

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

MERENSKY-BIBLIOTHEEK

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

23-1-1974

Klasnommer BM 345.1/65

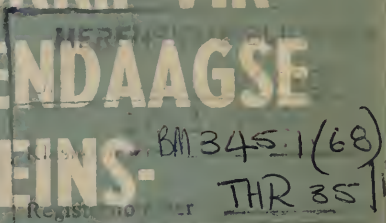
Registernommer 455 017

BAND XXXV NOMMER 1

FEBRUARIE 1972

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

TYDSKRIF VIR
HEDENDAAGSE
ROMEINS-
HOLLANDSE REG



Kleurlingburgerskap
Regshistoriese Metode
Ontwikkeling Bantoereg
Vrugafdrywing
Voorsiene Skade
Vonnisse
Boeke
Vereniging Regsdosente
Butterworth-prys
Nuwe Wetgewing



Redakteur
WA JOUBERT

Assistent-Redakteur
CWH SCHMIDT

Uitgewer
BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

Kwartaalblad vir die Regspraktisyn
en die Regstudent in Suid-Afrika

ARTIKELS

Kleurlingburgerskap in Suid-Afrika <i>deur Marinus Wiechers</i>	1
Die regshistoriese metode <i>deur DH van Zyl</i>	19
Ontwikkeling in verband met die reg en regspleging van die Bantoe - Oorsig vir 1970 <i>deur R verLoren van Themaat et alii</i>	38

AANTEKENINGE

Regverdiging van vrugafdrywing: twee belangwekkende uitsprake	56
Voorsiene en voorsienbare skade	65

VONNISSE

Kontrak - Versweë prinsipale - Wie derde mag aanspreek	71
Criminal Law - Abduction - Element of control	74
Verkoop van grond - Mondelinge wysiging van skriftelike opsievoorwaardes - Eksepsie	77

BOEKE

Max Kaser <i>Das römische Privatrecht (erster Abschnitt: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)</i>	80
CS Lessing en R Kuper <i>Voorbeelde van Hofpleitstukke</i>	82

KRONIEK

Die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte	92
Butterworth-prys	94

NUWE WETGEWING	95
--------------------------	----

Redaksiekomitee

Prof B Beinart, Kaapstad
Prof AC Cilliers, Port Elizabeth
Prof dr Wouter de Vos, Kaapstad
Prof dr JC de Wet, Stellenbosch
Prof dr R Feenstra, Leiden
Adv JC Ferreira, Pretoria
Adv dr CP Joubert SC, Pretoria
Prof dr DJ Joubert, Bellville
Prof dr WA Joubert, Pretoria (<i>Voorsitter</i>)
Prof dr D Pont, Kaapstad
Prof dr CWH Schmidt, Pretoria (<i>Sekretaris</i>)
Prof dr SA Strauss, Pretoria
Prof JD van der Vyver, Potchefstroom
Prof JC van der Walt, Johannesburg
Adv dr HJO van Heerden, Bloemfontein
Prof JNR van Rhyn, Bloemfontein
Prof dr P van Warmelo, Pretoria
Prof R verLoren van Themaat, Pietersburg

Bestuur Vereniging De Groot

Prof B Beinart
Dr LI Coertze
Adv DP de Villiers SC
Prof dr JC de Wet
Adv dr CP Joubert SC
Prof dr WA Joubert
Prof dr D Pont
Sy Edele FHL Rumpff
Sy Edele dr LC Steyn (<i>Voorsitter</i>)
Adv dr HJO van Heerden
Prof dr P van Warmelo (<i>Sekretaris</i>)

DIE TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

word ten behoewe van **DIE VERENIGING HUGO DE GROOT**
uitgegee deur **BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK**
152/154 Gale Street Durban

THE JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

is published by **BUTTERWORTH & CO (SA) (PTY) LIMITED**
for the **SOCIETY HUGO DE GROOT**

Address of the Society and of the Editorial Board:
PO Box 1263 PRETORIA Republic of South Africa

Die Vereniging erken graag die steun van die adverteerders en van SANLAM, REMBRANDT-TABAKKORPORASIE, NAROBS, die UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA en die UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

Kleurlingburgerskap in Suid-Afrika*

Marinus Wiechers

Universiteit van Suid-Afrika

Dit sou vir my maklik wees om met die onderwerp wat ek vir hierdie referaat gekies het, politiek te praat. So iets sou egter buite my belangstelling en ervaring val. Daarom sal ek probeer om my met hierdie voordrag te weerhou van 'n bespreking van sulke oorwegings soos die wenslikheid en die doenlikheid van veranderings en moontlike hervormings. Ek sal poog om aan u 'n breë verduideliking te verskaf van wat Kleurlingburgerskap in die Republiek behels, hoe die burgerregte van die Kleurling teenswoordig op 'n praktiese manier verwesenlik word en hoe toekomstige ontwikkelings binne ons breë konstitusionele raamwerk moontlik kan verloop. My benadering is op die staatsreg gebaseer en nie op die politiek nie.

WAT WORD ONDER DIE BEGRIP BURGERSKAP VERSTAAN?

Burgerskap kan twee betekenisse hê. Onder die eerste, algemene of volkeregtelike, betekenis word verstaan die verband wat daar tussen 'n burger en sy staat bestaan. Hierdie verband tussen onderdaan en staat word soms ook met die woord nasionaliteit aangedui. (Duits: *Staatsangehörigkeit*.) Burgerskap in hierdie verband dui op die internasionale aspek.

Daarteenoor word burgerskap ook in 'n enger, interne, betekenis gebruik. Onder dié betekenis word die onderdaan se status, dws die totaal van sy politieke regte en bevoegdhede, binne die publiekregtelike sfeer verstaan. Kortliks kom dit daarop neer dat die onderdaan se burgerskap sy posisie in en sy deelname aan die openbare lewe in 'n staat aandui. Burgerskap (Duits: *Bürgerschaft*; Engels: *citizenship*) in hierdie sin slaan op die interne staatsverband tussen onderdaan en regering.¹

*Referaat gelewer te Grabouw op 22 Oktober 1971 tydens 'n konferensie oor die politieke toekoms van die Kleurlinge.

¹ Oor hierdie onderskeid is daar heelwat geskryfte. Ek volstaan met 'n verwysing na H Lessing: „Das Recht der Staatsangehörigkeit und die Aberkennung der

Wat die internasionale burgerskap van Kleurlinge in Suid-Afrika betref, kan eenvoudig verklaar word dat die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap 44 van 1949 (soos gewysig) geen onderskeid tussen die verskillende rassegroepe maak nie. Enige persoon, ongeag sy huidkleur of ras, wat ingevolge die wet vir Suid-Afrikaanse burgerskap kwalifiseer, kan op die beskerming van die Republiek in die buiteland aanspraak maak. Bepalings ten opsigte van verbeuring en verlies van Suid-Afrikaanse burgerskap geld vir alle burgers van die Republiek. Die internasionale burgerskap word nie op 'n rasse- of kleuronderskeid gereël nie en vir die res van my bespreking laat ek dié aspek dus daar.

Oor die presiese inhoud van die interne burgerskap bestaan daar heelwat verwarring omdat menings oor die totaal van regte en bevoegdhede wat onder die begrip tuisgebring word, dikwels uiteenlopend is. Die probleem is dat burgerskap dikwels beskou word as 'n optimum van burgeraansprake op volledige deelneming in 'n staatsbestuur en dat hierdie aansprake as basiese menseregte verabsoluteer word. Sodoende word burgerskap 'n emosioneel belaaide begrip wat dikwels moeilik ontleed kan word, veral omdat dit gekoppel word aan die begrip fundamentele menseregte.²

In hierdie voordrag sal ek my by 'n baie beskeie taak bepaal en nie probeer om die presiese aard van burgerregte te ontleed nie, maar bloot om 'n ontleding van die Kleurlingburgerregte in die Suid-Afrikaanse staatsbestel te gee. 'n Ontleding van die maksimum inhoud van onderdane se burgerregte kan in onervare, nie-regsgeskoolde hande tot onmoontlike begrip- en spraakverwarring aanleiding gee.³

WIE IS 'N KLEURLING?

'n Kleurling is volgens die omskrywing van die Bevolkingsregistrasiewet 30 van 1950 (soos gewysig) iemand wat nie 'n Blanke of

Staatsangehörigkeit zu Straf- und Sicherungszwecken," *Bibl Visseriana* XXIX 1937 8-9. Oor die posisie in Suid-Afrika, veral na die aanname van die Wet op Burgerskap vir Bantoetuislande 26 van 1970, sien die insiggewende aantekening van JFH: „A Transkeian Citizen of South African Nationality?" 1963 *THRHR* 44. Sien ook VerLoren van Themaat *Staatsreg* 2e uitgawe 1967 357 380.

²Sien bv H Lauterpacht *International Law and Human Rights* 1968 280-285. Die bekendste voorbeeld van sulke verregaande aansprake word gevind in die Algemene Vergadering van die Verenigde Volke se *Covenant on Civil and Political Rights* van 16 Desember 1966—Res 2200 (XXI). By die stemming oor dié *Covenant* het Suid-Afrika buite stemming gebly.

³Bv a 25 van die VV se *Covenant* wat „full participation in public affairs" vir elke burger voorskryf. Wat volle deelname in openbare aangeleenthede presies behels, kan vrugbare stof vir dispuut en kontrovers oplewer. Daarenteen kan 'n ontleding van die juridiese aard van burgerregte binne die sisteem van die publiekreg tot waardevolle en diepgaande insigte lei. Sien in hierdie verband die twee prikkelende bydraes deur J Neethling: „Enkele Gedagtes oor die Juridiese Aard en

'n Bantoe is nie (artikel 1). Ingevolge artikel 5(2) van die wet kan die Staatspresident dmv proklamasie verskillende groepe gekleurdes bepaal waarvolgens die rasseklassifikasie moet geskied. Proklamasie 123 van 26 Mei 1967 maak voorsiening vir die klassifikasie van Kleurlinge in sewe subgroepe, waarvan een die Indiërgroep is.⁴

Ingevolge die woordomskrywing van die wet is 'n persoon 'n Blanke as hy na voorkoms klaarblyklik 'n Blanke is en vir 'n Blanke deurgaen. 'n Persoon se eie geloof oor sy Blanke voorkoms of aanvaarding deur ander Blankes is nie genoegsaam nie.⁵

Artikel 1 van wet 61 van 1962 het die kwalifikasie by die definisie van Blanke in artikel 1 van die hoofwet bygevoeg dat 'n persoon nie 'n Blanke is as hy vry en bereidwillig erken het dat hy nie 'n Blanke is nie. Artikel 5(5)(e) van die hoofwet, soos ingevoeg deur artikel 2(d) van wet 106 van 1969, bepaal dat 'n persoon nie as 'n Blanke geklassifiseer word nie as een van sy natuurlike ouers as 'n Gekleurde of Bantoe geklassifiseer is. Bygevoeg moet word dat die toevoeging van 1962 in 1964 en 1967 ook nog verder uitgebrei en van terugwerkende krag gemaak is.⁶ Kortliks is die posisie nou dat afgesien van 'n persoon se voorkoms en sosiale aanvaarding, as hy op een of ander stadium van 1950 in een of ander opgaaf te kenne gegee het dat hy van Gekleurde afkoms is, of as een van sy ouers as Gekleurd geklassifiseer is, kan hy geen aanspraak op Blanke klassifikasie maak nie.⁷ Volgens die huidige wetsbepalings is herkoms deurslaggewend,⁸ en slegs waar herkoms nie bekend is nie

Inhoud van Menseregte en Fundamentele Vryhede" 1971 *THRHR* 240-249 en Ignus Rautenbach: „Subjektiewe Regte en Menseregte" 1971 *THRHR* 399-403.

⁴Prokl 123 van 1967 volg op prokl 46 van 1959 wat in die saak van *Arnold v Race Classification Appeal Board and Another* 1967 2 SA 267 (K) weens vaagheid ongeldig verklaar is. Die nuwe proklamasie is by voorbaat deur 'n wet van die parlement, tw a 62 van wet 70 van 1968, van moontlike toekomstige ongeldigverklaring gevrywaar. Sien *Secretary for the Interior v Arnold and Another* 1970 2 470 (K).

⁵Vergelyk bv die saak van *C en 'n Ander v Sekretaris van Binnelandse Sake* 1967 3 346 (T) 349: „In die huidige geval toon die getuienis dat die appellante se bure met uitsondering van mev J en haar skoonseun S, die appellante nie as blankes aanvaar het nie. En dat daar 'n baie sterk teenkanting teen hul aanwesigheid in die buurt was. Mev St, een van hul bure, het getuig dat nadat sy 'n petisie vir ondertekening rondgeneem het waarin daar beswaar teen die aanwesigheid van die appellante in die omgewing gemaak is, sy liewer na 'n ander deel van die stad verhuis het." Die toets van voorkoms is 'n objektiewe toets en 'n hof kan homself vergewis van die voorkoms van 'n applikant: *Bezuidt v Sekretaris van Binnelandse Sake* 1971 4 SA 221 (O).

⁶Deur a 45 van wet 80 van 1964 en a 7 van wet 64 van 1967 onderskeidelik.

⁷In 'n reeks uitsprake het die hof probeer om die terugwerkende krag van hierdie ingrypende wysigings teë te werk; sien bv *Pinkey v Race Classification Board* 1968 4 SA 628 (A) en *Parker v Secretary for the Interior* 1969 2 112 (K).

⁸Sien *Moosa and Another v Race Classification Appeal Board* 1971 1 SA 201 (OK) en *Parker v Secretary for the Interior* 1971 4 SA 541 (K).

weens gebrek aan 'n vrywillige erkenning of klassifikasie van die ouers, kan die hof die toets van voorkoms en sosiale aanvaarding aanwend.⁹

Ingevolge die bepalings van die wet is iemand 'n Bantoe as hy 'n lid van 'n inboorlingras of -stam van Afrika is of gewoonlik daarvoor deurgaen (artikel 1). Volgens die bepalings van artikel 19 (1)—soos gewysig deur artikel 6 van wet 64 van 1967—is die vernaamste toets om vas te stel of iemand 'n lid van 'n inboorlingras of -stam van Afrika is, die toets van bloedafstamming. Alhoewel hierdie subartikel so bewoord is dat dit skyn of voorkoms die belangrikste toets is, het die hof by die uitleg van die artikel dit onomwonde gestel dat indien daar die geringste mate van bloedvermenging met 'n Blanke of Gekleurde bewys is, is die gemengde afkoms deurslaggewend en nie voorkoms of aanvaarding nie. Bewys van selfs die geringste mate van bloedvermenging sal genoegsaam wees om 'n persoon as Gekleurde te laat klassifiseer.¹⁰ Dit is dus moontlik ingevolge die bepalings van die Bevolkingsregistrasiewet dat 'n persoon, alhoewel na voorkoms en aanvaarding 'n Bantoe, tog as Gekleurde geklassifiseer word omdat gemengde afkoms bewys is.

Die gevolgtrekking wat uit bostaande kort ontleding van die Bevolkingsregistrasiewet gemaak kan word is:

- (a) dat die Kleurlinge van die Republiek nie 'n homogene groep is nie; en
- (b) dat herkoms deurslaggewend is.

By 'n klassifikasie van die verskeie Kleurlingroepe word daar nie in die eerste plek na opvoeding, geloof en lewenswyse gekyk nie, maar wel na die herkoms. Dit beteken dat 'n persoon na voorkoms en sosiale aanvaarding volkome in een groep kan val, maar dat hy hom na sy herkoms wetlik onlosmaaklik by 'n ander groep bevind. Wetlik gesproke, as daar dus van die kleurlinge as 'n nasie of volk in wording gepraat word, kan daar nie bedoel word 'n nasie wat hom meer en meer deur sy leefwyses, gewoontes, kultuur en voorkoms onderskei nie, maar 'n heterogene „nasia” wat binne bepaalde herkomsverbande fisies aanwas en vermeerder. Binne hierdie herkomsverbande kan daar verskillende kultuur-, sosiale en religieuse uitinge ontwikkel—sommige uitgesproke

⁹Sien *Barbour NO v Race Classification Appeal Board and Another* 1971 3 SA 534 (D).

¹⁰Sien *Mabitle v Secretary for the Interior* 1968 1 SA 29 (K) 31: „The suggested alternative test of membership, namely by preponderance of blood, would in my opinion be an even more unsatisfactory test. What preponderance would be required, two-thirds, three-quarters, or seven-eighths of full blood, and what of the person who had, say, three-eighths of full blood, and what of the person who had, say, three-eighths Bantu blood and the remainder a mixture of, say, one-quarter European, one-quarter Indian and one-eighth Malay blood?” Sien ook *Marks v Sekretaris van Binnelandse Sake* 1969 1 SA 138 (T) 141.

Westers, sommige miskien meer Oosters of Bantoe. Kortom, wetlik is die Kleurlinge van Suid-Afrika almal wat nie van suiwer Bantoe- of Blanke herkoms is nie.¹¹ Of die huidige wetlike indeling 'n suiwer afbakening bied vir die wordende kleurlingnasia sal die toekomst moet leer.

KLEURLINGVERTEENWOORDIGING IN DIE SUID-AFRIKAANSE PARLEMENT

Wet 46 van 1951, wat beoog het om Kleurlinge op 'n aparte kieserslys te plaas, is eers deur die Appèlhof in 1952 ongeldig bevind omdat dit deur die parlamentshuise in aparte sitting met 'n gewone meerderheid aangeneem is. Hierdie wet is egter geldig verklaar deur wet 9 van 1956 wat met 'n twee-derde-meerderheid in 'n gesamentlike sitting aangeneem is.¹² Ingevolge artikel 7 van wet 46 van 1951 is een Blanke senator benoem om Kleurlinge in die Senaat te verteenwoordig; ingevolge artikel 9 van dieselfde wet het vier Blanke parlamentslede die Kleurlingkiesers in die Volksraad verteenwoordig.

Wet 46 van 1951 is in 1968 deur wet 50 van 1968 herroep en daardeur het die indirekte verteenwoordiging van Kleurlinge in die Suid-Afrikaanse parlement ook tot 'n einde gekom.

Teenswoordig bestaan daar ingevolge artikel 28(1)(a) van die Grondwet 32 van 1961 en ingevolge artikel 30(2) van wet 23 van 1949 die bevoegdheid van die Staatspresident om vyf senatore te benoem om met hul besondere kennis en ervaring die belange van die kleurlingbevolking van die Republiek en Suidwes-Afrika te verteenwoordig. Hierdie senatore moet ook insake Kleurlingbelange as kanaal tot die Suid-Afrikaanse parlement dien. In hoeverre hierdie moontlikheid van indirekte verteenwoordiging wel aangewend word, is nie aan my bekend nie. Wat wel opvallend is, is dat die wet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad 49 van 1964 geen bepalings bevat waarin uitvoering gegee word aan die benoemde senatore se funksie om as kanaal te dien nie.

DIE VERTEENWOORDIGENDE KLEURLINGRAAD

Die raad is deur wet 49 van 1964 ingestel en bied aan Kleurlingkiesers die moontlikheid om in 'n deels verkose liggaam sommige van hul belange te behartig. Die raad is in sekere opsigte die opvolger van

¹¹Vgl JH Coetzee *Volk (?) Sonder Land* 1971 1: „Op die keper beskou, is dit onjuis om van DIE KLEURLINGE te praat asof dit EEN bevolkingsgroep is. Nòg in afkoms, nòg in voorkoms; nòg horisontaal nòg vertikaal is daar 'n Kleurling-gemeenskaplikheid.”

¹²Wet 46 van 1951 is ongeldig verklaar in *Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A) en wet 9 van 1956 geldig verklaar in *Collins v Minister of the Interior* 1957 1 SA 552 (A). Sien VerLoren van Themaat a w 484 e v.

die Raad van Kleurlingsake wat deur die Wet op Afsonderlike Verteenwoordiging van Kiesers 46 van 1951 ingestel is, maar vertoon in sommige opsigte besondere nuwe eienskappe. Omdat die raad teenswoordig die belangrikste en hoogste konstitusionele liggaam vir Kleurlinge is, sal sy bevoegdhede en beperkings in groter besonderhede ontleed word.

Kleurlinge wat as kiesers en as lede van die raad kwalifiseer, is persone wat kragtens die Bevolkingsregistrasiewet 30 van 1950 lede van die Kaapse Kleurling-, Maleier- of Griekwagroep of die groep Ander Gekleurdes is (artikel 30). M a w vier van die sewe groepe Kleurlinge word in die raad verteenwoordig. Soos in die bespreking van die Bevolkingsregistrasiewet aangedui is, bied die raad dus huisvesting vir die belange van 'n verskeidenheid van groepe. Die vernaamste saambindende faktor van die lede en kiesers van die raad is dat hulle volgens herkoms nie Blank of Bantoe is nie (en ook nie behoort tot die Chinese Groep, die Indiërgroep of die Ander Asiatiese Groep nie).

Die vernaamste bevoegdhede van die raad

Wetgewende bevoegdhede: Die raad het wetgewende bevoegdhede tov finansies, plaaslike bestuur, onderwys, gemeenskapswelsyn en ander aangeleenthede wat die Staatspresident van tyd tot tyd in die Staatskoerant bepaal.¹³

Hierdie wetgewende bevoegdhede se presiese inhoud word nie nader omskryf nie, behalwe dat die raad „wette soos die parlement kan aanneem.” Beperkings op hierdie wetgewende bevoegdhede sal uit ander wette of van algemene reëls van die staatsreg afgelei moet word (sien hieronder).

In die raad bestaan daar vryheid van spraak, onderworpe aan die beperkings wat hieronder handel sal word (artikel 16).

Uitvoerende bevoegdhede: Die uitvoerende bestuur van die raad kan dieselfde aangeleenthede behartig as waaroor die raad wetgewende bevoegdhede besit (artikel 17(6)(a)). Die Minister van Kleurlingsake of 'n provinsiale administrateur kan statutêre bevoegdhede wat op dié onderwerpe betrekking het, aan lede van die uitvoerende bestuur oordra.¹⁴

Adviserende bevoegdhede: Ingevolge artikel 20 kan die raad adviseer op versoek, of aanbevelings maak oor alle sake rakende die ekonomiese, maatskaplike, opvoedkundige of staatkundige belange van die Kleurlingbevolking van die Republiek.

¹³a 21 saamgelees met a 17(6)(a).

¹⁴a 17(6)(c)—sien hieroor verder *supra*.

Die vernaamste beperkings op die bevoegdheids van die raad

(1) Die vernaamste beperking op die wetgewende bevoegdheids van die raad is dat die raad 'n skepping van die Suid-Afrikaanse parlement is en dat laasgenoemde te eniger tyd die magte van die raad kan inperk en wysig. Artikel 25(1) bepaal uitdruklik dat 'n wet van die raad geen regs-krag het nie vir sover dit in stryd met 'n wet van die Suid-Afrikaanse parlement is. Die magte van die Verteenwoordigende Kleurlingraad lê in geen opsig beperkinge op die wetgewende oppergesag van die parlement nie. Wetsontwerpe van die raad word deur die minister aan die Staatspresident voorgelê vir sy goedkeuring; laasgenoemde kan die wetsontwerpe goedkeur, toestemming tot hulle weerhou of hulle aan die raad terugstuur (artikel 23). Daar bestaan geen konvensie dat die Staatspresident die wetsontwerpe moet goedkeur nie.

(2) Die raad besit algemene en wye adviserende bevoegdheids, maar daar is geen verpligting op die minister om op die aanbevelings te handel of om daarop ag te gee nie.

(3) Een-derde van die lede van die raad word deur die Staatspresident benoem (artikel 1(b) en artikel 2). Volgens konvensie sal die benoeming geskied op aanbeveling van die Uitvoerende Raad.

(4) Die Minister van Binnelandse Sake kan dmv regulasie die registrasie van kiesers, die hou van kieserslyste en die hou van verkiesings reël (artikel 9(3)).

(5) Die setel van die raad word deur die raad met die goedkeuring van die minister bepaal; die minister bepaal sessies van die raad en kan die raad prorogeer (daar moet minstens een maal per jaar 'n sessie van die raad plaasvind - artikel 15(1) en (2) (a)).

(6) Alhoewel raadslede vryheid van spraak het, kan 'n lid nie-temin aanspreeklikheid opdoen as gevolg van iets deur hom gesê of gedoen teenoor die Senaat, Volksraad, provinsiale raad, 'n geregshof of 'n statutêre liggaam of 'n lid of beampte in die staatsdiens (artikel 16(3) soos gewysig deur artikel 10 van wet 52 van 1968). Word hierdie bepaling met die reëling met betrekking tot die vryheid van spraak in provinsiale rade en die Transkeise Wetgewende Vergadering vergelyk, word gevind dat sowel in die provinsiale rade as in die Transkeise Wetgewende Vergadering daar volkome en onbeperkte vryheid van spraak en immunitet van verrigting bestaan.¹⁵ Die beperkinge op die vryheid van spraak van lede van die raad is inderdaad ingrypend: Lede wat hulle skerp oor die Senaat of Volksraad of 'n geregshof uit-

¹⁵Sien vir die provinsiale rade art 75 van die Grondwet wat verwys na a 2 van die Wet op die Bevoegdheids en Voorregte van die Parlement 91 van 1963; vir die Transkeise wetgewer, sien a 36(4) en (5) van die Transkeise Grondwet 48 van 1963.

laat, mag hulle in die onbenydenswaardige posisie bevind dat hulle van minagting voor daardie liggame aangekla word. Lede wat opruiende toesprake in die raad hou, waarin hulle staatsampnare of statutêre liggame te na kom, mag ernstige probleme ingevolge die Suid-Afrikaanse veiligheidswetgewing opdoen.

(7) Die voorsitter van die uitvoerende bestuur word deur die Staatspresident aangestel en kan weer deur die Staatspresident van sy amp onthef word (artikel 17(1)(a)). 'n Lid van die uitvoerende bestuur wat vertroulike inligting openbaar, kan deur die minister van sy amp onthef word (artikel 17(5)(b)).

(8) Ministeriële statutêre magte ingevolge die Staatsdienswet 54 van 1957 en die Kleurlingonderwyswet 47 van 1963 kan net aan die benoemde voorsitter van die uitvoerende bestuur delegeer word (artikel 17(6)(c)).

Word daar bv na die Kleurlingonderwyswet gekyk, word bemark dat daar 'n groot reeks bevoegdhede is wat die minister wel aan die voorsitter van die uitvoerende bestuur kan delegeer. Enige magte wat die minister aldus delegeer, sal weer te eniger tyd deur hom herroep kan word en enigiets kragtens sodanige delegasie verrig, sal weer deur hom ongedaan gemaak kan word.

Ingevolge artikel 33 van die Kleurlingonderwyswet mag die minister nie sy bevoegdhede kragtens artikel 23 (mbt verpligte skoolbesoek) en sy regulerende bevoegdhede ingevolge artikel 34 oordra nie. Hierdie bevoegdhede sal die minister dus nie aan die voorsitter van die uitvoerende bestuur mag oordra nie.

Artikel 34 van die Kleurlingonderwyswet bevat 'n lys van meer as twintig onderwerpe waaroor die minister by regulasie maatreëls mag tref. Soos reeds vermeld, mag hierdie bevoegdheid van die minister nie oorgedra word nie. Die vraag ontstaan of die Verteenwoordigende Raad, niteenstaande die feit dat hy wel oënskynlik wetgewende bevoegdhede ten opsigte van onderwys het, op hierdie regulerende magte van die minister kragtens artikel 34 inbreuk sal kan maak. Indien dit wel die geval is dat die raad dmv sy wetgewing nie van die minister se regulerende bevoegdhede mag oorneem nie, bly daar in effek omtrent geen onderwysaangeleentheid oor waaroor die raad wetgewing kan aanneem nie.¹⁶

¹⁶Volgens my mening kan dit sterk geargumenteer word dat die minister se regulerende magte nie deur die raad oorgeneem mag word nie: Die verbod op delegasie van dié bevoegdhede word deur 'n parlements wet voorgeskryf en a 25(a) van wet 49 van 1964 bepaal uitdruklik dat wetgewing van die raad mag nie in stryd met 'n wet van die parlement wees nie. So 'n opvatting strook ook met die howe se uitleg van wetgewende magte van provinsiale rade—sien VerLoren van Themaat a w 389 e v.

(9) Die Minister of die Sekretaris van Kleurlingbetrekkinge mag sonder stem aan die raadsvergaderings deelneem (artikel 20(4)). Op die oog af mag hierdie uitskakeling van die stem belangrik lyk, maar uit die ondervinding - ook van vreemde staatsregstelsels soos die Amerikaanse - is dit bekend dat so 'n mag van samespraak in die praktyk van groot belang kan wees. In die geval van die Kleurlingraad waar wetsontwerpe uiteindelik onderworpe is aan die goedkeuring van die Staatspresident (wat op sy beurt weer handel op die advies van die Uitvoerende Raad) kan die minister se deelname 'n groot invloed hê.

(10) Gelde vir die uitoefening van die bevoegdhede van die raad word deur die parlement of deur die minister beskikbaar gestel (artikel 22(1)). Beheer van geldsake is streng in die hande van die minister (artikel 22).¹⁷

(11) Die minister vaardig regulasies uit oor die prosedure van die raad (artikel 26). Die Staatspresident bepaal die voorregte en die toelae van raadslede en lede van die uitvoerende bestuur (artikel 19).

Argumente ten gunste van en teen die Verteenwoordigende Kleurlingraad

Voorstanders van die raad voer aan dat die raad histories verantwoord is en dat die instelling vir die huidige 'n realistiese en praktiese een is. Hulle wys daarop dat dit in ooreenstemming met teenswoordige politieke ryphed en verantwoordelikhede van die Kleurling is. Die raad is volgens hul beskouing 'n uitmuntende leerskool vir verantwoordelike toekomstige Kleurlingleiers en verskaf aan die verskillende Kleurlingroepe 'n nasionale trots en eenheidsgevoel. Die raad is nie die uiteinde van die ontwikkeling nie, maar eerder die beginpunt van groter politieke ontplooiing. Teenswoordig vorm dit 'n realistiese skakel tussen regering en Kleurlingbevolking en sodoende word die geleenthede gebied vir konsultasie, advies en wedersydse respek en agting vir groeiende aspirasies. Met die uitbreiding van wetgewende en uitvoerende magte en die skepping van meer kanale van kontak en konsultasie word die weg nou gebaan vir groter toekomstige vreedsame naasbestaan. Die raad, so word geargumenteer, het reeds in die huidige bestel genoeg magte en verantwoordelikhede om hom besig te hou.

Skeptici en teenstanders van die raad voer daarenteen aan dat die raad weinig meer is as departementele liggaam met uiters beperkte magte en bevoegdhede.¹⁸ Hulle wys daarop dat die instelling net ontevredenheid en verwydering baar en dat daardeur die inisiatief van

¹⁷Ingevolge a 22(7)(c) is die Kommissaris van Kleurlingsake belas met die boekhouding van gelde wat deur die raad by besluit beskikbaar gestel word.

¹⁸Die posisie en magte van die Kommissaris van Kleurlingsake, 'n regeringsampenaar wat aan die hoof van die administrasie van Kleurlingsake staan - a 17(6) (d) en 29—bevestig die departementele karakter van die raad.

die Kleurlingbevolking gedemp word. Die teleurstelling van Kleurlingleiers met 'n raad wat magteloos is en magteloos moet toesien hoe aanbevelings in vae antwoorde versink, lei tot verbittering en versper die weg vir toekomstige ontwikkeling. Hierdie kritici is oortuig dat die raad nóg op wetgewende nóg op uitvoerende vlak toegelaat sal word of in staat is om 'n beduidenswaardige rol in die Suid-Afrikaanse staatsbestel te speel. Teoretici wys daarop dat die raad in der waarheid 'n verteenwoordigende liggaam probeer wees met 'n minimum van verantwoordelikhede: die raad kan binne die beperkte sfeer van sy magte geen wetgewing deurvoer sonder die goedguns van die Suid-Afrikaanse regering nie en beskik oor geen uitvoerende gesag om die verantwoordelikhede van sy wetgewing op sy skouers te neem nie. Op die gevare van so 'n verteenwoordigende liggaam sonder verantwoordelikhede het lord Durham in sy beroemde verslag van amper 'n anderhalfeeu gelede reeds gewys: „It is difficult to understand how any English statesman could have imagined that representative and irresponsible government could be successfully combined.”¹⁹ Die groot gevaar van so 'n stelsel, merk lord Durham op, is dat die demagogiese soort politikus die staatsinstelling kan gebruik as 'n platform vir sy wilde beloftes en aantyginge omdat hy weet dat hy uiteindelik tog nie daarvoor verantwoordelikheid gaan neem nie. Kritici van die Verteenwoordigende Kleurlingraad merk op dat sulke simptome reeds begin kop uitsteek het en dat die skuld nie in die eerste plek op die betrokke Kleurlingpolitici gelê moet word nie, maar dat die blaam die stelsel toekom.

Dit is nie my bedoeling om hier kant te kies teen of vir die raad nie. Ek sal vervolgens kortliks wys op ander reeds bestaande wyses van Kleurlingdeelname in die Suid-Afrikaanse staatsbestuur en dan sal ek met in agneming van bostaande argument probeer oorweeg hoe die toekomstige ontwikkeling van Kleurlingburgerskap kan verloop.

ANDER WYSES VAN KLEURLINGDEELNAME IN DIE SUID-AFRIKAANSE STAATSBESTUUR

Onder hierdie hoof sal ek ondersoek hoe die Kleurling ingevolge besondere wette in die geleentheid gestel word om deel te neem aan die staatsbestuur en om sodoende direk oor sy eie lotgevallen te beskik.

(1) *Verteenwoordiging in die Kaapse Provinsiale Raad*

Die moontlikheid van indirekte Kleurlingverteenvoording in die provinsiale raad wat kragtens wet 46 van 1951 (artikel 11 en 12) in Kaapland bestaan het, is deur wet 50 van 1968 herroep. Die moontlikheid van Kleurlingverteenvoording in Blanke plaaslike besture is

¹⁹Lucas *Lord Durham's Report* soos aangehaal deur VerLoren van Themaat a w 182.

prakties deur die toepassing van die Groepsgebiedewet 36 van 1966 tot 'n einde gebring.²⁰

(2) *Die Wet op Onderwys vir Kleurlinge 47 van 1963*

Daar bestaan moontlikhede van Kleurlingdeelname in onderwys-sake: artikel 30(2)(b) magtig die minister om minstens agt Kleurlinge as lede van die Onderwysraad aan te stel. Die minister kan 'n adviesraad aanstel wat uit Kleurlinge kan bestaan (artikel 31), en ingevolge artikel 32 kan skoolkomitees ingestel word. Laasgenoemde adviserende komitees sal uiteraard 'n belangrike rol kan speel in praktiese aangeleenthede van Kleurlingonderwys.

(3) *Landelike Kleurlinggebiede*

Ingevolge die Wet op Landelike Kleurlinggebiede 24 van 1963 word adviesrade aangestel en verkies om algemene advies aan die minister oor die administrasie van so 'n gebied te gee (artikel 22), en indien die minister 'n bestuursraad vir 'n gebied instel, kan geregistreerde kiesers binne daardie gebied ses Kleurlinglede verkies. Die voorsitter is 'n landdros wat deur die minister aangestel word (artikel 24). 'n Bestuursraad het administratiewe en regulerende bevoegdhede ten opsigte van welsyns-, gesondheids- en maatskaplike toestande in die gebied waarvoor so 'n raad ingestel is (artikel 27 en 28). 'n Raad het ook beperkte belastingheffende bevoegdhede (artikel 31). Die minister het wye beheersbevoegdhede en kan bv standaardregulasies vir bestuursrade uitvaardig. Indien 'n bestuursraad nie sy pligte na behore uitoefen nie, mag die minister ingryp (artikel 40).

(4) *Ander regeringsinstellings waar Kleurlingdeelname 'n rol kan speel*

Afgesien van bogenoemde instellings waar uitdruklik vir Kleurlingdeelname voorsiening gemaak is, bestaan daar ook ander instellings waarby Kleurlinge 'n direkte belang het en wat die moontlikheid van deelname nie uitsluit nie. In al hierdie gevalle word daar egter in die betrokke wette nie uitdruklik vir Kleurlingaanstellings voorsiening gemaak nie. Sulke regeringsinstellings is die volgende:

(a) *Die Universiteit van Wes-Kaapland*: Volgens die bepalings van wet 50 van 1969 is daar geen verbod op die moontlikheid nie dat die rektor en lede van die raad, adviserende raad, senaat en adviserende senaat Kleurlinge kan wees.

(b) *Die Kleurling-Ontwikkelingskorporasie*: Die Staatspresident bepaal die aantal direkteure van die korporasie en hulle word deur hom aangestel (artikel 9 van wet 4 van 1962). Artikel 9(3) bepaal uitdruklik

²⁰Gedurende die 1971-sessie van die Kaapse provinsiale raad is dan ook voorstelle ingedien om Kleurlingdeelname in Blanke plaaslike besture in die provinsie uit te sluit.

dat direkteure vertrouwd moet wees met die behoeftes van Kleurlinge. Dit mag gebeur dat die Staatspresident by die aanstelling van sommige direkteure besluit dat Kleurlinge die beste met die behoeftes van Kleurlinge vertrouwd is.

(c) *Opleidingsentrums vir Kleurlingkadette*: Die minister kan by elke opleidingsentrum vir Kleurlingkadette bestuurskomitees aanstel om hom van advies te dien (artikel 3 (1) van wet 46 van 1967). Die minister stel verder 'n Keurraad van drie persone aan (artikel 10(1)). In geen geval is daar in die wet 'n verbod op die aanstelling van Kleurlinge nie.

(d) *Groepsgebiede*: Die Minister van Gemeenskapsbou kan raadplegende en bestuurskomitees vir bepaalde groepsgebiede instel (artikel 28 van wet 36 van 1966). Kragtens artikel 29 kan hy ook plaaslike bestuure vir dié gebiede instel. In Kleurlinggroepsgebiede mag dit dus gebeur dat Kleurlinge op hierdie wyse ook in die geleentheid gestel word om in hul plaaslike bestuursake deel te neem.

(e) Newens die paar instellings wat hierbo bespreek is, bestaan daar nog 'n verskeidenheid van ander wat as gevolg van hul werksaamhede die lewens van Kleurlinge op belangrike wyses beïnvloed. 'n Mens kan byvoorbeeld dink aan die Groepsgebiederaad wat deur die Minister van Bepanning aangestel word (artikel 2 van wet 36 van 1966), die Nywerheidsversoeningshof wat deur die Minister van Arbeid aangestel word (artikel 17 van wet 28 van 1956) en die Dranklisensierade wat deur die Minister van Justisie aangestel word (artikel 14 van die Drankwet 30 van 1928). Hierdie lys sou nog heelwat uitgebrei kan word. Die belangrike is egter dat die lidmaatskap van hierdie rade en liggame nie vir Kleurlinge deur enige van hulle konstituerende wette uitgesluit word nie. Of sodanige aanstelling prakties of wenslik is, is 'n aangeleentheid waaroor ek my nie sal uitlaat nie. Al wat hier gekonstateer kan word is dat sulke aanstellings reeds in hierdie stadium regtens nie ongeoorloof of onmoontlik is nie.

DIE TOEKOMS

Wat is die toekoms van Kleurlingburgerskap in Suid-Afrika? Dit is veral by 'n bespreking van hierdie vraag dat 'n mens jouself in die diepkant van die politiek kan bevind. Dit is egter ook moontlik om die praktiese ontwikkeling van Kleurlingburgerskap binne die huidige konstitusionele raamwerk te bespreek:

Vir die huidige sou daar miskien met reg beweer kan word dat die bestaande instellings en liggame vir die Kleurling genoegsame geleentheid bied om sy burgerregte uit te leef. Die moontlikheid van groter gebruikmaking van Kleurlinginisiatief en kennis by die aanstelling van regeringsrade en liggame moet nie onderskat word nie. 'n Stelsel van adviserende en raadplegende instansies kan oor 'n groot gebied waar Kleurlingbelange op die spel is, uitgebrei word. Bestuure

van landelike Kleurlinggebiede en van Kleurlinggroepsgebiede kan met meer onafhanklike en effektiewe magte beklee word. Al sulke ontwikkelings sal belangrike stappe in die ontplooiing van Kleurlingburgerskap wees, maar die vraag bly of dit selfs vir die huidige genoegsaam sal wees indien die groter patroon van toekomstige konstitusionele wasdom nie duideliker aangestip word nie. Om so 'n groter patroon van 'n toekomstige konstitusionele groei aan te dui, is 'n veel moeiliker taak as waartoe ek in staat is. Maar ek durf miskien probeer om sommige beleids- en politieke rigtings aan die hand van staatsregtelike realiteite toe te lig.

Die beleid van parallelle ontwikkeling

Alhoewel die amptelike regeringsbeleid van sogenaamde parallelle ontwikkeling vir sover dit praktiese staatsinrigting aangaan, vir die staatsreggeleerde aan heelwat onduidelikhede mank gaan, kan daar tog in die algemeen gesê word dat so 'n beleid in die breë 'n ontwikkeling beoog waardeur Kleurlingliggame en instellings op 'n planmatige wyse opgebou en uitgebrei sal word ten einde hulle in staat te stel om sodoende van een vlak na die ander in bevoegdheid en magte hul plek naas die Blanke regeringsinstellings in te neem. Op die hoogste vlak sal die Blanke en Kleurlingbesture en staatsinstellings mekaar dan in een of ander parlementêre newestruktuur soos 'n tweede senaat, of in een of ander superstruktuur ontmoet, soos 'n Blank-Kleurlingkonstitusionele raad. Daar moet op geleë word dat die uiteindelijke skakeling op die pad van parallelle ontwikkeling nog nie deur die regering aangedui is nie. In die beleidsverklarings van die Nasionale Party sowel as in verklarings van individuele ministers word steeds gemeld dat die uiteindelijke vorm van konstitusionele skakeling op hierdie stadium nog nie te voorsien is nie. Om die beleid van parallelle ontwikkeling egter as 'n praktiese konstitusionele moontlikheid te sien, moet daar vir die toekoms 'n geïnstansionaliseerde wyse van skakeling tussen Blanke en Kleurling-bestuursinstellings veronderstel word.

Die groot mate van soeke na 'n eerlike, demokratiese oplossing in die beleid van parallelle ontwikkeling kan waarskynlik nie betwis word nie. Konstitusionele werklikhede dwing 'n mens egter om verskeie besware te opper:

(1) Wetlik is die Kleurlinge nie 'n homogene nasie met 'n bepaalde grondgebied nie en daar moet volgens alle gesaghebbende uitlatings aanvaar word dat 'n Kleurlingtuisland geen praktiese werklikheid ooit kan wees nie. Parallelle staatsinrigtings is by uitstek die struktuur waarop federale regerings gebou is. In 'n federasie van state, kan 'n mens sê, bestaan die samestellende state se regerings parallel naas mekaar.

(2) In die mate waarin Kleurling-landelike gebiede en Kleurlinggroepsgebiede in Suid-Afrika uitgebrei word en ontwikkel, tot dié

mate het die Verteenwoordigende Kleurlingraad die lewensvatbaarheid om tot 'n soort „provinsiale” regeringsinstelling te ontwikkel. Op die oomblik is die raad volgens sy magte en bevoegdhede—afgesien van die politieke aansien daarvan en die politieke belang van sy debatte—nie meer as 'n departementele raad nie wat volledig binne die bestek van departementele dekonsentrasie val. Dit mag gebeur dat met die ontwikkeling van Kleurling-plaaslike owerhede, die raad meer en meer magte tot dorpsbeplanning, handelslisensiëring, gesondheid, verkeer en ook belastingheffing sal verkry. In die geval van so 'n ontwikkeling sal die minister—of waarskynlik eerder die Kommissaris vir Kleurlingsake—nie meer 'n ministeriële rol speel nie, maar wel dié van 'n provinsiale administrateur (dws nie dié van 'n hoof in 'n departementele hiërargie nie, maar dié van 'n „voog” in 'n soort administratiewe voogdy). Of die Verteenwoordigende Kleurlingraad egter ooit soveel magte soos ander provinsiale instellings en rade sal kan verwerf, is te betwyfel. Die vernaamste rede vir hierdie twyfel is die feit dat die plaaslike Kleurlingbesture wat binne die magsgebied van die raad val, nog altyd binne die groter provinsiale gebiede sal val. Om sodanige magte aan die raad toe te ken as wat teenswoordig vir provinsiale rade ingevolge artikel 84 van die Grondwet ingerig is, mag ondoenlik blyk te wees.

Meer as 'n soort „provinsiale” instelling kan die raad waarskynlik nie wees nie. Dus, alhoewel die Verteenwoordigende Kleurlingraad in die toekoms nog meer magte kan verwerf, kan dié instelling nooit aspireer om sy plek naas die sentrale bestuursinstellings van die Republiek in te neem nie. Die raad is konstitusioneel voorbestem om 'n laer, ondergeskikte liggaam te wees.

(3) Selfs al sou die raad in die toekoms argumentsonthelwe kon uitgroeï tot 'n belangrike staatsinstelling—soos die Wetgewende Vergadering van die Transkei—is dit nog ondenkbaar dat die Suid-Afrikaanse parlement ooit teenoor die raad van sy wetgewende oppermag sal afstand doen. Dit is ondenkbaar dat die Suid-Afrikaanse parlement oor sy magte ten opsigte van sulke belangrike aangeleenthede soos rasseklassifikasie, groepsgebiede, politieke inmenging, arbeid, grond, hoër onderwys, nywerheidsversoening en talle meer sal afstand doen. En meeste van die onderwerpe genoem, raak die Kleurling ten seerste. Net so min as wat die Suid-Afrikaanse parlement kan bekostig om hierdie magte aan 'n laer ondergeskikte liggaam soos die Verteenwoordigende Raad oor te dra, net so min kan die parlement bekostig om dié magte aan een of ander superliggaam oor te dra waar die parlement en Kleurlingraad gesamentlik verteenwoordig sal wees. In alle geval sou dit onrealisties wees om 'n ondergeskikte liggaam soos die Verteenwoordigende Raad in een sprong deur middel van verteenwoordiging in 'n superstruktuur die mag te gee om hom teenoor die Suid-Afrikaanse parlement te laat geld.

(4) 'n Ander moontlikheid ingevolge 'n beleid van parallelle ontwikkeling, is dat aan die Verteenwoordigende Raad— of 'n tweede senaat waarin die raad dan verteenwoordig word— die mag gegee word om hul direk oor wetsontwerpe van die Suid-Afrikaanse parlement uit te spreek. Die parlement sou in so 'n geval nog steeds moet sorg dra dat die Verteenwoordigende Raad—of tweede senaat—nie oor die mag beskik om finaal oor wetgewing van die parlement te beskik nie. Met ander woorde 'n soortgelyke bepaling as dié van artikel 63 van die Grondwet sal ingevoeg moet word. Die besware teen so 'n stelsel van vertraging of sensuur van wetgewing van die volksraad is dat dit lei tot 'n verslapping en lamlegging van die wetgewende masjinerie van die parlement. Die ondervinding het ook geleer dat so 'n liggaam van wetgewende sensuur maklik tot 'n negatiewe en skoorsoekerige instelling kan ontwikkel. 'n Ander gevaar is dat die liggaam 'n bron van gedurige agitatie kan word, omdat lede alte maklik daarop ingestel kan word om dispute en geskille met die Suid-Afrikaanse parlement oor enige onderwerp aan te blaas.

(5) 'n Verdere probleem in verband met die toepassing van 'n beleid van parallelle ontwikkeling is dat dit noodwendig die gevolg sal hê van 'n nog ingewikkelder, onoorsigteliker stelsel van staatsadministrasie. 'n Duplisering van regeringsliggame en aktiwiteite bring noodwendig meer administrasie, beheer en reëling mee en die praktiese toepassing van so 'n dubbel bestuur mag blyk 'n onmoontlike taak vir die mees toegewyde en bekwaamste staatsamptenaar te wees.²¹

Die enigste gevolgtrekking waartoe ek kan kom in die lig van die bostaande is dat die praktiese toepassing van 'n beleid van parallelle ontwikkeling op 'n lae vlak miskien moontlik is, maar dat dit—selfs met allerhande nuanses— op die vlak van die hoër staatshiërargie, tot groot praktiese probleme en struikelblokke mag lei.

Volwaardige Kleurlingburgerskap

Met volwaardige Kleurlingburgerskap word bedoel 'n burgerskap wat gelykstaan aan dié van die Blankes in Suid-Afrika. Omdat volwaardige Kleurlingburgerskap vir die persone geweldig veel ander, en veral maatskaplike, implikasies inhou, word die onderwerp dikwels met huiwering aangepak. Ongelukkig het politieke oorwegings en lojaliteite hier 'n groot dampkring van emosie en aandoening laat ontstaan. Word van volwaardige kleurlingburgerskap gepraat, word daar dikwels die skrik van maatskaplike integrasie voorgehou of word daar

²¹Vgl in hierdie verband die duplisering van wetgewing wat daar reeds onder die huidige stelsel plaasvind: Die Wet op Toevlugte en Rehabilitasiesentrums, die eerste wet aangeneem deur die Verteenwoordigende Raad—Staatskoerant 3312 van 24 November 1971—bevat identiese bepalings as dié van wet 41 van 1971 wat vir al die ander bevolkingsgroepe geld.

met verbittering gewys op die bewimpeling en politieke naarhede wat in die verlede sou plaasgevind het toe die Kleurling, so word beweer, wel „volwaardige” burgerskap gehad het.²² Geen politikus wat sy sout werd is, sou hierdie sentimente kon negeer nie. My taak lê egter op ’n ander terrein.

Al vraag wat ek op hierdie stadium wil aanraak, is of dit nie moontlik is om aan volwaardige Kleurlingburgerskap *dieselfde inhoud* te gee as aan Blanke burgerskap sonder om noodwendig te eis dat die *praktiese vervulling* daarvan identies met dié van die Blanke behoort te wees.

Parallele ontwikkeling beoog ook volwaardige Kleurlingburgerskap. Hierbo het ek probeer om te verduidelik waarom dié beleid weens verskeie praktiese en staatkundige oorwegings net die eerste—en wel hoogsbelangrike—stappe op die pad van volwaardige burgerskap kan wees.

Uiteindelijke volwaardige burgerskap kan in ons huidige staatsregtelike opset op een van twee wyses verwesenlik word:

(1) Die eerste moontlikheid is die—waarskynlik geleidelike—verlening van stemreg aan die Kleurling ten einde hom in staat te stel om aan die verkiesing van provinsiale rade en die parlement deel te neem. So ’n ontwikkeling sou wesenlik neerkom op ’n terugkeer na en uitbreiding van die stelsel van gemeenskaplike kieserslyste wat vóór 1956 bestaan het. Politieke integrasie van die Kleurling op hierdie wyse is ’n praktiese moontlikheid en mis al die komplikasies en slag-gate, soos hierbo geskets, van newe-, parallelle en superstaatsorganisasie. Maar of hierdie stelsel—selfs al word dit met groot omsigtigheid en heel geleidelik ingevoer—ooit vir ’n regering aanvaarbaar sal wees wat oor ’n tydperk van jare wêreldgeskiedenis in die staatsreg gemaak het deur juis dieselfde stelsel op ’n verbete wyse uit te roei, is ’n ander vraag. En dan word die ander nie-juridiese, emosionele, politieke, en maatskaplike oorwegings nog nie eers beantwoord nie.

(2) ’n Ander moontlikheid om volwaardige kleurlingburgerskap op ’n meer praktiese wyse binne die huidige staatsregtelike patroon te verwesenlik, sal wees om met die behoud van die bestaande stelsel met al sy instellings en moontlikhede, die Verteenwoordigende Kleurlingraad te laat ontwikkel tot ’n parlementêre kieskollege wat vir eers op ’n indirekte en later op ’n direkte wyse sy verteenwoordigers vir die Suid-Afrikaanse Volksraad en Senaat verkies. ’n Begin sou gemaak kon word om die raad die bevoegdheid te gee om eers indirek en later direk die benoeming te doen van die vier senatore wat Kleurlingbelange in die Senaat moet verteenwoordig (artikel 28(1)(a) van die Grondwet).

²²Sien JH Coetzee a w 33: „Op die verre historiese gesigseinders is die skimme van Pandoere, Londense Sendinggenootskap, Swarte Ommegang, ens ens nog sigbaar.”

Die voordeel van so 'n stelsel is dat die afsonderlike politieke organisasie van die Kleurling bewaar bly (soos beskerm deur die Wet op die Verbod op Politieke Inmenging 51 van 1968) asook sy plaaslike bestuursinstellings, maar dat Kleurlingburgerskap sodoende 'n volwaardige inhoud verkry.

Die ontwikkeling van volwaardige Kleurlingburgerskap soos hierbo geskets, sal noodwendig ook die gelykwaardige deelname van die Kleurling in sy eie of Blank-gemeenskaplike uitvoerende organe (soos die groepsgebiederaad, dranklisensierade, bemarkingsrade, ens) en regsprekende organe behels.

Sommige sal beweer dat die laaste moontlikheid van volwaardige Kleurlingburgerskap eintlik maar neerkom op parallelle ontwikkeling; ander mag beweer dat die stelsel niks anders is nie as verbloemde politieke integrasie. Dit is nie my taak om hierdie argumente te beantwoord nie. Ek wil volstaan met die opmerking dat in 'n tyd wat vra vir praktiese oplossings 'n mens met die maksimum van die middels tot jou beskikking moet werk om vooruit te gaan, sonder om staatsregtelike werklikhede uit die oog te verloor.

OPSOMMING EN SLOT

Regtens is die Kleurlingbevolking van Suid-Afrika 'n heterogene groep mense wat hoofsaaklik weens hul afkoms in verskillende groepe ingedeel word. Alle persone wat nie Blank en nie Bantoe is nie, is Kleurlinge. Om eenvoudig van 'n Kleurlingnasie in wording, met 'n eie identiteit, te praat is 'n weerspreking van die reg en feite.

Die regeringsliggame wat daar vir die Kleurling bestaan, mag vir die huidige genoeg ruimte vir politieke aspirasies bied, maar daar sal in die toekoms gesoek moet word na nuwe bane waarlangs Kleurlingburgerskap na volwaardigheid gelei kan word.

Blanke burgerskap en Kleurlingburgerskap behoort in die Republiek 'n gelykwaardige inhoud te hê, al verskil die wyses waarop Blanke en Kleurlingburgerskap verwesenlik word. 'n Stelsel moet gesoek en ontwerp word waarbinne Kleurlingburgerskap tot volwaardigheid gevoer kan word met die gebruikmaking van die maksimum potensiaal van mensemateriaal, geloof en optimisme - van Blanke sowel as Kleurling.

Ek vertrou dat hierdie referaat u 'n oorsig bied van die staatsregtelike posisie van die Kleurling in die Republiek en dat die voordrag u sal inspireer om *u burgerreg* van besinning, ondersoek, dink en selfs kritiek uit te oefen.

SUMMARY

Coloured citizenship in South Africa

In terms of the Population Registration Act everybody who is not a White or a Bantu, is a Coloured. To speak of one Coloured nation as a separate entity or as

an "emerging nation" is a negation of law and fact. The Coloured peoples of South Africa are a heterogeneous group of peoples who in terms of the law are subdivided into various classes according to their descent.

Under the existing laws, the Coloured peoples have a much lower political status than the Whites and constitutionally suffer many disadvantages. Although present institutions provide them with some opportunity to participate in the political and public affairs of the country, it will in future become increasingly important to establish new ways to enhance their political status. The Coloured Representative Council, which is at the moment their highest representative institution, may wield some political influence, but constitutionally it is a subordinate body within a fixed departmental hierarchy, with limited legislative and executive powers. In many respects the present system of Coloured participation in public affairs reflects the dangers inherent in a representative but irresponsible government.

The application of a policy of parallel development within a unitary state such as the Republic where there exists no real possibility to create a separate and geographically defined unit for Coloureds, must constitutionally always result in the subordination of the political institutions of the Coloured peoples. Only by means of political integration can the civil rights of the Coloured peoples of South Africa attain the same content as those of the Whites. Political integration can be developed on legislative, executive and judicial levels and may take place on either an individual or minority group basis. □

Wat die mens is, het hy aan die vereniging van mens en mens te danke. Die moontlikeheid om assosiasies tot stand te bring wat nie alleen die krag van hulle wat tegelykertyd leef verhoeg nie, maar wat veral . . . die vergange geslagte met die komendes verbind, bet ons die moontlikeheid van ontwikkeling van die geskiedenis gegee . . .

. . . Met gelyke mag en noodwendigheid breek die teenoorgestelde gedagte baan, die gedagte van die veelheid wat in elke samevattende eenheid voortbestaan, van die besonderheid wat in die algemeenheid voortleef - die gedagte van die reg en die selfstandigheid van al die in die hoëre eenheid saamstromende kleiner eenhede tot onder by die afsonderlike individu - die gedagte van die vryheid.

Die stryd tussen hierdie twee groot beginsels bepaal een van die magtigste bewegings in die geskiedenis. Om dié twee beginsels te kan versoen in 'n vorm wat tyd, nasionaliteit, ontwikkeling en alle ander konkrete verhoudinge pas, beteken geluk vir die volkere; eensydige oorheersing van die een oor die ander, ongelyke of ongepaste verdeling van hul gebiede lei tot ongeluk. En net soos tot dusver nog al daardie skitterende wêreldryke in duie gestort het wat die vryheid ten gunste van die eenheid vergeet het, so kon ook geen volk wat nie verstaan het hoe om die selfstandigheid van die lede ten gunste van 'n hoëre eenheid te beperk, die storms van die geskiedenis trotseer nie.

Vry na Otto Gierke
Das Deutsche Genossenschaftsrecht
 I Einleitung

Die regshistoriese metode*

DH van Zyl

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

In die afgelope drie of vier dekades het 'n hele aantal akademiese proefskrifte en dergelike vrugte van navorsingsprojekte, wat beweer is 'n „regshistoriese en regsvergelykende” ondersoek van 'n bepaalde instelling van ons Suid-Afrikaanse reg te wees, die lig gesien. Oor die regsvergelykende aspekte van hierdie ondersoeke wil ek liever niks sê nie, behalwe dat daar tot op hede bitter min konstruktiefs op hierdie hoogs-gespesialiseerde gebied in Suid-Afrika verrig is.¹ Dit is die regshistoriese aspekte wat ek graag wil bespreek en waaroor ek enkele opmerkings wil maak.

Net soos Latyn in die regscurriculum, staan Romeinse reg ook geruime tyd onder die swaard van afskaffing vanweë die gebrek aan praktiese nut wat dit as regs vak sou bied. Trouens, aan baie van ons universiteite is dit al sodanig afgewater dat dit net so wel afgeskaf kon gewees het. Die rede vir hierdie miskenning van die Romeinse reg is eenvoudig: dit word geheel en al uit verband geruk en as 'n suiwer histories-wetenskaplike studie aangebied, sonder dat die breër verband met die moderne Suid-Afrikaanse reg aangedui word. Dat die verband bestaan, kan nie ontken word nie: dit spreek uit die naam wat ons gegee het aan ons gemene reg, die Romeins-Hollandse reg, dit wil sê die Romeinse reg soos dit in Holland aanvaar² en toegepas is ooreenkomstig die plaaslike behoeftes, en soos beïnvloed deur die regsontwikkeling in ander dele van Europa, veral Duitsland en Frankryk.

Wanneer ons nou gaan vertel dat die Romeinse reg 'n kenbron van ons reg is, is dit nie korrek nie, tensy ons bedoel die Romeinse reg soos dit ontwikkel het oor 'n tydperk van meer as 'n duisend jaar voor sy

*Rede gelewer op 20 Oktober 1971 by die formele intrede as professor van Romeinse reg en regs geskiedenis aan die Universiteit van die Oranje-Vrystaat.

¹Oor wat dit behels sien David R and Brierley JAC *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of the Law* Londen 1968. Vgl Hosten WJ *Romeinse Reg, Regsgeskiedenis en Regsvergelyking (Mededelings van die Universiteit van Suid-Afrika A 21)* Pretoria 1961.

²Sie hieroor Feenstra R *Verkenningen op het Gebied der Receptie van het Romeinse Recht* Zwolle 1950; *idem* „Zur Rezeption in den Niederlanden” in *Studi Koschaker I* 245 ev.

repsie in die Nederlande. Dan eers het dit 'n funksionele doel, naamlik as hulpmiddel of daadwerklike instrument om ons eie gemene reg te begryp. Dan eers begin die Romeinse reg vir ons te lewe en sin te kry. Dit is vir ons noodsaaklik om die Romeinse reg slegs as die eerste stap in 'n lang ontwikkeling te sien, en dit is ons taak in Suid-Afrika om hierdie skakel tussen die Romeinse reg en die Romeins-Hollandse reg na te vors en vas te stel. Om dit te doen, gebruik ons die regshistoriese metode,³ nie in die sin van verwysing na 'n mengelmoes skrywers uit die verlede as gesag vir 'n bepaalde standpunt nie (soos ongelukkig te dikwels die geval is by ons hedendaagse skrywers), maar as 'n sistematiese en behoorlik geordende betragting van die verskillende fases van ontwikkeling wat die Romeinse reg sedert keiser Justinianus in die sesde eeu ondergaan het.

Die motivering vir 'n rede wat die regshistoriese metode na vore bring en ondersoek is die feit dat daar onder Suid-Afrikaanse juriste baie min regswetenskaplike eenvormigheid ten opsigte van die gebruik van ons ou bronne bestaan. Dit gebeur dikwels in ons regspraak dat 'n instelling van die klassieke Romeinse reg direk met die soortgelyke Suid-Afrikaanse instelling vergelyk word, of dat ou skrywers se menings sonder kronologiese, territoriale of ander onderskeid naas mekaar gesitueer word. In die oorgrote meerderheid van ons Suid-Afrikaanse proefskrifte en ander regswetenskaplike bydraes is die stereotipe benadering weer „Romeinse reg,” „Romeins-Hollandse reg” en „Suid-Afrikaanse reg.” Onder die hoof „Romeins-Hollandse reg” word 'n verskeidenheid van skrywers uit alle tydperke en gebiede as gesag aangehaal, sonder die geringste inagneming van die feit dat die „Romeins-Hollandse reg” in sy ruimste sin niks anders kan wees as die reg soos opgeteken deur die Nederlandse skrywers van die sewentiende en agtiende eeue nie.⁴ So 'n benadering is onhoudbaar, en die waarde van ons gemene reg gaan daardeur dikwels heeltemal verlore.

³Sien Turpin CC „Legal Education in South Africa” in 1958 *Acta Juridica* 154 e.v.; *idem* „The Antecedents of Roman-Dutch Law: An Historical Survey,” in 1963 *Acta Juridica* 1; Roberts AA „Handhaaf die Gemene Reg,” in 2 *THRHR* (1938) 202 e.v.; Van Warmelo P „Roman Law and the Old Authorities on Roman-Dutch Law” in 1961 *Acta Juridica* 38 e.v.; Mostert DF *Die Romeins-Hollandse Reg in Oënskou* (Publikasies van die Universiteit van Pretoria. Nuwe Reeks 49), professorale intreerede, Pretoria 1969; Hosten a.w.

⁴Kyk byvoorbeeld na John DG 'n *Oorsig van Onregverdige Verryking in die Suid-Afrikaanse Reg*, proefskrif Leiden 1951; Kampfer JCG *Testamentsformaliteite in Verskeie Regstelsels* Leiden (ongedateer); De Wet JC „*Estoppel by Representation*” in die *Suid-Afrikaanse Reg* Leiden 1939 (die „Romeins-Hollandse Reg” behandel hy op bl 56 e.v. sonder historiese fundering); Van Warmelo P *Vrywaring teen Gebreke by Koop in Suid-Afrika* proefskrif Leiden 1941 (hy bespreek die „midleeeuse reg” baie kortliks (58-71) sonder enige onderskeid tussen die verskillende skole); VerLoren van Themaat JP *Diefstal en in Verband daarmee Bedrog in die Romeins-Hollandse Reg* Kaapstad/Amsterdam 1949 (hy beëindig sy bespreking van die middeleeuse reg by die kommentatore, sonder inagneming van die driehonderd

Dit spreek ook vanself dat 'n verwysing na slegs een of twee skrywers uit 'n bepaalde tydperk gewoonlik nie as afdoende verteenwoordigend van daardie tydperk of skool beskou kan word nie.

Die ou skrywers is ook nie altyd ewe gesaghebbend nie: elke skrywer se relatiewe belangrikheid as gesag moet afsonderlik en volgens eie meriete beoordeel word.

Indien ons hierdie faktore deeglik in gedagte hou, kan ons vervolgens kyk na die verskillende fases van regsontwikkeling as die eintlike beliggaming van die regshistoriese metode van ondersoek van ons Suid-Afrikaanse gemene reg.

Die sistematiek wat ek self voorstaan en wat ek graag nou wil bespreek, is die volgende:

- I Die Romeinse reg
- II Die Glossatore
- III Die Ultramontani
- IV Die Kommentatore
- V Die Humaniste
- VI Die ontwikkeling in Frankryk vanaf die humanistiese tydperk tot kodifikasie in 1804
- VII Die ontwikkeling in Duitsland vanaf die humanistiese tydperk tot kodifikasie in 1900
- VIII Die ontwikkeling in Nederland vanaf die resepsie van die Romeinse reg tot kodifikasie in 1838: die Romeins-Hollandse reg.

I DIE ROMEINSE REG

Die beginpunt van enige regshistoriese ondersoek van 'n moderne Suid-Afrikaanse regsinstelling (en ons dink hier meer spesifiek aan privaatregtelike instellings) is die Romeinse reg. In hierdie verband word gewoonlik onderskei tussen klassieke en na-klassieke Romeinse reg, terwyl verdere verfyningsoos soos antieke en voor-klassieke Romeinse reg ook gemaak word.⁵

Die algemene opvatting (waaraan ek my steun moet verleen) oor die klassieke Romeinse reg, is dat dit strek vanaf ongeveer die begin

jaar van ontwikkeling vanaf die kommentatore tot die Romeins-Hollandse skrywers). Na my respekvolle mening is, uit regshistoriese oogpunt beskou, een van die beste bydraes van die afgelope dekade die van Grosskopf FH *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingsregte* proefskrif Leiden 1960.

⁵Bv by Kaser M *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das Altrömische, Das Vorklassische und Klassische Recht* 2. Aufl München 1971; *idem, Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen* München 1959. Kaser sien die oud- of antieke Romeinse reg as die heel vroegste reg, waarby die Wet

van ons jaartelling (of miskien nog 'n bietjie vroeër) tot ongeveer die middel van die derde eeu nC⁶—die tydperk van die groot Romeinse juriste soos Gaius, Ulpianus, Papinianus, Paulus en Modestinus. Die vernaamste bron van die klassieke Romeinse reg sou dan die werke van hierdie juriste wees.⁷

Wanneer ons van die „na-klassieke” Romeinse reg praat, bedoel ons gewoonlik die reg soos dit ontwikkel het vanaf die middel van die derde eeu nC, en soos uiteindelik beliggaam in die *Corpus Iuris Civilis* van keiser Justinianus, opgestel hoofsaaklik in die tydperk 528-534 nC.

Die rede vir hierdie breë onderskeid tussen klassieke en na-klassieke Romeinse reg hang ten nouste saam met die metodes van navorsing van die Romeinse reg gedurende die afgelope tagtig of negentig jaar, 'n navorsingstydperk wat as „neo-humanisties” bestempel word vanweë sy gerigtheid, net soos by die Franse humanistiese skool van die vyftiende en sestiende eeue, op die herontdekking van die „oorspronklike” klassieke reg, dit wil sê die reg wat gegeld het tot twee honderd en vyftig jaar voor Justinianus sy kodifikasie aangepak het. Die opvatting het ontstaan dat die Justiniaanse samestellers diepgaande veranderings aangebring het om die reg aan te pas by die omstandighede en behoeftes van hulle tyd. Daarom sou Justinianus se kodifikasie 'n „onsuiwer” weergawe wees van die werklike Romeinse reg. Hierdie opvatting het dan aanleiding gegee tot die entoesiastiese soeke na Justiniaanse toevoegings tot en veranderings van die oorspronklike reg.⁸ Dit was die begin van die berugte „interpolasiejagtery” wat in die eerste paar dekades van hierdie eeu hoogty gevier het.⁹ In die afgelope klompie jare het die meeste vooraanstaande juriste tot die slotsom gekom dat die soeke na interpolasies hande-uit geruk het en tot soveel radikale en ekstremistiese teoretisering aanleiding gegee

van die Twaalf Tafels 'n belangrike rol speel, terwyl die voor-klassieke reg—hoofsaaklik verteenwoordig in die werke van die ou juriste, *veteres*, wat afsluit met Q Mucius Scaevola en Servius Sulpicius Rufus—val in die tydperk vanaf ongeveer 200 vC.

⁶Oor die indeling van hierdie tydperke is daar nie eensgesindheid nie. My opvatting stem ooreen met dié van Kaser *Römische Rechtsgeschichte* 2 Aufl Göttingen 1967 170 (vanaf Augustus tot Alexander Severus, dws 31 vC tot 253 nC) en Kunkel W *Römische Rechtsgeschichte, eine Einführung* 5 Aufl Köln/Graz 1967 103, in teenstelling met Hermesdorff BHD *Schets der Uitwendige Geschiedenis van het Romeinse Recht* 6e druk Nijmegen 1970 137, wat die klassieke tydperk alte ruim opneem as beginnende 300 vC en strekkende tot 350 nC. Sien my resensie van hierdie werk in 34 *THRHR* (1971) 209 ev.

⁷Kaser *Das Römische Privatrecht* I 168 ev.

⁸Justinianus het self in sy *constitutio tanta* 10 bepaal dat veranderings aangebring moet word om aan te pas by die heersende omstandighede van sy tyd.

⁹Die eerste werklike interpolasiekritiek het reeds by Cuiacius (1522-1590) en Antonius Faber (1557-1624), twee vooraanstaande lede van die Franse humanistiese skool, 'n aanvang geneem, en is in die laaste dekade of twee van die vorige eeu deur juriste soos Gradenwitz, Lenel en Alibrandi weer na vore gebring.

het dat dit werklikwaar nie meer te ernstig opgeneem kan word nie, of in elk geval met die grootste omsigtigheid benader moet word.¹⁰ Dit hang saam met die feit dat dit vandag duidelik is dat die interpolasies wat wel in die *Corpus Iuris Civilis* voorkom nie almal van Justinianus se samestellers afkomstig is nie. Kaser het reeds aangetoon dat die Romeinse reg minstens vyf fases van ontwikkeling beleef het, naamlik (a) die klassieke oorsprong; (b) die vroeg na-klassieke hersiening; (c) vulgêre teksveranderings; (d) hersiening van die Oos-Romeinse skole (byvoorbeeld Berytos) en (e) die innovasies deur Justinianus se samestellers aangebring.¹¹

My persoonlike houding ten opsigte van interpolasies en sogenaamde na-klassieke veranderings is uiters konserwatief, indien nie geheel en al negerend nie. Die standpunt waarvan ek uitgaan is dat elke teks in die *Corpus Iuris Civilis* as eg en klassiek beskou moet word tensy die teendeel bo redelike twyfel bewys kan word. Dit beteken dat suiwer filologiese en logiese oorwegings, op grond waarvan die meeste interpolasies geïdentifiseer word, bitter min, indien enige, gewig behoort te dra. Die uitgangspunt dat die klassieke juriste se taal, styl en logiese aanslag altyd volmaak was, in teenstelling met dié van die na-klassieke juriste is onsinnig, en is nie eers 'n betoog waardig nie.

Na hierdie bespiegeling oor die onderskeid tussen die klassieke en na-klassieke Romeinse reg, is die gevolgtrekking waartoe ek moet kom dat, vir ons doeleindes in Suid-Afrika, die indeling klassieke en na-klassieke Romeinse reg glad nie weselik is nie. Ons stel belang in die Romeinse reg soos dit ontwikkel het tot aan die einde van die agtiende eeu in Holland, en hiervan is die fondament die *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus. Die neo-humanistiese rigting van die afgelope tagtig jaar of so¹² het beslis afgewater geraak en die navorsingsresultate van hierdie stroming behoort myns insiens nie hier in ag geneem te word nie, aangesien dit nie 'n weerspieëling van die Romeinse reg van die glossatore en latere skrywers is nie.¹³

¹⁰Sien Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 161 e.v.; Kaser *Roman Law Today: Two Lectures (Mededelings van die Universiteit van Suid-Afrika B 21)* Pretoria 1965 8 e.v. Hierdie versigtige stellingname van Kaser blyk ook deurgaans in die tweede uitgawe van sy *Das Römische Privatrecht I* wat so pas verskyn het as *Das Altrömische, das Vorklassische und das Klassische Recht* München 1971.

¹¹Kaser *Römische Rechtsgeschichte* 256 e.v.; *idem Roman Law Today* 11. sien oor algemeen Feenstra R *Interpretatio Multiplex* (1953). Wat betref die invloed van die vulgêr-Romeinse reg as sodanig, sien Kunkel a.w. 141 e.v.; Kaser *Das Römische Privatrecht II* 4 e.v.

¹²Sien oor die „neuhumanistische Richtung“ veral die uitnemende bespreking van Koschaker P *Europa und das Römische Recht* 290 e.v.

¹³In hierdie verband moet ek verskil met my geagte kollega, professor Beinart, waar hy vertel (*Roman Law in South African Practice* Oxford Univ Press 1952 20): „It appears therefore that the best method of applying Roman law to our

Indien ons *ad idem* is dat die *Corpus Iuris Civilis* die fondament van die latere ontwikkeling is, is die vraag of ons dit direk as 'n kenbron van ons reg (soos dit gewoonlik bekend staan) mag aanhaal by betragting van 'n instelling van die moderne Suid-Afrikaanse reg. Die antwoord hierop is: natuurlik, mits dit beskou word as die eerste stap in 'n lang ontwikkeling.¹⁴ Dit gebeur selde dat 'n Romeinsregtelike instelling geheel en al onveranderd in ons Suid-Afrikaanse reg voorkom en daarom het dit weinig sin om hierdie twee nie-kontemporêre stelsels direk met mekaar te vergelyk - die skakel tussen hulle moet gevind word.¹⁵

Laat ons hierdie stellingname illustreer aan die hand van 'n voorbeeld: volgens die Romeinse reg is die persoon wat 'n ander se belange teen laasgenoemde se uitdruklike verbod behartig het, op geen remedie vir terugverhaal van sy uitgawes geregtig nie.¹⁶ Tog laat sommige van ons Romeins-Hollandse skrywers wel 'n aksie in so 'n geval toe.¹⁷ Hoe kan ons hierdie teenstrydigheid verklaar? Die antwoord hierop kan gevind word slegs indien ons die ontwikkeling van

purposes has not been fully defined. I would suggest that we pay more attention to the history of the legal rule or institution . . . The best way to achieve this is probably by incorporating and welding together the analyses of the nineteenth-century *Pandektenrecht* with the fruits of modern historico-critical research." Soos ons later sal sien, is die pandektewetenskap van die negentiende eeu in Duitsland eintlik nie vir ons doeleindes besonder sterk gesag nie, sodat 'n kombinasie hiervan en die neo-humanisme m i nie 'n ware beeld van die Romeinse reg van die glossatore en latere ontwikkeling daarstel nie. Net so kan ek nie saamstem met professor van Warmelo nie wanneer hy sê (1961 *Acta Juridica* 51): „We are fully entitled to follow modern interpretations of Roman law." Indien hierdie benadering gevolg word, beteken die ontwikkeling van die Romeinse reg vanaf die glossatore tot in die Romeins-Hollandse reg absoluut niks nie, aangesien ons dan aan die hele grondslag van daardie ontwikkeling sou verander. Nee, aan die *Corpus Iuris Civilis* as basis mag nie verander word nie, tensy daar uiters sterk gronde daarvoor is.

¹⁴Sien n 3 hierbo.

¹⁵Vgl Hosten a w 9; *Hackett v G & G Radio and Refrigerator Corporation* 1949 3 SA 681 per hr Watermeyer: „But our law is not Roman law, and if an expression such as *actio redhibitoria* derived from Roman law is used in a statute it does not necessarily follow that the word bears the same technical meaning today that it did in Roman law. The Roman-Dutch law which was introduced into South Africa was the result of some twelve and a half centuries of development after Justinian . . .”

¹⁶C 2 18 24 *Imp Iustinianus A Iuliano pp. Si quis et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, haec decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint.*

¹⁷bv Voet *Comm ad Pand* 3 5 11; Groenewegen *De Leg Abrog ad C* 2 18 19 24.

die betrokke regspunt noukeurig volg vanaf Justinianus se tyd tot die einde van die agtiende eeu in Holland—tot die tydperk van ons Romeins-Hollandse gemene reg.

II DIE GLOSSATORE

Hoewel die Romeinse reg in sowel die Oos-Romeinse Ryk as in Italië (toenmalige Wes-Romeinse Ryk) na kodifikasie bly voortbestaan het, het die eerste werklik belangrike ontwikkeling van die Romeinse reg aan die begin van die twaalfde eeu meer as vyf honderd jaar later gekom. Trouens, in die vyf „donker” eeue voor die heroplewing van die reg in Italië (’n heroplewing wat met die algemene *renaissance* gepaard gegaan het), moet daar eerder van oorvereenvoudiging, vulgarisering en retrogressie gepraat word as van ontwikkeling.¹⁸ Daarom is dit vir ons heeltemal geoorloof om hierdie tydperk buite rekening te laat by ons beskouing van die ontwikkeling van die Romeinse reg. Dit is egter interessant om in hierdie verband te kyk na minstens die Wes-Romeinse vulgêre reg¹⁹ om ’n idee te vorm van die insypeling van Germaanse regsbeginsels in die na-klassieke Romeinse reg.²⁰

Dit is die heroplewing van die Romeinse reg in Italië gedurende die twaalfde eeu wat ons aandag voorts gaan verg. Seker die ver naamste faktor wat tot die heroplewing aanleiding gegee het, was die herontdekking van die *Digesta* van Justinianus, die versameling van die bekendste juriste se menings. Bologna in Noord-Italië was die setel van die Romeinse reg en die eerste skool juriste wat hulle op hierdie vakgebied toegespits het, het as die glossatore bekend gestaan. Hierdie naam word afgelei van hulle metode van bestudering van die Romeinsregtelike bronne, naamlik deur die skryf van *glossae*, kort verklarende aantekeninge op die verskillende tekste van die *Corpus Iuris Civilis*, en veral op die *Digesta*.²¹

Dit is vir die Suid-Afrikaanse juris noodsaaklik om, nadat hy die oorspronklike Romeinse reg bestudeer het, sy ondersoek by die glossatore voort te sit. Oor die algemeen neem ons diepere regswetenskaplike navorsing kennis van die glossatore, maar dan ongelukkig baie

¹⁸Oor die vulgarisering van die Romeinse reg, sien Kaser *Römisches Privatrecht II* 4 e.v., en vir ’n beknopte uiteensetting van die ontwikkeling van die reg in die Ooste en Weste na Justinianus, sien Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 165 e.v.

¹⁹Levy E *West Roman Vulgar Law, The Law of Property*, Washington 1951; *idem*, *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht* Weimar 1956.

²⁰Oor die rol van die Germaanse en die kanonieke reg in die vorming van die Romeins-Hollandse reg, sal ons later ’n een en ’n ander sê.

²¹Sien hieroor Koschaker *Europa und das Römische Recht* Aufl München und Berlin 1966, en die belangrike werk van Erich Genzmer „Die Iustinianische Kodifikation und die Glossatoren” in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano* Bologna I (1943) 365 e.v.

oppervlakkig. Die publikasie van 'n groot aantal van die glossatore se werke in die afgelope jare behoort die raadpleging van hierdie bronne aansienlik te vergemaklik.²²

As ons nou kyk na ons voorbeeld van die saakwaarnemer wat 'n ander se sake teen sy uitdruklike verbod waarneem, sien ons dat die meeste glossatore steeds die Romeins-regtelike reëling aanhang en weier om aan so 'n waarnemer enige remedie vir die verhaal van sy uitgawes te gee. Onder die glossatore is daar egter minstens een merkwaardige uitsondering en dit is Martinus, een van die *quattuor doctores* van die twaalfde eeu wat wel in hierdie geval 'n aksie, op die billikheid gebaseer, toestaan.²³ Martinus se benadering tot die reg kan sonder oordrywing as rewolusionêr beskou word, aangesien dit eerstens 'n radikale afwyking van die gewone streng interpretasie van regsreëls daarstel, en tweedens 'n baie sterk aanhang in die latere regsontwikkeling, tot by ons eie Romeins-Hollandsregtelike skrywers, gevind het. Ons weet dat daar onder die glossatore 'n ernstige botsing ontstaan het tussen Bulgarus en sy aanhangers, wat die streng eksegese voorgestaan het, en Martinus en sy skool, wat hulle voortdurend op die billikheid beroep het.²⁴ Tog lyk dit of Martinus se standpunt op die lange duur meer gewild geword het, miskien in 'n mate aangehelp deur die Natuurreg en selfs deur die kanonieke reg.²⁵

III DIE ULTRAMONTANI

Die volgende stap in die ontwikkeling van die Romeinse reg neem ons anderkant die Alpe, na die Ultramontani, wat hulle sterkste verteenwoordiging gedurende die tweede helfte van die dertiende eeu, aan die Universiteit van Orléans (gestig 1235), suid van Parys, gehad het. Hoewel daar gedurende hierdie tydperk of ietwat later ook

²²Sien die reeks *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, soos weergegee in Feenstra *Reperitorium Bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiae* Leiden 1969 99.

²³Sien Van Zyl DH *Die Saakwaarnemingsaksie as Verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse Reg* proefskrif Leiden 1970 48 oor die waarskynlikheid dat hierdie aksie 'n verrykingsaksie, die „uitgebreide saakwaarnemingsaksie,” is. Dit lyk asof Pilius *Quaestiones Aureae* 6 ook tot Martinus se standpunt neig.

²⁴Sien Meijers „Le Conflit entre l'Équité et la Loi chez les Premiers Glossateurs” in 17 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (1941) 117 ev (ook in Meijers *Études d'Histoire du Droit IV* Leyde 1966 142 ev); Kantorowicz and Buckland *Studies in the Glossators of the Roman Law* Cambridge 1938, herdruk Aalen 1969 87: „Martinus is the champion of equity and as such opposed to Bulgarus, the high priest of the *ius strictum*.”

²⁵Meijers *Études IV* 156: „Cette évolution, combinée avec une influence croissante du droit naturel—influence attribuable à l'intérêt progressif des civilistes pour le droit canonique—ont fait que la pratique s'est rapprochée sur beaucoup de points des opinions de MARTINUS.” Oor Martinus sien die insiggewende studie van Kantorowicz & Buckland a w 86.

belangrike regskele te Montpellier²⁶ en Toulouse²⁷ in Suid-Frankryk tot stand gekom het, is dit die skool van Orléans wat die belangrikste bydrae tot die regsontwikkeling gemaak het.

Op slegs een of twee skrywers na, laat ons Suid-Afrikaanse regs-wetenskaplike navorsers die Franse skool van Orléans heeltemal buite rekening wanneer hulle die geskiedenis van 'n bepaalde instelling nagaan. Dit is 'n punt van ernstige kritiek, aangesien die skool van Orléans 'n belangrike skakel tussen die glossatore aan die een kant en die kommentatore aan die ander kant gevorm het.²⁸ Dit blyk daaruit dat sekere van die oudste professore aan die Universiteit van Orléans te Bologna studeer het. So vind ons dat Guido de Guinis, die eerste Orléans-professor van wie ons iets substansieels weet, onder Jacobus Balduini te Bologna studeer het.²⁹ Verder blyk dit dat die glossator Odofredus 'n sterk invloed op die skool van Orléans uitgeoefen het,³⁰ sodat dit altyd sterk aan te bevele is dat die navorser eers na Odofredus gaan kyk voordat hy met die eksegeese van 'n Orléans-gekskrif begin. Seker een van die belangrikste regsgeleerdes van Orléans was Jacques de Révigny (Jacobus de Ravani of de Ravenneio),³¹ in wie se belangrike kommentaar op die *Digestum Vetus* die invloed van Odofredus duidelik na vore kom. Trouens, in die laaste titels van hierdie kommentaar is sekere leemtes aangevul met behulp van die *lectura* van Odofredus.³² Ongelukkig is daar van hierdie beroemde kommentaar van Révigny slegs een voltooide handskrif bekend, naamlik die D'Ablain-handskrif te Leiden. Hierdie handskrif sal seker eers mettertyd gepubliseer word, sodat die navorser in hierdie stadium verplig word om van mikrofilms of soortgelyke hulpmiddele gebruik te maak. Aan die ander kant is daar wel heelwat ander werke van die skool van Orléans wat reeds in druk verskyn het³³ en dus sonder

²⁶Die glossator Placentinus sou hier doseer het, volgens Koschaker a.w. 82 en Vinogradoff *Roman Law in Medieval Europe* Oxford Univ Press 1961 77. Sien oor die regsgeleerdes van Montpellier, Meijers *Etudes d'Histoire du Droit III* Leyde 1959 205 e.v.

²⁷Meijers *Etudes III* 167 e.v.

²⁸Sien hieroor die belangrike bydrae van Meijers „L'Université d'Orléans au XIIIe Siècle” *Etudes III* 3 e.v.

²⁹Meijers III 33. Meijers het glosse van Guido de Guinis in die Leidse *Digestum Vetus* gevind. Oor die *quaestiones de facto* van Guido, sien Meijers III 125. Ook Simon de Paris (Meijers III 36 e.v) het te Bologna studeer.

³⁰Sien by Meijers III 50 e.v, 71 e.v, 113 e.v.

³¹Meijers III 59 e.v.

³²Meijers III 71.

³³Sien Feenstra *Repertorium* 126. Voorbeelde is Révigny se kommentaar op die *Codex* wat onder die naam van Petrus de Bellapertica in 1519 te Parys gedruk is; sy kommentaar op die titel *De Actionibus* van die *Institute* is deels uitgegee, gedruk onder die naam van Bartolus in 1506 (Meijers III 72). Verder die *De Actionibus* van Raoul d'Harcourt (gedruk onder die naam van Rudolphus de Auricurria as die *Commentaria in Instit* Venetiis 1559: sien Meijers III 85). Oor die gedrukte

moete geraadpleeg kan word. In hierdie verband moet genoem word Pierre de Belleperche (Petrus de Bellapertica), wat naas Révigny die grootste van die Orléans-professore was. Hy is juis een van die belangrikste skakels tussen die glossatore en kommentatore vir sover hy dikwels deur laasgenoemdes (veral Cinus en Bartolus) aangehaal word; en om 'n goeie begrip van Belleperche se standpunt oor 'n bepaalde regspraak te hê, is dit byna noodsaaklik om na te gaan wat Cinus se mening oor dieselfde punt is.³⁴

As ons kyk na die Ultramontani se behandeling van die geval van die *gestor* wat teen die verbod van die *dominus* optree, vind ons dat Révigny in sy kommentaar op C 2 18 24 ons vernaamste bron is. En daar maak ons die uiters belangrike vonds dat Révigny hom by die glossator Martinus se billikheidsbenadering aansluit om nie 'n aksie deur die verbod te laat uitsluit nie. Dit is volgens hom omdat die hele aangeleentheid so twyfelagtig is, byvoorbeeld omdat die *dominus* miskien nie by sy volle verstand was toe hy die verbod geplaas het nie of omdat hy met sy woorde verbied het maar nie met sy hart nie—*prohiberet ore et non prohiberet corde*. By geen van die ander lede van die skool van Orléans kon ek 'n weersprekende standpunt vind nie, terwyl onder die ander Ultramontani slegs Johannes Faber van Montpellier (vroeg 14e eeu) 'n ander mening toegedaan was.³⁵ In so 'n geval is ons daarop geregtig om die afleiding te maak dat Révigny hier as verteenwoordigend van die Franse Ultramontani beskou kan word.

Uit hierdie bespreking van die Ultramontani en veral van die skool van Orléans moet duidelik blyk dat hulle belangrikheid vir regshistoriese navorsing nie oorbeklemtoon kan word nie.

Die kanonieke reg

Voordat ons afstap van die skool van Orléans, moet genoem word dat die meeste professore aan die Universiteit van Orléans kerklikes was en as sodanig ook in die kanonieke reg bedrewe. Dat kanonieke regsbeginnsels die wêreldlike reg terdeë beïnvloed het, kan nie ontken word nie;³⁶ ook nie dat die kanonieke reg in die eerste deel van die dertiende eeu 'n opbloei ervaar het nie. Aangesien die meeste geestelikes meesters van *utrumque ius*, dit wil sê kanonieke sowel as wêreldlike (in

werke van Lambertus de Salinis (Lambert de Salins) sien Meijers III 106. Waar die bron slegs in handskrifvorm bestaan, moet die navorser natuurlik oor 'n mate van paleografiese kennis beskik.

³⁴Meijers III 95 ev, 116 ev, 119 ev. Dit is onseker of Cinus self te Orléans onder Belleperche studeer het. Oor Bartolus se navolging van die Franse regsgeleerdes, sien Meijers III 117, 124; Koschaker 74 en n 3 aldaar.

³⁵Van Zyl 55.

³⁶Sien Wieacker F *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 2. Aufl Göttingen 1967 71 ev; Galasso F *Medio Evo del Diritto* Milano 1954 391 ev, 556 ev.

die sin van Romeinse) reg was, was wedersydse beïnvloeding onvermydelik. Indien die Romeinse reg van die middeleeue dus onduidelik of problematies is en daar ten opsigte van die betrokke regspunt klaarblyklik 'n verband met die kanonieke reg bestaan, moet die navorser natuurlik die kanoniekregtelike bronne ondersoek. Oor die algemeen sal dit egter nie nodig wees om by alle regshistoriese navorsing spesifiek na die kanonieke reg te verwys nie. Hoewel dit miskien altyd 'n newewerkende rol gespeel het, was dit nie 'n noodsaaklike stap in die middeleeuse regsontwikkeling nie.

IV DIE KOMMENTATORE

Die volgende stap in ons regshistoriese ondersoek bring ons uit by die kommentatore (ook post-glossatore of konsiliatore³⁷ genoem), wat hulle hoogtepunt in die vertiende eeu bereik het. Waar die glossatore en Ultramontani se werkswyse hoofsaaklik uit verklarende aantekeninge bestaan het, was die kommentatore bekend weens hulle uitvoerige kommentare op die verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis*. Hierdie nuwe rigting het bekend gestaan as die *mos Italicus*, aangesien dit sy oorsprong in Italië gehad het. Verder, soos ons gesien het in ons bespreking van die skool van Orléans, het 'n belangrike deel van die voorbereidingswerk vir hierdie rigting te Orléans plaasgevind.³⁸ Veral Cinus en Bartolus is sterk beïnvloed deur Belleperche en Révigny.³⁹

As ons nou kyk na ons Suid-Afrikaanse regshistoriese navorsing, sien ons dat, van die kommentatore, die twee grootstes, Bartolus en Baldus,⁴⁰ taamlik gereeld geraadpleeg word, terwyl die minder bekendes, dog ook belangrikes, soos Cinus, Dinus, Jason de Mayno, Paulus de Castro, Salycetus en ander gewoonlik oor die hoof gesien word. Dit moet as 'n leemte in ons regshistoriese benadering beskou word; des te meer as in ag geneem word dat van hierdie skrywers Jason de Mayno die leermeester was van Alciatus, een van die eerste humaniste, wat verteenwoordigend is van die volgende fase van regsontwikkeling.⁴¹

Wanneer ons vervolgens kyk na die probleem van die saakwaarnemer wat teen die verbod van die eienaar laasgenoemde se sake waargeneem het, sien ons dat die meeste kommentatore, onder wie Bartolus en Baldus, in ooreenstemming met die Justiniaanse reëling geen remedie vir verhaal van uitgawes aan die saakwaarnemer beskikbaar stel nie. Tog vind ons dat belangrike skrywers soos Cinus,

³⁷Wieacker a w 80 e v se terminologie.

³⁸Koschaker 87; Calasso 569 e v.

³⁹Calasso tap.

⁴⁰Koschaker 92 e v; Wieacker 86 e v; Calasso 573 e v.

⁴¹Calasso 583, 593. Wieacker 90 beskou Cinus reeds as „Frühhumanist.“

Albericus en Castrensis (de Castro) nader kom aan Martinus en Révigny se mening om op grond van die billikheid 'n aksie toe te staan.⁴²

V DIE HUMANISTE

Ons het reeds verwys na Alciatus as synde 'n humanis in die juridiese sin van die woord. Die humanisme het sy eintlike beslag gedurende die vyftiende en sestiende eeue in Frankryk gekry toe daar 'n sterk reaksie teen die breedvoerige kommentare van die kommentatore ingetree het. Die wekroep van die Franse regsgeleerdes van hierdie tydperk was *petere fontes*—gaan terug na die klassieke Romeinse reg as die oorspronklike bron van die reg, en dan word bedoel nie die reg van Justinianus nie, maar die eintlike klassieke reg wat gegeld het twee honderd en vyftig jaar voor die Justiniaanse kompilasie. Waar die kommentatore se benadering as *mos Italicus* bekend gestaan het, was dié van die Franse humaniste die *mos Gallicus*. In verband hiermee moet ons aan die Suid-Afrikaanse juris onmiddellik 'n ernstige waarskuwing rig: hoe nuttig die humaniste se wetenskaplike benadering tot en sistematiesering van die bronne ook al mag wees, is die grootste nadeel dat hulle werksaamheid meer akademies as prakties ingestel is (professor Wieacker⁴³ praat van die „elegante Jurisprudenz”), en daarom moet dit met die grootste omsigtigheid benader word. Die Franse humanis Cuiacius word deur ons Suid-Afrikaanse skrywers graag aangehaal, waarskynlik omdat sy werke oor die algemeen redelik maklik toeganklik is. Aan die ander kant moet ons nie vergeet dat die Romeinse reg wat in Holland ingang gevind het die Justiniaanse reg was en nie die „gesuiwerde” voor-Justiniaanse reg nie. Net soos ons gewaarsku het teen die onoordeelkundige gebruik van die resultate van die hedendaagse neo-humanistiese navorsing, net so moet ons waarsku teen die Franse humanisme, vir sover die reaksie wat dit verteenwoordig maklik na uiterstes kon gaan. Natuurlik is dit so dat heelparty van ons Romeins-Hollandsregtelike skrywers op die humanisme ingestel was, maar met die uitsondering miskien van Gerard Noodt kan hulle (skrywers soos Voet, Vinnius, Van Bynkershoek, Westenberg en Schulting) hoogstens as gematigd humanisties beskryf word. Trouens, hierdie skrywers neem eerder 'n versoenende houding in teenoor die metodes van die kommentatore aan die een kant en dié van die Franse humaniste aan die ander kant.⁴⁴

Die humanisme het nie net in Nederland uitlopers gehad nie. Soos ons reeds gesien het, het dit sy oorsprong in werklikheid by die Italiaanse juris, Alciatus, gehad, en deur sy leerlinge, Budaeus en

⁴²Bewysplase by Van Zyl 61 ev.

⁴³Wieacker 167. Oor die humanisme in die algemeen sien Koschaker se voortreflike bespreking 105 ev.

⁴⁴Koschaker 118. Sien ook die bespreking van die *usus modernus pandectarum*.

Zasius, na Frankryk en Duitsland onderskeidelik versprei.⁴⁵ In Italië en Duitsland het die humanisme egter nie so 'n groot rol gespeel as in Frankryk nie, en ná Alciatus was daar dan ook in Italië voor kodifikasie geen besondere ontwikkeling van die Romeinse reg nie. Die ontwikkeling van die Romeinse reg as *ius commune* van Europa in die na-humanistiese tydperk het veral plaasgevind in Frankryk, Nederland en Duitsland, en die ontwikkeling het voortgegaan totdat hierdie lande hulle privaatreë gekodifiseer het in 1804, 1838 en 1900 onderskeidelik. Hoewel ons primêre belangstelling by die ontwikkeling in Nederland lê, moet ons kyk na die verdere lotgevalle van die Romeinse reg in Frankryk en Duitsland, en wel omdat die resepsie van die Romeinse reg in Nederland nog nie so ver gevorderd was soos in Frankryk en Duitsland nie, en die Nederlandse skrywers diensgevolge nog baie geput het uit die werke van hulle tydgenote in dié twee lande.

VI DIE ONTWIKKELING IN FRANKRYK VANAF DIE HUMANISTIESE TYDPERK TOT KODIFIKASIE IN 1804

Charles Dumoulin, of Molinaeus, soos hy by ons meer bekend is, was 'n opvolger van Cuiacius en Donellus, die beroemde Franse humaniste, maar anders as hulle was hy nie self 'n humanis nie. Hy staan eerder bekend as, soos Koschaker⁴⁶ hom beskryf, „einer der Väter der Jurisprudenz des gemeinen französischen Zivilrechts”—een van die vaders van die Franse gemene privaatreë. Op die basis wat hy gelê het, het Jean Domat met sy beroemde „*Les loix civiles dans leur ordre naturel*” skitterend voortgebou. Molinaeus en Domat het baie aansien geniet by ons gemeenregtelike skrywers en hulle kan dan ook gewoonlik met vrug geraadpleeg word, soos oor die algemeen deur ons Suid-Afrikaanse juriste gedoen word. Dit is egter nie moontlik om Domat se naam te noem sonder om ook te verwys na Robert Joséphe Pothier, die laaste groot skrywer voor die kodifikasie van die Franse privaatreë, wie se werk ontseeglik die grootste enkele bydrae tot die sistematiek en dogmatiek van die *Code Civil* is. By ons in Suid-Afrika is hy veral bekend vir sy uitstekende verhandeling oor die verbintenisreë. Die merkwaardige van Pothier is dat hy vandag in ons howe en by ons skrywers met byna eweveel gesag aangehaal word as ons eie gemeenregtelike skrywers.⁴⁷ Hierdie aansien wat hy geniet moet myns insiens hoofsaaklik toegeskryf word aan Johannes van der Linden—die laaste van ons groot skrywers oor die Romeins-Hollandse reë—se belangstelling in sy werk. Soos bekend, het Van der Linden heelparty van Pothier se verhandelinge in Nederlands vertaal⁴⁸ en op

⁴⁵Wieacker 90.

⁴⁶Koschaker 83.

⁴⁷Sien Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* Cape Town/Wynberg/Johannesburg 1968 560 e.v.

⁴⁸Hahlo & Kahn tap.

grond hiervan het Pothier se bydraes 'n—veroorloof my die uitdrukking—regsvergelykende waarde in Nederland gedurende die tweede helfte van die agtiende eeu gehad. Ek sê „regsvergelykend” omdat ons nie uit die oog mag verloor dat Pothier oor die inheemse Franse reg van sy tyd geskryf het en nie oor die Nederlandse reg nie. Hy kan dus nooit as gesag oor die Romeins-Hollandse reg aangehaal word nie. Sy waarde lê hoogstens daarin dat sy werk met vrug geraadpleeg kan word om die regsontwikkeling in Frankryk en Nederland gedurende die agtiende eeu te vergelyk. Hoeveel eerbied ons ook al het vir Pothier se juridiese deskundigheid, moet ek ten sterkste bepleit dat sy gesag nie uit verband geruk word nie, en dat hy met veel meer omsigtigheid deur ons howe en skrywers aangehaal word.

As ons kyk na die Franse skole se behandeling van die geval van die saakwaarnemer wat 'n ander se sake teen laasgenoemde se verbod waarneem, is die benadering net soos ons dit sou verwag. Die humaniste van die vyftiende en sestiende eeue bly kleef aan die Romeinsregtelike reëling, maar Molinaeus gee 'n aksie op die billikheid gegrond. Dit is interessant om daarop te let dat Pothier, in die latere Franse regsontwikkeling, die ekwivalent van 'n algemene verrykingsaksie toestaan.⁴⁹ Met inagneming van wat ons so pas gesê het oor die waarde van Pothier as gesag, kan ons sy oplossing nie as Romeins-Hollandse reg beskou nie, hoewel die neiging om 'n billikheidsremedie in so 'n geval toe te staan, soos ons nog sal sien, ook in die Romeins-Hollandse reg terug te vind is.

VII DIE ONTWIKKELING IN DUITSLAND VANAF DIE HUMANISTIESE TYDPERK TOT KODIFIKASIE IN 1900

Heeltemal teen die verwagting in was daar 'n sterker resepsie van die Romeinse reg in Duitsland as in enige ander deel van Europa.⁵⁰ Dit het miskien 'n hoogtepunt bereik in 1495 toe die hoogste hof van Duitsland, die *Reichskammergericht*, die Romeinse reg as Duitse gemene reg aanvaar het.⁵¹ Resepsie is ongetwyfeld bespoedig deur die verspreiding van die humanisme vanaf Italië en Frankryk na Duitsland, en wel deur skrywers soos Zasius, Amerbach en Haloander.⁵²

Dit is in die na-humanistiese tydperk dat die vernaamste regsontwikkeling in Duitsland plaasgevind het. Die kenmerk van die ontwikkeling in die sewentiende en agtiende eeue was die praktiese resepsie van die Romeinse reg. Hierdie tydperk staan bekend as dié van die

⁴⁹Van Zyl 71 e.v.

⁵⁰Wicacker 97 e.v.; Vinogradoff 119 e.v. Oor resepsie in Europa in die algemeen sien Koschaker 124 e.v.

⁵¹Vinogradoff 139. Sien ook Hahlo & Kahn 503.

⁵²Vir meer besonderhede, Wicacker 155 e.v.

usus modernus pandectarum (die titel van 'n werk deur Samuel Stryk, een van die beroemdste eksponente van hierdie rigting) of andersins as *mores hodiernae* of *nova practica*. Professor Wieacker⁵³ noem dit die „zeitgemässe Praxis des römischen Rechts,” dit wil sê die toepassing van die Romeinse reg ooreenkomstig die behoeftes van die praktyk. Onder die vernaamste eksponente van die *usus modernus* kry ons Carpzovius, Stryk en Leyser. Die belangwekkende van hierdie Duitse skool is dat heelparty van ons Nederlandse skrywers soos Voet, Schulting en Van Bynkershoek sterk onder die invloed daarvan gestaan het. Daarom is dit vanselfsprekend dat 'n regshistoriese studie ook die Duitse skrywers van hierdie tydperk moet insluit. Ons Suid-Afrikaanse skrywers is geneig om heeltemal van hierdie skrywers weg te skram en hulle aandag—ten onregte, soos ons hieronder sal aandui—op die Duitse pandektiste van die volgende eeu toe te spits.

Dit is interessant om daarop te let dat Duitse invloede in Nederland waarskynlik nog verder gevoer is deurdat skrywers soos Brunemann en Heineccius (wat trouens ook 'n professor te Franeker, Wes-Friesland, geword het) aantekeninge gemaak het op sekere van die Nederlandse skrywers se werke. Veral Heineccius se kommentaar op die *Institute* van Vinnius is baie bekend.

Die natuurreg

Vergun my 'n paar woorde oor die natuurreg. Gedurende die sewentiende en agtiende eeue het hierdie regsfilosofiese rigting 'n direkte invloed op die regswetenskap, regspleging en wetgewing gehad. Die grondliggende gedagte hiervan was dat alle maatskaplike en regsverhoudings deur menslike billikheidsnorme, die rede of *recta ratio* gereël is. Tot die ontwikkeling van die Romeinse privaatreë as sodanig het die natuurreg weinig bygedra: dit het miskien selfs in 'n mate 'n afbrekende uitwerking gehad. Natuurregtelike invloede by skrywers soos Stryk en Leyser reeds, en, wat dit betref, by die Franse skrywer Domat, moet dus gedurig in gedagte gehou word wanneer hulle eksegeese van 'n bepaalde regsbeginsel ondersoek word. Natuurlik kan die gunstige uitwerking van die toepassing en uitbreiding van die algemene billikheidsnorme op die gebied van die regsontwikkeling nie ontken word nie.⁵⁴ Suiwer natuurregtelike werke soos dié van Pufendorf, Thomasius en Wolff kan egter vir ons doeleindes by die toepassing van die regshistoriese metode hoegenaamd nie as gesaghebbend beskou word nie.⁵⁵ Verdere betoog hieroor is onnodig.

⁵³Wieacker 205 e.v.

⁵⁴Soos Koschaker 252 dit stel: „durch das Naturrecht wurde ein Massstab zur Wertung und Kritik des römischen Rechts gewonnen.”

⁵⁵Oor die natuurreg in die algemeen, sien die uitvoerige bespreking van Wieacker 249 e.v. en Koschaker 245 e.v.

Die historiese regscool en die pandektewetenskap

Voordat ons afstap van die regsontwikkeling in Duitsland en die invloed van die Duitse skrywers op hulle tydgenote in Nederland, moet ons eers 'n opmerking maak oor die regshistoriese skool en die pandektewetenskap wat hom gedurende die negentiende eeu in Duitsland ontplooi het.⁵⁶ Skrywers van hierdie skool word graag in Suid-Afrikaanse regspraak en ander publikasies aangehaal. Veral pandektiste soos Windscheid, Vangerow, Dernburg en Brinz is besonder gewild by ons. Met alle eerbied moet ek die ernstige kritiek lewer dat hierdie skrywers byna sonder uitsondering heeltemal buite hul verband aangehaal word as regshistoriese gesag vir ons eie reg. Die historiese skool en die pandektewetenskap val in die negentiende eeu: ons Romeins-Hollandse reg bereik sy eindontwikkeling aan die einde van die agtiende eeu, sodat die betrokke Duitse skrywers, net soos Pothier in Frankryk, hoegenaamd nie as gesag vir ons gemene reg beskou kan word nie. Trouens, anders nog as Pothier, gee die historiese skool en veral die pandektewetenskap selfs nie altyd 'n korrekte beeld van hulle gemene reg nie.⁵⁷ Hierdie skrywers, wat meesal in reaksie gekom het teen die natuurreg en die kodifikasiebeweging in Europa, het hulle meer met die oorspronklike Romeinse reg as *ius commune* van Europa besig gehou, en was dusdoende die voorlopers van die neo-humanistiese rigting van die afgelope honderd jaar. By ons kan hulle dus hoogstens as gesag—en beslis nie die beste gesag nie—vir die klassieke Romeinse reg aangehaal word.

Die Duitse behandeling van die geval van die saakwaarnemer wat teen die verbod van die eenaar laasgenoemde se belange behartig, is interessant. Van die skrywers oor die *usus modernus pandectarum* kleef die meeste aan die Romeinse reëling wat aan so 'n saakwaarnemer geen remedie vir verhaal van sy uitgawes verleen nie. Uitsonderings hier is Brunemann, Leyser en Boehmer, wat na 'n billiker opvatting neig en onder sekere omstandighede 'n aksie wil verleen.⁵⁸ Soos te verwagte, gee die historiese skool en die pandektewetenskap slegs die Romeinse reg weer, met die interessante uitsondering van Kohler, wat 'n verrykingsaksie voorstaan.⁵⁹

VIII DIE ONTWIKKELING IN NEDERLAND VANAF DIE RESEPSIE VAN DIE ROMEINSE REG TOT KODIFIKASIE IN 1838: DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die logiese eindpunt van ons regshistoriese ondersoek is natuurlik ons gemeenregtelike skrywers wat in Nederland gedurende die sewen-

⁵⁶Wieacker 348 e.v.; Koschaker 254 e.v.

⁵⁷Koschaker 284 e.v.

⁵⁸Van Zyl 81 e.v.

⁵⁹Van Zyl 88.

tiende en agtiende eue geleef het. Aangesien die meeste Suid-Afrikaanse juriste ten volle op hoogte is van die faktore wat aanleiding gegee het tot die resepsie van die Romeinse reg in Nederland,⁶⁰ en meer spesifiek in die provinsie Holland (vanwaar die begrip „Romeins-Hollandse” reg), asook van die algemene regsontwikkeling gedurende hierdie tydperk, sal dit nie nodig wees om meer as net enkele opmerkings hieroor te maak nie.

Hoewel die Romeins-Hollandse reg streng gesproke ’n samesmelting van Romeinse en inheemse reg is, is die Romeinse reg in so ’n mate oorwegend dat ’n regshistoriese ondersoek van die inheemse reg voor die resepsie van die Romeinse reg oor die algemeen oorbodig is, tensy, natuurlik, die instelling wat ondersoek word klaarblyklik ’n sterk inheemsregtelike inslag het.⁶¹

Wat betref die sistematiese behandeling van die Romeins-Hollandsregtelike skrywers, vind ek persoonlik ’n drieledige indeling die mees aanvaarbare:

- (a) Die Romeins-Hollandse reg vanaf die resepsie van die Romeinse reg tot 1600, die vernaamste skrywers hier synde lede van die skool van Leuven in die suidelike Nederlande, met name soos Wielant, Everardus, Damhouder en Decker aan die spits.⁶²
- (b) Die Romeins-Hollandse reg van die sewentiende eeu, verteenwoordig deur skrywers soos De Groot, Vinnius, Groenewegen, Van Leeuwen, Matthaeus II, Huber, Noodt, Voet en Van Bynkershoek.
- (c) Die Romeins-Hollandse reg van die agtiende eeu met veral Van der Keessel en Van der Linden aan die voorpunt.⁶³

Soos ons al telkemale in die loop van hierdie rede gewaarsku het, is hierdie skrywers nie almal ewe gesaghebbend nie, en moet elkeen afsonderlik en volgens eie meriete beoordeel word. Die blote feit dat ’n meerderheid van skrywers dieselfde standpunt verkondig, beteken nie noodwendig dat dit die korrekte standpunt is nie. Plagiaat was in daardie dae nie die sonde wat dit vandag is nie, en ’n klakkelose

⁶⁰Sien hieroor Feenstra *Verkenningen op het Gebied der Receptie van het Romeinse Recht* Zwolle 1950; Hahlo & Kahn 514 ev.

⁶¹Oor hierdie ontwikkeling in die Germaanse, Frankiese en Middeleeuse tydperke, sien Hahlo & Kahn 332-482. Vgl Wessels JW *History of the Roman-Dutch Law* Grahamstown 1908 13 ev.

⁶²Ander bekendes is Peckius, Gudelinus, Kinschot, Christinaeus, Zoesius, Zypaeus en Perezius.

⁶³Die meeste van hierdie skrywers word behandel in Hahlo & Kahn 543 ev. Verdere besonderhede is te verkry in die bibliografiese werke van Roberts AA *South African Legal Bibliography* Pretoria 1942, en Dekkers R *Bibliotheca Belgica Juridica* Brussel 1951.

napratery van 'n leermeester of tydgenoot was aan die orde van die dag. Dan moet die agtergrond en motivering van elke skrywer noukeurig ondersoek word om te bepaal of hy werklik die geldende reg weergee, en of hy nie dalk, soos by Gerard Noodt dikwels die geval was, die Romeinse reg uit suiwer humanistiese oogpunt beskou het nie.⁶⁴

As ons al hierdie faktore in oënskou neem, kan ons begryp waarom Voet en Groenewegen afdoende gesag is vir die stelling dat die saakwaarnemer wat teen die verbod van die eienaar laasgenoemde se sake behartig, op 'n verrykingsaksie vir die verhaal van sy uitgawes geregtig is, ten spyte daarvan dat die oorspronklike Romeinse reg 'n remedie afgewys het. Net so, in die lig van die hele historiese regsontwikkeling, moet ons tot die gevolgtrekking kom dat dit ook ons hedendaagse Suid-Afrikaanse reg is.⁶⁵

En dit is wat ek verstaan onder die regshistoriese metode—'n noukeurige ondersoek van die logiese ontwikkeling van 'n regsinstelling vanaf sy oorsprong in die klassieke Romeinse reg tot sy eindpunt in Holland van die agtiende eeu. Tensy die regsontwikkeling in al sy verskillende fases deeglik nagevors word, kan daar geen sprake van 'n regshistoriese ondersoek wees nie. Ek vertrou dat op hierdie wyse die ou bronne van ons reg tot hulle volste reg sal kom en groter eenvormigheid in ons regswetenskaplike navorsing bewerkstellig sal word.⁶⁶

SUMMARY

The historical method

The historical method of legal research in South Africa has, for the most part, been sorely neglected. Works which purport to portray the "historical development" of a particular institution very often present a rather superficial and isolated account of Justinian's law on the one hand, and the so-called Roman-Dutch law on the other. Under the heading "Roman-Dutch Law" practically every old authority from the glossators to Pothier and the Pandectists is included, without the slightest attention being paid to chronological or territorial factors, or to the various phases of development of Roman law from the time of Justinian until its reception in Holland during the seventeenth and eighteenth centuries.

The starting point of any historical study is Roman law. The popular distinction between "classical" and "post-classical" Roman law is not of substantial importance to the South African legal researcher particularly in view of the gradual

⁶⁴Sien die bespreking van die humaniste hierbo.

⁶⁵Van Zyl 96 e.v. Oor die Suid-Afrikaanse reg op hierdie punt sien Van Zyl 150 e.v. In die lig van die sterk gemeenregtelike gesag, kan die *obiter dictum* in *Odendaal v Van Oudtshoorn* 1968 3 SA 433 (T) 483, wat huiwer om 'n remedie in hierdie geval te gee, met eerbied nie as korrek aanvaar word nie.

⁶⁶Dit spreek vanself dat die regshistoriese navorsing 'n goeie lees kennis van Latyn moet hê—vertalings bly maar taboe—sodat hierdie rede ook as 'n pleidooi vir die behoud van Latyn in die regscurriculum beskou moet word.

negation, during the past decade or so, of drastic textual criticism and "interpolation-hunting." Justinian's law is the basis on which further legal development was built, and, unless there be decisive proof to the contrary, this law must be considered authentic.

In the period between Justinian and the glossators of the twelfth century, there was little legal development, and historical research may be continued as from the time of the glossators, who effected a legal "renaissance" by their renewed study of the *Corpus Juris Civilis*. Almost contemporaneous with the glossators were the so-called *Ultramontani* in France, most strongly represented at the law school of Orléans. This school constitutes an important step in the development of Roman law, and deserves far more attention in South Africa than it has hitherto received.

After the glossators and the school of Orléans, it was the turn of the commentators, followed by the almost reactionary French humanistic school. Most researchers continue the line of development in France from the humanists to writers like Molinaeus, Domat and Pothier in the pre-codification period. However popular Pothier is in South African legal literature, it must be borne in mind that he was no "Roman-Dutch" author, but an eighteenth century contemporary of writers like Van der Linden and Van der Keessel, who had a healthy respect for his handling of the French civil law. His work should have more comparative than direct authority in South Africa.

It is usual to move from the development in France to the *usus modernus pandectarum* in Germany. The German and Dutch authors of the seventeenth and eighteenth centuries influenced one another considerably, so that insight into the German development is imperative. On the other hand the historical and pandectist schools of the nineteenth century are of no substantial interest to the South African lawyer, since they played no part in the development of the Roman-Dutch law. At most they can be used as sources of Roman law, and even then their reliability is not always unquestionable.

It may be mentioned here that canon and natural law do not regularly form part of the pattern of development traced above. That they may have exerted a decided influence on legal development during the periods of their bloom cannot, however, be denied.

The last step in the historical development is Roman-Dutch law as such. It is convenient to distinguish here between the period from the reception of Roman law until 1600 (with the emphasis on the school of law at Louvain), then the seventeenth century authors, and finally the jurists of the eighteenth century.

Only when all these phases of development have been taken into account can the history of any South African legal institution be considered complete. □

Ontwikkeling in verband met die reg en regspleging van die Bantoe Oorsig vir 1970

W Bertelsmann R verLoren van Themaat PH Cloete PW du Plessis IOHM Mapena H Muller JA van den Heever

Universiteit van die Noorde

I STAATSREG

Wetgewing

Burgerskap van Bantoetuislande

Die tipe burgerskap vir Bantoe persone wat deur artikel 7 van die Transkeise Grondwet 48 van 1963 vir die Transkei ingevoer is, is deur die Wet op Burgerskap van Bantoetuislande 26 van 1970¹ tot die hele Suid-Afrikaanse Bantoebevolking uitgebrei. Elke Bantoe wat nie 'n „verbode immigrant”² in die Republiek is nie, is kragtens artikel 2 van die wet 'n burger van die een of ander gebiedsowerheidsgebied, tensy hy die burgerskap van 'n selfregerende Bantoegebied in die Republiek besit.

Ten einde so 'n verreikende uitwerking te kan hê, aanvaar die wet verskillende gronde waarop tuislandburgerskap kan berus en stel sommige van hulle baie wyd. Hulle is ingevolge artikel 3:

(a) die *ius soli*, dit wil sê geboorte in die betrokke gebiedsowerheidsgebied (hoofsaaklik om estetiese redes gebruik ons hierna die term tuisland, wat egter ook 'n selfregerende Bantoegebied insluit);

(b) *domicilium* in die betrokke tuisland;

(c) taal, dit wil sê 'n Bantoe is 'n burger van 'n bepaalde tuisland as hy 'n taal van daardie tuisland praat of tot 'n aanverwante taalgroep (dialek) behoort; en

(d) ander faktore soos persoonlike verwantskap (wat die *ius sanguinis* insluit), etniese agtergrond en - in 'n mate - eie keuse: 'n Ban-

¹Vgl AH Barnard 1971 *THRHR* 110; A Hesse 1970 *CILSA* 125 ev; Kahn 1970 *Annual Survey* 58.

²'n Term wat nóg deur wet 26 van 1970 nóg deur ander wette omskryf word (vgl Kahn *loc cit*).

toepersoon kwalifiseer reeds vir burgerskap van 'n bepaalde tuisland as hy „aan 'n lid van die Bantoebevolking van daardie gebied verwant is” of „homself met 'n deel van daardie bevolking vereenselwig het” of vanweë „sy kultuur- of rasse-agtergrond aan 'n deel van daardie bevolking verbonde is.”

As gevolg van hierdie omvattende en oorvleuelende omskrywing sal talryke Bantoes aan die burgerskapsvereistes van verskeie tuislande voldoen. Die wet laat egter geen twyfel dat niemand meer as een sodanige burgerskap moet besit nie. Elke Bantoe is geregtig op een sertifikaat van burgerskap,³ en waar die betrokke persoon of 'n gebiedsowerheid met die bepaling van so 'n burgerskap nie tevrede is nie, kan hulle beswaar aanteken en uiteindelik na die minister appelleer.⁴ 'n Burger van 'n tuisland wat die burgerskap van 'n ander tuisland verwerf, hou op om 'n burger van die eersgenoemde tuisland te wees.⁵

Die besit van 'n sertifikaat van burgerskap sal vir 'n Bantoe nodig wees om in sy tuisland die regte van 'n burger, soos veral die stemreg, te kan uitoefen.

Elke burger van 'n tuisland bly egter nog 'n burger van die Republiek (solank as die betrokke gebied nie die status van 'n onafhanklike staat verkry nie). Hy word „nie as 'n vreemdeling in die Republiek beskou nie,” en „volle beskerming ingevolge die internasionale reg word deur die Republiek aan hom verleen.”⁶

Reeds in verband met die Transkeise Grondwet het Heyne⁷ beklemtoon dat daar juridies geen beswaar kan wees teen die toekenning van 'n „internal citizenship” terwyl die „external nationality” voortbestaan nie. Al onderskei die wetgewer nie uitdruklik tussen „citizen” aan die een kant en „subject” of „national” aan die ander kant nie,⁸ maar gebruik hy die term „burger” vir altwee doeleindes, is dit tog duidelik „that there is here no misconception in this respect.” Binnelands hang politieke regte in 'n tuisland van tuislandburgerskap af; teenoor die buiteland geniet die tuislandburger dieselfde status en beskerming as 'n Kaapse Kleurling, 'n Natalse Indiër of enige blanke Suid-Afrikaner.

Die voorbeelde deur Heyne aangevoer toon aan dat hier geen ongehoorde situasie geskep is nie. Om nog meer sodanige vergelykings

³a 5.⁴a 9.⁵a 4.⁶a 2.⁷JFH „A Transkeian Citizen of South African Nationality?” 1963 *THRHR* 44 e.v.⁸„(The) two terms are frequently used indiscriminately or even alternatively” (JFH *op cit* 45; vgl VerLoren van Themaat-Wiechers *Staatsreg* 2e uitg 357). Ivm Bantoe-tuislande is „burger” beslis die aangewese term, ondanks die feit dat wet 44 van 1949 dit ook vir houers van Suid-Afrikaanse nasionaliteit gebruik.

te maak, sou nie moeilik wees nie. Laat ons met een verdere voorbeeld volstaan. In die „tweede” Duitse Ryk van 1871 was sekere persone slegs Duitse onderdane; hulle het die „unmittelbare Reichsangehörigkeit” besit. Verreweg die meeste Duitsers was egter burgers van die een of ander *Land* (Pruise, Beiere, ens), en volgens die grondwet van 16 April 1871 kon hulle ten opsigte van politieke regte deur elke ander *Land* as vreemdelinge behandel word. Tog was elke burger van ’n *Land* ook ’n onderdaan van die *Reich*.⁹

Die reg aangaande nasionaliteit en burgerskap is nasionale reg. Dit word deur elke staat se eie wetgewing bepaal. Sekere volkeregterlike reëls moet egter in ag geneem word om internasionale erkenning van die nasionale regsnorme en van hulle uitwerkings te verseker. Wet 26 van 1970 is met geen sodanige reël onversoenbaar nie. Probleme sou daar wees indien die wet van toepassing op Suidwes-Afrika was, want dié gebied se inboorlinge is nie Suid-Afrikaanse burgers nie. Ten opsigte van hulle het sedert 23 April 1923 ’n resoluësie van die Volkebondsrade gegeld: dit is ontoelaatbaar verklaar dat die mandataris sy eie nasionaliteit deur middel van ’n algemene maatreël, dit wil sê kollektief, aan die inboorlinge van die mandaatgebied verleen.¹⁰ Dit beteken nie noodwendig dat die daarstelling van interne tuislandburgerskap in Suidwes-Afrika met die letter of gees van die mandaat of met ander reëls van die volkereg sou bots nie, maar klaarblyklik sou daar ander implikasies as in die geval van die Republiek wees.

Regulasies betreffende die uitreiking van sertifikate van burgerskap onder wet 26 van 1970 is onlangs uitgevaardig, en administratiewe voorbereidings vir die uitvoering daarvan is tans (November 1971) aan die gang. WB

Instelling van die Zoeloegheidsowerheid

Kragtens die bepalings van die Wet op Bantoe-owerhede 1951, is die Zoeloegheidsowerheid gedurende 1970 ingestel deur Goewermentskennisgewing R762 van 1970.

Proklamasie R139 van 1970 verleen erkenning aan Bantoe-reg in stam-, gemeenskaps- en streeksowerhede in die gebied van die Zoeloegheidsowerheid, en volg dieselfde patroon as vir die ander etniese groepe of volkseenhede.¹¹

⁹Dit het ingevolge die grondwet van 11 Augustus 1919 ook in die „Republiek van Weimar” nog gegeld, maar toe het elke Duitser in elke *Land* dieselfde regte en pligte gehad as die *Land* se eie burgers.

¹⁰*Société des Nations* 1923, *Journal Officiel* 1923 604 - Net die teenoorgestelde is deur dieselfde liggaam en op dieselfde dag tov Blankes, nl die Suidwes-Duitsers, besluit: die Unie kon hulle *en bloc* naturaliseer en sodoende politieke regte aan hulle gee om hulle aan die administrasie van die gebied te laat deelneem (*loc cit* 603).
¹¹1969 *THRHR* 369.

Die samestelling van die Zoeloegheidsowerheid vergelyk met dié van die Tswana.¹² Ook die Zoeloegheidsowerheid verteenwoordig die streeksowerhede. Die gebiedsowerheid bestaan uit die hoofkaptein en sy persoonlike verteenwoordiger en vyf persone van elke streeksowerheid waarvan drie kapteins moet wees.

'n Opvallende aspek van hierdie gebiedsowerheid is dat daar 'n Uitvoerende Komitee van die gebiedsowerheid in die lewe groep word. Hierdie Uitvoerende Komitee word deur die gebiedsowerheid uit sy geledere verkies en is verantwoordelik in die tussenpose tussen vergaderings van die gebiedsowerheid vir die bestuur en afhandeling van sodanige sake van daardie owerheid as wat die owerheid van tyd tot tyd aan die Uitvoerende Komitee mag opdra.

Omdat die Zoeloegheidsowerheid, en die mindere owerhede wat daaronder ressorteer, nou hulle eie regulasies het, geld die algemene regulasies nie meer nie. Hiervoor word in proklamasie 138 van 1970 voorsiening gemaak. Die algemene regulasies (Goewermentskennisgewing 939 van 1953, soos gewysig), is nou slegs van toepassing op die Swazi, wat nog nie 'n gebiedsowerheid het nie.

PWdP
IOHMM

Regspraak

Die staatsreg van die Bantoe is op die oomblik in 'n stadium van ewolusie.

'n Interessante vraag is wat die regsposisie sou wees indien 'n wet van die Suid-Afrikaanse Parlement, wat ingevolge artikel 65(1) van die Transkeise Grondwet¹³ ook in die Transkei geld, nou deur 'n latere wet van die Suid-Afrikaanse Parlement herroep of gewysig word?

Bogenoemde vraag word gedeeltelik beantwoord deur die vonnis *S v Zitudexa* 1970 2 SA 772 (OK).

Die beskuldigde in hierdie saak is ingevolge artikel 10*bis* van wet 54 van 1949 (soos gewysig)¹⁴ daarvan aangekla dat hy in die Transkei in besit was van 'n gevaarlike wapen.

Artikel 6 van wet 71 van 1968 ('n wet van die Suid-Afrikaanse Parlement) het artikel 10*bis* van wet 54 van 1949 herroep.

Die vraag waaroor die hof gevolglik hier by monde van regter-president Jennett moes beslis, is of artikel 6 van wet 71 van 1968

¹²1969 *THRHR* 370.

¹³Wet 48 van 1963: a 65(1) bepaal dat alle wette in die Transkei van krag bly totdat hulle deur die bevoegde gesag herroep of gewysig word.

¹⁴n Wet van die Suid-Afrikaanse Parlement wat ingevolge a 65(1) van die Transkeise Grondwet ook in die Transkei geld.

die uitwerking gehad het om ook in die Transkei artikel 10*bis* op te hef.

Die regter-president laat hom op bladsy 774 van die hofverslag soos volg hieroor uit:

„ . . . the matter dealt with by section 10 of act 54 of 1949 as amended falls within the ambit of paragraph 6 of part B of the first schedule (van die Transkeise Grondwet) which covers the protection of life, persons and property and the prevention of cruelty to animals in the Transkei. Therefore it is the Transkeian Legislative Assembly which is the competent authority to make laws on the matter since the Transkei Constitution Act came into operation.”

Artikel 10*bis* van wet 54 van 1949 bly dus voortbestaan in die Transkei en artikel 6 van wet 71 van 1968 geld nie in die Transkei nie. Die Transkeise Wetgewende Vergadering is die bevoegde liggaam om artikel 10*bis* te wysig of te herroep.

In *Bali v Lebenya*¹⁵ eis die eisers, wat lede was van 'n Xhosa-minderheid in 'n oorwegend Sotho-gebied, R10 elk terug wat hulle onder protes betaal het aan die verweerder, 'n kaptein, vir sy toestemming vir die hou van 'n inisiasieskool in sy gebied.

Die vraag was of daar 'n gewoonte is dat geld betaal word aan die kaptein vir die hou van 'n inisiasieskool.

Die hof beslis dat aangesien die eisers lede van 'n Xhosa-minderheid in 'n oorwegend Sotho-streek was, hulle onderworpe was aan Sotho-gewoonte soos uitgeoefen in daardie streek.

Verder is beslis dat die onderhawige gewoonte reeds baie jare bestaan en deel van die gewoontereg is.

HM
JAvdH

Transkei

Totstandkoming van nuwe kapteinskap: Voordat selfregering aan die Transkei toegesê is in 1963, het die Staatspresident die funksie gehad om hoofkapteins, kapteins, onder-kapteins en amptenare handelende ten behoeve van hierdie persone, ten opsigte van enige Bantoestam aan te stel en het ook die reg gehad om sodanige aangestelde persone van hulle amp te onthef.¹⁶ Sedert die Transkei selfregerend geword het, is hierdie funksie oorgedra aan die streeksowerheid wat jurisdiksie het in die streek waar sodanige amp gevul moet word, maar sodanige aanstelling of ontheffing is onderworpe aan die goedkeuring van die Staatspresident. Die skepping van 'n nuwe hoofkapteins-, kapteins- of onder-kapteinspos word deur die streeksowerheid aange-

¹⁵1969 BAH 56.

¹⁶a 2(7) wet 38 van 1927.

voor, daarna deur die Transkeise Wetgewende Vergadering aanbeveel en uiteindelik deur die Staatspresident goedgekeur.¹⁷

Ingevolge die bepalings van die Transkeise Grondwet soos hierbo uiteengesit het die Dalindyebo-streeksowerheid¹⁸ besluit om 'n nuwe kapteinspos binne sy gebied te skep. Hierdie kapteinspos is ten opsigte van die Tembustam woonagtig in die Xwili-Administratiewe Gebied nr 21, in die distrik Umtata. Die persoon wat geraak word deur die skepping van hierdie pos is hoofman Albert Bambilanga Nxeko Dalindyebo wat die broer is van hoofkaptein Sebata Dalindyebo van die Tembu en erfopvolger van die „gadi“-huis¹⁹ van die oorlede hoofkaptein Jongilizwe Dalindyebo. In ooreenstemming met die genoemde bepalings, het die Wetgewende Vergadering toegestem tot die skepping van genoemde kapteinspos en aanbeveel dat die Staatspresident die aanbeveling van die hoofman as kaptein sal goedgekeur.

Drie redes is aangevoer as motivering vir die skepping van hierdie pos. Ten eerste is dit nodig gevind ten einde die struktuur van die hiërargie te voltooi: hoofkaptein, kaptein en onder-kaptein by die Tembu in die gebied van die Dalindyebo-streeksowerheid; tweedens, direkte afstammelingen van die Dalindyebo-koninklike familie het 'n hoof verdien met 'n hoër status dan dié van hoofman; derdens, hoofman Albert was hoof van die stamowerheid sedert Februarie 1959, is erken deur die Tembu self as 'n kaptein in die distrik vir baie jare en nie net as hoofman nie en het 'n spesiale toegif as hoofman ontvang wat hoër was as dié wat ontvang word deur ander hoofmanne.²⁰

2 *Totstandkoming van streeksowerheidshowe*: In sy beleidsverklaring het die Minister van Justisie van die Transkei gesê dat vir die finansiële jaar 1970-71 voorsiening gemaak word vir 'n spesifieke bedrag met die oog op die stigting van streeksowerheidshowe ingevolge die bepalings van die Transkeise Howe (Streeksowerhede) Wet van 1969.²¹ Hierdie wetgewing implementeer die bepalings van die Transkeise konstitusie²² wat die Minister van Justisie magtig om beheer uit te oefen oor die administrasie van justisie in die gebied.

3 *Vulling van sekere poste deur die burgers van die Transkei*: In sy toespraak oor departementele beleid het die Minister van Justisie ook daarvan

¹⁷a 45 wet 48 van 1963.

¹⁸Dit is een van die nege streeksowerhede in die Transkei; sien a 2 wet 48 van 1963.

¹⁹Die „gadi“-huis by die Kaapse Nguni is geaffilieer of ondergeskik aan enige van die twee hoofhuise, nl die „indlunkulu“- en die regterhandse huis; sien ISchapera *The Bantu-speaking Tribes of South Africa* 75; SM Seymour *Bantu Law in South Africa* 3e uitg (1970) 121.

²⁰Transkeise Debatte 1970 134 147-148 228-229.

²¹*ibid* 141-142.

²²a 48(2) wet 48 van 1963; 1970 *THRHR* 380.

melding gemaak dat drie burgers van die Transkei reeds aangestel is as hoofde van magistraatskantore, een van wie bevorder is van magistraat tot senior magistraat. Gedurende die finansiële jaar 1970-71 was daar twee-en-twintig Transkeise burgers wat betrekking beklee het as judisiële amptenare.²³

IOHMM
HM

II STRAFREG

Wetgewing

Gedurende 1970 is geen wetgewing wat op Bantoestrafreg betrekking het, gepromulgeer nie.

Die Wysigingswet op Onderdrukking van Toorkuns 50 van 1970 handel volgens ons mening nie met enige aangeleentheid wat spesifiek op Bantoestrafreg betrekking het nie.

Regspraak

Met die eerste oogopslag mag dit voorkom of strafreg glad nie in die Bantoestrafreg ter sprake kom nie, of as dit wel deel vorm van Bantoestrafreg, dit geen aktiewe rol speel in die Bantoestrafreg nie.

Die rede hiervoor is tweeledig. In die eerste plek word misdad in die Bantoestrafreg in 'n hoë mate beskou as gerig te wees teen die kaptein in sy hoedanigheid as vader van die stam. Dié element oorskadu die aantasting van die belange van die individu.

In die Bantoestrafregappèlhofbeslissing *Mbambo v Bele*²⁴ omskryf president Yates dan ook Bantoestrafreg soos volg: „Bantu criminal law deals with wrongs against the chief in his capacity as ‘father’ as it were of the tribe and he is entitled to exact a fine from the wrongdoer.”

Seymour verklaar weer: „But on the whole it may be said that the magistrates’ courts and the supreme courts are the normal tribunals in which Bantu wrongdoers are criminally charged, and that Bantu are subject to the criminal law of the Republic.”²⁵

In die tweede plek is die jurisdiksie ten opsigte van strafoplegging deur die Kapteinshof so laag dat baie min sake wat daar begin uiteindelik by wyse van appèl die Hooggeregshof bereik, met die gevolg dat sake wat oor Bantoestrafregtelike misdade handel maar selde gerapporteer word.

Dit is op grond van voorgaande duidelik waarom daar slegs een vonnis in die 1970-hofverslae is wat oor 'n Bantoestrafregtelike misdad

²³Transkeise Debatte 1970 140.

²⁴1969 BAH 15.

²⁵SM Seymour *Bantu Law in South Africa* 3e uitg (1970) 11-12.

handel, te wete *S v Mjijake*.²⁶ In hierdie saak is die beskuldigde deur 'n kaptein van die Buthelezistam in Zoeloeland in 'n Kapteinshof skuldig bevind aan „statutêre owerspel,” naamlik oortreding van artikel 162(1)(d) van die Natalse Wetboek. Die betrokke artikel lui soos volg: „Onderstaande daad is misdrywe - owerspel ten opsigte van sowel manlike as vroulike persone.”

Die betrokke Bantoevrou was voorheen 'n party by 'n gebruikelike verbinding en het vir ongeveer tien jaar nie meer met haar man saamgewoon nie, maar was ook nie van hom geskei nie.

Die beskuldigde wat reeds vyf jaar saam met die genoemde vrou gewoon het, drie kinders by haar het en haar vir die tydperk onderhou het, se verweer was dat hy onbewus was dat sy getroud was. Hierdie feit is nie weêrlê nie.

Die hof beslis dat die feit dat die beskuldigde onbewus was van die vrou se huwelikstaat nie 'n verweer is nie, alleen 'n versaggende omstandigheid. Hy baseer sy uitspraak op *R v Buthelezi*.²⁷

Die hof beslis verder dat 'n assistent-Bantoesakekommissaris ingesluit word deur die woord „Bantoesakekommissaris” in artikels 12(4), 20(6) en (7) van wet 38 van 1927 en dat sodanige persoon gevolglik ook bevoeg is om 'n strafappèl vanaf 'n Bantoehoofman se beslissing aan te hoor.

In *Latha v Latha*²⁸ beslis die Bantoe-appèlhof weer eens dat hy (die Bantoe-appèlhof) geen jurisdiksie in strafregtelike aangeleenthede het nie.

JAvdH

III PROSESREG

Wetgewing

Die enigste noemenswaardige regulasie in verband met die prosesreg uitgevaardig gedurende 1970, is regulasie 580 van 17 April. Hierdie regulasie omskryf die gebiede waarin die Bantoesakekommissarishowe van Sekhukhuneland en Bosbokrand regsmaag het. Die jurisdiksie van hierdie howe word volledig uiteengesit in drie bylaes vervat in die regulasie.

Regspraak

In navolging van die vorige jare behandel ons vanjaar die 1969-verslae van die Bantoe-appèlhowe.

²⁶1970 4 SA 701 (N).

²⁷1933 Justisie-omsendbrief 387.

²⁸1969 BAH 54.

Daar is 'n totaal van 17 gerapporteerde beslissings waarvan nege van die Noord-Oostelike Hof, een van die Sentrale Hof en sewe van die Suidelike Hof.

Al die vonnisse is vanjaar weer in Engels gerapporteer. Vier sake het oorspronklik in die Kapteinshof gediën.

Daar kom slegs een teregwysing deur die Appèlhof oor slordige hantering van 'n saak aan 'n Bantoesakekommissaris voor.²⁹

Hooggeregshofvonnisse word elf keer aangehaal as gesaghebbende bronne. Daar word dikwels verwys na Bantoe-appèlhofvonnisse asook ses keer na Warner se *Digest of South African Native Civil Law*. Wat ander regsliteratuur betref, word drie keer verwys na *Native Law in South Africa* deur Seymour; twee keer na *The Civil Practice of the Magistrates' Courts* deur Jones en Buckle; en een keer na die volgende werke: *The South African Law of Husband and Wife* deur Hahlo; *Institutes of South African Law* vol 2: *The Law of Things* deur Maasdorp; en *Principles of Native Law and the Natal Code* deur Stafford en Franklin.

Gedurende 1969 is daar nie in een vonnis van Bantoe-assessore melding gemaak nie. Die volledige verslae van die drie afdelings van die Bantoe-appèlhof vir 1969 beslaan slegs 61 bladsye.

Weer eens word daar in die meeste vonnisse nie aangedui aan welke etniese groep die partye behoort nie, sodat die Bantoe-appèlhowe nie 'n verteenwoordigende beeld gee van die reg van die verskillende etniese groepe nie.

Indien in ag geneem word dat gedurende 1969 alleen in die Sentrale Bantoe-egskeidingshof 2709 dagvaardings uitgereik is, ontstaan die vraag of die tyd nie ryp is om ook voorsiening te maak vir die rapportering van Bantoe-egskeidingsgedinge nie. Daar word tog sekerlik belangrike beginsels betreffende die Bantochuweliksreg geformuleer en vir die verdere ontwikkeling en kennisname van hierdie afdeling van Bantoe-reg, sou rapportering uiters wenslik wees.

In *Kumalo v Zungu*³⁰ is beslis dat Bantoevroue in Natal wel *locus standi in judicio* het om skadevergoeding weens seduksie en swangerskap te eis. Verweerder se spesiale pleit dat volgens Bantoe-reg, ge-

²⁹*Kumalo v Ntshangase* 1969 BAH 42 44: „This court has reservations regarding the right of the Commissioner to conduct this case in the vernacular. Various questions arise. Is he a qualified interpreter? Did he announce in court his interpretation of what he recorded in the one official language? This court doubts the propriety of the procedure adopted by him,” en verder op dieselfde bladsy: „He would be well advised to follow the procedure which has stood the test of years rather than introduce some untried new vogue of his own invention.”

³⁰1969 BAH 18.

baseer op die Natalse Wetboek, 'n Bantoevrou 'n minderjarige is en dus nie *locus standi* het nie, word nie gehandhaaf nie.

*Mgidlana v Sefa*³¹ handel oor die toepassing van reël 77 van die Bantoesakekommissarishof, meer bepaald oor vonnis by verstek. Verweerder was wel teenwoordig in die hof, maar aangesien verweerder se prokureur as gevolg van onvermydelike omstandighede nie teenwoordig kon wees nie, het verweerder te kenne gegee dat hy nie bereid was om sonder sy prokureur voort te gaan nie. Die Bantoe-appèlhof beklemtoon die bedoeling van die verweerder en bepaal dat vonnis by verstek wel toegestaan kan word al is 'n party *de facto* teenwoordig. Die hof verklaar op bladsy 28: „In the instant case defendant intimated that he could not proceed and the only practical interpretation of his action is that he withdrew from the case.” Hierdie beslissing is in ooreenstemming met die Suid-Afrikaanse Appèlhof-beslissing *Katritsis v De Macedo*,³² waarin die hof op bladsy 618 verklaar: „He who though present makes no defence is surely reckoned in the position of one who is not there.”

In *Mpanza v Madide*³³ word beslis dat daar wel 'n vermoede bestaan dat alle vee by 'n kraal die eiendom van die kraalhoof is, maar hierdie is 'n weerlegbare vermoede. Indien daar dus twyfel bestaan of die vee wel die eiendom van die kraalhoof is al dan nie, kan die geregsbode nie summier op daardie vee beslag lê nie. Dit is nie die funksie van die geregsbode om te beslis wie eienaar is nie maar wel die taak van die hof. Daar is dus nie voldoen aan die bepalings van reëls 68 en 73 van die Bantoesakekommissarishowe nie en op bladsy 32 verklaar die hof: „He chose to usurp the functions of a court of law and so acted wrongly and negligently . . .”

In *Latha v Latha*³⁴ stel die hof dit duidelik dat die uitspraak van 'n kaptein in 'n Kapteinshof nie aan 'n hersieningsproses onderworpe is nie. 'n Persoon wat ontevrede is met die uitspraak van 'n Kapteinshof se enigste verdere regsmiddel is 'n appèl na die Bantoesakekommissarishof. Die hof beklemtoon dat die Bantoe-appèlhof geen strafregtelike jurisdiksie besit nie.

*Mpanza v Dubazane*³⁵ handel oor die leerstuk van *res iudicata*. Die Bantoe-appèlhof bevind dat die Bantoesakekommissaris die kaptein se uitspraak verkeerd geïnterpreteer het, dat die kaptein se uitspraak in wese eintlik een van absolusie is en dat die Bantoesakekommissaris dus nie 'n verweer van *res iudicata* kan handhaaf nie. Dit

³¹1969 BAH 27.

³²1966 1 SA 613 (A).

³³1969 BAH 31.

³⁴1969 BAH 54.

³⁵1969 BAH 51.

sou miskien gepas gewees het om in hierdie saak van Bantoe-assessore gebruik te maak om te bepaal of begrippe soortgelyk aan *res iudicata* en *absolusie* in die Kapteinshof bekend is.

Alhoewel *Jali v Jali*³⁶ ook betrekking het op die prosesreg, word die saak nie hier bespreek nie aangesien dit volledig onder familiereg behandel word.

PWdP

IV REGSKONFLIK

Die vraag welke regstelsel, gemene reg of Bantoe-reg, toegepas moet word deur die Bantoesakekommissaris in 'n appèl vanaf 'n Kapteinshof, het weer ter sprake gekom in die saak *Kumalo v Mbata*.³⁷

Die Kapteinshof het beslis oor 'n geding voortspruitend uit 'n koopooorenkoms. Daar is geappelleer na die Bantoesakekommissaris-hof wat verklaar het dat die gemene reg toegepas moes gewees het. Die Bantoe-appèlhof by monde van president Cronje, beslis dat die Bantoesakekommissaris-hof in hierdie opsig gedwaal het om die volgende twee redes:

- (a) die geding het sy oorsprong in die Kapteinshof gehad waar alleenlik eise bekend aan Bantoe-reg aangehoor mag word;
- (b) 'n koopooorenkoms is deur gebruik aan die Bantoe-reg bekend.

President Cronje voeg dan ook by dat „ . . . a judicial officer may not arbitrarily change the system of law applicable.”³⁸

(Verder het die hof ook twyfel uitgespreek oor die korrektheid van die gebruik van die uitdrukking *de novo* om die herverhoor van 'n saak te beskryf soos voorgeskryf deur die Reëls en Regulasies vir Kapteinshof, naamlik reël 12(4). Die hof is van mening dat dit alleenlik die getuienis is wat *de novo* aangehoor word.)

HM

V FAMILIEREG

Wetgewing

Die Wysigingswet op Huwelike 51 van 1970 bevat enige bepalinge wat vir ons doel van belang is. Die wysiging van die woordomskrywing van „Minister” beteken dat die uitvoering van die bepalinge van die Huwelikswet van 1961 ten opsigte van 'n Bantoe in die Republiek of van 'n naturel (uitgesonderd 'n Nama) in Suidwes-Afrika nou aan die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling

³⁶1969 BAH 1.

³⁷1969 BAH 48.

³⁸*ibid.*

opgedra word. Tevore was die Minister van Binnelandse Sake ten opsigte van alle rasse die verantwoordelike minister. Volgens artikel 38A kan die Staatspresident die uitvoering van enige ander wet met betrekking tot huwelike ten opsigte van 'n Bantoe ook aan die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling opdra. Volgens die Minister van Binnelandse Sake³⁹ bevestig hierdie bepaling 'n administratiewe gebruik wat reeds baie jare bestaan.

Hierdie bepaling raak die benoeming van huweliksbevestigers, die intrekking daarvan deur die minister en die toestemming tot huwelike van persone benede sekere leeftye.

Ook die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes, Huwelike en Sterfgevallen⁴⁰ bepaal dat die uitvoering van hierdie wet met betrekking tot Bantoes nou aan die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling opgedra word.

Regspraak

'n Paar vonnisse beklemtoon weer die gemeenregtelike aard van die volwaardig erkende huwelik van die Bantoe. *Bali v SA Mutual Fire and General Insurance*⁴¹ het voor die Oos-Kaapse sowel as die Appèlafdeling van die Hooggeregshof gedurende 1970 gediën. Albei houe bevestig dat 'n huwelik tussen Bantoes sonder spesiale verklaring 'n gemeenregtelike huwelik buite gemeenskap van goedere is sonder uitsluiting van die maritale mag van die man, en dat die Wet op Huweliksangeleenthede van 1953 ten opsigte van so 'n huwelik geld. Die punt in geskil, naamlik die uitleg veral van artikel 2(1)(b) en 2(7) van voormelde wet, is vir ons doeleindes nie van belang nie.

Sithole v Sithole,⁴² 'n Bantoe-appèlhofsak, handel met die gemene reg. Dit gaan oor die verdeling van goedere na egskeiding in geval van 'n Bantoehuwelik binne gemeenskap van goedere. Die eiser het 'n bevel van verbeuring van voordele in die Bantoe-egskeidingshof verkry, en het meer as twee jaar later 'n bevel in die Bantoesakekommissaris-hof aangevra dat 'n skeidsman aangestel word om die gemeenskaplike boedel te gelde te maak en te verdeel. In 'n sorgvuldige en goed gemotiveerde uitspraak, gee die Bantoe-appèlhof 'n duidelike omlýning van die vereistes vir so 'n bevel, naamlik:

- (1) dat, om die aanstelling van 'n skeidsman te regverdig, aangevoer moet word dat die bates die laste oortref;
- (2) dat die partye nie daarin kan slaag om self tot 'n ooreenkoms van verdeling te kom nie;

³⁹Hansard 1514.

⁴⁰Wet 58 van 1970.

⁴¹1970 1 SA 187 (OK) en 1970 2 SA 696 (A).

⁴²1969 BAH 5.

(3) dat die versoek daarna aan die hof kan wees om òf self die verdeling te maak, òf 'n skeidsman aan te stel. Die beoogde magte van die skeidsman moet in die stukke omskryf word.

Die hof kan dan 'n bevel gee wat die besondere geval die beste pas. Indien die hof 'n skeidsman aanstel, kan die hof bevindings maak waarvolgens die skeidsman te werk moet gaan.

Die partye kom van Germiston, hulle bates is Westerse huisraad. Die feite gee die indruk dat die toepassing van die gemene reg aan die partye 'n bevredigende oplossing vir hulle probleme gee.

Dit wil voorkom of die hof in *Jali v Jali*⁴³ moes beslis tussen twee botsende regsbenaderings. 'n Vrou het op die een of ander manier skade aan 'n ander se mielies veroorsaak. Die saak word deur 'n Kapteinshof verhoor, wat vonnis by verstek gee teen die vrou, bygestaan deur haar man, wat in die huidige saak die eiser is. Daar is skynbaar geen twyfel dat die man volgens Bantoreg en ook volgens artikel 141 van die Natalse Wetboek vir sulke skade verantwoordelik is nie. In die betrokke saak is hy egter volgens die meerderheidsbevinding van die Bantoe-appèlhof nie gedagvaar as party in die saak nie, maar hoogstens „to assist his wife and listen to the proceedings.”⁴⁴ Die vraag is nou of in uitvoering van so 'n vonnis van die Kapteinshof, beslag gelê kan word op 'n bees wat aan die man, die eiser, behoort.

Twee botsende groepe gewysdes word in dié vonnis aangehaal. Aan die een kant *Mblongo v Nzuzuzo*⁴⁵ en *Mtembu v Kozza*.⁴⁶ In die *Mtembu*-saak, ook 'n Natalse saak waarin eksekusie gehê is na vonnis in die Kapteinshof, het die Bantoe-assessore eenparig verklaar:

„ . . . that when a girl has been seduced by an unmarried son residing in his father's kraal any action for damages brought in a chief's court is one against the *tortfeasor* himself, but that the father is required to attend the trial 'for he should know the particulars of the case as eventually it comes upon him so that when the attachment is made it will be made at his kraal and it will then prevent him from saying that he knew nothing of the case because the boy's tort must be paid for by his father. Judgment is given against the boy but the actual amount will be paid by the father.'”⁴⁷

Aan die ander kant word die vonnisse van *Nkomo v Sigora*,⁴⁸ *Sosibo v Sosibo dla by Sosibo*⁴⁹ en *Mcunu v Nkabini*⁵⁰ aangehaal. Ons beskik nie oor die eerste vonnis nie, maar die ander gaan almal oor

⁴³1969 BAH 1.

⁴⁴op 2-3.

⁴⁵1935 NAC (N & T) 13.

⁴⁶1964 BAH 1.

⁴⁷op 2.

⁴⁸1909 NHC 44 (N & T).

⁴⁹1939 NAC 145.

⁵⁰1938 (N & T) 29.

eksekusie wat gehêf is na 'n vonnis in 'n Bantoesakekommissarishof en nie in 'n Kapteinshof nie. In die *Mcunu*-saak word die standpunt duidelik gestel (ons herrangskik effens): „The rule that a person's property is inviolate until judgment has been given against him in an action wherein he was properly brought before the court as a party to the proceedings is so axiomatic and elementary that it would require no mention . . .”⁵¹

Die hof pas in die saak wat nou bespreek word, die *Jali*-saak, die beginsels uiteengesit in laasgenoemde saak net so toe op die Kapteinshof, en bevind dat beslag nie gelê kan word op die eiser se bees in uitvoering van 'n vonnis waarin die eiser nie 'n party was nie. Dit bevind: „plaintiff was not regarded as a principal but was merely called to attend to assist his wife.” Uit Westerse oogpunt, en vir persone geskool in ons gemene reg, is dit ongetwyfeld korrek. Maar met respek kan tog gevra word, is dit die benadering van die Kapteinshof? Kan hierdie standpunt gerym word met die advies van die Bantoe-assessore hierbo aangehaal? As die Kapteinshof as hof erken word, moet sy hele atmosfeer en uitgangspunt dan nie sorgvuldig in 'n appèlsaak vasgestel word nie, indien nodig deur weer gebruik te maak van Bantoe-assessore? Ten laaste kan gevra word of die goedere onder beheer van 'n kraalhoof alles as sy eiendom in Westerse sin beskou word? Word dit nie op die een of ander manier beskou as familie-eiendom, vatbaar vir enige regmatige eis teen enige lid van die familie nie?

In *Ngumza v Nomuganga*⁵² word beslis dat 'n vrou, (wat blykbaar getroud was met haar man volgens 'n tradisionele huwelik) wat haar man verlaat en met haar kinders teruggaan na haar vader of ander *lobolo*-houer, wat die kinders onderhou, so 'n *lobolo*-houer nie geregtig is op *isonddlo* van haar man nie - die tradisionele vergoeding van een bees per kind wat gehêf word van die vader vir die opvoeding en onderhoud van kinders deur ander.

Die vonnis word gesteun deur Seymour⁵³ en Olivier⁵⁴ en deur *Shaki v Mpabla en Mpangana*.⁵⁵ Al hierdie outoriteite kan skynbaar teruggelei word na *Gotima v Jiba*,⁵⁶ waarin die Bantoe-assessore gevra is om advies oor 'n besondere geval, naamlik waar 'n vrou in die geheim na haar mense teruggekeer het. In *Ngese v Samente*⁵⁷ het die feite meer ooreengekom met dié van die saak nou onder bespreking en was daar geen sprake van geheimhouding nie. In daardie saak het

⁵¹op 30.

⁵²1949 BAH 39.

⁵³SM Seymour *Bantu Law in South Africa* 3e uitg (1970) 234.

⁵⁴NJJ Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* (1969) 561.

⁵⁵3 NAC 157.

⁵⁶1 NAC 148 (1907).

⁵⁷5 NAC 101 (1927).

die assessore geadviseer dat die man wel aanspreeklik is vir *isondblo* waar die kind gebore is in die kraal van die vrou se familie, en hulle die kind vir vier jaar onderhou het.

Dit wil dus met respek voorkom of daar tog moontlik ryker skakeringe is aan die instelling van die *isondblo* as wat die handboeke en hierdie vonnis voorgee, en dit van omstandighede afhang of 'n man verantwoordelik is vir onderhoud indien sy vrou met hulle kinders na haar familie terugkeer.

VI OPVOLGINGSREG

Artikel 8 van wet 2 van 1868 (N) het bepaal dat testamente in Natal stilswyend herroep word deur die latere huwelik van die testateur, behalwe, onder andere, „ . . . in so far as such will or contract shall dispose of property which would not if the testator should die intestate, go to the wife or husband or issue of such marriage.” Hierdie wet is herroep deur wet 7 van 1953, maar geld nog ten opsigte van testamente voor 1 Januarie 1954 verly.

In *Mutaka v Mutaka*⁵⁸ het die oorledene, 'n Bantoe in Natal wat nie van die toepassing van Bantoreg vrygestel was nie, gedurende 1952 'n testament verly waarin sy moeder as enigste erfgenaam benoem word. In Maart 1954 trou hy buite gemeenskap van goedere ooreenkomstig artikel 22(6) van die Bantoe-administrasiewet. Hy sterf in April 1954 sonder kinders.

Volgens Goewermentskennisgewing 1664 van 20 September 1929 wat destyds gegeld het, sou die boedel van die oorledene indien hy intestaat sterf, volgens Bantoreg vererf, tensy die minister spesiaal verklaar dat die boedel volgens die gemene reg vererf. Volgens Bantoreg was die vrou van die oorledene nie intestate erfgenaam nie, maar sou die hele boedel na sy oom Amos gaan.

Die hof bevind dat die latere huwelik van die oorledene die testament onmiddellik herroep het, en dat die uitsonderingsgeval hierbo genoem, alleen geld ten opsigte van sekere soorte bates wat in elk geval nie na vrou of kind sou gaan by die dood van die oorledene nie. Die gevolg is dus taamlik verrassend, naamlik dat die testament deur die huwelik herroep word, ook al is in die besondere geval by die dood van die oorledene die vrou of kind glad nie erfgename van die oorledene nie.

RvLvT

VII VERBINTENISREG

In *Mdolo v Vanda*⁵⁹ appelleer die verweerder (appellant) teen 'n bevinding van die Bantoesakekommissarishof vanweë sy owerspel

⁵⁸1970 2 SA 492 (N).

⁵⁹1969 BAH 25.

met eiser (nou respondent) se vrou omdat die *solatium* van R200 meer is as die bedrag wat volgens Bantoereg, naamlik drie beeste, betaalbaar is. Die partye is skynbaar Fingo's.

Die hof pas in hierdie geval die gemene reg toe en daarom kan daar weens verlies aan *consortium* en *injuria* of *contumelia* geëis word. Die hof bevind dat die skade bereken moet word met inagneming van alle faktore en dat die bedrag so bereken nie noodwendig minder of dieselfde moet wees as sou dit bereken wees volgens Bantoereg nie.

Met 'n beroep op *Ndodza v Tshaniwa*⁶⁰ en sake aangehaal in *Mwanda v Kuse*⁶¹ bevind die hof:

„ . . . that the damage awarded under common law should have some relation to the amount recoverable under Bantu law and this principle is a good one to follow provided it is regarded as a guide and not as a fixed rule . . . ”

en verder:

„If a plaintiff claims an amount in excess of that payable under Bantu law he must show aggravating or other circumstances which would justify the award of such an amount.”⁶²

Nieteenstaande die feit dat die eiser intussen geskei is, 'n oppasser vir sy kinders moes huur, dienste van sy vrou moet ontbeer en 'n goeie sosiale aansien geniet, kom die appèlhof tog tot die gevolgtrekking dat die appellant slegs R100 skade gely het.

In *Testile v Mtamo*⁶³ slaag die eiser (respondent) met sy eis om genoegdoening weens aanranding en met 'n beroep op *Radebe v Hough*⁶⁴ bevind die hof „ . . . that the amount of damages to be awarded for pain and suffering should not vary according to the standing of the person injured.”

PHC

SKRYWERS

Bantu Law in South Africa deur SM Seymour, Juta 3e uitg 1970

A Handbook of Tswana Law and Custom deur I Schapera, Frank Cass Londen 3e uitg 1970

Criminal Procedure in Uganda and Kenya deur D Brown, Sweet & Maxwell Londen 2e uitg 1970

Outline of the Commercial Law in East Africa deur M Rogers, Legal publications Ltd Nairobi 1969

⁶⁰1939 NAC (N & T) 64.

⁶¹1962 NAC 64.

⁶²*Bukulu v Cebisa* 1946 NAC (C & O) 45.

⁶³1969 BAH 59.

⁶⁴1949 1 SA 380 (A).

Kenya: The law of Succession deur E Cotran, *Restatement of African Law Series* vol II, Sweet & Maxwell Londen 1969

Malawi: The Law of Marriage and Divorce deur JO Obik, *Restatement of African Law Series* vol 3, Sweet & Maxwell Londen 1970

Primitive Marriage and European Law - A South African Investigation deur DWT Shropshire, Frank Cass Londen 2e uitg 1970

The Roman-Dutch and Sesotho Law of Delict deur VV Palmer, Sijthoff Leiden 1970

„Mauritius: The Basis of the Legal System” deur AH Angelo 1970 *CILSA* 228-241

„The History and Nature of the Judicial System of Botswana, Lesotho and Swaziland - Introduction and the Superior Courts” deur JR Crawford 1970 *SALJ* 76-86

„The Judicial System of Lesotho” deur SM Poulter 1970 *CILSA* 62-79 197-211 309-324

„baNgwaketse marriage and dissolution of marriage” deur A Campbell, 1970 *CILSA* 212-224 325-347

„Customary Law in Botswana: Subdivision or Adaptation?” deur BJ van Niekerk 1970 *CILSA* 242-247

Current Legal Developments 1970 *CILSA*

Botswana - R Jacobs 108-109

Lesotho - W Bertelsmann 110

Malawi - W Bertelsmann 110-111

Rhodesia - H Silberberg 111-122

Swaziland - WA Ramsden 130-141

Transkei - A Hesse 141

Zambia - A Hesse 142-144

Botswana - R Jacobs 249-251

Lesotho - BL O’Leary 251-260

Malawi - W Bertelsmann 260-261

Rhodesia - H Silberberg 261-263

Swaziland - WA Ramsden 265-269

Transkei - A Hesse 269-270

Zambia - A Hesse 270-271

Botswana - JJ Ross 367-371

Malawi - JF Heyne 371-373

Rhodesia - H Silberberg 373-386

Swaziland - WA Ramsden 393-400

Zambia - W Bertelsmann 401-403

„Ontwikkeling ivm die Reg en Regspleging van die Bantoe - Oorsig vir 1969” deur R verLoren van Themaat, PH Cloete, PW du Plessis, JMT Labuschagne en IOHM Mapena, 1970 *THRHR* 377-401

Briefwisseling tussen adv WOH Menge en Prof R verLoren van Themaat - 1970 *THRHR* 217-218 en 318-322

PHC

SUMMARY

Developments in the law and administration of justice of the Bantu - survey of 1970

This fourth annual survey of developments in the law and administration of justice of the Bantu in South Africa covers 1970. The most important legislation discussed is the Bantu Homelands Citizenship Act 26 of 1970, and the institution of a territorial authority for the Zulu. The former act provides that every Bantu in South Africa who is not a prohibited immigrant and who is not yet a citizen of a self-governing Bantu territory becomes a citizen of one or other territorial authority, but also remains a subject or national of South Africa as a whole. The institution of the Zulu Territorial Authority by proclamation during 1970 means that every recognised ethnic group in South Africa except the Swazi now has its own territorial authority.

The case law, both in the different divisions of the Supreme Court and in the different divisions of the Bantu Appeal Court, is discussed.

The survey concludes with a bibliography. □

„. . . it seems to me, notwithstanding that the Courts tend to take a broad view of pleadings as long as the real dispute between the parties is properly investigated and adjudicated upon, the cardinal rules in regard to pleading should be properly observed, even in the magistrates' courts, and a trial should not be allowed to become just a 'free for all' with a complete disregard of the issues as raised in the pleadings.”

Lewis JA 1972 1 SA 198 (RA) 199

Aantekeninge

REGVERDIGING VAN VRUGAFDRYWING: TWEË BELANGWEKKENDE UITSPRAKE

Ofskoon ons howe hulle uitgelaat het oor vrae soos wat vrugafdrywing en poging daartoe behels, en die skuldvereiste by hierdie misdaad, het geen Suid-Afrikaanse hof vir sover bekend hom voor 1971 uitgespreek oor die gronde waarop beëindiging van swangerskap regtens regverdigbaar is nie. Moderne skrywers oor die strafreg het in die reël met 'n beroep op gemeenregtelike bronne aangevoer dat die enigste grond waarop vrugafdrywing geoorloof is, dié van behoud van die lewe van die moeder is. In die jongste tyd is vanuit verskillende oorde heelwat kritiek op hierdie standpunt verneem en is sterk vertoë vir regshersiening gelewer.

Veranderende opvattinge oor die regverdigbaarheid van vrugafdrywing het nou in twee onlangse uitsprake weerklank gevind. Die eerste hiervan is *S v King* (TPA 4 Junie 1971—'n opsommende weergawe van regter Hiemstra se uitspraak verskyn in 1971 2 PH H103(T)). Die uitspraak is van besondere belang omdat dit die eerste keer in Suid-Afrika is dat 'n hof hom oor hierdie netelige vraagstuk uitlaat. Die appellant was 'n geneesheer wat tereggestaan het op 'n aanklag van strafbare manslag wat voortgevloei het uit die dood van 'n jong meisie wat by hom was vir vrugafdrywing, en drie aanklagte van vrugafdrywing. Hy is onskuldig bevind op eersgenoemde aanklag omdat daar volgens bevinding van die landdros 'n redelike moontlikheid was dat die dood ingetree het weens inwendige besering wat sy self of iemand anders veroorsaak het. Op die ander drie aanklagte is hy skuldig bevind aan poging tot vrugafdrywing. Hierteen het hy in hoër beroep gegaan. By appèl is die skuldigbevinding op een klagterysde gestel en die ander twee gehandhaaf.

Daar was ook 'n appèl teen die vonnis en by oorweging hiervan het die regter onder meer breedvoerige kommentaar gelewer oor die tradisionele regsposisie. Die regter begin deur op te merk dat die oordeel van die hof oor 'n geneesheer wat 'n wordende lewe vernietig het, van die grootste belang is vir die geneeskundige beroep en ook vir die gemeenskap in die algemeen uit die oogpunt van sy etiese standaarde. Beëindiging van swangerskap vanweë sosiale, eugenetiese of ekonomiese oorweginge word in verskeie ontwikkelde lande al lank toegelaat. In Indië en Japan het dit 'n wapen geword teen die

verskriklike bedreiging van oorbevolking. Onbeheerde bevolkings-groei kan 'n hele beskawing vernietig, aldus die regter. In sommige ander lande hang dit saam met opvattinge van persoonlike vryheid en persoonlike soewereiniteit oor die eie liggaam. In lande met die Westerse lewensbeskouing en ook met eerbied vir die lewe, soos Switserland, Swede en Duitsland, sê die regter, word abortsie meer en meer gereël met inagneming van die liggaamlike en geestelike belange van die moeder. Die waarskynlikheid dat die kind wanstaltig sal wees, word ook aanvaar as 'n grond vir terapeutiese abortsie. Die feit dat die moeder ongetroud is en in sosiale verleentheid sal kom skyn nie 'n wyd aanvaarde faktor te wees nie, behalwe waar sy buitengewoon jonk is.

In Suid-Afrika, verklaar die regter, is die regsposisie heeltemal onverfynd. Al wat vasstaan is dat abortsie strafloos is wanneer die lewe van die moeder deur swangerskap in gevaar gestel is. Daar is nietemin ander omstandighede wat, indien nie verskonend nie, minstens strafversagtend werk. Dié omstandighede is volgens hom egter vaag en lukraak.

Regter Hiemstra behandel vervolgens die betoog—wat ten volle voor die landdros benadruk is—dat die gemeenskap geleidelik meer permissief teenoor vrugafdrywing begin staan. Hierdie betoog, aldus die regter, kan nie eenvoudig afgemaak word deur te sê dat sulke aspekte by die wetgewer berus nie:

„Daar is egter terreine van die gemeenskapslewe waar die wetgewer in 'n demokratiese bestel aan swaar inhibisies onderworpe is. Dit vloei voort uit diep gevestigde tradisionele en religieuse opvattinge. Die hoër houe het daar 'n rol te vervul deur uiting te gee aan die geleidelike ontwikkeling en verandering van die menslike benadering teenoor maatskaplike toestande.”

Die regter wys daarop dat in Engeland die hof in *R v Bourne* 1938 3 A11 ER 615 op hierdie wyse leiding gegee het. Die jurie het daar, onder voorligting van die regter, 'n geneesheer onskuldig bevind wat 'n abortsie openlik in behoorlike hospitaaltoestande uitgevoer het op 'n 15-jarige dogter wie se lewe deur die swangerskap in gevaar gestel was. Daar is beslis dat wanneer lewensgevaar vir die moeder aangevoer word, daar 'n *onus* op die vervolging geplaas word om te bewys dat daar geen lewensgevaar was nie.

Dat die mediese beroep groter helderheid behoort te hê oor die geregtelike standpunt teenoor abortsie, is volgens regter Hiemstra duidelik. „'n Geneesheer wat deur 'n vrou gevra word om haar swangerskap te beëindig bevind hom in 'n mynvelde.” Die meeste weier om dit te doen en die vrou, in wanhoop, begeef haar na 'n onbevoegde persoon wat die operasie in onhigiëniese toestande uitvoer. Die regter meld dat volgens 'n stuk wat vir die Uitvoerende Komitee van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad voorberei is, daar in een jaar in Johannesburg alleen 302 vroue aan onregmatige abortsies gesterf, en in 'n enkele jaar is in die Grootte

Schuurhospitaal in Kaapstad 1436 vroue behandel na onvolledige en onbekwaam uitgevoerde aborsies.

Die regter verklaar vervolgens:

„Dat daar verskeie gronde bestaan waarop terapeutiese aborsies deur bevoegde persone in behoorlike kliniese toestande wettig uitgevoer moet kan word, is duidelik. Daaronder val swangerskappe uit verkragting en bloedskunde en swangerskappe wat die gesondheid van die moeder liggaamlik of geestelik, ernstig in gevaar stel. Die vooruitsig op 'n wanstaltige vrug behoort ook aandag te geniet. Die probleem wat om toe te laat, is nie eenvoudig nie. Waar die toegelate gevalle te weinig is, ontstaan die paradoksale toestand dat beperkte wettiging van aborsie die getal strafbare aborsies verhoog en nie verminder nie. Die openbare mening verander as gevolg van toegewings en die strafwaardige aborteurs kry simpatie eerder as straf. Hul praktyk word betreklik veilig en hulle kry voorkeur omdat die vrou geheime en onmiddellike aandag wil hê. Sy deins terug vir tydrowende navraag en oorweging.”

Die regter meld ten slotte dat die hof by appèl noukeurig oorweeg het of daar in die geval van die appellant besondere omstandighede aanwesig was, wat sy daad minder laakbaar maak. Maar sy verdediging is gevoer op 'n wyse wat die openbaring van sulke omstandighede, as daar was, onmoontlik gemaak het. Sy verweer was dat hy dit nie gedoen het nie, en die redes wat hom daartoe genoop het, moes derhalwe noodwendig onderdruk word. Hy het verkies om met onwaarhede voor die dag te kom, waardeur hy veel simpatie verbeur het, aldus die regter. Die hof van appèl moes handel op die feite wat voor hom was, en dit is die volgende: Twee pogings tot vrugafdrywing is uitgevoer sonder bewyse van terapeutiese of selfs sosiale wenslikheid. Dit is in minstens een geval met genoeg onbedrewendheid gedoen om die vrou in die hospitaal te laat beland. Gelde ten bedrae van R100 en R80 is onderskeidelik opgeëis. Die appellant het dus nie uit deernis hulp verleen nie. Een geval is gedoen terwyl die beskuldigde onder die skadu verkeer het van 'n aanklag van strafbare manslag, wat voortgevloei het uit 'n vorige ingryping by swangerskap. Dit openbaar volgens die regter 'n sekere vermetelheid. Die hof weier bygevolg om in te meng met 'n boete van R400 ten opsigte van elke aanklag. Na aanleiding van 'n vorige saak waarin 'n ongekwalifiseerde persoon aan vrugafdrywing skuldig bevind is, waarna die hof verwys is, merk die regter soos volg op:

„Ongekwalifiseerde persone wat die operasie in onsteriele toestande doen, speel ter wille van geldelike gewin met die lewe van die moeder. Hulle skuld is in ons oordeel groter as dié van 'n opgeleide persoon wat weet wat hy doen. Hulle staan ook nie bloot aan die bykomende (en veel groter) straf wat die genesheer riskeer nie, nl skraping van die register. Daar behoort by vonnisoplegging in sulke gevalle gewaak te word teen die ontstaan van 'n lukratiewe aborsiebedryf in 'n agterkamer, met 'n reeks sterfgevalle van jong vroue of meisies tot gevolg.”

Regter Moll vereenselwig hom met die redes vir uitspraak soos saamgevat deur regter Hiemstra.

Soos uit die voorgaande blyk, was die geoorlooftheid van beëindiging van swangerskap nie regstreeks in geskil in die *King*-saak nie. By appèl het dit in hoofsaak gegaan om die strafmaat en die hof se opmerkings betreffende die onverfyndheid van die huidige regsposisie in Suid-Afrika, gesien teen die agtergrond van veranderde maatskaplike beskouing, was ter beoordeling hiervan. Nietemin staan vas dat dié opmerkings hulle terdeë sal laat geld in ons strafreg. Regter Hiemstra se uitspraak het trouens reeds weerklank gevind in 'n belangrike uitspraak van 'n streekhof wat vervolgens behandel word.

In *S v Van Druten* (streekhof van die afdeling Transvaal, 12 November 1971) het die gronde waarop swangerskap beëindig kan word, nou regstreeks ter sprake gekom, en in hierdie opsig is die saak van regsgeeskiedkundige belang. Die beskuldigde was 'n verloskundige en ginekoloog wat van vrugafdrywing op 'n 15-jarige dogter aangekla is.* Die feite van die saak verskil radikaal van dié van *King*. Die operasie is openlik en op behoorlike wyse uitgevoer deur die beskuldigde in die teater van 'n provinsiale hospitaal ná 'n deeglike ondersoek. Die gewone formele hospitaalvereistes is nagekom met betrekking tot die opname van die pasiënt. Benewens die pasiënt se toestemming is ook dié van haar moeder verkry. Bedkaarte en registers is gehou ten opsigte van haar behandeling en vordering in die hospitaal. Die prosedure wat die beskuldigde gevolg het om die swangerskap te beëindig was volkome geslaagd en in ooreenstemming met moderne geneeskundige maatstawwe.

Volgens getuienis was die meisie—wat nog op skool was—swanger ten gevolge van gemeenskap met haar broer wat ouer as sy was. Sy het beweer dat sy verkrag is, aangesien sy nie tot die gemeenskap toegestem het nie. (Op die een of ander stadium is 'n aanklag van bloedskande teen die broer by die polisie gelê.) Volgens getuienis van die meisie se moeder was daar van haar (die moeder se) verwante wat tekens van geestesafwyking getoon het. Sy het melding gemaak van 'n oom en twee tantes wat „altyd eenkant en in 'n aparte kamer toegemaak was.” Sy het geen sodanige gebrek by haar dogter agtergekom nie, maar sy het wel 'n seun gehad wat „baie stadiger van begrip” was as haar ander kinders. Volgens die uiteindelijke bevinding van die landdros was hierdie 'n familie wat duidelike tekens van vertraagdheid aan die dag gelê het, en wie se lewenspeil en lewensnorme veel te wense oorgelaat het.

Voordat die beskuldigde die operasie uitgevoer het, is die menings van 'n aantal geneeshere ingewin. Die pasiënt het aanvanklik 'n algemene praktisyn geraadpleeg vanweë hoofpyne. Hy het bevind dat

*Die opsomming van die saak wat hier verstrekkend word, is verkry uit die landdros se skriftelike uitspraak.

sy swanger was. Sy mening was dat hierdie nie 'n geval was van 'n meisie „whom he could simply allow to go ahead and have a baby.” Hy het die geval toe verwys na 'n ginekoloog, die beskuldigde se vennoot. Laasgenoemde het voorgestel dat die pasiënt verwys word na die eugenetiese afdeling van die Johannesburgse Algemene Hospitaal. Ten gevolge hiervan is die menings verkry van twee vooraanstaande Suid-Afrikaanse deskundiges, prof Hurst, psigiater, en dr Lithgow, verloskundige en ginekoloog.

Prof Hurst was die mening toegedaan dat die swangerskap onderbreek moes word primêr op „psychiatric compassionate grounds.” Die pasiënt se sielkundige toestand was volgens hom sodanig dat daar die vooruitsig was van toenemende depressie met die besliste moontlikheid van selfmoord. „There is also a moderately serious eugenic consideration with the history of mental disorder and mental defects in the pedigree.” Hy het getuig dat die bloedskundige gemeenskap tussen die pasiënt en haar broer van die hoogste graad van bloedverwantskap was, wat volgens erflikheidsbeginsels 'n latente defek van die resessiewe tipe vir die kind ingehou het. Indien beide ouers aan manies-depressiewe psigose sou ly, was die risiko dat 'n abnormale kind gebore kon word so hoog as 90%. Dit was sy oorwoë mening dat gesien die familie-agtergrond van die pasiënt en haar broer, die gevaar van 'n abnormale kind in die onderhawige geval aansienlik was. Hy het ook die mening uitgespreek dat afgesien van die moontlikheid dat die pasiënt selfmoord kon pleeg, voortgesette swangerskap vir haarself die weselike gevaar van benadeling van haar psigiese en fisiese gesondheid ingehou het.

Dr Lithgow het ook beëindiging van swangerskap aanbeveel. Hy het in sy getuienis voor die hof daarop gewys dat die gevaar van ernstige abnormaliteite by 'n kind verwek uit 'n bloedskundige verbin-
tenis vyfmaal groter was as andersins. Hy het voorts daarop gewys dat die pasiënt nog nie volgroeid was nie en dat haar bekkenstruktuur nog onvolkome was. „Difficulty might have arisen in her case due to cephalo-pelvic disproportion. In other words this head at nine months was not able to fit nicely into the pelvic bone structure.” Daar was selfs die gevaar dat so 'n jong moeder kon sterf vanweë komplikasies by 'n moeilike geboorte. Hy het laasgenoemde gevaar egter as relatief gering geag. (Volledigheidshalwe moet gemeld word dat die pasiënt ook nog ondersoek is deur 'n distriksgeneesheer, wat egter geen liggaamlike afwykings gevind het wat 'n normale geboorte sou kon verhinder nie.)

In sy getuienis het beskuldigde verklaar dat ofskoon die skriftelike menings en aanbevelings van prof Hurst en dr Lithgow baie sterk by hom geweeg het en dit grootliks die oorredende faktor was by sy besluit om die swangerskap te beëindig, die finale beslissing nogtans by

homself berus het. Daar was vir hom vier faktore wat 'n terapeutiese aborsie noodsaaklik gemaak het:

- (i) die ernstige gevaar van selfmoord;
- (ii) die moontlikheid van ernstige benadeling van die pasiënt se geestesgesondheid;
- (iii) die besliste moontlikheid van 'n abnormale foetus weens bloeds-kande; en
- (iv) die feit dat die pasiënt 'n jeugdige meisie was wat na alle waarskynlikheid nie in staat was om die gevolge van geslagsgemeenskap te begryp nie, en boonop haar verpligtinge ten opsigte van moederskap na behore na te kom nie.

Dit was die taak van die streeklanddros (mnr JWA van Wyk) om te beoordeel of die beskuldigde geoorloof was om in hierdie omstandighede die swangerskap te beëindig.

In 'n deeglik gemotiveerde uitspraak behandel hy ons gemene reg sowel as moderne sienings omtrent terapeutiese aborsie. Hy wys daarop dat die vraagstuk voor die hof een van die mees omstrede van ons tyd is. Tereg vestig hy die aandag daarop dat die feite in die Engelse *Bourne*-saak in 'n groot mate ooreenkom met dié van die onderhawige saak en dat die destydse regsposisie in Engeland sterk ooreenkom met wat vandag die Suid-Afrikaanse regsposisie heet te wees. In die onderhawige saak het die hof nie te doen met 'n „professionele” vrugafdrywing wat op aanvraag geskied het nie, maar met 'n terapeutiese beëindiging van swangerskap. Dit bring mee dat ondersoek ingestel moet word na die onregmatigheidselement, waarby dit volgens hom gaan om die vraag of vrugafdrywing geoorloof is „wanneer dit gemeet word aan 'n objektiewe redelikeheidsnorm wat deur die gemeenskaps-oortuiging aanvaar word.” Waar die goeie sedes ter sprake is gaan dit nie om alle etiese norme van die gemeenskap nie, maar eerder om die heersende beskouinge in die gemeenskap oor welke gedrag regmatig is en welke gedrag onregmatig is: die regsopvattinge wat in die gemeenskap heers. Daar geld in Suid-Afrika geen wetteregtelike voorskrifte in verband met aborsie nie en die hof moet die vraag beoordeel aan die hand van die gemene reg, waarby „bepaal [moet] word hoe rekbaar die gemene reg is ten einde aan te pas en uiting te gee aan moderne gemeenskapsoortuiging.” Die gemeenregtelike skrywers, in besonder die toonaangewende kriminalis, Matthaëus, het hulle slegs uitgespreek oor een enkele geval, naamlik waar die moeder se lewe weens swangerskap in gevaar verkeer het. Hulle het hul nie uitgelaat oor enige ander situasies nie en hul antwoorde was nie daarop ingestel nie om uitsluitel te gee oor omstandighede soos benadeling van die fisiese of geestelike gesondheid van die moeder, of waar swangerskap teweeggebring is deur verkragting of bloeds-kande, of waar die moontlikheid bestaan dat 'n abnormale kind in die lewe gebring mag word.

Ten einde vas te stel of daar 'n regverdigingsgrond is, verklaar die landdros, moet die vraag gestel word „of die handeling regmatig is in die lig van die gemeenskapsbelang en gesien die redelikheid en billikheid daarvan.” Regverdigingsgronde is „net praktiese voorbeelde van uitgekristalliseerde redelikheid en niks minder of niks meer nie.” Dit is 'n onbegonne taak om 'n katalogus van regverdigingsgronde op te stel omdat hulle in getal onbeperk is. Daar is geen rede waarom sogenaamde „nuwe” regverdigingsgronde wat aan die gemeenskapsoortuigings voldoen, nie ook andersins wederregtelike handeling kan verskoon nie. Ons gemene reg is dinamies en hou tred met die oortuigings van die gemeenskap soos hy ontwikkel.

'n Regverdigingsgrond wat volgens die landdros sterk na vore tree in die onderhawige saak is noodtoestand. Dit is inderdaad die grond waarop vrugafdrywing geoorloof is wanneer die moeder se lewe in gevaar is. By noodtoestand gaan dit nie om *mens rea* nie, maar om wederregtelikheid wat objektief beoordeel word. Die vraag is of die erkende regverdigingsgrond vir vrugafdrywing verruim kan of moet word om ook ander omstandighede te omsluit. 'n Statiese regstelsel, verklaar die landdros, sou nooit kon voldoen aan die vereistes van 'n ontwikkelende gemeenskap nie en sou 'n onhoudbare toestand skep. Die landdros wys daarop dat ons howe al telkemale weggebreek het van ou leerstukke wat nie in ooreenstemming is met hedendaagse beskouing nie, of bestaande leerstukke uitgebrei het. Voorbeelde daarvan is volgens hom te vinde in die volgende sake: *Bernardus* 1965 3 SA 287 (A), waarin die *versari*-leer die nekslag toegedien is; *Van Wyk* 1967 1 SA 488 (A), waarin noodweer so uitgebrei is dat dit ook die geval dek waar doodslag gepleeg word ter beskerming van goedere; *Green v Fitzgerald* 1914 AD 88, waarin beslis is dat owerspel nie meer 'n misdad in ons reg is nie. Die landdros haal ook die bekende *dictum* van hoofregter Innes in *O'Callaghan NO v Chaplin* 1927 AD 310, 327, aan:

„It is the duty of a court—especially of an appellate tribunal—so to administer a living system of law as to ensure—without the sacrifice of fundamental principles—that it shall adapt itself to the changing conditions of the time. And it may be necessary sometimes to modify, or even discard, doctrines which have become outworn.”

Die landdros meen dat daar 'n aansienlike wisselwerking tussen geneeskunde en reg bestaan. Tot welke mate geneeskundige praktyk deurslaggewend kan wees in die vorming van die gemeenskapsoortuiging blyk daaruit dat in sekere opsigte by swangerskapsbeëindiging reeds lankal afgewyk is van die streng gemeenregtelike vereistes en dat dit inderdaad deur die regspraktyk aanvaar is. Die landdros verwys na die feite vermeld deur 'n vooraanstaande Suid-Afrikaanse ginekoloog en verloskundige, prof JN de Villiers, in (1968) 42 *SA Mediese Tydskrif* 718, waaruit blyk dat minstens 28 persent van terapeutiese aborsies wat openlik deur gerespekteerde geneeshere in Suid-Afrikaanse hospi-

tale uitgevoer word, nie deur die streng gemeenregtelike grond gedek word nie. Hierdie gegewens is so insiggewend, sê die landdros, dat 'n mens verstom staan oor die feit dat 'n vooruitstrewende en hoogs ontwikkelde land soos Suid-Afrika so ver agtergebly het om ten aansien van die netelige probleem van terapeutiese aborsie regtens groter duidelikheid te bring. Op geneeskundige gebied het ons op wêreldvlak die voortou geneem met hartoorplantings, dog ten spyte van volumineuse geskrifte van invloedryke regsgeleerdes, kerklikes, medici, psigiaters, sielkundiges, sosioloë, ens, bestaan daar nie 'n enkele aanduiding in ons reg behalwe die gemeenregtelike regverdigingsronde van lewensredding nie, aldus die landdros. Wat betref oorwegings soos die benadeling van die moeder se gesondheid, fisies of geestelik, eugenetiese gronde waar swangerskap deur bloedsbande teweeggebring is, dat swangerskap deur verkragting teweeggebring is, bestaan daar hoegenaamd geen uitdruklike voorsiening in ons reg nie.

Die feit dat soveel terapeutiese aborsies wel deur geneeshere gedoen word, is vir die landdros 'n bewys dat die tradisionele streng regverdigingsgrond van lewensredding in die moderne tyd verruim het. Hand aan hand met die geneeskundige praktyk gaan die psigologiese aspek. Met verwysing na 'n aantal stellings van gesaghebbendes, onder meer dr CGA Simonz se artikel in (1968) 42 *SA Mediese Tydskrif* 714, merk die landdros op dat sielkundige oorwegings vandag 'n belangrike rol speel by die vraag of 'n aborsie op terapeutiese gronde regverdigbaar is.

Die landdros gaan vervolgens oor tot behandeling van religieuse beskouings oor terapeutiese aborsie. Hy wys daarop dat by beoordeling van hierdie vraagstuk rekening gehou moet word ook met die godsdienstige beskouing van 'n volk. Hy haal in besonder die standpunt aan van prof B Duvenhage (1971) 30 *Bulletin SA Vereniging vir die Bevordering van Christelike Wetenskap* 14, dat die Calvinistiese etiek ook nie staties is nie:

„[Dit] wil . . . nie tradisionalisties die toepassing van norme in die verlede self tot beginsel verhef nie, maar steeds weer die eise van die kontingente situasie in berekening bring sonder om die margine of grens wat deur die beginsels getrek word, te oorskry.”

Na behandeling van verteenwoordigende standpunte van moderne Christelike etici, kom die landdros tot die gevolgtrekking dat die Christelike etiek nie eenvoudig afwysend staan teenoor terapeutiese aborsie nie, maar dat daar wel ruimte is vir erkenning van dié motief waar dit gaan om 'n bedreiging van die vrou se lewe en gesondheid, asook op eugenetiese gronde, mits die motief van geval tot geval geverifieer word. Die landdros wys daarop dat dit juis merkwaardig is dat die moderne wetenskap gegroei het in 'n Christelike beskawing, vrygemaak deur die Renaissance en die Hervorming.

Die landdros behandel die regsontwikkeling betreffende aborsie in Engeland met besondere verwysing na die *Bourne*-saak en die *Abortion Act* van 1967. Hy beklemtoon dat onvoorwaardelike aanvaarding van vreemde reg onregverdigbaar is. Nogtans vind hy in die afwesigheid van wetteregtelike voorskrifte in Suid-Afrika „ontslaglike steun” in die Engelsregtelike benadering. Benewens die byna identiese omstandighede van *Bourne*, is laasgenoemde saak beslis op ’n tydstop toe die regsposisie in Engeland nie wesenlik verskil het van wat ons geldende reg vandag heet te wees nie. Dit is die funksie van die hof om die reg wat van toepassing is, te stel, te vertolk en binne sy vermoë te verduidelik. Nogtans wil hy in die lig van wat reeds gesê is, pleit vir ruimer wetgewing. Die veelvuldige geskrifte oor hierdie onderwerp wat in die jongste verlede die lig gesien het, is vir hom sprekende bewys van die dringende noodsaaklikheid vir hervorming op hierdie gebied by wyse van spesifieke wetgewing. Hy verwys onder meer na die uitspraak van regter Hiemstra in *King (supra)*. In laasgenoemde saak het die hof egter te doen gehad met ’n „professionele” vrugafdrywing. Terwyl King ontken het dat hy vrugafdrywing gepleeg het, het die beskuldigde in die onderhawige saak erken dat hy die swangerskap beëindig het; hy voer egter aan dat hy daartoe geregtig was.

Dit behoort duidelik te wees, verklaar die landdros, dat ’n saak soos die huidige nog nooit tevore aan ’n Suid-Afrikaanse hof vir beslissing voorgelê is nie. Die prokureur-generaal het wyslik opgetree toe hy besluit het om ’n vervolging aanhangig te maak. Hy sou ons reg armer gelaat het as hy sou besluit het om nie te vervolg nie. Die landdros kom dan tot die gevolgtrekking dat as die saak in al sy fasette en op die getuienis in sy totaliteit beskou word, daar volgens ons gemene reg afdoende regverdiging bestaan op regs-, geneeskundige, eugenetiese en etiese gronde vir beëindiging van die meisie se swangerskap, en dat die beskuldigde bygevolg in die omstandighede regmatig opgetree het. Hy word derhalwe vrygespreek.

Aangesien die landdros se uitspraak moontlik deur die staat in hoër beroep geneem mag word, sou dit onbehoorlik wees om nou daarop kommentaar te lewer. Wat ook al die uitslag van ’n appèl mag wees, en wat ook al die gronde vir sodanige appèlvonnis mag wees, staan dit vas dat die landdros waardevolle pionierswerk gelewer het. Weliswaar stel sy uitspraak volgens ons presedenteleer nie ’n bindende presedent daar nie. Maar selfs indien die beslissing nie aan ’n hof van appèl voorgelê sou word nie, sal dit ongetwyfeld by dergelike gevalle in die toekoms by die aanklaer swaar weeg. Laastens, wat ook al die uitslag van ’n eventuele appèl in *Van Druten* mag wees, sal dié saak sowel as die *King*-saak as verdere spoorslag dien vir grondige—en noodsaaklike—hersiening van ons reg betreffende vrugafdrywing.

SA STRAUSS
Universiteit van Suid-Afrika

VOORSIENE EN VOORSIENBARE SKADE

Volgens die algemene hedendaagse regsbeskouing is 'n skuldenaar aanspreeklik slegs vir die voorsiene en voorsienbare skade wat uit sy kontrakbreuk voortvloei. Hierdie reël het maar langsaam ontwikkel en het nog nie in die positiewe reg sy finale beslag gekry nie. Die grondslag vir hierdie reël moet daarom steeds voor oë gehou word ten einde die besonderhede daarvan vas te stel.

I

In die Romeinse reg kon 'n skuldeiser wat skade gely het vanweë die kontrakbreuk van sy skuldenaar sy *id quod interest* eis. Dit sou in 'n eenvoudige geval bestaan uit die waarde van die prestasie waarop die skuldeiser geregtig is (*quanti ea res est/erit*, na gelang van die geval), maar kon ook gevolgskaide insluit (bv *D 19 2 19 1*). Ten aansien van 'n eis vir die waarde van 'n saak is daar 'n leersame geval waar 'n koper uitgewin is van 'n saak wat aansienlik in waarde gestyg het sedert die koop. Die Romeine beslis dat die verkoper alleen aanspreeklik is vir die waardevermeerdering wat hy verwag het (*D 19 1 43*: „*cogitatum*”). Dat dit 'n algemene reël was dat slegs voorsiene skade verhaal kon word, word nie deur die moderne Romaniste aanvaar nie. Dit is wel seker dat daar ten aansien van gevolgskaide geleer is dat daar 'n kousale verband tussen die skade en die kontrakbreuk moet bestaan het (bv *D 19 1 21 3*: „*circa ipsam rem*”).

Molinaeus behandel in sy *Tractatus de eo quod Interest* §§49 en 61 die geval van 'n vakman wat 'n gebrekkige houer verkoop of verhuur en beslis dat hy aanspreeklik is vir die verlies van wyn wat daaruit gevloei het vanweë die gebrek omdat die skade voorsien is („*praevisum*,” „*cogitatum*”). As *ratio* vir sy opvatting voer hy aan dat die skuldenaar die risiko vir daardie skade onderneem het, en hy gebruik in dié verband die uitdrukking *ab initio*. Hy het dus die reël dat slegs voorsiene waardevermeerdering by uitwinning verhaalbaar is, uitgebrei na gevolgskaide. Pothier *Traité des Obligations* §§159–168 volg Molinaeus en sê dat die skuldenaar slegs aanspreeklik is vir „the damages and interest which might have been contemplated at the time of the contract” (§160, Evans se vertaling). Hy sê nie uitdruklik dat daar 'n ooreenkoms moet wees om die betrokke skade te vergoed nie, maar gee dit tog indirek te kenne deur te skryf: „For to so much alone the debtor can be considered to have intended to submit” (*ibid*).

Die uiteensetting van Pothier het 'n groot invloed gehad op die ontwikkeling van die reg elders en ons vind dat die gedagte van 'n ooreenkoms om skade te betaal in die regspraak van Engeland (bv *British Columbia Sawmills v Nettleship* (1868) LR 3 CP 499) en Suid-Afrika (*Lazarus Bros v Davies & Kamann* 1922 OPD 88; *Lavery & Co v Jungheinrich* 1931 AD 156, 172). Dit is natuurlik so dat die partye die

bedrag wat in geval van kontrakbreuk betaalbaar word by wyse van ooreenkoms kan reël, maar dit beteken nie dat alle skadevergoeding daarom op grond van 'n beding om skadevergoeding te betaal betaalbaar is nie. Die gedagte dat die verpligting om skadevergoeding te betaal op 'n ooreenkoms daartoe gebaseer is, word byna universeel verwerp. In *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd* 1949 1 All ER 997 sê die hof: „as has often been pointed out, parties at the time of contracting contemplate not the breach of the contract, but its performance.” Opzoomer (*Het Burgerlijk Wetboek Verklaard* 5e uitg band V 105) het lank gelede die stelling gemaak dat die skuldenaar skadevergoeding moet betaal omdat hy die skade veroorsaak het. De Wet en Yeats (*Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg 163) het dan volkome reg wanneer hulle verklaar dat geen werklike of gefingeerde ooreenkoms die verpligting om skadevergoeding te betaal ten grondslag lê nie. Miskien is die beste bewys daarvan dat geen ooreenkoms om skadevergoeding te betaal die grondslag vorm van die verpligting om skadevergoeding te betaal nie, die feit dat nie net voorsiene skade nie maar ook voorsienbare skade verhaalbaar is. Of verbind die skuldenaar hom miskien om skade wat hy nie voorsien het nie, maar moes voorsien het, te betaal?

Daar moet egter verwys word na die geval waar 'n kontraktant waarborg dat 'n saak geskik is vir 'n sekere doel (of sekere eienskappe het). Die skuldenaar is bewus daarvan dat die saak vir 'n sekere doel gebruik mag word en hy is aanspreeklik om die skade te vergoed wat daaruit voortvloei as die saak nie vir daardie doel geskik is nie. Dit mag voorkom asof hy onderneem om daardie skade te vergoed, maar ook hier geld die reël dat hy aanspreeklik is vir voorsienbare skade en ook hier is hy aanspreeklik bloot op grond daarvan dat sy waarborg onwaar blyk te wees.

II

Reeds is melding gemaak van die feit dat die skuldenaar ook vir voorsienbare skade aanspreeklik is. Dit word nie in die Romeinse regsbronne met soveel woorde gesê nie. Die Romeins-Hollandse skrywers beweer dit ook nie pertinent nie, maar daar is tog aanduidings dat hulle die skuldenaar aanspreeklik hou vir meer as net voorsiene skade. Voet 21 2 25 sê byvoorbeeld dat die koper wat uitgewin is geregtig is (in sekere gevalle) op uitgawes aangegaan om die saak te verbeter „provided that the purchaser has not overstepped the bounds of excess by spending perhaps a great deal on a thing which was sold at a very small price” (Gane se vertaling). In die Suid-Afrikaanse reg is voorsienbare skade ongetwyfeld verhaalbaar (sien bv *Victoria Falls & Transvaal Power Co v Consolidated Langlaagte Mines* 1915 AD 1). Hierdie objektiewe, in teenstelling tot subjektiewe, benadering word gebruik om die aanspreeklikheid van 'n kontraktant wat kontrakbreuk pleeg in te kort

sodat hy nie aanspreeklik is vir alle skade wat volgens die *conditio-sine-qua-non*-benadering met die kontrakbreuk verbind is nie.

Dieselfde benadering word ook elders gebruik. In Engeland is beslis (sien die *Victoria Laundry*-saak *supra*) dat dit nie nodig is dat die skuldenaar homself moet afgevra het of die bepaalde verlies uit sy kontrakbreuk sou vloeï nie, maar dat dit voldoende is indien hy tot die gevolgtrekking sou kom dat die bepaalde verlies moontlik kon intree („was liable to result”) indien hy die saak soos ’n redelike man beskou het. Die Franse reg hou ook die skuldenaar aanspreeklik slegs vir voorsienbare skade tensy sy kontrakbreuk opsetlik was (a1150, 1151 CC). Die Nederlandse *Burgerlijk Wetboek* volg die Franse Kode en hou die skuldenaar ook slegs aanspreeklik vir vergoeding van skade wat voorsienbaar was, tensy sy kontrakbreuk aan „arglist” te wyte was (a1283, 1284 *BW*). Die Duitse *BGB* bepaal nie pertinent dat die skuldenaar vir voorsienbare skade aanspreeklik is nie, maar die betrokke bepaling (a 249) word so vertolk dat dit daarop neerkom (sien weer *infra*).

In verband met die voorsienbaarheidstoets kom die vraag ter sprake op welke tydstip die skade voorsienbaar moet gewees het. Die ooreenkomsgrondslag van aanspreeklikheid vir skade het ongetwyfel die gedagte laat posvat dat die skade ten tye van die kontraksluiting voorsienbaar moet gewees het. In *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Exch 341 verwys die hof na skade wat „may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it” (*per* Asquith B). Die Franse Kode praat van skade voorsien of voorsienbaar ten tye van die kontraksluiting (a 1150) en die *Burgerlijk Wetboek* bepaal in navolging daarvan dieselfde (a 1283).

Die uitleg van die Nederlandse wetboek is egter baie leersaam op dié punt. Vanweë die vereiste dat die skade ’n onmiddellike en dadelike gevolg van die nie-nakoming van die kontrak moet wees (a1284), moet daar ’n oorsaaklikheidsverband tussen die kontrakbreuk en die skade verhaalbaar bestaan. Om die kousale verband te bepaal word daar gevra of die skade ten tye van die kontrakbreuk voorsienbaar was volgens algemene menslike ervaring (sien bv LC Hofmann *Het Nederlands Verbintenissenrecht* 8e uitg 1959 90–95). Nadat die bestaan van ’n kousale verband vasgestel is, word ooreenkomstig die Wetboek gevra of die skade ten tye van die kontraksluiting voorsienbaar was, want alleen vir skade op daardie tydstip voorsien of voorsienbaar is die skuldenaar aanspreeklik (a1283 *BW*). Opzoemer (t a p) het homself daarom afgevra waarom die skadevergoeding beperk moet word tot skade ten tye van die kontraksluiting voorsien. Die *Nuwe Burgerlijk Wetboek* skaf hierdie dubbele toets af, want die verwysing na skade voorsien of voorsienbaar ten tye van die kontraksluiting verdwyn en die toets is eenvoudig of die skade op die tydstip van die

gebeurtenis waarop die aanspreeklikheid berus met 'n voldoende graad van waarskynlikheid as gevolg van die gebeurtenis te voorsien was (a 6 1 9 4). In hierdie opsig kan dit vergelyk word met die Duitse reg waar eenvoudig bepaal word dat die skuldenaar aanspreeklik is om die toestand te herstel wat sou bestaan het indien die feit wat tot die skadevergoedingspilig lei nie ingetree het nie (a 249 BGB). Vir die bestaan van 'n aanspreeklikheid om skade te vergoed moet daar 'n kousale verband tussen die skade en die skadeveroorsoekende feit wees en dit word, volgens die heersende opvatting, bepaal deur te vra of die skade ten tye van die skadeveroorsoekende feit voorsienbaar was (sien by Palant *Bürgerliches Gesetzbuch* 27e uitg par 5 van voorbemerking op §249 BGB).

Uit die voorgaande behoort dit duidelik te wees dat daar 'n kousale verband moet wees tussen kontrakbreuk en skade en dat dit 'n universele reëling is dat die skuldenaar slegs aanspreeklik is vir voorsienbare skade. Die kwalifikasie word gebruik ten einde 'n skuldenaar te vrywaar van aanspreeklikheid vir elke gevolg van sy kontrakbreuk, en dit dien om die bestaan van die nodige kousale verband wat tot aanspreeklikheid lei, vas te stel. Omdat dit deel is van die toets om aanspreeklikheid vir 'n sekere optrede te bepaal, spreek dit vanself dat die voorsienbaarheidsvraag ten tye van kontrakbreuk eers ter sprake kom en slegs met verwysing na daardie tydstop beantwoord moet word. Die gedagte dat die voorsienbaarheid van skade ten tye van die kontraksluiting beoordeel moet word, behels dieselfde billikheidsgedagte maar is in beginsel verkeerd. Die wanopvatting is te wyte, miskien, aan die feit dat dit by baie kontrakte geen verskil maak op welke tydstop die voorsienbaarheid gemeet word nie omdat die antwoord volgens beide tydstoppe dieselfde sou wees; aan die feit dat uitvoering, en daarom kontrakbreuk, dikwels so kort na die kontraksluiting plaasvind dat daar eintlik nie sprake is van twee tydstoppe nie; en veral aan die feit dat die ooreenkomsgrondslag vir die skadevergoedingspilig so vasgewortel is dat dit eenvoudig sonder nadenke nagepraat word. Die verwerping van die grondslag van die opvatting dat die skade ten tye van die kontraksluiting voorsienbaar moet gewees het, beteken natuurlik die verwerping van die opvatting self, want dit het geen ander sigbare grondslag nie.

Omdat daar nie gewerk word met 'n werklike of 'n gefingeerde ooreenkoms om die skade wat uit die kontrakbreuk voortvloei, te vergoed nie, en omdat die voorsienbaarheid van die skade met 'n objektiewe maatstaf bepaal word, spreek dit vanself dat dit verwarrend werk om te praat van skade wat deur die „partye” voorsien is, of wat „hulle” moet voorsien het. Die vraag is: wat sou 'n redelike man met die kennis van die skuldenaar ten tye van die kontrakbreuk voorsien of moes voorsien as 'n gevolg van die kontrakbreuk? Die verwysing na die „partye” veronderstel seker dat hulle voldoen aan die beskrywing van die denkbeeldige „redelike man,” maar dit kan 'n mens

verlei om te dink dat daar met 'n subjektiewe maatstaf gemeet word. Dit kan 'n mens ook, onnodiglik, daartoe lei om te vra wat die posisie sou wees as enige besondere omstandighede slegs aan die een en nie aan die ander nie bekend was, of wat die posisie sou wees as die skuldenaar skade van 'n groter omvang voorsien het as wat die skuldeiser voorsien het (sien bv Kerr *Principles of the South African Law of Contract* 241, 250). Daar word dan uit die oog verloor dat dit nie gaan oor wat die „partye” voorsien het of wat vir „hulle” voorsienbaar was nie.

Beswaar bestaan ook teen die gebruik van die uitdrukking „within the contemplation of the parties.” In die Engelse reg is voorsienbaarheid 'n ander begrip as „contemplation” en terwyl eersgenoemde in die deliktereg geld, geld laasgenoemde in die kontraktereg (Cheshire & Fifoot *The Law of Contract* 7e uitg 549). In Suid-Afrika word „contemplated” gebruik om sake wat inderdaad voorsien is aan te dui, en skade „which might have been contemplated” is niks anders as voorsienbare skade nie (vgl bv Kerr a w 240-1). Afgesien van die verwysing na die partye, wat reeds hierbo aangeraak is, skeep ook die woord „kontemplasie” die indruk dat die grondslag van die skuldenaar se aanspreeklikheid op ooreenkoms berus en dat hy alleen aanspreeklik is vir skade wat hy ten tye van die kontraksluiting voorsien het of moes voorsien. As gevolg van langdurige gebruik van hierdie uitdrukkings kan ons reg mettertyd voor die voldonge feit te staan kom dat die skuldenaar alleen aanspreeklik is vir skade wat gekontempleer is of wat gekontempleer moet gewees het en dat dit iets anders is as skade voorsien of voorsienbaar.

III

Die toepassing van die toets dat die skade ten tye van die kontrakbreuk voorsien of voorsienbaar moet gewees het, hou egter sekere probleme in. Afgesien van die moeilikheid om te bepaal of die skade in 'n bepaalde geval voorsienbaar was, lewer die gevalle waar dit buite die vermoë van die skuldenaar is om behoorlik te presteer ook probleme op. Ons kan die saak deur verwysing na enkele gevalle toelig.

- 1 Waar die skuldenaar prestasie onmoontlik maak, soos waar 'n skuldenaar wat 'n besondere saak op 'n gespesifiseerde dag moet lewer die saak deur sy nalatigheid tot niet laat gaan. Sy versuim om op die ooreengekome dag te presteer is 'n breuk van sy kontrak, maar die onmoontlikmaking van prestasie is ook kontrakbreuk. Moet die voorsienbaarheid van die skade hier vasgestel word met verwysing na die tyd waarop hy prestasie onmoontlik gemaak het of met verwysing na die tydstip waarop hy *in mora* verkeer?
- 2 Waar die skuldenaar betyds prestasie onmoontlik maak, soos waar 'n skuldenaar wat 'n saak moet vervaardig en lewer voor 'n besondere dag, nalaat om betyds te begin sodat dit onmoontlik is om betyds te lewer. Prestasie is hier nog moontlik, maar kan nie betyds geskied nie. Is die skuldenaar aanspreeklik vir verliese wat veroorsaak word deur laat-lewering

indien hy hulle nie kon voorsien toe hy met die vervaardigingsproses moes begin het nie, maar wel kon voorsien het op die dag toe hy moes lewer?

- 3 Waar behoortlike prestasie onmoontlik is, soos waar die skuldenaar waarborg dat 'n besondere saak sekere eienskappe het terwyl dit nie daardie eienskappe besit nie. Hier is die vraag of die voorsienbaarheid bepaal moet word wanneer hy die saak wat nie aan die waarborg voldoen nie, lewer, dan wel of dit bepaal moet word met verwysing na die tydstip waarop die onderne-
ming gegee is. Behalwe in gevalle waar die skuldenaar die saak kan wysig of regmaak, staan hy reeds by kontraksluiting voor 'n voldonge feit. Indien hy later bewus word van omstandighede wat die voorsienbaarheid van skade affekteer, is die vraag of hy ook die skade wat dan, maar nie eerder nie, voorsienbaar was, moet vergoed.
- 4 Waar die skuldenaar se aanspreeklikheid afhang van die optrede van 'n derde, soos waar hy *bona fide* 'n saak verkoop wat later uitgewin word. Moet die voorsienbaarheid van die skade bepaal word ten tye van die uitwinning of by die lewering van die saak met 'n gebrekkige titel? As laasgenoemde tydstip die relevante tydstip is, dan moet ons erken dat die lewering van 'n saak sonder titel 'n vorm van kontrakbreuk by die koop-
kontrak is.

Hier het ons die probleemgevalle. Alvorens hulle bevredigend opgelos is, sal die opvatting dat die voorsienbaarheid van skadevergoeding ten tye van kontrakbreuk geoordeel word, sy teenstanders hê. Die antwoord is skynbaar dat daar in elke geval bepaal moet word wat kontrakbreuk daarstel, en indien 'n voorafgaande optrede 'n selfstandige vorm van kontrakbreuk daarstel, dan moet die voorsienbaarheid van die skade bepaal word met verwysing na die tydstip waarop die eerste handeling plaasvind. Die geval waar 'n waarborg verstrekk is met betrekking tot 'n besondere saak se hoedanighede en eienskappe, is 'n buitengewone geval waar die skuldenaar se aanspreeklikheid nie daarop gebaseer is dat hy 'n gebrekkige saak bv gekies en gelewer het nie, maar omdat sy waarborg onwaar is. Die skade van die skuldeiser word nie veroorsaak omdat 'n gebrekkige saak gelewer is nie, maar omdat die saak anders is as wat gewaarborg is. Daar kan nie gelet word op die oomblik wanneer die gevolg intree nie, maar op die oomblik wanneer die waarborg dat die saak sekere eienskappe het, verstrekk word. Die wysheid van Pothier is dus nog van pas, maar slegs vir hierdie besondere geval.

DJ JOUBERT
Universiteit van Wes-Kaapland

Vonnisse

NOORDKAAPLANDSE AARTAPPEL-KERNMOER- KWEKERS v CULLINAN 1971 3 SA 417 (NK)

Kontrak - Versweë prinsipale - Wie derde mag aanspreek

In hierdie saak kom die bekende leerstuk van die „undisclosed principal” ter sprake. Uit die relaas blyk dit dat N 3 000 kissies saad-aartappelmoere aan C verkoop het vir R7 500, welke prys N nou van C vorder. Dit blyk verder dat C reëlins met twee ander persone gehad het en dat van die kissies wat gelewer is hy persoonlik slegs 250 geneem het, dat een van die ander persone 2 500 geneem het en die ander een die oorblywende 250. Volgens bewering was 975 kissies vrot en 2 025 besmet met ’n siekte wat as ’n verborge gebrek bestempel word. Daar word aangevoer dat C en die twee ander persone as gevolg hiervan skade gely het ten bedrae van R72 997. C beweer dat hy in die transaksie as prinsipaal vir homself en as verteenwoordiger van die twee ander persone opgetree het, alhoewel hy nie sy hoedanigheid aan N bekend gemaak het nie, dat die ander twee persone hulle eise vir skadevergoeding teen N aan hom sedeer het en dat hy nou ten opsigte van die totale teeneis aageer.

Die hof aanvaar dat die leerstuk insake die „undisclosed principal” deel is van ons reg en gaan dan in op die verhouding tussen die drie partye ten einde die punt in geskil te kan besleg. Die bevinding van die hof is dat dit „die beginsel” is „dat regte van ’n agent en sy prinsipaal alternatiewe regte is” en vervolg:

„Die eiser moet die een of die ander van hulle aanspreek en dit vir die hele prestasie en die een of die ander van hulle kan die eiser aanspreek vir die hele vordering teen die eiser. So word die eenheid van die kontrak wat in die een *vinculum iuris* veranker en daardeur gewaarborg is gehandhaaf” (bl 424).

Ten einde hierop kommentaar te kan lewer is dit miskien vanpas om iets oor die ontwikkeling van hierdie leerstuk te sê.

In die Romeinse reg was kontrakte streng persoonlik in hulle werking en was verteenwoordiging in die algemeen onbekend. Ten einde die handelslewe te bevorder is sekere aksies vandag bekend as die *actiones adiecticiae qualitatis* in verskeie gevalle verleen, onder andere teen die prinsipaal van ’n vry skeepskaptein, sakebestuurder en (later) *procurator*. Hierdie aksies was bykomstige aksies en het nie die skeep-

kaptein ens van hul persoonlike aanspreeklikheid ingevolge die kontrak onthef nie. Dit was vir die derde natuurlik alleen moontlik om prestasie eenmaal te verhaal en die aanspreeklikheid van die prinsipaal en verteenwoordiger is daarom as alternatief gesien (vgl *D 14 1 1 14, 17*). Of die hulpaksie alleen teen die prinsipaal verleen is waar die derde bewus was van die verteenwoordiging (dit was nie nodig, blykbaar, dat hy die prinsipaal se naam moes ken nie) is vandag omstrede (sien Mitteis *Die Lehre von der Stellvertretung* en Buckland *The Roman Law of Slavery* vir 'n uiteensetting van die *pro-* en *contra-*standpunte). Die prinsipaal self is geen ooreenstemmende hulpaksie teen die derde verleen nie en kon alleen na 'n sessie van die verteenwoordiger se regte teen die derde ageer behalwe in daardie uitsonderingsgevalle waar hy toegelaat is om te ageer sonder sessie ten einde homself van skade te vrywaar (sien *D 14 3 2* en *19 1 13 25*).

Die Romeins-Hollandse reg het, wat hierdie onderwerp betref, voortgebou op die Romeinse reg. Hierdie hulpaksies het in die Romeins-Hollandse reg bly voortbestaan (sien by De Groot 3 1 31 en Voet 14 1 en 14 3), maar 'n gedaanteverandering ondergaan vanweë die verdere ontwikkeling wat daar plaasgevind het ten aansien van die onderlinge posisies van die partye. Die reël ontwikkel dat die derde nie die verteenwoordiger kan aanspreek as hy „ut procurator” (Huber *Praelectiones ad D 14 1*) of „institorio nomine” (Van Leeuwen *CF 1 4 3 6*) handel nie. In so 'n geval is die prinsipaal alleen aanspreeklik met die direkte aksie. De Groot 3 1 31, Van Leeuwen *CF 1 4 3 5 6* en Voet 14 1 en 14 3 sê nie dat dit 'n vereiste vir die aanspreeklikheid van die prinsipaal is dat daar „namens” hom opgetree moes gewees het nie (Van der Keessel *Th Sel 572*, gee miskien soiets te kenne) en ons moet derhalwe aanneem dat optrede namens die prinsipaal nie in die tyd van Voet en De Groot 'n vereiste vir die aanspreeklikheid van die prinsipaal was nie en dat ons gevalle kan kry waar hy en die verteenwoordiger beide teenoor die derde aanspreeklik was.

Wat die verkryging van regte uit die optrede van die verteenwoordiger betref, was die ontwikkeling langsamer. De Groot 3 1 38 (en vergelyk Voet 14 1 9) sê dat die prinsipaal eers na 'n sessie van regte die derde kan aanspreek maar voeg by dat as sessie nie verkry kan word nie die prinsipaal die derde kan aanspreek sonder hierdie voorafgaande sessie. By Groenewegen *De Leg Abr ad D 41 2 49* vind ons wel die erkenning dat vorderingsregte teen die derde direk deur die prinsipaal verkry kan word en in hierdie verband praat sommige skrywers (Van der Keessel *Th Sel 572*; Schorer noot 340 op De Groot 3 12 2; en Voet 17 1 9) wel van optredes in die naam van die prinsipaal, maar sonder om dit pertinent te stel dat optrede namens die prinsipaal 'n noodsaaklike vereiste is. As ons in aanmerking neem dat die skrywers geen beswaar gehad het teen die gewoontereël dat saaklike regte (insluitende regte op aandeel) direk vir die prinsipaal verkry kon word sonder

bekendmaking van die verteenwoordiging nie, lyk dit nie verregaande om te sê dat daar nog geen duidelike reël in hierdie verband uitgekristalliseer het nie.

Soos goed bekend, het ons howe die prinsipaal aanspreeklik gehou en toegelaat om die derde aan te spreek op 'n kontrak deur sy gevolmagtigde gesluit sonder bekendmaking van die bestaan van die volmag of die prinsipaal se naam. Dit is ook bekend dat dit alles gedoen is sonder 'n grondige ondersoek van ons bronne en met ruim beïnvloeding van die Engelse leerstuk van die „undisclosed principal.” Langs hierdie weg het dit gevestigde reg geword dat sowel die prinsipaal as die verteenwoordiger aanspreeklik is op die kontrak van die verteenwoordiger, gesluit sonder bekendmaking van sy verteenwoordigende hoedanigheid. Die keuse om die een of die ander aan te spreek berus by die derde, en die prinsipaal, of die verteenwoordiger, kan hom nie voorskryf teen welken hy moet ageer nie.

Die posisie van die prinsipaal en verteenwoordiger as skuldeisers van die derde is egter nie so duidelik nie. Dit wil egter voorkom asof daar slegs een vorderingsreg, en wel vir die verteenwoordiger, ontstaan, wat op die prinsipaal oorgaan sonder sessie van regte. (Sien by *Judelson & Cohen v Booth* 1913 TPD 747 en *De Villiers & MacIntosh Law of Agency* 2e uitg 235). Dit wil dus voorkom asof die hof gefouteer het om die regte van die prinsipaal en die verteenwoordiger as alternatiewe regte te beskou, want daar vind 'n opvolging van regte plaas. Omdat daar geen werklike sessie van regte plaasvind nie is dit moeilik om te sê wanneer die regte nou beskou moet word om nog by die verteenwoordiger te wees en wanneer dit beskou moet word om reeds op die prinsipaal oor te gegaan het. Hierdie probleem kom egter nie ter sprake nie, maar wel die vraag of 'n verteenwoordiger wat vir meer as een onverbonde prinsipaal optree sonder om sy verteenwoordiging bekend te maak, vir daardie prinsipaal regte kan verkry. Omdat hier 'n opvolging van regte plaasvind, moet ons die reëls insake sessie toepas. En omdat 'n vorderingsreg nie gedeeltelik gesedeer kan word nie, kan die vorderingsreg wat die verteenwoordiger verwerf nie gedeeltelik aan verskillende persone as prinsipale oorgedra word nie. Die bevinding van die hof dat die verteenwoordiger in die onderhawige geval àl persoon is wat die derde kan aanspreek, moet derhalwe onderskryf word. Die beweerde terugsedering van die beweerde regte van die prinsipale was 'n inhoudlose handeling omdat hulle geen regte verkry het wat terugsedeer kon word nie.

Die gevolg van die beslissing is dat waar 'n verteenwoordiger vir meer as een onverbonde prinsipaal in sy eie naam optree die prinsipale nie kragtens die leerstuk van die versweë prinsipaal enige regte teen die derde direk verkry nie.

DJ JOUBERT
Universiteit van Wes-Kaapland

S v BEZUIDENHOUT 1971 4 SA 33 (T)

Criminal law - Abduction - Element of control

The pertinent facts of this case are the following:

- 1 The minor daughter of a divorced couple lived in Potchefstroom in the custody of her mother.
- 2 As a result of conflict which arose between mother and child, the latter left home of her own volition and with the consent of the mother.
- 3 Thenceforth the girl lived in Klerksdorp, until she subsequently went with the accused to Cape Town, where intercourse took place. This removal to Cape Town was accomplished without the consent of the mother.

The court found on the evidence that, after her daughter left Potchefstroom, the mother had no intention of exercising her rights as custodian parent, and that the girl was left to pursue her own course.

The problem which arose on these facts was whether there was a removal out of the custodian's control sufficient to constitute the crime of abduction.

The appeal court was of the opinion that the magistrate, in convicting, misdirected himself as to the legal position, *viz*:

„Hy het gemeen dat indien daar 'n *de iure* toesig en beheer setel in die moeder—of sy dit uitoefen al dan nie—iemand wat dan so 'n minderjarige dogter wegneem na 'n ander plek toe met die doel om òf met haar te trou òf, soos in hierdie geval, met haar vleeslike gemeenskap te hê, dit 'n inbreek maak op die *de iure* kontrole en dat dit dan die misdaad uitmaak.”

The court, in setting the conviction aside, adopted the approach of Hunt in *South African Criminal Law and Procedure* (formerly *Gardiner and Lansdown*) Vol II 544, to wit:

“There must be control to start with. There cannot be a taking from control if Y has *de facto* got free from control before X exerts his influence over her. This is the case where Y has left home, even though she has done so without her custodian's consent. He does not have to abandon control over her, and she is regarded (for the purposes of the crime of abduction) as free from control even though *de iure* she continues *in potestatem*; the test of control or custody is not that of the law of persons.”

The court held, further, that the crime which is committed is one which makes it more difficult or impossible for the person in whom control is vested to exercise that control and supervision. Where such person was not concerned with, and in practice exercised no control over the minor, then there was no interference by the accused with any right of such parent. The court concluded:

“In die omstandighede lyk dit my met alle eerbied asof die landdros ’n mistasting begaan het, en dat hy nie genoegsame aandag aan die *de facto* uitoefening van kontrole gegee het nie. In hierdie geval het die Staat na my mening glad nie bewys dat daar ’n *de facto* uitoefening van kontrole was nie waarteen die appellant sou gehandel het nie.”

It is submitted, with respect, that though the conclusion is correct the court failed to distinguish sufficiently clearly the elements of abduction. In this regard the following:

- 1 A complex of reciprocal rights and duties flow from the relationship parent/guardian on the one hand, and child on the other.
- 2 In *Law of Parent and Child* 3d ed 33 *et seq* Spiro suggests that such complex of rights and duties cannot be unilaterally terminated, abandoned, or transferred. Indeed, such abandonment, transfer, etc, being contrary to public policy, is visited with both civil and criminal sanctions. On this basis, the nomination of a tutor, or person *in loco parentis*, is seen as an *exercise*, and not a transfer of parental power. Thus the parent who, not being in a position to attend personally to all the various aspects of such complex of rights and duties, avails himself of the services of others (such as the parent who sends his child to boarding school) exercises and retains his parental rights and duties in so delegating his authority. For instance, his consent to a minor’s marriage is still required. The parent may claim his child back again at any time.
- 3 It is suggested that control must be regarded as a physical or factual phenomenon only. The right to exercise such control over a minor flows from the complex of rights and duties which is recognized by law, and which is founded in the relationship of parent and child. But the control and the complex of rights and duties are not synonymous, and the former, flowing from and being part of the latter, may be separated therefrom without in any way disturbing the existence of such complex.
- 4 Applying the foregoing to the facts *in casu*, it is apparent that the minor removed herself (by mutual agreement) from the mother’s physical control. But since the mother could not unilaterally terminate or abandon the complex of rights and duties which flowed from her relationship with the child, these continued to exist (and the mother could in fact have lawfully reassumed factual control of the minor at any time). The accused is not guilty, therefore, of the crime of abduction because his act did not constitute a *wrongful* interference with the rights of the guardian, since these rights were limited by the consent of the guardian, which consent generally serves to eliminate the element of unlawfulness from the taking (Hunt *op cit* 546, and the authority there quoted.) Consent, *in casu*, may be inferred from the mother’s conduct in permitting the child to go her own way

(Hunt *op cit* 547, and the authority there quoted). Alternatively, one could argue that the accused failed to display the necessary intent in the sense that he was unaware that his act constituted a removal of the minor from the guardian's control and that consent thereto was lacking (if that in fact was the case).

It is apparent that the foregoing line of reasoning provides an answer to similar problems which have, with respect, been incorrectly approached in the past. Two examples will suffice to illustrate the point. In the first case a minor girl goes to a dance without the consent of her parents. She is taken from the dance by the accused. The learned author Hunt (*op cit* 544) alleges that she is not free from control in this case. In the second example the girl is sent by her guardian to stay with her grandmother in another town. According to Hunt (*op cit* 544) "that person is then in *loco parentis* and parental control is regarded as continuing." It is submitted that in both cases parental control, in the above-stated physical sense, has clearly ceased, even though only temporarily. In the example of the dance, the complex of parental rights and duties continue, however, to exist, and these rights are infringed by the accused's abducting act. Furthermore, no question of consent excluding the wrongful nature of the infringement arises. Subject to proof of intent the accused is guilty of abduction not because the minor is subject to parental control, but because the accused's act constitutes an unlawful, intentional infringement of the parents' right. In the example involving the grandmother, rights remain vested in the parent. True, in specific circumstances, these rights may be exercised in part or in whole on behalf of the parent by another. The enquiry in each specific case will then be whether the accused has wrongfully and intentionally infringed the rights of anyone (either as principal, or as agent or mandatory). This approach is consistent with the extended concept of custody implied by the legislature in the definition of "guardianship" in section 13 (2) of Act 23 of 1957, in regard to an offence under section 13 (1) of the same act.

A residual matter arising from the foregoing concerns the distinction between abduction and seduction:

"... mere seduction is not abduction: the removal of the minor *de loco in locum* merely to facilitate coitus, but without any intention to *infringe the guardian's right* (e.g. an intention to keep the minor permanently or at least for a substantial period out of the guardian's custody) would not suffice to constitute abduction" (*R v Hanna* 1937 TPD 236 239).

The distinction between the two offences is seen, thus, in the elements of *contractatio* and intention. In order to constitute abduction there must in the first place be a "taking" by the accused, *viz* an act which constitutes an infringement of a right of the guardian or person exercising that right on the guardian's behalf. (This taking may be actual and physical, or it may be constructive, but the accused's role may not be

entirely passive: Hunt *op cit* 543, and the authority there quoted). In the second place, the accused must intend to infringe the right of such person by means of his taking.

JF MURRAY
Justice Training

VENTER v BIRCHHOLTZ 1972 1 SA 276 (A)

Verkoop van grond - Mondelinge wysiging van skriftelike opsievoorwaardes - Eksepsie

'n Probleem wat ter sprake kan kom in verband met opsies om vaste goed te koop word in hierdie beslissing bereg. Die feite was, in breë trekke weergegee, dat B aan V skriftelik 'n opsie verleen het om sekere vaste goed te koop vir 'n prys van R15 000. Sekere bedrae sou op gesette tye betaal word en die balans (R11 500) moes by transporter betaald word. Volgens die opsie (wat in die saak ter sprake kom as „aanhangel „A' ”) moes V by die uitoefening van die opsie die betaling van die restant op 'n voorgeskrewe wyse waarborg, en wel voor of op 1 April 1970. Op 7 Februarie 1970 kom B en V mondeling ooreen dat V by die uitoefening van die opsie R3 000 in paaiemente kan betaal oor 'n tydperk van 1 Julie 1970 tot 1 Julie 1971 en die balans van R9 500 by transport. (Die bedrag volgens dié ooreenkoms betaalbaar is R12 500 omdat dit blykbaar 'n bedrag van R1 000 wat andersins op 1 April 1970 betaalbaar sou wees, insluit). V gee binne die toegelate tyd voor om die opsie uit te oefen, maar bied nie die voormelde waarborg binne die bepaalde tyd aan nie. In die skriftelike kennisgewing aan B van die uitoefening van die opsie word betaling soos deur die mondelinge ooreenkoms gereël, aangebied.

Met die eerste opslag sou 'n mens miskien wil redeneer dat die mondelinge ooreenkoms nie ter sake is nie en dat die werklike vraag is of die opsie behoorlik binne die toegelate tyd uitgeoefen is. En indien dit blyk dat die opsie behoorlik uitgeoefen is, moet die partye presteer ooreenkomstig die bepalinge van hulle geskrewe ooreenkoms. Die uitspraak maak dit egter vir ons duidelik dat die mondelinge ooreenkoms wel deeglik ter sake is.

Die hof, by monde van appèlregter Jansen, aanvaar dat 'n opsie 'n eiesoortige kontrak is „wat ontleed word as 'n aanbod om te verkoop met 'n ooreenkoms om die aanbod vir 'n termyn staande te hou” (op 283 van die verslag). Die aanbod om te verkoop moet op skrif (en geteken) wees ten einde na aanname 'n kontrak daar te stel wat aan die wetsvereiste formaliteite voldoen. *In casu* was die opsie-ooreenkoms ook op skrif en deur albei partye onderteken, sodat geen vrae in verband daarmee ter sprake kom nie. Wat die latere mondelinge ooreenkoms betref sê regter Jansen die volgende:

„Nòg die skrifvereiste nòg die integrasie deur ondertekening bewerkstellig sou latere mondelinge wysiging in die weg staan, onderhewig egter aan een voorbehoud: aangesien die geskrif op ontleding beskou moet word as bestaande uit twee elemente - 'n aanbod om te verkoop en 'n kontrak, met verskeie bepalings, dat die aanbod vir 'n termyn staande bly - sou sodanige wysiging van die aanbode-element tot probleme lei by die latere aanvaarding van die aanbod en die sluiting van 'n koopkontrak, gesien die skrifvereiste wat dan toepaslik sou word en integrasie wat dan sou geskied” (op 284B-D van die verslag).

Hierdie passasie word later verder toegelig met die stelling (*obiter dictum?*) „dat dit nie vanselfsprekend is dat die skriftelike uitoefening van die opsie op aanhangsel ‚A’ 'n integrasie teweeggebring het wat noodwendig alle voorgaande teenstrydige ooreenkoms irrelevant maak nie” (op 287B-C van die verslag). Die mondelinge ooreenkoms is dus relevant.

Oor die betekenis van die mondelinge ooreenkoms in die feite van die geval stel regter Jansen die beslissing van die hof soos volg:

„In die onderhawige geval kan die mondelinge ooreenkoms van 7 Februarie 1970 nie as losstaande van die beweerde koopkontrak beskou word nie. As die eiser beweer dat

‚die uitoefening van die opsie 'n kontrak met die bepalings van aanhangsel ‚A’ tot stand gebring het, behalwe dat verweerder aan eiser ooreenkomstig gemelde mondelinge ooreenkoms . . . uitstel verleen het . . . ’

dan kom dit daarop neer dat, wat 'n wesenlike bepaling van die koopkontrak betref, hy hom nie slegs op die geskrif beroep nie maar ook op 'n mondelinge ooreenkoms. Aan die vereistes van artikel 1(1) van wet 71 van 1969 is dus nie voldoen nie en die beweerde kontrak is nie van krag nie” (op 286G-H van die verslag).

Hieruit kan mens aflei dat die hof van mening was dat die oorspronklike opsie deur die mondelinge ooreenkoms gewysig was en dat die aanbod om te verkoop bestaan het uit 'n skriftelike gedeelte en 'n mondelinge gedeelte (wat toevallig teenstrydig was met sekere bepalings van die oorspronklike skriftelike aanbod) en dat aanvaarding van daardie aanbod nie 'n ooreenkoms wat aan die vereiste formaliteite voldoen, tot stand gebring het nie. Dit was in elk geval waarop die saak van V, soos gepleit, neergekom het, en die dagvaarding was dus vatbaar vir die eksepsie dat dit geen skuldoorsaak openbaar nie.

Die vraag kan gevra word of die bedoeling van die partye by die aangaan van die mondelinge ooreenkoms nie iets anders as hierbo aangedui, kon gewees het nie. As dit hulle bedoeling was om die oorspronklike opsie in die geheel te herroep en deur 'n nuwe opsie te vervang, dan is dit duidelik dat daar na die aanvaarding van die nuwe mondelinge aanbod om te verkoop ook geen ooreenkoms wat aan die vereiste formaliteite voldoen, tot stand sou gekom het nie, en sou die uiteindelijke beslissing dieselfde gewees het. Maar as dit slegs die be-

doeling van die partye was dat die oorspronklike opsie moet bly bestaan totdat hulle dit inderdaad deur 'n nuwe skriftelike (en getekende) opsie vervang, tot welke stap hulle hulle bereid verklaar het, dan sou die oorspronklike opsie natuurlik bly staan het en aangeneem kon word volgens die aanwysings daarin vervat. Hierdie laasgenoemde moontlikheid was egter nie op die feite van die geval van toepassing nie omdat V klaarblyklik die oorspronklike opsie as klaar gewysig beskou het.

Ten slotte kan die moontlikheid genoem word dat die partye met hulle latere mondelinge ooreenkoms die aanbodgedeelte van die opsie onveranderd wil laat maar die ooreenkoms insake die instandhouding van die opsie-aanbod wil wysig, byvoorbeeld ten opsigte van die tyd waarbinne dit uitgeoefen moet word of die teenprestasie deur die opsiehouer betaalbaar.

DJ JOUBERT

Universiteit van Wes-Kaapland

Lawyers are students of language by profession . . . [T]he language they use is the principal means by which they achieve their successes . . . They exercise their power in court by manipulating the thoughts and opinions of others . . .

PHILBRICK *Language and the Law*
Aangehaal in 76 4 (1971) *Case & Comment*

Boeke

DAS RÖMISCHE PRIVATRECHT [ERSTER ABSCHNITT: DAS ALTRÖMISCHE, DAS VORKLASSISCHE UND KLASSISCHE RECHT]

deur MAX KASER

*Zweite, neubearbeitete Auflage (1971), Beck, München, XXX, 333 bl.
DM 148*

Met die verskyning van die eerste uitgawe van hierdie werk in 1955 het dit onmiddellik geblyk dat hiermee 'n besonder belangrike publikasie die lig gesien het. In 'n mate het dit verbasing gewek dat die behandeling van die Romeinse reg so ingedeel is dat daar gepoog is om die oerreg, die voorklassieke en klassieke reg uitmekaar te hou. Daarna (in 1959) het die vervolg op die eerste band verskyn waarin die na-klassieke ontwikkelinge behandel word. Ten slotte (in 1964) verskyn *Das römische Zivilprozessrecht*. Daarmee kan miskien beweer word dat met die drie dele 'n ensiklopedie van die Romeinse reg (altans tot op 'n sekere hoogte, wanneer die Romeinse publiekreg en strafreg agterweë gelaat word) gepubliseer is. Die opset van die werke is dus om die Romeinse privaatrek en prosesreg histories weer te gee, vanaf die vroegste tye tot by Justinianus.

Dit kan nie betwyfel word nie dat met die oorspronklike opset geslaag is. Wanneer iemand hom met 'n onderwerp van Romeins-regtelike aard besig hou, is dit miskien die gemaklikste om met Kaser te begin en te kyk wat daar oor die punt in die genoemde drie dele gesê word. Dit is nogal interessant dat hierdie werk in die na-oorlogse tyd verskyn het. Dit is bekend dat die Romeinse reg uit die praktyk verdring is en na die oorlog op die universiteite sy plek verloor. Tog is daar 'n handjievol juriste van groot formaat wat hulle met hierdie gebied van die wetenskap en beskawing besig hou. Hierdie werk hoort so op sy plek in hierdie kringe. Dit is nie 'n handboek nie en dit is dus nutteloos om dit in die hande van voorgraadse studente te plaas. Vir die ryper juris en die historikus is dit onontbeerlik. Die Romeins-regtelike wetenskap het in die moderne tyd so ontwikkel dat dit die terrein is, nie slegs vir die juris nie, maar ook vir die historikus, die taalgeleerde en ook hulle wat met die Romeinse reg, sy geskiedkundige ontwikkeling en sy filologiese probleme wil speel.

Dit is egter bekend dat Kaser die gebied van die Romeinse reg versigtig en „konserwatief” benader en nie maklik tot die meer „radikale” benadering oorgaan nie. Om dié rede sal dit gebeur dat lesers dit nie altyd eens met sy indeling is nie: wat hy weergee as voor-klassiek of in besonder as klassiek, sal ander wil verwys na die na-klassieke tydperk. Hy is ook deurdrenk van die besef dat die Romeinse juriste manne van die praktyk was en nie maklik tot generalisering oorgegaan het nie en dat baie van die „sistematiek” eenvoudig nie Romeins is nie. „Die Gefahr, mit alldem an der römischen Eigenart vorbeizugehen, ist um so bedenklicher, als damit in das römische Recht Denkformen aus der Pandektistik des 19. Jahrhunderts hineingetragen werden; ist doch gerade die moderne Romanistik darum bemüht, so weit sie unrömisch sind, von unserem Erkenntnisbild des antiker Rechts fernzuhalten” (bl vii).

Dit is baie welkom dat, na sestiende jaar, ’n tweede uitgawe verskyn. Uit die aard van die werk is dit noodsaaklik dat daar nuwe edisies verskyn en van die tweede deel, asook die *Zivilprozessrecht*, sal ongetwyfeld later nuwe edisies verskyn.

As die eerste en die tweede uitgawes vergelyk word, dan word gemerk dat die raamwerk dieselfde bly. Eers word die oerreg behandel waar die familie- en personereg die belangrikste element is, en daarna die voor-klassieke en klassieke Romeinse reg, waar die sake- en verbintenissereg die hooftema vorm. Maar, daarteenoor, die tweede uitgawe is aansienlik uitgebrei en daarbenewens grondig hersien. Dit is nogal interessant om te sien hoe die skrywer die formulering in die eerste edisie dikwels laat vaar om dan in die tweede edisie ’n skerper of andersins meer bevredigende formulering te gee.

Kaser se eie opvattinge word natuurlik weergegee (bv oor die eiendomsreg) (bl 124), maar ander opvattinge word ook weergegee of na verwys. Dit is juis met sy verwysings dat hierdie werk so ’n waardevolle diens bewys. Dit is natuurlik onmoontlik om volledige verwysings te gee. Maar reeds in die eerste edisie is al die belangrikste literatuur gemeld. In die tweede edisie is dit bygewerk. Dit wil voorkom of feitlik niks oorgeslaan is wat direk op ’n bepaalde punt in die internasionale literatuur verskyn het nie. Die volledigheid is vir diegene wat die werk gebruik van die grootste waarde. Daar moet egter in ag geneem word dat in die moderne tyd baie gepubliseer word en dus ook wat nie juis van noemenswaardige belang is nie. Daar is nie te skerp daarop gelet wat die gewig en waarde van alle publikasies is nie.

Die styl is helder en die versorging van die boek is voortrefflik. (Die resensent kon slegs een drukfout (op bl 434 reël 14) vind, en blykbaar het die verwysing na die *actio negatoria* op bl 447 nie sy weg

in die saakregister gevind nie.) Dit is onmoontlik om by alles stil te staan, maar daar is sekere afdelings wat op die resensent 'n besondere indruk gelaat het. Die meeste lesers sal die werk as 'n naslaanwerk gebruik, maar hulle word aangeraai om in besonder die inleiding en die inleiding tot die tweede afdeling (§46 en 47) te lees. Terselfdertyd moet egter bygevoeg word dat dit so gestel word nie met die bedoeling om afbreuk aan die res van die werk te doen nie. Want 'n mens sou voort kon gaan om treffende punte aan te haal: formulerings, omskrywings, uiteensettings, ens. Dit ook waar die leser dit nie met die skrywer eens is nie.

Daar moet gemeld word dat ongeveer sewentig bladsye van die boek aan 'n saakregister en 'n bronneregister gewy is. Dit is baie goed versorg en maak die bruikbaarheid van die werk soveel groter.

P v WARMELO

VOORBEELDE VAN HOPPLEITSTUKKE

'n Vertaling van voorbeelde uit die derde uitgawe van **Beck's Theory and Principles of Pleading in Civil Actions** deur I Isaacs

deur CS LESSING en R KUPER

1971 *Butterworths Durban*; bl xlii & 192; prys: R11.25

Beck se *Theory and Practice of Pleading in Civil Actions* wat die eerste keer in 1923 verskyn het, het reeds vir hom 'n onmisbare plek in die boekery van die regspraktisyn verwerf. Met die toenemende gebruik van Afrikaans in die regspraktyk was dit dan ook te verwagte dat daar vroeër of later 'n Afrikaanse vertaling van die voorbeelde van pleitstukke wat in dié werk voorkom, die lig sou sien. Hierdie vertaling het ons nou in *Lessing en Kuper* wat 'n „Afrikaanse” weergawe van die 2e, 3e, 4e en 10e byvoegsels tot Beck se werk is. Ons, die resensente, beoordeel die vertalers se poging in eerste instansie as dit wat dit voorgee om te wees, naamlik „nog 'n stap vooruit vir die gebruik van Afrikaans in die regspleging” (bl vii). Die vertalers wou „'n leemte [in die Afrikaanse regsliteratuur] oorbrug (*sic*) . . . deur 'n vertaling van *Beck* met ruimskootse gebruik van die genoemde regswoordeboek” [dié van Hiemstra en Gonin] (bl v).

Ongelukkig verg 'n suksesvolle vertaling meer as goeie bedoeulings en die vermoë om woorde korrek in 'n woordeboek na te slaan ('n vermoë waaroor die vertalers, soos later sal blyk, ook nie in 'n onbeperkte mate beskik nie). Die vier taalfoute wat reeds in die vertalers se twaalfreëlige *Inleiding* voorkom, was vir ons 'n beknellende voorteken van wat toe nog voorlê. Vertaling is 'n kuns waarvoor 'n mens onder andere 'n onberispelike kennis van die grammatika van

die betrokke taal, 'n goeie aanvoeling vir die taal se idioom en baie geduld en ondervinding nodig het.

Ons het besluit om 'n samevatting van die blatantste taalfoute wat in die eerste twintig bladsye van die vertaling voorkom, te gee. Op hierdie wyse hoop ons om aan die vertalers en uitgewers 'n aanduiding te gee van die opsigte waarin die vertaling te kort skiet en om die werk vir die praktisyn bruikbaar te maak.

Spelfonte

Die spelfoute is van so 'n aard dat 'n mens die indruk kry dat die vertalers òf nie van die bestaan van die Akademie se *Afrikaanse Woordelys en Spelreëls* bewus was nie òf nie daarvan gebruik wou maak nie. Ons wys op die volgende:

„totnogtoe” (bl v) moet drie woorde wees;
 „konsep pleitstukke” (bl ix, xxxiii en 4) moet een woord wees;
 „*del credere* agent” (bl xxxvii) moet 'n koppelteken voor „agent” kry;
 „eksekuteer” (bl xxxix) se korrekte spelling is „eksekuteur;”
 „eindom” (bl 3) se korrekte spelling is „eiendom;”
 „diamant-smokkelaar” (bl 6) moet een woord wees—daar is geen rede vir die koppelteken nie;
 „X.Y.Z. Assuransiematskappy” (bl 7) moet 'n koppelteken voor „Assuransiematskappy” kry;
 „geëisde” (bl 9 en 10) moet „geëiste” wees;
 „akteskantoor” (bl 11) is òf 'n Anglisisme òf 'n spelfout; die korrekte Afrikaans is „aktekantoor;”
 „Hoogeregshof Reëls” (bl 12) moet een woord wees;
 „gedingvoerende partye” (bl 14); „Gedingvoerende” is tog 'n b nw en dus moet dit twee woorde wees;
 „teweeg gebring” word op bl 19 verkeerd gespél maar „teweegbring” op bl 18 is korrek.

Op bl 8 kom „geneeskundige- en hospitaalkoste” voor. „Geneeskundige” is 'n b nw en die afstandskoppelteken moet dus nie gebruik word nie. Anders is dit by die volgende voorbeeld: „hospitaal en soortgelyke uitgawes” (bl 16). Na die s nw „hospitaal” moet die afstandskoppelteken wel gebruik word.

Op talle plekke word hoofletters misbruik:

„Regter V.G. Hiemstra” (bl v) i p v „regter V.G. Hiemstra;”
 „(Uiteensetting van Eis) of (Besonderhede van Vordering in 'n gekombineerde dagvaarding)” i p v „(Uiteensetting van eis) of (besonderhede van vordering in 'n gekombineerde dagvaarding);”
 „bv. *Ex facie* . . .” (bl 3) i p v „bv. *ex facie* . . .;”
 „(Die verweerder) se Prokureurs” (bl 3) i p v „. . . prokureurs;”
 „5de Uitgawe” (bl 5) i p v „5de uitgawe.”

Fontiewe gebruik van voorsetsels

Die volgende het opgeval: „*tot* 'n mate” (bl v) i p v „in 'n mate” (hieroor kan daar natuurlik meningsverskil bestaan—sien HJJM van der Merwe *Die Korrekte Woord s v tot*);

„verweer *tot* 'n eis” (bl ix, xxxiii en 11) i p v „verweer teen 'n eis;”
 „smee *vir*” (bl 1) i p v „smee om” (op die woordkeuse in hierdie voorbeeld word hieronder teruggekom);
 „eis *vir* teruggawe)) (bl xxxvii) i p v „eis om teruggawe;”
 „skade *tot* eiendom” (bl xxxix) i p v „skade aan eiendom;”
 „repliek *tot*” (bl 3) i p v „repliek op;”
 „aansoek *vir* 'n bevel” (twee keer op bl 3) i p v „aansoek om 'n bevel;”
 „op verskeie geleenthede” (bl 4) i p v „by verskeie geleenthede;”
 „daardeur bedoel” (bl 6) i p v „daarmee bedoel;”
 „aanspreeklik *in* 'n bedrag van R6000” (bl 8) i p v „aanspreeklik *vir* 'n bedrag van R6000;”
 „'n reg *tot* deurgang” (bl 11) i p v „'n reg op deurgang” (waarmee blykbaar 'n *reg van weg* bedoel word—sien hieronder);
 „*in* volle voldoening” (bl 17) i p v „ter volle voldoening;”
 „handel *met*” (bl 18) i p v „handel oor” (in die bepaalde sinsverband);
 „partye *tot* 'n mandaat” (bl 19) i p v „partye by 'n mandaat” (let daarop dat 'n mens van „partye *by* 'n kontrak” maar van „partye *in* 'n geding” praat—vgl 1966 *THRHR* 243);
 „*tot* 5 persent geregtig” (bl 20) i p v „op 5 persent geregtig.”

Daar word deurgaans van „besonderhede *tot* 'n derdepartykennisgewing,” „besonderhede *tot* 'n gekombineerde dagvaarding” (bv bl ix, xxxiii, 4, 7, 12) ens gepraat, en dan word blykbaar daarmee *besonderhede wat in 'n derdepartykennisgewing ens vervat moet wees*, bedoel. Hoewel ons oortuig is dat *tot* die verkeerde voorsetsel is om hier te gebruik, vind ons dit moeilik om op 'n enkele voorsetsel wat bogenoemde gedagte tot uiting bring, te besluit. Ons doen aan die hand dat „besonderhede *van* 'n derdepartykennisgewing” gebruik word.

Op bl xxxvii word van 'n „eis deur man *weens* beserings aan sy vrou gepraat.” Die woordkeuse is eienaardig. Gebruikliker is: „eis deur man *weens* besering van sy vrou.”

Fontiewe gebruik van leestekens

Eerstens word kommas glad te veel gebruik en dit veroorsaak dat die sinne lomp word en moeilik lees. Vergelyk die volgende voorbeelde:

„ . . . omdat dit regtens ongegrond is en geen skuldoorsaak bevat nie, op grond van die volgende:” (bl 3);
 „ . . . en dit was die verweerder se plig om die uitgraving te omhein, of om toereikende waarskuwingstekens . . . op te rig.” (bl 4);

„ . . . [h]y het naamlik, 'n gebreekte been en 'n gebreekte sleutelbeen, bo en behalwe snye en kneusplekke . . .” (bl 4);

„[a]s gevolg van die voormelde botsing, het die eiser ernstige liggaamlike beserings opgedoen, en moes hy . . .” (bl 8);

„[d]ie eiser is Jan Bosch, 'n verkoopsman van . . .” (bl 7);

„[d]ie eerste verweerder is Dirk Vos, 'n slagter, van . . .” (bl 7).

Hier is 'n geval van inkonsekwente gebruik van die komma. Hoekom is daar 'n komma na „slagter” en nie na „verkoopsman” nie?

Tweedens word die komma ook nog verkeerd gebruik:

„[o]p of omtrent die 24ste Desember, 1969 . . .” (bl 6). 'n Komma word nie in Afrikaans na die naam van die maand gebruik nie.

Derdens word die komma nie gebruik waar hy gebruik moet word nie, naamlik tussen twee werkwoorde:

„ . . . as die een betaal word die ander vrygestel -” (bl 9);

„[d]ie besonderhede wat aldaar verstrek moet word is presies dieselfde . . .” (bl 14);

„ . . . om die maatskappy kontraktueel te verbind word bespreek in . . .” (bl 19).

Grammatikafoute

Die oogseermaker „eis teen 'n bankier *wie* verkeerdelik sy kliënt se rekening gedebiteer het” kom op bl xxxix voor. Dit is verbasend dat die korrekte gebruik van die betreklike vnw wat vir 'n driejarige kind geen probleme oplewer nie, blykbaar eenvoudig bo die vuurmaakplek van sommige regsgeleerdes is. Ons herhaal kortliks die reël soos dit voorheen in die *Tydskrif* gestel is (1967 *THRHR* 54):

„As die betreklike voornaamwoord na die antesedent kom, sonder 'n voorsetsel tussenin, is die vorm altyd *wat* afgesien daarvan of die voornaamwoord betrekking het op 'n mens, 'n dier of 'n lewelose voorwerp. *Wie* word gebruik indien die voornaamwoord deur 'n voorsetsel voorafgegaan word, bv *die man vir wie* of *die man aan wie* ens en ook wanneer dit saam met die besitlike *se* gebruik word, bv *wie se boek?* *Wie* kan ook as 'n onbepaalde of vraende voornaamwoord gebruik word, by *wie ook al* en *wie is daar?*”

Op bl 16 kom die volgende voor: „Die noodsaaklike bewerings is dus dat die aanranding met opset gepleeg *was* en dat dit wederregtelik was.” Die eerste „was” in die aangehaalde sin moet natuurlik „is” wees. In Afrikaans dui „word” die teenwoordige tyd, „is” die verlede tyd en „was” die voltooid verlede tyd (*plusquamperfectum*) in die lydende vorm aan. Bogenoemde fout kom dikwels in die vertaling voor; bv op dieselfde bladsy: „of dat dit ter selfverdediging gedoen was.”

Foutiewe woordorde

Die algemeenste fout wat in hierdie verband gemaak word, is dat die werkwoord willekeurig op enige plek in die sin gebruik word

i p v teen die einde daarvan. So word bv gesê „ . . . dat die eiser se eis van die hand gewys word met koste” (bl 1, 2 ens). Dat hierdie (weliswaar buigsame) stylreël nie aan die skrywers bekend is nie, blyk duidelik uit die volgende voorbeelde:

„[d]ie eiser is die geleentheid gebied kragtens Reël 23 (1) . . .” (bl 3);

„ . . . en tree hy in geding met hom daaroor” (bl 6);

„[v]oorbeeld van pleitstukke waar twee verweerders saamgevoeg word kragtens die Hofreëls” (bl 7);

„Weens die feite in paragrawe . . . hierbo uiteengesit, is die eerste verweerder aanspreeklik teenoor die eiser *in (sic)* ’n bedrag van R6 000” (bl 8);

„ . . . en of albei verweerders gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik is teenoor hom” (bl 8).

Voorbeelde van hierdie fout kom ongeveer in elke paragraaf voor en dat hulle die sinne lomp en soms onsinnig maak, blyk uit die volgende voorbeeld:

„ . . . ’n bevel dat sodanige serwituut geregistreer moet word teen die titelaktes van die gemelde plaas Witmorge in die akteskantoor (*sic*)” (bl 11). Moet die registrasie in die aktekantoor plaasvind of is die plaas Witmorge daar? Die „in die akteskantoor” is in elk geval oorbodig. Waar kan die registrasie teen die titelaktes van eiendom elders plaasvind?

Dit is duidelik dat hierdie foute deurgaans gemaak word omdat daar eenvoudig, sonder ’n oomblik se nadenke, direk uit die Engels vertaal is, soos die volgende voorbeelde treffend illustreer:

„ . . . ontken die verweerder dat hy nalatig was soos beweer word of enigins . . .” (bl 5); en „die verweerder ontken dat hy aanspreeklik is vir die bedrag geëis of enigins . . .” (bl 6).

„Hoegenaamd” word op dieselfde wyse verkeerd gebruik (bl 7). Wat hier blykbaar bedoel word, is „die verweerder ontken dat hy vir die bedrag geëis, of enigins/hoegenaamd aanspreeklik is.”

Na die voegwoord „dat” moet inversie plaasvind, dws die werkwoord moet na die einde van die sin verskuif. In samegestelde sinne moet inversie plaasvind in al die sinne wat deur die „dat” gekwalifiseer word. Op bl 5 word gesê: „die verweerder beweer dat die skade geheel en al toe te skryf is aan die feit dat die eiser self nalatig . . . was . . . en indien dit nie vir die voorafgaande feite was nie sou die gemelde ongeluk nie plaasgevind het nie.” Klaarblyklik is dit die bedoeling dat ook die gedeelte van die sin wat ná „en” kom, deel van die verweerder se bewerings uitmaak, en daarom behoort die woordorde soos volg te wees: „ . . . en [dat] indien dit nie vir die voorafgaande feite was nie, die gemelde ongeluk nie *sou* plaasgevind het nie.”

In paragraaf 3 (2) op bl 6 word die neiging nog verder gevoer deurdat daar met die aanloop „die eiser ontken . . .” halfpad in die paragraaf oorgeslaan word na bewerings sonder dat daar inversie plaasvind en met weglating van die noodsaaklike sinsnede „beweer die eiser dat.” Soos die paragraaf tans staan, is dit onverstaanbaar.

Foutiewe en onduidelike woordgebruik

Voorbeelde:

- „ . . . leemte oorbrug . . .” (bl v) i p v „’n leemte vul;”
 „[a]anhouding van goedere” vir die Engels „detention” (bl ix, xxxiii en 14) i p v „hou van (of detensie van) goed;”
 „[a]gentskap” (bl ix, xxxv, xxxvii, xxxix en 18) i p v die erkende Afrikaanse term „verteenwoordiging.” Die woord „agentskap” bestaan natuurlik in Afrikaans maar kan nie gebruik word soos die vertalers dit doen nie—’n behoorlike bestudering van *Hiemstra en Gonin* sou hulle hier gehelp het;
 „[u]itsettingseis” vir die Engels „ejectment” (bl xxxv) i p v slegs „uitsetting;”
 „[p]atenteregte vir die Engels „patent right” (bl xxxv) i p v „patent-reg;”
 „[b]orgakte” vir die Engels „suretyship” (bl xxxvii) i p v „borgstelling;”
 „[v]ordering deur ’n derde party ten opsigte van ’n kontrak in sy guns . . .” (bl xxxix) i p v „vordering deur ’n derde op grond van ’n beding ten behoeve van hom”—sien ook bl 19 vir ’n soortgelyke voorbeeld;
 „ . . . kragtens ’n ontbindingsooreenkoms van ’n vennootskap” (bl xxxix) i p v „ . . . kragtens ’n ooreenkoms ter ontbinding van ’n vennootskap;”
 „[r]egverdiging deur die waarheid en openbare belang” (bl xli) i p v „die regverdigingsgrond waarheid en openbare belang;”
 „vyandige vreemdeling” vir „enemy alien” (bl 2) i p v „vyandelike vreemdeling” (iemand wat natuurlik glad nie vyandiggesind hoef te wees nie);
 „ . . . Kruisverwysing van Pleitstukke” (bl ix en xxxii e v) en „Kruisverwysing—*Beck’s Theory and Principles of Pleading 3rd Edition* met *Voorbeelde van Hofpleitstukke*” (teenoor bl xxx). Die vertalers sou hul vermoedelike bedoeling soos volg kon uitdruk: „kruisverwysing tussen *Beck’s Theory and Principles of Pleading, 3rd Edition* en *Voorbeelde van Hofpleitstukke*” en in die bladsyopskrifte eenvoudig deur „Kruisverwysing.”
 „ . . . reg van deurgang oor . . .” (bl 10) en „ . . . reg tot (*sic*) deurgang . . .” vir die Engels „right-of-way” (bl 11) i p v die bekende en ingeburgerde regsterm „reg van weg;”
 „ . . . 1000 sakke mielies . . .” (bl 15) i p v „1000 sak mielies;”

„[o]f provokasie genoegsaam sou wees om die onregmatigheid . . . teen te spreek . . .” (bl 16) i p v „die onregmatigheid op te hef;”

„ . . . woordelike provokasie . . .” (bl 17) i p v „mondelingse provokasie;”

„ . . . selfverdediging” (bl 17) i p v die bekende Afrikaanse regsterm „noodweer;”

„ . . . magtiging . . .” (2 keer op bl 18) i p v „volmag;”

„ . . . garansie van volmag . . .” vir die Engels „breach of warranty of authority” (bl 18) i p v „verbreking van ’n waarborg van volmag;”

„[o]psetlike kwaadwillige verrigtinge” (bl xxxiii)—hier is „kwaadwillig” alleen voldoende aangesien dit „opset” impliseer;

„[r]egsbevoegdheid” (bl xxxvii en xxxix) i p v „jurisdiksie.” Die woord „regsbevoegdheid” het lank reeds in die regswêreld ’n besondere, tegniese betekenis gekry, nl dié van die *bevoegdheid om die draer van regte en verpligtinge te wees* en dit skep net verwarring as die woord ook gebruik word om die bevoegdheid van die hof, nl om reg te spreek, aan te dui;

„[e]is deur ’n verbruiker teen ’n vervaardiger” (bl xxxvii)—„customer” is hier verkeerdelik uit Engels met „verbruiker” vertaal—dit moet „klant” wees;

„[g]eding teen iedere vennoot . . .” (bl xxxix). Dit beteken ’n geding teen *elke* vennoot wat duidelik nie die bedoeling van die Engels weergee nie. Dit moet lui „ . . . teen ’n vennoot” of „teen ’n enkele vennoot” of „teen een vennoot” of „teen die *individuele* vennote;”

„[o]pskortende voorwaardes van die vorderingsreg” vir die Engels „conditions precedent” (bl xli). Hierdie sinsnede maak nie sin uit nie. Die vertaling moet eenvoudig lui „opskortende voorwaardes.” Die sinsnede soos hy hier staan, sou daar soos volg moet uitsien om sinvol te wees: „vorderingsreg onderworpe aan ’n opskortende voorwaarde;” „[o]oglukkende toelating in huweliksaangeleenthede” (bl xli). „Oogluukkende toelating” word slegs by huweliksaangeleenthede gebruik sodat die „in huweliksaangeleenthede” oorbodig is;

„ . . . word die bedoeling teengesprek . . .” (bl 16) i p v „word die opset ontken.” „Bedoeling” is ’n goeie Afrikaanse woord maar kan nie die gevestigde regstegniese „opset” in dié besondere samehang vervang nie;

„ . . . [d]ie besonderhede moet afsonderlik aandui welke bedrag ten opsigte van . . . pyn en lyding . . . en ongeskiktheid ten opsigte van die verdien van inkomste en die genieting van lewensgenietinge geëis word” (bl 16). Dit is om die minste te sê ’n onsinnige sin en veel makliker en korrekter sou dit gewees het om te sê: „ . . . vir die verlies aan inkomste en lewensgenietinge . . .”. Die „genieting van lewensgenietinge” is in elk geval onhoudbaar;

„[a]s gevolg van die gemelde aanranding en die belediging daarvan . . .” (bl 16). Is die aanranding nou hier beledig? Die korrekte Afrikaans

moet lui „as gevolg van die . . . aanranding en die belediging wat dit inhou;”

„ . . . maar waar hy begerig is om slegs skuld aan die agent te gee . . .” (bl 18). Die begrip „skuld” word in die regswêreld in verskillende betekenis gebruik bv om opset of nalatigheid of die keersy van ’n vorderingsreg aan te dui. Die vertalers bedoel egter met „skuld” *krediet*! Dié betekenis kan „skuld” beslis nie dra nie.

Op talle plekke in die boek word pleitstukke afgesluit met die woorde „die eiser (of verweerder) *smeek* vir (*sic*) uitspraak in sy guns.” Die woord „smeek” het ’n sterk gevoelswaarde in Afrikaans. Dit beteken om *oetmoedig of biddend te vra* en impliseer ’n groot nederigheid en onderdanigheid aan die kant van die persoon wat vra. In der waarheid is dit nie nodig dat ’n party in ’n hofgeding so laag in die stof moet neerbuig om geregtigheid te ontvang nie, en voel die meeste persone ook nie die volslae onderdanigheid waarvan die woord „smeek” spreek nie.

Dit is onafrikaans en onopreg om ’n kruiperige nederigheid voor te doen wat ’n mens nie werklik voel nie. Die woorde „eiser *versoek* uitspraak in sy guns” wat inderdaad somtyds deur die vertalers gebruik word (bv bl 6), gee waarskynlik in die meeste gevalle ’n beter vertolking van die betrokke party se ware gevoelens.

Tipografiese en ander slordigheid

Voorbeelde:

„Injuria” (bl xxxiii) moet kursief gedruk wees;

„Transactio” (bl xli) moet kursief gedruk wees;

„Fifth Edition” en „Eleventh Edition” (bl xlii) moet in Afrikaans wees—soos bv „5de uitgawe” (bl 5);

„beswa r” (bl 1)—’n „a” is weggelaat;

„v rweer” (bl 2)—’n „e” is weggelaat;

„ . . . reg op die gemelde pad . . .” (bl 5) i p v „reg op die gebruik van die pad;”

„ . . . die kruising van Main- en Eloffstrate . . .” (bl 7) i p v „ . . . Main- en Eloffstraat . . .;”

„ . . . dat die verweerder aanspreeklik is teenoor die eiser is . . .” (bl 12)—een „is” is tog voldoende;

„ . . . waarna dit nodig sou wees om na te verwys . . .” (bl 14)—waarom ’n dubbele „na?”

Diverse foute

(1) *Anglismes*

Voorbeelde:

„ . . . die misdaad van onwettige diamanthandel” (bl 6) i p v „ . . . die misdaad onwettige diamanthandel;”

„hy het versuim om behoorlik uit te kyk” (bl 7) i p v „hy het versuim om behoorlik op te let;”

(2) *Toutologie*

Voorbeeld:

„ . . . om sy besigheidsake te behartig . . .” (bl 8) i p v „om sy besigheid (òf sy sake) te behartig . . .”

(3) *Pleonasme*

Voorbeeld:

„ . . . en teen beide verweerders gesamentlik en afsonderlik, as die een betaal, word die ander vrygestel” (bl 9). As twee verweerders „gesamentlik en afsonderlik” aanspreeklik is en die een betaal, word die ander een uit die aard van die saak vrygestel! Waarom dit byvoeg?

(4) *Woordrykheid*

Voorbeelde:

„ . . . het die eiser sekere goedere aan die verweerder verkoop en gelewer *op sy spesiale aandrang en versoek* . . .” (bl 11);

„[d]ie eiser skuld die verweerder wettiglik die bedrag van . . .” (bl 15);

„ . . . wettige noodweer . . .” (bl 17)—as „noodweer” nie „wettig” is nie is dit geen „noodweer” nie!

(5) *Gebruik en misbruik van „ten opsigte van”*

Voorbeelde:

„ . . . dit was die verweerder se plig . . . om . . . waarskuwings-tekens ten opsigte van die gevaar op te rig” (bl 4) i p v „ . . . teen die gevaar . . . ;”

„ . . . skuldig bevind en gevonnissen is ten opsigte van die misdad . . .” (bl 6) i p v „skuldig bevind aan en gevonnissen weens die misdad;”

„ . . . dat die eerste verweerder aanspreeklik is teenoor die eiser ten opsigte van alle skade . . .” (bl 10) i p v „ . . . aanspreeklik . . . vir alle skade . . . ;”

„[d]ie eiser skuld die verweerder . . . die bedrag . . . ten opsigte van beroepsdienste . . .” (bl 15) i p v „ . . . vir beroepsdienste . . . ;”

„’n Prinsipaal is aanspreeklik ten opsigte van voorstellings . . .” (bl 19) i p v „ . . . vir voorstellings . . .”

Hoewel ons die boek in die eerste plek *as vertaling* beoordeel het, het enkele inhoudsfoute ons ook opgeval. Die ernstigste is seker dié op bl 17 waar die verweerder beweer dat hy nie weens aanranding aanspreeklik is nie aangesien hy die gewraakte handeling in noodweer

verrig het „*nadat* die eiser hom aangerand het.” Teen so ’n pleit sal ’n mens ongetwyfeld eksepsie kan opwerp. Wat ’n mens doen *nadat* ’n ander persoon jou aangerand het, kan weerwraak wees; noodweer is dit beslis nie!

Op bl 18 val die volslae gebrek aan aansluiting tussen die derde en vierde paragrawe ’n mens op, en wanneer ’n mens dan die oorspronklike teks ondersoek, blyk dit dat dit die vertalers is wat al die aantekeninge oor verteenwoordiging buite verband bymekaar gegooi het. Op dieselfde bladsy kry ’n mens die stelling: „’n Volmag kan as gevolg van *estoppel* ontstaan.” Dit is nie korrek nie. ’n Mens sou hoogstens kan sê dat ’n skyn van volmag deur ’n beroep op *estoppel* gehandhaaf kan word.

Voorbeelde van Hofpleitstukke mag nuttig wees vir persone wat hoegenaamd nie oor die vermoë beskik om self die voorbeelde van pleitstukke wat in *Beck* voorkom, te vertaal nie.

ADJ VAN RENSBURG
 DSP CRONJÉ
Universiteit van Suid-Afrika

Virtually all legal writing is atrocious! This is true about (a) statutes and administrative regulations; (b) judicial opinions and agency rulings; (c) trial papers and appellate briefs; (d) office memoranda and opinion letters; (e) annotations and digest paragraphs; and (f) law treatises and legal articles. It is even true (especially true?) about articles on legal writing. This is a serious matter. For the ramifications of bad legal writing are very costly - in time, in money and, indeed, in the very quality of life. Working to improve legal writing is no frivolous exercise.

ALBERT P BLAUSTEIN
 “On Legal Writing” 76 4 (1971) *Case & Comment*

Kroniek

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

*Derde agtienmaandelikse Kongres en Algemene
Vergadering 1971
Kort verslag*

In die winter van 1971 is die eerste „kamp“-kongres van die Vereniging te Buffelspoort, die luukse vakansie-oord van Rondalia naby Rustenburg, gehou. Die aangename dae van 19-23 Julie het genoeg vrye tyd beskikbaar gehad vir sonbaai en swem, tennis, gholf, perdry . . . en gesels.

Die vyftigtal voltydse kongresgangers is party dae deur daggaste aangevul tot tagtig en meer. Heelwat gades en selfs kinders was teenwoordig om die verhitte swembad byna voltyds te beset. Tot groot vreugde van die lede van die Vereniging het die beskermheer, sy edele oud-hoofregter LC Steyn en mev Steyn nie net 'n dag by Buffelspoort deurgebring nie, maar die hele week.

Councillor Hattingh, mayor of Rustenburg, gave the week's proceedings a good start with the opening cocktail function and buffet supper on *Monday 19 July*. This was also the occasion of the presidential address by Prof B Beinart. Formal sessions started on *Tuesday* morning with Mr K Schwietering (Stellenbosch) reading a paper on the protection of the right to privacy in private law. The general meeting of the Society commenced the same morning and was concluded on the last day of the congress. After an afternoon spent with colleagues, playing sport and relaxing, the delegates were treated to cocktails and light refreshments by Butterworths of Durban. This was followed by an excellent braaivleis and a showing of MGM's *The Night of the Iguana*.

Wednesday 21 July proved to be a field-day for the press, several topics in the area of public law being dealt with. Prof A Mathews (Natal) read the main paper of the day, on state security legislation. Then there were several short papers: Barrie (RAU) on the spirit of the constitution, Rautenbach (RAU) on subjective rights and human rights, Van Rooyen (Pretoria) on explicit choice of law in conflict of

laws. The afternoon was taken up by a profitable no-holds-barred discussion with members of the side bar.

'n Hoogtepunt van die kongresweek was die dinee ter ere van dr en mev LC Steyn. Sy edele die oud-hoofregter het, met die skote wat soms uit akademiese vestings op die regbank klap as agtergrond, vir 'n verandering self die skerpskutters 'n bietjie gekasty. Vir dié wat dit oorleef het, het twee dae harde werk oorgebly. *Donderdag 22 Julie:* „Die eise wat die ontwikkeling van die reg van die Bantoe stel” - Prof R verLoren van Themaat (Noorde) met besprekingspaneel. Kort referate: Van Schalkwyk (OVS) oor onliggaamlike sake, De Villiers (Fort Hare) oor juridiese tydsberekenningsmetodes, Van Zyl (OVS) oor die saakwaarnemingsaksie as besitsremedie, en Snyman (RAU) oor toe-eiening by diefstal. Die aand is gewy aan indringende besprekings oor probleme in die huweliksreg met die volgende referente: Kahn (Wits), Petersen (Wits), Van Rensburg (SA) en Van Zyl (PE).

Vrydag 23 Julie: Maatskappyereg-simposium met deelnemers van Unisa: Benade, Brooks, De Villiers en Naudé. Die algemene vergadering is hierna voortgesit en verskeie belangrike besluite is geneem, onder andere oor die sistematiese en gekoördineerde verwerking van die Bantoe-reg, oor die konsolidasie van termynberekening, oor die opleiding van Bantoe-, Kleurling- en Indiërregstudente wat prokureurs wil word. Vir die hantering van hierdie sake is verskillende voortsettingskomitees benoem.

The following office bearers were elected to the Council:

President - Prof E Kahn
 Vice - president - Prof CWH Schmidt
 Immediate past - president - Prof B Beinart (*ex officio*)
 Cape Town - Prof W de Vos
 Durban - Prof L Gering
 Fort Hare - Mr FA de Villiers
 Natal - Prof JRL Milton
 North - Prof R verLoren van Themaat
 OVS - Prof DH van Zyl
 PE - Prof F van Zyl
 Potchefstroom - Prof JA Coetzee
 Pretoria - Prof JCW van Rooyen
 RA - Prof JC van der Walt
 Rhodes - Prof R Beuthin
 SA - Prof WA Joubert
 Stellenbosch - Prof WM van der Westhuizen
 Western Cape - Prof D Joubert
 Wits - Prof J Dugard
 Zululand - Prof PD Oelofsen

JH VAN ROOYEN
Uittredende sekretaris

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoeë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eerstelingbydrae van 1971 toegeken is aan

JCW van ROOYEN BA LLD

en 'n spesiale Butterworth-prys vir 1971 op grond van verdienstelike bydraes aan

AJGM SANDERS BA LLB.

Die Butterworth-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 regs wetenskaplike tydskrif. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet

Kort voordat met hierdie nommer ter perse gegaan is, is 'n gesiene Suid-Afrikaanse juris wat jarelange bande met die *Tydskrif* gehad het en ook lid van die redaksiekomitee was, oorlede. Ons verwys na die ontslape professor van regsgeleerdheid aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

H L SWANEPOEL

Ons hoop om in die volgende nommer hulde te bring aan wyle ons kollega.

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. □

Nuwe Wetgewing

'n Kort selektiewe oorsig van

WETGEWING VAN DIE TWEDE SESSIE VAN DIE VIERDE PARLEMENT

Wysigingswet op die Grondwet

1 van 1971

Artikel 108 van die Grondwet van die Republiek, 1961, is gewysig ten einde daarvoor voorsiening te maak dat 'n Bantoetaal in 'n selfregerende Bantoegebied binne die Republiek erken kan word as 'n addisionele amptelike taal in daardie gebied, of vir gebruik in sodanige gebied vir amptelike doeleindes. Sodanige Bantoetaal kan selfs buite so 'n gebied gebruik word vir doeleindes wat met die sake van so 'n gebied in verband staan, onderworpe aan enige voorwaardes wat voorgeskryf mag word.

Grondwet van die Bantoetuislande

21 van 1971

Hierdie wet maak oa voorsiening vir die instel van wetgewende vergaderings en uitvoerende rade in Bantoegebiede en die verklaring tot selfregerende gebiede waar daar wetgewende vergaderings ingestel is.

Artikel 1 bepaal dat die Staatspresident 'n wetgewende vergadering by proklamasie kan instel vir 'n Bantoegebied waarvoor 'n gebiedsoowerheid ingestel is. Sodanige Bantoegebied kan uit verskillende Bantoegebiede bestaan en word ook in die proklamasie omskryf.

Die aangeleenthede waaroor 'n wetgewende vergadering wette kan maak word uiteengesit in Bylae 1 van die wet. Sodanige wette moet deur die Staatspresident goedgekeur word en in die staatskoerant bekend gemaak word. Die aangeleenthede waaroor 'n wetgewende vergadering onbevoeg is om wette te maak word in artikel 4 uiteengesit.

Artikel 5 bepaal dat die uitvoerende gesag van 'n Bantoegebied by 'n uitvoerende raad berus wat vanuit die lede van die wetgewende vergadering saamgestel word. Die uitvoerende raad kan departemente instel en moet oa die leiding neem ivm aangeleenthede rakende die stoffike, geestelike, sedelike en maatskaplike welsyn van die burgers en die raad is bevoeg om die regering van die Republiek met advies te bedien oor alle aangeleenthede mbt die raad se werksaamhede en pligte.

Artikel 6 maak voorsiening vir die instel van 'n Inkomstefonds waarin alle inkomste gestort word.

Alle howe wat ten tye van die samestelling van die eerste uitvoerende raad in 'n Bantoegebied funksioneer, bly voortbestaan en in werking in ooreenstemming met die bestaande samestelling en jurisdiksie totdat dit verander of ontbind word. Die Staatspresident kan ook bepaal dat 'n landdroshof of 'n Bantoesakekommissarishof aan die regering van 'n Bantoegebied oorgedra word.

Die wet maak voorts in artikel 26 daarvoor voorsiening dat die Staatspresident 'n gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is tot 'n selfregerende gebied kan verklaar. Sodanige gebiede beskik dan ook oor hul eie vlag en volkslied. Die uitvoerende gesag van 'n selfregerende gebied berus by 'n kabinet bestaande uit ministers en wat saamgestel word uit lede van die wetgewende vergadering. Die wetgewende vergadering van so 'n selfregerende gebied is bevoeg om wette te maak oor aangeleenthede wat in Bylae 1 uiteengesit word. Wetsontwerpe van 'n wetgewende vergadering moet aan die Staatspresident vir goedkeuring voorgelê word.

Die Staatspresident kan 'n Hoërhof vir 'n selfregerende gebied instel om die plek te neem van 'n provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika en 'n Bantoe-appèlhof of Bantoe-egskeidingshof wat in so 'n gebied regsbevoegdheid besit. Die Hoërhof besit sover doenlik die status, bevoegdhede en regsbevoegdheid van 'n provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika. Die hof moet in gedinge waarby Bantoegebruike betrokke is sover doenlik Bantoeereg toepas behalwe waar dit strydig is met die beginsels van openbare beleid of natuurlike geregtigheid. Die gebruik van lobola, bogadi of ander dergelike gebruik word hiervan uitgesluit. Die Appèlafdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika is bevoeg om appèlle teen beslissings van die Hoërhof te verhoor.

Volgens artikel 36 kan die Staatspresident gelas dat enige grond of ander openbare eiendom in 'n selfregerende gebied waarvan die eiendomsreg of beheer berus by die regering van die Republiek, 'n provinsiale administrasie of die Suid-Afrikaanse Bantoeerust, oorgedra word aan die regering van die betrokke gebied. Die grond in so 'n gebied moet nog vir die nedersetting, onderhoud, voordeel en stoflike en morele welsyn van die burgers daarvan geadmistreer word.

Wysigingswet op Uitbreiding van Universiteitsopleiding

29 van 1971

Hierdie wet wysig die Wet op Uitbreiding van Universiteitsopleiding, 1959, ten einde voorsiening te maak vir die beperking van en latere verbod op inskrywing of bywoning van nie-blankes as studente aan universiteite behalwe die Universiteit van Suid-Afrika of 'n universiteit ingestel vir 'n Bantoe-volkseenheid of vir gekleurdes.

Wysigingswet op die Transkeise Grondwet

31 van 1971

Verskeie artikels van die Transkeise Grondwet, 1963, word gewysig. Daar word o.a. nou bepaal dat die Hoofminister by geheime stemming deur die lede van die Wetgewende Vergadering uit hul geledere verkies word na 'n algemene verkiesing terwyl die ander ministers deur die Hoofminister uit die geledere van die Wetgewende Vergadering aangestel word.

Volgens artikel 20 van die hoofwet kan die Wetgewende Vergadering om grondige en oortuigende redes 'n versoekskrif rig aan die Staatspresident dat die Hoofminister ontslaan word. Die Hoofminister kan ook om redes wat hy grondig en oortuigend ag, 'n versoekskrif aan die Staatspresident rig dat 'n minister ontslaan word. Die Staatspresident kan na goëddunke aan sodanige versoekskrifte voldoen.

Wysigingswet op Publikasies en Vermaaklikhede

32 van 1971

Hierdie wet wysig verskeie artikels van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede, 1963.

Artikel 9 van die hoofwet bepaal nou o.a. dat niemand 'n rolprent wat bestem is om in die openbaar of op sekere om-

skrewe plekke vertoon te word, aan ander persone mag vertoon nie, onderworpe aan uitsonderings, tensy die rolprent deur die raad goedgekeur is. Niemand mag ook mbt bogenoemde rolprente iets doen wat daarop bereken is om die raad of die minister te beïnvloed nie, behalwe om op die voorgeskrewe wyse verhoë tot die raad of minister te rig.

Die wet, behalwe artikel 10 (c) (xiv) word van toepassing verklaar op Suidwes-Afrika en die Oostelike Caprivi Zipfel.

Waternavorsingswet

34 van 1971

Ingevolge artikel 2 van die wet word 'n Waternavorsingskommissie ingestel bestaande uit 'n voorsitter, ondervoorsitter en ses ander lede wat deur die Staatspresident aangestel word. Die kommissie kan ook ander persone in 'n raadgewende hoedanigheid as lede koöpteer.

Die oogmerke van die kommissie is om navorsing tov oa die voorkoms, bewaring, gebruik, suiwering, besoedeling of herwinning van water asook die gebruik van water vir landbou-, nywerheids- of stedelike doeleindes, soos deur die Minister bepaal, te koördineer en te bevorder.

Die werksaamhede van die kommissie is oa om alleen of in samewerking met die WNNR, 'n staatsdepartement, universiteit of ander inrigting navorsing te laat doen tov aangeleenthede wat verband hou met water.

Die wet maak ook daarvoor voorsiening dat belastings gehef kan word op grond wat besproei kan word dmv water wat deur die staat, 'n besproeiingsraad of 'n waterraad beskikbaar gestel word. Vorderingskan kan ook gehef word op water wat vir landbou-, stedelike of nywerheidsdoeleindes of ander doeleindes deur die staat of ander liggame soos bv 'n plaaslike bestuur of die Randwaterraad beskikbaar gestel word.

Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums

41 van 1971

Hoofstuk 1 van die wet handel oor afhanklikheidsvormende medisyne en skep allerlei misdrywe. Artikel 2 van die wet verbied bv handel dryf, besit of gebruik van afhanklikheidsvormende medisyne of van gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne. Artikel 3 bevat dieselfde verbod teen moontlike gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne. Die drie kategorieë medisyne word in die Bylac tot die wet getabuleer. Drastiese strawwe word voorgeskryf vir oortredings van hierdie artikels. Benewens die voorgeskrewe strawwe verplig artikel 8 die hof ook om in sekere gevalle voertuie, houers, onroerende eiendom en geld wat tot die krediet van 'n beskuldigde staan in 'n bankrekening, bouvereniging, spaarrekening of finansiële instelling, ten gunste van die staat verbeurd te verklaar.

Artikel 10 van die wet skep 'n aantal vermoedens wat van toepassing is by vervolgings kragtens die wet. Daar word ook voorsiening gemaak dat persone kragtens 'n lasbrief in hegtenis geneem en vir ondervraging mbt misdrywe aangehou kan word.

Hoofstuk II van die wet handel oor die Nasionale Adviserende Raad oor Rehabilitasie-aangeleenthede wat kragtens die wet ingestel word. Hierdie raad kan oa die minister van advies bedien mbt enige aangeleentheid rakende die misbruik van afhanklikheidsvormende stowwe wat deur die minister na die raad vir advies verwys is.

Hoofstuk III van die wet handel oor rehabilitasie en maak oa voorsiening vir die stigting van rehabilitasiesentrums en tehuise, opname en aanhouding van persone in die sentrums en tehuise.

Hoofstuk IV van die wet handel oor diverse aangeleenthede soos bv aangeleenthede waaroor die minister regulasies kan uitvaardig.

Wysigingswet op Onteiening

53 van 1971

Artikel 2A word tot die hoofwet bygevoeg. As 'n regspersoon wat kragtens 'n wet ingestel is ter bevordering van 'n aangeleentheid van openbare belang die minister oortuig dat hy bepaalde onroerende eiendom redelikerwys vir sy werksaamhede nodig het en dit nie op redelike voorwaardes kan bekom nie, kan die minister, met die goedkeuring van die Senaat en Volksraad, daardie onroerende eiendom ten bate van die regspersoon onteien.

Voorts word bepaal dat by ontstentenis van ooreenkoms word die vergoeding wat die staat moet betaal vir goed wat die minister onteien het, op aansoek van enige party, vasgestel deur die landdroshof indien die bedrag van die vergoeding wat geëis word minder as tienduisend rand is, of deur die Hooggeregshof indien die bedrag tienduisend rand of meer bedra.

Wysigingswet op Regsbulp

56 van 1971

Die Wet op Regshulp, 1969, word van toepassing gemaak op Suidwes-Afrika.

Wysigingswet op Borgstelling

57 van 1971

Die wet skaf die regsreëls bekend as *senatusconsultum Velleianum en authentica si qua mulier* af. Regshandeling wat egter voor die inwerkingtreding van die wet verrig is, word nie geraak nie.

Wysigingswet op die Verdeling van Skadevergoeding

58 van 1971

Artikel 2 van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, 1956, word gewysig deur die invoeging van subartikels 1(A), 1(B) en die byvoeging van twee

voorbehoudsbepalings tot subartikel 6 (a).

'n Persoon word nou geag 'n mededader te wees indien hy 'n mededader sou gewees het as hy nie binne gemeenskap van goedere met 'n eiser getroud is nie.

Indien 'n eiser skade gely het agv die besering of dood van 'n ander en die besering of dood deels aan die skuld van die beseerde of oorlede persoon en deels aan die skuld van 'n ander persoon te wyte was, word die beseerde of die boedel van die oorledene en die ander persoon geag mededaders te wees.

Die voorbehoudsbepalings wat bygevoeg word reël die mate van regres wat deur bogenoemde mededaders uitgeoefen kan word. Die nuwe reëlings mbt mededaders en hul regresreg is nie van toepassing tov 'n onregmatige daad wat voor die inwerkingtreding van die Wysigingswet gepleeg is nie.

Wet op Deeltitels

66 van 1971

Artikel 2 van die wet bepaal dat 'n gebou of geboue en die grond waarop die gebou(e) geleë is in dele en gemeenskaplike eiendom verdeel kan word ooreenkomstig die voorskrifte van die wet. Afsonderlike eiendomsreg kan oor die dele verkry word en die eienaars van die afsonderlike dele moet die eienaars wees van die gemeenskaplike eiendom in onverdeelde aandeel.

Die wet bevat verder voorskrifte betreffende die goedkeuring van 'n ontwikkelingskema, die open van 'n deeltitelregister deur 'n Registrateur van Aktes, die registrasie van 'n deelplan tov die skema en die registrasie van eiendomsreg in 'n eenheid.

Artikel 19 van die wet omskryf 'n aantal serwitute wat ten gunste en ook teen elke deel stilswyend inbegrepe is. Hierdie serwitute tree in werking onmiddellik na registrasie van 'n deeltitelbewys.

Om voorsiening te maak vir die beheer en bestuur van die gemeenskaplike eiendom, word 'n regs persoon ingestel. Kragtens artikel 28 word die regs persoon geag ingestel te wees vanaf die datum waarop 'n ander persoon as die ontwikkelaar 'n eienaar van 'n eenheid in 'n gebou word. Elke eienaar van 'n eenheid in 'n gebou is lid van die regs persoon. Die beëindiging van hul lidmaatskap word gereël in artikel 28 (2).

Die regs persoon is belas met sekere pligte soos bv dié om die gebou teen brand en ander risiko's te verseker, om die gemeenskaplike eiendom behoorlik te onderhou en dit in 'n goeie en diensbare toestand in stand te hou. Daarbenewens het die regs persoon sekere bevoegdhede soos bv dié om grasperke, tuine en speelgeriewe vir kinders op die gemeenskaplike eiendom aan te lê en in stand te hou. Hierdie pligte en bevoegdhede word, algemeen gesproke, verrig of uitgeoefen deur truste. Die eienaars word ook sekere pligte opgelê deur artikel 32 van die wet, soos bv dié dat hy sy deel moet herstel en in 'n goeie toestand in stand moet hou en dat hy nie sy deel so moet gebruik dat 'n oorlas aan 'n ander okkupeerder veroorsaak word nie.

Vanaf die datum van instelling van 'n regs persoon word 'n gebou en die grond waarop dit geleë is dmv reëls beheer en bestuur. Bylaes 1 en 2 tot die wet bevat 'n aantal reëls wat van krag is totdat dit herroep of gewysig is.

Wet op die Voorkoming en Bestryding van Besoedeling van die See deur Olie

67 van 1971

Die wet bevat 'n aantal bepalings om besoedeling van die see deur olie uit

skepe te voorkom. Artikel 2 bepaal bv dat as olie in 'n verbode gebied uit 'n skip uitgelaat word, pleeg die gesagvoerder en eienaar 'n misdryf tensy hulle hul kan beroep op een of meer van 'n aantal verskoningsgronde wat in die wet genoem word.

Die Minister van Ekonomiese Sake word ook met 'n aantal bevoegdhede beklee ten einde besoedeling van die see te voorkom en om besoedeling wat plaasgevind het, te verwyder.

Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling

72 van 1971

Die wet is van toepassing op koopkontrakte van grond wat hoofsaaklik vir woondoeleindes gebruik word of bestem is om aldus gebruik te word en wat geleë is in sekere omskreewe gebiede. Koopkontrakte waarop die wet van toepassing is, is o.a skriftelike kontrakte waarkragtens die koopprys by wyse van meer as twee paaiemente oor 'n tydperk van een jaar of langer betaalbaar is.

Artikel 4 bevat 'n aantal besonderhede wat in 'n kontrak beliggaam moet word, terwyl artikel 7 weer 'n aantal bepalings bevat wat ongeldig sal wees indien dit in 'n kontrak vervat word.

Wet op Chiropraktisyne

76 van 1971

Die wet verbied 'n persoon om vir wins as chiropraktisyn te praktiseer tensy sy naam op 'n lys verskyn wat deur 'n beampte in die Departement van Gesondheid gehou word.

Die volgende wette van die tweede sessie van die vierde Parlement is nie in bostaande seleksie ingesluit nie

2 van 1971: Addisionele Spoorweg- en Hawebegrotingswet

3 van 1971: Wysigingswet op Omheining

4 van 1971: Wysigingswet op Grondbewaring

- 5 van 1971: Addisionele Poskantoor-begrotingswet
- 6 van 1971: Wet op Pensioene vir Bantoe-owerheidsdiens
- 7 van 1971: Addisionele Begrotingswet
- 8 van 1971: Wysigingswet op Saad
- 9 van 1971: Wysigingswet op Gevangenis
- 10 van 1971: Wysigingswet op Landbou-krediet
- 11 van 1971: Wet op die Voorsorgfonds vir Geassosieerde Inrigtings
- 12 van 1971: Wysigingswet op Vreemdelinge
- 13 van 1971: Wysigingswet op Nasionale Welsyn
- 14 van 1971: Wysigingswet op Bejaarde Persone
- 15 van 1971: Wysigingswet op Oudstryderspensioene
- 16 van 1971: Wysigingswet op Blindes
- 17 van 1971: Wysigingswet op Ongeskiktheidstoelae
- 18 van 1971: Gedeeltelike Begrotingswet
- 19 van 1971: Wysigingswet op Behuising
- 20 van 1971: Wysigingswet op Huurgelde
- 22 van 1971: Spoorweg- en Hawebegrotingswet
- 23 van 1971: Wet op Ongemagtigde Uitgawes vir Spoorweë en Hawens
- 24 van 1971: Wysigingswet op Spoorweg- en Hawewette
- 25 van 1971: Spoorwegaankoopwet
- 26 van 1971: Poskantoorbegrotingswet
- 27 van 1971: Wysigingswet op Finansiële Verhoudings
- 28 van 1971: Wysigingswet op die Universiteit van Fort Hare
- 30 van 1971: Wysigingswet op Nasionale Gedenkwaardighede
- 33 van 1971: Wysigingswet op die Besoldiging van Parlementslede
- 35 van 1971: Spoorweg- en Hawepensioenwet
- 36 van 1971: Waterwysigingswet
- 37 van 1971: Boswysigingswet
- 38 van 1971: Tweede Wysigingswet op Grondbewaring
- 39 van 1971: Wysigingswet op Krygstuig
- 40 van 1971: Wysigingswet op Myne en Bedrywe
- 42 van 1971: Wysigingswet op Volksgesondheid
- 43 van 1971: Wysigingswet op Geneeshere, Tandartse en Aptekers
- 44 van 1971: Wet op Ongemagtigde Uitgawes (1969-1970)
- 45 van 1971: Wet op die Administrasie van Bantoesake
- 46 van 1971: Wysigingswet op Handelsmerke
- 47 van 1971: Wysigingswet op Seevisserye
- 48 van 1971: Wysigingswet op Uitvoerbemaking van Ingemaakte Vrugte
- 49 van 1971: Wysigingswet op Elektrisiteit
- 50 van 1971: Reëlingswet op die Immigrantenedersetting Marburg
- 51 van 1971: Wet op Uitvoer van Landbouprodukte
- 52 van 1971: Opmetingswysigingswet
- 54 van 1971: Wet op Nasionale paai
- 55 van 1971: Wysigingswet op Reëling van Toelating van Persone tot die Republiek
- 59 van 1971: Wysigingswet op die Koördinering van Vervoer
- 60 van 1971: Ongevallewysigingswet
- 61 van 1971: Wysigingswet op Werkloosheidversekering
- 62 van 1971: Wet op Ongemagtigde Poskantooruitgawes
- 63 van 1971: Wet op die Registrasie van Nuusblaai en Drukkersname
- 64 van 1971: Wysigingswet op die Kieswette
- 65 van 1971: Staatsdienswysigingswet
- 68 van 1971: Wysigingswet op Gemeenskapsontwikkeling
- 69 van 1971: Slumswysigingswet
- 70 van 1971: Private Wysigingswet op die Universiteit van die Oranje-Vrystaat

- 71 van 1971: Wysigingswet op die Regspraktisynsgetrouheidsfonds
- 73 van 1971: Wysigingswet op Atoomkrag
- 74 van 1971: Wysigingswet op die Staatstenderraad en die Staatsverkrygingsraad
- 75 van 1971: Wysigingswet op Uitvoerkredietherversekering
- 77 van 1971: Tweede Wysigingswet op Finansiële Verhoudings
- 78 van 1971: Wysigingswet op Bemarking
- 79 van 1971: Boedelwysigingswet
- 80 van 1971: Algemene Regswysigingswet
- 81 van 1971: Wet op Pensioene vir Parlementsdienste en Administrateurs
- 82 van 1971: Spoorwegaanlegwet
- 83 van 1971: Tweede Spoorwegaanlegwet
- 84 van 1971: Tweede Addisionele Spoorweg- en Hawebegrotingswet
- 85 van 1971: Tweede Wysigingswet op Spoorweg- en Hawewette
- 86 van 1971: Wysigingswet op Beheer van Effektebeurse
- 87 van 1971: Begrotingswet
- 88 van 1971: Inkomstebelastingwet
- 89 van 1971: Wysigingswet op Doeane en Aksyns
- 90 van 1971: Verdere Wet op Ongemagtigde Uitgawes (1968-1969)
- 91 van 1971: Finansiewet
- 92 van 1971: Wysigingswet op Inkomstewette
- 93 van 1971: Wysigingswet op die Pensioenwette
- 94 van 1971: Wet tot Aanvulling van Pensioene
- 95 van 1971: Wysigingswet op die Medisynewette
- 96 van 1971: Wysigingswet op die Suiwelnywerheid
- 97 van 1971: Private Wysigingswet op die Benaming van Geoktrooieerde Rekenmeesters

Opgestel deur
 SJ MYNHARDT
Universiteit van Suid-Afrika

„Be prepared to break every rule about good legal writing where it is appropriate to do so. Infinitives can be split to achieve emphasis. Brevity should be disregarded where it makes writing dull. Foreign words, long words and words with roots in Latin and Greek may sometimes be used in preference to short Anglo-Saxon words. (There are even situations where four-letter Anglo-Saxon words are completely inappropriate.) ‘It is unjust, sir,’ Samuel Johnson said, ‘to censure lawyers for multiplying words . . . ; it is often necessary for them to multiply words.’ But be aware of what you are doing and why you are doing it.”

ALBERT P BLAUSTEIN

A further Volume on
Companies!

South African Encyclopaedia of Forms and Precedents

Co-ordinating Editor: Advocate
PM Meskin BA LLB

Price R17,00 per volume,
instalment terms of R10 deposit
and R6 per month.

This price is subject to alteration
if increased costs make this
necessary.

This work is in the course of
publication and will consist of
approximately fourteen volumes.

Eight volumes have been
published and these include the
first and second of three volumes
on *Companies*. The contents of
this latest volume covers:

9. Articles of Association
10. Registered Office and Postal
address, publication of name,
execution and service of docu-
ments
11. Conversion of Companies from
one form to another
12. Underwriting and Brokerage
13. Public issue of shares and loan
capital
14. Issue of shares.

1972 will also see the publication
of a volume covering Insolvency,
Insurance, International Agree-
ments, Inventions, Land Bank,
Letting and Hiring, Liquor,
Local Authorities.

"This set offers the attorney one
of the most useful pieces of legal
equipment yet produced in South
Africa. It is in fact, difficult to
imagine how any attorney could
henceforth afford to manage with-
out this encyclopaedia."

—*Tydskrif vir HRH Reg*

Order from

Butterworths

PO Box 792 Durban

BAND XXXV NOMMER 2

BM 345.1/68

MEI 1972

THR. 35/2

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS- HOLLANDSE REG

Wyle HL Swanepoel

Belastingreg

Justinianus se wetgewing

Arbitration

Van der Linden: 'n kuriositeit

Company law: special resolutions

Eise tussen gades

Vonnisse

Boeke



Redakteur
WA JOUBERT

Assistent-Redakteur
CWH SCHMIDT

Uitgewer
BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

Kwartaalblad vir die Regspraktisyn
en die Regstudent in Suid-Afrika

IN MEMORIAM 103

ARTIKELS

Doel en motief van die belastingpligtige in die belastingreg *deur AF van Niekerk* 105
Arma et leges: die Justiniaanse wetgewing in die kader van sy eie tyd *deur R Dannenbring* 120
Expropriation and the arbitration process *by DV Cowen* 146

AANTEKENINGE

Van der Linden: 'n Kaapse eggo 160
Does a special resolution upon registration operate with retrospective effect 170
Deliktuele eise tussen gades binne gemeenskap van goed getroud 175

VONNISSE

Motorbotsing - Partye huurkopers - Wet op Verdeling van Skadevergoeding 179
Boedelbelasting - Waardasie van vruggebruik - Waarde van liefdadigheidsinrigting se blote *dominium* 184
Ongeval - Opsetlike aanranding - Voortspruitende uit diens 187
Moord - Geloof in toorkuns - Provokasie - Versagtinge omstandighede 193

BOEKE

Gerald Gordon *The South African Law of Insurance* 197
Philippus de Leyden *De Cura Reipublicae et Sorte Principantis* 201
Waterhofverslae 1947-1969 202
WGPE *Wedekind Bijdrage tot de Kennis van de Ontwikkeling van de Procegang in Civiele Zaken voor het Hof van Holland in de Eerste Helft van de Zestiende Eeuw* 206
LS Sealy *Cases and Materials in Company Law* 208

Redaksiekomitee

Prof B Beinart, Kaapstad
Prof AC Cilliers, Port Elizabeth
Prof dr Wouter de Vos, Kaapstad
Prof dr JC de Wet, Stellenbosch
Prof dr R Feenstra, Leiden
Adv JC Ferreira, Pretoria
Adv dr CP Joubert SC, Pretoria
Prof dr DJ Joubert, Bellville
Prof dr WA Joubert, Pretoria
(*Voorsitter*)
Prof dr D Pont, Kaapstad
Prof dr CWH Schmidt, Pretoria
(*Sekretaris*)
Prof dr SA Strauss, Pretoria
Prof JD van der Vyver, Potchefstroom
Prof JC van der Walt, Johannesburg
Adv dr HJO van Heerden, Bloemfontein
Prof JNR van Rhyn, Bloemfontein
Prof dr P van Warmelo, Pretoria
Prof R verLoren van Themaat, Pietersburg

Bestuur Vereniging De Groot

Prof B Beinart
Dr LI Coertze
Adv DP de Villiers SC
Prof dr JC de Wet
Adv dr CP Joubert SC
Prof dr WA Joubert
Prof dr D Pont
Sy Edele FHL Rumpff
Sy Edele dr LC Steyn (*Voorsitter*)
Adv dr HJO van Heerden
Prof dr P van Warmelo (*Sekretaris*)

DIE TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

word ten behoewe van **DIE VERENIGING HUGO DE GROOT**
uitgege deur **BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK**
152/154 Gale Street Durban

THE JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

is published by **BUTTERWORTH & CO (SA) (PTY) LIMITED**
for the **SOCIETY HUGO DE GROOT**

Address of the Society and of the Editorial Board:
PO Box 1263 PRETORIA Republic of South Africa

Die Vereniging erken graag die steun van die adverteerders en van SANLAM, REMBRANDT-TABAKKORPORASIE, NAROBS, die UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA en die UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

In memoriam H L Swanepoel

Met die afsterwe van prof HL Swanepoel op 26 Januarie 1972 het ons 'n uitmuntende kollega verloor; 'n man met veelsydige talente wat diep spore op 'n verskeidenheid lewensterreine getrap het.

Hendrik Lambertus Swanepoel is op 9 November 1912 te Reitz gebore. Hy behaal die grade: BA in 1933, LLB in 1935 en LLD in 1943 aan die Universiteit van Stellenbosch, die laasgenoemde graad met 'n proefskrif, getitel: „Die Leer van ‚Versari in Re Illicita’ in die Strafbreg” (Annale van US 1945).

Hy begin sy regsloopbaan in 1936 as regtersklerk in Kaapstad. In 1937 praktiseer hy te Bloemfontein as advokaat, maar kort daarna sluit hy hom aan by die sybalie en hy praktiseer vanaf 1938 as prokureur te Bronkhorstspuit. Nadat hy 'n tyd lank op ander vlakke van die openbare lewe werksaam was, tree hy in 1945 weer toe tot die prokureursberoep, eers as professionele assistent en later as vennoot van die firma AR Fleischack & Kie van Potchefstroom. In 1952 verbind hy hom aan die akademie as hoogleraar aan die PU vir CHO: aanvanklik as hoof van die destydse Departement Regte en 'n tyd lank as dekaan van die Fakulteit Lettere en Wysbegeerte, en later, met die totstandkoming van die Universiteit se Regsfakulteit, gedurende 1965 tot die einde van 1971 as eerste dekaan van die gemelde fakulteit.

Afgesien van sy loopbane op regsgebied, was prof Swanepoel verder veral op die gebied van die perswese werksaam: in 1936 as assistent-redakteur van *Die Landbouweekblad* en op die redaksie van *Die Volksblad*; in 1937 as sub- en nagredakteur van die eerste redaksie van *Die Transvaler*; in 1945 as eerste redakteur van *Die Suidwester* en in dieselfde jaar weer in diens van *Die Transvaler*.

Sy wye belangstelling en onvermoeide diens aan die samelewing blyk verder uit die talle liggame waarop hy gedien het. Hy was lid van die Potchefstroomse stadsraad, onder meer as burgemeester, en het gedien op die Transvaalse Munisipale Werkersvereniging, die Vereniging van Munisipale Bestuur en die Transvaalse Munisipale Vereniging, waarvan hy 'n tyd lank ook president was. Hy was regsadviseur van die Wes-Transvaalse Rugbyunie, voorsitter van die Skeidsregtersvereniging van daardie unie en lid van die Suid-Afri-

kaanse Rugbyraad se Toere- en Tugkomitees. Hy was lid van die Suid-Afrikaanse Akademie vir Wetenskap en Kuns en het gedien op die Akademie se kommissie vir die Toon van den Heeverprys vir Regswetenskap. Hy was voorsitter van 'n skoolraad en skoolbeheerraad, kerkraadslid en lid van die regskomitee van die Nederduits Gereformeerde Kerk van Suid-Transvaal, en, in die burgermag, bevelvoerder van die Regiment Potchefstroomse Universiteit. Hy het gedien op die Raad vir die Erkenning van Regseksamens, die Vereniging Hugo de Groot en die redaksie van die Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg. Hy was lid van die regeringskommissie van ondersoek insake scientologie en die provinsiale kommissie insake teaters. Ensovoorts.

Daarby het prof Swanepoel sy besondere tegniese vaardigheid ewe pligsgetrou beoefen met allerlei interessante stokperdjies, waaronder veral houtwerk en die slyp van semi-edelgesteentes.

Die veelsydige talente van ons ontslape kollega blyk veral ook uit sy talryke geskrifte. Hy was rubriekskrywer vir *Die Landbouweekblad*; hy het enkele verdienstelike prosawerke en digbundels die lig laat sien; en op regswetenskaplike gebied ken ons hom veral as mede-outeur van De Wet en Swanepoel: *Die Suid-Afrikaanse Strafreg*, waarvan die derde uitgawe by sy dood in voorbereiding was en waarvoor die Stalsprys in 1963 aan hom en prof JC de Wet toegeken is. Daarby moet melding gemaak word van die feit dat prof Swanepoel een van die heel grootste en beste privaatversamelings regsgeskrifte opgebou het.

Wyle prof Swanepoel is in 1941 getroud met Anna Dorothea Neethling. Uit die huwelik is een seun en twee dogters gebore.

Die *Tydskrif* gedenk met dank die werksaamhede van 'n redaksielid en getroue medewerker; en ons bring hulde aan die nagedagtenis van 'n goeie vriend en eerbare kollega, wat sy lewe gewy het in diens van sy medemens.

JD VAN DER VYVER

Doel en motief van die belastingpligtige in die belastingreg^{*}

AF van Niekerk

Universiteit van Suid-Afrika

Die toepassing van baie van die substantiewe reëls van ons belastingreg waarvolgens die handeling of transaksies van 'n belastingpligtige geklassifiseer of beoordeel word, vereis 'n ondersoek na iemand se gedagtegang of bedoeling met betrekking tot sodanige handeling of transaksies. Die persoon wie se bedoeling van belang is, hoef nie altyd die belastingpligtige te wees nie, maar kan ook iemand anders wees, soos die vrou wie se inkomste geag word haar man s'n te wees.

Die neiging in belastingwetgewing is om al hoe meer reëls met verwysing na bedoeling of oogmerk te formuleer. Hierdie feit blyk duidelik wanneer die 1941-Inkomstebelastingwet¹ met die 1962-wet² vergelyk word. Terwyl die 1941-wet slegs enkele kere die woorde „vir doeleindes van,” „bepaalde doel,” ens, gebruik het, kom dergelyke uitdrukkings heel dikwels voor in die 1962-wet. Die volgende is enkele voorbeelde: „vir doeleindes van,” „met die oogmerk om,” „wat daarop gemik is,” „vir die doel,” „met die doel,” „vir bedryfsdoeleindes,” „om 'n bepaalde doel te dien,” „spesifiek bedoel is,” „te wyte is aan 'n bedoeling,” „bedoel is,” „die enigste of een van die hoofoogmerke.”

Benewens die baie gevalle waar die wet uitdruklik na doel of oogmerk verwys, is daar ook die gevalle waar die howe die bedoeling van die belastingpligtige in aanmerking neem by die klassifikasie van handeling en transaksies hoewel die wet nie uitdruklik daarna verwys nie. Opvallende voorbeelde hiervan word gevind by die vertolking van die woorde „van 'n kapitale aard” in artikels 1 en 11 van die Inkomstebelastingwet. In hierdie verband word dikwels na bedoeling, oogmerk, motief, ens, verwys.

^{*}Rede gelewer op 14 Oktober 1971 by geleentheid van die formele aanvaarding van 'n professoraat in die handelsreg aan die Universiteit van Suid-Afrika.

¹31 van 1941.

²58 van 1962.

Die formulering van belastingregsreëls met verwysing na die bedoeling van die belastingpligtige lei tot regsonsekerheid, onbillikheid en 'n swak belastingmoraal. Ons huidige inkomstebelasting voldoen nie aan die vereistes met betrekking tot sekerheid en billikheid nie en die grootste enkele faktor wat hiervoor verantwoordelik is, is die rol wat bedoeling in ons belastingreg speel.

Vir doeleindes van hierdie bespreking word gebruik gemaak van die bepaling van artikel 103 van die Inkomstebelastingwet wat teen sekere vorme van belastingvermyding gemik is, en die gemeenregtelike reël met betrekking tot die onderskeiding tussen kapitaal en inkomste. Wat artikel 103 betref word ook verwys na die ervaring met en beskouing oor dergelike wetgewing in enkele ander lande.

DIE BETEKENIS VAN DOEL EN MOTIEF

Uit die voorbeelde wat hierbo genoem is, blyk dat die wetgewer o.a. die woorde „oogmerk,” „doel,” en „bedoeling” gebruik. Hierdie woorde het blykbaar almal dieselfde betekenis in die wet en almal verwys na die bedoeling waarmee 'n bepaalde handeling verrig is.

In Suid-Afrikaanse belasting sake is, sover vasgestel kon word, nog geen poging aangewend om tussen doel, bedoeling en motief te onderskei nie. Hierdie woorde word in die regspraak vryelik as sinonieme gebruik.³ In die VSA is van die kant van die staat pogings aangewend om in belasting sake tussen doel en motief te onderskei deur die strafregtelike betekenis aan hierdie terme te gee.⁴ In die betrokke uitspraak het die hof die terme egter as sinonieme gebruik. In Nieu-Seeland het die hof beslis dat tussen „doel” en „bedoeling” (*purpose* en *intention*) onderskei moet word. Die *Taxation Review Committee* (Ross-komitee) verklaar na aanleiding hiervan:

„This has enabled taxpayers to argue successfully that, although their intention on purchasing property may have been to sell part of it at some later stage, their purpose in acquiring the property was not to sell it but to use it in some way. That being so, profits derived from the sale of part or even all of the property were not assessable for tax. The Committee considers that the distinction between 'purpose' and 'intention' is artificial and should be removed.”⁵

Waar dit in die strafreg en deliktereg nodig of wenslik mag wees om tussen motief, doel en opset te onderskei, lyk dit nie asof 'n dergelike onderskeiding in die belastingreg tot groter duidelikheid of die oplossing van probleme kan bydra nie. By die behandeling van die

³Vgl by *LHC Corporation of SA (Pty) Ltd v CIR* 1950 4 SA 640 (A), 17 SATC 125; *Marshall Industrials Ltd v CIR* 1951 3 SA 581 (A), 17 SATC 578; *SIR v Geustyn, Forsyth en Joubert* 1971 3 SA 567 (A), 33 SATC 113.

⁴*Commissioner v Duberstein* 363 US 278 (1960).

⁵*Taxation in New Zealand: Report of the Taxation Review Committee* October 1967 par 659.

rol wat doel en motief in die belastingreg speel, word die betrokke woorde dan ook as sinonieme gebruik.

REGSEKERHEID EN BILLIKHEID

Daar word algemeen erken dat duidelikheid, sekerheid en billikheid belangrike kenmerke van 'n goeie belastingstelsel is. Drie onlangse kommissies van ondersoek het hierdie norme in hul verslae sterk beklemtoon. Hierdie kommissies is die *Taxation Review Committee* in Nieu-Seeland (Ross-komitee), die Kommissie van Ondersoek na die Fiskale en Monetêre Beleid in Suid-Afrika (Franzsen-kommissie) en die *Royal Commission on Taxation* in Kanada (Carter-kommissie).

Die Ross-komitee wat in 1967 in Nieu-Seeland verslag gedoen het, het met betrekking tot regsekerheid 'n sterk standpunt ingeneem en in par 662 van hul verslag verklaar:⁶

„... uncertainty as to the meaning and application of the law has no place in a proper system of taxation.”

Die Franzsen-kommissie het heelwat aandag aan die norme van billikheid en eenvoud gegee. Die aanbevelings in hierdie verband is ongelukkig nie almal deur die regering aanvaar nie.

Die Carter-verslag,⁷ wat in 1967 na 'n langdurige en deurtastende ondersoek gepubliseer is, laat die klem deurgaans op billikheid en regsekerheid val. Kanada se 1971-begroting is in groot mate op die Carter-verslag gebaseer. In sy begrotingsrede wat op 18 Junie vanjaar gelewer is, het die Kanadese Minister van Finansies die volgende opmerking gemaak:

„A good tax system must lend itself to efficient, economical and objective administration. It must be straightforward in both purpose and method, so that taxpayers know where they stand with a minimum of administrative discretion and litigation.”⁸

Onsekerheid betreffende die aard en omvang van belastingaanspreeklikheid het gevolge wat verreikend kan wees. Dit bring onnodige litigasie mee, verhoog invorderingskoste, belemmer gesonde ekonomiese groei, kweek 'n swak belastingmoraal, ens. Onbillikheid gee aanleiding tot belastingvermyding, selfs belastingontduiking en al die ander onwenslike resultate van 'n swak belastingmoraal.

BELASTINGVERMYDING EN ARTIKEL 103

Belastingvermyding is 'n handeling, transaksie of skema wat op wettige wyse aangegaan of uitgevoer word en wat die uitwerking het

⁶*Taxation in New Zealand: Report of the Taxation Review Committee* October 1967.

⁷*Report of the Royal Commission on Taxation* Ottawa Kanada 1966.

⁸*Budget Speech by the Honourable EJ Benson, Minister of Finance*, 18 Junie 1971 3.

om aanspreeklikheid vir die betaling van belasting te vermy, uit te stel of die bedrag daarvan te verminder. Belastingvermyding moet onderskei word van belastingontduiking, wat verwys na onwettige praktyke wat opsetlik deur die belastingpligtige beoefen word om betaling van belasting wat hy regtens verskuldig is, te ontduik.

Die strekking van artikel 103 sub-artikels (1) en (4) kan soos volg saamgevat word:

- 1 Waar 'n transaksie, handeling of skema tot gevolg het dat aanspreeklikheid vir betaling van belasting vermy, uitgestel of verminder word en die Sekretaris met inagneming van die omstandighede van mening is:
 - (a) dat sodanige transaksie, handeling of skema op abnormale wyse aangegaan is, *of*
 - (b) dat sodanige transaksie, handeling of skema abnormale regte of verpligtinge geskep het, *en*
- 2 die Sekretaris verder van oordeel is dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofogmerke van die transaksie was, dan stel hy die belastingaanspreeklikheid vas asof daardie transaksie nie aangegaan was nie.
- 3 Indien bewys word dat die transaksie belastingvermyding tot gevolg sou hê, word vermoed, totdat die teendeel bewys word, dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofogmerke was.

Ten grondslag van hierdie bepaling lê dus twee begrippe, naamlik „doel of oogmerk,” wat in beginsel skyn te verwys na die motief van die belastingpligtige, en „normaliteit” en gevolge van die transaksie, wat in beginsel skyn te verwys na eksterne faktore. Hierdie twee elemente skyn hul onafhanklike vitaliteit te behou want indien die transaksie belastingvermyding tot gevolg sou hê, word die belastingpligtige die geleentheid gegee om die vermoede dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofogmerke was, te weerlê. Vir sover dit die doel of oogmerk van die transaksie betref, is daar enkele aspekte waarna verwys moet word.

Die blote feit dat die betrokke transaksie aangegaan is en vermindering van belastingaanspreeklikheid tot gevolg sou hê, laat die vermoede ontstaan dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofogmerke was. Die wetgewer het hier ongetwyfeld voor 'n moeilike situasie te staan gekom, en die *vermoede* is geskep om die moeilike taak van die Sekretaris enigsins te vergemaklik. Nietemin laat hierdie bepaling mens dink aan 'n opmerking van De Wet en Swanepoel in verband met skuldvermoedens in die strafreg:⁹

⁹Die *S.A. Strafreg* 2e uitgawe 98.

„Nog nie so lank gelede nie was ons strafregpraktyk ook in hierdie opsig nog agterlik omdat dit die opvatting gehuldig het, selfs by moord en manslag, dat die daad, sonder meer, genoegsaam getuig van die dader se afkeurenswaardige gesindheid.”

Ter versagting moet in ons geval darem opgemerk word dat by artikel 103 nie net die daad nie maar die daad, die abnormaliteit van die daad en bepaalde gevolge van die daad, genoegsaam getuig van die belastingpligtige se afkeurenswaardige gesindheid.

Hierdie „skuldvermoede” plaas ’n baie swaar bewyslas op die belastingpligtige. Verwysende na hierdie vermoede verklaar Stewart soos volg:

„This places the onus squarely on the taxpayer to prove that tax avoidance was only a secondary or ancillary consideration when he entered the transaction, and, inasmuch as purpose or intention is normally to be inferred from the external features of a transaction, such as its terms and conditions and what they effect, it would seem that once the other requirements of the section have been met (namely, that the transaction is abnormal and that it has resulted in avoidance of tax) the taxpayer would have great difficulty in discharging the onus upon him.”¹⁰

Hoewel die beslissing in belastingvermydingsgeskille oënskynlik op die doel of motief van die belastingpligtige steun, word die stryd maar selde op daardie gronde gevoer. Dit is moeilik om iemand se subjektiewe bedoeling te bepaal. Iemand het êrens geskryf: „The devil himself knoweth not the mind of man.” Die Carter-kommissie verklaar met verwysing na artikel 138 van die Kanadese Inkomstebelastingwet, wat die teenhanger is van ons artikel 103:

„An investigation into the subjective purpose behind a business transaction or series of transactions is at least a highly speculative undertaking.”¹¹

Die gewone benadering is om die ontleding te rig op die vraag of enige nie-belastingoorwegings of -funksies die betrokke handeling kan verklaar. Daar word gevra of iemand in die belastingpligtige se posisie op redelike gronde kan glo dat ’n beweerde nie-belastingoogmerk deur die handeling gedien sou word. Daar word maar selde aandag gegee aan die vraag of die belastingpligtige self inderdaad ’n nie-belastingoogmerk met die transaksie in gedagte gehad het. In ’n artikel oor die belastingreg van die VSA verklaar Walter Blum in dié verband:

„A broad sampling of cases and administrative pronouncements under our income tax indicates that, as they are expressed, the rules embodying a state of mind test almost always seem to refer to the thoughts of a particular actor. The fact is that statements of the rules do not contain an explicit reference to

¹⁰DM Stewart „The Prohibition of Tax Avoidance: An Evaluation of s 103 of the SA Income Tax Act” *CILSA* vol III n^o 2 Julie 1970 168.

¹¹a w vol 3 569.

a typical taxpayer—thus leaving the impression that it is the thoughts of the particular individual which count.”¹²

’n Studie van ons eie belastingsake toon ook aan dat die hipotetiese, redelike man gewoonlik êrens op die toneel is. Hierdie feit blyk weer duidelik uit die onlangse saak *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert*.¹³ In die spesiale hof verklaar regter Hill soos volg:

„We also agree with the submission that it would be unreasonable to suppose that three professional men, each earning in excess of R30 000 per annum, would have regarded one year’s tax saving of R1 456 as a prime motive for changing their partnership into a company with all the attendant costs.”¹⁴

Hierdie aanhaling vestig ook die aandag op ’n ander swakheid of gebrek van die onderhawige toets. Artikel 103 verwys na die „enigste of een van die hoofogmerke van die transaksie.” Dit bring mee dat die relatiewe belangrikheid van verskeie oogmerke teen mekaar afgeweg moet word. Die vraag ontstaan of by die afweging van oogmerke rekening gehou moet word met die geldwaarde van sowel die belastingvoordeel as die ander voordele van die transaksie of skema. Sekerlik ja, maar die probleem is dat terwyl die belastingvoordeel gewoonlik maklik gekwantifiseer kan word, dit nie die geval met ander oorwegings is nie. Gewoonlik word dan ook gevind dat die belastingvoordeel gekwantifiseer word, terwyl geen poging aangewend word om ’n geldwaarde op die *nie*-belastingvoordele van ’n skema te plaas nie. Die gevolg is dat die beslissing rakende die hoofogmerk van ’n transaksie sterk beïnvloed word deur die omvang van die belastingbesparing. Dit het bv in die *Geustyn*-saak gebeur, soos blyk uit die woorde van regter Hill wat hierbo aangehaal is. In hierdie saak het die belastingpligtiges daarin geslaag om die hof te oortuig dat hul enigste of een van hul hoofogmerke met die omskepping van die vennootskap tot maatskappy nie die vermyding van belasting was nie. ’n Mens wonder wat die uitslag sou gewees het indien die verhouding van belastingbesparing tot jaarlikse inkomste toevallig aansienlik hoër was. Sou dit as blote toeval aanvaar gewees het of sou die beslissing teen die belastingpligtiges gegaan het?

Tensy die belastingpligtige se eie bewering omtrent sy oogmerke met ’n bepaalde skema aanvaar word, moet sy bedoeling uit die omringende omstandighede afgelei word. Hierdie feit kan nie ontken word nie. Daar kan egter ewe min ontken word dat ’n toets wat met verwysing na doel of oogmerk geformuleer is, tot regsonsekerheid lei. Met verwysing na artikel 260 van die Australiese Inkomstebelasting-

¹²Blum WJ „Motive, Intent and Purpose in Federal Income Taxation”—1967 *The University of Chicago Law Review* 485.

¹³*supra*.

¹⁴Soos aangehaal op bl 575 van die Appèlhofverslag.

wet, wat min of meer die teenhanger is van ons artikel 103, verklaar Trebilock:¹⁵

„The subjective nature of the notion of tax avoidance as the object of a general prohibition in s 260 has inevitably led to the result that the section in its operation lacks one element which is socially and commercially essential in a taxing statute: certainty.”

Dit is sekerlik ook waar ten opsigte van ons artikel 103 en veral as gevolg van die feit dat die subjektiewe toets wat in artikel 103 vervat is, in die praktyk onregstreeks tot objektiewe norm omvorm word. Die belastingpligtige mag in die posisie verkeer dat hy 'n skema wil aangaan suiwer op grond van besigheidsoorwegings; omdat die skema bloot toevallig ook belastingvoordele inhou, loop hy gevaar dat sy skema ingevolge artikel 103 aangeveg mag word, in welke geval sy subjektiewe bedoeling bepaal gaan word met verwysing na wat redelikerwys die bedoeling van enige persoon in dergelyke omstandighede sou wees. Weliswaar moet die skema ook aan die vereiste van abnormaliteit voldoen voordat dit aangeveg kan word, maar ongelukkig is hierdie vereiste self verantwoordelik vir 'n groot mate van onsekerheid. Dit wil voorkom asof artikel 103 'n teenstrydigheid bevat vir sover die vraag of uiterste voorwaardes beding is, beantwoord moet word met inagneming van die omstandighede waaronder die transaksie aangegaan is.^{15a}

Die onsekerheid wat artikel 103 meebring word vererger deur die feit dat dit etlike jare mag duur voordat finale uitsluitel verkry word. Intussen is die belastingpligtige nie alleen onseker wat betref sy uiteindelijke belastingaanspreeklikheid nie maar ook wat betref die toekoms van sy onderneming. Die *Geustyn*-saak kan hier weer as voorbeeld geneem word. Die maatskappy is op 25 Mei 1966 geïnkorporeer en finale uitsluitel met betrekking tot belastingaanspreeklikheid is eers op 15 Mei 1971 (dus 5 jaar later) verkry.

Gesien van die kant van die sekretaris is die posisie ook nie baie bevredigend nie. Soos die Franzsen-kommissie tereg aangetoon het,¹⁶ kan die stigting van baie privaatmaatskappye aan blote belastingvermydingspraktyke toegeskryf word. Vanweë die onsekerheid wat die subjektiewe toets meebring, moet die meeste gevalle as twyfelagtig of as grensgevalle beskou word. Dit lyk dan ook asof die sekretaris om hierdie rede huiwerig is om artikel 103 toe te pas.

Die Minister van Finansies het vroeër vanjaar in sy begrotingsrede verklaar dat hy die aanbeveling van die Franzsen-kommissie dat

¹⁵MJ Trebilock „Section 260: A Critical Examination” 38 *ALJ* 237 247.

^{15a}Sien 1971 *THRHR* 408 vir 'n vollediger bespreking van hierdie aspek.

¹⁶*Belasting in Suid-Afrika. Eerste Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Fiskale en Monetêre Beleid in Suid-Afrika* par 63.

die onderskeid tussen publieke en private maatskappye afgeskaf word, nie kan aanvaar nie. Aanvaarding van hierdie aanbeveling sou onder andere meebring dat aan 'n privaatmaatskappy 'n terugploeging van 25% ten opsigte van dividend-ontvangstes toegelaat moet word. Die minister was egter bevrees dat hoewel dit vereenvoudiging sou meebring, die aanbeveling belastingvermyding kon vergemaklik. Die groter belegger kan sy aandeelbeleggings deur 'n private maatskappy hou en 25% van sy dividende in daardie maatskappy oppot sonder dat belasting daarop betaal word, het hy gesê. Nou ontstaan die vraag dadelik waarom so 'n belangrike aanbeveling dan deur die mat moet val terwyl ons tog artikel 103 het om belastingvermyding te bekamp. Die antwoord is eenvoudig dat artikel 103 in sy huidige vorm oneffektief is en nie in sy doel slaag nie.

Die ervaring in die VSA met algemene anti-vermydingsmaatreëls wat, soos ons eie, op hoofogmerk steun, weerspieël ook die gebreke van ons artikel 103. Blum som die posisie in die VSA soos volg op:

„The results under these . . . rules often are very likely to turn on a combination of the point that in 'close' situations there is a tendency to regard the test as calling for an overall impressionistic judgment, and of the point that the taxpayer by and large is in command of telling the story and creating evidence for the record. The taxpayer can be expected to testify that his action was associated with a purpose that qualifies for advantageous tax treatment. The argument in opposition must in most instances rest heavily on inferences drawn from the action itself or from weaknesses detected in the taxpayer's assertions. With affairs in this posture, a strong showing of qualifying purpose will often carry the day for the taxpayer—even though an uncovering of all the facts would have revealed another purpose as primary. Thus, a primary purpose test frequently turns into a significant purpose test, with the taxpayer in control of the presentation.”¹⁷

Ook in Kanada, Nieu-Seeland en Australië waar wetgewing soortgelyk aan ons artikel 103 bestaan, skyn die algemene gevoel te wees dat nóg die belastingpligtiges nóg die belastinggaarders gelukkig voel oor die rol wat doel of motief in sulke bepalings speel.

Die Carter-kommissie noem 'n hele aantal probleme wat kan ontstaan by die toepassing van artikel 138 van die Kanadese *Income Tax Act* (wat die teenhanger is van ons artikel 103) en sê oa die volgende:

„Another question that emerges from this provision is how the Treasury Board is to determine whether one of the main purposes of a transaction was the improper avoidance or reduction of taxes. An investigation into the subjective purposes lying behind a business transaction or series of transactions is at least a highly speculative undertaking.

„Section 138 may be open to the criticism that it violates the most fundamental common law concept regarding taxation—that taxing legislation must impose

¹⁷a w 526.

a tax in clear and unambiguous language and the tax-payer is free from taxation unless he comes within the letter of the law. . . . Businessmen object to this type of legislation because it interferes with business planning and management. Indeed it has been said that 'it casts a continuing cloud on legitimate transactions and prevents finality;' 'put in the hands of a vindictive administration . . . it could be used vindictively;' it is 'pure autocracy' to make a man pay taxes when he is not within the law."¹⁸

Die Ross-komitee van Nieu-Seeland verklaar met verwysing na artikel 108 van die *Land and Income Tax Act* 1954:

„As presently worded the section is capable of a wide interpretation. It has been left to the courts to place some restrictions on its application, which they have done. However . . . doubt remains as to the exact scope of the section. This leads to uncertainty in the minds of taxpayers and their advisers . . .”¹⁹

Artikel 32 van die *Finance Act* 1951 (VK) het 'n algemene bepaling met betrekking tot vermyding van winsbelasting bevat wat die Kommissaris gemagtig het om 'n aansuiwering te maak indien hy van mening is dat die hoofogmerk of een van die hoofogmerke van 'n transaksie die vermyding van belasting was. Anders as in ons artikel 103 het die wetgewer in subartikel (3) voorgeskryf hoe bedoeling of motief vasgestel moet word. Om hierdie rede het die *United Kingdom Royal Commission on Taxation of Profits and Income* (1955) sy goedkeuring aan hierdie artikel geheg.²⁰

Hierdie artikel is herroep met die afskaffing van die winsbelasting in 1965. Die neiging bestaan vandag egter nog in die Verenigde Koninkryk om in anti-vermydingsmaatreëls te streef na die formulering van objektiewe toets.²¹

Soos hierbo aangetoon is, word die subjektiewe toets van ons artikel 103 en soortgelyke wetgewing in die VSA, Kanada, Australië en Nieu-Seeland in die praktyk tot objektiewe maatstaf omvorm. Die voordeel van die Britse benadering is egter dat die belastingpligtige se eie bewering met betrekking tot sy motief geen rol speel nie, terwyl die belastingpligtige vooraf weet dat hy deur die bepaling getref gaan word indien sekere gespesifiseerde omstandighede aanwesig is. Beide hierdie faktore dra by tot groter regsekerheid.

Belastingvermyding is eweseer as regsonsekerheid 'n faktor wat bydra tot 'n swak belastingmoraal. Alle belastingpligtiges is nie in 'n posisie om van belastingvermydingskemas gebruik te maak nie. Indien sommige belastingpligtiges toegelaat word om vryelik van sulke kemas gebruik te maak terwyl andere dit nie kan doen nie, moet die

¹⁸a w vol 3 569-570.

¹⁹a w par 662.

²⁰*Final Report* Cmd 9474 Londen HMSO.

²¹Sien *infra*.

belastingmoraal daaronder ly en wel tot so 'n mate dat belastingontduiking nie sal uitbly nie. Dit is soveel te meer die geval omdat die minder-bevoorregte belastingpligtige ook nog moet help om die belasting by te bring wat deur die begunstigde belastingpligtige vermy word. Die vrywillige samewerking van die belastingpligtiges is 'n noodsaaklike vereiste vir effektiewe belastingadministrasie. Hierdie samewerking moet positief aangemoedig word terwyl steeds gewaak moet word teen ontmoediging daarvan deur regsonsekerheid en onbillikheid. Tereg verklaar die Kanadese Minister van Finansies:

„To be acceptable to all citizens a tax system must have as few loopholes as possible. Voluntary compliance cannot be maintained if it is apparent that special groups of taxpayers are able to avoid paying their fair share of the tax burden.”²²

Terwyl maatreëls om vermyding van belasting te bekamp as onvermydelike euwel aanvaar moet word, moet terselfdertyd gewaak word teen wetgewing wat in sy praktiese toepassing tot onsekerheid en onbillikheid kan lei. Reëls moet so ingeklee word dat subjektiewe maatstawwe geen of 'n baie geringe rol speel. In dié verband kan na die *Income and Corporation Taxes Act 1970* van die Verenigde Koninkryk verwys word. Die aangeleentheid met betrekking tot belastingvermyding word in 37 artikels (vier hoofstukke) gereël, nl artikels 460 tot 496. Die opvallendste kenmerk van hierdie bepaling is die breedvoerige wyse waarop die hele aangeleentheid gereël word, klaarblyklik met die doel om die reëls tot groot mate objektief te maak. Daar is weliswaar etlike artikels wat na die oogmerk van die belastingpligtige verwys maar die omstandighede waarin die betrokke reëls toegepas kan word, word breedvoerig beskryf. Daar is ook artikels wat suiwer objektief ingeklee is, soos artikels 483 en 484 wat die teenhanger is van ons artikel 103 subartikel (2) en wat teen die aanwending van 'n vasgestelde verlies van 'n maatskappy om belasting te vermy, gemik is. Ons artikel 103(2) vind toepassing waar 'n verandering in aandelebesit teweeggebring is uitsluitlik of hoofsaaklik met die oogmerk om 'n vasgestelde verlies aan te wend ter vermindering van belastingaanspreeklikheid. Artikel 483 van die Britse wet vind toepassing waar in duidelik omskrewe omstandighede 'n verandering in aandelebesit plaasgevind het. Daar is geen verwysing na die doel van die transaksie nie. Hierdie benadering hou sekerlik ook nadele in, maar vanweë die groter sekerheid wat dit meebring, is dit te verkies bo 'n subjektiewe benadering. Artikel 7 van ons Inkomstebelastingwet, wat die omstandighede waarin die inkomste van een persoon geag word dié van 'n ander persoon te wees, omskryf, is 'n voorbeeld van 'n spesifieke bepaling ter bekamping van belastingvermyding wat in die praktyk goed werk. Die Britse benadering, ook in daardie gevalle

²²a w 3.

waar na bedoeling verwys word, verteenwoordig 'n middeweg tussen spesifieke en algemene maatreëls ter bekamping van belastingvermyding en is 'n rigting wat met vrug ondersoek kan word.

BEDOELING EN DIE KLASSIFIKASIE VAN WINSTE

Die tweede aspek wat hier behandel word, het betrekking op die onderskeiding tussen kapitaal en inkomste. Wat die klassifikasie van winste betref, maak die Inkomstebelastingwet geen melding van die bedoeling van die belastingpligtige nie. In die omskrywing van bruto inkomste in artikel 1 word ontvangste of toevallings van 'n kapitale aard van bruto inkomste en dus ook van belasbare inkomste uitgesluit. Op sterkte hiervan en in navolging van die Engelse reg, het ons houe gaan onderskei tussen sogenaamde bedryfwinste wat belasbaar is en kapitaalwinste wat ontvangste of toevallings van 'n kapitale aard verteenwoordig en dus nie belasbaar is nie.

Die onderskeiding tussen bedryfwinste en kapitaalwinste bring mee dat na die doel van 'n transaksie gekyk moet word om die aard van die wins wat daaruit voortspruit, vas te stel. Anders gestel, indien 'n bate gekoop word met die doel om dit teen 'n wins te verkoop, dan is die wins wat by verkoop gerealiseer word van 'n inkomste-aard en belasbaar. Word die bate gekoop met die doel om dit as belegging te hou, dan is die wins wat by 'n latere verkoop daarvan ontstaan, van 'n kapitale aard en nie belasbaar nie.

'n Ontleding van beslissings laat oorvloediglik blyk dat die bedoeling waarmee 'n bate verkry is, vasgestel moet word deur al die omringende omstandighede van die geval in aanmerking te neem, d w s daar word na eksterne faktore gekyk. Faktore wat dikwels genoem word, is o a die wyse waarop die bate verkry en verkoop is; die tydperk wat die bate gehou is; die kontinuïteit van aktiwiteite; die aard van die belastingpligtige se werk of beroep; en die wyse waarop die transaksie gefinansier is. Soms word daar nie in die sake na bedoeling verwys nie, maar word gekyk na die aard van die bate wat gekoop en verkoop is. Is dit 'n vaste of kapitaalbate, is die wins op verkoop 'n kapitaalwins; is dit 'n bedryfs- of vlottende bate, is die wins op verkoop 'n bedryfswins. Daar word maklik uit die oog verloor dat dit hier ook maar om bedoeling gaan, want die vraag of 'n bate 'n vaste of vlottende bate is, kan net beantwoord word met verwysing na die bedoeling waarmee die bate gehou word.

Daar is waarskynlik geen reël in die belastingreg wat soveel regsonsekerheid meebring as juis hierdie onderskeiding tussen belasbare en nie-belasbare winste nie. Dit is dus jammer dat die reël ooit in ons belastingreg ingesluip het, veral ook omdat dit belastingvermyding in die hand werk.

Die probleem met betrekking tot bedoeling is hier nog veel moeiliker as in die geval van artikel 103, waar die wetgewer tog in 'n mate 'n aanduiding gee van die soort transaksies of handelinge wat aangeveg kan word. Die volgende is maar enkele van die probleme wat met die toepassing van die onderhawige reël ondervind word.

Dit gebeur dikwels dat meer as een oorweging geld by die verkryging van 'n bate. Die bate word verkry met die doel om dit as belegging te hou maar met die verdere oorweging om dit te verkoop indien 'n goeie wins gerealiseer kan word. Waar sulke gevalle voor die howe gekom het, is gekyk na die hoof- of dominante doel, wat dan beslissend was. Soos by artikel 103 moet hier dan ook 'n afweging van oogmerke plaasvind met gevolglike onduidelikheid en onsekerheid.

Die probleem word nog moeiliker waar daar 'n dubbele oogmerk is en geeneen as die hoofdoel uitgewys kan word nie.

'n Baie lastige situasie ontstaan waar daar 'n verandering van bedoeling plaasvind. Die howe het die houding ingeneem dat die bedoeling waarmee 'n bate verkry is, nie noodwendig beslissend hoef te wees nie; die bedoeling om 'n bate as belegging te hou kan verander sodat die bate as bedryfsbate gehou word of omgekeerd. Wil 'n mens hierdie standpunt tot sy logiese konsekwensie deurvoer, moet jy tot die gevolgtrekking kom dat 'n logiese onderskeiding tussen 'n kapitaalwins en 'n bedryfswins op grond van bedoeling onbestaanbaar is: met ander woorde, daar bestaan nie iets soos 'n kapitaalwins nie. Dit is immers onmoontlik om 'n bate teen 'n wins te verkoop sonder om 'n voorafgaande bedoeling te hê om dit teen 'n wins te verkoop. Indien die howe se antwoord hierop is (soos dit skyn te wees) dat

„ . . . the legislature could not have intended that the taxpayer must exclude the slightest contemplation of a profitable resale . . . ”²³

dan plaas dit die toets selfs onder nog groter verdenking.

As 'n mens die groot aantal beslissings in verband met die onderskeiding tussen kapitaal en inkomste bestudeer, is dit opvallend hoe die beslissing in een geval teen die belastingpligtige en in 'n ander, feitlik identiese geval, ten gunste van die belastingpligtige gaan. 'n Onderskeiding wat op sulke vae gronde berus, moet noodwendig tot onbillikheid lei.

In die lig van die onsekerheid en onbillikheid wat hierdie onderskeiding meebring, ontstaan die vraag of dit dan inderdaad nodig of selfs moontlik is om vir belastingdoeleindes tussen verskillende soorte winste te onderskei. Dit is nie nou die regte geleentheid om op al die argumente teen en vir die insluiting van sogenaamde kapitaalwinste

²³*CoT v Levy* 1952 2 SA 413 (A), 18 SATC 96.

in die belastingbasis in te gaan nie. Daar word dus volstaan met enkele opmerkings in dié verband.

Die redes wat gewoonlik aangevoer word waarom sogenaamde kapitaalwinste nie belas behoort te word nie, is van twyfelagtige aard. Die meeste argumente hou verband met die rol van inflasie en die instandhouding van kapitaal. Teenstanders van 'n breë basis wat alle winste insluit, beklemtoon die instandhouding van kapitaal sover dit goed en geld betref maar vergeet gerieflikheidshalwe—of miskien spreek hulle in onkunde—dat die mens, die werker-salaristrekker self ook, in sy opleiding en opvoeding 'n kapitaalbelegging verteenwoordig wat aan depresiasie onderworpe is. Nogtans word sy hele wins (salaris of loon) belas sonder voorsiening vir kapitaal-depresiasie.

Die Carter-kommissie het 'n breë basis, wat alle winste insluit, vir Kanada aanbeveel. In 'n witskrif oor die verslag verklaar die Kanadese Minister van Finansies:

„The government does not 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.”²⁴

Die feit dat nie alle winste belas word nie bring mee dat sommige mense ryk word uit onbelaste winste terwyl ander hoër belasting moet betaal om te vergoed vir die belasting wat op kapitaalwinste prysgegee word. Dit is moeilik om te bepaal wat die omvang van die belasting is wat op kapitaalwinste prysgegee word. Die Franzsen-kommissie noem die volgende kapitaalwinste op sekere transaksies wat in die voorafgaande 3 jaar gerealiseer is: R13 miljoen, R4 miljoen, R275 000, R1,6 miljoen, R2 miljoen, R560 000.²⁵

Belasting van alle winste ongeag hul aard sal nie alleen die onduidelikheid en regsonsekerheid uit die weg ruim nie, maar ook groter billikheid en daarmee 'n gesonder belastingmoraal meebring. Die Kanadese Minister van Finansies verklaar heeltemal tereg:

„A tax system must distribute the tax burden in an equitable manner, based upon ability to pay. Furthermore, it must not only be fair, it must be seen to be fair.”²⁶

BEDOELING EN DIE KLASSIFIKASIE VAN UITGAWES

Die algemene aftrekkingsformule wat in artikel 11 van die Inkomstebelastingwet vervat is, belet die aftrekking van uitgawes van 'n kapitale aard; die onderskeiding tussen kapitaaluitgawes en inkomsteuitgawes kom hier dus ook ter sprake. Hierdie onderskeiding *kan* en *moet* gemaak word sonder verwysing na die bedoeling waarmee die

²⁴ *Proposals for Tax Reform. Hon EJ Benson, Minister of Finance 1969 36.*

²⁵ a w par 237.

²⁶ a w 3.

uitgawe aangegaan is. Ongelukkig het ons howe ook hier bedoeling as onderskeidingsnorm gaan neem en selfs sover gegaan as om kapitaaluitgawes en vaste bates gelyk te stel. As onthou word, soos hierbo reeds opgemerk is, dat bedoeling eers ter sprake kom wanneer tussen vaste bates en bedryfsbates onderskei moet word, dan kan die Babelse verwarring wat hier bestaan, begryp word. Die blaam vir die wanopvatting en begripsverwarring wat in dié verband bestaan, moet in die eerste instansie aan die deur van rekenmeesters en veral Engelse skrywers oor die rekeningkunde gelê word.

Enige inkomstebelasting moet noodwendig onderskei tussen verbruik en uitgawes aangegaan in die produksie van belasbare inkomste, en hier kom die doel waarvoor 'n uitgawe aangegaan is wel ter sprake. Hierdie onderskeiding lewer egter nie veel probleme in die praktyk nie.

SAMEVATTEND

'n Rationele belastingstelsel vereis dat voortdurend oorweging verleen word aan die vraag of, en indien wel, in watter mate, doel en motief van belang is in die bereiking van sy doelstellings.

Vanweë praktiese oorwegings maak ons belastingreg soms gebruik van begrippe en verhoudings van ander regsgebiede indien en tot die mate waarin belastingbeleid dit toelaat. Wanneer geleende beginsels verwysing na doel en motief inhou, vind hierdie begrippe outomaties hul weg na die belastingreg, en moet mens maar daarmee genoë neem.

Bedoeling kan by die onderskeiding tussen kapitaaluitgawes en inkomste-uitgawes geen rol speel nie. Die onderskeiding is in hierdie geval 'n funksie van tyd. Die onsekerheid en onduidelikheid wat in dié verband bestaan, is te wyte aan wanopvattinge en begripsverwarring.

Wat betref maatreëls ter bekamping van belastingvermyding moet aanvaar word dat nie heeltemal met doel en motief weggedoen kan word nie. Die strewe behoort egter te wees om sover moontlik met objektiewe toetse te werk en wel op die wyse soos hierbo aangedui is. Verder kan die neiging tot belastingvermyding ontmoedig word deur belastingkoerse so laag moontlik te hou, die maksimum marginale skaal vir individue so na moontlik aan die maatskappyskaal te bring, die belastingstelsel so billik moontlik te maak en 'n gesonde belastingmoraal positief te bevorder.

Die probleme in verband met die klassifikasie van winste kan heeltemal uitgeskakel word deur die belastingbasis te verbreed sodat dit alle winste insluit. Daarmee sal ook veel bereik kan word met betrekking tot billikheid, 'n gesonde belastingmoraal en belastingvermyding. Ontbering en onbillikhede kan vermy word deur vir die nodige vrystellings en deurskuiffasiliteite voorsiening te maak.

SUMMARY

Purpose and motive of the taxpayer in tax law

The application of many of the substantive rules of our tax law concerning the classification of actions or transactions of a taxpayer calls for an inquiry into somebody's state of mind. Our present income tax law does not satisfy two generally accepted requirements of a good tax system, *viz* certainty and fairness; and the greatest single factor which is responsible for this state of affairs is the role played by state of mind in our tax law. There is in tax legislation an increasing tendency to formulate rules in terms of purpose or object as appears from a comparison between the 1941 Income Tax Act (31 of 1941) and the 1962 act (58 of 1962). While the 1941 act used words such as "for the purpose of," "specific purpose," etc, in only a few instances, such terms appear very frequently in the 1962 act. Besides the many instances where the act specifically refers to purpose or object, there are in addition those cases where our courts in classifying actions or transactions take into account the state of mind of the taxpayer although the act does not specifically refer to object or purpose. Outstanding examples are to be found in the interpretation of the words "of a capital nature" in sections 1 and 11 of the Income Tax Act. The formulation of tax rules which refer to the state of mind of the taxpayer result in uncertainty, inequity and a poor tax morale. This fact appears quite clearly from a study of the practical application of section 103 of the Income Tax Act and the common law rule relating to the distinction between capital and revenue. □

"I think it would be clearly wrong to appoint as a . . . judge of first instance a man who, however eminent, did not have long experience of conducting cases in court. But when it comes to a Court of Appeal we might try the experiment of appointing a first-rate lawyer who did not have that experience, but who was sensible and broad minded. I have known personally one or two academic lawyers who would be welcome members of any appeal court."

Lord Reid *The Judge As Law Maker*
12 *Journal of the Society of Public*
Teachers of Law 22 23 (January 1972)

Arma et leges

*Die Justiniaanse wetgewing in die kader van sy eie tyd**

R Dannenbring

Universiteit van Suid-Afrika

Soos uit die onderwerp van my rede blyk, gaan ons nou 'n gebied betree wat die regs wetenskaplike Romanistiek naas die dogmatiek van die Romeinse privaatreg bestudeer: die Romeinse regsgeskiedenis. Studie en onderrig van die Romeinse regsgeskiedenis vervul 'n dubbele taak: dit beeld die lotgevalle van die Romeinse staat uit as die agtergrond waarteen die Romeinse privaatreg gesien moet word, en dit teken 'n beeld van die ontwikkeling van die Romeinse denke oor die reg soos dit in die regsbronne weerspieël word, waarby die begrip regsbron 'n dubbele betekenis het en sowel in die sin van ontstaans- as kenbron van die reg begryp word.¹

In die middelpunt van my lesing staan ons belangrikste regsbron wat as die *summa* van die antieke regskeppingsvermoë beskou kan word, en wat van die Middeleeue tot op die huidige dag 'n nouliks oorskatbare invloed op die Westerse regskultuur uitgeoefen het.

Na hierdie regsbron word met die versamelbegrip „Justiniaanse wetgewing” verwys. Dit bestaan uit drie kodifikasies of kompilasies, die *Institute*, die *Digesta* of Pandekte, die *Codex* en 'n versameling *Novellae Leges*, en het onder die regering van die Oos-Romeinse keiser Justinianus gedurende die jare 527–565 tot stand gekom. Dit is later in een omvattende uitgawe saamgevat, onder die naam *Corpus Iuris Civilis*, 'n naam wat teruggevoer kan word na die Franse Humanis D Gothofredus (1583).

Ons is almal min of meer vertrouwd met die gevierde Justiniaanse wetgewing, *la più grandiosa opera legislativa che la storia ricordi* - die mees grandiose wetgewende werk waarvan die geskiedenis gewag maak. Hierdie opmerking van Orestano is sekerlik geregtig wanneer ons

*Intreerede gelewer op 26 Augustus 1971 by die formele aanvaarding van 'n leerstoel in die Departement Regsgeskiedenis, Regsvergelyking en Regsfilosofie aan die Universiteit van Suid-Afrika.

¹Vgl M Kaser *Römische Rechtsgeschichte* 2e uitg Göttingen 1967 18.

besin oor die uitmuntende sukses wat die Justiniaanse wetgewende werk by die nageslag te beurt geval het; en, so gesien, regverdig die kodifikasie ook die lof wat die keiser nog vandag allerweë toegeswaai word. In die woorde van Orestano is die keiser *il più secondo e forse il più grande legislatore di ogni tempo* - die vrugbaarste en miskien die grootste wetgewer van alle tye.

Van alle tye - maar met die lof wat die keiser hom, soos ons weet, in die amptelike motiverings van sy wette in 'n groot mate ook self toeswaai, stem die tydgenootlike nie-juridiese literatuur soos verteenwoordig deur veral Procopius van Caesaraea, maar ook deur Johannes Lydos of Agathias, om net hierdie voorbeelde te noem, glad nie saam nie. Die groot Justiniaanse wetgewing, altans die vir ons belangrikste gedeelte, die kodifikasie, word feitlik orals met stilswye oor die hoof gesien.² Hoe moet ons hierdie opvallende verskynsel verklaar? Waarom het die kodifikasie - in ieder geval die versameling van die geskrifte van die juriste - so min eggo uitgelok, van byval nie eers gepraat nie?

Ons poog vervolgens om hierdie vrae te beantwoord, of altans 'n bydrae tot hulle beantwoording te lewer, deur na die Justiniaanse wetgewing in die kader van sy eie tyd te kyk.

Soos te verwagte het Romaniste hul aandag reeds tevore op die feit toegespits dat die nie-regswetenskaplike literatuur gedurende die tydperk van Justinianus die stilswye bewaar oor 'n kodifikasie wat ons gewoond is om met die byvoeglike naamwoord „groot” te kenskets. Onder die meer resente menings word dié aangetref dat die *Codex* as 'n versameling van keiserlike wette van Hadrianus tot Justinianus se tyd wel aan die praktiese tendense van die regs-kodifikasie voldoen het maar dat die *Digesta* beskou moet word as 'n mislukte poging om die geskrifte van die juriste vir die praktyk makliker hanteerbaar te maak. Heel moontlik is die totstandkoming van die *Digesta* primêr nie aan regspolitiese oorwegings te danke nie, maar eerder aan die algemene politieke patos van die Justiniaanse regering wat met die monumentale samevatting van die juristereg uitdrukking kon verleen aan sy strewe om die heerlikheid van die *imperium Romanum* te herstel.³

Hieruit volg dat die swaartepunte van die Justiniaanse wetgewing nie gesoek moet word waar ons dit graag wil sien wanneer ons van die *Digesta* as die „regskulturele hartstuk” van die kodifikasie (Wieacker) praat nie. Klaarblyklik was hierdie opvatting in Justinianus

²Sien by F Wieacker *Vom römischen Recht* 2e uitg Stuttgart 1961 246. G Rotondi „La codificazione giustiniana attraverso le fonti extragiuridiche” in: *Scritti giuridici* Pavia 1922 I, was vir my nie toeganklik nie.

³D Nörr „Zu den geistigen und sozialen Grundlagen der spätantiken Kodifikationsbewegung” *SZ* 80 (1963) 135-6.

se eie tyd nie die oorheersende nie. Die swaartepunte van die Justiniaanse wetgewing lê op 'n ander gebied vir sover dit sy betekenis in die kader van sy eie tyd betref.

Hierdie gedagte kom reeds by die mees resente studies soos dié onderneem deur GG Archi in die prent, wat die probleme hieraan verbonde in 'n reeks opstelle onder die opskrif *Giustiniano legislatore* behandel, een waarvan kenmerkend „Giustiniano uomo del suo tempo” - Justinianus man van sy eie tyd - getitel is.⁴

Maar ook Archi se betoog wentel feitlik uitsluitlik om die kodifikasie, en kan nouliks as 'n poging gesien word om die Justiniaanse wetgewing in sy geheel te sien.

Die kenner van die moeilikhede wat 'n dergelike poging, spruitende uit die kompleksiteit van die Justiniaanse wetgewing, oplewer, sal geensins daarvoor verbaas wees nie. Ook my huidige betoog kan onmoontlik 'n afgeronde, volkleurige geheelbeeld lewer. Veeleer sal vervolgens gepoog word om die Justiniaanse wetgewing vanuit 'n nuwe metodiese oogpunt te sien. Hierdie metode volg uit die feit dat die nie-juridiese skrywers van Justinianus se tyd weliswaar die kodifikasie oor die hoof sien, maar andersyds tog van die Justiniaanse wetgewing krities kennis neem, alhoewel op gebiede waar nypende sosiale, ekonomiese en religieuse probleme van die tyd 'n belangrike rol in die wetgewing gespeel het. Die behandeling van sulke probleme deur die wetgewer verwys ons egter nie na die kodifikasie nie - miskien met uitsondering van die *Codex*: Wil ons die opmerkings oor die wetgewing wat ons in die tydgenootlike nie-regswetenskaplike literatuur aantref, vir die huidige onderwerp vrugbaar maak, moet ons die soeklig nie meer soseer op die kodifikasie laat val nie, maar in plaas daarvan op die *Novellae Leges*, die laaste deel van die *CIC*, wat ná die kodifikasie die lig gesien het.

Juis hierdie *Novellae Leges* word dikwels buite die grense van die regshistoriese beskouing gelaat omdat die materiaal wat daarin versamel is die belangstelling van die regshistorikus vanuit die dogmatiese-teoretiese oogpunt baie minder prikkel as veral die *Digesta*.⁵ Heel anders is die posisie van die algemene historikus, die Bisantinis. Vir hom beteken die *Novellae* by uitstek die bron waarna hy by die beskrywing van die geskiedenis van die Justiniaanse tydperk verwys.⁶ Ook die Romanis moet hom egter baie meer bewus maak van wat die tendense van die Justiniaanse regering eintlik was, en - om dit kortliks so te stel - van die feit dat ons hier te doen kry met 'n absolute monargie

⁴GG Archi „Giustiniano legislatore” Bologna 1970 119.

⁵Sien bv N van der Wal *Manuale Novellarum Justiniani* Groningen-Amsterdam 1964 7; Archi (*supra* n 4) 178 204 e v.

⁶bv W Schubart *Justinian and Theodora* München 1943 *passim*.

waarvan die absolutisme gedurig toeneem en wat baie tekens van totalitêre neigings toon, soos ons vandag sou sê.

I

Vervolgens sal ons derhalwe probeer om die Justiniaanse wetgewing te bekyk in die lig van hierdie stelling wat in die opskrif van my lesing deur die bekende topos *arma et leges*, aangedui word. Met hierdie verwysing na wapens en wette, 'n topos wat Justinianus dikwels en veral in die invoerings-konstitusies van sy kodifikasie gebruik, word die een groot behoefte van die laat-antieke tydperk op die voorgrond geplaas: die behoefte, die verlange na veiligheid buite en binne. Dit is nie die taak van die regshistorikus om 'n geskiedkundige tydsanalise te lewer nie, maar tog is dit nodig om kortliks te verwys na die agtergrond in die lig waarvan Justinianus se eie tydperk gesien moet word.

Hierdie agtergrond is gekenmerk deur die geweldige krisis waarin die Romeinse staat gedurende die derde eeu gedompel was, die godskeuring van die derde eeu soos von Lübtow dit genoem het,⁷ die nimmereindigende onsekerheid buite en binne as gevolg van die volksverhuising buite die ryk en van die halfeeu van revolusies tussen die einde van die Severiese dinastie 235 en die troonsbestyging van Diocletianus 284. Hiermee gepaard gaan die aansienlike sosiale en ekonomiese agteruitgang wat op 'n besondere wyse kenmerkend van die laat-antieke tydperk geword het.

Ook die reg word in alle opsigte by hierdie agteruitgang betrek. Die klassieke regswetenskap verdwyn met die prinsipaas, die regspleging verloor sy aansien, die wetgewer probeer tevergeefs om die moeilikhede te bowe te kom. Die realiteite van die lewe is sterker, en naas die politieke onsekerheid brei 'n algemene regsonsekerheid uit. Geen wonder dus nie dat „wapens en wette” gedurende die 4e en 5e eeue die kreet van mense word wat die beveiliging van hul lewens slegs nog in die keiserlike mag kan sien wat in staat behoort te wees om met wapengeweld die deur wette gewaarborgde orde te herstel.⁸

Die wetgewer Justinianus is dan ook nie die eerste wat probeer om die geneesmiddel *arma et leges* aan te wend nie, maar wel die eerste keiser wat daarin slaag om dié doelstelling van die verlede - die beëindiging van die *confusio* van die reg - te bereik deur sy omvattende wetgewing begelei deur die gebruik van sy wapens. Reeds agtien maande na sy troonsbestyging - in 'n tyd van religieuse oproer, van 'n aanval van buite op Sirië en die oorlog met die Persiese ryk - in Februarie 528 neem die opstel van die *Codex* 'n aanvang, en reeds in April

⁷U v Lübtow *Das Römische Volk* Frankfurt (Main) 1955 426.

⁸Nörr (*supra* n 3) 109 ev 136 ev.

529 kondig hy die eerste versameling van keiserlike wette met die volgende belydenis af:

„Die beste waarborg van die staat kom van twee dinge, die wapens en die wette. Deur hulle het die gelukkige geslag van die Romeine (die *felix Romanorum genus*) sy mag bevestig en voorrang bo, en gesag oor, alle volkere verkry, sowel in die verlede as, met die hulp van God, vir alle tye (*in aeternum*). Want die een het altyd op die ander gesteun. Die krygswese staan onder die beskerming van die wette net soos die wette met die hulp van wapens in stand gehou word.”⁹

Hier het ons dan die programmatiese uitlatings van die keiser wat verskeie male in ander konstitusies herhaal word, en, soos ons sal sien, nie bloot ’n retoriese figuur is nie, maar wel deeglik in die praktyk uitgevoer word. Onder Justinianus verkry die topos *arma et leges* ’n eminent praktiese betekenis as die krygstrompet van ’n universalistiese rykspolitiek wat die hele regeringstyd van Justinianus oorheers. Wapens en wette staan onafskeidbaar langs mekaar en weerspieël getrou die realiteite van die lewe onder Justinianus wat met sy sterk persoonlikheid feitlik dwarsdeur die 6e eeu die toon aangee.

Vervolgens sal ons in meer besonderhede ondersoek hoe die programmatiese en propagandistiese uitlatings in die alledaagse lewe verwesenlik is om sodoende ’n indruk te kan kry van wat die plek van die Justiniaanse wetgewing in sy eie tyd was. Dit is in hierdie sin dat ons nou die aandag verder op die bronne sal toespits. Daarby sal ons vooraf moet probeer vasstel wat die opset van die Justiniaanse regering was.

Historici is dit oor die algemeen eens dat die lewenstaak wat die keiser Justinianus hom gestel het, ’n drieledige doel gedien het: Die herstel of hernuwing van die ryk, die *renovatio imperii*, die herstel van die geloofseenheid in die sin van die ortodoksie, en die verkryging van regseenheid.¹⁰ Hierdie drieledige lewenstaak word gewoonlik so gesien dat elkeen van die drie genoemde doelstellings gelykwaardig langs mekaar staan.¹¹ Die vraag wat hom egter hier voordoen, is of hierdie beskouing met die werklike toedrag van sake strook; kan en moet ons nie miskien tog ’n rangorde onder die drie doelstellings vasstel nie? ’n Kort blik op die posisie waarin die ryk ten tyde van Justinianus se troonsbestyging verkeer het, sal in dié verband van nut wees.

⁹c *Summa pr* (529): *Summa rei publicae tuitio de stirpe duarum rerum, armorum atque legum veniens vimque suam exinde muniens felix Romanorum genus omnibus anteponi nationibus omnibusque dominari tam praeteritis effecit temporibus quam deo propitio in aeternum efficiet. istorum etenim alterum alterius auxilio semper viguit, et tam militaris res legibus in tuto collocata est, quam ipsae leges armorum praesidio servatae sunt. . . .*

¹⁰Schubart (*supra* n 6) 76.

Wanneer Justinianus in die jaar 527 die troon bestyg, is die troon van die Wes-Romeinse keiser al meer as 50 jaar onbeset, staan Italië reeds amper 30 jaar onder die bestuur van die Oos-Gote, en is die Noord-Afrikaanse kus reeds amper 'n eeu deur die Vandale beset. Die orige gedeeltes van die Wesryk, die provinsies wat in die huidige Spanje en Frankryk geleë is, staan onder die bewind van die Wes-Gote en Franke. Klaarblyklik moet die herstel van die *imperium* derhalwe 'n westelike rigting neem. Die affloop bevestig hierdie tese: in 533-534 word die suksesvolle oorlog teen die Vandale gevoer; die oorlog teen die Gote in Italië begin reeds in 535 en duur, met onderbrekings, 'n volle twintig jaar. Sonder twyfel tree die keiser as aanvaller op, en dit blyk duidelik dat hy dié aanvalsoorloë reeds vroeg, nog onder die regering van sy oom Justinus, beplan het.¹²

Die voer van aanvalsoorloë vereis vanselfsprekend dat die oorlogvoerende na die beste van sy vermoë sy rug vry moet hou, nie net van buitelandse vyande nie maar ook binnelands. Justinianus bereik hierdie doel deur in 532 vrede met Persië te sluit, en deur 'n binnelandse beleid wat sowel die administratiewe as die kerklike orde in stand moet help hou. Hoofsaaklik een staatkundige middel is tot sy beskikking om lg doelstellings te verwesenlik, die wetgewing. Van hierdie middel maak die keiser ook taamlik vroegtydig gebruik; daar kan aanvaar word dat hy die voorbereiding van sy omvattende wetgewing net so vroeg beplan het as sy aanvalsoorloë teen die Germane in Afrika en Italië.¹³

Die gevolgtrekking wat hieruit te maak is, is dat die buitelandse aangeleenthede op die voorgrond van die Justiniaanse politiek staan, en dat al sy ander bedrywighede net dié een doel moet dien.

Hoe die keiser die wetgewing ter bereiking van sy so pas gesketste doelstellings probeer inspan het, sal uit die volgende bespreking blyk wat om die reeds aangetoonde redes van die *Novellae Leges* sal uitgaan. Ongelukkig is dit onmoontlik om die omvangryke keiserlike wetgewing soos vervat in die *Novellae* binne die bestek van hierdie lesing in sy geheel in oënskou te neem. Ons sal genoeë daarmee moet neem om sommige hooflyne te trek deur na net twee voorbeelde te verwys, die administrasie aan die een kant, en die uitwerking van die wetgewing op die onderdane, altans 'n sekere klas van onderdane, aan die ander. Die keuse van hierdie voorbeelde is na aanleiding van die nie-juridiese literatuur gemaak, waarvan ons vir ons huidige doel ook maar net in 'n beperkte omvang gebruik kan maak. Verwysings sal

¹¹Sien bv Kaser (*supra* n 1) 241.

¹²Vgl Schubart (*supra* n 6) 75; sien verder G Ostrogorsky *Geschichte des Byzantinischen Staates* München 1952 58.

¹³Archi (*supra* n 4) 186-7.

dus slegs na die vernaamste historikus van die onderhawige tydperk en tydgenoot van Justinianus, Procopius van Caesaraea, wees.

II

Met die inwerkingtreding van die derde deel van die *CIC*, die *Codex Repetitae Praelectionis*, op 29 Desember 534 is die omvattende kodifikasie van die Romeinse reg wat aan die begin van Justinianus se werksaamhede as wetgewer staan, voltooi. Die wetgewer sit egter na die bereiking van hierdie doel nie terug nie; intendeel, die wetgewing gaan ooreenkomstig die aankondiging in die *c Cordi* onverpoos voort. Die keiser laat hom soos volg uit:

„Dit moet vir niemand twyfelagtig wees dat, indien later iets beters gevind word, wat noodwendig in die vorm van 'n wet gebring moet word, dit by wyse van wetgewing deur ons bepaal en aan 'n ander versameling toegewys sal word wat onder die naam nuwe konstitusies bekend sal staan.”¹⁴

Reeds gedurende die volgende jaar 535 word weer 'n groot aantal wette uitgevaardig waarvan ons *Nov 8* van 15 April 535 nader in oënskou sal neem omdat dié wet meer lig op Justinianus se verklaarde beleid kan werp.

1 Die onderwerp van hierdie omvangryke *Novella* en die bylaes daarvan is administratiefregtelik van aard; dit gaan oor die suiwering van die administrasie van allerlei misbruike, veral deur voorsiening te maak vir maatreëls teen die gewoonte dat aanstellings in die staatsdiens gekoop en verkoop word, dus teen die sg *suffragium*.

Die *praefatio* beklemtoon inleidend, soos gewoonlik, die buitengewone sorg wat die keiser vir sy onderdane aan die dag lê. Al die dae en nagte, so word verklaar, bring die keiser met sorg en nagwagte deur om iets wat nuttig mag wees, en God mag welgeval, ten behoeve van die onderdane teweeg te bring. Voorts word gerapporteer dat die voorgangers van die huidige wetgewer altyd op winsbejag uit was deur van die hooggeplaaste amptenare - bedoel word oor die algemeen die provinsiale goewerneurs - geldbedrae te eis in ruil vir die aanstelling in 'n sekere pos, en dat dié amptenare natuurlik op hulle beurt weer dieselfde tov hul ondergeskiktes gedoen het. Hoe, vra die wetgewer, was dit dan moontlik dat die onderdane, aangesien hulle op sodanige manier skade moes ly, die regmatige belasting kon betaal? Gevolglik word bepaal dat die goewerneurs geen geskenke mag gee in ruil vir poste en ook geen geskenke mag aanvaar nie. In plaas daarvan moet hulle genoeg neem met hul salarisse; alleenlik vir hulle sertifikate van

¹⁴*c Cordi 4 (534)* . . . *hoc etenim nemini dubium est, quod, si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit redigendum, hoc a nobis et constituatur et in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur.*

aanstelling moet amptenare 'n vaste bedrag betaal (*praef* 1; *c* 1). Amptenar word verder gelas om 'n ampseed af te lê waarin hulle plegtig verklaar dat hulle nòg aan iemand iets gegee het vir die pos, nòg 'n kontrak aangegaan het om iets as 'n erkentlikheid aan iemand te gee.¹⁵

Oor al die besonderhede van die lang en omslagtige konstitusie hoef ons hier nie verder uit te wei nie. Wat die wetgewer met sy maatreël beoog, blyk duidelik uit *c* 8 ev waarin bepaal word dat amptenare wat hulle poste gratis ontvang het, nou ook 'n waaksame oog oor die staatsinkomste moet hou, en die belasting van al diegene wat in gebreke bly om te betaal, en van al diegene teen wie dwangmaatreëls toegepas moet word, met strengheid moet invorder sonder om daarby op winsbejag uit te wees. Amptenare moet bedrag wees daarop dat die onderdane in elke opsig teen onregverdighede gevrywaar moet word, en derhalwe mag 'n amptenaar hom nòg in die hof nòg ivm die publieke administrasie laat omkoop. Indien hy ongeag hierdie bepalinge geld of geskenke van sy onderdane sou aanvaar, mag die onderdane hom deur die biskop of ander hoogwaardigheidsbekleërs in hulle stad aan die keiser rapporteer, sodat ontroue amptenare die wetlike strawwe opgelê kan word (*c* 8 1).

Het die amptenaar sy pos neergelê, moet hy nog 50 dae in sy provinsie vertoef om hom teenoor enigiemand te kan verantwoord. Bly hy in gebreke, dan kan hy net soos die nederigste slaaf aangehou word, en is die onderdane by magte om hom alles wat aan hom gegee is, te ontnem net soos in die geval van gesteelde goed; tog moet dit in die teenwoordigheid van die biskop geskied wat 'n protokol daarvoor moet opstel (*c* 9). Dwangmaatreëls van hierdie soort mag egter nie teen die owerheid toegepas word waar die onderdane dink dat onreëlmatighede by die invordering van die belasting voorgekom het nie (*c* 10 *pr*). Van onderdane word veeleer verwag dat hulle - omdat hulle nou weet hoeveel sorg die wetgewer aan hulle bestee het - die belasting bereidwillig en sonder aftrekkings betaal sodat die owerheid geen dwangmaatreëls hoef toe te pas nie. Op sodanige wyse, laat die wetgewer hom verder uit, moet onderdane hulle bereidwilligheid toon dat hulle deur die daad self bewys dat hulle die dank betuig wat hulle aan die wetgewer - die keiser - vir sy welwillendheid verskuldig is. Tereg kan hulle dan ook aanspraak maak op die dank van die owerheid en op alle moontlike sorg en guns. En voorts probeer die wetgewer om sy onderdane van die noodsaaklikheid van die invordering van belasting te oortuig deur uitdruklik te sê:

„Dit is aan julle, onderdane, bekend dat die oorlogsbehoefte en die vervolging van die vyand alle aandag verg, dat hiervoor geld nodig is, dat die saak geen vertraging duld nie, en dat ons (die keiser) nie die kleiner word van die Romeinse ryk kan duld nie, maar reeds die hele Libië herverower het, die

¹⁵*c* 7. Die teks van die ampseed verskyn in die bylae van *Nov* 8.

Vandale onderwerp het en hoopvol is om met die hulp van God nog baie groter dinge te kan verrig wat egter slegs bekostig kan word indien die publieke heffings onverminder, bereidwillig en stiptelik betaal word" (c 10 2).

Tot sover die wetgewer self; sy bedoelinge is duidelik: oorlog teen diegene wat die Romeinse ryk verklein. Hiermee kan na die oorwinning behaal oor die Vandale slegs die Gote bedoel word, en die jaar van die konstitusie, 535, is dan ook die jaar van die uitbreking van die Gotiese oorlog. Dié oorlog kan slegs met enige vooruitsig op sukses gevoer word indien die provinsiale administrasie opgeknep word, sodat die onderdane hulle plig kan doen, naamlik die belasting betaal.

Die weë waarlangs hierdie doel bereik moet word, stel 'n fyn uitgewerkte stelsel van afhanklikhede en kontrole daar. Die goewerneurs is nie net onderworpe aan die toesig van die kompetente *praefectus praetorio* nie - in die onderhawige geval die *pp per Orientem*, Johannes die Kappadosiër - maar tegelykertyd, soos ons gesien het, aan die toesig van die plaaslike biskoppe; 'n sekerlik doeltreffende, maar ook baie twyfelagtige en gevaarlike metode van kontrole wat bowendien nog meer effektief deur 'n bylae van die wet gemaak word, 'n *edictum* geadresseer aan alle biskoppe en patriarge. Ingevolge dié edik word geestelikes gelas om die owerhede - bedoel word weer die provinsiale goewerneurs - te rapporteer indien hulle hul aan onregverdighede en onreëlmatighede skuldig maak, maar ook wanneer hulle die amp getrou vervul.¹⁶

Sodoende word by wyse van wetgewing in die ampspligte van die *praefectus praetorio* en die provinsiale goewerneurs ingegryp. Aan die ander kant weer word die ampsbediening van die geestelikes onder die toesig van die *praefectus* geplaas, insluitende die dogma van die kerk.¹⁷

Die gesketste bepalinge toon op hul beste die bekende styl van 'n bewindhebber wat met diktatoriale magte bekleed is. Weliswaar word die welvaart van die onderdane oral op die voorgrond geplaas, maar baie duidelik blyk ook dat die belange van die staat eerste kom; klaarblyklik is dié belange en die belange van die onderdane na mening van die wetgewer altyd identies.

Hier het ons dan in die praktyk wat programmaties en propagandisties deur die wagwoord *arma et leges* uitgedruk word.

Watter reaksie het die keiserlike maatreëls by die onderdane uitgelok? Om 'n antwoord daarop te verkry, sal ons vervolgens na Procopius kyk.

¹⁶*Edictum* van 535 *praef.* Sien ook Schubart (*supra* n 6) 135-6. Oor die pligte van die provinsiale goewerneurs verder *Nov 17 mandata principis* (535).

¹⁷*Nov 131* (545).

Die historikus Procopius van Caesaraea in Palestina wat na sy opleiding as juris in sy hoedanigheid van *aide-de-camp* van die keiserlike veldheer Belisarius aan die Justiniaanse oorloë deelgeneem het, is ons hoofgetuie vir die geskiedenis van die tydperk van Justinianus. Sy hoofwerk is die *Bella* waarin hy die oorloë wat die keiser ter wille van die uitbreiding of hernuwing van die ryk veral teen die Vandale en Gote gevoer het, beskryf. Hierdie werk behels geskiedskrywing wat ondanks kritiese opmerkings hier en daar, nie baie van die amptelike sienswyse van die gebeure afwyk nie. Wil ons meer te wete kom, sal dit nodig wees om na Procopius se laaste werk, die *Anékdota* of *Geheimgeskiedenis* te kyk. Hierdie werk bevat kritiek, en inderdaad soveel daarvan dat die waarde van die werk as 'n kenbron van die geskiedenis weens sy „lasterlike” karakter ook vandag nog nie heeltemal bo alle twyfel verheve is nie. Historici het egter nog altyd kennis geneem van Procopius se uitlatings in sy *Geheimgeskiedenis*, alhoewel ook met 'n mate van voorbehoud.¹⁸ Regshistorici daarenteen het in die verlede oor die algemeen eenvoudig Procopius se „skandalige smaadskrif” links laat lê en die geloofwaardigheid daarvan as feitlik nul beskou.¹⁹

Die resentste opinies skyn egter plek in te ruim vir nugterder beskouings. Die Bisantinistiek verkondig die mening dat ons in die geval van die *Geheimgeskiedenis* nie eintlik met 'n lasterlike geskrif te doen kry nie, maar eerder met 'n anti-Justiniaanse pamflet.²⁰ As gevolg van sy afkoms is Procopius die verteenwoordiger van die senatoriese opposisie teen Justinianus en veral teen Theodora. Hy staan egter as 'n konserwatiewe volkome positief teenoor die keisers- en ryksidee. Sy kritiek is nie gemik teen die tradisionele politieke ideale nie; hy weier egter om Justinianus as die geroepe kampvegter vir daardie idee te aanvaar.²¹ Keiser en kritikus stem ooreen tav hulle patriotisme wat gerig is op die binnelandse opbloei en die uitwendige grootheid van die ryk. Die kritiek is derhalwe gemik op die persone van die keiserlike egpaar en hul metodes. Sodoende val hy die keiser in hoofstuk 11 van sy *Geheimgeskiedenis* aan as 'n rebel en kritiseer hy hom weens sy sug om alles te verander en onderstebo te gooi op militêre, administratiewe en wetgewende gebied: en alles wil die keiser na sy eie naam vernoem.²² Hierdie laaste opmerking strook met die waarheid; die regshistorikus word onmiddellik daaraan herinner dat selfs die eerstejaarregstudente deur die *c Omnem* van 533 op die regsonderrig, na *Iustiniani novi* hervernoem word.²³

¹⁸Oor die karakter van Justinianus vgl bv Schubart (*supra* n 6) 47 ev; B Rubin *Das Zeitalter Justinians* Berlyn 1960 93 e v; Ostrogorsky (*supra* n 12) 58.

¹⁹Sien bv L Wenger *Die Quellen des römischen Rechts* Wien 1953 566.

²⁰B Rubin *Prokopios von Kaisareia* Stuttgart und Waldsee 1954 79–80.

²¹Rubin (*supra* n 18) 173. Vgl Prokopius *An* 2 31.

²²*An* 11 1–2.

²³*c Omnem* 2.

Vandag weet ons dat 'n wetgewer, altans een wat soos die Bisan-tyse outokraat oor 'n onbeperkte gesag beskik, beslis nie noodwendig by al sy maatreëls die welvaart van sy onderdane op die hart dra nie. Waar die wil en magstrewer van slegs een persoon by die bepaling van die staatsbeleid altyd die deurslag gee, is die lotgevalle van die wets-onderworpenes sekerlik nie steeds in die beste hande nie. Tereg word daarop gewys dat die bevolking glad nie noodwendig van 'n gevoel van dankbaarheid teenoor die groot wetgewer deurdring moet gewees het nie.²⁴

Gesien hierdie oorwegings moet daar beslis meer betekenis aan die oordeel van 'n man soos Procopius geheg word as wat dikwels in die verlede geskied het.

Na hierdie opmerkings oor die waarde wat Procopius veral toev sy *Geheimgeskiedenis* as 'n kenbron vir ons het, kan ons in meer besonderhede daarop ingaan wat hy oor die opknapping van die administrasie soos bepaal in *Nov 8* het om mee te deel.

In hoofstuk 21 beskryf die historikus die metodes wat die keiser by die administrasie van die land toepas, en verwys hy na die *suffragia* op ongeveer dieselfde wyse as die wetgewer in die *praefatio* van *Nov 8*, soos reeds geskets.²⁵ Maar dan, gaan hy voort, het die keiser 'n wet afgekondig waarin bepaal word dat alle persone wat om 'n pos aansoek doen 'n eed moet aflê en sweer dat hulle niks in ruil vir die amp sou gee of aanvaar nie.²⁶ Hier word duidelik na *Nov 8* verwys. Maar nog voordat die wet 'n jaar lank van krag was, vervolg Procopius, keer die keiser self weer na die misbruik van die *suffragia* terug, nie net in die geheim nie, maar openlik.²⁷ Procopius se kritiek is gegrond. Ongeag die feit dat die keiser telkemale beklemtoon dat amptenare hulle poste gratis ontvang, word deur *Nov 30* van 536 in die geval van bv die *proconsul Cappadociae* bepaal dat dié amptenaar 50 pond goud aan die *sacratissima Augusta*, die keiserin Theodora, moet betaal; tegelykertyd word egter van hom verwag dat sy ondergeskikte amptenare *sine suffragio* aangestel word.²⁸

Die opset van die wetgewer, die bekamping van die *suffragia* deur middel van die betaling van salarisse aan amptenare, is volgens Procopius glad nie geslaag nie. Volgens hom is daardie amptenare niks anders as huurlinge nie wat die opdrag het om vir loon die provinsies te plunder.²⁹ Kortweg, die toestand verbeter volgens Procopius geensins nie; die uitbuiting van die onderdane gaan voort en word

²⁴Vgl Nörr (*supra* n 3) 113–114.

²⁵*An 21* 9–15. ²⁶*An 21* 16,17.

²⁷*An 21* 18,19. Sien ook Rubin (*supra* n 20) 280–1.

²⁸*Nov 30* 6 1,2. Sien ook Rubin (*supra* n 20) 281.

²⁹*An 21* 20 ev.

mettertyd al hoe erger namate die keiser daarin slaag om die laagste soort amptenare aan te stel wat hy kan vind.³⁰ Vervolgens lig Procopius sy uitlatings aan die hand van voorbeelde toe, en verwys hy veral na die misdrywe gepleeg deur Petrus Barsymes, wat die amp van *praefectus praetorio per Orientem* as die opvolger van Johannes die Kappadosiër van 543–546 beklee.³¹

Die besonderhede moet ons hier agterweë laat. Dit lyk egter seker dat die keiserlike administrasie swaar op die bevolking gedruk het. Hoe die onderdane (*subiecti*) regstreeks deur die keiserlike wetgewing getref is, sal ons aanstons sien. Ook in hierdie verband kan ons slegs weer na een voorbeeld verwys wat by die klasseverskille binne die Romeinse bevolking aanknoop.

2 Dwarsdeur sy lang geskiedenis is die Romeinse beskawing deur die onderverdeling van die bevolking in klasse gekenmerk. Twee groot groepe staan teenoor mekaar: vry persone en slawe. Die vrye bevolking is op sy beurt weer verdeel in verskillende klasse, die senatore, ridders en die gewone vry burgers. Gedurende die laat-antieke tydperk verkry hierdie klasseverskille as gevolg van hul uitbreiding 'n geheel ander voorkoms. Aan die spits verskyn die keiser wat, ook nadat die ryk die Christelike geloof bely, die titel *divus*, goddelik, behou. Onder hom staan net nog onderdane, onderverdeel in die ou klasse, maar aangevul deur 'n verdere onderverdeling wat die verskil tussen vry persone en slawe in 'n mindere of meerdere mate uitwis. Al die onderdane van die keiser behoort aan 'n sekere klas, en dit is in beginsel onmoontlik om van klas te verwissel. Lidmaatskap van die klas waarin 'n mens gebore is, word oorerflik, en langs hierdie weg en ander weë word die enkeling gedwing om in sy klas te bly. In die *Novellae* word o.a. uitvoerig verwys na die volgende klasse waarvan die lidmaatskap oorerflik is: die *coloni*, bewoners van die platteland wat aan die grond gebind is waarop hulle woon en werk; die *cobortalini*, laer amptenare wat as lede van die kohorte in die diens van provinsiale goewerneurs staan; en *decuriones* of *curiales*, lede van stadsrade in provinsiale stede en dorpe.

Laasgenoemde klas lewer 'n uitstekende voorbeeld van die uitwerking wat die Justiniaanse wetgewing op die regsonderworpenes het, en dit sal lonend wees om vir 'n rukkjie daarby stil te staan.

Die plaaslike bestuur in die Romeinse provinsies is van oudsher hoofsaaklik aan die stede en dorpe geknoop. Verantwoordelik vir die administrasie is die stadsrade, bestaande uit lede van die meer welvarende burgery, die *curiales*. Aan hierdie burgers is die plaaslike bestuur in die vorm van *honoris, munera* of liturgieë, ere-ampte en dienste, opgedra. Veral is hulle persoonlik aanspreeklik vir die belas-

³⁰An 21 22 e.v.

³¹An hfst 22.

ting, ook ten opsigte van onbewerkte grond, maar buitendien vir die publieke werke en die onderhoud van hulle stad.³² Hierdie aanspreeklikheid beteken dat stadsraadslede belastingstekorte en die koste van die plaaslike bestuur met hulle eie vermoëns moet dek indien nodig. Geen wonder dus nie dat die amp van stadsraadslid en die lidmaatskap in die klas van *curiales* baie ongewild is en met die toenemende ekonomiese agteruitgang vanaf die derde eeu al hoe minder geskik blyk te wees om mense te trek. Die staat neem gevolglik sy toevlug tot allerlei dwangmiddels om die *curiales* by hulle pligte te hou. Die belangrikste maatreël is reeds met die verwysing na die oorerflikheid van lidmaatskap in die klas genoem; net in uitsonderingsgevalle word bevryding van daardie lidmaatskap toegestaan. Al is 'n *decurio* ook persooneregtelik vry, verkeer hy tog in 'n toestand van uiterste afhanklikheid, persoonlik en veral ook finansiëel. Hoe word hierdie klas nou onder Justinianus behandel?

Met die uiterste hardhandigheid. 'n Groot aantal wette hou hul besig met die *decuriones*.

Belangwekkend tov die algemene posisie waarin die klas van stadsraadslede verkeer, is die *praefatio* van *Nov* 38 van 536, 'n wet wat in sy geheel aan dié klas gewy is. Hierin voer die wetgewer klag daaroor dat raadslede langs alle moontlike weë probeer om van die lot ontslae te raak wat hulle te beurt geval het. Hulle verkwansel hul vermoëns en beperk die getal van hul kinders met die gevolg dat die klas begin uitsterf. Dit blyk duidelik dat die lot van 'n *curialis* alles behalwe benydenswaardig is; die posisie is selfs nog minder gewild as een van die ander erflike posisies in sekere klasse van die bevolking. Dus bepaal die wet dan ook dat die seun van 'n *decurio* en 'n moeder wat aan 'n ander klas behoort, niteenstaande hierdie feit 'n *decurio* word.³³

Besonder graag probeer die *curiales* om van hul verpligtinge weg te kom deur geestelikes te word. Verskeie wette probeer om hierdie neiging te stuit. 'n *Decurio* wat 'n geestelike of biskop word, moet 'n kwart, later 'n driekwart van sy vermoë aan die korporasie, die *curia*, agterlaat.³⁴ 'n Geestelike wat die geestelike stand verlaat, word 'n *decurio*.³⁵ 'n Priester, 'n diaken of onder-diaken wat trou, word 'n *decurio*.³⁶ Die verplasing in die klas van stadsraadslede is, soos ons sien, onder Justinianus 'n strafmaatreël. Dit is belangwekkend om ook hier te kan vasstel dat by die oorwegings van die wetgewer die finansiële kant op die voorgrond staan. Indien 'n geestelike wat sy stand verlaat,

³²Vgl bv Schubart (*supra* n 6) 122 138 ev; ook v Lübtow (*supra* n 7) 447 ev.

³³*Nov* 38 6.

³⁴*Nov* 6 1 1,4 (535); 123 1,4,15 (546).

³⁵*Nov* 6 7; 123 15 1.

³⁶*Nov* 123 14 1.

nie ryk is of geen vermoë het nie, word hy nie 'n *decurio* nie, maar 'n *cobortalinus*, 'n ondergeskikte amptenaar in die diens van die provinsiale goewerneur (*Nov* 6 7).

Nie eens die feit dat 'n *decurio* geen aanhanger van die regte geloof is, bevry hom van die laste verbonde aan die lidmaatskap van die klas van *curiales* nie. Terwyl die wet in alle opsigte teen ketters, Jode, Samaritane en heidene diskrimineer,³⁷ is andersgelowigheid geen ver skoning vir die bevryding uit die dekurionaat nie, maar - so bepaal die wet - geniet sulke *decuriones* nie die voorregte van hulle klas nie, voordele wat egter glad nie teen die nadele van die dekurionaat kon opweeg nie.³⁸

Ten opsigte van die bewysreg gaan die wetgewer moontlik nog verder. Daar word bepaal dat die getuienis van ketters in hofsake tussen reggelowiges ontoelaatbaar is; is een van die partye nie 'n reggelowige nie, dan is die getuienis van die ketter wel toelaatbaar ten gunste van die reggelowige party, maar nie teen sodanige party nie. 'n Uitsondering op hierdie reël word egter deur *Nov* 45 van 537 ingevoer, wat bepaal dat wanneer 'n reggelowige in 'n hofsak ontken dat hy aan die klas van die *curiales* behoort, die getuienis van die ketter wel ook teen die reggelowige toegelaat moet word omdat die getuienis ten gunste van die reggelowige staat afgelê word.³⁹

So tref ons talle wette aan ingevolge waarvan net soveel uitsonderings op die algemene reg van toepassing is op *curiales*.

Stadsraadslede is verantwoordelik vir die invordering van die belasting in hulle gebied,⁴⁰ maar hulle beskikkingsbevoegdheid ta v hul eie vermoëns is sowel *inter vivos* as ook *mortis causa* beperk.

'n *Decurio* mag nie van sy besittings verkoop nie behalwe kragtens 'n dekreet.⁴¹ Hy mag geen skenking hoegenaamd doen nie, met uitsondering van 'n bruidskat of 'n skenking by die huwelik (*donatio propter nuptias*) of indien die skenking aan 'n ander *decurio* van dieselfde stad gaan, of aan iemand wat hom bereid verklaar om 'n *decurio* te word - dit beteken mits hy bereid is om sowel sy vermoë in die *curia* te stort as om sy afstammeling, insluitende die nog ongebornes, *decuriones* te laat word.⁴² Alle skenkings is buitendien nog belasbaar, met uitsondering van skenkings aan die kerk.⁴³

³⁷Sien reeds *C* 1 5 12 (527).

³⁸*Nov* 45 (537).

³⁹*Nov* 45 1; vgl oor die bostaande ook Schubart (*supra* n 6) 139.

⁴⁰*Nov* 128 5 8 (545); 130 3 (545); 147 1 (553); 149 3 (569).

⁴¹*Nov* 38 *praef* 1; *C* 10 33 3.

⁴²*Nov* 38 *praef* 1,2; 87 (539); 101 2,3 *pr* (539).

⁴³*C* 10 36 (442); *Nov* 131 5 (545).

Hierdie sketsmatige prent van die regsposisie van lede van die klas van *curiales* sal voldoen om 'n indruk te gee omtrent die Justiniaanse wetgewing op hierdie gebied. Dit is amper vanselfsprekend dat ook Procopius in sy *Gebeimgeskiedenis* na die lot van die *curiales* verwys. Voordat ons egter nader daarop ingaan, sal dit nuttig wees om kortliks nog die soeklig op die besonder ingrypende spesiale erfregtelike reëls te rig wat van toepassing is op *curiales* wat intestaat sterf.

Wanneer 'n *decurio* sterf sonder om wettige kinders in die manlike lyn of dogters wat met 'n *decurio* van dieselfde stad getroud is, agter te laat, ontvang die *curia* driekwart van die oorledene se vermoë. Laat die oorledene onwettige kinders agter, ontvang hulle die drie-kwart mits hulle lede van die *curia* word. 'n Soortgelyke reël is van toepassing op erfgename wat vry van die *curia* is; as hulle lede word, ontvang hulle die hele boedel.⁴⁴

Vervolgens sal ons weer die blik op Procopius rig.

In hoofstuk 29 van sy *Gebeimgeskiedenis* vertel hy van die aangeleentheid van 'n sekere Anatolius, 'n *curialis* van Askelon in Palestina.⁴⁵ Die enigste dogter van hierdie Anatolius, 'n erfdogter, is met 'n man van Caesaraea getroud. Nou, vertel die historikus verder, was daar 'n wet wat bepaal het dat by die oorlye van 'n *decurio* wat sterf sonder om seuns agter te laat, die *curia* een kwart van die boedel sou ontvang en die ander erfgename die res kon geniet. Maar ook in hierdie geval het die keiser, volgens Procopius, 'n blyk van sy ware karakter gegee deur 'n wet af te kondig waarvolgens die aangeleentheid presies omgekeerd gereël word. Die nuwe wet bepaal dat die erfgename van 'n *decurio* wat te sterwe kom sonder om manlike afstammeling agter te laat, een kwart van die boedel erf terwyl die res - drie-kwart - deur die *curia* oorgeneem word.

Procopius laat hier duidelik sy regskenning blyk. Ingevolge 'n konstitusie van 528 ontvang die *curia* een kwart van die boedel van 'n *decurio* wat sterf sonder om seuns of dogters wat met 'n *decurio* van dieselfde stad getroud is, agter te laat.⁴⁶ In 536 word die posisie ingevolge *Nov* 38 presies andersom gereël.⁴⁷

Toe Anatolius te sterwe kom, word sy boedel dan ook ooreenkomstig die nuwe wet verdeel. Sy dogter ontvang een kwart daarvan, en die res gaan na die *curia*.⁴⁸ Ook hier gee Procopius die inhoud van die wet korrek weer aangesien die dogter van Anatolius nie met 'n *decurio* van dieselfde stad, Askelon, getroud is nie.

⁴⁴*Nov* 38 2,4,5; 101 2,3,4.

⁴⁵*An* 29 17 e v. Sien ook Rubin (*supra* n 20) 296.

⁴⁶*C* 10 34 3 1 (528).

⁴⁷*Nov* 38 3,4.

⁴⁸Oor die prosedure *An* 29 21 i v m *Nov* 101 3 1.

Toe die man van Caesaraea wat met die dogter van Anatolius getroud was, ook te sterwe kom, ontvang hulle enigste dogter die boedel van haar vader, soos verwag kan word; en hierdie dogter kom te sterwe terwyl haar moeder nog in die lewe is. Aangesien die oordene geen kinders agterlaat nie, kan verwag word dat die boedel na haar moeder moet gaan.⁴⁹ Maar, vertel Procopius, die keiser lê beslag op die hele boedel omdat nie toegelaat kan word dat die dogter van Anatolius die vermoëns van sowel haar vader as haar man in die hande kry nie.

Dit is onnodig om tans verder oor die besonderhede uit te wei; dit sou 'n gedetailleerde eksegese nodig maak wat hier nie gelewer kan word nie. Vir ons huidige doel is dit voldoende om daarop te wys dat die keiserlike maatreëls beslis nie orals byval gevind het nie. Vervolgens sal ons eerder probeer om die prent te teken soos dit ontvou uit die bespreking van die keiserlike administrasie en die behandeling wat *decuriones* te beurt val.

Ons het 'n besliste indruk gekry van hoe Justinianus sy wêreld as wetgewer met die hulp van *leges* in die sin van die deur hom veelgebruikte topos *arma et leges*, bestuur.

Aan die een kant staan die streng sentralistiese administrasie, die stelselmatige kontrole van een staatsorgaan deur die ander, met insluiting van die kerklike hiërargie; aan die ander kant staan die behandeling van baie groepe onderdane in afwyking van die algemene reg, die reg wat op alle onderdane van toepassing is. Die belange van die staat seëvier orals, en indien nodig word, soos ons gesien het, t'v sekere klasse onderdane 'n spesiale reg geskep. Die *decuriones* staan hier net as 'n voorbeeld; reëls soortgelyk aan dié wat op hulle van toepassing is, is ook van toepassing op ander klasse waarvan die lidmaatskap oorerflik is. 'n Spesiale reg is ook van toepassing op die talryke groepe andersdenkendes, die ketters en religieuse minderhede soos Jode, Samaritane en heidene wie se regsbevoegdheid orals beperk is. Na die bevoegdheid van andersdenkendes om as getuies teen reggelowiges op te tree het ons in verband met die bespreking van die regsposisie van *curiales* verwys.

'n Spesiale reg is in die een of ander opsig geldig t'v alle klasse, die keiserlike egpaar nie uitgesluit nie.⁵⁰

Hierdie uitgebreide stelsel van diskriminasie daargestel deur die reg lyk afstootlik vir die mens van die 20e eeu wat gedurig die mense-regte beklemtoon. In die Justiniaanse wetgewing kan geen sprake van

⁴⁹Nov 118 2 (543).

⁵⁰bv C 5 16 26 (529) wat bepaal dat skenkings tussen keiser en keiserin nie onder die verbod op skenkings tussen eggenote val nie.

gelykheid voor die reg wees nie. Maar dit is 'n kenmerkende verskynsel van die hele antieke kultuur. Ook Procopius tree ongeag sy kritiese uitlatings teen die keiserlike egpaar geensins vir die klein man of die onderdrukte in die bres nie.⁵¹ Die Justiniaanse staat is 'n klassestaat en die vereistes van die geregtigheid word binne die perke van die klas waarop 'n regsreël van toepassing is, verwesenlik. Die huidige beoordelaar doen daarom goed om hom van 'n waardeoordeel wat op die maatstawwe van sy eie tyd steun, te weerhou. Belangrik is nie soseer die gees van die Justiniaanse wetgewing wat miskien nie met die patroon van ons eie lewensvorm strook nie, maar die uitwerking wat dit op die tydgenote gehad het.

Oor hierdie uitwerking het ons so pas iets gehoor. Dit kan miskien 'n antwoord op die vraag lewer waarom die kodifikasie wat die roem van Justinianus vir alle tye gevestig het, in sy eie tyd - met uitsondering van die *Codex* - van min praktiese betekenis gebly het. Die praktyk is klaarblyklik beheers deur dringende sake van die dag, teen die agtergrond van die steeds groeiende behoeftes van die staat in tye van voortgesette oorlog teen die Persiese ryk, teen die Vandale, teen die Gote, weer teen die Persiërs in die jaar 540, en opnuut teen die Gote tot 555 toe Italië provinsie word, en tot 562 toe uiteindelik opnuut vrede met Persië gesluit word. Buitendien kry die staat nog te kampe met binnelandse oproerighede en onluste; ek verwys hier maar net na die Nika-opstand van 532. Feitlik dwarsdeur sy lewe moet die keiser met die wapen optree, en word die *arma* begelei deur die wetgewer wat sonder oponthoud nuwe wette produseer. Agterna gesien, teen die agtergrond van die *Novellae Leges*, is die kodifikasie maar niks anders as 'n klein deeltjie van hierdie wetgewende bedrywig-hede nie, waarmee ek nie bedoel dat dit sonder gewig is nie. Gesien in verhouding tot die *Novellae Leges* wil dit egter voorkom asof die kodifikasie een besondere doel moes dien, naamlik om die grondslag, die uitgangspunt, vir die latere wetgewing te lewer en as voorbereiding daarvoor te dien.

Vervolgens sal ons nog die soeklig op kodifikasie moet rig in 'n poging om die tendense daarvan ietwat vollediger te bepaal.

III

Ons het reeds daarop gewys dat die Justiniaanse kodifikasie in die oë van die nageslag verreweg die belangrikste deel uitmaak van die keiser se werk as wetgewer. Die vraag wat hom egter in verband met my huidige onderwerp voordoen, is die vraag na die plek van die kodifikasie as 'n onderdeel van die Justiniaanse wetgewing in die kader van sy eie tyd.

⁵¹Vgl Rubin (*supra* n 20) 78.

Hierdie vraag het aan Romaniste al sedert die begin van die histories-kritiese navorsing tov die Romeinse regsbronne teen die einde van die vorige eeu baie hoofbrekens besorg. Die ouer geslag Romaniste het die kodifikasie veral in die lig van die beweerde Justiniaanse restourasiebeleid gesien, en die wetgewer as 'n romantikus of argaïs bestempel.⁵² Die gevolgtrekking hieruit moet dan ongeveer ooreenstem met dié waartoe die bekende kultuurfilosoof O Spengler geraak het wat hom in sy beroemde werk *Der Untergang des Abendlandes* oor Justinianus met die volgende woorde uitlaat:

„ . . . so war Justinian von der Donquijoterie der Wiedereroberung des gesamten Imperiums besessen.⁵³ - So was Justinianus besete van die donquichotterie van die herowering van die hele *imperium* ;”

en verder:

„Und ebenso hat er . . . einen lateinischen Kodex geschaffen, der im Osten schon aus sprachlichen und im Westen aus politischen Gründen dazu verurteilt war, Literatur zu bleiben.⁵⁴ - En net so het hy . . . 'n Latynse kodeks geskep wat in die Ooste reeds om taalkundige en in die Weste om politieke redes gedoem was om literatuur te bly.”

Die jonger geslag Romaniste verkondig daarenteen nou die opvatting dat die wetgewende werk van Justinianus geensins die daad van 'n dromer was wat hom aan 'n donquichotterie skuldig gemaak het deur te probeer om die klassieke tradisie van die Romeinse reg te herstel nie.⁵⁵ Hierdie sienswyse kan ons heelhartiglik onderskryf, want ons het gesien hoe Justinianus in sy wetgewing ná die voltooiing van die kodifikasie sy oogmerke doelgerig vervolg, en hoe sy programmatiese uitlatings wat om die topos *arma et leges* wentel, asemberowende werklikheid word, 'n werklikheid wat dan ook, soos ons kon sien, voor die oë van tydgenote soos Procopius staan en hulle tot bitter kritiek noop.

Maar ook die nuwere beskouings kan nie ontken nie dat die kodifikasie, veral die hartstuk daarvan, die *Digesta*, inderdaad gedoem was om literatuur te bly soos Spengler tereg opmerk, ongeag die feit dat Justinianus geensins meer as 'n romantikus op die troon gesien kan word nie. Hoe moet ons hierdie verskynsel verklaar?

In die poging om hierdie vraag te beantwoord sal ons hierdie keer van die tydgenootlike nie-juridiese literatuur, soos verteenwoordig deur Procopius, uitgaan, en vereers die vraag stel: Het die tydgenote van Justinianus nie die betekenis van die groot kodifikasie raakgesien nie? Wat was hulle mening daaroor?

⁵²Vir voorbeelde sien net Archi (*supra* n 4) 153 ev.

⁵³O Spengler *Der Untergang des Abendlandes* 16e tot 30e uitg München 1922 bd II 86.

⁵⁴Spengler (*supra* n 53) 87.

⁵⁵Vgl bv Archi (*supra* n 4) 187.

Die antwoord hierop is stilswye. Slegs onregstreeks verwys Procopius na die kodifikasie waar hy oor die keiser in sy hoedanigheid van die groot boumeester skryf en ook na hom as wetgewer verwys, hierdie keer nie in sy *Geheimgeskiedenis* nie, maar wel in die enigste werk wat hy in opdrag van die keiser self opgestel het, sy *Bouwerke*.⁵⁶

Omdat die geskrif in opdrag van die keiser tot stand gekom het, is dit onder die omstandighede van sy tyd noodwendig lofuitend van aard en begin dit met die gebruikelike *captatio benevolentiae* deur die groot prestasies wat die keiser op alle gebiede gelewer het, te beklemtoon. En sodoende kan die skrywer ook die keiser se wetgewende prestasies nie oor die hoof sien nie. Gevolglik vermeld hy dat die keiser by sy bewindsaanvaarding die reg in 'n toestand van obskureteit gevind het omdat die wette baie meer toegeneem het as wat nodig was. Verder het die wette in 'n klaarblyklike wanorde verkeer omdat hulle mekaar weerspreek het. Die keiser het egter die wette in stand gehou en dmv die strengste kontrole van alle woordkullery, spitsvondigheid en teenstrydighede bevry.⁵⁷

Met hierdie opmerkings weergee Procopius presies die amptelike opvatting van die toestand van die ou reg soos weerspieël in die wetgewing self, altans die een kant van hierdie opvatting, en hierdie feit is belangrik vir ons huidige doel.

Watter houding het Justinianus teenoor die ou reg ingeneem?

Hierdie houding het, soos aangedui, twee kante. Die een word gekenmerk deur die *reverentia* waarmee die keiser sy buiging voor die groot skepping en die groot skeppers van die klassieke Romeinse reg maak, waar hy bv Papinianus die *sublimissimus* noem,⁵⁸ of waar hy, om 'n ander voorbeeld te gee, van Iulianus as die *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* praat.⁵⁹ Hierdie *reverentia* wat Justinianus so openlik en vrygewig aan die dag lê kon in die verlede wel aanleiding gegee het tot die opvatting dat ons in sy persoon 'n romantiese dromer op die troon van die Romeinse keisers voor ons het.

Lynreg in stryd met hierdie een kant van Justinianus se houding teenoor die ou reg staan egter die ander wat hom eintlik die rede vir die kodifikasie verskaf, en dit is 'n volmondige verdoeming van die klassieke regs wetenskap. Dus word die verteenwoordigers van dié wetenskap, die *iuris auctores*, verwytd weens hulle *verbositas*, hulle *subtilitates* wat die *consonantia* van die *sanctio Romana* volkome verwar.⁶⁰ Gevolglik is die stryd wat die keiser as wetgewer voer, dan ook

⁵⁶Vgl Rubin (*supra* n 18) 175 ev.

⁵⁷*Aed* 1 1 10.

⁵⁸*c Omnem* 1; die voorbeelde ook by Archi (*supra* n 4) 141.

⁵⁹*c Tanta* 18.

⁶⁰Voorbeelde by Archi (*supra* n 4) 143; *c Tanta* 21.

gemik teen die *subtilitas legum*, die *scrupolositas iuris*, die *subtilitas verborum*, en die *subtilis dubitatio* of *divisio*.⁶¹

Met hierdie voorbeelde het ons die *Digesta* op die voorgrond geplaas, maar wat daarvan gesê kan word, is ook geldig tav die *Codex*. Die *reverentia* tree hier nie in so 'n mate na vore as wat dit toevan die klassieke skrywers die geval is nie - slegs na Theodosius II word met *divina recordatio* of *memoria* verwys⁶² - maar wel die verdoemende opmerkings wanneer na die *multitudo constitutionum*, of die *caligo*, die „rookmis” van die konstitusies, verwys word.⁶³

Met hierdie voorbeelde kan ons volstaan; uit hulle blyk dat Procopius met sy opmerkings oor die massa wette en die spitsvondigheid van die reg, volkome in ooreenstemming is met die een kant van die keiser se houding teenoor die ou reg, nl dié wat met afkeurende woorde die gebreke daarvan aan die kaak stel.

Meer het Procopius egter nie om oor die groot kodifikasie te sê nie. Watter gevolgtrekkings kan ons hieruit aflei?

Op soek na 'n antwoord op hierdie vraag kan ons maklik tot dieselfde gevolgtrekking geraak as die meeste regshistorici wanneer hulle na die keiser se politieke idees verwys waarvolgens hy hom geroepe voel om die Romeinse wet te verewig.⁶⁴ Justinianus weet dat hy nie vir 'n dringende behoefte van sy *imperium* werk nie, maar vir die ewigheid.⁶⁵

In die lig van die eminent praktiese en wel deeglik aan die behoeftes van die dag georiënteerde wetgewing soos verteenwoordig in sy *Novellae Leges*, meen ons egter dat Justinianus eerder pertinent en selfs uitsluitlik in hierdie behoeftes voorsien het. Ook die kodifikasie is by 'n heerser soos Justinianus met baie groot waarskynlikheid 'n instrument van die magspolitiek. Klaarblyklik gee slegs die feit dat hierdie magspolitiek op 'n herowering en herstel van die ou *imperium Romanum* gemik was, die feit dat so 'n politiek as restourasiebeleid beskryf kan word, altyd weer 'n verkeerde rigting aan die blik van historici wat hulle die Justiniaanse wetgewing, en veral die kodifikasie, steeds opnuut as 'n raaisel laat sien. Die feit dat die praktiese uitwerking van die kodifikasie in Justinianus se eie tydperk glad nie noemenswaardig is nie, laat die regshistorikus dan praat van die „groot ontydige” van die wetgewing wat egter „groot gedink” is.⁶⁶

⁶¹Archi (*supra* n 4) 143; vgl ook Rubin (*supra* n 18) 150.

⁶²*c Haec pr*; *c Summa* 1.

⁶³*c Haec pr*; *c Summa* 1.

⁶⁴Vgl Wieacker (*supra* n 2) 284; sien ook Kaser (*supra* n 1) 268; W Kunkel *Römische Rechtsgeschichte* 5e uitg Köln-Graz 1967 154 166.

⁶⁵Archi (*supra* n 4) 194.

⁶⁶Wieacker (*supra* n 2) 287.

Die vraag wat egter nou 'n antwoord verg, is of die ontydigheid van die kodifikasie nie miskien aan die keiser se opset voldoen het nie.

Ons sal moontlik nader aan die waarheid kom as ons probeer om die werklike betekenis van die kodifikasie in die kader van sy eie tyd in die gesigsveld te kry.

Wat het werklik gebeur toe Justinianus die kodifikasie voltooi het?

Die versameling van die konstitusies in die *Codex* lewer geen besondere probleme op nie. Dit spreek vanself dat die wetboek van tyd tot tyd van alle wette wat ongeldig is, gesuiwer moet word; hierdie kant van Justinianus se wetgewende werk word daarom ook tereg as nie baie oorspronklik nie bestempel.⁶⁷ Die hoofprobleem bly nog altyd die *Digesta*. Die vervaardiging van hierdie eienaardige wetboek wat nie soos 'n hedendaagse wetboek uit wetsartikels bestaan nie, maar uittreksels bevat van 'n regsliteratuur waaraan eeue gewerk is, beteken 'n tot dusver ongekende inbreukmaking op daardie gedeelte van die na-klassieke reg wat ons ontagnies *ius* noem, en wat juis uit die geheel van die tradisionele regsliteratuur bestaan. Wat hier werklik gebeur het, word miskien duideliker wanneer ons ons in die posisie probeer indink deur te veronderstel dat die huidige wetgewer eendag sou besluit om die geskrifte van die ou skrywers van ons gemene reg in een boek te versamel; nie hulle oorspronklike werke nie, maar slegs uittreksels daaruit. En hierdie uittreksels word dan gesistematiseer en geïnterpoleer om hulle by die behoeftes van ons tyd te laat aanpas. Buitendien word alle juriste, veral die praktisyns, streng verbied om ooit weer in die howe die oorspronklike tekse van die ou skrywers aan te haal, en verder word die regs fakulteite gelas om eweneens nooit weer na die oorspronklike werke van die ou skrywers te kyk nie, maar om as 'n grondslag vir die opleiding van juriste slegs die by wyse van wetgewing versamelde uittreksels te gebruik. En bowendien word hulle nog verbied om in hul eie werke kommentaar te lewer op hierdie versameling; anders sou hulle aan die misdaad van vervalsing skuldig wees.⁶⁸ Vir die eerste-jaarstudent word uiteindelik nog 'n kort handboek, ook geïnterpoleer, by wyse van wetgewing voorgeskryf.⁶⁹

Dit is myns insiens duidelik dat dergelike wetgewing verreikende gevolge vir sowel die praktyk as die wetenskap sou hê. Weliswaar kon ons vandag nog op die presedente steun, maar die Romeine het 'n presedentestelsel soos dit in die Anglo-Amerikaanse lande ontwikkel en ook in ons land ingang gevind het, nooit geken nie. Al wat weten-

⁶⁷Nörr (*supra* n 3) 136.

⁶⁸c *Tanta* 21.

⁶⁹c *Omnem* 2.

skap en praktyk kon doen, was om op die konstitusies soos in die *Codex* versamel en voortdurend deur die keiser afgekondig, terug te val. En juis dit het dan ook gebeur.

Die regshistoriese navorsing is dit eens dat die kodifikasie geensins orals in die praktyk toegepas is nie. Die regsliteratuur wat ná die kodifikasie ontstaan, is - behalwe in sommige uitsonderlike gevalle - net nog op die *Codex* gebaseer en lei tot die ontwikkeling van 'n eiesoortige Bisantynse reg. In sy geheel is hierdie regsliteratuur nie van 'n besonder hoogstaande gehalte nie.⁷⁰

Klaarblyklik het die keiser hierdie gevolge opsetlik teweeggebring. Deur die regsbronne van sy tyd tov omvang en inhoud te beperk, bereik hy veral twee oogmerke, nl die absolute beheer oor die regsbedeling en tegelykertyd oor die onderrig van die reg, nie net tov die organisasie daarvan nie, maar ook - en dit is belangrik - tov die materiaal wat as grondslag vir sowel regspleging as regswetenskap moet dien.

Uit die bespreking van *Nov* 8 het geblyk dat die keiserlike wetgewing hom uitvoerig met die opknapping van die administrasie en die beheer oor die administrasie besig hou. Die keiserlike doelstellings kan egter slegs ten volle bereik word deur een van die belangrikste funksies van die administrasie, nl die regspleging, in so 'n mate onder die toesig van die opperste gesag te bring dat nie net die regsbronne tav inhoud en omvang presies afgebaken word nie, maar ook voorsiening daarvoor gemaak word dat die regter hom in geval van twyfel oor die regsposisie tot die wetgewer moet wend; en ook daarvoor word uitdruklik in *c Cordi* 4 t o v die *Codex*, en in *c Tanta* 21 tov die *Digesta* voorsiening gemaak.

Ons sien hoe die keiser sy magte konsolideer deur eers die regsbronne in 'n hanteerbare toestand te bring, en later die nodige stappe te doen vir die opknapping van die administrasie. Langs hierdie weg word die administrasie in alle opsigte streng aan die keiserlike beleid gebind.

Dieselfde resultaat bereik Justinianus ook tav die regswetenskap. Ons het reeds verwys na die feit dat die materiaal vir die regsonderrig by wyse van wetgewing voorgeskryf word, en opgemerk dat professore verbied word om die geskrifte wat in die *Digesta* versamel is, van eie kommentaar in leerboeke te voorsien.

Juis die vervaardiging van die *Digesta* - en ook die *Institute* kan in hierdie verband genoem word - word deur regshistorici graag gesien as die groot oorwinning van die regswetenskap soos in die destydse regskole - veral te Berytos (die huidige Beiroet) en te Kon-

⁷⁰Sien net Kaser (*supra* n 1) 270; Kunkel (*supra* n 64) 166-7.

stantinopel - beoefen.⁷¹ Daarop word gewys dat die regsgeleerdes self die inisiatief geneem het om die versameling bymekaar te bring.⁷² Sekerlik kon die versameling van uittreksels uit die geskrifte van die ou skrywers van die Romeinse reg nie sonder die hulp van die regsgeleerdes tot stand gebring word nie. Tog vra mens jousef onmiddellik af hoekom die professore wat hul so vir die kodifikasie van die *ius* sou beywer het, ook sou toegestem het dat die gesketste verregaande beperkings op hulle onderwys gelê word. Het hulle ook hier die inisiatief geneem?

Dit is moeilik om hierdie vraag met „ja” te beantwoord. Nader aan die waarheid sal ons heel waarskynlik wees as ons die vermoede uitspreek dat die inisiatief eerder van die keiserlike administrasie - van die keiser self of van Tribonianus - uitgegaan het. Aan laasgenoemde is die opdrag in *c Deo auctore* geadresseer om die *Digesta* te vervaardig, aan hom word vrye hand gelaat om ’n kommissie bestaande uit professore en advokate aan te stel, en vir goedkeuring aan die keiser voor te stel. Uitdruklik word beklemtoon dat die werksaamhede van die kommissie ten volle onder die toesig van die *quaestor sacri palatii*, Tribonianus, moet staan.⁷³ Dit lyk duidelik of die hele kommissie maar net keiserlike bevele gehoorsaam, trouens die gehoorsaamheid van Tribonianus en sy kommissie word uitdruklik geloof; van Tribonianus word in *c Tanta* 9 gesê dat hy niks as hoër en belangriker erken het as om die bevele van die keiser uit te voer nie. In *c Imperatoriam* 3 word weer van Tribonianus en die twee professore Theophilus en Dorotheus gesê dat hulle trou aan die keiserlike bevele betuig het.

Hoe dit ook sy; ons sal beswaarlik ooit met absolute sekerheid te wete kan kom wat die motiewe van die regsgeleerdes by die opstel van die *Digesta* en die *Institute* was. Miskien het die opdrag om die versameling tot stand te bring in ’n reeds bestaande behoefte voorsien om die regstof oorsigtelik in *indices* of *summae* saam te vat.⁷⁴ Miskien het die regswetenskap geen rede gehad om teen die outoritêre vaslegging van die tekste of teen die verbod op kommentare beswaar aan te teken nie. In elke geval kom hulle in elke opsig onder die beheer en toesig van die staat wat dmv ’n verdere *c Omnem* van 533 die regstudie herorganiseer en slegs drie regskole toelaat om met hulle bedrywighede voort te gaan, dié in die twee hoofstede, Rome en Konstantinopel, waarvan die een - Rome - nog verower moes word, en Berytos, terwyl al die ander skole waarvan Alexandria en Caesaraea by name genoem word, gesluit word.⁷⁵

⁷¹Vgl net Archi (*supra* n 4) 177.

⁷²Vgl Wieacker (*supra* n 2) 277-8.

⁷³*c Deo auctore* 3.

⁷⁴Sien Wieacker (*supra* n 2) 274.

⁷⁵*c Omnem* 7.

Met hierdie oorsigtelike opmerkings oor sommige implikasies van die kodifikasie kan ons vir ons huidige doel volstaan en terugkeer na ons uitgangspunt, die uitlating van Procopius in sy *Bouwerke* waarin hy die amptelike opvatting weergee. Teen hierdie mening staan egter 'n ander algemene opmerking wat in sy *Geheimgeskiedenis* voorkom en waarin Procopius die keiser beskryf as iemand wat nooit daaraan gedink het om te bewaar wat gevestig is nie, maar wat steeds en in alle opsigte as 'n vernuwer optree en wat - kortweg - as die onheilspellende, demoniese vernietiger van wêreld- en regsorde beskou moet word.⁷⁶

Kan ons hierdie oordeel onderskryf? *Cum grano salis* moet Procopius waarskynlik gelyk gegee word. In elk geval is dit nodig om meer as wat in die verlede die geval was van sy menings kennis te neem en hulle - soos ons dit vandag gedoen het - teen die Justiniaanse wetgewing self te toets.⁷⁷

Hiermee kom ons dan aan die einde van die huidige betoog. Tot watter slotsom moet ons in die lig van die bespreking sover geraak?

IV

Uit die voorgaande bespreking het veral één feit geblyk: die buitengewone ingewikkeldheid van die Justiniaanse wetgewing spruitende uit die groot verskeidenheid uiteenlopende regspolitiese beleidsrigtinge van die Justiniaanse regering. Feitlik elke faset van die lewe word deur die Justiniaanse wetgewing geraak, die administrasie, insluitende die regsbedeling, die *decuriones* en die andersgelowiges, nie minder nie as die regskole en die regsonderrig, om maar net weer te verwys na wat so pas in meer besonderhede behandel is. Die keuse was noodwendig beperk, en dit maak dit uiters moeilik om tot 'n samevatende oordeel te kom. Miskien sal dit egter tog moontlik wees om die een of ander gesigspunt beter te belig.

Die Justiniaanse wetgewing as 'n stuk van sy eie tyd moet vereers in die lig van die imperiale beleid van die Justiniaanse regering gesien word. Al leer die geskiedenis ook vir ons wat die uitkoms ken, dat die imperiale restourasiebeleid bloot 'n episode gebly het, moet ons tog aanvaar dat hierdie beleid klaarblyklik die dryfveer van feitlik alle bedrywighede van die Justiniaanse regering was, die wetgewing nie uitgesluit nie. Ook die wetgewende beleid van die ryk het gedien om die oogmerke van die buitelandse beleid te verwesenlik wanneer mens dit as 'n poging begryp om met behulp van wette binnelands die rug vry te hou vir die uitvoering van die buitelandse politiek wat nie sonder oorlogsvoering geslaag kon wees nie. Die slagspreuk van die *arma et leges*, wat mekaar oor en weer te hulp snel, verkry 'n eminent

⁷⁶An 6 21.

⁷⁷Vgl hieroor ook Nörr (*supra* n 3) 113-4.

praktiese betekenis. Op die voorgrond staan onder Justinianus die wapens wat met die hulp van wette uiteindelik seëvier.

Ook die afloop van die Justiniaanse wetgewing lewer bewys vir hierdie stelling. Heel aan die begin van die keiser se regering staan die omvattende kodifikasie van die Romeinse reg wat ons nou weer in sy geskiedkundige perspektief moet sien. Die kodifikasie word met 'n haas ongelooflike spoed binne die bestek van 'n paar jare afgehandel, terwyl mens tog eintlik moet verwag dat 'n dergelike samevatting van die geldende reg aan die einde van die werksaamhede van 'n wetgewer soos Justinianus behoort te staan. Moeilik om te begryp is ook die feit dat die kodifikasie die Latynse taal behou terwyl die Griekse taal onmiddellik na die voltooiing van die kodifikasie voorrang geniet. Opvallende omstandighede van hierdie aard het nogal baie probleme vir die regshistorikus opgelewer en daartoe gelei dat soms van die „aristokratiese” karakter van die Justiniaanse wetgewing gepraat word, wat verhinder het dat die kodifikasie orals in die praktyk ingang gevind het.⁷⁸

'n Dergelike poging tot oplossing van die genoemde probleme wat die Justiniaanse wetgewing oplewer, lyk egter nie volkome oortuigend nie. Sal ons nie nader aan die waarheid kom nie as ons weer wys op die buitelandse aspirasies van die keiser wat hom noodsaak om die kodifikasie met die uiterste spoed aan die begin van sy regering aan te pak en te voltooi, ongeag die vraagstukke wat sulke spoed moet meebring, met die doel om sy rug binnelands vry te hou deur 'n stewige grondslag vir die daaropvolgende wetgewing te lê wat op sy beurt weer moet dien om die bestuur van die ryk vas in die hand te kry?

Die kodifikasie is sekerlik nie toevallig nie die uitgangspunt van die Justiniaanse wetgewing, wat sy eintlike beslag eers deur die *Novellae Leges* kry. Die *Novellae*, die laaste deel van ons huidige *CIC*, wat in die regshistoriese navorsing dikwels deur die vir ons soveel belangriker kodifikasie oorskadu word, toon die trekke wat na die Bisantynse toekoms wys.⁷⁹

Teen maatreëls afgekondig as *novellae leges* is die kritiek van 'n man soos Procopius gemik. Die kodifikasie is daarenteen van minder belang en word slegs onregstreeks, in die verbygaan, raakgesien in 'n lofdig wat die wetgewer nie as wetgewer nie, maar as die skepper van beroemde geboue soos die Hagia Sophia in Konstantinopel verheerlik.

Belangrik vir ons huidige doel was die opmerkings in Procopius se *Anékdota*. Aangesien hierdie werk verteenwoordigend van die Bisantynse keiserkritiek is, moet ons moontlik in aanmerking neem dat

⁷⁸Sien net Wieacker (*supra* n 2) 283 286; Archi (*supra* n 4) 221.

⁷⁹Kunkel (*supra* n 64) 166.

die skrywer daarvan opsetlik voorbeelde van die Justiniaanse wetgewing gekies het waarby hy sy kritiek kon aanknoop. Aan die prent wat hy lewer ontbreek derhalwe heel moontlik baie kleure wat anders die volkome beeld sou geskep het. Nogtans gee dit ons 'n idee van watter afdelings van die omvattende Justiniaanse wetgewing in die kader van sy eie tyd werklik deel van die alledaagse lewe uitgemaak het. Ongelukkig is dit juis gebiede wat nooit die belangstelling van Romaniste baie geprikkel het nie.

Hierdie opmerking bring ons ten slotte dan nog by die probleem van die Justiniaanse reg.

Dié probleem bestaan nie vir Romaniste nie, wat hul aandag veral op die privaatreë en siviele prosesreg toespits en bowendien nog die klassieke Romeinse reg in die middelpunt van hulle wetenskaplike bedrywighede plaas. Hierdie benadering het egter daartoe bygedra dat dié reg wat ons die eintlike Justiniaanse reg moet noem, nog vandag maar baie min bekend is.⁸⁰ Hier wag op die Romanis nog 'n groot taak. Wil ons meer te wete kom oor die plek wat die Justiniaanse wetgewing in die kader van sy eie tyd inneem, sal dit nodig wees om nie net na die uitwendige geskiedenis daarvan te kyk nie, maar ook om kennis te neem van die inhoud van die Justiniaanse wetgewing, al is dit miskien ook oorwegend van publiekregtelike aard, soos al die gebiede van die reg wat ons vandag na aanleiding van mededelings van Procopius behandel het.

SUMMARY

Arma et leges

The Justinianic legislation within the framework of its own time

This inaugural lecture deals with the most important source of Roman law and Roman legal history, *viz* the later so-called *Corpus Iuris Civilis*.

In order to determine the place of Justinianic legislation within the framework of its own time, the *Novellae* - the last part of the *Corpus Iuris Civilis*, which came into existence during the years 535 to 565 - should be taken as the starting-point. The contents of some of the *novellae leges* invite comparison with contemporaneous non-legal sources, especially with the works of the most eminent historian of the Justinianic era, Procopius of Caesarea.

From this point of view it will emerge that the emperor Justinian (527-565) adapted his legislative policy to suit both his internal and foreign policy: which were directed, generally speaking, to restoring the Roman empire to its former glory.

This point is stressed by the use of the topos *arma et leges* - meaning that arms and statutes are reciprocally dependent on each other - in the programmatic and propagandistic introduction to major acts of legislation. Hence it is shown that, in fact, the whole Justinianic legal policy largely depended on Justinian's foreign policy; not, however - at least not to the extent that Romanists in the past tended to assume - on a classicistic policy of restoration of the legal culture developed in the early stages of Roman legal history, especially during the classical period. □

⁸⁰Oor die Justiniaanse reg Archi (*supra* n 4) 203 ev.

Expropriation and the arbitration process*

DV Cowen

The Law Adviser to the Johannesburg City Council

Until the passing of the Expropriation Act 55 of 1965 the traditional method in South Africa of settling disputes concerning the amount of compensation payable in respect of expropriated land was by arbitration. Beginning in the 1930's, a few isolated statutes provided that such disputes should be referred to a special court, namely the Water Court,¹ and in 1955 the Railway Expropriation Act presaged future developments by referring such disputes to the ordinary courts; but apart from these exceptions the general rule remained that the issue should be resolved by arbitration.

The 1965 Expropriation Act introduced a significant departure from the general practice by making it mandatory, where expropriation takes place under that act, and the parties cannot agree upon compensation, to refer the dispute to the ordinary courts of law; and determination by the ordinary courts seems clearly to be the trend of more recent legislation by the South African Parliament. This mode of determination has, for example, been adopted in the National Roads Act 54 of 1971.

The departure from arbitration embodied in the 1965 Expropriation Act is, however, especially far-reaching because that act was designed to deal with the general run of central governmental, provincial and municipal expropriations. Nevertheless, the 1965 act left it open for expropriations to take place under other legislation. In the Transvaal, for example, Ordinance 64 of 1903 (The Municipalities Powers of Expropriation Ordinance) is still frequently used. Again, in the Cape, chapter 10 of the Municipal Ordinance of 1951 is used in

*A paper read at the seminar on *Expropriation and the Law* held at the Heerengracht Hotel, Cape Town, 11 April 1972, under the joint auspices of the Institute of Foreign and Comparative Law of the University of South Africa and the South African Property Owners Association.

¹See the Native Trust and Land Act 18 of 1936 s 13(4); the Land Settlement Act 24 of 1956 s 21(3).

municipal expropriations; and both of these ordinances provide for arbitration where agreement cannot be reached on the amount of compensation payable.

The Cape Ordinance is especially noteworthy because, although it was extensively amended in 1971, the arbitration process was adhered to in deliberate preference to the current trend in favour of court proceedings; and presently it will be relevant to enquire into the reasons for that preference.

Because of this diversity of practice, it follows that if there is to be a comprehensive consolidation of all the relevant South African statutory provisions on expropriation, a basic policy decision will have to be taken as to whether arbitration or an ordinary court action is the more appropriate process to settle a compensation dispute; and, if neither of these alternatives is fully adequate, the further question arises as to what should be the solution.

Let me state, at the very outset, precisely where I stand on this question. If the choice lay between, on the one hand, compulsory arbitration (as under most of the pre-1965 expropriation legislation) and, on the other hand, compulsory court proceedings before the ordinary courts (as under the 1965 Expropriation Act), I think that the balance of advantage is on the side of ordinary court proceedings, though both, in my opinion, have their own shortcomings. Fortunately, the choice is not limited to those two procedures.

A third course would be to provide for settlement in the ordinary way by the courts, with the proviso that if both parties so desire they may go to arbitration. This third course would, I believe, be preferable to either of the first two. I should perhaps add that, on one interpretation, a choice between litigation and arbitration is in fact provided by the act. However, on what I believe to be the better interpretation - confirmed by senior counsel's opinion - court proceedings under the Expropriation Act are mandatory where agreement as to compensation cannot be reached.

A fourth course which in my opinion is better still, would be to set up a special tribunal constituted along the lines of the Lands Tribunal in Great Britain. Questions relating to compensation for the compulsory acquisition of land, and allied matters, are determined in Great Britain by a Lands Tribunal of which the president must be an experienced lawyer and the other members must be persons who have had experience in the valuation of land.²

If it is considered that there might not be sufficient work of this kind in South Africa to justify the establishment of a special lands

²See s 3(1) and (2) of the Lands Tribunal Act 1949.

tribunal, an equally effective fifth course would be to make provision for special courts constituted broadly along the lines of the existing South African water courts or the special income tax courts. Such special compensation courts (and we need not now try to find the best name for them) could be constituted for specified areas and each would be presided over by a specially selected judge of the Supreme Court. However, differing from the case of the Lands Tribunal, the judge in question would not deal exclusively with disputed compensation and allied matters; he would also be available when time permitted to do other judicial work. He could also be assisted by specialised assessors. The adoption of this fifth course would be substantially within the scope of the idea of consolidation because there has been a precedent for it in South African legislation. Thus, under both the Native Trust and Land Act of 1936 and the Land Settlement Act of 1956, provision was made to have disputes concerning compensation upon expropriation resolved by a special court.

Meanwhile, the two alternatives to be found in existing legislation, where agreement cannot be reached on compensation, are either compulsory arbitration or compulsory litigation before the ordinarily constituted courts. And as the legislature is not likely to examine other alternatives unless it is satisfied that neither of the existing courses is fully adequate, I think that the most useful thing I can do today is to try to evaluate with you the pros and cons, in this special field of compensation, of ordinary court proceedings, and especially the pros and cons of the more traditional process of arbitration.

At this point I would like to pause in order to emphasize two very important features of the court process envisaged by the 1965 Expropriation Act. In the first place, the ordinary rule in litigation that costs follow the result - that the party who substantially succeeds is awarded costs - has been departed from. Under the act costs are prorated according to what I consider to be a very fair and logical formula. Where an owner holds out for payment of an inflated claim, then even though he substantially succeeds in litigation under the act, he does not get all his costs. If, for example, he claimed R20000, was offered R10 000 and is awarded R12 000 by the court, the expropriating authority will be ordered to pay one fifth only of the costs. In short, the owner is penalized for making an inflated claim; and it is right and proper, I think, that this should be so; for had the claim been less extravagant, a settlement might have been reached. It is easier to do a deal at R12000 (to take the figure awarded by the court in our example) with an owner who claims R14 000 than with an owner who insists on R20000. I hope that this particular aspect of the Expropriation Act will be adhered to in any consolidating legislation.

I am, however, less enthusiastic about the second characteristic feature of litigation under the Expropriation Act. In ordinary liti-

gation there is a rule of court that each party must give the other a list of the expert witnesses he proposes to call, together with a summary of their evidence. For some reason, which is not at all apparent to me, this sensible rule has been abolished in litigation concerning compensation under the Expropriation Act.³

Reverting now to the main topic of this paper, the first thing to be noted is that if an evaluation of the arbitration process is to be realistic, it is essential to have regard to the particular context in which the process is to be used; for although arbitration is commonly thought of as a single-type institution, both the character and the utility of the process are decisively determined by the context in which it is used.

As a mechanism for the settlement of disputes arbitration may, of course, be used in many diverse contexts. It may arise out of an agreement between the parties (often called a voluntary arbitration), or it may have its origin in the requirements of particular legislation (called a statutory arbitration); and within each of these broad categories there are, in turn, many varieties. An ordinary commercial arbitration - for example to resolve disputes under a civil engineering construction contract - and a trade association arbitration are but two examples of many kinds of voluntary arbitration. Again, arbitrations to fix the quantum of compensation under expropriation laws, and arbitrations under industrial legislation, are only two of the more familiar examples of statutory arbitration.

In some situations arbitration may undoubtedly be well-suited and work admirably; in others it may be ill-suited and work unsatisfactorily. Factors, such as the desire to avoid the publicity of court proceedings, which may be of decisive importance to partners trying to settle their differences, may have no relevance at all, or may yield to countervailing values, in other contexts. Where, for example, an organ of government expropriates land, and the issue is the quantum of compensation to be paid, the benefit of privacy which arbitration normally affords is hardly relevant. On the contrary, there seem to me to be very good reasons why in such a case the proceedings should be public. I shall have more to say about this cardinal aspect of publicity later.

Many supporters of arbitration, tending to regard the process in the lump, so to speak, as a single-type phenomenon, put forward five advantages which it is alleged to have over a court action. These are: speed, economy, expertise, privacy and finality. And it is on the assumption that arbitration ordinarily achieves these five objectives that it is often sold to the public and to the professions. My own observations and experience lead me to question whether arbitration really

³Government Notice R 2059 of 12 November 1971.

lives up to the claims made for it. Certainly within the field with which we are immediately concerned today, I believe that experience shows that arbitration is slow, very expensive, veiled in secrecy in a situation which in fact demands full publicity, and often in particular cases fails to achieve substantial justice. It should, in my opinion, be abolished as a method of resolving disputed issues of compensation in expropriation cases.

In trying to substantiate this point of view, I would invite you to take a closer look with me at the five alleged advantages of arbitration, in order both to assess their weight and to see to what extent they are in fact achieved in expropriation arbitrations. In doing this exercise I think we should try so far as possible to avoid abstractions and speculation and to be as specific and concrete as experience permits. I shall, therefore, illustrate what I have to say with facts and figures derived from some actual case studies.

Before proceeding to this analysis, however, it is relevant to say a few words about the general law relating to arbitration in South Africa. Arbitration can become an effective method of settling disputes outside the courts only if the law itself is expressly favourable to it. The Roman-Dutch common law has given its blessing to arbitration for centuries; and, what is more, a number of arbitration statutes were passed in the pre-Union South African colonies to make the arbitration process more effective. However, it was not until the passing of the Arbitration Act 42 of 1965 that South Africa obtained a truly modern arbitration act.

The characteristic features of a modern arbitration act are:⁴

- 1 The irrevocability of agreements to submit existing or future disputes to arbitration;
- 2 The provision that any court action instituted in violation of a valid arbitration agreement may be stayed;
- 3 The authority of the court to appoint arbitrators and to fill vacancies where the parties cannot agree upon the appointee;
- 4 The provision that the arbitration tribunal shall have specified powers to ensure the efficient and orderly conduct of the hearing;
- 5 The specification of strictly limited grounds upon which the arbitrator's award may be challenged;
- 6 The permissive and supplementary character of the arbitration act itself, leaving the parties free in most situations to depart from the

⁴See Merton Bernstein *Private Dispute Settlement: Cases and Materials on Arbitration* New York 1968 Chapter III.

provisions of the statute and mould the arbitration proceedings to suit their particular requirements.

In all six respects South Africa now has the benefit of a well-drafted and up to date piece of legislation. It follows in substantial measure the provisions of the English Arbitration Act of 1950, but in several respects it is an improvement on the English counterpart. Such criticism of arbitration as I may venture to state will, therefore, be directed not against the law on the subject but against the inherent nature of the actual process as it works in practice.

I should add that although many of the expropriation statutes and ordinances in South Africa have built-in provisions regulating the process of arbitration, where disputes arise because of the application of the particular expropriation measure, the Arbitration Act of 1965 may also be applicable. This is particularly relevant in the Transvaal. Where expropriations are made, as they frequently are, under Ordinance 64 of 1903, that ordinance provides that the arbitration procedure where agreement cannot be reached on the quantum of compensation, shall be as specified in Proclamation 5 of 1902. By virtue, however, of section 40 of the Arbitration Act, its provisions apply to arbitrations under the 1902 Proclamation "as if the arbitration were pursuant to an arbitration agreement and as if [the 1902 proclamation] were an arbitration agreement". The intention was to provide up to date machinery supplementing that created by other laws, or by an ordinary arbitration agreement. The result is that the arbitration provisions of the 1902 proclamation remain in force (having been incorporated by reference into the 1903 ordinance);⁵ but on points where the 1902 proclamation is silent the provisions of the 1965 Arbitration Act apply.

We are now in a position to look more closely, within the specific context of expropriation proceedings, at the various advantages which arbitration is said to have over litigation.

Speed

Lengthy pre-trial proceedings, and the difficulty of getting an early date for a trial before busy courts with congested rolls, are invariably pointed to by the advocates of arbitration as a compelling argument against litigation. Justice delayed is justice denied, they say, echoing *Magna Carta*. Arguments along these lines in favour of arbitration have been advanced since the 17th century.⁶ And it must, I think, be conceded that this criticism about delay in getting cases set

⁵The repeal of the 1902 proclamation by the Expropriation Act does not affect the validity of the incorporation of the proclamation into the 1903 Ordinance. See *Solicitor General v Malgas* 1918 AD 489, 491.

⁶See *eg* Voet *Ad Pandectas* 4 8 1.

down for trial has in some cases very real substance. Indeed, I have been informed by the Deputy Town Clerk of Cape Town that the main reason why arbitration was chosen in preference to litigation when the Cape Municipal Ordinance was amended in 1971, was precisely fear of delay in getting the issue of disputed compensation set down for trial. The answer, as it seems to me, is to establish a special judicial tribunal, whose primary task will be to adjudicate upon disputed compensation claims in expropriation cases. Such tribunals would not be congested.

However, let us grant the validity of the criticism about delay in getting cases set down for trial in the ordinary courts. We may then ask the question: but are modern arbitrations, in expropriation proceedings, any quicker than a court action? I very much doubt it. There is a provision in the Arbitration Act that the arbitrator must give his award within four months of starting upon the hearing;⁷ but this seems to be more honoured in the breach than in the observance. In the first place, the parties may agree that the arbitrator shall not be limited as to time (which is what the English act provides); and they generally do so agree. Secondly, even if the parties do not so agree, either party can apply to court to have the period of four months extended; and if such an application were to be opposed, there would be a further delay.

In one recent arbitration, within my knowledge, 45 sessions before the arbitrator took some 15 months to complete from the first hearing to the last. In another, also within my own knowledge, 40 sessions took 11 months to complete from the first hearing to the last. I shall have something to say presently about these two cases on the question of expense. But first let us pin-point some of the main reasons why arbitrations are often much slower than court cases.

No doubt if both parties are eager to have a speedy resolution of their differences, arbitration can be quicker than litigation. But this is rare. Experience shows that the stronger the case on the one side, the more reluctant is the opposition to co-operate in a speedy decision. And once the will on both sides to get on with the job is absent, the machinery of arbitration offers opportunities for delay beyond anything that would be allowed in the courts.

First of all there may be long drawn-out skirmishing as to who the arbitrator should be. The arbitrator is, of course, the decisive element in any arbitration. His ability, expertise, impartiality and fairness can make or mar the entire proceedings. Not unnaturally, therefore, the parties invariably attach great importance to choosing him. I know of one case where consultations and an exchange of letters

⁷s 23.

took place over a period of five months before the expropriatee and the expropriating authority finally agreed on who was to arbitrate. It is true that under section 12(2) of the Arbitration Act either of the parties could have cut the Gordian knot by applying to the court to appoint an arbitrator, but they wished to keep control of the proceedings in their own hands and so battled on to obtain agreement.

There is also the possibility that one of the parties may raise an objection in court against an arbitrator who has been appointed by the other. Let me give you an example. Section 13 of the Transvaal Expropriation of Lands and Arbitration Clauses Proclamation 5 of 1902 (the proclamation which regulates the arbitration procedure where an expropriation takes place under the Municipalities Powers of Expropriation Ordinance of 1903) provides that if the parties are unable to agree upon the appointment of a single arbitrator, each shall appoint an arbitrator. Thereupon, however, either party has the right to object to the arbitrator nominated by the other side "on good cause shown."⁸ Now, as one of the grounds upon which an objection may be based is whether a reasonable person in the position of the applicant might think he will not get a fair hearing, there is often a substantial risk of an appointment being challenged. An advocate nominated by one of the parties might, for example, have acted professionally in the same matter for that party before his appointment; and even though a court might be satisfied that there is no possibility of prejudice *in fact*, yet if the circumstances are such as to lead a layman reasonably to think that there are grounds for suspicion, the appointment will be set aside.⁹

Let us suppose, however, that the arbitrator or arbitrators have been duly chosen and that the hearings are ready to start. From this point onwards the risks of delay are legion.

To begin with arbitrators are often busy professional men with other commitments, and hearings have to be arranged to suit their convenience as well as that of the parties and their legal representatives.

Again, compared with a court trial, arbitration proceedings are much less formal, and this comparative informality is itself a potential source of considerable delay. It is true that in big arbitrations taking place before an arbitrator who is a lawyer, where the parties are represented by lawyers, the proceedings are sometimes run on formal lines approximating to court procedures. But even in such cases the proceedings are less formal, as a few examples will show.

⁸See s 13(2) of the Arbitration Act 1965. This section of the Arbitration Act applies because the 1902 proclamation is silent on the subject.

⁹See *Appel v Leo and Another* 1947 4 SA 766 (W).

Written pleadings or statements of the essentials of each party's case are, as you know, required in trials before the courts; and they are essential if the real issues are to be identified and a sense of direction given to the proceedings. Recognising the importance of pleadings, the legislature, when passing the Arbitration Act, provided that the arbitrator may on the request of either party order that the parties shall produce particularised written statements of their case. But although the arbitrator may ask for written statements of case, they are not always forthcoming; and the sanctions for non-compliance are nowhere clearly spelled out.

In one arbitration within my knowledge the expropriatee began by putting forward a case for compensation for land potential based on a plan for an industrial township; but at the eleventh hour he switched his case to one based on potential commercial user, of which written particulars were not given in advance. In another arbitration the expropriatee presented no fewer than three different cases during the arbitration. As each of his key witnesses was demolished, adjournments were asked for and new witnesses were found to present new versions. This sort of thing would not be allowed by a judge in a court trial, yet one cannot blame the arbitrator for allowing the matter to drag along. The fault is inherent in the very process of arbitration. Mindful of the fact that his award will not be subject to appeal, and may only be reviewed on very limited grounds, arbitrators are loath to be severe in curtailing evidence. Mindful, too, that one of the grounds for setting aside an award is refusal to hear relevant evidence, arbitrators are often content to hear all the evidence offered "for what it is worth."

You will remember the tactics of the famous Roman general, Quintus Fabius, who fought a long drawn out defensive campaign against Hannibal. He was nicknamed "cunctator," the delayer, because he successfully avoided coming to grips with Hannibal. Now, I would suppose that even Fabius was entitled, as the saying goes, to his day in court; but I suggest that for every day he could decently spend in court, he could have a week-long ball before an arbitrator.

It was doubtless with these considerations in mind that the late Mr Justice RPB Davis once said that the difference between litigation and arbitration was that whereas litigation was a fight according to Queensberry rules, an arbitration was jungle warfare.

Economy

What about economy? Some writers on arbitration stress the fact that arbitration is less expensive than litigation.¹⁰ They must surely be

¹⁰See, for example, *Davis on Arbitration* 2.

theorising rather than describing practice! The facts point to exactly the opposite conclusion.

The reasons why arbitrations, especially expropriation arbitrations, are often extremely expensive flow directly from the informality of the proceedings and the general tendency of arbitrators to hear every scrap of tendered evidence for what it is worth. Meanwhile costs may, and often do, accumulate at the rate of between R3 000 and R4 000 per day. The fee for the arbitrator, alone, may be in the region of R400 or more a day; and if there are three of them - I leave the arithmetic to you!

Indeed costs are frequently so high that even a substantial victory for an expropriatee may, in the result, turn out to be a Pyrrhic victory after the bill of costs has been taxed, especially where an unnecessarily large number of expert witnesses have been called. Let me give you a few illustrative facts and figures.

In one case the expropriatee claimed R3m. He was offered R500 000. After a long arbitration he was awarded R975 000 and costs. His costs for attorneys, counsel and the qualifying fees of expert witnesses were approximately R200 000 of which only about R80 000 was allowed on taxation. He therefore had to find R120 000 out of his own pocket. The qualifying fee for one expert witness alone was R15 000 of which R12 000 was taxed off. Counsel's fees for the first day were R30 000 of which R23 000 was taxed off. The single arbitrator's fees for a 40 day hearing were in excess of a judge's annual salary.

In another arbitration the expropriatee claimed approximately R3½m. He was offered R400 000 and after a very long arbitration was awarded R560 000. Although awarded costs, the qualifying fees of a number of witnesses were disallowed and the bill still has to be taxed. In the result this could be a very expensive "victory."

Financial burdens of this magnitude are daunting to all but the rich or the reckless. On the other hand, the very magnitude of the risk could be a healthy inducement for an early and realistic settlement, especially if costs are pro-rated as under the 1965 Expropriation Act, as I have already suggested they should be.

Expertise

One of the main advantages claimed for arbitration is that the parties are free to choose as an arbitrator an expert in a technical field. It is certainly most helpful in expropriation cases if the adjudicator is familiar with the finer points of valuation techniques and with the law and practice relating to township establishment. It is desirable, too, that he should have acquired from practical experience an almost intuitive feeling for the reasonable business expectations of the parties. And arbitration proceedings, it is claimed, allow the parties to choose

just such a person, whereas not every judge has the skill or even the inclination to move with ease in this field.

This is undoubtedly an important point in favour of arbitration. But its importance may easily be over-rated. Certainly if the arbitrator is not a lawyer the advantage of his expertise may be more than off-set by his lack of knowledge of procedure and inexperience in sifting and weighing evidence.¹¹

In any event the alleged advantage of arbitration on the score of expertise would be weightier if the alternative involved treating compensation claims upon expropriation as if they were ordinary court trials, like divorce cases or criminal trials. But this is not necessarily the alternative. A lands tribunal modelled on the British lines, or special courts modelled on the lines of our water courts or the special income tax courts, could supply the necessary expertise. Such courts would do so, moreover, at the cost of the state rather than at the expense of the parties; and they would also go a long way, I think, to answer the complaint about congestion in the ordinary courts. I strongly advocate such a solution of our problem.

Privacy

Arbitrations are not open to the public unless both parties agree that they should be. I have not been able to find any Roman-Dutch or any direct South African judicial authority for this proposition, and the Arbitration Act is silent on the point; but the proposition itself undoubtedly reflects long-standing and accepted practice.

I think it may be conceded immediately that this element of privacy may be very relevant, and indeed decisively important, in certain cases; for example when trade secrets are involved, or where it is sought to create a climate favourable to the continuance of business relations after a particular dispute has been resolved. But I do not think it has any relevance at all where a governmental authority expropriates private property in the public interest and uses money obtained from the public to pay for it.

In any event I am disposed to question the value of private hearings, save in exceptional cases. One of the chief safeguards of the impartial administration of justice in the ordinary courts of law is the common law right of the public, including the press, to be present and to publish accurate reports of, and fair comments on, the proceedings. This is embodied in the maxim that it is not sufficient that justice is done, it must also be seen to be done. The courts have a discretion to hear proceedings behind closed doors on certain limited

¹¹The point is tellingly emphasised in Hudson *Building and Engineering Contracts* 10th ed 856.

grounds, but the general rule is that the security of securities is public. It keeps the judge himself, while trying, under trial.¹²

Arbitrators are not obliged to give reasons for their awards; and when they do give reasons these are not available to the general public. This is an aspect of the hush-hush nature of arbitration proceedings which, in my view, is indefensible in expropriation proceedings. The result is that a great deal of knowledge of direct and real concern to the public is veiled in secrecy.

I do not think it healthy that this branch of human activity should be a priestcraft or a mystery whose inwardness is known only to a few experts or to a few experts and pundits. If these matters were dealt with by the courts, the proceedings and, more important still, reported judgments, would be open to all. I agree entirely with the crucial point made by Professor Wiechers in his paper on the arbitration process,¹³ that if reasons for decisions in compensation cases were published in law reports, these would serve as a guide to valuers and property owners and other tribunals, and much greater consistency in the approach to these matters would be achieved.

In this context it is interesting to observe that in Natal the Provincial and Local Authorities Expropriation Ordinance 1954, which sets up a board of arbitrators for the determination of the compensation to be paid in respect of expropriated land, expressly provides in section 4(2) that the proceedings of the board shall be conducted in public, save for the purposes of deliberation and voting, which shall be in private if the board so determines. This is a step in the right direction; but in my view it does not go far enough because the board of arbitrators, unlike a court, is not obliged to give reasons for its decisions.

Finality

What should be said about the alleged advantage of finality? An arbitrator's decision is final in the sense that there is no right of appeal and the grounds upon which the decision may be reviewed and set aside are very limited. This attribute of finality is said to be an advantage which arbitration proceedings have over a law suit which, in the words of one writer on arbitration, "may go from one court to another, eg from the Magistrate's Court to the Provincial Division and finally to the Appeal Court."¹⁴

This line of argument loses sight, however, of three important factors. In the first place the attribute of finality is not confined to

¹²See the instructive judgments in *Scott v Scott* 1911-1913 All ER (reprint) 1.

¹³See the transcript of the seminar on *Expropriation and the Law* (SAPOA) November 1971 27.

¹⁴Davis *op cit* 3.

arbitration proceedings. It may, where the parties agree, be imported into ordinary litigation. Thus section 82 of the Magistrates' Court Act 32 of 1944 provides that no appeal shall lie from the decision of the Magistrate's Court if, before the hearing is commenced, the parties lodge with the court an agreement in writing that the decision of the court shall be final. There is no similar provision in the Supreme Court Act 59 of 1959, but I know of no reason in principle why a similar agreement or even an oral agreement would not be valid and effective in Supreme Court proceedings, and there is clear judicial authority in favour of the efficacy of such an agreement in superior court proceedings in England.¹⁵

Secondly, while it is true that in some situations the finality of an arbitrator's award may well be an advantage, the cost, in terms of risk, which the parties pay for it is high and may often be too high. If a magistrate or judge is in error his decision may be corrected on appeal; but if an arbitrator's decision is unsound, even blatantly so, you are stuck with it. In a leading Scottish case Lord Jeffrey emphasized the risk in the following words:

"On every matter touching the merits of the case the judgment of the arbitrator is beyond question or cavil. He may believe what nobody else believes and he may disbelieve what all the world believes. He may overlook or flagrantly misapply the most ordinary principles of law; and there is no appeal for those who have chosen to subject themselves to his despotic power."¹⁶

Lord Jeffrey's rhetoric may perhaps be somewhat extravagant, but he certainly makes the point.

Thirdly, and most importantly, finality should not be confused with predictability. Arbitrators' awards tend to be less predictable than court decisions. This is due in large measure to the fact that arbitral awards are very often compromise or "halfway house" decisions. Hudson, the author of the leading English textbook on building contracts, has this to say on the point, and I agree with every word of his criticism:

"The instinct for compromise, and of reluctance to hold a claim wholly valid or invalid, is perhaps the most serious fault of non-legal arbitrators; it can work great injustice, and is perhaps the greatest single factor in encouraging unrealistic tendering to secure a contract with the preconceived purpose of later pursuing a claim before an arbitrator."¹⁷

It should not be supposed that Hudson's strictures are limited to non-legal arbitrators in civil engineering contract arbitrations. The arbitrators in expropriation arbitrations are for the most part practising lawyers. Nevertheless, the almost invariable pattern is that the expro-

¹⁵See *Jones v Victoria Graving Dock Co* 1877 2 QBD 314; Halsbury *Laws of England* 3rd ed vol 30 par 869.

¹⁶*Mitchell v Cable* (1848) 10 D 1297, 1308.

¹⁷*op cit* 856.

priatee tends to get something more than he was offered, yet something less than he claimed. This can be a source of great injustice. It is possible, of course, to draw various inferences from these facts in regard to such matters as the optimism or cupidity of owners; or, perhaps, in regard to the stinginess of expropriating authorities; or even in regard to the propensities of arbitrators. Different people, according to their experience or nature, will draw different inferences; but the unvarnished facts are precisely what I have stated them to be - and they make one think.

For all these reasons, I repeat that if I had to choose between compulsory arbitration and compulsory litigation before the ordinary courts in these compensation matters, I would somewhat reluctantly prefer the latter. However, if I were given the choice between compulsory arbitration and adjudication by a special judicial tribunal, I would most enthusiastically prefer the latter.

It remains to say a few words about the jurisdiction of the Special Compensation Courts whose establishment I am advocating. In regard to the sum at issue I think that the Expropriation Act has drawn a realistic line between matters appropriate for an ordinary Magistrates' Court hearing and a hearing before a judge in a Special Court.

In regard to subject-matter, I would suggest that the jurisdiction of the Special Compensation Court be limited to questions of quantum of compensation. The question whether or not a particular expropriation is necessary in the public interest is not ordinarily or properly a judicial question. It depends normally upon policy considerations; and for this reason is not a suitable question to be decided by courts of law.¹⁸ This is not to say that an adequate safeguard should not be provided for the public, but the safeguard should not be a court action.

The point I am making was clearly recognised in the Transvaal Ordinance 64 of 1903, which provides for a public enquiry where an objection is raised on policy grounds concerning the necessity for an expropriation. This is a healthy safeguard which may well be perpetuated in any consolidating legislation. The point I am making has also been recognised in Great Britain. The Lands Tribunal, which deals with questions of compensation and a few other matters, does not deal with objections to an expropriation on policy grounds. As in the case of the Transvaal Ordinance of 1903, provision is made for the hearing of objections at a public enquiry. The enquiring body then reports to a Minister of the Crown for a decision.¹⁹ □

¹⁸See Nichols *Eminent Domain*, 3d ed vol 1 s 4 11. It is otherwise if the property sought to be expropriated cannot possibly serve the ostensible purpose of the expropriation.

¹⁹See Cripps *Compulsory Acquisition of Land* 11th ed 211-216.

Aantekeninge

VAN DER LINDEN: 'N KAAPSE EGGO

'n Vooraanstaande regspraktisyn van die Vrystaat¹ het onlangs 'n vertaling van 'n gedeelte van Van der Linden se „Kriminele Jurisprudensie,” soos hy dit genoem het, aan die Fakulteit Regsgeleerdheid van die Universiteit van Suid-Afrika gestuur met die versoek dat 'n poging gedoen word om na te spoor wie die outeur daarvan was.

Die dokumente, verflenterd en verkleur, was met 'n stuk met roes bevlakte blou-en-wit lyn saamgebind. Die eerste 28 bladsye is in druk en daarop volg 47 blaaië manuskrip in verbleikte swart ink. Die geskifte bevat 'n vertaling van die tweede boek van Van der Linden se *Regsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek*, asook die sewentiende hoofstuk van die eerste boek van dieselfde werk, en 'n afskrif van 'n brief gedateer 17 Mei 1797. Die vertaling is in Engels.

Die eerste taak was om te bepaal wanneer, min of meer, die vertaling gedoen is. In die voorrede tot die vertaling, synde die eerste bladsy, in die afwesigheid van 'n dek- of titelblad, verskyn daar *inter alia* die volgende mededeling:

„The revision of the whole has been afforded by the kind indulgence of his Honor Sir John Truter, who now presides at the head of the Law Department in this Colony . . .”²

Op die vyf-en-twintigste bladsy van die geskrewe gedeelte van die vertaling verskyn die volgende kanttekening:

„*Vide* further on this subject Art 88 of the Crown Trial³ published at the Cape of Good Hope on 14th December, 1819 . . . Translator.”

Hierdie kanttekening is baie klein geskryf en dit wil voorkom of dit agterna ingevoeg is. Deurlesing van die teks het geen verwysing na 'n latere datum aan die lig gebring nie. Daar was egter watermerke in die papier wat ook 'n aanduiding gegee het van die datum van vertaling. Dubbele foliovelle is gebruik vir sowel die gedrukte as die geskrewe

¹Mnr PJA de Bruine van Welkom.

²Volgens die *Suid-Afrikaanse Bibliografiese Woordeboek* was sir John Truter hoofregter aan die Kaap vanaf 1812 tot 1828. Hy is in 1820 deur koning George IV tot ridder beslaan en is die eerste gebore Suid-Afrikaner wat so vereer is.

³Die *Crown Trial* was 'n prosesregtelike kode wat op die Nederlandse Ordonnansie van Phillipus II, 1570, gebaseer was.

gedeelte van die vertaling. Die meeste van die watermerke toon in die een helfte van die vel 'n afbeelding van die figuur Britannia en in die ander helfte 'n jaartal tesame met die fabrikant se naam. Die velle wat nie in die watermerk die figuur Britannia bevat nie, bevat 'n ander wapen en die naam van 'n Hollandse firma. Hierdie velle is gebruik vir die laaste gedeelte van die manuskrip. Die jaartalle in die watermerke in die papier wat gebruik is vir die gedrukte gedeelte wissel tussen 1820 en 1823 en dié van die geskrewe gedeelte tussen 1825 en 1826. In die velle wat die naam van die Hollandse firma bevat, is daar geen jaartal nie. Die deskundige wat die watermerke nagegaan het, het vasgestel dat die papier „handvervaardig” is; dat, in Engelse papier van die negentiende eeu, die afbeelding Britannia in die watermerk die grootte van die papier, dit wil sê dubbele folio, aandui en dat die jaartalle, wat „dandies” genoem word, nie noodwendig die datum van vervaardiging van die papier aandui nie. Blykbaar het elke vat waarin die papier gedurende die proses van die maak van handvervaardigde papier geweek is, 'n „dandy” bevat. Die jaartal sou dan moontlik 'n aanduiding wees van die jaar van vervaardiging van die *vat* en die moontlikheid bestaan dat dieselfde vat vir meer as een jaar gebruik kon gewees het.⁴ Aangesien sir John Truter vanaf 1812 tot 1828 Hoofregter aan die Kaap was en daar in die voorrede na hom as hoof van die „Law Department” verwys is, was dit duidelik dat die vertaling gedurende sy ampstermyn gedoen is. Na aanleiding van die watermerke is dit waarskynlik dat dit eers na 1826 voltooi is. Die tydperk kan dus op die oog af op tussen 1826 en 1828 gestel word.

'n Verdere vraag wat ontstaan het, was of die geskrewe gedeelte wel deel uitmaak van die geheel, dws of dit wel 'n vervolg op die gedrukte gedeelte is. Onderwerpe genoem in die gedrukte inhoudsopgawe wat die teks voorafgaan, kom wel in die eerste deel van die manuskrip voor. Die vertaling is ingedeel in vier dele, die dele in hoofstukke, beginnende by hoofstuk 1 in elke deel, en die hoofstukke in artikels wat ook van 1 af in elke hoofstuk genommer is. Die laaste *gedrukte* bladsy, bladsy 28, handel oor artikels VII en VIII van hoofstuk IV van deel III; daarna verskyn daar op dieselfde bladsy die hoof:

„CHAPTER V
Of Crimes of a Licentious or Immoral Nature”

en na 'n inleidende sin daaronder:

„SECT. I.
Of Adultery.”

Onder dié hoof begin die teks oor owerspelspel. Die bladsy eindig in die middel van 'n sin. Bladsy 1 van die *geskrewe* gedeelte herhaal die laaste

⁴Die jaartal sou dus 'n indikasie wees dat die papier nie voor die datum in die watermerk vermeld vervaardig is nie.

nullity of actions to recover what was lost or promised (1.), local and general laws have been applied in different places. The punishment is arbitrary, mostly by fines, not only against the offenders, but also against those who lend their houses to carry on such practices (2.)

SECT. VII.

Of Bankruptcy.

Against persons failing in business, and becoming bankrupts, or insolvent, no direct penal law exists with us. The capital punishment decreed by the Emperor (Carl. Quint.) (3.) against such, has, from its evident absurdity, (setting aside the cruelty and harshness of such a law) never been in force. It were very desirable, however, that by some judiciously framed law (4.) provision were made against such encumbering members of society. Those who are found guilty of fraud, or other known crimes, are, however, liable to various modes of prosecution (5.)

SECT. VIII.

Of Usury and Swindling.

Against *Usurers*, namely, persons taking immoderate and illegal interest for monies lent by them, and those termed *Swindlers*, who cajole or trick people out of their money;—as their offences come under the head of laws enacted against frauds in general, punishments adapted to their different degrees of culpability, will be there found (6.)

CHAPTER V.

Of Crimes of a Licentious or Immoral Nature.

To this fifth and last species of crime, viz: of Incontinence, or habits of licentious indulgence, we bring *Adultery, Polygamy, Rape, Fornication, Concubinage, Sodomy, and Incest.*

SECT. I.

Of Adultery.

Adultery is carnal connection between a married person, man or woman, and any other not the partner in wedlock (7.)

Adultery may be committed between two married persons, and this is called *double Adultery*; when one of the parties only is married, it is termed *simple*.

The culpability arises from its being a breach of that mutual faith, which is pledged by married persons to each other respectively, at the time of entering into the state of wedlock. Thus, it cannot take place with persons who are only

(1.) De Groot's Introd. b. 3. ch. 3. § 19.

(2.) Placc. of the Court of Holland, 27th April, 1723; 18th January, 1732; 10th March, 1749. Regul. of Amsterdam, vol. 1, p. 115, and vol. 2, p. 506; of the Hague, 23d Dec. 1701; of Beverwyk, art. 18.

(3.) Edict. October 4, 1540, art. 2. Gr. B. of Plac. vol. 1, col. 311.

(4.) Such a Law was framed in Zealand, dated June 27, 1776; G. B. of Plac. vol. 9, page 529,—in Holland it was not put in practice; V. Zurich Code Nat. Art. Bankeroictiers, § 2, No. 3. But it has lately become a subject in the Plan for a Crim. Code, b. 4, ch. 1, under the title Criminal Bankrupt (Misdadige Bankbreuk.)

(5.) Quistorp, § 442. Ord. for the Chamber of Insol. Estates at Amsterdam, art. 24, 36, 39.

(6.) Quistorp, § 449. Voet, ad Tit. ff. de Usur. No. 5.

(7.) C. 15, caus. 32, qu. 5.

Chapter 5th

Crimes of a Licentious or Immoral

To this fifth and last species of Crime, viz. of Incontinence or habits of Licentious Indulgence we bring Adultery; Polygamy; Rape; Fornication; Concubinage; Sodomy; and Incest.

Section 1st

of Adultery

Adultery is carnal connection between a married person, man or woman and any other not the partner in bed & ch.

Case

Adultery may be committed between two married persons if this is called double adultery; - When one of the parties only is married it is termed single.

gedeelte van die gedrukte bladsy 28 beginnende: „Chapter 5th - Crimes of a Licentious or Immoral Nature . . .” Na hierdie herhaling volg die res van die betrokke artikel waarna voortgegaan word met die ongedrukte passasies voorgestel in die inhoudsopgawe.

Die laaste artikel genoem in die inhoudsopgawe in die gedrukte gedeelte is artikel V van hoofstuk II van deel IV. Nadat die vertaler hierdie punt bereik het, wat volgens die inhoudsopgawe die vertaling moes voltooi het, het hy blykbaar besluit om sy werk uit te brei en word die volgende bygevoeg:

„Lita B. I think it will be extremely eligible in this place in explanation of Part 4th to offer what Dr Van der Linden has said with respects to the Law of Evidence in Civil Transactions as given in the 17th Chap. of Book 1st of his treatise in Civil Jurisprudence . . .”⁵

Die vertaler gaan dan voort met sy vertaling van hierdie gedeeltes van Van der Linden se werk.

’n Verdere aanduiding dat die gedrukte en geskrewe gedeeltes saam hoort, is die feit dat op bladsy 19 van die gedrukte gedeelte (artikel VI; hoofstuk III; deel III) daar onder die bespreking van moord deur middel van gif die volgende gesê word:

„The punishment is capital; and usually, on account of the ensnaring subtilty (*sic*) and artfulness displayed in this abominable species of murder, it meets with the severer kind of death; such as breaking alive on the wheel.(³)”

Voetnoot (³) lui onder andere „*Vide* appendix, letter A.” Soos reeds hierbo beskryf, is die geskrewe gedeelte van die teks in twee dele; die eerste synde die voortsetting van die vertaling soos aangedui in die inhoudsopgawe en die tweede die byvoegsel aangaande die bewysreg uit boek 1 van die oorspronklike werk. Die bladsye van die eerste deel van die geskrewe gedeelte is genommer⁶ en die laaste daarvan is nommer 27. Die skrif eindig in die boonste helfte van die bladsy. Daaronder is niks geskryf nie. Die agterkant van die blad, wat logies gesproke nommer 28 moes wees, is blanko. Soos die hele geskrif gebind en ontvang is, bevat die volgende blad, ’n aparte dubbele foliovel, die reeds aangehaalde inleiding tot die byvoegsel oor bewysreg. Hierdie velle is nie genommer nie. Na die einde van die genoemde byvoegsel is daar ’n afskrif van ’n brief gerig aan „The Court of Justice at the Cape of Good Hope dated 17th May, 1797.” Die brief is geskryf in

⁵Die vertaler verklaar wel in sy voorrede „I have used therefore a free rather than a strictly literal translation, and have made some alteration in the arrangement of some particular heads and clauses, which I think if seen by the author himself, he would approve.” Geringe verskille in inhoud en rangskikking tussen die vertaling en oorspronklike teks word hierdeur verklaar, maar mens sou verwag het dat hy meer pertinent sou gewees het indien hy aanvanklik reeds van plan was om ’n gedeelte van boek 1 by boek 2 te voeg. Sien egter *infra*.

⁶alhoewel nie baie konsekwent nie.

opdrag van graaf Macartney en geteken deur ene A Barnard. Onder andere lui die brief:

„Whereas it has been represented to us that the practice of proceeding by torture against persons suspected of crimes and of punishment after conviction in many capital cases, *by breaking upon the wheel* and other barbarous modes of execution prevails in the said Settlement it is our will & pleasure, that you should wholly abolish these forms of trial and punishment . . .”

Alhoewel daar nie 'n aanduiding op die brief is dat dit wel die „letter A” hierbo genoem is nie, wil dit, uit die inhoudsoogpunt gesien, voorkom of dit wel die betrokke brief is, en, aangesien daar in die gedrukte gedeelte melding gemaak word van die brief en 'n afskrif daarvan in die manuskrip verskyn, skep dit 'n daadwerklike skakel tussen die twee. Dit is ook merkwaardig dat die bladsye van die brief 29, 30 en 31 genommer is,⁷ wat 'n aanduiding is dat die afskrif van die brief aan die einde van die teks, voor die aanhangsel oor bewysreg, ingebind behoort te gewees het.⁸ Ten spyte daarvan dat die werk deels gedruk en deels in manuskripvorm was, was dit duidelik dat die stukke een geheel gevorm het. In hierdie stadium van die ondersoek het dit egter voorgekom of iemand wat in besit was van 'n gedeelte van 'n gedrukte werk sy gedeelte aangevul het deur die res af te skryf.

Dit was duidelik dat die vertaling voorhande nie 'n afskrif of weergawe van òf Juta òf Henry se bekende vertalings was nie. In die eerste plek, die voorrede tot hierdie vertaling verskil van beide ander; alhoewel Juta s'n wel in die Kaap gepubliseer is, het dit in 1883 geskied toe sir John Truter lank nie meer Hoofregter was nie. Die datum van Henry s'n was belowend, 1828, maar dié het in Londen verskyn. Dit kon ook nie die minderbekende vertaling van Van Braam gewees het nie want dié is in 1814 in Demerara gepubliseer.⁹

Wie was dan verantwoordelik vir hierdie vertaling?

In die bekende regsbibliografie van Roberts¹⁰ kom die volgende aantekening voor:

„A translation into English of 'Code of Criminal Law' as comprised in the second book of a work on the Laws of Holland by Johannes van der Linden LLD by PB Borchers was printed at the Government Press, Cape of Good Hope in 1822. (Records of the Cape Colony Vol 33 P 340.)”¹¹

⁷Sien beskrywing van bladsynommers *supra*.

⁸Die feit dat die brief na die eerste gedeelte van die vertaling en voor die aanhangsel geplaas moes gewees het, versterk die vermoede dat die aanhangsel 'n latere byvoeging was.

⁹Sien die voorrede tot Henry se vertaling.

¹⁰AA Roberts *A South African Legal Bibliography* voetnoot bl 191.

¹¹Die „Records of the Cape Colony” is 'n versameling van afskrifte van dokumente in die *Public Record Office* Londen, uitgesoek en afgeskryf deur dr GM Theal.

Ondersoek van die betrokke „Records” het aan die lig gebring dat Roberts se aantekening ’n aanhaling is van die beskrywing van die 31ste Aanhangsel by die „Report of the Commissioners of Enquiry upon Criminal Law and Jurisprudence” in die Kaap, gedateer 18 Augustus 1827.¹² Die aanhangsels by die betrokke verslag beslaan meer as 250 bladsye maar die vertaling van Borchèrds, hoewel dit vermeld word, kom nie volledig daarin voor nie.

C Graham Botha deel ons in die loop van ’n biografiese skets oor sir John Andries Truter Kt LLD,¹³ in die beskrywing van laasgenoemde se begrafnisstoet die volgende mee:

„The body was preceded to the graveyard by his brother Masons from both the Dutch and the English Lodges and numbering about 110. The Grand Officers of his Lodge were the only ones in Masonic regalia. *In front of them walked Mr PB Borchèrds*, armorial bearer, carrying the escutcheon of the deceased, draped with crape and born (*sic*) upon a black pole from which long streamers flowed” (ek kursiveer).

Daar was reeds ’n skakel tussen die vertaling en sir John Truter. Nou ’n skakel tussen Borchèrds en Truter. Borchèrds was verantwoordelik vir ’n vertaling van Van der Linden se werk. Daar het nie meer veel twyfel bestaan nie.

Ondersoek het aan die lig gebring dat PB Borchèrds ’n „Autobiographical Memoir” geskryf het.¹⁴ ’n Relevante aanhaling uit die memoir, wat toevallig ook verder die verwantskap tussen Borchèrds en Sir John Truter uitbeeld, lui soos volg:¹⁵

„I ascribe the commencement of that intercourse [dit wil sê die verhouding met Truter] to my appointment, when Deputy Fiscal, as secretary of a commission of inquiry of which he was the chairman . . . and it became closer when, as a member of a committee to frame a general ‘placard’ for the Colony¹⁶ he was the president . . . and when I undertook to translate *Van der Linden’s criminal code for the information of a number of strangers who had settled in the Colony and for general use*, he kindly lent me his assistance . . .” (ek kursiveer).

Die lot van die vertaling word op die volgende bladsy beskryf:

„. . . when I had finished my translation of *Van der Linden’s Code*, he (Lord Charles Henry Somerset) placed the Government Press at my disposal and a great part of that work had been printed when Mr Henry’s translation of the whole treatise arrived in the Colony, and I found that mine was not necessary, and hence it was not completed for publication.”

Nou was daar selfs ’n verklaring vir die feit dat slegs ’n deel van die werk gedruk is!

¹²Die verslag is geteken te Mauritius deur John Thomas Bigg, WMC Colebrooke en WW Blair.

¹³1918 *SALJ* 153.

¹⁴uitgegee deur AS Robertson Kaapstad 1861.

¹⁵bl 487 van die *Memoir*.

¹⁶1819. Sien ook E Rosenthal *South African Dictionary of National Biography* 35.

Weliswaar noem Borchers nie die presiese datum van sy vertaling nie. Hy maak ook nie melding daarvan dat sy vertaling ingelyf is by die verslag van bogemelde kommissie van ondersoek nie. Op verskeie maniere het die memoir die prentjie ook vertroebel. Op bladsy 308, waar hy ook melding maak van sy vertaling, herhaal Borchers die kern van bostaande aanhaling met die belangrike verskil dat hy dáár beweer sy werk „was in the Government Press when an edition arrived . . . by mr Henry.” Henry se vertaling is eers op 10 Maart 1828¹⁷ voltooi en daarna moes dit nog per seilskip die Kaap bereik. Lord Charles Somerset het egter in April 1827 reeds as goewerneur bedank. Seer sekerlik sou die druk van 28 bladsye nie meer as ’n jaar geneem het nie! Verder strook geeneen van hierdie datums met bogemelde verwysing na die jaar 1822 in die „Records of the Cape Colony” nie.

In hierdie stadium van die ondersoek het dit voorgekom of die bespiegelings wat uit bostaande teenstrydighede voortspruit op die proef gestel kon word deur insae te verkry in die oorkonde van die reeds genoemde kommissie van ondersoek. Die oorspronklike dokumente sou waarskynlik in die *Public Records Office* in Londen wees waar dr Theal hulle afgeskryf het. Daar is egter vasgestel dat die Staatsargief in Suid-Afrika oor ’n mikrofilm van die betrokke oorkonde van die kommissie van ondersoek beskik, en dat hierdie film die ontbrekende bylae bevat.¹⁸

Die film het alle twyfel oor *die outeurskap* van die vertaling uit die weg geruim. Die eerste gedrukte bladsy van die verfilmde weergawe lui soos volg:

„*Code of Criminal Law*
as comprised in
The Second book of a Work on
THE LAWS OF HOLLAND
By Johannes van der Linden LL.D.
Published in 1806

Being

A Judicial and Practical Manual Particularly recommended to the Notice of Judges and Practitioners of the Law; Indeed of any who are Desirous of obtaining General Information on this Branch of Jurisprudence.

Translated into English, by
P. B. Borchers, Esq.
One of His Majesty's Deputy Fiscals, at
The Cape of Good Hope.

CAPE OF GOOD HOPE
Printed at the Government Press.

1822.”

¹⁷Sien die voorrede tot Henry se werk.

¹⁸In hierdie verband is baie dank verskuldig aan die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing en beamptes van die Staatsargiewe te Pretoria en Kaapstad.

Die tweede bladsy, ook gedruk, gee te kenne dat die vertaler die werk aan „Lord Charles Henry Somerset, Governor and Commander-in-Chief at the Cape of Good Hope” opdra. Die derde en daaropvolgende bladsye is met klein afwykings identies met die dokumente wat aan ons gestuur is.

Die verwarring in verband met die datum van voltooiing van die vertaling het egter toegeneem. Volgens die memoir, was Borchers „deputy fiscal” aan die Kaap vanaf 17 Maart 1813 tot 21 Februarie 1823. Hierdie feit gepaard met sy verwysing na hierdie amp op die titelblad van die vertaling steun die gedagte dat die druk van die eerste gedeelte van die vertaling wel in 1822 geskied het. Dit strook egter nie met die „dandies” wat ’n latere jaartal aandui, selfs in die papier wat vir die gedrukte gedeelte gebruik is, nie, en nog minder met die bewering in die memoir dat die druk van die vertaling gestaak is weens die aankoms van Henry se vertaling, wat op die vroegste in 1828 kon gewees het. Die volgende opmerking, te vinde op bl 5¹⁹ van die genoemde kommissie van ondersoek se verslag, kan ook nie oor die hoof gesien word nie:

„A meritorious attempt was recently made to furnish an explanation of the leading principles of the Dutch Criminal law²⁰ and to introduce them to the knowledge of the English part of the community, by the translation of a treatise on the criminal law published in Holland in 1806 by an eminent Dutch jurist, and it is regretted that any circumstances should have retarded the completion of a work which was peculiarly calculated to supply information to the magistrates and the Secretaries of the County Districts both of whom act as public prosecutors.”

Alhoewel die moontlikheid natuurlik bestaan dat die kommissie hier verwoys na Henry se vertaling wat ook verdrag is,²¹ is dit waarskynliker dat na aanleiding van sy doelstellings soos uiteengesit op die titelblad van sy vertaling, die verwysing betrekking het op Borchers se werk; en wel om die volgende redes: Borchers se vertaling is beperk tot die strafreg terwyl Henry s’n breedvoeriger is. Henry se vertaling het geskied in opdrag van graaf Bathurst en mens sou verwag dat die kommissie, indien hulle na Henry se vertaling verwoys het, eerder na hierdie opdrag sou verwoys het as na ’n „meritorious attempt;” veral aangesien die verslag ook aan graaf Bathurst gerig was. Dat die „eminent Dutch jurist” wel Van der Linden was ly geen twyfel nie: *Koopmans Handboek*, om die meer bekende titel te gebruik, is op 20 Oktober 1806 te Amsterdam gepubliseer.

Die kommissie was begaan oor die aangeleentheid van bewyslewering in die howe²² en die moontlikheid bestaan dat die aanhangsel by

¹⁹soos in die „Records” weergegee.

²⁰Borchers beskryf sy werk as ’n vertaling van „Van der Linden’s Criminal Code.”

²¹Sien die voorrede tot sy vertaling.

²²Sien bl 70–86 van die verslag soos in die „Records” weergegee.

Borcherds se vertaling oor die bewysreg juis op die kommissie se aandrang bygevoeg is. Indien dit die geval is, sou mens die *voltooiing* van die vertaling kan plaas tydens die teenwoordigheid van die kommissie in die Kaap, dws gedurende 1927. Dit sou dan ook ten minste die watermerke in die papier verklaar. Die verwysings in die memoir na die hulp van lord Charles Somerset en die staking van die werk weens die aankoms van Henry se vertaling en die uitdruklike verwysing na 1822 sou egter dan nog 'n raaisel bly waaroor mens slegs kan bespiegel.

Vergelyking van die teks in die besit van die Universiteit van Suid-Afrika (hierna Unisa) met die Staatsargief se verfilmde weergawe het aan die lig gebring dat hoewel die gedrukte gedeeltes identies is, daar heelwat verskille in die manuskriptgedeelte voorkom. Soos hierbo verduidelik, vind daar in die *Unisa-teks* 'n oorvleueling van die laaste gedeelte van die gedrukte bladsy 28 en die eerste bladsy van die manuskriptgedeelte plaas. Die woord „engaged” kom in die middel van die derde reël op die tweede bladsy van die Unisa-manuskript voor. Volgens die sinsbou en konteks behoort hierdie woord onmiddellik op die laaste woord van die gedrukte gedeelte te volg. In hierdie weergawe verskyn daar na die woord „engaged” 'n „x,” en in die kantlyn „x page 29.” In die *mikrofilm-weergawe* is die woord „engaged” wel die eerste woord van die manuskriptgedeelte; dit verskyn ook aan die begin, en nie in die middel van die reël nie. Daar is ook geen oorvleueling van die gedrukte gedeelte en die manuskript nie. Woorde wat in die een manuskript voorkom, is soms in die ander weggelaat en in een geval is woorde in die verfilmde weergawe bo die reël ingevoeg asof hulle aanvanklik per abuis weggelaat was en by hersiening bygevoeg is. Dit het voorgekom, alhoewel daar nie onteenseglike bewys daarvoor was nie, dat die Unisa-teks die basis was waarvan sowel die gedrukte as die verfilmde manuskript-gedeeltes gekopieer is. Die moontlikheid het dus bestaan dat die manuskriptgedeelte van die Unisa-weergawe deel van Borcherds se oorspronklike manuskript was. Gevolglik is die hulp van 'n handskrifdeskundige ingeroep. Verskeie monsters van Borcherds se handskrif op amptelike stukke is in die Staatsargief opgespoor en vergelyk met die handskrif in die Unisa-manuskript. Die handskrifdeskundige se taak is bemoeilik deur die feit dat gedurende sy lang loopbaan in die staatsdiens²³ Borcherds se eie handskrif 'n verandering ondergaan het en dit nodig was om monsters van sy handskrif te soek op stukke gedateer so na as moontlik aan die 1822-27-tydperk. Die bevinding van die handskrifdeskundige was dat die Unisa-manuskript deur twee verskillende persone geskryf is en dat die handskrif van geeneen van hierdie persone 'n ooreenkoms met dié

²³Borcherds was vanaf 1801 56 jaar lank in diens van verskeie administrasies aan die Kaap.

van Borchers toon nie. Dit was in die omstandighede nie moontlik om die verfilmde manuskrip so deeglik te ondersoek nie maar dit toon ook geen duidelike ooreenkoms met Borchers se handskrif nie.

Die kwaliteit van die vertaling van Borchers is nog nie deeglik vergelyk met òf die oorspronklike werk òf die vertalings van Juta en Henry nie. Dit is egter nie 'n slaafse vertaling nie. Vermoedelik met die oog op die doel waarvoor sy vertaling bestem was, het Borchers by wyse van addisionele voetnote, wysiging van volgorde van paragrawe, weglatings en selfs *interpolationes*, die oorspronklike werk heelwat verander. Dit kan dus beskou word as 'n aanpassing van Van der Linden se werk by die Kaapse reg van die vroeë negentiende eeu soos Borchers dit verstaan het.

Die bepaling van die regshistoriese waarde van hierdie vertaling sal kan geskied slegs deur 'n sorgvuldige vergelyking daarvan met die oorspronklike werk van Van der Linden, die vertalings van Henry en Juta en ons ander bronne ten opsigte van die betrokke tydperk - 'n omvangryke werk wat buite die bestek van hierdie reeds oorlaaide aantekening val.

AJ MIDDLETON

Universiteit van Suid-Afrika

DOES A SPECIAL RESOLUTION UPON REGISTRATION OPERATE WITH RETROSPECTIVE EFFECT?

In practice the situation can arise where a company which wishes to increase, reduce or otherwise alter its share capital finds that its articles of association do not authorize it to do so. Since the Companies Act 46 of 1962, as amended, specifically prescribes in sections 39 and 44 that the authorization to increase, alter or reduce share capital must be contained in the company's articles, any purported alteration or reduction which is attempted by a company which does not have the necessary authority in its articles to do so, is void (*The Oregon Mortgage Co Ltd* 1910 SC 964). Thus companies which do not have the necessary authority to alter share capital must first change their articles by means of a special resolution (section 15(1)) whereby the required authority is inserted into the articles and then, by means of a second special resolution, effect the increase, alteration or reduction of capital which they desire. It is common practice for these two special resolutions (*ie* the one altering the articles *to confer* authority and the one which purports *to utilize* this authority to alter the share capital) to be passed at the same meeting, ostensibly on the basis that when a special resolution is recorded in terms of section 65(1) it operates with retrospective effect. For business reasons this procedure is no doubt convenient. Whether it is presently defensible on legal grounds is another matter.

Section 65(1), which regulates the recording procedures of special resolutions, provides that within thirty days from the passing of a special resolution a copy thereof must be transmitted to the Registrar who must record it. It goes on to state that: "*Save as otherwise provided in this Act a special resolution shall be of no force or effect until so recorded*" (italics supplied). There are divergent views on the way in which this section should be interpreted. For the sake of brevity and a want of more elegant terminology I shall simply call these the retroactive approach, the strict approach and the conditional approach.

Those who favour the retroactive approach (eg Emmett and Barlow *The Principles of South African Company Law* 6th ed (1969) 97) consider that upon registration a special resolution without further ado operates with retrospective effect from the time when it was passed. They rely in the main on three cases for support. These cases are *Ex parte Withok Proprietary Co Ltd (and reduced)* 1929 WLD 169, *Ex parte Union Construction Co (Pty) Ltd (and reduced)* 1937 WLD 98 and *Hawson and another v LHC Corporation of SA Ltd and others* 1949 3 SA 592 (C). Before proceeding to consider whether reliance on these decisions is well-founded, mention must be made of the fact that the *Withok* and *Union Construction* cases were decided at a time when the words "save as otherwise provided in this act" were not included in section 65(1), as they were only inserted by section 35 of Act 23 of 1939. The 1939 addition to section 65(1) did not materially alter the original provision of the act, but merely removed the anomaly in the act which existed on account of the fact that without the said words section 161 was technically in conflict with the all-embracing provisions of section 65(1).

In the *Withok* case the applicant company, which had been registered with a share capital of £75 000 divided into 75 000 shares of £1 each, of which 68 750 had been issued as fully paid up and 6 250 held in reserve, wished to reduce its capital to £51 562 10s divided into 68 750 shares of 15 shillings each by (i) cancelling the 6 250 reserve shares, (ii) cancelling 1s 3d on each share against capital lost, and (iii) returning paid up capital to shareholders to an amount of 3s 9d per issued share. The company's articles did not permit it to cancel unissued shares but did permit a reduction of the company's capital in certain specified ways "or otherwise as may be expedient." It was contended on behalf of the company that although the company could not, in terms of section 39(1)(e) of the Companies Act, cancel the unissued shares it could rely on the provisions of section 44 of the act to circumvent the problem since that section allowed a court to confirm a reduction made "in any way." On the basis of this reasoning Barry J granted a rule returnable in three weeks. Note, however, that in this case the question of when a special resolution becomes effective was not an issue at all.

The articles of the Union Construction Co (Pty) Ltd empowered it "to reduce its capital by paying off capital or cancelling capital which had been lost or is unrepresented by available assets, or reducing the liability on shares or otherwise as may seem expedient." The company sold its assets to another company (Dorman Long) for shares and cash and wished to distribute the shares and cash to shareholders while at the same time keeping the company in existence. It therefore passed a special resolution in which it was resolved (i) to reduce the capital of the Company from £100 000 consisting of 100 000 shares of £1 each, 50 000 of which were issued, to £100 divided into 100 fully paid up shares of £1 each, and (ii) that the reduction be effected by cancelling the unissued capital and distributing 137 847 shares of Dorman Long (Africa) Ltd and £12 500 18s 5d in cash among the registered shareholders of the company.

The Registrar of Companies was not entirely satisfied with the company's application to court for confirmation of the proposed scheme and pointed out *inter alia* that the cancellation of the unissued shares did not require the court's sanction and was not a reduction in terms of sections 39(1)(e) and 39(4) of the Companies Act, that such cancellation could be effected only if the company was authorized thereby by its articles and that no such power was in fact conferred by the articles. Schreiner AJ answered this objection as follows (at 101):

"[I]t seems to me that the fact that a special resolution has been passed for the present purposes takes the place of an amendment to articles. There may be sections of the act which require first an amendment to the articles and then the subsequent passing of a special resolution, but it does not appear to me to apply to a case falling under s 39(1)(c), where all that is required is power to cancel already issued (*sic*) capital."

The learned judge was thus prepared to accept that, as far as a cancellation in terms of section 39(1)(e) was concerned, *one* special resolution would suffice to effect *both* an amendment to the company's articles to confer the power to cancel unissued share capital (even though this was not specifically what the resolution sought to achieve), *and* the cancellation itself. It is not necessary to comment here on the correctness of this contention. The learned judge was also prepared to accept that instances could arise where two special resolutions would be required, the first to amend the articles and the second utilizing the power inserted into the articles by the first resolution. He did not, however, postulate (*in casu* it was not necessary for him to do so) that the two special resolutions which were required in those cases could be passed at a single meeting.

This brings us to the *Hawson* case. On 7 April 1948 the LHC Corporation of SA Ltd ("the company") passed a special resolution (no 134) in which it was resolved to cancel the existing articles of the company and substitute new articles. In terms of the old articles the

company could increase its share capital. They also provided that shares would be under the control of the company in general meeting which could, however, empower the directors to allot or otherwise dispose of the shares on such conditions as they (the directors) thought fit. In the new articles the company retained its power to increase share capital but it was further provided that a special resolution authorizing an increase in capital could also authorize the directors to issue and allot shares on such conditions as they thought fit.

At the same meeting (*ie* the one on 7 April 1948) the company passed a second special resolution (no 135) in which it was resolved to (i) increase the authorized share capital of the company, and (ii) vest the shares thus created in the directors who could then allot them. Special resolution no 134 was registered on 15 April 1948 and special resolution no 135 was registered on 19 April 1948. When the directors indicated that they intended to allot the shares, the applicants sought to restrain them from doing so on the grounds that any authority granted to the directors under special resolution no 135 was cancelled upon registration of the new articles on 15 April 1948 and that it was not competent for them to allot shares to any person until they had received new authority to do so from the company in general meeting.

In the course of rejecting the applicants' claim Searle J (at 596) found that it was *unnecessary* for the court to decide whether a special resolution upon registration operates with retrospective effect or not. He believed that the new articles would apply whichever view was taken. This conclusion is of course dependant on the learned judge's finding (also at 596) that special resolution no 135 could have been passed either under the old or the new articles. Thus, if it was accepted that a special resolution became effective only when registered, the new articles would apply *not only* because special resolution no 135 was registered after special resolution no 134 *but also* because at the time when special resolution no 135 was passed the company was in fact empowered to pass it albeit in terms of the old articles.

This analysis of these three cases reveals that they do not really support the contention that a special resolution upon registration without further ado operates with retrospective effect. And without support in the form of a positive pronouncement by our superior courts the retroactive view must necessarily lose a good deal of its cogency.

Adherents to the strict approach (*eg* Henochsberg *Companies Act* 2nd ed 106 n2) are of the opinion that section 65(1) clearly provides that a special resolution can only operate from the day on which it is registered. There is much to be said for this approach. The act expressly states that a special resolution is of no force and effect until recorded and effect should, in the first place, be given to the language of the legislature read in its ordinary sense (*Union Government v Mack* 1917 AD

731 739) which must, moreover, "not be added to or subtracted from without almost a necessity" (per Lord Bramwell in *Cowper Essex v Acton Local Board* 14 AC 153 196, quoted with approval by Stratford JA in *Bhyat v Commissioner for Immigration* 1932 AD 125 129).

Furthermore, if section 161 (which, together with section 163, provides that a voluntary winding-up of a company shall be deemed to commence at the time of the *passing* of the special resolution authorizing the winding-up) is read in conjunction with section 65(1), *prima facie* it appears that in the Companies Act the legislature caters for two categories of special resolution, *viz* those which operate from the time when they are *registered* (recorded) and those which operate from the time when they are *passed*. It can reasonably be inferred that since the legislature saw fit to provide that in specific limited instances a special resolution would operate from the time that it was passed, it intended that all other special resolutions should only operate from the day when they are recorded.

It can also be said that the strict approach dovetails with the doctrine of constructive notice. It is a fundamental, even if not entirely satisfactory, principle of company law that everybody dealing with a company is deemed to be fully acquainted with the public documents of the company (Cilliers & Benade *Company Law* 41). Obviously a company's memorandum and articles qualify as public documents, but so also, as Gower *The Principles of Modern Company Law* 3d ed (1968) 498 suggests, should special resolutions, especially as the altering of a company's memorandum and articles, which is effected by special resolution, may adversely affect the interests of third parties. If one adopts the retroactive approach, it is not difficult to visualize a situation in which a third party contracts with a company only to find that the at-the-time duly authorized agent of the company with whom he negotiated was in fact stripped of his authority by a retrospectively operative special resolution. The implications of such an eventuality are of course avoided if the strict approach is followed.

Finally, there is the conditional approach, the essential features of which were well formulated by Maisels J in the interesting judgment handed down in *In Re Amalgamated Packaging Industries (Rhodesia) Ltd* 1963 1 SA 335 (SR). In this case the company wished to effect a reduction of capital by cancelling issued cumulative preference shares and returning the capital - to be obtained by the allotment and issue of new cumulative redeemable preference shares - to such preferential shareholders. The special resolution which was drafted to effect the reduction provided *inter alia* that "notwithstanding the date of the passing of this resolution or the date upon which all necessary consents required by law to the reduction of capital be granted, such reduction shall be deemed to have taken effect on the 1st day of July 1962."

The Rhodesian Companies Act contains provisions similar to our section 65(1) and the question with which the court was confronted was whether or not to confirm the reduction of capital from a date earlier than that upon which the order and minute were registered. Maisels J was of the opinion that this could be done. He said (at 338):

“In my opinion, whilst a resolution for reduction of capital cannot take effect until registered in terms of s 70(1) and (2), when it does take effect after confirmation by the court it does so in the tenour of the resolution itself.”

This *ratio*, in so far as it admits that a special resolution can operate from a date even *prior* to that on which it was passed, is wider in scope than that of the retroactive approach. At the same time it must be remembered that it permits this concession *only* if it (i) is according to the tenour of the special resolution, and (ii) does not adversely affect the interests of creditors, shareholders or the general public (see the remarks of Maisels J at 337).

There is reason to believe that our courts will, in the appropriate circumstances, follow the conditional approach. Solomon J, for instance, although he did not refer to the interests of third parties, was prepared in *Ex parte Alexandra Townships Ltd (and reduced)* 1931 WLD 56 to allow a special resolution to operate from a date prior to that on which it was passed and so validated previous *de facto* but unlawful reductions of capital. In those instances where either the tenor of the special resolution or the safeguarding of the interests of third parties does not permit the conditional approach being followed, it is submitted that the safest course to follow would be to allow the special resolution to operate only from the date of registration thereof.

Does a special resolution upon registration operate with retrospective effect? From the foregoing it is apparent that in the final analysis this might well hinge on the wording of the special resolution itself.

PEJ BROOKS
University of South Africa

DELIKTUELE EISE TUSSEN GADES BINNE GEMEENSKAP VAN GOED GETROUD

Sedert die uitspraak in *Robloff v Ocean Accident & Guarantee Corporation Ltd* 1960 2 SA 291 (A) word blykbaar algemeen aanvaar dat gades *buite* gemeenskap van goed getroud mekaar uit onregmatige daad mag aanspreek (kyk bv McKerron *The Law of Delict* 7e uitgawe 86 en Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitgawe 265 en 315). Sowel vermoëns- as persoonlikheidskade deur die skuldige wederregtelike daad van die ander eggenoot

veroorzaak, sou dus deur 'n skadevergoedings- of genoegdoeningseis vergoed kon word (kyk Boberg 1960 *SALJ* 260 264 e.v).

Hierteenoor word blykbaar algemeen aanvaar dat gades *binne* gemeenskap van goed getroud mekaar *nie* deliktueel mag aanspreek nie (kyk bv McKerron a.w. 84 e.v en Van der Merwe en Olivier a.w. 265 en 306).

Vandaar dan ook die gereelde mondelinge eksamenvraag of gades binne gemeenskap van goed getroud mekaar dan maar vryelik kan belaster: uitsprake soos dié in *Tomlin v London & Lancashire Insurance Co Ltd* 1962 2 SA 30 (D) en die wetgewer se jongste wysiging betreffende die „verdeling van skadevergoeding.”

Indien die een binne gemeenskap van goed gehude eggenoot se delik teenoor die ander eggenoot bloot vermoënskade tot gevolg sou hê (bv mediese onkoste), sou so 'n opvatting nog geldig kon wees. Die betrokke gades se gemeenskaplike boedel word naamlik daardeur verklein, en dit sou onsinnig wees om sodanige vermindering uit dieselfde verkleinde gemeenskaplike boedel te probeer uitwis. Die eggenoot wie se onverdeelde halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel daardeur aangetas is, sou hoogstens op 'n verrekening daarvan by die uiteindelike verdeling van hulle boedel kon aandrang (kyk hieronder).

Indien daar egter slegs op 'n persoonlikheidsreg van die ander eggenoot inbreuk gemaak word, ly die gemeenskaplike boedel geen vermoënskade nie, dog word 'n geldbedrag benodig as genoegdoening vir die gelede persoonlikheidskrenking. Waarom sou sodanige persoonlikheidskrenking nie ook op die een of ander geldelike wyse gesalf kon word bloot omdat die betrokke gades 'n gemeenskaplike boedel het, en nie afsonderlike boedels nie? Want enersyds bly sodanige huwelik dan net soveel van 'n basiese samelewingsverband, en andersyds behoef sodanige gades dieselfde persoonlikheidsregtelike beskerming, as in die geval van 'n huwelik buite gemeenskap van goed (kyk ook Boberg a.w. 266).

Spesiale reëlins is al getref waar 'n binne gemeenskap van goed gehude eggenoot skadevergoeding of genoegdoening aan 'n derde moet betaal, of genoegdoening van 'n derde moet ontvang. Aangesien sodanige skadevergoeding of genoegdoening uit die gades se gemeenskaplike boedel aan die betrokke derde betaal moet word, kan die „onskuldige” eggenoot naamlik die helfte van daardie bedrag by die uiteindelike verdeling van hulle boedel van die „skuldige” eggenoot verhaal (kyk Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* 3e uitgawe 225 e.v, Boberg 1971 *SALJ* 423 433 436). En indien genoegdoening deur 'n derde aan so 'n veronregte eggenoot betaal moet word, is dit in *Potgieter v Potgieter* 1959 1 SA 194 (W) as vanselfsprekend aanvaar dat die hof die bevoegdheid besit om te bepaal dat sodanige be-

taling (*in casu* weens owerspel) buite die gemeenskaplike boedel val, sodat die „skuldige” eggenoot (wat owerspel met die betrokke derde gepleeg het) nie daarin deel nie.

Waarom sou ’n spesiale reëling betreffende deliktuele eise *tussen* gades binne gemeenskap van goed getroud dan nie ook getref kon word nie?

Die spesiale reëling sou moontlik soos volg daar kon uitsien: Die genoegdoeningsbedrag word uit die geemenskaplike boedel aan die veronregte eggenoot betaal (soos skadevergoeding of genoegdoening aan enige veronregte derde - kyk hierbo), welke bedrag dan ’n afsonderlike boedel van die veronregte eggenoot uitmaak (soos in *Potgieter v Potgieter* beslis is - kyk hierbo). Verder kan die helfte van die bedrag wat uit die gemeenskaplike boedel geneem is, by die uiteindelijke verdeling van hulle boedel deur die veronregte eggenoot van die „skuldige” eggenoot verhaal word (soos in die geval van skadevergoeding of genoegdoening uit die gemeenskaplike boedel aan ’n derde betaal - kyk hierbo). Die uitwerking van so ’n reëling sou enersyds wees dat die volle genoegdoeningsbedrag reeds gedurende die huwelik aan die veronregte eggenoot beskikbaar gestel word, en andersyds dat daardie bedrag uiteindelik geheel en al uit die „skuldige” eggenoot se halwe aandeel in die eertydse gemeenskaplike boedel kom.

Sodanige reëling sou ’n ongelukkige gaping in ons reg in ooreenstemming met reeds-aanvaarde beginsels aanvul, sodat sowel die eggenoot *binne* as die eggenoot *buite* gemeenskap van goed getroud ’n genoegdoeningseis teen sy/haar eggenoot sou kon instel - en daarmee ook onder gepaste omstandighede, teen die derdepartyversekeraar van hulle motorkar.

En dit bring my by die jongste aanknopingspunt-die Wysigingswet op die Verdeling van Skadevergoeding 1971 (in die Augustus-uitgawe van *De Rebus Procuratoriis* deur CG van der Merwe bespreek, in die Augustus-uitgawe van die *THRHR* deur NJ van der Merwe en Mynhardt, en in die November-uitgawe van die *SALJ* deur Boberg). Aangesien ook die wetgewer blykbaar van mening was dat gades binne gemeenskap van goed getroud mekaar nie deliktueel mag aanspreek nie, het hy dit goedgedink om hierdie spesiale reëling te tref vir die geval waar een binne gemeenskap van goed gehude eggenoot en ’n derde, as *mededaders*, op die ander eggenoot se vermoëns- of persoonlikheidsregte inbreuk maak. In sodanige gevalle sal die veronregte eggenoot naamlik die volle bedrag skadevergoeding of genoegdoening van die betrokke derde mag eis, terwyl laasgenoemde op sy beurt ’n proporsionele gedeelte daarvan van die „skuldige” eggenoot mag verhaal. Hoewel sodanige gedeelte uit die betrokke gemeenskaplike boedel sal moet kom, sal toegestane *genuegdoening*, vir dié doeleinde, egter nie deel van die gemeenskaplike boedel uitmaak nie.

Soos Van der Merwe en Mynhardt (aw 310) tereg aanvoer, is dit jammer dat die wetgewer nie die knoop deurgehaak het deur te bepaal dat sodanige genoegdoening glad nie binne die gemeenskaplike boedel val nie. Dit sou op dieselfde kon neerkom as wat hierbo ten opsigte van deliktuele eise *tussen* gades binne gemeenskap van goed getroud, bepleit is.

Hoe dit ook al sy, analoog aan die posisie hierbo geskets, sou sodanige uitbetaling aan 'n derde weens die onregmatige daad van daardie derde en die een binne gemeenskap van goed gehude eggenoot teenoor die ander eggenoot, waarskynlik tot gevolg kon hê dat die veronregte eggenoot die helfte daarvan by die uiteindelijke verdeling van die gemeenskaplike boedel van die „skuldige” eggenoot kan verhaal (kyk Boberg 1971 *SALJ* 423 436-7).

Indien egter eenmaal aanvaar word dat ook gades binne gemeenskap van goed getroud mekaar deliktueel mag aanspreek (in welke geval 'n spesiale reëling getref sou moet word - bv soos hierbo voorgestel), sou die nodigheid van die betrokke omstrede gedeelte van die Wysigingswet op die Verdeling van Skadevergoeding natuurlik wegval, en sou die huidige anomaliese situasie uit die weg geruim kon word. In hierdie laat stadium hang sodanige ontwikkeling egter waarskynlik van die wetgewer af.

FA DE VILLIERS
Universiteit van Fort Hare

A case in which FE Smith was employed came on for hearing late in the afternoon, and Mr Smith asked the judge to allow it to go over to the following day. "I have been speaking all day in another court," he said, "and I am rather exhausted." His request was granted. The clerk called the next case, and immediately a young counsel rose who, for some reason of his own, did not want the case to be tried at that time. He also requested that this case might be postponed. "Why?" asked the judge coldly:

"May it please you, my lord, I too, am in a state of exhaustion, for I have been listening all day to Mr Smith."

Richard Fountain *The Wit of the Wig*

Vonnisse

LEAN v VAN DER MESCHT 1972 2 SA 100 (0)

Motorbotsing - Partye huurkopers - Wet op Verdeling van Skadevergoeding

'n Prikkelende beslissing is hier gegee. Nie alleen is fundamentele aspekte van Aquiliese aanspreeklikheid aangeroe nie, maar ook het die Vrystaatse hof nou die benadering van die Transvaalse hof in *Windrum v Neuborn* 1968 4 SA 286 (T) onderskraag deur te leer dat 'n medewerkend nalatige eiser wat as sessionaris ageer, nie aan die bepaling van subartikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding onderworpe is nie.

Die saak spruit voort uit 'n botsing tussen twee motors. Hoewel hierdie gebeure alledaags is, onderskei die huidige geval hom van die stereotipe eerstens daarin dat nie met 'n skadevergoeding- en genoegdoeningseis teen 'n versekeringsmaatskappy te doen gekry is nie, maar wel met 'n eis en teeneis om skadevergoeding wat die bestuurders van die betrokke voertuie teen mekaar onderling in die hof *a quo* ingestel het. Die uitsonderlike is tweedens dat die bestuurders wat ten tyde van die botsing huurkopers van hulle onderskeie motors was, nie in dieselfde hoedanigheid ageer het nie. Die een het as huurkoper, die ander as sessionaris van die eienaar van een van die voertuie in geding getree. Die resultaat was dramaties. Die party aan wie as eiser in konvensie (voorts gerieflikheidshalwe respondent genoem) 90% skadevergoeding toegeken is omdat hy slegs, in verhouding tot die teenparty, 10% vir die skade te blameer was, is as verweerder in rekonvensie beveel om 100% skadevergoeding aan die eiseres in rekonvensie (voorts appellant genoem) wat 90% nalatig was, te betaal! 'n Appèl en teenappèl na die Vrystaatse Provinsiale Afdeling ivm sekere aspekte van die saak, het gevolg, maar die uitspraak van die landdros in die hof van eerste instansie is in alle opsigte gehandhaaf.

Die eerste vraag wat die hof by appèl oorweeg het, was of die respondent wat ageer het in sy hoedanigheid van huurkoper onderworpe aan die verpligting om die eienaar vir skade aan die motor te vergoed, die reg gehad het om skadevergoeding van die appellant te vorder sonder om sessie van aksie van die eienaar te verkry.

Die hof kom tot die gevolgtrekking (bl 107 e v) dat die Aquiliese aksie nie so uitgebrei is dat dit ingespan kan word deur 'n persoon wat

kontraktueel verplig is om die eienaar te vergoed vir skade aan 'n saak veroorsaak terwyl dit in eersgenoemde se besit is nie. Hiermee onderskryf die hof die kritiek wat *obiter* in *Kruger v Strydom* 1969 4 SA 304 (NK) uitgespreek is teen die benadering in *Spolander v Ward* 1940 CPD 24 *cum suis*. Die hof redeneer voorts (bl 108 ev) dat 'n persoon wat, soos die respondent in die onderhawige saak, kontraktueel onderneem het om 'n ander vir skade aan sy saak te vergoed, selfs indien die skade geensins aan eersgenoemde se skuld te wyte is nie, vir alle praktiese doeleindes in die posisie van 'n versekeraar verkeer. Die hof wys dan ook tereg daarop dat uit beslissings soos *Ackerman v Loubser* 1918 OPD 31 dit blyk dat 'n versekeraar nie in eie reg vergoeding van die dader kan verhaal nie, maar „uitsluitlik daarop aangewese is om vir die betaling vergoed te word uit die opbrengs van 'n geding deur die versekerde teen die oortreder ingestel of deur die versekeraar self ingestel op grond van 'n sessie van aksie aan hom deur die versekerde gegee” (bl 108). Die hof verklaar verder (tap) dat die dader ook nie die beswaar teen 'n vordering deur die versekerde kan opper dat laasgenoemde reeds vir sy skade vergoed is nie, aangesien die kontrak tussen die versekerde eienaar en sy versekeraar *res inter alios acta* is wat die oortreder betref.

Dat hierdie redenasie van die hof op gevestigde praktyk berus, kan nie ontken word nie. Daarmee is egter nog nie gesê dat so 'n houding prakties gesond of wetenskaplik houdbaar is nie. Die aandag mag miskien in die verbygaan op enkele anomalieë wat uit die huidige situasie voortvloei gevestig word.

Om die feit dat 'n persoon se skade uitgewis is en hy derhalwe geen skade meer ly nie, as *res inter alios acta* en derhalwe as irrelevant in 'n skadevergoedingseis af te maak, is juridies beswaarlik verantwoordbaar. So 'n benadering kan nie anders as om 'n „skadevergoedingseis” weer terug te plaas in die kader van die Romeinsregtelike private strafaksie nie. Tog word sodanige *plus petitiones* tans selfs deur die wetgewer gesanksioneer (vgl wet 9 van 1969).

Tweedens val dit vreemd op dat 'n persoon wat weens die skuldige optrede van 'n derde skade ly deurdat hy verplig word om ingevolge 'n kontraktuele vorderingsreg te presteer, geen direkte verhaal onder hierdie hoof teen die derde het nie, terwyl hy tog so 'n verhaal kan hê waar sy prestasieverpligting ingevolge 'n vorderingsreg wat *ex lege* bestaan, aldus opeisbaar word. Is huurkoper A kontraktueel verplig om aan eienaar B skadevergoeding te betaal weens die nalatige beskadiging deur C van die motor onderworpe aan die huurkoop, het A nie weens verswaring van sy prestasieverpligting enige remedie teen C nie. Vader A wat egter *ex lege* verplig is om sy minderjarige seun B se mediese onkoste te betaal wat laasgenoemde opgedoen het deurdat hy op nalatige wyse deur C beseer is, is wel geregtig om weens verswaring

van sy prestasieverpligting (onderhoudsverpligting) teen C direk op te tree. (Sien bv *Saitowitz v Provincial Insurance Co Ltd* 1962 3 SA 443 (W).)

Hieruit blyk dan ook derdens dat ten spyte van die gloeiende *dicta* in sake soos *Cape of Good Hope Bank v Fischer* 4 SC 368 op 376, *Matthews v Young* 1922 AD 492 op 504 en *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151 op 155 ivm die wye omvang van Aquiliese aanspreeklikheid in ons hedendaagse reg, ons howe nog nie bereid is om die knoop deur te hak en in alle gevalle waar skade op onregmatige en skuldige wyse veroorsaak word, Aquiliese aanspreeklikheid te erken nie. 'n Mens kan beswaarlik die gevoel afskud dat ons reg hier 'n agterstand het vergeleke by die wyer remedie wat bv artikels 1382 en 1383 van die Franse *Code Civil* aan 'n deliktueel benadeelde in beginsel laat toekom.

Hoewel die analogie wat die hof in die huidige saak tussen die posisie van die respondent en 'n versekeraar getrek het, tot gevolg gehad het dat 'n aksie op grond van verswaring van 'n kontraktuele verpligting eersgenoemde ontsê is, het die hof nietemin tot die besluit gekom dat die respondent, anders as 'n „blote” versekeraar, wel op grond van ander oorwegings kan ageer. Die hof lig sy standpunt toe deur daarop te wys (bl 108 ev) dat die respondent, huurkoper, in die „wettige besit van die beskadigde saak” was en dit „lewer . . . ’n belangrike onderskeidingsgrond op in vergelyking met die geval van ’n blote versekeraar wat geensins op besit van die saak kan staatmaak nie.” Die hof gee weliswaar toe (bl 109) dat 'n huurkoper in die posisie van die respondent nie streng gesproke 'n *bona fide possessor* genoem kan word nie, maar bevind (bl 111) nietemin dat die respondent die regte van 'n *bona fide possessor* kan uitoefen. Die slotsom wat die hof dan in dié verband bereik, is dat die respondent, onderworpe aan die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, al die skade deur die botsing veroorsaak, kan vorder sonder om op sy kontraktuele verpligtinge teenoor die eienaar staat te maak.

Interessant is om terloops daarop te let dat die hof die huurkoper se reg op die motor as saaklik tipeer. (Sien bl 110 waar gesê word dat die huurkoper 'n *ius in re aliena* verkry.) As dit dan so is, sou stellig verwag kan word dat dieselfde moet geld ook vir die huurder van 'n roerende saak. So beskou, verleen die onderhawige beslissing onregstreeks steun aan die houding ingeneem deur die hof in *Bell and Co v Ivins and Edmonds* 26 NLR 449, wat deur De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitgawe bl 278 gelaak word.

Ten spyte daarvan dat bedenkings moontlik geopper kan word oor die noodsaak om die respondent wat 'n regmatige okkupeerder is (De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitgawe 216) via die *bona fide possessor*-konstruksie tegemoet te kom, moet die feit dat 'n remedie hom nie ontsê is nie, verwelkom word. Dat sy

eis om skadevergoeding wel aan die Wet op Verdeling van Skadevergoeding onderworpe is, moet die hof ook gelyk gegee word.

Volledigheidshalwe moet voorts daarop gewys word dat die respondent sy eis moontlik op 'n derde grond kon baseer, t.w. dat hy as kontraksparty geregtig is op die gebruik en genot van die saak en dat deur die derde se optrede hy nie meer die volle waarde van die prestasie waarop hy geregtig is, verkry nie. (Sien in die algemeen i.v.m. 'n dergelike eisoorzaak Van der Merwe *Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes*, veral op 119 ev.)

Hoe dit ook al sy, of respondent se eisoorzaak verklaar moet word aan die hand van verswaring van 'n kontraktuele verpligting, skending van 'n saaklike reg of inbreukmaking op 'n vorderingsreg, die onregpleger verkeer steeds in die onbenydenswaardige posisie dat hy dalk, sou die eienaar besluit om self ook te ageer, met 'n dubbele aksie gekonfronteer kan word. Hier oes 'n mens eenvoudig wat gesaai is deur te leer dat uitwissing van skade *res inter alios acta* kan wees wat 'n verweerder betref en dus nie 'n ooreenkomstige uitwissing van 'n skadevergoedingseis meebring nie.

Die hof meen (bl 111) dat dit bloot 'n vraag van prosedure is hoe-dit verhoed kan word dat sowel die eienaar as die huurkoper skadevergoeding vorder. In dié verband opper die hof die volgende moontlike stappe wat gedoen kan word:

- (a) Die huurkoper sou aan die dader 'n indempiteit teen 'n latere aksie deur die eienaar kon bied.
- (b) Hy, die huurkoper, sou sessie van aksie van die eienaar kon verkry. (Hier het mens, met respek, 'n *petitio principii*. Immers, waar die huurkoper as sessionaris ageer, verval die moontlikheid van 'n dubbele aksie.)
- (c) Hy sou, indien die eienaar weier om sy reg van aksie aan hom te sedeer, die eienaar kon voeg as 'n party in die geding.
- (d) Hy sou die eienaar kon versoek om sy keuse te doen tussen self-optrede of verlating op die huurkoper se aksie.

Dit is egter nie duidelik waarom die huurkoper al hierdie moeite sou doen nie, aangesien nie hy nie, maar sy teenparty voor die moontlikheid van 'n dubbele aksie gestel word. In die onderhawige saak het die respondent trouens geeneen van bostaande stappe gedoen nie. Vir die huidige is dus slegs die volgende moontlike maatreëls wat na die hof se mening (bl 111) deur die verweerder geneem kan word, van praktiese belang:

- 1 Die verweerder sou moontlik 'n beswaar van nie-voeging van die eienaar kon opper.

- 2 Hy, die verweerder, sou van die huurkoper wat 'n eis teen hom instel, bekendmaking van die identiteit van die eienaar kon eis en die eienaar self as 'n party voeg, indien laasgenoemde nie bereid is om te verklaar watter houding hy teenoor die huurkoper se eis inneem nie.
- 3 'n Verdere moontlikheid wat die hof tentatief vermeld (tap), is dat die verweerder teen die persoon wat die tweede eis instel, die *exceptio doli* kan opwerp.

'n Verdere moontlikheid wat die hof nie noem nie, is dat die verweerder wat deur die eienaar aangespreek word nadat reeds aan die huurkoper se eis voldoen is, teen laasgenoemde, mits hy ook skuld aan die beskadiging van die motor gehad het, as mededader ooreenkomstig artikel 2 van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding kan optree. Dit sal egter slegs gedeeltelike, soms selfs net geringe, verligting bring, soos uit die volgende voorbeeld blyk: A, huurkoper, en derde, C, beskadig eienaar B se motor. Die verhouding tussen A en C se skuld is 10% tot 90%. Die skade aan die motor bedra R100. Hiervan sal A R90 van C kan verhaal. Word C hierop deur B aangespreek en betaal hy R100 aan B, sal C, mits die prosedure voorgeskryf deur die vermelde artikel 2 gevolg word, R10 van A kan verhaal by wyse van regres. Was C se skuldgraad net 10% in verhouding tot A s'n van 90%, kan hierdie metode C se posisie aansienlik verlig, hoewel toegegee moet word dat hy steeds as gevolg van die dubbele aksie benadeel bly.

Dat daar in ons praktyk nog geen gevestigde beveliging vir die verweerder teen dubbele aanspreeklikheid in 'n geval soos die onderhawige ontstaan het nie, val nie te ontken nie.

Die tweede vraag waarom die hof uitsluitel moes gee, was of die appellant wat as sessionaris van die eienaar van die tweede motor 'n teeneis om skadevergoeding teen die respondent ingestel het, nie verplig was om in haar eie reg, dws in 'n hoedanigheid soortgelyk aan dié van die respondent, skadevergoeding te vorder nie. Dit sou dan beteken dat haar eis onderworpe aan die bepalings van subartikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding sou wees.

Die hof beslis (bl 112) dat die appellant geregtig was om sessie van aksie te verkry en voeg (tap) hieraan toe: „Dit bly in werklikheid . . . nog steeds die verstandigste weg vir 'n huurkoper om, indien moontlik, sessie van aksie van die eienaar te verkry.”

Met hierdie sienswyse moet akkoord gegaan word.

Die derde en laaste neut wat die hof moes kraak, was of die appellant se eis, ten spyte daarvan dat sy as sessionaris opgetree het, nie in ieder geval aan wetteregtelike verdeling onderworpe was nie.

Ooreenkomstig die beslissing in *Windrum v Neunborn* 1968 4 SA 286 (T) kom die hof tot die gevolgtrekking (bl 113) dat die woorde van

subartikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding nie vatbaar is vir 'n vertolking dat die sessionaris wat op die regte van 'n onskuldige eienaar staatmaak, onderworpe aan verdeling van skadevergoeding is nie.

Hierdie benadering is, soos met eerbied in oorweging gegee word, klaarblyklik korrek. Trouens, dit gaan tans nie om skade deur die eiser gely nie, maar om skade aan die onskuldige eienaar berokken. Laasgenoemde se eis is nie aan verdeling onderworpe nie en geen sessie kan dit so maak nie.

Die vraag is egter of die resultaat wat hierdeur bereik word, nie uiters onbillik is nie. Die antwoord is dat dit geensins die geval is nie. Die respondent is beslis nie remedieloos nie. Aangesien die appellant as mededader saam met die respondent teenoor die eienaar-sedent aan te merk is, staan dit die respondent vry om ooreenkomstig die bepalings van subartikel 2(6)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 'n regreseis teen die appellant in te stel. Hiervolgens sal die respondent dan in staat wees om, in die lig van die onderlinge skuldgraad tussen hom en appellant, uiteindelik 90% van wat hy onder die teeneis verplig was om aan die appellant te betaal, terug te vorder. Hoewel toegegee moet word dat hierdie prosedure effens omslagtig is, is dit blykbaar tans die enigste uitweg, tensy die feitekompleks en pleitstukke sodanig is dat subartikel 2(8)(a) of 2(10) van vermeldde wet aanwending kan vind. In die saak onder bespreking is sodanige verwere nie deur die respondent geopper nie en het, soos met eerbied in oorweging gegee word, reg geskied.

NJ VAN DER MERWE
Justisie-opleiding

SEKRETARIS VAN BINNELANDSE INKOMSTE
v BOEDEL WYLE WD SNYMAN
1972 1 SA 1 (A), 33 SATC 223

*Boedelbelasting - Waardasie van vruggebruik - Waarde van
liefdadigheidsinrigting se blote dominium*

Wyle mnr WD Snyman het die restant van sy boedel per testamentêre beskikking aan drie liefdadigheidsinrigtings nagelaat, onderworpe aan 'n vruggebruik ten gunste van sy oorlewende eggenote vir die orige duur van haar lewe, of totdat sy weer in die huwelik sou tree, watter tydperk ook al die kortste is.

Minder as 'n jaar na die testateur se dood het die weduwee weer in die huwelik getree.

Ingevolge die bepalings van artikel 3(1) van die Boedelbelastingwet 1955 bestaan die boedel van 'n (oorlede) persoon uit al die eiendom

van daardie persoon op die datum van sy dood en uit alle eiendom wat volgens die bepaling van die wet geag word eiendom te wees.

Die eersgenoemde kategorie eiendom word in artikel 3(2) omskryf onder andere as „enige reg op goed, hetsy roerend of onroerend, liggaamlik of onliggaamlik.”

Die waarde waarteen hierdie globale massa eiendom in die rekeningstaat vir boedelbelastingdoeleindes verantwoord moet word, word in artikel 5 uiteengesit, maar boedelbelasting word gehef op die belasbare bedrag van die boedel wat verkry word deur onder andere sekere aftrekkings teen die hierbo vermelde globale waarde te laat geskied. Een van hierdie aftrekkings, te wete dié ingevolge artikel 4(h) van die wet, is die

„bedrag wat, volgens die testament van die oorledene, of die waarde van enige eiendom in die boedel ingesluit wat, . . . toeval of toegeval het aan -
(ii) enige openbare inrigting binne die Republiek ter bevordering van wetenskap of kuns, of in die aard van 'n liefdadigheids-, onderwys- of godsdienstige inrigting.”

Sowel die Sekretaris as die eksekutrise was van mening dat wat aan die betrokke liefdadigheidsinrigtings toegeval het by die dood van die oorledene die waarde van die blote *dominium* in die restant van die boedel was, maar hulle het uiteenlopende betoë aangebied oor hoe die waarde van sodanige blote *dominium* vir die doeleindes van artikel 4(h)(ii) van die wet bepaal moet word: die Sekretaris was van mening dat wat in die boedel as eiendom onderworpe aan boedelbelasting verskyn, die volle waarde van die eiendom minus die waarde van die blote *dominium*, dit wil sê die waarde van die oorlewende se vruggebruik, was, en dat die waarde van hierdie vruggebruik ooreenkomstig die bepaling van artikel 5(1)(f)(i) van die wet bereken moes word. So 'n berekening kom daarop neer dat die jaarlikse waarde van die volle waarde van die eiendom gekapitaliseer moet word oor die op die datum van dood verwagte lewensduur van die oorlewende eggenote, wat op 'n waarde van R74 965 neerkom, terwyl die aftrekking ingevolge artikel 4(h)(ii) dan op R35 505 te staan kom. 'n Aanslagkennisgewing vir boedelbelasting is volgens hierdie benadering uitgereik en dit het dan aanleiding gegee tot die beroep, eers op die Spesiale Hof vir die verhoor van Inkomstebelastingappèlle, en daarna op die Appèlhof ingevolge artikel 24 van die wet, vir hersiening van die bevindings; terwyl die eksekutrise die sienswyse van die Sekretaris insake watter eiendom in die boedel ingesluit moet word, gedeel het, was dit haar betoog dat die waarde van die vruggebruik ingevolge artikel 5(1)(f)(i) bereken moet word deur die jaarlikse waarde van die volle waarde van die eiendom te kapitaliseer oor die tydperk waarin die oorlewende eggenote in feite die vruggebruik geniet het, te wete 14 November 1965 tot 15 Oktober 1966. Aldus bereken kom die waarde van haar vruggebruik

op slegs R6 630 te staan terwyl die aftrekking ingevolge artikel 4(h)(ii) dan R103 863 behoop.

Die Oranje-Vrystaatse Afdeling van die Spesiale Hof het die eksekutrisse gelyk gegee maar die beslissing is deur die Sekretaris in die Appèlhof betwis. Laasgenoemde hof se bevinding was ten gunste van die betoog van die Sekretaris, te wete: „Eiendom” omvat beide die blote *dominium*- en die vruggebruiksgedeelte van die volle waarde van die eiendom en die feit dat hierdie gedeeltes vóór die datum van dood verenig is, het geen uitwerking op die splitsing wat na die dood intree nie. Elke afsonderlike gedeelte is ’n reg op eiendom en dus „eiendom” vir doeleindes van die Boedelbelastingwet. Die waarde van sodanige eiendom moet ingevolge die bepaling van artikel 5 vasgestel word en die waarde van die vruggebruik kan slegs ingevolge die bepaling van artikel 5(1)(f)(i) bepaal word, en dié artikel maak nie voorsiening vir ’n lewensvruggebruik onderworpe aan ’n voorwaarde wat die betrokke tydperk kan verkort nie. Gevolglik moet die vruggebruik se waarde bereken word met as basis die tydperk waartydens dit geniet moet word, te wete òf vir die duur van vruggebruiker(-ster) se lewe òf ’n bepaalde vasstaande tydperk; enige voorwaardes daaraan verbonde moet geïgnoreer word.

Die Appèlhof het voorts beslis dat daar nie ’n vertraging met die aanslag van die boedelbelasting moet wees nie en dat die belasting bereken moet word met as basis die omstandighede soos hulle op die datum van dood bestaan: toekomstige eventualiteite kan nie in berekening geneem word nie.

’n Mens se eerste indruk is dat hierdie benadering strook met die Appèlhof se benadering in *CIR v Lazarus’ Estate* 1958 1 SA 311 (A), 21 SATC 379, waarin met goedkeuring gewag gemaak is van die onderstaande passasie van lord Dunedin in *Whitney v Inland Revenue Commissioners* (1926) 37 52, wat deur Scott LJ in *Allen v Trehearne* 1938 2 KB 464 478 aangehaal word:

„Once that it is fixed that there is liability, it is antecedently highly improbable that the statute should not go on to make that liability effective. A statute is designed to be workable, and the interpretation thereof by a court should be to secure that object, unless crucial omission or clear direction makes that end unattainable. Now there are three stages in the imposition of a tax; there is the declaration of liability, that is the part of the statute which determines what persons in respect of what property are liable. Next there is the assessment. Liability does not depend on assessment. That, *ex hypothesi*, has already been fixed. But assessment particularises the exact sum which a person liable has to pay. Lastly come the methods of recovery, if the person taxed does not voluntarily pay.”

Met eerbied teenoor die hof kan ’n mens egter nie die gevoel afskud nie dat hierdie feite-omstandighede ’n *casus omissus* in die wet aan die lig gebring het. Indien wel, dan sou die bevinding van die Spesiale

Hof die korrekte uitwysing van die geskil wees. Hierdie kritiek gaan uit van die standpunt dat artikel 5(1)(f) van die wet slegs van toepassing is op 'n eiendomsreg op goed wat kennelik onderworpe is - op die datum van dood van die eienaar van die reg - aan 'n vruggebruiks- of dergelike reg van iemand anders. Die waardebepalingsmetode wat in artikel 5(1)(f)(i) aangegee word, is bedoel om die *quantum* van die aftrekking daar te stel waarmee die aan die ander persoon op die datum van dood behorende reg van vruggebruik of soortgelyke reg bereken moet word. Die verskil tussen hierdie waarde en die volle waarde van die eiendom is dan die waarde van die blote *dominium* van die oorledene wat aan belasting onderwerp moet word.

In casu het die oorledene op die datum van sy dood die volle eiendomsreg op sy bates gehad en dit is die waarde van hierdie bates wat in eerste instansie in die rekeningstaat vir boedelbelasting moet verskyn - daarna kan die aftrekking ingevolge artikel 4(h)(ii) geskied.

As in gedagte gehou word dat die wet nie uitdruklik voorsiening maak vir die waarde wat in hierdie omstandighede ingevolge die bepaling van artikel 4(h)(ii) afgetrek kan word nie en dat dit die uiteindelijke doelwit van die erflater was om liefdadigheidsinrigtings van 'n openbare aard te bevoordeel - iets wat van overheidsweë aangevoedig behoort te word - kan 'n mens, veral as die *contra fiscum*-reël in gedagte gehou word, nie die gevolgtrekking ontwyk nie dat die beslissing van die Spesiale Hof eerder die regsgevoel bevredig.

CH VAN WIJK
Universiteit van Suid-Afrika

KAU v FOURIE 1971 3 SA 623 (T)

Ongeval - Opsetlike aanranding - Voortspruitende uit diens

In hierdie saak kry die Transvaalse Provinsiale Afdeling die geleentheid om die Appèlhofbeslissing in *Minister of Justice v Khoza* 1966 1 SA 410 toe te pas ten einde uit te maak of 'n ongeval een is wat ingevolge die Ongevalwet 30 van 1941 uit die werksman se diens ontstaan het.

'n Bantoeman (eiser) eis skadevergoeding van sy werkgewer (verweerder) op grond van beserings wat hy tydens sy diens opgedoen het. Dit blyk dat die eiser met een van die verweerder se voertuie in 'n ongeluk betrokke was en dat laasgenoemde, toe hy hiervan verneem het, in woede die eiser op die werksperseel met 'n stuk yster aangerand en sy arm gebreek het. Onder beïnvloeding van die verweerder word aan die Ongevallekommissaris verslag gelewer dat die ongeluk plaasgevind het deurdat 'n koevoet die eiser op die arm getref het terwyl

hy besig was om 'n buiteband om te ruil. Steunend op hierdie relaas van die gebeure, betaal die Ongevallekommissaris R231,50 aan die eiser uit.

Na aanleiding van hierdie besering stel die eiser later 'n eis teen sy werkgewer in en poog hy om 'n verdere bedrag as skadevergoeding te verhaal. Ongelukkig blyk dit nie uit die gerapporteerde feite of die eiser 'n verdere bedrag aan skadevergoeding, vergoeding weens pyn en lyding, of beide eis nie. Verweerder pleit dat ingevolge artikel 7(a) van die Ongevalwet die eiser nie die werkgewer onder hierdie omstandighede aanspreeklik kan hou nie. Artikel 7 bepaal soos volg:

„Vanaf die vasgestelde datum:

(a) kan geen regsgeding volgens wet deur 'n werksman of 'n nabestaande van 'n werksman teen die werkgewer van bedoelde werksman ingestel word nie tot verhaal van enige *skadevergoeding ten opsigte van 'n besering veroorsaak deur 'n ongeval wat arbeidsongeskiktheid of die dood van daardie werksman tot gevolg het*; en

(b) kan geen aanspreeklikheid vir *skadeloosstelling* aan die kant van sodanige werkgewer ontstaan nie behalwe ingevolge die bepalings van hierdie wet *ten opsigte van sodanige arbeidsongeskiktheid of dood*” (ek kursiveer).

In artikel 2 word 'n ongeval beskryf as „'n ongeval wat uit 'n werksman se diens ontstaan en in die loop daarvan plaasvind en wat persoonlike besering tot gevolg het.”

Uit bogenoemde is dit duidelik dat as die gebeure wat tot die besering aanleiding gegee het as 'n ongeval beskou kan word, die werksman nie skadevergoeding van sy werkgewer sal kan verhaal nie en laasgenoemde op sy beurt ook nie aanspreeklik gehou sal kan word vir die betaling van skadeloosstelling nie (behalwe waar die wet self anders bepaal).

Vir doeleindes van die uitspraak aanvaar regter Viljoen die feite soos uiteengesit deur die eiser, naamlik dat sy besering te wyte is aan die aanranding deur sy werkgewer. Is dit nou 'n ongeval wat uit die werksman se diens ontstaan en in die loop daarvan plaasgevind het?

Dit lei geen twyfel dat hierdie ongeval in die loop van die eiser se diens plaasgevind het nie. Die vraag is egter of dit ook uit sy diens ontstaan het? Die appèlhof het beslis dat 'n ongeval uit 'n werksman se diens ontstaan as daar „in breë sin 'n kousale verband tussen diens en ongeval [bestaan].” Hierdie kousale verband sal in die algemeen voldoende geskep wees „wanneer die ongeval plaasvind op die plek waar die werksman by die uitvoering van sy diens is” (*Minister of Justice v Khoza supra* 417). Die Appèlhof gee egter toe dat hierop uitsonderings kan bestaan en sonder om 'n *numerus clausus* daar te stel, word 'n paar gevalle genoem wat as genoegsaam beskou word om die kousale verband te verbreek. Vir doeleindes van die saak onder bespreking is die belangrikste een „wanneer die werksman opsetlik

beseer word deur 'n ander persoon en die motief van die aanranding geen verband hou met die werksaamhede van die werksman nie.”

Regter Viljoen aanvaar die uiteensetting van die Appèlhof, maar wanneer hy die feite beoordeel kom hy tot die gevolgtrekking dat die gesketste gebeure nie 'n ongeval is wat uit die diens van die werksman ontstaan het nie. Derhalwe is die werkgewer nie deur artikel 7 beskerm nie. Hy voer aan dat dit „nie weens sy diensverhouding [is] dat die eiser die aanranding op die lyf geloop het nie, maar weens die ongeoorloofde opsetlike en wederregtelike optrede van die werkgewer” (bl 628 van die verslag). Hierdie bevinding is, met respek, verkeerd. Die werksman het die ongeval opgedoen op die plek waar hy in die uitvoering van sy diens moes wees. Tensy een van die uitsonderingsgevalle toepassing vind, behoort hierdie 'n ongeval te wees wat uit sy diens ontstaan het. Die blote feit dat die Appèlhof die aangehaalde uitsonderings kwalifiseer deur dit as 'n vereiste te stel dat die motief vir die aanranding geen verband moet hou met die werksaamhede van die werksman nie, is myns insiens 'n aanduiding dat as die vereiste motief aanwesig was, die ongeval een was wat uit die diens ontstaan het. *In casu* is dit duidelik dat die werkgewer tot die aanranding oorgegaan het aangesien hy ontevrede was met die wyse waarop sy werknemer sy pligte uitgevoer het. Die aanranding het dus direk met sy werkverrigting in verband gestaan. Daar is myns insiens geen verskil tussen 'n aanranding deur 'n derde en deur die werkgewer nie. As die ander betrokke in die motorongeluk die eiser wat onverskillig bestuur het, aangerand het, sou dit nietemin 'n ongeval gewees het wat uit sy diens ontstaan en in die loop daarvan plaasgevind het. (In *Board of Management of Trim Joint District School v Kelly* 1914 AC 667 is 'n onderwyser deur die skoolkinders aangerand en ernstig beseer. Die Engelse hof beslis dat hierdie 'n ongeval was wat uit sy diens ontstaan het.) Dieselfde behoort vir die werkgewer te geld. 'n Humeurige en aggressiewe werkgewer is net so 'n bedreiging vir die welsyn van 'n werksman as 'n gevaarlike stuk masjinerie. Solank die aanranding met die werksman se werkverrigting in verband staan, behoort dit 'n ongeval ingevolge die Ongevallewet daar te stel. Dit sou onbillik wees om in so 'n geval die werksman 'n remedie onder die Ongevallewet te ontsê en om dan van hom te verwag om gemeenregtelik 'n aksie teen die werkgewer in te stel en benewens die koste-risiko ook nog gevaar te loop dat sy werkgewer betalingsonbekwaam is. Ook in so 'n geval behoort hy die reg te hê om uit die Ongevallefonds te verhaal.

Regter Viljoen bevind dat die blote feit dat die werknemer hom ten tyde van die aanrandings op die werkperseel bevind het, 'n toevalligheid was en dat as die werkgewer hom by sy huis aangerand het, die ongeval duidelik nie uit sy diens sou ontstaan het nie: die toevallige aanwesigheid van die partye op die werkperseel kon nou nie daarvan

'n ongeval ooreenkomstig die Ongevallewet maak nie. Hierdeur word die indruk geskep dat daar van 'n ongeval alleen sprake kan wees as die aard daarvan sodanig is dat die werknemer alleen op die werkperseel daardeur getref sal word. Sondanige benadering lê, met respek, te veel klem op die plek waar die ongeval kan plaasvind. Dit is waar dat in die meeste gevalle die kousaliteit tussen ongeval en diens geskep word deur die feit dat die ongeval die werknemer op die werkperseel getref het. In die *Kboza*-saak (*supra*) het die Appèlhof byvoorbeeld bevind dat „die kousale verband tussen ongeval en diens *in die algemeen voldoende geskep word* wanneer die ongeval plaasvind op die plek waar die werksman by die uitvoering van sy diens is” (ek kursiveer). Uit die gekursiveerde gedeelte blyk dit dat die Appèlhof die moontlikheid erken dat die nodige kousale verband ook aanwesig kan wees al het die „ongeval” die werksman op 'n ander plek getref. 'n Aanranding wat onder hierdie omstandighede by die werknemer se huis plaasgevind het, sou nog altyd 'n ongeval wees wat uit die werksman se diens ontstaan het. Dit sou egter moeilik wees om die hof in so 'n geval te oortuig dat hierdie ongeval een is wat ook in die loop van die werksman se diens plaasgevind het. Die howe aanvaar naamlik dat, behoudens sekere uitsonderings, 'n werksman se diens eers 'n aanvang neem as hy die werkperseel bereik (*Ongevallekommissaris v Santam Beperk* 1965 2 SA 193 (T) 196) en beëindig word so gou as wat hy die werkperseel verlaat en nie meer onder beheer van sy werkgewer is nie (*Nel v Minister van Publieke Werke* 1962 2 SA 147 (T)). Hierdie vraag was egter nie in die onderhawige saak ter sprake nie. Die feit dat indien die ongeval hom op 'n ander plek getref het, dit nie tegnies gesproke 'n „ongeval” ooreenkomstig die wet sal wees nie, is nie ter sake nie. As A in die uitvoering van sy diensverpligtinge ernstige beserings in 'n motorongeluk opdoen, behoort die moontlikheid dat hy soortgelyke beserings kan opdoen as hy die aand in sy private motor huiswaarts keer, geen verskil te maak aan die feit dat hy ten opsigte van sy eerste beserings skadeloosstelling onder die Ongevallewet kan vorder nie.

Voorts bespreek die regter die vraag of die werksman ten spyte van die feit dat hy onder die wet skadeloosstelling ontvang het, nogtans die werkgewer kan aanspreek vir die betaling van skadevergoeding. Gesien die bepalings van artikel 7 sal so iets net moontlik wees indien die werkgewer onder artikel 8 as 'n derde beskou kan word. Artikel 8 bepaal dat indien 'n werksman deur 'n derde beseer is, hy toegelaat word om, benewens die feit dat hy skadeloosstelling kragtens die wet verhaal, ook die derde aanspreeklik te hou. In so 'n geval moet die hof egter die bedrag wat die werksman kragtens die Ongevallewet ontvang het of sal kan ontvang, in verrekening bring en kan die derde slegs vir die balans aanspreeklik gehou word. Regter Viljoen bevind, met respek, tereg dat die werkgewer nie as 'n derde beskou kan word nie en derhalwe nie onder artikel 8(1)(a) vir die balans aanspreeklik

gehou kan word nie. Hy betwyfel dit egter of die spesifieke woorde van die wet in ooreenstemming met die wetgewer se bedoeling is. Die wetgewer wou naamlik deur middel van hierdie artikel die werkgewer slegs beskerm teen die betaling van „skadevergoeding waarvoor hy aanspreeklik sou wees, maar wat nie deur sy eie handeling veroorsaak is nie, dws middellike aanspreeklikheid (*vicarious liability*)” (bl 629 van die verslag). Hierdie artikel behoort egter nie van toepassing te wees as die werkgewer self opsetlik die skade veroorsaak het nie. Hierdie afleiding maak die regter deur na artikel 43 te verwys, waarvolgens die werknemer addisionele skadeloosstelling kan eis as die werkgewer self nalatig was. Aangesien die wetgewer nie vir iets soortgelyks voorsiening gemaak het waar die skade opsetlik veroorsaak is nie, laat dit die agbare regter tot die gevolgtrekking kom „dat die wetgewer nie bedoel het om die werkgewer onder sulke omstandighede die beskerming van die wet te bied nie” (bl 630). Regter Viljoen moet egter toegee dat onder hierdie omstandighede artikel 8 nog altyd die werkgewer beskerm en hy beskou dit as ’n „besliste *casus omissus*.”

Artikel 43 is nie daarop bereken om die werkgewer te beskerm nie, maar om die werksman, in geval van skuld aan die kant van die werkgewer, op vermeerderde skadeloosstelling geregtig te maak. Die werkgewer self doen geen verdere aanspreeklikheid op nie en die enigste nadeel wat hom kan tref, is dat dit sy jaarlikse bydraes tot die Ongevallefonds kan vergroot (artikel 69). Dit is met respek verkeerd om na analogie hiervan te beweer dat aangesien die wetgewer hier die werkgewer „beskerm” en nie in die gevalle van opsetlike skadeberokkening nie, dit sy bedoeling was dat die werkgewer in sulke gevalle persoonlik aanspreeklik behoort te wees. Dit val nietemin snaaks op dat artikel 43, wat ’n werksman op addisionele skadeloosstelling geregtig maak, geen woord rep van opsetlike beserings nie - en dit is ’n *casus omissus*. Bowendien kan daarop gewys word dat die beskerming wat die werkgewer geniet uit artikel 7 voortspruit en nie uit artikel 8 nie.

’n Mens wonder in hoe ’n mate hierdie beskouing van die agbare regter, dat in geval van opsetlike skadeberokkening dit nie die bedoeling van die wetgewer was om die werkgewer te beskerm nie, daartoe aanleiding gegee het dat hy bevind dat die betrokke gebeure nie ’n ongeval uit hoofde van die wet was nie. Hierdeur maak hy dit nou vir die werksman moontlik om sonder enige beperking op die maksimum eisbare bedrag die werkgewer vir alle skade aanspreeklik te hou. Dat so ’n benadering die eiser kan bevoordeel, aangesien hy nou nie aan die skale van die Ongevallewet gebonde is nie en ook vergoeding weens pyn en lyding kan eis, val nie te betwyfel nie. So ’n benadering sal egter daartoe lei dat die werknemer nou nie die eenvoudiger en veiliger verhaalsreg teen die Ongevallefonds het nie.

Bowendien kan die vraag gestel word of dit korrek is om te beweer dat artikel 7 van die Ongevalwet enige aksie teen die werkgewer vir die verhaal van skadevergoeding onmoontlik maak? Word die werknemer hierdeur verhoed om sy werkgewer vir vergoeding weens pyn en lyding, wat die gevolg van die ongeval is, aan te spreek? In *Petterson v Irvin & Johnson* 1963 3 SA 255 bevind die Kaapse Provinsiale Afdeling onomwonde, per waarnemende regter-president Van Winsen, dat artikel 7(a) ook sodanige aksie verbied. Hy gee toe dat dit miskien in stryd met die bedoeling van die wetgewer was, maar dit is volgens die regter die duidelike betekenis van die woorde in artikel 7(a). In *Table Bay Stevedores v SA Railways & Harbours* 1959 1 SA 386 het die Appèlhof dit nie nodig gevind om hierdie punt te beslis nie, maar uit die volgende aanhaling wil dit voorkom asof die Appèlhof nie 'n soortgelyke mening toegedaan sou wees nie. „It is clear that section 7 of the Act deprives a workman of his common law right of suing his employer for damages in respect of *patrimonial loss* caused by the employer's negligence” (bl 390 - ek kursiveer). In *Bhoer v Union Government and Another* 1956 3 SA 582 (A) is die werksman toegelaat om sy werkgewer vir vergoeding weens pyn en lyding aan te spreek, maar laasgenoemde is nie in sy hoedanigheid as werkgewer nie maar as „quasi-insurer” aangespreek. Hier het dit gegaan oor aanspreeklikheid ingevolge artikel 8(1)(a) en is bevind dat vergoeding weens pyn, lyding en verderfde lewensvreugde ook van die derde verhaalbaar is.

Die skadeloosstelling onder die Ongevalwet betaalbaar dui slegs op vermoënskade. Dit blyk uit die feit dat die werksman se hospitaal- en ander mediese koste uitbetaal sal word en sy verlies aan verdienste. Laasgenoemde word bereken op 'n persentasiebasis van die werksman se maandelikse inkomste. „The criterion is always the earnings of the workman. The statute is concerned only with pecuniary loss” (*Bhoer*-saak 592). Op bogenoemde geoordeel wil dit voorkom asof die wetgewer nie bedoel het om die werksman se gemeenregtelike remedie om vergoeding weens pyn en lyding te eis, weg te neem nie. Hahlo & Kahn verklaar dan ook:

„The Appellate Division has suggested that the provisions of the Workmen's Compensation Act are generally inconsistent with the contention that it covers factors like pain and loss of amenities. In the absence of further authority it is submitted that the common law right of an employee to claim damages from his employer for damages other than his loss of earnings has not been excluded by the Act.” (*The Union of South Africa; the Development of its Laws and Constitution* 791).

Ongelukkig het die wetgewer, as dit sy bedoeling was, hom nie duidelik uitgedruk nie. Soos tereg in die *Pettersen*-saak (*supra*) aangetoon is, is die woorde in artikel 7(a) so wyd („no action shall lie” en „to recover any damages”) dat dit ook die verhaal van „general damages,” dit wil sê vergoeding weens pyn en lyding, verbied. Die

Afrikaanse teks „enige skadevergoeding” is ietwat duideliker. Daar kan geredeneer word dat vergoeding weens pyn en lyding nie skadevergoeding is nie. Dit blyk ook uit artikel 7(b) waar verklaar word dat die werkgewer geen aanspreeklikheid opdoen vir die betaling van skadeloosstelling nie. Skadeloosstelling het naamlik vir doeleindes van hierdie wet ’n besondere betekenis. Dit is die betaalbare bedrag wat volgens die skale van die wet bereken word. Soos hierbo aange-
toon, hou dit slegs verband met vermoënskade. Dit sou nietemin regsekerheid bevorder indien artikel 7(a) gewysig word deur die woorde skadevergoeding (*damages*) met vermoënskade (*patrimonial loss*) te vervang.

Op die onderhawige saak toegepas, behoort die aanranding as ’n ongeval beskou te word, maar dit sal geen afbreuk doen aan die werknemer se reg om vergoeding weens pyn en lyding, en, in hierdie geval, ook genoegdoening onder die *actio injuriarum* te verhaal nie. Laasgenoemde kan tog onmoontlik deur artikel 7(a) uitgesluit wees.

MJ OOSTHUIZEN

Randse Afrikaanse Universiteit

S v MOKONTO 1971 2 SA 319 (A)

Moord - Geloof in toorkuns - Provokasie - Versagende omstandighede

Hierdie beslissing durf nie langer onvermeld bly nie. Nie alleen sny appèlregter Holmes se uitspraak verskillende kernbegrippe van die strafreg aan nie, maar ook kan die leser nie help om getref te word deur die mooi taalgebruik en helderheid van stelling wat so eie aan appèlregter Holmes se uitsprake is nie.

Kortliks saamgevat moes die Appèlhof beslis of die appellant tereg aan moord met versagende omstandighede skuldig bevind is deur die hof *a quo* op grond van die volgende feite:

Die oorledene, ’n Bantoevrou, het die dood van die appellant en sy twee broers voorspel. Minder as ’n maand daarna is die appellant se broer deur ’n motorvoertuig gedood. Hierop het die appellant ’n waarsêer geraadpleeg en is hy meegedeel dat die oorledene ’n heks is wat ’n vloek oor hom en sy broers uitgespreek het. Hy moes ook verder verneem dat as gevolg daarvan siekte en die dood vir hom en sy ander broer voor die deur staan. Enkele dae later het laasgenoemde broer skielik hoofpyn gekry en gesterf. Hierop het die appellant, gewapen met ’n kapmes, die oorledene gaan spreek. In ’n daaropvolgende woorde-wisseling het die oorledene die appellant meegedeel dat hy nie die sonsondergang van daardie dag sou beleef nie. Dit het egter geblyk dat daardie lot nie vir die appellant nie, maar vir die oorledene self beskore was, aangesien die appellant opgevlieg en haar doodgekap het.

Namens die appellant is eerstens aangevoer dat hy in noodweer opgetree het. Die hof, by monde van appèlregter Holmes (bl 324), verwerp hierdie verweer tereg, soos respekvol in oorweging gegee word. Immers, waar dit by die vraag na die onregmatigheid van 'n beskuldigde se optrede steeds om die redelikheid al dan nie van sy gedrag ooreenkomstig heersende regsbeskouings van die gemeenskap gaan (sien *S v HA van Wyk* 1967 1 SA 488 (A); *S v Russell* 1967 3 SA 739 (N); *S v A* 1971 2 SA 293 (T) - vgl wat die privaatreë betref *Regal v African Superstate Pty Ltd* 1963 1 SA 102 (A)), kan beswaarlik volgehou word dat in ons regstelsel die Westerse lewensbeskouing nie deurslaggewend moet wees nie. Omdat met veiligheid aanvaar kan word dat volgens die *boni mores* van die Westerse wêreld 'n dreigement om die magte van Hades teen 'n persoon in te span, nie aan te merk is as 'n dreigende aanval waarteen eierigting geoorloof is nie, moet dit duidelik wees dat daar in die saak onder bespreking geen noodweers-handeling aanwesig was nie. Hoewel die hof klaarblyklik ook hierdie mening toegedaan is, word appèlregter Holmes se uitspraak, met respek gesê, vertroebel, vir sover hy in navolging van die sedert *R v Attwood* 1946 AD 331 340 bekende terminologie, nie duidelik onderskei tussen die redelike man-toets vir nalatigheid wat by noodweer nie ter sake is nie en die objektiewe redelikheidstoets vir onregmatigheid nie. Om te verklaar dat die toets vir noodweer is „whether the appellant's belief that his life was in danger would have been shared by a reasonable man in his position” (bl 324) is om noodweer met putatiewe noodweer, die toets vir regmatigheid met dié vir nalatigheid, gelyk te skakel. Natuurlik kan daar van nalatigheid geen sprake wees waar onregmatigheid ontbreek nie, maar hieruit volg allermins dat die toets vir nalatigheid met dié vir onregmatigheid klop. In die volgende treffende *dictum* (bl 324) van appèlregter Holmes moes die klem dus eerder op die redelikheid al dan nie van die appellant se optrede, die veroorsaking van die oorledene se dood, as op die redelikheid van sy geloof, geval het:

„Hence, in considering the *unlawfulness* of the appellant's conduct, his benighted belief in the blight of witchcraft cannot be regarded as reasonable. To hold otherwise would be to plunge the law backward into the Dark Ages.” (Ek kursiveer.)

Appèlregter Holmes verklaar voorts (bl 324) dat geloof in toorkuns die „moral blameworthiness” van die beskuldigde se optrede in teenstelling met sy „legal culpability” kan affekteer en aldus 'n versagtende omstandigheid daar kan stel.

Die stelling, hoeveel keer ook al herhaal, dat die juris moet onderskei tussen morele en juridiese verwytbaarheid, maar dat beide soorte van verwyt 'n rol te vertolk het in 'n strafsak, kan eenvoudig nie onderskryf word nie. Hierdie terminologie hang blykbaar saam met die beskouing wat reeds in die eerste uitgawe van De Wet en

Swanepoel *Strafreg* 166 verkondig is as sou opset, synde 'n gesindheid (aw bl 91), 'n absolute begrip wees wat op sigself geen ruimte vir strafversagting laat nie. Is eenmaal duidelik dat opset 'n verwyte is en dat hierdie verwyte nie met sy voorvereistes verwar moet word nie, behoort dadelik aan die lig te kom nie alleen dat die graad van felheid van die verwyte van geval tot geval kan fluktueer nie, maar ook dat waar strafversagting aan verminderde „moral blameworthiness” geknoop word, verminderde „legal culpability” in der waarheid voorhande is. Daarmee verval dan ook meteen die twispunt wat onder die geleedere van die appèlbank in *S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) ontstaan het in verband met die vraag of *dolus eventualis* 'n strafversaggende rol kan speel. Trouens, net soos *dolus eventualis* in 'n bepaalde feitekompleks moontlik 'n mindere verwyte as *dolus directus* kan verteenwoordig, kan dit ook wees dat *dolus directus* in een feitestel 'n mindere verwyte as *dolus eventualis* in ander omstandighede impliseer. Vergelyk byvoorbeeld die verwytbaarheid van die ten volle toerekeningsvatbare beskuldigde wat as daad van eutenasie dood veroorsaak onder omstandighede waar sy skuldvorm as *dolus directus* aan te merk is, met die verwytbaarheid van die gewetenlose skurk wat 'n bom op 'n besige stasieplatform plant en, op die feite, met die verwyte van *dolus eventualis* alleen besoek kan word.

Hieruit behoort duidelik te wees, eerstens, dat dit by die vraag na versaggende omstandighede in 'n geval soos die onderhawige beslissing steeds net om die kwantum van verwyte, nadat die aard daarvan bepaal is, gaan; tweedens dat die bekende drie verskyningsvorms van die wil en die dienooreenkomstige benamings van die opsetverwyte, nie deurslaggewend wat die omvang van die verwyte betref, kan wees nie; en derdens, dat die reg nie behoefte het aan 'n morele skuld-begrip naas die juridiese nie.

In verband met die tweede verweer wat namens appellant geopper is, nl dat appellant onder provokasie opgetree het en derhalwe slegs aan strafbare manslag skuldig bevind moes word, dien die aandag kortliks op die volgende gevestig te word:

Appèlregter Holmes stel die begrippe „provokasie” en „toorn” in die regte perspektief waar hy op bl 324 verklaar:

„Provocation and anger are different concepts, just as cause and effect are. But, in criminal law, the term provocation seems to be used as including both concepts, throwing light on an accused's conduct.”

Van harte te verwelkom is ook die regter se verwerping (bl 325) van die benadering van provokasie in artikel 141 van die NTPC as synde „not in harmony with the subjective approach of modern judicial thinking in this country.”

Baie belangrik is verder dat appèlregter Holmes beklemtoon (bl 325) dat „intention to kill is purely a subjective matter” en ooreen-

komstig die reddenasie in *S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) 514 die deur toeklap in die gesig van die ou spreuk „that a person is presumed to intend the reasonable and probable consequences of his act.”

Hoewel die hof (bl 325) die afsterwe van die *versari*-leerstuk beklemtoon, mag dit 'n mens miskien verskoon word as hy gedagtig aan *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) *cum suis* effens skepties hierteenoor staan.

Waar appèlregter Holmes uitdruklik verklaar (bl 326) dat subjektief vir provokasie getoets moet word, kan heelhartig akkoord gegaan word. Daarmee is die skrif dan ook aan die muur vir die standpunt van De Wet en Swanepoel *Strafreg* 2e uitgawe 124 dat toorn gebillik moet wees alvorens 'n beskuldigde op tegemoetkoming aanspraak kan maak. Omdat toorn, hoe onredelik ook al, toerekeningsvatbaarheid kan affekteer en die toets vir laasgenoemde nooit anders as suiwer subjektief kan wees nie, is dit by die beantwoording van die regspraak (in teenstelling met 'n feitevraag) irrelevant of die redelike man ook so gou soos die beskuldigde geprovokeer sou word en sy selfbeheersing sou verloor. Tereg verklaar Dugard 1966 *SALJ* 261 266: „In this age of advances in psychology and man's knowledge of mental diseases the search for the reasonable man has become absurd.”

Dat provokasie, afgesien van die rol wat dit te vertolk het by bepaling van toerekeningsvatbaarheid, die wil om te dood in 'n bepaalde geval moontlik kan aanwakker, maar desnieteenstaande steeds 'n strafversagtende uitwerking kan hê (bl 326 ev), moet die hof ook respekvol gelyk gegee word. Hieruit blyk dan ook meteen die onhoudbaarheid van die standpunt deur De Wet en Swanepoel in die eerste uitgawe van hulle werk, bl 166, verkondig, as sou strafversagting steeds met verminderde toerekeningsvatbaarheid verband hou.

In casu bevind die hof dat provokasie nie die vereiste opset genatiewer het nie. Gevolglik word die skuldigbevinding en vonnis van die hof *a quo* gehandhaaf.

Die beswaar wat veral teen die uitspraak ingebring moet word, is dat die vraag of die nodige wederregtelikheidsbewussyn by die beskuldigde aanwesig was, nie oorweeg is nie. Daar word in oorweging gegee dat die beskuldigde onder 'n feitedwaling verkeer het vir sover hy geglo het dat daar 'n ernstige bedreiging teen sy lewe bestaan het. Weliswaar regverdig putatiewe noodweer nie doodslag nie, maar doen dit wel die verwyte van opset, waarvoor, soos die hof self beklemtoon het, subjektief getoets moet word, in die ban. Die feit dat die beskuldigde, soos in oorweging gegee word, nie aan moord skuldig was nie, beteken natuurlik nie dat hy moes vry uitgaan nie. Volgens die huidige stand van ons reg moes hy aan strafbare manslag skuldig bevind gewees het, daar die redelike man van vandag nie meer aan duiwelskunsies glo nie.

NJ VAN DER MERWE
Justisie-opleiding

Boeke

THE SOUTH AFRICAN LAW OF INSURANCE

deur GERALD GORDON bygestaan deur WS GETZ

2e uitgawe 1969; Juta & Kie Kaapstad; xlv en 592 bl; prys R25

Die gebrek aan diskussie in Suid-Afrika oor die beginsels en problematiek van die versekeringsreg blyk duidelik uit die weinig aandag wat die onderwerp in ons regstydskrifte geniet. Nog duideliker egter blyk dit uit die feit dat 'n derde van 'n eeu die eerste en tweede uitgawes van die enigste algemene werk oor die Suid-Afrikaanse versekeringsreg van mekaar skei. Gordon se werk het, tydsverloop ten spyte, sy uniekheid nie ingeboet nie en dit is van belang dat in hierdie tydskrif, selfs op so 'n laat stadium, die aandag op die tweede uitgawe daarvan gevestig word.

Die boek bestaan uit sewe afdelings wat respektiewelik handel oor die bronne van die Suid-Afrikaanse versekeringsreg, versekeraars en „versekeringsbesigheid,” die algemene beginsels van die versekeringsreg, eise ingevolge versekeringskontrakte, langtermynversekeringskontrakte, korttermynversekeringskontrakte en, laastens, staatsversekeringskemas. Afgesien van substansiële uitbreiding van onderwerpe wat ook in die eerste uitgawe behandel is (vergelyk byvoorbeeld die gedeeltes oor staatstoestig, die risiko, waarborge en besondere versekeringskontrakte), is daar nuwe hoofstukke toegevoeg oor geregtelike bestuur en likwidasie van versekeraars (hoofstuk 3) en werkloosheidsversekering (hoofstuk 30), asook enigsins oppervlakkige besprekings van uitvoerkredietherverskering (hoofstuk 31) en 'n aantal skadeversekeringskontrakte (hoofstuk 28). Die boek bevat ook 'n bruikbare aanhangsel van 84 bladsye waarin onder meer die Britse *Life Assurance Act* van 1774, die Versekeringswet 27 van 1943 soos gewysig tot en met 1969, en die regulasies uitgevaardig ingevolge laasgenoemde wet weergegee word.

Die uitbreidings en toevoegings was ongetwyfeld noodsaaklik en verhoog die gebruikswaarde van die boek. Waardevol en insiggewend is byvoorbeeld die uiteensetting van die besonderhede van staatstoestig en -beheer oor versekeraars. Hieruit word dit vir die leser meteens duidelik in welke mate daar by ons reeds van die oorspronklike grondbeginsel van publikasie ten gunste van die beginsel van indirekte en soms selfs direkte beheer van owerheidsweë afgewyk word. Besondere vermelding verdien ook die bespreking deur Whiting van die dikwels

verwarrende kasuïstiek van die seeversekering, 'n terrein wat juis vir die Suid-Afrikaanse versekeringsreg steeds in belang toeneem. Die leser moet natuurlik in gedagte hou dat hierdie bespreking aan die hand van die bedinge van die standaard- Lloyd-seeversekeringskontrak, soos weergegee in aanhangsel VI van die boek, geskied.

Ondanks die omvang daarvan bevat die boek leemtes wat 'n mens in 'n werk wat oor die geheel van die Suid-Afrikaanse versekeringsreg handel, nie verwag nie. Die voor die hand liggendste hiervan is sekerlik die gebrek aan 'n behandeling van versekeringskontrakte ingevolge die Motorvoertuigassuransiewet 29 van 1942 (sogenaamde derdeparty-versekering). Die weglating word daardeur verklaar dat advokaat Gordon reeds mede-outeur is van die bekende *The Law of Compulsory Motor Vehicle Insurance in South Africa* (tweede uitgawe 1970 deur Suzman & Gordon), waarin die onderwerp uitvoerig behandel word. Die skrywers se besondere situasie is heeltemal te waardeer; desnieteenstaande is dit jammer dat 'n algemene werk soos die een onder bespreking selfs nie 'n kort samevatting van die beginsels wat hierdie uiters belangrike versekeringskontrak beheers, bevat nie.

Ander leemtes is moeiliker te regverdig. So byvoorbeeld behandel die skrywers die versekeringsreg sonder om 'n oorsig van die ontwikkelingsgeskiedenis van versekering te gee of standpunt oor die wese van die versekeringsidee in te neem. Hiermee is iets weggelaat wat as grondslag vir die hele boek behoort te dien.

Dit is verder opvallend dat daar geen volledige uiteensetting van die inhoud en betekenis van die skadebegrip gegee word nie, alhoewel die skrywers tog die indempiteitsbeginsel as van wesenlike belang by sekere versekeringskontrakte beskou (bl 76 e.v.). Die bespreking in hoofstuk 15 onder die opskrif *Measure and Effect of the Indemnity* veronderstel eintlik die skadebegrip en handel self slegs oor die bepaling van die waarde van beskadigde goed; verwsyings soos dié na „the 'real and actual' value of the loss suffered” (bl 221) sê ongelukkig niks oor die „loss” self nie. Eweneens soek die leser in die gedeeltes wat oor die besondere skadeversekeringskontrakte handel tevergeefs na verklarings met algemene geldigheid vir die skadebegrip. Hierdie leemte is des te meer te betreur vir sover dit nog geensins vasstaan dat die versekeringsregtelike skadebegrip met dié van die verbintenisreg in die algemeen volkome ooreenstem nie. Indien die fenomeen skade van belang is by die beantwoording van die vraag na die aard en geldigheid van minstens sekere tipes versekeringskontrak (sy dit as deel van 'n selfstandige interessebegrip al dan nie), is dit duidelik dat die juris die uiterste grensgebiede van die skadebegrip aanraak wanneer hy hierdie vraag wil beantwoord ten aansien van, byvoorbeeld, 'n onderneming om iemand teen fakties noodwendige uitgawes te „verseker.” (Vergelyk oor die skadebegrip die uiteensetting van Reinecke „Versekering Sonder Versekerbare Belang?” 1971 *CILSA* 193 e.v.)

In hierdie verband is dit ook opvallend dat die skrywers die vir hulle belangrike begrip van versekerbare belang aanwend sonder om selfs die vraag na die houdbaarheid daarvan te stel (bl 87 ev). 'n Reeds omvattende werk soos hierdie het waarskynlik geen plek vir 'n uitvoerige bespreking van die onderwerp nie - dit skyn egter moeilik regverdigbaar te wees dat die skrywers nie eers kernagtig oor die probleme daaraan verbonde standpunt inneem nie.

Tekortkominge soos die pasgemelde kan waarskynlik teruggevoer word na 'n meer algemene traagheid om die uitgekristalliseerde stellers reëls van die Suid-Afrikaanse versekeringsreg met hulle teoretiese grondslae in verband te bring. Dit blyk onder meer uit oneksakte formulerings soos die volgende: „ . . . provided the existence of the peril was not attributable to the actionable default of the *interest* suffering the loss” (bl 372 - ek kursiveer) of te algemene stellings soos: „If the insurer relies on a misrepresentation, it denies the existence of the contract” (bl 194). Nog sterker blyk genoemde traagheid uit die gebrek aan 'n duidelike poging deur die skrywers om die sogenaamde vereiste van *uberrima fides* aan die kant van die versekeringsaansoeker (hoofstuk 6) onder die gewone beginsels van ons verbintenisreg te orden, en seer sekerlik as 'n vorm van wanvoorstelling tydens voorkontraktuele onderhandelinge. Weliswaar weerspreek die kort inleiding tot hoofstuk 6 (§ A en B) so 'n ordening nie, maar die skrywers laat eenvoudig na om gegewe aanknopingspunte verder te voer (vergelyk byvoorbeeld bl 104 en veral voetnoot 1a). Dat die skrywers waardering het vir die waarde van ondubbelsinnige terminologie blyk onder meer uit hulle bespreking van die begrip „condition” op bl 181 ev. Hulle gevolgtrekking op bl 183 is egter tekenend van 'n benadering wat die goeie in die dogmatiese misken: Hier lui dit naamlik:

„If, however, the simple distinctions of the Roman-Dutch law are clearly understood, there is no harm in the use of the misleading English terminology. It is, in any event, probably too late to protest against this importation.”

Die gebillikte aanwending van misleidende terminologie veronderstel egter by elke gebruiker insig in die korrekte betekenis daarvan. Bovendien kan dit beswaarlik ooit te laat wees om terug te keer tot terminologie wat klare begrip bring sonder om die situasie wat daarmee aangedui word wesenlik anders te stel. Die argument dat die boek waarskynlik die behoeftes van die praktyk eerder as dié van die „akademie” wil dien, ondervang die gemelde besware nie. Die eise van die praktiserende juris word deur so 'n argument te geredelik geringgeskat - die uitbou van regsargumente geskied ten beste op sterkte van 'n fondament van duidelike begrippe.

Daar word in hierdie werk vanselfsprekend grootliks op skrywers oor die Engelse versekeringsreg gesteun, alhoewel daar ook na enkele Amerikaanse werke verwys word, die vernaamste waarvan dié van

Patterson en Richards is. Na die reekse van Appleman en Couch word nie verwys nie. Ook het die skrywers dit blykbaar onnodig geag om Vastelandse outeurs oor die versekeringsreg te raadpleeg.

Die boek bevat verwysings na die vernaamste Engelse en die relevante Suid-Afrikaanse hofbeslissings soos gerapporteer tot en met Augustus 1969, asook na die relevante wetgewing. Die belangrike wysiging wat deur artikel 19 van wet 39 van 1969 ten opsigte van voorstellings gemaak teenoor 'n versekeraar, aangebring is, is nog ingesluit en die skrywers se ontleding van die effek van die artikel is insiggewend. Tereg wys hulle daarop dat dit nie sonder meer duidelik is of artikel 19 ook op sogenaamde promissoriese voorstellings van toepassing is nie. Hulle eie gevolgtrekking dat dit waarskynlik nie die geval is nie berus ongelukkig self nie op onomstootlike argumente nie. Om 'n voorbeeld te noem: Die skrywers ondersoek nie die argument dat die tydstip vir die bepaling van die korrektheid al dan nie van 'n voorstelling ten opsigte van die toekoms nie die oomblik van kontraksluiting (of polis-uitreiking, volgens die woorde van artikel 19) is nie, maar eers die oomblik waarop dit vir die eerste keer vasstaan dat die voorstelling nie bewaarheid is nie. Op hierdie grondslag sou die vraag na die korrektheid van 'n promissoriese waarborg soos 'n sogenaamde ysterkluis-klausule nie sinloos wees nie. Die verwysing in artikel 19 na die tydstip waarop die polis uitgereik is, hou verband met die bepaling van die aard en omvang van die risiko en is nie sonder meer uit te lê as die deurslaggewende oomblik vir die vasstelling van die korrektheid van die voorstelling nie.

Die kritiese opmerkings wat in hierdie bespreking gemaak word, kan weinig afbreuk doen aan die onbetwisbare gehalte van Gordon en Getz se werk. Ook bloot tegnies is die boek goed versorg, netjies en besonder stewig gebind en bevat dit sover die resesent kon agterkom weinig drukfoute.

Samevattend kan gesê word dat die stelling dat die tweede uitgawe van *The South African Law of Insurance* die standaardwerk op hierdie gebied is, op die intrinsieke waarde van die boek en nie op die feit dat daar nog geen mededinger op die mark verskyn het nie, berus. Daarvan sal juriste (en talle ander) wat met die problematiek van die Suid-Afrikaanse versekeringsreg te doen kry, kan getuig. Die vraag kan selfs gevra word of daar nie by die voorbereiding van 'n volgende uitgawe aan 'n verdere uitbreiding gedink moet word nie en wel in die vorm van twee volumes, waarin nie net die algemene beginsels uitvoerig uiteengesit word nie, maar ook al die verskillende versekeringskontrakte in besonderhede behandel word.

PHILIPPUS DE LEYDEN: DE CURA REIPUBLICAE ET SORTE PRINCIPANTIS

*Reprint of the editio princeps of 1516 with an
introduction by Robert Feenstra; 1971, Graphic,
Amsterdam*

Hierdie werk is nie een van die bekendste in die Nederlande nie. In Suid-Afrika is die posisie ongetwyfeld nog meer so en is vir die meeste juriste waarskynlik selfs die naam van Philippus à Leidis onbekend. Volgens Roberts se *Bibliography* (waar hierdie boek nie genoem word nie:)

„He (Philippus à Leydis) is said to be the earliest of the Dutch jurists . . . [but] he can therefore not properly be described as a Dutch jurist. He was a canonist and taught canon law at Paris . . . His contribution to the Netherlands was in constitutional law [seker 'n indirekte verwysing na sy *De Cura Reipublicae*] and in the direction of encouraging the study of the law and the use of trained lawyers.”

Wessels in sy *History* noem hom net (op bl 138) en maak die twyfelagtige stelling dat „Philippus à Leidis taught the canon law not only in [the Dutch] universities, but even in Paris.” Dit in die 14e eeu terwyl Leuven en Leiden in die 15e en 16e eeu respektiewelik ontstaan het.

Dit wil natuurlik nie sê dat hierdie werk volkome onbekend is nie. Die Fruin-Molhuysen-edisie in die reeks *Werken der Vereeniging tot Uitgawe der Bronnen van het Oude Vaderlandsche Recht* (van 1900 wat in 1915 'n herdruk beleef het) is nie geheel en al onbekend nie. Soos die uitgewer egter aantoon, is die werk van Philippus miskien nie as 'n suiwer verhandeling oor staatsreg te beskou nie, maar desnietemin hou hy hom besig met wat vandag hoofsaaklik as staats- en administratiefreg genoem sal word. Omdat die werk dus nie oor privaatreg handel nie, is dit 'n verdere rede waarom die werk in 'n groot mate onbekend is.

Dit moet in ag geneem word dat hierdie publikasie nie 'n nuwe uitgawe van Philippus se werk is nie. Dit is 'n fotostatiese reproduksie van die eksemplaar in die universiteitsbiblioteek te Leiden van die *editio princeps* van 1516. Vir die nie-ingewyde is dit nogal moeilik om te gebruik. Die lettertipe en die afkortings maak die lees van die werk moeilik vir die persoon wat slegs met meer moderne drukwerk bekend is. Dit is 'n werk wat nie algemeen inslag sal vind nie. Maar wanneer dit gestel word, moet die belang van die publikasie nie onderskat word nie. Dit is ten eerste 'n belangrike bron van historiese gegewens betreffende die Nederlande van destyds. Maar nog meer. Om die woorde van die uitgewer aan te haal: „The treatise . . . is one of the most important sources for our understanding of the phenomenon commonly referred to as the 'early reception' of Roman Law, or better, the infiltration of 'learned law' (Roman and canon law) during the fourteenth century into administrative and legal practice in the Nether-

lands.” Hierdie feit blyk duidelik uit die uitgewer se *Appendix III* waarin ’n verwysing gevind word na *Casus* in die teks waarin gebruik gemaak word van tekste in die *Corpus Iuris Civilis*. Hierdie tekste word ook weergegee. Hulle is grotendeels uit die *Codex* oorgeneem met nog ’n aantal uit die *Novellae*. Hieruit blyk weer hoe die Romeinse reg stadig maar seker in die reg van die Nederlande ingewerk het, wat die voorloper was van die Romeins-Hollandse reg. Vir diegene wat belangstel in die feit dat ons hedendaagse reg in Suid-Afrika nog Romeins-Hollandse reg as basis het en dat dit deur die Romeinse reg gevorm is, sal hierdie werk van groot belang wees. Wat betref die genoemde *Appendix III* en die lys van *Casus* en tekste moet in ag geneem word dat om hierdie lys effektief te gebruik, daar ook gebruik gemaak moet word van die uitgewer se lesing *Philip of Leyden and his Treatise De Cura Reipublicae et Sorte Principantis*. (Die lesing is in Glasgow gehou en is gepubliseer as deel van ’n reeks: *Glasgow University Publication NS 133*). In hierdie rede word verder daarop gewys dat die Fruin-Molhuysen-edisie belangrike tekortkominge het en dat ’n nuwe kritiese uitgawe gewens is. Hierdie uitgawe het ten doel om so ’n nuwe uitgawe voor te berei. Dit is miskien nie te gewaag nie om te vermoed dat die uitgewer (waarskynlik met medewerkers) self so ’n nuwe uitgawe beoog. Dit sal verwelkom word.

Die onderwerpe wat in die verskillende *casus* behandel word, is van uiteenlopende aard. So handel die tweede oor die *crimen laesae maiestatis*, ’n ander oor ’n vraag aangaande die *munera* wat sommige amptenare dra (nr 7), ’n ander oor die verbod gerig aan bestuurders in die provinsies teen die ontvangs van skenkings of selfs die koop van sekere sake (nr 36). Soos die uitgewer in sy lesing verduidelik het, die metode is ongeveer altyd dieselfde: ’n *casus* word gestel en die keiser beantwoord dit met ’n beroep op ’n bepaalde teks wat dan bespreek word. Onnodig om weer die nadruk daarop te lê dat die betrokke werk die resepsie van Romeinse reg baie mooi illustreer.

P VAN WARMELO
Universiteit van Pretoria

WATERHOFVERSLAE 1947 - 1969

Redakteur: WJ VOS

1e druk 1970; *Juta & Kie Beperk, Kaapstad*; 442 bl; prys R25

1 Die bundel bevat nagenoeg 57 hofuitsprake wat op een uitsondering na) gelewer is oor die jare 1947 tot 1969. Die meeste is uitsprake van die verskillende Waterhowe dog daar is ook uitsprake van ander howe wat oor wateraangeleenthede handel.

2 In die voorwoord verduidelik die versamelaar dat dit beleid by die rapportering was om eerder te veel as te min te publiseer. Heelwat

uitsprake is dan ook in die bundel opgeneem bloot ter illustrasie van hoe die Waterhowe sekere artikels van die Waterwet toepas. Praktisyns sal die invoeging van hierdie uitsprake ongetwyfeld verwelkom. Die samesteller het slegs die belangrike dele van die verskillende uitsprake in die bundel opgeneem. Daar is heelwat weglatings en die weglatings is oordeelkundig gedoen.

3 Teen etlike Waterhofuitsprake wat in die bundel opgeneem is, is geappelleer, en die Appèlhofuitsprake is in die gewone hofverslae gerapporteer. Vergelyk byvoorbeeld *Kitchener v SA Native Trust* bl 345, waarvan die Appèlhofuitspraak gerapporteer is in 1964 3 SA 417 en *Von Doring v Minister of Water Affairs*, bl 425, waarvan die Appèlhofuitspraak gerapporteer is in 1971 1 SA 858. Dit is jammer dat die samesteller nie by die betrokke uitsprake 'n nota aangebring het dat daar teen die beslissings geappelleer is en waar die Appèlhofuitsprake gerapporteer is nie.

4 Daar is beslissings weggelaat wat nuttig in die bundel opgeneem kon gewees het, byvoorbeeld dié van *Rabie v GJ Botha* (Transvaalse Waterhof 1966) wat onder meer handel oor koste by 'n aansoek om 'n serwituut ingevolge Hoofstuk VIII van die Waterwet, en *Mostert v Minister van Waterwese* (Transvaalse Waterhof 1965): 'n uiters belangrike uitspraak oor onteiening.

Dit is interessant om te sien met watter soort sake die Waterhowe te doen kry. Van die gerapporteerde uitsprake gaan agt oor die verdeling van water, dertien oor die aanwending van water vir stedelike of nywerheidsdoeleindes, ses oor serwitute, sewe oor verjaring, veertien oor onteiening, ses oor prosedure-aangeleenthede, twee oor staatswaterbeheergebiede, een oor die strafreg en twaalf oor ander aangeleenthede. Heelwat werk van die Waterhowe hou nie regstreeks verband met wateraangeleenthede nie. So gaan sekere uitsprake oor serwitute, en veral die uitsprake oor onteiening is van groot algemene belang.

6 Die Waterhowe het baanbrekerswerk verrig in die formulering van reëls waarvolgens vergoeding by onteiening bepaal word. Dit is omdat die Waterhowe altyd redes vir hul uitsprake verstrek het. Voordie totstandkoming van die Onteieningswet 55 van 1926 is vergoeding in die geval van onteienings normaalweg by wyse van arbitrasie vasgestel, en die arbiters het gewoonlik geen redes verstrek nie. Toe die Hoogeregshof ingevolge die Onteieningswet die plig opgelê is om die vergoeding in die geval van onteienings te bepaal, kon die Hoogeregshof goeie gebruik maak van die stel reëls wat toe reeds in die Waterhowe ontwikkel het. Om hierdie rede is die bundel uitsprake nie alleen van belang vir wateraangeleenthede nie, maar ook vir onteieningsaangeleenthede.

7 Die radaksionele versorging van die uitsprake is nie altyd

netjies nie. Soms verskyn sowel die name van die advokate as dié van die opdraggewende prokureurs (bv *SA Industrial Cellulose Corporation v Umkomaas Town Board* bl 264), meesal slegs die name van die advokate maar in sommige gevalle slegs die name van die opdraggewende prokureurs (bv *Blunt-Mackenzie v White River Valley Conservation Board and Rankin (Pty) Ltd* bl 292). In 'n paar gevalle is daar geen aanduiding van wie namens die partye verskyn het nie (bv *Minister van Lande v Pretorius* bl 194, 'n Appèlhofuitspraak waar die samesteller met redelik min moeite die inligting sou kon verkry het). In een geval, dié van *Obrigstad Besproeiingsraad v Slabbert* bl 361, is die datum van die uitspraak heeltemal weggelaat.

8 Die kopstukke van die uitsprake is oor die algemeen duidelik en volledig. Hier en daar bevat 'n uitspraak 'n belangrike *dictum* wat nie sy weg na die kopstuk gevind het nie. In die uitspraak van *Stander-ton Municipality v Smit* bl 214 is beslis dat waar iemand kragtens serwituut die reg verkry het om 'n dam in 'n stroom op iemand anders se grond te bou en water daarin op te gaar, die eienaar van die dienende erf geregtig is om sy regmatige deel van die stroom se water uit die dam van die serwituutgeregtigde te onttrek, en dit mag hy doen ondanks die voorskrif van artikel 141(6)(b) van die Waterwet waardeur die onttrekking van water uit so 'n dam sonder die toestemming van die eienaar van die heersende erf verbied word. Bostaande gevolgtrekking word heeltemal onvolledig soos volg in die kopstuk weergegee:

„In passing section 141(6)(b) of the Water Act, 1956, the legislature did not intend to take away existing rights, without compensation.”

9 Die bruikbaarheid van die bundel word aan bande gelê deur die afwesigheid van 'n rangskikking van uitsprake in 'n inhoudsopgawe volgens die onderwerpe wat daarin behandel word, op die wyse waarop dit in die Suid-Afrikaanse hofverslae voorkom. Die bundel bevat wel 'n algemene inhoudsopgawe agterin, dog die inhoudsopgawe bevat slegs 'n verwysing na onderwerpe met bladsynommers waar die onderwerpe behandel word, en nie die name van die sake nie. Die gehalte van hierdie inhoudsopgawe is swak.

10 As mens die bladsynommers onder die hoof „onteiening” in die inhoudsopgawe naslaan, vind mens verwysings na sewe sake wat oor onteiening handel. Die verwysing na een van die sewe (*Venables v Minister of Water Affairs*) word verkeerdelik as bl 306 aangegee, ter wyl dit bl 307 moet wees. Behalwe die sewe sake waarna verwys word, bevat die bundel 'n verdere sewe sake wat ook oor onteiening handel. Na hierdie verdere sewe sake word verwys nie onder die hoof „onteiening” nie maar wel onder vier ander hoofde, te wete: „waarde,” „vergoeding,” „Naturelletrust en -grondwet,” „SA Naturelle-Trust.”

11 As mens die bladsynommers onder die hoof „verjaring” in die inhoudsopgawe naslaan, vind mens verwysings na vier sake wat

oor verjaring handel. In werklikheid bevat die bundel nie vier nie maar sewe sake oor verjaring. Drie is by die verwysings weggelaat, nl *Colyn v De Wet* bl 47, *Rabie v De Wet* bl 87 en *Burger v Pretoria Portland Cement Company* bl 299.

12 Onder die letter „W” in die inhoudsopgawe verskyn daar ’n hoof „Waterwet 54 van 1956” en ’n entjie laer ’n tweede hoof „Wet 54 van 1956;” onder elke hoof is daar verwysings na sekere wetsartikels met aanduidings van bladsynommers waar die onderskeie wetsartikels behandel word, dog die verwysings onder die twee hoofde is nie presies dieselfde nie.

13 Voordat ’n Waterhof ’n aansoek om verlof om water vir nywerheidsdoeleindes te mag gebruik, kan aanhoor, is it in sommige gevalle noodsaaklik dat ’n permit van die minister voorgelê word. Die bundel bevat twee sake wat oor hierdie soort permit handel, nl *Combrink and Nezar v Rodeon Village Council* op bl 220 en *SAR & H v Van Niekerk* op bl 262. In die inhoudsopgawe vind mens ’n hoof „Minister se permit” en daaronder ’n verwysing na slegs een van die twee sake. Daar is ’n verdere hoof „Permit deur Minister Uitgereik” en hierdie hoof bevat ’n verwysing na albei sake.

14 Verwysings na sommige sake is weggesteek onder hoofde waar min navorsers daarvoor sal soek, soos „Duidelike Serwituut,” „Faktore,” „Hof,” „Reël,” „Ruim Beleid” en andere. ’n Navorsers sal die hele inhoudsopgawe van voor tot agter moet deurlees om seker te maak watter sake die bundel oor ’n bepaalde onderwerp bevat, nie alleen omdat verwysings na sake soms onder die mees onwaarskynlike hoofde voorkom nie, maar ook omdat ’n bepaalde hoof dikwels nie al die sake wat oor die betrokke onderwerp handel insluit nie. Hierdie willekeurige en onsistematiese hantering van materiaal in die inhoudsopgawe belemmer die bruikbaarheid van die bundel en maak vinnige verwysing na sake baie moeilik.

15 Omdat Waterhofuitsprake nie in die Suid-Afrikaanse hofverslae gerapporteer word nie, vul die bundel ’n groot leemte in ons regs literatuur. Heelwat van die uitsprake bevat belangrike beginsels wat nou vir die eerste keer toeganklik word. Enigiemand wat te doen kry met water- of onteieningsaangeleenthede sal moeilik sonder die bundel kan klaarkom.

A GILDENHUIS
Pretoria

BIJDRAGE TOT DE KENNIS VAN DE ONTWIKKELING
VAN DE PROCESGANG IN CIVIELE ZAKEN VOOR
HET HOF VAN HOLLAND IN DE EERSTE
HELFT VAN DE ZESTIENDE EEUW

deur DR WGPE WEDEKIND

Van Gorcum & Comp Assen 1971; bl 181

Hierdie boek met die beskrywende naam is een van die publikasies in die reeks: *Bijdragen van het Instituut voor Rechtsgeschiedenis der Rijksuniversiteit te Utrecht*.

In die verlede het daar min werke verskyn oor die geskiedenis van die siviele prosesreg van Holland. Die gebrek aan werke van hierdie aard het nie alleen in Holland voorgekom nie, maar ook in Duitsland en Frankryk. As 'n direkte gevolg van die gebrek aan belangstelling in die geskiedenis van die siviele prosesreg, het die wetenskaplike ondersoek na die bronne en aard van die siviele proses ook agterweë gebly.

In 1937 het die werk van TA Fruin *Geschiedenis van de Wetenschap van het Nederlandsch Burgerlijk Procesrecht na 1811* verskyn.

Toe in 1928 in die *Continental Legal History Series* 'n reeks bydrae verskyn het oor *A History of Continental Civil Procedure* is opgemerk dat 'n bydrae oor die prosesreg tydens die Hollandse Republiek ontbreek. Eers in 1952 is Jb Zeylemaker Jnz se *Geschiedenis van de Wetenschap van het Burgerlijk Procesrecht (Praktijkrecht) in Nederland van de Aanvang tot 1813* gepubliseer.

Dit was die bedoeling van dr Wedekind by die skrywe van sy werk oor die proses in die Hof van Holland in die eerste helfte van die sestiende eeu, om meer lig te werp op die hooftrekke van die oud-Vaderlandse prosesreg. Dit was egter nie sy bedoeling om 'n omvattende werk oor die geskiedenis van die siviele prosesreg in die Nederlande daar te stel nie. Hy wou slegs 'n ondersoek instel na die prosesgang in gewone siviele sake gedurende 'n bepaalde tydperk; veral soos dit gereël is in die *Instructie voor het Hof van Holland* van 1531.

Sekere aangeleenthede word deur die skrywer uitdruklik uitgesluit van enige ondersoek. Hieronder tel byvoorbeeld die organisasie van die howe en kwessies van jurisdiksie, die sogenaamde vrywillige regspraak (*jurisdictio voluntaria*), die besitsaksies en koste. Die feit dat die skrywer hoofsaaklik slegs die proses vanaf die dagvaarding tot by die vonnis in oënskou neem en slegs die stappe soos hulle op mekaar volg, bespreek, beteken egter glad nie dat hierdie werk oppervlakkig is nie. Die leser word dadelik getref deur die detail en deur die deeglikheid van die skrywer. Hy het nie slegs van die hofreëls van daardie tyd

(die *Instructies* van 1531) ruimskoots gebruik gemaak nie, maar ook van die werke van beroemde skrywers, byvoorbeeld Wielant en Damhouder. Hy het voorts ook die werke van talle ander skrywers geraadpleeg. In die lys van aangehaalde literatuur word nie minder as 144 handboeke en artikels gemeld nie!

Die boek is die resultaat van besondere deeglike navorsing oor die onderwerp. Haas elke stelling wat die skrywer in die teks maak word in 'n voetnoot gestaaf met die nodige gesag. In die teks van 163 bladsye is daar nie minder as 942 voetnote nie en in baie van dié voetnote word meer as een werk aangehaal. Hierdie voetnote veroorsaak egter dat die werk nie altyd alte maklik lees nie, tensy die leser homself inspan om net die skrywer se gedagtes in die teks self te volg en nie sy aandag deur die voetnote laat aftrek nie.

Ongeveer 'n kwart van die boek word nie aan die verskillende stadia in die proses gewy nie, maar gee 'n kort oorsig van die geskiedenis van die ontwikkeling van die prosesreg van Frankryk en Boergondië (ongeveer 11 bladsye) in Nederland en ook oor die *Instructies* van 1462 en 1531.

Die skrywer wys daarop dat die grootste gedeelte van die „jeugd-jaren” van die proses wat tydens die 16e eeu in die Hof van Holland aangetref is, nie in Holland self deurgebring is nie. Die skrywer voer die begin van hierdie prosesse terug tot onder andere die sogenaamde *Parlement van Parys* en vandaar nog verder terug tot by die hernieude belangstelling in en bestudering van die Romeinse reg, wat ook insluit die prosesreg. Daar word ook aandag gegee aan die Romeins-kanonieke proses van Boergondië.

Hoewel hierdie gedeeltes maar 'n relatiewe klein deel van die werk uitmaak, is dit weer eens deeglik behartig. Die leser wat meer van hierdie geskiedenis te wete wil kom, kan genoeg aanknopingspunte vind by die werke wat in die voetnote vermeld word. Dikwels word driekwart van 'n bladsy deur die voetnote in beslag geneem.

In negentig bladsye word die proses in die howe in die algemeen behandel. Die skrywer behandel die stappe soos hulle oopen volg vanaf die dagvaarding.

Die laaste hoofstuk word gewy aan apelle vanaf die laer howe na die Hof van Holland en vanaf die Hof van Holland na die Grote Raad.

Agter in die boek word 'n opsomming in Frans gegee van die hooftrekke van elke hoofstuk. Die boek is ook voorsien van 'n lys van aangehaalde literatuur en 'n onderwerperegister.

Nie alleen die student wat 'n diepgaande studie van die geskiedenis van die siviele prosesreg of selfs regsgeeskiedenis in die algemeen wil maak nie, maar ook die regsgeleerde wat graag oor die agtergrond van die reg lees, behoort hierdie werk te geniet.

Allerlei interessante gegewens kom in die werk voor. So lees mens byvoorbeeld dat die wraking van 'n teenstaander se advokaat kan plaasvind op grond daarvan „dat hy van ghiericheden niet en is te payen, dat hy dient om vuylen kleynen loon” (bl 87).

Die aansien van die prokureursberoep in daardie tydperk was nie baie hoog nie, want ten „eynde dat de partyen by heuren procureur niet geabuseert en worden” word bepaal dat die prokureur en die kliënte na die advokaat moet gaan om met hom oor die saak te konsulteer (bl 45).

Ook probleme in verband met die onkunde van klerke was destyds bekend. 'n Placaat van 19 Desember 1541 gelas die prokureur om self na die hof te kom en nie slegs sy klerk te stuur nie, aangesien die klerke „dickwijls niet en weten wat sy doen, nog den style en de practycke van den Hove ten vollen en weten” (bl 42 n 232).

Wat die afwerking van die boek self betref, kan gemeld word dat dit besonder netjies is. Geen opvallende spelfoute is aangetref nie, en die werk is stewig gebind.

Dit is beslis 'n boek wat met waardigheid sy plek in die boekery van 'n regsgeleerde kan beklee.

CF ECKARD
Universiteit van Suid-Afrika

CASES AND MATERIALS IN COMPANY LAW

by LS SEALY

Cambridge University Press 1971; 879 pp; £12.00 (cloth) £3.40 (paper)

As in the case of the plethora of American “Cases and Materials on . . .” books, Sealy’s work is aimed squarely at the student.

The author’s objects were, firstly, to provide the student with a ready means of access to the leading and other important cases, and, secondly, to enable him to see for himself what a company’s constitutional and certain other documents look like. It is also stressed in the preface that this book, like other volumes in the Cambridge Legal Case Book Series, is intended to provide supplementary material for study. Guidance for the reader from a textbook or course of lectures is therefore assumed.

Because the aim is to inform of what exists and not to provide new ideas or criticism, the reviewer’s task is limited to judging the author’s selection of cases and other material and the way in which he presents them.

In both respects the author has succeeded. His selection of cases and other material like extracts from or references to statutes, reports of company law committees and forms, is balanced and informative. And his brief summary of the relevant facts in each treated case, followed by suitable extracts from the judgment, ensures ready access.

A last remark is obviously necessary. The (possibly understandable) absence of South African material in the book severely limits its usefulness for students in this country. It cannot therefore here be seriously regarded as a rival of Hahlo's *Company Law through the Cases*.

SJ NAUDÉ
University of South Africa

The *Journal of Jurisprudence and Scottish Law Magazine* seems to have some difficulty in believing that competent Judges can exist South of the line. In the February number of the excellent journal above-named the decisions in two cases at Kimberley and one in the Supreme Court are noted with the remark that "the Judges in South Africa are upholders of the technicalities of the law to an extent one would scarcely have looked for in that region." The writer in the *Journal of Jurisprudence and Scottish Law Magazine* will be at any rate sanguine as to the qualifications of Judges yet to come in South Africa when we inform him that studying law in Edinburgh are many students from the Cape.

1890 *Cape Law Journal* 126

BAND X

JOURNAL OF CONTEMPORARY

BM. 345.1(68)
THR 35/3

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS- HOLLANDSE REG

Crime and Punishment
Vervaardigersaanspreeklikheid
Skenkings in fraudem uxoris
Abduksie
Exit ultra vires
Tot and tranquillizer
Conflict of laws
Sovereignty?
Vonnisse
Boeke
Kroniek



Redakteur
WA JOUBERT

Assistent-Redakteur
CWH SCHMIDT

Kwartaalblad vir die Regspraktisyn
en die Regstudent in Suid-Afrika

Uitgewer
BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

ARTIKELS

- Crime and punishment by the Honourable AB Harcourt 211
- Die deliktuele aanspreeklikheid van die vervaardiger vir skade berokken deur middel van sy defekte produk *deur JC van der Walt* 224
- Skenkings in fraudem uxoris *deur AH van Wyk* 252
- Die beskermdede regsgoed by die gemeenregtelike misdaad abduksie *deur CR Snyman* 265

AANTEKENINGE

- Exit ultra vires 281
- Tot and tranquillizer 283
- The internal conflict between Bantu law and common law 290
- Sovereignty - not again! 294

VONNISSE

- Besit en houerskap - Vereiste *animus* 296
- Klag van strafbare manslag - Landdros bevind moord - Artikel 205(1) van die Strafproseswet 299

BOEKE

- JD van der Vyver en FJ van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* 305
- AS Hartkamp *Der Zwang im römischen Privatrecht* 311
- DG van der Keessel *Praelectiones ad Jus Criminale II* 313

KRONIEK

- Kongres 1973 van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte 314

Redaksiekomitee

- Prof B Beinart, Kaapstad
- Prof AC Cilliers, Port Elizabeth
- Prof dr Wouter de Vos, Kaapstad
- Prof dr JC de Wet, Stellenbosch
- Prof dr R Feenstra, Leiden
- Adv JC Ferreira, Pretoria
- Adv dr CP Joubert SC, Pretoria
- Prof dr DJ Joubert, Bellville
- Prof dr WA Joubert, Pretoria
(*Voorsitter*)
- Prof dr D Pont, Kaapstad
- Prof dr CWH Schmidt, Pretoria
(*Sekretaris*)
- Prof dr SA Strauss, Pretoria
- Prof JD van der Vyver, Potchefstroom
- Prof JC van der Walt, Johannesburg
- Adv dr HJO van Heerden, Bloemfontein
- Prof JNR van Rhyn, Bloemfontein
- Prof dr P van Warmelo, Pretoria
- Prof R verLoren van Themaat, Pietersburg

Bestuur Vereniging De Groot

- Prof B Beinart
- Dr LI Coertze
- Adv DP de Villiers SC
- Prof dr JC de Wet
- Adv dr CP Joubert SC
- Prof de WA Joubert
- Prof dr D Pont
- Sy Edele FHL Rumpff
- Sy Edele dr LC Steyn (*Voorsitter*)
- Adv dr HJO van Heerden
- Prof dr P van Warmelo (*Sekretaris*)

DIE TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

word ten behoewe van **DIE VERENIGING HUGO DE GROOT**
uitgege deur **BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK**
152/154 Gale Street Durban

THE JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

is published by **BUTTERWORTH & CO (SA) (PTY) LIMITED**
for the **SOCIETY HOGO DE GROOT**

Address of the Society and of the Editorial Board:
PO Box 1263 PRETORIA Republic of South Africa

Die Vereniging erken graag die steun van die adverteerders en van SANLAM, REMBRANDT-TABAKKORPORASIE, NAROBS, die UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA en die UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

Crime and punishment

The Honourable AB Harcourt

*Judge of the Supreme Court
Natal Provincial Division**

It may be thought by some that this topic is a dramatised and somewhat morbidly pessimistic one for presentation at a conference such as this which is centred upon the survival of society through the law. It is suggested, however, that such a paper and such a title are not inappropriate since crime and punishment in a broad context - including all the social disadvantages which flow from this unlovely couple, and all the human resources and expense unproductively involved in the provision of the necessary services of protection, prevention, detection, adjudication, custody and rehabilitation - constitute a not inconsiderable threat to the continuation of a desirable and orderly society. Costs of custody in prison alone have risen from R1m in 1913 to + R27½ m in 1969. In addition to all this there is a huge and necessarily imponderable cost to society involved in the unproductive damage to, and destruction of, property and in the tragic waste of human life and skills in consequence of homicides and serious assaults which kill or maim our citizens in thousands annually.

The cynics among us may seek to dismiss this threat to society with the comment that these are but the manifestations of the "nature of the brute" - man, or with the airy invitation to inactivity that "life was ever thus." It is true that crime and crime waves have been with man throughout the centuries. An early plaintive instance comes to us from about 600 BC when it is recorded in Ezekiel VII 23 that "the land is full of bloody crimes and the city is full of violence."

Throughout the centuries there have been similar complaints and a modern, and weighty, example is the sober and sombre warning of President Johnson of the United States of America that "crime has become a malignant enemy in America's midst."

In truth some students of the political scene in America have forecast (with apparent lack of appreciation of the ironic coincidence of date with that in the title of the well-known satire by George Orwell) that

*Address delivered at the 1972 Law Conference, Durban, 3 May 1972.

ARTIKELS

- Crime and punishment *by the Honourable AB Harcourt* 211
- Die deliktuele aanspreeklikheid van die ver-
vaardiger vir skade berokken deur middel van
sy defekte produk *deur JC van der Walt* 224
- Skenkings in fraudem uxoris *deur AH van
Wyk* 252
- Die beskermde regsgoed by die gemeenregte-
like misdaad abduksie *deur CR Snyman* 265

AANTEKENINGE

- Exit ultra vires 281
- Tot and tranquillizer 283
- The internal conflict between Bantu law and
common law 290
- Sovereignty - not again! 294

VONNISSE

- Besit en houerskap - Vereiste *animus* 296
- Klag van strafbare manslag - Landdros bevind
moord - Artikel 205(1) van die Strafproses-
wet 299

BOEKE

- JD van der Vyver en FJ van Zyl *Inleiding tot
die Regswetenskap* 305
- AS Hartkamp *Der Zwang im römischen Privat-
recht* 311
- DG van der Keessel *Praelectiones ad Jus Crim-
inale II* 313

KRONIEK

- Kongres 1973 van die Vereniging van Univer-
siteitsdosente in die Regte 314

Redaksiekomitee

- Prof B Beinart, Kaapstad
Prof AC Cilliers, Port Elizabeth
Prof dr Wouter de Vos, Kaapstad
Prof dr JC de Wet, Stellenbosch
Prof dr R Feenstra, Leiden
Adv JC Ferreira, Pretoria
Adv dr CP Joubert SC, Pretoria
Prof dr DJ Joubert, Bellville
Prof dr WA Joubert, Pretoria
(*Voorsitter*)
Prof dr D Pont, Kaapstad
Prof dr CWH Schmidt, Pretoria
(*Sekretaris*)
Prof dr SA Strauss, Pretoria
Prof JD van der Vyver, Potchef-
stroom
Prof JC van der Walt, Johannes-
burg
Adv dr HJO van Heerden, Bloem-
fontein
Prof JNR van Rhyn, Bloemfontein
Prof dr P van Warmelo, Pretoria
Prof R verLoren van Themaat,
Pietersburg

Bestuur Vereniging De Groot

- Prof B Beinart
Dr LI Coertze
Adv DP de Villiers SC
Prof dr JC de Wet
Adv dr CP Joubert SC
Prof de WA Joubert
Prof dr D Pont
Sy Edele FHL Rumpff
Sy Edele dr LC Steyn (*Voorsitter*)
Adv dr HJO van Heerden
Prof dr P van Warmelo (*Sekretaris*)

DIE TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

word ten behoewe van **DIE VERENIGING HUGO DE GROOT**
uitgegee deur **BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK**
152/154 Gale Street Durban

THE JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

is published by **BUTTERWORTH & CO (SA) (PTY) LIMITED**
for the **SOCIETY HOGO DE GROOT**

Address of the Society and of the Editorial Board:
PO Box 1263 PRETORIA Republic of South Africa

Die Vereniging erken graag die steun van die adverteerders en van SANLAM,
REMBRANDT-TABAKKORPORASIE, NAROBS, die UNIVERSITEIT
VAN SUID-AFRIKA en die UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

Crime and punishment

The Honourable AB Harcourt

*Judge of the Supreme Court
Natal Provincial Division**

It may be thought by some that this topic is a dramatised and somewhat morbidly pessimistic one for presentation at a conference such as this which is centred upon the survival of society through the law. It is suggested, however, that such a paper and such a title are not inappropriate since crime and punishment in a broad context - including all the social disadvantages which flow from this unlovely couple, and all the human resources and expense unproductively involved in the provision of the necessary services of protection, prevention, detection, adjudication, custody and rehabilitation - constitute a not inconsiderable threat to the continuation of a desirable and orderly society. Costs of custody in prison alone have risen from R1m in 1913 to + R27½ m in 1969. In addition to all this there is a huge and necessarily imponderable cost to society involved in the unproductive damage to, and destruction of, property and in the tragic waste of human life and skills in consequence of homicides and serious assaults which kill or maim our citizens in thousands annually.

The cynics among us may seek to dismiss this threat to society with the comment that these are but the manifestations of the "nature of the brute" - man, or with the airy invitation to inactivity that "life was ever thus." It is true that crime and crime waves have been with man throughout the centuries. An early plaintive instance comes to us from about 600 BC when it is recorded in Ezekiel VII 23 that "the land is full of bloody crimes and the city is full of violence."

Throughout the centuries there have been similar complaints and a modern, and weighty, example is the sober and sombre warning of President Johnson of the United States of America that "crime has become a malignant enemy in America's midst."

In truth some students of the political scene in America have forecast (with apparent lack of appreciation of the ironic coincidence of date with that in the title of the well-known satire by George Orwell) that

*Address delivered at the 1972 Law Conference, Durban, 3 May 1972.

by 1984 organised crime in America might well be in a position to secure the nomination of a presidential candidate.

The magnitude of the problems involved in our own very much smaller social scene may, perhaps, be dramatically illustrated by the cold facts of the most recent statistics of crime which are readily available (in the *Annual Survey of South African Law* 1970) for the year 1 July 1968 to 30 June 1969. A brief and selective synopsis of these shows the following sombre situation:

- (i) more than three-quarters of a million people were admitted to our prisons, resulting in a daily average prison population in the region of 80 000 of whom some 67 000 were convicted prisoners;
- (ii) of these 1 804 prisoners escaped of whom 1 579 were recaptured;
- (iii) there were 2 822 717 contraventions of the law reported to the police;
- (iv) 6 054 cases of alleged or suspected murder were reported; 4 171 cases were sent to trial and 1 283 persons were convicted of murder;
- (v) criminal acts of violence caused no fewer than 9 022 deaths (4 095 murders and 3 854 culpable homicides);
- (vi) there were 26 172 reported cases of robbery resulting in 5 925 convictions;
- (vii) 76 243 burglaries were reported resulting in 17 104 convictions;
- (viii) there were 27 578 contraventions of the "dagga laws" resulting in 25 135 convictions.

When note is also taken of the current slaughter on the roads the position is grave indeed. Although there may be some slight degree of overlapping with the above figures of culpable homicides, there are many cases of deaths on the roads where undoubtedly criminal conduct is not brought before the courts because of the death of the *de cuius* or because of lack of evidence. On 24 February 1972 the Minister of Statistics gave the following fearful figures (*Daily News* of that date):

- (i) from January to September 1971, 163 002 accidents occurred on our roads of which 5 637 resulted in fatalities;
- (ii) in the same period 2 826 pedestrians died on the roads;
- (iii) in the same period no fewer than 5 835 people were killed.

The extent of this carnage may perhaps be illustrated and put into perspective by recalling that at the current rate (6 285 in the first nine months of 1972 and which is progressively increasing) it would take only 18 months for road deaths to exceed the *total* killed in *all* branches of the South African armed forces in the *whole* period - nearly six years -

of the 1939–45 World War II, namely 12 080 (official Roll of Honour). Truly it cannot be denied that the overall picture of murder, mayhem and mutilation presents a frightening picture fraught with most dire consequences for our society.

It can also confidently be forecast that many of the above prison figures will be substantially increased in regard to statistics relating to the present and the recent past when these come to be issued. This will undoubtedly be so in regard to the incidence of dagga offences and, in particular, the number of persons committed to gaol and there detained for such offences. No other immediate result can be expected in consequence of the enforcement of the provisions of act 41 of 1971. This led to what was described in a recent case as “an immediately apparent and very substantial increase in the number of prosecutions for unlawful possession of, and dealing in, dagga.”

Since the act provides for compulsory imprisonment for these offences (without the previously existing alternative of fines) an immediate increase of the prison population can be expected to be of considerable dimensions unless and until a long-range deterrent effect is produced. This is likely not only in regard to the effect of sentences under the act *per se* but also since such sentences (even if the operation of substantial portions thereof is suspended) will contribute to “qualifying” accused persons - subject to discretionary amelioration - for the imposition of the substantially long imprisonments for corrective training and for the prevention of crime and that involved in declaration as an habitual criminal.

It is, of course, quite impossible to deal with the whole field of crime and punishment in an address such as this. There is no time for philosophical analysis and speculation concerning the relationship of crime and punishment; the moral justification for, or deterrent effect of, punishment; the relative merits of various forms of punishment and similar matters. No attempt can be made to support or to contest the theme of the great novel by Dostoyevsky (fascinatingly written as long ago as 1865 - from which the title of this paper is taken) that a psychological study of violent crime shows that punishment laid down by law frightens the criminal much less than our legislators think and that the true punishment such criminal undergoes comes from within rather than from without.

This may well be so in the case of a person of the high intelligence and sensitivity of a Roddy, the central figure of that book. Our courts even pay full attention to this when, for example, they impose no immediate, or a very limited, punishment for a killing when they believe that the remorse which the accused will probably feel will be great and long-lasting. But this must not be overdone as was proposed by the man who was convicted of killing his mother and father and, when asked if

he wished to say anything before he was sentenced, said "Yes, I plead for mercy on the ground that I am an orphan."

No, judges cannot completely rest or rely upon the certainty of true punishment coming from within; sometimes all the indications are contrary to the probability that such punishment will suffice, or even that it will exist at all. Then judges must impose external formal punishment in an endeavour, however imperfect - and being human necessarily imperfect - to achieve the desirable protection of society and the reformation of the criminal.

It is the judicial officer's task in this most difficult process that is the main theme of this paper and this with particular reference to some problems of sentencing. This is, as will be seen, an inherently difficult task involving an evaluation of, and a compromise concerning, the good of society and the interest of the individual accused. Before launching on an examination of these problems I would, however, wish to emphasise two matters. The first is my motive in undertaking this task before this audience. This is *not* merely to show how difficult the task is, but it is to a great extent a desire that you - and particularly those of you engaged in trial work before the criminal courts - should be able the better to prepare and produce to such courts relevant material which will promote our common task, the administration of justice.

The second matter is that I shall be critical of our sentencing procedures, but the last thing I would wish you to conclude is that such are materially inferior to those of other countries. No, the criticism is general as you will appreciate from the numerous foreign sources I cite and from which I quote. The malaise is succinctly emphasised by Professor RM Jackson who, in his work *The Machinery of Justice in England*, writes:

"An English criminal trial, properly conducted, is one of the best products of our law, provided you walk out of court before the sentence is given: if you stay to the end, you may find it takes far less time and enquiry to settle a man's prospects in life than it has taken to find out whether he took a suitcase out of a parked motor-car."

SOME PROBLEMS OF SENTENCING

Fully aware, as I am, of the saying that all definition is dangerous, I yet feel that this portion of my address should start with a certain amount of definition if only to inform you of what I am *not* going to say and to assure you that there will be many and grave problems of sentencing upon which I shall not touch although I am aware of them, and consider many of them no less important than those selected by me. In truth many of them are more important than, and some as fundamental as, those I have chosen; so important and far-reaching are many that they could not possibly be adequately dealt with in the time at my disposal.

Thus I have no intention of dealing with the relative merits - or even the adequacy - of many of the forms of punishment available in the Republic in sentencing convicted persons. There are many valid criticisms of practically all forms of punishment available to our courts and those interested in such matters are commended to read Mrs Gross's fascinating book *Who Hangs the Hangman?* - a title which, I respectfully suggest, although it is dramatic, does not indicate the width of penetrating study in the book.

No, I speak to you as a judge - one who must enforce the law, not make or improve it. We on the Bench are obliged by our oath of office to "administer justice to all persons alike without fear, favour or prejudice, as the circumstances of any particular case may require, in accordance with the law and customs of the Republic of South Africa" (section 10(2)(a) of act 59 of 1959) and, in sentencing convicted persons, we are restricted to using the tools provided by the legislature. The nature of such tools may have a residual relevance in regard to that or those which we choose to use in a particular case but we are not able to improve the tools, nor to adopt a *non possumus* attitude by refusing to use one which is said by the legislature to be appropriate to a particular purpose because we regard it as unsuitable or less than perfect. We must do our judicial duty and, as I hope to show, this is difficult enough without adding to it a duty to conduct a sociological enquiry into the appropriateness or adequacy of the tools provided to us. That our position in this regard is the same as that of judges in the more sophisticated penological and prisons environment of America is established by a pronouncement of the United States Supreme Court in 1958 when it said:

"Whatever views may be entertained regarding severity of punishment, whether one believes in its efficacy or its futility . . . these are peculiarly questions of legislative policy . . . this Court has no such [legislative] power."

In similar vein is the following extract from an article by Judge Beatrice S Burstein of New York that:

"Judges begin with a realization that our correctional procedures and institutions do not effectively rehabilitate criminals. The statistics on recidivism are witness to our failures and a signpost that modern processes of law and correction operate within a framework of limited knowledge."

Secondly, I intend to exclude any discussion of juvenile delinquency. This vast, fascinating and challenging topic falls largely outside the direct and original area of a judge's sphere of duty. In truth I have fairly strong ideas on this topic and am far from convinced that our present approach is *the* correct or even *a* correct one. But in front of this audience I feel constrained to obey the injunction of the proverb "Cobbler stick to your last." Neither my training nor my experience qualifies me to express authoritative views on this.

Let me turn, then, to what I do intend to say. It may be simply described as a review of some of the difficulties and problems which face a judge when considering how to sentence a convicted person appropriately. If there is a mandatory or compulsory sentence, for example, the death sentence in cases of murder without extenuating circumstances, or a minimum sentence which cannot be suspended, for example, in cases of terrorism, then, of course, *cadit quaestio*; the judge imposes at least such sentence whether he thinks it appropriate or not. He has only two methods of indicating that he does not approve of the result; if he feels sufficiently strongly that the mandatory sentence is one which he cannot in conscience impose, he must resign his office; short of this he may make such representations to the Executive Government as to him seem appropriate either in general or in particular.

No, the problems that give trouble, and a great deal of trouble, to any conscientious judge (or indeed to any other judicial officer) are those which present themselves when the punishment is entirely discretionary. Here the problem is, in accordance with modern thinking, to depart from the nineteenth century Mikado approach and to let the punishment fit not only the crime but also, and importantly, fit the criminal as well.

In this, however, the judge is not, apparently, launched into a voyage across uncharted seas; he has some navigational aids but these are to an extent conflicting and give varying answers to the question "where is a safe harbour?"

Now I do not intend setting out these considerations at any great length. That would not only result in a boring lecture on criminal jurisprudence relative to punishment but would also be, to adopt the modern idiom, "old hat" to an audience such as this. But I must give an indication of the relevant considerations to enable you to appreciate the problems.

In 1915 it was accepted by our highest court that:

"The ends of criminal justice are four in number, and, in respect of the purposes to be served by it, punishment may be distinguished as: 1 Deterrent; 2 Preventive; 3 Reformative; 4 Retributive. Of these aspects the first is the essential and all important one, the others being merely accessory" (*R v Swanepoel* 1945 AD 444 454-5, citing from Salmond *Jurisprudence*).

By 1961, however, that same august tribunal had this to say:

"While the deterrent effect of punishment has remained as important as ever, it is, I think, correct to say that the retributive aspect has tended to yield ground to the aspects of prevention and correction. This is no doubt a good thing. But the element of retribution, historically important, is by no means absent from the modern approach. It is not wrong that the natural indignation of interested persons and of the community at large should receive some recognition in the sentences that courts impose, and it is not irrelevant to

bear in mind that if sentences for serious crimes are too lenient, the administration of justice may fall into disrepute and injured persons may incline to take the law into their own hands. Naturally righteous anger should not becloud judgment" (*Karg's case* 1961 1 SA 321 (A)).

Recently the Appellate Division has re-emphasised the basic objects of punishment as being "deterrent, preventive, reformative and retributive" (*S v Whitehead* 1970 4 SA 424 (A) 439) - in Afrikaans „die basiese oogmerke van strafafskrikking, voorkoming, hervorming en vergelding" - see *S v Matthee* 1971 3 SA 769 (A) 774; cf *S v Viljoen* 1971 3 SA 483 (A) 486-7.

These apparently diverse objectives are, to an extent, reconciled by emphasising the immediate aim which is the protection of society and the ultimate one which is the rehabilitation of the offender. But the antithesis is not entirely removed. The aim of a sentencing judge is to perform his function in such a manner as to achieve as close an approximation as is possible to a desirable harmonisation of the above objects and aims. This composite and necessarily compromise task is, with respect, tellingly summarized by Rumpff JA in *S v Zimm* 1969 2 SA 537 (A) 540 in the following succinct words:

"What has to be considered is the triad consisting of the crime, the offender and the interests of society."

In seeking to harmonize these conflicting aims and objects the courts have worked out various sub-rules which are easy to state but terribly difficult to apply to individual cases. Thus it is said:

1 *The personal element* of the accused is always a matter for careful attention; his character, age, previous history, mental development and environment, the degree of temptation and of deliberation and his influence for evil on others concerned in the offence must be seriously considered. This gives rise to the apparently paradoxical position that mathematical equality in sentences (always clamantly demanded by the lay public) frequently results in grave inequity. The paradox is, of course, resolved if it is borne in mind that nothing is more unequal than treating unequal things equally. All criminals are basically unequal and thus any adherence to the arid dogma so dear to the heart of the economists that "all things being equal" the result must be so and so, will result in this form of inequity. Law as one of the social sciences - we like to think one of the greater ones - must pay full attention to this basic fundamental inequality. In law, particularly in regard to punishment, men are not created equal; they are created and remain unequal. The equality we *do* seek is the avoidance of unjustified inequalities in sentences. No two offenders are alike in many respects and it is furthermore foolhardy and inequitable to treat two *offences* as if they are alike in anything but name. One writer in seeking for a rationale of sentencing, appeals "not for uniformity

but for *equality of consideration* in which similar considerations can be taken into account when a decision is made.”

I shall return to this later.

- 2 *The nature of the crime* must be borne in mind; some, against person, property and reputation, being *per se* more serious than others. But the interests of the protection of society suggest that persistent crime, either by the offender or in the locality, may require a more severe penalty.
- 3 *Excessive punishments* should be avoided; this is a self-apparent truth but frequently gives rise to difficulty in practice, particularly where the cumulative effect of sentences on separate counts is involved or when statutes make provision for very severe but discretionary punishments.
- 4 *Corporal punishment* (other than whipping with a cane for juveniles) is normally inappropriate where no cruelty, brutality or other grave aggravating circumstances are present.
- 5 *Avoiding imprisonment* is a desirable objective if it can justifiably be achieved particularly where young people or first offenders are concerned or where a fine would suffice; but it must not be thought that every first offender is entitled to this form of treatment: *S v Victor* 1970 1 SA 427 (A).

The real, major and basic difficulties really are, however, that the judge usually has but little opportunity to be adequately informed on many of these matters. Frequently, too, he is not equipped by training *mero motu* to make up the deficiencies of his information. Take for example what is called the *personal element* of the factors mentioned. It is rare in the extreme for adequate information to be before the court relating to character (other than inferential proof by proof of previous convictions), previous history and environment of a convicted accused. An even more difficult field is that comprised in the term “mental development.” Without any specialist knowledge of matters psychiatric, I venture to suggest that this must include at least reference to the person’s emotional make-up and cultural background or else the law on this topic will suffer the same criticism as it did before the Rumpff Commission in regard to the legal emphasis, in the McNaghten Rules relating to insanity, on the mind as a separate function divorced from the emotions.

How can a court come to any conclusions on these matters without expert information? It is true that we yet sentence people but only by paying less than perfect, and perhaps less than desirable, attention to these matters. In answer to this criticism it is frequently said that human justice, being human, is fallible. This is no doubt true as far as it goes

but it is neither a sufficient, nor even a satisfying, answer if the departure from perfection is avoidably great.

Normally the court must rely upon its own observations, *eg* that the person gives the appearance of being ill/well educated; that he is an apparently civilized/uncivilized person; that he appears to be sophisticated/unsophisticated, etc. How unscientific! How unsatisfying for one trying to do his duty according to law!

Even more importantly, the court is frequently almost entirely unaware of the probable psychological reaction of a person to imprisonment. True it is that we work on the assumption that most people will not enjoy prison and that the longer they have to stay there, the less they will like it. Those of us who were prisoners of war know that this is so even where incarceration is with gentlemen - if only by act of parliament - and even with friends and without any moral opprobrium and all the other deleterious circumstances of criminal imprisonment. But the intensity of an individual's reaction is almost always a closed book to us.

No, the environment of a person bears not only on his propensity to commit crime but also, and also importantly, on the effect which punishment has on him. This raises the problem of distributive justice. This idea is very old. For the Greeks justice essentially embodied the idea of inequality since the very lack of natural equality between human beings called for different treatment of convicted persons. But conceptions of justice vary from age to age and one may venture to suggest that in modern times equality is generally regarded as of the very essence of justice. But, again, this formal principle of equality does not require that we treat everyone alike regardless of individual differences or else we would be required to treat an insane or an infant murderer without allowance for these obvious inequalities in comparison with normal adults. This would be "treating unequal things equally" *in excelsis*. All that can be demanded is that like should be treated as like so that everyone who is classified as belonging to the same category, for a particular purpose, is to be treated in the same way. These classifications must be laid down by the rules, but formal justice cannot lay down how people should or should not be classified; we need further principles in the form of value judgments for deciding which differences are to be regarded as relevant. On the basis of equality alone we do not know whether, or on what basis, we are to consider, or to ignore, differences of race, religion, birthplace, physical prowess or mental attainment or wealth or influence. People are not in fact born equal either physically, mentally or in other respects, so that the classification of equality between human beings remains, of necessity, a mere formality until we have proceeded to indicate how we are going to divide people up into further sub-groups according to what are the moral and social needs of the particular society.

Moreover, even treating people equally usually involves special arrangements in favour of the poorer or humbler sections of the community. Thus it would be morally indefensible to impose equal fines with equal periods of alternative imprisonment for wrongs which were morally equally reprehensible upon an impecunious Bantu and a wealthy White who respectively could not, and could easily, pay the fine. The courts thus insist that a fine should, if possible, bear some reasonable relation to the ability of the convicted person to pay it.

In some countries, and by some people, any classifications on the basis of sex, race and colour and relative civilization are unhesitatingly, and sometimes unrestrainedly, condemned. It is not appreciated that these frequently, in fact most usually, take effect *in favour of* those placed in such categories.

Faced with all these difficulties it is not surprising that many judges regard the question of sentencing as infinitely more difficult than that of deciding the guilt of an accused.

To quote again concerning America, Judge Burstein has it that:

“Unfortunately there is no definitive system of legal principles which marks out precise guide-lines to sentencing. ‘A sentence is,’ to borrow from Judge Learned Hand ‘no more than the formal expression of a tolerable compromise.’” Judge Burstein continues: “Every sentence is a complex of a limited body of law, statutory and decisional; sociology; psychology; and, principally, a subjective evaluation of the defendant (accused) . . . Until and unless the resources for correction and rehabilitation are expanded, updated and modernized, judges must look to their own fund of knowledge and their judicial experience. Until reliable scientific system is designed, sentencing will be a matter of individual appraisal, a product of hope, a reaction to personal experience, and a prayer that the decree of sentence is reasonable, responsible and judicious . . . it is nevertheless a fact that only the court has the burden of imposing a just, adequate and responsible sentence. A judge sensitive to his responsibility to the community, aware of the unfortunate gaps in our knowledge about criminal behaviour, and conscious of the relatively primitive state of our penal system, approaches the task of sentencing with concern, self-analysis, self doubt, and soul searching.”

These feelings are intensified by the knowledge, emphasised by that great American judge, Chief Justice Cardozo, that deep below the judicial consciousness are other forces, the likes and dislikes, the predilections and prejudices, the complex of instincts and emotions and habits and convictions which make the man who is the judge.

True it is that in this country we have a degree of supervision by appeal against the severity of sentence. This is, however, of but limited efficacy involving, as it does, the requirement that, before interference, the sentence must be regarded as unjust, which is frequently tested by requiring that it must induce a sense of shock in the appellate tribunal or that it be glaringly inappropriate or strikingly in excess of that which the appeal court would have imposed. This is a stiff hurdle for anyone

suffering from a sense of injustice at what he regards as an excessive or disproportionate sentence (a motive which has promoted prison tensions exploding into prison riots in America and a recent and regrettable armed attack on a judge in his court in this city) and the appeal procedure is limited in efficacy by the amount of time, money and effort involved in a formal appeal.

The truth is, however, that only the trial judge has seen the accused, has the feel of the case, knows all the details of the crime and is in a position to discharge this heavy duty which is all the more burdensome because, despite efforts to clarify the standards appropriate for sentencing, no exact formula for that process has ever been, or possibly can ever be, advanced because of the multiplicity of factors which divide even similar cases and the imponderables involved in the sentencing process. Moreover, it must be borne in mind that, as so tellingly emphasised by Fifoot in the *English Law and its Background*,

“A tincture of humanity will stain the law reports until the courts are manned by robots. At least it may be urged that the training of an English judge [and I may add a South African judge], the pride of his office and the publicity of his work, offer the highest promise of impartiality. He is concerned, moreover, to adjust each new instrument of commercial and industrial policy within the framework of an existing legal system, to reconcile its implications with a hundred other facets of society, and he may hardly share the enthusiasm of the doctrinaire who enjoys the advantage of myopia.”

These remarks are, it is suggested, equally true in regard to the judge engaged in the administration of criminal justice. In the field of criminal punishment we must bear in mind all these considerations as well as the immensely variable reaction of a multi-racial society to punishment; we cannot be doctrinaire: we must be practical and attempt to do justice as we see it.

Ideally, perhaps, the judge with all above-mentioned advantages of intimate knowledge of the facts of a case should, during, or at least before, sentencing, be assisted by psychologists, social welfare workers and prison psychologists and/or officers before he exercises this heavy and burdensome duty.

“There is”, says a learned writer, “much to be learned about the causes of crime, the motivations of criminal behaviour, psychiatry and other disciplines that can assist the courts in their sentencing problems.”

That very learned judge, Mr Justice Frankfurter of the United States Supreme Court, goes even further and has said:

“I myself think that the bench - we lawyers who become judges - are not very competent, are not qualified by experience, to impose sentences where any discretion is to be exercised. I do not think it is in the domain of the training of lawyers to know what to do with a fellow after you find out he is a thief. I do

not think legal training gives you any special competence. I, myself, hope that one of these days, and before long, we will divide the functions of criminal justice. I think the lawyers are people who are competent to ascertain whether or not a crime has been committed. The whole scheme of common law judicial machinery - the rules of evidence, the ascertainment of what is relevant and what is irrelevant and what is fair, the whole question of whether you can introduce prior crimes in order to prove intent, - I think lawyers are peculiarly fitted for that task. But all the questions that follow upon ascertainment of guilt, I think require very different and much more diversified talents than the lawyers and judges are normally likely to possess."

These solutions failing - and I see no prospect in the foreseeable future for the financial and man-power resources of the State to be able to provide the ideal solution - some alternative method or methods should, and in my view must, be considered. In America two states, Massachusetts and Connecticut, have introduced special informal and fairly summary review procedure to supervise only the question of the appropriateness of punishment by a tribunal of three trial judges quite distinct from the Supreme Judicial Court which deals with full appeals on the merits of convictions. The Federal Courts have long had a Sentencing Institute where trial judges regularly gather to discuss more uniformity of sentences (subject, of course, to individual differences of accused persons) and to be informed of the resources for punishment available for the treatment of different types of offenders. There is now a strong movement afoot to extend this machinery to the State Criminal Courts: see the American Trial Lawyers Association publication *Trial* December/January 1966/67.

These and similar possibilities seem to me to be matters which could with profit be investigated as could more extensive inter-disciplinary training for lawyers. In the meantime, perhaps it is not too much to ask that, at any rate in cases of serious crime, the courts should, as in many states in America, be assisted by reports from the variety of experts, psychiatrists, psychologists, social welfare workers and prison officers described above. Then at least it might be possible to have some assurance that our sentencing process is founded on something more than imperfect knowledge, trained intuition and a hope and a prayer.

CONCLUSION

Lest these observations should all sound (and perhaps seem) somewhat remote to you and thus the responsibility of someone else (either of the state - that great repository for tasks which the urgings of an uneasy conscience prompt but which a feeling of lack of personal responsibility shrugs off - or of the judges and magistrates who are paid to discharge these onerous responsibilities) let me relate them to your responsibilities as members of an honourable profession which is an indispensable and integral part of the machinery involved in the administration of justice.

Each and every one of you is, as an attorney, expected to be able to assist your clients with your professional skills in relation to *all* their legal affairs. These may, and frequently do, include brushes with the criminal law - particularly in these days of extensive and detailed social regulation aimed at survival of society through the law. You will be unable to avoid doing less than justice to your clients' interests unless you are alert to the above matters and are prepared to, and do, take all reasonably possible and necessary steps to prepare against the unhappy - but not infrequent - event of a conviction. In order to do this adequately you must prepare by having available and producing information and material relevant to the matters discussed earlier in this paper in as full a measure as is reasonably possible in each case.

Secondly, the recent - and greatly welcomed - efforts to make legal aid more readily and widely available carry the probable consequence that all of you who are professionally conscientious are likely to become increasingly more professionally involved in criminal cases.

Thirdly, as citizens - and particularly as citizens trained and professionally expert in the administration of justice - you should be concerned to see that, as far as is reasonably possible, our system of justice is not avoidably inferior to that degree of perfection which it is given to man to achieve. Let me conclude with the stirring words of Professor Stone in his fine work on *Human Law and Human Justice*:

“It is for lawyers above all, and above all when they confront the judgment of justice, that ‘repose is not the destiny of man’ and the least they can seek is also the most they can win.” □

To bereave a man of life, or by violence to confiscate his estate, without accusation or trial, would be so gross and notorious an act of despotism, as must at once convey the alarm of tyranny throughout the whole kingdom; but confinement of the person, by secretly hurrying him to goal, where his sufferings are unknown or forgotten, is a less striking, and therefore a more dangerous engine of arbitrary government.

Blackstone *Commentaries* 1 1 136

Die deliktuele aanspreeklikheid van die vervaardiger vir skade berokken deur middel van sy defekte produk*

JC van der Walt

Randse Afrikaanse Universiteit

Die probleem van die aanspreeklikheid van 'n vervaardiger vir skade berokken deur middel van 'n defekte produk is eie aan elke moderne hoogs geïndustrialiseerde samelewing. Die toenemende industrialisasie en meganisering van menslike aktiwiteitsfere, in besonder die vervoer- en produksiewese, het nie slegs die soete smaak van 'n oorvloedige lewe meegebring nie maar ook die wrange vrugte van die vestiging van 'n permanente daaglikse benadelingspotensiaal.¹ Een van die belangrikste en grootste potensiele bronne van benadeling wat lewe, liggaam en vermoë gedurig bedreig, is die risiko wat defekte verbruiksgoedere vir die verbruiker en gebruiker skep. Die massaproduksie van verbruiksgoedere - 'n belangrike kenmerk van die moderne Westerse ekonomie - het onvermydelik die verspreiding van defekte produkte meegebring. Die ervaring leer dat die produksie van defekte goedere selfs nie deur die groot mate van vervolmaking van die meganiese en outomatiese produksieprosesse geheel en al voorkom word nie. Die grondrede hiervoor is die onvermoë om die menslike hand in die preproduksie- en produksie-prosesse volkome uit te sluit. Selfs die besopgeleide en sorgvuldigste menslike hand kan nie die produksie en bemarking van defekte produkte verhinder nie.²

Hierdie gevaar van defekte produkte is, sonder sy keuse of mede-seggenkap, elke individu se konstante metgesel. In die voor-industriële tydvak was verbruiksgoedere basies beperk tot natuurlike landbouprodukte en die betreklik ongekompliseerde produkte van die tuis- en kleinnywerheid. Die verbruiker kon sonder veel kundigheid die kwaliteitsgeskiktheid beoordeel. In 'n eeu van industrialisasie, outomati-

*Referaat op 4 Mei 1972 voor die Kongres van die Vereniging van Wetsgenootskappe te Durban gelewer.

¹Van der Walt „Enkele Gedagtes oor die Grondslag van Deliktuele Aanspreeklikheid” 1969 *THRHR* 319.

²Lorenz *Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten* (1962) 59.

sasie en ongekende tegnologiese prestasie is die geweldige verskeidenheid van verbruiksprodukte dikwels oorspronklik verpak of meganies van aard. Die gewone verbruiker het nóg die besondere kennis van nóg die toegang tot en insig in die gekompliseerde produksieproses om die verborge gebreke van sy aangekoopte produk te ontdek.

Enkele voorbeelde uit die massa uitsprake in moderne regstelsels bied goeie illustrasies van die daaglikse onafwendbare risiko wat alledaagse verbruiksprodukte inhou: 'n dame geniet 'n koeldrank saam met 'n vriend in die kafee; toe die laaste druppel koeldrank uit die ondeursigtige bottel geskink word, dryf die oorblyfels van 'n ontbinde slak uit; die dame ly aan skok en gastro-entiritis, sy doen mediese koste op;³ 'n man koop 'n onderbroek wat in 'n plastieksakkie verpak is, 'n chemiese bestanddeel in die broek veroorsaak 'n dermatitis-aandoening;⁴ 'n dame koop 'n sintetiese sout by 'n apteek in 'n oorspronklike verpakking; sy word deur fyn glassplinters in die sout beseer;⁵ 'n dame gebruik 'n bekende haarmiddel en doen ernstige fisiese letsels op;⁶ 'n man koop 'n nuwe motor, 'n defektiewe wiel raak onklaar en hy doen ernstige beserings op;⁷ ens.

Welke mate van regsbeskerming word in die huidige Suid-Afrikaanse reg aan die benadeeldes in soortgelyke situasies verleen?

By die beantwoording van hierdie vraag moet onderskei word tussen die kontraktuele en verbandhoudende remedies van 'n koper teen 'n verkoper op grond van verborge gebreke in die koopsaak en die deliktuele remedie van 'n koper teen die vervaardiger van die saak wat nie die verkoper was nie. In ons reg val die klem, veral weens die feit dat die koopsaak tot dusver dikwels van 'n buitelandse vervaardiger afkomstig was,⁸ op die kontraktuele remedies van die koper teen die verkoper.⁹

Wat is die aard van hierdie remedies en die omvang van beskerming wat hulle bied?

As die verkoper teen gebreke in die koopsaak waarborg, pleeg hy kontraktbreuk indien die saak wel gebreke bevat; die koper kan in so 'n geval sy positiewe interesse op die verkoper verhaal. In geval van waarborgbreuk word die koper betreklik omvattend beskerm; hy

³ *Donoghue v Stevenson* 1932 AC 562.

⁴ *Grant v Australian Knitting Mills* 1936 AC 85.

⁵ RGZ 87 1 - die sogenaamde „Brunnensalz-Entscheidung" van 1915.

⁶ *Rogers v Toni Home Permanent Co* 1958 167 Ohio 244, 2147 NE 2d 612.

⁷ *MacPherson v Buick Motor Co* 1916 217 NY 382, 111 NE 1050.

⁸ Vgl *Youngs' Provision Stores (Pty) Limited v Van Ryneveld* 1936 CPD 87 93-94; *Hackett v G & G Radio and Refrigerator Corporation* 1949 3 SA 644 (A) 692; *Kroonstad Westelike Boere Ko-op Vereniging Beperk v Botha* 1964 3 SA 561 (A) 572.

⁹ Sien oor die algemeen De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg (1964) 233-240.

kan in beginsel sy gevolgskaade verhaal. In die praktyk word kontraktuele waarborge egter heel dikwels afgewater deur allerlei kwalifikasies; die verkoper beperk gewoonlik sy aanspreeklikheid tot vervanging of reparasie van die koopsaak. In ander gevalle is die inhoud van die waarborg so algemeen en vaag dat die prestasie onbepaalbaar is. Die waarborg is gevolglik nietig.¹⁰

Benewens die aanspreeklikheid op grond van wanprestasie is daar die buitengewone aanspreeklikheid vir verborge gebreke kragtens die aediliesiese aksies, nl die *actio redhibitoria* en die *actio quanti minoris*. Aangesien hierdie buitengewone aanspreeklikheid nie op kontrakbreuk of enige ander onregmatige optrede aan die verkoper se kant gebaseer is nie, maar op die aanwesigheid van bepaalde objektiewe vereistes, is die aanspreeklikheid van die verkoper basies beperk tot teruggawe van die koopprys (*actio redhibitoria*) of vermindering van die koopprys (*actio quanti minoris*). Die koper kan dus geen gevolgskaade verhaal nie. Indien die verkoper egter 'n fabrikant of handelaar is wat publiek voorgee om deskundige kennis te hê van die betrokke koopsaak, kan die koper ook gevolgskaade eis.¹¹

Hier het ons wesenlik te doen met 'n verskyningsvorm van deliktuele aanspreeklikheid.¹² Die grondslag van hierdie deliktuele aanspreeklikheid is klaarblyklik nie skuld nie. Ons het hier te doen met die interessante verskynsel van 'n risiko-aanspreeklikheid vir skade wat uit 'n verborge gebrek ontstaan. Die aanwendingsgebied is egter beperk tot die partye by 'n koopkontrak. Hierdie verskyningsvorm van deliktuele aanspreeklikheid bied in die praktyk slegs beperkte beskerming teen gevolgskaade uit verborge gebreke in 'n saak: die koper kan slegs 'n fabrikant-verkoper of 'n handelaar-verkoper wat voorgee om deskundige kennis ten opsigte van die betrokke saak te hê, aanspreek. In geval 'n verkoper gebreke in die koopsaak opsetlik verswyg of valse voorstellings aangaande die eienskappe van die saak maak, kan die koper op grond van bedrog sy negatiewe interesse verhaal.¹³ In geval van 'n nalatige wanvoorstelling kan hy egter geen skadevergoeding verhaal nie.¹⁴ As die wanvoorstelling „onskuldig” is, dws nalatiglik of werklik sonder skuld gemaak is, kan prysvermindering met die *actio quanti minoris* geëis word.¹⁵

¹⁰Vgl De Wet & Yeats a w 80.

¹¹De Wet & Yeats a w 235; *Kroonstad Westelike Boere Ko-op Vereniging Beperk v Botha supra*.

¹²De Wet & Yeats meen dat Voet 21 1 10 en Pothier *Vente* bd II 213, wat as gesag vir hierdie besondere aanspreeklikheid geld, dit as 'n aanspreeklikheid verwant aan aanspreeklikheid op grond van wanvoorstelling gesien het (op 235).

¹³De Wet & Yeats a w 234.

¹⁴*Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A).

¹⁵*Hall v Milner* 1959 2 SA 304 (O); *Van Schalkwyk v Prinsloo* 1961 1 SA 665 (T); *Overdale Estates (Pty) Ltd v Harvey Greenacre & Co Ltd* 1962 3 SA 767 (D).

Uit hierdie kort oorsig van die regs-middels tot die beskikking van 'n koper wat deur 'n defekte produk benadeel is, blyk duidelik dat hy, veral wat gevolgs-kade betref, maar 'n uiters beperkte beskerming geniet. In beginsel kan hy sy gevolgs-kade slegs op grond van bedrog, 'n ongekwalifiseerde waarborg of 'n verborge gebrek in 'n saak gelewer deur 'n fabrikant-verkoper of deskundige handelaar-verkoper verhaal. In alle gevalle is die koper natuurlik verplig om hom tot sy kontraksgenoot, die verkoper, te wend.

Benewens hierdie beperkte beskerming sal veral drie oorwegings in toenemende mate 'n behoefte skep om die vervaardiger van 'n defekte produk wat in geen kontraktuele verhouding tot die benadeelde staan nie, direk aanspreeklik te hou vir skade berokken deur middel van die gebrekkige produk.

In die eerste plek maak die kontraktuele en verbandhoudende remedies uiteraard geen voorsiening vir die benadeelde wat nie 'n koper is nie. In ons voorbeeld van die dame wat die besmette koeldrank gedrink het, sal sy byvoorbeeld nie teen die koeldrankverkoper kan akeer nie; sy was tog nie die *koper* van die koeldrank nie.

Tweedens sal die toenemende industrialisasie in Suid-Afrika die binnelandse vervaardiger, in teenstelling tot die buitelandse fabrikant, toenemend as potensieële verweerder op die voorgrond stel. Die vervaardigers dra deur hul eie reklame *via* die moderne massa-kommunikasie-media self by om nie net die produk nie maar ook die vervaardiger daarvan aan die breë publiek bekend te stel.

Derdens: die massa-produksie van goedere vir die massa-samelewing het nuwe distribusie- en bemarkingsmetodes meegebring; die groot- en kleinhandelaar begin al meer as blote skakels in die verspreidingsketting optree. Gevolglik raak hulle, vir sover dit verantwoordelikheid vir skade berokken deur defekte produkte betref, in die agtergrond en tree die vervaardiger as *fons et origo* van die produk in die voorgrond.¹⁶

In ons positiewe reg is daar tot hede geen sprake van 'n bewuste erkenning van die beginsel van aanspreeklikheid van die vervaardiger teenoor 'n uiteindelijke benadeelde met wie hy geen kontraktuele band het nie. By die erkenning en uitbouing van so 'n nuwe terrein van aanspreeklikheid (sogenaamde „products liability”) sal uiteraard vanuit teoretiese sowel as praktiese kant noukeurige aandag geskenk moet word aan die sistematiesing van die verskynsel, die grondslag van die aanspreeklikheid, ens. Met die oog hierop verkeer ons in die gelukkige posisie om deur middel van regsvergelijkende studie te kan put uit die kennis en ervaring van ander regstelsels.

¹⁶Fleming *The Law of Torts* (1965) 477; Lorenz 59.

Ons eie reg bied wel enkele positiefregtelike aanknopingspunte vir die ontwikkeling van 'n terrein van sogenaamde produkte-aanspreeklikheid. In enkele uitsprake, wat basies gehandel het met die kontraktuele en verbandhoudende remedies van 'n koper van 'n saak teen die verkoper, is daar *obiter dicta* wat minstens dui op geen beginselbeswaar nie teen 'n aksie van 'n benadeelde koper teen die vervaardiger van die koopsaak.¹⁷ Hierbenewens is daar, die spesifieke vervaardiger-verbruiker-verhouding daargelaat, die erkenning van 'n „duty of care” in gevalle waar 'n persoon beheer en kontrole het oor 'n gevaarlike voorwerp; in so 'n geval is daar 'n plig om redelike sorg aan die dag te lê.¹⁸ Die plig bestaan in die gevalle van sake wat *per se* gevaarlik is, dws wat normaalweg, selfs in die afwesigheid van nalatigheid, 'n buitengewone risiko van benadeling skep.¹⁹

Dit is 'n leerstuk van die Engelse reg wat daar reeds so vroeg as 1932 met die beroemde uitspraak in *Donoghue v Stevenson*²⁰ agterhaal is. Van die leerstuk van sake wat *per se* gevaarlik is, is dit 'n enkele skrede om ook 'n plig te aanvaar in die geval van sake wat nie normaalweg riskant is nie, maar wel gevaarlik *sub modo*, dws as daar nalatigheid in verband met hulle vervaardiging, beheer, ens was.²¹

In *Cooper v Nephews & Visser*²² laat die Appèlhof duidelik blyk dat die vervaardiger van 'n produk 'n „duty of care” teenoor die uiteindelijke gebruiker het en beklemtoon hy dat die vervaardiger se aanspreeklikheid *ex delicto* ontstaan.²³ Daar kan geen sprake wees van 'n algemene beginsel dat die plig verval sodra beheer en kontrole beëindig is nie;²⁴ die verweerder bly verantwoordelik vir skade wat voortvloei uit sy eertydse nalatige optrede ten aansien van 'n bepaalde saak.²⁵ Daar is in ons regspraak 'n tendens om weg te beweeg van die

¹⁷Vgl die gewysdes in voetnoot 8 genoem.

¹⁸*Colman v Dunbar* 1933 AD 141 156-157.

¹⁹*Colman v Dunbar supra* 156: „If the props were *per se* dangerous to the public, it was undoubtedly the duty of the builder to keep those props in constant observation so as to avoid accidents to the public.” Vgl *Kelly v Johannesburg Municipality* 1906 TH 245; *Kitt v Cape Town Town Council* 17 SC 465; *Mordt v Union Government* 1939 TPD 103.

²⁰*supra*.

²¹Vgl die ontwikkeling in veral die Engelse reg *infra*.

²²1920 AD 111.

²³Op 114: „It will be observed that the action is not based on breach of contract . . . This action is one on tort not on contract, and it is based upon negligence on the part of the defendant.” Vgl ook *Lennox Ltd v BSA* 1914 AD 1.

²⁴Vgl McKerron *The Law of Delict* 1971 249.

²⁵*Lennox v BSA Co supra*; *Cooper v Nephews & Visser supra*; *Union Government v Matthee* 1917 AD 688; *Hickey v Donald* 1960 4 SA 451 (R). In laasgenoemde saak is die eienaar van 'n vragmotor op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou in die volgende omstandighede: die eienaar het die vragmotor met swak bande gratis aan 'n vriend geleen; 'n band bars; die vragmotor bots met 'n motor; die

Engelsregtelike leerstuk van inherent gevaarlike sake met sy betreklik beperkte aanwendingsgebied na 'n beginsel van aanspreeklikheid op grond van nalatige optrede ten opsigte van enige saak.²⁶ Ons reg is in die proses om die beginsel te aanvaar dat enige persoon (bv vervaardiger, handelaar, eienaar, beheerder, ens) wat 'n saak of produk hanteer 'n „duty of care” het.

Die gebrek aan 'n ontwikkelde leerstuk in verband met aanspreeklikheid op grond van nalatige beheer en kontrole oor 'n saak laat die vraag ontstaan of die algemene grondslae van ons reg aangaande die onregmatige daad wyd genoeg is om voorsiening te maak vir 'n sogenaamde produkte-aanspreeklikheid.

Vanuit positiefregtelike oogpunt gesien is die vraag of die „duty of care”-leerstuk in beginsel so 'n vorm van aanspreeklikheid sal kan funder. ²⁷ Oor die algemeen word die toets vir die bestaan al dan nie van 'n „duty” soos volg geformuleer: sou die redelike man in die posisie van die verweerder skade aan die betrokke benadeelde voorsien het en sou hy voorsorg getref het om dit te voorkom?²⁸ Alhoewel die kernelemente van die kriterium redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid skyn te wees, is algemene beleidsoorwegings („public policy”) eintlik die deurslaggewende faktor by die erkenning al dan nie van 'n „duty.”²⁹ In geval van konflikterende belange van vervaardiger en verbruiker sal faktore soos vryheid van optrede, bevordering en behoud van ondernemersinisiatief, die vrees vir oewerlose aanspreeklikheid in geval van erkenning van 'n nuwe eisgrond teenoor faktore soos die beskermingswaardigheid van individuele belang in liggaamlike integriteit, die beskerming van individuele vermoënsbelange in sake en ander immateriële bates, die behoud van verbruikersvertroue in die algemene kwaliteit van verbruikersgoedere, ens in die weegskaal van openbare belang gewerp moet word.³⁰

Die ervaring leer onteenseglik dat 'n land wat aan die begin staan van 'n snelle industrialisasie-proses of reeds in die greep van 'n indus-

eienaar word ten spyte van verlies van die beheer oor die vragmotor aanspreeklik gehou teenoor die eienaar van die beskadigde motor.

²⁶Vgl *Hickey v Donald supra* - motorbande is nie *per se* gevaarlik nie, maar word slegs gevaarlik in geval van nalatige onderhoud en toesig.

²⁷*SAR v Marais* 1950 4 SA 610 (A) 621. Vir die doeleindes van die bespreking van hierdie aspek vermy ek 'n kritiese bespreking van die regsteoretiese houdbaarheid van die leerstuk. Soos later sal blyk, verkies ek om die fundering van produkte-aanspreeklikheid vanuit die beginsel van aantasting van subjektiewe regte te benader.

²⁸*Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 216; *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 475 ev 492 ev.

²⁹Fleming a w 140; Millner *Negligence in Modern Law* (1967) 25 ev.

³⁰Vgl oor die algemeen *Herschel v Mrupe supra* 477 488-490; *Union Government v Ocean Accident & Guarantee Corporation Ltd* 1956 1 SA 577 (A) 584-586.

triële omwenteling is, in beginsel 'n behoefte het aan 'n sosiale, ekonomiese en juridiese beleid van *laissez faire*. Die verlening van 'n groot mate van vryheid aan die ondernemer is 'n noodsaaklike stimulus vir die bevordering van industrialisasie. In die praktyk beteken dit dat daar so min as moontlik restriksies, juridies of andersins, op die ondernemer geplaas moet word. 'n Te strenge juridiese aanspreeklikheid vir die nadelige gevolge van industrialisasie, byvoorbeeld die noodwendige benadeling van verbruikers deur die produkte van industrialisasie, kan 'n dempende uitwerking op vervaardigingsinisiatief hê. Die neiging is om in 'n land wat in 'n proses van industrialisasie is, op grond van openbare beleid die individuele vryheid, veral in die industriële en ekonomiese aktiwiteitsfeer, te beskerm ten koste van die belange van die slagoffers van industrialisasie. 'n Mens kan dus verwag dat die suksesvolle ontwikkeling van die vervaardigingsbedryf in 'n groot mate op die koste van die benadeelde individuele verbruikers sal geskied.³¹

In ooreenstemming met hierdie neigings in 'n ontwikkelende ekonomie het ons Appèlhof duidelik aangetoon dat dit betreklik konserwatief is om nuwe terreine van aanspreeklikheid te erken.³² In die geval van produkte-aanspreeklikheid sal die Appèlhof myns insiens egter, veral op grond van die reeds bestaande positiefregtelike aanknopingspunte en die feitlik algemeen aanvaarde erkenning van die toenemende beskermingsbehoefte van die verbruiker teen defekte produkte, 'n sogenaamde „duty-situation” aanvaar. Die grondslag vir en die grense van die aanspreeklikheid sal egter 'n beklemtoning van die beskerming van die ondernemersinisiatief weerspieël.³³

Die ontstaan en ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in die Anglo-Amerikaanse reg is weens verskeie redes insiggewend. Die Engelse reg veral bied 'n beeld van die resultaat wat 'n mens bereik deur produkte-aanspreeklikheid op 'n konserwatiewe wyse kasuïsties te ontwikkel op die basis van die „duty of care”-leerstuk. Die Amerikaanse reg daarenteen bied myns insiens in 'n groot mate insig in die uiteindelijke bestemming van 'n ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in 'n hoogs geïndustrialiseerde en tegnologiese samelewing. In 'n sekere sin bied 'n studie van die Amerikaanse reg 'n toekomsblik vir industrieel minder ontwikkelde gemeenskappe. Geen terrein van deliktuele aanspreeklikheid het, onder die stukrag van 'n volskaalse

³¹Vgl die ontwikkeling in die Anglo-Amerikaanse reg *infra*.

³²*Herschel v Mrube supra*; *Union Government v Ocean Accident & Guarantee Corporation Ltd supra*. Dit is wel waar dat die moontlike aanspreeklikheid van 'n ondernemer nie in hierdie gevalle ter sprake was nie, maar die klem wat in die uitsprake op die behoud van individuele vryheid en inisiatief geplaas is (veral in regters Van den Heever en Schreiner se uitsprake) geld so veel te meer in die geval van 'n ondernemer-verweerder.

³³*infra* 32 e.v.

tegnologiese rewolusie, so snel en progressief ontwikkel as produkte-aanspreeklikheid in die Amerikaanse reg nie.

Alhoewel Engeland reeds so vroeg as teen die einde van die agtiende eeu met 'n industriële omwenteling begin het, is die erkenning van 'n beginsel van produkte-aanspreeklikheid dekades vertraag deur die histories-dogmatiese klimaat en atmosfeer van die Engelse reg. Dit was veral die Engelsregtelike leerstuk van „privity of contract” wat 'n dogmatiese struikelblok geplaas het in die weg van erkenning van 'n beginsel van produkte-aanspreeklikheid.³⁴ In 1842 het die „Court of Exchequer” in *Winterbottom v Wright*³⁵ 'n besondere interpretasie aan die leerstuk gegee. Daar is beslis dat A in beginsel nie teenoor C aanspreeklik gehou kan word as C weens A se kontrakbreuk teenoor B skade gely het nie. In die betrokke saak het A teenoor B kontraktueel onderneem om sy poskoets in stand te hou; A pleeg kontrakbreuk teenoor B; die poskoets se as breek en C, die drywer, word beseer. C kan in die afwesigheid van 'n kontraktuele band, of „privity,” met A, geen eis teen A instel nie. In werklikheid is in die saak slegs beslis dat C nie op grond van A se kontrakbreuk kan ageer nie, maar sekere *dicta* in die uitspraak is geïnterpreteer ten effekte dat C op geen grond hoegenaamd in die betrokke omstandighede teen A kan ageer nie.³⁶

Hierdie „privity of contract fallacy” het die erkenning van aanspreeklikheid van 'n vervaardiger beperk tot die onmiddellike koper van sy produkte en sodoende die uiteindelijke verbruiker beskermingsloos gelaat. Agter die dogma van die *Winterbottom*-uitspraak was sekerlik die sosiaal-ekonomiese behoefte om die vervaardigersgeesdrif te bevorder deur aanspreeklikheid teenoor verbruikers eenvoudig arbitrêr uit te sluit. Die leerstuk was dus niks anders as 'n stukkie juridiese rasionalisasie van die opoffering van verbruikersbelange ten behoeve van die algemene ekonomiese welvaart nie.

Onder druk van die behoefte aan aanspreeklikheid van die vervaardiger teenoor die benadeelde verbruiker het enkele uitsonderings mettertyd op die reël van geen aanspreeklikheid nie ontstaan. Daar is aanvaar dat die vervaardiger 'n „duty of care” het in geval hy bedrieglik voorstel dat sy produk veilig is,³⁷ in geval die produk inherent of *per se* gevaarlik is,³⁸ en in geval die verweerder kennis dra van 'n gebrek in

³⁴Fleming a w 478; Salmond-Heuston *On the Law of Torts* (1969) 14-15.

³⁵(1842) 10 M&W 109.

³⁶Prosser *Law of Torts* 1971 622; *Haseldine v Daw (CA) & Sons Ltd* 1941 2 KB 343 379.

³⁷*Langridge v Levy* (1837) 2 M&W 519.

³⁸*Longmeid v Holliday* (1851) 6 Ex 761; *Dominion Natural Gas Co v Collins and Perkins* 1909 AD 640; *Wray v Essex CC* 1936 2 All ER 97. Die onderskeiding tussen 'n kategorie sake wat *per se* gevaarlik is en sake wat *sub modo* gevaarlik is, het dus die

die produk wat dit gevaarlik maak en hy nie daarteen waarsku nie.³⁹ Eers in 1932 het die „House of Lords” die beroemde uitspraak in *Donoghue v Stevenson*⁴⁰ gelewer wat vandag as die bron en grondslag van die beginsel van produkteaanspreeklikheid aanvaar word. Die feite is reeds vermeld; dit was die geval van die slak in die gemmerbier. Lord Atkin soek eers in die algemeen na ’n kriterium om die bestaan al dan nie van ’n „duty of care” te bepaal. In hierdie proses formuleer hy sy beroemde „neighbour”-beginsel. Hy beslis dat die vervaardiger van die koeldrank in die besondere geval wel ’n „duty of care” teenoor uiteindelijke verbruikers van sy produk gehad het. Hy formuleer die *locus classicus* oor produkte-aanspreeklikheid soos volg:

„. . . a manufacturer of products which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him, with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in injury to the consumer’s life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care.”

Hierdie algemene en soepele omskrywing van die beginsel van produkte-aanspreeklikheid het ’n basis gebied vir ’n ekstensiewe interpretasie deur die regspraak, ten einde tred te hou met praktiese behoeftes.⁴¹

Met hierdie uitspraak het die Engelse deliktereg tot ’n groot mate die historiese klemme van die „privity”-leerstuk afgeskud en homself toegerus om die behoeftes van die moderne tegnologiese wêreld te bevredig. Die uitspraak verteenwoordig ongetwyfeld ’n dramatiese, alhoewel nie heeltemal onverwagte, koersverandering in die ontwikkeling van die Engelse skadevergoedingsreg; deur hierdie beslissing is die oorspronklike beginsel van geen aanspreeklikheid van ’n vervaar-

funksie vervul om die vervaardiger se aanspreeklikheid te beperk; hy het slegs ’n „duty of care” in geval van produkte wat inherent (*per se*) gevaarlik is. Oor die teoretiese houdbaarheid van die onderskeiding en die moontlikheid om sake gevaarlik *per se* wetenskaplik van ander sake te kan onderskei, bestaan daar onenigheid (Salmond-Heuston a w 389 e v). Alhoewel geen saak *altyd* gevaarlik is nie, soos Charlesworth (*On Negligence* 1956 244-247) beweer, kan ’n inherent gevaarlike saak myns insiens akkuraat genoeg soos volg omskryf word: dit is ’n saak wat normaalweg, d w s selfs in geval van sorgvuldige beheer en gebruik, in die gewone gebruikspatroon en -omstandighede ’n buitengewone en tipiese risiko van ernstige benadeling skep. ’n Mens kan uiteraard nie meer konkrete maatstawwe formuleer nie; gemeenskapsoortuiging en -ervaring sal deurslaggewend wees. Na die *Donoghue*-saak (*supra*), waarin die beginsel van geen aanspreeklikheid van die vervaardiger teenoor die verbruiker verwerp is, vervul die onderskeiding tussen die twee kategorieë van sake slegs nog die funksie om die mate van sorg in elke geval te mede-bepaal (Salmond-Heuston a w 390).

³⁹*Howard v Furness Houlder Argentine Lines Ltd* 1936 2 All ER 781; *Barnes v Irwell Valley Water Board* 1939 1 KB 21.

⁴⁰*supra*.

⁴¹Salmond-Heuston a w 393 e v; Fleming a w 479 e v.

diger teenoor die uiteindelijke verbruiker en die enkele uitsonderings op die reël met 'n enkele pennestreek weggee. Die uitspraak weerspieël ook die klemverskuiwing in die harmonisering van die botsende belange van vervaardiger en verbruiker; die ondernemersvryheid staan nie meer so sterk op die voorgrond nie, maar wel die belange van die verbruiker in sy fisiese integriteit en vermoë.

Wat is die grondslag van die aanspreeklikheid van die vervaardiger teenoor die verbruiker? Die kern van die uitspraak in die *Donoghue*-saak is dat die vervaardiger 'n plig het om redelike sorg aan die dag te lê by die vervaardiging van elke produk wat by gebrek aan redelike sorg gevaarlik kan wees. Die basis van die aanspreeklikheid is dus die skuld, en wel die nalatigheid, van die vervaardiger.

Die neiging in die Engelse reg is egter om in die rigting van 'n strikte of skuldlose aanspreeklikheid te beweeg. Dit word veral bewerkstellig deur die leerstuk van *res ipsa loquitur*. Aanvanklik is die standpunt ingeneem dat die leerstuk *res ipsa loquitur* nie van toepassing is in die geval van produkte-aanspreeklikheid nie en wel omrede die vervaardiger die beheer en kontrole oor sy produk verloor sodra dit bemark word. In *Grant v Australian Knitting Mills*⁴² is egter beslis dat die leerstuk aanwending vind in die geval van produkte-aanspreeklikheid. Op grond van die leerstuk word twee bewysregtelike afleidings teen die vervaardiger gemaak: daar is 'n vermoede van nalatigheid in die gebruik van 'n ongeskikte produksie-proses en daar is 'n vermoede van nalatigheid aan die kant van die werknemers van die vervaardiger. Die eiser het nie nodig om sy vinger op die presiese nalatige gedraging te druk nie; die vervaardiger moet egter beide feitlike vermoedens weerlê. Dit is in die praktyk 'n uiters moeilike weerleggingslas. Alhoewel nalatigheid in beginsel as grondslag van aanspreeklikheid aanvaar word, word dit in 'n groot mate prakties ondergrawe met behulp van bewysregtelike metodes.⁴³

In die lig van die onsekerheid en vloeibaarheid van die grondslag van produkte-aanspreeklikheid wat ontwikkelinge in die Engelse reg weerspieël, is dit interessant om in hierdie verband kortliks te let op die benadering in 'n Kontinentale regstelsel.

Die *BGB* van Duitsland se basiese omskrywing van deliktuele aanspreeklikheid bepaal dat die opsetlike of nalatige aantasting van die lewe, liggaam, gesondheid, vryheid, eiendomsreg of enige ander reg 'n onregmatige daad konstitueer.⁴⁴ In hierdie omskrywing is die kriterium ter bepaling van die onregmatigheid al dan nie van 'n skade-

⁴²1936 AC 85.

⁴³„The care necessary approximates to and almost becomes an absolute liability” (*Shandloff v City Dairy* 1936 4 DLR 712 719).

⁴⁴a 823(1).

stigtinge handelinge ingebou, nl dat enige aantasting van die gemelde regsgoedere (of regte) in die afwesigheid van 'n erkende en besondere regsverdigingsgrond onregmatig is.⁴⁵

Hierdie sogenaamde tradisionele onregmatigheidskriterium is mettertyd aan kritiek onderwerp op grond daarvan dat dit onvolledig en gebrekkig is.⁴⁶ Dit word beskou as 'n ontoereikende onregmatigheidskriterium op grond daarvan dat die hedendaagse intense kontak tussen regsgenote in die tegnologiese massa-samelewing talle aantastings van die regsgoedere meebring wat selfs in die afwesigheid van erkende regverdigingsgronde nie as onregmatig aangemerkt kan word nie. Byvoorbeeld: 'n vuurwapen is 'n tipiese middel by misdadadpleging; die vervaardiging van 'n vuurwapen wat as middel by 'n moordgeval gebruik word, kan tog nie as onregmatig bestempel word nie.⁴⁷ Die leemte van die tradisionele onregmatigheidsmaatstaf is uitgewis deur na analogie van die Anglo-Amerikaanse „duty of care“-leerstuk⁴⁸ 'n sisteem van sogenaamde „Verkehrspflichten“ uit te bou.⁴⁹ 'n Handeling is hiervolgens slegs onregmatig indien daar benewens die aantasting van regsgoedere ook die nie-nakoming van 'n verkeersplig was.⁵⁰ Die inhoud van hierdie sogenaamde verkeerspligte is die tref van die maatreëls en inagneming van die sorgvuldigheid wat die omstandighede van die betrokke geval redelikerwys vereis; dit is dus in beginsel 'n plig om redelike sorgsaamheid aan die dag te lê.⁵¹

In die Duitse positiewe reg word die aanspreeklikheid al dan nie van 'n vervaardiger van 'n defekte produk op die basis van die sogenaamde verkeersplig beoordeel.⁵²

In beginsel word aanvaar dat die grondslag van aanspreeklikheid weens die nie-nakoming van 'n verkeersplig die skuld, en wel nalatigheid, van die verweerder is.⁵³ Die regspraak het egter in talle gevalle juis die verkeersplig-idee aangegryp om die skuldgrondslag van die Duitse skadevergoedingsreg in sekere gevalle te omseil.⁵⁴ Dit is be-

⁴⁵Esser *Schuldrecht* 1969 bd II 395-396; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* 1964 bd II 399 e.v.

⁴⁶Von Cämmerer „Wandlungen des Deliktsrechts“ *DJT-Festschrift* 1960 bd II 49 71-81; Esser a.w. 395-396; Larenz *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht* 1965 169 e.v.

⁴⁷Von Cämmerer a.w. 77; Esser a.w. 412-413.

⁴⁸Von Cämmerer a.w. 81.

⁴⁹Hofacker *Die Verkehrssicherungspflichten* 1929; von Cämmerer a.w. 71 e.v.; Esser a.w. 412 e.v.

⁵⁰Larenz *Rechtswidrigkeit* 171.

⁵¹Von Cämmerer a.w. 71-81; Esser a.w. 412 e.v.

⁵²Esser a.w. 414 418-420; Lorenz 60 e.v.

⁵³Esser a.w. 413.

⁵⁴Sien by Esser *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung* 1941 hoofstuk I.

werkstellig deur in sulke gevalle eenvoudig op grond van 'n *ex post facto*-beoordeling van 'n ongeval-situasie te aanvaar dat die dader die plig gehad het om die voorsorgmaatreëls te tref wat die ongeval sou voorkom het. Die verkeersplig-metode om aanspreeklikheid te grondves kan dus ligtelik berus op die eis van 'n onrealisties hoë mate van sorgvuldigheid—die mate van sorg wat nodig is om die ongeval te voorkom! Nie 'n redelike mate van sorg word vereis nie, maar wel absolute, skade-voorkomende voorsorg. Die resultaat is 'n verdoeseling van die skuldvereiste.⁵⁵

Ook in die geval van die aanspreeklikheid van die vervaardiger is daar aanduidings van 'n ontwyking van die prinsipiële skuldgrondslag van aanspreeklikheid op grond van nie-nakoming van 'n verkeersplig.⁵⁶ Terwyl die Engelse reg in die proses is om die skuldgrondslag van die vervaardiger se aanspreeklikheid te versaak, het die Duitse reg ook reeds deur die aangryping van die verkeersplig as grondslag van aanspreeklikheid die geleentheid geskep vir 'n afwatering van die skuld-beginsel.

Die ontwikkeling van die beginsel van produkte-aanspreeklikheid in die Amerikaanse reg is besonder interessant en insiggewend.⁵⁷ Aanvanklik het die „privity”-leerstuk, soos geïnterpreteer in die *Winterbottom*-saak, 'n remmende invloed uitgeoefen op die erkenning van die beginsel van produkte-aanspreeklikheid. In 1916 het regter Cardozo in sy beroemde uitspraak in *MacPherson v Buick Motor Co*⁵⁸ die beginsel van produkte-aanspreeklikheid gesaghebbend soos volg geformuleer:

„If the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger. Its nature gives warning of the consequences to be expected. If to the element of danger there is added knowledge that the thing will be used by persons other than the purchaser and used without tests, irrespective of contract, the manufacturer of this thing of danger is under a duty to make it carefully.”

Die grondslag van die aanspreeklikheid van 'n vervaardiger is dus sy nalatigheid. Hierdie beginsel is mettertyd in Amerika allerweë aanvaar.

Die skuldgrondslag vir produkte-aanspreeklikheid is reeds vroeg as ontoereikend beskou. Die resultaat was 'n progressiewe ondergraving van die skuldgrondslag en 'n onstuitbare ontwikkeling van 'n risiko-grondslag vir produkte-aanspreeklikheid. Die geskiedenis van

⁵⁵Zweigert-Kötz *Einführung in der Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* 1969 bd II 372 skryf soos volg: „In manchen Fällen hat die Rechtsprechung auf diesem Wege dem Schädiger eine so extreme ‚Sorgfalt‘ abverlangt, dasz eine nennenswerter Unterschied zur Haftung ohne Verschulden kaum mehr festzustellen ist.”

⁵⁶Vgl die gevalle wat Lorenz aw bespreek.

⁵⁷Sien oor die algemeen Prosser *Law of Torts* 1971 641 e.v.

⁵⁸1916 217 NY 382, 11 NE 1050.

die ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in die Amerikaanse reg is by uitstek die uitbeelding van die verval van die skuldgrondslag by deliktuele aanspreeklikheid en die opkoms van die risiko-basis vir aanspreeklikheid. Sedert 1905 het die Amerikaanse reg, gerugsteun deur die meeste skrywers,⁵⁹ betreklik snel en ongehinderd in die rigting van 'n risiko-aanspreeklikheid beweeg. Die middel ter verwesenliking van die doel om 'n risiko-grondslag te skep, was die tipies kontrakteregtelike figuur van die waarborg („warranty”): waar 'n vervaardiger uitdruklik of stilswyend voorstellings maak aangaande die gehalte en geskiktheid van sy produk is hy in geval van defekte aanspreeklik gehou op grond van waarborgbreuk of wanvoorstelling.⁶⁰ Skuld het hier geen rol gespeel nie.

Die tekortkominge van hierdie moontlike grondslae van aanspreeklikheid is voor die hand liggend. Veral in die geval van uitdruklike voorstellings kry 'n mens die indruk dat daar gepoog word om 'n kontraktuele waarborg tussen die vervaardiger en die verbruiker te konstrueer. Dit blyk uit die feit dat die verbruiker slegs op grond van waarborgbreuk kan ageer as 'n positiewe duidelike waarborg teenoor die publiek gemaak is, as hy inderdaad kennis daarvan gehad het en daarop staatgemaak het. Dit is nie onmoontlik dat 'n kontraktuele waarborg tussen die vervaardiger en die verbruiker kan bestaan nie. Waar die vervaardiger se produk vergesel gaan van 'n duidelike waarborg en die verbruiker-koper dit as aanbod aanvaar, kom 'n kontrak tot stand. In die praktyk bied hierdie sogenaamde waarborge egter weinig beskerming omrede die inhoud daarvan meestal te vaag is om die basis van 'n geldige kontrak te vorm, of omrede die vervaardiger se verpligtings te streng gekwalifiseer word.⁶¹ Die meeste voorstellings van vervaardigers aangaande hulle produkte is nie regtens relevante voorstellings nie, maar blote advertensie-opvyseling. In die geval van stilswyende waarborge het die Amerikaanse reg die gedagte van 'n kontraktuele band tussen die vervaardiger en die verbruiker laat links lê. Daar word net eenvoudig aanvaar dat die verbruiker *ex lege* die bevoegdheid verkry om hom teenoor die vervaardiger op sy waarborg te beroep.⁶²

Aanvanklik is 'n strikte aanspreeklikheid op grond van 'n „implied warranty” slegs in die geval van voedsel en drank, bestem vir menslike gebruik, aanvaar.⁶³ In die vyftigerjare het Amerikaanse

⁵⁹James “Products Liability” 1955 *Tex LR* 192; Noel “Manufacturers of Products - The Drift toward Strict Liability” 1957 *Tenn LR* 963; Prosser “The Assault upon the Citadel” 1960 *Yale LJ* 1099.

⁶⁰Prosser a w 651 ev.

⁶¹Vgl Borrie & Diamond *The Consumer, Society and the Law* 1964 97-103.

⁶²Prosser a w 654.

⁶³*Mazetti v Armour & Co* 1913 75 Wash 622 133 P 633; *Jackson Coca-Cola Bottling Co v Chapman* 1914 106 Miss 864, 64 So 791.

howe begin om ook in die geval van produkte wat bestem is vir in-tieme liggaamlike gebruik (bv haarkleursel,⁶⁴ seep,⁶⁵ wasmiddels,⁶⁶ klere,⁶⁷ ens) 'n risiko-aanspreeklikheid op die basis van „breach of warranty” in te voer. In 1958 het die wal onder die druk van die vloed gebreek en is beslis dat die vervaardiger van enige produk in beginsel op grond van waarborgbreuk teenoor die verbruiker aanspreeklik kan wees.⁶⁸

Die Amerikaanse reg aangaande produkte-aanspreeklikheid het tans die stadium bereik van verwerping van die middel wat gebruik is om 'n bepaalde doel te bereik. Die „warranty”-grondslag vir die ontwikkeling en uitbreiding van produkte-aanspreeklikheid was slegs 'n dekmantel waaronder die aanspreeklikheid op 'n risiko-grondslag geplaas is. Die „warranty” as uitgediende middel en dekmantel het tans 'n hinderlike en belemmerende historiese anomalie geword. Die kontrakteregtelike konnotasies van die begrip skep verwarring en onnodige komplikasies.⁶⁹ Reeds in 1960 propageer professor Prosser dat die risiko-grondslag, vry van die „warranty”-konstruksie, erken moet word.⁷⁰ Hy verklaar:

„All this is pernicious and unnecessary. No one doubts that, unless there is privity, liability to the consumer must be in tort and not in contract. There is no need to borrow a concept from the contract law of sales; and it is 'only by some violent pounding and twisting' that 'warranty' can be made to serve the purpose at all. Why talk of it? If there is to be strict liability in tort, let there be strict liability in tort, declared outright, without illusory contract mask.”⁷¹

In verskeie uitsprake het die Amerikaanse howe sedertdien, veral op grond van die *Restatement* se formulering van die beginsel van produkte-

⁶⁴*Graham v Bottenfield's Inc* 1954 176 Kans 68, 269 P 2d 413.

⁶⁵*Kruper v Procter & Gamble Co* 1953 Ohio App, 113 Ne 2d 605.

⁶⁶*Hamon v Digliani* 1961 148 Conn 710, 174 a 2d 294.

⁶⁷*Brown v Chapman* 9 Cir 1962, 304 F 2d 149.

⁶⁸*Spence v Three Rivers Builders and Masonry Supply* 1958 353 Mich 120, 90 NW 2d 873; *Henningsen v Bloomfield Motors Inc* 1960 32 NJ 358, 161 A 2d 69; Prosser „The Fall of the Citadel” 1966 *Minn LR* 791.

⁶⁹Prosser a w 655-656.

⁷⁰Prosser „The Assault upon the Citadel” 1960 *Yale LJ* 1099.

⁷¹In die *Second Restatement of Torts* 1965 word die beginsel van produkte-aanspreeklikheid sonder enige verwysing na „warranty” of „misrepresentation” geformuleer (a 402A): „(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold. (2) The rule stated in subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.”

aanspreeklikheid sonder enige verwysing na „warranty,” begin om hulle uitsprake suiwer op ’n risiko-grondslag te baseer.⁷² In die betreklike kort tydsbestek van vier-vyf dekades is die skuldgrondslag van produkte-aanspreeklikheid, soos in 1916 in die *MacPherson*-uitspraak gevestig, verwerp ten gunste van die risiko-beginsel as grondslag van skuldlose deliktuele aanspreeklikheid.

Die verskyningsvorme van skadeberokkening in die moderne tegnologiese wêreld het die tradisionele dogmatiek aangaande die onregmatige daad aan ’n geweldige vuurproef en spanning onderwerp. Vanuit dogmatiese oogpunt is die kernprobleem die vraag of die geïkte teoretiese grondslae van deliktuele aanspreeklikheid toereikend is om die nuwe verskyningsvorme van ongevalle op sosiaal adekwate wyse te beheers en op te los. Die onsekerheid oor die teoretiese grondslag van die vervaardiger se juridiese verantwoordelikheid blyk o.a. uit die verskeidenheid van pogings om dit as ’n vorm van kontraktuele aanspreeklikheid te konstrueer.⁷³ Die volgende moontlikhede het al ter sprake gekom: die handelaar is by die verkoop van ’n produk aan ’n verbruiker die verteenwoordiger van die vervaardiger, of die handelaar verteenwoordig die verbruiker by die aankoop van sy produkte van die vervaardiger (in beide gevalle is daar dan ’n kontrak tussen die vervaardiger en verbruiker); die kontrak tussen die vervaardiger en die handelaar is een ten behoeve van ’n derde, nl die verbruiker; die kontrak tussen die vervaardiger en die handelaar het beskermingswerking ten gunste van die verbruiker; daar ontstaan *ex lege* ’n waarborgkontrak tussen vervaardiger en verbruiker, ens. Al hierdie pogings om een of ander vorm van kontraktuele band tussen die vervaardiger en verbruiker te konstrueer, is onhoudbaar. Hulle verteenwoordig almal patente fingerings van kontraktuele bindinge wat nie deur die betrokke partye beoog of gewil is nie.⁷⁴

Daar bestaan myns insiens geen twyfel dat die aanspreeklikheid van die vervaardiger teenoor die verbruiker deliktueel van aard is nie.⁷⁵ Die primêre element om deliktuele aanspreeklikheid te konstitueer is die aanwesigheid van ’n *onregmatige handeling*. Is hierdie element teenwoordig in die tipiese geval van sogenaamde produkte-aanspreeklikheid?

⁷²*Greenman v Yuba Power Products, Inc* 59 Cal 2d 57, 27 Cal Rep 697, 377 p 2d 897; vgl sake waarna Prosser a w 657-658 verwys.

⁷³Vgl oor die algemeen Lorenz a w 60 e v; Prosser a w 654; Simitis *Grundfragen der Produzentenhaftung* 1965 27-48.

⁷⁴Vgl Simitis a w 27-48.

⁷⁵Simitis a w 49-66, 71 e v; sien egter Diederichsen *Die Haftung des Warenherstellers* 1967 47 e v. Larenz *Rechtswidrigkeit* 181-183; Welzel *Das deutsche Strafrecht* 1965 35 e v; sien ook die verskillende teorieë oor die aard van die juridiese handeling Wolf „Die Lehre von der Handlung” 1970 *Archiv für die civilistische Praxis* 181.

Om hierdie vraag te kan beantwoord, moet ons eers 'n duidelike omskrywing van 'n handeling gee. Volgens die tradisionele handelingsbegrip (die sogenaamde kousale handelingsbegrip) is 'n handeling die veroorsaking van 'n gevolg deur 'n willekeurige menslike gedraging.⁷⁶ Hierdie handelingsbegrip dra 'n sterk individualistiese stempel; dit is gegrondves in die wilsvermoë van die individuele mens. In die moderne geïndustrialiseerde wêreld met sy gekompliseerde tegnologiese prosesse het die persoonlike handeling, die menslike hand, verdwyn. Outomatisasie, meedoënlose repetisie-arbeid, kollektiewe deelname, en passiewe beheer in plaas van aktiewe doen in die moderne produksieproses het twyfel laat ontstaan aan die toepaslikheid en relevansie van die individualistiese handelingsbegrip.⁷⁷

Ek kan my nie vereenselwig met die standpunt dat die tegnologiese proses die menslike handeling vervang het nie.⁷⁸ In 'n tegnologies onontwikkelde gemeenskap is die menslike handeling besonder „sigbaar;” die menslike hand moet met die minimum aan middels en instrumente die sosiaal wenslike en noodsaaklike aktief verrig. So bv moet die pottebakker of wa-maker „eiehandig” werk. In die moderne tegnologies gekompliseerde grootbedryf het die menslike handeling net minder „sigbaar” geword. Dit vervul nog steeds die rigtinggewende funksie van beplanning, oprigting, installasie, inwerkingstel, organisasie, toesig, beheer, ens in die tegnologiese produksieproses. Agter die tegnologies-meganiese proses staan nog steeds die mens, hetsy in die kollektiewe sin (bv in die geval van 'n maatskappy) of in die individuele sin (bv die eenman-onderneming), as die beheerder van die produksieproses. Die handeling is dus geleë in die produksieproses as sosiaal-tegniese gebeure. Individuele bydrae en tegnologiese middel, saamgesnoer en gekoördineer in die uitvoering van 'n gesamentlike proses, konstitueer *produksie* as juridiese handeling.⁷⁹

Wanneer is die produksie-handeling van die vervaardiger onregmatig?

Oor die dogmatiese grondslae van die onregmatigheidselement loop die menings wyd uiteen.⁸⁰ Volgens die tradisionele onregmatig-

⁷⁶Lorenz a w 376 e v; Larenz *Rechtswidrigkeit* 181-183; Welzel *Das deutsche Strafrecht* 1965 35 e v; sien ook die verskillende teorieë oor die aard van die jnriidiese handeling Wolf „Die Lehre von der Handlung” 1970 *Archiv für die civilistische Praxis* 181.

⁷⁷Vgl Diederichsen a w 49 e v.

⁷⁸Vgl byvoorbeeld Diederichsen a w 51 se mening; „Von der Idee über den Plan bis zum Absatzfähigen Produkt ist die Arbeit überhaupt nur noch das Werk von Maschinen.”

⁷⁹Simitis a w 72.

⁸⁰Sedert die beroemde uitspraak van BGH in 1956 (BGHZ 24 21) waarin beslis is dat 'n persoon nie onregmatig handel nie as hy die vereiste sorgvuldigheid aan die dag lê, dws „verkehrsrichtig” optree, is die tradisionele onregmatigheids-

heidsleer word beweer dat enige aantasting van regsgoedere (regs-objekte of regtens beskernde belange) in die afwesigheid van 'n erkende regverdigingsgrond onregmatig is. Die teenstanders van die tradisionele leer is van mening dat die blote aantasting van regsgoedere, gevolgsveroorsaking dus, in beginsel nie genoegsame grond bied om 'n onregmatigheidsoordeel te regverdig nie. Benewens die feitlike aantasting van 'n regsgoed word die nie-nakoming van 'n plig of norm om redelike sorg aan die dag te lê, vereis.⁸¹ Dit kom dus daarop neer dat 'n handeling nie slegs met verwysing na sy gevolge as onregmatig bestempel kan word nie, maar dat die handeling self normstrydig moet wees. Die hoofargument van die voorstanders van die nuwe leer is dat die reg bepaalde handelinge en nie slegs die veroorsaking van gevolge nie verbied; 'n „blinde” kousale proses alleen kan nie sinvol deur die reg verbied word nie. Die reg kan slegs die aantasting van regsgoedere verbied as dit voortvloei uit 'n normskendende optrede. 'n Aantasting van regsgoedere deur 'n handeling wat sorgvuldig, sosiaal adekwaat, of „verkeersrichtig” is, dws in ooreenstemming met 'n plig om redelike sorg te dra, is altyd regmatig.⁸²

Die wese van die stryd tussen die voorstanders van die onderskeie lere word aanskoulik uitgebeeld op die terrein van produkte-aanspreeklikheid. Volgens die ou leer word beweer dat die berokkening van skade aan 'n verbruiker deur middel van 'n produk, defektief of nie, in beginsel onregmatig is. Hiervolgens is byvoorbeeld die handeling van die vervaardiger van 'n nie-defekte haarbleikmiddel onregmatig indien die verbruiker se hare desondanks weens die gebruik van die middel uitval;⁸³ in die afwesigheid van 'n erkende regverdigingsgrond het die handeling van die vervaardiger die verbruiker se regsgoed aangetas.⁸⁴ Volgens die kritici van die tradisionele leer is die onregmatigheidsoordeel in so 'n geval onsinnig. Die handeling van die vervaardiger kan eers as onregmatig bestempel word as 'n sorgvuldigheds- of verkeersplig, gekonkretiseer vanuit die betrokke situasie, geskend is.

Ek vind die nuwe leer onaanneemlik, veral op grond daarvan dat

leer aan skerp kritiek onderwerp (sien veral Wiethölter *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens* 1960; Von Cämmerer a.w.; Nipperdey „Rechtswidrigkeit, Socialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht” 1957 *NJW* 1777; Welzel *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* 1961; Welzel *Das neue Bild des Strafrechtssystems* 1961; Larenz *Rechtswidrigkeit* 1965.

⁸¹„Unvorsätzliche Rechtsgutverletzungen sind daher nur rechtswidrig, wenn die ‘im Verkehr erforderliche Sorgfalt’ ausser acht gelassen, dh (objektiv) fahrlässig gehandelt worden ist” (Enneccerus-Nipperdey *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* 1960 II 1295-1296).

⁸²Enneccerus-Nipperdey a.w 1294 e.v.

⁸³Vgl Lorenz a.w 63.

⁸⁴Die voorstanders van die nuwe leer ontken die moontlikheid dat 'n kousale verband in sulke gevalle kan ontbreek (Lorenz a.w 63; von Cämmerer a.w 75-77).

dit gebaseer is op 'n verwarring van die onregmatigheids- en skuld-elemente van die onregmatige daad.⁸⁵ Die oënskynlike ongeskiktheid van die tradisionele leer om die nuwe situasies sinvol te beheers, vloei myns insiens voort uit 'n verkeerde siening van die grondslae van die leer. Die tradisionele leer impliseer myns insiens geensins dat enige aantasting van regsgoed in die afwesigheid van 'n erkende regverdigingsgrond onregmatig is nie. Hierdie interpretasie hou nie rekening nie met die feit dat die sogenaamde erkende of uitgekristalliseerde regverdigingsgronde (noodweer, noodtoestand, toestemming, ens) slegs voorbeelde is van praktiese omstandighede wat dui op die regmatigheid van 'n handeling. In beginsel geniet sulke regverdigingsgronde geen selfstandige bestaan nie; hulle is praktiese uitvloeiels van 'n breër beginsel, nl dat die aantasting van 'n regsgoed regmatig is as dit volgens gemeenskapsoortuiging (die *boni mores*) geoorloof is. Die *boni mores* is as aanvullende kriterium by die onregmatigheidsoordeel 'n soepele en aanpasbare maatstaf ter bepaling van die geoorloofdheid al dan nie van die aantasting van 'n regsgoed. Indien 'n mens, soos die teenstanders van die ou leer, die erkende regverdigingsgronde oorbeklemtoon, raak die grondslag en ontstaansbron van hierdie gronde, die *boni mores*-beginsel, in die agtergrond, en word die indruk geskep dat die tradisionele leer onmagtig is om hom by veranderde omstandighede aan te pas. Die tradisionele leer, gebaseer op die twee pole van aantasting van 'n regsgoed en die gemeenskapstrydige van die aantasting (*contra bonos mores*), is in staat om 'n sinvolle oordeel in die nuwe tegnologiese wêreld te bewerkstellig.

By die bepaling van die regmatigheid al dan nie van 'n vervaardiger se handeling in geval van skadeberokkening deur middel van sy produk is dit duidelik dat, by 'n afweging van die onderskeie belange van vervaardiger, verbruiker en gemeenskap, die defekte aard van 'n skadestigtende produk 'n prakties deurslaggewende faktor is. In beginsel is skadeberokkening deur 'n defektiewe, in teenstelling tot nie-defekte, produk onregmatig. Waar deur middel van 'n nie-defekte produk skade berokken word, is die handeling van die vervaardiger, synde sosiaal adekwaat ooreenkomstig die gemeenskapsoortuiging, nie onregmatig nie. 'n Defek van die een of ander aard is dus 'n noodsaaklike vereiste vir die bestaan van 'n onregmatige handeling aan die kant van die vervaardiger.⁸⁶

Wat 'n defek is, sal van geval tot geval op grond van gemeenskapsgevoel, -oortuiging en -ervaring vasgestel moet word. In hierdie

⁸⁵Vir die doeleindes van hierdie referaat bespreek ek nie die meriete van die onderskeie opvattinge verder nie.

⁸⁶Vgl Prosser a.w. 659 - „There must, however, be something wrong with the product which makes it unreasonably dangerous to those who come in contact with it.” Ook in die *Second Restatement (Torts)* (402 A) vind 'n mens die verdere kwalifikasie van 'n defek as „unreasonably dangerous.”

verband kan 'n mens uiteraard nie skerp omlynde maatstawwe formuleer nie. 'n Belangrike faktor behoort egter die redelike verwagtinge van die gewone verbruiker van 'n produk te wees.⁸⁷ Op hierdie basis kan 'n mens byvoorbeeld sê dat 'n visgraat in bevrore vis, of die „gevaar” van brandewyn, of die „gevaar” van sigarette nie kwalifiseer as defekte nie. Tot welke mate die kwalifikasie van 'n gebrek as defek afhang van die redelike verwagting van die gemeenskap op 'n bepaalde tydstip blyk ook uit die huidige onsekerheid in die Amerikaanse reg oor die vraag of 'n motor wat nie „crashworthy” ontwerp en gebou is nie, defektief is.⁸⁸ 'n Motor is sogenaamd „crashworthy” as 'n „second collision,” dws besering van die passasiers deur kontak met dele van die motor na 'n ongeluk, uitgeskakel word. In die meeste gevalle is 'n gebrek aan „crashworthiness” nie as 'n defek beskou nie, maar in enkele uitsprake wel. In 'n snelontwikkelende bedryf, soos die motorbedryf, sal die grenslyne tussen 'n defektiewe en 'n nie-defekte produk vloeibaar bly en sal elke geval volgens eie meriete beoordeel moet word. By die bepaling van wat as defek kwalifiseer, moet die stand van menslike wetenskap en tegniek en die noodsaaklikheid van eksperimentering nie uit die oog verloor word nie. Baie menslike produkte is eenvoudig op 'n bepaalde tydstip onvermydelik gevaarlik, byvoorbeeld nuwe verdowingsmiddels met onsekere by-effekte.⁸⁹ Benewens fisiese gebreke kan ook gebreke in die ontwerp van 'n produk of gebrekkige waarskuwings of instruksies as defekte beskou word.⁹⁰

Die vraag of die aanspreeklikheid van die vervaardiger op die skuld- of die risiko-beginsel gebaseer moet word, is van wesenlike belang. In die meeste regstelsels is dit aanvanklik op die skuldgrondslag gefundeer. Daar is egter 'n feitlik universele tendens om *via* verskeie metodes die skuldgrondslag ten gunste van die risiko-beginsel te versaak.⁹¹ Die skuldgrondslag word op grond van die feit dat skuld by die produksie-proses dikwels net nie aanwesig is nie en op grond van die bewysnood van 'n benadeelde as ontoereikend en onprakties beskou. Die benadeling is eerder die onvermydelike gevolg van die inherente benadelingspotensiaal van die tegnologiese proses.⁹² Selfs waar skuld aan die kant van die vervaardiger aanwesig is, is dit uiters moeilik om te bewys. Die rede hiervoor is veral dat die sigbare oorsaak in die hoogs geïndustrialiseerde samelewing skynbaar vervang is

⁸⁷Sien oor die algemeen Traynor „The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability” 1965 *Tenn LR* 363; Freedman „'Defect' in the Product: The Necessary Basis for Products Liability” 1966 *Tenn LR* 323; Keeton „Products Liability: Liability without Fault and the Requirement of a Defect” 1964 *Tex LR* 855.

⁸⁸Prosser a w 646 e.v.

⁸⁹Prosser a w 660-661.

⁹⁰Prosser a w 644-649.

⁹¹Vgl Fleming a w 474.

⁹²Van der Walt a w 12; Lorenz a w 59; Diederichsen a w 53-54.

deur „anonieme” oorsake wat hulle oorsprong het in die gekompliseerde en ontoeganklike aktiwiteitsfeer van die ondernemer.⁹³

Aan die ander kant is die klassieke regverdiging van skuldlose aanspreeklikheid nie van toepassing in die geval van produkte-aanspreeklikheid nie. Risiko- of skuldlose aanspreeklikheid word in beginsel geknoop aan skade wat voortvloei uit die beheer van ’n bedryf of saak wat normaalweg ’n eensydige verhoging van die risiko van benadeling skep; dit gaan oor die tipiese risiko’s wat normaalweg verbonde is aan ’n gevaarlike onderneming.⁹⁴ In die geval van die produksie en bemarking van verbruikersgoedere kan daar, ten spyte van die feit dat defekte produkte voorkom, nie sprake wees van die skepping van ’n normale potensiële bron van gevaar nie. Die produksieproses konstitueer as sodanig normaalweg nie ’n buitengewone en tipiese risiko van benadeling vir die verbruiker nie.⁹⁵

Die aanvaarding van ’n skuldlose aanspreeklikheid in geval van produkte-aanspreeklikheid kan deur verskeie ander faktore geregverdig word: die openbare belang in die fisies-psigiese welsyn van die mens vereis die hoogste mate van beskerming teen defektiewe verbruikersgoed; die vervaardiger skep deur sy bemarking en advertensie die vertroue by die publiek dat sy produk veilig is; die strenge aanspreeklikheid dien as aansporing om die uiterste mate van sorg aan die dag te lê; die vervaardiger is, vanuit ekonomiese oogpunt gesien, die beste in staat om die skadelas te absorbeer en te versprei deur prysverhoging en versekering.⁹⁶

Die besondere sosiaal-ekonomiese verhouding tussen die vervaardiger en die verbruiker en die tipiese aard van die skadeberokkeningsituasie bied enkele aanknopingspunte vir die ontstaan en ontwikkeling van prinsipiële aanspreeklikheidsbeperkende kriteria.

Die eerste vrae wat ontstaan, vir so ver dit aanspreeklikheidsbeperking betref, is of die vervaardiger in beginsel slegs teenoor die uiteindelige *koper-verbruiker* van sy produk aanspreeklik is, en of die vervaardiger slegs aanspreeklik is vir skade wat voortvloei uit die *gebruik* van sy produk.

Alhoewel die *ratio decidendi* van die *MacPherson*-uitspraak⁹⁷ die beginsel van produkte-aanspreeklikheid skynbaar tot die koper-verbruiker beperk het, het die *Donoghue*-saak⁹⁸ die beginsel uitgebrei tot

⁹³Josserand *Cours de Droit Civil Positif Français* 1933 213-215.

⁹⁴Kötz „Haftung für besondere Gefahr” 1970 *Archiv für die civilistische Praxis* 1 24-26; Larenz a w 455-458.

⁹⁵Diederichsen a w 194-204; Fleming a w 474.

⁹⁶Vgl Prosser a w 650-651; Fleming a w 474; Hannak *Die Verteilung der Schäden aus gefährlicher Kraft* 1960.

⁹⁷*supra*.

⁹⁸*supra*.

blote verbruikers. Daar bestaan, in die lig van die sosiaal-ekonomiese funksie van die beginsel van produkte-aanspreeklikheid om die publiek teen defekte produkte te beskerm, geen rede om die aanspreeklikheid tot 'n uiteindelijke koper van die produk te beperk nie. Dit sou 'n onverantwoordbare terugtred wees na die verwerplike gedagte dat die grondslag van die vervaardiger se aanspreeklikheid geleë is in een of ander verskyningsvorm van kontraktuele band met die benadeelde. In sowel die Engelse as die Amerikaanse reg word die aanspreeklikheid nie beperk tot die uiteindelijke koper nie; die vervaardiger is in beginsel aanspreeklik teenoor enigiemand wat redelikerwys geag word binne trefafstand van die nadelige effekte van 'n defekte produk te wees.⁹⁹ Op grond van dieselfde oorwegings word aanspreeklikheid nie beperk tot persone wat deur die gebruik van 'n produk benadeel is nie.¹⁰⁰ Daar bestaan dus geen rede waarom die gebruiker van 'n produk wat 'n ander gekoop het (bv die persoon wat beseer word deur die defekte grassnyer wat hy van sy buurman geleen het), of selfs 'n persoon wat nie eens die produk hanteer nie (bv die voetganger wat deur 'n defekte motor aangery word),¹⁰¹ nie met sukses behoort te kan eis nie. Die enigste beperking op aanspreeklikheid is geleë in die soepele maatstaf dat dit redelikerwys te verwagte moet gewees het dat die betrokke benadeelde deur 'n defekte produk benadeel sou kon word. Die begrip „vervaardiger” hoef ook nie beperk te word tot die oorspronklike produsent van 'n produk nie. Vir die doeleindes van produkte-aanspreeklikheid behoort enige persoon wat deur sy optrede ten aansien van 'n produk 'n defek skep, as „vervaardiger” aanspreeklik gehou te kan word.¹⁰² In navolging van die Anglo-Amerikaanse reg in hierdie verband behoort dus byvoorbeeld ook die hersteller, oprigter, „assembler,” produsent van 'n deel van 'n samegestelde produk, ens in beginsel aanspreeklik gehou te kan word.¹⁰³ Dit is egter belangrik om op die grondslag van die *rationes* vir die beginsel van produkte-aanspreeklikheid - nl o.a vertroueskepping by die publiek deur 'n onderneming, verspreiding van die skadelas deur die ekonomies kragtige nywerheid, ens - die ekstensiewe interpretasie van die begrip „vervaardiger” te beperk tot persone of ondernemings wat sake doen in die voorsiening van 'n betrokke produk.¹⁰⁴ Die huisvrou wat by geleentheid 'n flessie tuisgemaakte konfyt aan 'n buurvrou skenk, of die agterplaas-werktuigkundige wat sy motor herstel en verkoop, is dus in beginsel nie vervaardiger nie.

⁹⁹Fleming a w 479; Prosser a w 662 e v; *Second Restatement (Torts)* 395.

¹⁰⁰Prosser a w 662 e v.

¹⁰¹Vgl *Elmore v American Motors Corp* 1969 70 Cal 2d 578, 75 Cal Rep 562.

¹⁰²Vgl Winfield-Jolowicz-Lewis *On Tort* 1967 219.

¹⁰³Vgl Prosser a w 663-665; Salmond-Heuston a w 393-394.

¹⁰⁴Vgl *Second Restatement (Torts)* 402A.

Die aanspreeklikheid behoort verder beperk te word tot skade wat voortvloei uit 'n normale en nie-nalatige gebruik van 'n produk. Die normale gebruik van 'n produk veronderstel dat dit sonder wesentlike verandering en ooreenkomstig die sosiale gebruiksdoel aangewend word.¹⁰⁵ 'n Verbruiker wat tandepasta eet of 'n drukvaste houër gebruik om 'n tuisgemaakte apparaat te maak, kan dus nie die vervaardiger in geval van skade aanspreeklik hou nie.

'n Prinsipiële belangrike vraag is of die aanspreeklikheid van die vervaardiger beperk moet word tot vermoënskade voortvloeiend uit die aantasting van 'n saak (of die menslike liggaam), in teenstelling tot suiwer ekonomiese of finansiële verlies.

In die Anglo-Amerikaanse reg word die aanspreeklikheid in beginsel beperk tot „injury to life and property.”¹⁰⁶ Hierdie beperking op die aanspreeklikheid is eie aan die Engelsregtelike leerstuk van „duty of care.” Die historiese grondrede vir die beperking van aanspreeklikheid tot saak- en persoonsskade is die ou spook van die deliktereg nl die vrees vir 'n oewerlose aanspreeklikheid.¹⁰⁷ In die bekende uitspraak in *Hedley Byrne v Heller*,¹⁰⁸ wat oor aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling gehandel het, het die geldigheid van die onderskeiding tussen die betrokke twee verskyningsvorms van skade 'n knou gekry.¹⁰⁹ Die „House of Lords” het, veral by monde van Lord Devlin, die beginsel van beperking van aanspreeklikheid tot saak- en persoonsskade verwerp. Lord Devlin verklaar o.a.:¹¹⁰

„The interposition of the physical injury is said to make a difference of principle. I can find neither logic nor common sense in this. . . . I am bound to say, my Lords, that I think this to be nonsense. It is not the sort of nonsense that can arise even in the best system of law out of the need to draw nice distinctions between borderline bases. It arises, if it is the law, simply out of a refusal to make sense. The line is not drawn on any intelligible principle.”¹¹¹

Die verwerping van die onderskeiding in een bepaalde „duty-situation” nl nalatige wanvoorstelling, het twyfel gewerp op die geldigheid van die onderskeiding in 'n ander „duty-situation,” nl produkte-aanspreeklikheid.¹¹² Uit veral vier uitsprake van die *Hedley*-saak blyk dat die

¹⁰⁵Vgl Prosser a w 667-671.

¹⁰⁶Prosser a w 665-667; Salmond-Heuston a w 399-400.

¹⁰⁷Vgl Fleming a w 172-175; Millner a w 35 e v.

¹⁰⁸1964 AC 465.

¹⁰⁹Fleming a w 174 praat van 'n „fatal blow;” Millner a w 41-42.

¹¹⁰Op bl 517 van die verslag.

¹¹¹Vgl ook Salmond-Heuston a w 16-17.

¹¹²Fleming a w 172-175; Salmond-Heuston 399. 'n Mens moet in gedagte hou dat die besondere „duty”-situasies maar slegs voorbeelde is van 'n algemene beginsel. „I content myself with pointing out that in English law there must be and is some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances” (Lord Atkin in *Donoghue supra*).

Engelse regspraak dit moeilik vind en uiters traag is om die ou tradisionele onderskeiding summier te versaak.¹¹³ Die aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies word eenvoudig uitgesluit deur 'n „duty” teenoor die betrokke eisers te ontken, deur die trefwydte van 'n „duty” teenoor 'n eiser te beperk tot ekonomiese verlies voortvloeiend uit een of ander vorm van saakbeskadiging, of deur eenvoudig ekonomiese verlies as „too remote” te bestempel.

In ons reg behoort die aanspreeklikheid van die vervaardiger nie op grond van die uitgediende arbitrêre onderskeiding tussen saakskade en ekonomiese verlies tot eersgenoemde beperk te word nie. Anders as in die Engelse reg is die onderskeiding in ons reg nie 'n fundamentele eienskap van die grondslae van ons reg aangaande die onregmatige daad nie.¹¹⁴ Die hele ontwikkeling van Aquiliese aanspreeklikheid vanaf die Romeinse reg tot hedendaags staan in die teken van uitbreiding van aanspreeklikheid. 'n Wesenskenmerk van die ontwikkeling is die uitbreiding van die Aquilies-beskermdelange. Oorspronklik word slegs sake teen direkte fisiese aantasting beskermd.¹¹⁵ Reeds in die Romeinse reg is daar aanduidings dat fisiese inwerking op 'n saak (*corpori*) nie noodwendig vereis word nie, maar dat enige aktiwiteit ten aansien van 'n saak waaruit skade voortvloei voldoende is.¹¹⁶ Die *damnum* van die *lex Aquilia* ontwikkel dus mettertyd die betekenis van vermoënsverlies en nie skade aan die saak self nie.¹¹⁷ In die Romeins-Hollandse reg het hierdie ontwikkeling sy eindpunt bereik: enige vermoënsverlies, ongeag die aantasting van 'n saak, was *ex lege Aquilia* verhaalbaar.¹¹⁸ In verskeie uitsprake het ons howe laat blyk dat suiwer vermoënsverlies, onafhanklik van 'n vorm van saakbeskadiging, *ex lege Aquilia* verhaalbaar is.¹¹⁹

¹¹³ *Weller & Co v Foot and Mouth Disease Research Institute* 1965 3 ALLER 560; *Electrochrome Ltd v Welsh Plastics Ltd* 1968 2 ALLER 205; *British Celanese Ltd v AH Hunt (Capacitors) Ltd* 1969 ALLER 1252; *SCM (UK) Ltd v Whittall & Son Ltd* 1970 ALLER 245.

¹¹⁴ *contra* McKerron *The Law of Delict* 1971 32-32; *Union Government v Ocean Accident & Guarantee Corporation Ltd supra* 586-587.

¹¹⁵ Van den Heever *Aquilian Damages in South-African Law* 1946 23 ev.

¹¹⁶ Lawson *Negligence in the Civil Law* 1962 27; Van den Heever *aw* 27-29.

¹¹⁷ Lawson *aw* 23; Daube „On the use of the term *Damnum*” *Studi in onore di Siro Solazzi* 1948 93.

¹¹⁸ „As a natural corollary to the rule that patrimonial loss was recovered, not damage in respect of lesion to a corporeal asset in the estate, the Roman requisite that there be damage to a corporeal asset - if only as a peg on which to hang the action - fell away” (Van den Heever *aw* 32); vgl *Cape of Good Hope Bank v Fischer* 4 SC 368 376; *Sandilands v Tompkins* 1912 AD 171.

¹¹⁹ *Matthews v Young* 1922 AD 492; *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151; *Fradd v Jacquelin* 3 NLR 144; *CCR v Notbling* 8 SC 25; *Bredell v Pienaar* 1924 CPD 203; *Van Zyl v African Theatres* 1931 CPD 61; *Marlton & Hotchin v Holmes* 1944 NPD 50; ook die *Herschel v Mrupe*-saak (*supra*) bevat geen prinsipiële ontkenning van aanspreeklikheid vir suiwer vermoënsverlies nie.

In die ontwikkeling van die beginsel van produkte-aanspreeklikheid behoort die beperking tot saak- en persoonskade van meet af aan verwerp te word as 'n historiese anomalie van die Anglo-Amerikaanse reg wat in 'n moderne regstelsel geen prinsipiële funksie kan vervul nie. Die verbruiker wat sy defekte motor laat repareer of die sakeman wat weens defekte apparaat winsverlies ly, behoort dus in beginsel die reparasiekoste of ekonomiese verlies te kan verhaal.

Ten slotte enkele verdere gedagtes oor die toekomstige ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg. Dit is duidelik dat die ontstaan en ontwikkeling van so 'n verskyningsvorm van deliktuele aanspreeklikheid onlosmaaklik verbonde is aan die industrieel-ekonomiese ontwikkeling in 'n gemeenskap. Die ontstaan en ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in die hoogsontwikkelde regstelsels van Engeland, Amerika en Duitsland toon ootseglik dat in die aanvangstadië van die industrialisasieproses die groots moontlike mate van ondernemersvryheid noodsaaklik is. Die reg as sosiaal-ekonomies gevoelige verskynsel beskerm en bevorder die ondernemersinisiatief deur aanspreeklikheid vir skade berokken deur middel van die produkte van ondernemings tot 'n minimum te beperk. Die klem val op die ondernemersbelang en wel ten koste van die verbruikersbelang. Die vordering in en sukses van die proses van industrialisasie word direk weerspieël in die toenemende mate van beskerming wat die verbruiker begin geniet. Die industrialisasieproses bring 'n klemverskuiwing mee: vanaf oorbeklemtoning van die ondernemersbelang na 'n toenemende erkenning van die verbruikersbelang. Op die stadium voordat die industrialisasieproses sy wasdom bereik, word die juridiese afweging van ondernemers- en verbruikersbelang myns insiens weerspieël in die fundering van die beginsel van produkte-aanspreeklikheid op die skuldgrondslag. Dit verleen aan die ondernemer nog 'n betreklike groot mate van vryheid, maar beskerm terselfdertyd die verbruiker in bepaalde omstandighede. Sodra die nywerheidsproses 'n stadium van betreklike voleinding en konsolidasie bereik het, vind ons 'n oorbeklemtoning van verbruikersbelang. Die verbysterend snelle ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in die Amerikaanse reg vanaf 'n skuld- na 'n risiko-aanspreeklikheid is 'n sprekende illustrasie van die swaai van die pendulum vanaf ondernemers- na verbruikersbelang. In die hoogs geïndustrialiseerde gemeenskap moet die ekonomiese kragtige vervaardigingssektor volle verantwoordelikheid vir sy defekte produkte dra; dit is vanuit ekonomiese oogpunt gesien by uitstek in staat „to pay its way.”

In die Suid-Afrikaanse ekonomie, met besondere verwysing na industriële ontwikkeling, het ons tans waarskynlik die stadium bereik dat nóg die ondernemers- nóg die verbruikersbelang oorbeklemtoning van regsweë vereis. Die liberalisties-individualistiese geesteklimaat en robuuste pioniersgees wat 'n jong ontwikkelende gemeenskap, soos

dié in Suid-Afrika, kenmerk, plaas noodwendig 'n premie op geesdrif en inisiatief. Daarteenoor staan die fundamentele gemeenskapsgevoel en -oortuiging dat individuele belange nie beskermingsloos gelaat mag word nie. Die aanvaarding van 'n skuldgrondslag vir produkte-aanspreeklikheid sal waarskynlik in die huidige stadium die behoefte aan die bevordering van ondernemersinisiatief en die beskerming van individuele of verbruikersbelange bevredig.

Weens die besondere situasie wat by produkte-aanspreeklikheid voorkom, skep die skuldgrondslag veral 'n bewysprobleem. Die defekte produk het sy oorsprong in die ontoeganklike en gekompliseerde aktiwiteitsfeer van die ondernemer. In hierdie omstandighede verkeer die benadeelde verbruiker in bewysnood: hoe kan hy een of ander nalatige optrede aan die verweerder se kant bewys? Die antwoord skyn voor die hand liggend te wees: die *res ipsa loquitur*-metode, wat tradisioneel slegs aanwending vind waar deur middel van 'n saak onder die beheer van 'n verweerder skade berokken word,¹²⁰ behoort desnieteenstaande tot die benadeelde verbruiker se beskikking gestel te word. Die effek van die toepassing van die metode is dat op grond van die blote bewys dat die skadestigtende gebeure 'n afleiding van nalatigheid teen die verweerder gemaak word, welke afleiding (of feitlike vermoede) 'n weerleggingslas op hom plaas. Indien die verweerder nie deur bevredigende getuienis die feitlike vermoede kan weêrlê nie, word die *prima facie*-bewys van nalatigheid wat *res ipsa loquitur* meebring as afdoende bewys van nalatigheid aanvaar. Alhoewel die las om nalatigheid te bewys nie na die verweerder verskuif word nie, word die bewysnood van die eiser gewoonlik verlig deur die verskuiwing van die weerleggingslas na die verweerder.¹²¹

Ten einde die *res ipsa loquitur*-metode in die geval van produkte-aanspreeklikheid in werking te stel, sal die eiser waarskynlik die volgende moet bewys: (a) benadeling deur middel van 'n defek in 'n produk en (b) dat die defek bestaan het ten tye van die beheer van die produk deur die verweerder.¹²²

Veral laasgenoemde skep probleme: die eiser moet bewys lewer dat nie sy eie of die optrede van 'n tussenpersoon (bv die handelaar) vir die skade verantwoordelik is nie. Indien die eiser daarin slaag om hom van hierdie moeilike inisiële bewyslas te kwy, ontstaan 'n feitlike vermoede van nalatigheid. Die las val dan op die verweerder om redelike sorgvuldigheid aan sy kant te bewys. In die praktyk het die werking van 'n vermoede van nalatigheid, afhangende van regsbeleid, een van

¹²⁰McKerron a w 42.

¹²¹Sien oor die algemeen Schmidt „Die Bewyslas” 1963 *THRHR* 165 259 269 e.v.

¹²²Prosser a w 671 e.v.

twee moontlike resultate;¹²³ òf die vermoede word prakties onweerlegbaar deurdat onmoontlik hoë weerleggingsvereistes gestel word, òf die verweerder kan die vermoede weens sy eksklusiewe toegang tot die bewysmateriaal betreklik maklik weerlê.

In die Amerikaanse reg skep die toepassing van die *res ipsa loquitur*-metode vir alle praktiese doeleindes 'n onweerlegbare vermoede van nalatigheid.¹²⁴ Op hierdie wyse is die leerstuk in die praktyk omskep tot 'n effektiewe instrument om op grond van beleidsoorwegings 'n risiko-aanspreeklikheid in te voer. Ook in die Engelse reg is daar 'n sterk tendens om die skuldgrondslag met behulp van die *res ipsa loquitur*-metode af te water.¹²⁵

Die ervaring met die toepassing van die *res ipsa loquitur*-metode dui op die nut daarvan as middel om op grond van wisselende beleidsoorwegings die belange van vervaardiger en verbruiker teenoor mekaar af te weeg. 'n Behoefte aan toenemende beskerming van verbruikersbelange word bevredig deur die vereistes ter weerlegging van die feitlike vermoede in die praktyk te verhoog; 'n behoefte aan beskerming van die ondernemersinisiatief word bevredig deur die betrokke vereistes te verslap. Die proses van verskerping en verslapping van die vereistes is eie aan 'n industrieel ontwikkelende ekonomie. Sodra die ontwikkeling 'n bepaalde stadium van gevorderdheid bereik het, en 'n industrieel konsoliderende proses begin, word die skuldgrondslag ook in beginsel ten gunste van die risiko-grondslag versaak. In die ekonomies kragtige en hoogs geïndustrialiseerde gemeenskap bring die uiterste beklemtoning van die verbruikersbelang mee dat produkte-aanspreeklikheid noodwendig op die risiko-grondslag gefundeer moet word.

Ek voorspel dat die ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg die volgende verloop sal neem: aanvaarding van die skuldbeginnsel as grondslag; die ondermyning van die skuldbeginnsel met behulp van die *res ipsa loquitur*-leerstuk; die aanvaarding van die risiko-beginsel as grondslag van die vervaardiger se aanspreeklikheid teenoor die verbruiker. Dit sal waarskynlik nog dekades duur voordat die ontwikkelingsproses laasgenoemde stadium, sy logiese eindpunt, bereik.

SUMMARY

Delictual liability of manufacturers

Modern mass production of consumer goods by means of complicated technological processes has, apart from its obvious benefits to mankind, also created

¹²³Van der Walt a w 14.

¹²⁴Prosser „*Res ipsa loquitur* in California,” *Selected Topics on the Law of Torts* 1953 302; Prosser a w 672.

¹²⁵Fleming a w 482-483.

as an inevitable by-product a new source of potential risk to man, viz the danger of damage caused by defective products. The legal protection afforded to a consumer by means of contractual and related remedies against the seller of the product is, especially with reference to consequential damage, limited and inadequate. Apart from this limited protection against a seller as a party to a contractual relationship, the steady expansion of units of production in South Africa will inevitably cause the *manufacturer* to come into the focus of the legal spotlight as a potential defendant. The almost universal dependence of the manufacturer on wholesalers and retailers for effective distribution of his products, coupled with his use of modern advertising methods, will contribute increasingly to his growing public image as the real source of the damage caused by defective products.

In the South African law of delict the question of products liability (liability of the manufacturer to the ultimate consumer for damage caused by a defective product) has not yet been subjected to any penetrating analysis, either in case-law or in academic literature. There is therefore no recognition of a doctrine of products liability in our positive law. The doctrine of duty of care is however extensive and flexible enough to ground a delictual action by an injured consumer against a manufacturer of a defective product. When faced by the question of recognising a duty-situation in the case of products liability the Appellate Division will, in spite of its reluctance and conservatism as far as extension of delictual liability is concerned, probably accept the almost universally recognised principle of products liability.

Owing to a peculiar version of the privity doctrine in English law (*Winterbottom v Wright* (1842) 10 M & W 109 the responsibility of a manufacturer to persons other than his immediate transferees only received full judicial recognition as late as 1932 in the famous case of *Donoghue v Stevenson* 1932 AC 562. The responsibility of a manufacturer is based on a breach of a duty of care; the liability is therefore based on the principle of fault. The standard of responsibility has however, through the procedural device of *res ipsa loquitur*, gradually assumed some characteristics of strict liability. In principle the application of the doctrine of *res ipsa loquitur* shifts the *onus* regarding proof of fault to the manufacturer who can only exculpate himself by disproving negligence on his part. This is in practice a formidable task.

In German law the liability of the manufacturer is based not on the mere infringement of legally protected interests, but on the simultaneous breach of a duty to secure the safety of the community (a so-called „Verkehrspflicht“ or „Verkehrssicherungspflicht“). The content of this particular duty is the taking of measures and care which are appropriate to the particular situation. A breach of this type of duty is in principle accepted as a ground for an action on negligence. The fault-basis of the breach of the „Verkehrspflicht“ is however eroded by the tendency in practice to equate the required measures and care to those which, on an *ex post facto* analysis of the situation, would have been adequate to prevent the damage in the particular case.

In American law the responsibility of a manufacturer towards an ultimate user of his product was founded on the fault principle as early as 1916, in the famous case of *MacPherson v Buick Motor Co* 1916 217 NY 382, 11 NE 1050. The history of the rapid development of products liability in American law is the history of the fall and rejection of the fault principle in favour of strict liability. This was achieved mainly through the use of the warranty construction to found liability: the manufacturer who makes express or implied representations concerning the safety of his product is liable to an ultimate consumer for breach of warranty. The limitations of the warranty construction are obvious. In accordance with the contractual connotations of the term the plaintiff must not only prove some representations of fact on the part of the manufacturer but also that he has relied on the representations

when buying or using the product. The responsibility of the manufacturer has rapidly been extended from defective food and drink to products for intimate bodily use and eventually to virtually all products. The development of American law in respect of products liability has the appearance of a spectacular and almost revolutionary overturn of established and traditional legal principles. It has now reached the stage where it is in the process of discarding the device for achieving the introduction of strict liability, viz the warranty construction.

Products liability is a form of delictual liability. The production of goods constitutes a juridical act on the part of the manufacturer. If he produces a defective product which causes damage to a person, his act is in principle wrongful. A product is defective if it does not conform to the reasonable expectations of the ordinary consumer. The almost universal evolution of the basis of products liability from fault to risk can be justified by reference to factors like the public emphasis on the security of life, limb and goods, the manufacturer's representations concerning the safety of his products, the incentive toward observance of the greatest care in the process of production, and the economic fact that the manufacturer is usually in a position to absorb or spread the inevitable losses caused by defective products. The traditional justification for risk liability, viz the creation of a substantial risk of injury, is not applicable in the case of products liability.

As far as limitations on products liability are concerned, there is no justification to restrict liability to the ultimate purchaser; every person who could reasonably be expected to be injured should be able to recover damages. There is also no justification to limit liability to damage flowing from the use of the product; even a mere onlooker or bystander who is injured should be able to recover damages. Every person who engages in the business of supplying a particular product should in principle be considered as a manufacturer of the product. The repairer, erector, assembler, maker of a component, etc, are therefore manufacturers. Liability should be limited to damage which flows from normal and non-negligent use of a product. In Anglo-American law the liability is in principle limited to injury to life and (physical) property. Although the decision in *Hedley Byrne v Heller* 1964 AC 465 went a long way towards discrediting the irrational distinction between injury to life and (physical) property on the one hand and general economic loss on the other, it is clear from later decisions that the distinction is still firmly entrenched. This distinction, peculiar to the English law doctrine of duty of care, is not part of South African law. General economic loss, unconnected with any injury to a person or thing, can be recovered *ex lege Aquilia*.

In view of the fact that South Africa is, as far as industrialisation is concerned, a developing country, I have no doubt that the recognition of products liability as such will be done on the basis of the doctrine of fault. Progress and success in the field of industrialisation will, however, be accompanied by a gradual erosion of the fault principle in favour of strict liability. This process of erosion will almost certainly be achieved mainly by means of the procedural device of *res ipsa loquitur*. □

It has been said . . . that our system of drafting statutes is such that one often finds legal provisions in strange surroundings "like flies in amber." That may be true; but I do not think we should go out of our way to find living wasps in an otherwise innocuous law.

Van den Heever J in *Conroy NO v Coetzee* 1944 OPD 207 212

Skenkings in fraudem uxoris

AH van Wyk

Universiteit van Stellenbosch

Na 'n hele aantal jare het die aangeleentheid van skenkings *in fraudem uxoris* van 'n man wat in gemeenskap van goed getroud is, weer in twee onlangse beslissings ter sprake gekom, nl *Pretorius v Smith* 1971 4 SA 459 (T) en *Laws v Laws* 1972 1 SA 321 (W).¹ Ongelukkig is die twee uitsprake nie in alle opsigte met mekaar te versoen nie.

In *Pretorius v Smith* vind mens 'n byna klassieke situasie wat herhaaldelik in ons gemeenregtelike bronne as 'n voorbeeld by die bespreking van hierdie probleem gebruik word, te wete 'n skenking aan 'n „voorkind.”² Mnr Massyn was in 'n tweede huwelik in gemeenskap van goed getroud. Nege jaar na die huweliksluiting skenk hy die woonhuis waarin hy en sy vrou gewoon het en wat deel van die gemeenskaplike boedel uitgemaak het, aan sy dogter uit sy eerste huwelik (die verweerderes). Registrasie van die oordrag vind behoorlik plaas, onderworpe aan 'n vruggebruik ten gunste van mnr Massyn, wat egter vier maande later te sterwe kom. Sy tweede vrou woon, met verweerderes se verlof, vir 'n verdere sewe maande in die huis, wanneer ook sy

¹Die jongste voorafgaande gewysde, *Joosab v Joosab* 1964 3 SA 283 (D), het alleen oor die prosesregtelike vraag of die begiftigde 'n reg het om as party gevoeg te word, gehandel. Die nasleep wat *Laws v Laws* sedertdien gehad het in *Tel Peda Investigation Bureau (Pty) Ltd v Laws* 1972 2 SA 1 (T) neem die onderhawige kwessie ook niks verder nie. Mev Laws se aansoek om *venia agendi* ten einde tussenbei te tree het niks te make met transaksies *in fraudem uxoris* nie en dit is, met respek, onverstaanbaar hoekom r Galgut dit nodig gevind het om op bl 5 van die verslag na *dicta* in dié verband te verwys. Per slot van sake kan ons howe aan 'n vrou *venia agendi* verleen in alle gevalle waar haar man „wantonly or unreasonably refuses to institute or defend an action on her behalf” (Hahlo 3e uitg 201), al is dit dan uit blote traak-my-nieagtigheid, en dit is nie nodig om te bewys dat die man *in fraudem uxoris* opgetree het nie.

²bv Schorer op De Groot *Inl* 2 21 2: „Doch indien het blijkbaar is, dat de man, met oogmerk om zijner vrouwe te benadeelen, geschenken doet . . . voornamenlijk ten voordele van een naastbestaanden, neem eens, van zijne vóór-kinderen . . .” Sien ook Rodenburg *Tractatus de Iure Coniugum* 2 1 10; Voet *Commentarius ad Pandectas* 23 2 54; Cos *Rechtsgeleerde Verbandelingen* 1 15 en 16; Pothier *Traité de la Communauté* par 482; Arntzenius *Institutiones iuris Belgici de conditione boninum* 2 4 26.

sterf. Eiseres, die tweede mev Massyn se dogter uit 'n vorige huwelik en eksekutrise in haar moeder se boedel, vra nou die tersydestelling van die vervreemding van die huis aan haar stiefsuster op grond daarvan dat dit 'n skenking ter benadeling van haar moeder was. Regter Colman kom tot die gevolgtrekking dat die eiseres die waarskynlikheid moet bewys van „*dolus*, in the sense of an intention to prejudice the wife's interests” (462C-D). Vir hierdie vereiste beroep hy hom op Voet *Comm* 23 2 54 en 55 en *Davis v Trustee of Minors Brisley* (1901) 18 SC 407, waar waarnemende hoofregter Buchanan ook op Rodenburg (*op cit*, vermoedelik 1 2 10 en 11) en Van der Linden (*Koopmanshandboek*, vermoedelik 1 15 1) gesteun het. Die eiseres het nie daarin geslaag om haar van hierdie bewyslas te kwyt nie en haar eis misluk. Regter Colman bevind ook dat mev Massyn tot die skenking toegestem het en dat die eiseres daarom geen saak het nie, selfs al sou hy gefouteer het deur te verlang dat 'n bedoeling om te benadeel bewys moet word (eerder as objektiewe onredelikheid van die man se optrede).

In *Laws v Laws* het die eerste respondent, wat in gemeenskap van goed met die applikante getroud was, ook 'n huis wat in die gemeenskaplike boedel geval het, vervreem. Die vervreemding het hier nie die vorm van 'n skenking aan 'n voorkind aangeneem nie, maar wel van 'n verkoop aan 'n buitestaander. Die applikante beweer egter dat die koop som belaglik laag was en dat die transaksie ter benadeling van haar belang by die gemeenskaplike boedel aangegaan is. Hangende 'n aksie deur die eerste respondent en 'n teensis deur die applikante (wat die aard hiervan is, blyk ongelukkig nie uit die verslag nie) vra die applikante nou, benewens sekere ander regshulp, 'n interdik aan waardeur die Registrateur van Aktes belet word om oordrag van die huis te registreer. Die kern van regter Margo se uitspraak is die volgende (324H-325E):

„In my opinion the legal position which emerges from the foregoing is that a wife married in community of property, who seeks to impugn as against her husband, and as against a third party, a disposition by her husband to the third party of an asset in the joint estate, on the ground that the disposition was made in fraud of her rights in the joint estate, must show at least that -

- (a) viewed subjectively, the circumstances render it probable that the husband had her rights in mind when he entered into the impugned transaction and that he appreciated that it would prejudice those rights;
- (b) viewed objectively, the transaction was in all the circumstances an unreasonable one for the husband to enter into;
- (c) the third party to whom the disposition was made was aware, when entering into the transaction that the husband's disposal of the asset was being effected fraudulently as against the wife.

... If the wife is able to establish propositions (a) and (b) as defined above, but is unable to establish proposition (c), then it seems that she would be limited to a right of recourse against her husband on division of the joint estate, and would have no rights against the third party.”

Steen vir vereistes (a) en (b) vind regter Margo in 'n *dictum* van

appèregter Schreiner in *Pretorius v Pretorius' Estate* 1948 1 SA 250 (A) en vereiste (c) baseer hy op Voet *Comm* 23 2 54 en 42 8 2. Hy bevind dat die applikante 'n *prima facie*-saak op al drie punte uitgemaak het en staan die interdik *pendente lite* toe.

Die gegewens in die twee sake is nie in alle opsigte *in pari materia* nie, aangesien 'n blote interdik *pendente lite* in die *Laws*-saak ter sprake was met die gevolg dat *prima facie*-bewys voldoende was. Vir die doeleindes van hierdie bespreking is die verskil egter nie van veel belang nie.³

In die twee uitsprake word 'n hele aantal belangrike punte in verband met skenkings *in fraudem uxoris* aangeroer, sommige daarvan vir die eerste keer in ons regspraak. In die *Pretorius*-saak (460H van die verslag) maak regter Colman die opmerking dat „authority is somewhat scanty as to when a transaction should be regarded as one 'in fraud' of a wife who is married in community of property and subject to the marital power.” Dit is, met respek, 'n aanvegbare stelling. Die opvallende van albei uitsprake is juis dat daar na nie een van ons ou skrywers, met uitsondering van Voet en Van der Linden, verwys word nie, en dit juis op 'n gebied waaroor hulle heelwat te sê het.⁴ Dit is egter wel waar dat daar in ons regspraak nie veel oor hierdie probleem te vinde is nie.

Eerstens, die kwessie van die bewyslas. Lee & Honoré *The South African Law of Property, Family Relations and Succession* par 329 maak die stelling dat „ . . . the burden of proof on the wife or her executor or successors would be heavy.” Na aanleiding hiervan maak regter Colman die volgende opmerking (460-461 van die verslag):

„It seems to me, with all due respect to the learned authors of that passage, that the onus to be discharged by the plaintiff in a case such as this one is no

³n Deel van die ander regshulp wat die applikante gevra het, was 'n tussentydse interdik waardeur die eerste respondent belet word om enige verdere bates van die gemeenskaplike boedel te vervreem of te beswaar. In 'n lang reeks gewysdes, beginnende eintlik by *Mundy v Mundy* 1946 WLD 280, is beslis dat 'n applikante in so 'n geval, hangende 'n egskedingsgeding, bewys moet lewer van 'n „reasonable apprehension . . . that the respondent would dispose of the assets in infringement of the applicant's rights, whether the test of 'reasonable apprehension' is objective or subjective” - r Ramsbottom in die *Mundy*-saak 282. In *Strausz v Strausz* 1964 1 SA 720 (W) - Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* 3e uitg 514 n 27 se verwysing is verkeerd - is dan beslis dat die toets objektief is. In die onderhawige saak is hierdie punt nie bespreek nie, aangesien namens eerste respondent toegegee is dat die applikante op so 'n tussentydse interdik geregtig is. Feitlik die hele uitspraak handel oor die reeds afgehandelde verkoop van die woonhuis, *Melody Stud*, en mens moet aanneem dat die applikante se teeneis 'n eis vir die tersydestelling van die transaksie insluit. Gevolglik moes sy in haar aansoek om 'n interdik 'n „clear right” uitmaak - sien Jones & Buckle *The Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa* 6e uitg 76-85.

⁴Die belangrikste bewysplekke is by Hahlo *op cit* 156 ev en JP Yeats *Die Algehele Huweliksgemeenskap van Goedere* 32 ev versamel.

more than the onus of proving, on a preponderance of probabilities, the necessary elements in her cause of action.”

Dit is, met respek, te betwyfel of die skrywers met hulle verwysing na ’n „heavy burden of proof” bedoel het dat ’n eiseres haar hier van ’n swaarder bewyslas as die normale siviele „bewys op ’n oorwig van waarskynlikhede” moet kwyt. Al wat hulle waarskynlik hiermee bedoel het, is dat dit weens die aard van die feite in soos ’n soort geval beskikbaar is, moeilik sal wees om aan hierdie bewysstandaard te voldoen. In die *Laws*-saak gee regter Margo dan ook ’n beter weergawe van Lee en Honoré se bedoeling (325A-C):

„In view of the husband’s wide powers of administration of the joint estate, even to the point of making donations, the burden of proof resting on the wife to establish fraud on her husband’s part . . . would usually be difficult to discharge. See Lee & Honoré par 83. The husband, as administrator of the joint estate, is not in the position of a trustee or fiduciary and negligent or foolish or extravagant dealing with the assets of the joint estate would by itself raise no inference of fraud by him as against his wife.”

In elk geval, daar is nog nooit betwyfel dat die bewys wat hier verlang word, bewys met ’n oorwig van waarskynlikheid is nie.⁵ In die lig van stellings wat deur ’n hele aantal van die ou skrywers gemaak word, moet mens jou egter afvra of die bewyslas altyd op die *vrou* rus en of dit nie in sekere gevalle deur ’n weerlegbare vermoede op die man geplaas word nie, met ander woorde of die bewyslas nie soms op die man is om te bewys dat hy *nie in fraudem uxoris* gehandel het nie. Veral by die vroeëre skrywers kry mens die indruk dat hulle in sekere gevalle ’n vermoede van *fraus* wel erken, bv waar dit ’n skenking van die hele gemeenskaplike boedel is, waar dit (soos in die *Pretorius*-saak!) ’n skenking aan voorkinders is, of waar die vrou ten tye van die skenking op haar sterfbed gelê het. Baie sterk in dié rigting neig Peckius *De Testamentis Coniugum* 2 8 3:

„Illud enim constat, in iure praesumi fraudem, quando quis omnia bona, aut maiorem eorum partem donat, maxime si subsit causa fraudandi, aut quando postea donator reperitur in possessione, aut si clam fecerit, sive etiam per interpositam personam, et in coniunctos transferat.”

Dieselfde geld in ’n mate vir Van Wesel *Tractatus de Connubiali Bonorum Societate* 2 3 48:

„Si cuncta bona, vel maximam eorum partem donaverit, utique intelligendus erit maritus fraudandae uxoris consilium habuisse.”

Ook Pothier *op cit* par 480 kan as steun vir so ’n standpunt aangehaal word: „L’excès de la donation fait presumer cette fraude.”⁶ In ’n ou

⁵Behalwe natuurlik by ’n tussentydse interdik, soos in die *Laws*-saak - Jones & Buckle *loc cit*.

⁶Vgl ook par 482. Interessant is dat Pothier juis in par 480 ook aandag gee aan ’n skenking onderworpe aan ’n vruggebruik ten gunste van die man (soos in die *Pretorius*-saak). Hy ontken dat die voorbehoud van ’n vruggebruik ’n vermoede van bedrog laat ontstaan: „On ne peut pas dire qu’il s’avantage par cette réserve:

Kaapse saak naamlik *Linde v Beyers* (1882) 1 SC 411 is dan ook geargumenteer dat „from this circumstance . . . a presumption of fraud is raised.” Daar is gesteun op Voet *Comm* 23 2 54 (die verwysing na 23 2 24 is klaarblyklik verkeerd), maar die saak is voor uitspraak geskik. Ook regter Colman is met dié probleem gekonfronteer, aangesien hy swaar op genoemde passasie by Voet steun, waar onder andere die volgende stelling aangetref word:

„Dum vel proximioribus ex suo latere, liberis puta prioris thori, aliisve cognatis notabilem patrimonii partem dedit, vel etiam extraneo prorsus donatario contulit ex tempore, quo uxor iam infirma, vel morti vicina erat, vel aliae adsunt circumstantiae, ex quibus praesumptio fraudis abunde elucescit.”

Sy gevolgtrekking is dat

„the examples given are not, as I read the passage, intended as cases in which fraud must necessarily be found to have existed. They are no more than instances which may support *prima facie*, the view that the husband was acting in fraud of his wife” (461E-F van die verslag).

Hierdie gevolgtrekking is, met respek, korrek, ten spyte van die teenoorgestelde indruk wat deur bogenoemde skrywers geskep word. Hulle verwysings na ’n *praesumptio* is goeie voorbeelde van ’n verskynsel waarop Hoffman *The South African Law of Evidence* 2e uitg 369 wys: „The Roman-Dutch writers appear to have regarded any inference based on circumstantial evidence as example of a presumption.” Die meeste van die latere skrywers maak dit egter duidelik dat dit hier om niks meer as ’n feitlike vermoede gaan nie. Duidelikste is Cos *opcit* 1 15:

„Anders indien hy skenkingen gedaan heeft, ter quader trouwe, of om zyn Vrouw ofte hare erfgenamen te verkorten, *by voorbeeld*, wanneer hy by gevaarlyke ziekte enige goederen weg schenkt, of anders aan zyne na bestaande Vrienden, Voorkinderen, of diergelyke perzoonen iet van belang schenken mogte” (my kursivering).

Ook Rodenburg *opcit* 2 1 10 en Schorer op De Groot *Inl* 2 21 2 laat geen twyfel nie dat mens hier bloot situasies het waaruit normaalweg afleidings gemaak *kan* word. In ons regspraak het die punt nog nie vantevore pertinent ter sprake gekom nie, hoewel daar in die enigste relevante appèlhofspraak, die reeds genoemde *Pretorius v Pretorius’ Estate*, namens die appellant aangevoer is dat mens hier met ’n blote *praesumptio hominis* te doen het (250 van die verslag). Alhoewel daar in ons reg dus blykbaar geen weerlegbare regsvermoedens bestaan waar-

car c’est la communauté qui profite de cet usufruit réservé pendant tout le temps qu’elle dure; et après sa dissolution par la mort de la femme, cet usufruit que le mari s’est réservé, étant un effet de la communauté, se partage entre le mari et les héritiers de la femme, pendant tout le temps qu’il doit durer.” Die opstellers van die *Code Civil* het egter die teenoorgestelde standpunt van Lebrun verkies omdat mans minder tot skenkings geneig sou wees indien hulle nie ’n vruggebruik kon terughou nie (die ou a 1422 *Code Civil*). Sien Planiol & Ripert *Traité Pratique de Droit Civil Français* 2e uitg dl VIII par 518 e v vir die reëling sedert 1942.

deur die bewyslas op die man geplaas word nie, is daar uit 'n beleidsoogpunt nogal iets te sê vir die skepping van sulke vermoedens deur die wetgewer. Die bewyslas waarvan 'n vrou haar moet kwyt indien sy 'n skenking deur haar man wil aanveg, is inderdaad 'n sware (in die sin waarin regter Margo die woord hierbo gebruik het), met die gevolg dat haar remedie in die praktyk nie veel werd is nie. Die onbeperktheid van die maritale mag word in die hedendaagse samelewing al hoe meer 'n anachronisme, en indien die wetgewer nie bereid is om ingrypende hervormings aan te pak nie, sou 'n verbetering van die vrou se gemeenregtelike remedies ten minste 'n voorwaartse stap wees.

Tweedens, die inhoud van die bewyslas waarvan die vrou haar moet kwyt. Daar word aan die hand gedoen dat sy in die eerste plek sal moet bewys dat daar 'n vervreemding sonder teenwaarde van bates van die gemeenskaplike boedel was.⁷ In die *Laws*-saak maak regter Margo egter die volgende stelling (op 323F-G):

„Though Voet in 23 2 54 was concerned with donations by the husband in fraud of his wife, there can be no difference in principle in the case of other forms of transaction by which the husband acts in fraud of the wife's interests in the joint estate.”

Dit is 'n stelling wat, met respek, nie aanvaar kan word nie. Die *ratio* vir die vrou se remedie is dat sy benadeel is deur die vervreemding van bates in dié sin dat die boedel by ontbinding minder bedra as wat andersins die geval sou gewees het.⁸ Van benadeling in dié sin kan daar alleen sprake wees indien dit 'n vervreemding sonder teenwaarde was. In die gemeenregtelike bronne word feitlik deur die bank slegs van *skenkings in fraudem uxoris* gepraat.⁹ Daar is wel enkele nie-Hollandse

⁷Wanneer 'n vervreemding 'n vervreemding sonder teenwaarde is, is natuurlik 'n feitevraag en soms 'n moeilike een. Dit lyk egter die maatstawwe wat die howe in verband met vervreemdings sonder teenwaarde na aanleiding van die Insolvensiewet van 1936 ontwikkel het, hier toegepas kan word: „Value means adequate value, or just and valuable consideration and, in respect of property, the price it will command in the market. The giving of a merely nominal value would not make the disposition one for value, but at the same time it seems it is not open to the court to inquire with great nicety into the adequacy of the value given” - Mars *The Law of Insolvency in South Africa* 6e uitg 209. Vgl De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg 419. Dit is ook moontlik dat daar in een transaksie 'n vervreemding sonder in vir teenwaarde te vinde mag wees - sien Mackeurtan *The Sale of Goods in South Africa* 3e uitg 26.

⁸Sien veral Pothier *opcit* par 481 waar gesê word dat 'n vervreemding ter syde gestel kan word as dit gemaak is „au préjudice de la part que la femme ou ses héritiers doivent avoir un jour dans les biens de la communauté lors de sa dissolution.”

⁹bv Cos *opcit* 1 15 en 16; Voet 23 2 54; Van Zurck *Codex Batavus* sv „Gemeenschap van goederen” n 8 (nie 9 soos by Hahlo *opcit* 156 n 12 nie); Schorer op De Groot *Inl* 2 21 2; Arntzenius *opcit* 2 4 26; Pothier *opcit* par 480 ev; Van der Linden *opcit* 1 15 1. In die teks praat Peckius *opcit* 2 8 3 ook net van *donationes*, hoewel in die opskrif van die paragraaf na *alienationes* verwys word.

skrywers wat in die algemeen van 'n *alienatio* praat, nl Gomezius, Christinaeus en Rodenburg.¹⁰ Gomezius steun egter op 'n wetteregterlike bepaling. Christinaeus steun op Molinaeus, wat oor die Franse reg skryf, en in 'n latere paragraaf (9 2 10) het hy klaarblyklik net vervreemding sonder teenwaarde in gedagte. Rodenburg se denke is uiters verward: in 2 1 10 praat hy konsekwent net van *donationes*, maar in 2 1 11 skryf hy eenvoudig vir Gomezius na. Op dié gesag is dus nie juis staat te maak nie, en die punt is nogal van groot belang omdat dit, soos later aangedui sal word, by die *actio Pauliana* belangrik is of mens met 'n verkryer *titulo lucrativo* of *titulo oneroso* te doen het. Ook 'n analogie met die eintlike toepassingsgebied van die *actio Pauliana* naamlik vervreemdings *in fraudem creditorum*,¹¹ sal nie hier van hulp wees nie. Daar kan skuldeisers ook 'n vervreemding vir teenwaarde ter syde laat stel, en wel omdat die gelykheid tussen skuldeisers daardeur versteur word. Dié argument geld nie vir die vrou nie. Ook uit 'n beleidsoogpunt is daar 'n beswaar teen die uitbreiding van die toepassingsgebied van hierdie beginsel: een voordeel van die man se alleenbeheer oor die gemeenskaplike boedel is dat daar by 'n derde selde enige twyfel kan bestaan oor die man se bevoegdheid om hom en sy vrou te bind en te wye aanvegtingsgronde kan sterk verkeersbelemmerend werk.¹² Daarmee is die saak natuurlik nog nie uitgemaak nie. Per slot van sake het die man volgens ons reg die volste bevoegdheid om bates van die gemeenskaplike boedel te vervreem en om dit in die algemeen te verspil. Rodenburg *op cit* 1 2 6 stel dit mooi wanneer hy sê dat „quod maritus prodegerit, dissipaverit, abliguriverit alea, Baccho, Venere” ten laste van die gemeenskaplike boedel kom.¹³ Die vrou moet daarom in die

¹⁰Gomezius *Commentarius ad Leges Tauri ad leg 50 73* en 74; Christinaeus *Commentaria in leges municipales Mechlinienses* 9 2 9; Rodenburg 2 1 10 en 11.

¹¹Sien Mars *op cit* 231 e.v.

¹²Interessant genoeg is in die Franse reg wel die paadjie ingeslaan wat regter Margo hier wil inslaan. Ook Pothier en ander skrywers oor die ongekodifiseerde reg het die *fraus*-beginsel net op vervreemdings sonder teenwaarde toegepas. Nadat a 1422 van die *Code Civil* 'n verbod op sekere tipes skenkings sonder die vrou se toestemming geplaas het, is die *fraus*-beginsel in die regspraak uitgebrei na alle handelinge waardeur die vrou benadeel word, bv 'n vernietiging van 'n gemeenskaplike bate. Planiol en Ripert *op cit* dl VIII par 512 noem dit 'n „solution remarquable” en sê: „L'histoire de la règle ne laisse pas, en définitive, d'être assez curieuse.” Nou moet egter in gedagte gehou word dat volgens a 1437 van die *Code Civil* enige persoonlike voordeel wat die eggenote uit die gemeenskaplike boedel getrek het, by ontbinding in verrekening gebring moet word. Die agtergrond van hierdie ontwikkeling is dus totaal anders. Met so 'n wye toepassing kan daar ook nie meer sprake wees van die *actio Pauliana* nie en gevolglik word dit oor die boeg van 'n *détournement de pouvoirs* gegooi, iets wat kwalik met ons opvattinge oor die maritale mag versoen kan word.

¹³Vgl ook Cos *op cit* 1 17: „De magt der Mannen in deze Landen, waar uit in vele gevallen de Vrouwen . . . in schadelijke daden by hen gedaan gehouden zyn, strekt zig zo verre uit, dat alles wat hy met DRINKEN, DOBBELEN, VERQUISTING en ongebondenheit van leven verdoed, tot des gemeenschaps laste komt . . .”

tweede plek bewys dat hierdie vervreemding sonder teenwaarde ter benadeling van haar belange geskied het.¹⁴ Die vraag is wanneer daar van *fraus* sprake kan wees. Soos reeds hierbo aangetoon is, het regter Colman in die *Pretorius*-saak tot die gevolgtrekking gekom dat onder *fraus uxoris* verstaan moet word „*dolus*, in the sense of an intention to prejudice the wife's interests . . . A *bona fide* transaction, it seems to me, is not open to attack, however unwise it may be” (op 462C-E van die verslag). Regter Margo verlang weer in die *Laws*-saak dat die vrou in hierdie verband twee dinge moet bewys, naamlik

„(a) viewed subjectively, the circumstances render it probable that the husband had her rights in mind when he entered into the impugned transaction and that he appreciated that it would prejudice those rights;” en „(b) viewed objectively, the transaction was in all the circumstances an unreasonable one for the husband to enter into.”

Sy vereistes (a) en (b) is 'n feitlik woordelike weergawe van gedeeltes van die *dictum* van appèlregter Schreiner in *Pretorius v Pretorius' Estate* (255–256 van die verslag):

„How far the concept of fraud is here to be regarded subjectively and how far objectively is a question of some difficulty . . . I do not find it necessary in the present case to attempt to state precisely the circumstances that must be present before a wife can attack the exercise by her husband of his power in dealing with the joint estate or her share in it. Looking at the matter subjectively she would at least have to show that the circumstances rendered it probable that the husband had her rights in mind when he entered into the impugned transaction and that he appreciated that it would prejudice those rights. Looking at the position objectively she would at least have to show that the transaction was in all the circumstances an unreasonable one for the husband to enter into. It may well be that she might have to prove more but it is sufficient for the decision of this appeal that she would at least have to prove so much.”

Uit 'n vergelyking van regter Margo se vereistes (a) en (b) met die aangehaalde *dictum* is dit duidelik dat hy, met respek, ongeregverdigde afleidings uit die *dictum* gemaak het. Appèlregter Schreiner stel nie 'n tweeledige toets, naamlik 'n subjektiewe en 'n objektiewe nie, maar spreek slegs twyfel uit oor welke maatstaf gebruik moet word; vir die doeleindes van sy uitspraak was dit nie nodig om verder te gaan nie.¹⁵ Nog duideliker spreek hierdie twyfel uit appèlregter Schreiner se uitspraak in die hof *a quo* in *Estate Smith v Estate Follett* 1942 AD 364 365 e.v, waarna hy self in *Pretorius v Pretorius' Estate* verwys het. Die bekende *Smith*-saak handel oor 'n skenking deur 'n *fiduciarius* by 'n *fideicommissum residui* en in die hof *a quo* het regter Schreiner (soos hy toe nog was) die

¹⁴Sien die skrywers hierbo in voetnote (2) en (9) aangehaal.

¹⁵„Whether the matter be viewed from the subjective or from the objective angle it seems to me that the plaintiff failed to prove that the first defendant's conduct . . . was fraudulent” - op 257 van *Pretorius v Pretorius' Estate*. Hahlo *op cit* 157 haal die *dictum* ook op 'n effens misleidende wyse aan.

skenking ter syde gestel omdat dit *in fraudem fideicommissariorum* gemaak was:¹⁶

„The tendency of modern law is, I think, towards objectivity in questions of this kind, but whether one considers the matter from the subjective or from the objective angle, the donation should not be allowed to stand” (371 van die verslag).

Daar kan dus geensins beweer word dat in ons regspraak eenstemmigheid bestaan oor wat nou eintlik hier onder *fraus* verstaan moet word nie. Weer eens moet gesê word dat dit jammer is dat daar in beide uitsprake so min van ons bronne gebruik gemaak is, want die ou skrywers laat min twyfel dat alleen die subjektiewe bedoeling van die man hier in ag geneem word.¹⁷ So sê Christinaeus *op cit* 9 2 4 dat die man skenkings uit die gemeenskaplike boedel kan maak „modo ex parte viri fraus nulla dolusve adsit.”¹⁸ Van Wesel *opcit* 2 3 48 sit met die eerste oogopslag op albei stoele:

„Putaverim tamen et mariti donationes, uxori quoque decedere, dummodo bona fide, iusta et probabili de causa atque sine fraude factae fuerint.”

’n Entjie verder lê hy egter klem op die vraag of die man ’n „*fraudandae uxoris consilium*” gehad het. Ook Voet 23 2 55 praat van ’n „*manifestum uxoris fraudandae propositum*.” Besonder duidelik is Cos *opcit* 1 15:

„. . . Iet by hem *ter goeder trouw* weg geschonken, tot dankbaarheid mogelyk van enige genoten dienste, of uit enige andere nutte inzigten, komt mede tot de Vrouws lasten . . . Anders indien hy schenkeningen gedaan heeft, ter quader trouwe, of om zyn Vrouw ofte hare erfgenamen te verkorten . . .”

Verder aan, in 1 16, sê hy dat die man se

„magt in ’t administreren en vervreemden . . . zig selfs tot weg-schenken aan een vreemde, als ’t maar uit een goede inzicht gedaan is, uitstrekt . . .”

Kort en kragtig is Van der Linden *opcit* 1 15 1, waarvolgens die man skenkings kan maak

„buite zijne vrouw, ten waare uit de omstandighede een opzettelijk oogmerk bleek om haar te benadeelen.”¹⁹

Feitlik die enigste steun vir ’n objektiewe benadering is by Pothier *opcit* par 479–496 (veral in par 481) te vinde, en hy steun uitdruklik op die bewoording van die kostume van Parys. Dit is wel waar dat daar by

¹⁶Die Appèlhof het die beslissing bekragtig, maar om ander redes.

¹⁷Peckius *opcit* 2 8 1-3, Rodenburg *opcit* 2 1 10 - 11, Stockmans *Decisiones Curiae Brabantiae* 48 7 en Van Zurck *opcit* s v *Gemeenschap van goederen* N 8 werp geen lig op die onderhawige probleem nie. Dieselfde geld vir die ouer nie-Nederlandse skrywers na wie deur talle van ons skrywers verwys word, bv Gomezius *opcit ad leg* 50 no 74 en Argentraeus *Commentarii in Consuetudines Britanniae ad a* 48 gl 4 1.

¹⁸In 9 2 10 praat hy van *doli ac fraudis*.

¹⁹Sien ook Arntzenius *opcit* 2 4 26.

Van Wesel en Voet verwys word na 'n *probabilis donandi causa*, maar dit lyk asof die afwesigheid van so 'n *causa* eerder gesien word as getuënis van die man se bedoeling. As 'n gerieflike opsomming van die gevolgtrekking waartoe gekom word, kan Schorer op De Groot *Inl* 2 21 2 aangehaal word:

„Doch indien het blijkbaar is, dat de man, met oogmerk om zijner vrouwe te benadeelen, geschenken doet, het welk men hieruit afneemt, indien hij alle zijne goederen ten minste het grootste deel buiten eenige noodzakelijkheid gemaakt, of wegschenkt . . .”

Ook in ons regspraak is daar behalwe appèlregter Schreiner se *dictum*, geen steun vir 'n objektiewe benadering te vinde nie. In *Davis v Trustee of Minors Brisley*, waar die kwessie uitvoerig geargumenteer is, is herhaaldelik klem gelê op die man se subjektiewe bedoeling:

„I can find no wilful intention to prejudice the wife in this case . . . There was nothing in Mr Brisley's conduct which would justify the court in coming to the conclusion that he was actuated by fraud or wilful intention to prejudice his wife” (op 417 van die verslag).

Vir 'n moontlike objektiewe benadering haal appèlregter Schreiner geen gesag aan nie, behalwe sy eie *obiter* - opmerkings in die *Smith*-saak. Dit sou ook verbasend wees as daar hier 'n objektiewe toets toegepas moet word, dws as die vrou die onredelikheid van die man se optrede moet bewys. Per slot van sake het hy volgens ons reg die volste reg om onredelik op te tree.²⁰ Ten spyte van regter Schreiner se twyfelagtige stelling dat „the tendency in modern law is towards objectivity in questions of this kind,” behoort die benadering dus 'n subjektiewe een te wees. Die onredelikheid van die man se optrede kan 'n goeie aanduiding van sy subjektiewe bedoeling wees, maar dit is tog seker nie ondenkbaar dat 'n man redelik optree maar tog die nodige bedoeling het en dat so 'n skenking dan ter syde gestel kan word nie? 'n Subjektiewe benadering los egter nog nie alle probleme op nie. Weliswaar kan in beginsel akkoord gegaan word met regter Colman dat dit hier gaan om *dolus* aan die kant van die man, „in the sense of an intention to prejudice the wife's interests,” maar sal die man nie altyd as 'n noodwendige gevolg van enige vervreemding sonder teenwaarde voorsien dat sy vrou se belange daardeur benadeel sal word nie? In die Franse reg moet die vrou bewys dat die man se handeling „n'ont eu pour but que

²⁰In die *Smith*-saak het r Schreiner dan ook tot versigtigheid gemaak (369 - 370): „Whether the limitations on a husband's rights to dispose of the joint estate provide a safe guide to the limitations on a fiduciary's powers in the case of a *fideicommissum residui* is a question which it is not necessary to decide. The relationships are certainly analogous, but it may be that the limitations on the husband are slighter than those on the fiduciary. Bearing in mind the wide powers attributed to husbands in early law and the fact that a *fideicommissum residui* is at least a form of trust, I do not think that the obligations resting upon the fiduciary are less onerous than those binding the husband.”

de faire fraude à ses droits,"²¹ dit wel sê sy enigste doel moes benadeling van die vrou gewees het. Dit word voorwaar 'n *probatio diabolica!* Gevolglik is dit geen wonder dat daar in ons gerapporteerde regspraak so min vroue te vinde is wat hulle met sukses op hierdie remedie beroep het nie. Sou dit dan nie maar beter wees om, soos in die meeste oorsese gemeenskapstelsels, 'n verbod te plaas op vervreemdings sonder teenwaarde sonder die toestemming van die vrou nie?

Derdens, die vraag of die ontvanger 'n *particeps fraudis* moes gewees het.²² Regter Margo stel as vereiste (c) dat

„... the third party to whom the disposition was made (must have been) aware, when entering into the transaction that the husband's disposal of the asset was being effected fraudulently as against the wife" (325A-B van die *Lawsaak*).

Steun vir sy standpunt vind hy in Voet 42 8 2 en 4 waar deelname in die bedrog in die algemeen as 'n vereiste ingevolge die *actio Pauliana* gestel word. Regter Margo stel vereiste (c) heel algemeen, sonder om te onderskei tussen vervreemdings *titulo lucrativo* en *titulo oneroso*. Dit lyk, met respek, asof hy Voet 42 8 5 uit gedagte verloor het. Daar wys Voet daarop dat kennis aan die kant van die ontvanger net by 'n vervreemding *titulo oneroso* 'n vereiste is; by 'n vervreemding *titulo lucrativo* is dit geen vereiste nie, maar dan is die onwetende ontvanger net tot die bedrag van sy verryking aanspreeklik.²³ Hierdie standpunt is dan ook by vervreemdings *in fraudem creditorum* deur ons howe aanvaar.²⁴ As die standpunt wat hierbo ingeneem is, naamlik dat die vrou haar net by vervreemdings sonder teenwaarde op hierdie remedie kan beroep, korrek is, spreek dit vanself dat dit geen vereiste is dat die ontvanger 'n *particeps fraudis* moes gewees het nie. Wil die vrou egter meer van hom verhaal as die bedrag waarmee hy verryk is, moet sy kennis aan sy kant bewys. Dit verduidelik ook waarom die ou skrywers, met uitsondering van Rodenburg, geen enkele woord oor so 'n vereiste rep nie.²⁵ Rodenburg *opcit* 1 2 11 sê weliswaar:

²¹Planiol & Ripert *opcit* dl VIII par 512.

²²In *Pretorius v Pretorius' Estate* is die punt wel geargumenteer, maar ar Schreiner het dit uitdruklik oopgelaat.

²³Sien ook De Groot *Inl* 2 5 4, en in die algemeen oor die *actio Pauliana*: De Groot *Inl* 2 5 3 en 4; Van Leeuwen *RHR* 2 7 8-9; Van der Keessel *Tb* 199 en 200.

²⁴*Scharff's Trustee v Scharff* 1915 TPD 463; *Hockey v Rixon & Smith* 1939 SR 107; *Fenbells v Ebrahim* 1956 4 SA 723 (N).

²⁵Hulle volstaan deur te sê dat die vrou beskik oor 'n aksie „adinstar Paulianae" (Van Wesel *opcit* 2 3 48) of „op het voet-spoor der *Actio Pauliana*" (Schorer *loc cit*). sien ook Christinaeus *opcit* 9 2 5; Van Zurck *loc cit*. Yeats *opcit* 33 wys daarop dat Voet *opcit* 23 2 54 die *actio Pauliana* net wil toestaan as die benadeling van die vrou of haar erfgename nie deur verrekening by ontbinding van die boedel opgehef kan word nie. Hy erken egter dat Voet in hierdie verband alleen staan. Ons howe het hulle ook nog nooit aan Voet se standpunt gesteur nie en die *actio Pauliana* as die normale remedie aanvaar, hoewel die punt in *Pretorius v Pretorius' Estate* oopgelaat is.

„Verum quoniam contra fraudulentas mariti alienationes Doctores uxoribus succurrendum consent ad exemplum Paulianae actionis, consequens est dicere eodem modo gavisuras illas hoc actione, qua contendunt Pauliana creditores: ut se titulo lucrativo rem sit adeptus possessor, illa omnimodo ei auferatur, sin oneroso, ita demum si fraudis particeps fuerit aut conscius, quo tamen casu posteriori dicendum est, cessante illa actione teneri maritum ad recompensam,”

maar hierin staan hy alleen. Selfs al is die betoog hierbo verkeerd en kan die vrou ook vervreemdings vir teenwaarde ter syde laat stel, kan regter Margo se ongekwalifiseerde stelling dus nog altyd nie as korrek aanvaar word nie, want by vervreemdings sonder teenwaarde is sy vereiste (c) geen vereiste nie.

Laastens, die vraag of regter Colman reg het met sy aanname dat

„if [the wife] did know and approve of it, it seems to me inconceivable that, on any interpretation of the word ‘fraud,’ it can be said that there was a fraud on her” (bo-aan 463).

Eienaardig genoeg is daar bloedweinig gesag op hierdie punt, waarskynlik omdat dit as vanselfsprekend aanvaar word. Slegs Pothier *op cit* par 494 sê dat as die man ’n skenking aan sy erfgenaam in die sylinie maak, die vrou dit nie kan aanveg nie as sy „y a expressément consenti, et surtout lorsqu’elle a parlé au contrat, et donné conjointement avec son mari. Il est évident que la donation ne peut paraître en ce cas faite en fraude de la femme; car *nemo volens fraudatur*.” Hoewel hy dus van ’n heel besondere geval praat, beroep hy hom op ’n vanselfsprekende algemene beginsel. Ook in ons regspraak, en wel in *Davis v Trustee of Minors Brisley* is steun vir regter Colman te vinde (417 van die verslag):

„I can find no wilful intention to prejudice the wife in this case. The donation was openly made in the lifetime of Mr Brisley, the deed of donation was drawn up by a notary, and was actually copied by the wife. She was a woman of intelligence, and she must have understood what Mr Brisley intended to do with the property.”

Die man is in die uitoefening van sy maritale mag nou eenmaal nie aan die maatstaf van ’n *bonus paterfamilias* gebonde nie. Behoudens haar bekende remedies wat almal gemik is op die voorkoming van toekomstige buitensporighede, moet die vrou haar hierin berus. Of dit ’n wenslike toestand van sake is, is ’n ander vraag, maar dit is nie vir die howe om deur die invoering van ’n redelikhedmaatstaf hierin ’n verandering aan te bring nie.

SUMMARY

Donations in fraudem uxoris

In a marriage contracted in community of property one of the few limitations on the marital power is to be found in the rule that the husband may not make donations *in fraudem uxoris*. In two recent decisions in the Transvaal various

hitherto unresolved aspects of this prohibition have come up for consideration, but it is submitted the decisions are not in every respect satisfactory.

The first aspect is the onus in general, and in this context the question is also raised whether our law in certain cases creates a presumption that a donation has been made *in fraudem uxoris*. Although there is some support for such a contention in the Roman-Dutch authorities, the conclusion is that no such presumptions exist and that the wife has to prove, on a balance of probabilities, that she has been defrauded by her husband.

The elements of the onus resting on the wife constitute the second aspect of the prohibition. In spite of a contrary conclusion in one of the decisions under discussion, it is submitted that only a disposition without value can be set aside as having been made *in fraudem uxoris*. Furthermore the wife must prove an intention on the part of the husband to prejudice her, and the test for such an intention is a subjective one. The objective reasonableness or unreasonableness of the husband's conduct is irrelevant. If this is so, the question arises whether a husband will not in all cases foresee, as a necessary consequence of his act, that his wife will be prejudiced.

The third aspect is whether it is a requirement that the alienee must have been a *particeps fraudis*, as laid down in one of the decisions under discussion. Under the *actio Pauliana* this is only required in the case of an alienation for value. If the above-mentioned submission, *viz* that only alienations *not* for value can be set aside, is accepted, it follows that knowledge on the part of the alienee is not a requirement.

Finally it is submitted that knowledge and approval of the alienation on the wife's part excludes her cause of action, as has been accepted in one of the two decisions. There is an almost complete lack of authority on this point, but it seems to follow from general principles that this must be the case. □

The decisions of the Appellate Division are binding upon all the superior and inferior courts of the Republic. Accordingly no criticism of those decisions is to be found in the four volumes of the Institutes. That field is left clear to those of the university professors who employ this method of displaying their erudition.

Having myself been a member of that honourable tribunal, I take the gravest exception to those legal pundits who decry its decisions and apparently regard them as being the best guesses of the court of ultimate conjecture.

CG Hall Preface 8th Ed. Maasdorp IV

T H R H R 72

Die beskermde regsgoed by die gemeenregtelike misdaad abduksie

CR SNYMAN

Randse Afrikaanse Universiteit

Ik laet myn hanen uit, elk bewaer z yne hennen

—Van Zurk *Codex Batavus s v raptus*

Die vraag wat presies die beskermde regsgoed is by die gemeenregtelike misdaad abduksie,¹ het pertinent ter sprake gekom in die onlangse beslissing *S v Bezuidenhout* 1971 4 SA 32 (T). Die sewentienjarige ontvoerde meisie se ouers was geskei. In die uitspraak word nie genoem wie van die ouers die beheer en toesig oor haar gehad het nie. Blykbaar was dit egter die moeder, want daar is geen verwysing in die uitspraak na die vader nie. Die moeder, wat die klaagster in die saak was, het glad nie meer belang gestel in die minderjarige nie en prakties geen beheer meer oor haar uitgeoefen nie. Die beskuldigde het die minderjarige meisie met haar (die meisie se) toestemming weggeneem van Klerksdorp, waar sy by haar suster gebly het en sonder die toestemming van haar moeder met haar Kaapstad toe gery waar hulle in 'n hotel gebly het en waar hy met haar gemeenskap gehad het. In die streekshof is hy skuldig bevind aan abduksie, omdat die landdros van mening was dat die misdaad gepleeg word as iemand inbreuk maak op die *de iure*-beheer en toesig van die ouer—of die ouer dit nou uitoefen of nie. In appèl voor drie regters was die hof ook van mening dat die misdaad gepleeg word teen die persoon wat die beheer en toesig oor die minderjarige het, met die voorbehoud egter dat so 'n persoon daardie reg daadwerklik moet uitgeoefen het. Waar daardie persoon, soos die klaagster in die onderhawige saak, nie meer begerig is om die beheer uit te oefen en dit prakties ook nie meer doen nie, is daar geen inbreuk op enige reg van die toesighoudende persoon nie, en word die misdaad nie gepleeg nie. Om hierdie rede is die skuldigbevinding

¹Hierdie term word verkies bo „ontvoering,” aangesien laasgenoemde term verwar kan word met „mense-roof” („kidnapping”) wat heeltemal 'n aparte misdaad is.

dan ook tersyde gestel. Anders as die landdros, laat die hof dus die klem val op die *de facto* – uitoefening van kontrole.

Daar is twee aspekte van die uitspraak wat van belang is. Die eerste is die hof se standpunt dat abduksie altyd 'n werklike *de facto* – uitoefening van kontrole oor die ontvoerde minderjarige veronderstel, en dat waar dit ontbreek geen abduksie dus gepleeg word nie. Die tweede is die feit dat hierdie saak blykbaar die heel eerste gerapporteerde een oor abduksie is waar die ouers van die minderjarige geskei was. Soos bekend, word by die meeste egskeidings die beheer en toesig oor die minderjarige toegeken aan slegs een van die partye, hoewel die ander party se toestemming tot die huwelik van die minderjarige nog steeds nodig is. In die lig van die oorfloedige gesag (waarna later verwys sal word) ten gunste van die stelling dat abduksie 'n misdaad is wat in die eerste plek gepleeg word teen diegene wie se toestemming tot die huwelik van die minderjarige nodig is, ontstaan die vraag dadelik of die toestemming van die nie-toesighoudende geskeide ouer tot die ontvoering nie ook eers moet ontbreek alvorens die misdaad gepleeg word nie. In die onderhawige saak het die moeder blykbaar met die egskeiding die beheer en toesig oor die kind gekry, maar na alle waarskynlikheid nie die uitsluitlike voogdy (ooreenkomstig artikel 41 van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953) nie (iets wat selde voorkom), met die gevolg dat die vader se toestemming tot die huwelik van die ontvoerde minderjarige nog steeds nodig was. Dit is opmerklik dat nêrens in die uitspraak verwys word na die vraag of die vader se toestemming ontbreek het nie. Trouens, die hof se standpunt dat abduksie 'n misdaad is wat gepleeg word teen die persoon wat regtens die beheer en toesig oor die minderjarige het, bring nie net mee dat so 'n vraag onnodig sou gewees het nie, maar wyk ook af van die reël (waarop ons hieronder terugkom) dat abduksie 'n misdaad is wat gepleeg word teen diegene wie se toestemming tot die huwelik van die minderjarige nodig is.

Bezuidenbout se saak kan as nuttige aanknopingspunt dien vir 'n ondersoek na wat die regsgoed is wat werklik beskerm word by die misdaad abduksie. Daar heers eensgesindheid oor die feit dat dit by hierdie misdaad nie gaan om die beskerming van die minderjarige self nie, aangesien sy 'n gewillige party tot die ontvoering is, maar om die beskerming van die ouers se gesagsregte oor die minderjarige, aangesien die ontvoering juis plaasvind sonder hulle toestemming. Waaroor egter minder eenstemmigheid heers, is die vraag welke gesagsregte van die ouers beskerm word. Beskerm dit die *de facto* – fisiese kontrole van die ouer oor die kind, of die reg van die ouer om die huwelik van die minderjarige te verbied, of albei? Hierdie vraag is van belang, aangesien die antwoord daarop meer lig sal werp op die vraag wie se toestemming eintlik moet ontbreek alvorens die misdaad gepleeg word.

'n Beknopte omskrywing van gemeenregtelike abduksie (in teenstelling met wetteregtelike abduksie ingevolge artikel 13 van die Ontugwet 23 van 1957) sou daarop neerkom dat die misdaad gepleeg word wanneer iemand 'n minderjarige ongetroude persoon wegneem uit die kontrole van haar ouers of voog, en sonder laasgenoemde se toestemming, ten einde met haar te trou of met haar geslagsgemeenskap te hê. Alhoewel die ontvoerde persoon in bogemelde omskrywing 'n vrou is, kan die misdaad eweseer ten opsigte van 'n manspersoon gepleeg word, alhoewel so 'n geval nog nooit in ons regspraak voorgekom het nie. Daar word ook nie vereis dat dit die ontvoerder se bedoeling moet wees om *self* met die minderjarige te trou of met haar gemeenskap te hou nie (alhoewel dit gewoonlik die geval is); dit is voldoende dat dit sy bedoeling is dat *iemand* met haar moet trou of met haar gemeenskap moet hê.² Daar moet 'n fisiese verwydering van die minderjarige wees uit die kontrole wat oor haar uitgeoefen word. Dit alleen is egter nog nie voldoende nie. Sodanige verwydering is eers abduksie as dit gepaard gaan met 'n bepaalde bedoeling, naamlik dat iemand met die meisie moet trou of met haar gemeenskap moet voer. Hierdie twee vereistes weerspieël die dubbele karakter wat die onderhawige misdaad as 't ware het: die vereiste van fisiese verwydering uit kontrole dui daarop dat die pleging van die misdaad inbreuk maak op die *de facto* - kontrole oor die minderjarige; die vereiste dat dit die dader se bedoeling moet wees dat iemand met die meisie trou of met haar gemeenskap hou dui weer daarop dat deur die pleging van die misdryf inbreuk gemaak word op die reg van die ouer of voog om die huwelik van die minderjarige te verbied. In die gevalle van abduksie wat meesal in die praktyk voorkom, word die minderjarige sonder hulle toestemming aan die beheer van die ouers onttrek; die ouers is tegelykertyd die persone wat die *de facto* - kontrole oor haar het en wat moet toestem tot haar huweliksluiting. Wat is egter die posisie wanneer hierdie twee hoedanighede nie in dieselfde persoon setel nie? In so 'n geval is dit nodig om te besluit of die misdaad die *de facto* - kontrole, die *de iure* - bevoegdheid van die ouer of voog om die huwelik te verbied, of wel moontlik albei, beskerm.

'n Mens hoef slegs die standpunt van Gardiner en Lansdown *South African Criminal Law and Procedure* (6e uitgawe) in hierdie verband te vergelyk met dié van Hunt a w om die verskil van mening wat bestaan ten aansien van die vraag wie se toestemming moet ontbreek waar een van die ouers na egskeding nie meer die beheer en toesig oor die minderjarige het nie, agter te kom. Eersgenoemde skrywers verklaar te bl 1636-7:

²Vgl oor die misdaad in die algemeen *South African Criminal Law and Procedure* (formerly *Gardiner and Lansdown*) vol 2 deur Hunt te 537 ev, en veral *R v Sita* 1954 4 SA 20 (OD).

„Where the parents are living apart, the consent or objection of the parent who has the *custody* of the child is what must be looked to; the objection or consent of the other parent is immaterial” (my kursivering).

Hunt bl 547 voetnoot 94 is weer van mening dat die misdaad in so ’n geval slegs gepleeg word as nie net die ouer wat die beheer en toesig oor die minderjarige het, se toestemming ontbreek nie, maar ook die toestemming van die nie-toesighoudende ouer. ’n Derde standpunt word gehuldig deur Lansdown *Outlines of South African Criminal Law and Procedure* 2e uitg 95. In hierdie werk kom die woorde voor wat hierbo uit Gardiner en Lansdown aangehaal is, met die veelseggende uitsondering dat in die plek van die woord „custody” die woord „guardianship” gebruik word. Dit beteken dat in die gevalle van egskeding wat meesal voorkom, waar die beheer en toesig oor die minderjarige aan die moeder toegeken is sonder dat die hof enige bevel ten aansien van die voogdy oor die minderjarige maak, slegs die toestemming van die vader as natuurlike voog hoeft te ontbreek, al het hy geen *de facto* – kontrole oor die kind nie.

Die algemene indruk wat ’n mens uit ons gemeenregtelike bronne kry, is dat die misdaad gepleeg word nie bloot teen diegene wat die feitlike kontrole oor die minderjarige het nie, maar wel in die eerste instansie teen die minderjarige se ouers of voogde. Daar is wel sommige skrywers wat by die behandeling van abduksie geen melding maak van die ouers nie, maar die misdaad beskou as een van geweld wat gepleeg word teen die meisie self. So beskou Van der Linden *Koopmans Handboek* 2 7 4 „schaking” as sowel gewelddadige verkrachting as die onwillige ontvoering van ’n vrou of ’n jong dogter. Van Leeuwen *Rooms-Hollands Regt* 4 36 4 en *Censura Forensis* 1 5 24 beperk abduksie tot gevalle waar ’n dogter met geweld ontvoer word. Indien sy toestem, word die misdaad nie gepleeg nie.

Die meeste skrywers aanvaar egter tereg dat die misdaad nie gepleeg word teenoor die minderjarige meisie nie, maar teenoor die ouer of voog of, soos gesien sal word, selfs teenoor die bloedverwante of vriende van die minderjarige. Voet *Ad Pandectas* 48 6 6 verklaar dat as ’n meisie wat haar ouers of voogde (*tutores*) se toestemming tot haar huweliksluiting nodig het, ontvoer word, in omstandighede waar sy toestem maar haar ouers nie, ’n gruwelike onreg teen haar ouers, wie se toestemming nodig is, gepleeg word (vgl ook 48 6 4). Dit gaan vir Voet om die onreg teenoor die persone, hetsy ouers of voogde, wie se toestemming tot haar huwelik benodig word. Gelykluidend is Van der Keessel in *Theses Selectae* 71, volgens wie die misdaad wel gepleeg word as die meisie toestem, solank dit geskied *inscio vel invito parente aut tutoribus*. Volgens Van Zurk *Codex Batavus s v raptus* word die misdaad gepleeg deur ’n persoon „[die] een vrouw . . . vervoert van *man, ouders of voogden*” (my kursivering), terwyl Kersteman *Woordenboek s v „schaaken*” ook praat van „ouders of voogden.” Brunneman *Ad C*

9 13 vereis dat die handeling moet geskied sonder die toestemming van die ouers of bloedverwante (*contra voluntatem tamen parentum vel cognatorum*). Pieter Bort *Tractaet Crimineel* 5 126 beskryf 'n besluit van die „Heeren Staten Generael der Vereenigde Nederlanden” van 19 Maart 1664 waarin alle persone opgeroep word om 'n sekere ontvoerder aan die man te bring. In die beskrywing van die „rapt” word as benadeeldes genoem die „Voogden en naeste Bloedverwanten” van die meisie. Diegene wat die ontvoerde meisie opspoor, word versoek om haar weer „onder de opsicht van hare Voogden” te bring. *Hollandse Consultation* 2 191 beskryf 'n geval van ontvoering van 'n toestemmende meisie onder 21 jaar. As gevolg van haar meerderjarigheid is geen abduksie aangeneem nie aangesien die meisie „niet gehouden is haar te reguleren na den wille en consent van haar moeder, van haar voogden of van haar vrienden” (my kursivering). Matthaeus *De Criminibus* 48 4 2 18 stem nie saam met diegene wat van mening is dat solank die meisie se ouers nog leef, dit nie saak maak of sy toestem of nie, en dat haar toestemming eers ter sprake kom as haar ouers oorlede is nie. Hierdie mening, waarmee Matthaeus nie saamstem nie, impliseer dat slegs die ouers se regte beskerm word. Volgens hom word abduksie ook gepleeg selfs al het sy nie meer ouers nie, wanneer die meisie onttrek word aan haar voogde, bloedverwante of *curatores*, want die ontvoerder probeer om op 'n onbehoorlike manier met die meisie in die huwelik te tree. Hieruit wil dit voorkom asof Matthaeus hulle wie se toestemming tot die huwelik verkry moet word, sien as die persone teen wie die misdaad gerig is. Alhoewel dit skyn asof Matthaeus in sy behandeling van *raptus* die klem hoofsaaklik laat val op die geweld teenoor die ontvoerde, verklaar hy tog later (48 4 2 19) dat *raptus* (abduksie) gepleeg word wanneer 'n vrou weggevoer word sonder die toestemming van hulle in wie se gesag en bewaring (*sub quorum potestate et custodia*) sy is. As die ontvoerde toestem, beteken dit nou nie dat geen onreg gepleeg word nie; deur te ontvoer pleeg 'n mens 'n onreg, en wel teen die ouers, die bloedverwante, ja selfs (volgens Matthaeus) teen die staat. Ook Perezus *Praelectiones ad C* 9 13 3 en 7 noem die staat, naas die ontvoerde se ouers, as die benadeelde by abduksie. Brouwer, wat van al ons gemeenregtelike skrywers seker die volledigste aantekeninge oor *raptus* geskryf het, meen in sy *De Iure Connubiorum* 2 32 2, net soos Matthaeus, dat die misdaad gepleeg word as die ouers of verwante in wie se gesag en bewaring die ontvoerde is, nie hulle toestemming verleen het tot die verwydering nie. As die ouers oorlede is, word die misdaad gepleeg as die voogde se toestemming ontbreek, want hulle toestemming tot die huwelik van die ontvoerde meisie is nodig.

Die klem val volgens ons skrywers duidelik op die gesagsregte van die ouers of voogde (dus hulle wie se toestemming tot die huwelik verkry moet word) wat ondermyn word deur die abduksie. Die verwysing na bloedverwante as benadeeldes kan myns insiens gesien word

in die lig van die feit dat dit gewoonlik juis hulle is wat by die afsterwe van die ouers die voogde oor die minderjarige word. Wat veral belangrik is by die evaluering van ons skrywers se menings, is dat, so ver vasgestel kan word, hulle nêrens uitdruklik die geval behandel waar iemand anders as die ouers of voogde die kontrole oor die minderjarige het nie. Bort het byvoorbeeld duidelik die geval in gedagte waar die voog terselfdertyd ook nog die toesig oor die minderjarige het. Waar Matthaeus en Brouwer egter albei vereis dat diegene in wie se gesag *en bewaring* die minderjarige is, se toestemming moet ontbreek, wil dit voorkom dat waar iemand anders as die ouer of voog die bewaring en kontrole oor die minderjarige het, die toestemming van die ouer of voog nie voldoende is nie, maar dat ook daardie persoon wat die *custodia* het, se toestemming moet ontbreek. Indien hierdie afleiding verkeerd is, is dit in elk geval duidelik dat hierdie twee skrywers die voogdy slegs sien as die beskermde regsgoed vir sover dit terselfdertyd gepaard gaan met die bewaring van en toesig oor die minderjarige. 'n Afleiding wat myns insiens wel geregverdig is uit die menings van ons ou skrywers, is dat die blote *de facto* – bewaring en kontrole oor die minderjarige, nie beskerm word deur die misdaad nie. Daar moet minstens ook inbreuk gemaak word op die reg van die ouer of voog om die huweliksluiting van die minderjarige te verbied.

Die vraag of die reëls insake abduksie primêr die *de facto* – kontrole of die *de iure* – voogdy (of dalk albei) oor die kind beskerm, het in ons regspraak veral ter sprake gekom in daardie gevalle waar die minderjarige ontvoer is terwyl sy vir 'n tydlank afwesig was van haar ouers of voog en sy gedurende hierdie periode in die sorg van iemand anders was. In *R v Wilderman* (1888) 6 SC 295 het die moeder van die dogter haar gelaat in die sorg van R, uit wie se bewaring sy deur die beskuldigde geneem is. Die hof verwerp die argument dat abduksie nie gepleeg kon gewees het nie omdat nie bewys is dat die meisie se wettige voog, haar moeder, nie toegestem het tot die verwydering nie. Die blote feit dat R, in wie se bewaring sy was (maar wat nie die voog was nie) nie toegestem het nie, is vir die hof voldoende, en die beskuldigde word skuldig bevind. Lord De Villiers is blykbaar bewus daarvan dat ons gemene reg die toestemming van die *voog* vereis, maar verklaar

„I do not think that the books in treating of 'guardians' in connection with the crime of abduction intended the term to have its strict, technical meaning. The term 'legal custodian' would have been more appropriate, and this position the van Rooyens certainly occupied towards the girl.”

In *Tobie v the State* (1899) 16 CLJ 45 is 'n minderjarige kleurlingmeisie deur haar moeder in die diens van 'n sekere mevrou Van Rooyen geplaas. Sy was ontevrede met die behandeling wat sy van mevrou Van Rooyen ontvang het, en het besluit om terug te gaan na haar moeder wat op 'n aangrensende plaas woonagtig was. Op pad soontoe het die beskuldigde haar teëgekom en hulle het toe besluit om weg te

loop. Dit het hulle ook gedoen, en die moeder het die meisie later by 'n ander plaas aangetref waar sy en die beskuldigde in ontug saamgewoon het. Regter Hertzog onderneem 'n breedvoerige ondersoek na die Germaanse en Romeins-Hollandse bronne, en kom tot die gevolgtrekking dat ons gemene reg abduksie in hoofsaak beskou as 'n handeling waardeur die vaderlike gesag of voogdy oor 'n minderjarige geskend word. Nietemin vind die meerderheid van die hof dat geen abduksie gepleeg is nie aangesien die meisie reeds voordat die beskuldigde haar gekry het vrywilliglik en sonder dat die beskuldigde haar daartoe oorreed het, weggeloop het van die persoon in wie se diens haar moeder haar geplaas het. Dit is egter te betwyfel of die uiteindelijke slotsom wat regter Hertzog bereik het, korrek is. In hierdie saak was die meisie op die tydstip toe die beskuldigde by haar gekom het juis voornemens om terug te gaan na haar eie moeder. Die meisie was slegs besig om self die kontrole van die pleegouer te vervang deur die kontrole van haar werklike ouer, en dit is moeilik om in te sien dat sy op daardie stadium in niemand se „power and protection” (soos die regter dit noem) gestaan het nie. Insiggewend is egter regter Stuart se afwykende uitspraak. Hy meen dat die beskuldigde wel skuldig is aangesien hy inbreuk gemaak het op, soos hy dit stel, die ouers se reg om daarop aan te dring dat niemand hom sonder hulle toestemming met die kind bemoei nie. Die misdaad skend volgens hom die „parental rights so jealously guarded by the Roman and Roman-Dutch law.” Aangesien die meisie 'n minderjarige was, moes sy noodwendig onder iemand se „kontrole” gestaan het, en daardie persoon se toestemming moes eers deur die beskuldigde verkry gewees het. Regter Stuart se uitspraak kan so gelees word dat wat hy inderdaad beskou as die beskermingsobjek, die *de iure* – bevoegdhede van die voog oor die minderjarige is. In *Tenyane v R* 1910 EDL 384, 'n geval waar die meisie tydens haar wegname in haar ma (wat nie haar voogdes was nie) se sorg was, terwyl haar werklike voog, naamlik haar oom, elders woonagtig was, vereis die hof (bl 387) dat die persoon in wie se bewaring sy was, sowel as haar wettige voog, se toestemming ontbreek het.

In *Hlapo v R* 1944 OPD 166 was die hof in 'n posisie om standpunt in te neem tussen bogemelde sake. In hierdie saak is die meisie verwyder uit die sorg van haar oom en haar ouma by wie sy tydelik gekuier het, terwyl haar wettige voog elders was en daar geen getuienis was dat sy toestemming nie verkry is nie. Regters Van den Heever en De Beer verwys na ons gemene reg en is albei van mening dat die misdaad gepleeg word teen die minderjarige se ouers of voog, wie se toestemming nodig is vir haar huweliksluiting. Selfs in gevalle waar die kind *de facto* in iemand anders se beheer is, moet die klagtestaat, volgens die hof, beweer dat die voogdy *en* beheer gesetel is in diegene wie se toestemming tot die huwelik noodsaaklik is. Hieruit wil dit voorkom dat die hof van mening is dat die beskermde regsgoed by abduksie

slegs die *de iure* – bevoegdheid van die ouer of voog is om toe te stem tot die huwelik van die minderjarige, en dat die *de facto* – beheer of kontrole oor die minderjarige nie ter sake is nie. „Voogdy” moet volgens die hof sy streng tegniese betekenis dra, en die *Wilderman*-saak word deur beide regters sterk veroordeel op grond van die verwatering wat die begrip „voogdy” in hierdie saak ondergaan het. In *Regina v Nortje* 1955 2 PH H138 was die minderjarige meisie se moeder oorlede. Haar vader en wettige voog was ’n verhoorafwagtende gevangene in die tronk, en sy het by haar ouma gebly. Die skuldigbevinding aan abduksie word ter syde gestel op grond daarvan dat die staat in gebreke gebly het om te beweer en te bewys dat die verwydering plaasgevind het sonder die vader se toestemming, aangesien die toestemming al dan nie van die persoon in wie se feitlike bewaring die meisie was, volgens die hof nie saak maak nie. Blykbaar het die hof van die veronderstelling uitgegaan dat die vader nie eers meer middellike kontrole oor sy dogter uitgeoefen het nie. Hierdie uitspraak, net soos die *Hlapo*-beslissing, beperk die beskermde regsgoed tot die regte van die voog, en negeer die *de facto* – kontrole oor die kind.

In daardie sake waarin ons howe ’n omskrywing van die misdaad gegee het, is telkens vereis dat die verwydering moet geskied het sonder die toestemming van die ouer of voog, alhoewel die persone uit wie se beheer die minderjarige geneem is, natuurlik ’n nie-voog, soos iemand *in loco parentis*, kan insluit.³

’n Eenvormige beeld van die beskermde regsgoed by abduksie, en ’n eenvoudige antwoord op die vraag wie se toestemming derhalwe moet ontbreek alvorens die misdaad gepleeg word, bied ons regspraak dus nie. *Wilderman*, en tot ’n sekere hoogte ook *Tobie*, skyn daarmee te volstaan dat slegs die persoon wat die feitlike kontrole oor die minderjarige het, se toestemming hoef te ontbreek. Lord De Villiers se verwysing in *Wilderman* na die „legal custodian” as die persoon wie se goedkeuring deur die dader verkry moet word, oorbrug die probleem nie, want die „legal custodian” kan iemand anders wees as die werklike voog. *Hlapo* en *Nortje* laat weer slegs die klem val op die toestemming van die voog, selfs al is die minderjarige in die beheer van iemand anders. *Tenyane* vereis weer dat *sowel* die voog as die persoon wat slegs die feitlike kontrole het, se toestemming moet ontbreek.

Na my mening kan nóg die blote *de facto* kontrole nóg die blote *de iure* voogdy alleenstaande aanvaar word as beskermingsobjek by abduksie. Abduksie beskerm beide tegelykertyd. Anders gestel: daar kan slegs abduksie wees as beide kumulatief geskend is.

³*R v Barnard* 1907 TS 270, *R v Mafilaxuba* 1944 SR 134, *R v Sita* 1954 4 SA 20 (OD) 22, *R v Churchill* 1959 2 SA 575 (A) 580. *Gardiner and Lansdown* se definisie, waarin dieselfde vereiste gestel word, is gevolg oa in *R v Nel* 1923 EDL 82 83, *R v Jorgenson* 1935 EDL 219 222 en *R v Kahn* 1928 CPD 328 332.

Indien 'n mens volstaan met net die *de facto* kontrole as beskermde regsgoed, sou al daardie gevalle waar iemand anders as die ouer of voog die *de facto* – kontrole oor die minderjarige uitoefen, abduksie wees, ten spyte van die feit dat *sowel* die minderjarige meisie *as* haar ouers of voog toegestem het dat sy weggeneem word ten einde met iemand te trou, mits maar die persoon wat die kontrole oor haar het, sy of haar toestemming weerhou het. Omgekeerd sal dit weer geen abduksie wees as die persoon wat nie ouer of voog is nie, maar slegs die *de facto* – kontrole het, toestem tot die verwydering, terwyl die ouers of voog ten sterkste beswaar aanteken. Dit sou duidelik direk in stryd wees met die voorskrifte van ons gemene reg wat abduksie sien as 'n misdad wat in die eerste instansie inbreuk maak op die ouer of voog se regte, en meer bepaald die bevoegdheid van laasgenoemde om die huweliksluiting van die minderjarige te verbied.

Indien, aan die ander kant, aangeneem word dat die misdad slegs die *de jure* – voogdy, of, wat daarmee saamhang, die bevoegdheid of reg van die ouer om die sluiting van die huwelik van die minderjarige te belet, beskerm, bestaan die gevaar dat hierdie misdad kan ontaard in bloot 'n middel om diegene wat met 'n minderjarige sonder die toestemming van die ouer of voog trou, te bestraf. As sodanig kan dit beskou word as slegs die strafsanksie waarmee nie-nakoming van die privaatregtelike voorskrif wat toestemming deur die ouers of voog tot die huwelik van 'n minderjarige vereis, bedreig word.

Dit sal ook tot die onwenslike resultaat lei dat 'n ouer wat alle belangstelling in die minderjarige verloor het, apart van hom bly, die minderjarige volkome aan hom- of haarself oorgelaat het, en dus geen *de facto* – beheer of kontrole hoegenaamd meer uitoefen nie, nog steeds 'n klaer of klaagster by 'n klag van abduksie kan wees, bloot op grond van die bevoegdheid wat so 'n ouer van regsweë het om die huwelik van die minderjarige te verbied. As so 'n ouer, veral in 'n geval waar hy weens gebrek aan belangstelling nie eens meer weet waar die minderjarige haar bevind nie, kan kla dat sy kind uit sy gesag ontvoer is bloot op grond daarvan dat sy toestemming tot haar huwelik nodig is, dan het die vereiste wat by abduksie gestel word dat daar 'n fisiese verwydering van die kind *de loco in locum* moet wees, geen rol meer te vervul nie.

Alhoewel *Tobie* se saak (*supra*) ook moontlik as gesag in hierdie verband gebruik kan word,⁴ is *Bezuidenhout* se saak, sover vasgestel kan word, in werklikheid die eerste waarin uitdruklik beslis is dat geen

⁴Alhoewel die uitspraak van die meerderheid van die hof berus op die veronderstelling dat die minderjarige onder geen kontrole meer gestaan het nie, is dit twyfelagtig of dit 'n geregverdigde afleiding uit die getuienis was. Sien die kritiek teen hierdie beslissing in *Hlapo (supra)* te 170, Hunt a w 544 voetnoot 77 en De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafbreg* 2e uitg 460.

abduksie gepleeg word waar die toesighoudende ouer inderdaad nie begerig is om die toesig of beheer oor die minderjarige uit te oefen nie, en dit prakties ook nie meer doen nie.⁵ In hierdie opsig is die uitspraak te verwelkom. Op regspolitieke gronde kan beweer word dat so 'n ouer die beskerming wat die misdad aan sy of haar gesagsregte verleen, nie waardig is nie. Voogdy bestaan immers nie net daaruit dat die voog se toestemming tot die huwelik van die minderjarige nodig is nie. Dit sluit ook die kontrole oor die persoon, goedere, opvoeding en alledaagse doen en late van die kind in. Waar die ouer nog 'n reg het tot sodanige kontrole maar dit prakties nie meer uitoefen nie, is dit dus geensins onbillik nie om hom 'n klagte van abduksie te ontsê teen die persoon wat die minderjarige weggenem het.

Aangesien nòg die blote *de facto* – kontrole sonder die voogdy nòg die blote voogdy sonder die *de facto* – kontrole die beskermde regsgoed by abduksie kan uitmaak, sou dit derhalwe meer bevredigend wees om te sê dat die misdad albei beskerm. Dit sou ook meer in ooreenstemming wees met die tweeledige karakter wat hierdie misdad vertoon, naamlik as beskermers van sowel die fisiese teenwoordigheid van die minderjarige in die ouerlike kontrole as die bevoegdheid van die ouer of voog om die huweliksluiting van die minderjarige te verbied. Alhoewel hierdie gevolgtrekking dat die misdad albei beskerm, betreklik eenvoudig voorkom, is die toepassing daarvan op daardie buitengewone gevalle waar 'n minderjarige ontvoer word terwyl hy of sy in die sorg van iemand anders as een of albei van die ouers of voog is, glad nie so voor die hand liggend nie. Wat naamlik nie so eenvoudig is om te beantwoord nie, is die vraag welke persoon se toestemming in hierdie gevalle moet ontbreek alvorens die misdad gepleeg word. 'n Ontleding van die gevalle wat kan voorkom bring spoedig aan die lig dat wye veralgemenings, hoe aantreklik ook al, bedrieglik kan wees.

Die bevredigendste prosedure skyn te wees om 'n algemene antwoord op die vraag wie se toestemming moet ontbreek, voorlopig agterweë te hou en eers die verskillende situasies wat kan voorkom waar iemand anders as een of albei van die ouers of die voog die *de facto* – kontrole oor die minderjarige het, elkeen afsonderlik te behandel.

Of 'n ouer die *de facto* – kontrole oor 'n minderjarige het, is 'n feitlike vraag. Die blote feit dat 'n kind wie se ouers nie geskei is nie

⁵Die enigste gesag waarop die hof gesteun het was 'n aanhaling uit Hunt 544. Al saak wat Hunt enigszins steun is *Tobie*. Die onskuldigbevindings in *Pearston* 1940 OPD 153 en *R v Cornick* 1957 2 PH K140 (K) waarop Hunt hom beroep, kan egter verklaar word op grond van die feit dat die beskuldigdes nie een die opset gehad het òf om te trou òf om gemeenskap met die meisie te hê nie. Die *dictum* in *R v Feulner* 1926 TPD 157 161 waarop Hunt hom ook beroep, beklemtoon slegs die vereiste dat daar 'n onttrekking moet wees deur die beskuldigde.

maar nog saamwoon, die ouerhuis vir 'n aansienlike tydperk verlaat en by iemand anders gaan bly, beteken nie dat die ouers geen kontrole meer oor die kind uitoefen nie. Die ouer kan in hierdie gevalle nog steeds die kontrole middellik uitoefen.⁶ Die blote feit dat abduksie nog steeds gepleeg kan word waar die kind in die sorg van iemand *in loco parentis* is, en dat die toestemming van laasgenoemde nie ter sake is nie,⁷ toon dat dit verkeerd sou wees om te aanvaar dat 'n ouer se kontrole noodwendig verval sodra die kind die huis verlaat en by iemand anders gaan bly. In hierdie gevalle word abduksie gepleeg wanneer die ouers se toestemming ontbreek.

Eerstens word gelet op die posisie waar die ouers geskei is en die beheer en toesig oor die minderjarige kind aan slegs een van die partye toegeken is. Die effek van so 'n bevel van die hof is dat die minderjarige, solank die bevel van krag is, woonagtig is by daardie party aan wie die hof die beheer en toesig oor die minderjarige toegeken het, en dat daardie party die kontrole verkry oor die persoon en opvoeding van die minderjarige, sy of haar fisiese welsyn, die plekke wat die minderjarige mag besoek en die mense met wie die minderjarige sosiaal mag verkeer.⁸ Die ander party het nog 'n reg van toegang tot die kind te alle redelike tye (tensy dit deur 'n hofbevel uitgesluit is); en—wat belangrik is—daarbenewens moet sy of haar toestemming tot die huwelik van die minderjarige nog steeds verkry word, behalwe in die enkele uitsonderingsgevalle waar die toesighoudende ouer ook tegelykertyd die uitsluitlike voogdy oor die minderjarige verkry het ingevolge artikel 5(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953, in welke geval so 'n ouer wat die uitsluitlike voogdy het se toestemming tot die huwelik alleen voldoende is. In geval van meningsverskil tussen die ouers was die vader se wil vroeër deurslaggewend, maar tans bepaal artikel 5(4) van die gemelde Wet op Huweliksaangeleenthede dat die toestemming van die vader nie meer voldoende is waar die moeder nie haar toestemming tot die huwelik verleen nie. Albei se toestemming is dus nodig.⁹

In die lig van bogenoemde uiteensetting van die posisie in die privaatreg, moet nou uitgemaak word wie se toestemming moet ontbreek om abduksie daar te stel, waar die ouers geskei is en slegs een van hulle die beheer en toesig oor die minderjarige het. Is die feit dat die toesighoudende ouer se toestemming ontbreek, voldoende om (naas die ander vereistes vir die misdaad) die misdaad daar te stel, of

⁶Dit was ook die houding van die hof in *Hlapo (supra)* en *R v Thomas* 1925 TPD 248, waar die kind ten tyde van haar ontvoering met vakansie by familieleden was.

⁷Hunt a w 540-541 en 547.

⁸Sien oor die algemeen hieroor Spiro *Law of Parent and Child* 3e uitg 274 e v en Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* 3e uitg 456.

⁹Vgl Hahlo a w 87 e v en Spiro a w 169 e v.

word die misdaad eers gepleeg as ook die ander (nie-toesighoudende) ouer se toestemming ontbreek?

Dit spreek vanself dat die antwoord op hierdie vraag in ooreenstemming moet wees met die standpunt hierbo gehuldig dat die misdaad abduksie sowel die bevoegdheid van die ouer of voog om die sluiting van die minderjarige se huwelik te belet as die *de facto*-beheer oor die minderjarige beskerm. Om hierdie rede sal niemand dit dan ook betwis dat die ouer wat die beheer en toesig oor die minderjarige het, se toestemming moet ontbreek nie. Die vraag is dus slegs of, naas dié van die toesighoudende ouer, ook die toestemming van die ander ouer moet ontbreek. Om hierdie vraag te beantwoord moet 'n mens let op die verhouding waarin die nie-toesighoudende ouer tot die minderjarige staan. So 'n ouer het wel, soos gesien is, nog die bevoegdheid om die huweliksluiting van die minderjarige te verbied, maar geen *de facto*-beheer oor die kind nie. Die blote feit dat die nie-toesighoudende ouer 'n reg van toegang te redelike tye tot die kind het, en hierdie reg selfs ook uitoefen, beteken nie dat die kontrole oor die kind om daardie rede verdeel is nie (*Meyers v Leviton* 1949 1 SA 203 (T)). Dit is ook wel so dat waar die beheer en toesig aan die moeder toegeken is, die vader as natuurlike voog nog die beheer oor die goedere en vermoënsregtelike aangeleenthede van die minderjarige behou. Selfs dit beteken nie dat hy as nie-toesighoudende ouer op 'n indirekte wyse nog die *de facto*-kontrole oor die minderjarige het nie. Slegs die toesighoudende ouer het die beheer oor die *persoon* van die minderjarige (in teenstelling met sy vermoënsregtelike aangeleenthede); en by abduksie gaan dit seer sekerlik nie om die beheer van die goedere en vermoë van die minderjarige nie, maar om die beheer van die *persoon* van die minderjarige.

Aangesien die nie-toesighoudende ouer (in elk geval vir die doeleindes van abduksie) dus geen *de facto* kontrole oor die minderjarige meer uitoefen nie, dog slegs nog die bevoegdheid het om sy huweliksluiting te verbied, en aangesien, soos hierbo verduidelik, die misdaad gerig is sowel teen laasgenoemde bevoegdheid van die ouer of voog as die *de facto* kontrole oor die minderjarige, is die nie-toesighoudende ouer se toestemming tot die wegvoering van die minderjarige myns insiens nie ter sake nie. As dit nie so was nie, sou die misdaad gepleeg kon word sonder dat enigsins inbreuk gemaak is op die fisiese kontrole oor die minderjarige, want waar die toesighoudende ouer toestem, maar die nie-toesighoudende ouer sy toestemming weerhou, kan hoogstens gesê word dat daar inbreuk gemaak is op laasgenoemde se bevoegdheid as ouer of voog om die huwelik van die minderjarige te verbied. Net so min as wat die blote sluiting van 'n huwelik deur 'n minderjarige sonder toestemming, abduksie is, sonder dat daar ook eers 'n fisiese verwydering uit kontrole was, net so min kan daar in hierdie geval waar die toesighoudende ouer toestem, maar die nie-toesighoudende ouer nie, abduksie wees, want daar was geen

wederregtelike verwydering uit kontrole nie. Die nie-toesighoudende ouer, wie se toestemming alleen ontbreek het, het naamlik geen kontrole gehad nie.

Die enigste persoon wie se toestemming in hierdie gevalle dus hoef te ontbreek, is die toesighoudende ouer. Indien sy of haar toestemming ontbreek, word abduksie gepleeg (aannemende dat daar voldoen is aan die ander vereistes vir die misdaad), selfs al stem die nie-toesighoudende ouer wel toe. Indien dit 'n geldige verweer kon gewees het dat die nie-toesighoudende ouer toegestem het al het die toesighoudende ouer se toestemming ontbreek, sou die onwenslike resultaat bereik word eerstens dat geen abduksie gepleeg word nie ten spyte van die feit dat daar 'n verwydering van die minderjarige uit regmatige kontrole en sonder die toestemming van een van die ouers was en tweedens dat 'n ouer wat geen *de facto* beheer oor die minderjarige het nie (wat nog te sê dit uitoefen) se toestemming 'n geldige verweer kan wees. Dit sou voorwaar maar skrale troos aan die toesighoudende ouer bied dat enigiemand nou maar die kind vir 'n geruime tydperk vir die doeleindes van geslagsgemeenskap uit sy kontrole kan verwyder bloot omdat die nie-toesighoudende ouer, wat in elk geval self geen kontrole oor die kind het nie, geen beswaar daarteen het nie.

In hierdie gevalle kan dus gesê word dat abduksie gepleeg word as die wegvoering van die minderjarige geskied sonder die toestemming van die ouer wat terselfdertyd ook die beheer en kontrole oor die kind uitoefen.¹⁰ Daar dien op gelet te word dat die blote feit dat 'n ouer regtens die beheer en toesig oor die minderjarige het, nie in alle gevalle beteken dat so 'n ouer se toestemming moet ontbreek nie. So 'n ouer se toestemming hoef slegs te ontbreek waar hy of sy hierdie reg op beheer en toesig oor die kind daadwerklik uitoefen. Eers dan kan immers beweer word dat so 'n ouer ook die *de facto* – kontrole het. Dit is juis die rede vir die onskuldigbevinding in die *Bezuidenhout*-saak. Die hof het tereg nie die landdros gelyk gegee in laasgenoemde se bewering dat dit voldoende is dat die moeder die *de jure* – beheer en – toesig oor die kind het, en dat dit nie saak maak of sy dit ook daadwerklik uitoefen nie (bl 34H).

Waar die ouers nie geskei is nie, maar tog apart van mekaar woon, en slegs die een party werklik die *de facto* – kontrole oor die kind uitoefen,

¹⁰Hunt a w 547 voetnoot 49 meen egter dat ook die nie-toesighoudende ouer se toestemming moet ontbreek, op grond van die reël dat abduksie inbreuk maak op sowel die reg tot kontrole oor 'n minderjarige as die reg om toe te stem tot die huwelik. Hunt se mening is egter moeilik te versoen met wat hy self net daarna (voetnoot 98 op dieselfde bladsy) sê en wat my standpunt steun, nl „The crime of abduction penalises serious invasions of parental . . . control generally and not just those parts of it which relate to the right to consent to marriage.”

is die posisie myns insiens dieselfde as in die geval hierbo waar, na egskeiding, slegs een van die partye die beheer en toesig oor die minderjarige het. Dit is wel so dat die vader nie sy reg op beheer en toesig oor die minderjarige kind ontnem kan word solank die huwelik nog bestaan nie, behalwe deur die hof as oppervoog van alle minderjariges (*Calitz v Calitz* 1939 AD 56), maar dit gaan hier nie oor die *reg* van die vader op beheer en toesig nie, dog oor die *uitoefening* van daardie *reg*. Woon die vader apart van die kind en oefen hy prakties geen beheer meer oor die kind uit nie, is sy toestemming nie meer nodig nie. Waar die ouers apart woon maar die ouer by wie die kind nie inwoon nie, nogtans beheer uitoefen oor die kind (net soos 'n ouer nog beheer uitoefen oor 'n kind wat geplaas is in die sorg van iemand *in loco parentis*) is dit egter wel abduksie as so 'n ouer se toestemming nie verkry is nie.

Laastens moet nog die posisie oorweeg word waar nie een van die ouers die *reg* van beheer en toesig oor die minderjarige het nie. Dit mag byvoorbeeld (weliswaar in uitsonderlike gevalle) gebeur dat die hof van mening is dat nòg die vader nòg die moeder bekwaam is om die beheer en toesig oor die minderjarige te hê, en dit dan toeken aan iemand anders, byvoorbeeld die minderjarige se grootmoeder. In hierdie gevalle het die persoon wat die *de facto*-kontrole oor die kind uitoefen, geen *reg* om die huweliksluiting van die minderjarige te verbied nie, aangesien hy of sy nie die ouer of voog van die kind is nie. Stem sowel die ouers as die toesighoudende persoon toe tot die verwydering, is daar klaarblyklik geen abduksie nie. Wat is egter die posisie as die ouers of voog toestem, maar die toesighoudende persoon nie? Om abduksie hier aan te neem, sou beteken dat die misdaad gepleeg word teenoor iemand wat glad nie die voog van die kind is nie en geen bevoegdheid het om toe te stem tot die huweliksluiting van die minderjarige nie. Dit sou klaarblyklik direk in stryd wees met die posisie in die gemene *reg* waarvolgens die misdaad in die eerste instansie gerig is teen diegene wie se toestemming tot die huwelik van die minderjarige noodsaaklik is.

Waar die toesighoudende persoon toegestem het, maar die ouers of voog nie, is daar myns insiens eweneens geen abduksie gepleeg nie, aangesien die ouers of voog wie se toestemming ontbreek het, geen *de facto*-kontrole oor die minderjarige gehad het nie. Waar nòg die toesighoudende persoon nòg die ouer of voog toegestem het, is daar myns insiens egter wel abduksie. Hier word, soos hierbo vereis is, inbreuk gemaak op sowel die *de facto*-kontrole oor die kind as die bevoegdheid wat die ouer of voog van regsweë het om die huwelik van die minderjarige te verbied. In hierdie gevalle kan dus gesê word dat sowel die persoon wat die *de facto* kontrole uitoefen as die ouer of voog wie se toestemming tot die huwelik van die minderjarige nodig is, se toestemming moet ontbreek alvorens die misdaad gepleeg word.

Hierdie standpunt is in ooreenstemming met die beslissing in *Tenyane (supra)*, maar beteken dat *Wilderman (supra)* verkeerd beslis is. In *R v Van Zyl* 1944 SWA 1 was die minderjarige 'n weeskind wat by haar ouma ingewoon het. Haar ouma was egter nie haar voogdes nie. Daar is beslis dat abduksie wel gepleeg is bloot omdat die ouma nie toegestem het nie. Die beslissing is, met respek, verkeerd omdat nie bewys is dat inbreuk gemaak is op enigiemand se reg om haar huweliksluiting te belet nie. Geen voog was trouens in hierdie saak aangestel vir die minderjarige nie. Logies beskou beteken dit volgens my standpunt dat geen abduksie ten opsigte van haar gepleeg kon gewees het nie. Hunt 545 voetnoot 82 se bewering dat so 'n gevolgtrekking teen die openbare belang sou wees, is myns insiens ongeregverdig, aangesien hierdie misdaad nie gepleeg word teenoor die minderjarige nie, maar teenoor die ouer of voog, en hierdie minderjarige het nóg 'n ouer, nóg 'n voog gehad. Buitendien, 'n huwelik gesluit deur 'n minderjarige weeskind is geldig selfs al het die voog nie toegestem nie, alhoewel die strawwe van die Ewige Edik van 1540 van toepassing is.¹¹ In *Hlalo* het regter Van den Heever op bl 174 aan die hand gedoen dat waar 'n minderjarige geen ouer of voog het nie, daar abduksie is as die toestemming van die hooggeregshof as oppervoog van alle minderjariges nie verkry is nie. Alhoewel hierdie siening aansluiting kan vind by die mening van *Matthaeus* a w 48 4 2 19 en *Perezzius* a w 9 13 3 en 7 volgens wie *raptus* 'n misdaad is wat gepleeg word teen die hele staat, is dit te betwyfel of ons howe so ver sal gaan as om „the proper judicial authorities . . . *quos petere decet*” (soos die regter dit gestel het) te beskerm as die klaer in 'n abduksieszaak. De Wet en Swanepoel a w 458 voetnoot 173 noem buitendien tereg dat die hof tog nie die huwelik van 'n minderjarige kan belet nie; die minderjarige kan, waar die ouer of voog sy toestemming sonder rede weethou, by die hof aanklop teen die weerspannige ouer.

By wyse van opsomming kan nou gepoog word om ten aansien van abduksie 'n algemene reël te stel ten opsigte van die vraag wie se toestemming moet ontbreek waar 'n minderjarige ontvoer word terwyl hy of sy in die kontrole van iemand anders is as een of albei van die ouers of voog. Dit skyn asof die verste wat 'n mens kan veralgemeen is om te beweer dat die misdaad in hierdie gevalle gepleeg word as sowel die persoon wat die *de facto*-kontrole uitoefen as die ouer of voog wie se toestemming tot die huwelik van die minderjarige nodig is, se toestemming ontbreek, maar met hierdie kwalifikasie dat waar albei hierdie hoedanighede in een persoon (naamlik die ouer wat na egskeiding die beheer en toesig oor die minderjarige het en uitoefen) gekombineer is, daardie persoon se toestemming afdoende is.

In die lig van die voorgaande bespreking van die misdaad kan

¹¹*Dineen* 1955 4 SA 49 (O) 53B, *Hahlo* a w 95 en *Spiro* a w 170.

daar nie fout gevind word met die uiteindelijke resultaat wat die hof in die *Bezuidenhout*-saak bereik het nie. Aangesien die moeder haar reg op beheer en toesig oor die dogter nie meer daadwerklik uitgeoefen het nie, is geen inbreuk gemaak op enige *de facto* – kontrole oor die kind nie, en is die misdaad dus nie gepleeg nie. Met respek kan egter nie saamgestem word met regter Marais se stelling te bl 35 dat abduksie 'n misdaad is wat gepleeg word teen die persoon wat die beheer en toesig regtens oor die minderjarige het nie. Dit sou slegs korrek wees as hierdie toesighoudende persoon van wie gepraat word, die toesighoudende ouer is. Waar dit egter iemand anders as die ouer of voog is, kan die stelling nie opgaan nie, aangesien, soos hierbo verduidelik, die misdaad dan gepleeg kan word sonder dat enigsins inbreuk gemaak is op die reg van die ouer of voog om die huwelik van die minderjarige te verbied.

SUMMARY

The interests protected in common law abduction

The common law crime of abduction is committed when the removal of the minor takes place without the consent of those persons whose consent to his or her marriage is necessary. The requirement that there must be a taking away of the minor out of the control of the parent or guardian, means that there must have been an actual *de facto* exercise of control over the person of the minor. The crime of abduction therefore protects both the right of the parent or guardian to consent to a minor's marriage, and the *de facto* exercise of control over the minor. Both must simultaneously have been breached by the removal of the minor.

Where the parents are divorced and only one of them has the custody of the child, abduction is committed when the consent of the custodian spouse is lacking, the consent of the non-custodian spouse being irrelevant. If this were not so, abduction could be committed without there being any breach of the *de facto* control over the minor, viz where the custodian spouse consents to the removal but the non-custodian spouse withholds consent. Where the person who has the custody of the child is somebody other than the parent or guardian, abduction is only committed if the removal takes place without the consent of both the custodian and the parents or guardian. □

[T]he sanctity of a man's house and the privacies of life still remain protected from the uninvited intrusion of physical means by which words within a house are secretly communicated to a person on the outside. A man can still control part of his environment, his house; he can retreat thence from outsiders, secure in the knowledge that they cannot get at him without disobeying the Constitution. That is still a sizeable hunk of liberty - worth protecting from encroachment. A sane, decent and civilized society must provide some such oasis, some shelter from public scrutiny, some insulated enclosure, some enclave, some inviolate place which is a man's castle.

US v On Lee (1951) 193 F 2d 306, 315-6

Aantekeninge

EXIT ULTRA VIRES

Wanneer hierdie aantekening verskyn sal die *European Communities Bill* vermoedelik reeds deur die Britse Parlement aangeneem wees. Die doel van die maatreël is om Engelse reg te laat strook met voorskrifte wat reeds in al die huidige lidlande van die EEG geïmplimenteer is (ingevolge die Direktief van die Raad van Ministers van 9 Maart 1968). Vanuit die Suid-Afrikaanse oogpunt is klousule 9, wat met maatskappyregtelike aangeleenthede handel, veral van belang, juis omdat die Engelse maatskappyereg nog altyd so 'n belangrike faktor in ons maatskappyereg was en uiteraard ook tot 'n groot hoogte sal bly.

Dié belangwekkendste voorskrif het betrekking op die *ultra vires*-leerstuk en die bevoegdheid van direkteure om hul maatskappy te bind aan transaksies wat selfs buite die statute en akte val. In klousule 9(1) word bepaal

- (1) dat „any transaction decided on by the directors shall be deemed to be one which is within the capacity of the company to enter into” en
- (2) dat „the power of the directors to bind the company shall be deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles of association.”

Klousule 9(1) gaan dan voort om te bepaal dat die ander kontraksparty glad nie verplig is om hom daarvan te vergewis dat die maatskappy wel die bevoegdheid het om die transaksie aan te gaan nie, en ook nie of daar enige beperking op die verteenwoordigingsbevoegdheid van die direkteure is waardeur die transaksie buite hul volmag geplaas word nie. Hierdie beskerming kom die derde egter net toe as hy te goeie trou opgetree het. Daaronder word vermoedelik verstaan dat hy nie daadwerklike, in teenstelling met toegerekende, kennis van die gebrek aan bevoegdheid gehad het nie. Wel word veronderstel dat hy te goeie trou gehandel het totdat die teendeel bewys word.

Die woorde onder (1) hierbo slaan op die bevoegdheid *van die maatskappy*. Die uitwerking van die voorskrif in hierdie samehang sal wees dat 'n maatskappy nie meer teenoor 'n derde sal kan aanvoer dat

die handeling *ultra vires* van die maatskappy is nie. Daar word egter nie so ver gegaan as om 'n lid van die maatskappy die reg te ontnem om sy maatskappy gebonde te hou aan nakoming van die voorskrifte van sy akte en statute nie (vgl a 16 van die *Maatskappywet* 46 van 1926; *Parke v Daily News Ltd* 1962 2 All ER 929; *Edwards v Halliwell* 1950 2 All ER 1064 1066; Cilliers & Benade *Maatskappyereg* 51).

Opvallend is eerstens dat hierdie reëling baie ooreenkoms toon met die aanbevelings van die *Coben Committee* (1945 Cmd 6659) en die *Jenkins Committee* (1962 Cmd 9112) aangaande hierdie punt maar wat klaarblyklik as so ingrypend teenoor die begripsgrondslae van die Engelse maatskappyereg beskou is dat die Engelse wetgewer altans nie kans gesien het om dit te implementeer nie. Ironies genoeg word die Engelse wetgewer nou deur die vereistes vir toetrede tot die EEG verplig om juis die weg in te slaan waarvoor hy voorheen nie kans gesien het nie.

Die tweede, en vir Suid-Afrika meer opvallende, punt is die ooreenkoms wat hierdie deel van die voorskrif toon met aanbeveling 29 van die verslag van die Van Wyk de Vries-kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet (RP 45/1970). Aanbeveling 29 het in die konsepwetsontwerp van die Kommissie (RP 31/1972) soos volg in klousule 13 beslag gekry:

„Geen handeling van 'n maatskappy is nietig net omrede die feit dat die maatskappy volgens sy akte sonder bevoegdheid of mag was om aldus te handel nie, of omrede die direkteur nie gemagtig was om daardie handeling namens die maatskappy aan te gaan net vanweë die gemelde feit nie; en behalwe tussen die maatskappy en sy lede of direkteure, of tussen sy lede en direkteure, kan nóg die maatskappy nóg enige ander persoon in enige regsproses sodanige gebrek aan bevoegdheid of mag of magtiging aanvoer of daarop steun.”

Intern sal beperkinge in die akte en statute nog steeds geld maar dit sal nie teen buitestaanders opgewerp kan word nie. Die Engelse bepaling het egter die bykomstige voorskrif wat daarop neerkom dat die buitestaander darem nie daadwerklik van die beperking bewus mag gewees het as hy hom op hierdie bepaling wil beroep nie. 'n Soortgelyke benadering geskoei op 'n weerlegbare vermoede dat die derde wel kennis gedra het, is vir Suid-Afrika bepleit (Naudé „'n Nuwe Benadering tot die Funksie van Maatskappydoelstellings 1971 SALJ 505 509), maar het nie in die kommissie se konsepwetsontwerp neerslag gevind nie.

Die woorde onder (2) hierbo het betrekking op die geval waar in die akte of statute getrag word 'n beperking te plaas *op die volmag van die direksie* om die maatskappy te bind. So 'n beperking sal op dieselfde voorwaardes as wat hierbo genoem is, kragteloos wees teenoor 'n buitestaander wat te goeie trou gehandel het. Schmitthoff voer aan dat

hierdie voorskrif verder as die *Turquand*-reël gaan en daardie reël vervang en met sy beperkinge wegdoen (1972 (April) *Journal of Business Law* 86). Die voorskrif het wel tot gevolg dat indien die direksie as sodanig beperkings in die akte of statute opgelê word, die buitestaander nie daardeur getref gaan word nie. Met ander woorde - so wil dit voorkom - as die hele direksie optree moet die derde sonder meer daarop kan staatmaak dat die direksie binne sy volmag handel. Die geval van enige ander verteenwoordiger van 'n maatskappy as die volle direksie (soos enkele direkteur(e), besturende direkteur, ens) word nie deur die voorskrif geraak nie en sal derhalwe steeds soos in die verlede beoordeel moet word, dws of hy daadwerklik (direk of by implikasie) of skynbaar („ostensibly”) magtiging gehad het om die maatskappy te bind (Schmitthoff tap vgl; Cilliers & Benade *Maatskappiereg* 64-67 en Diplock LJ in *Freeman & Lockyer v Buckhurst Park Properties* 1964 1 All ER 630 veral te 646 A-E). Wat ook al die uitwerking van die Engelse voorskrif presies gaan wees, geen reëling soortgelyk aan hierdie een is deur die Van Wyk de Vries-kommissie voorgestel nie. Ons sal uit die Engelse ervaring in hierdie verband kan leer voordat maatreëls van hierdie aard vir Suid-Afrika oorweeg word. Intussen sit Suid-Afrika nog opgesaal met die erfenis van die Engels-regtelike *Turquand*-reël met al sy ramifikasies en onduidelikhede terwyl die Engelse reg self besig is om daarvan ontslae te raak.

Die ander bepalinge van die *European Communities Bill* is interessant maar meer formeel van aard en moet vir die huidige buite bespreking gelaat word, veral daar dit geen besondere direkte uitwerking op ons maatskappiereg sal hê nie.

ML BENADE
Universiteit van SA

TOT AND TRANQUILIZER

In a quartet of South African cases, *S v Whitehead* 1970 1 SA 25 (T), *S v Rossouw* 1971 2 SA 99 (C), *S v Skosana* 1971 3 SA 630 (T) and *S v Williamson* 1972 2 SA 140, our courts were concerned with whether there had been a contravention of section 140(1) of ordinance 21 of 1966 when a driver of a motor vehicle had been under the cumulative effect of alcohol and a “drug.”

Section 140(1) provides that any person who on a public road drives, etc, a motor vehicle “while under the influence of intoxicating liquor or a drug having a narcotic effect” is guilty of an offence. The terms “drug” (“verdowningsmiddel”) and “narcotic effect” are not defined. The use of the disjunctive preposition “or” indicates that there is only one offence which can be committed in one of two ways. Logically, therefore, where one is dealing with the cumulative effect of alcohol and “drugs,” it would have to be found that a person was

driving under the influence of alcohol affected by a "drug," or *vice versa*.

The essence of the offence is posited if it is established that "the skill and judgment normally required in the manipulation of a motor-car is obviously diminished or impaired as the direct result of the consumption of alcohol (or a drug having a narcotic effect)" (JRL Milton and NM Fuller *South African Criminal Law and Procedure* vol III 671). Evidence of impairment is derived from the manner of driving and the opinions of witnesses. The prosecution generally relies on certain tests and on symptoms produced by a consumption of alcohol or drugs.

Taking alcohol as the usual feature, it is obvious that other factors can aggravate its effect, *eg* drinking on an empty stomach, being overtired, or having consumed another substance, etc. Logically a driver would still be driving under the influence of intoxicating liquor even if one or all of these aggravating factors were present.

I In *Whitehead's* case *supra* a driver had consumed alcohol after having taken 4-5 tranquillizers in the course of the day. It was not disputed that his faculties were impaired at the time of driving. A magistrate had found that the impairment was due to the *combined effect* of intoxicating liquor and a narcotic drug in indeterminate shares. On appeal Rabie J stated the law to be as follows:

"Once it appears that a person's faculties are impaired by the *combined effect* of intoxicating liquor and another substance, *and, furthermore*, that it is *impossible to determine to what extent the impairment is due to the intoxicating liquor or to the other substance*, it seems to follow, of logical necessity, that there can be no conviction under s 140(1) unless it be proved that the other substance is a drug which has a narcotic effect" (27A-B - my italics).

Finding that the corresponding Afrikaans term "verdownings-middel" was narrower in meaning than "drug," and that that word in section 140(1) could not mean something "compounded chemically" (27C-D), that no attempt had been made to determine the type of tranquillizer (27E-F) and that the tranquillizers produced the symptoms usually associated with an excessive intake of intoxicating liquor (27F-G), the judge held that it had not been proved beyond doubt that appellant had consumed a narcotic drug (27H-28A). He also held that there was no evidence that the effects of alcohol or tranquillizers were in fact narcotic (28B-D).

With respect, it seems that Rabie J's statement of law is logically correct and that the above set of facts had uncovered a *casus omissus* in the ordinance. But the question is whether the statement posits a general requirement for all cases, *viz* proof that the other substance is a drug having a narcotic effect. A factor militating against this being a compulsory requirement is that the intention of the legislature, to combat a serious hazard to public safety, would in some measure be frustrated.

II In *Skosana's* case *supra* the Transvaal bench (per Bekker J) accepted the above statement of law. From the record it appeared that appellant had consumed alcohol and a tranquillizer called *Valoid* or *Stematiel* and that his faculties were impaired at the time of driving. Following *S v Whitehead supra* and *S v Moletsane* (29.4.71 - TPD), the judge found it necessary to determine whether the pill was “’n Verdowingsmiddel . . . in teenstelling met ’n kalmeermiddel wat ’n narkotiese uitwerking het veral waar die verbruiker daarvan alkohol drink.” Having analysed the evidence, he found *inter alia* that the tranquillizer *in casu* had not been proved to be a “drug” within the meaning of the section (634F) and that the usual symptoms associated with the excessive consumption of alcohol could have been due to the pill (635D-E). And because “in watter mate dit te wyte is aan die inname van drank en/of kalmeermiddels, kon nie met sekerheid in die omstandighede van hierdie geval bepaal word nie” (635G), Bekker J found this situation similar to that of *Whitehead*, which he accordingly followed.

It is clear that the judge was not happy with the position and regarded it as a matter for the urgent attention of the lawgiver (634H). But the interesting aspect of the case is that, apparently being aware of the scope of application of *Whitehead's* case and after having considered the distinction between tranquillizer and “drug,” Bekker J stated at 634H-635A:

“Die vraag *egter* wat hierdie hof nou moet beantwoord is of dit bo redelike twyfel bewys is dat die inname van alkoholiese drank *hoofsaaklik verantwoordelik* was vir die appellant se gedrag, voorkoms, optrede en wyse van bestuur van die voertuig tydens die botsing en daarna” (my italics).

Summary of I & II

The significance of the last-cited dictum is that had the court found that the impairment was *mainly due* to the consumption of alcohol, it would have found that appellant had driven under the influence of intoxicating liquor. The importance of the requirement of proving *Valoid*, etc, to be a drug having a narcotic effect would, it is submitted, have fallen away. This is already an indication that Rabie J (in the passage quoted above) did not intend to establish a requirement for all cases.

It will be recalled that Rabie J envisaged the situation where (i) a court was faced with the combined effect of liquor and another substance *and, furthermore*, (ii) it was impossible to determine the extent of impairment caused by the liquor and the other drug, respectively. If Bekker J could have determined that the liquor was “hoofsaaklik verantwoordelik” for the driver’s condition, the *Whitehead* dictum would not have applied.

A comparison of the two cases will show that the symptoms usually associated with an excessive consumption of alcohol could have been

caused by the pills. In order to secure a conviction of driving under the influence of a drug having a narcotic effect, the prosecution would therefore, in the absence of proof that alcohol was mainly responsible for the driver's condition, have had to adduce proof that the pill was a "drug having a narcotic effect."

But what about the situation where the pill is identified as non-narcotic, and its effects and resultant symptoms are proved to differ from those of alcohol, and further that the effects of the consumption of alcohol are proved to have been heightened by the consumption of the other substance? Does *Whitehead's* case assist, and is there room for a conviction under section 140(1)? It is submitted that the answer is to be found in the next two cases.

III In the Cape Provincial Division, in *S v Rossouw supra*, Baker AJ accepted that appellant had consumed tablets of a *non-narcotic* tranquilizer *Valium* together with a fair quantity of liquor, resulting in a grave impairment of appellant's faculties. To the appellant's contention that the state had failed to show what effect *Valium* and alcohol each had on his capabilities as a driver, and had, therefore, not proved that he was driving "under the influence of alcohol," Baker AJ replied:

"The alcohol is intensifying the *Valium* and the *Valium* is intensifying the alcohol! This is the real burden of the doctor's evidence. I do not read this evidence as justifying an argument that appellant was under the influence separately, and that, since it was impossible to say what the effect of each was acting upon him separately, it could therefore not be said that he was driving under the influence of one of them, to wit, the alcohol. This implies that the two substances could have operated upon him independently of each other, but the evidence is precisely the contrary" (101C-D).

In spite of finding that *Valium* above had the very opposite effect to that of alcohol (102A & 105F), the judge, taking into account the mutual enhancement of the two substances, proceeded to state the law as follows:

"Once it is accepted as a medical fact that each enhances the effect of the other, the position is that the appellant was driving under the influence of 'Valium' whose effect was enhanced by alcohol *and* under the influence of alcohol whose effect was enhanced by 'Valium'. . . . The former is not a criminal offence but the latter is. . . . The reciprocal enhancement of effects cannot be separated" (104G-H).

Baker AJ proceeded to distinguish the *Whitehead* case on two grounds, *viz* (a) that in the latter case there was no evidence that the tranquilizer would intensify the effects of alcohol, and (b) that in the case before him there was no evidence that *Valium* could by itself produce the clinical symptoms of drunkenness (105E-F).

IV In the most recent case, *S v Williamson supra*, the appellant had consumed a tranquilizer *Sinequan* and alcohol. The conviction was attacked on two grounds, (i) that it was not proved that the erratic

driving was caused directly as a result of the consumption of alcohol, and that it should have been found that it was caused as a result of taking *Sinequan* or *Sinequan* and alcohol, and (ii) that the requisite *mens rea* had not been proved.

Harcourt J, finding on the facts that the *Sinequan* was non-narcotic and that it did not produce the symptoms associated with the consumption of alcohol, and, furthermore, that it enhances or exaggerates the effect of alcohol, found *Rossouw's* case in point (104-5). He thereupon held that

“ . . . the *Sinequan* was in the nature merely of what I may call a catalyst, energising or intensifying the effect of the alcohol without itself playing any part in the resultant impairment or in the production of any signs or symptoms which could be confused with those produced as the result of a consumption of alcohol. *It also seems to me that the consumption of the Sinequan can no more excuse the appellant than could the pre-existence of any physiological condition which would intensify the effect of alcohol consumed, for example, the conditions which might occur were a person to drink excessively on an empty stomach, or in a dehydrated condition produced by natural causes such, for example, as by excessive exercise or diarrhoea or loss of blood*” (144C-D - *my italics*).

Summary of III & IV

A comparison of the Cape and Natal decisions will show that the approach to the problem was essentially the same. Both courts were concerned with determining whether the respective appellants had driven *under the influence of intoxicating liquor*, albeit an alcohol whose effect was enhanced by a non-narcotic substance. It could be said that in terms of *Skosana's* case, *supra* 634H-635A, alcohol was the *main cause* of the impairment of faculties. Furthermore, they were satisfied that the tranquillizers did not produce the signs and symptoms normally associated with an excessive consumption of alcohol. Hence they did not, and indeed could not, find that the respective appellants were driving under the influence of a “drug having a narcotic effect” because the tranquillizers were non-narcotic. However, this did not deter the courts from giving effect to the intention of the legislature. In both cases, too, the tranquillizer which enhanced the effect of the alcohol was regarded as being on a par with the other “natural” factors which could aggravate the impairment of faculties by alcohol.

Since Baker AJ found in *Rossouw's* case that the appellant had known that alcohol and “drugs” do not mix (102C), it was only in *Williamson's* case that the question of *mens rea* was considered. This aspect merits attention at this stage.

In dealing with statutory offences our courts have, in the absence of indications concerning *mens rea*, preferred to find that *mens rea* is a requirement (eg *S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A); *S v Qumbella* 1966 4 SA 356 (A)). Only when there are clear and convincing indications to

the contrary, will the provision be construed as an "absolute prohibition" or one providing for "strict liability" (EM Burchell and PMA Hunt *South African Criminal Law and Procedure* Vol I ch 7; Milton and Fuller *opcit* ch 2). The courts will usually find that *mens rea* in the form of intention (*dolus*) is a requirement, but that the onus of disproving *mens rea* is cast upon the accused.

In pursuance of an *obiter dictum* in *R v H* 1944 AD 121 126, a welcome *via media* has been struck in certain cases: the courts have namely found that negligence (*culpa*) could be the intended form of *mens rea*, with the onus remaining with the prosecution as in criminal cases generally (*S v Williams* 1968 4 SA 81 (SWA); Milton and Fuller *opcit* 47; Burchell and Hunt *opcit* 167-9).

In *Williamson's* case *supra*, Harcourt J was content to describe section 140(1) as a "general prohibition" (145G). That he inclined towards a strict liability can be gleaned from the use of the term "absolute prohibition" (144G-H) and from his consideration of the usual tests, *eg* wording, subject-matter, scope, penalty, etc (145G-H) - *cf* *Arenstein's* case *supra* 365. However, to conclude that he found in favour of an "absolute prohibition" would be contradicted by his citing with approval from *R v Amos* 1970 1 SA 115 (R) 117A-B (*cf* *R v Bersin* 1970 1 SA 729 (R)):

"Members of the public are, and will always be, ignorant of the precise effects of the many drugs available on the market and a *clear duty* is imposed on motorists who intend to drive after taking a drug to inform themselves of the possible effects of such a drug on a person's ability to drive. *Ignorance of the effects of the drug might be a mitigating feature* to be taken into account in assessing sentence, *but such ignorance would not be a defence*" (my italics).

These remarks are more consistent with *mens rea* in the form of negligence, and indeed in the context of the offence negligence is the more appropriate form. Although Hiemstra J, in *S v Kelder* 1967 2 SA 644 (T) 647G-H, stated that "daar moet skuld aan die kant van die dader wees. . . . Dit lê in ons oordeel in die feit dat hy, wanneer hy nog weet wat hy doen, aanhou om te drink *wetende dat hy moet bestuur of waarskynlik sal moet bestuur*" (my italics - *contra* *S v Russell* 1968 3 SA 273 (N)), thereby propounding the requirement of *dolus*, these remarks were *obiter*. It is submitted that, with due regard to the evil the legislature intended to combat, it would be more appropriate to rephrase the test thus: *Would the reasonable man in the accused's circumstances have foreseen that he would drive or foreseen the possibility that he would drive?*

It is therefore submitted that a consideration of section 140(1) will show that this statutory offence requires proof of *mens rea* in the form of *culpa*. Furthermore, it is submitted that it is only realistic to expect of the reasonable man that he know of the possible effects alcohol or drugs could have on his faculties. To take the matter a step

further: in modern conditions it is not unrealistic to expect of the reasonable man that he know that alcohol and "drugs" (including tranquillizers) do not mix and that his faculties could be gravely impaired.

To those reluctant to depart from the *Kelder* dictum a composite test for *mens rea* with the emphasis on negligence is offered for consideration: *Can it be reasonably expected of a driver who, knowing that he has to drive or aware of the possibility that he might drive, would know or foresee that alcohol and "drugs" do not mix and that such a mixture could gravely impair his faculties?*

Conclusion

To apply the test in *Whitehead's* case, which at first blush appears compulsory, *viz* that in cases of a combined effect of alcohol and tranquillizers ("drugs") it must be proved that the tranquillizers had a narcotic effect, to the facts of cases such as *S v Rossouw supra* and *S v Williamson supra*, would result in an acquittal. This would render section 140(1) ineffective in certain circumstances, and would be contrary to the rules of interpretation that the legislature is presumed not to have made a futile or worthless provision (*Ex parte the Minister of Justice: In re R v Jacobson and Levy* 1931 AD 466 477), and that if reasonably possible a *casus omissus* should be avoided (*Dhanabakium v Subramanian* 1943 AD 160 170).

Hence it is submitted:

- 1 That section 140(1) does *not* provide for a conviction of driving under the influence of intoxicating liquor *and* under the influence of drugs (whether they have a narcotic effect or not), but that it does allow for one of driving under the influence of intoxicating liquor whose effects have been enhanced or intensified by a "drug" (whether narcotic or not), to such an extent as to impair a driver's faculties.
- 2 That even if the effects of a relatively small quantity of alcohol are intensified or enhanced by the consumption of a non-narcotic drug (tranquillizer) so that a driver is rendered unfit to drive a motor vehicle on a public road with the required safety, then section 140(1) is contravened if the court is satisfied on the medical evidence that the accused was "under the influence of liquor" (cases of *Rossouw* and *Williamson*).
- 3 That were the court to be in doubt as to whether the accused was under the influence of alcohol enhanced by a "drug" or under the influence of a "drug" enhanced by alcohol, (*eg* because the "drug" by itself could produce the symptoms associated with an excessive intake of alcohol) and the "drug" were not identified as a nar-

cotic and it could not be said that the alcohol was „hoofsaaklik verantwoordelik” for the accused’s condition (*Skosana’s* case), then an acquittal must follow because of the possibility of the drug being non-narcotic (cases of *Whitehead* and *Rossouw*).

- 4 That the scope of application of *Whitehead’s* case is limited to a specific set of circumstances, as even *Skosana’s* case indicates.
- 5 That if it be shown that the alcohol is mainly responsible for the impairment of faculties, then *Whitehead’s* case does not apply (*Skosana’s* case).
- 6 That it is realistic to regard a non-narcotic tranquillizer as a factor, on a par with natural factors such as an empty stomach, loss of blood, etc (*Williamson’s* case) which could reasonably be expected to intensify the effects of alcohol.
- 7 That section 140(1) requires proof of *mens rea* in the form of negligence (*culpa*) by the prosecution.

Since the confusion is mainly due to the omission of a definition of “drug” or an omission to provide for non-narcotic tranquillizers, it is suggested that our provincial legislatures give their earnest and immediate consideration to the matter, as indeed Bekker J recommended in *Skosana’s* case.

JAN D’OLIVEIRA
Justice Training

THE INTERNAL CONFLICT BETWEEN BANTU LAW AND COMMON LAW

Perhaps the most taxing legal problems in South Africa arise in the field of what is known as Bantu law, particularly the decision as to what is properly the scope of this law, when it must be applied and according to what guiding considerations.

It is not only difficult to decide what the law is in particular cases but it has also to be applied to many people who have (in various ways) changed their living patterns and moved towards social relationships unknown in traditional African society. The social situation provides difficulties often unknown to traditional African law. Furthermore, many of these changes do not necessarily mean a complete or neat adoption of all the solutions of Roman-Dutch law.

Special courts, created under the Native Administration Act 38 of 1927, as amended, are allowed a discretion in cases between Africans involving questions of customs followed by Bantu, to decide such questions according to the Bantu law applying to such customs . . . (section 11(1)).

To decide what are "customs followed by Bantu," Bantu Affairs Commissioners and Bantu Appeal Courts may rely on their own knowledge of such customs, enlist the aid of African assessors or consult relevant textbooks or anthropological monographs. From reported decisions it appears that the officers of these courts are generally content to rely on their own knowledge; certainly they do not refer to any works on changing "Bantu customs." (See my discussion of the meaning of "custom," in this context, in "The Study of Bantu Law in South Africa," 1968 *Acta Juridica* 147 and "Legal Pluralism in South Africa" (1970) 19 *International & Comparative Law Quarterly* 134 142-145. In these articles I have argued that the word "custom" must be given a flexible meaning, synonymous with "living patterns," so that the law can be adapted to the needs and social situation of particular litigants.)

The special Bantu Appeal and Bantu Commissioners' Courts are bound by decisions of the Appellate Division of the Supreme Court in the rare instances where this court, the only ordinary court allowed to pronounce on questions of Bantu law (and this only in rare circumstances, see sections 14 and 18(1) of the act), hands down a judgment. This does not ensure an automatic conformity to the decisions of the higher court by the commissioners and Bantu Appeal Court. There definitely are cases where Appellate Division decisions have been ignored or misunderstood, or at any rate not applied. (See *Umvovo v Umvovo* 1953 1 SA 195 (A) and (1970) 87 *SALJ* 18.)

Generally, the courts as well as writers of textbooks on Bantu law (the standard textbook is SM Seymour *Bantu Law in South Africa* 3d ed 1970, and a recent lengthy addition to the literature is NJJ Olivier's *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* 1969), where they have sought to establish (from sources other than their own knowledge) what these customs, referred to in section 11(1), are, consult anthropological monographs. These were often written some thirty years ago and very seldom discuss or mention the effect of social change on traditional living patterns. Neither Professor Olivier nor Mr Seymour are at all concerned with this in their books.

Yet litigants in civil cases in 1972 do not live a life confined to the descriptions in these books. They face new social conditions incurring previously unknown obligations. The social patterns described by anthropologists and textbook writers may have existed, but there is little doubt that there has been considerable change, so that the courts, consequently, find themselves facing great difficulty.

One such case, where, it is submitted, the difficulties were not successfully overcome, is mentioned with apparent approval in a recent survey of Bantu law in the *Tydskrif* (see (1972) 35 *THRHR* 35 48, the section written by HM (H Muller) where *Kumalo v Mbata* (1969 BAC) is discussed).

The case concerned purchase and sale, an economic activity which could not, it is suggested, occur in an African tribal economy, certainly not in Southern Africa. Production was not for a market and any meagre surplus that there may have been, was usually ploughed back into the family unit or homestead, used for expansion or defence of the extended family or clan.

Writers such as Gluckman hold that this was true of many African societies, and that Maine's famous maxim, that the movement of progressive societies has generally been from status to contract, is true for traditional Africa (see *inter alia* Max Gluckman *Politics, Law and Ritual in Tribal Society* 1965 48ff). Most African relationships and obligations, in the Southern Africa of the last century, arose from predetermined kinship relations, not from individually conceived economic arrangements, this being the essential prerequisite for the rise of a law of contract. "The law of contract," writes Seagle, "is not so much a body of rules as the basic mechanism of development in modern law, for it deals with nothing less than the individual as a source of law" (William Seagle *The Quest for Law* 1941 253).

Many South African writers do not appear to accept this. FA de Villiers and W de Haan, in a review of AJ Kerr's *The Principles of the Law of Contract* (1967), suggest that the book might have been better had it included a "comparative study of the South African Bantu Law of Contract" (in *South African Outlook* (1968) 98). Such a survey could obviously not be undertaken if such a branch of Bantu Law is or was not in existence.

In the case under discussion, the whole question of conflict of laws is *obiter*, but since the views are expressed emphatically and approved by a learned author, it is necessary that they be analysed. Craig (permenent member) delivering the court's unanimous judgment, states (at 49) that "purchase and sale is, in fact, known to such law" (Bantu law). Such a view has been forcefully expressed, with reasons, in an earlier judgment, *Sawintshi v Magidela* 1944 NAC (C&O) 72 76, which I have criticized in "Towards Judicial and Legal Integration in South Africa" (1968) 85 *SALJ* 435 445-446.

The court, in *Kumalo v Mbata*, did not state, though this *may* have been its reason, as HM says, that contract had been assimilated into Bantu law by custom. (HM writes: "n kooporeenkoms is deur gebruik aan die Bantoereg bekend" *op cit* 48.)

We cannot assume that the courts are prepared to assimilate new customs into Bantu law. Especially, we may ask, if an African enters into a social activity which is in all respects a "European custom" such as purchase and sale, when does it get transformed into a "Bantu custom"? Always, or only with certain categories of Africans, or cer-

tain types of contracts? What principles guide the courts in their decision?

I do not argue against dynamic legal activity, the development of customary law. One of the main reasons for the sterile nature of Bantu law today, its almost total unsuitability to the needs of Africans, is the failure of the courts to develop *this law*. I stress "this law" because I am not one with those who would discard customary law *in toto*, or see it as decadent. (See Leonard Lazar "Legal Centralism in South Africa" (1970) 19 *International & Comparative Law Quarterly* 492, a reply to "Legal pluralism" *supra*. In Lazar's article customary law is generally considered irrelevant to Africans today.) Yet most of the African population of South Africa prefer to marry into a "customary union." The law must be adapted if it is to meet their new needs and demands.

But there is nothing unique about, nor are any special facilities required for, ordinary economic transactions, simply because the participants happen to be Africans. It is submitted that the Bantu Affairs Commissioner, whose decision was set aside, was correct in applying the common law to such a case.

A further and even more shallow reason for setting aside this decision on the exercise of the discretion (also apparently approved by HM) runs as follows: "the case had its inception in a Chief's court where only claims known to Bantu law may be heard . . ." (*loc cit*).

Chiefs' courts may be approached initially, or litigants may take their cases directly to Commissioners' courts. Should a litigant choose to go first to a Chief's court, appeal lies to the Bantu Affairs Commissioner's court (see section 12(1) for the jurisdiction of the Chief's court and section 12(4) regarding appeal). For the most part Chiefs' courts hear only civil cases according to Bantu law. There are conflicting views as to their utility in this regard. (I have been overhasty in associating myself with a suggestion that they be abolished. See "Towards Judicial and Legal Integration" *supra*, where this view is supported and developed without any evidence against the actual utility or otherwise of these courts being adduced, nor the establishment of any forum fulfilling an analogous role, being suggested.)

As I read the section of the judgment cited above, the argument seems to run: because the Chief's court tries cases according to Bantu law, this must therefore mean that any appeal from these courts must also be heard according to Bantu law. Mr Craig says that this is so because: "A judicial officer may not arbitrarily *change* the system of law applicable" (my italics).

What does this mean? Bantu Affairs Commissioners have a discretion to apply one or other legal system. In the exercise of this choice they may be influenced by the fact that it has first been tried in a chief's

court, that may only hear Bantu law cases. But to decide that its duty in the particular case is not to exercise the discretion and not automatically apply Bantu law is not "arbitrary." To be bound by the system applied in the Chief's court, Bantu law, always, means that there is no discretion.

Ultimately in such cases the plaintiff would be deciding what system has the most appropriate laws to govern his case and he can ensure that it will be Bantu law, irrespective of the merits of the case. There is no doubt that this is wrong in law and that its continued practice could be absurd and/or socially disastrous.

RS SUTTNER

University of Natal, Durban

SOVEREIGNTY - NOT AGAIN!

British entry into the Common Market once again brings to the fore the all too readily forgotten prickly-pear called *sovereignty*. This time it has become a hot issue in the British Parliament and never yet has a socialist opposition had such fun in playing up an issue. In contrast to this, official spokesmen maintain that the *European Communities Bill* involves nothing out of the ordinary constitutionally.

Admittedly sovereignty has been abdicated quite readily in the past. As Professor HWR Wade put it in *The Times* of 18 April 1972 the dismantling of the British Empire was a "gigantic exercise" in exactly that. But is it not revolutionary - if one is allowed to use the term when referring to the British constitutional system - for Britain to accept as *law* the dictates of the European community's executive organs such as the Council and the Commission? Is it not clear that the Treaty of Rome does not merely impose obligations on member states but brings into being a new legal order; a body of community *law* which *must* be applied in all member states; which takes *precedence* over domestic law? If this is not the case then the new community does not mean anything. The Eurocrats in Brussels now rule supreme, they are the new sovereign over the community states. Germany has recently discovered that community law may conflict with the German constitution itself. The European Court has held fast in proclaiming that even here community law must prevail. The question now is what will happen if some future act of the British Parliament produces an irreconcilable conflict with community law?

The present bill decidedly makes community law prevail over existing acts. It also attempts to make it prevail over future acts. What now? Where is our classical principle of *parliamentary sovereignty* which declares that no parliament can bind its successors? Is it not so that where two acts conflict the later act prevails?

It is clear that the British Parliament cannot fetter its own continuing sovereignty, it cannot incapacitate itself. Logically speaking the

British constitutional legal system makes it clear: nothing the present bill says can make any difference to the continuing sovereignty of parliament.

That is the legal side of it. What must also be kept in mind is that parliament cannot dictate to the courts how they are to treat future acts. It may happen that in future the judges accept community law as paramount to acts of parliament. There is a precedent for judges shifting their allegiance as they did when the parliament of James II was replaced by that of William III. This argument is of course pure political conjecture. Should it materialise we would have a true revolution and a genuine shift in the political basis of the legal system.

As revolutions are just not the done thing in the British way of life the present government can justifiably claim that the sovereignty of parliament remains unimpaired. This means that the present bill is meaningless where it says that community law will prevail over existing and future acts. Or is the present government assuming that a genuine revolution will at some future stage take place and that getting into the community is worth it? The gist of the matter is: Britain cannot at the same time be good Europeans and preserve parliament's ultimate sovereignty. It is either the one or the other.

GNB

„Non novimus quosdam qui multis apud philosophum annis persederint et ne colorem quidem duxerint?“ - Quidni noverim? pertinacissimos quidem et assiduos quos ego non discipulos philosophorum, sed inquilinos voco. Quidam veniunt ut audiant, non ut discant, sicut in theatrum voluptatis causa ad delectandas aures oratione vel voce vel fabulis ducimur. Magnam hanc auditorum partem videbis cui philosophi schola deversorium otii sit.

„Ken ons nie genoeg mense wat jare lank aan die voete van geleerdes sit sonder dat enige kleur aan hulle afgee nie?“ - Hoe sal ek hulle dan nie ken nie; ek noem hulle die hardnekkiges, die aanhousers, nie die leerlinge van hul leermeesters nie, maar die oerwonders. Baie kom bloot om te hoor, nie om te leer nie, soos 'n mens vir jou vermaak na die teater gaan met die doel om jou ore daar met spraak, sang en voordrag te verbeug. Onder hierdie toeboorders sal jy 'n groot getal teëkom vir wie die opvoedingsinrigting slegs 'n rusplekkie langs sy leeglêloopbaan beteken.

Uit 'n brief van Seneca aan Lucilius

Vonnisse

S v R 1971 3 SA 798 (T)

Besit en houerskap - Vereiste animus

Hierdie saak is 'n appèl teen 'n skuldigbevinding in die landdroshof vir oortreding van artikel 2(1) van die Wet op Onbetaamlike of Onweloweglike Fotografiese Materiaal 37 van 1967. Ingevolge hierdie subartikel is 'n persoon wat sodanige materiaal besit aan 'n misdryf skuldig.

In die onderhawige geval het die appellant onweloweglike fotografiese materiaal oor die pos ontvang. Volgens sy getuienis het hy die materiaal nie aangevra nie en het hy nie die vaagste benul gehad waarom dit aan hom gestuur is nie. By ontvangs daarvan was hy onseker watter een van twee uitweë hy moes volg: of hy die saak by die polisie ahangig moes maak en of hy eers regsadvies moes inwin. Terwyl hy nog op twee gedagtes hink, het die polisie by sy huis opgedaag en beslag gelê op die materiaal. Hierna volg die aanklag en skuldigbevinding in die landdroshof.

By appèl beslis waarnemende regter Joubert (bevestig deur regter Human) dat die woord „besit” in die betrokke statuut „physical detention with the intention . . . to exercise control for his own purpose or benefit” beteken (bl 804). Aangesien die appellant nie sodanige bedoeling gehad het nie word beslis dat hy nie skuldig aan 'n misdryf is nie.

Hoewel hierdie saak 'n strafsak is (sien bespreking van die strafregtelike aspek deur RC Whiting (1971) 88 *SALJ* 296), is dit ook vir die privaatreg en veral die reg van besit belangrik omdat die regter breedvoerig ingaan op watter bedoeling (*animus*) vir besit vereis word. Die regter onderskei naamlik tussen drie soorte besitters, te wete die burgerlike of siviele besitter (*possessor civilis*), die natuurlike besitter (*possessor naturalis*) en die statutêre besitter. Aangesien die fisiese heerskappy (*corpus*) deur elk van hierdie besitters uitgeoefen word, kan mens slegs tussen hulle onderskei deur te let op die bedoeling waarmee hulle hul fisiese beheer oor die saak uitoefen. Die bedoeling van die *possessor civilis*, die *animus possidendi*, is die bedoeling van 'n besitter om oor 'n saak vir homself en nie vir 'n ander nie te beskik: *animus rem sibi habendi*. Hierdie bedoeling word deur die regter in navolging van Voet en Cujacius gelyk gestel aan die sogenaamde *animus domini*: die bedoeling

om oor die saak as eienaar te beskik. Die bedoeling van die *possessor naturalis* verskil volgens die regter basies van die bedoeling van die *possessor civilis*. Die *possessor naturalis* het naamlik slegs 'n *animus of affectus tenendi*. Hierdie *animus tenendi* kan tweërlei wees: òf dit kan die bedoeling wees om fisiese beheer oor die saak uit te oefen tot voordeel van 'n ander soos in die geval van die bewaarnemer, die dienaar en die boodskapper òf dit kan die bedoeling wees om fisiese beheer oor die saak tot eie voordeel uit te oefen soos in die geval van die huurder, die bruiklener en die vruggebruiker. Die bedoeling van die derde soort besitter, naamlik die statutêre besitter, hang af van die wyse waarop sy besit in die betrokke statuut omskryf word. Volgens die regter (bl 802) kan die statutêre besitter òf slegs fisiese beheer sonder enige bedoeling ten opsigte van die saak hê, òf die *animus detentionis*. Laasgenoemde bedoeling word omskryf as „an intention to be in control and to possess” (*R v Gumbi* 1927 TPD 660 662) „the intention of exercising control” (*R v Kozza* 1933 TPD 203) of „the intention to control” (*R v Pule* 1960 2 SA 668 (T)). Afhangende van die woorde van 'n betrokke statuut, kan die statutêre besitter ook die *animus possidendi* of *animus tenendi* (soos in die onderhawige geval) hê.

Die regter onderskei dus basies tussen die *animus possidendi*, die *animus tenendi* en die *animus detentionis*. Die *animus possidendi* sluit sowel die *animus rem sibi habendi* as die *animus domini* in, terwyl die *animus tenendi* sowel die bedoeling kan wees om die saak tot jou eie voordeel te hou as die bedoeling om dit tot voordeel van 'n ander te hou. Die inhoud van die *animus detentionis* is minder omvangryk omdat dit 'n bedoeling is wat suiwer op die fisiese beheer van die saak toegespits is.

Die doel van hierdie bespreking is om vas te stel of hierdie onderskeid tussen die bedoeling van die verskillende soorte besitters van enige nut is vir die oplossing van praktiese probleme in verband met besit.

In die eerste plek kan hierdie klassifikasie tot hulp wees waar tussen besit (*possessio*) en blote houerskap (*detentio*) onderskei word. Tradisioneel word aanvaar dat die onderskeid bestaan in die bedoeling waarmee die besitter of houer die saak hou. Dit is egter nie altyd so eenvoudig om tussen houers en besitters aan die hand van hul bedoeling te onderskei nie. Veral die onderskeid tussen houers en *possessores naturales* lewer groot moeilikhede op. Sommige persone word as sowel houers as *possessores naturales* beskou. Voorbeelde van sodanige persone is die bruiklener, die huurder en die vruggebruiker. Voet beskou hulle as *possessores naturales* na analogie van pandhouers en erfpagters, maar hy waarsku dat hulle in ander opsigte blote houers is.

Die belang van die onderskeid tussen blote houers en besitters (*civiles* of *naturales*) was oorspronklik daarin geleë dat slegs besitters en nie blote houers nie, geregtig was op besitsremedies. In die lig van

die tendens om aan 'n hele aantal houers besitsbeskerming deur die mandament van spolie te verleen, is 'n onderskeid tussen besit en houerskap nie meer van groot praktiese belang nie. Dit is van groter nut om na te gaan aan watter houers beskerming verleen word. Positiefregtelik kan die beginsel soos uiteengesit in die volgende *dictum* in *Mpunga v Malaba* 1959 1 SA 853 (W) as uitgangspunt gebruik word:

„[It] seems to me that before a person can bring spoliation proceedings he must show that the right of which he has been spoliated is something in which he has an interest over and above that interest which he has as a servant or as a person who is in the position of a servant or a quasi-servant.”

Uit hierdie *dictum* blyk dat die mandament van spolie aan alle houers toegestaan word wat 'n belang in hul houerskap het en 'n substansiële voordeel daaruit trek. Hiervolgens is nie net besitters soos die *bona fide*-besitter, die pandhouer en die erfpagter op die mandament geregtig nie, maar ook talle houers soos die bruiklener, die huurder en die vruggebruiker. Voorbeelde van persone wat nie op die mandament van spolie geregtig is nie, is die bediende, die agent en die bewaarnemer. Hierdie onderskeidingselement van eie belang en voordeel sal waarskynlik goed in die praktyk werk nieteenstaande die feit dat die bediende se loon, die agent se kommissie en die bergkoste van die bewaarnemer met onnodige spitsvondigheid as voordeel gekonstrueer kan word en nieteenstaande die feit dat instandhoudingskoste enige voordele wat 'n bruiklener, vruggebruiker of huurder mag verkry in sekere gevalle kan verswelg.

Uit voorgaande is dit duidelik dat een van die verskyningsvorms van die bedoeling van 'n besitter, te wete die *animus tenendi* in die sin van 'n bedoeling om voordeel uit die saak vir jouself te trek, aangewend word om te bepaal watter persone op besitsbeskerming geregtig is. Geen persoon dus wat of slegs die *animus tenendi* in die sin van 'n bedoeling om 'n saak tot voordeel van die eienaar te hou of slegs 'n *causa detentionis* het, is op besitsbeskerming geregtig nie. Hierdie onderskeidingselement is heeltemal aanvaarbaar tot tyd en wyl aan alle houers om regspolitiese redes houerskapbeskerming verleen word (sien Mathews 79 (1962) *SALJ* 179).

Die tweede belang wat die regter se klassifikasie inhou is dat aan die hand daarvan vasgestel kan word watter besitters eiendom van die saak deur verjaring kan verkry. In hierdie opsig kan mens aanvaar dat slegs persone wat die bedoeling van 'n *possessor civilis* het, te wete die *animus domini* of die *animus rem sibi habendi*, die saak deur verjaring kan verkry. Persone wat slegs die *animus tenendi* of slegs 'n *animus detentionis* het, dit wil sê alle natuurlike besitters en alle houers, kan dus nooit deur verjaring eienaar van die saak word nie. In hierdie verband kan daarop gewys word dat *possessio civilis* van die Suid-Afrikaanse reg verskil van *possessio civilis* van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg in dié opsig dat 'n geldige regsgrond (*iusta causa*) vir besit in laasgenoemde

twee regstelsels vereis is. *Mala fide*-besitters soos diewe is as *possessores naturales* beskou en hulle kon net soos pandhouders, erfpagters en prekariesse nooit deur verjaring eienaar van die saak word nie. 'n Dief het egter wel die *animus domini* of *animus rem sibi habendi* en daarom kan 'n dief in die Suid-Afrikaanse reg wel deur verjaring eienaar van die saak word.

CG VAN DER MERWE
Universiteit van Suid-Afrika

**S v LOUIS SEPTEMBER - APPEL IN STRAFSAAK:
AR 397/71 KPA**

Klag van strafbare manslag - Landdros bevind moord - Artikel 205(1) van die Strafproseswet

In hierdie saak het die interessante vraag ontstaan of die skuld-vorme opset en nalatigheid mekaar kan oorvleuel. Meer bepaald was die vraag voor die hof of 'n persoon wat die dood van 'n ander op wederregtelike en opsetlike wyse veroorsaak het, aan strafbare manslag in plaas van moord skuldig bevind kan word. Die omstandighede waaronder die saak voor die hooggeregshof gekom het, was die volgende:

Die respondent (hierna die beskuldigde genoem) is oorspronklik ter strafsitting verwys op 'n aanklag van moord, maar is as gevolg van 'n terugverwysing deur die prokureur-generaal in die streekhof aangekla van strafbare manslag. Streeklanddros King het in 'n deeglik beredeneerde uitspraak bevind dat die oorledene dood is as gevolg van 'n messteek deur die beskuldigde toegedien. In sy redes vir uitspraak (soos weergegee in die verslag van die appèlsaak, bl 1) verklaar die landdros onder andere:

„Die hof het bevind dat beskuldigde die oorledene doelbewus met 'n mes gesteek het wel wetend dat die wonde heel moontlik sy dood sou veroorsaak het en hy het die oorledene se dood voorsien.”

Die landdros het tot die gevolgtrekking gekom dat die beskuldigde skuldig is aan die misdaad van moord en dat die beskuldigde derhalwe nie aan strafbare manslag skuldig bevind kan word nie. Omdat die landdros nie die bevoegdheid gehad het om die verrigtinge weer eens in 'n voorlopige ondersoek te omskep nie (sien *Attorney-General v Additional Magistrate of Johannesburg* 1939 TPD 218, *S v Mncumu* 1962 2 SA 36 (N) en die ongerapporteerde beslissing in *S v Lonto* TPA 28 3 67; vir kritiek sien Hiemstra *Vierde Kumulatiewe Byvoegsel* (1971) tot *Suid-Afrikaanse Strafproses* 8 en Ferreira 1968 *THRHR* 65 ev) en omdat hy ook nie 'n skuldigbevinding aan moord mag uitbring nie, het hy beslis dat daar vir hom geen ander uitweg was as om die beskuldigde onskuldig te bevind nie.

Hierop het die prokureur-generaal ooreenkomstig artikel 104(1) van wet 32 van 1944 geëis dat die landdros 'n *casus*-posisie opstel vir oorweging deur die hooggeregshof. Die regspraak ten opsigte waarvan die *casus*-posisie verlang is, was die volgende:

„Of die feite in bovermelde saak, soos kortliks hieronder weergegee, nie die misdad van strafbare manslag uitmaak nie: Die beskuldigde, 'n kleurlingseun van 16 jaar, wat drank ingehad het, maar nie dronk was nie, het met die oorledene baklei, maar, ten aanskoue van ander mense, die slegste daarvan afgekóm en huilend na sy huis gehardloop; 'n rukkíe daarna het die beskuldigde die oorledene waar hy gelê en slaap het met 'n mes tweekeer in sy sy gesteek. Die oorledene is twee dae later dood as gevolg van 'n steekwond wat die grootderm getref het en inwendige bloeding, sonder dat hy ooit mediese behandeling vir die steekwonde ontvang het; *en andersins*, of die beskuldigde, indien die feite van bovermelde saak dan tereg die misdad van moord uitmaak, nie ingevolge die bepalings van artikel 205(1) van wet 56 van 1955, soos gewysig, tog aan strafbare manslag skuldíg bevind kon geword het nie.”

Die hof beslis by monde van regter Van Heerden, met wie regter Van Wyk saamgestem het, dat die landdros fouteer het en dat die regspraak in hoof sowel as in die alternatíef ten gunste van die staat beantwoord moet word (bl 4).

Teen die juistheid van hierdie beslissing moet enkele bedenkinge respekvol geopper word.

Wat die hoofregspraak betref, moet geredelik toegegee word dat die plek op die lyf van die oorledene waar die wond toegedien is, die afleiding regverdíg dat die beskuldigde nie die oogmerk om te dood gehad het nie. Hieruit volg egter allermins dat die beskuldigde die opsetverwyt kan vryspring. In 'n regstelsel, soos ons eie, waar moontlikheidsbewussyn voldoende vir die verwyt van opset is, kan afwesigheid van oogmerk nooit op sigself 'n opsetuitsluitingsgrond wees nie. Nou val dit moeilik om te aanvaar dat 'n persoon wat, soos die beskuldigde in die onderhawige geval, 'n ander twee gevaarlike wonde met 'n mes in die sy toedien en hom dan aan sy eie lot oorlaat, nie die moontlikheid van intrede van dood voorsien het nie. (Vgl by *R v Du Randt* 1954 1 SA 313 (A), waarin opset bevind is hoewel die meswond slegs in die been was.) Daarom word in oorweging gegee dat die landdros se beskouing dat moord plaasgevind het, korrek was. Dat meningsverskil egter hieroor geredelik bestaanbaar is, moet erken word.

Die alternatiewe regspraak postuleer moord deur die beskuldigde en verdien meer aandag. Dadelik aan die orde is subartikel 205(1) van die Strafproseswet wat soos volg bewoord is:

„Indien dit by die verhoor van 'n persoon op aanklag van 'n misdryf bewys word dat hy skuldíg is aan 'n ander misdryf van so 'n aard dat hy op 'n aanklag waarin daardie ander misdryf hom ten laste gelê word, aan die misdryf wat hom werklik ten laste gelê word, skuldíg bevind sou kon geword het, kan hy aan die misdryf wat hom aldus ten laste gelê word, skuldíg bevind word.”

Met verwysing na *R v Naidoo* 1949 4 SA 858 (A) 863 het die landdros beslis dat bostaande artikel nie wegdoen met die vereiste dat die misdaad waarvan die betrokke beskuldigde aangekla is, bewys moet word nie. Hierdie sienswyse kom daarop neer dat die ander misdaad waaraan 'n beskuldigde skuldig is, maar nie van aangekla is nie, minstens al die vereistes van die misdaad waarvan hy aangekla is, moet behels. Ook meen die landdros dat dit uit die bepaling van subartikel 196(1) van die Strafproseswet duidelik blyk dat strafbare manslag nie altyd 'n bevoegde uitspraak op 'n aanklag van moord is nie. Vermelde subartikel bepaal:

„Iemand wat weens moord aangekla word en met betrekking tot wie dit bewys word dat hy die dood van die oorledene wederregtelik veroorsaak het, maar sonder opset, kan aan strafbare manslag skuldig bevind word.”

Met verwysing na die woorde „maar sonder opset” redeneer die landdros dat waar die opsetverwyf 'n beskuldigde tref, 'n skuldigebevinging aan strafbare manslag nie moontlik is op 'n aanklag van moord of, met gebruikmaking van artikel 205(1), op 'n aanklag van strafbare manslag nie. Die landdros gee toe dat die appèlhof in *R v Arbee* 1965 4 SA 538 442 die teendeel te kenne gegee het, maar toon aan dat die beslissing in *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) en *S v Mtshiza* 1970 3 SA 747 (A) beswaarlik versoenbaar is met die benadering in *Arbee* se saak.

Die landdros kom tot die gevolgtrekking dat „negligence, culpa, 'nalatigheid', must be proved before this court can make a finding of culpable homicide” (bl 15 van die verslag van saak nr W SH 179/71 van die Streekafdeling van die Kaap.) Omdat, so redeneer die landdros, *dolus* die skuldgraad by moord is, kan *culpa* nie tegelyk aanwesig wees nie.

Regter van Heerden vind hierdie benadering onaanneemlik en verwerp dit soos volg (bl 3-4 van die uitspraak):

„As hierdie betoog suiwer is sou dit beteken dat waar daar 'n redelike twyfel bestaan of 'n beskuldigde met opset gedood het, maar dat dit moontlik is dat hy wel die nodige opset gehad het, die beskuldigde onskuldig bevind moet word of slegs skuldig aan aanranding omdat in so 'n geval dit nie bo redelike twyfel bewys was dat die beskuldigde nalatig was nie en ook nie bo redelike twyfel bewys was dat hy opsetlik gedood het nie.”

Reeds hier moet dadelik daarop gewys word dat waar 'n hof bevind dat die beskuldigde nie van opset verwyf kan word nie, die moontlikheid dat dié verwyf hom tog deur die betrokke hof toegeslinger kan word, verdwyn. Die beskuldigde word immers vir die doeleindes van die strafreg geag verwyf te wees totdat 'n betrokke hof bo redelike twyfel bevind het dat dit nie die geval is nie. Waar daar dus redelike twyfel bestaan of die verwyf van opset die beskuldigde moet tref, word die beskuldigde nie deur dié verwyf getref nie en moet hy on-

skuldig aan moord bevind word. Die moontlikheid van opset aan sy kant het juridies verval.

Die regter vervolg (tap):

„In so ’n geval sou daar geen alternatief bestaan nie as om ’n beskuldigde onskuldig te bevind van beide moord en strafbare manslag want dan sou geen van hierdie misdade bo redelike twyfel bewys wees nie. Die dwaling in hierdie beredenering wat tot so ’n belaglike gevolgtrekking lei, is myns insiens dat dit aanvaar dat die *mens rea* wat vir moord vereis word, nie die mindere graad van *mens rea* vir strafbare manslag vereis, kan insluit nie.”

Hierdie stelling wek die indruk dat die regter te kenne wil gee dat waar opset aanwesig is, ook altyd met nalatigheid te doen gekry word. Selfs al sou ’n mens bereid wees om toe te gee dat die verwyf van opset en nalatigheid soms kan oorvleuel, behoef dit beswaarlik enige betoog dat elke moordenaar nie sonder meer ook aan strafbare manslag skuldig bevind sal kan word nie. So sal die persoon wat die dood van ’n ander wil en veroorsaak onder omstandighede waar die redelike man nie die intrede van die dood sou voorsien het nie, tog nie aan strafbare manslag skuldig bevind kan word nie. Dieselfde geld vir die geval waar die redelike man wel die dood sou voorsien het, maar nie sou kon voorkom het nie.

Uit die volgende verdere stelling van die regter (bl 4) kan moontlik afgelei word dat hy self nie bereid is om te verklaar dat opset altyd nalatigheid inhou nie:

„Waar dood die gevolg van ’n opsetlike wederregtelike aanranding is, is die dader skuldig aan strafbare manslag indien ’n redelike man dood as gevolg sou voorsien het. Indien benewens die pleeg van so ’n opsetlike daad die dood inderdaad voorsien is, is die misdad moord. *In laasgenoemde geval sou die misdaad van moord al die vereistes van strafbare manslag inhou plus die opset om te dood. Die afleiding is dus dat al is in die onderhawige geval moord bewys kan dit met reg gesê word dat al die vereistes van strafbare manslag en meer bewys is.*” (Ek kursiveer.)

Hiermee kan die fundamentele vraag of die skuldforme opset en nalatigheid inderdaad kan oorvleuel, nie langer ontduik word nie.

Aan ons regs wetenskap is twee vorme van verwyf bekend: opset en nalatigheid. Die opsetverwyf word gewoonlik as ’n feller verwyf as nalatigheid aangemerkt. Daarom dan ook dat, alles gelyk synde, die misdad moord met groter strawwe as die misdad strafbare manslag besoek word. Trouens, die enigste onderskeid waar met soortgelyke feitekomplekse te doen gekry word, tussen die misdad moord en die misdad strafbare manslag, is juis geleë in die kwantum van verwyf wat die beskuldigde na gelang van die geval tref. Die omvang van die verwyf word weer bepaal met verwysing na die aan- of afwesigheid van sekere vereistes. In die geval van die wederregtelike doodslag van ’n menslike wese is die bepalende faktor vir die omvang van die verwyf wat die beskuldigde tref, die aanwesigheid al dan nie van die wil plus wederregtelikheidsbewussyn. Is dié aanwesig, tref die meer-

dere verwyf van opset die beskuldigde. Alleen indien blyk dat die beskuldigde nie deur 'n meerdere verwyf getref word nie, ontstaan die verdere vraag of hy verwyftrif is of met 'n mindere verwyf van regsweë besoek moet word. Om hierdie vraag te beantwoord, word gevra of die beskuldigde anders opgetree het as 'n redelike man onder dieselfde omstandighede of, anders gestel, by die gevolgs misdad, of 'n redelike man die ingetrede gevolg sou voorsien en voorkom het. Is eenmaal vasgestel dat die meerdere verwyf, opset, die beskuldigde tref, kan moeilik verklaar word dat die mindere verwyf, nalatigheid, hom ook tref. Immers, 'n persoon kan beswaarlik van regsweë gelyktydig meer en minder verwyf word. As geredeneer word dat die meerdere verwyf die mindere verwyf omvat, soos die regter blykbaar te kenne gee, dan is steeds 'n meerdere verwyf en nie 'n mindere nie voorhande. Ook is 'n meerdere verwyf tog seker nie deelbaar in brokstukke van mindere verwyf nie. Waar die reg 'n misdad, byvoorbeeld moord, omskryf met verwysing na 'n meerdere verwyf, moet 'n regterlike amptenaar hieraan gevolg gee en mag hy nie 'n gedeelte van dié verwyf ignoreer en slegs met die restant werk wat dan as mindere verwyf argumentshalwe voldoen aan die vereistes van 'n ander misdad, byvoorbeeld strafbare manslag, nie.

As nalatigheid en opset kan oorvleuel, as strafbare manslag derhalwe ook, anders as wat regter Holmes in *S v Mtshiza* 1970 3 SA 747 (A) 752 te kenne gegee het, opsetlike doodslag kan wees, ontstaan die vraag of die hooggeregshof aan strafbare manslag mag skuldig bevind waar moord bewys is. As die hooggeregshof dit wel mag doen, verdwyn die prinsipiële onderskeiding tussen moord en strafbare manslag in ons regstelsel. In ieder geval sou 'n mens graag wou verneem volgens welke beginsel die hooggeregshof kan weier om 'n persoon aan moord wat bewys is, skuldig te bevind en slegs 'n uitspraak van skuldig aan strafbare manslag mag inbring. Indien, soos dit wil voorkom, die hooggeregshof nie so mag optree nie (in die lig van subartikel 196(1) moet dit trouens duidelik wees dat subartikel 205(1) van die Strafproseswet ook nie hier ingespan kan word nie), vanwaar dan die bevoegdheid van die landdroshof om dit wel te doen? Die formeel-regtelike omvangsbepanking van die landdroshof se jurisdiksie kan tog nie die kwantum van die materieel-regtelike verwyf wat die beskuldigde tref, raak nie.

Ook uit regspolitiese oogpunt kan dit nie as gesonde beleid aangemerkt word om 'n misdadiger die gevolge van sy daad gedeeltelik te laat ontduik net omdat hy voor die verkeerde hof aangekla is nie. Word hier teengewerp dat dergelyke oorwegings juis in die onderhawige geval 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag in plaas van ontslag noop, is die antwoord eerstens dat dit nooit regspolities gesond kan wees om 'n persoon skuldig te bevind aan 'n misdad wat nie bewys is nie, selfs nie eers bewys in die sin van subartikel 205(1)

van die Strafproseswet nie, en tweedens dat die beskuldigde se ontslag *in casu* te wyte is aan die onhoudbare beperking op die landdros se bevoegdheid tot omskepping.

Die feit dat 'n opsetlike dader, soos Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitgawe 105 n 25 reeds aangetoon het, meermale anders optree as die redelike man, kan nooit beteken dat opset ook nalatigheid omvat nie. Waar die beskuldigde 'n gevolg voorsien het, sal in die reël gevind word dat die gevolg ook redelikerwys voorsienbaar was. Voorsienbaarheid van 'n gevolg is egter irrelevant waar die gevolg inderdaad deur die beskuldigde voorsien is om die eenvoudige rede dat 'n groter verwyf 'n persoon noodwendig tref waar die gevolg nie net voorsienbaar was nie, maar ook inderdaad voorsien is. Voorsienbaarheid word alleen in oorweging geneem waar voorsiening ontbreek het. Anders gestel, en op gevaar af om in herhaling te verval, 'n mindere verwyf, nalatigheid, kan nooit ter sprake kom waar 'n meerdere verwyf, opset, aanwesig is nie. Hierdie waarheid erken ons reg deur prinsipiël tussen die misdade moord en strafbare manslag te onderskei.

Omdat ook die vereistes vir die verwyf van opset en nalatigheid (vgl Van der Merwe en Olivier 105 ev) wesensverskillend is, moet dit duidelik wees dat die skuldelement by moord nie gelyk is aan strafbare manslag plus opset nie, net so min as wat dit by strafbare manslag gelyk is aan moord minus opset. Erken 'n regstelsel die belangrike onderskeid tussen opset en nalatigheid kan bewys van eersgenoemde nooit gelyk aan bewys van laasgenoemde wees nie.

NJ VAN DER MERWE
Justisie-opleiding

In this field, its [the law's] function, as we see it, is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others. . . . It is not, in our view, the function of the law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour, further than is necessary to carry out the purposes which we have outlined. . . .

[T]here must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business.

Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution
CMD No 247 (1957) 9-10, 24.

Boeke

INLEIDING TOT DIE REGSWETENSKAP

deur JD VAN DER VYVER en FJ VAN ZYL

1972 Butterworths Durban; xv en 263; prys R8,25

'n Inleiding tot die studie van die regte veral met die oog op die behoeftes van eerstejaarstudente - dit is wat die skrywers hul met die bogenoemde werk ten doel gestel het. Om hierdie rede reeds moet hul werk verwelkom word. Tot dusver het daar geen geskikte leerboek vir Afrikaanse eerstejaarregstudente bestaan nie; nòg vir 'n algemene oriënteringskursus soos *Inleiding tot die Regswetenskap* nòg vir 'n eerste kursus in die privaatreë soos dit aan die meeste van ons universiteite gedoseer word. Die skrywers se produk sal in 'n groot mate in hierdie behoefte voorsien. Maar meer nog. Die werk kan ook vir senior studente by die studie van die algemene regsleer van nut wees. Veral kan dit as middel dien om die studente aan ons meer „sekulêr ingestelde” regsfakulteite op die hoogte te stel van die betekenis vir die regswetenskap van die Calvinistiese wysbegeerte (meer bepaald die *Wysbegeerte van die Wetsidee*), sy dit dan in 'n veel vereenvoudigde vorm. En enige juris kan met vrug van die Calvinistiese wysbegeerte kennis neem; hiervan getuig byvoorbeeld die verdieping van insig in die subjektiewe regsbegrip wat hier te lande onder invloed van dié filosofie plaasgevind het (sien WA Joubert „Die Realiteit van die Subjektiewe Reg en die Betekenis van 'n Realistiese Begrip daarvan vir die Privaatreë” 1958 *THRHR* 12-15 en 98-115).

Die krag van die *Wysbegeerte van die Wetsidee* is daarin geleë dat dit die wêreld in sy volle verskeidenheid sien. Al die aspekte (of modaliteite) van die werklikheid (waarvan die juridiese maar één is) word teenoor mekaar, maar ook in hul ingewikkelde vervlegting met mekaar, bestudeer. Hy wat hierdie wysbegeerte noulettend ondersoek, sal minstens 'n insig verkry in die grondliggende dwaling van die „-ismedisofosofieë” (byvoorbeeld die historisisme van Von Savigny) wat telkens één aspek van die werklikheid verabsoluteer om dan alles (ook die reg) deur dié skewe bril te bekijk (sien bl 13-14 van die onderhawige werk). Hoeveel regsgeleerdes vind nie dat die opvattinge van byvoorbeeld 'n Austin, 'n Kelsen of 'n Pound, wat gedurende hul studiejare in 'n regsleerkursus aan hul opgedis is, totaal nutteloos in die praktyk is,

bloot omdat dit só eensydig is dat dit met die regs werklikheid weinig gemeen het nie?

Ongelukkig het die skrikwekkende terminologie van die *Wysbegeerte van die Wetsidee* tot dusver in 'n groot mate verhoed dat die betekenis daarvan hier of oorsee na waarde geskat kon word. 'n Nederlandse skrywer merk na hy 'n sin uit die werk van 'n „wetsideër” aangehaal het, lakoniek op: „Ben ik er ver naast, als ik aanneem, dat ten minste 95 procent van de lezers van dit weekblad - onder welke 95 procent ik mijzelf reken - een dergelijke zin niet kunnen vatten?” (AR Bloembergen 1968 (99ste jaargang 4990) *WPNR* 173-175 op 175.) Die huidige werk sal sekerlik daartoe bydra om die oningeligte 95 persent in die geheimenisse van die *Wysbegeerte van die Wetsidee* in te lei; die twyfel van die skrywers self oor die doeltreffendheid van 'n poging tot vereenvoudiging ten spyt (xiv-xv). Of eerstejaarstudente selfs die vereenvoudigde gedagtegang sal kan volg, is 'n ander saak, maar hulle moet hul dan maar vereers op die prosaïeser gedeeltes van die boek toespits.

Die werk bestaan uit 'n voorwoord, 'n inleiding, twaalf hoofstukke en 'n register. Die eerste drie hoofstukke handel oor die eie-aard van die reg en die plek daarvan in die geheel van die werklikheid, die vierde gee 'n beknopte oorsig van die geskiedenis van ons reg sedert die Romeinse tyd tot nou, die vyfde gaan oor die ontstaans- en kenbronne van ons reg, die sesde oor die sistematiek van die reg, die sewende tot die negende oor die regs subjek, die regs objek en die subjektiewe reg, die tiende oor die sisteem van regs feite, die elfde gee 'n oorsig van ons howe en die siviele en strafproses, en die twaalfde sluit die werk af met 'n paar (vleiende) gedagtes oor die algemene kenmerke van ons reg.

Die sistematiek van die werk is doelmatig. 'n Mens vra jou net af of dit nodig was om naas die hoofstukke oor die regs subjek en die subjektiewe reg ook nog 'n aparte hoofstuk (van ses en 'n halwe bladsye) aan die regs objek te wy. Dit werk duplisering in die hand. In hoofstuk agt word byvoorbeeld gesê dat regs objekte ingedeel word in sake, immateriële goed ensovoorts, en in hoofstuk nege is dit dan maar weer net die regte op hierdie objekte wat ingedeel word in saaklike regte, immaterieelgoedereregte ensovoorts. Dit lyk ook onnodig dat die skrywers in hoofstuk ses by die indeling van die positiewe reg 'n spesiale afdeling aan die onderskeid tussen die „onregmatige dadereg” en die strafreg bestee (en wesenlik gaan dit dan maar om 'n onderskeid tussen 'n onregmatige daad en 'n misdad), net om in hoofstuk tien nog eens te kom verduidelik wat die onderskeid tussen 'n onregmatige daad en 'n misdad nou eintlik is.

Één redelik ernstige punt van kritiek kan teen die werk geopper word, naamlik dat die skrywers op verskeie plekke eksentrieke teorieë

verkondig wat, sover ek weet, nog nêrens anders (minstens nie in Suid-Afrika) verdedig is nie. So word die algemeen aanvaarde standpunt dat die objek van 'n vorderingsreg 'n prestasie is, in twyfel getrek, en die gedagte gestel dat dit eintlik 'n aspek van die skuldenaar se persoonlikheid is wat die ware objek van die vorderingsreg is (181-182 en weer op 195-196). Na die aanvanklike huiwering word daar later (op 200) onomwonde gesê:

„[D]ie inhoud van hierdie verhouding is dat die skuldeiser (werklike of potensiele) beskikkings- of genotsbevoegdheids ten opsigte van sy regsobjek het, di ten opsigte van daardie aspek van die skuldenaar se persoonlikheid wat regtens bestem is om die skuldeiser te dien.”

Ander opvallende eienaardighede is die onderskeid wat gemaak word tussen regs- en „pligsbevoegdheid” (157), tussen handelingsbevoegdheid (wat, volgens die skrywers, selfs 'n *infans* het) en „selfhandelingsbevoegdheid” (158) en tussen verskyningsbevoegdheid en „selfverskyningsbevoegdheid” (159-160). Die skrywers se opvatting oor verteenwoordiging strook ook nie met die moderne siening daarvan nie (208-209).

Hierdie afwykende beskouings van die skrywers mag meriete hê. Voordat hulle egter nie volledig gemotiveerd elders gepubliseer en so aan die kritiese oordeel van ander regsgeleerdes blootgestel is nie, behoort hulle nie in 'n leerboek vir eerstejaarstudente opgeneem te word nie. Dit is een saak om in 'n klas jou ongetoetste liefingsteorieë aan jou eie studente op te dis; dit is heeltemal 'n ander saak om dit in 'n handboek wat vir algemene gebruik bestem is, te doen.

Sonder om in 'n lang bespreking te verval, wil ek ook vraagtekens plaas agter die skrywers se opvatting dat lewensvatbaarheid 'n vereiste vir die toestandkoming van 'n „natuurlike persoon” is (163); hul opvatting omtrent die „voorwaardelike regsobjektiwiteit” van die *nasciturus* (164); hul opvatting dat 'n man en vrou getroud binne gemeenskap van goed één regspersoon ten opsigte van die gemeenskaplike boedel vorm (170); en hul opvatting (skynbaar) dat kontrakte hoogstens tweesydig kan wees (207).

Ek beskou dit ook as 'n leemte dat by die bronne van verbintnisse, verrykning en saakwaarneming nie by name genoem word nie, of vir eerstejaarstudente belangriker nog, dat daar nie op gewys word dat selfs geboorte tot 'n verbintenis of verbintnisse (tot onderhoud) aanleiding gee nie (145).

Laastens vind ek die skrywers se positiesfregtelike benadering tot die Bantoreg, as sou dit slegs bestaan vir sover die Bantoe-administrasiewet daaraan erkenning verleen, onaanvaarbaar (146-147). In elk geval kon meer aandag aan hierdie belangrike deel van ons Suid-Afrikaanse reg verleen gewees het.

'n Waarskuwing wat aan die gebruikers van die boek gerig moet word, is dat 'n mens nie deur die erkenning van die soewereiniteit van die reg in eie kring daartoe verlei moet word om alle regsprobleme te wil oplos met die toorwoordjie „juridies” nie. Die feit dat die reg die mensdom op 'n ander wyse as enige ander wette (byvoorbeeld natuurwette, ekonomiese wette, taalwette, etiese wette ensovoorts) orden, beteken nog nie dat die reg volkome losstaan van die nie-juridiese aspekte van die werklikheid nie. Die reg kan nie van dag nag of van die winter somer of van 'n man 'n vrou maak nie. Die waarde daarvan om byvoorbeeld te sê dat daar „juridiese” wilsooreenstemming tussen partye kan bestaan al ontbreek werklike psigiese wilsooreenstemming, of om te sê dat 'n persoon „juridiese” puberteit bereik het al is hy bioties nog onryp, of les bes om te sê dat 'n „juridiese” kousale verband ontbreek al is daar 'n werklike, feitelike kousale verband, is uiters beperk indien nie volkome denkbeeldig nie. Die punt is dat 'n mens telkens tog maar moet omskryf wanneer 'n ooreenkoms dan tot stand kom al is daar nie psigiese wilsooreenstemming nie, wanneer 'n persoon mag trou al is hy bioties nog onryp, of wanneer aanspreeklikheid nie intree nie al is daar 'n kousale verband. Indien die reg sou bepaal dat 'n ooreenkoms óók tot stand kom waar die wil van A klop met die vertrouwe wat B skuldiglik by hom (A) gewek het omtrent sy (B se) wil, of dat 'n meisie mag trou wanneer sy die ouderdom van twaalf bereik het en 'n seun wanneer hy die ouderdom van veertien bereik het, of dat 'n dader aanspreeklik gehou word vir die redelikerwys voorsienbare gevolge van sy handeling, het dit weinig sin om steeds van „juridiese” wilsooreenstemming, „juridiese” puberteit en „juridiese” kousaliteit te praat. Die gevaar bestaan trouens dat die gedagte mag posvat dat die reg kan maak en breek soos hy wil - dat hy nie aan die buite-juridiese werklikheid gebonde is nie. Dit is nie waar nie. Die regsformer mag miskien nog ter wille van eenvoudigheid of ter wille van juridiese ekonomie 'n regsreël in die vorm van 'n fiksie giet, maar kom sy reël inderdaad ook maar in die geringste mate met die buite-juridiese werklikheid in botsing, skep hy „onware” en daarom verwerplike reg (sien bladsy 171-173 van die onderhawige werk).

Die taal van die skrywers is oor die algemeen duidelik, onopgesmuk en doeltreffend. Die skrywers se Calvinisties-wysgerige uitgangspunt noop hulle daartoe om terminologie te gebruik wat vir die meeste lesers geheel en al vreemd en miskien moeilik begryplik sal wees. Gelukkig word die Dooyeweerdse terminologie slegs in die „wysgeriger” gedeeltes van die boek op groot skaal gebruik, en selfs dáár het die skrywers klaarblyklik moeite gedoen om hul aanbieding eenvoudig en verstaanbaar te hou. Die leser wat die betrokke gedeeltes aandagtig bestudeer, sal vind dat dit die moeite loon.

Ongelukkig is die skrywers se taal nie foutloos nie. Veral spelfoute kom dikwels voor soos uit die volgende voorbeelde blyk: „gladnie”

(oa op 21, 136, 207) ipv *glad nie*; „instand hou” (29) en „totstandgekom” (123) ipv *in stand hou* en *tot stand gekom*; „weereens” (51) ipv *weer eens*; „middel-eeuse” en weer op dieselfde bladsy „middel-eeuse” (60) ipv *Middeleeuse*; „anderkant” (66) ipv, in die bepaalde sinsverband, *ander kant*; „geheel-en-al” (66, 173) ipv *geheel en al*; „de Wet” (waar die van nie voorafgegaan word deur voorletters of ’n naam nie) (73, 77) ipv *De Wet*; „bantoe” (218), „bantoegebiede” (79), „bantoe-reg” (147), „blankes” (133) en „nie-blankes” (248) ipv *Bantoe, Bantoegebiede, Bantoe-reg, Blankes en Nieblankes* onderskeidelik; „inaggeneem” (107) ipv *in ag geneem* (een bladsy verder op 108 kom die korrekte spelling voor); „ookal” (136) ipv *ook al*; „totnietgaan” (142) ipv *tot niet gaan*; „gemenerereg” (151) ipv *gemene reg*; „ensomeer” (xiv, 135, 215, 216, 218 en talle ander plekke) ipv *en so meer* (vgl daarteenoor *ensovoorts*); „so-iemand” (212) ipv *so iemand*; „engelsregtelike” (234) ipv *Engelsregtelike*; „tewegg bring” (205, 214) ipv *teweggbring*; „inderwaarheid” (227, 231, 240 *ensovoorts*) ipv *in der waarheid* (maar daarteenoor *inderdaad*).

Die skrywers se gebruik van hoofletters is onbevredigend en dikwels inkonsekwent. Veral in die voorwoord en in hoofstuk ses word hoofletters oormatig en skynbaar somer blindweg gebruik. In die sewende reël op bladsy 135 word „Universiteite” byvoorbeeld verkeerdlik met ’n hoofletter geskryf, en dieselfde geld op talle plekke in dieselfde hoofstuk vir woorde soos „Privaatreg,” „Huweliksreg,” „Erfreg” *ensovoorts*. Op bladsy 143 word „familiereg” in een en dieselfde paragraaf, en klaarblyklik nie as ’n opskrif nie, onderskeidelik mét en sonder ’n hoofletter geskryf.

Die skrywers (of een van hulle) gebruik op tientalle plekke in die boek die afkortings „egn” „lgn” en „sgn” vir „eersgenoemde” „laasgenoemde” en „sogenoemde” in plaas van die deur die Akademie erkende „eg,” „lg” en „sg.”

Oor die algemeen besig die skrywers goeie idiomatiese Afrikaans. Tog het daar hier en daar Anglisismes en ander taalgoggas ingesluit. Daar word byvoorbeeld deurgaans op die Engelse patroon van ’n „voorhuwelikse kontrak” gepraat (byvoorbeeld op 34, 134 en 242) wanneer ’n *huweliksvoorwaardeskontrak* bedoel word. ’n Huweliksvoorwaardeskontrak verskil van ander voorhuwelikse kontrakte vir sover dit die *voorwaardes* of *bedinge* van die huwelik reël. Ons geykte Dietse term behoort nie voor die betreklik onlangs gefabriseerde Engelse „antenuptial contract” te wyk nie. „’n Misdad en ’n onregmatige daad het dit *in gemeen* . . .” (151) staan ook onder Engelse invloed. Die sinsnede moet lui „’n [m]isdad en ’n onregmatige daad het dit gemeen . . .” dit wil sê sonder die „in” (sien ook 219). Die korrekte „bestel aan” (231) word in ’n volgende sin (bo-aan 232) die Anglisistiese „bestel op” en ontaard later (op 240) in die geheel onaanvaarbare „om prosesstukke

te dien." As die skrywers behoefte aan variasie gehad het, hoekom dan nie maar die mooi *beteken aan* gebruik nie?

In plaas van die „party tot die hofspraak” (228) wil ek weer eens pleit vir *party in die hofspraak* (in teenstelling met „party by die kontrak”). „[H]andel met” (85) moet in die besondere verband *handel oor* wees. Op bladsy 179 word die toebedeling van ’n waardelose regsobjek aan ’n regsobjek as „sinneloos” beskryf. Dit sou ’n verarming van ons taal meebring indien die onderskeid tussen „sinneloos” (dit wil sê „sonder sinne,” met ander woorde „kranksinnig”) en sinloos (dit wil sê „sonder sin,” „betekenisloos”) sou verdwyn. Die skrywers bedoel klaarblyklik *sinloos*. „[K]omponente dele” (139) is ’n tautologie.

Die sinsnede „terwyl hy van 1619 tot 1621 as gevangene in die kasteel van Lowenstein aangehou was” moet om vanselfsprekende redes lui „terwyl hy as gevangene in die kasteel Lowenstein aangehou is.”

„Dit moet . . . uitgewys word” (25) lyk verdag baie op „it must be pointed out” (ook op 211). Korrekte Afrikaans sou wees: „daar moet op gewys word.” Waarskynlik Anglisisties is ook „in die eerste instansie” en „in die laaste instansie” (byvoorbeeld op 36 en 37) maar dit is twyfelagtig of die spraakmakende gemeenskap in hierdie stadium nog teruggedwing sal kan word na die idiomatiese „in eerste/laaste instansie.” Onder verdenking staan ook „die positiewe reg . . . lê neer” (byvoorbeeld 37) in plaas van „die positiewe reg bepaal/skryf voor/stel daar.”

Die redaksionele en tipografiese versorging van die boek laat in verskeie opsigte te wense oor. Die skrywers het klaarblyklik nie genoeg moeite gedoen om eenvormigheid van styl te verkry wat byvoorbeeld die gebruik van voetnote, afkortings, numering van paragrawe, punktuasie en kruisverwysings betref nie. Die een skrywer maak opmerklik meer van numering, voetnote, afkortings en kruisverwysings gebruik as die ander. Persoonlik vind ek die numering van paragrawe nie hinderlik of onvanpas in ’n boek wat vir eerstejaars bedoel is nie, mits daar maar in gedagte gehou word dat regstof uiteraard nie altyd sinvol en konsekwent in paragrawe, sub-paragrawe, sub-sub-paragrawe ensovoorts ingedeel kan word nie. Die gebrek aan eenvormigheid is op die lang duur hinderlik.

Drukfoute en foute wat, om die twyfel in die skrywers se voordeel uit te lê, as drukfoute beskou kan word, kom te dikwels voor. Die grofste flater is seker die naam van die bekende Nederlandse skrywer wat op die drie plekke waar ek dit teengekom het (104, 157, 166) „Van Appeldoorn” word. Die appels spook rêrig as ’n mens kort na die eerste „Van Appeldoorn” ook nog ’n „Appelhof” (duidelik ’n drukfout) teenkom (106). Daarby word ’n mens se vertrouwe in die akkuraatheid van die skrywers se werk nie gesterk deur die „hierarchie” en „hiërgie” wat in een en dieselfde aanhaling (voetnoot 9 op bladsy 90)

aan Dooyeweerd toegeskryf word nie. Ook die retrospektiewe verbetering van die titel van 'n artikel van een van die skrywers van „Wetgewersoewereiniteit” na „Wetgewersoewereiniteit” is nie te regverdig nie (86).

Verder het ek die volgende drukfoute teengekom: „510 n C” (48) ip v „510 v C;” „getraag” (62); „Oorstrong . . .” (63); „'n kernagtige, dag meesterlike wyse” (67); „Voet se *Commentariis ad Pandectas*” (124); „ultraïstiese vereniging” (165); „hy” ip v „by” (162); en „persoonlike-hid” (198). Dan kom dit ook voor of daar 'n woord of woorde weg-geval het op bladsy 58, 82, 185 voetnoot 2, en 181 voetnoot 8. 'n Hakie ontbreek op bladsy 69 aan die einde van paragraaf 5.1.6, en in paragraaf 2.2.1 op bladsy 184.

My enigins breedvoerige bespreking van die tekortkominge van die werk sal, so hoop ek, nie aan die ongetwyfelde meriete daarvan afbreuk doen nie. Die foute wat ek aangestip het is nie so diepliggend dat hulle nie by 'n latere uitgawe reggestel sal kan word nie. Die werk is 'n belangrike toevoeging tot die skamele voorraad leerboeke vir nuwelingregstudente.

ADJ VAN RENSBURG
Universiteit van Suid-Afrika

DER ZWANG IM RÖMISCHEN PRIVATRECHT

deur AS HARTKAMP

*Akademisch Proefschrift, Universiteit van Amsterdam;
Verlag Adolf M Hakkert, Amsterdam 1971*

Hierdie uitvoerige werk oor die uitwerking van dwang (*metus, vis*) in die Romeinse reg is as doktrale proefschrift onder professor Hans Ankum se leiding voorberei en aan die Universiteit van Amsterdam ingedien. Soos die skrywer in sy voorwoord aandui, was die stimulus wat hom beweeg het om die ondersoek aan te pak 'n opmerking van professor Max Kaser in sy bekende handboek oor die Romeinse privaatrek dat die *actio quod metus causa* 'n aantal besondere kenmerke vertoon.

Die kernprobleem wat die skrywer ondersoek, is, aan die een kant, die geldigheid van gedwonge regshandelinge in die verskillende fases van ontwikkeling van die Romeinse reg, en, aan die ander kant, die vraag of die *actio quod metus causa* se werking teen derdes (of sulke derdes self verantwoordelik was vir die dwang of nie) reeds in die klassieke Romeinse reg bestaan het.

In die eerste hoofstuk behandel die skrywer die begrip *metus* en die terminologie wat daarom ontwikkel het. Daar word in hierdie ver-

band onderskei tussen *ius compulsiva* ('n bedreiging wat sodanige vrees verwek dat die bedreigde self die wil vorm om die handeling waartoe hy gedreig word, te verrig) en *vis absoluta* ('n fisiese dwang of geweld wat die uitwerking het dat die persoon op wie dit toegepas word self nie die wil kan vorm om die gewraakte handeling te verrig nie, maar suiwer as instrument vir die handeling gebruik word). Die skrywer wys daarop dat al die regsmiddels teen dwang (bv die *actio quod metus causa* en die *formula Octaviana*) teen *vis compulsiva* gerig was. Voorts word die onregmatigheid al dan nie as vereiste van die bedreiging bespreek: om praetoriese beskerming te geniet, moes die bedreiging baie ernstig gewees het, soos blyk uit *D 4 2 5 (maior malitas)*: 'n dreigement om iemand voor die gereg te daag was nie genoeg nie. Bedreiging van na-verwante het ook 'n beroep op die *metus*-edik geregverdig, terwyl as verdere vereiste gestel is dat die persoon wat onder dwang gehandel het vermoënskade moet gely het. Daar is nie vereis dat die party teen wie die eis ingestel word self die dwang moet uitgeoefen het nie. Vanselfsprekend het ratifikasie van die gedwonge handeling die lydende party sy aksie ontnem.

Die skrywer gaan nou daartoe oor om die betekenis van die begrippe *metus causa*, *metus causa gerere* en *metus causa facere* te bespreek. Interessant is dat in die na-klassieke reg dieselfde vereistes steeds aangefref word, ofskoon in 'n ietwat afgewaterde vorm.

In die tweede hoofstuk word die aandag toegespits op die dwang-handeling en die gevolge daarvan. Volgens praetoriese reg was 'n gedwonge handeling nietig, maar by nie-formele regshandelings van die *ius civile* was dit 'n strydpunt of die handeling nietig was en of die *consensus* van die handelende partye genoeg was om die handeling geldig te maak: Paulus het skynbaar die geldigheidsopvatting gehuldig en Ulpianus die nietigheidsopvatting. Teen die laat-klassieke tydperk het die keisers meestal hul steun aan die geldigheid van die handeling verleen, in teenstelling met die na-klassieke (vulgêre) reg. Aan die ander kant het Justinianus nie veel gewig (behalwe miskien op gebied van die prosesreg) verleen aan die aspek van nietigheid of geldigheid van die handeling nie: 'n algemene reël kan dus moeilik uit die Justiniaanse kodifikasie in hierdie verband afgelei word.

Die derde hoofstuk word gewy aan die regsmiddels teen *metus*, veral aan die werking van die *actio quod metus causa* teen derdes. Volgens die skrywer was die *formula* onpersoonlik ingeklee en het werking teen derdes (*mala fide* sowel as *bona fide*) veral by gedwonge *acceptilatio* en gedwonge vervreemding van 'n saak voorgekom. In hierdie hoofstuk word die *formula Octaviana*, voorloper van die *actio quod metus causa*, die *in integrum restitutio propter metum* en die *exceptio metus* bespreek. Interessant weer eens is dat die Justiniaanse reg in sekere opsigte (bv wat betref die omvang van die skadevergoeding wat geëis mag word)

die *actio quod metus causa* in 'n verrykingsaksie teen derdes omskep het. Dit blyk uit tekste soos *D* 4 2 18 en *Basilica* 10 2 18.

Wat suiwer formele aspekte betref, is die werk baie goed versorg en sistematies ingeklee. Steurend is egter die gebruik van sekere afkortings in die teks en selfs in die opskrifte, soos op bl 285 waar *q.m.c.* staan vir *quod metus causa* en *i.i.r.* vir *in integrum restitutio*. Dit is nie algemeen aanvaarde afkortings nie, al word hulle ingesluit in die skrywer se lys van afkortings op bl xiii e.v.

Die skrywer maak oor die algemeen nog sterk staat op die interpolasieleer. In die lig van die houding van baie vooraanstaande Romaniste van die jongste tyd, moet tekskritiek gebaseer op vermoedelike interpolasies met die grootste versigtigheid uitgeoefen word: dit bly myns insiens nog 'n gesonde beginsel om 'n Justiniaanse teks as eg en klassiek te beskou tensy die teendeel bo redelike twyfel bewys is. Vir die Suid-Afrikaanse juris is dit in elk geval die Justiniaanse reg, of dit nou bearbei is of nie, wat van belang is as die grondslag van die Romeins-Hollandse reg.

Die skrywer moet gelukkigewens word met sy baie deeglike, helder en goed verantwoorde ondersoek. Hy het van 'n groot hoeveelheid bronne en literatuur gebruikgemaak - veel vollediger sou dit waarskynlik nie kon wees nie. Sy proefskrif sal ongetwyfeld as die gesaghebbende werk oor dwang en aanverwante onderwerpe in die Romeinse reg aanvaar word.

DH VAN ZYL
Universiteit van die OVS

BOEKAANKONDIGING

DG VAN DER KEESSEL: *PRAELECTIONES AD IUS CRIMINALE* geredigeer en in Engels vertaal deur B Beinart en P van Warmelo, band II, Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg, 1972, xviii en 424 bladsye.

In my bespreking van die eerste band van hierdie werk in 1970 THRHR 210 het ek reeds my algemene indrukke van die werk vermeld. In die tweede band word die voorlesings oor titels 1 tot 7 van *D* 48 gegee, ook weer aangevul met verwysings na die voorskrifte van die *Crimineel Wetboek* van 1809. Boek 48 van die *Digesta* gaan oor die eintlike „*crimina publica*” van die Romeinse reg, en in die titels wat in hierdie band voorkom, neem titel 4, wat oor die *lex Julia maiestatis* gaan, die meeste ruimte in beslag.

JC DE WET
Stellenbosch

Kroniek

KONGRES 1973 VAN DIE VERENIGING VAN UNIVERSITEITSDOSENTE IN DIE REGTE

Die volgende agtienmaandelikse kongres van die vereniging word van Maandag 29 Januarie 1973 tot Vrydag 2 Februarie 1973 te Kaapstad gehou. Huisvesting en besprekingslokale word goedgunstiglik deur die Universiteit van Kaapstad beskikbaar gestel.

Volledige programbesonderhede sal mettertyd tesame met 'n uitnodiging aan elke lid besorg word. Hier volg 'n bondige oorsig van die beplande bedrywighede.

Soos sy voorgangers, sal hierdie kongres 'n redelik intensiewe program van referate en bespreking oor 'n verskeidenheid onderwerpe aanbied. Panele word weer in die geval van sommige van die referate saamgestel met die oog op lewendige bespreking.

Onder die onderwerpe wat aandag sal ontvang, is die volgende: kontrakteer-vryheid, verbruikersbeskerming en die reg; die risikobegrip in die versekeringsreg; ratifikasie by verteenwoordiging; regshersiening; outeursreg by televisie; kousaliteit; oornames in die maatskappyreg; volkereg in die praktyk; deeltitels; waardes in 'n strafprosessstelsel; vergelyking van Israelse en Suid-Afrikaanse veiligheids-wetgewing.

Vir ontspanning word eweneens voorsiening gemaak in die vorm van skemer-kele, dinees, 'n besigtigingstoer deur die Skiereiland en moontlik 'n besoek aan die vlootbasis Simonstad.

Posbus 392
Pretoria

SJ NAUDÉ
Sekretaris

1973 CONGRESS OF THE SOCIETY OF UNIVERSITY TEACHERS OF LAW

The next eighteen-monthly congress of the Society will be held in Cape Town from Monday 29 January 1973 to Friday 2 February 1973. Accommodation and seminar halls are kindly being made available by the University of Cape Town.

Full details of the programme, together with an invitation, will eventually be sent to each member. A brief outline of the planned activities is given here.

Like its predecessors, this congress will provide a reasonably intensive programme of papers and discussion on a variety of subjects. With a view to lively discussion, the panel system will be employed in some cases.

Among the subjects which will receive attention are the following: freedom of contract, consumer protection and the law; the risk concept in the law of insurance; ratification in agency; law revision; copyright in the field of television; causality; take-overs in company law; international law in practice; sectional titles; values in a criminal procedure system; a comparison of the security legislation in Israel and South Africa.

Recreation in the form of cocktail parties, dinners, a sightseeing tour of the Peninsula and possibly a visit to the Simonstown naval base will also be provided.

PO Box 392
Pretoria

SJ NAUDÉ
Secretary

T
H

BR 345.1/18
THR 35/4

ROMEINS- HOLLANDSE REG

- Testamentary provisions
- Bantoestaatsreg
- Afhanklikheidsvormende stowwe
- Pluralisme
- Privaatheidskending
- Locus standi
- Egskeidingsgronde
- Vonnisse
- Boeke
- Nuwe wetgewing



Redakteur
WA JOUBERT

Assistent-redakteur
CWH SCHMIDT

Uitgewer
BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

Kwartaalblad vir die regspraktisyn
en die regstudent in Suid-Afrika

ARTIKELS

- Aspects of the law governing contingencies for which the testator has not provided by *CJ Rowland* 315
- Die Staatspresident se posisie in die Bantoe-staatsreg deur *F Venter* 330
- Aspekte van die reg rakende afhanklikheids-vormende stowwe deur *Ignus Rautenbach* . . . 352

AANTEKENINGE

- Enige opmerkingen over pluralisme 367
- 'n Geval van privaatheidskending? 370
- Locus standi* ten opsigte van 'n interdik . . . 375
- Statutêre egskeidingsgronde 378

VONNISSE

- Moord - Strafbare manslag - Oorvleueling . . 383
- Cession - Claim for pain and suffering - Effect of *litis contestatio* - Splitting of claims . . . 387

BOEKE

- Van Rooyen *Die Kontrak in die Suid-Afrikaanse Internasionale Privaatreg* 394
- Hall *Maasdorp's Institutes of South African Law: vol II 9th ed* 402
- Rorke *A Commentary on the Sectional Titles Act 1971* 406
- Schaeffer & Heyne *Die Toepassing van die Ongevallewet in Suid-Afrika* 407
- Ranchod *Foundations of the South African Law of Defamation* 410
- NUWE WETGEWING 414

Redaksiekomitee

- Prof B Beinart, Kaapstad
- Prof AC Cilliers, Port Elizabeth
- Prof dr Wouter de Vos, Kaapstad
- Prof dr JC de Wet, Stellenbosch
- Prof dr R Feenstra, Leiden
- Adv JC Ferreira, Pretoria
- Adv dr CP Joubert SC, Pretoria
- Prof dr DJ Joubert, Bellville
- Prof dr WA Joubert, Pretoria
(*Voorsitter*)
- Prof dr D Pont, Kaapstad
- Prof dr CWH Schmidt, Pretoria
(*Sekretaris*)
- Prof dr SA Strauss, Pretoria
- Prof JD van der Vyver, Potchef-stroom
- Prof JC van der Walt, Johannes-burg
- Adv dr HJO van Heerden, Bloem-fontein
- Prof JNR van Rhyne, Bloemfontein
- Prof dr P van Warmelo, Pretoria
- Prof R verLoren van Themaat, Pietersburg

Bestuur Vereniging De Groot

- Prof B Beinart
- Dr LI Coertze
- Adv DP de Villiers SC
- Prof dr JC de Wet
- Adv dr CP Joubert SC
- Prof dr WA Joubert
- Prof dr D Pont
- Sy Edele FHL Rumpff
- Sy Edele dr LC Steyn (*Voorsitter*)
- Adv dr HJO van Heerden
- Prof dr P van Warmelo (*Sekretaris*)

DIE TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

word ten behoewe van **DIE VERENIGING HUGO DE GROOT**
uitgegee deur **BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK**

THE JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

is published by **BUTTERWORTH & CO (SA) (PTY) LIMITED**

152-4 Gale Street Durban

for the **SOCIETY HUGO DE GROOT**

Address of the Society and of the Editorial Board:
PO Box 1263 PRETORIA Republic of South Africa

Die Vereniging erken graag die steun van die adverteerders en van SANLAM, REMBRANDT-TABAKKORPORASIE, NAROBS, die UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA en die UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

Aspects of the law governing contingencies for which the testator has not provided

CJ Rowland

University of South Africa

OUTLINE

This article has two main purposes.

The first purpose is to demonstrate that the courts in South Africa have the power, and perhaps the duty, where a testator's will does not cover the circumstances as they are found to be, to search out the testator's underlying intention and to add to it to the minimum extent necessary to make it possible to give effect to, and so to avoid frustrating, the underlying intention of the testator. This may be done in spite of the fact that it may be necessary to add to or alter the words of the will concerned.

The second purpose is to examine certain aspects of the idea "necessary implication" and to determine the relationship between the powers of the court to deduce a "necessary implication" and the powers of the court to alter or add to a will in order to avoid frustration of the testator's underlying intention.

The form of the article is as follows.

The idea "putative intention" is introduced and defined, and the first purpose of the article is stated. Then a number of specific rules of South African law are stated. These rules require the alteration of the wording of a will as a matter of course in order to prevent frustration of the testator's underlying intention, and in order to give effect to the testator's putative intention. These rules are derived from: the *cy près* doctrine; the law governing the implication of a *si sine liberis decesserit* clause; s 24 of act 32 of 1952; act 94 of 1965; *Ex parte Strauss* 1949 3 SA 929 (O); s 27 (3) of act 36 of 1966, s 5 of act 70 of 1970, and the law governing accrual. A discussion of the law relating to acceleration of benefits following the incapacity of or repudiation by an intermediate beneficiary follows. This is submitted to be one of the growing points of the law on the whole question being examined in this article. It is concluded that acceleration *may* take place where the sole reason why the testator delayed enjoyment of a benefit by the ultimate beneficiary was in order to give a benefit to the intervening beneficiary who has fallen away, even if this means that the words of the will must be added to or altered. This is a case where the courts formulate and give effect to the putative intention of the testator in order to avoid frustration of the testator's underlying intention.

The article then attempts to draw certain principles from a number of cases. The principles which are extracted are:

(a) Subject to certain exceptions, if the terms of the will are clear and capable of fulfilment, they must be enforced.

(b) If in the circumstances as they are found to exist it is impossible to carry out the terms of the will, then, in order to avoid frustrating the underlying intention of the testator, the courts have the power to vary or to depart from or to add to the provisions of the will to the minimum extent necessary to give substantial effect to the underlying intention of the testator.

(c) Where the will is capable of being carried out literally, but doing so will result in frustration of the testator's underlying intention, then the courts have the power to vary or depart from or add to the provisions of the will to the minimum extent necessary to give effect to the underlying intention of the testator.

In both (b) and (c) the submission is, therefore, that the courts may formulate and give effect to the putative intention of the testator.

No other factor is on its own sufficient ground in our law for departing from the terms of a will, the sole exception being the duty of the estate to maintain a minor child.

The doctrine of "necessary implication" is then examined. Two meanings of the phrase are found:

(a) where the term is used to describe the method of *interpretation* by which the intention of the testator is found from the words used in the will in the light of such evidence of surrounding circumstances as may be admissible;

(b) a wider meaning referring to the process by which the will of the testator is extended by the court, in the light of his underlying intention as discovered from the will (in the light of such evidence of surrounding circumstances as may be admissible). It is submitted that in spite of *dicta* to the contrary, the court may find a "necessarily implied" in this sense where the testator neither foresaw the circumstances which have arisen, nor had any actual intention regarding what should happen in the circumstances which have arisen.

The words "necessary implication" in the second, wider sense impart a legal fiction. This is dangerous, but it does serve the purpose of concealing, during the present period of uncertainty, the fact that the courts in deducing a "necessary implication" are adding to or varying the will concerned. This allows development in the law to take place untrammelled by the axiom that the courts have no power to write a will for the testator. Ultimately, however, in the interests of legal certainty and consistency, the fiction will have to be discarded.

It is submitted that "necessary implication" in the wider sense is indistinguishable from the principle derived from the cases earlier in the article, namely that the court has the power to vary or add to the words of a will in order to avoid frustration of the underlying intention of the testator in the circumstances which have arisen, whether or not it is possible to give literal effect to the words of the will.

Attention is then given to the testator's underlying intention. It is emphasised that this is an actual intention, to be discovered from the will as a whole in the context of the surrounding circumstances, according to the normal rules governing interpretation and the admissibility of evidence of circumstances outside the document.

It is remarked that the testator's basic scheme of distribution is an important element in his underlying intention, and rules which maintain this scheme of distribution are mentioned in order to show its importance.

Finally, it is stated that our law, in comparison with the law in certain Continental countries, as well as the law of trusts in England and the United States, is extremely conservative in its reluctance to allow the courts wide powers to alter wills.

Where the testator foresees that certain circumstances may arise, and provides clearly for those circumstances in his will, he has an actual intention regarding those circumstances. This is so even where the language he has used is obscure, but nonetheless capable of being interpreted. Where, however, the circumstances which are found to exist when the testator dies, or which come to exist subsequently, were apparently not contemplated or foreseen by the testator, and are not reasonably provided for or covered by the terms of his will, and these circumstances apparently affect the dispositions made by the testator, then he cannot be said to have had an actual intention in regard to these circumstances.

If it is possible from legally admissible sources to establish in broad terms what the testator's actual basic or underlying intention was, with such certainty that the courts, using the criterion of reasonableness, can, by altering or adding to the words of the will, make provision for the circumstances for which proper provision has not been made in the will, in such a way that it cannot be supposed that the testator *in casu*, had he thought of the circumstances concerned, would have had a contrary intention, then a "putative intention" in relation to those circumstances may be imputed to the testator. This amounts to the same thing as saying that the extension to the testator's underlying intention, made by the court, is an attempt to make such provision for the unforeseen circumstances as the testator, who is assumed to have been a reasonable man, would very probably have made had he thought to make provision for these circumstances. His underlying intention is an *actual* intention: this underlying intention *plus* the extension made by the court or the law in order to give effect to, and to prevent frustration of, his underlying intention, will be called his "putative intention."

If it appears that a testator did not actually contemplate or foresee the circumstances which have arisen, but the words which he has used in his will are wide enough to cover these circumstances without creating serious difficulties or inconsistencies, and it appears that, although he did not foresee or contemplate the circumstances which have arisen, but that he would have intended the words he has used in his will to cover those circumstances, then, clearly, it cannot be said that he had an actual intention in regard to those circumstances. Nevertheless in cases where this is the position, it is submitted that full effect must be given to the words of the will as they stand¹. This being so, and since the process of interpretation in cases of this kind does not require any modification by the court of the words used by the testator,

¹Reasons for this statement are suggested in Van der Merwe and Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* JP van der Walt en Seun Pretoria 1969 460 461 and in *Bennett v Rowland* 1961 4 SA 875 (E) 882 and are discussed more fully below.

it is proposed to classify cases of this kind with those cases where the testator had an *actual* intention, and not with those cases in which the question of putative intention arises.

The problem to be discussed in this article is whether a "putative intention" may properly be formulated and given effect to in South African law, and if so, in what circumstances.

This article is concerned with the case where the testator has failed to make provision (in his will) for an unforeseen contingency. Where the contingency *is* foreseen by the testator, but for reasons of his own he has not provided for them in his will, then (apart from possible failure of the bequest affected) the appropriate remedy is rectification, and *Mouton v Hanekom* 1959 3 SA 35 (A) has shown the extreme limits within which this remedy operates. The remedy along the lines of "putative intention" can only be applied where the testator has *not* foreseen, and has not provided for, the circumstances as they are found to be, and it is this remedy, and not that of rectification, that forms the subject of this article.

Rheinstein² sums up the thesis to be put forward in this article as follows:

" . . . unforeseen contingencies may . . . arise . . . within the framework of an individual testator's scheme of distribution which is so unique that no ready-made solution can be found. In such cases the gap has to be filled by the court as best it can, and the law can do no more than give the judge the general directive that he should provide for the contingency in such a way as the testator would most probably have provided for it, had he foreseen the contingency. This simple situation has sometimes been obscured by the courts' general unwillingness to concede that occasionally they are making a will for the testator. Most courts prefer to pretend that they are never doing any more than 'interpreting' the testator's words . . ."

Although there is an understandable reluctance on the part of the courts to do anything which might tend towards writing a new will for the testator, there is an important reason of policy for allowing the courts to formulate and give effect to the putative intention of testators in proper cases. This reason of policy is the need to avoid the pointless frustration of the testator's basic wishes which sometimes inevitably follows when a court declines to take a broad view of the testator's will in the face of circumstances not contemplated by the testator, and rigidly insists on adhering to the *ipsissima verba* of the deceased, either carrying them out literally or finding that it is impossible in practice to carry out the testator's bequests by literally applying the words he has used to the real world, and so allowing the bequests concerned to fail. It is a basic wish of the testator that his bequests should be effective, and that the scheme of distribution or *voluntas* which the testator has

²*Cases on Descendants' Estates* Bobbs-Merrill Indianapolis 2nd ed 1955 548.

embodied in his will should be carried out, and this basic wish is a legally recognised and approved aspect of the testator's intention, partially enshrined in the principle that bequests should be interpreted *ut res magis valeat quam pereat*.

Formulating and applying the testator's putative intention in cases where the testator has not provided for the circumstances which have arisen (because he did not foresee them), have two aspects. Firstly, there must be a search for the testator's actual, basic intention or *voluntas* - the intention underlying the provisions of the will as it stands in its context.

The underlying intention itself, sometimes called the scheme of the will as a whole, can suggest what should be done to give effect to this underlying intention, but the fact remains that a second step must be taken: some detailed *ad hoc* provision has to be designed by the court or by the law itself, to do what the testator himself has failed to do, namely to make detailed provisions in his will which are apt to give effect to his underlying intention in the circumstances as they are found to be.

Discovering the testator's underlying intention, and then formulating his putative intention will often involve altering or adding to the actual words of the will concerned. It is, however, submitted that, in spite of many general authoritative declarations to the contrary, our courts do have the power to add to or alter the words of a testator's will in order to achieve this end.

In the first place, a number of significant rules have already been evolved over a wide variety of fields in our law of succession. These rules are significant because although they are sometimes in the nature of rules of thumb, and although other considerations have played a role in their evolution, they do seem to indicate that a putative intention of the testator is being formulated to provide for circumstances for which the testator has not provided, and that this putative intention is being applied to the testator's bequests. Some of these rules have come to us through the Roman-Dutch law, which perhaps helps to give respectability to the principle contended for.

It should be stated that in many cases where unforeseen circumstances arise for which the testator's will makes no proper provision, *whatever* action the court takes must amount to an addition to the will, or to a conflict with the words of the testator's will, or to a conflict with the testator's *probable actual intention*. This statement can best be illustrated by discussing the various rules referred to above.

One striking rule, or rather principle, is the *cy près* doctrine. The principle is stated as follows by AM Honoré:³

³*The South African Law of Trusts* Juta Cape Town 1966 357 358.

“When it is or becomes impossible or impracticable to carry out a charitable trust in the way prescribed by the founder, or to achieve the object prescribed by him, but the latter had a charitable purpose wider than the particular mode or object which has failed, the court may direct that the trust be carried out in a different way or that a different object be substituted for that which has failed. In exercising this jurisdiction the court selects that mode or object which resembles as closely as possible (*cy près*) the original mode or object.”

The principle is applicable to all charitable bequests, and not merely those charitable bequests which are couched in the form of trusts. The alternative to applying the doctrine is to hold that the bequest fails absolutely, and the subject-matter of the bequest then devolves as a rule on the heirs, testate or intestate, of the testator, who will very likely be friends or relatives of the testator and not charities similar in purpose to the charity which is the object of the bequest which has failed. A basic requirement for the application of the doctrine is that the testator must have had an “overriding charitable intention.”⁴ Since this is so, the *cy près* doctrine chooses to *alter or add to the words* of the testator’s will rather than to *frustrate* the testator’s *ex hypothesi* probable true underlying *intention*.

Another important rule is that by which a *si sine liberis decesserit* clause is implied. This takes place where a testator leaves property to his child subject to a fideicommissum in favour of a stranger. In such cases the law regards the fideicommissum as being subject to a provision that the stranger shall only receive the property as fideicommissary if the child dies without children - *si sine liberis decesserit*. Voet indicates clearly that the implication of the *si sine liberis decesserit* clause results from a desire to fulfil the testator’s putative intention.⁵ The alternative to making this extension to the will is, once more, to give literal effect to the will and by so doing to frustrate the probable underlying intention of the testator.

Another significant rule is that contained in section 24 of act 32 of 1952. Section 24 reads as follows:

“Whenever according to the terms of the will of a testator who dies after the date of commencement of this act, a predeceased child of the testator would have become entitled to any benefit under that will if he had survived the testator, the lawful descendants of that child shall be entitled *per stirpes* to that benefit, unless the terms of the will indicate a contrary intention.”

The implied substitution by law of the descendants of a predeceased child of the testator for that child is clearly adding to the terms of the

⁴*Ex parte Blum: In re Estate Kalson* 1964 2 SA 643 (C); *Ex parte Methodist Church of South Africa: In re Estate Corderoy* 1965 4 SA 789 (C).

⁵Voet 36 1 17 - Gane’s translation reads thus: “The ground for it is that it is not likely that the father if he had thought of grandsons, would have made such a substitution, or would have put the succession of others before that of his own family.”

will - an addition which was proper under Roman-Dutch law, but was prohibited in our law as a result of over-literal interpretation of wills by the courts. There was so clear a case for following the putative intention of the testator that the Roman-Dutch rule was largely reinstated by statute.⁶ The alternative to adding to the actual words used by the testator is to frustrate the probable underlying intention of the testator.

Act 94 of 1965 seems to be at least partially based on a policy of giving effect to the putative intention of the testator,⁷ at least in so far as he may be presumed to have intended that a just division of his property be made in the face of unforeseen circumstances. Thus, section 3(1)(c) provides for the removal or modification, as to the court seems just, of restrictions on immovable property, where unforeseen circumstances materially affecting the value of the property have arisen.

Strikingly, section 3(1)(d) seems wide enough to cover a substantially larger range of cases than that to which it has so far been applied. Thus, it would seem wide enough to apply to cases of repudiation by a fiduciary or usufructuary where the ultimate beneficiaries claim acceleration of benefits. In the absence of act 94 of 1965, a case on the basis of a strict application of the will concerned could lead to hardship which would conflict with the underlying intention of the testator.

The same considerations concerning the resolution of the conflict between the underlying intention of the testator and the literal words of his will apply to alienations of immovable property in the circumstances set out in *Ex parte Strauss* 1949 3 SA 929 (O), especially at 945 946. Having taken pains to *benefit* the fiduciary, the testator is not likely to have the underlying intention that the fiduciary be absolutely bound to the fiduciary property even when it becomes a millstone tied to his neck.

Another case where the legislator has apparently seen fit to specifically authorise the courts to formulate and apply the putative intention of the testator is to be found in section 27(3) of act 36 of 1966, which provides:

“A testamentary disposition . . . by which any person would acquire or hold any immovable property in contravention of subsection (1) [which prohibits a disqualified person from acquiring immovable property in a proclaimed Group Area] shall, unless the beneficiary is authorised to acquire or hold such property under permit, be deemed to be a testamentary disposition of . . . the net proceeds of such property . . .”

The alternative, since the provisions contained in the will cannot be applied at all in the circumstances for which the testator made no

⁶See CP Joubert 1954 *THRHR* 1.

⁷*Cf* JL van der Merwe 1970 *THRHR* 298.

provision, would be for the bequest to fail altogether, resulting in total frustration of the testator's clear intention to benefit his beneficiary - if not by the property itself, at least to the extent of its "net proceeds."

It is provided in act 70 of 1970 (sections 3, 4 and 5) that agricultural land shall not be subdivided, nor shall undivided shares therein vest in anyone unless such undivided share has already vested in someone, or unless the Minister of Agriculture gives his consent. In cases where the minister refuses to give his consent, failure of testamentary bequests would follow, together with frustration of the testator's underlying intentions. The statute avoids this result by providing that where agreement cannot be reached, the executor must sell the property, and divide the proceeds in accordance with the terms of the will.

A further instance is provided by the law relating to the *ius accrescendi*. The fact that the application of the *ius accrescendi* sometimes requires the court to depart from the literal words of the will in order to avoid failure of a bequest, and in order to give effect to the putative intention of the testator, is not always obvious, partly because it is so clearly necessary that the literal words be departed from. Take as an example a joinder *re et verbis* like: "I leave my farm to John and Peter." The literal meaning of this is that John and Peter shall become co-owners of the farm: neither is to become sole owner of the farm, Peter is to share the farm with John and John is to share the farm with Peter. If, however, Peter is unable to accept the benefit, a circumstance for which the testator has not made any clear provision arises. It is impossible to carry out the testator's bequest literally: Peter cannot take, and therefore John cannot share the farm with Peter as his co-owner. There is no way of dealing with Peter's share in the bequest of the farm which will not either give John full ownership of the farm, or make someone other than Peter his co-owner, either of which conflicts with the literal wording of the will. Strictly, therefore, the bequest to John should also fail. This is so obviously in conflict with the underlying intention of the testator that no difficulty is felt in making the slight departure from the literal wording and allowing John to inherit, and a further (now of course somewhat stylised) inquiry into the probable intention of the testator then indicates whether John must receive the whole farm, or whether he is to share it with the testator's heirs as his co-owners.⁸

It is now intended to survey some South African cases dealing more generally with the question of formulating and giving effect to the testator's putative intention where appropriate. Putative intention

⁸For a discussion of the anomalous case of joinder *verbis tantum* see Van der Merwe and Rowland *op cit* 425 *et seq.*, and see now *Lello v Dales* 1971 2 SA 330 (A).

is relevant, it is submitted, in any case where circumstances are found to exist when the testator dies, or come to exist subsequently, and were apparently not contemplated or foreseen by the testator, or at any rate, were not provided for by him in his will, and these circumstances apparently affect the dispositions of the testator. Consideration must be given to giving effect to the putative intention of the testator where such circumstances arise and have the result that the provisions in the will either cannot be carried out at all, or, if they can be carried out, carrying them out literally would lead to unsatisfactory results which conflict with the probable underlying intention of the testator. Apart from the rules of law already outlined in this article, the question of putative intention has confronted the courts in several more or less common forms of problem, of which the best known is perhaps the question whether benefits to ultimate beneficiaries are accelerated when a fiduciary, usufructuary or other similar beneficiary such as an annuitant waives the benefits to which he is entitled under the will. These cases represent a very interesting controversy in our law - a controversy which has not yet been finally settled. It would appear, however, that it is unlikely that a court would now hold that vesting in the ultimate beneficiaries cannot be accelerated in these circumstances if the testator's sole reason for having delayed vesting in the ultimate beneficiaries was to allow him to give the waiving beneficiary his intervening interest.

Since it seems that the series of cases involved in this controversy is in fact one of the important growing points of the law regarding putative intention in unforeseen circumstances, and since the outcome of this controversy might well be decisive for the whole problem, it might be useful to refer to some of the cases concerned.

Firstly, there is the approach based on the view that where the will postpones vesting in the ultimate beneficiaries until the arrival of a certain time, or the fulfilment of a certain condition, and especially when the identity of the ultimate beneficiaries cannot be determined (because of the existence of a substitution clause),⁹ until the fulfilment of the condition or the expiry of the time, repudiation by or the incapacity of the intervening beneficiary to take cannot accelerate vesting in the ultimate beneficiaries. This view, which depends upon the literal application of the terms of the will, and amounts to a denial of the power of the court to depart from the terms of the will before it, is to be found in a number of cases.¹⁰

⁹*Cf Ex parte Fourie* 1958 4 SA 523 (O).

¹⁰*Ex parte Coleman* 1938 OPD 4; *Ex parte Alberts* 1944 TPD 187 (perhaps the leading case in this line); *Ex parte Hofman* 1949 2 SA 341 (W); *Ex parte Zachau* 1951 4 SA 378 (C) 384; *Leach v Champion Estates* 1956 3 SA 674 (O) 678; *Ex parte Van Niekerk* 1956 4 SA 260 (C); *Ex parte Maritz* 1958 2 SA 148 (GW); *Landby v De Wet* 1959 1 SA 15 (N).

The opposite view is that acceleration *can* take place in these circumstances.¹¹ Even the fact that acceleration of vesting means that persons who might (by way of substitution) have become beneficiaries had vesting been postponed in accordance with the strict terms of the will, lose the opportunity to become beneficiaries, or on the other hand gain a benefit which they would not have gained at all had vesting been postponed, is not sufficient in itself to prevent an acceleration, according to some more recent cases.¹²

The two conflicting views are fully set out in *Emanuel's* case 1968 3 SA 502 (W) and, with respect, the learned judge's reasons for accepting the second approach are convincing. Apart from his reliance on authority and precedent, he gives (p 509) the following further reason for his approach:

"In the will with which we are here concerned a strict interpretation of the substitution clause, as in *Albert's* case, would, in my view, lead to a result which was not contemplated by the testator and which would not be in accordance with his true intention."

This striking desire to give effect to the testator's underlying intention (here called by Rabie J the testator's "true intention") even though this underlying intention conflicts in the circumstances with the literal wording of the will itself, runs through many of the cases. Thus, in *Ex parte Godrich* (1943 TPD unreported) Barry JP said: "The predominant consideration under the will is the benefit of the heirs" - a clear reference to the testator's underlying intention.¹³

In *Ex parte Odendaal* 1957 2 SA 15 (O) 18 (per Potgieter J) too, we see effect being given to the testator's putative intention - his probable underlying intention extended by the court to make provision for the circumstances:

¹¹*In re Estate Van Zyl* 1931 CPD 301; *Ex parte Godrich* (unreported) 10 12 1943 (T) (see appendix to this article); *Ex parte Estate Boonzaaier* 1952 3 SA 204 (C); *Ex parte Marais* 1953 4 SA 620 (T); *Ex parte Odendaal* 1957 2 SA 15 (O); *Ex parte Schaumberg* 1957 3 SA 34 (SWA); *Ex parte Fourie* 1958 4 SA 523 (O); *Ex parte De Villiers* 1960 1 SA 102 (T); *Ex parte Olivier* 1963 1 SA 352 (GW); *Ex parte Estate Lamont* 1965 4 SA 750 (T); cf Van der Merwe and Rowland 300 301 446 462; further important cases in which this view has been taken are those referred to in the following footnote. Cases in which both lines of reasoning have been recognised and discussed are *Ex parte Van Niekerk* 1956 4 SA 260 (C); *Reichel v Wernich* 1962 2 SA 155 (T); *Ex parte Whaley* NO 1962 4 SA 164 (SR); and the cases cited in the following footnote.

¹²*Ex parte Marais* 1953 4 SA 620 (T) 623 624; *Uekermann's Estate v Uekermann* 1963 1 SA 285 (N); *Emanuel v Estate Rice* 1968 3 SA 502 (W).

¹³In view of the fact that the judgment in *Godrich's* case is important, and in view of the fact that it is not readily accessible, the full text of the judgment will be given as an appendix to this article.

“Die beginsel wat blyk uit die beslissing is dan dat tensy daar ander indikasies gevind kan word in ’n betrokke testament wat daarop dui dat die testateur die bedoeling gehad het om vestiging uit te stel tot na die dood al sou die *fiduciarius* sy regte prysgee, dan moet die testateur veronderstel te behoel het dat sodra die *fiduciarius* se regte beëindig by dood of andersins die erfenis onmiddellik oorgaan na die lewende *fideicommissarii*.”¹⁴

In *Ex parte Jordaan* 1969 4 SA 413 (A) the problem of acceleration of vesting where a beneficiary (under a deed of trust *inter vivos*, to which somewhat similar principles apply)¹⁵ contemplated waiving her rights was considered by the Appellate Division. *In casu* the court held that acceleration could not take place, in the light of the provisions of the document itself, which clearly indicated an intention that the trust was to continue until the *death* of the parties, and that mere waiver could not therefore have the effect of accelerating the termination of the trust. The court looked at the actual words of the deed, the scheme of the deed as a whole, all the clauses of the deed which had some bearing on the meaning of the document, and the surrounding circumstances as they existed when the deed was executed. The Appellate Division clearly recognised, however, that had the intention been that the devolution of the property upon the ultimate beneficiaries was related solely to the benefit of the intermediate beneficiary, waiver by the intermediate beneficiary would have had the effect of accelerating the benefit of the ultimate beneficiaries.¹⁶

Emanuel v Rice 1968 3 SA 502 (W) has been supported by Dr CP Joubert in the 1968 *Annual Survey of South African Law* (Juta Cape Town

¹⁴Further cases in which a formulation and application of the testator’s putative intention may be seen are *Ex parte De Villiers supra* 103 (this case is significant for the way the court established the testator’s putative intention against the background of the will as a whole); *Ex parte Estate Boonzaaier supra* 210; *Ex parte Marais supra* 623 624; and *Ex parte Olivier supra* 355, where the following passage appears: “Tensy daar dus ander indikasies gevind kan word dat selfs waar afstand gedoen word van die vruggebruik, die testateurs nogtans die bedoeling gehad het om vestiging van die reg om gemelde plase te koop, uit te stel tot na die dood van die vruggebruikster, dan moes die testateurs veronderstel het te behoel dat die reg om gemelde plase te koop ontstaan by die afstanddoening van die vruggebruik.”

¹⁵But cf *Ex parte Smith* 1970 4 SA 122 (O) 129.

¹⁶See especially at p 420D of the report.

The judgment in *Jordaan’s* case also seems to contain the answer to a question which troubled the court in *Ex parte Smith* 1970 4 SA 122 (O) 124. In this case the court held that although a request for a declaratory order which states what the effect would be if a usufructuary repudiated, not yet having done so, comes dangerously near to being request for a legal opinion from the court, the court can nevertheless give an order in these circumstances. This was in fact the position in *Jordaan’s* case, and yet the situation does not seem to have raised any problems. The same situation arose in *Godrich’s* case *supra* without causing difficulty. Cf too *Ex parte Sampson* 1955 3 SA 228 (E) and *Ex parte Mather* 1971 3 SA 381 (D) 382G.

1969) 148 149, and it has been followed in *Ex parte Smith* 1970 4 SA 122 (O). In *Smith's* case the court seems to have treated the problem as being a question of actual intention only, rather than one of putative intention. Thus, the court seems to have regarded the terms of the will itself, read in the light of the surrounding circumstances, as being wide enough to cover the problem which arose, without the need for adding to or altering the terms of the will itself, even though the testators may not actually have contemplated the circumstances which in fact arose. In other words, the court seems to have treated the problem as being one of mere interpretation. That the court realised that what it was doing went further than mere interpretation, however, is suggested by the way the court dealt with the hypothetical objection that it might be construed that the court was making a will for the testators. Having referred to the possibility that the answer to this "objectionable" construction might be to regard the problem as soluble by way of necessary implication (after all, necessary implication is an acknowledged weapon in the arsenal of the interpreter of a will) the court, instead of analysing and applying the principles governing necessary implication, seems to doubt whether necessary implication really fits the case (p 128): "Hierdie benadering . . . is prakties en nuttig. 'n Oorkritiese opvatting aangaande die rol wat hulle vervul sou tot onnodige frustrasie van persone lei wat billikheidshalwe 'n oplossing van hulle geskil behoort te kan aanvra."

It is submitted, with respect, that the words "by die dood van Vrede" (in *Smith's* case) cannot be regarded as ambiguous or wide enough to include repudiation by Vrede, and that the will as a whole, including the words "by die dood van Vrede" does not sufficiently indicate an *actual* intention to provide for repudiation.

The testator's probable underlying intention was that the claims of the ultimate beneficiaries should be postponed only in order to give Vrede an interim benefit, but his probable underlying intention does not go further than that. The testator not having provided for or foreseen the problem which arose, the *court*, in order to prevent frustration of the testator's underlying intention by insisting on a delay which would be to the benefit of no one, used the criterion of reasonableness to devise a new provision in the will, and altered the words to the minimum extent necessary to avoid frustrating, but instead to give effect to, the testator's underlying intention.

A case which is closely parallel to *Ex parte Smith* is *Ex parte Sampson* 1955 3 SA 228 (E) in which the problem was that the testatrix had created a fund for the payment of annuities, which were to cease when the last annuitant ceased to be entitled to his or her annuity on the grounds of death or marriage at which time the capital beneficiaries were to be paid out. The annuitants all waived their annuities, creating a situation for which the testatrix had not provided. The capital

beneficiaries demanded immediate receipt of the capital. The court held that the testatrix had never contemplated the circumstances which had arisen, and that an exact application of the literal words of the will would lead to anomalies. The court discussed, and apparently applied, the doctrine of necessary implication, although all but one of the authorities quoted by the court seem to require *actual* (although unexpressed) intention on the part of the testator. Nevertheless, the court recognised that the testatrix's actual intention did not cover the circumstances (p 232):

"In my view the testatrix never contemplated the remote possibility that all the annuitants may repudiate their annuities on her death, or that any of them may at any time thereafter renounce his. Nor did she foresee the possibility that Margaret could never inherit under her will if it was administered strictly according to the literal words.

"There seems to me to be no difference in principle between the instant case and such cases as *Ex parte Estate Boonzaaier* 1952 3 SA 204 (C), and *Ex parte Marais* 1953 4 SA 620 (T)."

Thus the court seems to have realised that it was departing from the strict terms of the will. Although it specifically denied its power to alter the terms of the will, it is submitted that the true reason for the decision is to avoid the frustration of the testatrix's underlying intention which follows adherence to the literal words of the will, and instead to give effect to her putative intention, being the reasonable extension by the court of her actual underlying intention as discovered from the will as a whole in the light of the surrounding circumstances.

Cases of acceleration of benefits due to a fideicommissary (or, *mutatis mutandis*, other ultimate beneficiaries such as *domini* under a usufruct) following repudiation by a fiduciary must be distinguished from cases in which all the parties to a fideicommissum agree together to depart from the terms of the will which impose long-term burdens, restraints or other obligations on beneficiaries or executors. Such agreements are *not* valid, as has been laid down in many cases.¹⁷

¹⁷See, for instance, *Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 TPD 250 257 258; *Bydwell v Chapman* 1953 3 SA 514 (A); *Leach v Champion Estates* 1956 3 SA 674 (O). Cf also *Ex parte Chapman* 1972 1 SA 168 (D).

In certain circumstances it may be possible for the beneficiaries to evade the provisions of a will simply by getting the executor to co-operate with them in ignoring the provisions of the will. Although the courts will not sanction such action, it can be effectively carried out merely because there is no one to complain. See *De Wet v De Wet* 1951 4 SA 212 (C) 217, and Steyn *The Law of Wills in South Africa* 2nd ed 1948 Juta Cape Town 89.

However, increasingly detailed control by the Master of the Supreme Court over every action taken by the executor severely limits the scope of this escape route. (See, for example, Bouwer *Die Beredderingsproses van Bestorwe Boedels* 1967 Van der Walt en Seun Pretoria 37). In the light of the reverence paid to carrying out the clear provisions of the will, it is, as Steyn *op cit* 88 89 points out, surprising that

It appears, therefore, that beneficiaries who wish to evade the rigours of binding long-term provisions in a will should approach the court for advance approval of a scheme of repudiation followed by acceleration of vesting, since they cannot hope that a simple agreement to short-circuit the long term provisions will succeed. Simple agreement between the beneficiaries to ignore parts of the will definitely attempts to destroy the testator's plan, which he is entitled to have carried out. Although repudiation followed by acceleration also frustrates his primary plan, repudiation is always permitted, and acceleration then amounts to an attempt to come as near to his basic plan as possible in the circumstances.¹⁸

It is submitted that there is now little likelihood that the decisions in *Marais* and *Emanuel* will be overruled. A striking feature of the decisions is the directness with which the courts concerned have faced up to the fact that they are not following the wording of the wills concerned literally, and the corollary is inescapable, in spite of some statements to the contrary - the words of the will are being changed. The courts are formulating for the testator, and applying, a putative intention in circumstances for which his will does not provide.

Refusal to allow acceleration (by insisting on adhering to the exact words of the will) would, again, result in frustration of the underlying

the law has developed as it has in relation to nude prohibitions. A recent case on this question, which goes remarkably far, is *Morely v Standard Bank Trustees Department* 1970 4 SA 299 (W).

¹⁸This approach is of course used by the beneficiaries merely as a device to evade burdensome provisions in the will. The repudiation cannot be regarded as a genuine one, for two reasons. Firstly, the court is approached for a declaratory order *before* the repudiation takes place, and so no risks of failure of the scheme have to be taken, and, secondly, the repudiating beneficiary is well compensated for the repudiation in terms of collateral agreements between the repudiating beneficiary and the other beneficiary (*cf.* for example, *Ex parte Sampson* 1955 3 SA 228 (E) 230).

The question arises whether the law should permit this type of interference with the provisions of a will by means of what amounts to a device. It is submitted that the law should so permit. The device will only work where the reason for delaying vesting in the ultimate beneficiaries is to provide for the benefit of the intermediate (repudiating) beneficiary, and the collateral agreements between the repudiating beneficiary and the other beneficiaries ensure that the testator's fundamental wish is carried out, namely, that the intermediate beneficiary be properly provided for. Further, the testator cannot always foresee the actual needs of those who follow him, and, being dead, cannot alter his necessarily more or less rigid testamentary plan in order to accommodate those needs. It is more in accordance with the needs of society that living people be allowed to make needed adjustments to plans which were in any case made for their own benefit than that the principle of freedom of testation be absolutely maintained. After all, the goods of this world are in the usufruct of the living, not the dead - *cf Simes Public Policy and the Dead Hand* University of Michigan Law School 1955 Ann Arbor 59.

intention of the testator. It is unlikely that he would have wished the property to have remained vacant or uselessly in trust in the unforeseen (or at least unprovided-for) circumstances, as the literal application of his will requires.

The words of Van den Heever JA in *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A) 298: "In interpreting and putting into effect the provision of a will the testator's wishes are of paramount importance . . . whereas a contracting party is sternly held to his intention as expressed" are being vindicated, at least as to the first part of the sentence, in spite of the remarks in *Landby v De Wet* 1959 1 SA 15 (N) 17 18.

(To be continued)

De kern van alle billijkheid is: de gelijke behandeling van gelijke, de ongelijke behandeling van ongelijke gevallen

Hamaker *Verspreide Geschriften (Erfrecht)* 33

Die Staatspresident se posisie in die Bantostaatsreg

F Venter

Universiteit van Fort Hare

Dit is die doel van hierdie artikel om enkele aspekte van daardie uiters viriele gedeelte van die Suid-Afrikaanse staatsreg, naamlik dié wat die Bantoebevolking van die Republiek in besonder aangaan, uit te lig, om die *regsgeskiedenis* daarvan saam te vat, om die Staatspresident se posisie in hierdie verband te skets, en om die aandag te vestig op enkele van die jongste statutêre ontwikkelinge op hierdie gebied.

Wat die algemene bevoegdhede van die Staatspresident in verband met Bantoesake betref, wy Fouché 'n paar bladsye in sy proefskrif¹ aan 'n katalogisering van 'n aantal daarvan, en bespreek ook² die wetgewende bevoegdhede van die Staatspresident ingevolge die Bantoe-administrasiewet.³ Hoewel kennisname hiervan en van ander bevoegdhede van die Staatspresident vir die onderhawige onderwerp noodsaaklik is, is dit hier nie voldoende om net sy bevoegdhede op te noem nie; sekere problematiese aspekte van die staatsregtelike rol wat die Staatspresident in die afsonderlike (staats-) ontwikkeling van ons tyd vervul, moet ook geïllustreer word.

Die vraag behoort ter inleiding ook gestel te word of ons in Suid-Afrika al te doen het met 'n moderne, afsonderlike *Bantostaatsreg* rakende die Bantoe-tuislande oor die algemeen of selfs elke Bantoe-gebied afsonderlik; of is dit steeds verkieslik om te dink in terme van „Bantoesake,” soos Fouché,⁴ of „Bantoe-administrasie” soos wat die Republiek se uitvoerende gesag dit benoem? Ten opsigte van die Bantoe-tuislande word laasgenoemde benaming in akademiese kringe

¹Jac J Fouché *Die Bevoegdheids van die Staatspresident van die Republiek van Suid-Afrika* LLD-proefskrif Universiteit van Stellenbosch 1965 hfst 11 en 12.

²Fouché a w 115-124.

³38 van 1927. Hieronder sal na dieselfde wet ook verwys word as die „Naturelle-administrasiewet” waar die historiese verband dit regverdig.

⁴Die opskrif van hfst 11 van sy proefskrif is „Die Bevoegdhede van die Staatspresident in verband met Bantoesake . . .” waarskynlik na v die terminologie van a 111 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961.

reeds minder gewild: deur 'n gesaghebbende word verwys na „die oorgang vanaf konvensionele Bantoe-administrasie na aanvanklike bestuursontwikkeling op plaaslike vlak . . .” en van die „bestudering van sentrale bestuursontwikkeling en politieke ontplooiing, ingevolge die beleid van afsonderlike staatkundige ontwikkeling . . .”⁵ Uit die terminologie wat in bogenoemde aanhalings gebesig word, blyk dit onomstootlik dat staatsregfigure toenemend op die voorgrond kom. Die opvatting wat tans egter hier ter plaatse skyn gangbaar te wees, is dat daar vir die bestaan van 'n bepaalde staatsreg, ten minste 'n staat vereis word.⁶ Derhalwe word vir 'n *Bantoestaatsreg* se bestaan, 'n Bantoestaat vereis. Daar is egter nog geen Bantoegebied in die Republiek wat 'n staat genoem kan word nie, aangesien die tuislande, selfs die selfregerende Transkei, steeds deel van die Republiek⁷ is en nie op sigself as subjekte van die volkereg beskou kan word nie.⁸ Derhalwe sou dit noukeuriger wees om aan die „Suid-Afrikaanse staatsreg in verband met Bantoetuislandontwikkeling” te praat.

Desnieteenstaande is dit gerieflik, en nouliks verwarrend om die begrip *Bantoestaatsreg* te gebruik, veral terwyl daar veel is wat daarop dui dat die tuislande state in wording is. Vir fynproewers kan die begrip egter 'n verdere wansmaak hê, naamlik die *Suid-Afrikaanse Bantoestaatsreg* dui op een, algemene staatsreg vir alle Suid-Afrikaanse Bantoe, terwyl daar inderdaad duidelike nuanseverskille tussen die staatsregopset in die verskillende Bantoegebiede bestaan.⁹ Die begrip „Bantoe-reg,” wat lank reeds algemeen gebruik word, gaan gebuk onder 'n soortgelyke, indien nie 'n hewiger gebrek nie. Tog verwar dit niemand nie. Tans behoort *Bantoestaatsreg* as benaming van 'n vertakking van die Suid-Afrikaanse reg ook nie verwarrend te wees nie. Met die hoogs waarskynlik toenemende diversifikasie in die toekoms van die staatsreg in die verskillende Bantoegebiede, mag dit later nodig word om die begrip nader te omskryf.

Die Bantoestaatsreg se wortels moet diep in die leemgrond van ons Suid-Afrikaanse regsgeskiedenis gesoek word, 'n taak wat nie vergemaklik word deur die feit dat daar tot onlangs 'n baie min ge-

⁵WJO Jeppe *Die Ontwikkeling van Bestuursinstellings in die Westelike Bantoegebied (Tswana-tuisland)* doktorsale proefskrif Universiteit van Stellenbosch 1970 „Inleiding” (i)-(viii) veral (v).

⁶Vgl JP VerLoren van Themaat se definisie van staatsreg in *Staatsreg* 2e uitg (1967 deur M Wiechers) 18, en let op die klaarblyklike voorveronderstelling wat daaruit blyk dat „staat” die kernbegrip van die staatsreg is.

⁷a 1 van die Grondwet van die Transkei 48 van 1963 en vgl ook a 26 van die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971.

⁸Hier word gesteun op VerLoren van Themaat se definisie van 'n staat *Staatsreg* 5, en die bespreking daarvan *ibid* 5-6.

⁹Vgl bv *Bulletin van die Afrika-Instituut van Suid-Afrika* Sept 1971 „Bantoetuislande - Grondwetlike Vordering” 338.

publiseerde *regstudie* daarvan gemaak is nie; maar ewe veeleisend is dit om tred te hou met die kontemporêre ontwikkeling daarvan, enersyds omdat die ontwikkeling in die jongste jare so omvattend en ingrypend was, en andersyds omdat veel daarvan begrawe lê in obskure hoekies van staatskoerante en administratiewe kennisgewings, hof- en parlementêre verslae, ens. Derhalwe is dit vir die huidige nodig om grootliks beperk te bly tot die geskiedenis van die staatspresidensiële bevoegdhede betreffende die Bantoe staatsreg en die noemenswaardigste onlangse ontwikkeling, naamlik die Grondwet van die Bantoe tuislande.¹⁰

Die Staatspresident het teoreties geweldig omvattende magte in die Bantoe staatsreg: „teoreties” omdat aanvaar kan word dat hy geen een van sy bevoegdhede waarna hieronder verwys word, op eie diskresie kan uitoefen nie, maar slegs op advies van die Uitvoerende Raad.¹¹ Desnieteenstaande is die staatspresidentsamp van groot belang omdat dit ’n onontbeerlike skakel in die wetgewende en uitvoerende ketting is, en ook omdat veelseggende simboliese betekenis daaraan te verbind is.

Die Bantoe-administrasiewet het fundamentele staatsregtelike betekenis vir die Staatspresident se posisie. Enkele relevante bepalinge daarvan moet egter in historiese perspektief gesien word, en die latere lotgevalle daarvan moet onder oë geneem word om ’n duidelike beeld van hul betekenis te vorm.

OPPERHOOF

Die bedoeling van Blanke-oewerhede om die plek in te neem en die magte uit te oefen van „opperhoofde” oor die Bantoe, het reeds in 1835 na vore gekom en wel uit die omstandighede van die sogenaamde Sesde Grensoorlog en die mislukte poging om die leiers van die invalers uit die nuutgestigte „Provinsie van Koningin Adelaide” te verban.¹² Die verdrae wat sir Benjamin D’Urban in September 1835 met hierdie Xhosakapteins gesluit het, het vir die eerste keer in Suid-Afrika meegebring dat Bantoe, en wel die vyandige Xhosastamme wat hulle toe in „lokasies” tussen die Keiskamma- en Keiriviere gevestig het,¹³ onder direkte regering deur Blankes gekom het terwyl hulle toegelaat is om steeds volgens hul eie reg en gewoontes te leef.¹⁴ Die uitdruklike doel was om die kapteins hul gesag te ontnem en aan die koloniale

¹⁰21 van 1971.

¹¹Fouché a w 14-17, 128 en 302, a 16 van die Grondwet van die Republiek en VerLoren van Themaat a w 268-275.

¹²Vgl EH Brookes *The History of Native Policy in South Africa* 2e uitg 1927 17.

¹³WM Macmillan in *The Cambridge History of the British Empire* vol VIII (2e uitg 1963 EA Walker (red)) 319.

¹⁴John S Galbraith *Reluctant Empire* 1963 117 en Brookes tap.

regering te laat toekom.¹⁵ Sir Harry Smith, wat 'n belangrike rol in die daarstelling van die nuwe „provinsie” gespeel het, is terselfdertyd deur D'Urban as administrateur daarvan aangestel.¹⁶ Ietwat aanmatigend, maar nogtans openbarend van die destydse nie-amptelike Britse houding op die oosgrens, het Smith al gou gemeen dat *people of all tribes look up to me as the Great Chief under Your Excellency* (die Kaapse Goewerneur).¹⁷ Hiervan het egter niks ampteliks gekom nie.

Die Hoë Kommissaris van Suid-Afrika, 'n amp wat in 1847 ingestel is en aan die Kaapse Goewerneur toegeken is, het as deel van sy bevoegdhede 'n soort soewereiniteit (of moontlik opperhoofskap)¹⁸ of dan ten minste regeringsjurisdiksie, oor die Bantoe van Brits-Suid-Afrika verkry, wat waarskynlik beteken het dat hy sodanige gesag oor die Bantoe in dié gebiede van Suidelike Afrika verkry het waaroor Britse invloed prakties uitgeoefen kon word.¹⁹

Die tweede Hoë Kommissaris, Sir Harry Smith, wat die eerste was om al die bevoegdhede van die amp te kon uitoefen,²⁰ het onmiddellik ná sy aankoms in die Kaap in Desember 1847 die grens van die kolonie by die bloop van die Keiskammarivier ooswaarts uitgebrei en die gebied tussen die Keiskamma- en die Keiriviere as Brits-Kaffraria vir die Britse Kroon geannekseer.²¹ Gedurende die flambojante seremonie waartydens hy dié stappe bekend gemaak het, het hy die Bantoe kapteins daartoe gebring om sy voet te soen en te bevestig dat hy die *Inkosi Inkulu* (Groot Kaptein) is.²² Smith het dus die eerste Blanke geword om 'n opperhoofskap op hom te neem, en wel as Hoë Kommissaris.²³

Met die uitbreiding van die Britse invloedssfeer na Natal, en weens die toedoen van Theophilus Shepstone, is die Bantoreg in 1849 as geldende reg vir die Bantoe in Natal erken, en terselfdertyd het die Luitenant-goewerneur aldaar opperhoof oor die Bantoe geword.²⁴ Hierdie opperhoofskap van die Britse Goewerneur in Natal ('n goewerneurskap is later ingestel) is herbevestig deur wet 44 van 1887 (Natal)²⁵

¹⁵Galbraith a w 118-9 en MacMillan a w 319.

¹⁶Galbraith a w 119.

¹⁷Galbraith a w 120 en sien ook die verband waarin Welsh „The State President's Powers Under the Bantu Administration Act” 1968 *Acta Juridica* 81 na dieselfde aanhaling verwys.

¹⁸MacMillan a w 345 volgens die indeksaanduiding op 1030.

¹⁹GW Eybers *Select Constitutional Documents Illustrating South African History* 1918 xlii. Hiermee wil bloot die Britse gesindheid van daardie periode aangedui word.

²⁰MacMillan a w 345.

²¹Brookes a w (2e uitg) 32 en MacMillan a w 345.

²²Galbraith a w 222 en sien ook Brookes a w (1e uitg 1924) 32-4.

²³Brookes a w (1e uitg) 32.

²⁴Ordonnansie 3 van 1849 (Natal) tweede paragraaf van die aanhef en a 4 aangehaal deur Eybers a w 235 ev en sien ook MacMillan a w 359.

²⁵a 7.

en die *Code of Natal Native Law*²⁶ van 1891 het die begrip *supreme chief* omskryf²⁷ as *the officer for the time being administering the government of the Colony of Natal*.

Die Goewerneur van Natal se opperhoofskap oor Zoeloeland dateer baie waarskynlik van 1887 met die anneksasie van dié gebied vir die Britse Kroon en die gevolglike uitbreiding van die toepassing van die 1878- Natalse Bantoregkode daarheen.²⁸ Vanaf 1897, met die

²⁶Vervat in die bylae tot wet 19 van 1891 (Natal).

²⁷In a 5 van die kode.

²⁸Brookes a w (1e uitg) 70, wil skynbaar impliseer dat die nie-bindende (maar tog algemeen-nagevolgde) *Kode van Natalse Bantoreg* van 1878 (welke kode prakties nie verskil van die 1891-kode nie - bl 66 en 70), se toepassing na Zoeloeland uitgebrei is in 1887 toe dié gebied vir die Britse Kroon geannekseer is. Verder beweer hy (69-70) dat 'n amptenaar (dit is nie duidelik of hy die Goewerneur van Natal-Zoeloeland, of die verteenwoordiger van die Kroon wat na Zoeloeland gestuur is, beklee met „full powers of control,” bedoel nie) vir praktiese doeleindes („virtually”), met die 1887-anneksasie beklee is met die magte van 'n opperhoof oor Zoeloeland. Ook beweer hy (67) dat 'n gevolg van die Zoeloorlog van 1879 was die uitbreiding *en bloc* van die Natalse Bantoebeleid na Zoeloeland. In die lig van bg en by gebrek aan 'n aanduiding van die teendeel, moet afgelei word dat Brookes gemeen het dat oa ook 'n blanke opperhoofskap ten minste nie-amptelik of by implikasie na Zoeloeland oorgedra is.

Ifor L Evans *Native Policy in South Africa* (1934) 10, staaf Brookes se siening: hy beweer dat die Natalse Goewerneur opperhoof van Zoeloeland geword het ná anneksasie van lg (welke anneksasie hy bedoel, vir die Britse Kroon in 1887 of vir Natal in 1897, is nie duidelik nie). Verder beweer hy dat die 1878-kode nominaal in Zoeloeland van toepassing was (sonder om te sê presies van wanneer af), maar dat „local tribal custom” geraadpleeg is in die beslegting van geskille. (Dit is moontlik dat hy sy inligting aan Brookes a w verskuldig is, aangesien hy hom dikwels aanhaal. Hy verwys vir bg bewerings egter nie na enige gesag nie.)

Hierteenoor, maar ook in sekere opsigte aanvullend daartoe, het die Appèlhof in *Ntuli v Ntuli* 1921 AD 276 by monde van ar Solomon (281) aangeneem dat die 1878-kode in 1887 in Zoeloeland *wet* geword het! : „Now it has been generally accepted that the Native Code of 1878, which admittedly became law in Zululand by Proclamation 2 of 1887, has continued to be in force there up to the present time . . .” (di 1921). Verder af, op dieselfde bladsy gaan die regter voort: „It is true that Law 19 of 1891 impliedly repealed the Native Code of 1878 (it is not expressly repealed by that law), but as that was a statute of the Natal legislature its effect is limited to the territory over which that legislature had jurisdiction. At that date Zululand formed no portion of the Colony of Natal, to which it was annexed on the 30th December, 1897. Consequently the repeal in Natal of the Native Code of 1878 had no operation in Zululand, and left that law in force in that territory.”

Die 1878-kode was egter oorspronklik nie 'n (of deel van 'n) geldende statuut nie - dit was volgens Brookes a w (2e uitg) 65 'n handleiding tot die ongeskrewe Bantoreg in Natal, maar is desnieteenstaande in Natal feitlik deurgaans deur die houe toegepas (Brookes *ibid*; *contra* GMB Whitfield *South African Native Law* 2e uitg 1948 8 en Howard Rogers *Native Administration in the Union of South Africa* 2e uitg 1949 201, i v m Zoeloeland). Dit is egter, eienaardig genoeg, ingevolge a 11 van die Natalse wet 26 van 1875 - indien lg bepaling, soos die aangehaalde sekondêre gesag dit skynbaar wil hê (al die oorspronklike statutêre gesag

anneksasie van Zoeloeland by Natal, moes die Goewerneur beslis opperhoof ook oor Zoeloeland geword het, aangesien hy dit lank reeds in Natal was en Zoeloeland toe deel van dié kolonie geword het.²⁹

Met die anneksasie van die *Zuid-Afrikaansche Republiek* deur Brittanje in 1877, het die Natalse patroon van Bantoebeleid na die Transvaal oorgewaai. In 1881 is daar ook 'n ordonnansie³⁰ deur die Transvaalse Wetgewende Vergadering aangeneem, waarin veel van die Natalse beginsels vervat is.³¹ Onder andere is die Bantoeereg erken en die administrateur van die geannekseerde Transvaal is opperhoof van die Bantoe gemaak.³² Die Pretoriase Konvensie van dieselfde jaar het dit egter herroep, maar die Volksraad het met wet 4 van 1885,³³ na aanleiding van die Natalse voorbeeld, die opperhoofskap oor die Transvaalse Bantoe aan die Staatspresident laat toekom.

In 1885 is Brits-Betsjoeanaland, dit wil sê nagenoeg die gebied tussen die Moloporivier en die noordelike grens van die Kaapkolonie en wes van die destydse Transvaalse Republiek, welke gebied tans dele van die Tswana-tuisland bevat, as Britse Kroonkolonie geannekseer. Die bestuur van dié gebied is aan die Kaapse Goewerneur opgedra, wat dan 'n persoon as administrateur en opperhoof oor die Bantoe aldaar aangestel het.³⁴

Die verskynsel van 'n Blankeopperhoofskap in die Oranje-Vrystaat het eers in 1907 voorgekom toe die Goewerneur van die Oranjerivierkolonie ingevolge artikel LII van die Koninklike Ope Brief ingevolge waarvan verantwoordelike regering aldaar ingestel is, *Paramount Chief of the Native population* gemaak is.³⁵

was by die skrywe hiervan nie vir die skrywer beskikbaar nie) opgevolg is - *geproklameer* en *gepubliseer* deur die Luitenant-goewerneur en kon van tyd tot tyd aangevul en gewysig word, maar dit is nie later hersien nie (vgl Brookes a.w (2e uitg) 65-6).

In die lig van al bg feite, moet vir die huidige aanvaar word dat die 1878-kode van 1887 af prakties ten minste deel van die geldende en toegepaste reg in Zoeloeland was.

A 1 van dié kode maak voorsiening vir absolute wetgewende mag vir die Goewerneur van Natal „as supreme chief of the natives.” Dus moet nou ook aanvaar word dat die Goewerneur van Natal van 1887 af ook oor Zoeloeland opperhoof geword het.

²⁹Soos hierbo aangedui, was die Natalse Goewerneur reeds sedert 1849 opperhoof in Natal en ek meen dat dit veilig aanvaar kan word dat ná 1897 „opperhoof van Natal” ook opperhoof van Zoeloeland beteken het. Hierdie opinie word versterk deur dié Natalse wetgewing van ná die anneksasie wat tot my beskikking is: hfst IV van wet 49 van 1898 (Natal), welke hoofstuk spesiale reëlings toev Zoeloeland bevat, verwys in a 65 na „the Supreme Chief” van wie alle ander kapteins onder omstandighede as „minor deputies” sou optree. Hierdie verwysing na 'n opperhoof kon na geen ander persoon as die Natalse Goewerneur gewees het nie, aangesien geen Zoeloe in daardie stadium erken was as 'n opperhoof nie. Die betrokke wet omskryf egter nie die begrip „supreme chief” nie.

³⁰Ordonnansie 11 van 1881.

Met Uniewording in 1910 het daar geen opperhoofskap meer in die Kaapkolonie bestaan nie, maar die Goewerneurs van die Transvaal-, Natal- en Oranjerivierkolonies was al drie die opperhoofde oor die Bantoe binne die onderskeie drie kolonies.³⁶

Artikel 147 van die *Zuid-Afrika Wet* 1909 het die bestuur en administrasie van Bantoesake in die Goewerneur-generaal-in-rade gevestig wat dan *al de speciale machten zal uitoefenen met betrekking tot naturellenadministratie die dusver bij de Goewerneurs van de Kolonies berusten, of door hen uitgeoefend als opperhoofden . . .*

Vervolgens is artikel 1 van die Naturelle-administrasiewet in 1927 op die wetboek geplaas, wat soos volg gelui het:

„Die Goewerneur-generaal is die Opperhoof van alle Naturelle in die Natal Provinsie, Transvaal en die Oranje Vrystaat en het in elk deel van die gemelde Provinsies al sodanige bevoegdheid en gesag ten opsigte van alle Naturelle en wat by die inwerkingtreding van hierdie Wet by hom berus ten opsigte van die Naturelle in die Provinsie Natal.”

Die rede waarom die wetgewer in 1927 die bevoegdhede wat die Goewerneur-generaal ingevolge bogenoemde artikel 1 verkry het, gekoppel het aan die bevoegdhede wat hy reeds met betrekking tot Natal gehad het, is die feit dat die magte van die opperhoof in die Transvaal en Oranje-Vrystaat nooit behoorlik omskryf is soos die geval in Natal was nie. In eersgenoemde twee provinsies moes sy bevoegdhede in die Bantoreg en -gewoonte gesoek word, wat 'n onbevredigende en onstabiele situasie tot gevolg gehad het. Derhalwe was dit die maklikste om die deeglik omskrewe bevoegdhede wat in Natal bestaan het, ook na die ander twee provinsies uit te brei.³⁷

Gemelde artikel 1 is onder andere in 1956³⁸ gewysig om die opperhoofskap van die Goewerneur-generaal ook na die Kaapprovinsie uit te brei, en die artikel lui tans, ingeklee in die Republiek se terminologie soos volg:

„Die Staatspresident is die Opperhoof van alle Bantoes in die Republiek en het ten opsigte van alle Bantoes in enige deel van die Republiek al die regte, immunitete, bevoegdhede en gesag wat ten opsigte van Bantoes in die Provinsie Natal by hom berus of van tyd tot tyd mag berus.”

Omdat die Natalse Kode ingevolge artikel 24 van die 1927-wet

³¹Brookes a w (1e uitg) 124.

³²Brookes a w (1e uitg) 125.

^{33a} 13, aangehaal deur Welsh a w 86 en sien ook Brookes a w (2e uitg) 130.

³⁴WJO Jeppe a w 45.

³⁵Rogers a w (2e uitg) 3.

³⁶Evans a w 15.

³⁷Rogers a w 17-18.

³⁸Deur die Wysigingswet op Naturelle-administrasie 42 van 1956 a 2.

wysigbaar gemaak is deur proklamasie, is in 1929 reeds onder andere die woorde „of van tyd tot tyd mag berus” by dié bepaling ingevoeg.³⁹

Die gebruikmaking van die woord „provinsie” in die bogenoemde artikel 1 kan, veral sedert die toekenning van verantwoordelike regering aan kwaZulu, uitlegprobleme oplewer.⁴⁰

WETGEWING DEUR PROKLAMASIE

Volgens Welsh⁴¹ het die gebruik van wetgewing vir die Bantoe by wyse van proklamasie deur die hoof van die uitvoerende gesag posgevat in 1877 met die anneksasie van die eerste Transkeise gebiede by die Kaapkolonie. Artikel 2 van wet 38 van 1877 (Kaap) was in 'n groot mate geformuleer soos die latere artikel 25 van die Naturelle-administrasiewet van 1927, en het onder andere bepaal dat die Kaapse Goewerneur met die advies van sy Uitvoerende Raad wette wat van toepassing was in die Transkeise gebiede kon herroep en wysig en ook nuwes kon maak deur proklamasie. Die meeste verdere anneksasiewette van die ander Transkeise gebiede het soortgelyke bepalings bevat.⁴²

Die Transvaalse wet 4 van 1885⁴³ het bepaal dat die Staatspresident bevoeg was om, met die advies en toestemming van sy Uitvoerende Raad, regulasies en opdragte te formuleer vir die bevordering van die werking en handhawing van dié wet, welke regulasies, ens dieselfde uitwerking sou hê as die bepalings van dié wet self. Hierdie artikel het dus aan die uitvoerende gesag in die ZAR wetgewende bevoegdhede met betrekking tot die Bantoe verleen, soortgelyk aan dié van die Goewerneur van die Kaap met betrekking tot die Transkeise gebiede.

In Natal en skynbaar ook in die Oranje-Vrystaat het daar nie dergelyke wetgewende bevoegdhede vir die uitvoerende gesag bestaan nie.

Ná Uniewording het die Goewerneur-generaal-in-rade ingevolge artikel 16 van die *Zuid-Afrika Wet*, onder andere ook die proklamasiebevoegdhede van die Goewerneys van die Transvaal en Kaapkolonie

³⁹Deur Wet 9 van 1929 a 2(b) en vgl Rogers a w 18.

⁴⁰*Vide infra* - die verbinding van die bevoegdhede aan die *Natalse* situasie bring die vraag na vore of die tans verantwoordelik-regerende kwaZulu steeds deel uitmaak van die *provinsie* Natal, vir die betrokke doeleinde.

⁴¹Welsh a w 84 ev. Welsh het egter nie heeltemaal gelyk nie: die *Report of the Native Affairs Department 1922-24* 4 1ste par beweer: „The principle of legislation in native areas by the executive . . . was adopted in 1871, when Basutoland was originally annexed to the Cape Colony . . .” - ingevolge wet 12 van 1871 (Kaap).

⁴²Vgl a 2 van wet 35 van 1884, a 2 van wet 3 van 1885, a 2 van wet 5 van 1894 (maar nie wet 37 van 1886 nie) en samevattend, a 1 van wet 29 van 1897.

⁴³a 14, aangehaal deur Welsh a w 86.

verkry, maar vir die ander twee provinsies het dit ontbreek.⁴⁴ Die leemte is aan gevoel en die ooglopende sukses van die Transkeisestelsel is in gedagte gehou.⁴⁵ Om uniformiteit en doeltreffendheid in die hand te werk, is artikel 25 van die Naturelle-administrasiewet op die wetboek geplaas. Sub-artikel (1) hiervan is sedertdien nog nie gewysig nie en lui tans nog soos volg:

„Vanaf die inwerkingtreding van hierdie Wet mag die Staatspresident enige wet wat dan van krag is of daarna van krag word in die Bantoestreek, opgenoem in die Bylae tot die Bantoe Grond Wet 1913 (Wet 27 van 1913) of 'n wysiging daarvan of in sodanige streke as wat by besluit van beide Parlements-huise vir die doeleindes van hierdie artikel as Bantoestreek aangewys mag word, by proklamasie in die Staatskoerant herroep of wysig en nuwe wette, met regs krag in die bedoelde streke, uitvaardig, wysig of herroep.”

Artikel 24(1) van dieselfde wet het die Goewerneur-generaal gemaagtig om die Natalse wet 19 van 1891 en sy bylae by wyse van proklamasie te wysig, wat hy dan ook gedoen het deur proklamasie 168 van 1932, wat die bepalinge van die *Natal Native Code* vervang het, wat verskeie male gewysig is en wat in 1967 *in toto* vervang is deur proklamasie R195 van 1967. Artikel 11(1) van laasgenomede proklamasie bepaal na aanleiding van en op soortgelyke wyse as artikel 40 van die Natalse Kode van 1891, dat geen hof jurisdiksie het om uitspraak te lewer oor die geldigheid van 'n handeling, ensovoorts wat die opperhoof verrig in die uitoefening van sy magte nie. Fouché sê hiervan, ná ontleding van enkele gewysdes,⁴⁶ dat hierdie bepaling geen toetsingsmagte aan die hof laat nie, behalwe dat hulle 'n handeling van die opperhoof ongeldig kan verklaar as bevind kan word dat die opperhoof buite sy jurisdiksie gehandel het, of as bedrog 'n rol by die handeling gespeel het, of as die opperhoof nie, soos die geldigheidsvereiste by diskresionêre (of gedelegerde) wetgewing dit vereis,⁴⁷ sy aandag aan die betrokke aangeleentheid gewy het nie. Hierdie

⁴⁴a 16 het oa alle magte, bevoegdhede en pligte wat voor Uniewording by die vier koloniale Goewerneurs of Goewerneurs-in-rade berus het, gesamentlik laat oorgaan op die Goewerneur-generaal of Goewerneur-generaal-in-rade onderskeidelik. Hierdie bepaling is vervat in deel III van die wet onder die opskrif *Uitvoerend Gezag*. Nogtans het lord De Villiers, hr, in *Rex v Nojawnuse* 1913 AD 311 313 bevind dat die proklamasiebevoegdhede wat aan die Goewerneur van die Kaap mbt die Transkei ingevolge wet 38 van 1877 verleen is, deur hierdie a 16 aan die Goewerneur-generaal van die Unie oorgedra is, nieteenstaande die opskrif van deel III en ook nieteenstaande die feit dat a 19 van dieselfde wet die wetgewende mag van die Unie in die Parlement laat setel het. Dit vloei hieruit voort dat ook die Goewerneur van die Transvaalse Kolonie se proklamasiebevoegdhede so aan die Goewerneur-generaal oorgedra is.

⁴⁵Vgl Welsh a w 89-90 se behandeling van JF Herbst se verduidelikende memorandum van die Naturelle-administrasiewetsontwerp van 1927.

⁴⁶Fouché a w 117 ev.

⁴⁷LC Steyn *Uitleg van Wette* 3e uitg 198.

artikel 11(1) van proklamasie R195 van 1967 dek skynbaar al die wye bevoegdheids wat die Staatspresident as opperhoof toekom.

ARTIKEL 111 VAN DIE GRONDWET

Dit is egter nie net die Bantoe-administrasiewet en die uitvloeisels daarvan wat fundamentele betekenis het vir die onderhawige onderwerp nie, maar ook die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika. Artikel 111 van hierdie wet is feitlik 'n woordelike herbepaling van die reeds vermelde artikel 147 van die *Zuid-Afrika Wet*. Laasgenoemde was deels 'n oorgangsbepaling, soos reeds aangedui, om nie die „spesiale magte” wat teen 1910 by die Goewerneys van die vier kolonies berus het of as opperhoofde deur hulle uitgeoefen is, vir die uitvoerende gesag van die Unie verlore te laat gaan nie en om kontinuïteit in die Bantoe-beleid van elk van die voormalige kolonies te bewerkstellig.⁴⁸

Sekere aangeleenthede wat binne die trefwydte van artikel 147 van die *Zuid-Afrika Wet* geval het, byvoorbeeld die opperhoofskap, titel op die gereserveerde gronde vir „lokasies”, ensovoorts, is deur latere wetgewing nader gespesifiseer en uitgebou. Dit het egter nie van artikel 147 'n dooie letter gemaak nie, omdat dit nog gesien kon word as die breë basis en agtergrond van die latere wetgewing, soos onder andere sekere bepalings van die Naturelle-administrasiewet en dié van die Naturelletrust en -Grond Wet.⁴⁹

Dit is met republiekwording deur die wetgewer nodig gevind om artikel 147 van die *Zuid-Afrika Wet* te herbepaal in artikel 111 van die Grondwet, niteenstaande al die ander wetgewing wat reeds bestaan het betreffende die aangeleenthede wat deur artikel 147 getref is.

Enkele aanpassings was by die herbepaling in artikel 111 nodig: die woord „Staatspresident” het die woorde „Goewerneur-generaal-in-rade” vervang, welke verskil in die lig van artikel 16(2) van die Grondwet geen wesenlike verandering teweeg gebring het nie. Verder is die rekvante bevoegdhede wat onmiddellik voor republiekwording by die Goewerneur-generaal-in-rade berus het, en nie die bevoegdhede van die Goewerneys van die voormalige kolonies nie,⁵⁰ aan die Staatspresident oorgedra. Laasgenoemde verskil in formulering erken myns insiens maar net dat die betrokke bevoegdhede in sekere opsigte gedurende die bestaan van die Unie verander het en dat ander daarby gevoeg is. Dit het gevolglik nie die aard van die bepaling, naamlik dié van veral agtergronds- en basisbepaling, verander nie, maar dit bloot in ooreenstemming met die ietwat veranderde omstandighede gebring. Artikel 111 lui:

⁴⁸Vgl Welsh a w 88-89.

⁴⁹Wet 18 van 1936, a 4(3) wat by die Goewerneur-generaal Trustee van die Naturelle-trust gemaak het.

⁵⁰Vgl a 147 van die *Zuid-Afrika Wet*.

„Die beheer oor en administrasie van Bantoesake . . . berus by die Staatspresident, wat al dié spesiale magte met betrekking tot Bantoe-administrasie uitoefen wat onmiddellik voor die inwerkingtrede van hierdie Wet by die Goewerneur-generaal-in-rade van die Unie van Suid-Afrika berus het . . .”⁵¹

Volgens die vertolking wat in die meerderheidsuitspraak in *Minister of Posts and Telegraphs v Rasool*⁵² aan artikel 147 van die *Zuid-Afrika Wet* geheg is en wat ook van toepassing behoort te wees op die aangehaalde artikel 111, synde ’n herbepaling van artikel 147, gaan dit slegs oor uitvoerende bevoegdhede en nie oor wetgewende handeling nie.

PROBLEEMSTELLING

Gedurende die afgelope dekade (en ook enkele jare voor dit, hoewel in ’n mindere mate) het die Bantoe staatsreg groot ontwikkelingspronge gemaak wat staatsregtelike en interpretasievrae in verband met wetgewing soos dié waarna hierbo verwys is, laat ontstaan. Die vraagstuk wat tans opdoem, is in welke mate en op welke wyse die bepalinge van artikel 1 (en die meegaande artikel 24 en die daaruit voortvloeiende proklamasie R195 van 1967), artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet en artikel 111 van die Grondwet, tans nog onherroep, toepasbaar en sinvol is in die lig van die Transkeise Grondwet⁵³ en die Grondwet van die Bantoe tuislande. Die antwoord hierop is nie voor-die-hand-liggend nie en moet gesoek word in die kontrastering van eersgenoemde bepalinge met dié van laasgenoemde twee wette. Om te sistematiseer, word aan die hand gedoen dat die vraagstuk na aanleiding van die volgende vrae ondersoek word:

- I Hoe word die opperhoofskap van die Staatspresident ingevolge die Bantoe-administrasiewet deur die gemelde 1963- en 1971-wetgewing geraak?
- II Is die verbinding van die Staatspresident se bevoegdhede ten opsigte van al die Bantoe in Suid-Afrika met sy bevoegdhede ten opsigte van die Bantoe in Natal, soos wat artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet dit doen, tans nog sinvol?
- III Wat is die huidige posisie van die Staatspresident se wetgewende magte deur proklamasie ingevolge artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet?
- IV Wat is die huidige trefwydte van die eerste gedeelte van artikel 111 van die Grondwet met betrekking tot die Staatspresident se beheer oor en administrasie van Bantoesake?

⁵¹Die res van a 111 word nie aangehaal nie, omdat ’n bespreking daarvan nie heeltemal by die huidige onderwerp tuishoort nie.

⁵²1934 AD 167 per whr Stratford 176.

⁵³48 van 1963.

As agtergrond vir die antwoorde op hierdie vrae, moet kennis geneem word van enkele fundamentele en wesenlik ooreenstemmende bepalings in hierdie verband, van die twee Bantoegrondwette, naamlik artikel 18, artikel 21 en artikel 22 van die Tuislandgrondwet⁵⁴ en artikel 65(1), artikel 67 en artikel 22 van die Transkeise Grondwet onderskeidelik.

Artikel 18 (tuislande) en artikel 65(1) (Transkei) lui *mutatis mutandis* eenders: die inhoud daarvan is kortliks dat, behoudens die bepalings van die twee onderskeie wette, al die wette wat onmiddellik voor die instelling van *verantwoordelike regering*⁵⁵ in 'n Bantoegebied, en in die geval van die Transkei, voor 30 Mei 1963, gegeld het, van krag bly totdat dit deur die sogenaamde „bevoegde gesag” herroep of gewysig word. Wat presies die „bevoegde gesag” is, die Republiek- of tuislandwetgewer, is nie altyd so duidelik nie, soos blyk uit 'n vergelyking van die *Ndewanana*-⁵⁶ en *Zituzexa*-⁵⁷ gewysdes.⁵⁸ Vir die huidige is dit

⁵⁴Hierdie benaming, hoewel nie korrek nie, sal gerieflikheidshalwe hieronder gebruik word om wet 21 van 1971 aan te dui.

⁵⁵Hoewel die Tuislandgrondwet nie hierdie begrip gebruik nie, sal dit hieronder gerieflikheidshalwe aangewend word om die toestand aan te dui wat in a 1 van dié wet bedoel word, nl dié stadium in die ontwikkeling van 'n Bantoegebied waar 'n wetgewende vergadering en uitvoerende raad ingestel is, maar nog nie selfregering soos bedoel in a 26 van dié wet nie.

⁵⁶1966 3 SA 312 (OK).

⁵⁷1970 2 SA 773 (OK).

⁵⁸Hierdie twee gewysdes weersprek mekaar op die oog af. In die *Ndewanana*-saak is bevind dat a 12 van wet 96 van 1965 wat a 344ter van wet 56 van 1955 herroep (albei wette van die Parlement), *wel* van toepassing is in die Transkei. Die Parlement was dus in hierdie geval die „bevoegde gesag.” In die *Zituzexa*-saak is bevind dat a 6 van wet 71 van 1968, wat a 10bis van wet 54 van 1949 (soos gewysig) herroep (albei wette van die Republiek) *nie* in die Transkei van toepassing is nie, omdat die Transkeise wetgewende vergadering in hierdie geval die „bevoegde gesag” is. Dit moet egter toegegee word dat die *res gestae* in die twee sake van mekaar verskil het, aangesien die element van oplegging van strawwe deur die wetgewing van die wetgewende vergadering in die 1966-gewysde voorkom, terwyl die 1970-gewysde nie deur so 'n element gekompliseer is nie. Die kern van die beredenering in die 1966-gewysde op 314H en 315A-F, by monde van r Cloete, skyn my (met respek) egter oormatig spitsvondig te wees. Dit maak te veel van par 23 van deel B van die eerste bylae en verloor ook die sterk bewoording van a 37 (1) (b) uit die oog, terwyl dit 'n wysigingsbevoegdheid van die Parlement m.b.t. die wetgewing van lg wat steeds in die Transkei geld, by a 65(1) interpoleer. Met die beredenering van die 1970-gewysde is mi geen fout te vind nie. Dit is eenvoudig en ondubbelsinnig en r Cloete se argumentasie en die verskil in *res gestae* in die 1966-gewysde ten spyte, kan ek nie insien waarom dieselfde beredenering in lg saak ook toegepas sou kon word nie. Hierby moet nog gevoeg word dat 'n wetgewende vergadering van 'n bloot verantwoordelikergerende Bantoegebied ingevolge a 3(1)(b) van die Tuislandgrondwet nie bevoeg is om 'n Parlements wet te wysig of te herroep nie, maar 'n wetgewende vergadering van 'n selfregerende gebied is ingevolge a 30(1)(b) wel daartoe bevoeg.

egter voldoende om te weet dat die bevoegde wysigende gesag soms die Republiek- en soms die tuislandwetgewer kan wees. Hierdie bepalings dui daarop dat die relevante bepalings van die Bantoe-administrasiewet, as uitgangspunt, as steeds van krag beskou moet word. Die vraag is egter of ander bepalings van die twee tuislandgrondwette nie in stryd met hulle is nie.

Artikel 21 (tuislande) en artikel 67 (Transkei) lui ook *mutatis mutandis* eenders,⁵⁹ met die verskil egter dat die artikel 21 'n sekere voorbehoudsbepaling bevat (later meer hieroor). Die inhoud van hierdie artikels is dat alle „regte, bevoegdheede, gesag, pligte, verpligtings en werksaamhede” wat onmiddellik voor die toekenning van verantwoordelike regering (en in die geval van die Transkei, voor 30 Mei 1963) regtens by 'n minister of by 'n ander persoon of liggaam (of „gesag”) in die Republiek berus het en wat betrekking het op aangeleenthede waarvoor wetgewende vergaderings bevoeg is om wette te maak, daarná by die ooreenstemmende gesag of die persoon wat soortgelyke bevoegdheede, gesag en werksaamhede in die Bantoegebied uitoefen, berus. Onmiddellik moet ook die twee artikels 22 van die onderskeie tuislandgrondwette genoem word. Ook hulle is *mutatis mutandis* identies, met die verskil egter dat die Transkeise artikel 22 hierdie keer 'n voorbehoudsbepaling bevat wat feitlik woordeliks (*mutatis mutandis*) dieselfde is⁶⁰ as dié van artikel 21 van die Tuislandgrondwet! (Ek kom hieronder hierop terug.) Die twee artikels 22 se inhoud is dat die „administratiewe beheer, bevoegdheede, magte en werksaamhede (*uitgesonderd wetgewende bevoegdheede*)”⁶¹ wat onmiddellik voor die toekenning van verantwoordelike regering en in die geval van die Transkei, voor die eerste samestelling van 'n kabinet, by die Staatspresident berus het of deur hom uitgeoefen is met betrekking tot aangeleenthede ten opsigte waarvan die wetgewende vergaderings wette kan maak, by die uitvoerende raad van die betrokke gebied (kabinet van die Transkei), berus.

⁵⁹Dit is interessant om daarop te let dat die Afrikaanse tekste in meer opsigte van mekaar verskil as die Engelse tekste. Die Engelse teks van die Transkeise Grondwet is deur die Staatspresident onderteken, terwyl die Afrikaanse teks van die Tuislandgrondwet weer aldus vereer is. Dit dui miskien daarop dat die Engelse (ongetekende) teks van die 1971-wet oorgeskryf is uit die 1963-wet met enkele aanpassings en formuleringsverbeterings en daarna vertaal is in die Afrikaans sonder verwysing na die ouer (ongetekende) Afrikaanse teks. Die bedoeling was egter mi dat die 1971-bepaling dieselfde effek moes hê as die ouer bepaling, met natuurlik die verskille wat die omstandighede vereis het. Verder meen ek dat die verskille in formulering gemik is, nie op inhouds- of gevolgsveranderinge nie, maar op verbeterings in formulering. Derhalwe ag ek die eerste gedeelte van die 1971-bepaling vir alle doeleindes 'n oorskrywing van die 1963-bepaling te wees.

⁶⁰Dieselfde opmerkings wat in voetnoot 59 gemaak is ivm die verskille tussen a 21 (tuislande) en a 67 (Transkei), is hier van toepassing.

⁶¹My kursivering.

Die identiese voorbehoudsbepalings van die twee onpaar bepalings, artikel 21 (tuislande) en artikel 22 (Transkei), sluit 'n uitleg van die onderskeie wette uit as so 'n uitleg meebring dat enige owerheidsorgaan van die Republiek daardeur verhinder word om 'n bevoegdheid of werksaamheid, wat in die algemeen ingevolge die onderskeie artikels aan 'n tuislandorgaan oorgedra is, uit te oefen in die geval waar daar „bedinge en voorwaardes” tussen die Republiek en 'n tuislandregering bestaan wat vir sodanige voortgesette uitoefening voorsiening maak. Met ander woorde, 'n nie-statutêre ooreenkoms tussen die regerings van die Republiek en 'n tuisland in verband met die mag tot uitoefening van die betrokke bevoegdhede en werksaamhede, kan die hoofbepalings voorgaan in regswerking.

Waarom die formuleerders van die twee tuislandgrondwette enersluidende voorbehoudsbepalings by ongelykluidende artikels in die twee wette geplaas het, is vir my 'n onverklaarbare raaisel. Die voorbehoude het in beide gevalle te doen met die uitleg van „die bepalings van hierdie Wet,” met ander woorde, al die ander bepalings van die onderskeie wette en nie net met die uitleg van die onderskeie artikels waaraan dit as voorbehoudsbepalings geheg is nie. Dit is opvallend dat heelwat bepalings in die 1971-wet oorskrywings uit die Transkeise Grondwet is, en dat die twee wette met mekaar verband hou en oor die algemeen oor dieselfde onderwerp handel, sodat die een dus as leidraad by die uitleg van die ander kan dien.⁶² Die inkonsekwente oorskrywing van die relevante voorbehoudsbepalings kan egter vir die onversigtige leser van die twee wette misleidend wees en hom tot die gevolgtrekking laat kom dat die posisie betreffende reservering vir die owerheidsorgane van die Republiek van sekere bevoegdhede en werksaamhede wat *normaliter* aan die tuislandowerhede oorgedra word, in die Transkei verskil van dié in die ander Bantoegebiede met verantwoordelike regerings. Ek is daarvan oortuig dat die wetgewer se bedoeling met die voorbehoudsbepalings in albei die wette dieselfde is. Dit sou egter minder verwarrend wees as die voorbehoudsbepalings, weens die algemene toepassing daarvan op die geheel van die onderskeie wette, vervat sou gewees het in afsonderlike artikels.

Die rede vir laasgenoemde gedagte word duideliker by 'n ontleding van die hoofbepalings. Artikel 21 (tuislande) en artikel 67 (Transkei) het skynbaar uitvoerende *en* wetgewende bevoegdhede in die Bantoegebiede, wat by die Republiek se ministers en mindere owerheidsorgane voor die instelling van verantwoordelike regering berus (het), in gedagte. Die formulering is egter nie baie gelukkig nie: by die identifisering van die Republiek se owerheidsorgane by wie die betrokke bevoegdhede berus, word daar naas 'n minister in die alternatief verwys na „'n ander persoon of liggaam [,gesag of persoon' in

⁶²Vgl Steyn a w 143-4.

die Transkeise Grondwet] in die Republiek" - dit *op sigself* sou onmiskenbaar *ook* op die Staatspresident kon dui. In die lig hiervan, sou dit kan voorkom asof die twee artikels 22, wat betref die oordrag van bepaalde bevoegdhede, artikel 21 en artikel 67 gedeeltelik weerspreek, oorvleuel en aanvul. Die formuleerders het egter met die artikels 22 skynbaar *slegs* die uitvoerende bevoegdhede ensovoorts wat voor die instelling van verantwoordelike regering *uitsluitlik* by die Staatspresident berus het of deur hom uitgeoefen is, in gedagte. Hier is dus nie, soos in die eerste stel artikels, sprake van die bevoegdhede ensovoorts van ministers en ander mindere owerheidsorgane van die Republiek nie, en die wetgewende bevoegdhede van die Staatspresident word in parentese uitdruklik uitgesonder. As 'n mens nou die twee stelle artikels saam lees, moet die gevolgtrekking wees dat artikel 21 en artikel 67 nie met „'n ander persoon" ensovoorts die Staatspresident bedoel nie en dat die artikels 22 dus uitsluitlik die aangeleentheid betreffende die Staatspresident se bevoegdhede ensovoorts wil reël. Artikel 21 en artikel 67 se verwysing na „'n ander persoon" (of „gesag") se bevoegdhede ensovoorts, wat in teenstelling met die artikels 22 nie wetgewende bevoegdhede uitsluit nie, kan dus in die lig van die laasgenoemde artikels nie gesien word as verwysings na die Staatspresident se wetgewende magte nie.

Die voorbehoudsbepaling waarna hierbo verwys is, tref, soos gemeld, myns insiens nie slegs die onderskeie artikels waaraan hulle geheg is nie, maar ook (onder andere?) artikel 67 (Transkei) en artikel 22 (tuislande), wat dui op die verwarringspotensiaal van die twyfelagtige plasing van dié voorbehoudsbepalings.

As belangrike verdere agtergrond vir die beantwoording van die gestelde vrae, moet ook kennis geneem word van die ongelykluidende wysigingsbepalings van die twee Bantoegrondwette: artikel 72 van die Transkeise Grondwet is besonder wyd geformuleer en laat die las van uitleg swaar rus op die leser van die betrokke wetgewing. Dit lui: „Alle wette wat by die toepassing daarvan op die Transkei teenstrydig of onbestaanbaar is met die bepalinge van hierdie wet word hierby herroep vir sover hulle aldus teenstrydig of onbestaanbaar is." Artikel 39 van die Tuislandegrondwet is egter noukeuriger geformuleer om slegs sekere artikels van twee bepaalde wette wat in bylae 2 genoem word, te wysig, welke wysigings nie verband hou met die onderhawige onderwerp nie.

Teen hierdie agtergrond kan nou ingegaan word op die gestelde vrae.

I

In die lig van die allesinsluitende terminologie van artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet soos in 1956 gewysig („ . . . opperhoof

van *alle* Bantoes in die Republiek . . .”),⁶³ kan daar nouliks twyfel bestaan oor die opperhoofskap van die Staatspresident in die Transkei en in die ander Bantoegebiede. Wat sy bevoegdhede, magte, ensovoorts betref, mag die prentjie ná 1963 in die Transkei en nadat die Tuislandgrondwet in ander Bantoegebiede in werking gestel is, egter ietwat anders lyk.

Waar Fouché dit het oor hierdie opperhoofskap,⁶⁴ gaan hy nie in op die posisie in die Transkei nie, en verklaar hy net in ’n voetnoot, „indien dit strydig is met die Transkeise Grondwet . . . sal die Staatspresident as gevolg van die bepalings van artikel 72 daarvan nie meer die opperhoof van die Bantoe van die Transkei wees nie.” Of artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet dan teenstrydig of onbestaanbaar is met die bepalings van die Transkeise Grondwet, en gevolglik daardeur herroep word, is te betwyfel.

Ek vind Fouché se aangehaalde opmerking misleidend, omdat nie een van die vier-en-sewentig artikels van die Transkeise Grondwet ’n beduidenis bevat dat die Staatspresident se opperhoofskap *as sodanig* in gedrang kom nie. Nog meer, die opperhoofskap *as sodanig* geniet hoegenaamd geen vermelding in enige van die bepalings nie, hetsy positief of negatief. Daar word slegs, byvoorbeeld in artikel 22, gepraat van sommige bevoegdhede, magte, ensovoorts wat by die Staatspresident berus het of deur hom uitgeoefen is en wat oorgedra word aan die Transkeise kabinet. Van ’n hoedanigheid, soos opperhoof, op grond waarvan sodanige gesag, bevoegdhede, ensovoorts by die Staatspresident berus het of deur hom uitgeoefen is, is daar nie sprake nie.

Hieruit vloei die vraag voort of die opperhoofskap *as sodanig* dan enigiets staatsregtelik beteken, veral indien sy magte, bevoegdhede, ensovoorts hom ontnem word. As gedeeltelike antwoord hierop kan aan die hand gedoen word dat aan die opperhoofsamp soos wat dit met betrekking tot die hele Republiek in 1963 bestaan het, afbreuk gedoen is met betrekking tot die Transkei deurdat sekere van die „administratiewe” bevoegdhede, magte, ensovoorts daarvan weggenem is. Motivering vir so ’n stelling word gevind in die feit dat ten minste sommige van die Staatspresident se betrokke bevoegdhede ensovoorts by hom berus het *weens sy opperhoofskap*. Dit blyk uit artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet en artikel 2 van die *Natalse Wetboek van Bantoreg*: onthou sal word dat artikel 1 die bevoegdhede ensovoorts van die opperhoof met betrekking tot die hele Republiek verbind aan die bevoegdhede ensovoorts wat ten opsigte van die Bantoe in Natal by hom berus. Die bewoording van artikel 1 maak dit nie duidelik dat

⁶³My kursivering.

⁶⁴Fouché a w 117 voetnoot 1.

die bevoegdheids ensovoorts by die Staatspresident berus uit hoofde van sy opperhoofskap nie, maar is op sigself vatbaar vir die vertolking dat sy opperhoofskap los te maak is van sy bevoegdheids ensovoorts ten opsigte van die Bantoe. Die verwysing na die Natalse situasie plaas so 'n vertolking egter in die weegskaal: artikel 2 van die bylae tot die 1967-proklamasie lui:

„Die Staatspresident, as *Opperhoof*,⁶⁵ geniet en oefen ten opsigte van Bantoes in die Provinsie Natal alle magte, bevoegdhede, funksies, regte, vrydomme en voorregte uit wat volgens die regte (*sic*),⁶⁶ gewoontes en gebruike van Bantoes uitgeoefen en geniet word deur enige Opper- en Hoofbantoe-kaptein . . .”

Die feit dat hierdie bepaling dit het oor die bevoegdheids ensovoorts van die Staatspresident wat hy uitoefen as *opperhoof*, dui myns insiens daarop dat die bevoegdheids ensovoorts wat aan hom verleen is, wel by hom uit hoofde van sy opperhoofsamp berus. Die opperhoofsamp steun dus op die bevoegdheids ensovoorts wat daarmee saamgaan - as *al* hierdie bevoegdheids ensovoorts met betrekking tot 'n bepaalde gebied, soos die Transkei, die opperhoof ontnem word, word die wese van die opperhoofskap hom myns insiens vir daardie gebied ontnem. Die Transkeise Grondwet ontnem hom slegs sekere van hierdie bevoegdheids ensovoorts naamlik dié uitvoerende bevoegdheids wat in verband staan met die aangeleenthede waaroor die Transkeise wetgewende vergadering wette mag maak en doen dus slegs gedeeltelik afbreuk aan sy opperhoofskap in die Transkei.

Dit moet nou ook duidelik wees dat die aard van die opperhoofsamp met betrekking tot die Transkei tot in 1963 en daarna bepaal is deur die besondere bevoegdheids ensovoorts wat daartoe behoort het. In 1963 het die bepalings van die Transkeise Grondwet die aard daarvan verander deur sommige van die bevoegdheids ensovoorts daarvan weg te neem. Maar veel belangriker is die feit dat dieselfde wet sekere nuwe bevoegdheids en magte aan die Staatspresident verleen en daardeur miskien 'n nuwe aansyn aan die opperhoofskap met betrekking tot die Transkei gee: dit wil sê indien die nuwe bevoegdheids en magte hom toekom as opperhoof of as artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet só vertolk moet word dat die Staatspresident steeds opperhoof van al die Bantoe in die Republiek bly, selfs al word al sy bevoegdheids in dié verband hom ontnem. Voorbeelde van die nuwe bevoegdheids van die Staatspresident is dat hy wetgewing van die wetgewende vergadering moet goedkeur of dit kan terugverwys (artikel 40) en dat hy die aanstelling van hoofkapteins, kapteins en onderkapteins moet bekragtig (artikel 45). Sulke bevoegdheids is nie almal tipies van die opperhoofskap soos bedoel in artikel 2 van die *Natalse Wetboek* nie,

⁶⁵My kursivering.

⁶⁶Bedoelende *reg* of uiters *wette* („laws”).

maar is kenmerkend van die bevoegdhe van 'n *staats*hoof. Die situasie wat met ander woorde dalk hier aan die ontwikkel is, is dat, namate die Transkeise kabinet meer uitvoerende bevoegdhe verkry en die gebied vorder na voller selfregering en uiteindelik staatskap, dermate verander die geaardheid van die Staatspresident se opperhoofskap vanaf dié van 'n Bantoeopperhoof volgens Bantoe-reg, na 'n staatshoof in die moderne staatsregtelike sin, moontlik met die betiteling van „opperhoof.” Dit sal meebring dat die Staatspresident in 'n stadium staatshoof van die Republiek én die Transkei as staat, mag word.

Aangesien die relevante bepalings van die Tuislandegrondwet grootliks oorskrywings van die Transkeise Grondwet is, sal alles wat hierbo in verband met die opperhoofskap in die Transkei gesê is, *mutatis mutandis* van toepassing wees in 'n Bantoegebied waar eersgenoemde wet van toepassing gemaak word.

II

Soos aangedui, is die regte, immuniteite, bevoegdhe en gesag wat by die opperhoof ingevolge artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet berus ten opsigte van al die Bantoe in die Republiek, dieselfde as dié wat in Natal by hom berus. Die bevoegdhe wat by die opperhoof ten opsigte van die Bantoe in Natal berus, word in die breë in die reeds aangehaalde artikel 2 van die *Natalse Wetboek* uiteengesit en in die res van die wet uitgebou. Dit behoef nouliks 'n betoog dat 'n hele aantal van die opperhoof se Natalse bevoegdhe onvermydelik met betrekking tot die Transkei reeds moet verdwyn het en oorgedra gewees het, en dat dieselfde moet gebeur met betrekking tot 'n ander gebied waarop die Tuislandegrondwet van toepassing gemaak word. 'n Enkele voorbeeld behoort voldoende te wees.

Artikel 5(1) van die 1967-proklamasie se bylae lui geredigeerd soos volg:

„Die Opperhoof . . . kan . . . vir die doel om die administrasie van enige wet uit te voer, die aanwesigheid van kapteins en ander Bantoe beveel op enige redelike tyd en onder redelike omstandighede . . .”

terwyl artikel 9 van die Transkeise Grondwet die uitvoerende gesag met betrekking tot aangeleenthede waaroor die wetgewende vergadering wette mag maak, aan die Transkeise kabinet opdra, en eweneens dra artikel 22 onder meer die „administratiewe” beheer met betrekking tot dieselfde aangeleenthede, wat vroeër by die Staatspresident berus het, oor aan die kabinet. Hierdie teenstrydigheid veroorsaak gevolglik die gedeeltelike herroeping van artikel 5(1) van die *Natalse Wetboek* ingevolge artikel 72 van die Transkeise Grondwet, waardeur die betekenis van die allesinsluitende bewoording van artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet, ook betreffende die „regte, immuniteite, bevoegdhe en gesag” wat by hom berus, ingekort word. Die gelykluidende bepalings in die Tuislandegrondwet met betrekking tot die

oordrag van die uitvoerende gesag aan die uitvoerende raad of kabinet van die ander Bantoegebiede is artikel 5(1) en artikel 29(1) onderskeidelik, en artikel 22 van hierdie wet lui, soos aangedui, net soos die Transkeise artikel 22.

Die Tuislandgrondwet bevat egter, soos aangedui, nie 'n algemeen wysigende bepaling soos artikel 72 van die Transkeise Grondwet nie. Waar artikel 5(1) van die Natalse Wetboek en artikel 5(1), artikel 29(1) en artikel 22 van die Tuislandgrondwet ook onmoontlik ten volle met mekaar versoen kan word, en waar die Tuislandgrondwet in verhouding 'n spesiale wet is terwyl artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet, saamgelees met artikel 5(1) van die *Natalse Wetboek*, 'n meer algemene wet is weens die wyer gelding daarvan, geld die stelreël van wetsuitleg *lex posterior derogat priori*,⁶⁷ wat weer eens meebring dat die sin van die allesinsluitende bewoording van artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet in die slag sal bly waar die Tuislandgrondwet in 'n Bantoegebied in werking gestel is.

Uit hierdie omstandighede blyk dit duidelik dat, met die vermeerdering van aangeleenthede waaroor wetgewende vergaderings van veral selfregerende Bantoegebiede in die toekoms sal beskik, die Staatspresident se bevoegdhede uit hoofde van artikel 1 van die Bantoe-administrasiewet toenemend sal kwyn. Die verbinding van hierdie bevoegdhede in allesinsluitende taal aan die Natalse situasie, word toenemend betekenisloos en kan moontlik ook, nou dat verantwoordelike regering vir die Zoeloegebied ingestel is,⁶⁸ verdere uitlegprobleme veroorsaak. Hierdie aspek van die artikel 1 blyk dus vinnig verouderd te raak en kwalifiseer myns insiens, ter wille van duidelikheid oor die regsposisie, vir hersiening.

III

In *R v Maharaj*⁶⁹ het appèlregter Greenberg die volgende uitleg van die reedsaangehaalde artikel 25(1) van die Bantoe-administrasiewet gegee:

„It appears to me that, subject to the provisions of section 26(1), the Governor-General is given powers of legislation, within the area(s) concerned, equal to those of Parliament, that it is competent for him to repeal the Common Law or any Statute Law . . .”⁷⁰

Soos hierbo aangedui, sit artikel 18 en artikel 65(1) van die Tuisland- en Transkeigrondwet onderskeidelik die geldigheid van onder andere hierdie artikel by wye implikasie voort en die artikels 22 van dieselfde wette sluit uitdruklik die wetgewende bevoegdhede van die

⁶⁷Steyn a w 173.

⁶⁸Op 30 Maart 1972 deur proklamasie R70 van 1972 en vgl voetnoot 40 *supra*.

⁶⁹1950 3 SA 187 (A).

⁷⁰194D van die verslag.

Staatspresident uit van dié bevoegdheede wat aan die kabinette/ uitvoerende rade van die Bantoegebiede oorgedra word.

Met die eerste oogopslag lyk dit asof die Staatspresident, niteenstaande die instelling van wetgewende vergaderings, al sy proklamasie-bevoegdheede ingevolge artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet behou.

Artikel 37(3) van die Transkeise Grondwet en die gelykluidende artikel 30(3) van die Tuislandegrondwet bepaal egter dat geen wet, insluitende wetgewing van die Republiek of 'n provinsie, gemaak ná 1963 in die Transkei en ná die instelling van selfregering in die ander gebiede, oor onderwerpe waaroor die selfregerende Bantoegebiede bevoeg is om wetgewing te maak, in die gebiede en op burgers van die gebiede van toepassing sal wees nie.

'n Proklamasie ingevolge artikel 25(1) van die Bantoe-administrasiewet word ook deur hierdie bepalings getref.⁷¹ Hieruit vloei dit by verstek voort dat proklamasies van die Staatspresident ingevolge artikel 25 oor onderwerpe waaroor geen wetgewingsbevoegdheede vir die selfregerende Bantoegebiede se wetgewende vergaderings bestaan nie, steeds geldig sal wees, net soos Parlementêre en provinsiale wetgewing oor sodanige onderwerpe.

Artikel 70(3) van die Transkeise Grondwet en artikel 30(4) van die Tuislandegrondwet bevat immers uitdruklike bevestiging van bogenoemde situasie. Albei hierdie artikels bepaal dat die onderskeie twee grondwette nie die Staatspresident se proklamasiebevoegdheede ingevolge artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet (en met betrekking tot die Transkei, ook ingevolge die reeks Kaapse anneksasiewette van die verskillende Transkeise gebiede) in verband met die aangeleenthede waaroor die wetgewende vergaderings *nie* wetgewingsjurisdiksie het, raak nie. Die invoeging van hierdie bepalings was myns insiens *ex abundanti cautela*, maar dit het die meriete dat dit duidelikheid oor die situasie bevorder.

'n Verdere nut wat artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet steeds kan dien, is om artikel 1 en artikel 26 van die Tuislandegrondwet aan te vul; dié artikels swyg oor die moontlike wysiging van die daarin bedoelde konstitusionele proklamasies. Indien 'n proklamasie byvoorbeeld ingevolge artikel 1 deur die Staatspresident uitgevaardig is, en dit moet daarná gewysig word, is die vraag of artikel 1 sodanige wysiging (behalwe met betrekking tot die beskrywing van die Bantoegebied)⁷² magtig. So 'n vertolking is miskien moontlik,⁷³ maar onnodig,

⁷¹a 2 van die Interpretasiewet 33 van 1957, sluit 'n proklamasie „wat die krag van wet het” by die begrip „wet” in.

⁷²Vgl a 1(2) wet 21 van 1971.

⁷³Vgl Steyn a w hfst VII par 3.

omdat artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet so 'n wysiging magtig.

Die negatiewe uitwerking wat die bepalings van die twee tuislandgrondwette op artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet het, is dan om die Staatspresident se proklamasiebevoegdhedede oor aangeleenthede wat by 'n wetgewende vergadering se wetgewingsbevoegdhedede ingesluit is, uit te sluit. Dit word immers deur die bewoording van gemelde artikel 30(4) van die Tuislandgrondwet en artikel 70(3) van die Transkeise Grondwet geïmpliseer. Hy sal dus nie 'n wet van 'n wetgewende vergadering met 'n proklamasie kan wysig of herroep of enige proklamasie oor sodanige onderwerpe kan uitvaardig nie. Wat egter wel vir die Staatspresident tegnies moontlik is, is om enige betrokke grondwet, wat myns insiens deur artikel 25 getref word, by proklamasie te wysig of selfs in geheel te herroep. Dit alleen hou magtige moontlikhede in, want wysiging van die tuislandgrondwette self is nie by die wetgewende vergaderings se wetgewingsbevoegdhedede ingesluit nie.

IV

In die reedsaangehaalde *Rasool*-gewysde het appèlregter Beyers, hoewel *obiter*, tog insiggewend, gesê artikel 147 van die *Zuid-Afrika Wet*, wat in artikel 111 van die Republiek se Grondwet herbepaal is, „ding niks af van die wetgewende mag van die Unieparlement nie; en die Goewerneur-generaal-in-rade sou niks kan doen in stryd met 'n Uniewet nie.”

In hierdie opmerking lê die antwoord op die vraag wát van die Staatspresident se in artikel 111 verleende bevoegdhedede in die Bantoegebiede oorbly: albei die tuislandgrondwette is natuurlik wette van die Parlement, en albei se artikels 22 dra al die Staatspresident se „administratiewe beheer, bevoegdhedede, magte en werksaamhede” wat in verband staan met aangeleenthede waaroor die wetgewende vergaderings wetgewingsjurisdiksie het, aan die kabinette/uitvoerende rade oor. Artikel 111 is die hoofbron van die Staatspresident se bevoegdheid van „beheer oor en administrasie van Bantoesake” en sy „spesiale magte” waarin hy die Goewerneur-generaal-in-rade opgevolg het. Met betrekking tot die Transkei en die gebiede waarop die Tuisland grondwet van toepassing gemaak is, sal die trefwydte van die eerste gedeelte van artikel 111 dus verminder het, en dit sal na alle waarskynlikheid in die toekoms steeds verminder.

SUMMARY

The State President's position in Bantu constitutional law

Although it is not exactly correct to use the term “Bantu constitutional law” today, since no Bantu state is yet in existence in South Africa, it is convenient and hardly confusing to do so.

The State President has wide powers in Bantu constitutional law. He is the supreme chief of all the Bantu in the Republic. The history of this situation can be traced back to 1835 in the Cape Colony, 1849 in Natal, 1881 in the Transvaal and 1907 in the OFS. S 1 of the Bantu Administration Act 1927 (as amended) provides for the supreme chieftaincy of the State President over all the Bantu in the Republic and extends the position in Natal regarding his powers, etc, to the whole of the Republic. The State President also has the power in terms of s 25(1) of the Bantu Administration Act to legislate by proclamation in the Bantu territories, the history of which power may be traced back to 1887 in the Transkei and to 1881 in the Transvaal. Furthermore, the first part of s 111 of the RSA Constitution Act 1961, being a basic, general provision, endows the State President with the control and administration of Bantu affairs and some special powers with regard to Bantu administration.

In view of certain provisions contained in the Transkei Constitution Act 1963 and the Bantu Homelands Constitution Act 1971, it seems that:

I The supreme chieftaincy of the State President with regard to the Bantu territories has been and presumably will be diminished increasingly. On the other hand, it seems possible that the office of supreme chief may be undergoing a change from an institution of Bantu law, to a modern constitutional office of head of state.

II The extension of the Natal situation regarding the powers, etc, of the supreme chief to other Bantu territories in terms of s 1 of the Bantu Administration Act, is rapidly becoming unrealistic. This aspect of s 1 is superannuated and qualifies for revision.

III The State President's legislative powers by proclamation in the Bantu territories, are also diminishing in proportion to the growth of the legislative powers of the legislative assemblies. However, the State President technically may still employ s 25(1) of the Bantu Administration Act to amend his own constitutional proclamations in terms of s 1 and s 26 of the Bantu Homelands Constitution Act as well as the two Bantu Constitution Acts themselves.

IV The first part of s 111 of the RSA Constitution Act is also gradually losing its full effect in the various Bantu territories. □

Happy are those few nations that have not waited for the slow succession of coincidence and human vicissitude to force some little turn for the better after the limit of evil has been reached, but have facilitated the intermediate progress by means of good laws

Beccaria *On Crimes and Punishments* 1764 (vert Paolucci)

Aspekte van die reg rakende afhanklikheidsvormende stowwe

Ignus Rautenbach

Randse Afrikaanse Universiteit

I

Die gebruik van 'n afhanklikheidsvormende stof kan die gemeenskap op so 'n wyse bedreig, dat die staat, as dié gesagdraende regsobjek wat belang het by die welvaart, gesondheid en voortbestaan van die gemeenskap, die gebruik van die bepaalde stof kan verbied. Hierdie funksie van die staat behoort uitgeoefen te word onderworpe aan die voorwaarde dat die staat slegs *sodanige stappe* mag neem *as wat nodig is*. Staatsoptrede moet dus gebaseer wees op 'n objektiewe waardering van die bestaan en omvang van die bedreiging en van die gevolge wat die beoogde optrede ten opsigte van die regte van onderdaanregsobjekte sal meebring.¹

Indien daar vir die gemeenskap geen gevaar sou skuil in die gebruik van 'n bepaalde afhanklikheidsvormende stof nie, sou die vraag ontstaan of dit hoegenaamd 'n funksie van die staat is om gedrag te verbied waarvan die uitwerking beperk is tot die individuele gebruiker.² John Stuart Mill het met die kenmerkende individualistiese optimisme van die negentiende eeu verklaar: „[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.”³ Volgens hierdie standpunt kom staatsoptrede onder die gemelde omstandighede neer op 'n ongeregverdigde aantasting van die individu se persoonlike privaathed, dit wil sê ten opsigte van sy individuele leef-

¹William H McGlothlin „An Approach to Marijuana Legislation” in *The New Social Drug* 1970 147-8.

²Troy Duster *The Legislation of Morality* 1970 235 ev; Michael A Town „Privacy and the Marijuana Laws” in *The New Social Drug* 1970 144-5; Reginald Whitaker *Drugs and the Law - the Canadian Scene* 1969 210 ev.

³*On Liberty* 170 World's Classics 1960 15.

wyse.⁴ Daarenteen is dit die standpunt van lord Devlin dat „ . . . the loosening of moral bonds is often the first stage of disintegration, so that society is justified in taking the same steps to preserve its moral code as it does to preserve its government and other essential institutions.”⁵ Lord Devlin is nie ’n voorstander daarvan dat die staat ’n onbuigsame morele kode voorskryf en afdwing nie, maar stel dit dat die staat optrede moet verbied wat afstootlik en steurend is vir die gewone burger.⁶ HLA Hart is van mening dat Devlin se beskouing ’n bedreiging inhou vir individuele regte en vir die evolusie van sosiale instellings,⁷ maar ingevolge Hart se sogenaamde paternalisme mag die staat tog optree om die individu teen homself te beskerm.⁸ Hierdie standpunt is gebaseer op ’n belang wat die staat daarin het dat die individu homself nie ten gronde mag rig nie.⁹ Om tussen voorgenoemde standpunte te kan kies moet die beoordelaar in ’n mindere of meerdere mate die klem plaas op òf menslike swakheid en die noodsaaklikheid van eksterne kontrole, òf individuele selfstandigheid, sodat die verantwoordelikheid van sy vryheid aan die individu self toevertrou kan word.

II

As beginpunt moet dus vasgestel word of die gebruik van afhanklikheidsvormende stowwe ’n bedreiging vir die gemeenskap inhou en indien wel, wat die omvang van hierdie bedreiging is. Dit kan bepaal word indien die afhanklikheidsvormende stowwe wat in die gemeenskap gebruik word, geïdentifiseer is en die fisiese, psigiese en sosiale oorsake en gevolge van die gebruik van elke sodanige stof vasgestel is.¹⁰

Alhoewel die Komitee van Ondersoek na die Misbruik van Verdowingsmiddels (1970) tot ’n aantal gefundeerde gevolgtrekkings kon kom, het die komitee telkens ten opsigte van belangrike vrae, soos die soorte middels wat misbruik word en die omvang van die misbruik, volstaan met stellings soos: „Die getuienis oor hierdie aspek was nie

⁴Whitaker a w 8 stel hierdie standpunt soos volg: „All that governments can do is to declare *this* substance officially meat, and *this* officially poison, and let the individuals take the consequences.”

⁵*The Enforcement of Morals* 1965 13.

⁶a w 17.

⁷*Law Liberty and Morality* 1963 47 75.

⁸a w 32-3.

⁹Vergelyk die *dictum* van ar Holmes in *S v Robinson* 1968 1 SA 666 (A) 678 waar die reël dat toestemming van die slagoffer geen verweer is op ’n moordklag nie, op dieselfde oorweging gebaseer word.

¹⁰McGlothlin a w 148-9 en sien die stofindeling van die *Verslag van die Komitee van Ondersoek na die Misbruik van Verdowingsmiddels* 1970 (hierna genoem die *Verslag*) en die onderwerpe van die voorgestelde navorsingsprojekte op 94-7 van die *Verslag*.

voldoende om 'n betroubare plaaslike beeld te gee nie,"¹¹ of „Eksakte syfers kon nêrens verkry word nie,"¹² of „Wat Suid-Afrika betref, lê hierdie veld nog braak."¹³ Insiggewend is ook die titels van die onderwerpe wat die Komitee met die oog op *verdere* navorsing aanbeveel, byvoorbeeld *Statistiese gegewens oor verdowingsmiddel-misbruik; Die dagga-probleem in Suid-Afrika; 'n Epidemiologiese studie van verdowingsmiddel-misbruik; Die mate waarin dagga-gebruik aanleiding gee tot die gebruik en misbruik van sterker verdowingsmiddels.*¹⁴

Terwyl daar 'n mate van eenstemmigheid bestaan oor die gevare verbonde aan afhanklikheidsvormende stowwe soos heroïen, morfien en lisergied (LSD), is dit veral ten opsigte van dagga (marijuana) dat daar elders in die wêreld 'n felle stryd losgebrand het.¹⁵ In die lig van die feit dat dagga ingevolge die huidige Suid-Afrikaanse wetgewing as 'n „verbode afhanklikheidsvormende medisyne" geklassifiseer word,¹⁶ kan verwag word dat die kontrovers moontlik hierheen sal uitbrei.¹⁷ Voorgenoemde komitee het volstaan met die stelling dat: „Alhoewel in sommige mediese kringe die moontlike nadelige uitwerking van dagga as sulks betwyfel word, is daar soveel getuienis en lange ervaring, sowel binnelands as buitelands, om aan te toon dat dit wel by die hallusinogene (of drogbeeldmiddels) tuishoort en dikwels as die „trekker" tot misbruik van sekere stowwe beskuldig staan,"¹⁸ terwyl terselfdertyd aanbeveel is dat die daggaprobleem in Suid-Afrika en die mate waarin daggagebruik aanleiding gee tot die gebruik van sterker verdowingsmiddels, verder nagevors moet word. Al wat moontlik in hierdie stadium met taamlke sekerheid gesê kan word, is dat die gebruik van dagga *moontlik* 'n gevaar inhou vir die individuele gebruiker, sy familie en die samelewing, of soos Bensusan dit stel: „It is truly an unpredictable drug, used by unpredictable people and with unpredictable consequences."¹⁹

Bensusan is daarvan oortuig dat Suid-Afrikaanse dagga 'n hoër *tetrahydrocannabinol* (THC)-inhoud het as die marijuana van die VSA

¹¹*Verlag* 33 par 174.

¹²*Verlag* 35 par 191.

¹³*Verlag* 35 par 191.

¹⁴*Verlag* 94-7.

¹⁵„[T]here appears to be in much of the literature a venom toward opponents which exceeds even the usual formalized blood-letting of academic disputes. Those who defend established views tend to view critics as misguided fools or dangerous subversives, while dissenters are sometimes apt to characterize more orthodox authorities as mere apologists for repression" - Whitaker a w 16.

¹⁶Deel I van die bylae tot wet 41 van 1971.

¹⁷Sien die bydraes van Ellison Kahn „Dagga and the 'Drugs Act'" 1972 *SALJ* 105 en AD Bensusan „The Use and Effect of Dagga in South Africa - A Medical Assessment" 1972 *SALJ* 116.

¹⁸*Verlag* 16.

¹⁹a w 123.

en die VK en derhalwe makliker aanleiding gee tot verslaafdheid.²⁰ *Hierdie moontlikheid behoort die relevantheid van Amerikaanse en Britse literatuur en amptelike bevindings by 'n beoordeling van die Suid-Afrikaanse situasie te kwalifiseer.*

Volgens 'n berig oor die onlangse internasionale konferensie wat deur die Raad van Europa en die Wêreldgesondheidsorganisasie in Strasbourg gehou is oor die voorkoming en behandeling van dwelm-verslaafdheid, was daar „some emotional exchanges on the debatable theory of escalation from cannabis use to heroin or amphetamine dependence,” maar daar is tot geen gevolgtrekking geraak nie.²¹

III

Hoe graag die reg ook al sou wou reageer op 'n „netjieser” situasie, is die toedrag van sake (veral ten opsigte van dagga) een van onsekerheid en die vraag ontstaan: *wat staan die reg te doen te midde van soveel onsekerheid?*

Dit wil voorkom asof twee moontlikhede bestaan, beide riskant:

- (1) Daar kan toegelaat word dat die gebruik van byvoorbeeld dagga ongekontroleerd toeneem tot tyd en wyl 'n omlynde probleem uitkristalliseer,²² of totdat definitiewe biochemiese, farmakologiese, filosofiese, mediese, psigologiese, sosiologiese en staatkundige bewyse deur die betrokke vakmanne voorgelê word. *Later mag dit die reg dan verwyt word dat dit „soos gewoonlik”²³ te laat op die toneel verskyn het om 'n tragedie te kon voorkom.* (Gedurende die negentiende eeu is morfiën as doofmiddel in Amerikaanse mediese kringe verwelkom. Die mediese gebruik daarvan gedurende die burgeroorlog het duisende verslaafdes nagelaat. In 1898 word heroïen op die mark geplaas om onder andere te dien as middel om die ont-trekkings-simptome by morfiënverslaafdes te verlig. Eers in 1910 is die selfstandige verslawende hoedanighede van heroïen ten volle ingesien.)²⁴

²⁰a w 118. Whitaker, wat 'n liberaler houding ten opsigte van marijuana bepleit, verklaar uitdruklik dat hy sy pleidooi *nie* rig op „the more potent and dangerous hashish from the East” nie omdat „many of the notorious problems of chronic cannabis use in the East are associated with hashish, but not with the milder equivalents of North American marijuana” (a w 227), terwyl Bensusan Suid-Afrikaanse dagga klassifiseer as synde „in a category all of its own - perhaps more akin to hashish than marijuana” (a w 121-1).

²¹Michael Field „Drugs - the Tragedy and the Ignorance” *Rand Daily Mail* 12 April 1972 15.

²²Milton H Joffe „Governmental and Regulatory Problems with LSD” in *LSD, Man & Society* 1969 89-90 noem die moontlikheid met betrekking tot LSD.

²³Joffe a w 90.

²⁴Whitaker a w 14, Duster a w 6-8.

- (2) Die reg kan ten spyte van die onsekere gegewens aangewend word om die gebruik van byvoorbeeld dagga te beheer of selfs te verbied ten einde die gevare verbonde aan die eerste moontlikheid geheel en al te ondervang.²⁵ Beskuldigings soos die volgende sal beslis volg: „[T]he law by nature is a very clumsy instrument to deal with such a complex phenomenon as drug dependence . . . any legal response to this problem will, by definition, be untidy and inconsistent.”²⁶ Dit mag later blyk dat dit die *reg* was wat leed en ongerief veroorsaak het, terwyl die „gefare” in werklikheid nooit bestaan het nie. (Gedurende die sestiende eeu is die handel in en gebruik van koffie in Egipte verbied.)²⁷ Ten spyte van hierdie besware, het state dwarsdeur die wêreld hul al meer en meer tot hierdie uitweg gewend.²⁸

IV

Indien besluit sou word dat die staat ten spyte van bestaande onsekerhede mag of selfs *moet* optree, kan die maatreëls wat geneem is beoordeel word deur die aard en omvang van die bedreiging af te weeg teenoor die moontlike uitwerking van die staatsoptrede op die regte en belange van onderdaanregsubjekte. Hierdie afwegingsproses kan moontlik geskied aan die hand van die volgende toetse wat deur die Amerikaanse *Supreme Court* aangewend word wanneer vasgestel word of owerheidsoptrede in 'n bepaalde geval inbreuk maak op die waarborge vervat in die Eerste Wysiging van die Grondwet:²⁹

- (1) die beperkings op persoonlike vryheid moet *verband hou* met 'n oogmerk van die owerheidsbevoegdheid om die gesondheid, veiligheid en welvaart van die onderdaan te beskerm - die sogenaamde *minimum rationality test*;
- (2) die belange wat die staat beskerm moet *swaarder weeg* as die betrokke beperkings - die sogenaamde *balancing test*; en
- (3) geen ander metodes waardeur individuele regte minder nadelig getref sou word, moet kan aangewend word nie - die sogenaamde *least restrictive alternative test*.

²⁵Terence Jones *Drugs and the Police* 1968 32.

²⁶Whitaker a w 7.

²⁷Whitaker a w 4.

²⁸Francis A Allen „Current Tendencies in Narcotics Legislation” in *Narcotics* 1965 24; en sien die genoemde berig van Field n 21 waarvolgens die gesondheidsadviseur van president Nixon die moontlikheid verwerp het dat die gebruik van marijuana binnekort in die VSA gewettig sou word - Field rapporteer verder: „Nor did any small European country offer itself as a guinea pig on the pros and cons of greater cannabis freedom in order to help the United States make up its mind.”

²⁹Sien Town a w 137 en die sake daar aangehaal.

Daar moet egter beklemtoon word dat enige onsekerheid in verband met die aard en omvang van die probleem wat bekamp word, dieselfde probleme meebring as wat opduik wanneer gevra word of die staat in hierdie omstandighede mag optree. Moontlik kan geargumenteer word dat in die lig van die onsekerheid, die staat eerder te lig as te drasties moet optree. Dit sal egter nie die staat vrywaar van die risiko genoem by die eerste moontlikheid gestel in die vorige paragraaf nie. Daarenteen verhoog drastiese optrede die moontlike gevolge genoem by die tweede moontlikheid.

V

Vervolgens word gelet op die afgrensing van individuele regte en vryhede deur maatreëls rakende afhanklikheidsvormende stowwe.

In die publiekreg is dit veral deur middel van die straf- en strafprosesreg dat die regte van die onderdaan afgegrens word teenoor die belange waarvan die staat draer is. Deur die strafreg word sekere aktiwiteite van die onderdaan verbied, terwyl die reëls van die strafprosesreg verdere belange van die onderdaan aantast wanneer vasgestel word of hy of 'n ander die materiële strafreg oortree het en wanneer die oortreder vir 'n gepleegde misdaad „gestraf” word. *Uit die geraadpleegde literatuur wil dit voorkom asof dit 'n algemene verskynsel is dat maatreëls rakende afhanklikheidsvormende stowwe in sekere opsigte afwyk van die reëls wat normaalweg in die straf- en strafprosesreg aangetref word; ingrypender staatsoptrede word gemagtig as wat gewoonlik die geval is.*³⁰

Die redes vir die afwykings moet vasgestel word ten einde die slaggat van veroordeling gebaseer op die blote feit van afwyking te vermy: „. . . it is one thing to quote arguments against bad laws and quite another to ascertain that the laws against marijuana are, indeed, bad.”³¹ Verklarings vir die verskynsel as sou dit spruit uit 'n botsing tussen twee wêreld- en lewensbeskouings waarin die gesagvoerende voorstanders van die ouere op wrede en irrasionele wyse die *status quo* probeer handhaaf,³² mag waar wees, maar nader aan die oppervlakte wil dit voorkom asof veral twee redes vir die huidige toedrag van sake bestaan:

- (1) Daar *bestaan* 'n hewige afkeer (hetsy rasioneel of emosioneel, gegrond of ongegrond) van die misbruik van afhanklikheidsvormende stowwe by gemeenskap dwarsdeur die wêreld en hierdie afkeer

³⁰Allen a w 25; Town a w 120; Niel L Chayet „Social and Legal Aspects of LSD Usage” in *LSD, Men & Society* 1969 92; Donald B Louria *Overcoming Drugs* 1971 174; Arthur C Whealy „Drugs and the Criminal Law” 1970 *The Criminal Law Quarterly* 254.

³¹ER Bloomquist *Marijuana* 1968 150.

³²Erich Goode „Marijuana and the Politics of Reality” in *The New Social Drug* 1970; Mark Messer „Running out of Era” in *The New Social Drug* 1970.

vind uiting in die buitengewoon swaar strawwe wat vir die gebruik en verspreiding van dié stowwe deur wetgewers in hierdie gemeenskappe voorgeskryf word.

- (2) Indien die beslissing geneem is om deur middel van die reg 'n sogenaamde sosiale euwel te bekamp, mag dit blyk dat dit nie effektief gedoen kan word sonder om van die normale reëlings af te wyk nie. „Any system of regulation presupposes that certain minimal conditions will be satisfied in order that the system may function and maintain itself. . . the criminal law is the heavy artillery of organized society. A decision to rely on it as the principal means of control represents, wittingly or unwittingly, a decision to accept the assumptions and requirements of criminal law enforcement.”³³

Vervolgens word kortliks na sommige van hierdie afwykings gekyk aan die hand van die Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums 41 van 1971.³⁴ In aanhalingstekens sal telkens verwys word na opmerkings wat in die Volksraad gemaak is gedurende die debatte van die Tweede Lesing- en Komiteestadium van die wetsontwerp.³⁵ Die doel hiermee is geensins om die bedoeling van die wetgewer vas te stel nie - dit blyk duidelik uit die wet self³⁶ - maar bloot om 'n aanduiding te probeer gee van die oorwegings wat 'n rol gespeel het by die aanname van die wet.

(1) *Drastiese minimum voorgeskrewe gevangenisstraf*

- (a) Vir *handeldryf* in verbode of gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne of 'n plant waaruit sodanige medisyne vervaardig kan word,³⁷ word gevangenisstraf van *minstens* 5 en hoogstens 15 jaar voorgeskryf vir 'n eerste oortreding³⁸ en *minstens* 10 en hoogstens 25 jaar vir 'n latere skuldigebevinding.³⁹
- (b) Vir *besit of gebruik* van 'n verbode of gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne of plant waaruit sodanige medisyne ver-

³³Allen a w 26 27.

³⁴Die wet het op 6 Desember 1971 in werking getree. In deel I van die bylae tot die wet word 'n aantal *verbode afhanklikheidsvormende medisyne* getabuleer waarvan dagga en heroïen die bekendste is. In deel II word meer as 'n honderd gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne genoem waaronder amfetamien, morfin en opium. Deel III bevat 'n lys van *moontlik gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne*, bv barbiturate. Die Staatspresident mag die bylae wysig (a 15) en dit is reeds gedoen (Staatskoerant 3390 22/2/1972).

³⁵Die aanhalings is geneem uit *Debatte van die Volksraad: Tweede Sessie - Vierde Parlement* (vervolgens na versys as *Debatte*) nr 13.

³⁶*S v Shangase* 1972 2 SA 410 (N) 414H.

³⁷a 2(a) en (c).

³⁸a 2(i).

³⁹a 2(ii).

vaardig kan word,⁴⁰ word gevangenisstraf voorgeskryf van *minstens* 2 jaar en hoogstens 10 jaar vir 'n eerste skuldigbevinding⁴¹ en *minstens* 5 en hoogstens 15 jaar vir 'n latere skuldigbevinding.⁴²

- (c) Vir *versuim* deur 'n eienaar, okkupeerder, bestuurder, beheerder of toesighouer van 'n vermaaklikheidsplek om, indien hy vermoed dat afhanklikheidsvormende medisyne in stryd met die wet in die vermaaklikheidsplek besit of gebruik of in handel gedryf word, sy vermoede by die naaste polisiekantoor te rapporteer en besonderhede waaroor hy beskik mee te deel, word dieselfde straf voorgeskryf as in geval (a) *supra*.⁴³

Deur die voorskrif van 'n minimum straf gee die wetgewer uiting aan 'n sterk afkeer wat ten opsigte van die strafbare feit bestaan, en indien die verpligte straf ingrypend is, aan 'n behoefte om aan die strafbepaling 'n maksimum afskrikkingseffek te gee.⁴⁴

„[D]ie voorsiening wat vir minimum strawwe gemaak word, [is] die beste voorbeeld . . . van wat enigiemand kan verwag indien hy voor die versoeking sou swig om homself te verryk deur met verdowingsmiddels te smous.”⁴⁵

In die geval van die minimum voorgeskrewe straf word die regterlike amptenaar se diskresie ten opsigte van sy strafopleggende funksie hom ontnem. Dit kan aanvaar word dat ten opsigte van die *besit of gebruik van verbode en gevaarlike afhanklikheidsvormende stowwe* hierdie diskresie langs 'n omweg weer „terugbesorg” word. Indien die hof in hierdie gevalle daarvan oortuig is dat daar „omstandighede”⁴⁶ is wat die oplegging van 'n ligter straf as die voorgeskrewe regverdig, lê die hof gevangenisstraf op van hoogstens 2 jaar by 'n eerste skuldigbevinding en hoogstens 5 jaar by 'n latere skuldigbevinding.⁴⁷

„In beginsel moet die hof diskresionêre magte hê, maar daar moet 'n rede wees waarom die hof [dit] het, en die hof het [dit] omdat daar miskien versagtende omstandighede kan wees. In die geval van 'n koelbloedige smokkelsmous bestaan daar hoegenaamd geen versagtende omstandighede nie.”⁴⁸

„[H]ierdie wetsontwerp maak geen melding van iemand wat tot handelaar

⁴⁰a 2(b) en (d). Behalwe indien 'n gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne besit of gebruik word op voorskrif van 'n geneesheer of tandarts - a 5.

⁴¹a 2(iii).

⁴²a 2(iv).

⁴³a 6(1) en (2).

⁴⁴„[T]he Act is one of manifest and unique severity and one which authorises punishments which the courts of the Republic would not have imposed had the Act not been passed” - r Harcourt in *Shangase supra* 415 416.

⁴⁵*Debatte* 6000.

⁴⁶Sien *Shangase supra* 417 tot 428 vir 'n deurtastende uiteensetting van die betekenis van „omstandighede” in hierdie artikel.

⁴⁷a 7. Vgl a 355A van die Strafproseswet 56 van 1955.

⁴⁸*Debatte* 6228 6229.

verklaar word . . . tensy hy in staat is om ingevolge 'n hele aantal breed bewoorde vermoedens, die teendeel te bewys."⁴⁹

'n Gedeelte van die minimum straf kan opgeskort word.⁵⁰ Die wet sluit die moontlikheid nie uit nie⁵¹ en langs hierdie weg kan „in belang van die beskuldigde” en in die belang „van die samelewing waarin die beskuldigde beweeg,”⁵² die uitwerking van die „minimum straf” aansienlik versag word.⁵³

(2) *Verbeurdverklaring van vermoënsgoedere as straf*

Normaalweg is dit die gedagte by verbeurdverklaring om die werktuie waarmee misdade gepleeg word uit die gemeenskap te verwyder of buite bereik van die oortreder te plaas.⁵⁴

Enige afhanklikheidsvormende medisyne wat in besit van 'n veroordeelde gevind is, of in verband met die misdaad gebruik is,⁵⁵ enige voertuig, vliegtuig, houer⁵⁶ of onroerende goed⁵⁷ of regte van die veroordeelde daarop,⁵⁸ word sonder behandeling van die regte van *bona fide*-derdes⁵⁹ ten gunste van die staat verbeurd verklaar.

In die geval van a 8(1)(d) is egter verder gegaan en dit is duidelik dat verbeurdverklaring in hierdie geval moet dien as 'n straf met afskrikingswaarde.

By 'n tweede of later skuldigbevinding op 'n aanklag van handeldryf in verbode of gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne, word enige geld wat in besit van die veroordeelde gevind of enige bedrag wat tot sy krediet staan by 'n bank, bouvereniging of finansiële instelling ten gunste van die staat verbeurd verklaar.⁶⁰

„Mense verloor nie hul banksaldo's as hulle vir moord of verkragting . . . tot lang tydperke van gevangenisstraf gevonniss word nie.”⁶¹

„Dit moet dien as afskrikmiddel. Die man moet besef dat hy nie met hierdie ding kan speel nie.”⁶²

⁴⁹ *Debatte* 6230.

⁵⁰ AB Harcourt *et alii*, *Swift's Law of Criminal Procedure* 2e uitg 1969 665; JC Ferreira *Strafprosesreg in die Landdroshof* 1967 574 n 36; VG Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 1967 455.

⁵¹ *Sbangase supra* 428 A.

⁵² Ferreira a w 558.

⁵³ sien die toepassing van hierdie moontlikheid by die 13 hipotetiese feitestelle soos bespreek in *Die Landdros* Januarie 1972 5-12 en die daadwerklike aanwending daarvan in *Sbangase supra* 436-445.

⁵⁴ Hiemstra a w 474; Ferreira a w 582 585 en vgl a 52 en 360(a) en (3) van die Strafproseswet 56 van 1955.

⁵⁵ a 8(1)(a).

⁵⁶ a 8(1)(b).

⁵⁷ a 8(1)(c).

⁵⁸ a 8(1)(b) en 8 (1)(c).

⁵⁹ a 8(2).

⁶⁰ a 8(1)(d).

⁶¹ *Debatte* 6249.

⁶² *Debatte* 6250.

(3) *Vergemakliking van polisie-optrede en bewyslewering*

Dit is veral onder hierdie hoof dat die tweede voorgenoemde rede vir die „afwykings” by maatreëls rakende afhanklikheidsvormende stowwe ter sprake kom.

In alle gevalle waarin die reg optrede verbied waarby geen direkte slagoffer betrokke is nie, word „speurwerk” om die oortreder aan die man te bring aansienlik bemoeilik. Dieselfde probleme word ondervind by misdade gerig teen dobbelary, drankverkope, prostitusie, „ontug” en sommige van die sogenaamde politieke misdade. Indien die reg nie self die ondersoekprosedure vergemaklik nie, is dit by uitstek op hierdie gebied dat „onwettige” polisie-optrede voorkom.⁶³

„Confronted by unusual difficulties of detection and apprehension, the enforcement agencies are likely to protest the traditional limits on police authority . . . [A] tendency toward unsanctioned police practices has characterized much narcotics law enforcement and . . . there appear to be no sufficient reasons to doubt that this tendency will persist in the future.”⁶⁴

Die Suid-Afrikaanse wetgewer het in hierdie opsig (ten regte of ten onregte) die knoop deurgehak deur geriefliker polisie-optrede en bewysvoorlegging aan die hof te sanksioneer :

- (i) Deurdat dit ’n misdaad is vir sekere persone om te versuim om hul vermoede dat in ’n vermaaklikheidsplek in stryd met die wet opgetree word, aan die polisie te rapporteer,⁶⁵ word ’n positiewe plig op bepaalde persone geplaas om die polisie te voorsien van inligting rakende ander oortredings van die wet. Nie-nakoming bring vir mee die oortreder dieselfde drastiese strawwe as wat op handeldryf in verbode en gevaarlike afhanklikheidsvormende stowwe van toepassing is⁶⁶ en daarbenewens kan, by skuldigebevinding, enige lisensie op die vermaaklikheidsplek wat ingevolge ’n wet uitgereik is en waarvan die beskuldigde houer was, ingetrek word.⁶⁷

„[O]ns wette bevat geen bepalings ingevolge waarvan ek tot gevangenisstraf vir ’n tydperk van vyf jaar gevonniss kan word indien ek in gebreke bly om ’n misdryf te rapporteer nie . . . [D]it is ’n buitengewone beginsel wat . . . ingevoer word . . .”⁶⁸

⁶³Volgens Allen a w 28 het onwettige arrestasie, visentering, lokvalle en meeluistering ter sprake gekom in ongeveer 50 gevalle wat gedurende die tydperk 1946 tot 1962 deur die VSA se *Supreme Court* oorweeg is. In 30 van hierdie sake het dit gegaan om die vervolging van sg „misdade sonder slagoffers” terwyl 16 van hierdie 30 gespruit het uit vervolgings van misdade rakende afhanklikheidsvormende stowwe.

⁶⁴Allen a w 28.

^{65a} 6(1) en (2) en sien par V(1)(c) *supra*.

^{66a} 6(1).

^{67a} 9. Volgens Louria a w 175 is ’n soortgelyke misdaad in Massachusetts geskep.

⁶⁸*Debatte* 6233.

„As hy vermoed daar is iets aan die gang moet hy . . . net die telefoon neem [en] die naaste polisie-stasie skakel. Dan is hy onskuldig . . .”⁶⁹

- (ii) Die wet skep ’n groot aantal vermoedens wat ontstaan sodra sekere feite bewys is en dit berus dan by die beskuldigde om met ’n *oorwig van waarskynlikheid*⁷⁰ die vermoede te weerlê. Enkele voorbeelde word genoem.
- (a) Indien bewys word dat die beskuldigde in besit was van meer as 115 gram dagga of enige verbode afhanklikheidsvormende medisyne, word dit geag dat hy in sodanige dagga of medisyne handel gedryf het.⁷¹
- (b) Indien bewys word dat die beskuldigde in besit gevind is van ’n hoeveelheid gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne wat meer is as die hoeveelheid wat gedurende die voorafgaande 30 dae deur ’n geneesheer, tandarts of veearts skriftelik voorgeskryf is vir gebruik deur die beskuldigde, sy eggenoot of kind onder 18 of ’n dier waarvan hy of iemand in sy sorg eienaar is of was, word dit geag dat die beskuldigde in sodanige medisyne handel gedryf het.⁷²
- (c) Indien dit bewys word dat enige afhanklikheidsvormende medisyne of plant waaruit sodanige medisyne vervaardig kan word, in die onmiddellike nabyheid van die beskuldigde gevind is, word die beskuldigde geag in besit gevind te gewees het van sodanige plant of medisyne.⁷³
- (d) Indien bewys word dat ’n persoon in stryd met die bepalings van die wet in besit was van ’n afhanklikheidsvormende medisyne of plant, of dit gebruik het of daarin handel gedryf het, terwyl die persoon op ’n vermaaklikheidsperseel was waarvan die beskuldigde in daardie stadium eienaar, ens was, word dit geag dat die beskuldigde rede gehad het om die vermoede vir doeleindes van die misdaad geskep in a 6(1) en (2) te hê, *tensy* die beskuldigde bewys dat hy nie toe daarvan bewus was dat die wet daar oortree word nie *en* dat die omstandighede waaronder die bewese oortreding plaasgevind het, sodanig was dat dit nie redelikerwys van hom verwag kon word om daarvan bewus te gewees het of om die oortreding te vermoed nie, *en* dat, indien die omstandighede sodanig was dat dit redelikerwys van hom verwag kon word om daar voorsorg te tref

⁶⁹ *Debate* 6425.

⁷⁰ Ferreira a w 408.

^{71a} 10(1)(a).

^{72a} 10(1)(c).

^{73a} 10(3).

teen die begaan van 'n oortreding, hy sodanige voorsorg getref het.⁷⁴

Die Vereniging van Wetsgenootskappe het 'n verklaring uitgereik waarin teen die invoeging van die vermoedens beswaar gemaak is op grond daarvan dat dit afbreuk doen aan die basiese beginsel dat die las op die staat rus om te bewys dat 'n beskuldigde bo alle redelike twyfel skuldig is.⁷⁵ Soortgelyke vermoedens by strafmaatreëls rakende afhanklikheidsvormende stowwe kom ook voor in die wetgewing van ander state.⁷⁶ Sommige van die vermoedens is inderdaad ingrypend, maar dit wil voorkom asof daar vir die invoeging van 'n hele aantal wel goeie gronde bestaan.⁷⁷

- (iii) Die aanhoudingsbepaling van die wet (a 13) het aansienlike reaksie uitgelok.⁷⁸

Wanneer dit vir 'n landdros blyk, op grond van inligting onder eed deur 'n staatsaanklaer voorgelê, dat daar rede is om te vermoed dat enige persoon inligting met betrekking tot handeldryf in afhanklikheidsvormende stowwe of die versuim om kennis of 'n vermoede te rapporteer, van die staatsaanklaer of 'n polisiebeampte weerhou, kan hy op versoek van die staatsaanklaer 'n lasbrief vir die inhegtenisname en aanhouding van so 'n persoon uitreik.⁷⁹ Die persoon word dan vir ondervraging aangehou totdat die landdros sy vrylating beveel wanneer die landdros daarvan oortuig is dat die aangehoudene alle vrae bevredigend beantwoord het of dat dit nutteloos sal wees om hom verder aan te hou.⁸⁰ Die landdros stel ondersoek in na die pasgenoemde feite wanneer die aangehoudene binne 60 uur na inhegtenisname en daarna een keer elke 14 dae voor hom gebring word.⁸¹ Die aangehoudene kan te eniger tyd skriftelike verdoë tot die landdros rig met betrekking tot sy aanhouding en vrylating.⁸² Die betrokke prokureur-generaal kan te eniger tyd die vrylating van die aangehoudene gelas.⁸³ Geen geregshof is bevoeg om uitspraak te doen oor die geldigheid van enige optrede ingevolge a 13 of om die vrylating van 'n aangehoudene te beveel nie.⁸⁴ Geen persoon, behalwe 'n staatsampte-

⁷⁴a 10(6).

⁷⁵43 *De Rebus Procuratoriis* 285.

⁷⁶Kahn a w 108; Whitaker a w 44; Jones a w 46 e v.

⁷⁷Vgl bv a 10(4) en (5) met *Debatte* 6163 6164 en a 10(1)(e) met *Debatte* 6258 en sien Louria a w 191.

⁷⁸Kahn a w 109; 43 *De Rebus Procuratoriis* 285.

⁷⁹a 31(1).

⁸⁰a 13(2).

⁸¹a 13(3)(a) en (b).

⁸²a 13(3)(c).

⁸³a 13(3)(d).

⁸⁴a 13(4).

naar wat ampshalwe optree, het toegang tot 'n aangehoudene of is op enige amptelike inligting met betrekking tot 'n aangehoudene geregtig nie.⁸⁵

Die Vereniging van Wetsgenootskappe was van mening dat die bepaling van a 215*bis* van die Strafproseswet 56 van 1955 (die sogenaamde 180-dae-klausule) ook op oortredings van dié wet van toepassing gemaak kon gewees het aangesien dit in sekere opsigte nie so ingrypend is as die bepaling van a 13 nie.⁸⁶ Die besware teen *incommunicado*-aanhouding - sonder verhoor - kan kortliks soos volg saamgevat word: aangesien dit gerig is teen 'n persoon wat *moontlik* oor inligting aangaande die pleeg van 'n misdryf beskik, is dit nie noodwendig op 'n „verdagte” van toepassing nie. Indien geargumenteer word dat hierdie bepaling deel uitmaak van die proses waardeur almal verplig word om die staat by te staan by die opspoor van oortreders,⁸⁷ beteken dit in effek dat 'n persoon vir sy versuim *gestraf* word sonder dat hy in 'n hof skuldig bevind is en dat hy gedurende sy aanhouding in konfrontasie met die polisie is sonder dat hierdie situasie aan die maksimum kontrole onderworpe is.

Van regeringskant is aangevoer dat a 13 noodsaaklik is vir die effektiewe toepassing van die wet.⁸⁸

„Wanneer 'n mens te doen kry met hierdie netwerk smokkelsmouse met 'n meesterbrein daaragter en 'n klomp mense onder hom, is dit 'n bykans onbegonne taak om hulle vas te vat . . .”⁸⁹

„[A]s daardie persoon een van 'n kettingreeks is en jy kan die nodige inligting uit hom kry waardeur jy die hele groep sou kon naspur, is die smarte van die paar ten volle geregverdig as in ag geneem word die voordeel vir die massa wat as gevolg daarvan die smarte gespaar bly.”⁹⁰

VI

Van die belangrikste besware wat in bykans al die literatuur oor maatreëls rakende afhanklikheidsvormende stowwe teëgekome is, is die feit dat die reg sogenaamde statusmisdade skep sonder genoegsame waardering vir die feit dat hier onder andere ook te doen gekry word met die afhanklike wat 'n „siek” persoon is.

Wet 41 van 1971 bevat in hoofstukke II en III hoofsaaklik 'n herverordening van die Wet op Toevlugte en Rehabilitasiesentrums 86 van 1963 en maak onder meer vir die volgende voorsiening: die instel van 'n Nasionale Adviserende Raad oor Rehabilitasie-aangeleentheid;

^{85a} 13(5).

⁸⁶ 43 *De Rebus Procuratoriis* 285 286.

⁸⁷ Sien *Debatte* 6003 en 6273.

⁸⁸ *Debatte* 6271 6272; 46 *De Rebus Procuratoriis* 431.

⁸⁹ *Debatte* 6166.

⁹⁰ *Debatte* 6168.

die stigting, afskaffing, klassifikasie, registrasie en inspeksie van rehabilitasie-sentrums en tehuise; die prosedure waarvolgens persone voor 'n landdros gebring kan word en na 'n ondersoek na 'n rehabilitasiesentrum verwys kan word; die behandeling en regte van persone in rehabilitasiesentrums.

Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit belangrik om vas te stel of die wet daarvoor voorsiening maak dat indien strafregtelike stappe ingevolge die wet teenoor 'n *afhanklike* geneem word, so 'n persoon na 'n rehabilitasie-sentrum verwys sal word en nie na die gevangenis nie.

Indien dit gedurende enige verhoor (behalwe op aanklag van 'n misdryf waarvoor die doodvonnis opgelê kan word) blyk dat die beskuldigde waarskynlik 'n afhanklike is en as gevolg daarvan sy vermoë verkwis of sy gesondheid benadeel of die „vrede in gevaar bring” of op enige ander manier sy eie welsyn of dié van sy gesin benadeel, mag die voorsittende beampte, met instemming van die aanklaer die verhoor staak en 'n ondersoek ingevolge a 30 van die wet gelas. Na so 'n ondersoek kan 'n verwysingsbevel na 'n rehabilitasiesentrum gemaak word.⁹¹

Die Komitee van Ondersoek na die Misbruik van Verdowingsmiddels 1970 het met klem aanbeveel dat in strafmaatreëls 'n duidelike onderskeid gemaak moet word tussen (i) die smokkelaar wat nie self afhanklik is nie, (ii) die afhanklike wat besit en verkoop om in eie behoeftes te voorsien en (iii) die afhanklike wat slegs vir gebruik besit en nie handel dryf nie.⁹² A 341(1)(b) van die Strafproseswet lui tans:

„Die aanklaer verleen nie sy instemming ingevolge paragraaf (a) nie as die betrokke persoon 'n persoon is ten opsigte van wie die oplegging van gevangenisstraf, behalwe die in paragraaf (iii) of (iv) van artikel 2 van daardie wet bedoelde gevangenisstraf, verpligtend sou wees indien hy by sodanige verhoor skuldig bevind sou word.”

Hiervolgens wil dit voorkom asof iemand wat aangekla word van *handeldryf in verbode of gevaarlike afhanklikheidsvormende stowwe*, uitgesluit is van die bepaling van a 341(1)(a) van die Strafproseswet, al is hy in die besondere geval moontlik „'n afhanklike wat besit en verkoop om in eie behoeftes te voorsien.”⁹³

⁹¹a 341 van die Strafproseswet 56 van 1955 soos vervang deur a 62 van wet 41 van 1971.

⁹²*Verslag* 90 par 539 en 106 par 660.

⁹³Sien voorbeeld 8 van die hipotetiese feitestelle bespreek in *Die Landdros* Januarie 1972 9.

SUMMARY

Aspects of the law relating to dependence-producing substances

The use of a dependence-producing substance may constitute such a threat to society that the state is bound to control the use thereof. State action in this regard should be determined by an evaluation of the extent of the threat and of the consequences for individual rights should the contemplated measure be passed. Considerable uncertainty clouds the menace constituted by certain substances, *eg* dagga. The law could react to this uncertainty by refraining from taking any measures until a distinct problem has defined itself. This may be too late. In order to avoid the risk of acting too late, the state can anticipate the potential menace by taking preventive, though arbitrary, measures. This course has been taken in most countries. Generally these measures deviate from the accepted principles of criminal law and procedure. This deviation can be ascribed to the social aversion to the use of these substances *and* to the fact that once it has been decided to combat a "social evil" by means of the criminal process, it might turn out that illegal police practice is abetted if exceptional measures are not sanctioned by the state. Rightly or wrongly, the South African legislature has taken this course. The measures provided for in the Abuse of Dependence-producing Substances and Rehabilitation Centres Act 41 of 1971 are considered: compulsory minimum sentences; forfeiture of property as punishment; far-reaching presumptions; the offence of failure to inform the police; detention of persons believed to withhold information. In conclusion the rehabilitative aspects of the act are mentioned. □

. . . in het geoorloofde van den dwang, meer dan in het feitelijk afdwingbare schuilt het bijzondere van de rechtsnorm

Van der Pot *Handboek van het Nederlandsche Staatsrecht* 3

Aantekeninge

ENIGE OPMERKINGEN OVER PLURALISME

In het *Tydskrif*¹ werd onlangs door NJ van der Merwe het vonnis besproken van *S v Mokonto*.² Hoewel ik het vonnis niet *in extenso* heb gelezen, zou ik toch naar aanleiding van de bespreking een aantal opmerkingen willen maken.

In het kort is de zaak als volgt. Een Bantoevrouw heeft de dood voorspeld van de verdachte en zijn twee broers. Binnen een maand wordt een broer door een motor-voertuig gedood. De verdachte raadpleegt daarop een waarzegger, die hem meedeelt, dat de Bantoevrouw een heks is die een vloek heeft uitgesproken over de verdachte en zijn broers. Enkele dagen later krijgt de andere broer hoofdpijn en sterft. Daarop begeeft de verdachte zich gewapend met een kapmes naar de Bantoevrouw om haar te spreken. Er ontstaat een woordenwisseling, waarbij de Bantoevrouw de verdachte nog vertelt dat hij de zonsondergang niet meer zal beleven. De verdachte doodt dan de vrouw.

In het proces wordt de verdachte veroordeeld wegens moord. In hoger beroep wordt het vonnis bevestigd, welke uitspraak door Van der Merwe besproken wordt.

Naar het mij voorkomt is bij de motivering aan een belangrijke problematiek voorbijgegaan. Het kan zijn, dat Van der Merwe hetzelfde op het oog heeft, waar hij zegt:

„Die beswaar wat veral teen die uitspraak ingebring moet word, is dat die vraag of die nodige wederregtelikheidsbewussyn by die beskuldigde aanwesig was, nie orweeg is nie.”

Als ik het goed zie, wil de annotator hiermee tot uitdrukking brengen, dat het bewustzijn iets wederrechtelijks te hebben gedaan bij de veroordeelde wel eens afwezig zou kunnen zijn. Dit zou de veroordeelde overigens weinig gebaat hebben, aangezien hij in genoemd geval dan weliswaar niet wegens moord veroordeeld zou moeten worden, maar wegens „strafbare manslag,” „daar die redelike man van vandag nie meer aan duiwelskunsies glo nie.”³

¹(35) 1972 *THRHR* 193-196.

²1971 2 SA 219 (A).

³Hoe dit te rijmen is met de opmerking van Van der Merwe op dezelfde bladzijde: „Tereg verklaar Dugard 1966 *SALJ* 261 266; „In this age of advances in psychology and man's knowledge of mental diseases the search for the reasonable man has become absurd,” is mij niet duidelik.

Van der Merwe en de appèlrechter Holmes gaan uit van de redelijke westerse mens. De vraag is of dit een juist uitgangspunt is. Want hoe zal de veroordeelde zijn vonnis opvatten, als bij de Bantoes een sterk geloof bestaat in de kracht van een vloek, wanneer de veroordeelde zich in alle oprechtheid ernstig bedreigd heeft gevoeld? Moet niet zoveel mogelijk voorkomen worden, dat mensen veroordeeld worden, die zelf menen rechtens gehandeld te hebben? Moet de motivering van het vonnis niet alleen de westers ingestelde Zuidafrikaan, maar ook de Bantoe aanspreken? Moet de motivering van een vonnis geen „inter-subjectieve overtuigingskracht” voor de uitspraak bevatten?⁴

Appèlrechter Holmes stelt, dat bezwaarlijk kan worden volgehouden, dat in het Zuidafrikaanse rechtstelsel de westerse levensbeschouwing niet doorslaggevend zou moeten zijn. Een beroep op noodweer gaat niet op, omdat zonder meer aanvaard kan worden, dat volgens de *boni mores* van de westerse wereld een dreigement om de machten van de dood tegen een persoon in te spannen, niet aan te merken is als een dreigende aanval, waartegen eigenrichting geoorloofd is. De rechter merkt verder nog op dat „his [verdachtens] benighted belief in the blight of witchcraft cannot be regarded as reasonable. To hold otherwise would be to plunge the law backward into the dark ages.”

Op het eerste gezicht lijkt er veel te zeggen voor dit standpunt. De normen welke gelden voor de westers ingestelde Zuidafrikanen gelden eveneens voor de Bantoes. Van „apartheid” is geen sprake. Is het bezwaarmaken tegen dit over een kam scheren dan geen pleiten voor het maken van onderscheid? In zekere zin wel, hoewel ik geen hiërarchie zou durven aanbrengen tussen het rechtsbewustzijn van de westerling en de Bantoe. Eerder zou ik het standpunt van Gerard Noodt willen onderschrijven, zoals hij dit zijn studenten heeft voorgehouden.⁵ Van het *jus gentium* zegt hij, dat het is een „dictamen rectae rationis, quod ab omnibus gentibus usurpatur.” Hij voegt hier aan toe: „Docti viri addunt gentes moratiores.” Het commentaar van Noodt op deze toevoeging van de geleerden toont zijn begrip voor de relativiteit van elk rechtstelsel:

Sed illa definitio est imperfecta, statim enim quaestio erit, quae gentes sint moratiores. Unusquisque enim populus placet sibi et suos mores approbat, cujus egregium extat exemplum apud Hieronimum, cum scribit regem Persarum hujus rei exemplum sumpsisse, cum diversae gentis legati apud eum venissent, jussit enim eos ad se vocari. Et prius allocutus est eos, qui consueverant parentes suos sepelire. Dicens se audivisse quod sub terra parentes suos sepelire consueverant sibi autem placere ut parentes potius aliorum gentium mores secuti comederent. Hi vero responderunt se omnia facturos

⁴Woorden van F Wieacker „Rationes decidendi” (88) 1971 ZSS 339-355 341.

⁵Gerard Noodt (1647-1725), *Explicatio Digestorum* UB Leiden BPL 575 deel I 16 r-16 v.

regis gratia hoc uno excepto, non enim se posse esse tam crudeles, ut parentes suos devorarent. Postea aliarum gentium legatos allocutus, rogavit cur non potius parentes suos sepelirent quam comederent se autem velle ut postea sepelirent. Illi autem dixerunt se meliorem parentibus sepulturam nescire quam in corpore. Et ex hoc igitur non facile potest decidi quae gentes sint moratiores.

Wel besef ik, dat Noodt's zienswijze in de tegenwoordige tijd niet geheel en al nagevolgd kan worden. De staat kan het zich permitteren gewoonten en gebruiken bijvoorbeeld op het gebied van het privaatrecht⁶ bij bepaalde bevolkingsgroepen of beroepen als recht te erkennen; kwesties van leven en dood echter die geregeld zijn in wetten kunnen niet door afwijkende gewoonten beheerst worden.

Moet dan ook in het onderhavige geval niet gezegd worden, dat het beroep op noodweer niet opgaat, omdat een westerling zich door een vloek in redelijkheid niet bedreigd kan voelen? Wanneer het zo is, dat bij Bantoes in het algemeen het uitspreken van een vloek opgevat wordt als een reële bedreiging, waartegen het geoorloofd is eigenrichting toe te passen, dan geloof ik dat de rechter een beroep op noodweer in deze niet kan afdoen onder verwijzing naar de redelijk denkende westerling. Dusdoende hanteert men een fictie, die te ver van de werkelijkheid verwijderd raakt. Hoe loffelijk het streven is één norm gelijkelijk voor eenieder te hanteren, de realiteit is dat de verschillen tussen de mensen te groot zijn om één norm toe te passen. Het gevaar is niet denkbeeldig, dat toepassing van één norm tot onrechtvaardigheid leidt. Wordt de rechtvaardigheid niet het meest gediend door van één norm voor iedereen uit te gaan, wanneer het „voordelig” is voor eenieder en afwijkingen van de norm te accepteren, wanneer de norm in het nadeel zou werken van de groep met afwijkende regels?

Als wij ervan uitgaan, dat de veroordeelde gehandeld heeft overeenkomstig de heersende rechtsbeschouwing van zijn gemeenschap, dan gaat het bij de erkenning van een beroep hierop om de erkenning van de juridische relevantie van het pluralisme, dat wil zeggen om de erkenning dat binnen eenzelfde samenleving verschillende rechtssystemen tegelijkertijd gelding hebben. Van den Bergh heeft in een artikel genaamd „Legal Pluralism in Roman Law”⁷ naar een verklaring gezocht voor de vraag, waarom pas tamelijk recent bestudering van het pluralisme binnen de rechtswetenschap op gang is gekomen? De verklaring moet zijns inziens gezocht worden in onze rechtsidee: „Our concept of law has been for ages and still is predominantly monistic. We all believe that law is one, at least in principle.” Oor-

⁶Zie het interessante artikel van R Verloren van Themaat „Regsopleiding van die Bantoe” (31) 1968 *THRHR* 40-57.

⁷1969 *The Irish Jurist* 338-350.

zaken van dit geloof zijn filosofisch en politiek van aard. Meestal definiëren wij recht in termen van rechtvaardigheid en het wezen van rechtvaardigheid is, dat zonder aanzien des persoons geoordeeld wordt. De rechtvaardigheid eist, dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden. Verder is de eenmaking van het recht een belangrijk streven geweest in de eeuwenlange strijd ter bereiking van de moderne, nationale constitutionele staat. Van den Bergh wijst erop, dat het idee van het eenheidsrecht met name geldt op het terrein van het strafrecht. Het adagium *nulla poena sine lege* vindt zijn wortels in onze beginselen van vrijheid en gelijkheid. „Nobody can be allowed to take the law into his own hands. Yet it may be asked whether we do not deceive ourselves when, for the sake of principle, we refuse to look for differences between principle and reality.”

Met het signaleren van de problematiek van het pluralisme heeft men de oplossing niet gevonden. Een rechter is evenmin veel geholpen met de regel, dat „a judge shall be guided in his decisions by existing native laws and ancient customs . . . provided the same be not decidedly at variance with the universal and acknowledged principles of natural justice.”⁸ Noch geven de Pandektisten een antwoord op alle vragen, wanneer zij stellen, dat de gewoonte geldt, wanneer het een „löbliche Gewohnheit” is, wanneer zij niet in strijd is met het natuurrecht, de openbare orde, de publieke zeden of de vooruitgang.⁹

Het bewustzijn echter van het bestaan van deze problematiek is een voorwaarde voor de oplossing ervan. Meer dan een bijdrage te leveren tot het bekend worden van dit probleem, waardoor bestudering mogelijk wordt, beogen deze opmerkingen niet.

JJ BRINKHOF

Universiteit van Nijmegen

'N GEVAL VAN PRIVAATHEIDSKENDING?

Die reg op privaatheid is onlangs uitdruklik as persoonlikheidsreg in dieregspraakerken. In *S v A* 1971 2 SA 293 (T) verklaar regter Botha: „It seems to me that there can be no doubt that a person's right to privacy is one of . . . those real rights, those rights *in rem*, related to personality, which every free man is entitled to enjoy.” Ongelukkig, soos ook in vorige beslissings waarin privaatheidskending ter sprake was¹, het die regter privaatheid met *dignitas* as regsobjek gelykgestel.²

⁸Woorden van Raffles in 1814 op Java gesproken. Zie MA Jaspan „In Quest of New Law: the Perplexity of Legal Syncretism in Indonesia,” *Comp Studies in Society and History* 7 1964 1965 255.

⁹Zie Van den Bergh 347.

¹Sien by *O'Keeffe v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1954 3 SA 244 (K).

²Sien my bespreking in 1971 *THRHR* 324 325-6.

Dit is gebiedend vir die toekomstige ontwikkeling van die reg op privaatheid in Suid-Afrika dat privaatheid as regsbeskermingswaardige objek duidelik omlin en van ander persoonlikheidsgoedere, veral *dignitas*, onderskei word. Indien nie, „our ability to articulate and apply principles of legal protection diminishes, for we become uncertain what it is that compels us towards protective measures and wherein it [privaatheid] differs from what has already been recognised or refused recognition under established legal theory.”³

Vooraf moet daarop gewys word dat privaatheid as 'n individuele belang onafhanklik van juridiese erkenning bestaan⁴ en as sodanig 'n bepaalde lewenswyse of lewenstoestand van 'n individu in 'n samelewing verteenwoordig.⁵ Hierdie lewenstoestand bestaan daarin dat 'n individu tot 'n sekere mate afgesonderd van openbaarheid leef.⁶ So verklaar die Amerikaanse skrywer Westin⁷:

„Viewed in terms of the relation of the individual to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical and psychological means . . .”

Die afsondering of terugtrekking impliseer 'n afwesigheid van kennismaking, nie alleen met 'n individu self nie, maar ook met sy persoonlike sake, deur buitestaanders. Dit beteken egter nie dat kennismaking met 'n persoon of sy persoonlike sake absoluut uitgesluit is nie. Aangesien 'n individu lid van 'n samelewing is, is sodanige kennismaking in bepaalde omstandighede deur buitestaanders 'n noodwendige resultaat. Kennismaking word dus slegs uitgesluit of beperk tot die mate waarin 'n persoon afgesonderd van openbaarheid leef. Kortliks, *privaatheid is daardie lewenstoestand van 'n individu in 'n samelewing waarin kennismaking met homself, of met sy persoonlike sake, beperk is.*⁸

Kennismaking met 'n persoon of sy persoonlike sake in omstandighede waarin sodanige kennismaking beperk en dus ontoelaatbaar is, kan slegs op twee wyses geskied.⁹ Enersyds geskied ontoelaatbare kennismaking wanneer 'n buitestaander self met 'n persoon of sy persoonlike sake kennis maak. Dit kan as *kennismakings-* of *indringingsgevalle* bestempel word (bv waar dmv elektroniese apparaat na private ge-

³Gross „The Concept of Privacy” (1967) 42 *NYULR* 34.

⁴Pound „Interests of Personality” (1915) 28 *Harv LR* 343 en Gross a w 36.

⁵Gross a w 36; sien ook Dworkin „The Common Law Protection of Privacy” (1967) 2 *U Tas LR* 418 434.

⁶Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* 1953 135; dieselfde gedagte word teëgekome by Shills „Privacy: Its Constitution and Vicissitudes” (1966) 31 *Law and Contemp Prob* 281 en Breckenridge *The Right to Privacy* 1970 1.

⁷*Privacy and Freedom* 1970 7.

⁸Sien Gross a w 36.

⁹*ibid* 37.

sprekke geluister word).¹⁰ Andersyds geskied ontoelaatbare kennis-making wanneer 'n buitestaander derdes laat kennis maak met 'n persoon of sy persoonlike sake wat, alhoewel dit aan die buitestaander self bekend is, steeds privaat is. Hierdie kan as *kennismededeling* of *openbaarmakingsgevalle* beskryf word (bv waar 'n geneesheer sy vriende van 'n pasiënt se kwale vertel).¹¹

'n Juridiese erkenning van die reg op privaatheid impliseer dat die reg die individu se belang om afgesonderd van openbaarheid te leef in 'n sekere mate erken en indringing in of openbaarmaking van hierdie belang (privaatheid) in daardie mate beperk.

In 'n onlangse lastersaak, *Botha v Shaw* 1972 1 SA 257 (O) het myns insiens 'n duidelike geval van privaateidskending deur openbaarmaking voorgekom, sonder dat na privaatheid as beskermingswaardige regsgoed verwys is. In hierdie saak het die verweerderes, 'n vrou wie se huwelik met die eiser ontbind was, sekere hoogs persoonlike inligting omtrent haar huwelikslewe met die eiser, aan verslaggewers openbaar. Sy het onder andere gesê: „A few weeks after the marriage I realised that my husband was not interested in me;” „From the moment we were married he constantly rejected me;” „He appeared to have a psychological block about wanting me;” „He wanted to intimate closeness;” en „Wat die fisiese kant van ons huwelik betref, daarin was Jurie nie juis geïnteresseerd nie.” Nadat hierdie inligting in koerante gepubliseer is, stel die eiser 'n aksie weens laster teen sy vorige vrou in. Die hof wys myns insiens tereg die eis van die hand aangesien hierdie uitlatings nie die *goeie naam* van die eiser aangetas het nie.

Die vraag ontstaan nou of mens hier met privaateidskending te make het omrede hoogs persoonlike feite aangaande die eiser in sy huwelikslewe geopenbaar is. Aangesien 'n antwoord in ons eie reg regstreeks ontbreek, kan leiding gesoek word in die Amerikaanse regspraak, wat reeds ver gevorder het op die gebied van privaateid-beskerming deur die erkenning van 'n reg op privaatheid. Hierdie

¹⁰In *S v A* 1971 2 SA 293 (T) doen so 'n indringingsgeval hom voor.

¹¹Die twee wyses van privaateidskending word deur Suid-Afrikaanse juriste erken: Joubert a w 136; Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* 1968 258-9 en Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 1970 395. Die skrywers (*ibid*) noem nog 'n verdere wyse van privaateidskending, nl die bekendmaking of opdringing van dinge aan 'n persoon wat sy rustige lewe versteur. Hiermee verdoesel die skrywers ongelukkig die eie aard van privaatheid. Dit gaan in hierdie geval om die versteuring van *rustige lewe* (*mental repose*, soos Gross a w 37 dit noem), en nie om die aantasting van privaatheid, in die sin van kennismaking met 'n persoon of sy persoonlike sake in omstandighede waarin sodanige kennismaking beperk is, nie. *Rustige lewe* as regsobjek kan beskou word as 'n aspek van die fisiese integriteit, waar 'n persoon hom ook kan weer teen onbevoegde *gevoelsindrukke* wat *via* sy sintuie aan hom oorgebring word (sien Joubert a w 131).

benaderingswyse blyk ook uit die volgende *dictum* van waarnemende regter Watermeyer in *O'Keeffe v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1954 3 SA 244 (K) op 249: „[I]n the United States of America the legal principle is well established that the unauthorised publication of a person's photograph for advertising purposes is actionable. The principle there in force goes much further, and strikes at all invasions of privacy which can reasonably be considered offensive to persons of ordinary sensibilities . . . *It seems to me that under our law similar considerations must apply*” (my kursivering). Die Amerikaanse reg stel drie vereistes vir 'n onbevoegde inbreukmaking op die reg op privaatheid deur openbaarmaking.¹² Daar moet nl wees (1) 'n *openbaarmaking* van (2) 'n *private saak* van 'n ander (3) op so 'n wyse dat dit as *afkeurenswaardig en aanstootlik deur die redelike man beskou word*. Laasgenoemde vereiste word bepaal aan die hand van gemeenskapsopvattinge, 'n sg *mores-toets*, wat analoog aan ons eie onregmatigheidskriterium van die *boni mores* is.¹³

Die Amerikaanse reg beskou egter nie alle openbaarmakings wat aan hierdie drie vereistes voldoen, as inbreukmaking op die reg op privaatheid nie. Die verdere kwalifikasie word gestel dat daar openbaarmaking aan 'n groot gedeelte van die publiek moet wees, sodat openbaarmaking aan een of twee persone, of selfs 'n klein groepie, nie voldoende is nie.¹⁴ Beskerming word wel in laasgenoemde geval verleen waar 'n regserkende vertroulike verhouding bestaan,¹⁵ soos onder andere dié tussen eggenote. Waar een van die gades vertroulike inligting aangaande die huwelik aan derdes openbaar, maak hy hom skuldig aan troubreuk, ingevolge waarvan 'n aksie verleen word. Ook in die Engelse reg word die bestaan van so 'n vertroulike verhouding tussen gades regtens erken. In *Argyll v Argyll*¹⁶ staan die hof 'n interdik teen die vorige eggenoot van die Hertogin van Argyll toe om hom te verhinder om sekere vertroulike feite ten aansien van hulle huwelikslewe te publiseer. Die vertroulike verhouding bestaan dus nie slegs *stante matrimonio* nie, maar ook nadat die huwelik ontbind het.

In die lig van voorgaande kan nou vasgestel word of die verweerderes in *Botha v Shaw* haar vorige man se privaatheid regtens geskend het. In navolging van die Amerikaanse regspraak kan die vereiste gestel word dat daar in die eerste instansie 'n *openbaarmaking* moet wees. Oor die voldoening aan hierdie vereiste bestaan daar geen twyfel nie,

¹²Prosser *Handbook on the Law of Torts* 1971 810 e.v.

¹³Joubert „Die Persoonlikheidsreg: 'n Belangwekkende Ontwikkeling in die Jongste Regspraak in Duitsland” 1960 *THRHR* 23 43-4.

¹⁴Prosser a.w. 810 en Miller *Assault on Privacy* 1971 177 e.v.

¹⁵Sien Gross *Protection of Privacy* 1964 51 e.v.; Prosser „Privacy” (1960) 48 *Cal LR* 394 en Miller a.w. 219-20.

¹⁶1965 2 *WLR* 790; sien Dworkin a.w. 440-1, vir 'n bespreking van hierdie saak.

aangesien die verweerderes inligting aangaande haar man met betrekking tot hulle huwelikslewe aan verslaggewers meegedeel het. Myns insiens behoort die Suid-Afrikaanse reg nie gekniehalter te word deur die kwalifikasie van die Amerikaanse reg dat dit 'n publieke openbaarmaking moet wees nie. Openbaarmaking aan een persoon behoort voldoende te wees. Tweedens moet daar 'n openbaarmaking van *private feite* wees. Die verhouding tussen gades *stante matrimonio* is deur 'n Amerikaanse regter¹⁷ beskryf as „intimate to the degree of being sacred.” Uit die aard van die huweliksverhouding leer die gades mekaar intiem persoonlik ken omdat die een se persoonlikheid en karakter tot 'n baie groot hoogte aan die ander openbaar word. Die inligting wat die een aangaande die ander op dié wyse bekom, veral ook wat die seksuele sy van die huwelik betref, kan nie anders as privaat bestempel word nie. Hierdie privaatheid van huweliksaangeleenthede blyk ook duidelik uit die feit dat sowel die Amerikaanse as die Engelse reg die huweliksverhouding as vertroulik beskou.¹⁸ In die derde plek moet die openbaarmaking van private feite indruis teen die gemeenskapsopvattinge aangaande wat reg en behoorlik is. Die openbaarmaking moet met ander woorde *contra bonos mores* wees. Myns insiens is die openbaarmaking van hoogs persoonlike inligting deur een gade aangaande die ander, juis vanweë die intieme vertroulike band tussen die gades, *contra bonos mores* en dus onregmatig.

Uit die bostaande volg dit dat die verweerderes die privaatheid van haar gewese man onregmatig aangetas het. Indien die nodige opset verder aanwesig is, behoort die eiser genoegdoening van die verweerderes met die *actio iniuriarum* te kan verhaal.

Selfs al is die howe nie bereid om privaatheid as selfstandige regsobjek te erken nie, maar dit steeds onder die wye *dignitas*-begrip tuisbring, behoort die eiser myns insiens nogtans in hierdie geval te slaag. In *S v A* 1971 2 SA 293 (T) het die hof, om by die opsetlike aantasting van waardigheid uit te kom, *animus iniuriandi* in die vorm van *dolus eventualis* gevind. Regter Botha verklaar op 293: „They must have foreseen the possibility that the complainant could or would be hurt by their conduct, but they acted in reckless disregard of his feelings.” Na analogie van hierdie saak kan aangevoer word dat die verweerderes inderdaad die moontlikheid moes voorsien het dat die eiser gekrenk en beledig kon word deur haar gedrag, maar haar desnieteenstaande met dié moontlikheid versoen het. In hierdie geval was daar dus opset aanwesig om die waardigheid van die eiser te skend.

Nietemin behoort die regspraak privaatheid as persoonlikheids-

¹⁷*Crisworld v Connecticut* (1965) 381 US 479 486 per r Douglas.

¹⁸In Suid-Afrika word die huweliksverhouding, vir bewysregtelike doeleindes, ook as vertroulik beskou: Hoffmann *The South African Law of Evidence* 1970 182-5.

objek in soveel woorde te erken en te beskerm. Sodanige erkenning sal nie alleen regs wetenskaplik suiwer wees nie, maar sal ook lei tot 'n volledige ontplooiing van die reg op privaatheid in Suid-Afrika.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

LOCUS STANDI TEN OPSIGTE VAN 'N INTERDIK

In die Romeinse reg kon enige burger onder sekere omstandighede 'n *actio popularis* instel of 'n *interdictum populare* verkry, in die openbare belang, sonder dat hy self enige regstreekse persoonlike belang by die saak gehad het.¹

Die *actio popularis* het egter in die Romeins-Hollandse reg in onbruik verval.²

As rede vir die verdwyning word die volgende aangevoer:³

„The courts might be constantly engaged in inquiries as to alleged grievances against the public acts of Ministers at the instance of enthusiastic or hostile politicians. Moreover, the Government might be constantly hampered in the execution of the duties of their office.”

Dit is vir my nie sonder meer so duidelik waarom die administrasie nie deur enigeen tot verantwoording geroep kan word nie waar daar onwettig of onreëlmstig opgetree is. As daar dan baie suksesvolle aanvalle op sodanige administratiewe optrede volg, waarom behoort die reg nie op dié wyse gehandhaaf te word nie? Waarom moet die administrasie toegelaat word om agter besware teen *locus standi* te skuil? As die aanvalle op administratiewe optrede nie suksesvol is nie, kan die Hooggeregshof ingevolge die Wet op Kwelsugtige Gedinge 3 van 1956 beperkings op die instelling van kwelsugtige gedinge lê.

De Smith⁴ verklaar egter:

„It would be unwise to assume that the effect of the doctrine of binding precedent or the power of the courts to award penal costs against vexatious litigants would suffice to dam a flood of unmeritorious challenges to administrative action.”

Hy wys dan daarop dat byna alle regstelsels as vereiste stel dat 'n per-

¹Vgl Bruns (1864) 3 *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 341 e.v.; Mommsen (1903) 24 *Zeitschrift der Von Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 1 e.v. en Jahr (1960) 77 *Zeitschrift der Von Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 472 e.v.

²Voet 47 23; Groenewegen *De Leg. Abr.* 47 23; *Bagnall v Colonial Government* 24 SC 470 475; *Dalrymple v Colonial Treasurer* 1910 TS 372 380 391-392; *Director of Education v McCagie* 1918 AD 616 621 627 en *Roodepoort-Maraiburg Town Council v Eastern Properties (Pty) Ltd* 1933 AD 87 101.

³*Dalrymple* 392.

⁴*Judicial Review of Administrative Action* 2e uitg (1968) 423.

soon 'n besondere persoonlike belang moet hê in die regsgeeding wat hy aanhangig maak.

Dit bring my dan by die algemene stelling dat

„by our law any person can bring an action to vindicate a right which he possesses (*interesse*) whatever that right may be and whether he suffers special damage or not, provided he can show that he has a direct interest in the matter and not merely the interest which all citizens have.”⁵

Na die bestaan van hierdie belang word verwys as *locus standi*; dit moet dan klaarblyklik onderskei word van verskyningsbevoegdheid (waarna ook verwys word as *locus standi in iudicio*) wat met 'n persoon se status saamhang.

In besonder wil ek my bepaal by *locus standi* toev die verkryging van 'n interdik. Die toonaangewende beslissing is *Patz v Greene & Co.*⁶ Hier is gepoog om 'n algemene reël te formuleer ter beantwoording van die vraag wanneer iemand 'n ander sal kan verhinder om 'n wet waarin misdade geskep is, te oortree. Die hof beslis dat waar die verbod in die algemene belang gemaak is, slegs iemand wat skade gely het agv 'n ander se oortreding van die wet 'n remedie het. Sou die wet egter ten gunste van 'n besondere persoon gemaak wees, sou skade toev daardie persoon vermoed word.

Hierdie beslissing is daarna gereëld aangehaal as gesag by die vraag of iemand wat 'n remedie teen 'n ander verlang waar laasgenoemde 'n verbod in 'n wet oortree het, *locus standi* het.⁷

Wat die hof blykbaar duidelik wou gestel het, is dat geen privaatpersoon sonder meer enige bevoegdheid het om 'n wet af te dwing nie,⁸ maar dat enigeen 'n interdik kan verkry teen 'n ander wat die wet oortree, mits die vereistes vir 'n interdik bewys kan word.

Dat deur die verkryging van 'n interdik die ander nou verhinder word om voort te gaan met oortreding van die wet, dat die wet dus op hierdie wyse in effek afgedwing word, is egter bloot toevallig. McKerron⁹ se standpunt dat die *actio popularis* (vermoedelik in sy vorm as *interdictum popolare*) agv hierdie beslissing herleef het, is dus verkeerd.

⁵Roodepoort–Maraisburg Town Council 101.

⁶1907 TS 427.

⁷Vgl bv Dalrymple, *Roodepoort–Maraisburg Town Council, Modern Appliances Ltd v African Auctions & Estates (Pty) Ltd* 1961 3 SA 240 (W) en *Johannesburg City Council v Knoetze* 1969 2 SA 148 (W).

⁸Ma w dat die *actio popularis* nie meer bestaan nie. Daar bestaan wel gevalle waar 'n privaatpersoon 'n wet kan laat afdwing, bv dmv 'n privaatvervolging, maar dan moet hy 'n wesenlike en besondere belang in die uitslag van die beregting bewys wat voortspruit uit skade wat hy persoonlik gely het weens die pleeg van 'n misdaad.

⁹*The Law of Delict* 7e uitg (1971) 283.

Trouens, die besondere wyse waarop die respondent die applikant se reg geskend het, nl deur oortreding van die wet, is slegs 'n faktor in die beslissing van die primêre vraag of die respondent se optrede *vis-à-vis* die applikant onregmatig is of sal wees. Publiekregtelike wederregtelikheid moet nie met privaatregtelike onregmatigheid verwar word nie.

Sou mens nou die hof se formulering van omstandighede waaronder 'n persoon *locus standi* to v 'n interdik sal hê in gevalle waar daar op sy reg inbreuk gemaak word *via* 'n oortreding van 'n wet, nader ontleed, blyk dat dit tot onhoudbare gevolge aanleiding kan gee: waar 'n wet verbodinge bevat wat in die algemene belang gemaak is, sal iemand op wie se reg *via* oortreding van die wet inbreuk gemaak word, geen *locus standi* to v die verkryging van 'n interdik hê nie, tensy hy bewys dat hy inderdaad skade gely het.¹⁰ Al kan 'n persoon dus al die vereistes vir 'n interdik bewys (waarby die bewys van skade natuurlik nie 'n vereiste is nie¹¹), sal hy in bogenoemde gevalle nie *locus standi* hê om dit te bewys nie - klaarblyklik 'n verkeerde resultaat. Geen sodanige beperking op *locus standi* bestaan blykbaar waar inbreuk op 'n reg gemaak word sonder dat daar van die oortreding van 'n wet sprake is nie. Daar bestaan trouens geen regverdiging daarvoor dat enige onderskeid gemaak behoort te word tussen gevalle waar regs krenking uit oortreding van 'n wet resulteer en gevalle waar dit op 'n ander wyse geskied nie. Iemand wat al die vereistes vir die verlening van 'n interdik¹² kan bewys, moet vanselfsprekend *locus standi* hê.

Indien *locus standi* inderdaad as 'n preliminêre vereiste vir die verlening van 'n interdik beskou word, ontstaan die vraag welke betekenis dan daaraan geheg moet word? As daarmee bedoel word dat slegs iemand wie se reg geskend is of geskend staan te word, *locus standi* het, dan sou dit eenvoudig beteken dat een van die vereistes vir die verlening van 'n interdik nou as bepalend van *locus standi* beskou word - 'n sinnelose resultaat. As met *locus standi*, in die sin van „direct interest,” egter iets anders bedoel word, kan dit denkbaar geleë wees in die *bestaan* sonder meer van die reg waarop na bewering inbreuk gemaak word of gemaak gaan word.

Locus standi as preliminêre vereiste het nog selde ter sprake gekom by ander remedies op grond van onregmatige daad.¹³

¹⁰Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 246 toon aan dat inwerking op die werfkrag van 'n onderneming (waaroor dit in die onderhawige beslissing gegaan het) slegs *bewys* kan word deur aan te toon dat skade wel gely is.

¹¹Vgl Van der Merwe & Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg (1970) 218, en McKerron 234.

¹²Vgl Van der Merwe & Olivier 219 e.v.

¹³Vgl *Nienaber v Union Government* 1947 1 SA 392 (T) vir 'n geval waar dit ter sprake gekom het by die *actio legis Aquiliae*.

Afgesien van die feit dat die beslissing in *Patz v Greene & Co* tot onhoudbare resultate lei in gevalle waarvoor dit bedoel is, nl die interdik, kan dit sy invloed ook wyer laat geld, deur as voorbeeld te dien vir ander gevalle waar *locus standi* ter sprake kom. So verklaar Rose Innes¹⁴ dat die beslissing in *Patz v Greene & Co* geld by hersiening van administratiewe handeling op grond van 'n oortreding van statutêre verpligtinge opgelê deur die wet wat hierdie handeling reguleer. En dit ten spyte daarvan dat *Patz v Greene & Co* glad nie oor hersiening handel nie, niks met administratiefreg te doen het nie en geen aanduiding bevat dat daar enige analogie bestaan tussen *locus standi* tov verlening van 'n interdik en *locus standi* by hersiening nie. As dit inderdaad so was dat om *locus standi* by hersiening in bogenoemde geval te hê, 'n persoon skade sal moet bewys, sou dit 'n streng beperking op *locus standi* lê, want dit sou daarop neerkom dat slegs iemand op wie se subjektiewe reg inbreuk gemaak is en wat as gevolg daarvan skade gely het,¹⁵ *locus standi* sou hê. Ons howe het egter in hul uitleg van „direct interest” tov hersiening nog geen sodanige beperking op *locus standi* gestel nie, en daar bestaan trouens ook geen regverdiging om die belang wat vereis word om *locus standi* te fundeer, so eng op te neem nie.

MA RABIE

Universiteit van Suid-Afrika

STATUTÊRE EGSKEIDINGSGRONDE

Twee statutêre egskeidingsgronde is deur die Egskeidingswette Wysigingswet 32 van 1935 op 8 Mei 1935 in ons reg ingevoer. Artikel 1 bepaal soos volg:

„1 Verdere gronde vir egskeiding - (1) Behalwe die ander gronde waarop ingevolge 'n wet wat tans in 'n provinsie van die Unie van krag is, 'n order vir egskeiding kan verleen word, kan so 'n order ook verleen word op grond dat die party teen wie die order gevra word -

- (a) gedurende 'n tydvak van minstens sewe jaar aan die bepalings van die „Geestesgebreken Wet,” 1916, onderworpe gewees is en ongeneeslik is; of
- (b) ingevolge artikel *driehonderd-vier-en-veertig* van die „Kriminele Procedure en Bewijslevering Wet,” 1917, 'n gewoontemisdadiger verklaar is en gedurende minstens vyf jaar na daardie verklaring in die gevangenis aangehou is:

Met die verstande dat 'n hof geen order vir egskeiding op die in paragraaf (a) vermelde gronde verleen nie, tensy hy deur die getuienis van drie geneeskundige praktisyns, twee van wie deur die hof aangestelde psigiaters moet wees, oortuig is dat die verweerder ongeneeslik is en tensy hy tewens oortuig is dat die eiser (indien die eiser die eggenoot is van die verweerder) geensins te blameer is vir die geestestoestand van die verweerder nie.

¹⁴*Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (1963) 23.

¹⁵Skade is naamlik vermoënsvermindering wat uit die skending van 'n subjektiewe reg resulteer. Vgl Van der Merwe & Olivier 159.

(2) Wanneer 'n order gevra word op die grond vermeld in paragraaf (b) van sub-artikel (1) van hierdie artikel, is die hof bevoeg om so 'n order te weier indien hy oortuig is dat die eiser die verweerder vrywillig behulpsaam gewees is by die begaan van 'n misdaad waarvoor hy of sy veroordeel is."

Alhoewel hierdie wetgewing verligting gebring het en moreel geregverdig is, is dit egter nodig om na die inherente probleme te kyk wat daardeur geskep is. Ek behandel die twee egskedingsgronde afsonderlik.

(a) *Ongeneeslike kranksinnigheid:*

Die eerste punt van kritiek teen hierdie egskedingsgrond is die wagtydperk van 7 jaar. Ek kan geen rede sien waarom egskeding nie verkry kan word sodra vasgestel is dat die ander gade ongeneeslik kranksinnig is nie. Immers, waarom moet 'n jong vrou, wie se man weens 'n breinbesering ongeneeslik geesteskrank geword het en die res van sy lewe feitlik verstandloos in 'n inrigting moet deurbring, die beste 7 jare van haar jong lewe 'n huwelikslewe of huisgesin ontbeer? Is dit minder erg as om 'n wet in te voer dat wewenaars en weduwees 7 jaar moet wag voor hul weer mag trou?

Die enigste regverdiging vir hierdie wagtydperk sien ek in die morele sy daarvan. Dit kan nie die onderhoud van die geestesranke wees nie, want dit word buitendien in artikel 2 van die wet breedvoerig gereël na die ontbinding van die huwelik. Indien dit dan moreel geregverdig is in die oë van die publiek en teenoor die gade self om 7 jaar te wag, is hierdie moraliteitsbeginsel op te weeg teen die gade se geforseerde en onnatuurlike lewenspatroon wat dikwels selfs lei tot ongesonde buite-egtelike verhoudings? Laasgenoemde is seersekerlik so immoreel en verwerplik dat dit die morele grondslag van die wagtydperk vernietig.

Tweedens gaan die wetgewer nog verder en vereis dat die hof oortuig moet word dat waar die eggenoot die eiser is, hy geensins te blameer is vir die geestestoestand van die verweerderes nie. Heel tereg sê Hahlo¹ hiervan:

„This, of course, is discrimination with a vengeance. Surely, the privilege of driving one's spouse insane is not restricted to the husband."

Petersen² konstrueer selfs die volgende situasie:

„A wife may drive her husband insane and yet rely on his insanity as the basis of her action for divorce."

Ek wil verder gaan as genoemde kritiek en vra of hierdie vereiste in sy geheel geregverdig is. Neem 'n geval waar 'n jong vrou in 'n motorbotsing onherstelbare breinbeserings opdoen wat haar permanent in 'n inrigting laat beland. Haar man was die bestuurder van die motor en

¹HR Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* 3e uitgawe 1969 416 n 4.

²JD Petersen „Divorce Law Reform" 1971 *SALJ* 479.

die hof bevind hy was 10% nalatig en die ander party 90%. Weens haar eggenoot se bydraende nalatigheid en dus skuld vir haar toestand word hy verhinder om haar selfs na 7 jaar te skei. Vir die res van sy lewe, of minstens solank as wat sy vrou leef, is die moontlikheid van 'n verdere huwelik hom ontnem.

Weer eens gaan 'n vereiste wat op morele gronde hierdie skuldige wou inperk verder as wat die wetgewer se trefgebied beplan was en die uiteinde is niks anders as gedwonge immoraliteit en onnatuurlike lewenswyses nie. Dis te sê as hierdie vereiste streng toegepas word in die praktyk. Uit die gebrek aan gewysdes hieroor lei ek af dat dit nooit in geskil geplaas word nie en ons reg sonder hierdie vereiste geensins armer daaraan toe sal wees nie.

Derdens is daar kritiek in te bring teen die berekening van die 7 jaar. Hahlo³ bespreek hierdie aspek ten volle en sê:

„That a voluntary patient does not fall within the provisions of the statute, is a serious gap in our law.”

Hy toon ook verder aan dat Rhodesië sowel as Brittanje reeds vir hierdie aspek voorsiening gemaak het. Ek wil egter nie op die berekening van die wagtydperk ingaan nie, daar Hahlo dit reeds volledig bespreek het met verwysing na die nuutste uitsprake en ek juis die algehele afskaffing van die 7 jaar-vereiste bepleit. Die afskaffing van die wagtydperk is ook in een lyn met die nuwe Britse egskeidingswet van 1969 wat die volgende egskeidingsgrond skep:

„That the respondent has behaved in such a way that the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent.”⁴

Volgens Passingham⁵ val die volgende onder hierdie egskeidingsgrond:

„Some forms of unsoundness of mind without the former requirement that it should be incurable and accompanied by five years' care and treatment.”

Om die vereiste van ongeneeslikheid weg te laat val, gaan myns insiens te ver. Origen is die stap om die wagtydperk af te skaf, navolgingswaardig.

(b) *Gevangenisstraf weens gewoontemisdadigheid*

Weer eens het ons hier te doen met 'n wagtydperk - van 5 jaar. Hahlo⁶ spreek net soos by die 7 jaar-tydperk hierbo, geen kritiek uit teenoor die duur van die wagtydperk nie, maar kritiseer slegs die berekening en werking daarvan; bv of 'n deel van die tyd voor die huwelik kan loop of nie; ook of kondonasie 'n verweer is teen so 'n aksie.

Ek laat my egter nie met die werking van die tydperk in nie, daar

³a w 417 n 9.

⁴*The Divorce Reform Act 1969*: s 2(1)(b).

⁵B Passingham *The Divorce Reform Act 1969* Londen Butterworths 1970 par 21 (iv).

⁶a w 421 e v.

ek die afskaffing van die hele tydperk voorstaan. As 'n persoon tot gewoontemisdadiger verklaar word, gaan hy immers minstens 9 jaar in die gevangenis deurbring.⁷ Watter nut dit dien om die onskuldige gade 'n verdere 5 jaar te laat wag, kan nie ingesien word nie. Ek wil selfs verder gaan en stel dat hierdie egskeidingsgrond nie net beperk moet word tot gewoontemisdadigers nie, maar tot elke beskuldigde wat vir langer as 'n sekere tydperk na die gevangenis gestuur word.

Dit sal aan die onskuldige gade 'n grond vir egskeiding verleen waar die skuldige nou wel nie tot gewoontemisdadiger verklaar is nie, maar tog misdade gepleeg het wat tot 'n lang gevangenisstraf lei. Dit gebeur tog dikwels dat die huwelik op die rotse beland as gevolg van die aard van die misdaad self, byvoorbeeld onsedelike aanranding, *crimen injuria*, ens. Kan daar nou verwag word dat die onskuldige eggenote in so 'n geval die dag moet afwag wanneer die skuldige gade uit die gevangenis kom?

Aan die ander kant, is dit nie anomalies dat die gemene reg vir egskeiding⁸ voorsiening maak waar die een gade lewenslange gevangenisstraf, wat gewoonlik nie veel langer as 15 jaar⁹ duur nie, opgelê word, maar daarteenoor geen grond vir egskeiding erken waar 'n beskuldigde byvoorbeeld 15 jaar tronk toe gestuur word nie?¹⁰ Hahlo¹¹ kritiseer egter die korrektheid van die reeks beslissings oor lewenslange gevangenisstraf as egskeidingsgrond weens twyfel daaroor in die gemene reg, en wys daarop dat

„ . . . life imprisonment today means something entirely different from what it meant in the seventeenth or eighteenth centuries when it normally amounted to what the sentence says, viz imprisonment for life.”¹²

Wat ook al die korrekte siening van die gemene reg is, maak dit aan die onderhawige betoog geen verskil nie, aangesien hier gepleit word vir die uitbreiding van die statutêre egskeidingsgronde om ook gewone gevangenisstraf te omvat en dus lewenslange straf outomaties te dek. Bo watter tydperk gevangenisstraf 'n grond vir egskeiding behoort te wees, kan baie oor gespekuleer word. In ag genome faktore soos afslag vir goeie gedrag en parool, doen ek aan die hand dat 'n tydperk van 5 jaar voldoende sou wees.

Interessant is ook die feit dat 'n doodsvonnis langs lewenslange gevangenisstraf as grond vir egskeiding bestaan.¹³ Die vraag ontstaan wanneer so 'n egskeiding aangevra kan word. Tot en met die voltrek-

⁷a 38 Wet op Gevangenis 8 van 1959.

⁸Sien Hahlo a w 394; *Jooste v Jooste* (1907) 24 SC 329.

⁹VG Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* Durban Butterworth 1967 408.

¹⁰Soos beslis in *In re Gibson* (1912) 33 NLR 204.

¹¹a w 395.

¹²Hahlo a w 395 n 62.

¹³Hahlo 394.

king van die vonnis is daar nog altyd die moontlikheid van begenadiging en die vermindering van die vonnis tot byvoorbeeld 15 jaar. Na voltrekking van die vonnis is die huwelik buitendien ontbind. Blykbaar spruit hierdie grond vir egskeiding uit 'n tyd in die geskiedenis toe 'n doodsvonnis finaal was en geen begenadiging bestaan het nie. Ek twyfel of hierdie egskeidingsgrond vandag nog enige bestaansreg het.

'n Laaste aspek om te oorweeg, is of die verdere vereiste, dat die gade wat die egskeiding aanvra nie die verweerder vrywillig met die pleeg van die misdaad behulpsaam was nie, enige verdienste het. Ek sien geen nut in hierdie vereiste nie, maar meen intendeel dat dit ook, soos die wagtydperk by die vorige statutêre grond vir egskeiding, immoraliteit en buite-egtelike verhoudings sal bevorder. Kan daar ooit verwag word dat 'n jong vrou wat haar man gehelp het om 'n misdaad te pleeg, maar nie dieselfde lang gevangenisstraf as hy hoef uit te dien nie, weerhou moet word van 'n huwelikslewe vir die volgende 15 of 20 jaar solank haar man sy straf uitdien? Dit tog nie. Myns insiens is die strafhowe daargestel om elke persoon te straf ooreenkomstig sy misdaad en as die vrou haar straf uitgedien het, behoort die wetgewer haar nie 'n verdere straf in die vorm van 'n verbod teen 'n egskeiding op te lê nie. Dit druis in teen die natuurlike lewenspatroon van die gemeenskap met as sluitsteen die gesinsverband.

Slotson

In die lig van die bespreking hierbo word aan die hand gedoen dat artikel 1 van wet 32 van 1935 soos volg moet lui:

„1 Verdere gronde vir egskeiding:

- (1) Behalwe op die ander gronde vir egskeiding wat tans in die Republiek van Suid-Afrika van krag is, kan 'n egskeidingsbevel ook verleen word op grond daarvan dat die party teen wie die bevel aangevra word:
 - (a) Ongeneeslik geesteskrank is; of
 - (b) Aan een of meer misdrywe skuldig bevind en gevonnissen is tot gevangenisstraf van tesame nie minder as vyf jaar nie, en steeds ten tyde van die aansoek in die gevangenis aangehou word. Met dien verstande dat 'n hof geen egskeidingsbevel op die in paragraaf (a) vermelde gronde verleen nie, tensy hy deur die getuienis van drie geneeskundige praktisyns, twee waarvan deur die hof aangestelde psigiaters moet wees, oortuig is dat die verweerder ongeneeslik geesteskrank is.
- (2) Wanneer die vyf jaar vermeld in paragraaf (b) van sub-artikel (1) van hierdie artikel bereken word, word gevangenisstraf wat opgeskort is buite rekening gelaat.”

LFJ TALJAARD

Lid van die Bloemfonteinse balie

Vonnisse

S v SEPTEMBER 1972 3 SA 389 (K)

*Moord - Strafbare manslag - Oorvleueling**

Na 'n voorlopige ondersoek word die beskuldigde deur 'n landdros ter strafsitting verwys op 'n aanklag van moord. Die Prokureur-generaal verwys die saak terug na die streekhof vir verhoor op 'n aanklag van strafbare manslag. Toe hy die saak verhoor, bevind die streeklanddros dat aangesien die beskuldigde opset gehad het ten opsigte van die dood van die slagoffer, hy aan moord skuldig bevind moes word. Aangesien hy egter, synde 'n landdros, nie jurisdiksie gehad het om die beskuldigde aan moord skuldig te bevind nie, en aangesien die moontlikheid om die verhoor weer in 'n voorlopige ondersoek te omskep uitgesluit is weens die terugverwysing, besluit die landdros om die beskuldigde te ontslaan. Tot hierdie besluit geraak die landdros op grond daarvan dat waar daar aan die vereistes van moord voldoen is, daar geen sprake van strafbare manslag kan wees nie.

Na aanleiding van hierdie bevinding het die Prokureur-generaal ingevolge artikel 104(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944, gelas dat die landdros 'n *casus*-posisie opstel vir oorweging deur die betrokke provinsiale afdeling van die Hooggeregshof. Die twee regs-vrae is: (1) of die feite van die saak wel die misdaad moord daarstel en (2) of die streeklanddros fouteer het deur te bevind dat die beskuldigde (respondent) nie ingevolge die voorskrifte van artikel 205(1) van die Strafproseswet 56 van 1955 aan strafbare manslag skuldig bevind kon gewees het, indien die feite die misdaad moord daarstel nie.

Ten opsigte van die eerste regsvraag het die hof van appèl vermoedelik aanvaar dat die feite wel moord daarstel. Ten opsigte van die tweede regsvraag het die hof bevind dat „die misdaad van moord al die vereistes van strafbare manslag inhou, plus die opset om te dood.” Die afleiding is dan dat „al is in die onderhawige geval moord bewys kan dit met reg gesê word dat al die vereistes van strafbare manslag en meer bewys is.” As gesag hiervoor verwys die hof na *R v Arbee* 1956

*Voordat dit gerapporteer was, is die onderhawige beslissing reeds in die Augustus-uitgawe (bl 299) van hierdie tydskrif bespreek. Hoewel hierna sal blyk dat in beginsel akkoord gegaan word met die standpunt wat daar ingeneem is, word die beslissing hier bespreek ten einde ook enkele ander punte te opper.

4 SA 438 (A), waarin beslis is dat indien daar bewys is dat 'n persoon aan moord skuldig is, hy desnieteenstaande aan strafbare manslag skuldig bevind kan word, „because if he had been charged with murder a verdict of culpable homicide would have been competent under s 196 [van die Strafproseswet].” Hierdie beslissing is egter *obiter* en is bowendien ouer as *Van der Mescht* 1962 1 SA 521 (A) en *Bernardus* 1965 3 SA 287 (A), waarin die Appèlhof nalatigheid as vereiste vir strafbare manslag gestel het.

Artikel 196(2) van die Strafproseswet bepaal:

„Iemand wat weens moord of strafbare manslag aangekla word en met betrekking tot wie dit nie bewys word dat hy die dood van die oorledene veroorsaak het nie, kan, indien dit bewys word dat hy skuldig is aan aanranding op die oorledene, skuldig bevind word, as hy van moord aangekla word, aan aanranding met die doel om moord te pleeg of aan aanranding met die doel om ernstig te beseer, of aan gewone aanranding, en, as hy weens strafbare manslag aangekla word, aan aanranding met die doel om ernstig te beseer of gewone aanranding.”

Dit blyk duidelik uit artikel 196(2) dat aangesien 'n kousale verband tussen die handeling van die beskuldigde en die slagoffer se dood bestaan het, die landdros nie ingevolge hierdie subartikel die uitweg kon volg om die beskuldigde aan aanranding - wat wel binne sy bevoegdheid sou gewees het - skuldig te bevind nie. Waar al die elemente van moord aanwesig is, sou 'n skuldigbevinding aan aanranding in elk geval onbevredigend wees. Desnieteenstaande sou die landdros die beskuldigde moontlik tog ingevolge artikel 204 van die Strafproseswet aan aanranding skuldig kon bevind het.

Met betrekking tot die elemente van strafbare manslag bepaal artikel 196(1) van die Strafproseswet:

„Iemand wat weens moord aangekla word en met betrekking tot wie dit bewys word dat hy die dood van die oorledene wederregtelik veroorsaak het, maar sonder opset, kan aan strafbare manslag skuldig bevind word.”

Artikel 323 van die Strafproseswet bevat 'n ooreenstemmende voorskrif:

„. . . in 'n aanklag weens strafbare manslag is dit voldoende om te beweer dat die beskuldigde die oorledene wederregtelik en onwettiglik gedood het.”

De Wet en Swanepoel (*Die Suid-Afrikaanse Strafbreg* 2e uitg 1960 214) beweer dat artikel 323 geen materiële reg skep nie. Indien die staat egter ingevolge artikel 323 in die klagstaat slegs hoef te beweer dat die beskuldigde die oorledene wederregtelik gedood het, ontstaan die vraag wat dan die posisie met betrekking tot nalatigheid is. As nalatigheid nie deur die staat beweer hoef te word nie, hoef die staat dit nie te bewys nie. Tog het die Appèlhof, soos vroeër aangetoon, beslis dat nalatigheid wel 'n element van strafbare manslag is. Dit is onduidelik hoe hierdie beslissing met artikels 196(1) en 323 te rym is.

Namens die beskuldigde is daar betoog, soos die landdros ook in die hof *a quo* bevind het, dat waar iemand aan al die vereistes van die misdaadomskrywing van moord voldoen, hy nie aan strafbare manslag skuldig bevind kan word nie. Daar is beklemtoon dat waar opset bestaan, daar geen sprake van nalatigheid kan wees nie, en dat aangesien opset vir moord vereis word, iemand wat aan die misdaadomskrywing van moord voldoen, nie aan strafbare manslag, waarvoor nalatigheid vereis word, skuldig kan wees nie.

Die hof van appèl verwerp hierdie betoog met die volgende motivering:

„As hierdie betoog suiwer is, sou dit beteken dat waar daar 'n redelike twyfel bestaan of 'n beskuldigde met opset gedood het, maar dit moontlik is dat hy wel die nodige opset gehad het, die beskuldigde onskuldig bevind moet word of slegs skuldig aan aanranding omdat in so 'n geval sou dit nie bo redelike twyfel bewys wees dat die beskuldigde nalatig was nie en ook nie bo redelike twyfel bewys wees dat hy opsetlik gedood het nie.”

Die hof maak, met respek, twee aannames wat foutief is, want (1) waar daar nie bo redelike twyfel bewys is dat 'n persoon opset gehad het nie, het daar by hom, juridies gesproke, geen opset bestaan nie, selfs al sou dit moontlik wees dat hy wel opset gehad het, en (2) die beskuldigde kan in so 'n geval skuldig wees aan strafbare manslag mits natuurlik bewys word dat hy nalatig was met betrekking tot die slagoffer se dood.

Daar word in oorweging gegee dat die landdros se bevinding in die hof *a quo* korrek was. By moord is die dader daarvan bewus dat die gevolg gaan intree, en in 'n geval van *dolus eventualis* versoen hy hom met die moontlike intrede van die gevolg; by strafbare manslag daarenteen, is die dader juis nie bewus van die gevolg wat hy bewerkstellig nie, of versoen hy hom in 'n geval van bewuste nalatigheid juis nie met die intrede van die gevolg nie. Waar opset dus bestaan, is nalatigheid begripsmatig uitgesluit en omgekeerd.

Waar die beskuldigde se optrede derhalwe aan al die vereistes van moord voldoen, behoort hy nie aan strafbare manslag skuldig bevind te word nie. Daar bestaan egter na aanleiding van sommige beslissings in ons reg gevalle van sogenaamde „partial excuse,” wanneer iemand wat aan al die vereistes van moord voldoen, desnieteenstaande aan strafbare manslag skuldig bevind word. (Vgl De Wet en Swanepoel 214–215 en Hunt: *South African Criminal Law and Procedure* band II 1970 383–384.) In geen een van hierdie gevalle word nalatigheid egter as vereiste gestel vir 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag nie. Daar was met ander woorde geen sprake daarvan dat opset in hierdie gevalle nalatigheid insluit nie. Die opset word slegs deur die houe gedeeltelik verskoon. Hunt (384) wys daarop dat sedert *Bernardus* dit nie meer geoorloof sal wees „automatically to reduce murder to culpable homicide in cases where there is no intent to kill (whether on account

of provocation or for some other reason), unless negligence has been proved." Waar opset ontbreek, is daar egter geen sprake van moord nie en derhalwe geen sprake van moord wat verminder kan word na strafbare manslag nie. In bogenoemde gevalle van „partial excuse” het dit egter gegaan om gevalle waar aan al die vereistes van moord voldoen is. Uit Hunt se stelling wil dit voorkom asof hy ook aanvoel dat opset en nalatigheid nie gelyktydig kan bestaan nie.

Hunt (384) beweer dat in gevalle van „partial excuse,” „the unlawfulness requirement of culpable homicide is present, but not that of murder.” Ten opsigte hiervan verklaar hy ook (323 n 46): „An intended killing may be partially unlawful and constitute culpable homicide, but not murder.” Hier blyk duidelik hoe onlogies en onwetenskaplik die onderskeid tussen moord en strafbare manslag word as mens poog om gevalle van „partial excuse” by strafbare manslag te akkomodeer. Hoe ’n handeling of die veroorsaking van ’n gevolg gedeeltelik wederregtelik kan wees, is onduidelik. Wederregtelikheid by moord en by strafbare manslag bestaan tog in albei gevalle daarin dat die dood van ’n mens veroorsaak is, sonder dat daar ’n regverdigingsgrond aanwesig is. Die onderskeid lê in die skuldvorm. Hunt beantwoord nie op bevredigende wyse die vraag of dit regs wetenskaplik verantwoord is om iemand wat voldoen aan die misdaadoms krywing van moord - ook volgens sy eie omskrywing van moord - aan strafbare manslag skuldig te bevind, bloot op grond daarvan dat die opset gedeeltelik verskoonbaar is nie.

Die onderliggende rede waarom die Prokureur-generaal in die onderhawige geval die saak terugverwys het na die streekhof, was blykbaar dat hy gevoel het dat die omstandighede nie ’n vonnis wat die streekhof se jurisdiksie te bowe gaan, regverdig nie. Dit wil dus voorkom of die rede vir die terugverwysing eerder die erns van die moontlike straf as die aard van die misdaad was. Moontlik het die tyd aangebreek om oorweging te skenk aan die skepping van grade van moord, met ooreenstemmende ligter strawwe (soos reeds gedoen is in sommige lande), in plaas daarvan dat die huidige oorvleueling en verwarring van die elemente van moord en strafbare manslag voortduur. Dit sal meebring dat waar daar, soos in die onderhawige geval, omstandighede bestaan wat klaarblyklik die moontlikheid van die doodstraf uitskakel, beskuldigdes regstreeks in ’n laer hof van die geringer graad van moord aangekla kan word, met gevolglike verligting van die werklading van die Hooggeregshof.

In die lig van *Van der Mescht* en *Bernardus*, ingevolge waarvan nalatigheid as element van strafbare manslag vereis word, verdien die wysiging van artikels 196(1) en 323 van die Strafproseswet die ernstige oorweging van die wetgewer. Die gevalle van „partial excuse,” waar nie aan die omskrywing van strafbare manslag soos gestel in *Van der*

Mescht en Bernardus beantwoord word nie, kan dan eerder as gevalle van 'n geringer graad van moord beskou word as dat dit op onbevredigende wyse tuisgebring word by 'n misdad aan die omskrywing waarvan hulle nie voldoen nie.

AJ MIDDLETON

MA RABIE

Universiteit van Suid-Afrika

**GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA
v NGUBANE 1972 2 SA 601 (A)**

Cession - Claim for pain and suffering - Effect of litis contestatio - Splitting of claims

A certain Constable Mashigo, employed in the South African Police Force, was the victim of an assault perpetrated by the respondent, Ngubane. Afterwards Mashigo ceded his claims arising from the assault to the appellant, the Government of the Republic of South Africa, who claimed damages in respect of (a) Mashigo's loss of salary and (b) pain, suffering, loss of amenities of life and disfigurement. The respondent in his plea denied that the cession was legally competent and consequently alleged that no right of action had accrued to the appellant. This plea was upheld by the magistrate and the claim was dismissed. The appellant appealed to the Transvaal Provincial Division and the decision was confirmed by De Kock J and Bliss AJ (unreported case A 803/70 delivered on 27 July 1971). De Kock J relying *ia* on *Regering van die Republiek van Suid-Afrika v SANTAM Versekeringsmaatskappy Bpk* 1970 2 SA 41 (NC) and *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1965 2 SA 944 (C) stated:

"It seems to me therefore that one is justified in coming to the conclusion that the claim for pain and suffering in our law is neither transmissible on the death of the injured person before *litis contestatio* nor is it capable of being transferred by cession, at any rate before the pleadings have been closed. It may, I consider, be stated as a general principle of our law that claims for pecuniary loss are transmissible and cedable, those for non-pecuniary loss not."

Thereafter the parties agreed to submit to the Appellate Division by way of a special case the following question of law:

"Was the court *a quo* correct in holding that a claim for damages for personal injury, in which are included the non-pecuniary heads of damage of pain and suffering, loss of amenities of life and disfigurement, is incapable of cession before *litis contestatio*?" (p 605).

The Appellate Division in the present case decided that the decision of the Transvaal Provincial Division was correct.

The object of this note is to comment on the following matters: firstly the method employed by the court in reaching its conclusion, namely reasoning by analogy; secondly the analogies actually employed by the court in reaching its conclusion; and thirdly the solution offered by the court in the light of the demands of public policy. In conclusion we would like to add a few ideas on the subject of "splitting of claims," a matter which, although not before the Appellate Division, was raised in the Transvaal Provincial Division.

In reaching his conclusion that a claim for pain and suffering, loss of amenities of life and disfigurement is incapable of cession before *litis contestatio*, Holmes JA quoting (p 605 of the report) with approval two passages from the chapter entitled "Judicial Law-Making" in *The South African Legal System and its Background* by Hahlo and Kahn, agreed that where neither the Roman-Dutch law nor any other binding source of law deals specifically with the point in issue, the judge is not free to make new law but that he must as far as possible fashion it "out of materials at hand . . . though in the process he may within the fabric of the law fashion a new rule." The learned judge quite correctly makes it clear that judicial law-making does take place but not, as in the case with legislation, in an open and unrestricted field.

The foregoing was then without further explanation held to be consistent with what was said by Schreiner JA in *Crookes NO v Watson* 1956 1 SA (A) 290H: that it is natural "to seek assistance from other portions of the law that seem to present useful analogies; but analogies are only useful if they provide, not merely some solution . . . but a solution which is satisfactory . . ."

The learned judge then, by the use of analogous reasoning (*argumentum a simili ad simile*), arrived at his conclusion. In order to ascertain whether the solution found was a "satisfactory" one, it was thereafter tested by reference to public policy and the position in foreign legal systems, which affords neither a logical nor a conclusively satisfactory test as this could equally support a negative or a positive answer (Survey Report 70/A/1970 prepared by the Institute of Foreign and Comparative Law of the University of South Africa - cited in the judgment at 609).

With regard to legal reasoning by analogy we must caution that analogy is an imperfect form of induction from *eg* fact *A* to adjacent fact *B* and there are no set rules of logic which can be applied to ascertain which one of two competing analogies should prevail. According to Hahlo and Kahn (309) it is only by "careful testing" that this method of reasoning should be relied upon, and the authors in support hereof quote (309 and 310) three Appellate Division cases which point to the dangers of such reasoning.

Analogy being merely a method of reasoning, it is necessary that the results of this reasoning receive a "legal colour" by testing the results against some or other legal rule, principle or concept as was done *in casu* by looking to "public policy." As will be seen later we are not so sure that the judge's "testing" of the analogies he employed was "careful" or that he interpreted the demands of public policy correctly.

The judgment leaves one with the impression that in order to fashion a new rule of law "out of the materials at hand" the only method which can be used is that of analogous reasoning. This is not correct. Hahlo and Kahn show in the chapter referred to above that in circumstances such as these the judge may reason deductively or inductively and that an *argumentum a fortiori* may also assist in fashioning a new rule of law. They add that a judge may in the "final resort construct a rule out of consideration of one or more of several *desiderata*" such as "justice, equity, social utility and trends, public and individual interest, moral standards of the time . . ."

The analogies employed by Holmes JA in reaching his conclusion that an action for pain and suffering cannot be ceded before *litis contestatio* are between cession and transmissibility and between the action for pain and suffering and the *actio iniuriarum*.

With regard to the analogy between cession and transmissibility Holmes JA accepts that there is sufficient authority for the proposition that those interests which cannot be transmitted on death cannot be ceded in life. He cites Sande (*De Actionum Cessione* 5 11) and Brunne-
man (*Commentarius ad Pandectas* 47 10 28) in support.

The maxim: *Quae non sunt transmissibilia non sunt cessibilia*, was first used in connection with the privileges of wards by the post-Glossator Bartolus (*Commentary on Digest* 26 7 42 no 1). Although this maxim was accepted by a French writer of the 16th century, Tiraquellus (*De Retraict Lignanier* 26 1 47), and by Carpzovius (*Responsa Iuris Electoralia* 4 4 33 24), Sande and Brunne-
man, the validity of the maxim was doubted by two famous jurists of the 17th century, Lauterbach and H de Cocceii. Lauterbach shows in his *Collegium Theoretico-practicum ad Pandectas* that certain assets of an estate like *ususfructus*, though intransmissible, can indeed be ceded. H de Cocceii argues (*Disputationes* 2 65) that the two institutions, cession and succession, differ so radically that any rule endeavouring to create a link between the two would of necessity be incorrect. This point of view was accepted by the majority of the later German Pandectists like Thibaut (*System des Pandektenrechts* par 77), Glück (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten* 18 4 par 1017), Mühlentbuch (*Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts* par 23) and Vangerow (*Lehrbuch der Pandekten* vol III par 574). Thibaut expressly stated: "Die gemeine

Regel: cessibel ist, was vererbt, nicht cessibel was nicht vererbt werden kann, ist falsch."

Notwithstanding the authorities to the contrary, Holmes JA was in our view correct in stating that the above-mentioned maxim applied in Roman-Dutch law because the writers who support this maxim enjoy greater authority in Roman-Dutch law than those who do not support this maxim. One is, however, left with the impression that the writers who support the maxim accepted it uncritically. Apart from the fact that there must have existed exceptions to this maxim, like in the case of *ususfructus*, none of the authorities which Holmes JA cites tried to utilise it in connection with an action for pain and suffering, which action did indeed exist in their times.

The second analogy employed by Holmes JA is the analogy between the action for pain and suffering and the *actio iniuriarum*. According to him both these actions relate to non-pecuniary loss and the amount awarded in both cases is regarded in the nature of a *solatium*. Notwithstanding the correctness of this statement, the claim for pain and suffering has, however, always been considered an action *sui generis* quite distinct from either the *actio iniuriarum* or the *actio legis Aquiliae*. If however one is to look for similarities in order to draw an analogy one could find just as many similarities between the action for pain and suffering and the *actio legis Aquiliae*: *eg* both these actions also lie in respect of prejudice caused negligently whereas intention (*dolus*) has traditionally been required for liability under the *actio iniuriarum*. In the light of the foregoing Holmes JA could, with as much justification, have relied upon the competing analogy, *ie* with the *actio legis Aquiliae*, and reached the opposite conclusion since an action for patrimonial loss (the *actio legis Aquiliae* in its present form) is capable of cession before *litis contestatio*. Historically it would, in any event, be sounder to regard the action for pain and suffering as an extension of the *actio legis Aquiliae* in the form of an *actio utilis* based on *D 9 2 13 pr* and *D 9 2 52 1*, which deal with injuries to a free person. The fact that this action is discussed by Voet in a section which deals with the *actio legis Aquiliae* (*D 9 2 11*) also supports this contention.

The crucial argument used by the learned judge against the cession of a claim for pain and suffering is that this action, like the *actio iniuriarum*, is so personal that it cleaves to the injured person and cannot be alienated. The action should therefore be regarded as *extra commercium* as the damages awarded bear a direct relationship to the personal sufferings of the injured party, and are intended for his personal benefit. A strict application of this principle would mean that the benefit flowing from the claim should be enjoyed by the injured person himself and should not be transmissible - not even after *litis contestatio*. Since Roman law days an *actio iniuriarum* has however been transmiss-

ible after *litis contestatio*, rendering this claim, which is even more personal than the claim for pain and suffering, *intra commercium* after that stage has been reached. If once conceded that a personal claim can in fact be *intra commercium* at a certain stage, the task of the law is only to ensure that the injured party enjoys the benefit of his claim personally. Therefore he should be allowed to cede (at a price) his claim for personal injuries, thereby ensuring an immediate personal benefit, and it is unnecessary to require him to institute an action as a prerequisite to a valid cession of his claim.

Having reached the conclusion that a claim for pain and suffering is not capable of cession before *litis contestatio*, Homes JA considered whether the solution was satisfactory in the light of public policy. Admitting that there was no such suggestion in the present case, the learned judge deemed it desirable that there should be some curb against the risk of trafficking in essentially personal claims. The judge gives the impression that if cession of personal claims be allowed without restriction the flood-gates would be opened to all sorts of unscrupulous persons obtaining cessions of personal claims. Counsel for appellant informed the court that his client was an extensive employer of labour and had in cases such as the present paid the injured person a reasonable sum of money in exchange for a cession of his claim and submitted that it would be inconvenient for the appellant to discontinue such practice. Holmes JA, however, was of the opinion that such practice had to yield to a rule based on the wider *desideratum* in the common weal.

In our opinion the court has placed too much emphasis on the supposed evil of trafficking in personal claims. No uproar has ever been caused by the practice of trafficking in claims for patrimonial loss, which has always been permitted without restriction in South African law. In our opinion one ingredient of public policy to which the court has paid no attention is the situation of the parties involved. As far as these parties are concerned, an opposite solution, *ie* a legally permitted cession of the action for pain and suffering even before the stage of *litis contestatio* is reached, would be more acceptable. In such circumstances the cedent would be content since he receives an immediate benefit as reparation for his injuries instead of having to go to the trouble and expense of instituting an action or awaiting the result of a - sometimes prolonged - trial. The cessionary would also be content as his aim is most probably to relieve the burden placed on his employee and to finance the action which is to be instituted. By paying out an amount of hard cash to his employee he caters for the latter's immediate needs and leaves him free to devote all his attention to his employment. Even if the cessionary was a disinterested person the cession would still result in catering for the immediate needs of the injured person while the cessionary would be content with the profit (if any) he receives for his

trouble in instituting and bearing the expense of the action. Finally, if any regard should be had for the wrongdoer-debtor, his position would not be burdened because, although the party instituting the claim might be someone other than the injured party himself, the extent of the claim would remain the same.

At this point it is of interest to examine the effect of *litis contestatio* on a personal claim. The theory seems to be that at *litis contestatio* a sort of novation arises substituting a new obligation for the original claim. Since this new obligation is no longer of a highly personal nature, it is indeed capable of cession. Thus Holmes JA concludes: "[I]n regard to a cession after *litis contestatio* you are not ceding your interest in the claim, but in the result of the litigation." In our opinion this effect of *litis contestatio* is not sufficient to convert the personal nature of the claim into a patrimonial nature. The crucial reason why a personal claim cannot be alienated either by succession or cession is because only the injured person should be allowed to reap the benefits of such an action. However, once a person has intimated his serious intention to reap this personal benefit, this should be considered sufficient for his claim to be capable of alienation. As far as transmission after death is concerned our law has accepted that this stage (when the claim becomes capable of transmission) is reached at the moment of *litis contestatio*. In our opinion cession should in this respect have the same effect as *litis contestatio*. At *litis contestatio* the intention of the injured party to enforce his claim is clear. In our opinion, cession has a similar effect since it is a plain assertion of the injured party's request to demand reparation for his injuries.

Although the prohibition on the "splitting of claims" fell outside the scope of the special case submitted to the Appellate Division it was considered by De Kock J in the Transvaal Provincial Division. He came to the conclusion that if the cession is invalid as far as the claim for pain and suffering is concerned then the whole cession is invalid in view of the rule in our law that where a claim arises from a single cause of action, a cession of portion of the claim is invalid unless the debtor has consented thereto. This principle has recently also been applied in *Regering van die Republiek van Suid-Afrika v SANTAM Versekeringsmaatskappy Bpk* 1970 2 SA 41 (C) where a claim for medical expenses and pain and suffering under s 11 of the Motor Vehicle Insurance Act was concerned, and in *Schoultz v Potgieter* 1972 3 SA 371 (EC) where a claim for medical expenses, loss of income, pain and suffering and *contumelia* arising out of an assault was in issue.

The basis of the rule against the "splitting of a claim" without the debtor's consent appears to be that partial cession "would impose upon the debtor an additional burden or obligation to make more than one payment and possibly to face more than one action" (per Shaw J in *Blaikie and Co Ltd v Lancashire NO* 1951 4 SA 571 (N) following

Spies v Hansford and Hansford Ltd 1940 TPD 1). This view finds support in the principle as enunciated by Voet (18 4 13) that in an ordinary cession a creditor should not be allowed to render the position of his debtor more burdensome without his consent. Our courts have, however, acknowledged exceptions to this rule: In *Duke v Allen* 1954 1 SA 213 (N) it was held that a judgment for payment of a sum of money together with the accompanying judgment for costs does not constitute a single debt: "They are two separate claims and there can be no objection to the cession of one of them." In *Bezuidenhout v Van Graan* 1938 TPD 331 an exception to the rule was acknowledged in an instance where there had been a partial cession *in securitatem debiti*.

If exceptions can be allowed in the above-mentioned instances, we are of opinion that a further exception should be allowed in cases where a claim arises *ex delicto*. The debtor who is being protected in such a case is a wrongdoer who, acting culpably, has injured the innocent creditor. Yet the position of the creditor in such circumstances is not investigated in order to ascertain whether or not it is being made more burdensome by the protection which the law is so eager to bestow upon the wrongdoer. In our view an exception should be allowed in a case such as the present one where a prohibition against the cession of one of the actions would be to the prejudice of the innocent creditor.

In casu because of the prohibition against the splitting of claims the creditor, an innocent victim of an assault, will be without the means to support himself and his dependants during that part of the period of his recovery, after his "sick-leave" has expired and before *litis contestatio*, unless, of course, the creditor forsakes his claim for pain and suffering to the advantage of the wrongdoer and cedes only his claim for patrimonial loss. If, on the other hand, separate cessions are allowed or if cession of one of the actions is allowed, the creditor would be in a better position while the wrongdoer would not be completely without relief as the rules of court make provision for the joinder of plaintiffs and can be utilised to this end (see *eg* rules 10(1) and 11 of the Supreme Court Rules of Court).

CG VAN DER MERWE
CARMEN NATHAN
University of South Africa

Boeke

DIE KONTRAK IN DIE SUID-AFRIKAANSE INTERNASIONALE PRIVAATREG

deur JCW van Rooyen

*Juta en Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg 1972; xxi en 239 bl;
prys R17,50*

Hierdie werk is gebaseer op 'n proefskrif (*Die Lex Causae van die Kontrak in die Suid-Afrikaanse Internasionale Privaatreg*) wat die skrywer aan die Universiteit van Pretoria voorgelê het ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir die graad LLD.

Die skrywer betree hiermee 'n terrein wat in Suid-Afrika nog heel weinig wetenskaplike aandag geniet het.

Die algemene deel van die internasionale privaatreë sowel as sommige onderafdelings van die besondere deel is hier te lande grotendeels nog *terra incognita*. Daar bestaan dus bepaald 'n behoefte aan 'n werk met 'n opset soos dié van die onderhawige boek.

Die skrywer beperk hom tot die algemene doel van die internasionale kontraktereg (maw hy gaan nie in op die verskillende besondere kontraksoorte nie) en beoog „ . . . 'n ondersoek van die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë ten opsigte van kontrakte in die handelsfeer . . . ” (bl 1).

Dit is verder die skrywer se doel om nie slegs beskrywend en ordenend te werk te gaan nie maar ook om oplossings aan die hand te doen waar die regsreëls onseker is of ontbreek. Dit word ook as doel gestel om te bepaal of „ . . . ons . . . nog gebonde moet wees aan die ietwat werktuiglike reëls van ons ou skrywers ” (bl 2).

Hoewel die aanbieding van die stof 'n ander indeling volg, ontleed die skrywer die standpunte van die Romeins-Hollandse skrywers, die Suid-Afrikaanse regspraak, die geldende reëls van 'n aantal buitelandse regstelsels asook die voorstelle wat deur buitelandse skrywers ontwikkel is. Deurgaans (maar veral op 31) beklemtoon Van Rooyen verder dat 'n funksionele metode gevolg behoort te word, wat - as ek dit hier voorlopig so bondig moontlik probeer saamvat - daarop neerkom dat die toepaslike materiële norm gevind word deur 'n ondersoek van die „sosiale funksie” van alle norme wat met die kontrak verband hou, insluitende die verwysingsnorme van die *forum*.

Na die inleiding waarin die doel van die ondersoek uiteengesit word en waarin sekere terminologiese kwessies opgehelder word, gee die skrywer in hoofstuk I 'n heel kort oorsig oor die geskiedenis van die wetenskap van die internasionale kontrakreg. Ten opsigte van die Romeinse reg (veral die *Corpus Juris Civilis*) en die ontwikkeling daarna tot en met die Nederlandse skool van die sewentiende en agtiende eeue, kom Van Rooyen tot die gevolgtrekking dat daar wel van die beskouinge uit hierdie tyd kennis geneem behoort te word, maar dat daar nie veel leiding te vinde is vir die ordening van internasionale kontrakte in die moderne handelsverkeer nie (4 ev, veral 24 en 25). Oor die ontwikkeling in die negentiende en twintigste eeue word vervolgens 'n oorsig gegee wat uitloop op die skrywer se aanvaarding van die reeds genoemde funksionele metode (31 ev).

Hoofstuk II gaan oor die reëls ter vasstelling van die regstelsel wat in beginsel die kontrak beheers. Die skrywer noem hierdie stelsel „*lex causae* van die kontrak.” Hy behandel eers die regspraak en literatuur van Frankryk, Nederland, Duitsland, Engeland en die VSA. Vervolgens kom hy by die Suid-Afrikaanse reg en hier behandel hy ten eerste die vraag in hoeverre daar aan 'n uitdruklike regskeuse deur die kontraktante gevolg gegee word en, ten tweede, die vraag watter reg die kontrak beheers in die geval waar die partye geen uitdruklike keuse gemaak het nie. Wat die uitdruklike keuse betref, kom Van Rooyen tot die slotsom dat ons reg nie slegs 'n materieelregtelike keuse erken nie, maar ook 'n verwysingsregtelike keuse (vgl veral 100). (Die skrywer dui laasgenoemde begrip oor die algemeen aan met die Duitse term *kollisionsrechtliche Verweisung*. Dit is die regskeuse in die ware sin van die woord terwyl 'n bloot materieelregtelike keuse daarin bestaan dat die partye slegs die reëlende regsreëls van 'n objektief bepaalde *lex causae* deur 'n inkorporerende verwysing kan verplaas. Laasgenoemde vorm van die regskeuse is dus eintlik 'n verskynsel wat verband hou met die inhoud en toepassing van die *lex causae*.) Hoewel die skrywer 'n hele aantal sake bespreek en oral ondersteunende *obiter dicta* aantref, is sy slotsom veral gebaseer op *CIR v Estate Greenacre* 1936 NP 225. Hy spreek hom uit ten gunste van die reël en wel op grond daarvan dat dit regsekerheid bevorder.

Die beperkinge op die partye se keusebevoegdheid geniet ook Van Rooyen se aandag en hy vind in die regspraak steun vir 'n reël wat hy noem die „ . . . toepassing van 'n derdelandsreël wat inwerk op die *lex causae* . . . ” (70). Later in die werk kom hy op hierdie reël terug (100 en veral 164 ev). Talle ander lastige vrae rakende die partye se keusebevoegdheid word ook behandel: die regskeuse in 'n suiwer „nasionale” geval (73 ev); beperking van die keusebevoegdheid deur dwingende reëls van die internasionale privaatrek (voorbeeld op 100); die juridiese geaardheid van die keuse (74); die vraag of die partye na totstandkoming van die kontrak 'n keuse kan uitoefen (74 ev) en die

vraag of die keuse van 'n regstelsel waarvolgens die kontrak nietig is, gevolg behoort te word (101).

Vervolgens word ingegaan op die reëls wat voorskryf welke regstelsel die kontrak beheers in die geval waar die partye nie 'n uitdruklike keuse gemaak het nie. Die resultaat van hierdie deel van die ondersoek is dat indien uit die kontrak en die omringende omstandighede 'n stilswyende keuse afgelei kan word, ons reg hieraan gevolg gee (101). Van Rooyen steun hierdie benadering met die voorbehoud dat die stilswyende bedoeling 'n werklike, dit wil sê 'n reële, regskeuse moet wees (102). Waar so 'n bedoeling nie vasgestel kan word nie, word in die meerderheid van die beslissings gesoek na 'n „vermoedelijke bedoeling” (101) maar dikwels sonder om hierdie begrip duidelik van die reële stilswyende bedoeling te onderskei. Die skrywer keur hierdie benadering op grond van regslogiese oorweginge sterk af (101, 102, 103 en 217) en doen aan die hand dat in die geval waar die partye nóg 'n uitdruklike nóg 'n stilswyende regskeuse gemaak het, die kontrak gelokaliseer word met 'n „objektiewe metode” (103). Hoewel dit hiervolgens lyk asof Van Rooyen die stofgetrapte strydperk tussen subjektiviste en objektiviste betree en kant kies vir laasgenoemde, blyk dit uit die slothoofstuk van die boek (veral 217) dat sy opvatting van die „objektiewe metode” aanmerklik verskil van die tradisionele. Hy wil naamlik nie bloot aan die hand van objektiewe raakpunte van die kontrak 'n swaartepunt daarvoor bepaal nie, maar wil die sosiale funksie van alle verbandhoudende regsreëls ondersoek en met inagnome van die „feitelike aanknoping van die kontrak met die geldingsgebied van daardie regsreël” die „engste verbonde regstelsel” bepaal (217).

Die hoofstuk bevat verder, benewens 'n ondersoek van die rol wat die verskillende aanknopingspunte in die regspraak gespeel het, 'n bespreking van onderwerpe soos die betekenis wat aan arbitrasie- en jurisdiksieklousules geheg behoort te word en die probleme wat ontstaan by meerdere *loci solutionis*.

Hoofstukke III en IV gaan oor „Die Toepassing van die *Lex Causae* . . .” op die vereistes, inhoud en tenietgaan van die kontrak. Die sentrale vraag wat hier ondersoek word, is in hoeverre daar met betrekking tot spesifieke aspekte van die kontrak spesiale verwysingsreëls of andersins „derdelandsreg” in die plek van die „*lex causae*” geld. Deurgaans word, benewens die Suid-Afrikaanse regspraak en ons ou skrywers, ook die regspraak en literatuur van die lande hierbo genoem, in oënskoue geneem. Van Rooyen bevind dan dat daar hoofsaaklik die volgende uitsonderings op die gelding van die *lex causae* gemaak word:

Eerstens is daar, hoewel die aangeleentheid in ons reg nog onduidelik is, 'n aanduiding van die toepassing van die *lex rei sitae* om te bepaal of partye by 'n kontrak wat oor onroerende goed gaan, handelings-

bevoeg is (120). In ander beslissings, waar dit oor kontrakte ten opsigte van roerende goed gegaan het, is die *lex loci contractus* toegepas sonder dat dit duidelik blyk presies watter rol die *lex causae* en die *lex domicilii* speel. Die skrywer meen egter in *Kent v Salmon* 1910 TPD 637 steun te vind vir die reël dat die *lex loci contractus* nie geld nie maar wel die *lex domicilii* indien die een kontraktant bewus was van die ander se handelingsonbevoegdheid volgens die reg van laasgenoemde se domisilium (177). Van Rooyen doen aan die hand dat by alle kontrakte die „objektiewe *lex causae*” - dit wil sê: sonder inagnamie van ’n moontlike regskeuse deur die partye - prinsipiëel die vraag na die handelingsbevoegdheid van die partye beheers en dat in sekere omstandighede (126) die *lex domicilii* toegepas behoort te word.

Tweedens blyk dit dat ons reg met betrekking tot die formaliteite van die kontrak eweneens nie duidelik is nie. Daar is spore van die *locus regit actum*-reël (137 e.v., veral 141) en uit twee beslissings (138, 139) lei die skrywer af dat die *lex rei sitae* dwingend geld vir kontrakte ten opsigte van onroerende goed. Hy self doen aan die hand „. . . dat die *lex causae* by alle kontrakte die formaliteite moet beheers en dat die *lex actus* fakultatief daarnaas moet geld, mits die nuttigheid wat deur laasgenoemde nakoming bereik word, swaarder weeg as die nakoming van die formaliteite van die *lex causae*” (144). Hy wil egter nog verdere moontlikhede skeep en stel voor dat die nakoming van die vormvereistes van die reg van die partye se gemeenskaplike domisilium of „vaderland” ook onder sekere omstandighede erken behoort te word.

Van Rooyen doen verder aan die hand dat as derde uitsondering op die gelding van die *lex causae* die besonderhede van die wyse van prestasie beheers word deur die *lex loci solutionis* (209).

In dié deel van die ondersoek wat handel oor die geoorlooftheid van kontrakte kom, as vierde uitsondering, die reedsvermelde reël ten opsigte van „derdelandsreg” (wat ’n uitvloeisel is van die skrywer se funksionele benadering) weer ter sprake. Daar word naamlik aan die hand gedoen dat die hof na vasstelling van die *lex causae* „. . . die funksie van ander verbandhoudende dwingende reëls” (164) moet ondersoek. Enige reël wat blykens hierdie ondersoek redelikerwys aanspraak maak op gelding, behoort toegepas te word. Tot sover die hoofuitsonderings op die gelding van die *lex causae*.

Ander netelige probleme van die internasionale kontraktereg geniet ook in hoofstukke III en IV aandag, waaronder: notariële verlyding; seëls; die openbare orde-reël (die skrywer beskou dit as verkyningsvorm van die toepassing van derdelandsreg); *fraus legis*; die splitsing van kontrakte; goudklousules; skenkings tussen eggenote; die verlowingskontrak; weddenskapskontrakte en verjaring. In hoofstuk V word ’n slotbeskouing gegee waarin weer eens op die funksionele benadering klem gelê word en die hoofgedagtes van die

werk herhaal word. Die boek bevat verder 'n redelik gedetailleerde inhoudsopgawe; 'n lys van aangehaalde beslissings; 'n lys van vreemde afkortings; 'n bibliografie; 'n kort inhoudsregister en 'n opsomming in Engels.

In die lig van die feit dat die onderhawige werk 'n eerste uitgawe is op 'n wye en glibberige terrein en gesien die verdere feit dat dit die eerste boek oor hierdie onderwerp is wat in Suid-Afrika verskyn, is enkele kritiese opmerkings seker nie misplaas nie. Dit word gedoen, nie om die verdienstelikheid van die werk enigszins af te takel nie, maar wel in 'n beskeie poging om in belang van hierdie vertakking van die regs wetenskap vakgenote se aandag op die boek in die algemeen en in besonder op sekere aspekte daarvan te vestig.

'n Goed toegeruste arsenaal van vakterme is vir die wetenskaplike ontsluiting van 'n bepaalde faset van die werklikheid noodsaaklik. Die begrippe waarmee Van Rooyen opereer is grotendeels reeds in die internasionale literatuur ontwikkel. Vir sy baanbrekerswerk in die vind van Afrikaanse terme vir hierdie begrippe verdien die skrywer lof. Ek wil graag sy gebruik van die term „internasionale privaatreë” in plaas van die ietwat vae en te algemene „aanwysingsreë” (by Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreë* 108) ondersteun. Ten spyte van die bekende besware teen „internasionale privaatreë” kan hierdie term as internasionaal ingeburger beskou word. Dit dui ook aan dat die verhoudinge wat (hoewel meesal middelbaar) gereël word privaatreëtelik van aard is en die term leen hom ook geredeliker tot die vorming van beskrywende benaminge vir die onderafdelings soos „internasionale huweliksreë,” „internasionale erfreë” en „internasionale kontrakreë.” Dit is verder so dat aanwysingsreëls (of verwysingsreëls) ook op ander regsgebiede aangetref word en dat die internasionale privaatreë teoreties nie gebonde is aan die metode van verwysing nie. Die volgende terme lyk aanvanklik ietwat vreemd maar is tog aanvaarbaar: „partywil” (vir die bedoeling van die partye by 'n kontrak); „persoonlike reë” (vir die Engelse „personal law” en die Duitse „Personalstatut”) asook „kollisiereëtelike keuse.” Minder aanvaarbaar is myns insiens die gebruik van die term „*lex causae* van die kontrak” vir die Engelse „proper law of the contract” en die Nederlandse „contractstatuut.” Laasgenoemde terme dui op die regstelsel wat die kontrak in beginsel beheers, met ander woorde die reë wat, van uitsonderings afgesien, die finale woord spreek oor die ontstaan, inhoud en tenietgaan van die kontrak. Myns insiens behoort vir hierdie begrip 'n meer spesifieke en beskrywende term gevind te word. „Kontrakstatuut” of „kontrakreë” kan in Afrikaans verwarring skep maar *lex contractus* bied moontlik uitkoms. Die term *lex causae* beteken eintlik die reë wat op die geding van toepassing is. Dit is 'n wyer begrip as *lex contractus*. In die meeste regstelsels word ten opsigte van verskeie aspekte van die kontrak, byvoorbeeld formaliteite, by wyse van uitsondering op die

gelding van die *lex contractus* na 'n ander regstelsel verwys wat in die plek van, of fakultatief naas, die *lex contractus* geld. Vir sover die ander regstelsel geld, is dit die *lex causae* maar nie die *lex contractus* nie. Vir sover die *lex contractus* geld, is dit *lex causae*.

Wat betref die by die Suid-Afrikaanse howe oorwegende subjektiewe benadering tot die bepaling van die *lex contractus* in die geval waar die partye die toepaslike reg nóg uitdruklik nóg stilswyend gekies het, is dit vir my 'n vraag of die kritiek van die skrywer geregverdig is. As ek hom reg verstaan, gaan dit nie eers oor die regspolitiese wenslikheid daarvan nie: die subjektiewe metode is regslogies onbestaanbaar (89, 102-3, 217). Ek meen egter dat die subjektiewe benadering, as dit reg gesien word, wel 'n teoreties bestaanbare moontlikheid is waarvolgens die toepaslike regstelsel bepaal kan word. Die term „vermoedelijke bedoeling,” wat in hierdie verband dikwels gebruik word, is moontlik misleidend. Dit gaan naamlik hier nie oor wat die partye inderdaad bedoel het nie, dus nie oor 'n „verswakte” vorm van die reële bedoeling van die partye nie, maar wel oor 'n bedoeling wat die reg aan die partye toereken. Die vraag is hier nie watter reg die partye gekies het nie, maar watter reg hulle sou gekies het as hulle aan die probleem van die toepaslike reg gedink het. Die hof bepaal hierdie regstelsel deur 'n harmonisering van die belange van die konkrete partye voor hom en wel in die lig van die kontrak en alle omringende (insluitende „objektiewe”) faktore. Hierdie is myns insiens 'n soepele benadering wat tot billike resultate in die individuele geval lei deurdat dit die partye nooit uit die oog verloor nie. Dit is 'n beginsel wat deur regspraak en regswetenskap gekonkretiseer kan word tot meer spesifieke norme vir die verskillende soorte besondere kontrakte.

'n Wesenskenmerk van die boek is die herhaaldelik beklemtoonde „funksionele benadering” van die skrywer. Volgens die - sedert Von Savigny - tradisionele regsvindingsmetode op die gebied van die internasionale privaatreë word vir elke subjektiewe regsverhouding sy „natuurlike setel” bepaal en 'n verwysingsreël bestaande uit 'n verwysingsbegrip en 'n verwysingspunt opgestel. Hierdie metode bied - teenoor die statuteteorie - groter moontlikhede van onderskeiding, maar die wetenskaplike deurvorsing van die internasionale privaatreë aan die hand hiervan, veral wat betref die verfyning en spesialisering van verwysingsreëls, is nog betreklik jonk en die ontwikkeling kan nie as afgesluit beskou word nie. Teen hierdie tradisionele metode het daar egter reeds verskeie stemme in die internasionale literatuur opgegaan. Veral in die VSA waar die eerste *Restatement* internasionale kontrakte in 'n knellende *lex loci contractus/solutionis*-formule wou forseer en die probleme van die internasionale deliktereg met 'n ooreenvoudige *lex loci delicti*-skema wou oplos, is nuwe metodes ontwikkel. Een hiervan is die funksionele benadering wat Hancock (*XXth Century Comparative*

and Conflicts Law - 'n publikasie van die *American Journal of Comparative Law* - op 367) soos volg beskryf:

„The functional and result-selective approaches proceed directly, without benefit of choice-of-law rules, to a consideration of the policies of the competing domestic laws in order to make a choice between them.”

Teen hierdie agtergrond moet die onderhawige werk gesien word. Ek kan egter uit wat Van Rooyen oor die funksionele benadering sê, geen duidelike beeld kry van sy opvatting daarvan nie. Hy verklaar op 27:

„Hiervolgens moet gekyk word welke regsreël, van 'n verbandhoudende land, se sosiale funksie die meeste skade sal ly deur nie-toepassing. So 'n regsreël moet dan toegepas word.”

Uit wat op 214 gesê word, wil dit weer voorkom asof dit die sosiale funksies self is wat teen mekaar afgeweg moet word - met inagnome van die feitekonnstellasie van die geval. Ook uit die beskrywing wat Van Rooyen op 32 gee, is dit moeilik om agter te kom presies wat hy op die oog het. Hier verklaar hy:

„(a) [A]lle faktore moet in ag geneem word, nie slegs die *locus contractus* en *locus solutionis* nie; (b) die doel wat deur 'n besondere verwysingsreël bereik wil word, byvoorbeeld doelmatigheid (*locus regit actum*) of regsekerheid (regskeuse) moet in ag geneem word; (c) die funksie van 'n betrokke regsreël binne sy normale geldingsfeer moet bepaal word; daarna moet die feite van die besondere geval daaraan gemeet word; en daarna moet die nut van verwysingsreëls soos regskeuse en *locus regit actum* daarteen opgeweg word; en net so moet die benadeling van die sosiale funksie van ander verbandhoudende regsreëls daarteen opgeweg word; die belang wat die swaarste weeg, moet seëvier; (d) die feit dat prestasie binne 'n bepaalde gebied afspeel, is 'n baie belangrike faktor by die afweging van die belange.”

(Terloops moet hier opgemerk word dat dit nie tot duidelikheid bydra om as voorbeeld van die doel van 'n verwysingsreël „doelmatigheid” te noem nie aangesien laasgenoemde slegs „geskik vir die doel” beteken.) Talle vrae ontstaan en bly onbeantwoord by die lees van die aangehaalde passasie maar 'n gedetailleerde analise sal in 'n resensie misplaas wees. Dit is voldoende om hier slegs daarop te wys dat daar myns insiens met begrippe soos „funksie,” „doel,” „meting van feite,” „nut” en „belang” gewerk word sonder dat dit nader omskryf word. Wat wel duidelik blyk, is dat Van Rooyen die funksionele benadering nie in die ekstreme vorm aangeneem het soos wat dit deur Hancock (hierbo) beskryf word nie. In teenstelling met laasgenoemde wil die skrywer van die onderhawige werk die materie nie geheel en al sonder verwysingsreëls orden nie, hoewel hy hulle slegs laat geld indien 'n materiële norm nie sterker op gelding aanspraak maak nie. Ek meen egter dat 'n deurtastende teoretiese en praktiese vergelyking van die tradisionele met die funksionele metode nodig is voordat laasgenoemde met sy noodwendige hoër mate van regsonsekerheid aanvaar kan word.

Vir sy voorgestelde reël dat enige dwingende derdelandsreël wat redelikerwys aanspraak maak op gelding toegepas behoort te word, meen die skrywer steun te vind in twee Suid-Afrikaanse beslissings (165 ev). Met alle respek meen ek dat daar vir beide meer voor-die-handliggende verklarings is. In *De Wet v Browning* 1930 TPD 409 is myns insiens 'n verwysingsreël vir wanvoorstelling en *laesio enormis* by kontraksluiting geformuleer, naamlik die *lex loci contractus* (412 van die verslag). Die reël is, met respek, nie van alle regspolitieke bedenkinge vry nie, maar dit is vir die huidige irrelevant. In *Commissioner of Inland Revenue v Estate Greenacre* 1936 NPD 225 moes die hof beslis of *A* se boedel ingevolge 'n Suid-Afrikaanse belastingwet, wat onder andere *donationes inter vivos* belas, belastingpligtig is ten opsigte van die oordrag van Suid-Afrikaanse effekte van *A* aan *B* ter nakoming van 'n in Engeland geslote ooreenkoms. *A* en *B* het ooreengekom dat alle regte wat uit die kontrak voortspruit deur Engelse reg beheers sal word. Van Rooyen meen nou in die hof se toepassing van die Suid-Afrikaanse belastingwet steun te vind vir sy voorgestelde reël ten opsigte van derdelandsreg (70-71 en 165-166). Ek vind hierdie verklaring, met alle respek, ietwat onoortuigend. Soos ek die skrywer se reël ten opsigte van derdelandsreg verstaan, kan dit slegs op materiële norme wat die ontstaan, inhoud en tenietgaan van die kontrak reël, sinvolle betrekking hê. Hoewel hy dit nie uitdruklik so stel nie, skyn hierdie gedagte onder liggend te wees aan die laaste ses woorde van die volgende stelling wat Van Rooyen (op 164) in verband met die genoemde reël maak: „Indien hierdie reëls . . . redelikerwys aanspraak maak op gelding, dan behoort hulle in te werk op die kontrak.” Slegs van materiële norme wat iets sê oor die ontstaan, inhoud en tenietgaan van die kontrak kan gesê word dat hulle daarop inwerk. Dit gaan hier oor die geldingsgebied van die *lex contractus* en slegs hier het dit sin om te praat van 'n verplasing van die *lex contractus* deur derdelandsreëls wat redelikerwys aanspraak maak op gelding. Die partye is regslogies nie in staat om 'n regstelsel toepaslik te verklaar op iets wat buite die geldingsfeer van die *lex contractus* val nie. Die belastingwet in die onderhawige geval val buite hierdie terrein. Dit bepaal niks ten opsigte van die ontstaan, inhoud en tenietgaan van die kontrak nie maar neem slegs vir belastingdoeleindes kennis van die bestaan en inhoud daarvan. Die hoofvraag in die onderhawige beslissing, naamlik of *A* se boedel belastingpligtig is, was eintlik 'n suiwer interne aangeleentheid en die prinsipiële gelding van die Suid-Afrikaanse belastingwet het nie die addisionele steun van die derdelandsreg-argument nodig nie.

In die algemeen is die boek vry van druk- en spelfoute. Die drukersduidelik het slegs by een geleentheid met mening toegeslaan, naamlik in die laaste sin van die teks op 3. By 'n aantal Duitse woorde kom kleiner spelfoute voor soos versuim om 'n *Umlaut* aan te dui (byvoorbeeld XIX; 49 n 145; 115 n 79; 182 en 203); kleinletters in plaas van

hoofletters aan die begin van 'n woord (op 28; 49; 150; 225 en 227) asook „die Gebiete” in plaas van „dem Gebiete” (XX) en „Römische Recht” (227) in plaas van „Römisches Recht.”

Die styl is bondig hoewel hierdie ideaal soms moontlik te ver gevoer word, soos byvoorbeeld in uitdrukkings soos „In 'n beslissing waar 'n sirkusakrobaat van 'n sweefstok afgeval het . . .” (65) en (22): „Die *bevoegdheid* om te kontrakteer beskou hy as 'n persoonlike statuut.” ('n Bevoegdheid kan nie 'n statuut wees nie.)

Die boek word uitgegee in hardeband en maak 'n netjiese en goedversorgde indruk.

Ten spyte van die genoemde paar kleinere punte van kritiek moet samevattend gestel word dat die boek van omvangryke en deeglike navorsing getuig en dat dit 'n waardevolle bydrae tot die Suid-Afrikaanse wetenskap van die internasionale kontraktereg lewer. Ten opsigte van Suid-Afrikaanse beslissings en die buitelandse regstelsels wat betrek is, is die boek 'n ware bron van inligting. Die skrywer se verklaring van die geldende reg getuig van insig ten spyte daarvan dat 'n mens nie altyd met hom saamstem nie. Sy prikkelende voorstelle met betrekking tot die vul van leemtes verdien die aandag van almal wat met hierdie vakgebied te make het.

SJ DU PLESSIS

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

MAASDORP'S INSTITUTES OF SOUTH AFRICAN LAW: VOLUME II - THE LAW OF THINGS

deur CG Hall

Juta en Kie, 9e uitg 1971, lvi en 239 bl, R10,50

Hierdie werk (soos bewerk deur dr CG Hall, voorheen regter-president te Windhoek en ook appèlregter) is steeds die enigste Suid-Afrikaanse regshandboek wat uitsluitlik die sakereg tot onderwerp het. Luidens die bewerker se stelling op die rugkant van die titelblad sluit die werk verwysings na wetgewing tot en met 1970 en hofbeslissings tot en met die 1971 1-bundel van die Suid-Afrikaanse hofverslae in.

Dié werk dra nie daartoe by om die resensente van regspublicasies se taak te vergemaklik nie. In 'n resensie van die 8e uitgawe (1960) van hierdie werk wat in die 1961-uitgawe van die *THRHR* 142-151 verskyn het, aanvaar CP Joubert die studie en beoefening van die regswetenskap as grondslag vir sy kritiek. Hierdie grondslag word ook hier as riglyn aanvaar sodat enige kritiek wat gelewer mag word, slegs in daardie lig beskou moet word.

Sonder om dr Joubert se gemelde resensie na te skryf, kan ook ten aansien van die 9e uitgawe van hierdie werk teleurstelling oor die

gebrek aan kritiese analise van hofbeslissings, gemeenregtelike skrywers en verwysings na moderne literatuur oor die sakereg uitgespreek word. Dieselfde gebrek aan kennisname van of oorweging van die, met respek, opbouende kritiek wat deur Joubert gelug is, laat aan die huidige resesent slegs een uitweg, naamlik om deur verwysing na Joubert se resensie van die 8e uitgawe (1960) sy menings as steeds geldige kritiek op die 9e uitgawe by die huidige resensie te inkorporeer.

Die bewerker het dit goedgevind om die benaming vir sy ondersoekveld te verander van die gebruiklike „Law of Things” na „Law of Property.” Hierdie wysiging as sodanig kan gekritiseer word maar sonder om in verbalisme te verval, kan die dwalings waartoe ’n onbekookte uitgangspunt kan lei, aangetoon word. Die tweede paragraaf op bladsy een van die werk is allermins ’n getuigskrif vir die te verwagte begripsuiwerheid waartoe ’n nuwe wetenskaplike benadering die ondersoeker sou lei. Dit lui naamlik só:

„*Property* is in the nature of *things* corporeal or real, that is it consists either of material objects which are perceptible to sight and touch, such as a house, a field or a motor-car, or incorporeal, in which case it consists of artificial or fictitious *things*, such as servitudes, inheritances, rights of action and rights to patents or copyrights.” (Ek kursiveer).

Om „property” in dieselfde sin te gebruik waarin „things” in twee verskillende betekenis gebruik word, lei die leser nie tot groter begripsuiwerheid nie. Die bontspringery waartoe hierdie verwardheid lei, blyk nog duideliker. Die rede wat die bewerker aanvoer vir die invoering van die nuwe benaming is naamlik dat die sakereg hoofsaaklik handel oor daardie *sake* (in losse sin gebruik) wat die voorwerpe van eiendomsreg is. Die eerste nuwe paragraaf op bladsy ses verkondig dan dat ’n *res nullius* „property” is wat aan niemand (in eiendom?) behoort nie. Nog moeiliker is *rerum extra commercium* wat dan „property” word wat „. . . incapable of being owned, . . .” is. Die benaming „thing” vir *res* (saak) kon nie sóveel probleme opgelewer het dat dit nodig was om dit te vervang deur ’n nuwe benaming wat nog groter verwarring meebring nie.

Dit is jammer dat die begrip *res* nie gedefinieer word nie. Om eenvoudig as uitgangspunt te stel dat *res* die juridiese uitdrukking is wat gebruik word om *alles* („everything”) wat regsvoorwerp kan wees aan te dui (bl 1), en dit met ’n beroep op Grotius 2 1 3, laat ’n mens wonder of daar nie met vrug van prof WA Joubert se grondige bespreking van die subjektiewe regte in die 1958 *THRHR* 12 *et seq* en 98 *et seq* kennis geneem kon gewees het nie. Om kategorieë ons hele regsistematiek omver te werp, is selfs nie vir die geleerde bewerker geoorloof nie. Dat G 2 1 3 korrek weergegee is op die aangehaalde bladsy kan, met respek, ook nie betoog word nie. G 2 1 3 lui nl só: „Zaken noemen wij hier al, wat daar is buiten den mensch, den mensch eenichsints nut sijnde.” Daar kan ongetwyfeld met die oog op die Suid-Afrikaanse privaatreë

grondige kritiek op De Groot se definisie gelewer word maar dit sou buite die bestek van 'n resensie van hierdie aard val. Die belangrike is dat dr Hall, met respek, nie die strekking van De Groot se definisie weergegee het waar hy betoog dat „*res*” alles is (ook persoonlikheids-goedere?) wat regsvoorwerp („the object of a right”) kan wees nie. Hierbo is reeds verwys na 'n neiging in hierdie werk om ons regsistematiek blatant te negeer. Só iets kan uiteraard nie met enkele pennehale gedoen word nie.

Dr Hall (op bl 1) aanvaar die bestaan van onliggaamlike sake („incorporeal property”). Hy noem egter nêrens die besondere probleme wat ontstaan wanneer die bestaan van onliggaamlike sake erken word nie. Hierdie probleme is só kardinaal vir die sakeregtelike sistematiek dat dit beslis in 'n handboek oor die sakereg bespreking verdien. Leiding in hierdie verband kan bv uit C Asser en JH Beekhuis (bewerker) se *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, tweede deel (*Zakenrecht*) 9e uitgawe 1957 Zwolle 26 *et seq* gevind word.

Die belangrike probleem van die ware aard van saaklike regte en die onderskeid tussen saaklike en persoonlike regte ontvang weinig aandag. Bo en behalwe die sake *Ex parte Geldenhuys* 1962 OPD 155 en *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd v Registrar of Deeds* 1953 1 SA 600 (O) kan hier beslis gebruik gemaak word van M Reinsma se doktorsale tesis met die titel: „Het Onderscheid tussen Zakelijke en Persoonlijke Rechten met betrekking tot Onroerend Goed in het Zuidafrikaanse Recht,” 1970 Pretoria. Die bewerker het ongelukkig nie deeglike kennis van die uitspraak in *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 122 geneem nie want as hy het, sou hy nie met 'n beroep op ons positiewe reg (bl 20 n 59) konstateer het dat vir die aanwending van die mandament van spolie besitsonttrekking „by force or violence, or by stealth,” nodig is nie. In die *Nino Bonino*-beslissing het die Transvaalse hof by monde van hoofregter Innes die definisie van spoliëering soos dit deur Leyser geformuleer is, aanvaar. Die hof stel dit onomwonde dat nòg geweld nòg bedrieglike optrede wesenslike elemente van 'n spoliëering is. Wat wel vereis word, is dat die handeling teen (dit sluit *sonder* in) die wil (of toestemming) van die gespolieerde persoon en „illicitly” (onwettig?) moet plaasvind. Myns insiens sou dit akkurater wees om die handeling met die *onregmatigheids* kwalifikasie te tipeer in plaas van met „illicitly,” maar dit verander nie die strekking van die Hoofregter se argument nie. Die Hoofregter verwys na *McLoughlin v Delabunt* (Foord 129) waar dieselfde benadering na sy mening gevolg is. By die behandeling van die vraag vir wie die mandament beskikbaar is (21), word slegs sydelings verwys na die groeiende beskikbaarstelling daarvan aan houters terwyl die probleem met *bediendes* wat in hulle hoedanigheid van bediendes besit (in

losse sin gebruik), in dieselfde verband (sien *Mpunga v Malaba* 1959 1 SA 853 (W)) nêrens genoem word nie.

Wanneer dr Hall by die bespreking kom van wat hy, naas lewering, die belangrikste wyse van eiendomsverkryging noem, is die gort van feitlike onwaarhede en onversigtige argumente behoorlik gaar. Op bl 62 n8 word gestel dat vir verkrygende verjaring kragtens a 1 van wet 68 van 1969 besit „openly and as if he were the owner” vir die voorgeskrewe termyn vereis word. Pas een bladsy verder word die vereiste van dertigjaarlange besit vir verkryging deur verjaring van eiendomsreg ten opsigte van roerende sowel as onroerende goed *nec vi, nec clam* en *nec precario* uit dieselfde hoed getrek (sien bl 63 n 12). Op hierdie basis word op bl 64 n 22 en bl 137 n 76 voortborduur.

Op bl 22 lei Hall uit a 1 van wet 68 van 1969 af dat besit vir ’n tydperk van dertig jaar - mits daardie besit „adverse” was - sal groei tot eiendomsreg. Op sterkte waarvan hierdie bykomstige vereiste vir verkryging van eiendomsreg deur verjaring by die gemelde artikel ingelees word, gaan die verbeeldingskrag te bowe. Dr Hall se herhaling van die „*adverse possession*-vereiste” vir verkrygende verjaring getuig met respek van ’n halwe begrip van die implikasies van die veranderings wat in die 1969-wet aangebring is. Besit *animo domini* (soos deur artikel 1 van wet 68 van 1969 vereis word) beteken dat die besitter moet besit asof hy eienaar is, dit wil sê hy moet só besit dat dit blyk dat hy niemand anders se beter reg oor die betrokke saak erken nie. Om die geestesgesindheid wat met die besit moet saamgaan met die kwalifikasie van „adverse to the true owner” te tipeer, is op sigself dus seker nie so verkeerd nie. In die lig van die gebruik van die „adversity”-begrip deur die howe om die vae begripstelling nl *nec vi, nec clam* en *nec precario* van wet 18 van 1943 hanteerbaar te maak (sien *Malan v Nabygelegen Estates* 1946 AD 562 574, *Swanepoel v Crown Mines Ltd* 1954 4 SA 596 (A) 603G *et seq* en 1969 *THRHR* 293-298) kan die voortgesette gebruik daarvan veral in so ’n losse sin, egter nie goedgepraat word nie.

Die drukkers kan met die algemene versorging van die werk gelukgewens word maar daar moet weer eens op gewys word dat, net soos in die vorige uitgawe, voetnoot 84 (op bl 80) verkeerdelik as voetnoot 80 genommer is. *Schwedhelm v Hauman* 1947 1 SA 137 (OK) word steeds verkeerdelik as *Schwedhelm v Hamman* aangedui (bl 128 n 14) terwyl *Kakamas Bestuursraad v Louw* 1960 2 SA 202 (A) as *Kakamus Bestuursraad v Louw* aangedui word. Hierdie „foute” is egter seldsaam en waarskynlik nie misleidend nie.

Hierdie handboek verdien vandag nog, net soos in 1903 toe die eerste uitgawe verskyn het, met reg die benaming „baanbreker” op die gebied van die Suid-Afrikaanse sakereg. Daar kan egter in die lig van die versnelde ontwikkeling ook op hierdie gebied in die afgelope dekade of twee, gevra word of die tyd vir die verskyning van ’n moderner

en wetenskaplik meer verantwoorde sakereghandboek nie reeds aangebreek het nie.

CFC VAN DER WALT
Universiteit van Suid-Afrika

**A COMMENTARY ON THE
SECTIONAL TITLES ACT 1971**

by RF RORKE

1972 Butterworths Durban; xii and 214; price R8,75

In his introduction to this work the author, who was one of the co-authors of the second edition of *Newall's Law and Practice of Deeds Registration* states:

"But there is no doubt that the Sectional Titles Act is necessary and imaginative. Combining as it does the most desirable features of our land registration system with modern requirements of ownership, it is designed to provide certainty of ownership in twentieth century conditions."

South African law on land registration has been built up over a period of a century and a half and has provided no extra facilities for its purpose when looked at in the light of prevailing conditions. The 1937 Deeds Registries Act codified the law. Modern conditions have shown the necessity for an extension of the existing law by reason of the fact that large blocks of buildings are no longer owned by single persons or companies and some method must be found to enable sectional owners to acquire title. The 1971 act is based largely on similar enactments in New South Wales where urban development has taken on a similar pattern to that presently developing in South Africa.

Mr Rorke has provided a most excellent survey of the provisions of the act and the principles that they embody plus indications as to the manner in which they will be put into practice as soon as the act has come into force.

The basis of the act is set out in chapter 5 "The Sectional Plan, Its Registration and Amendment." This plan will be the foundation of the registration of the eventual document of title to be held by the purchaser of a section. The preparation of a sectional plan will require the co-operation of an architect and a surveyor and will have to be endorsed with, or accompanied by, a certificate by the local authorities concerned to the effect that it has approval. The plan will have to show the floor area, median line of boundary walls of each section and the total floor area of all the sections. The author stresses that the plan must strike a happy medium between containing too much information and having too little detail. The registered owner of any one section, in

addition to having title to a portion of the main building, is also a co-owner in an undivided share in the common property, and as a sectional owner becomes entitled to a participation quota. This participation quota is fully dealt with by the author in chapter 6 and the shortcomings of the act in regard thereto are pointed out.

It has been stated above that both a surveyor and an architect will have duties under the act, but a lawyer also will have an important part in the preparation of the scheme and the regulations governing the maintenance and control of the building. Mr Rorke has provided a guide to, and a precedent for, a deed of sale under the Sectional Titles Act, which contains reference to the essential provisions of the act. There is no doubt that the deed of sale will be an important item in any development submitted in terms of the act.

Upon registration under the sectional title there will come into existence in terms of the act a body corporate which will be the controlling body in respect of the building and in particular of the common property.

It is obvious that complications may arise should a building be destroyed. The act proceeds to the resolution of difficulties so arising and here again the author has given a very clear picture. To all those who may be interested in the working of the act, whether as developers, conveyancers, surveyors or architects, this commentary not only gives a very good indication of what is required, but makes excellent reading by reason of its clarity and scope. The persons mentioned will, of course, have to study the act in detail, but a perusal of this commentary and a reference to it as a working tool, will ease the path of any practitioner who is doubtful as to the application of any particular section and this little book can be recommended without hesitation.

AL LEON
Attorney, Durban

DIE TOEPASSING VAN DIE ONGEVALLEWET IN SUID-AFRIKA

*deur M Schaeffer en JF Heyne
JC van Schaik Bpk Pretoria; xiii en 161; prys R5,75*

Alhoewel die eerste Ongevallewet in Suid-Afrika reeds in 1914 (25 van 1914) aangeneem is, was dit egter eers na die wet van 1934 (59 van 1934) dat 'n handboek oor hierdie onderwerp gepubliseer is. Hierdie werk, naamlik *The South African Law of Workmen's Compensation* deur George S Frank, is in 1940 gepubliseer en niteenstaande herhaaldelike wysigings van die Ongevallewet, het sedertdien geen nuwe uitgawe verskyn nie.

Die Ongevallewet is nie deur Schaeffer en Heyne in hul vorige publikasie, *Nywerheidsreg in Suid-Afrika*, behandel nie en ons vind ook geen bespreking van hierdie wet in enige van die ander publikasies oor die Suid-Afrikaanse nywerheidswetgewing nie. 'n Ernstige tekortkoming in ons regspublicasies word dus deur hierdie nuwe publikasie oor die Ongevallewet aangesuiwer.

Terwyl Frank dit nog in sy publikasie nodig gevind het om, wanneer hy die bepalings van die Suid-Afrikaanse wet bespreek, te verwys na die ooreenkomstige bepaling in die Engelse wet sodat dit verwysing na Engelse beslissings kan vergemaklik, vind ons dat Schaeffer en Heyne nie hierdie prosedure volg nie en juis in hul voorwoord die meer onafhanklike benadering van ons eie howe beklemtoon. In dié verband verwys hulle na die benadering wat ons Appèlhof in *Minister of Justice v Khoza* 1966 1 SA 410 (A), ingeneem het by die behandeling van die vraag of 'n ongeval wel uit Khoza se diens ontstaan het. Op 417 het appèlregter Rumpff gesê:

“Om te help om die vraag te beslis, is hierdie hof op 'n toer geneem na 'n bont landskap van onderling-onversoerbare Engelse beslissings waaruit geen ander beginsel geëkstraheer kan word nie dan dat die Engelse regters bereid is om van tyd tot tyd hul beskouings te verander. Dit sou mi vrugtelos wees om na hierdie sake te verwys; 'n mens stem saam met sommige van daardie beslissings, met ander nie, en dit op sigself is 'n toevalligheid wat mi van geen belang is nie.”

'n Soortgelyke standpunt is deur appèlregter Williamson (419) ingeneem:

“In fact a perusal of the leading English authorities reveals a number of completely irreconcilable approaches to the problem from time to time. I am persuaded that no benefit is to be gained by attempting to extract any guiding principle from the cases quoted.”

Hierdie opmerkings het die skrywers van die werk onder bespreking tot versigtigheid gemaak sodat hulle selektief te werk gegaan het wat die aanhaling van Engelse beslissings betref. Slegs Engelse sake wat na hul mening 'n rigtinggewende beginsel stel en wat as sodanig van waarde sal wees by die vertolking van die bepalings van ons Ongevallewet, word deur hulle aangehaal. Daarteenoor word die Suid-Afrikaanse sake breedvoerig bespreek. Tog word gevind dat twee sake, wat relevant by die bespreking op bladsy 20 van artikel 8(1)(b) van die Ongevallewet is, nie vermeld word nie, naamlik *South British Insurance Co Ltd v Crescent Express (Pty) Ltd* 1964 3 SA (D) 640 en *Rondalia Versekeringskorporasie van Suid-Afrika Bpk v Die Ongevallekommissaris* 1968 4 SA (N) 775. 'n Ander saak waarvan geen melding gemaak word nie is *The State v Carroll* 1962 3 SA 697 (T).

Die skrywers volg in hul bespreking hoofsaaklik die opset van die wet en aangesien die statutêre vereistes onder verskillende hoofde geplaas word, slaag hulle daarin om hierdie gebied van die reg ook vir die

leek toegankliker en verstaanbaarder te maak. Die inhoud word in twintig hoofstukke ingedeel en aan die einde word die eerste en tweede bylaes van die wet gepubliseer. In die bylaes verskyn: die regulasies wat ingevolge wet 30 van 1934 gepubliseer is; reëls om die oorweging van aansoeke kragtens artikel 43 te vergemaklik; en besonderhede van wysigings ná wet 51 van 1956. In die lys van gewysdes verskyn 'n aantal sake buite hul alfabetiese orde, naamlik *Bhoer v Union Government* 1956 3 SA 582 (K) en *Ongevallekommissaris v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1965 2 SA 193 (T). Slegs een verwysing word gegee vir *Grace v Workmen's Compensation Commissioner*, naamlik 1962 4 SA 180 (T). Hierdie verwysing is korrek wat die saak op bladsy 28 betref maar nie vir die saak waarna op bladsye 30 en 53 verwys word nie. Laasgenoemde saak se verwysing is: 1967 4 SA 137 (T).

Hierdie nuwe publikasie van Schaeffer en Heyne, soos dit ook met hul vorige werk die geval was, verskyn in sowel Afrikaans as Engels en hiervoor verdien hulle ons hoogste waardering.

Omdat die Afrikaanse benaming van die wet (Ongevallewet) nie net 'n vertaling van die Engelse benaming (*Workmen's Compensation*) is nie moes die skrywers klaarblyklik probleme ondervind het wat die benaming van die twee publikasies betref. Die uiteindelige besluit van die twee skrywers om die Afrikaanse uitgawe *Die Toepassing van die Ongevallewet in Suid-Afrika* te noem en die Engelse, *Workmen's Compensation in South Africa*, sal seker nie almal se goedkeuring wegdra nie.

Die voorkoms en taalgebruik van die Afrikaanse uitgawe, hier onder bespreking, is in die algemeen goed en juis daarom is dit te betreure dat 'n aantal foute wel in die teks voorkom. 'n Ernstige fout word in paragraaf 3 van hoofstuk 5 gevind waar foutiewelik van „voorgeskrif” gepraat word terwyl die skrywers „verjaar” bedoel het. Blykbaar is die Engelse „prescribe” letterlik vertaal. Ander onooglikhede is: „Oogpunt van wat reg is” ipv „regtens” (bl 29); „ten betrokke tye” (29) vir „at all relevant times” terwyl „te alle betrokke tye” sekerlik beter sou gewees het; „kwessie van reg” (32) ipv „regskwessie” of „regsvraag;” „wetlike regulasie” (35) ipv „wetteregtelike regulasie” of „statutêre regulasie” (vgl Hiemstra en Gonin se regswoordeboek); „wettige plig” (35) ipv „regsplig.”

Op bladsy 44 en 53 word na een en dieselfde saak verwys, naamlik *Tarry & Co v Bamford* 1927 TPD 869, maar die beslissing word in elke geval verskillend bewoord. Op bladsy 44 word die beslissing soos volg gegee:

“Die werksvermoë van die werksman moet beskou word soos wat dit ten tyde van die ongeval was, en dit moet nie op die veronderstelling berus dat dit deur verdere ernstige studie of opleiding of die uitgawe van geld kan toeneem het nie.”

Terwyl op bladsy 53 verskyn dit so:

“Die bekwaamheid van die werksman om te werk, moet beskou word as soos ten tyde van die ongeval, en nie op die veronderstelling dat dit verhoog kan word deur verdere ernstige studie of opleiding of die besteding van geld nie.”

’n Onverstaanbare sinsnede verskyn op bladsy 58, naamlik: „ . . . is daar beslis dat die skofbaas oor die afdeling binne die betekenis van die wet was . . . ” Volgens die Engelse teks behoort dit as volg te lees: „ . . . is daar beslis dat die skofbaas in bevel van ’n afdeling binne die betekenis van die wet was . . . ” Op dieselfde bladsy sou „wanneer” ipv „as” die tydsfaktor in die volgende gevalle beter uitgebeeld het: „as dit binne die grense van ’n stasie werk” en „as die lokomotief hierdie stasiegrens verlaat.” Ook nog op bladsy 58 word „sporweë” ipv „spoorweë” gevind. Vroeër, op bladsy 5, word van ’n „Asiërwerksman” gepraat. Wanneer die inhoud van bladsy 48 van die Afrikaanse uitgawe met die betrokke gedeelte in die Engelse teks (bl 44 van die Engelse uitgawe) vergelyk word, blyk dit dat daar in die laaste paragraaf (§ 4) in die Afrikaanse teks vereistes uiteengesit word wat in die Engelse teks hoegenaamd nie genoem word nie.

Bogenoemde paar kritiese opmerkings doen egter geensins afbreuk aan die algemene verdienstelikheid van die werk onder bespreking nie. Hierdie nuwe publikasie van Schaeffer en Heyne word aanbeveel by studente, vakbonde, werkgewersorganisasies, nywerheidsrade en amptenare wat met die toepassing van nywerheidswetgewing te doen het.

Met leedwyse moet ten slotte daarop gewys word dat een van die outeurs, naamlik dr JF Heyne, ’n gewaardeerde kollega, oorlede is voor die verskyning van die boek.

GC KACHELHOFFER
Universiteit van Suid-Afrika

FOUNDATIONS OF THE SOUTH AFRICAN LAW OF DEFAMATION

deur BHADRA RANCHOD

Leiden University Press 1972; xvi en 183 bl; prys fl 30

Die verskyning van ’n werk oor die grondslae van die Suid-Afrikaanse lasterreg, op ’n tydstip wanneer groot onsekerheid aangaande die vereistes vir hierdie vorm van *iniuria* bestaan, word verwelkom. Die onsekerheid is wesenlik veroorsaak deur die vermenging van die Romeins-Hollandse en Engelse reg op hierdie gebied. Die outeur wys tereg daarop (bl xiv): “The central issue - the place of *animus*

iniuriandi, the mental element, as the basis of the action - touches on a fundamental difference of approach between Roman-Dutch law and English law." Die studie is dan in hoofsaak gerig op 'n historiese ondersoek na die voedingsbodem van die Suid-Afrikaanse lasterreg.

Die werk bestaan uit vyf hoofstukke, wat elkeen 'n besondere geskiedkundige periode beskryf. Die uitsondering op hierdie benaderingswyse word gevind in hoofstuk 4, waar die ontwikkeling van die Engelse lasterreg *in toto* afgehandel word.

Getrou aan die tradisionele benaderingswyse, word die Romeinse reg, vanaf die *Duodecim Tabularum* tot die *Corpus Juris Civilis*, in hoofstuk 1 behandel. Die aard, grondslag en omvang van die onregmatige daad *iniuria* in die Romeinse reg is reeds deur WA Joubert in sy werk *Grondslae van die Persoonlikeheidsreg* (1953) in breë trekke behandel. 'n Verwysing na Joubert sou dus nie onvanpas gewees het nie. Hoofstuk 2 beskryf die regsontwikkeling wat die onregmatige daad laster in die Europese Romanistiese reg vanaf 1100 nC tot 1600 nC ondergaan het. 'n Kennisname van hierdie ontwikkeling is onontbeerlik, soos die skrywer tereg aantoon, vir 'n behoorlike begrip van die Romeins-Hollandse reg. Mens wonder egter of die gedeelte wat slegs feite omtrent die verskillende rigtings verskaf, nodig is in 'n werk oor die grondslae van ons lasterreg (sien 26-32). Wél is van belang die feit dat die skole deurgaans *animus iniuriandi* as die kernvereiste vir laster gestel het. In die derde hoofstuk word die Romeins-Hollandse reg, met spesiale verwysing na Grotius, uiteengesit. Alhoewel Grotius se *De Jure Belli ac Pacis* 'n onontbeerlike werk vir die natuureg en volkereg is (Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1967) 551), moet hierdie werk ten opsigte van Romeins-Hollandse privaatreë met versigtigheid benader word. Weer eens word *animus iniuriandi* deur die Romeins-Hollandse juriste, uitgesonderd Grotius, as vereiste vir laster gestel.

Soos aangetoon, word die Engelse lasterreg in hoofstuk 4 behandel. Besondere klem word gelê op dié karakteristieke van die Engelse reg wat dit van die Romeins-Hollandse reg onderskei. Die skrywer verwys onder andere na die Amerikaanse werk, *Handbook on the Law of Torts* (1964) deur WL Prosser. Aangesien die Engelse en Amerikaanse lasterreg veral sedert die vonnis *New York Times v Sullivan* (1964) 376 US 254 radikaal verskil, kan nie sonder meer na Prosser verwys word as bron vir die Engelse reg nie. (Terloops kan opgemerk word dat daar reeds 'n nuwe uitgawe van Prosser verskyn het (1971), sowel as van *Winfield and Jolowicz on Tort* (1971).)

In die slothoofstuk word die Suid-Afrikaanse reg behandel. 'n Besondere plek word gegee aan 'n kritiese bespreking van die herlewing van *animus iniuriandi* as 'n sinvolle bestanddeel van laster. Reeds in sy behandeling van die Romeins-Hollandse reg (sien 75-6) het die

skrywer daarop gewys dat, alhoewel *animus iniuriandi* as die kern van die lasteraksie beskou is, die ou skrywers nooit die begrip gedefinieer het nie. Nòg het hulle tussen onregmatigheid en skuld onderskei: „It should be stressed that the authorities did not distinguish defences which excluded wrongfulness from those which excluded *animus iniuriandi*.” Desnieteenstaande onderskei die outeur self nie later tussen hierdie twee elemente van laster nie. Op 143, in aansluiting by Voet (47 10 20) verklaar hy dat *animus iniuriandi*, behalwe onregmatigheidsbewussyn, ook die oogmerk om ’n ander te belaster omvat. Hierdie beskouing gaan volgens moderne regs wetenskaplike insigte nie op nie. Die oogmerk waarmee die dader handel, het met *animus iniuriandi* as opset niks te make nie, maar kan wel ’n aanduiding wees van die onregmatigheid van die dader se gedraging (sien Joubert en Van der Walt 1967 *THRHR* 375 376). Op 148 skyn die skrywer dit self te erken: „The limitation introduced here, namely that the object must be one permitted by law, has the effect of introducing certain *objective elements* into the test for liability.” As die oogmerk nie deur die reg veroorloof word nie, is die optrede onregmatig.

Volgens hedendaagse beskouinge bestaan *animus iniuriandi* uit twee elemente, naamlik die wilsgerigtheid op onregmatige optrede en die onregmatigheidsbewussyn. Die bewys van die afwesigheid van enige van die twee elemente weerlê dus die vermoede van *animus iniuriandi*. Hiermee gaan die skrywer (146), ten onregte, nie akkoord nie, aangesien sodanige interpretasie dan geen steun in die gemene reg vind nie. Myns insiens vind dit juis steun in die gemene reg. Die ou skrywers het inderdaad onregmatigheidsbewussyn as element van *animus iniuriandi* gestel (Voet 47 10 20). Meer nog, die erkenning van die wils-element van *animus iniuriandi* kom tot uiting in die feit dat hulle die maak van ’n grap as verweer erken het (sien 41-2 en 81). As ’n persoon ’n grap maak, is sy wil tog sekerlik nie gerig op ’n onregmatige optrede nie. Die bewussyn van onregmatigheid ontbreek ook. Natuurlik sal ’n blote bewering dat die lasterlike woorde in ’n grap gebesig is, nie afdoende wees om die vermoede van *animus iniuriandi* te weerlê nie. Omstandighedsgetuieis kan egter ’n afleiding regverdig dat *animus iniuriandi* ontbreek. Op 158 stel die skrywer dit onomwonde dat aanspreeklikheid „is essentially subjective in nature in that the court will entertain an investigation into the intent of the defendant.” Ongelukkig gaan hierdie stelling nie geheel en al op nie. Onsekerheid bestaan naamlik in die regspraak of onregmatigheidsbewussyn wél ’n element van *animus iniuriandi* is (*Muller v SA Associated Newspapers Ltd* 1972 2 SA 589 (K) 593).

Die onderskeid tussen skuld en onregmatigheid is nie alleen regs wetenskaplik dwingend nie, maar vind inderdaad genoegsame staving in die Romeins-Hollandse reg, al het die ou skrywers nie duidelik tussen die twee elemente van laster onderskei nie.

'n Punt waarop die outeur myns insiens vollediger kon ingegaan het, is die vraag of 'n persoon se *fama* as „species of property” (155) beskou kan word. Reputasie is in eerste instansie 'n persoonlikheidsgoed. Nietemin is dit duidelik dat 'n persoon definitiewe vermoënskade kan ly indien sy goeie naam aangetas word (bv 'n prokureur wat kliënte verloor). Kan 'n persoon se goeie naam nie ook 'n immateriële goed wees nie? Indien wel, dan is 'n eis om skadevergoeding met die *actio legis Aquiliae* verhaalbaar waar nalatigheid 'n voldoende skuldverwyty is. Opset is dan slegs 'n vereiste in gevalle waar 'n persoon genoegdoening vir persoonlikheidskrenking wil eis.

De lege ferenda beveel die outeur ten slotte aan dat nalatigheid voldoende behoort te wees vir 'n aksie weens laster, omdat die handhawing van *animus iniuriandi* as subjektiewe skuldvereiste probleme veroorsaak met betrekking tot redakteurs, uitgewers en drukkers. Die mate waarin vryheid van die pers aan bande gelê behoort te word, is natuurlik oop vir bespiegeling. Daar kan slegs op gewys word dat in die VSA sedert 1964 die pendulum meer ten gunste van vryheid van die pers swaai en dat 'n skuldverwyty, analoog aan ons *animus iniuriandi*, nou vereis word vir aanspreeklikheid weens laster (sien die *Sullivan*-saak *supra*).

Ten spyte van die enkele punte van kritiek hierbo uitgespreek, is die werk 'n waardevolle bydrae tot 'n beter begrip aangaande die grondslae van die Suid-Afrikaanse lasterreg. Die werk kan dus met groot nut gebruik word vir verwysingsdoeleindes, veral ook na die posisie in ons gemene reg.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

Nuwe Wetgewing

'n Kort selektiewe oorsig van

WETGEWING VAN DIE DERDE SESSIE VAN DIE VIERDE PARLEMENT

Wysigingswet op Registrasie van Aktes

3 van 1972

Die belangrikste bepaling in hierdie wet word vervat in die eerste artikel waarvolgens die Aktes Wet 1937 van toepassing gemaak word op die gebied Suidwes-Afrika. Die Registrasie van Aktes Proklamasie 1939 (SWA) soos gewysig word herroep.

Wet op die Reëling van Admiraliteitsregsbevoegdheid

5 van 1972

Die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890 (53 en 54 Victoria C 27) word herroep in soverre dit met betrekking tot die Republiek van krag is en die bevoegdheids- en jurisdiksie van die admiraliteitshoue van die Republiek berus vanaf die inwerkingtreding van hierdie wet by die provinsiale en plaaslike afdelings van die Hooggeregshof van Suid-Afrika.

Artikel 3 bepaal dat aangeleenthede wat by die inwerkingtreding van hierdie wet in 'n admiraliteitshof hangend is, in die betrokke provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof voortgesit word.

Insolvensiewysigingswet

6 van 1972

Artikel 2 van die Insolvensiewet 1936

is gewysig ten einde die soorte instellings waarby gelde van insolvente boedels deur kurators gestort of belê kan word, uit te brei. Artikel 70 van die hoofwet word vervang deur 'n nuwe artikel 70 ingevolge waarvan 'n kurator nou met die skriftelike verlov van die meester geld wat nie onmiddellik vir die betaling van 'n vordering teen die boedel nodig is nie, by 'n bankinstelling of bouvereniging in die Republiek in rentedraende deposito mag plaas. 'n Voorlopige bankstaat hoof slegs op versoek aan die meester verskaf te word.

Artikel 42 is gewysig sodat daar bepalinge bestaan oor hoe 'n spesiale byenkoms van skuldeisers belê moet word.

Artikel 99 van die hoofwet word vervang deur 'n nuwe artikel 99 waarin alle statutêre preferente vorderings saamgevat word. Die artikel bepaal dat die preferente vorderings gelyk staan in rangorde en, indien nodig, eweredig verminder word.

'n Nuwe artikel 127A word na artikel 127 ingevoeg en bepaal dat 'n insolvent wat nie binne 'n tydperk van 10 jaar van die datum van sekwestrasie van sy boedel deur die hof gerehabiliteer is nie, na verstryking van daardie tydperk geag word gerehabiliteer te wees. Die hof kan op aansoek van 'n belanghebbende, na kennisgewing aan die insolvent, anders gelas binne die voorafmelde 10 jaar.

Die wyse waarop aantekeninge van regshandelings gehou moet word, word in hierdie wet nader bepaal.

Wet op Misdrywe teen Burgerlike Lugvaart

10 van 1972

In artikel 2 word 'n aantal dade omskryf wat indien dit op 'n lugvaartuig in vlug gepleeg word, 'n misdryf daarstel wat by skuldigbevinding strafbaar is met gevangenisstraf van 'n tydperk van minstens 5 jaar, maar hoogstens 30 jaar. Die belangrikste dade waarteen artikel 2 gerig is, is die skaking, vernietiging en beskadiging, of poging daartoe, van 'n lugvaartuig.

Die wet bevat bepalings ten opsigte van dade gepleeg op 'n Suid-Afrikaanse lugvaartuig in vlug buite die Republiek, jurisdiksie van die howe, uitlewering, bevoegdhede van die gesagvoerder van 'n lugvaartuig en die toelaatbaarheid van sekere verkларings as getuienis. Artikel 16 van die Lugvaartwet 1962 is herroep.

Hierdie wet is nie van toepassing op lugvaartuie wat by militêre dienste of doeane- of polisdienste gebruik word nie - vgl a 8.

Wysigingswet op Bantowetgewing

23 van 1972

Die wet wysig 'n verskeidenheid aspekte ten opsigte van verskillende wette met betrekking tot Bantowetgewing. Die aandag word slegs op enkele van die aspekte gevestig.

'n Nuwe artikel 22ter, ingevoeg na artikel 22bis in die Bantoe-administrasie Wet 1927, bepaal dat die huwelik van 'n meerderjarige Bantoevrouspersoon nie voltrek mag word in die provinsie Natal of Transvaal tensy haar vader of wettige voog skriftelik toestemming tot dié huwelik verleen het nie. Voor siening word daarvoor gemaak dat die

betrokke minister of die Hooggeregshof toestemming kan verleen waar daar nie 'n vader of voog is nie of waar die vader of voog die toestemming onredelik weier. Hierdie bepalings is afkomstig uit voor-Unie-wetgewing en word nou in die Bantoe-administrasie Wet 1927 opgeneem sodat die voor-Unie-wetgewing herroep kan word sonder dat hulle verval - vgl *Hansard* 6-10 Maart 1972 kolom 2623.

Die Transkeise Grondwet 1963 word gewysig sodat die wetgewende bevoegdheid van die Transkei uitgebrei word tot gevangnisse en motortransport.

Bylae 1 by die Grondwet van die Bantoe-tuislande 1971 word gewysig deur die invoeging van 'n nuwe item 30A ingevolge waarvan die wetgewende vergaderings van die tuislande die bevoegdheid verkry om openbare feesdae in te stel ter vervanging van openbare feesdae ingestel ingevolge die Wet op Openbare Feesdae 1952.

Wysigingswet op Huwelike

26 van 1972

Artikel 22 van die Huwelikswet 1961 word vervang deur 'n nuwe artikel 22 ingevolge waarvan geen huwelik voltrek voor die inwerkingtreding van die Wysigingswet op Huwelike 1970 ongel dig is slegs omdat die bepalings van die een of ander wet met betrekking tot die afkondiging van gebooe of die publikasie van kennisgewing van voorneme om te trou of die uitreiking van 'n spesiale huwelikslisensie nie stiptelik nagekom is nie. Hierdie bepaling geld nie indien 'n bevoegde hof reeds so 'n huwelik ontbind het of indien 'n party by so 'n huwelik na die ontbinding daarvan en tydens die lewe van die ander party reeds met 'n ander wettig getrou het nie.

Subartikel 3 wat by artikel 30 van die hoofwet gevoeg is, bepaal dat waar die huweliksbevestigter 'n fout, versuim of oorsig te goeder trou begaan ten opsigte

van die voorgeskrewe vroe of ten opsigte van die verklaring waarby 'n huwelik as voltrek verklaar word, die huwelik geldig sal wees indien dit in alle ander opsigte geldig is. Die artikel maak ook daarvoor voorsiening dat die huwelik van 'n party wat weens liggaamlike ongeskiktheid nie die regterhand kan gee nie, geldig is.

Wysigingswet op Anatomiese Skenkings en Nadoodse Ondersoeke

42 van 1972

Artikel 2 van die hoofwet is gewysig sodat 'n persoon sy liggaam ook vir 'n nadoodse ondersoek kan skenk. Artikel 2 is verder gewysig om die bevoegdheid om 'n liggaam van 'n oorledene te skenk, uit te brei sodat 'n voog nou in hierdie opsig dieselfde bevoegdheid het as die ouer, eggenoot, meerderjarige kind, broer of suster.

Dit word nou duidelik gestel dat 'n distrikgeneesheer, in plaas van sekere gemagtigde persone, in noodgevallen bepaalde weefsel van 'n liggaam kan skenk.

'n Belangrike oorsig in die hoofwet is aangevul deurdat daar voorsiening gemaak word vir die herroeping van 'n skenking gemaak of toestemming verleen ingevolge artikel 2 van die wet.

'n Straf van 'n boete van hoogstens R500 of gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens 6 maande word nou voorgeskryf vir die oortreding van artikel 7(1) van die hoofwet.

Waterwysigingswet

45 van 1972

Die Waterwet 1956 word gewysig ten einde die reg op die gebruik van private water te beperk, die verbod op die besoedeling van water uit te brei en die minister te magtig om onder sekere omstandighede oor water wat ondergronds verkry word, te beskik.

'n Nuwe hoofstuk IIIA word in die hoofwet na artikel 33 ingevoeg. Hierdie hoofstuk is getiteld „Beheer oor Bedrywighede wat die Natuurlike Voorkoms van Sekere Tipes van Atmosferiese Neerslag kan Verander.” Die hoofstuk bestaan uit 10 artikels (33A-33J) en verleen beheer oor 'n wysiging van die natuurlike voorkoms van atmosferiese neerslag wat 'n uitwerking kan hê op die afloop van water of op die hoeveelheid ondergrondse water - vgl a 33A.

Artikels 3-13 van die Onteieningswet 1965 word van toepassing gemaak op die onteining van sekere goed en die neem van sekere regte vir die doeleindes van die Waterwet 1956. Die minister word gemagtig om vorderings te hef ten opsigte van water wat uit Staatswaterwerke verskaf word. Verdere voorsiening met betrekking tot verteenwoordiging in waterrade word gemaak en verdere beperkings word gelê op die gebruik van water in ondergrondse waterbeheergebiede.

Wysigingswet op Huurgelde

51 van 1972

Artikel 9 van die Wet op Huurgelde 1950 is gewysig sodat 'n huurraad wat 'n magtiging uitreik om huurgeld te verhoog dit met terugwerkende krag kan doen tot die datum waarop die verhuurder se aansoek om verlof om die huurgeld te verhoog aan die huurder gestuur is, maar hoogstens vir 'n tydperk van ses maande.

Die wysiging word geag in werking te getree het op 1 Januarie 1969.

Wysigingswet op die Onderverdeling van Landbougrond

55 van 1972

Die hoofwet word gewysig deur 'n nadere omskrywing van die begrip „landbougrond.” Artikel 3 van die

hoofwet word vervang deur 'n nuwe artikel 3 ingevolge waarvan dit nou onmoontlik word om 'n huurkontrak ten opsigte van 'n deel van landbougrond in 'n aktekantoor te registreer of om 'n erf of perseel op landbougrond te verkoop of vir verkoop te adverteer tensy die minister skriftelik daartoe toestem.

Die registrasie van 'n serwituuat kan deur 'n Registrateur van Aktes geweier word indien hy van oordeel is dat die registrasie daarvan vir praktiese doeleindes dieselfde is as die registrasie van die oorgang van 'n onverdeelde aandeel in of 'n huurkontrak ten opsigte van 'n deel van landbougrond. Die minister kan toestemming verleen tot die registrasie van so 'n serwituuat.

Die bevoegdhede van die minister wat betref die oplegging van voorwaardes en die delegering van bevoegdhede word uitgebrei. Die Wet tot Uitbreiding van Provinsiale Magte 1944 word gewysig ten einde die bevoegdhede van provinsiale rade uit te brei.

Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering

56 van 1972

Die Motorvoertuigassuransiewet 1942 soos gewysig, word in sy geheel herroep. Dit het klaarblyklik noodsaaklik geword om 'n nuwe wet in die plek van die 1942-wet te stel omdat die oue reeds ses keer gewysig is en daar 'n behoefte aan 'n beter gesistematiseerde wet bestaan - vgl Hansard 24-28 April 1972 kolom 5985. 'n Breedvoerige bespreking van die nuwe wet kan nie hier gegee word nie en slegs enkele aspekte daarvan sal aangeraak word.

Die woordskrywingsartikel bevat 'n uitvoerige definisie van die begrip „eienaar.” Die begrip „geregistreerde maatskappy” word vervang deur „bevoegde versekeraar.” Die begrip „Bantoe-owerheid” word ook in hierdie artikel omskryf.

Artikel 5 maak voorsiening vir die voortbestaan van die MVA-fonds en artikels 6-7 bevat verdere bepalings in verband met hierdie fonds.

Artikel 13 handel oor die versekering van sekere motorvoertuie van motorhandelaars en wysig die bepalings van artikel 5 van die 1942-wet. Artikel 14 skep 'n nuwe beginsel ten opsigte van die versekering van motorvoertuie wat kragtens motortransportlisensies gebruik word.

Die inligting wat aan die versekeraar en derdeparty verstrekk moet word ingeval 'n eis ontstaan, word in artikel 20 voorgeskryf. Die inligting waarop die eiser geregtig is, word nou duidelik uiteengesit.

Artikel 11(1) van die 1942-wet word nou vervat in artikels 21-23 van hierdie wet. 'n Wysiging ten opsigte van die beperkte aanspreeklikheid van versekeraars in sommige gevalle is aangebring.

Artikel 24 bepaal wanneer die eis verjaar. Artikel 25 skryf die prosedure hoe 'n eis uiteengesit moet word, voor. Artikel 26 maak voorsiening vir die regstreekse betaling en verhaal van koste van byvoorbeeld 'n hospitaal of verpleeginrigting aan of deur sodanige inrigting.

Die wet maak verder voorsiening vir die aanstelling van inspekteurs, uitvaardiging van regulasies, delegering van bevoegdhede en ander in verband staande aangeleenthede.

Wet op die Meerderjarigheidsouderdom

57 van 1972

Die verskillende wette in die Republiek met betrekking tot die bereiking van die meerderjarigheidsouderdom word saamgevat in artikel 1 van hierdie wet, wat ook in die gebied Suidwes-Afrika van toepassing is. Artikel 1 bepaal dat alle persone, manlik en vroulik,

die meerderjarigheidsouderdom bereik wanneer hulle die ouderdom van 21 jaar bereik.

Artikel 2 bepaal dat iemand wat die ouderdom van 18 jaar bereik het, by die Hooggeregshof aansoek kan doen om 'n bevel waardeur hy meerderjarig verklaar word. Artikel 7 bepaal dat iemand aan wie so 'n bevel toegestaan is, geag word vir alle doeleindes die meerderjarigheidsouderdom te bereik het.

Die wet skryf die prosedure voor wat gevolg moet word om as meerderjarig verklaar te word asook watter inligting aan die hof voorgelê moet word. Die bevoegdheide van die hof by so 'n aansoek word uiteengesit.

Die statutêre bevoegdheid van die Staatspresident om in die OVS *venia aetatis* te verleen, verval deur die herroeping van OVS-wetboek 1901, hoofstuk LXXXIX.

Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek

59 van 1972

Die wet bewerkstellig 'n samevatting van die wette met betrekking tot verbode persone in die Republiek, die reëling van die toelating van persone tot die Republiek of 'n provinsie, die verwydering uit die Republiek of 'n provinsie van ongewenste en sekere ander persone, en persone wat deur die Republiek reis.

Die wet, wat slegs 'n samevatting van bestaande wetgewing teweegbring, is van toepassing op die gebied Suidwes-Afrika.

Wet op Veiligheidsinligting en die Staatsveiligheidsraad

64 van 1972

Artikel 2 omskryf die werksaamhede en pligte van die Buro vir Staatsveiligheid, waaronder die belangrikste is om nasionale veiligheidsinligting in te samel, te evalueer, te korreleer en te vertolk ten einde 'n bedreiging of poten-

siële bedreiging vir die veiligheid van die Republiek op te spoor en te identifiseer en die minister oor so 'n bedreiging in te lig.

Die wet bevat bepalings ten opsigte van die werksaamhede en pligte van ander staatsdepartemente met betrekking tot veiligheidsinligting.

'n Raad genoem die Staatsveiligheidsraad, onder voorsitterskap van die Eerste Minister, word ingestel. Die raad bestaan uit verskeie ministers met die Ministers van Verdediging, Buitelandse Sake, Justisie en Polisie as permanente lede. Die ander permanente lede is die Sekretaris van Veiligheidsinligting, die Kommandant-generaal van die Suid-Afrikaanse Weermag, die Sekretaris van Justisie, die Sekretaris van Buitelandse Sake en die Kommissaris van die Suid-Afrikaanse Polisie.

Die funksie van die raad is om op versoek van die Eerste Minister die regering van raad te dien aangaande die formulering van nasionale beleid en strategie met betrekking tot die veiligheid van die Republiek en die wyse waarop sodanige beleid of strategie geïmplementeer of uitgevoer moet word. Die raad staan ook die regering by om 'n bekampingsbeleid te stel vir enige besondere bedreiging van die veiligheid van die Republiek en om inligtingsprioriteite te bepaal.

Wysigingswet op die Suid-Afrikaanse Indiërraad

67 van 1972

Artikel 1A wat in die hoofwet na artikel 1 ingevoeg word, maak voorsiening vir die verhoging van die ledetal van die Suid-Afrikaanse Indiërraad van 25 tot 30 lede en bepaal voorts dat 'n getal lede wat by proklamasie in die Staatskoerant vermeld sal word, verkose lede sal wees en die res deur die minister aangestel sal word. Die kwalifikasie vir kandidate en kiesers, nominasie en verkiesingsprosedure en die gebiede wat deur gekose lede verteenwoordig sal word, sal by proklamasie in die Staatskoerant bekend gemaak word.

Die wet wysig die hoofwet ten opsigte van kwalifikasies van die lede van die raad, die ampstermyn van die lede van die raad, ontruiming van amp deur lede van die raad en die duur van die ampstermyn van die uitvoerende komitee.

Artikel 10A wat na artikel 10 van die hoofwet ingevoeg is, bepaal die werksaamhede van die uitvoerende komitee van die raad. Die uitvoerende komitee behartig ingevolge die opdrag van die raad onderwys, gemeenskapswelsyn en ander aangeleenthede wat die Staatspresident van tyd tot tyd by proklamasie in die Staatskoerant bepaal vir sover dit Indiërs betref.

Wysigingswet op die Verkoop van Grond op Afbetaling

72 van 1972

Die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling 1971 word terugwerkend vanaf 1 Januarie 1972 gewysig sodat dit nou duidelik is dat die verkoper koste vir die betaling waarvan die koper ingevolge 'n bepaling in die kontrak aanspreeklik is, en wat werklik deur die verkoper aangegaan is in verband met die opstel van die kontrak en/of transport van die grond aan die koper, kan verhaal. Die transportkoste wat ook seëregte insluit is verhaalbaar indien die transport reeds geskied het of aangebied word teen betaling deur die koper van die verskuldigde bedrag.

Wysigingswet op Huurkoop

73 van 1972

Die omskrywing van „waardeerder” in artikel 1(1) van die Wet op Huurkoop 1942 word deur die volgende vervang: „. . . iemand wat, uit hoofde van sy ervaring, kennis of kundigheid asook sy bekwaamheid en reputasie, bevoeg is om die waarde van goed vas te stel wat tot die besondere klas of soort goed behoort waarvan die waarde vir die doeleindes van hierdie Wet vasgestel moet word.”

Hierdie wet tree op 1 Januarie 1973 in werking.

Wysigingswet op Outeursreg

75 van 1972

Artikel 14 van die Wet op Outeursreg 1965 is gewysig sodat daar nou outeursreg is in elke rolprent, hetsy gepubliseer of ongepubliseer, waarvan die maker 'n bevoegde persoon was gedurende die hele tydperk of 'n wesentlike deel van die tydperk waartydens die rolprent gemaak is, of in elke rolprent wat gepubliseer is en waarvan die eerste publikasie in die Republiek geskied het.

Subartikel 7 wat by artikel 21 gevoeg is, bepaal dat indien die naam van die maker van 'n rolprent daarop verskyn op die wyse deur die minister voorgeskryf, die persoon wie se naam aldus verskyn, vermoed word die maker van daardie rolprent te wees.

Wysigingswet op Polisie

94 van 1972

Die Polisiewet 1958 word hoofsaaklik ten opsigte van interne en administratiewe aangeleenthede gewysig. 'n Belangrike wysiging word egter in artikel 6 van die wet gevind. Ingevolge hierdie artikel word 'n polisiereserwe geskep bestaande uit elke persoon wat in 'n permanente hoedanigheid vir 'n tydperk van minstens ses maande in die polisiemag gedien het en sy diens beëindig het of met pensioen afgedank is.

Wysigingswet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad

99 van 1972

Die wet bepaal dat elke raad vyf jaar duur gereken vanaf die datum van sy eerste vergadering - vgl a 1A. Eedaflegging word gereël. Beter voorsiening word gemaak vir die delegering van bevoegdheids. Magtiging word verleen om virement toe te pas en volmag uit te reik, en voorsiening word ook gemaak vir sekere ander finansiële

aangeleentede. Die minister se bevoegdheid om regulasies uit te vaardig, word verder uitgebrei.

Poswysigingswet

101 van 1972

Artikel 118A word in die Poswet 1958 ingevoeg. Ingevolge hierdie artikel kan die Minister van Poswese of 'n minister wat 'n lid is van die Staatsveiligheidsraad of 'n beampte deur die minister daartoe gedelegeer op versoek van 'n persoon in diens van die staat en aangewys deur die Staatsveiligheidsraad, gelas dat 'n bepaalde posstuk, telegram of mededeling per telefoon onderskep word waar dit vir die handhawing van die veiligheid van die Republiek noodsaaklik is. So 'n lasgewing kan vir 'n bepaalde tydperk uitgereik word.

Die persoon bevoeg om die lasgewing te versoek, doen dit slegs indien hy glo dat die betrokke onderskepping vir die handhawing van die veiligheid van die Republiek noodsaaklik is; en in sy versoek moet hy die gronde waarop hy sy geloof baseer, vermeld. Hy vermeld ook die tydperk ten opsigte waarvan die onderskepping verlang word asook voldoende besonderhede om die betrokke posstuk, telegram of mededeling te identifiseer. Die lasgewing word slegs uitgereik indien oortuigend aangetoon kan word dat dit noodsaaklik is vir die veiligheid van die Republiek. Indien die lasgewing vir 'n bepaalde tydperk uitgereik is, kan dié tydperk op skriftelike versoek verleng word.

Indien die onderskepte posstuk of telegram sonder benadeling van die veiligheid van die Republiek aan die geadresseerde versend kan word, moet dit so spoedig moontlik geskied. Indien versending die veiligheid van die Republiek kan benadeel, kan daarvoor beskik word op die wyse wat die veiligheidsbelange van die Republiek vereis.

Algemene Regswysigingswet

102 van 1972

Hierdie wet wysig 'n verskeidenheid

wette en die aandag word slegs op enkele aspekte gevestig.

Artikel 15 van die Wet op Veediefstal 1959 word vervang deur 'n nuwe artikel 15 wat bepaal dat wanneer 'n hof iemand veroordeel weens 'n misdryf waardeur skade aan of verlies van vee of produkte veroorsaak is, vestig die hof die aandag van die eenaar, indien hy in die hof aanwesig is, op die bepalinge van artikel 357 van die Strafproseswet 1955. Die effek is dat dieselfde beginsels nou geld waar skade veroorsaak is deur veediefstal as waar skade veroorsaak is deur die diefstal van enige ander eiendom. Die reëling geld ook in Suidwes-Afrika - vgl a 29 van hierdie wet.

Artikel 4 van die Wet op Gevaarlike Wapens 1968 word gewysig sodat die hof die bevoegdheid kry om, wanneer omstandighede aanwesig is wat 'n ligter straf regverdig as die by hierdie artikel voorgeskrewe straf, sodanige ligter straf op te lê.

Artikel 3 van die Wet op Amptelike Geheime 1956 word gewysig sodat *mens rea* as element van 'n oortreding van hierdie artikel, nou duidelik omskryf word. Die artikel word oortree deur iemand wat geheime inligting op so 'n wyse of met 'n doel wat tot nadeel van die veiligheid of belange van die Republiek strek, openbaar terwyl hy ten tyde van sodanige openbaarmaking geweet het of redelikerwys moes geweet het dat die inligting in verband staan met krygstuig of 'n militêre, polisie- of veiligheidsaangeleentheid.

Artikel 29 van die Algemene Regswysigingswet 1969 word gewysig. Die bevoegdheid van ministers om beswaar te maak teen die aflegging van getuienis of oorlegging van dokumente word uitgebrei sodat sulke inligting nie gegee mag word tydens die verrigtings in 'n geregshof of voor 'n kragtens by wet ingestelde liggaam of instelling of voor 'n kommissie soos beoog deur die Kommissiewet 1947 nie. Die administrateurs van die provinsies en Suidwes-Afrika kry dieselfde bevoegdheid as wat 'n minister in hierdie opsig het.

Die minister of administrateur verhoed die blootlegging van die inligting indien hy 'n beëdigde verklaring onderteken waarin hy verklaar dat hy persoonlik oorweging verleen het en dat na sy oordeel die veiligheid van die staat nadelig geraak sal word deur die blootlegging van die betrokke inligting. Die bevoegdheid van 'n deur die Eerste Minister gemagtigde persoon om 'n beswaar te opper, is herroep.

Die bepalings van artikel 29(1) van die Algemene Regswysigingswet 1969 word beperk tot aangeleenthede wat

die veiligheid van die staat raak. Ten opsigte van aangeleenthede wat die belange van die staat raak, mag 'n minister ook beswaar maak, maar die howe behou hulle bevoegdheid om so 'n beswaar te verwerp.

Artikel 35 skep 'n verbod op die gebruik van die naam, portret of afbeelding van die Staatspresident vir die doeleindes van verkiesingspropaganda. 'n Oortreding van hierdie artikel is by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete van hoogstens R2 000 of gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens 5 jaar.

Die volgende wette van die derde sessie an die vierde Parlement is nie in bostaande seleksie ingesluit nie.

- 1 van 1972: Addisionele Spoorweg- en Hawebegrotingswet
- 2 van 1972: Wysigingswet op die Onderdrukking van Kommunisme
- 4 van 1972: Wysigingswet op Gevangnisse
- 7 van 1972: Wysigingswet op Dierebeskerming
- 8 van 1972: Addisionele Begrotingswet
- 9 van 1972: Wet op Nasionale Verkeersveiligheid
- 11 van 1972: Wysigingswet op Vervoerdienste vir Bantoes
- 12 van 1972: Uitsaaiwysigingswet
- 13 van 1972: Gedeeltelike Begrotingswet
- 14 van 1972: Addisionele Poskantoorbegrotingswet
- 15 van 1972: Wysigingswet op Landboukrediet
- 16 van 1972: Wysigingswet op Grondbesit
- 17 van 1972: Wysigingswet op Misstowwe, Veevoedsel, Landboumiddels en Veemiddels
- 18 van 1972: Wet op Provinsiale Finansies en Oudit
- 19 van 1972: Vecartswysigingswet
- 20 van 1972: Wet op die Afskaffing van die Bantoe-onderwysrekening
- 21 van 1972: Spoorweg- en Hawebegrotingswet
- 22 van 1972: Private Wysigingswet op die „Oostelike Provincie Voogdij Lenings en Beleggings Maatschappij Wijzigings, Vrijwarings en Verdere Bevoegdheden (Private) Wet”
- 24 van 1972: Poskantoor-begrotingswet
- 25 van 1972: Wet op Provinsiale Lisensiegelde
- 27 van 1972: Wet op Vervoerdienste vir Kleurlinge en Indiërs
- 28 van 1972: Hawe-aanlegwet
- 29 van 1972: Wet op Bydraes ten opsigte van Bantoe-arbeid
- 30 van 1972: Tweede Wysigingswet op Bantowetgewing
- 31 van 1972: Wysigingswet op die Private Wet op die Randwaterraadstatute
- 32 van 1972: Wysigingswet op die Suiwelynerheidswette
- 33 van 1972: Wysigingswet op Spoorweg- en Hawewette
- 34 van 1972: Wet op Reëling van Grondtitels (Afdeling George)
- 35 van 1972: Wysigingswet op die Tabak- en Wynnavorsingsrekenings
- 36 van 1972: Wysigingswet op Higiëne by Dierslag, Vleis en Dierlike Produkte
- 37 van 1972: Wysigingswet op die Landbounavorsingsrekening
- 38 van 1972: Strandwysigingswet
- 39 van 1972: Wysigingswet op die Verkoop van Bederfbare Landbouprodukte

- 40 van 1972: Wysigingswet op die Nasionale Oorlogsfonds
 41 van 1972: Wysigingswet op die Landbank
 43 van 1972: Wysigingswet op Tandwerktuigkundiges
 44 van 1972: Tweede Addisionele Begrotingswet
 46 van 1972: Boswysigingswet
 47 van 1972: Wysigingswet op Myne, Bedrywe en Minerale in Suidwes-Afrika
 48 van 1972: Wysigingswet op die Nasionale Metallurgiese Instituut
 49 van 1972: Wysigingswet op Mediese Skemas
 50 van 1972: Wysigingswet op Verpleging
 52 van 1972: Wysigingswet op Professionele Ingenieurs
 53 van 1972: Wet op die Ontwikkeling van Kerkplein, Pretoria
 54 van 1972: Wet op Voedingsmiddels, Skoonheidsmiddels en Ontsmettings-
 middels
 58 van 1972: Staatsdienswysigingswet
 60 van 1972: Wysigingswet op Onderwysdienste
 61 van 1972: Wet op Provinsiale Aangeleenthede
 62 van 1972: Wysigingswet op Wyn, Ander Gegiste Drank en Spiritualieë
 63 van 1972: Wet op Onderwys vir Kleurlinge in Suidwes-Afrika
 65 van 1972: Wysigingswet op Krygstuigontwikkeling en -vervaardiging
 66 van 1972: Wysigingswet op Verdediging
 68 van 1972: Wysigingswet op Bemarking
 69 van 1972: Wysigingswet op die Beheer van die Vleishandel in Suidwes-Afrika
 70 van 1972: Wysigingswet op Beheer oor Wyn en Spiritus
 71 van 1972: Opmetingswysigingswet
 74 van 1972: Wysigingswet op Ontploffbare Stowwe
 76 van 1972: Wet op Ongemagtigde Poskantooruitgawe
 77 van 1972: Spoorwegaanlegwet
 78 van 1972: Wet op Beheer oor Wysiging van Weersgesteldheid
 79 van 1972: Wet op die Konsolidasie en Administrasie van Namaland
 80 van 1972: Wet op Ongemagtigde Uitgawes
 81 van 1972: Private Wysigingswet op Rhodes-Universiteit
 82 van 1972: Wysigingswet op Motortransport
 83 van 1972: Wysigingswet op Groepsgebiede
 84 van 1972: Wysigingswet op Besigheidsname
 85 van 1972: Wet op Onderwys vir Basters van Rehoboth
 86 van 1972: Wet op Onderwys vir Namas in Suidwes-Afrika
 87 van 1972: Begrotingswet
 88 van 1972: Finansiewet
 89 van 1972: Wysigingswet op Inkomstewette
 90 van 1972: Inkomstebelastingwet
 91 van 1972: Wysigingswet op Finansiële Instellings
 92 van 1972: Wysigingswet op die Voorkoming en Bestryding van Besoedeling
 van die See deur Olie
 93 van 1972: Wysigingswet op Gemeenskapsontwikkeling
 95 van 1972: Wysigingswet op die Pneumokoniosevergoedingswette
 96 van 1972: Wysigingswet op Chiropraktisyns
 97 van 1972: Wysigingswet op die Pensioenwette
 98 van 1972: Wet tot Aanvulling van Pensioene
 100 van 1972: Poskantoor-Herreëlingswysigingswet
 103 van 1972: Wysigingswet op Doecane en Aksyns

Opgestel deur
 AH BARNARD
Universiteit van Suid-Afrika

