrence of unnecessary formalities and technicalities.”

<sup>9</sup>*Ibid.* 49.

# Kroniek

## VERENIGING VAN UNIVERSITEITSDOSENTE IN DIE REGTE

### *Verklaring van die Raad*

Die Sekretaris van die Raad van bogenoemde Vereniging het die volgende verklaring van die Raad van die Vereniging vir publikasie aan die Redakteur oorhandig:

Die Raad van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte wil sy mening uitspreek oor 'n aspek van die verhoor van Dr Barend van Dyk van Niekerk gedurende Junie in die Transvaalse Provinsiale Afdeling op 'n aanklag van minagting van die hof (*S v. Van Niekerk* 1970 (3) SA 655 (T)). Die voorsittende regter het, nadat hy ter afsluiting van die staat se saak deur die Prokureur-generaal toegesprek is, die verdedigingsraadsmanne meegedeel dat dit onnodig was om hulle aan te hoor en vervolgens uitspraak gelewer.

Die Raad neem kennis van die gevolgtrekking waartoe die agbare regter, en dit sonder die aanhoor van verdedigingsbetoog, geraak het - naamlik: „If this first article had stood alone it could possibly have constituted a gross imputation against the honour and impartiality of the Judges. It would then have constituted an attack, not on a single Judge or Court, but on Judges and the Superior Courts generally with the consequence that it might have been contempt of Court” (bl. 659B-C). Publikasie van die materiaal wat in die eerste gedeelte van die artikel vervat is, het aanleiding gegee tot die klag van minagting van die hof. Volgens die lede van die Raad se vertolking van die uitspraak, is die tweede gedeelte van die artikel deur die hof as relevant geag, nie omdat dit geslaan het op die vraag of daar objektief minagting van die hof was nie, maar omdat dit die geestesgesindheid van die beskuldigde betrek het. Die hof het bygevolg tot 'n hoogs betekenisvolle potensiële regsbevinding geraak sonder om teenargumente aan te hoor. Met dien word akademië en regsrywers, -redakteurs en -navorsers gelaat met 'n uiters verontrustende gevoel van onsekerheid. Na alle verwagting sal niemand voortaan bereid wees om selfs terloops of onregstreeks, en sonder persoonlike onderskrywing die moontlikheid te bespreek dat optrede van die regbank bevooroordeel sou kon skyn (hoe onbewustelik ook al) teen sekere rasse, klasse of groepe nie - uit vrees vir 'n vervolging weens minagting van die hof. Besprekings van hierdie aard vind, soos algemeen bekend, in oorsese lande plaas sonder die nasleep van vervolgings.

PRETORIA

9 September 1970

(Professor D. F. Mostert, Universiteit van Pretoria, het sy teenstem laat notuleer.)

**SOCIETY OF UNIVERSITY TEACHERS OF LAW**

*Statement by the Council*

The Secretary of the above Society has handed to the Editor for publication the following statement by the Council:

The Council of the Society of University Teachers of Law wishes to express its view on an aspect of the trial of Dr Barend van Dyk van Niekerk in June in the Transvaal Provincial Division for contempt of court (*S. v. Van Niekerk* 1970 (3) SA 655 (T)), in which judgment was delivered after the presiding judge, having heard the closing address on behalf of the State by the Attorney-General, informed counsel for the defence that there was no need to hear them.

The Council notes the conclusion arrived at by the learned Judge - and that without hearing argument by the defence - that: "If this first article had stood alone it could possibly have constituted a gross imputation against the honour and impartiality of the Judges. It would then have constituted an attack, not on a single Judge or Court, but on Judges and the Superior Courts generally, with the consequence that it might have been contempt of Court" (p. 659B-C). The first part of the article contained the material the publication of which constituted the burden of the charge of contempt of court. As members of the Council read the judgment, the second part of the article was found to be relevant by the Court not because it went to the question whether objectively there was contempt of court but because it went to the state of mind of the accused. The Court thus made a most significant potential finding on a question of law without hearing contra argument. The result is to leave academics and legal authors, editors and researchers with a most disquieting sense of insecurity. There is every prospect that in future no one will be prepared to discuss even tangentially or indirectly, and without personal agreement, the possibility that the actions of the judiciary might imply bias, albeit unconsciously, against certain races, classes or groups, for fear of a prosecution for contempt of court. This sort of discussion, it is well known, takes place in overseas countries without prosecutions following.

PRETORIA  
September 9, 1970

(Professor D. F. Mostert, University of Pretoria, requested that his opposing vote be recorded.)



# In Memoriam O. H. Hoexter

*Huldigungsrede aan wyle appèlregter Hoexter gelewer deur sy edele waarnemende hoofregter Van Blerk in die Appèlhof op 17 Augustus 1970*

Ons is hier byeen as blyk van agting vir en hulde aan die nagedagtenis van die ontslape gewese kollega, Oscar Hendrik Hoexter, wat ons op 25 Julie ontval het, en as gebaar van waardering vir sy bydrae tot ons regspraak.

Hy is gebore op 6 Maart 1893 op Rouxville in die Oranje-Vrystaat waar sy vader as geneesheer gepraktiseer het. Daar het hy sy skoolopleiding ontvang. Daarna het hy aan die destydse Grey-Universiteitskollege in die klassieke tale gestudeer. Op die jeugdige ouderdom van agtien jaar is die B.A.-graad met onderskeiding aan hom toegeken. Hy studeer verder aan Emmanuel College, Cambridge, waar hy die B.A.-Honneursgraad in ekonomie behaal. Met sy terugkeer lê hy die LL.B.-eksamen af, en word tot die balie in Bloemfontein toegelaat. Na hy ongeveer 'n jaar gepraktiseer het, gaan hy op 'n studiereis van een jaar na Amerika. Hy hervat sy praktyk, en word in 1929 tot Senior Advokaat (destyds „King's Counsel”) benoem.

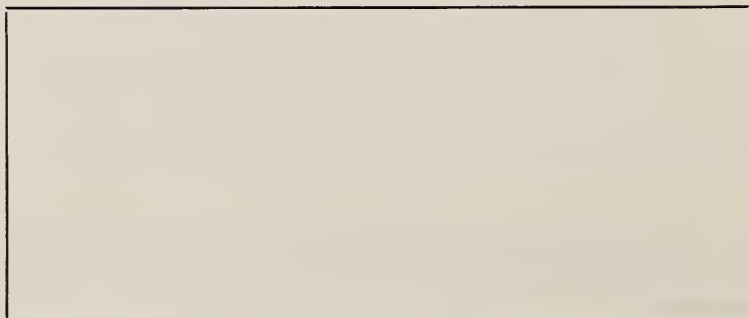
As advokaat het hy uitblink en hoë agting afgedwing. Alhoewel die Vrystaat in sy tyd betreklik arm aan litigasie was, was hy feitlik altyd seker van 'n brevet in 'n saak van betekenis. So gesog was sy dienste. Hy was 'n juris van groot formaat, bedeed met 'n skerpsinnige verstand. Vanaf die regbank kon hy terstond, soos hy so dikwels gedoen het, deur enkele doelgerigte vrae aan die advokaat, die kern van 'n moeilike probleem blootlê, of die soeklig werp op die onhoudbaarheid van 'n stelling of betoog. Sy wye intellektuele belangstelling het hom na uiteenlopende terreine gevoer. Hy het presteer in die klassieke sowel as op die gebiede van die ekonomie en die regte. Na sy aftrede het hy hom selfs in braille bekwaam, sodat hy, soos sy begeerte was, blinde regstudente met hul studies behulpsaam kon wees. Die laaste jare van sy lewe was hy president van die „Library for the Civilian Blind” in Grahamstad.

Met sy uittrede uit die regtersamp was hy die laaste oorblywende lid van die ere-redaksieraad van die publikasie van die Suid-Afrikaanse Hofverslae. Op dié raad is hy in 1947 saam met drie ander kollegas aangestel.

Van hom as mens kan tereg gesê word dat opgewekte vriendelikheid, wellewendheid, insiklike genaakbaarheid en 'n haas onbedwingbare humorsin kenmerkend van hom was. Hierdie laaste gawe het hom bygebly terwyl hy reeds bewus was dat die einde nie meer ver was nie. In die samelewing van die provinsie van sy tuiste was hy alom bekend en bemind. Hy was lief vir musiek en as violis het hy by geleentheid aan openbare uitvoerings deelgeneem. Vir ontspanning het hy die tennisbaan en later van tyd die rolbalbaan gekies.

Die kronologie van sy regterlike ampsbekleding is soos volg: Op 1 Augustus 1938 is hy tot die regbank verhef. Hy het die plek van wyle regter Van den Heever in Suidwes-Afrika geneem. In November 1944 is hy aangestel op die regbank van die destydse Plaaslike Afdeling van die Oostelike Distrikte, van watter afdeling hy in 1948 regter-president geword het. In September 1948 is hy as waarnemende appèlregter aangestel. Vanaf 1 April 1949 het hy 'n vaste lid van hierdie hof geword en ook by geleentheid waargeneem as hoofregter. Sy plek hier het hy gevul tot einde Mei 1964, ongeveer een jaar na sy amptelike aftrede op 6 Maart 1963. Hy was dus bykans vyf-en-twintig jaar op die regbank waar hy sy amp met onderskeiding bekleed het. Deur sy uitsprake in sy kenmerkende bondige en sinryke styl het hy 'n stewige bydrae gelewer tot ons regspraak wat sal dien as 'n blywende en, juridies gesproke, 'n lewende monument tot sy nagedagtenis.

Sy weduwee en gesin - onder wie sy enigste seun, nou 'n kollega - wil ons verseker van ons opregte meegevoel.



# Simposium: Strafproshervorming<sup>1</sup>

*Op Saterdag, 22 Augustus 1970, het 'n vyftigtal lede van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte in Pretoria byeengekom vir 'n noordelike streeksimposium. 'n Sestal universiteite was verteenwoordig (t.w. Natal, Noorde, Pretoria, Suid-Afrika, Randse Afrikaanse en Witwatersrand) om aandag te skenk aan en gesigspunte toe te lig met betrekking tot sekere van die opdragte van die eenman-Kommissie van Ondersoek na Strafprosedure en Bewyslewering onder voorsitterskap van sy edele appèlregter D. H. Botha, wat op 26 Junie 1970 deur die staatspresident aangestel is.*

*Nege referate is deur die volgende persone gelewer:<sup>2</sup> Mnr. W. Bertelsmann (Instituut vir Buitelandse Reg en Regsvergelyking, Unisa), prof. J. Dugard (Wits), mnr J. J. Joubert (Unisa), prof. E. Kahn (Wits), mnr A. J. Middleton (Unisa), adv. E. Newman (Natal) (wie se referaat deur prof. A. Mathews (Natal) gelees is), mnr. J. H. van Rooyen (Unisa) en mnr. D. Zeffertt (Wits). Die volgende afgevaardigdes het ook aan die besprekings deelgeneem: dr. G. N. Barrie (RAU), prof. W. A. Joubert (Unisa), adv. P. Oosthuizen (UP), prof. J. Ross (Instituut, Unisa), mnr. C. J. Rowland (Unisa), prof. C. W. H. Schmidt (Unisa), prof. J. E. Scholtens (Wits), prof. J. C. van der Walt (RAU), en dr B. v. D. van Niekerk (Wits).*

*Professor Peter Stein van die Universiteit van Cambridge het die verrigtinge as gas van Wits bygewoon. Die vergadering het prof. E. Kahn, die vise-president van die Vereniging, tot voorsitter verkies. Na sy verwelkomingsrede het die simposium 'n aanvang geneem.*

## ASPEKTE VAN DIE BEWYSREG - DIE HOORSÊ-REËL EN SY UITSONDERINGS

### Referate

*NEWMAN (gelees deur Mathews):* In an article in the *South African Law Journal* of 1963 the Honourable Mr Justice V. G. Hiemstra propounds considerable and far-reaching reforms of our criminal procedure. In the course of this article the learned judge deals, *inter alia*, with the admissibility of confessions made to peace officers. The

<sup>1</sup>Hierdie verslag is geredigeer en aan die redaksie oorhandig deur mnr. J. H. van Rooyen, sekretaris van die *Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte - Red.*

<sup>2</sup>Sommige van die referate word gepubliseer in die November 1970-uitgawes van die *South African Law Journal* en die *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, en in die volgende nommer van hierdie tydskrif.

proposals to permit of the admission in evidence of confessions made to peace officers is linked up with the suggested abolition of preparatory examinations and the substitution therefore of an interrogation by a prosecutor before a magistrate. As the learned author puts it, "such confessions become admissible through the screen or filter of the interrogation" and would only apply in matters destined for a regional court or the Supreme Court.

The second proviso to s. 244 of the Code was originally introduced in 1917. It became law although the then Minister of Justice, the Hon. N. J. de Wet, later Chief Justice, voted against it at the Select Committee stage and spoke against it in Parliament. The majority of the Select Committee obviously supported the new proviso and it would be interesting to have access to the evidence adduced before that committee and to examine its report to Parliament. The arguments in Parliament for and against the new proviso should also make useful reading. The material records should be available in the parliamentary library at Cape Town.

The special treatment accorded to confessions made to peace officers appears to be peculiar to our criminal law and would seem to have no counterpart in other legal systems. Under the Indian *Evidence Act* of 1872, s. 25, however, confessions made to a police officer may not be proved as against the accused, but s. 26 of that Act provides that confessions in the presence of a magistrate are admissible. (*Cross on Evidence* 2nd edition p. 447, quoting Cowen and Carter *Essays in the Law of Evidence* pp. 42-51.)

Without any reference to the record of the South African parliamentary select committee it is not known whether the Indian *Evidence Act* was used as a basis or whether the members of the committee sought to draw a comparison between conditions prevailing in India and those prevailing in South Africa in 1917. It would not be doing the members of this committee an injustice to suggest that the probabilities are that the Indian legislation played no role in their deliberations.

Immediately after its enactment the new proviso met with a considerable weight of judicial disapproval as is manifest from the remarks of Wessels and Gregorowski JJ in *R v. Hans Veren*, 1918 TPD 218, at 219, 221 and 223 (quoted in extenso by Hiemstra J). Journal writers were also critical as is seen from the article by G. T. Morice in the *South African Law Journal* of 1920, p. 132, where he says:

"The expediency of this change seemed questionable. In theory it was a backward step, a reversion to the old system under which interested persons, such as the parties and their relatives in civil cases, the prisoner and his wife in criminal cases, were precluded from giving evidence. The English rules of evidence, which are largely to be attributed to the prevalence of the jury system, both in criminal and civil proceedings exclude much that might be

useful for evidential purposes; and it seemed a mistake to go further in the way of artificial exclusion.

Experience of the working of the new provision has not led me to change my opinion . . . . . It is quite possible there may have been a tendency on the part of members of the police to extract confessions from prisoners, and no doubt the native prisoner is inclined to be yielding in this respect. But apart from the necessity of proving affirmatively that a confession was voluntary, a further protection might have been given by issuing special instructions to the police on the subject."

More recently, in *R v. Gumedé* 1942 AD at 407, 408, Tindall JA commented as follows:

"The object of the second proviso to the section . . . was probably twofold, namely to protect an accused person from evidence of self-incriminating statements made to the police as a result of pressure or inducement, and to avoid dispute as to the exact terms of such statements. Whether the application of the section in practice during twenty five years has, on the whole, operated in favour of accused persons is open to doubt."

Feetham JA at p. 433 of *Gumedé's* case made the following apposite remarks:

"I think it right to add a comment on the working of the rule laid down in the second proviso . . . . . In this case admissions were obtained from both accused by the police and the accused were then produced before the magistrate to make statements. Nothing was said to the magistrate as to what had taken place between the accused and the police prior to the appearance of the accused before him . . . . The result is that the proceedings before the magistrate, as faithfully recorded by him, may convey a very misleading impression of spontaneity . . . . when, as a matter of fact, the statement is not really made spontaneously, but as the result of a series of interrogations, in the course of which illegitimate methods may have been applied for the purpose of inducing the person concerned to make his statement, including possibly admissions of guilt. Thus this proviso, though devised, in part at least, for the protection of the accused or suspected persons, may actually work very much against them and tend to facilitate the obtaining of statements by improper means, which may not come to light owing to the dropping of the veil between the previous interrogations by the police and the subsequent appearance of the interrogated person before the magistrate."

Hoffmann in the second edition of his work on the law of evidence deals with the topic at pages 162, 173 and 174, and is also critical of the proviso. He makes the point, *inter alia*, that our judges' disapproval of the second proviso has been reflected in the narrow construction given to the word confession. Hoffmann also appears to be rather taken with Feetham JA's "dropping of the veil."

The Department of Justice has been conscious of the judicial and other criticism which has been levelled at the proviso. It has endeavoured to meet this criticism by a series of administrative instructions to magistrates enjoining them, among other things, to obtain as much

information as possible from the accused about events leading up to accused persons coming before them to make a statement.

These administrative instructions have at various times been commented on judicially. In *R v. Mtabela* 1958(1) S.A. 264 (A) Ogilvie Thompson AJA, as he then was, said:

“The provisos in Section 244 of the Code are designed for the protection of the accused. Magistrates must be meticulous in making the various preliminary enquiries prescribed by the departmental instructions.”

In *R v. Mofokeng* 1968 (4) SA 852 (W), Colman J described these instructions as “well-designed.”

Despite the meticulous care which it is assumed magistrates exercise in carrying out these instructions, it must be borne in mind that the accused when making his confession to a magistrate has not only reached a “confessing state of mind,” but knows that after he has seen the magistrate and confessed or not, he will be returned to the police. The fairness of such a confession may well be queried when it is made with this prospect before the accused. In other words, if violence, if threats or inducements have been made to persuade an accused to make a statement to a magistrate he may well still be under the influence of this conduct when doing so. He may still have the real fear that if he does not confess, retribution will overtake him when he is returned to his original interrogators. For the same reason he may not be prepared to mention to the magistrate any wrongful means used to induce him to make a confession.

Moreover in practice many magistrates tend to become mechanical recorders of confessions and put the formal preliminary questions to the suspect completely formally without any detailed questioning as to what motivated him in desiring to make a statement.

A further weakness in the present system may be found in the fact that our magistrates come from the prosecuting staff. For some of the less experienced magistrates the approach to the suspect is, albeit subconsciously, that of the prosecutor.

In the *Annual Survey of South African Law* of 1968 at page 474, Colman J’s proposed new practice for obtaining confessions as set out in *Mofokeng’s* case (*supra*) is dealt with thus:

“The learned judge was of the opinion that, whenever practicable, accused persons should be taken before a magistrate and not merely a justice of the peace in order to make a confession, and that the magistrate should, as a matter of course, assure the accused that ‘if he showed prima facie a need for . . . protection, he would not be sent back to a place where he would be accessible to those alleged to have assaulted him but would be kept in custody elsewhere.’ There can be little doubt that, if accepted, these recommendations of Colman J would go a long way towards eliminating forcibly induced confessions . . .”

I would respectfully agree with the views of the writer in the relevant volume of the *Annual Survey*. I do feel that the procedure envisaged by Colman J would to a very considerable extent lift the veil that was felt by Feetham JA and others covered what happened between the accused and the police prior to his coming before a magistrate. The accused should, of course be told by the magistrate *ab initio* that he would not be returned to his erstwhile interrogators. This does go further than Colman's J's suggestions but I feel it is desirable as difficulties may arise in deciding when an accused "showed *prima facie* a need for protection." There should be no practical difficulties attendant upon an accused being removed to a place where his original interrogators will not have access to him. Subject to accommodation problems in awaiting trial prisons it should be possible to make the appropriate arrangements. In any event it is in most cases desirable that the arresting or investigating officials should not have access to the accused unless he himself desires to see them.

An ideal system would be for a number of properly trained persons, quite independent of the Police or the Magisterial staff, to be recorders of confessions in certain designated serious offences. An accused who wishes to confess can be taken to such a person and thereafter be removed from all contact with the persons who apprehended him.

Hiemstra J, at page 209 of his article, contemplates that his proposal to render confessions made to peace officers admissible will meet with resistance from the profession. It has already met with opposition on the part of various professional bodies. The learned judge, however, endeavours to mollify the opponents of his proposals by linking the admissibility of confessions to peace officers with his proposals regarding interrogations as a preliminary to indictment in the Regional or Supreme courts. It is submitted that the machinery suggested by Hiemstra J is purely technical and indeed only mechanical. It simply has the effect of making a confession to a peace officer at an earlier stage admissible via the interrogation procedure where the accused's rights are very limited. Fundamentally the so-called "filter" provided by the interrogation is in fact no "filter" at all. With great respect it is a far less satisfactory "filter" than that provided by the accused being taken before a magistrate in the manner already set out herein.

Having regard to administrative difficulties, staff problems and the requirement that all the depositions are to be available at the interrogation, the learned author is not taking a realistic view of the practical problems involved. With the present volume of work in our regional and supreme courts it is erring somewhat on the optimistic side to expect interrogations to take place so expeditiously

that an accused will not have the time to have a change of heart and decide to retract a confession made to a peace officer. It is known that in many cases an accused puts an allegedly admissible confession in issue at a preparatory examination which has been commenced within a short time of his being apprehended. In any event our courts have dealt adequately by means of our normal processes with accused persons who resort to retracting confessions for no good reason.

Although the second proviso to s. 244 of the Code is something almost "*sui generis*" I feel that the reasons for its abolition do not carry conviction. Statistics indicating the relatively high proportion of acquittals in criminal trials in the supreme courts in South Africa do not, with respect, constitute a valid ground for extending the scope of the admissibility of self-incriminating evidence. Experience has shown that many accused persons are acquitted because of inadequate and in many cases careless investigation. Any member of the profession who has had the experience of sitting through a month of the criminal sessions in the Natal court will appreciate that this is in fact so. Owing to the shortage of properly trained prosecuting personnel the State case is in many instances presented in a most unsatisfactory manner with the consequence that the task of the defence is facilitated. Many other cogent reasons can be advanced to account for the high rate of acquittals on which Hiemstra J places such great reliance as a reason for the necessity for drastic changes in our criminal procedure. It may well be that in the context of our complex South African social structure it is no fault to maintain a conservative approach to changes of the nature suggested.

Just as the second proviso to s. 244 may be almost *sui generis* so can it be contended is our population structure *sui generis*, in so far as our administration of justice is a modern system being applied in a country with a substantial proportion of the population in an uneducated state.

In *R v. Jonas* 1928 TPD 520 Solomon J made mention of the special approach to be adopted in taking confessions from "raw" Africans. Like all government departments the South African Police force has also been hit by the manpower shortage. As a consequence work of the greatest responsibility is carried out by young and inexperienced policemen who are quite incapable of this "special approach." It would, in my view, be a retrograde step in our administration of justice to allow oral confessions made to such inexperienced members of the police to be admitted in evidence.

There is, of course, also the language problem and the lack of understanding of the mode of expression used by many African suspects which can result in what was never intended as a confession being taken as one by a person lacking the necessary experience.



There is moreover little doubt that in many cases questions of credibility will develop when an accused puts in issue the fact that he allegedly confessed. These issues of credibility may be unfairly "loaded" against the accused as he will invariably be alone when apprehended whilst the policeman to whom he is alleged to have confessed will in most cases be accompanied by a colleague. These remarks are not intended to cast any slur on our police methods but I do think that it is in principle undesirable to create further opportunities for obtaining self-incriminating evidence.

Whilst it is perhaps not appropriate in dealing with this question to consider the international repercussions that might follow the proposed alterations in our procedure, Hiemstra J does deal with what he anticipates will be adverse international repercussions. There certainly will be such repercussions - more so than in 1963, when the learned judge's article was published, as since that date there has been a great deal of legislation which has evoked the most stringent criticism overseas.

The foregoing observations are of necessity not as comprehensive as they should be as the time for preparation has been short. I regret my unavoidable inability to present this paper personally when I could have elaborated on some of the contentions advanced. I greatly appreciate Professor Mathews assuming my burden and trust that what I have said will stimulate useful and profitable discussion.

*ZEFFERTT*: I must apologise if my paper does traverse much of the ground that has been traversed by Mr Newman's, but I'll press on regardless.

My submissions are directed to the second proviso to section 244 (1) of the *Criminal Procedure Act*, 56 of 1955, the effect of which is to render a confession made to a "peace officer" inadmissible in evidence unless it be subsequently confirmed and reduced to writing in the presence of a magistrate or justice.

Criticisms of this section may be divided into two classes: (a) what one may term sentimental and ill-informed and (b) what I shall submit to be well-founded.

A typical example of the first class, with respect, is to be found in the remarks of Wessels J in *R v. Hans Veren* 1917 TPD 218. The learned judge considered that s. 273 of Act 31 of 1917 (which was re-enacted in s. 244) was peculiar to this country and said that it had been suggested that it was introduced presumably because policemen in this country are more apt than policemen in other countries to state that natives have made a confession to them when no such confession has been made (at 220). While Wessels J was, we hope, justified in saying that he was "not aware that that prevails in this country more

than in any other country" (*loc. cit.*) this is no valid reason for rejecting the proviso. If the proviso is a satisfactory provision for the protection of accused persons, and if it leads to certainty, the fact that it may be peculiar to a jurisdiction means that such a jurisdiction is fortunate. The learned judge, in any event, erred in thinking that we stood alone.

Section 25 of the *Indian Evidence Act* 1 of 1872 (as amended) provided that "no confession made to a peace officer, shall be proved as against a person accused of an offence." This rule applied in Tanganyika. In Uganda, as a result of a Commission of Inquiry held in 1933, confessions made to a peace officer were excluded unless made to a senior peace officer. In 1955 the required rank of such an officer was that of corporal: Ordinance 20 of 1955. Similarly in Kenya, s. 29 of the Kenya *Evidence Act* provides that only a confession to a police officer of the rank of sub-inspector or who holds certain magisterial powers shall be admissible. Provisions were to be found in various East African jurisdictions for a magistrate's taking confessions under statutory authority, but these provisions have now been repealed - in Kenya by Ordinance 11 of 1930; in Tanganyika by Ordinance 12 of 1930 and in Uganda by Ordinance 8 of 1930. (The information relating to East Africa has been derived from Philip P. Durand's article, *Confessions in East Africa* (1968) 4 *East African LJ* 70, which presumably reflects the law at that date.)

I shall now deal with what I respectfully submit to be matters of more substance.

It is crucial to my submissions that s. 244 (1) is somewhat over-rated as a shield to an accused against malpractices. First, the definition of a "justice" includes a senior policeman - s. 1 defines a justice as any person appointed or exercising functions as a justice of the peace under any law. This has had unfortunate results. In *S v. Mofokeng* 1968 (4) SA 852 (W) Colman J remarked on a practice then current in Johannesburg by which confessions were taken by policemen, who were *ex officio* justices, rather than by magistrates. "Sometimes," said the learned judge, ". . . the justice of the peace is a senior officer belonging to the same branch or unit of the police as those charged with the investigation of the crime to which the statement relates" (at 858). Colman J rightly deprecated this procedure and said that, where practicable, it is preferable that the suspect or accused should be brought before a magistrate in order to confess, because a person with a genuine complaint will have greater faith in his safety, a person without one will be less likely to lie and if he does lie, the lie will more easily be exposed. The fact remains that the practice which Colman J dislikes is perfectly permissible in terms of the wording of the Act. But that is not the end of the matter. The older, more hallowed procedure is fraught with dangers.

It is, in the second place, precisely because the courts may regard an accused as likely to make a genuine complaint to a magistrate that the second proviso to section 244 (1) may operate as a hazard to an accused. An accused who has made a confession to a magistrate knows that he remains in the hands of the police. If he has, for instance, been assaulted, he may have an *unjustified but, nevertheless, real* lack of confidence in the ability of the magistrate to protect him after he has made his complaint - particularly if he is an illiterate person. Since such an accused would be subject to criticism at his trial for not complaining at the confession stage, the proviso may operate to his serious disadvantage.

Thirdly, this is not the only way in which the section may harm an accused - the section indeed contains an inherent danger to him. As L. H. Hoffmann puts it (*South African Law of Evidence* 2nd ed. (1970) 170):

“In *R v. Gumede* [1942 AD 398] the Appellate Division drew attention to the difficulties which faced a court when a confession to a magistrate was tendered without any evidence of how the accused came to make it. There may have been earlier improper inducements acting upon his mind - which may not come to light owing to the dropping of a veil between the previous interrogations by the police and the subsequent appearance of the interrogated person before the magistrate” (*Gumede's* case at 433).

To appreciate this danger the following must be borne in mind: The magistrate normally has no personal knowledge of what went on before the accused came to him. It is true that magistrates are accordingly asked to question an accused on the circumstances which led up to the accused's making a confession (see, for instance, *S v. Radebe* 1968 (4) SA 410 (AD) at 419). It is true that the Department of Justice requires a magistrate carefully to investigate the circumstances of a confession in what Colman J has called a “well designed set of warnings”: *Mofokeng's* case (*supra*) at 859. But the accused may *unreasonably* fear the consequences of his attacking the police and for this reason remain silent - however thorough the magistrate's investigation may be - and risk non-persuasion, or the magistrate's investigation may be circumvented by a police officer's taking the confession. Were it not for the proviso, if there were no obvious reason why an accused had gone to confess, the court might draw an inference that someone had unfairly induced him to confess, someone loath to enter into the witness-box. But since a confession to a policeman is inadmissible, there is always an obvious explanation why the accused went to the magistrate, so the court might not, in such circumstances, draw an inference that the police have something to hide. “Thus this proviso,” said Feetham JA in *Gumede's* case, “though devised, in part at least, for the protection of accused or suspected persons, may actually work very much against them and tend to facilitate the obtaining of statements by improper means” (at 433).

In the fourth place it is, perhaps, judicial distaste for the second proviso which has led, by way of a strict interpretation of the meaning of a "confession," to artificiality and casuistry - "we have to interpret it as strictly as possible" said Wessels J in *Hans Veren* (at 221). The accused's confession must be unequivocal: *R v. Becker* 1929 AD 167; *R v. Viljoen* 1941 AD 366; *R v. Hanger* 1928 AD 459. Thus where unlawful possession, for instance of dagga or a firearm, is the charge, a statement by an accused that the dagga or the firearm was his property is not a confession - see *R v. Xulu* 1956 (2) SA 288 (A), and *R v. Kumalo* 1949 (1) SA 620 (A). Hoffmann remarks (*op. cit.* 162-3) "[t]he accused is credited with remarkable semantic ingenuity and his words are meticulously scrutinized to see whether he still has an opportunity for equivocation." Thus in *Xulu's* case the Appellate Division approved *R v. Deacon* 1930 TPD 233, where it was held that an accused, charged with theft of money from a sleeping man's pocket, was not confessing when he said that he had taken the money: he might have thought it belonged to someone else or he might have intended to look after it for the sleeping man. And to take Hoffmann's example (*op. cit.* 164), the sentence "I murdered my husband by arsenical poisoning" would amount to a confession (see *R v. Blyth* 1940 AD 355) because murder is a technical term, but "I killed my husband" or "I poisoned my husband" would not be. The latter two sentences do not exclude the possibility, for instance, that she might have been mad or drunk or an automaton or a victim of duress. It would be no overstatement to say that this type of casuistry smacks of the medieval schoolmen.

I have been looking at the question from the accused's point of view. But in the fifth place, the proviso is no less undesirable for the State. Permit me to reminisce. I shall never forget one injustice. It happened when I was in practice and was called upon to prosecute a particularly brutal murder. There was little doubt that the accused had slit a child's throat - after all he had confessed to a number of policemen, freely and voluntarily, and in his sound and sober senses, that he had done so. But, presumably, he knew about confessions. He refused to confirm what he had said before a magistrate. The rest of the case was weak and I could not even hint at the existence of the confession. A vicious murderer was possibly acquitted. Perfectly good evidence was excluded. Who knows how often similar injustices are perpetrated through this technicality?

What then is the answer, how are the two desiderata of certainty and protection for the accused best to be obtained? My answer does not lie within the framework of the accusatorial system as we know it in South Africa. It is not to be found in a mere deletion of the second proviso to the s. 244 (1). It is submitted that the interests of an accused and the interests of the State are best to be served by the introduction

of a controlled system of pre-trial judicial interrogation. Facile humanitarians may take this as threat to an accused's rights and liberties, but the protection which an accused obtains from the second proviso is illusory in our system where uncontrolled inquisitorial elements have obtruded into the fabric of what was once an adversary system. It is a shibboleth. Since Professor Dugard, whose paper I have had the opportunity of reading, will deal with this aspect in general, I shall say no more except that I agree with his conclusions.

I would now like to deal with other aspects of the hearsay rule. In the 13th Report of the Law Reform Committee relating to hearsay evidence in civil proceedings in England (Cmnd 2964 of May 1966) it was said:

"The purpose of 'evidence' is to enable the court at the trial to ascertain what in fact happened in the past and sometimes what are likely to be its consequences in the future . . . *Prima facie* any material which is logically probative of a fact in issue, i.e., which tends to show that a particular thing relevant to the cause of action or to the defence happened or did not happen or is likely or unlikely to happen, is capable of assisting the court in its task and should be capable of being tendered in evidence, unless there are reasons for refusing to admit it" (§6).

The very distinguished Committee was dealing with a civil context, but its remarks are apposite to criminal trials. "The hearsay rule," it correctly remarked, "developed during a period when all, or nearly all, issues of fact in civil as well as criminal cases were determined by juries. Their standard of education was lower than today and it may be that they were ill-qualified to estimate the comparative probative value of alternative methods of proof" (§7).

Despite the fact that the jury system does not exist in South Africa - the last vestiges having been removed in criminal trials by the *Abolition of Juries Act* 34 of 1969 - the hearsay rule remains unchanged in our criminal practice except for peripheral statutory intrusions.

Apologists for the rule - I include the strict hearsay rule which excludes evidence of the facts asserted by a statement made by a person who is not a witness and the misnamed rule against "narrative" which says that what a witness said outside the witness-box is not evidence - argue that hearsay is unreliable. "As regards unreliability it is quite impossible to generalize" remarked the Committee. There can be little doubt that contemporaneous hearsay records are often highly reliable. Necessity often requires their admission but as Schreiner JA has said in *Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v. SAR & H* 1958 (3) SA 285 (A):

"There is no doubt that the exceptions to the rule against hearsay have come into existence mainly because there was felt to be a strong need for such exceptions if justice was to be done. But that is a different thing from recognising a principle that the rule against hearsay may be relaxed or is subject

to a general qualification if the court thinks that the case is one of necessity” (at 296).

The position in civil law as regards continuous records has been altered. The *Civil Proceedings Act* 25 of 1965, in my view, does not go far enough, but that is not here in issue. But in the criminal law, generally, we are saddled with the hearsay rule and a closed list of exceptions. To what unfortunate results this may lead may be seen, for instance, in *S v. Setsbedi* 1968 (2) PH H 350 (T). The question in issue was whether X had been an inmate of a prison. To prove that X was not a prisoner the State called witnesses to say that they had read the prison registers and could find no entry relating to X. The registers were available for inspection at the trial but the persons who made the entries were not available as witnesses. It was held on appeal that this evidence was inadmissible in the absence of testimony from the persons who had made the entries, no matter how difficult it was to call these persons. No one can argue that this case was incorrectly decided. On the other hand, no one can argue that there was not a strong circumstantial guarantee of the trustworthiness of this evidence. Necessary, reliable evidence was excluded and the appeal was allowed. Again, to quote the report of the Committee, “[i]t would be neither more nor less reliable if the maker of the record had been identifiable and dead at the time of the trial, when it might have been admissible under a common law exception to the hearsay rule” (§8). Nor would it be more reliable if the maker was called to give evidence at the trial years afterwards, having no memory of the facts recorded, and then be permitted to refresh his memory. “The need for this latter subterfuge brings the law into contempt” (§8).

Another well-worn apology is that the hearsay rule is justified by the need for the production of the “best” evidence of any fact sought to be proved. What is really meant is that oral evidence tested by cross-examination is best. This may be the position in the present adversary system as far as disputed facts are concerned, but often the hearsay rule excludes the best *available* evidence. If a witness is not to be found or is dead (and no technical exception applies) oral testimony is not available. Written statements of the witness are excluded even although it may be the only evidence available to a party. No one can argue that this is not the best available evidence. Again to quote the Committee, hearsay is then “the only and thus the ‘best’ evidence probative of that fact which is available. If in such a case hearsay is inadmissible, injustice is likely to result. Most of the common law exceptions to the hearsay rule relating to statements by deceased persons stem from a recognition of this; but they provide only a partial and haphazard remedy” (§9).

Let me give an illustration. In the classic case of *Chambers v. Bernasconi* (1834) 1 CM & R 347, 149 ER 1114, the plaintiff wanted to

prove the place at which he had been arrested by a sheriff who had since died. The sheriff's return read: "9th November 1825. Arrested Abraham Henry Chambers, the elder, only, in South Molton Street, at the suit of William Brereton." As the sheriff's duty was only to record the fact of the arrest the return was inadmissible because this recording exceeded his duty. Whatever the position may be in civil law under the *Civil Proceedings Evidence Act*, in a criminal case in South Africa the same result would obtain. The hearsay rule would exclude the best available evidence and the most appropriate common-law exception would provide no remedy.

Then it was argued that the hearsay rule prevents the danger of proliferation of evidence. This is not convincing. Rules for the exclusion of superfluous and unnecessary evidence may easily be devised and the inclusion of hearsay will, if submitted, lead to shorter rather than longer trials.

My suggested alteration of the law is radical. It will serve no purpose to tinker at the rule by creating a revised list of hearsay exceptions. The simplest answer would be to exclude all hearsay evidence unless the party tendering it satisfies the court that it is in the interests of justice to admit it. But this may lead to uncertainty as judges and magistrates may differ on what justice dictates. The best answer is to admit all hearsay and leave it to the trier of fact to evaluate its weight. To this the objection may be raised that some trials are before assessors and some assessors may not be lawyers. This is no problem. Lawyers do not have a prerogative of intelligence and common sense - the continued existence of the hearsay rule in a non-jury system seems to prove this - and in any event, the presiding judge will always be able to guide the other members of the court on what may properly be of weight. This consideration should be no basis for the retention of an arbitrary, over-technical, often unjust affront to common sense.

## Bespreking

*BARRIE*: Geagte mnr die Voorsitter, ek wil my graag in hierdie bespreking by mnr Zeffert aansluit as hy sê (ek hoop ek maak die regte afleidings) dat alle relevante getuënis wat behulpsaam mag wees vir die hof om tot 'n regverdigte beslissing te kom, toelaatbaar behoort te wees. Hy het o.a. oor hoorsêgetuënis gepraat en ek wil graag ook oor 'n aspek van hoorsêgetuënis praat, naamlik *res gestae*.

*Res gestae* word soms beskou as 'n uitsondering op die hoorsêreël en soms word dit as 'n heeltemal aparte kategorie benader. Nou u het gesê, mnr die Voorsitter, dat hierdie nie 'n parlement is nie, maar ek voel dat ons nie 'n vergadering in Pretoria kan hou sonder om ons vergadering 'n Suid-Afrikaanse politieke kleur te gee nie; ek gaan derhalwe praat van die „verligtheid” en die „verkramptheid” in ons reg wanneer dit kom by *res gestae*. Dit word gesê dat *res gestae* is 'n „good old stock phrase which leaves us fumbling in a Latin fog instead of an English one” (Maguire *The Hillman Case - Thirty-three Years After* 38 *Harvard*

LR 709, 729). Die term is die eerste maal gebruik deur ene Garron en Lord Kenyon - twee persone wat volgens Thayer „two famously ignorant men” was. En volgens Wright, ’n Kanadees, beteken *res gestae* „all things to all men.” As ’n mens kyk na die Suid-Afrikaanse, Engelse en Amerikaanse beslissings, is dit duidelik dat *res gestae* ook „all things to all judges” beteken. Ek wil graag ’n voorstel maak wat ons wetgewer miskien kan oorweeg met betrekking tot *res gestae*. As ’n mens kyk na die verskillende sake hier te lande, in Engeland en in die USA dan blyk dit dat daar twee skole is. Daar is die eng skool en daar is die liberale skool. (Net ter opheldering kan gesê word dat *res gestae* handelinge, verklarings of gebeurtenisse is wat die feit in geskil vorm of vergesel en verklaar, en sulke handelinge, verklarings of gebeurtenisse wat die feit in geskil vorm of vergesel en verklaar, is toelaatbaar, synde deel van die *res gestae*.) Nou is daar twee opvattinge: die eng skool sê (ek sal my bepaal by wat bekend staan as „verbal acts”) dat verklarings wat sekere feite in geskil vergesel, toelaatbaar kan wees al is dit hoorsê-getuieins mits dit „strictly contemporaneous” is met die feit in geskil.

*R v. Bedington* (1870) 14 Cox CC 341 het daardie eng skool ingelci en dit het by ons weerklank gevind in *R v. Velekaze* 1947 (1) SA 162 (W). Om ’n voorbeeld te gee van hoe die posisie benader is in *Velekaze* se saak na aanleiding van *Bedington* se saak: Polisieman A sien dat die oorledene deur die beskuldigde gesteek word. Die beskuldigde hardloop weg nadat hy die oorledene gesteek het. Kort daarna kom polisieman B op die toneel. Polisieman A, wat die voorval gesien het, sê vir polisieman B: „Catch that man, he stabbed the deceased!” terwyl die beskuldigde weghardloop. Die hof sê polisieman B kan nie kom getuig wat polisieman A aan hom geskree het nie. Die hof sê dat „the time which had elapsed between the stabbing of the deceased and the arrival of the witness (dis nou die polisieman B) was such as to exclude the operation of the rule which permits statements made as part of the *res gestae*,” m.a.w. die woorde „Catch that man, he stabbed the deceased!” was nie „contemporaneous enough” met die feit in geskil nie.

Dan kry mens die meer liberale opvatting waar gesê is dat dit voldoende is as die verklaring „substantially contemporaneous” is met die feit in geskil - *R v. Foster* (1834) 6 C & P 325, deur ons gevolg in *R v. Le Roux* (1897) 14 SC 424, *R v. Nichols* 1931 NPD 557. In *Nichols* se saak is die feite kortliks die volgende: Getuie A sien ’n bakleiery tussen die oorledene en die beskuldigde. In die worsteling, waarin die oorledene ook reeds beseer is, word die beskuldigde bewusteloos en die oorledene stoot die beskuldigde uit die kamer uit. Die oorledene loop toe uit die kamer uit (dit is toe hy nog geleef het) en sê vir ’n vrou in ’n kamer langsaan: „I got it from him,” terwyl hy na die beskuldigde wat bewusteloos op die vloer gelê het wys. Die hof sê dat die woorde „I got it from him,” wat die oorledene aan die vrou gesê het en wat deur getuie A gehoor is, toelaatbaar is al is dit gemaak ’n ruk na die feit in geskil, ’n ruk nadat die handeling gepleeg is. Met ander woorde, die verklaring hier was „substantially contemporaneous” gewees.

Nou is dit ook so dat ons howe die term „substantially contemporaneous” weer verskillend interpreteer. Soms word dit eng en dan weer breër geïnterpreteer. Dit wil voorkom of ons ’n dubbele standaard het: ’n eng opvatting en ’n liberale opvatting van *res gestae*. Dit kan, soos ek sal aandui, van belang wees vir ’n beskuldigde of die regter wat hom verhoor die eng skool volg of die liberale skool. Ek wil graag verwys na twee onlangse Appèlhofbeslissings: *S v. Tuge*, 1966 (4) SA 565 (A), en *S v. Qolo*, 1956 (1) SA 17 (A). *Tuge* se saak het te doen gehad met ’n spontane uitroep wat ’n erkende uitsondering op die hoorsêreël is. Appèlregter Williamson het gesê dat die verklaring „need not be exactly contemporaneous.” ’n Mens kan aflei dat hy ten gunste is van die „substantially contemporaneous”-skool. In *Qolo* se saak is die feite as volg: ’n Man (die oorledene) word aangerand, vermoedelik met ’n mes gesteek. Hy stap na ’n deur,



klop, en die deur word oopgemaak deur die getuie. Die getuie vra wat makeer. Die oorledene wys na 'n man wat agter 'n boom staan en sê: „Lo tsotsi!” Die beskuldigde word kort daarna gevang en die oorledene klap die beskuldigde deur sy gesig. Die Staat poog om die getuienis van wat oorledene aan die getuie gesê het, nl. „lo tsotsi” toe te laat as deel van die *res gestae*. Die hof sê dit is nie *res gestae* nie: „It has not been shown that the utterance was so contemporaneous with the assault as to form part of the *res gestae*.” Dit is my submissie ten opsigte van *Qolo* dat as die regter „substantially contemporaneous” wyd interpreteer het dan kon die verklaring toegelaat gewees het as deel van die *res gestae*. Die eng interpretasie is gevolg en gevolglik is relevante getuienis wat die hof behulpzaam kon wees om tot 'n regverdige beslissing te kom, nie toegelaat nie. Dit is dus duidelik dat daar duidelikheid moet kom in ons reg wat betref *res gestae*: moet die liberale opvatting gehandhaaf word of die eng opvatting?

Nou sê Hoffmann in sy jongste uitgawe (*South African Law of Evidence* 103) verwysende na al die verskillende beslissings: „some of the reported decisions may not be easy to reconcile on their facts.” Hy sê verder dat „little assistance can therefore be obtained from a discussion of the circumstances in which statements have been received or rejected.” Met ander woorde daar is 'n warboel aan die gang. As ons in ag neem dat een van die doelstellings van die reëls van die bewysreg is dat alle relevante feite vir die hof toeganklik moet wees dan sou die liberale skool se interpretasie van „substantially contemporaneous” myns insiens die aangewese benadering wees. Ek het in die *Kenya Evidence Act* van 1963, a. 6, die volgende gevind wat myns insiens voorsiening maak vir die eng én die liberale interpretasie van *res gestae*. En volgens die teksboek waarin ek dit gekry het blyk dit dat hierdie artikel juis geskep is omdat daar 'n soortgelyke warboel was as wat ek nou net hier geskets het. Dit lê neer dat: „Facts (en ons sluit daaronder ook „declarations” in) which, though not in issue, are so connected with a fact in issue as to form part of the same transaction are relevant whether they occurred at the same time or at different times and places.” Ek stel voor dat ons wetgewer artikel 6 van die *Kenya Evidence Act* in ag neem en besluit of 'n soortgelyke statutêre bepaling nie ook vir Suid-Afrika nodig is nie.

*MIDDLETON*: Mr Chairman, “much of my thunder has already been stolen” and therefore I intend to react more by way of comment. First, regarding confessions, both Professor Mathews and Mr Zeffertt dealt very thoroughly with the objections to s. 244, confining themselves largely to the proviso to this section. As far as the proviso itself is concerned I just have one comment to make, namely that the section refers to confessions which have been made to *peace officers*. (These confessions must be reduced to writing before a magistrate.) Now I feel that the definition of a peace officer in s. 1 of the Code is inadequate. We have the position that an immigration officer or the superintendent of a native location and his assistants are regarded as peace officers. But the section does not make any reference to a mine detective. I can hardly imagine anyone more a policeman than a mine detective: he investigates the case, he frequently arrests the accused and interrogates the accused, and yet he is not regarded a peace officer and a confession made to him is admissible, provided the State can prove it is voluntary. The same applies to people like inspectors in the service of the post office, who also investigate and interrogate. A confession made to them is admissible. I feel that some attention should be paid to the question of whether the definition of a peace officer should be retained, or whether s. 244 should not perhaps be slightly amended to refer rather to persons responsible for the investigation and interrogation of the accused than to peace officers in terms of s. 1.

Secondly, I feel that there is much to be said for the objections of both Dr Barrie and Mr Zeffertt to certain aspects of the hearsay rule. But there have been

other objections as well, also relating to certain aspects: I refer to a recent paper which Mr Justice Nicholas delivered at a recent congress in Pretoria. He advocates the abolition of the entire rule. But the objections to the rule all relate to *exceptions*. They relate to dying declarations, they relate to matters such as *res gestae* and so forth, and there is a lot to be said for objections to the development of these exceptions in our law. But as to the rule itself, I feel there are numerous grounds on which the rule can be accepted, most important being of course that the evidence which is hearsay is not under oath, and there is no opportunity for the cross-examination of the person who made the statement. The court has no means at its disposal unless it has before it the person who made the original statement to have him cross-examined and to determine what weight can be attached to his evidence. If the court cannot determine by means of cross-examination what weight to attach to the evidence, then I can see no purpose in admitting the evidence: it must be weightless! It is to my mind a waste of time to admit this evidence. Furthermore, whenever hearsay evidence is advanced at court as evidence, the problem arises that one has to deal not only with the statement of a particular person, but also with the statement in a reported medium and one frequently finds that there are discrepancies. I'd like to refer to one of the admitted examples of hearsay for which the Code makes provision, to be found in s. 239 of the Code, which deals with the admission of evidence in the form of affidavits mainly by government officials, relating to such matters as blood tests and invoices in respect of goods to be conveyed by the railways and so forth. Now as soon as (and it frequently does happen) there is a fault in any one of these affidavits, two things happen: in the first place time is wasted in that one must get hold of the person who made the original affidavit, and in the second place (and this is perhaps an even greater failing) when it appears that there is a mistake and the original person who made the affidavit is called and his evidence differs from the affidavit, it gives rise to doubt regarding his evidence and therefore by admitting hearsay evidence in the first place, perfectly good evidence can be destroyed and the whole object is then completely nullified.

To my mind the argument that because there are objections to certain of the exceptions to the hearsay rule, the hearsay rule itself must be abandoned, is like saying that because there is a good case to be made out for euthanasia, murder should no longer be a crime. I think that the hearsay rule itself is justified in our law and that all that is required is merely a modification of the exceptions which give rise to objection. And I think that the position could be remedied merely by altering s. 241 and 242 of the Code which provide that the law relating to hearsay evidence shall be as it was in England on the 31st of May 1961, by adding that the court shall have a discretion to admit hearsay evidence when it is satisfied that the evidence is credible in the first place, and in the second place, that the accused will not be prejudiced by being unable to confront the original witness. I think that in that way we would retain the wisdom of the ages and not place a tremendous burden on our courts by making them begin from scratch to develop a new set of hearsay rules and leave us with complete legal uncertainty for some time.

*SCHOLTENS*: I think it might perhaps be interesting to make a few remarks from the comparative point of view. It always strikes me, when I hear these questions over criminal procedure and evidence, that I am now in an entirely different world than the one in which I was accustomed to work. If I take the Dutch Code of Criminal Procedure, the entire law of evidence is stated in seven short paragraphs. There is not a single provision about "hearsay." Hearsay evidence may be accepted by a court, and the weighing of the evidence is left to the judge. There is no jury and the judges are professional, so you don't need so many provisions,

restrictions, and nice distinctions. I have always felt that these should be scrapped. It is all the result of the English jury system and the need, under that system, to protect the accused from possible bad decisions. In South Africa we do not need these elaborate rules any longer.

*VAN ROOYEN*: Mnr die Voorsitter, my eerste opmerking is ten opsigte van die hoorsêreël en die algemene aanvaarding dat die reël gegrondves is op die juriestelsel as sodanig. Dit moet egter oorweeg word of die reël nie inderdaad eintlik op die *akkusatore* stelsel gegrondves is nie. Die kontras is dan tussen die inkwisitore stelsel en die akkusatore stelsel, en nie tussen 'n jurie-stelsel en 'n nie-jurie-stelsel nie. Ingevolge die akkusatore stelsel het die beskuldigde 'n sg. „reg op konfrontasie”: hy moet met die getuies teen hom gekonfronteer word sodat hy self hul geloofwaardigheid kan beproef. Hierdie konfrontasiereg lê dan ten grondslag van die hoorsêreël, en omvat ook die reg op kruisverhoor. Die akkusatore verhoorprosedure „necessarily implied at the very least that the 'evidence developed' against a defendant shall come from the witness stand in a public courtroom where there is full judicial protection of the defendant's right of confrontation (and) of cross-examination . . .” - *Turner v. Louisiana* 379 US 466, 472-473. Word hoorsêgetuienis toegelaat, is daar van konfrontasie met die oorspronklike getuie geen sprake nie.

My tweede opmerking handel oor die toelating van bekentnisse. Dr Barrie het die opmerking gemaak dat 'n hof alle relevante getuienis voor hom behoort te hê om tot 'n regverdige beslissing te kan kom. Ek wil my egter verstout om te sê dat relevantheid nooit die enigste kriterium vir toelaatbaarheid kan of behoort te word nie. As een voorbeeld noem ek daardie antieke en deur tyd geëerde privilegie, naamlik die prokureur-kliëntprivilegie. Die bestaan van hierdie privilegie kan daartoe lei dat relevante getuienis uitgesluit word, maar dit vind plaas omdat daar 'n gewigtiger beleidsoorweging is: dié van vrymoedige en openhartige kommunikasie tussen raadsman en kliënt. Waarheid is nie die enigste belang wat 'n strafproses- en bewysregstelsel dien nie, en waarheid moet soms ondergeskik gestel word aan hoër gemeenskapswaardes. 'n Mens kan verwag om hierdie verskynsel ook aan te tref by die toelating van bekentnisse.

Wigmore se toets is dat 'n verklaring slegs uitgesluit moet word indien die omstandighede waaronder dit afgelê is sodanig was dat daar 'n taamlieke risiko bestaan dat dit onwaar mag wees. Die beginsel is dus dat onvrywillige selfinkriminerende verklaarings uitgesluit word omdat dit te onbetroubaar is om tot die ore van 'n jurie te kom. In *S v. Radebe* 1968 (4) SA 410 (A) op 418, 419, het appèlregter Ogilvie Thompson egter soos volg verklaar: „Wigmore's criterion should not, in my view, be regarded as affording a comprehensive test which is itself decisive of all cases. It not infrequently occurs that although the presiding Judge may think that the contents of a tendered confession are true the circumstances whereunder the confession was made compel its exclusion.” Dit is dus waar dat „the accused may get relief (deur uitsluiting van sy bekentenis) not so much out of concern for him or for the 'truth,' but because he is strategically located . . . to call the attention of the courts to excesses in the administration of criminal justice” - Goldstein *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure* (1960) 69 *Yale LJ* 1149. Uitsluiting van 'n bekentenis kan bv. bedoel wees as korrektiewe maatreël vir oordadige polisie-optrede. Uitsluiting is dus ook 'n waarskuwing gerig op toekomstige polisie-optrede, en dien sodoende 'n gewigtige maatskaplike belang, nl. 'n beskaafde stelsel van regshandhawing en -administrasie. 'n Mindere belang sou gedien word deur toelating van die betrokke bekentenis, nl. beregtiging van een individuele geval. „Justice to society is sometimes taken to require that a given case be used not only to deal with the situation immediately before the court but also to serve a larger public interest . . .

If the criminal goes free in order to serve a larger and more important end, then social justice is done, even if individual justice is not" - *ibid.* Die belang wat op die spel is, is die integriteit van ons hele stelsel van strafregadministrasie: Wil ons regeer word deur polisie wat ongebonde en oordadig in hul optrede is? Moet ons howe as't ware hul hande besoedel deur die sukses van wederregtelike polisie-optrede te beklink? Ek betoog dat hierdie oorwegings soms daartoe moet aanleiding gee dat 'n hof relevante getuieis gaan uitsluit. (Vgl. Campbell *Illegally Obtained Evidence: A Reappraisal* 1968 *SALJ* 246.) 'n Analoë geval in siviele sake is die werking van die *contra bonos mores*-beginsel: „Courts refuse their aid in civil cases to prevent the consummation of illegal schemes of private litigants; a fortiori, they should not extend that aid and thereby permit the consummation of illegal schemes of the state itself" - *People v. Caban* 44 Cal. 2d 434, 282 P 2d 905 (1955) ('n beslissing van die Hooggeregshof van California; vgl. Van Rooyen „*Queensbury*"-reëls vir Polisie-ondervraging in die *V.S.A.*" 17 *De Rebus Procuratoris* (Mei 1969) 178). Let daarop dat simpatie vir of sentimentaliteit teenoor die beskuldigde nie hier 'n rol speel nie.

Daar is in die referate nie uitvoerig ingegaan op die probleem van „third degree" nie (ek ken nie 'n goeie Afrikaanse term vir hierdie begrip nie). Myns insiens is die kritieke stadium vir hierdie misbruik die *periode tussen inbegtenismeming en die eerste voorbrenging voor 'n regterlike beampte*. Hierdie tydperk moet so kort as moontlik gemaak word. Daar is wel redes waarom die polisie 'n gearreesteerde vir 'n kort tydjie moet kan aanhou, bv. om vinnig sy verwerpe en verskonings te kontroleer, om die normale administratiewe prosedures van inboek na te kom, en so meer. Indien die polisie inderdaad regmatig gearreesteer het en nie te gou (d.w.s. op onvoldoende gronde) opgetree het nie, is daar geen rede vir hulle om die gearreesteerde lank te wil aanhou nie. As verdere veiligheidsmaatreël sou ek dus, addisioneel by regter Hiemstra se voorgestelde stelsel, 'n bepaling wou sien wat die polisie verplig om 'n aangehoudene so spoedig moontlik voor 'n regterlike beampte te bring, waarna hy nie weer terugverwys word na die polisie nie (ondervraging sal mos later judisieel plaasvind); wat egter ook nodig is, is 'n *sanksie*, nl. dat geen bekentenis wat aan die polisie gemaak is tydens 'n onredelike vertraging om die aangehoudene voor te bring, toelaatbaar sal wees of hoegenaamd teen die beskuldigde gebruik mag word nie. Hierdie sanksie is gebaseer op my opmerkings hierbo, en stem ooreen met die Amerikaanse reël soos neergelê in *McNabb v. US* (1943) 318 US 332, en *Mallory v. US* (1957) 354 US 449. Nie-nakoming deur die polisie van die „spoedige voorbrenging"-bepaling „can rarely be motivated by any purpose other than the obtaining of an illegal confession by means which would not be feasible after arraignment" - Bader *Coerced Confessions and the Due Process Clause* (1948) 15 *Brooklyn LR* 51, 70. (Sien ook Hogan & Snee *The McNabb-Mallory Rule: Its Rise, Rationale and Rescue* (1958) 47 *Georgetown LJ* 1.) 'n Beskuldigde verkry dus as't ware 'n „privilegie" om nie veroordeel te word op grond van 'n selfinkriminerende verklaring wat verkry is deur wederregtelike polisie-optrede nie. (Die ou „vrywilligheidsreël" bly natuurlik ook staan.)

*OOSTHUIZEN*: Mnr die Voorsitter, dit is my beskeie mening dat wanneer ons die voorbehoudsbepaling in a. 244 ontleed, ons noodwendig tot die gevolgtrekking moet kom dat daar nie meer langer 'n bestaansreg vir hierdie bepaling in ons reg is nie. 'n Ontleding van hierdie artikel toon nie alleen aan dat dit 'n hoogs tegniese uitsondering is nie, maar dit toon ook verder aan dat dit noodwendig moet lei tot anomalieë in die regspleging. Hierdie voorbehoudsbepaling handel hoofsaaklik oor 'n bekentenis. Slegs 'n bekentenis aan 'n gewone polisieman is ontoelaatbaar. Die oomblik wat die man kommissierang kry (d.w.s. van luitenant af en hoër) is hy 'n vredereger en word so 'n bekentenis aan hom toelaatbaar.

Enige iets wat aan hom gesê word, hoe inkriminerend ook al, is toelaatbaar mits dit voldoen aan die vereistes dat dit vrywilliglik aan hom gemaak is, dat die persoon by sy volle verstand was en sonder dat hy op onbehoorlike wyse daartoe aangemoedig was.

Prakties het ons die volgende resultaat: Jan het sy vrou vermoor. Hy gaan na die aanklagkantoor en wil homself oorgee. Gelukkig vir Jan is daar 'n konstabel agter die toonbank. Jan sê: „Konstabel, ek het my vrou vermoor.” (Laat ons aanvaar dat wat hy ook al verder vir hom sê aan die vereistes van 'n bekentenis voldoen.) Daardie arme konstabel mag dit nooit in die hof gaan sê nie. Ongelukkig vir Piet is hy presies in dieselfde omstandighede, maar agter die toonbank is 'n luitenant. Die posisie is identies, maar die luitenant kan daardie getuienis in die hof gaan gee!

In die polisiemag geskied bevorderings uitsluitlik of feitlik uitsluitlik op grond van eksamens wat afgelê word. 'n Man kan dertig jaar wees dan is hy 'n luitenant, maar die arme kêrel wat daar op die platteland sit en in elk geval nie in eksamens belang stel nie omdat hy miskien 'n man is wat nie daarvan hou om eksamens te skryf nie, het baie meer ervaring as hierdie luitenant. Wat aan die luitenant gesê word is toelaatbaar, maar wat aan die man op die platteland wat nog nie die rang van offisier bereik het nie, gesê word, is ontoelaatbaar. Kom ons kyk vir 'n oomblik na die geval van Blyth. Mev. Blyth skryf 'n brief. Gelukkig vir die staat is die brief geadresseer aan 'n persoon wat die rang van 'n offisier het en derhalwe 'n vrederegter is. Die konstabeltjie maak die pos oop maar dit maak nie saak nie want die brief is gerig aan 'n persoon wat 'n vrederegter is. In dieselfde omstandighede, as 'n adjutant-offisier in bevel van daardie stasie was, was dit ontoelaatbaar! Ek betoog dat 'n reël wat tot sodanige anomalieë in ons reg lei ongelukkig nie langer 'n bestaansreg het nie.

Ek wil nog 'n voorbeeld aanhaal. Mnr Zeffertt het ook daarna verwys. 'n Persoon is in besit van dagga gevind. Hy mag dagga besit as hy 'n permit het. Nou kom 'n polisieman - hy is bietjie dom - en vra wie se dagga dit is. „Dis my dagga.” „Het jy 'n permit?” „Nee, ek het ook nie 'n permit nie.” Dit is 'n bekentenis en dit word nie toegelaat nie. 'n Ander polisieman is 'n bietjie slimmer. Hy vra slegs: „Is dit jou dagga?” Hy is slim genoeg om nie te vra vir 'n permit nie. Hierdie polisieman se getuienis is toelaatbaar in die hof omdat die getuienis nie neerkom op 'n bekentenis nie, m.a.w. al die elemente is nie erken nie.

Het ons nie die stadium bereik nie dat ons dit in die hande van die verhoorhof moet laat om te besluit of 'n bekentenis of watter verklaring ook al aan 'n polisieman gemaak, toelaatbaar is bloot op grond van die feit dat dit vry en bereidwillig gemaak is, dat die persoon by sy volle verstand was en sonder dat hy op onbehoorlike wyse daartoe aangemoedig is? Verhoorregters is mense met wye ervaring. Die bewyslas is op die staat om bo redelike twyfel te bewys dat die verklaring vrywilliglik gemaak is. Die verhoorregter sal nie alleen weet wanneer om die bekentenis toe te laat nie, maar hy sal ook weet watter gewigswaarde hy daaraan moet heg. Ek kan my nie vereenselwig met enige regsreël wat ons polisiemag, mense wat 'n belangrike (dog soms ietwat ondankbare) taak verrig, se taak en ook die taak van ons regspleging (hier dink ek spesifiek aan ons regters en aan ons landdroste) onnodig strem nie. Laat dit aan hulle diskresie oor: laat dit aan die verhoorhof om te besluit of 'n selfinkriminerende verklaring toelaatbaar is.

Ek was verbaas om die uitlating te hoor dat relevantheid 'n ondergeskikte rol speel. Ek wil my verstout om te sê dat as relevantheid 'n ondergeskikte rol speel, ek graag wil sien wat dan 'n belangrike rol speel. Onthou moet word dat relevantheid van die grootste belang is; voordat ons inbreuk maak op relevant-

heid moet daar 'n baie, baie goeie rede wees. Ek gee met eerbied aan die hand dat die blote persoonlike posisie van 'n beskuldigde opgeweeg moet word teen die regsbelang, en as die regsbelang aantoon dat sy persoonlike posisie ondergeskik moet wees, dan moet die regsbelang steeds voorkeur kry. Wat van deurslaggewende belang is, is nie net die individuele posisie van die beskuldigde nie, maar die belang van die gemeenskap. Ek sou derhalwe met eerbied aan die hand doen dat hierdie reël so gewysig word dat alle verklarings aan alle persone toelaatbaar is mits dit voldoen aan die vereistes soos in a. 244 gestel, nl. dat dit vry en bereidwillig gemaak is, dat die persoon by sy volle verstand was, en sonder dat hy op onbehoorlike wyse daartoe aangemoedig is.

*SCHMIDT*: Mr Chairman, I have not prepared any original suggestions to put to the symposium: I merely wish to record where I stand in relation to some of the opinions expressed by previous speakers. In the first place, I am not in favour of Mr Newman's "special professional recorders" of confessions. I do not quite know what he means by that; perhaps if it were elaborated I might find myself in favour of it. It smacks of the inquisitorial system which I don't think is what he wants to introduce! If such recorders would be judicial officers one would not have any objection in principle, but then I don't see how it could improve on the proposals advanced by Mr Justice Hiemstra for pre-trial judicial interrogation. It would amount to more or less the same thing. So, in the second place, I am in favour of pre-trial judicial interrogation if it is controlled and if it is properly instituted. In this respect I am in favour of the Hiemstra proposals. As regards the idea of Mr Newman and Mr Van Rooyen that after interrogation or the making of a confession the accused should not be sent back into the hands of the police, I feel that this is a very sensible suggestion whether the present system be retained or whether one has a formal pre-trial interrogation. Of course he should be informed of the fact that he would not be returned to the police.

I agree entirely with Mr Zeffertt on the hearsay rule - I would abolish it completely, as he would. I don't think Mr Middleton's proposal for statutory provision as a safeguard is really necessary: I am sure that if the hearsay rule were abolished our judges would proceed with discretion and would probably build up a cautionary rule as they have in other areas of the law of evidence. In other words Mr Middleton's proposal could do no harm, but I doubt whether it is necessary. I don't think when one abolishes the hearsay rule the judges would start admitting and relying on all sorts of unreliable evidence. I think one can trust them to use their discretion - I would prefer that to the present system of exclusion on a formal basis of possibly useful evidence. If the total abolition of hearsay is unacceptable today, and probably it is, then at least the relaxation enacted in Part VI of the *Civil Proceedings Evidence Act* should be made applicable to criminal cases.

I think also that if one were to abolish the hearsay rule, Dr Barrie's objections to *res gestae* would largely disappear because it is only when *res gestae* is used as an exception to the hearsay rule that these difficulties arise. Where *res gestae* is only applied as a relevancy principle there is no problem.

I agree with Dr Barrie's proposition (and Mr Oosthuizen's) that relevant evidence should in principle always be admissible, and I don't think that Mr Van Rooyen's example of the existence of privilege is quite apt, because the idea is that privilege stands apart from admissibility. I think Dr Barrie was only referring to admissibility and not thinking of privilege, which doesn't directly concern admissibility. In other words, the principle of free admissibility should remain. But so should the various privileges. Regarding Mr Van Rooyen's plea for the exclusion of evidence after an unreasonable delay in bringing the accused before a magistrate - I am not sure about this. I am sure it has some merit, but

what worries me is that the community could suffer as a result of dilatoriness of the police. The community also has an interest in securing the conviction of the person who should be convicted and I feel that the Hiemstra proposals are quite adequate in this regard, *i.e.* as regards getting the accused before a judicial body and out of the hands of the police within a reasonable time.

I am also doubtful about Mr Oosthuizen's very free admission of confessions to police. In this respect also I prefer rather to have confessions only admissible if they have gone through a proper judicial pre-trial procedure - this in spite of the fact that it would be a departure from the principle of the admissibility of all relevant evidence.

*MATHEWS:* Mr Chairman, I hope that I will be able to exercise a kind of vicarious right of reply through Mr Newman. As I explained in the beginning, this paper was not mine. I've done some of my thinking since reading it and this thinking is very incomplete at this stage, but there are some points which occurred to me during the discussion.

I think that there is a lot to be said for Mr Newman's point that special social conditions in this country probably led to the adoption of the second proviso to s. 244. I tried to work out for myself what those conditions might have been in the minds of those who formulated this proviso. It seems to me that one of them is that in this country the system of justice is administered by a group of people who on the whole are more educated and sophisticated, and that a very large group of people who on the whole are less sophisticated and less educated do not have much part to play in the administration of the system. Now I think that it might have been in the minds of those who formulated this proviso that it is certainly possible and perhaps even likely that advantage can be taken as a result of that very fact. Secondly, there seems to me to be the relevant situation that those people who do not take part in the administration of the system of criminal justice are on the whole rightless when compared with those who administer it, and this too seems to put them in a position of great vulnerability. I think that most of us would concede that a man who has political power can more easily obtain redress against abuse of authority by an official than a person who doesn't have political power. And the third condition which is inherent in the social situation which might have led to the special proviso is simply the communication problem: where we have a number of languages, officials do not always speak the language of the person whom they arrest and there is a great danger that they will claim to have received confessions that were in fact not made. These conditions still to a very large extent exist and we have to take notice of that fact although we may not like it. I think that a case can be made out for retaining that special proviso until the population is more or less homogeneous in the respects mentioned.

I think many of the speakers have made out in their criticism of the second proviso a very strong case for its modification. There are too many anomalies and the rule as it is at present applied does not achieve the purpose which I think it was designed to achieve. There is this problem of the veil falling down between the treatment of the accused before he is brought before the magistrate and the treatment afterwards. Now I think that the idea of independent recorders is not a bad one. It has not been fully worked out by Mr Newman, but his own experience is that magistrates go through their functions in a very perfunctory kind of way - they don't explore very deeply the treatment of the accused before he comes before them. If one had independent trained lawyers who would not be part of a very busy system in which they simply wouldn't have time to go through this kind of procedure, this might eliminate that deficiency in the proviso at any rate. So I would argue that if one eliminates the anomalies and improves this proviso, it still has a very useful function to perform at this stage of our legal development.

Mr Chairman, if you would permit me I'd like to say one or two things about some of the debate that's gone on about hearsay and the question of eliminating abuses by officials charged with the investigation of crime. If I could take the second one first, I was very impressed by what Mr Van Rooyen has had to say. I would just like to add a gloss, namely that it doesn't seem to me that what one is trying to do here is trying to *discard* the relevancy principle which is always obviously very important. But I think one must recognize that there comes a point where that principle has to be weighed against other interests and one of these is the interest in having an administration of justice which operates according to fully civilized standards. Now I think the experience of the American courts has been that if one does not introduce sanctions for abuses, then the abuses go on. One of the sanctions is to exclude evidence which is improperly obtained. I think one has to recognize that at certain points the relevancy principle may have to give way. This doesn't mean that one must discard it or consider it to be of no importance, but where abuses are serious and of a very unacceptable type then the point comes where one must weigh the interests and the relevancy principle may have to give way. So it's not really a question of submerging it but merely balancing it in a proper case against other interests.

Finally I would like to make two remarks about hearsay. I was rather shattered by the suggestion that the entire rule should now be abolished and it struck me that the arguments against the abolition of the rule had not been fully presented. It seems to me that there is not merely a danger of proliferation of evidence if the hearsay rule is abolished, but a danger of distortion. I have never forgotten an illustration which was put to us at the University of Natal by Professor Allport of America, who is a psychologist, of this danger of distortion of evidence through transmission from one person to another. He cited a case in which a very simple set of circumstances is put to one man who is then asked to go to another room and transmit it to another man. This went on through five different people. When the story reached the last person it was not only different but it was almost a completely different set of facts which emerged at the end of that experiment. So I think that there is a very high danger of that kind of distortion happening if there is no rule at all against hearsay. The other point I want to make is although one may say very lightly that the judge should be allowed to weigh up all evidence since he is quite capable of attaching the proper weight to evidence which is thin, I think that he may consciously be able to do this, but all of us recognize that our judgment is frail and that once things are introduced into our conception of a situation, however much we would like them not to influence us, nevertheless they do. Although we may overtly try to exclude them from our deliberations, in fact subconsciously they continue to operate. That would seem to me to be a very strong reason for retaining the hearsay rule but improving the situation of the exceptions to it.

LOKVINKE

### Referaat

*BERTELSMANN*: Mr Chairman, I would like to ask the Commission to give attention to the question of police trapping when a new code of criminal procedure is drawn up, to which branch of the law I think this subject belongs. There cannot be many countries in which police traps are used more extensively than in South Africa and I believe that every time when publicity is given to a particularly unpleasant trap case it is not only the lawyers but the public in general that feel that something is wrong with the system.



Trapping is a sort of disease which developed mainly in the USA, especially during the period of prohibition, and because it occurred so frequently in the United States, that is the place where the remedy against it was developed, namely the doctrine of entrapment. So perhaps we ought to consider ourselves as fortunate that we didn't have to invent it in South Africa! It is estimated that in one particular year 30,000 out of 44,000 prosecutions in prohibition cases were entrapment cases. Naturally later even people who did not at first object to this method felt that there was something very seriously wrong with it. The American courts turned against it and developed the doctrine of entrapment - which may account for the fact that the dogmatic or theoretical basis of it has always remained very vague, full of inconsistencies and confusion. But in the leading cases of the US Supreme Court there are so many good points from which should be developed a theory on which to base the objections to entrapment that it is really worthwhile, especially in a country like this where trapping is being done on a very large scale, to make some effort in that direction.

Historially I think the first case in which somebody was acquitted on the basis of entrapment was already in 1916. But only during the time of prohibition was it really used so extensively that the Supreme Court eventually had to give a ruling on it in the famous case of *Sorrells v. US* 287 US 435 (1932). The court split into a majority and minority, both agreeing that the accused should be acquitted but on rather different grounds. In this case a prohibition agent (who I believe got some compensation for every successful prosecution) approached a certain Sorrells. Having ascertained that they had been in the same military outfit during the first world war, the agent appealed to Sorrells to get some whisky for him. Sorrells at first refused. However, the agent went on, appealing to his sympathy as an old war buddy, and at last succeeded in persuading him to get some whisky for him, whereupon Sorrells immediately was arrested. This case went up to the Supreme Court and the majority opinion more or less was that one has to read into every statute a clause of entrapment, namely, "did Congress intend this statute to cover entrapment cases?" The majority construed this statute as to include a proviso that it will not be applied if the accused had been a victim of entrapment. The minority opinion was more or less that the government in this case does not come to the court with clean hands and that it is for the court to protect the purity of its own temple and to fight improper police methods by throwing such cases out of court.

Twenty-five years later an even worse example of entrapment came to light in a narcotics case. Somebody who had been convicted before was undergoing treatment to get rid of his addiction. He was approached in the doctor's waiting room by a government agent. The defendant was no longer using drugs but was persuaded by the government

agent to buy drugs and to give part of it to the agent and use part himself. He became an addict again, was reported to the police and was by the highly creative activities of the government agent made a criminal again. The case is *Sherman v. US* 356 US 369 (1958). The same happened as in 1932: the majority opinion was almost identical with that of the *Sorrells* case and the minority opinion also more or less similar. The articles on entrapment in the American law reviews also vacillate between these two views and there has developed no sound dogmatic basis. I don't think anybody would disagree that the first instinctive feeling is that some wrong is done in entrapment cases - wrong possibly against the accused and possibly against other values - and that the fact that the defendant is acquitted has to do with this wrong. The American cases call it "a gross abuse of authority," "an abhorrent transaction," "repulsive," "reprehensible," and these are feelings which are also widely held in South Africa in certain trapping cases.

Now whenever the subject is discussed in South Africa the answer (especially of those connected with the police) is that this is a method of crime detection that is necessary, that we can't do without it. Some replies are quite obvious: Why should this particular method be necessary in South Africa while it is not necessary in most other countries? On the face of it, it seems rather improbable that it should be so necessary in this country and not in most other countries. I studied the subject to some extent in Germany and tried to find cases. There they seem to have had the same disease about 140 years ago, at the period of restoration when political *agents provocateur* were used. Articles written at that time about the use of these agents are very similar to American articles and decisions of more recent times. The general opinion formed on the continent has always been that if a police officer resorts to entrapment, that will not improve his chances of a good career. On the contrary, he will be disciplined. There is no doctrine of entrapment because there are very few entrapment cases nowadays. They may have been numerous at about 1830 but the general opinion formed at that time has had the effect that internal police instructions invariably condemn this method. In the second instance the argument of necessity reminds me of the example of a fire brigade which sets a building on fire so as to be able to extinguish it: there may be some necessity to put fire to the building - otherwise they couldn't extinguish it. But it is not the sort of argument which sounds convincing.

Another answer given by the police is that they employ this method only in cases where they have good reasons for suspicion. They are pretty sure that the defendant which the trap approached has been violating the law for a long time. Now they only want one bit of evidence to obtain a conviction. There would probably be no objection at all if by means of a trap evidence of previous offences was revealed

or produced, and the actor were convicted on the ground of that evidence. But that is exactly what does not happen: the court is usually asked to convict a person of that particular offence which was instigated by the policeman or his agent! Any allegation that the person in question has probably been engaged in unlawful activities for some time must, I believe, in law be quite irrelevant - how can we in criminal law consider such unproved suspicions? Where there is no *evidence* of former crimes the fact that the man *probably* committed similar offences before must be irrelevant in law.

Perhaps it may be useful to quote from the cases I mentioned one of the reasons given for the entrapment doctrine. In the *Sherman* case it was stated that the function of law enforcement is the prevention of crime and the apprehension of criminals: "Manifestly that function does not include the manufacturing of crime." In the *Sorrells* case it was said in the minority opinion that the applicable principle is that the courts must be closed to the trial of a crime instigated by the government's own agents.

One further reply to the argument of necessity: Can there be any real necessity to detect a crime of which the police is aware before the actor is?

One of the better approaches in law is to start from the right definition. This applies to trapping to a high degree because the word "trap" itself has several meanings. A speed trap for instance does not *cause* the offender to drive at excessive speed; there trap has quite a different meaning. Trapping, if we consider the doctrine of entrapment, will usually be a broader term, including every case in which the offence was caused by the policeman, by the official of the government, or by his agent. Opinions differ as to what constitutes improper trapping. Several tests have been suggested in America, for instance that entrapment occurs where the intent originates with the officials of the government, where they create in the mind of an "innocent person" the disposition to commit a crime. The problem seems to be to determine where the line should be drawn between the improper entrapment cases and the ones which should be considered permissible.

It is strange that one of the most convincing and most powerful arguments in favour of trapping methods is so rarely advanced, namely that it probably has a deterrent effect that shouldn't be underestimated. If in a certain area in this country, for instance, people know that diamond detectives are about and are trying to sell diamonds, that will make them more careful. It is interesting that this argument is never, as far as I know, advanced by the police in defence of the entrapment method. And I believe the reason is that such a method to deter potential offenders is really incompatible with the dignity of the human being. If one looks at human rights doctrines and writings of all times

there is one thing that stands out as being incompatible with the dignity of man and that is to make him a means to an end. This notion is even applied in the area of *punishment* as a deterrent to potential offenders. Isn't it much worse if you approach a human being, persuade him to commit a crime and then punish him for that same and very purpose? I believe that there are some guilty consciences on the part of those who use the entrapment method: they may not clearly recognize why and how, but yet they somehow realize that what they are doing is touching human rights questions.

Personally I am inclined to compare the entrapment method to the abuse of the right of self defence. If we go back to the old theories for the justification of the existence of the criminal law as such, there are some very good points to be found leaning on the right of self defence. Fundamentally the criminal law and the right to prosecute and to punish serve the protection of certain legal interests. The criminal law and its application must be fundamentally *defensive*. In these entrapment cases it is not the individual which by his acts forces the state to react, but it is the government official who, among a hundred persons who may be susceptible, picks out one and aggressively (though it doesn't look like it) tries to make this person commit a crime, then to react and arrest him. This is to my mind very much like the action of the person who, wanting to injure somebody, provokes an attack for the purpose of making use of his apparent right of self defence. I believe that this is at the basis of the misgivings which we have when we consider that the police pick out somebody (we do not know on the ground of what information, or whether this was the greatest suspect of the area - as far as we know there are hundreds of people who are just as susceptible to temptation): There is no defensive situation which would compel the state to act against this individual, therefore in doing so the state is abusing the criminal law and the judicial process. There are in the minority opinions both of the *Sorrells* case and the *Sherman* case interesting thoughts which would fit well into such a theory of the doctrine of entrapment. If the idea is that the courts should not allow themselves to be made the instruments of wrong, this perhaps is the most convincing reason for the doctrine of entrapment as it is applied in the US.

In South Africa our legal writings do not contain much about the subject. The latest Gardiner and Lansdown (*South African Criminal Law and Procedure* 1970 Vol. I 322-3) has a few notes on it. The authors say that they don't think that South African courts would ever acquit a person on the ground of entrapment because even though the guilt of the accused may be diminished on account of the temptation to which he was exposed, that doesn't make his act lawful. Now this of course is entirely irrelevant. The doctrine of entrapment has nothing to do with the guilt of the accused. If the accused is not guilty then you don't

need such a doctrine. The doctrine of entrapment can only apply in cases where all the elements of the offence are present and I don't see why a person tempted, instigated, or induced to commit a crime by a policeman should be considered less guilty than a person tempted by anybody else. There just isn't a difference as far as the subjective blameworthiness is concerned and the weighing of merits and demerits between the accused and his behaviour and record on the one hand and the conduct of the police on the other hand is quite irrelevant, as the minority opinions in *Sorrells* and *Sherman* point out. It is here a question of the *proper use of the criminal law and the judicial process*. Where the court finds that it is being abused to consummate a wrong, it should have the power to stop the proceedings and to discharge the defendant. The best way to fight the evil of entrapment is to deprive the entrapper of the success of his scheme so there wouldn't remain a motive to perpetrate entrapment again.

Some writers in Europe have advocated that the entrapper should be punished. I think this is quite unrealistic. I can't imagine a police organisation charging one of their officers with entrapment - I don't think it would ever happen. The best and the most efficient way of stopping the entrapment practice is just to cut off the success of the scheme by discharging the accused on the ground of entrapment because in this case the government didn't come to the court with clean hands and because the wrong use is being made of the criminal law, the law of criminal procedure, and of the court. I think in the South African legal system it would be much better to have the remedy against entrapment in the *Criminal Procedure Act*, though I feel that it could also be inserted in the substantive criminal law, because both are abused.

## Bespreking

*ROSS*: Mr Chairman, may I ask a question. I do not know exactly what the statutory position is in regard to warning the intended victim of entrapment but I do know that in practice very frequently the intended victims are warned that they are going to be subjected to a trap. I would like to ask Mr Bertelsmann whether such a warning would make any difference in his approach to the whole question.

*BERTELSMANN*: This is one of the excuses frequently used by the police. I recently read in a newspaper about the personal experience of a judge while somewhere in South West Africa. He was approached by a trap but he sent the man away. Later on the police chief of the district told him that it was very wise of him to have sent this man away: "Because this was only a first attempt we wouldn't have charged you. We would have charged you only the second time." But then, quite recently there were some cases (I have got the newspaper cutting here) where actually no such warning was given. In one case a comparatively young man was tempted into a diamond deal. The judge unfavourably commented on this method of the police, who did not first warn the person concerned.

I don't think that it would automatically make a difference if there is a warning first. It could make the whole scheme less objectionable. But the worst feature of the system in South Africa - even worse than in America - is that the diamond detectives don't approach the people as *buyers* of diamonds but as *sellers*, which is of course a very convenient method to turn an innocent person into a criminal. Sending the traps off as buyers, on the other hand, would have the great advantage of getting hold of some of the diamonds that are illegally in circulation and of proving an offence already committed. Then the defence of entrapment would be quite irrelevant, for the act of selling the diamonds would demonstrate that there was already an unlawful possession thereof. Even the prohibition agents in America didn't travel round with bottles to sell, but tried to find out who had whisky to sell to them. In South Africa people even travelled from Pretoria to a remote part of SWA carrying government diamonds in their pockets and trying to sell them - see *R v. Vlok* 1954 (1) SA 203 (SWA). This is almost the worst feature of the trapping system in South Africa.

*VAN ROOYEN*: Ek sou graag verneem of mnr Bertelsmann sal saamstem met die invoeging van 'n prosedure in ons Strafproseswet waarvolgens vredesbeamptes, op grond van „redelike gronde" wat hulle het dat iemand hom besig hou met wederregtelike bedrywighede, 'n lasbrief tot die gebruik van die lokvinkstelsel t.o.v. daardie persoon van 'n landdros kan verkry. Dit moet slegs ten opsigte van sekere gespesifiseerde misdade moontlik wees, waaronder bv. diamanthandel sal val. Die polisie word aan 'n tydsbeperking onderwerp wat na gelang die omstandighede van elke geval deur die landdros vasgestel word, bv. ses of nege maande of wat ookal. „Redelike gronde" vir verdenking is dan genoegsaam om 'n lasbrief te kry, alhoewel nie genoegsaam om 'n vervolging in te stel nie. Hierna word die betrokke verdagte deur die landdros gewaarsku. Die argumente teen so 'n voorgestelde prosedure kan miskien wees dat dit die verdagte effektief kan afskrik. Die antwoord hierop is dat afskrikking in elk geval 'n oogmerk van die strafreg is en indien hierdie oogmerk dan op so 'n snelle manier bereik kan word behoort almal tevrede te wees. 'n Ander beswaar kan wees dat die verdagte dan sy vorige oortredings gaan ontkom. Die antwoord hierop is dat hy dit buitendien sou ontkom: selfs ingevolge die huidige lokvinkstelsel word hy slegs vir die „uitgelokte" oortreding gestraf en nie vir die „voriges" nie. „Slaag" die uitlokking nie, word hy natuurlik glad nie vervolg nie.

*BERTELSMANN*: I haven't really thought of this. If you feel that there is somebody continually committing offences and you want to prevent him from committing further offences of the same nature that may be a case where, with the authority of a magistrate, you could use the method. The question is one of defensive trapping.

By the way, I do not quite agree with the view generally held in America that when a person is merely being offered an opportunity to commit a certain offence, there can never be improper trapping. Depending on the circumstances even this can, I feel, sometimes amount to the unnecessary manufacturing of crime for which there is no justification. For example, a person may be quite prepared to take and keep for himself any lost property he may find. But wouldn't it be quite pointless to turn him into an offender by throwing a large amount of money in a lonely pathway where you know he will pass, just for the purpose of catching and prosecuting him? In doing so, you would bring about the commission of an offence without preventing one, and the trapping would not be of that defensive and preventive nature which could make it permissible.

But when you feel that you can prevent the commission of an offence, then the use of the entrapment method would be in conformity with the purposes of

the criminal law to such an extent that I would say that in such a case, with the consent of a magistrate, it should be permissible - though I still wonder why it is not necessary in other countries!

*MIDDLETON*: I also have a question. I am thinking of the form of trapping one finds in larger city centres in South Africa where policemen in large flashy motor cars and gaudy clothes travel in areas which are frequented by prostitutes. The police do not take any action unless they are duly solicited. Would you regard that as improper trapping?

*BERTELSMANN*: It is again a question of prevention. If this really prevents offences from being committed (which it possibly does), then it may be all right. But on the other hand - what happened in Schweizer-Reneke the other day? A non-white woman was sent into the streets to make friendly faces at all gentlemen that she encountered. Six of the local people actually were caught. I think that is one of the worst trapping cases that could ever have happened. It is absolutely indefensible that and incomprehensible how such a method could have been used.

*OOSTHUIZEN*: Mnr die Voorsitter, ek dink ons is almal daarmee eens dat dit immoreel en verkeerd is om enige persoon uit te lok of aan te moedig tot 'n misdaad. 'n Mens is uit sy natuur geneig tot alle kwaad en hy is geneig om toe te gee om 'n misdaad te pleeg. Ek dink nie dat dit nodig is dat persone wettig uitgelok word om misdade te pleeg nie. Maar hierdie land van ons is 'n besondere land. En dit mag wees dat in sekere omstandighede dit nodig sal wees om sekere tipe misdade te bekamp. Daarom dink ek mnr Van Rooyen het 'n goeie voorstel gemaak. Maar ek sou die volgende reëling aan die hand doen, naamlik dat die Minister van tyd tot tyd by wyse van 'n afkondiging in die Staatskoerant sal bepaal welke tipe misdade onderhewig sal wees aan hierdie lokvalle. Ek glo nie in hierdie land het ons nodig om veel verder te gaan as die goudhandel, die diamanthandel en die drankhandel nie. Ek voel nie dit sal ooit nodig wees om ontugtrige misdade by daardie reeks te voeg nie. Ek dink nie dat ons land so immoreel is dat ons nodig sal hê om daardie tipe misdade te bekamp by wyse van lokvalle nie. Ek sal derhalwe voorstel dat mnr Van Rooyen se voorstel ietwat afgewater word sodat dit wel gekontroleer word, maar dat dit in die diskresie van die Minister van Justisie sal wees om van tyd tot tyd vir grondige redes te bepaal dat sekere tipes misdade aan lokvinke onderhewig sal wees.

*VAN NIEKERK*: Mnr die Voorsitter, ek sal seker die laaste persoon wees wat vir die Minister van Justisie onnodige werk wil verskaf. Ek voel dit is een van die mees onaanvaarbare voorstelle wat 'n mens kan maak, om naamlik vir die Minister van Justisie nog verdere moontlikhede vir proklamasie-uitvaardiging te verleen. Ek voel eerder dat mnr Van Rooyen se voorstel veel het om dit vir ons aanvaarbaar te maak. I personally do not think that we can expect a Minister of Justice to simply stick to these two crimes mentioned by Mr Oosthuizen. I might just mention that in Schweizer-Reneke the non-white lady concerned apparently had no problem in finding ready customers and the system of trapping of prospective offenders against the *Immorality Act* is already very much in use. For that reason I would go very much in the direction of Mr Bertelsmann - I think that a drastic overhaul is necessary in South Africa as regards entrapment and that it should be permitted only in very exceptional circumstances. One of these circumstances which I can readily visualize is the question of car theft. I do not think that it is immoral in any way to put a motor car out as a kind of trap, or to put something in a motor car in order to trap prospective thieves. There is a material difference between this situation and a situation where a man is virtually verbally convinced or persuaded

to commit a crime. I think this is the kind of difference which should be drawn. On the one hand a man is simply apprehended - he is not persuaded to commit the crime; on the other hand a man is possibly made a criminal or at least is persuaded to commit that particular criminal act.

*VAN DER WALT*: Mnr die Voorsitter, ek kan sekerlik nie met gesag oor hierdie onderwerp praat nie, maar ek wil maar net my gevoel oor die saak weergee. Ek dink ons sal almal saamstem dat die omstandighede in 'n land en die aard van die misdade wat ter sprake kom van so 'n aard mag wees dat dit in gemeenskapsbelang noodsaaklik is dat van hierdie wyse van noem dit maar getuienisinwinning, nl. lokvalle, gebruik gemaak word. Die kern van die probleem is om 'n grens te trek tussen die behoorlike en die onbehoorlike lokval. Nou het ons allerlei voorstelle hier gehad wat taamlike presiese kriteria aan die hand gedoen het. Ek voel dat 'n meer algemene kriterium miskien meer gebalanseerd kan wees. Ek dink dat 'n mens sou kon stel dat 'n lokval geoorloof is indien die uitlokker redelike gronde gehad het om te vermoed dat die betrokke persoon hom besig hou met sekere wederregtelike optrede, indien hy gewaarsku word en indien die stel en verloop van die lokval op 'n nie-onbehoorlike wyse geskied.

Ek wil net kortliks uitbrei op die drie kriteria wat ek meen die probleem kan oplos. Daar moet eerstens redelike gronde wees om te vermoed dat 'n sekere persoon hom besig hou met wederregtelike optrede. Dit sou in die praktyk daarop neerkom dat die mense wat uitgelok word hulle normaalweg waarskynlik besig gehou het met hierdie wederregtelike aktiwiteit en dat daar dus redelike gronde ontstaan het vir so 'n vermoede. Tweedens sou ek 'n waarskuwing vereis - ek weet nie watter vorm dit moet aanneem nie, ek wil my net laat by die beginsel van die saak. En dan dink ek die derde belangrike aspek is die wyse waarop hierdie lokval gestel word en die wyse waarop die lokvalgebeure verloop. Ek dink bv. dat dit onbehoorlik sou wees as die polisie van 'n agent wat nou verwant is aan die uitgelokte gebruik maak. Dit voel vir my dat so iets die grense van behoorlikheid sou oorskry. Dit sou na my gevoel ook onbehoorlik wees as die uitlokking verloop op 'n wyse waar nie alleen van volgehoue, oormatige oorreding gebruik gemaak word nie, maar ook miskien van dreigemente, hoe subtiel of onsubtiel. Ek voel dat as die aard van die gebeure enige vorm aanneem wat dit onbehoorlik maak, moet die getuienis in so 'n geval nie toelaatbaar wees nie. □

(Word vervolg)

*I challenge anyone to identify an issue of law reform so technical that it raises no social, political or economic issue. If there is any such thing, I doubt if it would be worth doing anything about it.*

Scarman J *Law Reform -  
the New Pattern*



# Retensieregte Weens Verryking

Deur Wouter de Vos

*Universiteit van Kaapstad*

Skrywer het elders aangevoer dat een van die vanselfsprekende vereistes vir 'n verrykingsaksie is dat die aanspreeklike *ten koste van* die eiser verryk moet wees.<sup>1</sup> Hierdie vereiste word nie altyd gehandhaaf nie weens gebrek aan helderheid oor wat die „ten koste”-begrip behels. Een van die klas van gevalle waar die „ten koste”-vereiste volgens skrywer se siening nie gehandhaaf word nie, is die gevalle waar retensieregte toegestaan word aan persone wat 'n ander se saak bewaar of verbeter het kragtens 'n geldige kontrak met 'n derde wat in sy eie naam opdrag gegee het dat die werk gedoen moet word en homself vir die betaling daarvoor verbind het. Dit gaan hier, weliswaar, nie oor 'n *aksie* nie, maar oor 'n verweer teen 'n vindikatore eis. Die verwarring wat mens hier aantref kan egter maklik oorwaai tot die verrykingsaksie self, aangesien die basiese beginsels wat betrokke is, kwalik van die een geval tot die ander kan verskil.

Ons neem dan as voorbeeld die geval waar X die saak van A na B neem (of vir B na die onroerende eiendom van A laat kom), en sonder A se toestemming of kennis in eie naam vir B opdrag gee om werk aan die saak te verrig. B het nou natuurlik 'n kontraktuele eis teen X en moontlik het X op sy beurt 'n eis teen A, hetsy uit hoofde van *negotiorum gestio*, hetsy uit hoofde van verryking (bv. waar X 'n *bona fide possessor* van die goedere was), hetsy *ex contractu* (bv. waar X onderneem het om die werk te doen en toe vir B as 'n subkontraakteur aangestel het). Moontlik het X geen eis teen A nie, hetsy omdat hy vir A 'n geskenk van die resultaat van die werk wou maak, hetsy omdat hy die saak beskadig het en vir die herstel verantwoordelik is, hetsy omdat hy alreeds vir die werk betaal is, ens. B het natuurlik 'n retensiereg op die

---

<sup>1</sup>Sien skrywer se *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 29–32 (Romeinse reg); 61–66 (Romeins-Hollandse reg); 81–82 (Duitse reg); 91 (Switserse reg); 93–94 (Franse reg); 96–98 (die menings van Bregstein vir die Nederlandse reg); en 127–128, 134–136 en 192–201 (hedendaagse Suid-Afrikaanse reg). 'n Deurlopende bespreking is te vind in die artikel *Ongeregverdigde Verryking, Ten Koste Van' Iemand* in 1957 *Butterworths South African Law Review* 36. Wesenlik dieselfde opvatting word gehuldig deur prof. J. C. van der Walt in sy artikel *Die Conductio Indebiti as Verrykingsaksie* in 1966 *THRHR* 220, 221–222.

saak teenoor X vir die volle kontraksprys - 'n sogenaamde „debtor and creditor lien.” Dit is gemene saak dat hierdie retensiereg nie 'n saaklike reg is nie en dus nie teen A kan geld nie.

Ons howe verklaar egter dat vir sover die werk *die saak bewaar het of sy waarde nuttiglik verhoog het*, B 'n „enrichment lien” teen A het. Die onderliggende gedagtegang is dan dat A ten koste van B verryk is.<sup>2</sup> Dit is teen hierdie rigting dat beswaar gemaak is. Daar is betoog dat B teenoor X gepresteer het, dat X en nie A nie die *accipiens* van B se prestasie was en dat A ten koste van X en nie van B nie, verryk is. Of hierdie verryking geregverdig of ongeregverdig is, is nie ter sake nie. Om hierdie rede kan B dan nie 'n retensiereg wat op verryking gebaseer is en wat teen A werksaam sal wees, hê nie.

In *Brooklyn House Furnishers Ltd. v. Knoetze and Sons*<sup>3</sup> het die Appèlhof vir die eerste keer 'n uitspraak oor hierdie punt gelewer. Die feite was kortliks soos volg. A het meubels op huurkoop aan X verkoop. Ingevolge klousule 2 van die ooreenkoms moes X die goedere vry en onbelas hou van eise deur derde partye, sy mog hulle nie verbind of op enige wyse beswaar nie. Die goedere moes by 'n bepaalde adres gehou word en mog nie sonder A se toestemming daarvandaan verwyder word nie. Klousule 3 het bepaal:

„Die koper sal nie te enige tyd, sonder dat die skriftelike toestemming van die verkoper eers vooraf daartoe verkry is nie, die goedere berg onder verpligting om enige stoorgeld, of enige ander fooie ten opsigte daarvan te betaal nie. Wanneer die koper egter aansoek doen vir sodanige toestemming, sal die verkoper self die reg daartoe hê om besit te neem van die goedere en dit te berg en om van die koper 'n redelike vergoeding vir sodanige berging te betaal.”

In stryd met haar verpligtings sluit X toe egter in haar eie naam 'n kontrak met B, wat X as eienares aangesien het, dat B teen vergoeding die goedere 14 myl ver sou vervoer en in sy pakhuis sou opberg. Toe A etlike maande daarna hiervan bewus word, eis hy die meubels van B op. B maak egter aanspraak op 'n retensiereg op die goedere en weier om hulle af te gee tensy A hom R75.00 betaal as vergoeding ten opsigte van sy koste in verband met die vervoer en opberging van die goedere.

Volgens skrywer se opvatting sou B nie op so 'n retensiereg geregtig gewees het nie. Sy enigste eis sou sy kontrakseis teen X wees. Kon X hom nie betaal nie, sou hy in die posisie van 'n gewone, onversekerde skuldeiser in die geval van 'n *concursum creditorum* wees. A is nie op sy koste verryk nie want die prestasie is regtens deur X aan A gelewer, 'n prestasie (bewaring in goeie toestand van die meubels)

<sup>2</sup>Sien *Verrykingsaanspreeklikheid* 196.

<sup>3</sup>1970 (3) SA 264 (A).

waartoe X kontraktueel verbonde was en wat X bowendien op 'n ongeoorloofde wyse nagekom het.

Die Appèlhof het die posisie egter anders beoordeel. In 'n uitspraak, gerugsteun deur motivering en 'n beroep op die ou bronne en die Suid-Afrikaanse praktyk, is die gebruik om retensieregte in sulke gevalle te verleen, goedgekeur.

A het twee argumente voor die hof aangevoer, nl. (a) dat hy nie deur die vervoer en opberging van die meubels verryk is nie en (b) dat indien hy wel verryk is, die verryking nie ten koste van B was nie.

By die beslissing van punt (a) begin die hof met 'n uiteensetting van die soort retensieregte wat in ons reg erken word.<sup>4</sup> Dan word verklaar dat retensieregte vir bewaring en verbetering van 'n saak nie uit ooreenkoms ontstaan nie maar gefundeer is op die beginsel dat niemand ten koste van 'n ander *sine causa* verryk mag word nie. Per tinent en korrek word verklaar:

„Waar daar geen verryking van die eenaar van die saak is nie, kan geen sodanige retensiereg tot stand kom nie.”<sup>5</sup>

Die volgende vraag wat die hof dan beantwoord, is of die vervoer en opberging van die meubels nodig was vir hul behoud en beskerming, 'n vraag wat, volgens die feite, bevestigend beantwoord word. B se arbeid en onkoste was dus noodsaaklike onkoste en A is verryk. Op hierdie punt word die appèl dan van die hand gewys. Oor hierdie aspek van die uitspraak wil ek niks meer sê nie. Dit is myns insiens heeltemal aanvaarbaar.

Oorgaande na punt (b) wat deur appellant aangevoer is, word daar verwys na skrywer se opvatting oor die „ten koste”-vereiste by verrykingsaksies, 'n opvatting wat onlangs judisiële ondersteuning ontvang het in die geval van *Gouws v. Jester Pools (Pty.) Ltd.*<sup>6</sup> Hierdie opvatting, verklaar die hof, met verwysing na bydraes deur prof. Scholtens in 1958 *SALJ* 371 en dr. C. P. Joubert in 1959 *SALJ* 475,

„is nie onaanvegbaar nie, maar dit is nie nodig om nou daarop met betrekking tot 'n verrykingsaksie in te gaan nie, aangesien ons nie hier met so 'n aksie te doen het nie, maar met 'n beweerde retensiereg wat bloot as verweer teen die eenaar se *reivindicatio* opgewerp word.”<sup>7</sup>

Dit is egter nie duidelik hoedat hierdie twee dinge geskei kan word nie. Hulle is twee aspekte van dieselfde saak. Soos die hof self opmerk:<sup>8</sup>

<sup>4</sup>Op bl. 270-271.

<sup>5</sup>Op bl. 271.

<sup>6</sup>1968 (3) SA 563 (T). Sien ook die kommentaar op hierdie saak deur prof. Scholtens: *Enrichment at Whose Expense?* in 1968 *SALJ* 371 en skrywer se reaksie hierop: *Enrichment at Whose Expense? - a Reply* in 1969 *SALJ* 227.

<sup>7</sup>Op bl. 273, net voor H.

<sup>8</sup>Bl. 273-274.

„Dat verryking van die eenaar ten koste van die besitter, wat die noodsaaklike of nuttige uitgawes aangegaan het, 'n vereiste vir die totstandkoming van so 'n retensiereg is, moet toegegee word. Dit is byna vanselfsprekend dat verryking van die eenaar deur die besteding van nuttige of noodsaaklike uitgawes aan die saak, ten koste is van die persoon wat die uitgawes aangegaan het, en na my oordeel is dit, met betrekking altans tot die bestaan, al dan nie, van so 'n retensiereg, nie ter sake nie dat die uitgawes aangegaan is ingevolge 'n geldige kontrak met 'n derde teen vergoeding.”

Indien daar dan vir die doeleindes van 'n *retensiereg* verryking van A ten koste van B was, dan moet daar mos ook vir die doeleindes van 'n verrykings*aksie* sodanige verryking wees, en so word hierdie sentrale vereiste vir verrykingsaanspreeklikheid tog ook hierby betrek.

Maar kom ons beskou nou hierdie passasie nader. Die eenaar, A, sê die hof, is verryk deur die besteding van hierdie uitgawes ten koste van die persoon wat die uitgawes aangegaan het. Dit is 'n onaanvegbare stelling, maar wie het nou, gesien die hele bestel, daardie uitgawes aangegaan? *Dit is mos X en nie B nie!* X het die dienste van B gehuur, haarself teenoor B gaan verbind vir die betaling van daardie dienste en aldus die beskikkingsmag oor B se dienste verkry. Sy het dit op A se goed laat aanwend en dus is dit sy wat regtens die prestasie gelewer het. Dat dit die juiste siening van die saak is moet tog duidelik blyk wanneer mens die volgende voorbeelde oorweeg:

1. Dit is aanvaarde reg dat 'n *bona fide possessor* 'n verrykingsaksie en retensiereg het teenoor die eenaar van die saak wat hy bewaar of verbeter het. Wanneer mens hierdie stelling maak of onderskryf, bedoel jy tog geensins dat die *possessor eiehandig* die werk moes verrig het nie! Indien hy vergoeding eis vir 'n gebou, sal sy eis tog nie faal omdat hy nie self die stene gebak het, die sement aangemaak het en die mure gemessel het nie. Nee, waar ons skrywers en howe 'n aksie vir en retensiereg aan die *possessor* gee om sy *impensae* te verhaal, is dit om 't ewe of hy eiehandig die werk gedoen het en of hy 'n boumeester gekry het om dit te doen. Regtens het *hy*, die *possessor*, die werk gedoen. *Qui facit per alium facit per se*. Daarom is dit dan ook in hierdie geval hy, en nie die boumeester nie, wat die aksie en die retensiereg het. Selfs al het die *possessor* die boumeester nog nie betaal nie, moet dit die posisie wees. Dieselfde oorwegings geld nog, en, bowendien, sou mens in so 'n geval vir die boumeester 'n aksie teen die eenaar gee, sou jy inbreuk maak op die *paritas creditorum*-reël.<sup>9</sup> Hierdie reëls geld ook by roerende goedere. Die feit dat die *possessor* die goedere tydelik afgegee het aan die persoon wat die werk moes doen, vernietig tog nie sy *possessio* vir òf die doeleindes van verjaring, òf die doeleindes van vergoeding nie. As A bv. 'n motor vindiseer van B wat 'n *bona fide possessor* van die motor was, en hy moet B vergoed vir uitgawes wat hy

<sup>9</sup>Sien *Verrykingsaanspreeklikheid* 63, 97, en 1969 *SALJ* 229.

aan die motor gehad het, maak dit nie saak of B self die werk gedoen het of dit deur 'n garage laat doen het nie.

2. 'n Tweede voorbeeld. Waar ons reg bepaal dat 'n *negotiorum gestor* vergoeding vir sy uitgawes kan eis, word insgelyks nie bepaal dat hy eiehandig die diens moes bewys het nie. Dit blyk duidelik, wanneer mens die bronne raadpleeg, dat die *gestor* veral vergoed word vir uitgawes wat hy gehad het of skulde wat hy opgeloopt het om iemand te huur om fisies sekere dienste te lewer. Regtens is dit egter hy, die *gestor*, wat die dienste bewys het. Om dit anders te stel, indien X sien dat die damwal van A, wat afwesig is, gaan breek, en hy huur in sy eie naam vir B om die damwal te kom red, is dit mos X en nie B nie wat die *gestor* is. Dit, immers, is ook geëkte reg. Of X wanneer hy vir A aanspreek, alreeds vir B betaal het, is irrelevant.

Aangesien ons nou hier met *negotiorum gestio* doenig is, kan ook gewys word op 'n ander wanopvatting wat in die uitspraak voorkom. Hierdie wanopvatting gaan oor die persoon wat onder sekere omstandighede as die *dominus* beskou moet word en kom voor in die gedeelte van die uitspraak wat gaan oor punt (a) deur die appellant geopper. Die hof verklaar nl.:

„Waar, byvoorbeeld, die eienaar van 'n saak dit in die sorg van 'n opsigter laat wat teenoor die eienaar teen vergoeding kontraktueel verbind is om dit te bewaar, en in gebreke bly om sy verpligtings behoorlik na te kom, met die gevolg dat die saak aan beskadiging blootgestel word, kan die eienaar klaarblyklik nie teenoor die *negotiorum gestor* wat die saak in bewaring neem en uitgawes aangaan vir die behoud en beskerming daarvan, aanvoer dat hy nie deur die bewaarneming van die saak deur die *gestor* verryk is nie aangesien hy die opsigter, wat kontraktueel verplig was om die saak teen beskadiging te bewaar, reeds ten volle vir sy bewaarneming vergoed het. Hy sou ewe min kon beweer dat die bewaarneming deur die *gestor* onnodig sou gewees het indien die opsigter nie in gebreke sou gebly het nie om sy verpligtings na te kom.”<sup>10</sup>

Die antwoord hierop is tog sekerlik dat die *dominus* van die saak-waarneming nie die eienaar sou wees nie maar wel die opsigter. Die *gestor* het die opsigter se pligte vir hom nagekom en kan hom aanspreek.<sup>11</sup> Die nakom van 'n ander se verpligtings is een van die gedaantes wat *negotiorum gestio* kan aanneem.<sup>12</sup> en die feit dat die *gestor* gemeen het dat hy A se sake behartig terwyl dit in werklikheid B s'n was, sluit nie sy aksie teen B uit nie.<sup>13</sup>

<sup>10</sup>Bl. 272 A-D.

<sup>11</sup>Vgl. Voet 3.5.8. in pr.

<sup>12</sup>Sien D3.5.42(43) en 3.5.44(45).2; Sohm *Institutes of Roman Law*, Engelse vertaling deur Ledlie, 411; Von Czychlarz *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes*, 12de uitgawe, 184; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 372; Voet 3.5.8 in pr. Ruben *Unauthorised Administration (Negotiorum Gestio) in South Africa* 17. Odendaal v. Van Oudtsboorn 1968 (3) SA 433 (T).

<sup>13</sup>Sien Voet 3.5.12.

3. 'n Derde voorbeeld. X onderneem om vir A 'n huis te bou vir R10 000. X sluit 'n subkontrak met B, 'n elektrisiën, om die elektriese bedrading in die huis te kom sit. Hy betaal nie vir B nie. Dit is tog geëgte reg dat B nie vir A kan aanspreek nie.<sup>14</sup> Die rede hiervoor is nie, soos dikwels beweer word, dat aangesien A vir X moet betaal of alreeds betaal het, hy nie verryk is nie. Gestel die kontraksprys was te laag en die huis is R12 000 werd. Dan *is* A immers verryk. Die rede is ook nie dat A weens sy kontrak met X geregtig was om die huis vir R10 000 gebou te kry sodat sy verryking nie *sine causa* is nie, want indien die prestasie werklik regtens deur B gelewer is, kan A sy reg teenoor X ewe min teen B gaan opwerp as wat hy, indien B 'n *solutio indebiti* aan hom sou maak en hom dan vir terugbetaling aanspreek, die verweer sal kan opwerp dat X hom tog daardie bedrag verskuldig was. Nee, die rede waarom B A nie kan aanspreek nie is eenvoudig dat A nie ten koste van B verryk kan wees nie omdat B aan X en X aan A ge-presteer het.<sup>15</sup> Ook hier speel die reël van *paritas creditorum* 'n bykomende rol.

Ook as ons die saak beskou vanuit die oogpunt van B, wat verarm is omdat X hom nie betaal nie, blyk dit dat 'n aksie uitgesluit moet wees. As X nie vir B betaal nie, bring dit ons geensins op die gebied van ongeregverdigde verryking nie. Die bestaan van 'n geldige, afdwingbare kontrak, ter uitvoering waarvan een van die partye presteer, verhinder dat daardie party, solank die kontrak voortduur, as ongeregverdig verarm beskou kan word.<sup>16</sup> Laat ons die eenvoudige geval neem waar B sy verpligtings ingevolge 'n geldige kontrak nagekom het teenoor X maar waar X in gebreke bly om hom te betaal. B is verarm, maar sy verarming kan tog nie as *sine causa* bestempel word nie en X se ooreenstemmende verryking natuurlik ook nie. X was *ex contractu* geregtig op B se prestasie en B is *ex contractu* op die afgesproke teenprestasie geregtig. Moontlik is hy nog boonop op skadevergoeding en terugtrede geregtig. Die ganse verhouding tussen die partye in al sy aspekte word deur die reëls van die kontrakreg beheers en die kwessie van ongeregverdigde verryking en verarming kan nie ontstaan nie. Dit is slegs waar 'n onskuldige party weens die ander party se wanprestasie terugtree en die (wan)prestasie wat hy ontvang het van so 'n aard is dat teruggawe onmoontlik is, dat daar van verrykingsaanspreeklikheid sprake kan wees.<sup>17</sup> Hoe kan B se verarming dan nou skielik teenoor 'n derde, A, ongeregverdigde ver-

<sup>14</sup>Sien die sake aangehaal in *Verrykingsaanspreeklikheid* 197–199.

<sup>15</sup>Vgl. *Voet* 6.3.52. Let daarop dat waar 'n aksie wel bestaan, dit aan die erfpagter toekom en nie aan iemand wat hy miskien gehuur het om die werk te kom doen nie. Waar hy *weens sy ooreenkoms met die grondeienaar* geen aksie het nie, kom 'n aksie ook nie aan die persoon wat fisies die werk verrig het, toe nie.

<sup>16</sup>Sien *Verrykingsaanspreeklikheid* 201.

<sup>17</sup>Sien *Hauman v. Nortje* 1914 AD 293 en *Verrykingsaanspreeklikheid* 157–161.

arming word, hoe kan hy, naas sy kontrakseis teen X, nou skielik 'n verrykingseis teen die derde verkry?

Hierdie voorbeelde maak dit duidelik dat indien die gedagtegang wat die gewraakte passasie ten grondslag lê konsekwent toegepas gaan word, 'n belangrike deel van ons bestaande reg ten aansien van die vergoedingsreg en retensiereg van *possessores* en okkupeerders, *negotiorum gestio* en subkontrakteurs oorgeskryf sal moet word. Dit sou beteken dat die rolle van die verskillende *dramatis personae* sal verander al na gelang sekere betalings gemaak is of nie. Ons neem eers die geval van die *bona fide possessor* wat 'n gebou op andermansgrond deur 'n boumeester laat oprig. Alvorens hy die boumeester betaal het, sou die boumeester dan die persoon wees ten koste van wie die grondeienaar verryk is. Hy sou 'n verrykingsaksie hê (vermoedelik slegs as hy kan bewys dat die *bona fide possessor* hom nie *kan* betaal nie?) en, as hy self nog in besit van die gebou is, 'n retensiereg ook wat teen die grondeienaar werksaam is. Die *bona fide possessor* aan die ander kant, wat die boumeester nog nie betaal het nie, *sal nóg 'n aksie nóg 'n retensiereg hê*, want die grondeienaar is mos nie op sy koste nie maar wel ten koste van die bouer wat fisies gepresteer het, verryk. As die *bona fide possessor* egter eers sy kontraktuele verpligting teenoor die boumeester nagekom het, sou die posisie verander. Selfs die voorstanders van die gewraakte opvatting sal seker toegee dat die verryking van die grondeienaar dan ten koste van die *bona fide possessor* is en dat hy 'n aksie en retensiereg het.

Dieselfde sou, *mutatis mutandis*, geld in die geval van *negotiorum gestio*.

In die geval van subkontrakte sou mens dan ook moes beweer dat waar die hoofkontrakteur die subkontrakteur nog nie betaal het nie, die aanbesteder ten koste van die subkontrakteur verryk is. Aan laasgenoemde sou dan 'n verrykingsaksie en retensiereg toekom, terwyl die hoofkontrakteur sy kontrakseis *plus 'n retensiereg* teen die ongelukkige aanbesteder sou hê. Welke retensiereg sou geld, sou natuurlik afhang van wie, die kontrakteur of die subkontrakteur, die vereiste beheer oor die saak het. Onaanneemlik, en gesog, dit gee skrywer geredelik toe. Maar dit is die onvermydelike konsekwensie waartoe die logiese deurvoering van die reël in die gewraakte passasie wat hierbo aangehaal is, mens dwing!

Die hof verwys hierna na verskeie uitsprake van laer howe waarvan die meerderheid die gewraakte opvatting steun. Dit is nie nodig om hulle hier weer te bespreek nie. Dit is elders alreeds gedoen.<sup>18</sup>

Hierna word 'n beroep op die skrywers gedoen. Daar word nl. verklaar:

<sup>18</sup>Sien die bewysplekke aangehaal in voetnoot 1 hierbo.

„Die benadering van die Howe in genoemde sake is in ooreenstemming met wat deur ons gemeenregtelike skrywers as vereiste vir die totstandkoming van 'n bewaringsretensiereg, of 'n retensiereg vir verbeterings, gestel word. Daarvolgens is enige besitter van iemand anders se saak, mits hy maar net nie op onregmatige wyse besit verkry het nie, soos bv. 'n dief, wat die saak teen beskadiging bewaar of dit verbeter, geregtig op 'n bewaringsretensiereg of 'n retensiereg vir die verbeterings, om in besit of beheer van die saak te bly totdat hy vir sy noodsaaklike of nuttige uitgawes behoorlik vergoed is. (Sien bv. Hymans, *Romeinse Zakenrecht*, 2de druk, op bl. 166-167; *Dig.* 5.3.38 en 12.6.14; *Cod.* 3.32.5; Donellus, *De Jure Civili*, 20.8.7; Voet, 6.1.31 en 36 en 20.2.28; Kersteman, s.v. „*retentie*”; Van Leeuwen, *Censura Forensis*, 1.4.37.1 en 6; Huber, *H.R.*, 2.18.17. Nie een van die skrywers wat ek geraadpleeg het, ontse 'n besitter 'n retensiereg teenoor die eenaar waar die verbeterings aan, of die bewaring van die saak, in die uitvoering van 'n kontraktuele of ander verpligting teenoor 'n ander persoon as die eenaar van die saak plaasgevind het nie. Die vraag word trouens deur nie een van hulle genoem nie.”<sup>19</sup>

Kom ons beskou nou egter hierdie passasies nader. D. 12.6.14 voer die saak niks verder nie, want dit bestaan net uit die bekende spreuk: *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*. Hymans, die ander twee *Corpus Iuris*-tekste, Donellus (wat, terloops, skynbaar 20.7.7 moet wees), Voet 6.1.31 en 36 en Huber skryf almal oor *bona fide* en *mala fide possessores*. Van Leeuwen *CF* 1.4.37.1 skryf in die algemeen oor retensieregte en in 1.4.37.6 skyn hy, blykens die bronne waarop hy hom beroep, ook maar weer oor *bona fide possessores* te skryf. Kersteman skryf oor sowel retensieregte weens verryking as kontrak en voer die saak nie eintlik verder nie. Oor die een teks wat nie hier genoem is nie, nl. Voet 20.2.28, sal later kommentaar gelewer word.

Hierdie bronne steun die gewraakte opvatting myns insiens nie. Al wat hulle sê is dat die *bona fide possessor* of *mala fide possessor* 'n retensiereg het totdat hulle sekere vergoeding ontvang het weens die ongeregverdigde verryking van die eenaar op hul koste. Onthou moet word dat 'n *bona fide possessor* en 'n *mala fide possessor* beide persone is wat 'n ander se goedere *animo domini* besit, d.w.s. dat hul òf gemeen het eenaar van die goedere te wees òf voorgegee het dit te wees.<sup>20</sup> Hierdie bronne gaan dus hoegenaamd nie oor die geval waar die persoon wat fisies die werk gedoen het, dit kragtens 'n kontrak met 'n derde gedoen het nie. Dit is waar dat die skrywers nie sê dat iemand wat fisies die werk kragtens 'n kontrak met 'n derde verrig het, geen retensiereg het of nie 'n aksie kan instel nie, maar waarom sou hulle dit dan ook sê? Dit volg tog by duidelike implikasie waar hulle die retensie-

<sup>19</sup>Op bl. 275, tussen A en E.

<sup>20</sup>Sien *De Groot* 2.2.11 en 12, Voet 41.2.3; *Lechoana v. Cloete and Others* 1925 AD 536, 550; *Auby and Pastellides v. Glen Anil Investments* 1960 (4) SA 865 (A), 871; *De Kock NO v. Van Schalkwyk* 1966 (1) SA 696 (O), 699. Sien ook *Nortje en 'n Ander v. Pool NO* 1966 (3) SA 96, 129.



reg en aksie toestaan aan die *possessor* self, en hulle nie sê dat hy hierdie regte het slegs wanneer hy òf die werk eiehandig gedoen het òf die persoon wat hy gehuur het om dit te doen, alreeds betaal het nie.

Vervolgens kom ons dan by Voet 20.2.28. Hy verklaar eers dat in die Romeinse reg mense wat geld voorgeskiet het vir die reparasie van huise, 'n stilswyende hipoteek oor die huise verkry. Hy sê o.m. (Gane se vertaling):

„It applied whether they had made the advances to the owner himself or to the contractor for the work *so long as that had been done on mandate from the owner . . .*” (my kursivering).

Hierdie hipoteek, gaan hy voort, word in Holland ook verleen aan ambagsmanne vir hul loon: let daarop, *hierdie hipoteek*, d.w.s. 'n hipoteek werksaam teen 'n eienaar slegs indien hy self die werk laat doen het of opdrag aan 'n verteenwoordiger gegee het om te sorg dat dit gedoen word. Aan die einde van hierdie passasie verklaar Voet dat 'n retensiereg toekom aan *possessores* en aan ambagsmanne totdat hulle vergoeding ontvang het vir wat hulle gedoen het. Ook hierdie passasie steun nie die opvatting waarvoor dit aangehaal is nie. Dit is duidelik dat Voet hier te kenne gee dat 'n retensiereg toekom aan (1) *possessores* weens ongeregverdigde verryking van die eienaar en (2) ambagsmanne *wat 'n kontrak met die eienaar gesluit het*. Dit blyk uit die woorde:

„This is not only against *the rest of the creditors* of him who is the owner of the things improved . . .” (my kursivering).

Met ander woorde, die ambagsman is self 'n skuldeiser *ex contractu*. Dat dit is wat Voet in gedagte gehad het, blyk ook uit 16.2.20 en 21 waarna hy hier terugverwys. Verskeie kontraktante soos klereskoonmakers en kleremakers asook *bona fide* en *mala fide possessores*, verklaar hy, het retensieregte vir hul loon (*pro mercede*) of vir uitgawes (*impendiis factis*).

Die uitspraak gaan dan voort om die verlening van die retensiereg aan B verder te verdedig op grond van die volgende oorweging:

„Gewoonlik sou die besitter, wat die saak verbeter of dit teen beskadiging bewaar het uit hoofde van 'n ooreenkoms wat hy met 'n derde aangegaan het, vir die skuld wat uit die kontrak ontstaan, op 'n retensiereg („debtor and creditor lien”) teenoor daardie derde persoon geregtig wees om besit van die saak te behou totdat hy volgens ooreenkoms betaal is. Het hy geen retensiereg teen die eienaar nie, en is hy verplig om die saak aan die eienaar af te gee sonder vergoeding vir sy noodsaaklike of nuttige uitgawes, verloor hy, tot sy nadeel (*detrimento*), sy retensiereg teenoor die derde persoon met wie hy kontrakteer het terwyl die eienaar verryk is. So 'n reëling sou in stryd wees met die einste beginsel waarop retensieregte gefundeer is, nl. dat *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiozem*. Dit sou dus, met betrekking tot die vraag of 'n retensiereg teen die eienaar tot stand gekom het, nie verkeerd wees nie om te aanvaar dat, totdat die besitter deur òf die eienaar òf die derde persoon behoorlik vergoed word, die verryking van die

eienaar in werklikheid ten koste van die besitter is wat die saak verbeter of bewaar het.”<sup>21</sup>

Die argument kom dus wesenlik daarop neer dat indien die „besitter” wel ’n saaklike retensiereg het wat teen die eienaar geld, dan word die eienaar gedwing om vir die verbetering of bewaring te betaal, maar as die „besitter” nie so ’n saaklike retensiereg het nie en slegs ’n „debtor and creditor lien” het wat nie teen die eienaar geld nie, dan bly die eienaar sit met die voordeel van die „besitter” se optrede en die „besitter” bly sit met sy skade. Hieruit word dan afgelei dat die eienaar ten koste van die besitter verryk is en dat laasgenoemde daarom ’n saaklike retensiereg op die goedere moet hê. Nou, dat die „besitter” beter en die eienaar swakker daaraan toe sou wees indien daar wel ’n saaklike retensiereg sou wees as wanneer daar slegs ’n „debtor and creditor lien” sou wees, is natuurlik duidelik. Maar die gevolgtrekking dat dit dan sou beteken dat die eienaar ten koste van die „besitter” verryk sou wees, gaan myns insiens nie op nie. Dit is, in die lig van wat alreeds gesê is, ’n *non sequitur*. Die voordeel is eintlik van die huurkoper en nie die „besitter” nie afkomstig. Dit is eenvoudig laasgenoemde se ongeluk dat hy gaan kontrakteer het met iemand wat nòg die eienaar nòg die eienaar se gevolmagtigde was en dat hy daardeur slegs ’n „debtor and creditor lien” verkry het wat vrywel nuttelos blyk te wees. Daar bestaan geen juridiese basis om die besitter nou te gaan help om ’n deel van sy kontraksprys op ’n derde te gaan verhaal nie - want dit is tog waarop dit neerkom. Die posisie sou anders gewees het indien die „besitter” *verkeerdlik* gemeen het dat hy ’n geldige opdrag het om die werk te verrig. Dan sou hy wel ’n aksie as *negotiorum gestor* teen die eienaar kon instel.<sup>22</sup>

Die hof verklaar ten slotte dat die vraag in hierdie geval ook op ’n heel eenvoudige (en vermoedelik ander) grondslag uitgemaak kan word. Dit is dan dit, dat terwyl ’n „debtor and creditor lien” nie ’n saaklike reg is nie, ’n bewaringsretensiereg dit wel is en teen enigiemand, dus ook teen die eienaar, geld. Vir sover die uitgawes die meubels bewaar het, gee dit dan aanleiding tot so ’n saaklike retensiereg. Tot op hierdie punt skyn mens met ’n nuwe argument te doen te hê, naamlik dat dit eintlik nie saak maak of A ten koste van B verryk is nie, mits die uitgawes maar as noodsaaklik bestempel kan word. Dan gaan die uitspraak egter voort om te verklaar dat

„die besitter van die betrokke saak, ten opsigte van sy noodsaaklike of nuttige uitgawes, en tot die mate van die eienaar se verryking, dieselfde regte het as enige besitter wat uitgawes aangaan vir die beskerming of verbetering van die saak.”<sup>23</sup>

<sup>21</sup>Bl. 275 van E tot H.

<sup>22</sup>Sien *Voet* 3.5.12; *Williams' Estate v. Molenschoot and Schep (Pty) Ltd* 1939 CPD 360; *Verrykingsaanspreeklikheid* 194.

<sup>23</sup>Op bl. 276 tussen C en D.

Met respek, die indruk wat deur die aanvang van hierdie laaste deel van die uitspraak geskep word dat mens hier met 'n nuwe oorweging of argument te doen het, word deur die aangehaalde gedeelte geloënstraf. Dit kom maar weer daarop neer dat B 'n retensiereg moet hê omdat A ten koste van B verryk is.

Die basis waarop die retensiereg in die onderhawige saak toege staan is, is dus onaanvaarbaar. Dit sal skrywer hopelik nie verkwalik word nie as hy die uitspraak, met respek, bestempel as 'n ongelukkige een. Dit bestendig 'n dwaalleer wat so maklik uit die gebied van retensieregte, waartoe die hof dit beperk het, kan ontsnap en sy verskyning ook op die gebied van die verrykingsaksies kan maak. Hierdeur sou die gesonde rigting wat in *Gonms v. Jester Pools (Pty) Ltd*<sup>24</sup> en die sake wat oor subkontrakteurs gaan,<sup>25</sup> ingeslaan is, ongedaan gemaak word en sou ons reg op hierdie gebied in die ongesonde posisie beland wat hierbo geskets is. Dit sou in dieselfde moeilikhede beland waarin regstelsels wat nie die „ten koste“-vereiste handhaaf nie, tans rondspartel.<sup>26</sup> Regstelsels soos dié van Duitsland<sup>27</sup> en Switserland<sup>28</sup> wat hierdie vereiste wel handhaaf, ondervind daarenteen nie sulke moeilikhede nie.

#### SUMMARY

One of the requirements for enrichment liability is that defendant must have been enriched at the expense of plaintiff. This requirement has not always been correctly interpreted. One of the areas in which incorrect views have been held relates, not to enrichment actions but to liens. As these liens were given because the owner of the property over which the lien was held was considered to be enriched at the expense of the lienholder, it is obvious that a principle is involved which could be extended to enrichment actions as well. These cases all broadly involved positions where X had, without the consent of A, the owner of property, entered into a contract with B in X's own name, that B should perform certain services on the property. When X did not pay B, it was held that A was enriched at the expense of B and B was held entitled to an enrichment lien on the property of A. The writer had contended in other publications that this is incorrect, that as B had performed towards X and X had performed towards A, A was enriched at the expense of X but not of B. X might be entitled to a lien, if his enrichment was, on the facts, *sine causa*, but B could not have such a lien. It is pointed out in this contribution that, for instance, if X was a *bona fide possessor* of A's property, the authorities all give him a lien for useful or necessary improvements, whether he has made them himself or had employed somebody else to make them, and whether he had paid this person or still owed him the contractual sum. The same applies *mutatis mutandis* to a *negotiorum gestor*. Whether he had done the work himself, or paid another to do it or had incurred debts not yet paid, he is given the action, not the workman. The same applies, *mutatis mutandis*, to a building contractor who has employed workmen

<sup>24</sup>Voetnoot 6 hierbo.

<sup>25</sup>Sien *Verrykingsaanspreeklikheid* 197-198.

<sup>26</sup>Sien *Verrykingsaanspreeklikheid* 93-94 en 95-98.

<sup>27</sup>A.w. 81-82.

<sup>28</sup>A.w. 91.

or entered into a sub-contract. These views were accepted, as regards enrichment actions in the case of *Goums v. Jester Pools (Pty) Ltd* 1968 (3) SA 563 (T), but as regards liens they were rejected by the Appellate Division in the recent case of *Brooklyn House Furnishers Ltd v. Knoetze and Sons* 1970 (3) SA 264 (A). The article then discusses this judgement, attempting to show that the reasoning is unconvincing and that the old authorities invoked do not support the conclusion. The implications of the judgment are discussed, the hope is expressed that the approach and reasoning adopted in this judgment will not spill over into the field of the enrichment actions, where their adoption would have most undesirable consequences. The Court expressly refrained from dealing with enrichment actions. □

*Aus dem Prozess Jesu . . . geht deutlich hervor, dass die grösste Lüge der Kultur die Justiz ist, die stets im Interesse einer oder der anderen Klasse oder in niedrigem Geist der Gewohnheit und des Konservatismus verstanden und angewendet wird; so musste auch die höchste jemals auf Erden verkündete Wahrheit nicht nur der jüdischen Justiz, die, obwohl noch immer in den Fesseln der Theokratie befangen, doch durch das grosse Werk des Pentateuchs fortgeschritten und zivilisiert war, zum Opfer fallen, sondern sogar der römischen, die damals noch aus den lebendig sprudelnden Quellen des juristischen Genies der Lateiner floss, die Rom zur Mutter des Rechtes und zur Lehrerin der Justiz für die ganze Welt machten.*

Giovanni Rosadi  
Der Prozess Jesus

# Diefstal van Onliggaamlike Sake?

J. A. Coetzee

*Potchefstroomse Universiteit*

Afgesien van die verskillende omskrywings wat van die misdaad diefstal gegee word,<sup>1</sup> word vry algemeen aanvaar dat die saak wat gesteel word, 'n roerende saak moet wees.<sup>2</sup> Oor die vraag of dit 'n liggaamlike saak moet wees, heers ook oor die algemeen eenstemmigheid.<sup>3</sup> Ook word vry algemeen aanvaar dat 'n mens nie jou eie eiendom kan steel of jou eie bevoegdheids van eienaar kan toeëien nie (anders is die geval waar die eienaar van die saak van sekere bevoegdheids afstand gedoen het en hom sodanige bevoegdheids toeëien).<sup>4</sup>

De Wet en Swanepoel verklaar:

„In ons praktyk skyn daar 'n neiging te bestaan om, sodra mens met geld te doen kry, die gewone leerstukke in verband met diefstal eenvoudig oorboord te gooi;”<sup>5</sup>

die gewone leerstukke synde dan dat diefstal die wederregtelike, opsetlike verrigting is van 'n toeëieningshandeling ten aansien van 'n ander se roerende stofflike saak of 'n ander se gebruiksreg of besitsreg op so 'n saak, waaruit 'n toeëieningsgesindheid blyk.<sup>6</sup> Die skrywers bespreek dan 'n hele aantal sake<sup>7</sup> wat hoofsaaklik te doen het met die

---

<sup>1</sup>Vgl. De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (tweede uitgawe) 320; *Gardiner & Lansdown* II 1652; J. P. ver Loren van Themaat *Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-Hollandse Reg* 182.

<sup>2</sup>*De Wet & Swanepoel* 321; *ver Loren van Themaat* 18; *Gardiner & Lansdown* II 1655.

<sup>3</sup>Vgl. *De Wet & Swanepoel* 321 en 322 (waar die standpunt gehuldig word dat dit wel 'n stofflike saak moet wees); *Gardiner & Lansdown* II 1655 (wat nie baie duidelik standpunt inneem nie); *ver Loren van Themaat* 99 en bewysplekke daar aangehaal. Vgl. egter *R v. Milne and Erleigh* 1951 (1) SA 791 (A), 826, waar die vraag skynbaar onbeantwoord gelaat is maar 'n skuldigebevinding desnieteenstaande gevolg het!

<sup>4</sup>*De Wet & Swanepoel* 323, 325, 342, 347; *R v. Conradie* 1938 OPD 47; *ver Loren van Themaat* 182; *R v. Labee* 1941 EDL 215; *R v. Rautenbach* 1937 OPD 27; *R v. Solomon Makogo* 1915 TPD 516.

<sup>5</sup>Op bl. 344.

<sup>6</sup>Bl. 320; of aantasting van „property” of „interest”: *Gardiner & Lansdown* II 1652.

<sup>7</sup>O.a. *Giyasudeen v. R* (1893) 14 NLR 233; *Christian Sammy v. The State* (1894) 11 CLJ 64; *R v. Scoulides* 1956 (2) SA 388 (A); *R v. De Ruiter* 1957 (3) SA 361 (A); *De Villiers v. The State* 2 CLJ 53; *The State v. Britton* 4 OR 65; *R v. Golding* 13 SC 210; *R v. Gordon* 1914 CPD 123; *R v. Solomon Makogo* 1915 TPD 516; *R v. Rorke* 1915 AD 145; *Theunissen v. R* 1907 ORC 118; *R v. Neuboff* 1912 TPD 125.

oorhandiging van geld deur A aan B tesame met 'n opdrag dat die geld op 'n bepaalde manier bestee moet word, wat B dan nie doen nie. Die kernvraag wat telkens opduik is of B eienaar van die geld geword het, al dan nie.<sup>8</sup> Indien hy eienaar geword het en nie die opdrag uitvoer nie, kan hy volgens die skrywers nie skuldig wees aan diefstal nie, aangesien hy hom nie sy eie goed kan toeëien nie. Volgens de Wet en Swanepoel het B hom skuldig gemaak aan kontrakbreuk en het A slegs 'n siviele eis teen B.<sup>9</sup> As dit so is dat 'n mens nie jou eie goed kan steel nie, dra hierdie argument onteenseglik baie gewig en blyk dit logies korrek te wees. Tog skyn die algemene opvatting in ons regspraktyk te wees dat so 'n handeling diefstal sou wees,<sup>10</sup> en dit staan na my mening vas dat ons regspraak nie 'n ander rigting sal inslaan nie.<sup>11</sup> Op grond van hierdie oortuiging ontstaan die vraag of ons nog hier met *diefstal* in sy gewone vorm te doen het. Om hierdie vraagstelling te ondersoek, is dit nodig om duidelikheid te verkry oor die werklike konstruksie wat ons howe toepas.

Reeds in *De Villiers v. De Staat* 2 CLJ 53 verklaar regter Gregorowski (bl. 20) dat eerder na die *geldsom* as na die spesifieke muntstukke gekyk moet word.<sup>12</sup> Die spesifieke muntstukke is onteenseglik roerende liggaamlike sake, maar is die *geldsom* dit ook? Omdat die twee begrippe teenoor mekaar gebruik word, laat dit twyfel ontstaan, maar die indruk word tog baie sterk gelaat dat die regter hier praat van die ekonomiese waarde beliggaam in die spesifieke muntstukke, en dat hierdie waarde dus juridies geobjektiveer word tot beskermingswaardige strafregsobjek. Die feite van hierdie saak was kortliks die volgende: Die beskuldigde, wat die prokureur was wat 'n bestorwe boedel hanteer het, het £900 wat hy ten behoeve van die boedel ontvang het vir minderjarige erfgename, vir eie voordeel aangewend en nie by die weesheer gedeponeer nie. (Op die oog af was dit dus 'n verbreking van 'n mandaat of opdrag.) Die regter bevind dat die geld (of *geldsom*?) die eiendom van die minderjariges geword het by die ontvangs deur die beskuldigde en dat hy diefstal gepleeg het deur dit vir eie voordeel aan te wend. Of die muntstukke die eiendom van die erfgename geword het volgens die beginsels van die sakereg, is egter nie so duidelik nie. Dit lyk veel eerder asof die regter se bevinding eintlik daarop neerkom dat die bedoeling nooit was dat die

<sup>8</sup>Bl. 344 tot 348.

<sup>9</sup>A.w. 351.

<sup>10</sup>*R v. Solomon* 1953 (4) SA 518 (A) en sake genoem in voetnota 7. Sien ook *R v. Gusb* 1934 AD 260; *S v. Motseremedi* 1965 (2) SA 220 (O); *S v. Kotze* 1965 (1) SA 118 (A).

<sup>11</sup>Vgl. appèlregter Ogilvie Thompson se uitspraak in *S v. Kotze* 1965 (1) SA 119 (A) 123, en gewysdes deur hom aangehaal.

<sup>12</sup>Vgl. ook *R v. Scoulides* 1956 (2) SA (A) 388, 394; *R v. Manuel* 1953 (4) SA 523 (A), 526; *R v. Sibiya* 1955 (4) SA 247 (A), 261; *R v. Milne and Erleigh* 1951 (1) SA 791 (A).

beskuldigde „eienaar” van die waarde van die geld sou word nie, en daarom diefstal van die *geldsom* gepleeg het, van die waarde dus, wat ’n onliggaamlike saak is. Of anders gesien: Vir sover geld bestaan uit metaal, of papier, is dit ’n roerende stoflike saak. As A dit aan B oorhandig *as sodanig* met die bedoeling dat dit met B se geld (metaal of papier) moet vermeng en onidentifiseerbaar is, word B eienaar daarvan deur *confusio*.<sup>13</sup> As daar dan ’n voorwaarde beding word, hetsy uitdruklik, hetsy geïmpliseerd, dat eiendomsreg voorbehou word deur A, sal hierdie voorwaarde na my mening verval weens onmoontlikheid,<sup>14</sup> omdat die geld nie aangewys kan word nie. Dit sal dus ’n onvoorwaardelike verbintenis wees.

Soos aangetoon, aanvaar ons reg dat ’n persoon nie sy eie goed kan steel nie. Tog vind ons dat waar A geld aan B oorhandig en vermening plaasvind, maar A aangewys het hoe die geld bestee moet word, en B hom die geld (sy eie volgens ons konstruksie!) toeëien, die howe B skuldig sal vind aan diefstal.<sup>15</sup>

In *R v. Solomon Madogo*<sup>16</sup> het die beskuldigde £15 van ’n naturel ontvang om daarmee drank te koop. Hy koop egter nie die drank nie, dog hou die geld vir homself. Regter Wessels argumenteer soos volg<sup>17</sup>:

„The question, therefore, to decide is whether the £15 belonged to the accused after he had received it from the complainant; was it his property to deal with as he thought fit; was it legal for him to put it into his pocket and to use it for his own purposes? Now if the money was handed over by the complainant to the accused subject to a condition, it did not become the property of the accused unless the condition was fulfilled.”

Dit is myns insiens korrek dat die beskuldigde nie eienaar word van die geld as dit aan hom oorhandig word onderworpe aan ’n *geldige* voorwaarde nie. Waar vermenging egter deur beide partye aanvaar word, verval die voorwaarde. As die klaer aan die beskuldigde die geld oorhandig en beding dat die £15 apart gehou moet word, of as die £15 gemerk is sodat dit identifiseerbaar is,<sup>18</sup> dan sou, met respek, die regter se beredenering juis wees. Dit word egter selde beding en die geld word selde, indien ooit, gemerk. Die regter konstrueer

<sup>13</sup>Grotius 2.8.8; Voet 41.1.23; *Andrews v. Rosenbaum* 1908 EDC 425.

<sup>14</sup>Sodanige voorwaarde kan soos volg gekonstrueer word: A oorhandig die muntstukke aan B met die voorwaarde dat as B nie aan C oorbetal nie, die eiendomsreg by A bly berus. Hierdie voorwaarde is egter onmoontlik waar *confusio* in gedrang is, aangesien A se muntstukke nie meer van B s’n geskei kan word nie. Die ooreenkoms is dus onvoorwaardelik. Sien De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (derde uitgawe) 101 en bewysplekke daar aangehaal.

<sup>15</sup>Sien voetnotas 10, 11 en 12.

<sup>16</sup>1915 TPD 516.

<sup>17</sup>Op bl. 517.

<sup>18</sup>Vgl. *R v. Gordon* 1914 CPD 123, waar Voet 16.3.1. met instemming deur regter Maasdorp aangehaal word.

verder ook in werklikheid hier 'n geïmpliseerde voorwaarde van voorbehoud van eiendomsreg ten gunste van die klaer. Hierdie konstruksie word dan ook vry algemeen deur die howe toegepas.<sup>19</sup> Volgens die regter sou die beskuldigde dan eers eienaar van die £15 word nadat hy dit aan die verkoper van die drank oorhandig het! Daar moet ook daarop gewys word dat behoorlik rekening gehou moet word met die regsvereistes voordat 'n hof kan aanvaar dat 'n term of voorwaarde in 'n kontrak geïmpliseer word: As die vraag gestel word: „is ek eienaar van die geld tot ek die drank koop?“, moet die hof oortuig wees dat die antwoord van beide partye sou wees: „vanselfsprekend nie!”<sup>20</sup> (Veronderstel 'n antwoord kon gewees het: „Maak met die £15 wat jy wil, maar koop net vir my die drank, al is dit met Piet se £15.”?) Dit is myns insiens onnodig om met so 'n voorwaarde (geïmpliseer al dan nie) te werk, aangesien, in geval van vermenging, dit verval weens onmoontlikheid.

Oor die algemeen kan aanvaar word dat die regspraktyk die hof se houding in *R v. Solomon Makogo* onderskryf.<sup>21</sup> Teenstrydige beslissings is daar wel,<sup>22</sup> maar ons kan aanvaar dat hulle nie nagevolg sal word nie.<sup>23</sup>

Vir sover ons standpunt dan is dat deur vermenging die ontvanger van die geld eienaar word van die geld as roerende stofflike saak, en hy tog skuldig is aan diefstal, moet ons tot die gevolgtrekking kom dat „iets anders” dan gesteel word. 'n Interessante saak in hierdie verband is dié van *R v. Farquharson* 1925 EDL 50: Beskuldigde ontvang 'n tjek van £80, betaalbaar aan homself, met die opdrag dat hy £75 daarvan aan 'n derde moet oordra en die res vir homself moet hou. Hy gebruik die hele bedrag vir homself, en die vraag ontstaan of hy diefstal gepleeg het. Hier moet daarop gelet word dat 'n tjek 'n verhandelbare dokument is en dat die opdrag aan die bank om £80 aan die beskuldigde te betaal, 'n ondeelbare is. Dit val dus nie te betwyfel nie dat die tjek eiendom geword het van die beskuldigde. 'n

<sup>19</sup>Vgl. *R v. Scoullides* 1956 (2) SA 388 (A), 394, appèlregter Schreiner: „In a case like the present the purchaser hands over the banknote, not in order to make the seller unconditionally the owner thereof, but only in order to make him the owner if and when the goods and the right change are tendered.” Sien ook *S v. Kotze* 1965 (1) SA 118 (A).

<sup>20</sup>*Union Government (Minister of Railways) v. Faux Ltd* 1916 AD 105; *Administrator (Transvaal) v. Industrial & Commercial Timber & Supply Co. Ltd* 1932 AD 25; *S.A. Mutual Aid Soc. v. Cape Town Chamber of Commerce* 1962 (1) SA 598 (A).

<sup>21</sup>Vgl. *Queen v. Golding* (1896) 13 SC 210; *R v. Postma* 1931 GWLD 29; *R v. Blumeers* 1929 SR 18; *R v. Frisby* 1932 SWA 8; *R v. Satisfsky* 1915 CPD 574; *R v. Farquharson* 1925 EDL 50; *Theunis v. R* 1907 OPD 118; *R v. Fraser* 1928 AD 484; *R v. Weiss* 1934 AD 41; *R v. Gush* 1934 AD 260; *R v. Manuel* 1953 (4) SA 523 (A); *R v. Solomon* 1953 (4) SA 518 (A).

<sup>22</sup>Vgl. *R v. Gordon* 1914 CPD 123.

<sup>23</sup>*S v. Kotze* 1965 (1) SA 118 (A).



Mens sou dan ook normaalweg verwag dat as hy in stryd met sy opdrag handel, hy slegs kontrakbreuk pleeg. Tog beslis die regter:

„The fact that the cheque was made in favour of the accused did not vest the property of *the proceeds of the cheque* in the accused, for he received the cheque on terms requiring him to pay £75 of *the same* (my onderstreping) to the board of the executors. The accused . . . was merely the duct for the passing of the money.”

Hierdie beredenering gaan nie op nie, want die terme kan alleenlik eiendomsoorgang verhinder as dit vermenging verhinder, wat hier nie die geval was nie. Die opbrengs van die tjek, synde geld, en vir sover dit roerende liggaamlike sake is, word wel die eiendom van die beskuldigde. Hy kan met daardie muntstukke maak wat hy wil (onderworpe natuurlik aan fiskale wetgewing). Wat van hom verwag word is dat hy 'n gelyksoortige *ekonomiese waarde* daarvan aan die derde moet laat toekom, en wel net £75 se ekonomiese waarde daarvan; en omdat hy dit nie gedoen het nie, word hy gestraf. Verdere bevestiging daarvan dat dit eintlik gaan oor die waarde beliggaam in die muntstukke, tjeks of banknote, vind ons in *R v. Wessels* 1933 TPD 313; *R v. Frisby* 1932 SWA 8 en *R v. Satisfsky* 1915 CPD 574.<sup>24</sup> In *S v. Gathercole* 1964 (1) SA 21 (A) verklaar appèlregter Hoexter dan ook uitdruklik:<sup>25</sup>

„In my opinion the cases which I have quoted establish the proposition, not that *confusio* cannot take place in respect of money paid in trust, but that *the equivalent in value* of such money may be stolen by the trustee *in spite of the fact that confusio has taken place.*” (Onderstreping deur my.)

Die uitspraak van appèlregter Ogilvie Thompson in *S v. Kotze*<sup>26</sup> is 'n stap in die regte rigting omdat die probleem, as dit een is, onder die oë gesien word. Dit is jammer dat die noodwendig voortvloeiende gevolgtrekking nie gestel is en dat nie uitdruklik erken word dat in ons regspraak diefstal van 'n onliggaamlike saak moontlik is nie. Die feite in hierdie saak is, sover vir ons van belang, kortliks soos volg:

(1) A het as gevolmagtigde van sy prinsipaal die reg om tjeks op sy prinsipaal se bankrekening te trek vir die doeleindes van sy prinsipaal se besigheid. A trek egter tjeks ter betaling van sy persoonlike krediteure. Die vraag ontstaan of A „die misdaad van diefstal van 'n som geld, die eiendom of in die regmatige besit van sy prinsipaal” pleeg.

(2) A ontvang tjeks ten opsigte van fondse wat B toekom en moet die fondse tot voordeel van B belê, maar hy deponeer die tjeks ter vereffening van sy private skuld. Die vraag ontstaan of A diefstal van B se geld pleeg.

<sup>24</sup>Sien ook ver Loren van Themaat a.w. 90 en 91.

<sup>25</sup>Op bl. 25.

<sup>26</sup>1965 (1) SA 118 (A).

Wat die eerste vraag betref aanvaar die hof tereg dat die prinsipaal geen eiendomsreg ten opsigte van die gelde in sy bankrekening het nie, maar slegs in 'n verhouding van skuldeiser teenoor die bank staan.<sup>27</sup> Prysenswaardig is dit dat die hof dit onder oë sien dat, as dit as diefstal aangemerkt word, dit

„op 'n erkenning van diefstal van 'n onliggaamlike saak sou (kon) neerkom, 'n gevolgtrekking wat teenstrydig sou wees met die mening van feitlik al ons op skrywers.”

Ongelukkig vervolg die regter dan verder:

„Sonder om die oortuigingskrag van hierdie benadering enigsins te onderskat, moet die werklikhede van die posisie . . . myns insiens egter ook nie oor die hoof gesien word nie.”

Die vraag of die „werklikhede van die posisie” nie juis in ooreenstemming met hierdie benadering is nie, word nie behandel nie. Myns insiens is dit juis die geval, want by ontleding van die

„werklikhede van die posisie” verklaar die regter: „. . . die prinsipaal (word) wel deur die beskuldigde se optrede skade berokken want, sodra die gewraakte tjeks teen die prinsipaal se rekening gedebiteer word, word die *waarde van die prinsipaal se regte* (onderstreping deur my) teen die Bank deur die bedrag van die betrokke tjek verminder of, in die geval van 'n oortrokke rekening, word die prinsipaal se skuld aan die Bank deur daardie bedrag vergroot.”

Daar kan sekerlik nie betoog word dat „die waarde van regte” of die vordering wat die bank teen sy kliënt het, liggaamlike sake is nie. Sekerlik is dit onliggaamlik. Om, soos die regter doen, hierdie aspek te gooi oor die boeg van Gardiner & Landsdown se „special property or interest”<sup>28</sup> voer die saak niks verder nie. Dit sê slegs dat die „special property or interest” dan in hierdie saak onliggaamlik van aard is. Op grond dan van die vermindering in waarde van die prinsipaal se regte teen die bank deur die toedoen of toeëiening deur A, word hy dan deur die regter as skuldig aan diefstal beskou.

Wat die tweede vraag betref word die verweer geopper dat A eienaar geword het van die geld en dat dit dus nie diefstal kan wees nie. Die regter behandel verskeie beslissings en kom dan tot die volgende gevolgtrekking:<sup>29</sup>

„Die element wat gemeen is aan die bogemelde beslissings van hierdie hof is dat die gelde, wat die verskeie beskuldigdes vir hul eie doeleindes onregmatiglik aangewend het, toevertroude gelde was. Ten opsigte van sodanige gelde, moet dit dus myns insiens nou aanvaar word dat, wat die eiendoms-element in diefstal betref, daar 'n geleidelike uitbreiding in ons strafreg plaasgevind het.”

Die regter bevind dan dat daar 'n vertrouensverhouding tussen A en B ten opsigte van die betrokke fondse bestaan het en dat selfs as A

<sup>27</sup>Op bl. 125.

<sup>28</sup>A.w. 1562.

<sup>29</sup>Op bl. 123.

die eienaar van die betrokke fondse geword het, dit wel diefstal is volgens die feite. Die regter verstaan blykbaar onder die uitbreiding van die eiendoms-element dat die *toevertroude waarde* van die geld gesteel kan word, want hy beroep hom op die reeds aangehaalde passasie van appèlregter Hoexter in *S v. Gathercole*.<sup>30</sup>

Volgens ons regspraak sedert 1884 is dit na my beskeie mening duidelik dat ons howe nog altyd in wese diefstal van 'n onliggaamlike saak erken (sonder om dit te sê) waar die waarde (wat primêr is en onliggaamlik is) onafskeidbaar verbonde is aan 'n roerende liggaamlike saak en die bedoeling nie is dat die ontvanger „eienaar” van die waarde word nie. As die ontvanger van die roerende liggaamlike saak dan die onderskeibare (maar nie skeibare) onliggaamlike waarde beliggaam in daardie saak vir homself toeëien, pleeg hy „diefstal.” Ons appèlhof behoort myns insiens herdie logiese konsekwensie deur te voer en te erken en uit te brei na ander terreine van die regswese: Hoekom kan ek bv. nie ook skuldig wees aan diefstal van A se patent nie as hy dit aan my toevertrou om vir hom te registreer en ek dit op my naam registreer, maar 'n ander model as syne gebruik? Ek eien my dan nie die roerende saak toe waarin die patent beliggaam is nie, maar wel die onliggaamlike idee, tot A se vermoënsnadeel. Dit is wel waar dat die siening dat 'n onliggaamlike saak vatbaar is vir diefstal in stryd is met die standpunt van ons ou skrywers, maar ons leef in 'n komplekse wêreld en waar die beginsel, soos aangetoon, in wese reeds aanvaar is, behoort ons howe nie te aarsel om dit in toepaslike gevalle uit te brei en toe te pas op ander gevalle as waar juis geld betrokke is nie.

Ongetwyfeld sou dit meer bevredigend (en minder verwarrend?) wees as hierdie diefstalsoort ten minste op 'n eie beskrywingsnaam kon aanspraak maak om dit te onderskei van gewone diefstal waar 'n liggaamlike saak vereis word. Lg. vereiste is so ingeburger in ons reg dat diefstal van onliggaamlike sake as 'n besondere spesie van die genus gereken behoort te word. 'n Nuwe misdaad is dit nie want dit is nog altyd deur ons howe as 'n misdaad beskou alhoewel dit in die korset van die engere diefstalbegrip ingeforseer is; maar juis hierdie forsering sal die ontwikkeling van die besondere spesie strem. As ons howe bereid sou wees om te aanvaar dat „onliggaamlike diefstal” wel bestaan, sou dit na my mening 'n deurbraak in die Suid-Afrikaanse strafreg wees met betrekking tot die beskerming van toevertroude regte.

#### SUMMARY

Although it is in conflict with the opinion of almost all authoritative writers on Roman-Dutch Law, and although our courts have not been prepared to formulate it as such, it is submitted that on a true construction of what our courts have

<sup>30</sup>*Supra*.

done in the past, theft of an incorporeal has in certain cases been established as a principle of law. It appears to be clear that where, for instance, A hands over Rx to B with the request that B should pay a similar amount (or even a lesser amount) to C, and *confusio* takes place not *contra* the intention of A, A loses ownership of the *corporeal* coins, and B becomes owner thereof. The construction of a condition suspending the transfer of ownership to B, implied or not, is not tenable in view of the fact that:

- (a) such condition would be impossible as a result of the contemplated *confusio* and therefore void, and
- (b) it is absurd to say that B will only become owner after he has fulfilled his mandate (i.e. to make C owner).

What actually happens is that B deprives A of the incorporeal economical *value* in the corporeal coins, or that he appropriates same, and that our courts regard this as theft. This construction should be made applicable to other spheres, e.g.: Where A asks B to register a patent (incorporeal) embodied in a model (corporeal) and B registers the patent in B's own name, without appropriating, or depriving A of, the model, it should be considered as theft; B does not appropriate the corporeal movable, the model, but the incorporeal idea, to A's detriment. □

*I believe that legal education is a significant factor in determining the character of the judicial role. We have seen that American judges today, not only in constitutional matters but in statutory interpretation and in common law adjudication, are giving a broad, perhaps a too broad, scope to the judicial power. Their attitudes may owe something to the kind of power forces upon them in interpreting the vague clauses of the Constitution. But it owes a great deal, in my opinion, to their legal education.*

*For many years our bar has received its legal education in professional law schools. Though in the past a college degree was not required before entering law school, it is required today in most schools. It is thought that very few youths coming immediately from secondary schools have either the maturity or the cultivation to undertake a course of legal study which combines professional thoroughness and overall grasp. This is not to say that there is no place for the study of law at the undergraduate level. Law is now being seen as an area in which politics, sociology, economics, philosophy, and rhetoric interact. Undergraduate study in these terms could be as valuable as any other social science study and might serve as a foundation for professional legal training. One can envisage, for example, a five-year course with a professional emphasis taking over in the third year. Throughout the Western World - on the Continent, in Britain and in America - there is a great stirring of interest in the design and re-design of legal studies of both an academic and professional character.*

LOUIS L. JAFFE  
*English and American Judges  
 as Lawmakers.*

# Ontwikkeling in verband met die Reg en Regspleging van die Bantoe Oorsig vir 1969

R. ver Loren van Themaat

P. H. Cloete

P. W. du Plessis

J. M. T. Labuschagne

I. O. H. M. Mapena

*Universiteit van die Noorde*

## INLEIDING

Hierdie is die laaste oorsig wat handel oor die sestigerjare van hierdie eeu. 'n Kort woord oor die betekenis van hierdie sestigerjare vir Bantoe-reg en -regspleging, en 'n bepaling van die taak in die sewentigerjare, lyk gepas.

Dit lyk of ons drie stadiums kan onderskei in die geskiedenis van regspleging vir die Bantoe in Suid-Afrika en van die ontwikkeling van die reg van die Bantoe.

In die eerste stadium het die Bantoe self, op tradisionele wyse, gesorg vir regspleging en die ontwikkeling van sy reg. Dit was 'n natuurlike ontwikkelingsstadium, wat gestrek het oor eeue.

In die tweede stadium het die Blanke, in die uitoefening van sy wetgewende, uitvoerende en regsplegende funksies, meer en meer beheer oorgeneem oor die ontwikkeling van die reg en regspleging van die Bantoe. Die tradisionele het nie volkome verdwyn nie, maar het heeltemal ondergeskik geword aan Blanke beheer. Die Blanke, wat die regsopleiding gehad het, het beheer gehad, die Bantoe, sonder regsopleiding, het alleen deelgeneem aan ondergeskikte, tradisionele regspleging.

Die derde stadium is, op die oomblik altans, feitlik uitsluitlik beperk tot die Bantoegebiede van Suid-Afrika, waar byna die helfte van die Bantoebevolking fisies aanwesig is, maar 'n heelwat groter deel hulle blywende tuiste en domisilie het. In hierdie derde stadium kry die Bantoe self, as wetgewer en as uitvoerende en regsplegende

amptenaar, 'n steeds groter aandeel in regspleging en regsontwikkeling. Maar dit is nie meer net 'n tradisionele ontwikkeling nie; in hierdie ontwikkeling sal die opgeleide Bantoejuris waarskynlik die belangrikste rol moet speel.

Aan die begin van 1960 was ons vir alle praktiese doeleindes nog in die tweede stadium van ontwikkeling, 'n stadium wat toe, vir sekere dele van Suid-Afrika, al meer as honderd jaar oud was. Daar was geen wetgewende liggaam van die Bantoe wat die toekoms van reg of regspleging vir die Bantoe kon bepaal nie. Daar was geen administratiewe apparaat van die Bantoe self vir hierdie doel nie. Daar was geen regsplegende Bantoes, behalwe in die tradisionele howe nie. Daar was, volgens amptelike syfers, 31 Bantoes wat regte studeer het in 1959.<sup>1</sup>

Maar in die sestigerjare het 'n heeltemal nuwe patroon vorm begin aanneem. Die derde stadium het begin ontwikkel. Met selfregering vir die verskillende etniese groepe van Suid-Afrika en Suidwes-Afrika word beperkte wetgewende mag aan die wetgewende vergadering van die Transkei, die wetgewende raad van die Ovambo en die gebiedsoverhede van die ander etniese groepe verleen. Dit raak ook, al is dit nog in heel beperkte mate, die ontwikkeling van die reg van die Bantoe. Wat die uitvoerende mag betref, is by die Transkei, die Ovambo en by elk van die ander etniese groepe 'n Departement van Justisie gestig, met 'n minister of raadslid aan die hoof, wat hom moet beywer vir die doeltreffende ontwikkeling van die regspraak en geregshowe in sy gebied. Wat die regsplegende gesag betref, is 'n hele aantal Bantoes al as regterlike beamptes aangestel, sekere magistrataats- en Bantoesakekommissarishowe is aan die regering van die Transkei oorgedra, en 'n Hoërhof van die Transkei is statutêr beloof. Die gebou vir die Hooggeregshof is ook al voltooi. Ten laaste kan gemeld word dat die getal Bantoes wat regte studeer ontsaglik toegeneem het. Volgens syfers wat nie almal dieselfde jaar dek nie, en ook nie heeltemal vergelykbaar met die syfers vir 1959 is nie, was daar in 1967/68 364 Bantoe-regstudente: 147 by residensiële universiteitsinrigtings en 217 deur korrespondensie by die Universiteit van Suid-Afrika. Die getalle neem steeds toe. Dit wil voorkom dat 9% van die Bantoe-studente in Suid-Afrika regte studeer.<sup>2</sup>

Hierdie derde stadium sal verder uitgebou moet word gedurende die volgende tien jaar. Veel van die werk wat gedurende die sestigerjare gedoen is, was om 'n raamwerk daar te stel, in die sewentigerjare moet dit ingevul word en daaraan betekenis gegee word.

<sup>1</sup>Jaarverslag van die Departement van Onderwys, Lettere en Wetenskap 1960, 38. Daar was 20 Bantoe-regstudente by die residensiële universiteite en 11 by Unisa.

<sup>2</sup>Vir meer besonderhede, sien R. ver Loren van Themaat *Legal Education for the Bantu of South Africa*, 1969 CILSA 76-7.

Dit lyk duidelik dat hierdie derde stadium nie 'n voortsetting van die eerste stadium sal wees nie. Die vraag is of dit in wese net 'n voortsetting van die tweede stadium sal wees, dan wel of daar 'n nuwe benadering, 'n herwaardering van die regsweese deur die Bantoe self sal plaasvind.

Die keuse hieroor sal in die Bantoegebiede uiteindelik deur die Bantoe self gedoen moet word. Dit is nie net 'n keuse tussen teruggaan na die tradisionele regsweese of anders 'n klakkelose oornam van die hele huidige regsapparaat nie. Dit het iets van die gees wat lord Denning aangevoel het by die Londense konferensie oor die toekoms van reg in Afrika, waarvan hy voorsitter was:

„Africa, like some great giant awakening out of centuries of slumber, stretches its limbs, stands up and looks at the dawn. It is the dawn of its own day it is looking at. We in the older civilizations have almost forgotten what that kind of dawn can be. We no longer expect to see the dew on the grass. But Africa sees it now and will soon be on the march. Can we help it gird on its coat for the journey - it is a coat of many colours - the coat of African law?”<sup>3</sup>

Hierdie derde stadium moet in die teken staan van herwaardering. Dit kan, so glo ons ook, iets nuuts word vir die regsweese van die Bantoe, fris soos die dou van 'n nuwe dag. Maar realisties gesien, kan dit ook agteruitgang, stilstand en frustrasie beteken. Dis nie hier die plek om die implikasies van die nuwe stadium in Bantoe-regsontwikkeling ten volle te bespreek nie, maar dit lyk duidelik dat dit hoë eise gaan stel, in die eerste plek aan Bantoe regsgeleerdes, maar ook aan alle juriste in Suid-Afrika.

In hierdie oorsig sal ons trag om ook in hierdie gees die ontwikkeling van die regsweese van die Bantoe te benader.

## A. WETGEWING

Gedurende 1969 is wetgewing gepasseer om die verskillende universiteitskolleges vir nie-blankes as volwaardige universiteite te erken. Die drie wette wat betrekking het op Bantoe-universiteite is die volgende:

### 1. *Wet op die Universiteit van Fort Hare 40 van 1969*

Die universiteit sal die Xhosa-volkseenheid bedien (a. 2 (3)) en die wet maak voorsiening vir die instelling van sewe fakulteite waaronder ook 'n fakulteit van regte (a. 27 (1) (a)).

<sup>3</sup>A. N. Allott *The Future of Law in Africa, Record of Proceedings of the London Conference, 28 December 1959 - 8 January 1960*, Butterworth & Kie 1960 (Voorwoord, geen bladsy). Die konferensie is bygewoon deur 66 afgevaardigdes: leiers op regsgebied van die voormalige Britse kolonies in Afrika en Britse deskundiges oor die reg in Afrika. Die kort opsomming van verrigtinge bevat veel wat vir ons in Suid-Afrika van belang is.

## 2. *Wet op die Universiteit van Zoeloeland 43 van 1969*

Volgens a. 2 (3) sal hierdie universiteit die Zoeloe- en Swazi-volkseenhede bedien. By hierdie universiteit is daar slegs voorsiening gemaak vir 'n departement, nie 'n fakulteit nie, van regsgeleerdheid (a. 27).

## 3. *Wet op die Universiteit van die Noorde 47 van 1969*

Ook hierdie universiteit, wat die Noord-Sotho-, Suid-Sotho-, Tsonga-, Tswana- en Venda-volkseenhede sal bedien (a. 2), maak tans slegs voorsiening vir 'n departement van regte.

In beide hierdie wette is daar voorsiening vir die skepping van verdere fakulteite. Geen verdere belangrike wetgewing in verband met die ontwikkeling van Bantoereg is gedurende 1969 deur ons Parlement afgehandel nie. Die *Wet op Transkeise (Streeksowerheids-) Howe* is egter deur die Transkeise Wetgewende Vergadering gedurende 1969 afgehandel en vervolgens word die belangrikste bepalings daarvan kortliks bespreek.

## 4. *Wet op Transkeise (Streeksowerheids-) Howe 3 van 1969*

In die Transkei vind mens die aanwesigheid van hoofkapteins wat tradisioneel nog funksioneer. In hierdie gebied bestaan daar dus gesagsdraers wat tradisioneel bokant die kapteins staan. Hierdie hoër sport in die hiërargie van gesagsdraers word egter nie in die wetgewing weerspieël nie. Tradisioneel is die hoofkapteinshof 'n hof van appèl vanaf kapteinshowe. Die *Bantoe-administrasiewet 38 van 1927* definieer „kaptein” só dat dit ook 'n „hoofkaptein” insluit.<sup>4</sup> Waar dit dus vroeër moontlik was dat 'n persoon van 'n kapteinshof kan appelleer na die hof van die hoofkaptein, is dit vandag onder die *Bantoe-administrasiewet* nie moontlik nie. Die hoofkapteinshof is verder ook 'n hof van eerste instansie vir sake wat nie binne die jurisdiksie van 'n kapteinshof val nie, of vir sake wat deur die kaptein daarheen verwys word.

In die *Wet op Transkeise (Streeksowerheids-) Howe 1969* word getrag om in 'n mate uiting te gee aan die tradisionele hiërargie van howe; meer spesifiek met betrekking tot die verhouding tussen kapteins- en hoofkapteinshof. Met hierdie tradisionele hiërargie van howe in gedagte, kan vervolgens gelet word op die belangrikste bepalings van die wet.

Die doel van die wet is om voorsiening te maak vir die instelling van streeksowerheidshowe in die Transkei, op versoek deur 'n streeksowerheid.<sup>5</sup> Die hof funksioneer onder voorsitterskap van 'n opge-

<sup>4</sup>Artikel 35.

<sup>5</sup>Artikel 2 (1).



leide regterlike amptenaar of persoon wat volgens die Minister van Justisie (Transkei) se oordeel, daartoe bevoeg is. Die benaming „Bantoesakekommissaris” word steeds vir die voorsittende beampte behou.<sup>6</sup> Dit is dus duidelik dat hierdie wet, onder andere, beoog om geleenthede te bied vir die skepping van werkkringe vir Bantoe-persone wat aan universiteite in die regte studeer en daarby bied dit verder die moontlikheid vir die Bantoe om self ’n positiewe aandeel te hê in die beoefening van hulle eie regspraak.

Behoudens sekere bepalings van die *Bantoe-administrasie Wet 1927*,<sup>7</sup> besit streeksowerheidshowe jurisdiksie om siviele gedinge te verhoor wat tussen Bantoe-persone uit Bantoe-reg en -gebruik voortspuit. Daar bestaan dus geen twyfel dat in hierdie artikel ’n uitdruklike erkenning van Bantoe-reg en -gebruik opgesluit is nie. Naas sy oorspronklike siviele jurisdiksie besit hierdie hof ook appèlbevoegdheid en kan hy appèlle vanaf die kapteinshof verhoor. Ook hieruit tree erkenning van die tradisionele hofsisteen soos geken deur die Bantoe in die Transkei sterk na vore.

Artikel 2 bepaal dat die bevoegdhede en regsmag wat aan ’n streeksowerheidshof verleen is, nie die bevoegdhede en regsmag van ’n landdroshof of ’n Bantoesakekommissarishof wat ten opsigte van die distrik van ’n streeksowerheidsgebied ingestel is, raak nie. Die bedoeling is blykbaar dat daar later ’n algehele oorskakeling van Bantoesakekommissaris- na streeksowerheidshowe sal plaasvind. Dit moet egter ’n geleidelike proses wees, namate stamme in streeksowerheidsgebiede daarvoor gereed is.

Die Minister van Justisie kan reëls uitvaardig ten opsigte van die prosedure in streeksowerheidshowe. Tot tyd en wyl sodanige reëls afgekondig is, geld die reëls van die Bantoesakekommissarishowe.<sup>8</sup>

Die vernaamste oogmerke van hierdie wet is die skepping van ’n judisiële instelling wat nouer aansluiting kan vind by die reeds bestaande tradisionele howe van die Transkei. Die belangrikheid van hierdie wet lê dus primêr in die uitdruklike erkenning van die Bantoe-eie wat in vorige wetgewing negeer is.

## 5. *Bantoe-owerhede*

### (a) *Instelling*

Kragtens die bepalings van die *Wet op Bantoe-owerhede 1951*, soos gewysig, is die volgende Bantoe-owerhede gedurende 1969 ingestel:

<sup>6</sup>Artikel 2 (1)(b).

<sup>7</sup>Artikels 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18 en 19.

<sup>8</sup>Artikel 5.

Xhosa (Ciskei) . . . . .	2	gemeenskapsowerhede
Noord-Sotho . . . . .	4	stamowerhede
Tsonga . . . . .	1	gemeenskapsowerheid
Venda . . . . .	3	gemeenskapsowerhede
Zoeloe . . . . .	3	stamowerhede
		1 gemeenskapsowerheid
		1 streeksowerheid
Swazi . . . . .	3	stamowerhede
		1 gemeenskapsowerheid
Suid-Sotho . . . . .	1	gebiedsowerheid

Dit is opvallend dat die getal owerhede wat gedurende 1969 ingestel is, minder as een derde is van die getal ingestel gedurende 1968. Dit is te verstane indien in gedagte gehou word dat die meeste stamme reeds stamowerhede het.<sup>9</sup> Daar sal verder opgemerk word dat ses van die agt gemeenskapsowerhede by die Xhosa-, Tsonga- en Venda-volkseenhede ingestel is, waar volgens ons vorige bevindings,<sup>10</sup> reeds moontlik alle stamme stamowerhede het. Die rede hiervoor sal duidelik word indien nagegaan word vir welke entiteite of groepe gemeenskapsowerhede ingestel kan word en wat die samestelling daarvan is. Die Staatspresident is bevoeg om vier soorte gemeenskapsowerhede in te stel, nl.

- (1) 'n gemeenskapsowerheid vir 'n Bantoe-gemeenskap, d.w.s. vir 'n groep Bantoe wat individueel 'n plaas, 'n stat of enige neder-setting bewoon;
- (2) 'n gemeenskapsowerheid vir twee of meer Bantoe-gemeenskappe gesamentlik;
- (3) 'n gemeenskapsowerheid vir twee of meer stamme gesamentlik; en
- (4) 'n gemeenskapsowerheid vir een of meer stamme en een of meer gemeenskappe gesamentlik.<sup>11</sup>

Voorheen is aangedui<sup>12</sup> dat 'n gemeenskapsowerheid wat vir twee of meer stamme gesamentlik ingestel is, bestaan uit die kapteins of hoofmanne en raadsmanne van daardie stamme, en dat hulle amptermynre bepaal word deur die toepaslike stamreg. Aan die anderkant word die voorsitter en raadsmanne van 'n gemeenskapsowerheid vir 'n Bantoe-gemeenskap of -gemeenskappe gesamentlik, die getal waarvan deur die Staatspresident bepaal word, verkies deur die volwasse manlike lede van sodanige gemeenskap, op so 'n wyse as wat bepaal

<sup>9</sup>Sien 1969 *THRHR* 366.

<sup>10</sup>*Ibid.*

<sup>11</sup>Artikel 2 (1) (a) (ii) Wet 68 van 1951, soos gewysig.

<sup>12</sup>1969 *THRHR* 369.

word deur algemene regulasies of die regulasies wat betrekking het op die betrokke nasionale eenheid. Hierdie raadsmanne beklee hul ampte vir 'n bepaalde termyn. Waar die gemeenskapsowerheid ingestel is vir 'n stam (stamme) en 'n gemeenskap (gemeenskappe), sal die twee metodes van aanstelling natuurlik albei van toepassing wees, maar onderworpe aan die maksimum getal raadsmanne soos deur die Staatspresident bepaal.<sup>13</sup> Al agt die gemeenskapsowerhede is blykbaar ingestel vir gemeenskappe en nie vir stamme nie.

Aanvanklik het Wet 68 van 1951 nie vir gemeenskapsowerhede voorsiening gemaak nie. Daarvoor is die eerste keer voorsiening gemaak, vir die Transkei, in 1956 kragtens Proklamasie 180 van 1956. Hierdie idee is sedertdien vir die res van die Republiek aanvaar. Daar skyn twee redes te wees vir die uitvoering van hierdie gemeenskapsowerheidsidee, nl.

- (1) aanwending van Bantoreg om doeltreffende stamregering daar te stel deur stamme wie se gebiede klein of deurweef is saam te voeg, waar sodanige samevoeging wenslik is; en
- (2) uitbreiding van Bantoreg deur die skepping van 'n bestuursinstelling waar dit nie bestaan het nie, vir daardie gemeenskappe wat ontstaan het as gevolg van hedendaagse sosio-ekonomiese omstandighede, maar wat self geen plaaslike bestuur het nie.

Die Swazi, wie se tuisland ongeveer tien keer so groot as dié van die Venda is, verkry nou hulle eerste stam- en gemeenskapsowerhede. 'n Sesde gebiedsowerheid - vir die Suid-Sotho - is gedurende die jaar ingestel - die eerste sedert 1962. Slegs die Swazi- en Zoeloe-volke het aan die einde van die jaar nog nie gebiedsowerhede nie.

(b) *Verlening van verdere bevoegdhede aan gebiedsowerhede*

(i) Die geleidelike proses van verlening van groter bevoegdhede en verantwoordelikhede aan Bantoe-gebiedsowerhede om hulle sodoende voor te berei vir uiteindelijke self-bestuur kragtens die *Wet op die Bevordering van Bantoe-selfbestuur, 46 van 1959*, is reeds volledig bespreek en ontleed met betrekking tot die Ciskei en die Tswana.<sup>14</sup> Hier word slegs aandag bestee aan die ontwikkelings wat plaasgevind het gedurende 1969. Aan vier verdere gebiedsowerhede is hierdie groter bevoegdhede en verantwoordelikhede verleen. Gebiedsowerhede is gedurende 1962 vir die Noord-Sotho (Lebowa), die Tsonga (Matshangana) en die Venda (Thoho-ya-Ndou, tans genoem Venda)

<sup>13</sup>Artikel 3 (1) (b) Wet 68 van 1951.

<sup>14</sup>Sien 1969 *THRHR* 367-372.

ingestel.<sup>15</sup> Tot 1969 het hierdie owerhede slegs beperkte en adviserende funksies uit hoofde van a. 7 (1) (a) tot (f) van Wet 68 van 1951 gehad. Gedurende 1969 is stappe gedoen om die Matshangana-, Lebowa- en Venda-gebiedsowerhede, sowel as die streeks-, stam- en gemeenskapsowerhede binne hulle jurisdiksie, te rekonstitueer.<sup>16</sup> Hierdie hersamestelling is feitlik soortgelyk aan dié met betrekking tot die Ciskei en Tswana, en verdere ontwikkelings toon dieselfde ooreenkomste en patroon. Hierdie kan kortliks soos volg gestel word:

- (1) Oordrag van bevoegdheids van streeksowerhede na hierdie gebiedsowerhede.<sup>17</sup>
- (2) Verdere bevoegdheids toegeken aan hulle deur die Staatspresident.<sup>18</sup>
- (3) Oordrag van bates en laste, regte en verpligtinge en roerende en onroerende eiendom van die streeksowerhede na hierdie gebiedsowerhede.<sup>19</sup>
- (4) Instelling van staatsdepartemente vir beter administrasie van die sake van gebiedsowerhede.
- (5) Regulering van finansies van hierdie owerhede en hulle stamowerhede om aan te pas by hulle bevoegdheids en verantwoordelikhede.<sup>20</sup>

Die Basotho ba Borwa-gebiedsowerheid is vir die Suid-Sotho ingestel vanaf 1 April 1969.<sup>21</sup> Soortgelyke bevoegdheids en verantwoordelikhede as vir bogenoemde owerhede is dadelik daaraan verleen.<sup>22</sup>

(ii) Die formele bevestiging van hierdie gerekonstitueerde owerhede het in die volgende volgorde plaasgevind: Basotho ba Borwa (25 April 1969), Lebowa (13 Augustus 1969), Venda (8 Oktober 1969) en Matshangana (15 Oktober 1969).

Die nuwe regulasies van hierdie owerhede is basies dieselfde as dié vir die Ciskei en Tswana soos voorheen bespreek,<sup>23</sup> en word dus

<sup>15</sup>Staatskoerant R 1274 van 1962 (Lebowa) R 1863 van 1962 (Matshangana) en R1864 van 1962 (Thoho-ya-Ndou).

<sup>16</sup>Prok. R 96 van 1969 (Matshangana, R 115 van 1969 (Lebowa) en R 168 van 1969 (Venda).

<sup>17</sup>Prok. R 97 van 1969 (Matshangana), R 116 van 1969 (Lebowa), R 169 van 1969 (Venda) - aanhangsel A.

<sup>18</sup>Prok. R 97 van 1969 (Matshangana), R 116 van 1969 (Lebowa) en R 169 van 1969 (Venda) 9 - aanhangsel B.

<sup>19</sup>Prok. R 97 van 1969, R 116 van 1969 en R 169 van 1969.

<sup>20</sup>Prok. R 202 van 1969 (Lebowa), R 261 van 1969 (Venda) en R 262 van 1969 (Matshangana).

<sup>21</sup>Prok. R 58 van 1969.

<sup>22</sup>Prok. R 59 van 1969, R 60 van 1969 en R 94 van 1969.

<sup>23</sup>1969 *THRHR* 369.

nie hier herhaal nie. Daar is egter 'n paar opvallende kenmerke wat melding verdien.

Die Lebowa-regulasies maak nie uitdruklik voorsiening vir gemeenskapsowerhede nie, alhoewel dit bekend is dat daar wel sulke owerhede binne die territoriale gebied van die gebiedsowerheid bestaan. Daar kan egter aangeneem word dat hulle onder die beskrywing van „stamowerhede” val, gesien in die lig van die wye interpretasie wat aan laasgenoemde geheg kan word.<sup>24</sup> Probleme kan egter ontstaan in verband met die verteenwoordiging van die gemeenskapsowerhede by sowel die streeks- as gebiedsowerheid, aangesien sodanige owerhede verteenwoordig moet word deur hulle voorsitter en genomineerde verteenwoordigers.

Verteenwoordiging op die gebiedsowerhede is soortgelyk aan die van die Ciskei: elke gebiedsowerheid bestaan uit 'n spesifieke getal verteenwoordigers van die stam- en gemeenskapsowerhede in hulle gebied. Drie of vier van die uitvoerende raadslede van die Lebowa, Venda en Matshangana moet kapteins wees; die Matshangana, net soos die Ciskei, se hoofraadslede is nie tot kapteins beperk nie.

Die Basotho ba Borwa-gebiedsowerheid is enig in sy soort deurdat sy verteenwoordigende owerhede slegs bestaan uit twee stamowerhede - die Mopedi- en Batlokwa-stamowerhede - met die bevoegdhede van streeksowerhede. Verder is die voorsitter en ondervoorsitter nie noodwendig kapteins nie, maar hierdie ampte word gedeel deur die twee stamme. Die uitvoerende raad, wat verantwoordelik is vir dieselfde ses staatsdepartemente, bestaan uit vier lede. Die kapteins van die twee stamme is *ex officio* lede van die uitvoerende gesag, en een van hulle moet die hoofraadslid wees; elke stamowerheid moet een ander raadslid benoem.

Hierdie bepalinge werp lig op die feit wat die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling herhaaldelik reeds genoem het en wat soos volg gerapporteer is:

„The chieftainships that have comprised their own form of government from the earliest times until now form the basis of the present constitution.”<sup>25</sup>

#### 6. *Regulasies betreffende Grond en Bantoegebiede*

Hierdie regulasies het kragtens Prok. R 188 van 1969 op 11 Julie 1969 van krag geword.<sup>26</sup>

Die reëlins vervat in dié proklamasie moet verwelkom word; dit konsolideer, vervang en herroep 'n groot aantal vroeëre regsreëlins.

<sup>24</sup>Artikel 1 Wet 68 van 1951.

<sup>25</sup>Bantoe Julie 1969 28.

<sup>26</sup>Sien 1969 *THRHR* 376.

In die nuwe regulasies word die volgende wyses van grondbesit, uitdruklik en by implikasie, onderskei: eiendomsbesit (hoofstuk 2), erfpagbesit (hoofstuk 4) en kommunale besit (hoofstuk 5). Eiendomsbesit sal oënskynlik toegeken word vir kerk- en sendingdoeleindes<sup>27</sup> of aan persone wat die Bantoesakekommissaris mag goeddink.<sup>28</sup> Dit is duidelik dat hierdie nuwe regulasies nie onderskei tussen die stelsel van kommunale grondbesit en grondbesit in die Trustgebiede nie.<sup>29</sup> Hoewel die regsreëlings vervat in dié proklamasie hoofsaaklik verwys na administratiewe aangeleenthede, is daar tog sekere aangeleenthede van Bantoeregtelike aard:

(a) Die gangbare reël in die Bantoereg is dat grond vir residensiële en bewerkingsdoeleindes toegeken word aan manlike familiehoofde. Grond kan ook toegeken word aan vrouepersone met familieverpligtinge. Die huidige regulasies bepaal dat, in die geval van kommunale grondbesit, die Bantoesakekommissaris gemagtig is om grond vir residensiële en bewerkingsdoeleindes toe te ken aan 'n weduwee wat hoof van 'n familie is. Dit is opvallend dat daar geen voorsiening gemaak word vir andere vroue met familieverpligtinge nie. Voorsiening word ook gemaak vir bykomstige grondtoekenning vir persone wat poliginiese Bantoeregtelike huwelike gesluit het.<sup>30</sup>

(b) Die vererwing van grond word ook aangeraak. Grond wat besit word volgens sowel die erfpag as kommunale stelsels kan nie testaat vererf nie, want die Trust het nog eiendomsreg daarop.<sup>31</sup>

In dié verband kan na die volgende reëlings verwys word.

(i) Die belange van die langselewende eggenote word in aanmerking geneem. In die geval van erfpagbesit bly die oorledene se grond in sy naam geregistreer, terwyl die oorlewende eggenote geregtig is om die grond te okkupeer en te gebruik. Laasgenoemde reg is onderworpe aan sekere beperkinge: indien sy weer trou, volgens Bantoereg of Suid-Afrikaanse reg, verval dié reg. Sy moet in haar oorlede eggenoot se kraal bly of 'n ander kraal wat goedgekeur is deur haar oorlede eggenoot se verwante. Indien die oorledene oorleef word deur meer as een vrou, is die hoofvrou geregtig op sodanige okkupasie en gebruik en die ander vroue is oënskynlik afhanklik van haar asof sy die kraalhoof is.<sup>32</sup>

<sup>27</sup>Artikel 7-8 Prok. R 188 van 1969.

<sup>28</sup>*Ibid.* art. 6.

<sup>29</sup>Sien H. Rogers *Native Administration in the Union of South Africa* 2de uitgawe hst. 7; A. J. Kerr *The Native Common Law of Immovable Property in South Africa* 1953; Unie van Suid-Afrika, Verslag UG nr 61 van 1955 hst. 18.

<sup>30</sup>A. 49 (1) (b).

<sup>31</sup>A. 53 (5) en byvoegsel 24, tabel B; a. 23 (2) Wet 38 van 1927.

<sup>32</sup>A. 53 (2).

Soortgelyke reëlings bestaan m.b.t. grond wat besit word onder die kommunale stelsel.<sup>33</sup>

(ii) Bantoe-erfreg word ook aangepas aan nuwe omstandighede in Bantoegebiede. Ingeval 'n kommunale besitter van grond te sterwe kom sonder die nalating van 'n weduwee, val die grond terug na die meent en word dit beskikbaar vir hertoekenning. Die oorledene se erfgenaam, bepaal volgens die verskillende statutêre opvolgingstelsels of waar dié nie van toepassing is nie, deur Bantoegewoontereg, het voorkeur i.g.v. so 'n hertoekenning.<sup>34</sup> Die Bantoesakekommissaris het klaarblyklik die bevoegdheid om dit ook toe te ken aan 'n weduwee wat hoof van 'n familie is.

Die genoemde opvolgingstelsel geld ook vir grond wat besit word onder individuele erfpagbesit. In die Ciskei is besondere bepalinge van toepassing. In die bepaling van die erfgenaam word erkenning verleen aan die eersgeboorteregbeginself, desendente erf voor assendente en syerwante, en poligamie word erken.

Die toepaslike reëls kan soos volg opgesom word:

- (1) Die senior manlike desendent, in enige huis, erf eerste.
- (2) Indien daar nie 'n desendent is wat kan erf nie, erf die oorledene se vader of, deur bogenoemde, die senior broer van die oorledene of sy senior manlike desendent of die senior halfbroer van die oorledene of sy senior manlike desendent.
- (3) In die laaste geval erf die oorledene se grootvader aan vaderskant of, deur hom, sy senior oom aan vaderskant van dieselfde huis as sy vader, of 'n verwante huis, of sy senior manlike desendent.

In geval daar geen erfgenaam, volgens die opvolgingstelsel, gevind kan word nie, val die grond terug na die Trust. Die minister het egter die bevoegdheid om dit toe te sê aan 'n vroulike verwant.<sup>35</sup>

Erfopvolging m.b.t. grond in Natal word gereël deur die Natalse Wetboek, hoofstuk 12.<sup>36</sup> Die reëls is soortgelyk aan dié wat hierbo bespreek is, maar daar bestaan geen erfreg van die oorledene se grootvader nie. In so 'n geval word die grond behandel as kraalbesit of persoonlike besit, na gelang van omstandighede.

Daar bestaan verdere reëls wat ten doel het die behoud van die grond binne die familiegroep.<sup>37</sup>

<sup>34</sup>A. 53 (3).

<sup>35</sup>A. 35 (2).

<sup>36</sup>Byvoegsel 24 tabel B.

<sup>37</sup>A. 39 en a. 40.

<sup>38</sup>A. 40.

Onterwing kan slegs geskied na 'n deeglike ondersoek en 'n bevel van 'n Bantoesakekommissaris. In so 'n geval bestaan daar 'n reg van appèl na die hoofbantoesakekommissaris.<sup>38</sup>

Daar moet gemeld word dat in die Kaapprovinsie opvolging van grond wat geregistreer was in die naam van 'n oorlede vrouepersoon beperk is tot die seuns of hulle desendente van die huise van die oorledene se kraalhoof.<sup>39</sup>

Die beheer en administrasie van alle Trustgronde in die Bantoegebied berus by die Bantoesakekommissaris van die gebied. Daar word egter omvattende reëlings getref dat ook die Bantoe self deel het aan beslissings wat die toebedeling van grond of die grondereg raak.<sup>40</sup>

## B. VONNISSE

### Die Hooggeregshof

(a) *Appèlhof*: Daar is geen Appèlhofvonniss gedurende 1969 wat van belang is vir Bantoreg of Bantoregspleging nie.

(b) *Ander afdelings van die Hooggeregshof*:

Daar is verskeie vonnisse wat volgens die opskrif hoofsaaklik met „Native - laws and customs” te doen het, terwyl dit in werklikheid nie die geval is nie. *Msomu v. Hastie* 1969 (1) SA 50 (N) gaan oor die beginsel van *audi alteram partem*, en oor die uitleg van sekere regulasies. *Fairweather v. Mofoking* 1969 (1) SA 256 (N) gaan oor die bepaling van a. 3 Wet 41 van 1908 (N) dat 'n promesse of ander skuld-bewys („document of debt”) deur 'n Bantoe geteken in Natal aan sekere vereistes moet voldoen. Alle wetgewing wat spesiaal met die Bantoe te doen het is tog seker nie daarom „Native laws and customs” nie!

Hoe dit ook sy, daar kan gerus volledig ingegaan word op die moontlikheid van uniforme benamings in verband met die reg van die Bantoe. Bantoreg, Naturellereg, Stamreg (of Xhosareg, Venda-reg of selfs Keireg), Naturellereg en -gebruik, Bantoe- (of Naturelle-) gebruike, Bantoegewoontereg en tradisionele reg is almal benamings wat gebruik word.<sup>41</sup> Sommige van hierdie benamings omvat alleen

<sup>38</sup>*Ibid.*

<sup>39</sup>Byvoegsel 24 tabel A.

<sup>40</sup>A. 14, 47 (3) (b), 48 (2) (a), 49 (1).

<sup>41</sup>Sien ook n. 2 van R. S. Suttner *Towards Judicial and Legal Integration in South Africa* 1968 *SALJ* 435; S. M. Seymour *Bantu Law in South Africa* 3de uitgawe Juta & Kie. Kaapstad 1970, 10-14; J. F. Hollemann *Die Bantoe-buwelik op die Kruispad*, Januarie 1960 *Tydskrif vir Rasse-Aangeleenthede* 82, 92 (in Engels 1960 *Race Relations Journal* 153-7 en 1961 *ibid.* 12-13 en 32-44); Hahlo & Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* Juta & Kie. Kaapstad 1960, 317.



die oorspronklike gewoontereg van die Bantoe of van spesifieke stamme of groepe, ander sluit in vonnisse, wysigings van die tradisionele gewoontereg deur wetgewing, nuwe gewoontereg wat besig is om te vorm, en selfs alle wetgewing wat spesiaal betrekking het op die Bantoe.

Die benaming „Native laws and customs” skyn verouderd en uitgedien. Ons weet van geen enkele regsrywer van die laaste tyd, in Suid-Afrika of in die res van Afrika, wat hierdie benaming nog gebruik nie. In die algemeen word as groepnaam Bantoe (Bantu Law, African Law) gebruik, met die verskillende afdelings beskrywend aangedui. Met die ontstaan van departemente van justisie vir elk van die verskillende etniese groepe in Suid-Afrika is die vraag of voortgegaan moet word met die kollektiewe benaming Bantoe, dan wel of die regstelsel van elke groep afsonderlik aangedui moet word, ook van belang.<sup>42</sup>

Daar is nie minder nie as drie vonnisse gerapporteer oor die misdaad om nie 'n bevel van die stamhoof te gehoorsaam nie. Tradisioneel beklee die stamhoof 'n heel besondere posisie in die Bantoe-samelewing en die beeld wat Schapera van die Tswana-stamhoof teken is basies ook waar van ander stamhoofde in Suid-Afrika:

„The Chief, as head of the tribe, occupies a position of unique privilege and authority. He is the symbol of tribal unity, the central figure round whom the tribal life resolves. He is at once, ruler, judge, maker and guardian of the law, repository of wealth, dispenser of gifts, leader in war, priest and magician of the people. His exalted status is reflected in the ceremonial surrounding him and in the obligations of his tribesmen towards him . . . It is a serious offence for any tribesman to use abusive language about him, or to speak or behave improperly towards him or in his presence. He is correctly addressed by the personification of the tribal name . . . or by some other title of respect . . . The Chief has the right in general to obedience from his subjects in all matters of public interest, and also in minor matters of more personal concern . . .”<sup>43</sup>

Dat hierdie posisie onderworpe is aan verandering in 'n veranderde samelewing ook in die Bantoegebiede, is begryplik. Daarmee het strydpunte wat vroeër meer te doen gehad het met gesag en politieke mag, nou juridiese vraagstukke geword. Nog is dit 'n misdaad om 'n bevel van 'n stamhoof te verontagsaam. Daar is selfs 'n keuse: in die kapteinshof word die besondere misdaad volgens Bantoe-tereg erken, terwyl a. 2 (9) van die *Bantoe-administrasie Wet, 1927*, dit ook 'n statutêre misdaad maak. Artikel 2 (9) beskryf die misdaad, en die toepassing van die artikel lewer geen besondere probleme nie. Maar die kapteinshof is die enigste hof wat, al is dit dan onder sterk

<sup>42</sup>Dit is nie hier die plek om die vraagstuk van benaming omvattend te behandel nie, maar dit word gehoop dat iemand daarop deeglik sal ingaan.

<sup>43</sup>L. Schapera *A Handbook of Tswana Law and Custom* second edition 1955 OUP 62-63.

beperinge, ook Bantoereg telike misdade kan bereg. As mens volgens die verslae van die Hooggeregshof moet oordeel, is misdade teen die kaptein gepleeg die Bantoereg telike misdade wat die meeste in die kapteinshof voorkom. *R v. Setai* 1954 (1) SA 502 (O) en *R v. Kaleni* 1959 (4) SA 540 (E), die twee toonaangewende sake oor appèlbevoegdhede vanaf kapteinshowe, het gegaan oor hierdie soort misdade, en so ook *R v. Dumezweni* 1961 (2) SA 751 (A), die enigste gerapporteerde Appèlhofvonnis in 'n strafsak wat van die kapteinshof kom.

Twee sake m.b.t. a. 2 (9) van die *Bantoe-administrasie Wet* wat in 1969 gerapporteer is, lewer dan ook geen besondere probleme op nie. In *S v. Khuswayo* 1969 (1) SA 70 (N) word beslis dat 'n verweerder in 'n siviele saak voor 'n kapteinshof nie skuldig is aan oortreding van a. 2 (9) as hy nie opdaag wanneer hy gedagvaar word nie. Daar is voorsiening in die reëls vir vonnisse by verstek, en daar is dus geen rede vir 'n strafreël nie.

In *Matlapeng v. S* 1969 (2) PH R9 (T) word die beskuldigde ook ingevolge dié artikel in die Bantoesakekommissarishof skuldig bevind aan die misdaad dat hy 'n wettige bevel van die kaptein verontagsaam het. Die beskuldigde, wat reeds deur die kommissarishof gevonniss was omdat hy nie sy vee geënt het nie, word deur die kaptein, wat van die vonnis geweet het, gedagvaar om voor die „kgotla” te verskyn op dieselfde klag. Die beskuldigde verskyn nie. Die kaptein kan geen rede aangee waarom hy die beskuldigde weer voor sy hof wou hê nie, en R Bekker bevind dat die bevel onredelik en dus onwettig is.

Moeiliker is dit wanneer dit die Bantoereg telike misdaad geld. In *S v. Ngidi* 1969 (1) SA 411 (N) is die beskuldigde oorspronklik deur die kapteinshof skuldig bevind en beboet omdat hy 'n bevel van die stamhoof nie nagekom het nie. 'n Appèl teen die beslissing na die Bantoesakekommissaris is van die hand gewys; die kommissaris het skynbaar regterlike kennis daarvan geneem dat ongehoorsaamheid aan die bevel van die kaptein 'n misdaad is volgens Bantoereg. Die beskuldigde appelleer verder na die Natalse Hooggeregshof, en R Miller bevind dat voor hy kan besluit oor die juistheid van die vonnis, hy eers duidelikheid moet hê oor die omskrywing van die misdaad. Die kommissaris het blykbaar uitgegaan van die veronderstelling dat die bevel 'n wettige bevel moet wees, maar daar is nêrens deur hom uitdruklik gestel dat dit 'n vereiste van die misdaad was nie. Die beskuldigde het geen geleentheid gehad om die juistheid van die kommissaris se omskrywing van die misdaad te beaam of te betwis nie, en vir dié doel word die saak na die kommissaris terugverwys.

Met instemming word aangehaal uit die vonnis van die Hoofregter in die *Dumezweni*-saak *supra*, 757:

„In a less developed system of law the outlines of legal concepts tend to be less rigid and are often not clearly defined. Such concepts are attended by disadvantages which it is difficult to eliminate with immediate effect without disturbing the natural development of such a system of law, but their elimination in criminal law is a matter of more pressing concern. It is eminently desirable that there should be a precise definition of an offence and that its elements should not be uncertain . . . That is more particularly the case where it is an offence against the person called upon to pronounce upon the guilt of the accused in the first instance who may be naturally inclined to extend the confines of the offence, if they are flexible.”

Die vonnis skyn die verskil aan te toon tussen die tradisionele benadering van die posisie van die stamhoof en die Westerse juridiese benadering. Tradisioneel moes bevel van 'n stamhoof gehoorsaam word in alle omstandighede en was die beperkinge op sy mag politieke en nie juridiese beperkinge nie. Westers-juridies gesien kan so 'n absolute mag kwalik bestaan, maar is dit onderworpe aan juridiese beperkinge wat duidelik omlyn moet word. Ons hoogste hof het, heel begryplik, die saak Westers-juridies benader. Die probleem is, kan die kapteins- en hoofmanshowe, soos hulle nou in Suid-Afrika bestaan, met sulke omlynde, juridiese begrippe werk? Indien nie sal hierdie verskil in benadering lei tot die baie onbevredigende posisie, wat nou reeds dikwels kop uitsteek, dat uitsprake van kapteins- en hoofmanshowe al deur by appèl ter syde gestel word, nie omdat die kapteinshof se benadering verkeerd was nie, maar omdat dit noodwendig verskil van die benadering van die Bantoesakekommissaris-hof en die appèlhowe.

Die regter gee ook in die saak sy sienswyse oor die mate van kodifikasie van Bantoreg in Natal. Die Bantoregtelike misdaad van ongehoorsaamheid aan 'n bevel van die stamhoof word nie in die Natalse Wetboek van Bantoreg omskryf nie. Tog het die regsverteenvoerder van die appellant in sy argument na die Wetboek verwys, asof Bantoreg in Natal alleen gevind kan word deur die Wetboek uit te lê, „for (so he contended), the Proclamation [d.i. die Wetboek] served to codify Bantu Law.” Die hof bevind dat dit nie die geval is nie:

„I do not agree . . . that the Proclamation necessarily covers exhaustively the whole field of Bantu Law and custom or that, since its promulgation, it is not permissible for the Commissioner to apply his local knowledge of customs and laws operative in his area.” (Op 414).

In *Bolo v. Royal Insurance Co. of SA Ltd* 1969 (3) SA 102 (E) was die vraag of bevrydende verjaring teen 'n Bantoevrou loop wat Bantoregtelik getroud is, of, in wetgewersterminologie, 'n „deelgenoot in 'n gebruiklike verbinding” is.

Volgens die *Verjaringswet, 1943*, loop verjaring nie teen 'n minderjarige nie, en a. 11 (3) (b) van die *Bantoe-administrasie Wet, 1927*, bepaal dat:

„'n Bantoevrou wat 'n deelgenoot in 'n gebruikelike verbinding is en wat met haar eggenoot saamwoon, geag word 'n minderjarige te wees en haar man geag word haar voog te wees.”

Die Hof beslis dat verjaring nie teen so 'n vrou loop nie:

„It is quite clear that the Legislature intended to define the status of a Native woman who is living with her husband, as that of a minor according to the common law with all the incidents thereof attaching to minority.”

Die beslissing bring weer onder die aandag die eenaardige wetsbepaling wat met die eerste oogopslag skyn te bepaal dat alhoewel die vrou volgens Bantoeereg getroud is, haar handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid in alle gevalle deur die Suid-Afrikaanse gemene reg beheer word. Dié indruk is misleidend. Dit lyk eerder of a. 11 (3) (b) alleen die handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid van 'n vrou wat volgens Bantoeereg getroud is en met haar man saamwoon reël in 'n saak waarop die gemene reg betrekking het. In 'n saak wat met Bantoeereg te doen het sal a. 11 (3) (a) geld, en Bantoeereg haar bevoegdhede bepaal.<sup>44</sup>

*Moabi v. Moabi* 1969 (3) SA 322 (T) is 'n appèl van die Bantoe-egskeidingshof na die Hooggeregshof.<sup>45</sup> Die saak gaan oor die egtheid van die bedoeling van verweerders wat na eiser terugkeer voor verloop van die keerdatum van die bevel *nisi*. Die vonnis beklemtoon weer dat Bantoe-egskeidings geheel deur die gemene reg beheers word. Tog is dit jammer dat vonnisse van die Bantoe-egskeidingshove nou feitlik nooit gerapporteer word nie. Interessante en selfs unieke probleme, en verantwoordelike oplossings daarvan, wat vir meer mense as net die partye van belang is, moet tog voorkom.

Die *Moabi*-saak is van voldoende belang geag dat die Hooggeregshofvonnis van ses bladsye gerapporteer is, maar die vonnis van die Bantoe-egskeidingshof is nêrens te vinde nie.

## Die Bantoe-appèlhowe

In opvolging van verlede jaar behandel ons vanjaar die 1968-verslae van die Bantoe-appèlhowe.

Volgens die saaknommers is ten minste 98 appèlsake by die Bantoe-appèlhowe ingedien, waarvan ten minste 79 by die Noord-Oostelike Hof, ten minste 12 by die Sentrale Hof en ten minste 7 by die Suidelike Hof. Sestien vonnisse van die Noord-Oostelike Hof is gerapporteer, drie van die Sentrale Hof en een van die Suidelike Hof - 'n totaal dus van 20 waarvan drie vonnisse nommers van 1967 het.

<sup>44</sup>Sien ook N. J. J. Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* Butterworths Durban 1969, 602-3; Seymour *op. cit.* 55; *Shabangu v. Lategele* 1955 (3) NAH 91 (Sentr.).

<sup>45</sup>Ingevolge a. 10 (5) van die *Bantoe-administrasie Wysigingswet* 9 van 1929.

Van die twintig vonnisse is negentien in Engels gerapporteer en een in Afrikaans,<sup>46</sup> terwyl hulle verlede jaar en voorverlede jaar almal in Engels gerapporteer was. Slegs sewe van die gerapporteerde vonnisse kom nie van Natal nie. Drie is in Pretoria gelewer, drie in Johannesburg en een in King William's Town. Vyf sake het oorspronklik in die kapteinshof gediën in vergelyking met die ses van verlede jaar. Twaalf van die dagvaardings is gegrond op Bantoreg, vier op Suid-Afrikaanse gemene reg en vier bevat elemente van beide regstelsels.

Dit blyk egter dat daar baie minder teregwydings oor die slordige hantering van 'n saak deur die Appèlhof aan Bantoesakekommissaris-howe is.<sup>47</sup>

Hoogeregshofvonnisse word nege keer aangehaal as gesaghebbende bronne. Daar word redelik dikwels na Bantoe-appèlhofvonnisse verwys asook ses keer na Warner se *Digest* waarin dié vonnisse opsom is. Wat ons regs-literatuur betref, is daar vyf keer verwys na *Principles of Native Law and the Natal Code* deur Stafford en Franklin; drie keer na *South African Law of Evidence* deur Hoffman; drie keer na *Native Law in South Africa* deur Seymour; een keer na *The Civil Practice of the Magistrates' Courts* deur Jones en Buckle; een keer na *South African Law of Husband and Wife* van Hahlo en Kahn; een keer na *Institutes of South African Law*, vol. I.: *The Law of Persons* deur Maasdorp en een keer na *Principles of South African Law* deur Wille.

Gedurende 1968 is daar in een vonnis van Bantoe-assessore gebruik gemaak en wel in *Sauli v. Toto* 1968 (1 & 2) BAH 1. Ses assessore, waarvan drie Xhosa en drie Fingo, het opgetree.

Die volle verslae van die Bantoe-appèlhowe vir 1968 beslaan slegs 53 bladsye. Vroeër was die rapporte veel lywiger; in 1939 het byvoorbeeld, met slegs twee afdelings van die Bantoe-Appèlhof teenoor die huidige drie, die rapporte 330 bladsye beslaan.

Dit lyk moontlik of die verslae van die Bantoe-appèlhowe ons op hierdie stadium 'n verteenwoordigende monster gee van die reg van die verskillende etniese groepe wat nou afsonderlike departemente

<sup>46</sup>*Simelane v. T. Bemba en J. Bembe* 1968 (1 & 2) BAH 5.

<sup>47</sup>„The reasoning and procedure of the presiding officer are, regrettably, erroneous and misleading. He is urged to familiarise himself with the decisions of this and other courts and to ensure, in the future, that all his statements are founded on fact . . . In any trial of a civil nature he is required to adjudicate upon the issues raised in the pleadings before him and not to wander therefrom . . . The Commissioner's statement that Mahovela Khumalo to whom he wrongly referred as 'the supposed second Defendant' was not 'cited a Defendant' is not founded on fact . . . I find it impossible to envisage what more convincing proof of citation the Commissioner could require . . . The presiding officer should make notes of the progress of proceedings.” (*Masuku v. Kumalo* 1968 (1 & 2) BAH 21).

van justisie gekry het. Dit is egter nie die geval nie. In die meeste vonnisse word nie aangedui aan welke etniese groep die partye behoort nie, maar sover vasgestel kan word was daar elf sake waarin Zulu's betrokke was, twee waarin Swazi's betrokke was, een van Xhosa's en Fingo's, en ses waarvan die stamverband nie vasgestel kan word nie. Geen vonnisse is blykbaar gerapporteer waarin lede van die verskillende Sotho-groepe (die Suid-Sotho, die Noord-Sotho of die Tswana) betrokke was, ook nie van die Venda of Tsonga-Shangana nie. Dit is nie bekend of hierdie leemte veroorsaak word deur die totale afwesigheid van rapporteerbare sake van hierdie volks-groepe nie, maar dit lyk wel onwaarskynlik

### Uitsprake

In *Sauli v. Toto*<sup>48</sup> is Muriel as kind van Florence gebore toe lg. nog ongetroud was, en geen skadevergoeding vir die seduksie is betaal nie. Toe Florence Bantoe-regtelik met eiser getroud is, is Muriel saam met haar moeder aan eiser oorhandig, en hy het vir haar gesorg en haar grootgemaak. Florence se Vader is lankal oorlede, en daar bestaan geen manlike familieledes van hom meer nie.

Muriel het nou 'n onegtelike kind van verweerder, en die vraag is of eiser skadevergoeding vir seduksie en swangerskap kan eis. Die saak word beskou as *res nova*, omdat geen vorige vonnis of handboek die geval behandel van wie vir seduksie kan eis waar daar geen erfopvolger in die moeder se familie is nie. In dié omstandighede word drie Xhosa- en drie Fingo-assessore geraadpleeg (ongelukkig word nie gesê wat die stamverband van die partye is nie), wat verklaar dat die reg van beide stamme dieselfde is. Dit word soos volg weergegee:

„If the seducer pays the damages and the isondlo beast the child is his. If he does not pay the child belongs to its grandfather, i.e. the girl's father, until death. If the grandfather dies and leaves no male relatives, the child belongs to the kraal where she has grown up with her mother and the man who married her mother now becomes her father and guardian and nobody but he can claim dowry or damages for her.”<sup>49</sup>

Die hof aanvaar dat dit die gewoontereg van die Fingo en Xhosa is, en bevind dat dit ook „in accord with the dictate of common sense and equity,”<sup>50</sup> is, en gee vonnis vir die eiser. Die skadevergoeding lyk hoog: R100 of vyf beeste. Andersins is dit, met respek, 'n besonder bevredigende vonnis. Seker ook vir die partye.

In *Mngomezulu v. Mkbize*<sup>51</sup> word *lobolo* terugge-eis nadat die huwedeur die Bantoe-egskeidingshof ontbind is.

<sup>48</sup>1968 BAH 1.

<sup>49</sup>1968 BAH 3.

<sup>50</sup>1968 BAH 2.

<sup>51</sup>1968 BAH 3.

Die beginsel soos vervat in die vonnis word soos volg deur Olivier<sup>52</sup> omskryf:

„Heel verskillend egter, is die posisie wanneer 'n egskeidingsbevel verkry is (nadat die betrokke partye geweier het om huweliksregte te herstel) op grond van verlating. Die Hof het beslis dat die egskeidingsbevel 'n uitspraak in rem is, maar nie ook ten opsigte van die verlating waarop dit gebaseer was nie - dié is bloot 'n uitspraak in personam; in daaropvolgende aksie in verband met die lobolo staan dit dus die eggenoot of die lobolo-houer onderskeidelik vry om getuienis te lei oor die vraag wie eintlik skuld moet dra vir die ontbinding, en die beskikking oor die lobolo word deur dié oorweging bepaal. Dit wil dus voorkom dat in 'n sodanige geval die Bantoregtelike oorwegings ten volle toegepas kan word.”

In *Twala v. J. en N. Ngogo*<sup>53</sup> dagvaar die eiser 'n vrou (verweerder nommer 1) en haar man (verweerder nommer 2) vir beskuldigings van townenary gebesig deur die vrou. Die woorde „do not permit Tshwala to visit your place because he bewitches me” en „produce the candle with which you kill me” is gebesig. Haar eggenote word gedagvaar in sy hoedanigheid as haar voog.

Die Bantoesakekommissarishof bevind dat aangesien die vrou gedagvaar word, bygestaan deur haar man, gemene reg toegepas moet word. In die gemene reg is die man nie aanspreeklik vir delikte deur sy vrou gepleeg nie.

Die man se verweer dat gemene reg toegepas moet word en hy dus nie aanspreeklik gehou kan word nie, word aanvaar.

Die gemene reg word ook verder toegepas en die Bantoesakekommissaris bevind dat beskuldiging van townenary nie 'n onregmatige daad is nie.

Die eiser appelleer op die volgende gronde:

- (1) Dat Bantoreg toegepas moet word omdat laster 'n onregmatige daad is volgens die Natalse Kode.
- (2) Dat die Bantoesakekommissaris gefouteer het deur te bevind dat die gemene reg toegepas moet word omdat die partye 'n gemeenregtelike huwelik aangegaan het.

Die Appèlhof bevind, met 'n beroep op Seymour,<sup>54</sup> dat laster wel 'n onregmatige daad is volgens Bantoreg, mits dit die beskuldiging van townenary behels. Waar daar egter 'n aksie onder beide regstelsels ingestel kan word, het die regterlike amptenaar 'n keuse welke om toe te pas.<sup>55</sup>

<sup>52</sup>Die *Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* 233-234.

<sup>53</sup>1968 BAH 10.

<sup>54</sup>*Native Law in South Africa* 224 en 225.

<sup>55</sup>Met 'n beroep op *Ex parte Minister of Native Affairs: in re Yako v. Beyi* 1948 (1) SA 388 (A) en *Umvovo v. Umvovo* 1953 (1) SA 195 (A).

Word die gemene reg toegepas, het die eiser geen regsmiddel nie en moet Bantoreg daarom toegepas word.

Met verwysing na artikel 44 (3), 141 (1) en (3) van die Natalse Kode bevind die regter dat die eggenote, voog of kraalhoof aanspreklike gehou kan word.

Die regter verwys daarom die saak terug na die Bantoesakekommissaris vir verder verhoor.

In *Ngubane v. Hadebe*<sup>56</sup> verlaat die eiser sy kraal op besoek aan Mtunzini en laat sy skoonogter Gladys in die kraal. Laasgenoemde se eggenoot is op die stadium in Johannesburg. Gladys gee die verweerder opdrag om 'n sekere hoeveelheid mielies uit die eiser se kraal te verwyder en na haar suster se huis te neem. Die eiser eis nou hierdie mielies van die verweerder.

Die Bantoe kapteinshof beveel die verweerder om die mielies terug te besorg, maar hierdie bevel word ter syde gestel in die Bantoesakekommissarishof. By appèl bevind die appèlhof met 'n beroep op *Qolo v. Ntshini* 1950 (1) NAC (S) 234 dat die dogter slegs as verteenwoordiger opgetree het deur kraaleiendom te beveilig en dat die verweerder slegs opgetree het soos deur haar bevel. Die appèl word dus van die hand gewys.

Hierdie vonnis word nie heeltemal begryp nie. Die vrou was nie, volgens die feite, as verteenwoordiger van die kraalhoof aangestel streng volgens die bepalings van a. 43 van die Natalse Wetboek nie. Sy gee die verweerder 'n bevel om met eiser se goed te handel, waartoe sy nie geregtig is nie. Die verweerder handel daarop, volgens die vonnis, te goeie trou. Die regverdiging vir die vonnis skyn te lê nie in die feit dat die vrou as verteenwoordiger aangestel was nie, maar in die goeie trou van verweerder. Dit is egter wel 'n vraag of juis die kapteinshof die beste beoordelaar van goeie trou is.

In *Mabaso v. Mabaso*<sup>57</sup> is die seun die applikant en sy moeder respondent. Die vader en eggenoot is oorlede en die seun het alles geerf. Sewe jaar later en nadat die applikant meerderjarigheid bereik het, word sy moeder volgens a. 28 (1) van die Natalse Wetboek geëmansipeer. Die seun „purported to renounce his heirship” ten gunste van sy moeder en sy word erfgenaam verklaar deur die Bantoesakekommissaris. Ongeveer vyftien jaar later „ontdek” die seun dat hy nie meer eienaar van sy boedel is nie, en eis nou alles terug van sy moeder.

Die Bantoe-appèlhof bevind dat die aanstelling van die eggenoot as erfgenaam ongeldig was omdat 'n vrou volgens Bantoreg nie kan erf nie.

<sup>56</sup>1968 BAH 13.

<sup>57</sup>1968 BAH 27.



Wat egter eienaardig is, is die optrede van die Bantoe-sakekommissarishof, naamlik deur die moeder tot erfgenaam te verklaar nadat die seun reeds alles geërf en besit het vir sewe jaar. Volgens die feite kon dit hoogstens 'n sessie of skenking van eiendom gewees het in welke geval die moeder volle eenaar daarvan geword het kragtens die werking van verbintenisreg en nie erfreg nie. Dié *obiter dictum* dui ook daarop: „There is however nothing to prevent Applicant from donating any part of his inheritance to his mother and, being emancipated, she is entitled to own property.”<sup>58</sup>

In *Mbata v. Mvelase*<sup>59</sup> het 'n groep persone (*ibandbla*) van 'n stam besluit dat indien 'n stamgeveg in sy gebied uitbreek, daar beslag gelê sal word op 'n bees van elke kraalhoof in daardie gebied ongeag of hulle deelgeneem het of nie.

Daar was so 'n stamgeveg en die *ibandbla* het op die eiser se bees beslag gelê. Die eiser appelleer nou op grond daarvan dat (1) hy nooit aan die stamgeveg deelgeneem het nie, en (2) die *ibandbla* se bestaan en bevoegdheid nie deur die stamowerheid gemagtig is nie en dit daarom nie 'n algemene boete kan oplê nie.

Ten opsigte van die eerste punt bevind die appèlhof dat daar geen getuienis behalwe hoorsêgetuienis is dat die eiser aan die stamgeveg deelgeneem het nie.

Ten opsigte van punt twee bevind die hof dat a. 11 van Wet 38 van 1927 wel die afdwinging van Bantoe-reg toelaat mits dit nie strydig met staatsgedragslyn of natuurlike regverdigheid is nie. Advokaat Menge betoog dat so 'n algemene boete, wat ook van toepassing is op persone wat dalk die stamgeveg wou voorkom, onregverdig is. Dit blyk verder dat slegs die staatspresident en die Bantoe-sakekommissaris die bevoegdheid het om so 'n boete in te stel.

Die appèl word gehandhaaf.

In *Fanie Mablangu v. Magrieta Mhalpo*<sup>60</sup> het die regspraak gegaan oor die toesig van kinders gebore uit 'n gewoontehuwelik.

P Yates stel die regsposisie soos volg:

„Bantu law in regard to the guardianship of children born of a customary union is settled. The father is the lawful guardian and is entitled as of right to the custody of his children and may only be deprived thereof where it is shown that he is not a fit and proper person to have the care of them or where, owing to their tender age it would not be in their interest to live apart from their mother.”<sup>61</sup>

<sup>58</sup>*Ibid.* 28.

<sup>59</sup>1968 BAH 3.

<sup>60</sup>1968 BAH 35.

<sup>61</sup>Dit is die gangbare posisie in die Bantoe-reg - *vide* S. M. Seymour: *Bantu Law in South Africa* 1970 217.

Die feite van *Radebe v. Radebe*<sup>62</sup> is kortliks soos volg: die verweerder (respondent) en die eiser (appellant) was in gemeenskap van goedere getroud. 'n Egskeidingsbevel is later deur die Bantoe-egskeidingshof<sup>63</sup> gemaak. Die eiser doen nou aansoek om verdeling van die gemeenskaplike boedel.

Die kernprobleem in hierdie geskil word deur P Potgieter saamgevat en opgeklaar:<sup>64</sup> die aanstelling van 'n skeidsman en likwidateur is onnodig in die volgende gevalle indien:

- (i) die partye 'n boedelverdelingsooreenkoms aangegaan het;
- (ii) die hof self in 'n posisie is om die boedel te verdeel; en
- (iii) daar geen bates in die boedel is nie.

Die feite van *Isaac Ngcobo v. Mister Buthelexi*<sup>65</sup> is kortliks soos volg: die verweerder (respondent) het die eiser (appellant) daarvan beskuldig dat hy 'n liefdesverhouding met sy (verweerder se) vrou het.

Die Hof bevind dat so 'n uitlating wel lasterlik is.<sup>66</sup> Die motivering van die hof is egter oop vir kritiek. Dit blyk duidelik uit die uitspraak dat die aantying lasterlik is omdat so 'n liefdesverhouding „morally reprehensible” is. Is dit die toets vir lasterlikheid? Wat beteken die begrip? En, beteken dit dieselfde in die Bantoe-gemeenskappe as in dié van die Blanke?

Die posisie van laster as 'n onregmatige daad in die Bantoe-reg<sup>67</sup> is nog baie onseker en verdien 'n deeglike studie en uiteensetting. Die bogenoemde opmerking van die hof is egter verblydend, hoewel ook onduidelik, want dit getuig ten minste van 'n progressiewe tendens.

*Msomi v. Msomi*<sup>68</sup> gaan oor die reg van 'n weduwee, die appellant, op die sorg en bewaring van haar minderjarige kinders uit 'n kerklike huwelik in Natal gebore. Die respondent is die oudste seun uit 'n vorige huwelik van haar man, wie se moeder oorlede is voor die appellant met haar oorlede man getroud is. Die boedel van haar man vererf volgens Bantoe-reg, en respondent is die erfgenaam. Blykbaar word aangeneem dat spesiale Natalse wetgewing (soos a. 11 van Wet 46 van 1887) nie die posisie affekteer nie; die vonnis geld dus vir die hele Republiek.

<sup>62</sup>1968 BAH 41.

<sup>63</sup>Die partye was dus getroud volgens nie-Bantoe-regtelike Suid-Afrikaanse reg.

<sup>64</sup>Bladly 43.

<sup>65</sup>1968 BAH 52.

<sup>66</sup>Bladly 53.

<sup>67</sup>Vgl. Seymour *op. cit.* 319 e.v.; Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* Durban 1969 354 e.v.

<sup>68</sup>1968 BAH 29.

Die respondent het in sy ywer om die boedel van sy vader te beredder ook die kinders van die appellent onder sy sorg geneem, en die appellent eis hulle terug.

Die saak lyk eenvoudig. In *Nomdiba v. Flaman*<sup>69</sup> wat met instemming in die huidige saak aangehaal word, word op 109 verklaar: „It has been held both by this Court . . . and the North Eastern Appeal Court that the common law falls to be applied in determining the question of custody of minor children which are the issue of a civil marriage.” Dit is ook die duidelike veronderstelling in die Natalse vonnis *Nzamo v. Nzamo* 1956 BAH 121 NO (sowel die vonnis van die Bantoe-egskeidingshof en van die appèl na die Natalse Provinsiale Afdeling word alleen in die Bantoe-appèlhofverslae gerapporteer).

Die posisie volgens die gemene reg word soos volg deur Hahlo uiteengesit:

“In the absence of an order of Court under Section 5 of the Matrimonial Affairs Act, 1953, providing otherwise, or an order of the children’s court under Section 60 of the Childrens Act, 1960, depriving him of his parental power, the husband, if he is the surviving spouse, retains the natural guardianship and custody of minor children after his wife’s death. Where she is the surviving spouse, the wife becomes, subject to the same qualifications, the natural guardian and custodian of the children of the marriage. The first-dying spouse cannot, by will or otherwise, deprive the survivor of the custody of the children.”<sup>70</sup>

Daar is geen bewering in hierdie saak dat die bewaring van die kinders op een van die maniere hierbo genoem aan die appellent ontnem is nie. Streng volgens die gemene reg moes die appellent dus sonder meer in die gelyk gestel word, en die bewaring van die kinders aan haar toegeken word.

Die interessante van hierdie saak is dat dit nie gedoen word nie. Daar word beslis dat die saak nie net op die beëdigde verklarings beslis kan word nie, en die saak word na die verhoorhof terugverwys, onder meer omdat die moeder geen besonderhede verskaf het van hoe oor die kinders toesig gehou gaan word terwyl sy werk nie. Daar word te kenne gegee dat die belange van die kinders ’n belangrike faktor is om te bepaal of sy die kinders moet kry. Faktore is dus in aanmerking geneem wat wel gewig sal dra wanneer beheer en toesig toegeken moet word aan een van die ouers by egskeiding, maar wat nie volgens die gemene reg ter sake skyn te wees wanneer net een ouer oorbly na die dood van die ander nie.

In die gemene reg is daar naamlik geen verband tussen erfopvolging en die beheer en toesig oor kinders na die dood van ’n ouer nie. Die ouer as subjek van regte en verpligtinge volgens die Suid-Afri-

<sup>69</sup>1956 BAH 108.

<sup>70</sup>H. R. Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (3rd edition) 1969, 323–4.

kaanse familiereg is dood, hy bestaan nie meer nie. By Bantoereg, daarenteen, word die ouer vervang deur sy erfgenaam wat sy regte en verpligtinge oorneem. Die opvolger sit die *persona* van die oorlede kraalhoof voort - „ . . . the Kraalhead lives on in the heir. The heir ‘steps into the shoes of his predecessor’ . . .”<sup>71</sup>

Dogmaties en volgens ons vonnis vir die Bantoe moet in hierdie saak erfopvolging gereël word suiwer volgens Bantoereg, die beheer en toesig oor kinders suiwer volgens die Suid-Afrikaanse gemene reg. Maar die twee sake is tog deel van ’n groter regsgeheel, wat een eenheid moet vorm, naamlik die regsreëlings wat getref moet word by die dood van ’n persoon, wat die subjek is van vermoënsregte én familieregte. Hierdie twee soorte regte kan nie deur heeltemal verskillende regstelsels wat in wese van mekaar verskil, beheers word nie. Is die oplossing nie dié wat deur De Villiers aan die hand gegee word nie?: „Op sy beurt sal die Suid-Afrikaanse Romeinse-Hollandse reg egter as tesis moet dien, die verskillende Bantoeregstelsels as anti-tesis, tot uiteindelijke sinteseregstelsel van die betrokke nuwe state.”<sup>72</sup> Hy vergelyk dit met die sintese van die Romeins-Hollandse reg met die Engelse reg, wat in Suid-Afrika reeds voltrek is.

Die hele onderwerp van so ’n sintese kan nie hier bespreek word nie. Maar dis interessant om te sien dat in die *Msomi*-saak die Suid-Afrikaanse gemene reg as basis vir ’n regsreëling geneem is, dog daarna die behoefte gevoel is om dit nie klakkeloos na te volg nie, maar om die oplossing te soek ook in die besondere omstandighede van die partye.

### C. SKRYWERS

*Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* deur N. J. J. Olivier, Butterworths Durban 1969.

*Bantu Law Rights over Land Registered in the Name of Another* deur A. J. Kerr, 1969 *SAJL* 15-16.

*A Fideicommissum incorporating conditions based on Bantu Law* deur A. J. Kerr, 1969 *SAJL* 25-26.

*The History and Nature of the Judicial Systems of Botswana, Lesotbo and Swaziland-Introduction and the Superior Courts (to be concluded)* deur J. R. Crawford, 1969 *SALJ* 476-485.

*Consideration of Authorities when Rules of Law are Judicially Noticed* deur A. J. Kerr, 1969 *SALJ* 286-289.

*The State President's Powers under the Bantu Administration Act* deur D. Welsh, 1968 *Acta Juridica* 81-100.

<sup>71</sup>*Mgoza v. Mgoza* 1967 (2) SA 436 (A), 440, waar H. R. Steyn met instemming Seymour aanhaal.

<sup>72</sup>F. A. de Villiers *Die Regsposisie van in owerspel verwekte Bantoe Huldigingsbundel* Daniel Pont, A. A. Balkema Kaapstad 1970, 28.

*The Study of "Bantu Law" in South Africa: A Review Article* deur R. S. Suttner, 1968 *Acta Juridica* 147 - 156.

*A Plea for the Acceptance of Bantu Law by our Courts* deur R. Gordon, 1969 *Responsa Meridiana* 31-37.

*Legal Education for the Bantu of South Africa* deur R. ver Loren van Themaat, 1969 *CILSA* 73-86.

*Current Legal Developments* 1969 *CILSA*:

Botswana - R. P. Pace 138-139

Lesotho - A. H. Barnard 140

Malawi - P. E. J. Brooks 141-145

Swaziland - W. A. Ramsden 158-163

Transkei - A. H. Barnard 163-164

Zambia - A. H. Barnard 164-169

Botswana - K. W. von Sperber 322-323

Lesotho - K. W. von Sperber 323-324

Malawi - K. W. von Sperber 324-325

Swaziland - D. Cohen 339-349

Botswana - R. Jacobs 468-472

Malawi - J. F. Heyne 472-473

Swaziland - W. A. Ramsden 482-491

Transkei - R. Jacobs 491-492

Zambia - R. Jacobs 493-495.

*Ontwikkeling i.v.m. die Reg en Regspiegling van die Bantoe - Oorsig vir 1967* deur R. ver Loren van Themaat, P. H. Cloete en I. O. H. M. Mapena, 1969 *THRHR* 134-152.

*Ontwikkeling i.v.m. die Reg en Regspiegling van die Bantoe - Oorsig vir 1968* deur R. ver Loren van Themaat, P. H. Cloete, I. O. H. M. Mapena en P. W. du Plessis, 1969 *THRHR* 362-384. □

# Dwaling by Onterwing

C. P. JOUBERT

*Senior Advokaat te Pretoria*

(*Vervolg*)

## VI

Die testamentêre erfreg in die Nederlande het in 'n paar belangrike opsigte afgewyk van die Romeinse testamentêre erfreg. Ons sal ons egter beperk tot slegs enkele van die belangrikste afwykings vir sover hul relevant is vir ons onderwerp van dwaling by onterwing. So het die meerderheid van die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg die standpunt ingeneem dat 'n vroeëre testament nie noodwendig deur 'n latere testament herroep word nie tensy die latere testament iets teenstrydig met die vroeëre testament bevat of die vroeëre testament in die algemeen of in die besonder in die latere testament herroep is.<sup>172</sup> Gevolglik kon 'n erflater volgens die Romeins-Hollandse reg meer as een geldige testament hê en dan moet al sy testamente saamgelees word om vas te stel wat sy uiterste wilsbeskikkings was. Slegs in provinsie Friesland is die Romeinse reg gehandhaaf dat 'n latere testament 'n vroeëre testament sonder meer herroep.<sup>173</sup>

Insglyks het die meerderheid van die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg verkondig dat daar geen verskil tussen 'n testament en 'n kodisil was nie.<sup>174</sup> Albei kon 'n erfinstelling bevat maar hoef dit nie te bevat ten einde geldig te wees nie.<sup>175</sup> Dit was 'n belangrike voorwaartse stap van die Romeins-Hollandse reg dat 'n testament nie 'n erfinstelling hoef te bevat om regsgeldig te wees nie.<sup>176</sup> Verder kon alle beskikkings

---

<sup>172</sup>Groenewegen *Ad Inst.* 2.17.3, Van Leeuwen *RHR* 3.2.18, *CF* 1.3.11.9, Voet 28.3.8. Slegs De Groot 2.24.9 en Van der Keessel *Ad Gr.* 2.24.9 het die houding ingeneem dat 'n vroeëre testament deur 'n latere testament herroep word tensy, soos Van der Keessel dit stel, dit uitdruklik of stilswyend vasstaan dat die erflater anders gewil het.

<sup>173</sup>Huber *HR* 2.20.16.

<sup>174</sup>Raadpleeg ons artikel oor die kodisil in 1957 *THRHR* 159.

<sup>175</sup>Groenewegen *ad Inst.* 2.25.3, Voet 29.7.5.

<sup>176</sup>De Groot 2.17.3, Groenewegen *Ad Inst.* 2.20.34, Vinnius *Ad Inst.* 2.14.12 nr 1, Van Leeuwen *CF* 1.3.11.3, Voet 28.1.1, 28.5.1, *Estate Cato v. Cato* 1915 *AD.* 290, 309.

wat in 'n testament opgeneem kon word ook in 'n kodisil beliggaam word.<sup>177</sup> 'n Kodisil kon derhalwe 'n erfinstelling of 'n onderwing bevat.<sup>178</sup> Ons het reeds by 'n vorige geleentheid aangetoon wat die posisie was ten aansien van 'n kodisil wat gemaak is uit hoofde van 'n *clausula reservatoria* wat in 'n testament vervat is.<sup>179</sup>

Volgens die Romeins-Hollandse reg was dit ook moontlik dat 'n erflater se nalatenskap deels testaat en deels intestaat kon vererf, m.a.w. die Romeinsregtelike beginsel *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* is nie oorgeneem nie.<sup>180</sup>

Wat leeftyd betref, was minderjariges wat reeds puberteit bereik het, d.w.s. 14-jarige ouderdom in die geval van seuns en 12-jarige ouderdom in die geval van meisies, testeerbevoeg.<sup>181</sup> Hulle kon testamente maak sonder die hulp of bystand van hul ouers of voogde.<sup>182</sup> Insgelyks kon 'n vrou wat binne gemeenskap van goedere getroud is en onder haar man se maritale mag staan volkome selfstandig sonder die hulp of bystand van haar eggenoot 'n testament maak.<sup>183</sup>

Die Romeins-Hollandse reg het nie die Romeinsregtelike begrip van *heredes necessari* oorgeneem nie.<sup>184</sup> Desnietemin het die resepsie van die Romeinsregtelike legitieme porsie (*portio legitima*) meegebring dat die Romeins-Hollandse reg slegs beperkte testeervryheid geken het<sup>185</sup> sodat 'n erflater of erflaatster wel bloedverwante kon hê wat, soos Kersteman dit stel, „in een oneigentlyke zin ten respecte van der Testateuren als Noodzakelyke Erfgenamen worden gereputeert; gelyk ouders haare kinderen, en kinderen dezelve ouders voor zoo veel de bloote Legitime betreft.”<sup>186</sup> Dit kom hierop neer dat 'n erflater of erflaatster nie vrylik by wyse van testament kon beskik oor daardie deel van sy of haar nalatenskap waarop sy of haar bloedverwante aanspraak kon maak as synde hul legitieme porsie(s) nie. Dog oor die

<sup>177</sup>Voet 29.7.5.

<sup>178</sup>Groenewegen *Ad Inst.* 2.25. 2 & 3.

<sup>179</sup>1958 *THRHR* 27,116.

<sup>180</sup>De Groot 2.18.21, Voet 28.1.1, 28.5.26, 29.2.26 & 40, Van der Keessel *Ad Gr.* 2.17.3, Groenewegen *Ad Inst.* 2.14.9 nr 3.

<sup>181</sup>De Groot 2.15.3, Van Leeuwen *CF* 1.3.3.2, Voet 28.1.31 & 32, Van der Linden 1.9.3, Van der Keessel *Ad Gr.* 2.15.3.

<sup>182</sup>Van Leeuwen *CF* 1.3.3.3, Van der Keessel *Ad Gr.* 1.8.2.

<sup>183</sup>De Groot 1.5.25, Voet 39.6.5, Van der Keessel *Ad Gr.* 1.5.25.

<sup>184</sup>Kersteman *Hollandsch Rechtsgeleert Woorden-Boek, s.v. Erfgenamen*: „ . . . dat 'er by ons geen gedwonge of Noodzakelyke Erfgenamen bekend zyn, gelyk wel eer by de Romeinen ten opzigten van haare Slaven plaats heeft gehad.” Omdat die Romeinse *patria potestas* vreemd vir die Nederlanders was, is die Romeinse begrip van *sui heredes* ook nie oorgeneem in die Romeins-Hollandse reg nie. Groenewegen *Ad Inst.* 2.19.2 nr 3, Vinnius *Ad Inst.* 2.19 *pr.* nr 1, Voet 29.2.1, De Groot 2.18.9.

<sup>185</sup>H.R. Hahlo *The Case Against Freedom of Testation* 1959 *SALJ* 435.

<sup>186</sup>*Loc. cit.* Raadpleeg ook De Groot 2.18.5.

restant van die nalatenskap wat nie deur die legitieme porsie(s) geraak word nie het 'n erflater of erflaterster volkome testeervryheid gehad om te beskik soos hy of sy wou solank dit nie *contra bonos mores* was nie. 'n Ouer wat 'n testament maak, kon derhalwe nie daarin sy kinders of verdere afstammeling ten aansien van hul legitieme porsie onterf nie behalwe op bepaalde erkende regsgronde wat op *Novella 115 c. 3* gebaseer was.<sup>187</sup> Insgelyks waar 'n erflater geen afstammeling gehad het wat intestaat van hom kon erf nie moes hy in sy testament 'n legitieme porsie aan sy ouers, broers of susters bemaak indien hul bevoegd was om intestaat van hom te erf tensy hy hul ten aansien van hul legitieme porsies op bepaalde erkende regsgronde wat op *Novella 115 c. 4* en *Novella 22 c. 47* gebaseer was, onterf het.<sup>188</sup> Daar moet egter op gelet word dat die Romeinse reg se gronde van onterwing nie letterlik in die Romeins-Hollandse reg oorgeneem is nie, maar alleen by wyse van analogie gegeld het met inagneming van die sedes van die Nederlanders en die verandering van omstandighede soos deur die tyd teweeggebring.<sup>189</sup>

Die grootte van die legitieme porsie het, net soos in die Justiniaanse Romeinse reg, afgehang van die aantal kinders wat 'n ouer as erflater het. Waar 'n ouer vier of minder kinders het, moes die ouer 'n derde van sy nalatenskap aan hul tesame bemaak. En waar die ouer vyf of meer kinders het, moes die ouer helfte van sy nalatenskap aan hulle tesame bemaak.<sup>190</sup> Waar die erflater egter geen afstammeling het nie was die legitieme porsie 'n derde van wat sy ouers, broers of susters intestaat van hom sou geërf het.<sup>191</sup>

Die legitieme porsie moes onvoorwaardelik en onbeswaard nagelaat word aan diegene wat regtens daarop geregtig was. Dit kon nie met 'n *fidei-commissum* beswaar word nie.<sup>192</sup> Waar die erfgenaam wat op die legitieme porsie egter 'n kwisgoed was of nie in staat was om die legitieme porsie te beheer nie was dit geoorloof om slegs die vruggebruik van die legitieme porsie aan die erfgenaam te bemaak en 'n

<sup>187</sup>Van Leeuwen *RHR* 3.4.5. 12, 13, *CF* 1.3.4.21, De Groot 2.18.5, 12, 13, Voet 5.2.21-25, Wassenaar *Practyck Notariaal*, cap. 18 nr 93, Van der Kessel *Ad Gr.* 2.18.13.

<sup>188</sup>De Groot 2.18.15-17, Van Leeuwen *RHR* 3.4.7, *CF* 1.3.4.5 & 25, Voet 5.2.46, Van der Linden 1.9.5, Kersteman *op cit. s.v. Exheredatie, Lybrechts, Redenerend Vertoog over 't Notaris Ampt*, deel 1 hoofstuk 29 nr 6.

<sup>189</sup>Vinnius *Ad Inst.* 2.18 *pr.* nr 2, Voet 5.2.24, Kersteman *op. cit. s.v. Exheredatie*, Van der Kessel *Ad Gr.* 2.18.13.

<sup>190</sup>De Groot 2.18.8, Van Leeuwen *RHR* 3.5.1, *CF* 1.3.4.11, Voet 5.2.46, Kersteman *op. cit. s.v. Legitime Portie*.

<sup>191</sup>Van Leeuwen *RHR* 3.5.1, *CF* 1.3.4.13, Kersteman *op. cit. s.v. Legitime Portie*.

<sup>192</sup>Voet 5.2.44 & 63, 28.2.12, Groenewegen *D.* 28.5.6, Van Leeuwen *RHR* 3.5.8, *CF* 1.3.4.10, 1.3.5.26, Van der Kessel *Ad Gr.* 2.18.10, Van der Linden 1.9.8, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 80, 84, 104, Schorer *Ad Gr.* 2.18.10 nr 16 & 17, De Groot 2.18.10, Van der Kessel *Ad Gr.* 2.18.10.



administrateur in die testament te benoem om die legitieme porsie te beheer en te administreer ten behoeve van die erfgenaam.<sup>193</sup>

Dit is vanselfsprekend dat solank 'n ouer nog in lewe was, kon sy of haar kinders nie aanspraak op hul legitieme porsies maak nie.<sup>194</sup> Eers wanneer 'n ouer gesterf het met 'n testament waarin 'n kind onterf is met betrekking tot sy legitieme porsie of waarin aan 'n kind minder as die legitieme porsie bemaak is, kon die kind aanspraak op sy legitieme porsie maak.

Indien 'n ouer sy of haar kind wou onterf ten aansien van die kind se legitieme porsie dan moes die ouer in sy of haar testament die naam van die kind vermeld en ook uitdruklik die gronde vermeld uit hoofde waarvan die betrokke kind onterf word ten aansien van sy legitieme porsie.<sup>195</sup> Omdat onterwing ten aansien van die legitieme porsie as 'n soort straf gesien is en selfs as iets „haatlijk” beskou is, was sommige regsgeleerdes van mening dat 'n testament wat 'n onterwing bevat nie voor 'n notaris en getuies verly moes word nie, soos gebruikelik was by die maak van testamente in die algemeen, maar voor die gereg of die schepenen verly moes word.<sup>196</sup> In provinsie Gelderland moes 'n vader die toestemming van die State van Gelderland verkry indien hy sy kinders wou onterf.<sup>197</sup> Insgelyks het Lybrechts vereis dat die herroeping van 'n testament wat 'n onterwing bevat ook voor die gereg of die schepenen moes plaasvind.<sup>198</sup>

Waar 'n ouer sy kind in sy testament uitdruklik by name en met vermelding van redes onterf het ten aansien van sy legitieme porsie, of slegs 'n deel van die legitieme porsie aan die betrokke kind bemaak het, dan kon die onterfde kind na die dood van die ouer òf aanspraak maak op sy legitieme porsie deur die testament aan te val met die *querella inofficiosi testamenti*, of *actie* van beklag, òf met die *actio ad supplendendam legitimam* eis dat sy bemaking aangevul word tot die grootte van sy legitieme porsie, na gelang die geval.<sup>199</sup> Die bewyslas sal dan op die

<sup>193</sup>Van Leeuwen *RHR* 3.5.9, *CF* 1.3.4.19, 1 *Observationes Tumultuariae* 43, 74, 583, 2 *Observationes Tumultuariae* 1207, 1 *Observationes Tumultuariae* 76, 371, 2 *Observationes Tumultuariae* 657.

<sup>194</sup>Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 88.

<sup>195</sup>Lybrechts *op. cit.* deel 1 hoofstuk 20 nr 35 deel 1 hoofstuk 29 nr 2 & 3, De Groot 2.18.12, Voet 5.2.23, Van Leeuwen *RHR* 3.4.11, *CF* 1.3.4.21, Kersteman *op. cit. s.v. Exheredatie*, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 93, 96.

<sup>196</sup>Schorer *Ad Gr.* 2.18.14 nr 21, Kersteman *op. cit. s.v. Exheredatie*, Van der Linden 1.9.5.

<sup>197</sup>Voetnoot tot Lybrechts *op. cit.* 1 deel hoofstuk 29 nr 1; Schomaker *Cons.* deel 1 *cons.* 54 nr 36 & 37.

<sup>198</sup>*Op. cit.* deel 1 hoofstuk 29 nr 8.

<sup>199</sup>De Groot 2.18.10, Van Leeuwen *RHR* 3.5.6, *CF* 1.3.4.27 & 34, Voet 5.2.12 & 13, Groenewegen *Ad Inst.* 2.13 *pr.* nr 3, Schorer *Ad Gr.* 2.18.10 nr 14, Kersteman *op. cit. s.v. Exheredatie*, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 97 & 98, Van der Keessel

testamentêre erfgename berus om aan te toon dat die gronde wat in die testament vir die onderwing vermeld is juis en gegrond is en as hulle dit nie kan doen nie dan slaag die *querella inofficiosi testamenti* of die *actio ad supplendam legitimam*, na gelang die geval.<sup>200</sup>

Insgelyks waar 'n ouer sy kind in sy testament oor die hoof gesien het en sodoende stilswyend onterf het ten aansien van daardie kind se legitieme porsie dan voldoen daardie stilswyende onderwing nie aan die formele vereistes vir onderwing met uitdruklike vermelding van gronde vir onderwing nie.<sup>201</sup> Gevolglik kan die betrokke kind die testament met die *querella inofficiosi testamenti* aanval en sy legitieme porsie opeis. In so 'n geval is die stilswyende onderwing nietig en is die testamentêre erfgename nie geoorloof om 'n geldige grond vir die stilswyende onderwing aan te voer en te bewys nie.<sup>202</sup>

'n Nageborene (*postumus*) wat deur sy ouer in sy testament oor die hoof gesien is en sodoende stilswyend onterf is, kan ook die testament van sy ouer met die *querella inofficiosi testamenti* aanval.<sup>203</sup>

'n Ouer moes die legitieme porsie aan sy kind as erfenis bemaak het en nie as legaat nie. Gevolglik kan 'n kind wel die *querella inofficiosi testamenti* aanwend waar 'n legaat aan hom bemaak was maar waar hy nie as erfgenaam benoem is nie.<sup>204</sup>

Slaag 'n *querella inofficiosi testamenti* dan bring dit volgens die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg mee dat die erfinstellers wat in die testament gemaak is vernietig word sodat intestate erfopvolging plaasvind met die voorbehoud dat die bemaakte legatêre bly staan.<sup>205</sup> Dit kom dan daarop neer dat die onterfde erfgenaam asook die ander erfgename intestaat erf en dat die onterfde erfgenaam op hierdie wyse meer as sy legitieme porsie kan erf aangesien sy intestate erfporisie groter as die legitieme porsie kan wees. Die omstandighede mag selfs sodanig wees dat die legetarisse dalk sal moet bydra met die gevolg dat hul legatêre gekort word of selfs verval.<sup>206</sup> Dog waar 'n ouer wel sy

*Ad Gr.* 2.24.21. Raadpleeg ook *Basson v. Van Jaarsveld* 1958(1) SA 418 (K), 422A-D, waar die posisie van die legitieme porsie met betrekking tot 'n holografiese testament ter sprake was.

<sup>200</sup>Raadpleeg die gesag aangehaal in voetnoot 195.

<sup>201</sup>Wat die Romeins-Hollandse reg betref maak dit geen verskil of die ouer 'n vader of 'n moeder is nie. Voet 28.2.11, Van Leeuwen *RHR* 3.4.6, 3.5.6, *CF* 1.3.4.4, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 81.

<sup>202</sup>Lybrechts *op. cit.* deel 1 hoofstuk 29 nr 3 en die gesag deur hom aangehaal.

<sup>203</sup>Van der Keessel *Ad Gr.* 2.18.9.

<sup>204</sup>Van der Keessel *Ad Gr.* 2.18.10, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 96, Voet 5.2.66.

<sup>205</sup>De Groot 2.18.9, Van Leeuwen *RHR* 3.4.6, 3.5.6, *CF* 1.3.4.31, Schorer *Ad Gr.* 2.18.10 nr 14, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 82, Kersteman *op. cit. s.v. Exhereditate*, Voet 5.2.13, Groenewegen *Ad D.*29.1.36.2, *ad Cod.* 3.28.28, Lybrechts *op. cit.* deel 1 hoofstuk 29 nr 7.

<sup>206</sup>Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 91.

kind as erfgenaam in sy testament benoem het maar aan die kind 'n erfenis bemaak het wat kleiner as die kind se legitieme porsie is, moet die kind die *actio ad supplendam legitimum* gebruik om sy testate erfenis aan te vul tot die omvang van die legitieme porsie.<sup>207</sup>

Vir doeleindes van ons ondersoek is dit nie nodig om verder oor die legitieme porsie en die *querella inofficiosi testamenti* uit te wei nie.

Wat die regspraak betref, is dit interessant om te let op 'n beslissing van die Hoge Raad op 15 Maart 1717 soos vermeld in 1 *Observationes Tumultuariae* 1521. Cajus en Caja was 'n egpaar wat in Seeland binne gemeenskap van goedere met mekaar getroud was. Tydens die huwelik oorreed Cajus, wat aansienlik meer bates tot die gemeenskaplike boedel ingebring het as Caja, vir laasgenoemde om ten gunste van haarself en haar erfgename afstand te doen van die gemeenskap van goedere. Bowendien maak Caja 'n testament waarin sy vir Cajus as haar universele erfgenaam benoem en voeg sy 'n *clausula codicillaris* by waarvolgens haar testament as 'n kodusil beskou moet word indien dit weens 'n vormgebrek ongeldig as 'n testament sou wees. Caja skenk daarna geboorte aan 'n seuntjie wat kort na haar sterf. Volgens die reg van Seeland was die seuntjie se bloedverwante aan moederskant sy intestate erfgename en nie sy vader nie. Hierdie intestate erfgename stel 'n *interdictum quorum bonorum* teen Cajus in ten einde besit te verkry van die seuntjie se nalatenskap, wat uit helfte van die gemeenskaplike boedel bestaan, op grond daarvan dat hulle die seuntjie se intestate erfgename is, dat die testament van Caja nietig was omdat sy haar seuntjie verbygegaan het, en dat die gemeenskap van goedere nie geraak word deur haar afstanddoening nie aangesien dit neerkom op 'n geskenk tussen man en vrou. Cajus se verweer was dat Caja se testament nie nietig was nie, dat indien die seuntjie in lewe was hy slegs die *querella inofficiosi testamenti* sou kon gebruik het, dat indien die seuntjie die *querella inofficiosi testamenti* ingestel het sy intestate erfgename dit sou kon voortsit maar dat hulle dit nie kon instel nie<sup>208</sup> en dat die afstanddoening deur Caja wel neerkom op 'n geskenk tussen man en vrou, maar dat dit deur haar dood bevestig is. Hy beroep hom op *Cod.* 6.33.2 dat hy as testamentêre erfgenaam geregtig is op die besit van Caja se nalatenskap ten spyte van die feit dat die seuntjie verbygegaan is. Verder beweer hy dan dat die effek van die *clausula codicillaris* is dat Caja se testament nie ongeldig is nie.

Die Raadshere van die Hoge Raad was dit met mekaar eens dat die eisers geregtig was op besit van die seuntjie se nalatenskap maar oor die

<sup>207</sup>De Groot 2.18.10, Voet 5.2.71, Van Leeuwen *RHR* 3.5.6, *CF* 1.3.4.34, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 97, Kersteman *op. cit. s.v. Legitime Portie*.

<sup>208</sup>Hierdie stelling was korrek. Raadpleeg De Groot 2.18.17, Van Leeuwen *RHR* 3.5.7, *CF* 1.3.4.34, Voet 5.2.43, Wassenaar *op. cit. cap.* 18 nr 97, Lybrechts *op. cit.* deel 1 hoofstuk 29 nr 7.

vraag of dit betrekking het op helfte van die gemeenskaplike boedel was hulle verdeeld. Sommige Raadshere was van oordeel dat die testament van 'n moeder wat haar seun verbygegaan het volgens *Novella* 115 c. 3 nietig was maar nie volgens die *Digesta* en die *Codex* nie. Ander weer was van mening dat, al is dit nie nietig nie en al is dit volgens die *clausula codicillaris* geldig, besit nogtans aan die bloedverwante toegeken moes word aangesien Cajus geag moet word om uit hoofde van 'n *fideicommissum* geroep te wees en die erfenis aan die erfgename moet uitkeer. Daar was ook Raadshere wat die sienswyse gehuldig het dat hierdie aangeleenthede nie in 'n besitsaksie ondersoek kon word nie en dat besit geweier moes word onderhewig aan beide partye se regte in 'n opeisende aksie. Die bewering word gemaak dat die regsgeleerdes dit destyds nie eens was oor wat die reg is waar 'n infans in 'n testament verbygegaan is ongeag of 'n *clausula codicillaris* bygevoeg was of nie.<sup>209</sup> Sommige regsgeleerdes was van oordeel dat so 'n testament nietig was<sup>210</sup> terwyl ander weer van mening was dat die *clausula codicillaris* gehandhaaf moes word met behoud van die kinders wat verbygegaan is se reg òf op die legitieme porsie òf op die legitieme porsie en die Trebelliaanse kwart. Die advokate word verwytdat hul die Raadshere nie voldoende toegelig het sodat hulle tot 'n beslissing oor hierdie aangeleenthede kon raak nie. Vervolgens beslis die Hoge Raad dat die eisers wel geregtig is op die besit van die seuntjie se nalatenskap maar laat dit 'n ope vraag wat die omvang van sy nalatenskap is.

Uit ons ondersoek blyk dit duidelik dat onterving in die Romeins-Hollandse reg steeds gesien moet word in samehang met die legitieme porsie. Wanneer Lybrechts<sup>211</sup> dan ook die vraag stel wat onterving is antwoord hy dat dit 'n uitsluiting van iemand ten aansien van die legitieme porsie is.

Soos 'n mens dan ook kan verwag, was daar vanweë die rol wat die *querella inofficiosi testamenti* gespeel het eintlik geen rede waarom die

<sup>209</sup>Sane non satis hodie convenit inter jurisconsultos, quid juris sit, praeterito infante, vel simpliciter, vel in testamento, ut hic, cui salutaris clausula, quam codicillarem vocant, est adjecta.

<sup>210</sup>Dit verbaas 'n mens. Dit is tog duidelik volgens die Romeins-Hollandse reg dat die verbygaan van 'n kind nie die ouer se testament nietig maak nie. Die *querella inofficiosi testamenti* moet deur die onterfde kind ingestel word om die testamentêre erfinstellings tersyde te laat stel maar die ander testamentêre bemakings, soos legate, bly staan volgens die gesag aangehaal in voetnoot 205. Ons kon nêrens enige gesag in die Romeins-Hollandse reg vind as sou die verbygaan van 'n kind *ipso jure* nietigheid van die testament van die ouer meebring nie. Dit is die stilswyende onterving wat nietig is soos blyk uit die gesag aangehaal in voetnoot 201. Die effek van die *querella inofficiosi testamenti* het ons reeds breedvoerig behandel.

<sup>211</sup>*Op. cit.* deel 1 hoofstuk 29 nr 1: „Wat is Onterving? Een uitsluiting van een Kinds of Ouders wettig deel, in de goederen van zyne gestorvene Ouderen of Kinderen.”

Romeins-Hollandse reg spesifiek aandag moes bestee aan dwaling by onderwing nie. Want waar 'n erflater in sy testament sy kind sou onterf met uitdruklike vermelding van 'n onderwingsgrond wat na die erflater se dood blyk vals of onjuis te wees terwyl die erflater toe hy sy testament gemaak het verkeerdelik geglo het dat die vermelde onderwingsgrond juis was, sal die onterfde kind na die dood van die erflater met die *querella inofficiosi testamenti* slaag om die testamentêre erfinstallings tersyde te laat stel omdat die testamentêre erfgename nie in staat sal wees om hul van die bewyslas te kwyd dat die vermelde onderwingsgrond juis was nie. Dit is juis in hierdie verband dat dit gerade is om te sien waarom Lybrechts<sup>212</sup> beweer dat sodanige bewyslas op die testamentêre erfgename geplaas is, naamlik:

„De reden is: omdat een Testateur, *op een valsch voorgeven*, hem heeft konnen laten persuaderen, te geloven, *dat zynen Zoon, na zyn leven heeft gestaan*, of in zodanige dingen zich hadde te buiten gegaan, als hier staat gezegt te worden; en dat tegens de notoire waarheit, op 't geinteresseert oogmerk van den Aanrader, zyn Zoon exhaeredeert. En na de dood van den Testateur, de waarheit bekend zynde, tegens zodanige valsche beschuldiginghe, kan het Testament door *quaerela inofficiosi*, of beklag van een onredelyk Testament, gerescindeert ofte vernietigt worden. Aller, Tract. van Testam. pag. 33. Zie wyders hier na sub nr. 7.”

En waar 'n erflater in sy testament sy kind oor die hoof gesien het of verbygegaan het en sodoende die kind stilswyend onterf het, sal die aldus onterfde kind na die dood van die erflater met die *querella inofficiosi testamenti* slaag om die testamentêre erfinstallings tersyde te laat stel omdat die stilswyende onderwing nietig is met betrekking tot die legitieme porsie waarop die onterfde kind van regsweë geregtig is. Die feit dat die erflater gedwaal het deurdat hy bv. verkeerdelik geglo het dat die betrokke kind oorlede is terwyl dit na die erflater se dood blyk dat die betrokke kind nog in lewe is, is derhalwe volkome irrelevant.

As ons die voorbeeld waarmee ons hierdie ondersoek begin het volgens die Romeins-Hollandse reg oplos dan sou die seun wat in sy vader se tweede testament verbygegaan is die *querella inofficiosi testamenti* teen die testamentêre erfgenaam X kon instel om X se testamentêre erfinstelling tersyde te laat stel. Die ander bemakings en beskikkings, soos legate, wat in die tweede testament vervat is sal van krag bly, maar afgesien daarvan sal die seun dan sy vader se nalatenskap intestaat erf.

Waar 'n mens te doen kry met dwaling ten aansien van 'n erfgenaam of legataris se naam, of waar mens te doen kry met 'n *falsa causa* waarom die erflater 'n legaat bemaak, is die Romeinse reg toegepas,<sup>213</sup>

<sup>212</sup>*Op. cit.* deel 1 hoofstuk 29 nr 3.

<sup>213</sup>De Groot 2.23.7, 2.22.11, Van Leeuwen *RHR* 3.9.5, *CF* 1.3.8.4 & 27, Coren *Obs.* 10 & *Consilia* 2, Van der Linden 1.9.9, 1 *Observationes Tumultuariæ* 709, 4 *Observationes Tumultuariæ* 2919, Lybrechts *op. cit.* deel 1 hoofstuk 21 nr 39.

maar daar is ook 'n tendens te bespeur by sommige van die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg dat daar ook hier met die bedoeling van die erflater rekening gehou moes word. So verkondig Kersteman<sup>214</sup>

„Dat een legaat uit een valsche, ongefundeerde, of verzonnen oorzaak na rechten kan en mag bestaan; (Exempli Gratia) als den Testateur iets legateert uit consideratie van getrouwe diensten in zijn leven, of om redenen van zorgvuldige oppassing gedurende zijne ziekte aan hem bewezen, of eindelyk tot voldoening van een zekere schuld, alschoon de Legataris hem nooit enige dienst gedaan, nimmer opgepast, nog ooit enige penningen van den Testateur te pretendeeren heeft gehad, zoo zoude diergelyke valsche en verzonnen oorzaken, onaangezien dezelve aan de zyde van de Erfgenamen geprobeert wierden, de Legataris niet benadeelen, maar het Legaat daarom stand grypen, en effect sorteren moeten; waar van hoofdzakelyk deeze drie redenen tot illustratie dienen, eensdeels omdat de wetten de onbestaanlykheid van zodanige Legaten niet aantonen, ten anderen, omdat 'er tot het vermaken van een Legaat, juist geen oorzaak behoeft, en dienvolgende de gegrontheid, of ongegrontheid derzelve geen objek van onderzoek kan zijn; en laastelyk *vermits 'er in 't stuk van Legaten, meer op de wil, en Intentie van den Testateur, dan op de motiven en beweegreden waarom de bemaking geschied, by den Rechter gereflecteert word.*” (Ons kursiveer.)

Soortgelyk is die benadering van die Franse regsgeleerde Pothier (1699-1772) waar hy die effek van dwaling in die beweegrede ten aansien van legatate bespreek,<sup>215</sup> naamlik:

„De mistasting in het geen de Testateur heeft bijgebragt, aangaande de beweegreden, die hem tot het maken van het Legaat bewoog, belet niet, dat het Legaat bestaanbaar is: bij voorbeeld, indien de Testateur, mij een Legaat makende, verklaard heeft, dat zulkas geschiedde uit erkentenis voor de zorg, die ik aan zijne zaken besteed had, (quia negotia mea curavit), schoon ik geen aandeel hoegenaamd in zijne zaaken gehad hebbe, is het Legaat daarom niet minder bestaanbaar, D. 35.1.17.2, want het is een Regel van het Recht: *falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret.* D. 35. 1.72.6. Schoon de Testateur eene valsche beweegreden heeft uitgedrukt, is het daarom niet minder waar, dat hij mij heeft willen legateeren, het geen hij mij gelegateerd heeft; en dewijl het niet blijkt, dat zijn wil geweest is, om het Legaat, het welk hij mij gemaakt heeft, te doen afhangen van de waarheid der door hem verklaarde omstandigheden, en dat hij eene andere beweegreden, buiten de uitgedrukte, kan gehad hebben, kan dit Legaat mij niet betwist worden.

*Geheel anders zoude het zijn, indien het dadelijk uit de omstandigheden bleek, dat de wil van den Testateur geweest was, om het gemaakte Legaat van de waarheid der opgegevene omstandigheden te doen afhangen.* Zie de Pand. Justin. ad D. 35.1 No. 241 & seqq.” (Ons kursiveer.)

Laasgenoemde verwysing is na Pothier se ander werk, *Pandectae Justinianae lib. 35 tit. 1 pars 5 nr 241*, waar hy daarop wys dat die erfgenaam die *exceptio doli* teen die legataris kan opwerp indien bewys word

<sup>214</sup>Op. cit. s.v. Legaten.

<sup>215</sup>Verhandeling van Legaten, soos vertaal deur Van der Linden hoofstuk 1 nr 5.

dat die erflater nie die legaat sou bemaak het indien hy van die waarheid of werklikheid bewus was nie.<sup>216</sup>

Dieselfde benadering tref 'n mens ook by Voet (1647-1713) aan: „Nevertheless if an heir can show that the testator would not have given a legacy had he known that the cause was false, and thus that the false cause does cleave to the legacy, he can by an exception of fraud debar the legatee when he sues.”<sup>217</sup> (Gane se vertaling.) Dit verbaas 'n mens nie dat Voet verder in dieselfde passasie na Menochius en Mantica verwys nie asook na die *causa finalis*. Afgesien van Voet 35.1.9; 3 (2) *Hollandsche Consultatien c. 8 nr 3*; Lybrechts *Redenerend Vertoog over 't Notaris Ampt* deel 1 hoofstuk 21 nr 39 en Willem Van Aller se *Tractaet van Testamenten* kon ons geen ander verwysings na die middeleeuse *causa finalis* en *causa impulsiva* vind nie.

Wat Voet in 35.1.9 oor legatate verkondig het, soos hiervoor aangehaal, maak hy in 35.1.10 ook van toepassing op erfinstelling. Hy noem dan 'n voorbeeld waar 'n erflater in sy testament vir A as sy erfgenaam benoem het maar omdat hy 'n vals gerug gehoor het as sou A dood wees, hy 'n latere testament gemaak het waarin hy vir B as erfgenaam benoem. Na die erflater se dood is A geregtig op die erfenis ten uitsluiting van B. “The ground for this was that it was clear enough from the very words of the later testament that the testator would not have proceeded to the second institution had he known that the added cause, that is to say the death of the person earlier instituted, was false.”<sup>218</sup> (Gane se vertaling.) Hierdie voorbeeld is gebaseer op *D. 28.5.93 (92)* wat oor *Pactumeia Magna* handel het. Wat Voet nie bespreek nie is of die effek dieselfde sou wees indien daar nie in die testament uitdruklik 'n *falsa causa* vermeld was waarom B as erfgenaam benoem was nie. Verder moet ons daarop wys dat wat in Voet 35.1.10 verkondig word alleen van toepassing kan wees waar daar te doen is met erfgename wat nie op die legitieme porsie aanspraak kan maak nie sodat die *querella inofficiosi testamenti* nie van toepassing is nie. Juis om hierdie rede is Voet 35.1.10 van groot betekenis vir ons in Suid-Afrika soos ons sal aantoon.

Die enigste geval wat ons kon vind waar daar in die regspraak verwys is na *D. 28.5.93(92)* met betrekking tot erfinstelling wat nie op die legitieme porsie betrekking het nie is te vind in 4 *Observationes*

<sup>216</sup>Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. lex 72.6 Papin. Lib. 18 Respon.

<sup>217</sup>Voet 35.1.9: Si tamen heres docere possit, testatorem non fuisse legaturum, si scivisset causam falsam esse, adeoque falsam causam legato cohaerere, legatarium agentem doli exceptione repellere potest.

<sup>218</sup>Voet 35.1.10: . . . quasi satis ex ipsis testamenti posterioris verbis constiterit, testatorem non fuisse ad institutionem secundam perventurum, si scivisset, causam additam, mortem nempe prioris instituti, falsam esse. *D. 28.5.93(92)*.

*Tumultuariae* 2997. Sempronia het in haar testament drie erfgename benoem van wie 'n seekaptein Titius een was. Later maak sy 'n kodusil waarin sy die erfenis van Titius met 'n *fideicommissum* beswaar en haar eksekuteur gelas om hierdie fideicommissêre erfenis te administreer omdat Titius groot bedrae geld aan die Admiraliteit van Rotterdam verskuldig was. Sy verklaar uitdruklik in haar kodusil dat „dit *alleen* de reden” is waarom sy die *fideicommissum* skep. Sy sterf op 7 Januarie 1717. Geruime tyd na haar dood slaag Titius daarin om hom van sy skulde te bevry. Vervolgens maak hy 'n geding aanhangig in die Hof van Holland teen die ander erfgename en die eksekuteur waarin hy eis dat sy erfenis vry van die *fideicommissum* aan hom oorhandig moes word. Op 3 Februarie 1736 beslis die Hof van Holland ten gunste van Titius. Die verweerders appelleer na die Hoge Raad en hangende die appèl sterf Titius maar laasgenoemde se erfgename bestry die appèl. Die vraag is toe of die *fideicommissum* verval het of nie nadat Titius van sy skulde bevry is. Titius se erfgename beweer dat dit wel verval het omdat die enigste rede waarom die erflaatster die *fideicommissum* geskep het verval het. Volgens die bedoeling van die erflaatster het die *fideicommissum* opgehou om te bestaan. Die appellante beweer egter dat 'n *falsa sive erronea causa* nie 'n erfinstelling, legaat of *fideicommissum* raak nie - *D.* 35.1.17.2. Hulle beroep hul ook op *D.* 12.6.52, 65.2. Titus se erfgename beroep hul op *D.* 35.1.72.6 dat die erflaatster, soos dit uit haar testament en kodusil blyk, nie die *fideicommissum* sou geskep het as dit nie vir Titius se skulde was nie. Daar word ook verwys na *D.* 28.5.93 (92), maar byna al die Raadshere was van oordeel dat dit hier nie geld nie omdat die beweegrede wat die erflaatster in haar kodusil vermeld het waar was toe sy haar kodusil gemaak het asook by haar dood.<sup>219</sup> Sommige Raadshere was egter van oordeel dat die *fideicommissum* verval het. Op 29 November 1736 beslis die meerderheid van die Raadshere vir die handhawing van die *fideicommissum* en die tersydestelling van die Hof van Holland se beslissing.

Na ons mening was die beslissing van die Hoge Raad op 29 November 1736 korrek omdat daar volgens die feite geen *falsa causa* was wat op die skepping van die *fideicommissum* betrekking gehad het nie.

Die beginsels van die Romeins-Hollandse reg ten aansien van dwaling ten opsigte van erfinstelling, wat nie op die legitieme porsie betrekking het nie, en ten opsigte van die bemaking van legate, is opgeneem in J. de Bosch Kemper se *Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden* van 1820, soos blyk uit die volgende artikels daarvan:

<sup>219</sup>Sed satis omnes Senatores intelligebant, hunc locum, de quo dixi, huc non pertinere, nam utique vera erat ratio, quam Sempronia expresserat, et vera tempore facti testamenti et tempore mortis.



- (i) Artikel 1681: „Het is echter niet volstrekt noodig dat de testateur zijnen erfgenaam bij deszelfs naam aanwijst. Eene verkeerde opgave, vergissing of dwaling in des erfgenaams naam, vóór- of toenaam, woonplaats, beroep, of in enige andere opzigten, maakt geene erfstelling nietig, mits het slechts duidelijk blijke wien de testateur bedoeld heeft.”
- (ii) Artikel 1725: „De bijvoeging eener beweegreden, hetzij die waar, hetzij die valsch is, doet niets tot de bestaanbaarheid of onbestaanbaarheid der erfstelling: ten ware het bewijsbaar is, dat de testateur de erfstelling niet gedaan zoude hebben, indien hij geweten had dat die beweegreden valsch was.”
- (iii) Artikel 1836: „Dwaling van den maker van het legaat, omtrent den naam of beschrijving der aangeduide zaak, verhindert het legaat niet, wanneer slechts de meening duidelijk kan blijken.”

Volgens artikel 1837 is artikel 1725 ook op die bemaking van legate van toepassing. Op sy beurt is artikel 937 van die *Nederlandse Burgerlijk Wetboek* van 1838 gebaseer op artikel 1725 van J. de Bosch Kemper se *Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden* van 1820 behalwe dat dit dit duidelik stel dat dit uit die testament moet blyk dat die erfflater nie die bemaking sou gemaak het nie indien die valsheid of ongegrondheid van die beweegrede aan hom bekend was.

(Slot volg)

## UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

*The practical unanimity of the Members of the United Nations in stressing the importance of the Declaration was accompanied by an equally general repudiation of the idea that the Declaration imposed upon them a legal obligation to respect the human rights and fundamental freedoms which it proclaimed. The debates in the General Assembly and in the Third Committee did not reveal any sense of uneasiness on account of the incongruity between the proclamation of the universal character of the human rights forming the subject matter of the Declaration and the rejection of the legal duty to give effect to them. The delegates gloried in the profound significance of the achievement whereby the nations of the world agreed as to what are the obvious and inalienable rights of man - so obvious and fundamental that they considered the suggestion of describing them as grounded in nature to impart to the Declaration an undesirable element of controversy and confusion - but they declined to acknowledge them as part of the law binding upon their States and Governments. They gave occasional expression to the view that any apparent inconsistency between the fact of the general agreement as to what are fundamental human rights and the refusal to recognise them as juridically binding in the sphere of conduct was fully resolved by the acknowledgment of their validity in the realm of conscience and ethics.*

LAUTERPACHT  
*International Law and  
 Human Rights.*

# Vonnisse

## MINISTER VAN LANDBOU-TEGNIESE DIENSTE V. SCHOLTZ 1970 (3) SA 223 (NK)

*Verborgte gebrek* - *actio redhibitoria* - *actio empti*

### I

Verskeie aspekte van meer as momentele belang kom in hierdie vonnis ter sprake, nl. die stilswyende waarborg en, veral, die invloed van die beslissing in *Hackett v. G. & G. Radio & Refrigerator Corporation* 1949 (3) SA 664 (A). Die feite is vir ons van belang alhoewel die formulering van die pleitstukke in die hofsak ook 'n rol speel.

'n Bul word vir teelddoeleindes gekoop. Dit blyk later dat hy vermoënd was maar onvrugbaar. Die koper kanselleer op grond hiervan die koop en eis die terugbetaling van sy koopprys. Sy eis word afgewys met die verweer dat hy met die *actio redhibitoria* ageer en dat sy eis derhalwe verjaar het.

Die eerste vraag is natuurlik of daar gronde aanwesig is waarop die *actio empti* ingestel kan word. Die hof bevind op grond van die getuienis dat daar geen uitdruklike waarborg (in teenstelling met 'n stilswyende waarborg) gegee is nie. In navolging van die *Hackett*-saak word te kenne gegee dat die *actio redhibitoria* die toepaslike aksie is wanneer die koper ontbinding eis a.g.v. verborge gebreke wanneer daar „no express warranty” gegee is nie.

Die koper se betoog was daarop gebaseer dat daar geen „uitdruklike waarborg” was nie maar wel 'n „stilswyende waarborg” wat 'n „term” van die ooreenkoms was en dat hy op grond daarvan geregtig was om met die *actio empti* te ageer en dat hy dit inderdaad gedoen het. Alvorens die hof se sienswyse hiervoor nagegaan word, sou dit doenlik wees om eerstens hieroor te handel.

Dit is natuurlik gemene kennis dat 'n ooreenkoms uitdruklik of stilswyend of deels uitdruklik en deels stilswyend gesluit kan word. Wanneer hierdie reël toegepas moet word by verborge gebreke, is daar allerlei ingewikkeldhede. Die aanspreeklikheid van die verkoper a.g.v. verborge gebreke onder die aediliesiese aksies is gebaseer op 'n stilswyende waarborg (*implied warranty*) en telkens wanneer die begrip

stilswyende waarborg genoem word, wil almal dit assosieer met die aanspreeklikheid onder die aedilisiere aksies. By die aedilisiere aksies gaan dit egter om 'n aanspreeklikheid wat deel is van die natuurlike insidente van die koop, of deel van die *naturalia* daarvan. In teenstelling met die *ex lege* aanspreeklikheid staan aanspreeklikheid a.g.v. 'n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms of beding in die kontrak, nl. *ex consensu*. Hulle kan natuurlik dieselfde inhoud hê, soos waar die partye bloot die reëlende reg in hulle kontrak herhaal, maar hulle kan ook verskil van inhoud. Nou weet ons dat die aedilisiere aanspreeklikheid vasgeknop word aan wesenlike verborge gebreke wat die saak ongeskik maak vir sy gewone gebruik. Wanneer 'n saak meerdere gebruike het, kan die verkoper uitdruklik of stilswyend waarborg dat die saak geskik is vir 'n besondere gebruik of aanwending in teenstelling met daardie saak se normale gebruik (sien bv. *Kroemer v. Hesse* 1919 AD 201). In *Jaffe & Co. (Pty) Ltd v. Bocchi* 1961 (4) SA 363 (T) is gesê:

„A truly implied warranty is derived from the facts, the conduct of the parties and the circumstances surrounding the negotiation and conclusion of the contract of sale. Once such a warranty is in law implied it has the full effect of a term of the contract. If the warranty is breached a claim for damages, if proved, will be upheld.”

Dus: op so 'n uitdruklike of stilswyende waarborg kan die koper met die *actio empti* ageer en skadevergoeding eis.

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat dit in die lig van die omstandighede van die geval gaan oor „'n koopkontrak wat met die nakoming van die minimum vereistes aangegaan is” en dat daar gekoop is in die veronderstelling dat die verkoper (regtens) waarborg dat die koopsaak vir sy gewone doel, nl. aanteeldoeleindes, geskik sou wees. As dié nou die normale doel is waarvoor 'n mens 'n bul koop, dan het die hof volkome gelyk. Die koper is van regsweë aanspreeklik as die bul nie geskik is vir aanteeldoeleindes nie en daar sou iets meer nodig wees as blote berusting in die gemeenregtelike reëling om ons te dwing tot die gevolgtrekking dat die partye die beperkte aanspreeklikheid onder die aedilisiere aksies wou vervang met die uitgebreider aanspreeklikheid van die *actio empti*. As daar so beding was, sou die hof ook die beslissing in *Erasmus v. Russels Executor* 1904 TS 265 waarvan Bodenstien in 1914 SALJ op bl. 156 sê dat die saak gesag is vir die standpunt „that so far as the extent of his (d.w.s. die verkoper se) liability is concerned, our common law does not distinguish between a case of express warranty and one in which no warranty had been given” te ruste moes lê! Dit bring ons by die volgende aspek uit.

Die tweede vraag is of die koper inderdaad met die *actio empti* geëis het. Die hof sê dat al sou die betoeg aanvaar word dat daar 'n

stilswyende waarborg was wat 'n term van die kontrak was, dit nog nie die koper se saak sou bevorder nie. Die aedilisiese aksies, aldus die hof, het gedien om die proses vir die koper makliker te maak omdat hy 'n verhaalsreg gegee word as hy kan bewys dat daar latente gebreke in die koopsaak was, d.w.s. sonder om verdere elemente soos *mala fides* of waarborge daarteen te moet aantoon.

„Waar die vraag hier, by oorweging van 'n verjaringspleit, daarom gaan of 'n reg om aksie in te stel verjaar het al dan nie, en nie om die proses wat gevolg word nie, meen ek dat die pleiter nie, omrede hy die een proses volg en nie 'n ander nie, 'n langer verjaringstydperk kan verower vir sy reg op kansellasië nie.”

Dit kom daarop neer dat die koper wat geregtig is om met die aedilisiese aksies te slaag nie met die *actio empti* kan ageer bloot omdat hy bereid en in staat is om meer as net die blote aanwesigheid van verborge gebreke te bewys in 'n geval waar dit gaan oor die ontbinding van die koop nie. Die hof ag homself natuurlik gebind deur die beslissing in die *Hackett*-saak oor die betekenis van die woorde *actio redhibitoria* in die *Verjaringswet, 1943*. Die standpunt is eenvoudig dat daar 'n reg van aksie is in sekere omstandighede om ontbinding van die koop te kry wat aangedui is met die naam *actio redhibitoria* en dat hierdie reg van aksie na een jaar verjaar. Die proses waarmee dit afdwing word verjaar nie maar wel die reg van aksie, wat nie andersoortig word deur die toedigting van 'n ander stempel daaraan nie.

Ongelukkig het die hof nie die kritiek op die *Hackett*-beslissing en die latere ontwikkelings in sy uitspraak behandel nie. Een nuwe punt is dat die Appèlhof in *Kroonstad Westelike Boere Koöperatiewe Vereniging v. Botha* 1964 (3) SA 560 (A) die posisie van die handelaar behandel het en gevind het dat hy in sekere omstandighede vir gevolgskaade aanspreeklik is met 'n aksie wat nie 'n aedilisiese aksie is nie. Maar 'n belangriker aspek is dat die hof in die *Hackett*-saak self gesê het dat sy beslissing net vasstaan vir die geval waar daar geen *mala fides* en geen uitdruklike waarborg verstreë is nie (per Hoofregter Watermeyer op bl. 685). Na aanleiding van die *Bocchi*-saak, *supra*, lyk die gevolgtrekking geregverdig dat wat die appèlhof in gedagte gehad het met die term „express warranty” niks meer was as 'n „werklike waarborg” *ex consensu* in teenstelling met die „implied warranty” wat van regsweë gegee word teen verborge gebreke nie. Die beslissing raak dus nie die „implied warranty” wat deur ooreenkoms verstreë is nie. Dit stel die gevalle waar die *actio empti* ingestel kan word op grond van 'n „implied warranty” van regsweë (as gevolg van kontaminasie deur die beginsels van die *actio redhibitoria* en andersins) teenoor die aedilisiese aksies, nl. daardie gevalle waar die *actio empti* onderhewig was aan die kort verjaringstermyn van die aedilisiese aksies. Dit is hierdie reg van aksie wat die wetgewer genoem het *actio redhibitoria* en dit is hierdie reg van aksie wat na een jaar verjaar. Dit spreek dan vanself waarom

die koper nie deur 'n naam te kies, want oor niks meer gaan dit nie, 'n langer of 'n korter verjaringstermyn as 't ware kan uitsoek nie.

Die standpunt van die hof dat 'n ontbindingseis ook 'n *actio redhibitoria* is waar dit gebaseer is op 'n „term” of beding in die kontrak, uitdruklik of stilswyend gemaak, kan nie onderskryf word nie. Die ou saak van *Kock v. du Plessis* 1923 OPD 113 bied ons nog 'n veel bevredigender oplossing. Daar is ook 'n bul verkoop vir teeldoel-eindes en die hof vind dat daar gewaarborg was dat dit geskik was vir die doel. Daarom was die koper geregtig om met die *actio empti* te eis. Sê die hof oor die bewering dat die eis vir ontbinding onderhewig is aan die kort termyn bepaal vir die aedilisiese aksies:

„ . . . that certainly is so where it is clearly established that the suit is based on the *actio redhibitoria*, or where, when the action is *ex empto*, the aedilician remedy is incorporated in it. But, when prior to the Edict the action *ex empto* was maintainable, the action based exclusively on it would, I think, only be prescribed after a lapse of thirty years . . . ”

Hierby moet ons net voeg: ook in die geval van die stilswyende waarborg, wat 'n werklike beding van die ooreenkoms is ooreenkomstig ons opvattinge oor die totstandkoming van wilsooreenstemming, geld die kort verjaringstermyn nie.

D. J. JOUBERT  
*Universiteit van Wes-Kaapland*

## II

Hoewel daar met die resultaat wat in hierdie saak bereik is, saamgestem kan word, is daar sekere dele van die uitspraak waaroor 'n mens bedenkinge kan hê.

Die feite was soos volg: Eiser (appellant) het op 4 Augustus 1965 'n jong bulletjie van verweerder (respondent) gekoop. Verweerder was daarvan bewus dat die bul vir teeldoel-eindes gekoop word. Ná lewering het dit geblyk dat die bul onvrugbaar was, waarop eiser hom aan verweerder teruggestuur, die kontrak gekanselleer en op 19 April 1968 dagvaarding vir terugbetaling van die koopprys teen verweerder uitgereik het. In sy pleit het verweerder (onder meer) aangevoer dat eiser se aksie die *actio redhibitoria* was en dat dié aksie ten tyde van die uitreiking van dagvaarding reeds ingevolge a. 3 (2) (b) (ii) van Wet 18 van 1943 verjaar het. In die landdroshof is die verjaringspleit gehandhaaf en in die NKA is 'n appèl teen dié beslissing van die hand gewys.

Sowel die landdroshof as die hof van appèl was van oordeel dat die volgende oorbekende *dictum* in *Hackett v. G. & G. Radio & Refrigerator Corporation*<sup>1</sup> die saak afhandel:

<sup>1</sup>1949 (3) SA 664 (A).

„It seems therefore that the idea that two different rights of action to claim rescission of a contract, on the ground that the *res vendita* is marred by the presence of an undisclosed latent defect, have descended to us from Roman Law and that these two rights of action have different periods of prescription is a fallacious one. There is only one right of action and it arises when certain conditions are fulfilled . . .

I have not attempted in what I have said above to state with any precision what rights of action are comprehended in the words *actio redhibitoria*. It is, however, sufficient for the purposes of this judgment to say that the *actio redhibitoria*, even if it does not include an action for rescission based on an express warranty against latent defects or on the actual knowledge of such defects on the part of the seller, does at any rate include an action for rescission based on the ground of a latent defect of which the seller is unaware and in respect of which he has given no express warranty.”

Eiser se advokaat het betoog dat *Hackett* se saak nie van toepassing was nie aangesien eiser staatgemaak het op die verbreking van ’n stilswyende waarborg dat die bul vrugbaar was en nie op die aedilisiere edik nie; dat eiser se aksie dus die *actio ex empto* was en nie die *actio redhibitoria* nie.

Regter-president De Vos Hugo bevind egter dat die beweerde stilswyende waarborg wat die geval buite die bestek van die *actio redhibitoria* moes neem, nie bewys is nie en met dié bevinding is geen fout te vind nie. Regter Van Rhyn bevind ook dat geen stilswyende waarborg bewys is nie, maar volstaan nie daarmee nie. Daar is *dicta* in sy uitspraak wat skynbaar te kenne wil gee dat selfs al sou ’n stilswyende waarborg bewys gewees het, dit die saak geensins sou verander het nie. So word verklaar:<sup>2</sup>

„Soos hierbo aangetoon het mnr. Steenkamp met verwysing na die gesaghebbendes betoog dat daar in die onderhawige saak te doen staan met ’n verbreking van ’n stilswyende term van ’n ooreenkoms en nie met ’n wetsvoorskrif van die *Aediles* nie.

Hierdie betoog van mnr. Steenkamp kan nie opgaan nie. Al sou hierdie stelling van die advokaat argumentshalwe aanvaar word dat hier ’n ‚stilswyende term’ van ’n kontrak was wat verbreek is, in die sin waarvoor mnr. Steenkamp betoog, dan nog is dit duidelik, uit die gesaghebbendes, dat die uitbreiding van aedilisiere aksies eintlik gedien het om die proses vir ’n koper te vergemaklik, omrede hy slegs en sonder meer die latente gebrek in die *res vendita* behoef te bewys het; in ’n geriefliker proses wat die verkoper (*sic*) onthef van die bewys van omringende omstandighede, wat hom op kansellasië van die ooreenkoms geregtig maak.

Waar die vraag hier, by oorweging van ’n verjaringspleit, daarom gaan of ’n reg om aksie in te stel verjaar het al dan nie, en nie om die proses wat gevolg word nie, meen ek dat die pleiter nie, omrede hy een proses volg en nie ’n ander nie, ’n langer verjarings tydperk kan verower vir sy reg op kansellasië nie. Uit hierdie gesigspunt beskou, kan mnr. Steenkamp se betoog dus ook nie aanvaar word nie.

<sup>2</sup>Op bl. 231 van die verslag.

Ten slotte kan daarop gewys word dat die pleit deur die eiser van die ‚stilswyende term’ van die ooreenkoms en die ‚omringende omstandighede’ so as wat dit hierbo woordeliks aangehaal is, die regte van die eiser geen jota verder neem en op geen ander aksie dui as die deur die Wetgewer bedoelde *actio redhibitoria* ooreenkomsstig die beslissing van die Appèlhof nie.”

Nou, indien hierdie aanhaling inderdaad beteken dat ook in die geval waar ’n eiser ’n stilswyende waarborg bewys hy slegs die *actio redhibitoria* tot sy beskikking het indien hy wil terugtree, kan daarmee nie saamgestem word nie. Dit is wel so dat die Appèlhof in die *Hackett*-saak, in die aanhaling hierbo, skynbaar te kenne gee dat slegs in die geval waar kansellasië geëis word op grond van die verbreking van ’n *uitdruklike* waarborg of op grond van opsetlike wanvoorstelling die aksie wat ingestel word moontlik nie die *actio redhibitoria* is nie. Maar waar hoofregter Watermeyer in die betrokke aanhaling na ’n uitdruklike waarborg verwys, kon hy tog seker nie bedoel het om te onderskei tussen ’n uitdruklike en ’n stilswyende waarborg nie. Dit behoeft tog geen betoog dat daar wat kwaliteit en effek betref geen verskil tussen ’n uitdruklike en ’n stilswyende beding in ’n kontrak is nie.<sup>3</sup> Die bedoeling kon waarskynlik alleen gewees het om te onderskei tussen ’n aksie gegrond op waarborgbreuk (hetsy van ’n uitdruklike, hetsy van ’n stilswyende waarborg) en ’n aksie gegrond op die aedilisiëse wetgewing. Na die aanspreeklikheid van ’n verkoper onder die aedilisiëse aksies word immers algemeen (maar verkeerdelik<sup>4</sup>) verwys as aanspreeklikheid wat gebaseer is op ’n „*implied warranty*” agtens latent defects.”

Hoe dit ookal sy, die vraag na die aard van die aksie waarmee in geval van die verbreking van ’n „express warranty” teruggetree word, is deur die Appèlhof in die *Hackett*-saak uitdruklik oopgelaat en is sedertdien, vir sover ek weet, nie pertinent voor ’n hof geopper nie. (In die *Scholtz*-saak het eiser by appèl nie op ’n uitdruklike waarborg gesteun nie.) Oor wat die antwoord behoort te wees kan daar egter min twyfel wees, nl. dat dit nie die *actio redhibitoria* is nie.<sup>5</sup> En soos ek probeer aandui het, kon die Appèlhof nie bedoel het dat die antwoord anders behoort te wees waar die waarborg stilswyend gegee is nie.

Dit is natuurlik ’n geheel ander vraag of ’n eiser ooit daarin slaag om so ’n stilswyende waarborg te bewys. Aangesien die inhoud

<sup>3</sup>Sien bv. De Wet & Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* derde uitgawe 233-4.

<sup>4</sup>Sien die gesag wat deur regter Van Rhyn self aangehaal word op bl. 228 van die verslag. Daar is natuurlik wel argumente aan te voer ter ondersteuning van ’n standpunt dat hierdie aanspreeklikheid van ’n verkoper gebaseer is op ’n *ex lege*-waarborg, maar dan een wat terselfdertyd ook die remedie voorskryf - sien P. M. Nienaber in 1963 THRHR 32 n. 83.

<sup>5</sup>Vgl. De Wet & Yeats a.w. 235 e.v. Ek gee natuurlik nie te kenne dat ’n koper wat die *actio empti* tot sy beskikking het nie met die *actio redhibitoria* kan optree nie.

van die stilswyende waarborg nie sal verskil van die van die sg. „implied warranty” van die aedilisiere wetgewing nie, kan ’n mens jou moeilik omstandighede voorstel waaruit die partye se bedoeling om die „implied warranty” van die *Aediles* deur ’n (*egte*) stilswyende waarborg met presies dieselfde inhoud (maar met ander remedies daaraan verbind) te vervang, met die vereiste sekerheid sal blyk, Indien ’n stilswyende waarborg egter inderdaad bewys word, behoort die eiser nie tot die aedilisiere aksies beperk te word nie en behoort hy dan ook skadevergoeding te kan verhaal, selfs al is die verkoper nie ’n vervaardiger nie, of nie ’n handelaar wat „publicly professes to have attributes of skill and expert knowledge in relation to the kind of goods sold” nie.

J. G. LOTZ  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### GAIMAN AND OTHERS V. NATIONAL ASSOCIATION FOR MENTAL HEALTH [1970] 3 WLR 42

*Natural justice - Whether applicable in company law*

The National Association for Mental Health is an English company limited by guarantee without a share capital. Its articles provide, *inter alia*, that a member shall forthwith cease to be such if requested by resolution of the council to resign, but that a right of appeal against a resolution of this nature to the association in general meeting was available to members.

A meeting of the council resolved that a substantial number of members “known or reasonably suspected of being Scientologists” be requested to resign. Notice of the council’s resolution was sent to the said members on the same day as the meeting. Eight of the Scientologists issued a writ and notice of motion claiming rights of membership of the association and injunctions against the holding of the association’s impending general meeting. They sought to rely, *inter alia*, on the principles of natural justice averring that the article in question was either (i) void as conflicting with the requirements of natural justice; or (ii) had been applied invalidly in that the principles of natural justice had not been complied with.

In *Ridge v. Balwin* [1964] AC 40, at 132, Lord Hodson said that three features of natural justice stand out - (a) the right to be heard by an unbiased tribunal; (b) the right to have notice of charges of misconduct; and (c) the right to be heard in answer to those charges. Although Megarry J in the *Gaiman* case pointed out that these principles were not universal in their embrace - he cited the master-servant relationship as an example of where they did not apply - he was pre-



pared to accept as a basic premise that "the principles of natural justice will apply unless the circumstances are such as to indicate the contrary" (p. 57D).

In company law there were certain factors which the learned judge believed could militate against the application of the principles, *viz.*:

- (1) The directors, or others having power, are duty bound not only to the members but also to the corporation. These duties could be inconsistent with the principles of natural justice in which event the latter would have to be ignored.
- (2) A member who joins a company does so on the terms of the articles which form the contractual basis of membership between him and the company. Effect must be given to this contract even if this means that in the process the principles of natural justice have to be disregarded.
- (3) Parliament has provided a comprehensive set of rules governing companies and the rights of members, whereas the statutory provisions governing say trade unions and clubs are exiguous. Hence the more extensive use of the principles of natural justice in the latter instances.

Furthermore, apart from these considerations which are generally relevant, the judge felt *in casu* that:

"The mere membership of the association, involving no real interest in property, and no question of livelihood or reputation, does not seem to me to be *prima facie* a matter in respect of which there is any strong claim to have the principles of natural justice applied" (p. 60F).

He pointed out that the cases in which the principles of natural justice have been held to be applicable were, in the main, cases in which liberty, property or a means of livelihood was at stake. In the circumstances he was not disposed to grant the plaintiffs the relief which they sought.

The significance of this judgment is to be found not in the pronouncement that the principles of natural justice have limited application in the field of company law, but rather in the acceptance that they are not excluded in cases where the articles confer a discretion which is not absolute but "merely exercisable for cause." In fact, Megarry J entertained the notion that they would apply even where the discretion conferred is absolute "if the power is exercised on some stated ground which impeaches the character or conduct of the member and is intended as a penalty for it . . ." (p. 61A).

In South Africa the application of the principles of natural justice and the approach to the problems of company law is basically the same as that found in England. It is, consequently, interesting to speculate on the possibility of our courts upholding an appeal to them

by an aggrieved shareholder which is based specifically on the principles of natural justice. To prevent this course of action by shareholders companies might even, *ex abundanti cautela*, insert a provision in their articles which expressly excludes their application. In the *Gaiman* case Megarry J considered whether there was any rule of public policy which would operate to prevent this. He was prepared to assume, without deciding thereon, that such a term cannot exclude the application of the principles of natural justice (p. 61H).

It is respectfully submitted that there is no apparent reason why shareholders should not be precluded from relying on the principles of natural justice by an express provision to this effect in the articles. After all, if the principles can be excluded indirectly by conferring an absolute discretion on say the directorate, why not also directly by an express term?

P. E. J. BROOKS  
*University of South Africa*

### R V. GONDO 1970 (2) SA 306 (R)

*Aanranding - geweld noodsaaklik - indirekte geweld*

Die element van geweld by aanranding het weer eens in hierdie saak ter sprake gekom. Die feite is eenvoudig. Klaer sit die beskuldigde, wat sy goed gevat het, agterna. Toe klaer die beskuldigde inhaal en sy goed opeis ontstaan daar 'n argument. Daar word voorgestel dat klaer na die goed kyk om vas te stel of dit werklik syne is. Beskuldigde dreig egter dat as die klaer die goed nie kan uitken nie, hy die klaer sal aanrand. Klaer besluit om liewers nie na die goed te kyk nie en die beskuldigde verlaat die toneel met die woorde „anyone following me will get into trouble,” of woorde met dié strekking. Na oorweging van *S v. Miya*<sup>1</sup> en *R v. Meja*, laat regter Lewis hom soos volg uit:

„So, here . . . the complainant could not *reasonably have feared* the perpetration of *immediate* physical violence upon himself since the threat was verbal and *unaccompanied by any gesture signifying violence* and was *conditional* upon the property not being identified by the complainant.

. . . The second threat was also a conditional one, i.e., that any person following the accused would get into trouble” (my kursivering).

Die beskuldigde word gevolglik op die aanklag van aanranding ontslaan.

<sup>1</sup>1966 (4) SA 274 (N).

<sup>2</sup>1962 R & N 45.

Van die woorde „unaccompanied by any gesture signifying violence” kan afgelei word dat die hof, heeltemal tereg, die standpunt huldig dat ’n *iniuria verbo*, of blote woordelike bedreiging van geweld, nie genoegsaam is om die misdaad aanranding daar te stel nie. Hiermee kan met eerbied sonder meer saamgestem word. Dit strook met ons beslissings,<sup>3</sup> en plaas aanranding in daardie kategorie van *iniuria* wat deur Clarus<sup>4</sup> as *iniuria facto* beskryf word. Aanranding kan nooit bloot deur die gesproke of geskrewe woord gepleeg word nie; dit moet gepaard gaan met ’n fisiese handeling. In die onderhawige saak het die hof ’n bewering dat die beskuldigde ’n mes te voorskyn gebring het en die klaer daarmee gedreig het, verwerp. Daar was dus nie meer sprake van ’n fisiese handeling nie en derhalwe geen aanranding nie. Met eerbied word daar aan die hand gedoen dat dit nie in die omstandighede nodig was om te oorweeg of die klaer „could reasonably have feared the perpetration of immediate physical violence” en of die dreigement „conditional” was al dan nie. Hierdie oorwegings kom slegs ter sprake nadat dit vasgestel is dat die beskuldigde ’n dreigende fisiese handeling verrig het.<sup>5</sup>

Die vereistes dat vrees by die klaer ingeboesem moet wees en dat die dreigement onvoorwaardelik moet wees, is egter bygehaal en verdien oorweging.

M. J. Strydom<sup>6</sup> konstateer dat „[d]ie toets by aanranding behoort nie te wees of daar geweld, hetsy direk, hetsy indirek, is nie. Daar moet gekyk word na die regsgoed wat aangetas is. Dit is nie van belang *hoe* die regsgoed aangetas is nie.” Die vrees-vereiste, waar daar nie ’n daadwerklike liggaamlike aantasting plaasvind nie, gee aanleiding tot die vraag watter regsgoed deur aanranding aangetas word. Waar daar wel ’n fisiese aantasting plaasvind, kan daar volstaan word deur na die liggaamlike integriteit te verwys, maar waar daar slegs vrees by die klaer verwek word, is die posisie nie so duidelik nie. De Wet en Swanepoel<sup>7</sup> verklaar dat „steuringe van die gees of sinlike gevoelens ook die liggaamlike integriteit skend.” Maar steuringe van die gees en sinlike gevoelens vind ook, en moontlik meer bepaald, plaas waar die *dignitas* gekrenk word. Neem bv. die geval van ’n dame wat besig is om te ontklee en ’n affoerder buitekant haar venster gewaar. Die affoerder mag selfs die gevoelens van sy slagoffer op gewelddadige

<sup>3</sup>Onder ander: *R v. Meja (supra)*; *S v. Miya (supra)*; *R v. Jolly* 1923 AD 176; *R v. Umfaan* 1908 TS 62 en *R v. Abrahams* 1918 CPD 590.

<sup>4</sup>Sien De Wet & Swanepoel *Suid-Afrikaanse Strafbreg* 2de druk 227.

<sup>5</sup>Waar ’n dreigende handeling wel verrig word, maar daar om die een of ander rede nie liggaamlike aantasting plaasvind nie en vrees ook nie by die slagoffer gewek word nie, vind ’n poging tot aanranding plaas. (Vgl. die aantekening van I.D. 1942 SALJ 359).

<sup>6</sup>1926 *THRHR* 216.

<sup>7</sup>A.w. 233 (sien ook 234).

wyse versteur deur die deur oop te stamp en sy kop deur die venster te steek om in die kamer in te loer, sonder om hom aan aanranding skuldig te maak. 'n Dreigement van geweld teenoor haar kind sal sekerlik die gees en sinlike gevoelens van 'n moeder versteur, maar dit sal nie op aanranding teenoor die moeder neerkom nie. Dit is dus duidelik dat nie elke versteuring van die gees en sinlike gevoelens van die slagoffer 'n aanranding daarstel nie; en gevolglik dat nie veel baat daarby te vinde is nie om, in die geval van aanranding, *uitsluitlik* na die regsgoed te kyk nie. In die geval van 'n aanranding waarby daar nie 'n liggaamlike aantasting plaasvind nie, is dit wel van belang om te kyk *hoe* die regsgoed aangetas word. Aanranding deur middel van 'n dreigement kan slegs plaasvind deur 'n vrees van onmiddellike persoonlike leed by die slagoffer te wek, en dit slegs op 'n bepaalde wyse, naamlik deur die verrigting van 'n dreigende fisiese handeling. Selfs daadwerklike aantasting van die fisiese integriteit, bv., waar ek opsetlik onstellende nuus aan 'n hartlyer oordra en hom daardeur 'n hartaanval veroorsaak, sal nie aanranding daarstel nie. Aanranding kan dus nie as 'n gevolgs- of materieel omskrewre misdad, in die sin dat dit gepleeg word deur veroorsaking van enige versteuring van die liggaamlike integriteit, beskou word nie. Dit wil voorkom of dit eerder as 'n formeel omskrewre misdad beskou moet word, naamlik 'n misdad wat slegs deur die verrigting van 'n geweldshandeling teenoor die persoon van 'n ander gepleeg kan word.

Laasgenoemde gedagte word duidelik uitgebeeld in die bekende saak van *R v. Jolly*.<sup>8</sup> Hoofregter Innes spreek hom soos volg uit:<sup>9</sup> „According to Roman-Dutch law the *wrongful application of force* to another was a species of real injury (*iniuria realis*); and a *movement* which threatened such application was also an iniuria for which the redress of a *utilis actio* lay.” Die Hoofregter maak dit heeltemal duidelik dat dit nie die gevolg, naamlik die krenking van die liggaamlike integriteit, is wat gestraf word nie, maar die verrigting van 'n bepaalde soort fisiese handeling teenoor 'n ander. Hierdie saak illustreer ook die toepassing van geweld op indirekte wyse. Die beskuldigde verrig 'n handeling in die wete dat die uitwerking daarvan sal wees dat geweld tot die liggaam van 'n ander toegepas sal word.<sup>10</sup> Ons het hier te doen met die gewone geweld wat net op 'n onregstreekse wyse toegepas word.

<sup>8</sup>1923 AD 176.

<sup>9</sup>Op bl. 179. Ek kursiveer.

<sup>10</sup>De Wet & Swanepoel a.w. 234 verklaar: „Hierdie aspek van die liggaamlike integriteit (gees en sinlike gevoelens) word in die praktyk behandel oor die boeg van *indirect force*.” Met eerbied wil ek aanvoer dat die begrip 'indirect force' slegs betrekking het op daardie gevalle waar geweld op onregstreekse wyse toegepas word. Sien ook Gardiner & Lansdown *South African Criminal Law and Procedure* 6de druk 1957. bl. 1572.

Die gevalle waar gif of ander skadelike stof die slagoffer ingegee word, word met huiwering onder die hoof van aanranding tuisgebring, juis omdat die geweldselement twyfelagtig is; en nie omdat die geweld op indirekte wyse toegepas word nie. Niemand sal betwis dat as vitriol in die gesig van die slagoffer gegooi word, aanranding gepleeg word nie. Op sterkte van *Jolly* se saak is dit net so duidelik dat aanranding gepleeg word waar die beker vitriol op 'n deur so gebalanseer word dat wanneer die slagoffer die deur oopstoot die vitriol op sy kop val. As die booswig, sonder om aan hom te raak, sy slagoffer in 'n hulpelose posisie aantref, bv. as hy slaap met sy mond oop, die vitriol in sy mond gooi en die slagoffer inwendige beserings veroorsaak, sou daar ook nie twyfel wees dat aanranding gepleeg was nie. Die posisie sou dieselfde wees as 'n brandende kool of 'n vuurklapper in die slagoffer se mond gestop was. Dit is maklik om al hierdie middels as geweldsmiddels te aanvaar. Waar die omstandighede so deur die beskuldigde gemanipuleer word dat die slagoffer self die geweldsmiddel inneem, met of sonder sy wete<sup>11</sup> word die geweld onregstreeks toegepas. Maar sodra meer subtiele middels, soos gif en selfs alkohol, wat nie gewoonlik met geweld geassosieer word nie, toegedien word, is mens geneig om 'n ander grondslag as geweld vir aanranding te soek. Maar is dit nodig? Voet<sup>12</sup> beskou die toediening van sterk drank „in order that he may expose (another) to ridicule or contempt” as 'n *iniuria realis* gelykstaande aan 'n dreigende handeling. Dit is waar dat hy hier *contumelia* in gedagte gehad het en dat waar die opset is om 'n ander belaglik te maak of om hom te verneder, ons eerder met *crimen iniuria* doenig is as aanranding; maar waar die opset is om liggaamlik te skaad, sal dit sekerlik aanranding daarstel en sal die sterk drank as 'n geweldsmiddel beskou moet word.<sup>13</sup> In *S v. Marx*<sup>14</sup> beskou regter-president Williamson die toediening van sterk drank as „indirect force,” en in *R v. Matthews*<sup>15</sup> en *R v. Sophi*<sup>16</sup> is by implikasie dieselfde mening gehuldig. Ons weet dat oorlog (en wat is meer gewelddadig?) vandag deur middel van die heeltemal ontasbare kiem gevoer kan word. Die moderne begrip van geweld het uitgebrei en dit is nie nodig om die aanvaarde en tradisionele begrip van aanranding soos dit in Suid-Afrika ontwikkel het, oorboord te gooi nie, en enige

<sup>11</sup>*R v. Peverett* 1940 AD 213; *R v. Matthews* 1950 (3) SA 617; *Ex parte Minister of Justice : In re S v. Grotjohn* 1970 (2) SA 355 (A); sien ook die kommentaar van A. V. Lansdown 1962 *SALJ* 133: „Assuming that the condition of the guest is such as to deprive his host of the defence of consent, does not the latter commit an assault by plying his guest with further liquid hospitality or by insisting that he have „one for the road?”

<sup>12</sup>47.10.7. Vertaling dié van Gane.

<sup>13</sup>Vgl. Gardiner & Lansdown a.w. laaste paragraaf bl. 1585.

<sup>14</sup>1962 (1) SA 848 (N).

<sup>15</sup>*Supra*.

<sup>16</sup>1961 R & N 358, 361.

*iniuria* met betrekking tot liggaamlike integriteit as aanranding te beskou nie.

Die betoog dat, as dit aanvaar word dat die ingee van skadelike stowwe en selfs die opsetlike oordra van 'n skadelike kiem geweld daarstel, dit die bestek van aanranding te breed sal stel, gaan nie op nie. In die eerste plek sou dit die veld glad nie wyer maak as wat die aanvaarding van die beginsel dat enige aantasting van die liggaamlike integriteit aanranding daarstel sal doen nie; en, in die tweede plek, die *de minimis*-beginsel het nog altyd hier gegeld. Gevalle soos dié van *R v. Hanson*<sup>17</sup> en *R v. Clarence*<sup>18</sup> behoort wel binne die bestek van die misdaad te val, maar heel waarskynlik sou die howe na goeddunke, die *de minimis*-beginsel toepas en bevind dat ek nie aan aanranding skuldig is nie waar ek, wetende dat ek griep onder lede het en dat dit aansteeklik is, werk toe gaan en sodoende my medewerkers aansteek.<sup>19</sup> De Wet & Swanepoel<sup>20</sup> se kritiek (weliswaar t.o.v. *crimen iniuria* en nie aanranding nie) dat alhoewel „Van der Linden beweer dat in sy tyd vervolgings slegs ingestel is vir ernstige aantastings van die eer, . . . wil [dit] nog nie sê dat nie-ernstige aantastings nie strafbaar is nie . . . ” word afdoende deur J. van Z. Steyn<sup>21</sup> soos volg beantwoord:

„The learned authors would sacrifice social expediency at the alter of technical symmetry. It is a sound principle that the criminal law should concern itself only with those *injuriae* which involve an anti-social element of general importance.”

Deur geweld in hierdie uitgebreide sin van die woord, deurgaans as vereiste vir aanranding te stel en om die misdaad as 'n formeel omskrewe misdaad te beskou, doen nie afbreuk aan die gedagte dat aanranding 'n spesie van *injuria* is nie. Dit is juis omdat dit wel 'n *iniuria* is dat waar daar nie 'n daadwerklike liggaamlike aantasting is nie, dit vereis word dat daar vrees by die slagoffer gewek moet word. Die verwekking van vrees stel die *iniuria* daar; *maar om aanranding daar te stel moet dit op 'n bepaalde wyse geskied.*

Die vereiste dat die dreigement *onvoorwaardelik* moet wees, is net 'n logiese verfyning van die vrees-vereiste: waar die dreigement voorwaardelik is, het die klaer nie rede om te vrees alvorens die voorwaarde nagekom is nie. Dat die vrees *redelik* moet wees, is moontlik vatbaar

<sup>17</sup>(1849) 4 CCC 138 (aangehaal deur Gardiner & Lansdown a.w.).

<sup>18</sup>(1888) 22 QBD 23.

<sup>19</sup>Dit sou moontlik 'n ander geval wees as ek in dieselfde toestand my kieme opsetlik versprei in 'n saal van 'n kraaminrigting vol pasgebore babas - dan sou daar beslis gesê kan word dat my gedrag anti-sosiaal is.

<sup>20</sup>De Wet & Swanepoel 1ste druk 213.

<sup>21</sup>1958 SALJ 278.

vir die kritiek dat aangesien ons hier te doen het met die werklike gees-  
testoestand van die klaer, 'n subjektiewe en nie 'n objektiewe toets nie,  
toegepas behoort te word.

A. J. MIDDLETON  
*Universiteit van Suid-Afrika*

# Boeke

## **SOUTH AFRICAN CRIMINAL LAW AND PROCEDURE** (formerly GARDINER and LANSDOWN)

VOLUME I: General Principles of Criminal Law deur E. M.  
BURCHELL en P. M. A. HUNT

*Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg, 1970; liii, 429;  
prys R80 vir 4 bande*

Hierdie is die eerste in 'n reeks van 4 bande wat handel oor die strafreg, strafprosesreg en strafbewysreg. Band 1 handel hoofsaaklik oor algemene beginsels van strafreg, maar bevat ook enkele inleidende hoofstukke. Die verklaarde oogmerk met hierdie werk is om Gardiner en Lansdown se *South African Criminal Law and Procedure* te vervang, aangesien laasgenoemde werk na geen belangrike akademiese materiaal van plaaslike sowel as buitelandse oorsprong verwys het nie, nie genoegsame Romeins-Hollandse reg en ander historiese materiaal bevat het nie en na meer as 50 jaar en 6 uitgawes te kortgeskiet het weens 'n onsistematiese of onnoukeurige uiteensetting van die regspraak. Een van die grootste tekortkominge van Gardiner en Lansdown se werk as handboek was trouens dat dit neergekom het op 'n kompilatie van regspraak en wetgewing en dat hierdie materiaal nie regswetenskaplik verwerk is nie. Die skrywers, Burchell en Hunt, het dan ook feitlik deurgaans eerder gaan lig opsteek by die sistematiese en regswetenskaplik verantwoorde werk van De Wet en Swanepoel oor die Suid-Afrikaanse strafreg en ander soortgelyke materiaal, as by Gardiner en Lansdown se werk.

Met hierdie werk het die skrywers daarin geslaag om in 'n groot mate die kloof te oorbrug (ten minste met betrekking tot die algemene beginsels van die strafreg) wat daar bestaan tussen die werk van De Wet en Swanepoel, as 'n sistematiese en regswetenskaplike, maar dikwels met die positiewe reg strydige werk aan die een kant, en dié van Gardiner en Lansdown, as 'n onsistematiese, onwetenskaplike, maar veral vir die praktisyn baie nuttige kompilatie van die positiewe reg aan die ander kant. Die onderhawige werk is selfs vollediger as dié van Gardiner en Lansdown, met betrekking tot regspraak en wetgewing; baie verwysings na ander materiaal, in besonder na ar-



tikels in regstydskrifte en handboeke is egter bygewerk. Verder is al hierdie materiaal nie eenvoudig sonder kommentaar gekompileer nie, maar gesistematiseer, geanaliseer en dikwels gekritiseer.

Die enigste ernstige tekortkoming van die onderhawige werk is m.i. die gebrek aan enige regstreekse verwysing na, of bespreking van, Vastelandse materiaal ten aansien van die algemene beginsels van die strafreg. As die uitgangspunt is dat die positiewe reg regs-wetenskaplike verwerking behoef - en daar kan skaars 'n groter behoefte hieraan gevind word as juis by die Engelse reg, waarvan ons reg heelwat oorgeneem het - kan daar geen beswaar wees nie teen regsvergelyking met regstelsels waar die reg wetenskaplik benader word. Die Vastelandse regstelsels het die voordeel dat hulle, soos minstens gedeeltelik die geval met ons reg, op Romeinse reg gegrond is en dat die regs-wetenskaplike standaard in dié stelsels - veral in die Duitse reg - baie hoog is. Regswetenskap is immers internasionaal en nie aan enige besondere land of regstelsel gekoppel nie. Veral met betrekking tot die algemene beginsels van die strafreg - waar regs-wetenskap 'n baie belangrike rol speel - kan 'n vergelyking van Vastelandse regstelsels vir Suid-Afrikaanse regsgeleerdes van groot voordeel wees. Ek meen trouens dat 'n studie van die Duitse reg vir die strafregswetenskaplike onontbeerlik is.

Die skrywers gee self toe dat sodanige regsvergelyking waardevol is, maar meen dat weens taalkundige tekortkomings daar nie van ons regters en praktisyns verwag kan word om so 'n studie te onderneem nie. Die feit bly egter dat dit 'n tekortkoming is en dat as gevolg hiervan 'n hoogs waardevolle veld van vergelykende studie verlore gaan. Bowendien word regs-wetenskaplike studie in die eerste plek van akademiese juriste en nie van praktisyns nie, verwag, wat dan vanselfsprekend die nodige taalkennis veronderstel. Waar so 'n studie in die verlede wel deur bevoegde akademiese juriste aangepak is, was dit al met kritiek, m.i. ongeregverdig, begroet (vgl. 1960 *SALJ* 389).

Dit is nie soseer die Strafwetboek en die hofbeslissings (waarteen die skrywers se beswaar blykbaar gemik is) wat vir ons waardevol is nie, maar die handboeke, tydskrifartikels en proefskrifte, waarin die sistematiek en regs-wetenskap verkondig word, waaruit ons veel kan leer. Steeds moet voor oë gehou word dat daar nie gepleit word vir heelhuidse oornames van regsreëls van die Kontinentale stelsels as gesag in Suid-Afrika nie. Die waarde van 'n vergelykende studie van die Vastelandse stelsels lê in hul voortreflike, verfynde regs-wetenskap, veral met betrekking tot die algemene beginsels van die strafreg, 'n gebied waar die Engelse reg nie kan meeding nie. Is dit nie miskien so dat onbekendheid met die Vastelandse strafregswetenskap, onbeminde meebreng het nie? Om hier selfs net 'n oorsigtelike lys

van Vastelandse handboeke, tydskrifartikels en proefskrifte oor die algemene beginsels van die strafreg te verskaf wat inderdaad geraadpleeg kan word, is 'n onbegonne taak. As 'n aanknopingspunt verskaf ek egter 'n lys van hedendaagse Duitse handboeke oor die strafreg:

Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts - Allg. Teil* (1969) Berlyn: Duncker & Humblot

Maurach *Deutsches Strafrecht - Allg. Teil* 3de uitg. (1965), *Bes. Teil* 5de uitg. (1970) Karlsruhe: C. F. Müller

Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* 15de uitg. (1970) München: Beck

Welzel *Das Deutsche Strafrecht* 11de uitg. (1969) Berlyn: De Gruyter

Mezger-Blei *Strafrecht, Ein Studienbuch - Allg. Teil* 14de uitg. (1970), *Bes. Teil* 10de uitg. (1970) München: Beck

*Leipziger Kommentar* 8ste uitg. band I (1957) band II (1958) Berlyn: De Gruyter

Kohlrausch-Lange *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen* 43ste uitg. (1961) Berlyn: De Gruyter

Schmidhäuser *Lehrbuch des Strafrechts - Allg. Teil* (1970) Tübingen: Mohr

Baumann *Strafrecht - Allg. Teil* 5de uitg. (1968) Bielefeld: Gieseking

'n Ander bron van baie waardevolle regsvergelyking in 'n algemeen toeganklike taal, waarvan daar in die onderhawige werk m.i. nie genoeg gebruik gemaak is nie, is veral tydskrifartikels in die VSA.

Toegegee moet word dat buitelandse materiaal nie altyd goed in Suid-Afrikaanse regsbiblioteke verteenwoordig is nie; alle pogings moet dan ook aangewend word om hierdie leemte te vul, sodat ons hier te lande ook voordeel kan put uit regs wetenskaplike navorsing wat in die buiteland gedoen is.

In 'n handboek wat handel oor die Suid-Afrikaanse reg, is die Suid-Afrikaanse positiewe reg en materiaal wat daarvoor handel natuurlik van primêre belang, en, soos reeds gemeld, het die skrywers uitmuntend daarin geslaag om dit weer te gee, met dikwels 'n kritiese ontleding en onafhanklike stellingname.

Die uiteensetting van die geskiedkundige ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse strafreg is besonder helder en kernagtig. Die leser word op 'n boeiende wyse deur die eeue van strafregs-ontwikkeling gelei.

Ook hoofstukke 2 en 3, wat handel onderskeidelik oor die omskrywing van die begrip „misdad" (waarby ingesluit is die *nullum crimen sine lege*-leerstuk) en strafregsbeleid, is baie interessant en in-

siggewend. Met die skrywers se omskrywing van „misdadig” kan egter nie heelhartig saamgestem word nie. Hulle omskryf ’n misdadig as

„conduct which common or statute law prohibits and expressly or impliedly subjects to a punishment which is remissible by the State alone and which the offender cannot avoid by his own act once he has been convicted.”

Gevalle waar die misdadiger uit die gevangenis ontsnap of daar selfmoord pleeg, dui daarop dat „lawfully” tussen „cannot” en „avoid” ingevoeg behoort te word.

In hoofstuk 4 word die indeling van misdade bespreek. Na ontleding van verskillende indelings, word uiteindelik besluit op indeling ooreenkomstig die belange (regsgoedere) wat beskerm word deur die onderskeie misdadigskrywings. Ongelukkig vind mens geen bespreking van die begrip „regsgoed” self nie. ’n Vergelyking van Vastelandse regstelsels oor hierdie begrip kan baie bydra tot opheldering daarvan vir die Suid-Afrikaanse juris. In regsverke uit die VSA word die onderwerp gewoonlik onder die opskrif „harm” bespreek.

Hoofstuk 5 word gewy aan die begrip *actus reus*, wat die skrywers omskryf as ’n wederregtelike fisiese toestand. Die bespreking van *actus reus*, wat terloops baie kortliks geskied, maak ’n ietwat verwarrende indruk deurdat daadomskrywing, handeling, kousaliteit en wederregtelikheid deurmekaar gegooi word. *Actus* slaan egter klaarblyklik op die daadomskrywing (wat o.a. handeling en kousaliteit behoort in te sluit), terwyl *reus* op die wederregtelikheid daarvan slaan. ’n Bespreking van kousaliteit hoort m.i. hier tuis waar dit gaan om ’n bespreking van die algemene beginsels, en nie eers later, soos die skrywers te kenne gee die geval sal wees by moord nie. Moord is in elk geval nie die enigste misdadig in ons reg waar die veroorsaking van ’n gevolg gestraf word nie. By veroorsaking gaan dit om ’n algemene beginsel van strafreg. Weer eens sou veel gebaat kon word deur ’n vergelyking van die begrippe „daadomskrywing” („Tatbestand”) en „wederregtelikheid” in bv. die Duitse reg. Die skrywers wy trouens geen aandag aan die wese en inhoud van wederregtelikheid nie. Verder verloor hulle die sg. subjektiewe wederregtelikelemente uit die oog waar hulle die stelling maak dat „an objectively innocent act does not become criminal simply because it was done with *mens rea*” (bl. 106). Dit is slegs die betrokke persoon se geestesgesteldheid wat bepaal of hy diefstal pleeg dan wel of hy as *negotiorum gestor* optree, waar hy sy afwesige buurman se huis, wat deur vuur bedreig word, oopbreek en die meubels na sy eie huis neem en in sy motorhuis toesluit.

Ongeveer die helfte van die bespreking van die algemene beginsels word gewy aan skuld en gronde wat dit uitsluit. Hoofstuk 6 begin met ’n aantal algemene opmerkings, waarna opset en nalatig-

heid in besonderhede bespreek word. By hierdie uiteensetting word 'n hoë standaard gehandhaaf - veral met betrekking tot die uiteensetting van die regspraak. Die skrywers maak nie die fout om *dolus eventualis* te omskryf slegs in terme van materieel omskrewe (of gevolgs-) misdade nie, naamlik dat die dader hom die *gevolg* as 'n moontlike voorgestel het nie; hulle omskryf *dolus eventualis* ook in terme van die formeel omskrewe misdade. Vatbaar vir beswaar, hoewel bloot op terminologiese gronde, is die uitdrukking „legal intention,” wat die skrywers vir opset by moontlikheidsbewussyn aanwend, teenoor „actual intention” wat dan aangewend word om oogmerksofset en opset by sekerheidsbewussyn aan te dui. M.i. sou dit beter wees om by die Latynse uitdrukkings van *dolus directus*, *dolus indirectus* en *dolus eventualis* te hou, aangesien die uitdrukking „legal intention,” in teenstelling met „actual intention” maklik tot die gevolgtrekking aanleiding kan gee dat „legal intention” nie werklik opset is nie, maar 'n soort juridiese konstruksie daarvan. 'n Bespreking van die subjektiewe toets vir nalatigheid hoort m.i. hier tuis by die algemene bespreking van nalatigheid en nie eers, soos die skrywers te kenne gee die geval sal wees, by strafbare manslag nie. Daar sou veel gebaat kon word deur 'n vergelyking met Vastelandse en Amerikaanse beskouings oor opset en nalatigheid; in dié lande word die begrip skuld aan deurtastende regswetenskaplike ondersoeke onderwerp.

Die begrip „wederregtelikheidsbewussyn” word uiteengesit en die regspraak en problematiek wat dit meegebring het, deeglik voor oë gesien. Die skrywers bied 'n goed verantwoorde oplossing vir die probleem dat aan die een kant opset op al die elemente van die misdaad, derhalwe ook op die wederregtelikheid daarvan, moet slaan, maar dat die *ignorantia iuris*-reël aan die ander kant ook gehandhaaf moet word. Hulle meen dat onderskei moet word tussen 'n regsdwaling en 'n feitedwaling; slegs waar die beskuldigde vir hom regstreeks 'n verkeerde voorstelling van 'n strafregsreël maak, verkeer hy in 'n regsdwaling en is die *ignorantia iuris*-reël van toepassing. Waar sy foutiewe voorstelling van die reg egter uit 'n feitedwaling spruit, soos waar X foutiewelik van mening is dat Y toegestem het tot geslagsverkeer, word sy dwaling gehandhaaf en is wederregtelikheidsbewussyn derhalwe uitgesluit. 'n Voordeel van hierdie beskouing is dat dit grootliks in ooreenstemming is met die positiewe reg. (Oorweging kan ook daaraan geskenk word om die persoon wat in 'n regsdwaling handel, ligter te straf, aangesien daar tog 'n wesenlike verskil met betrekking tot verwythbaarheid bestaan tussen iemand wat bewustelik wederregtelik handel en iemand wat onbewus is daarvan dat sy handeling wederregtelik is.)

'n Afsonderlike hoofstuk word gewy aan die skuldvereiste by statutêre misdade. Die skrywers se kritiek teen die praktyk dat sonder deeglike inagneming van die vermoede dat die wetgewer bedoel

het dat skuld 'n element van die misdaad moet wees, eenvoudig op grond van ander vae en onnoukeurige oorwegings afgelei word dat die wetgewer bedoel het dat skuld nie 'n vereiste vir die betrokke misdaad moet wees nie, word sterk onderskryf. So ook hul kritiek teen die praktyk dat waar die wetgewer nie uitdruklik verklaar dat skuld 'n vereiste vir 'n besondere misdaad is nie, maar daar by wyse van afleiding gekonkludeer word dat dit wel 'n vereiste is, die bewyslas op die beskuldigde is om die aanwesigheid van skuld te weerlê.

Steeds by die onderwerp van *mens rea*, word die volgende hoofstuk gewy aan skulduitsluitingsgronde. Hierdie is die mees uitgebreide hoofstuk van die boek wat, soos die meeste ander hoofstukke, 'n baie volledige oorsig oor die regspraak en ander relevante materiaal bevat. Daar word beweer dat 'n kind onder 7 jaar en 'n kranksinnige wat in 'n onweerstaanbare drif handel, nie alleen sonder skuld handel nie, maar ook nie wederregtelik optree nie. Dit sou beteken dat mens jou afweringshandeling teen die aanval van so 'n persoon nie op grond van noodweer sou kon regverdig nie. Tog meen die skrywers (bl. 273-4) dat mens jou wel in noodweer teen sodanige optrede kan verweer. Moontlik sou noodtoestand in so 'n geval as verweer geopper kon word. Indien die kind onder 7 en die kranksinnige wat in 'n onweerstaanbare drif handel, nie wederregtelik sou optree nie, sou dit bowendien geen sin hê om dié gevalle onder skulduitsluitingsgronde te bespreek nie, want waar wederregtelikheid ontbreek, kom skuld nie ter sprake nie. Die begrip „toerekeningsvatbaarheid” word ontleed en die toets daarvoor wat deur De Wet en Swanepoel voorgestaan word, naamlik dat die beskuldigde oor die vermoë moes beskik om tussen reg en onreg te onderskei en om ooreenkomstig daardie insig te handel, word verwerp op grond daarvan dat dit strydig is met die *ignorantia iuris*-reël van die positiewe reg. Die logiese veronderstelling van die skuldigbeginsel is die mens se vermoë om 'n beslissing en waarde-oordeel oor sy optrede te kan vel, want slegs indien die vermoë om anders op te tree bestaan, kan sy gewraakte optrede hom verwyte word. Die skrywers stel m.i. foutiewelik *onkunde* met *onvermoë* gelyk. Waar 'n persoon se onkundigheid aan onvermoë te wyte is, kan sy onkundigheid hom nie verwyte word nie, anders sou dit daarop neerkom dat hy eintlik weens sy onvermoë gestraf word en dit is juis persone by wie hierdie vermoë ontbreek, wat die reg van strafbaarheid wil uitsonder, ten minste sover dit opset betref. Kranksinnigheid as skulduitsluitingsgrond word aan die hand van die Rumpff-verslag, die M'Naughton-reëls en die regspraak behandel. Hierdie bespreking, soos dié van dronkenskap, provokasie en dwaling as skulduitsluitingsgronde, wat ook in besonderhede geskied, is van 'n hoë gehalte. Indien die groot polemieë wat in die VSA oor kranksinnigheid en dronkenskap heers, bygewerk word, sou die waarde van die bespreking van hierdie onderwerpe verder verhoog kon word.

'n Beswaar teen die sistematiek is dat regverdigingsgronde handel word na skulduitsluitingsgronde. As wederregtelikheid uitgesluit is, kom skuld nie ter sprake nie. 'n Persoon kan egter wederregtelik handel, maar tog geen skuld hê nie. Reeds aan die begin van die afdeling blyk dié verwarring waar die skrywers verklaar dat „(s)ince an act is punishable only when it is unlawful, if the accused's act was lawful in the circumstances he would escape criminal liability, even though he had the necessary *mens rea*.” Skuld kom nie ter sprake by regmatige optrede nie. Moontlik is die onderliggende probleem dat geen aandag aan die wese van wederregtelikheid bestee word nie, sodat 'n bespreking van die gronde wat dit uitsluit nie regstreeks daarop kan volg nie. Dit is trouens eenaardig om 'n bespreking te vind van gronde wat wederregtelikheid uitsluit, sonder 'n bespreking van wat wederregtelikheid is. Wat noodweer betref word gladnie oortuigend gemotiveer waarom 'n persoon wat voldoen aan al die vereistes vir moord, aan strafbare manslag skuldig moet wees waar hy die perke van noodweer oorskry het nie. Alles draai tans daarom of die oorskryding buitensporig was of nie; waar dit buitensporig was, word die beskuldigde aan moord skuldig bevind en waar dit matig was, aan strafbare manslag. Dit is m.i. 'n te vae en bowendien onwetenskaplike maatstaf ter onderskeiding tussen moord en strafbare manslag in bogemelde gevalle, veral in die lig van die moeisame strewe om, anders as in die Romeins-Hollandse reg, duidelike misdaadomskrivings te formuleer en daarby te hou. Waar iemand se daad aan die vereistes vir moord voldoen, moet hy aan moord skuldig bevind word. Ander regverdigingsgronde word dan *seriatim* handel. Dit is interessant dat „entrapment” as regverdigingsgrond geopper word. Ten aansien van dié verweer konkludeer die skrywers dat 'n beskuldigde wat 'n versoeking om 'n misdaad te pleeg nie kon weerstaan nie, moontlik moreel minder skuldig is, maar dat dit onwaarskynlik is dat „entrapment” in Suid-Afrika as regverdigingsgrond aanvaar sal word. Soos die saak gestel word, kom ook uitlokkings deur privaatpersone in die gedrang. Die vraag is egter juis of „entrapment” gepleeg deur die staat 'n regverdigingsgrond is en dis waarom die hele kwessie gaan: misbruik die staat sy mag wanneer hy sy onderdane se vatbaarheid vir die pleeg van misdade toets deur hulle uit te lok om misdade te pleeg? Hierby moet in gedagte gehou word dat die sin en doel van die strafreg defensief en nie offensief is nie; misdade moet voorkom word en nie veroorsaak word nie. Vergelyk bv. die staat se gebruik om as *verkoper* op te tree by onwettige diamanthandeltransaksies. Met betrekking tot „entrapment” sou 'n vergelyking met die posisie in die VSA - waar hierdie leerstuk sy oorsprong gehad het - baie waardevol wees.

'n Afsonderlike hoofstuk word gewy aan oorgedraagde aanspreeklikheid („vicarious liability”). Weer eens is dit 'n waardevolle bydrae,

veral vir die praktisyn. Die akademikus sal egter voel dat die beginselbesware teen die sogenaamde leerstuk van oorgedraagde aanspreeklikheid te kortliks in 'n enkele paragraaf afgemaak word - veral in die lig van die skrywers se stelling (op bl. 110) dat die reël *nulla poena sine culpa* nou „firmly established” is in ons reg. Sterk kritiek moet uitgespreek word teen die praktyk wat onder invloed van die Engelse reg in Suid-Afrika posgevat het, naamlik om uit die feit dat die wetgewer skuld nie as vereiste vir 'n besondere misdaad stel nie, af te lei dat die wetgewer ook bedoel het om oorgedraagde aanspreeklikheid in te voer. Hier is 'n geval waar op grond van die afwyking van die beginsel van geen straf sonder skuld, 'n afwyking van die beginsel dat iemand nie vir 'n ander se misdaad aanspreeklik is nie (m.a.w. 'n verdere afwyking van eersg. beginsel) afgelei word, m.i. sonder enige regverdiging. Daar bestaan ook geen goeie rede waarom die feit dat skuld nie vir 'n besondere misdaad vereis word nie, een van die faktore behoort te wees, soos die skrywers aanvoer, op grond waarvan oorgedraagde aanspreeklikheid afgelei kan word nie. Van groot belang, veral vir die praktisyn, is die bespreking van die regs persoon se strafbaarheid; dit word verdeel in dié van maatskappye en oningelyfde verenigings en word aan die hand van a. 381 Wet 56 van 1955 en relevante regspraak bespreek. Daar kon darem ook kennis geneem gewees het van die oortuigende besware wat De Wet en Swanepoel teen strafbaarheid van regs persone opper, maar solank die verskynsel van strafbaarheid van regs persone in Suid-Afrika bestaan, moet daar, soos die skrywers tereg doen, deeglik kennis geneem word van die regsposisie soos dit tans gehandhaaf word.

Die deelnemingsleer word in hoofstuk 11 behandel. Ook in hierdie hoofstuk word die hoë gehalte van die werk gehandhaaf. Soos die geval met ander hoofstukke, het die skrywers feitlik al die relevante Suid-Afrikaanse materiaal oor die onderwerp nagevors en stelling ingeneem teenoor sommige omstrede aspekte. Ongelukkig is daar geen kennis geneem van 'n hoogs waardevolle bron van regswetenskaplike ontleding van die deelnemingsleer nie, naamlik die Vastelandse regstelsels, in besonder die Duitse reg. Begrippe soos daderskap en die maatstawwe waarvolgens dit bepaal moet word, en aksessoriteit - wesenlike aspekte van die deelnemingsleer - word in dié stelsels uitvoerig regswetenskaplik nagevors, terwyl hierdie begrippe in die Engelse reg haas onbekend is. Weens die baie verskillende uitdrukkings wat los en vas in die deelnemingsleer gebruik word, is dit wenslik dat daar duidelikheid oor die terminologie verkry word. Die skrywers onderskei tussen die „actual perpetrator,” wat, te oordeel aan hul voorbeelde, blykbaar ooreenstem met die regstreekse, middellike en mededader, en die *socius criminis* of „accomplice,” wat soms 'n mededader („co-principal”), soms 'n medepligtige („aider and abettor”) is. Die onderskeiding tussen laasgenoemde twee, terloops, word welis-

waar met betrekking tot aksessoriteit en kousaliteit gehandhaaf, maar word nie op alle vlakke deurgevoer nie; so is daar met betrekking tot die sogenaamde *actus reus* belangrike verskille tussen 'n mededader en 'n medepligtige. Daar word aan die hand gedoen dat „participation” as vertaling vir deelneming in die wye sin (d.w.s. enige geval waar daar meer as een persoon by 'n misdaadpleging betrokke is) behoort te geld; „perpetration” is die vertaling vir daderskap; 'n „perpetrator” is 'n dader, met die ooreenstemmende uitdrukkings van „direct,” „indirect” en „co-perpetrator” vir die regstreekse, middellike en mededader. „Complicity” is die vertaling vir medepligtigheid, en die „accomplice” is die medepligtige. Uitlokking of „instigation” word in Suid-Afrika, anders as in sommige Vastelandse regstelsels, nie as 'n vorm van deelneming aan 'n ander se misdaad beskou nie. Die uitdrukking „incitement,” wat die skrywers vir uitlokking gebruik, word in die Engelse reg gereserveer slegs vir die geval waar daar nie op die uitlokking gereageer is nie.

Die sogenaamde „common purpose”-leerstuk het die ontwikkeling van die deelnemingsleer in Suid-Afrika aansienlik beïnvloed; die skrywers bespreek dan ook die leerstuk soos dit in die regspraak ontwikkel het. Met die kritiek dat daar geen „magic about the ‘doctrine of common purpose’ ” is nie en dat daar trouens geen behoefte aan 'n besondere leerstuk in verband met gevalle van gemeenskaplike oogmerk bestaan nie, word volkome akkoord gegaan. Die stelling dat „[a]ssociation in the common design makes the act of the principal offender the act of all” plaas „common purpose” egter weer terug in die veld van die magiese en kan nie onderskryf word nie, want dit maak juis weer van „common purpose” 'n besondere leerstuk waarvolgens een deelgenoot se handeling 'n ander toegereken word. Die fiksie wat die beginsel van toerekening ten grondslag lê, is m.i. vir die strafreg onaanvaarbaar.

Die boek word afgesluit met 'n hoofstuk oor sogenaamde „inchoate crimes,” te wete poging, uitlokking en sameswering. Hierdie besondere misdade hoort nogtans by die algemene beginsels van strafreg tuis, aangesien dit hier gaan om misdade wat telkens ten opsigte van ander besondere misdade gepleeg kan word en die algemene leerstukke van strafreg juis bestaan uit strafregtelike beginsels wat geld ten opsigte van misdade oor die algemeen.

'n Hoofstuk oor die beginsels met betrekking tot straf sou m.i. nie onvanpas wees in 'n boek wat handel oor algemene beginsels van die strafreg nie.

Die waarde van die werk word verhoog deur 'n opgawe van algemene materiaal oor die betrokke onderwerp aan die begin van hoofstukke en 'n kort bespreking van bewysregtelike en prosesregte-



like aangeleenthede wat met die betrokke onderwerp saamhang, aan die einde van relevante hoofstukke.

Die boek is op goeie papier gedruk, baie netjies versorg en voorsien van 'n bruikbare inhoudsregister.

'n Praktiese punt wat vermelding verdien is die wyse van aanhaling van die werk. Blykbaar moet dit soos volg aangehaal word: *South African Criminal Law and Procedure (formerly Gardiner & Lansdown)* vol. I deur Burchell & Hunt. Dit is ietwat omslagtig, maar miskien tog nodig vir die oorgangstydperk om daarop te wys dat die onderhawige werk dié van Gardiner & Lansdown vervang. Terloops, dit sal veel bydra tot eenvormige aanhaling indien by die titelopskrif voor in die boek 'n aanduiding gegee word, soos soms in die VSA gedoen word, van hoe die werk aangehaal moet word.

Regsgeleerdes - praktisyns sowel as akademië - asook aspirant-regsgeleerdes is inderdaad bevoorreg om 'n werk van die hoë gehalte wat dié bied, tot hul beskikking te kan hê. *South African Criminal Law and Procedure*, vol. I, word derhalwe met groot vrymoedigheid by juriste en aspirant-juriste aanbeveel.

M. A. RABIE

*Universiteit van Suid-Afrika*

## THE ENGLISH PENAL SYSTEM IN TRANSITION

deur J. E. Hall Williams

*Butterworths London 1970; pp. xix en 388*

J. E. Hall Williams, wat benewens 'n advokaat van die hooggeregshof ook 'n dosent in kriminologie aan die Universiteit van Londen is, het hom met die skrywe van hierdie boek grootliks laat lei deur sy studente se behoefte aan 'n volledige oorsig van die Engelse strafselsel. Sedert sir Lionel W. Fox se standaard-werk, *The English Prison and Borstal System*, in 1952 verskyn het, het belangrike veranderinge en ontwikkelinge plaasgevind. Williams het hom op die hoogte probeer stel van die beskikbare feite en o.m. vryelik geput uit sekere amptelike publikasies.

Die boek is saamgestel uit 6 dele wat gesamentlik onderverdeel is in 27 hoofstukke. In deel 1 word die doelstellings van straf en die vonnisproses respektiewelik behandel. Wat e.g. betref, word op sekere belangrike aspekte van straf gekonsentreer en sowel die sterkte as die beperkings van elke strafteorie word kortliks ondersoek. Oor die algemeen kan dit egter nie as 'n filosofiese wegwyser t.o.v. die ver-

skillende strafmotiewe bestempel word nie. Voorts werp die skrywer 'n vlugtige blik op die howe, regters en strafadministrateurs se benadering van straf en die doel daarvan. Die gedeelte wat toegespits is op die vonnisproses is ook geen volledige gids oor die hele vonnisaangeleentheid nie, maar dit werp nietemin lig op sekere van die vernaamste probleme wat rondom die hoofvonnisstadia sentreer. Dit is veral wanneer hy oor bg. soort aspekte skryf dat die skrywer se praktiese ervaring as advokaat en sy kundige verwysing na spesifieke strafsake goed te pas kom.

Aan deel 2 wat handel oor die gevangesetting en gevangenskap van volwasse oortreders, word baie ruimte afgestaan. Die skrywer skenk o.m. aandag aan die geskiedenis van gevangesetting, wetgewing betreffende gevangenisstraf, soorte gevangenis en die klassifikasie van gevangenes, gevangenispersoneel, die gevangenisgemeenskap, ontslag, amnestie en parool, en die resultate van gevangenisstraf. Om van „buite” oor die interne funksionering van 'n stelsel te skryf, lêwer uiteraard probleme op. Die ondersoeker was wel in die gelukkige posisie dat hy goeie samewerking van die Departement van Gevangenis ontvang het. Ten einde egter sy onafhanklikheid te bewaar, het hy verkies om hoofsaaklik op gepubliseerde inligtingsbronne en sy persoonlike kennis en navrae te steun. In die lig van bogenoemde loop hy in sy voorwoord kritiek vooruit deur op te merk: „ . . . this is not an 'authorised' version of the penal system.” Maar hy bied dit aan in die geloof dat dit beter is om die bekende en waarneembare ontwikkelinge te boekstaaf as om na daardie graad van volmaaktheid van siening te streef wat alleen deur sg. „inside experience” verkry kan word.

Deel 3 word gewy aan spesiale soorte oortreders, nl. residiviste, geestelik versteurde oortreders en vroulike misdadigers, en die inrigtingsfasiliteite wat vir hulle bestaan. Die skrywer bepaal hom by 'n feitelike weergawe van sodanige fasiliteite. Dit is beslis jammer dat hy sekere kontensieuse sake skynbaar doelbewus vermy, soos bv. die hele kwessie van geestesgekenktheid en die strafreg.

Deel 4 is vanuit die oogpunt van kontemporêre „verligte” penologie betekenisvol in die sin dat dit konsentreer op behandelingsmaatreëls buite inrigtingsverband en o.m. aangeleenthede soos onder-toesigstelling, vonnisopskorting, boetes, kompensasie en restitusie insluit. Deel 5 het as tema die geregtelike optrede teen oortreders onder die leeftyd van 21 jaar, en die binne- en buite-inrigtingsbehandeling wat vir hulle daargestel word, met die klem op die Borstalstelsel. In al hierdie dele - en dit geld trouens vir die boek in sy geheel - hou Williams hom in hoofsaak by 'n beskrywing van die feitelike situasie, en gaan die werk mank aan kritiese besinning en evaluering. Selfs waar hy in die sesde en laaste deel sekere toekomstperspek-

tiewe stel, doen hy dit aan die hand van amptelike publikasies sodat hy sy persoonlike stellingname tot 'n ietwat onredelike minimum beperk.

Die Engelse strafstelsel bevind hom in 'n oorgangsfase, maar oor die aard en graad van transformasie is daar nie absolute duidelikheid nie. Daar is wel blyke van 'n oorgang van straf na behandeling, van 'n vervanging van verouderde metodes deur moderne gesofistikeerde tegnieke, van 'n wegswaai van sentiment en tradisie na wetenskaplike besinning. Maar sake het nog nie so uitgekristalliseer dat alle vlakke van spanning en konflik opgehef is en teorie deurgaans in 'n werkende sisteem omskep is nie. Wat die stelsel in die algemeen betref, is daar vrae wat onbeantwoord bly maar waarvoor die outeur nie die verantwoordelikheid dra nie.

Williams se ongekunstelde skryfstyl dra by tot heldere beskrywing. Hoewel sy uiteensetting van die ontwikkelinge in die Engelse strafstelsel nie so volledig is nie, is dit vir die leser tog moontlik om 'n ingeligte raming van die totale situasie te maak. 'n Kort samevatting aan die einde van elke hoofstuk sou egter bygedra het om die indruk van ongekoördineerdheid en stompheid wat plek-plek wel ontstaan, deels uit te skakel en die nuttigheidswaarde van die boek as studie- en naslaanwerk te verhoog. Waar die onderwerp-indeks 'n waardevolle hulpmiddel vir naslaandoeleindes is, is die afwesigheid van 'n bibliografie (voetverwysings ten spyte) 'n opvallende leemte van die boek.

Soos reeds vermeld, word die werk hoofsaaklik as 'n handboek vir studente aangebied. Nou is dit so dat Williams vir sy eielandse studente oor sy eielandse strafstelsel geskryf het. In daardie opsig is die boek dan beperk in opset en kan die afleiding miskien gemaak word dat die bruikbaarheid daarvan eweneens gelokaliseer is. Maar in die mate waarin studente ook van ander stelsels kennis behoort te neem - bloot ter wille van die kennis self, en verder ter wille van vergelyking - in daardie mate kan die boek ook in ander lande, dus ook in Suid-Afrika, met vrug bestudeer word deur sowel regstudente as studente in die kriminologie.

G. M. RETIEF  
*Universiteit van Suid-Afrika*

**COMPANY DIRECTORS - LAW AND PRACTICE**

deur G. LEVESON

*Butterworth 1970; xxxiii en 232 bladsye; prys R8.50*

Die boek is uiterlik aantreklik en sy inhoud word gekenmerk deur 'n verfrissende helderheid van stelling, logiese deurvoering van tema en konsekwent juiste styl van bronneverwysing. Die verklaarde oogmerk van die skrywer is om 'n praktiese handboek oor die maatskappyereg in die mate wat dit direkteure raak, aan te bied. Die praktisyn sal eerste uitgangspunte hier op deeglik geformuleerde wyse en dikwels vanuit oorspronklike gesigspunte gestel, uiteengesit kry. Verdere aanknopingspunte word deurgaans in die voetnote verstrekkend vir diegene wat onderwerpe verder wil naspoor.

Veral die maatskappydirekteur en die maatskappy se gereelde adviseur oor die meer algemene en alledaagse probleme ten aansien van direkteure gaan hierdie werk nuttig vind. Die eenvoud en klaarheid van die skryfstyl sal vir die werk 'n gewildheid onder alle ampsdraers van die maatskappy besorg.

As die diepergaande regsprobleme met betrekking tot die direkteursamp nie die aandag ontvang waarop die leser sy hoop, sekerlik met 'n mate van reg, gevestig het nie, moet die verklaring in die beperkte oogmerk van die werk gesoek word. Nietemin sou dit verblydend gewees het as 'n publikasie van hierdie aard die unieke problematiek van die reg aangaande die maatskappydirekteur in meer diepte deurgrond het.

Onderwerpe soos die juridiese aard van die direkteursamp, die verskillende regshoedanighede en -verhoudinge waarin 'n direkteur in die interne maatskappystruktuur of na buite ten behoeve van die maatskappy optree en die wisselwerking tussen hierdie situasies, bied gewichtige uitdagings aan 'n skrywer. In hierdie werk word byvoorbeeld geen standpunt ingeneem oor die vraag of 'n direkteur benoeming moet aanvaar voordat hy die amp regtens beklee nie. In *Goblke & Schneider v. Westies Minerale Bpk* 1970 (2) SA 685 het die appèlhof beslis dat 'n onderlinge ooreenkoms tussen twee oprigters van 'n maatskappy ten gevolge waarvan elk twee direkteure kan benoem, meebring dat die „benoemdes” deur die blote daad van „benoeming” direkteure word. Die risiko wat so 'n regsreël inhou vir persone wat teen hul wil met moontlike verdagte ondernemings gekoppel word deurdat 'n direkteurskap op hulle afgedwing word, spreek vanself. Die uitspraak is na publikasie van die boek gelewer maar dit vestig die aandag daarop dat probleme soos hierdie nie altyd voldoende vanuit 'n beginselstandpunt oorweeg is nie. Andersyds lig die skrywer van die meer teoretiese fasette van die direkteursamp met insig toe

(bv. die begrip „direksie” in hoofstuk 6). Die meeste aktuele aspekte word raak deurgrond; hier kan hoofstuk 5 wat handel oor direkteursvergoeding, hoofstuk 7 oor vergaderings en, in besonder, hoofstuk 12 oor direkteursvoordele en belasting, vermeld word.

Om buitengewoon hoë eise aan hierdie werk te stel, sou nie billik wees nie. Dit is ’n verdienstelike bydrae op ’n regsgebied waaroor in die verlede nie veel geskryf is nie maar wat toenemend van belang word. Daarbenewens sal die praktisyn beslis waardevolle diens uit hierdie publikasie ontvang.

M. L. BENADE  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## AANKONDIGING

### BUTTERWORTH SE REISBEURS

Butterworth & Kie (S.A.) (Edms) Bpk van Durban kondig met genoeë die instelling aan van ’n hulptoelae wat aan voltydse dosente in die regte aan ’n Suid-Afrikaanse of Rhodesiese Universiteit beskikbaar gestel word vir studiereise in die buiteland. Die hulptoelae, wat R600 bedra, sal met ingang van 1972 al om die ander jaar toegeken word. Dit sal „Butterworths of South Africa Overseas Study Travel Grant” genoem word en die beursgeld mag slegs vir studiereise na en in die vasteland van Europa en die Verenigde Koninkryk gebruik word. Die besoek aan die buiteland moet minstens ses maande duur. Aansoeke om die hulptoelae moet aan die Direkteur, Redaksie-afdeling, Butterworth, Posbus 792, Durban, gerig word, met uitdruklike vermelding van die redes vir die besoek aan die buiteland, die plekke wat besoek gaan word, die jaar waarin die studiereis onderneem gaan word en hoe lank die applikant voornemens is om in die buiteland te bly.

Now available

## **The Lawyer's Pocketbook 1971**

Edited by Adv. M. J. Irwin,  
M.A. (Cantab.).

Every year **The Lawyer's Pocketbook** is brought up to date to meet the needs of the present time. More and more people are discovering that dependency on this little book is no bad thing. As the reviewer in the **S.A. Law Journal** expressed it:

"The editor of this most valuable and up-to date publication has succeeded in compressing an unbelievable wealth of information into one volume without exceeding true pocketbook format by too great a margin . . . The pocketbook is a must for every practising lawyer, who so often needs a quick source of reference while he is not within easy reach of his office library. It is also an extremely handy guide for law students and for the many authorities in modern commerce and industry which daily rub shoulders with the law".

The 1971 edition of the **Lawyer's Pocketbook** has, in addition to the wealth of information contained in the last edi-

tion, a new section entitled **Metrication**.

**282 pages of vital information  
plus full diary**  
Size: 7" x 4½" Price R6.00

**Butterworths**  
P.O. Box 792, Durban.









