





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

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS  
TYDSKRIFTE  
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

1995-05-8

VAKKODE 340 .....



Aan die Akademiese Inligtingsdiens ge-  
skenk deur:

**REGTER F.L.H. RUMPF**  
Maart 1995





BL 39 340

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE  
ROMEINS - HOLLANDSE REG  
JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

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

REDAKTEUR WA JOUBERT

REDAKSIEKOMITEE

PROF B BEINART, BIRMINGHAM	PROF DR B RANCHOD, DURBAN
PROF AC CILLIERS, PORT ELIZABETH	PROF K SCHWIETERING, STELLEN- BOSCH
PROF DR WOUTER DE VOS, KAAPSTAD	PROF DR SA STRAUSS, PRETORIA
PROF DR JC DE WET, STELLENBOSCH	PROF DR JD VAN DER VYVER, POT- CHEFSTROOM
PROF DR R FEENSTRA, LEIDEN	PROF JC VAN DER WALT, JOHANNES- BURG
ADV JC FERREIRA, PRETORIA	ADVDRHJO VANHEERDENSC, BLOEM- FONTEIN
SYEDELE DR CP JOUBERTSC, PRETORIA	PROF JNR VAN RHYN, BLOEMFONTEIN
PROF DR DJ JOUBERT, PRETORIA	PROF DR P VAN WARMELO, PRETORIA
PROF DR WA JOUBERT, PRETORIA (VOORSITTER)	PROF R VERLOREN VAN THEMAAT, PIETERSBURG
DR DF MOSTERT, SASOLBURG	

SEWE-EN-DERTIGSTE JAARGANG 1974

37

DURBAN  
BUTTERWORTH & CO (SOUTH AFRICA) LTD  
1974

# Register

Opgestel deur

Susan Scott

## A ARTIKELS

BLADSY

BARNARD, CE: Die toepassing van artikel 8 van die Strafproseswet in ons reg . . . . .	58
BARRIE, GN: The Third Law of the Sea Conference: A final summation . . . . .	245
BEKKER, PM: Die aksie op grond van troubreuk . . . . .	403
BERTELSMANN, W; VERLOREN VAN THEMAAT, R; CLOETE, PH; DU PLESSIS, PW; MAPENA, IOHM; MULLER, H & VAN DEN HEEVER, JA: Ontwikkeling in die reg en regspleging van die Bantoe - Oorsig vir 1971 en 1972 . . . . .	70
BRAND, WJA: Judisiële onafhanklikheid by kwessies van nie-erkenning . . . . .	329
COETZEE, JA: Owerheid en onderdaan in die Suid-Afrikaanse strafprosesreg . . . . .	390
CONRADIE, PJ: Seduksie en die leerstuk van volenti non fit iniuria . . . . .	372
GERING, Leonard: Legal institutions and human needs . . . . .	274
HUGO, JH: The concept "possession" in the South African criminal law . . . . .	148, 195
KACHELHOFFER, GC: Die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge . . . . .	256
PUGSLEY, DF: Was <i>justa causa</i> necessary for <i>traditio</i> in Roman law? . . . . .	13
SANDERS, AJGM: Transformation of treaties . . . . .	364
SCOTT, Susan: Die effek van 'n mala fide-sessie van 'n vorderingsreg . . . . .	351
SPIRO, Erwin: Recognition of foreign decrees of divorce . . . . .	340
STRAUSS, SA: Geestesongesteldheid en die strafreg: Die voorgestelde nuwe reëling in die Strafproseswetsontwerp . . . . .	219
VAN ASWEGEN, Johann: Onredelikheid as selfstandige administratiefregtelike hersieningsgrond . . . . .	49
VAN JAARSVELD, SR: Terugtrede van 'n derde voor ratifikasieverklaring . . . . .	133
VAN DER MERWE, CG: Die Wet op Deeltitels in die lig van ons gemeenregtelike saak- en eiendomsbegrip . . . . .	113
VAN DER MERWE, CG & RABIE, MA: Eiendom van wilde diere . . . . .	38
VAN DER VYVER, JD: Hedendaagse Calvinistiese en Rooms-katolieke natuurregteorieë . . . . .	380
VAN ROOYEN, JCW: Regsdwaling en <i>dolus</i> in die strafreg . . . . .	18
VAN WYK, DH: Die posisie mbt wetgewing in die Bantoe-tuislande . . . . .	1

## B AANTEKENINGE

DE VOS, Wouter: No enrichment action for improvements to movables? . . . . .	308
GAUNTLETT, JJ: The sayings of Mr Justice Holmes . . . . .	169
MIDDLETON, AJ: Road traffic and the abuse of the criminal sanction . . . . .	159
NATHAN, Carmen: Enrichment liability and the <i>ius retentionis</i> . . . . .	101
RICHINGS, FG: The plea of "nolo contendere" . . . . .	412
VAN RENSBURG, ADJ: Regsubjektiwiteit en die regs subjek se kompetensies . . . . .	94

## C VONNISSE

Appel deur Yskor ingevolge die Wet op Voorkoming van Lugbesoedeling deur MA Rabie Phame (Pty) Ltd v Paizes 1973 3 SA 397 (A) deur SWJ Van der Merwe & MFB Reinecke	175
Pieter Marsman v Firma M Rosskamp 1973 CMLR 501 deur PEJ Brooks . . . . .	109
Santam Insurance Co Ltd v Vorster 1973 4 SA 764 (A) deur JJ Gauntlett . . . . .	195
S v Brick 1973 2 SA 571 (A) deur AJ Middleton . . . . .	183
S v Goncalves 1974 2 SA 122 (NK) deur CR Snyman . . . . .	315
S v Kadi 2 SA 330 (NK) deur PM Bekker . . . . .	317
S v Kumalo 1974 1 SA 474 (NK) deur AJ van Wyk . . . . .	193
S v Tshebeletsane 1973 4 SA 195 (NK) deur PM Bekker . . . . .	111
S v Valashia 1973 3 SA 934 (O); S v Nthembu 1973 3 SA 937 (O); S v Maama 1973 3 SA 938 (O) en S v Radebe 1973 3 SA 940 (O) deur Sias Reyneke . . . . .	107
S v Van Rooyen 1974 2 SA 334 (N) deur Ben van Jaarsveld . . . . .	418
Strauss v Strauss 1974 3 SA 79 (A) deur AH Barnard . . . . .	415
Vaal Transport Corporation (Pty) Ltd v D van Wyk Venter 1974 2 SA 575 (T) deur JI van Niekerk . . . . .	318

## D BOEKE

CILLIERS, HS en BENADE, ML: Company Law deur B Wunsh . . . . .	201
CILLIERS, HS; BENADE, ML en ROSSOUW, S: Maatskappy-finansiële state deur MA Faul . . . . .	212
FEENSTRA, R en DE SMIDT, JTH: Geschiedenis van het vermogensrecht, tekstenboek deur P van Warmelo . . . . .	326
FEENSTRA, R en FISCHER, HFWD: E M Meijers Etudes d'histoire du Droit deur P van Warmelo . . . . .	214
HALL, CG and BURGER, AP: Hall on Water Rights in South Africa deur JC de Wet . . . . .	421
HERBOTS, JACQUES: Meertalig Rechtswoord, Rijkere Rechtsvinding deur P van Warmelo . . . . .	423
HUNT, PMA; MILTON, JRL en FULLER, NM: South African Criminal Law and Procedure (formerly Gardiner and Lansdown) deur AJ Middleton en MA Rabie . . . . .	208
MANN, FA: Studies in International Law deur GN Barrie . . . . .	213
RESPONSA MERIDIANA Vol 2 No 5 September 1973 deur BJ van der Walt . . . . .	216
SNYMAN, CR en LOEDOLFF, JF: Misdade betreffende afhanklikheidsvormende medisyne deur BT Edmeades en AJ Middleton . . . . .	323
SPRUIT, JE: C Plinius Caecilius Secundus en het erfrecht van zijn tijd deur P van Warmelo . . . . .	327
VAN WARMELO, P: Regsleer Regswetenskap en Regsfilosofie deur BT Edmeades . . . . .	322

## E KRONIEK

Afskeid, Sy Edele dr LC Steyn en Verwelkoming, Sy Edele hoofregter F Rumpff . . . . .	217
Butterworth-prys . . . . .	112

## F ALGEMEEN

Briewe . . . . .	328
------------------	-----

## G BEGRIPPE

absolute verbod . . . . .	183	Romeins-Hollandse reg . . . . .	23
administratiefreg . . . . .	49 e v	Duitse reg . . . . .	24
<i>act of state</i> -leerstuk . . . . .	331	Switsers reg . . . . .	25
hersieningsgrond . . . . .	49	Nederlandse reg . . . . .	26
judisiële onderworpenheid . . . . .	330	Engelse reg . . . . .	26
onredelikheid . . . . .	50 e v	Amerikaanse reg . . . . .	27
begrensing . . . . .	52	Suid-Afrikaanse reg . . . . .	28 e v
nadeel . . . . .	51	feitedwaling . . . . .	28
prerogatief en wetmatigheid . . . . .	52	regsdwaling . . . . .	29
toets vir . . . . .	53	vermeende regverdigingsgronde . . . . .	31 e v
public policy . . . . .	332	internasionale privaatreë . . . . .	342
reëswereiniteit . . . . .	49	divorce . . . . .	340 e v
skeiding van bevoegdheide . . . . .	330	damages against co-respondent . . . . .	348
arbeidsverhoudinge		decree of . . . . .	345
Bantoe- . . . . .	256 e v	maintenance . . . . .	346
beperkte stakingsreg . . . . .	269	property regime . . . . .	348
kollektiewe bedinging . . . . .	257 e v	reciprocity . . . . .	349
reg om kollektief te beding . . . . .	265	Renvoi . . . . .	348
reg om te verenig . . . . .	263	kompetensies . . . . .	94 e v
Bantoe-reg . . . . .	71 e v	koopkontrak . . . . .	175
familiereg . . . . .	86	<i>dictum et promissum</i> . . . . .	176
opvolgingsreg . . . . .	90	<i>actio quanti minoris</i> . . . . .	178 e v
prosesreg . . . . .	82	law	
regskonflik . . . . .	85	as a means to . . . . .	275
skrywers . . . . .	92	entrusted to administrative officers . . . . .	280 e v
staatsreg . . . . .	71	ombudsman . . . . .	290 e v
strafreg . . . . .	81	existence of . . . . .	276
verbintenisreg . . . . .	90	framework of . . . . .	274
besit . . . . .	148	functions of judges and academic law- yers . . . . .	277 e v
criminal law . . . . .	149	<i>litis contestatio</i> . . . . .	59
<i>actus</i> . . . . .	300 e v	lugbesoedeling . . . . .	186 e v
meaning of in . . . . .	149, 293 e v	menseregte . . . . .	381 e v, 391
presumptions . . . . .	302 e v	natuurreg . . . . .	380 e v, 391
unlawfulness . . . . .	300 e v	<i>nolle prosequi</i> . . . . .	59 e v
mandament van spolie . . . . .	148	<i>nolo contendere</i> . . . . .	411 e v
bewyslas		orgaanteorie . . . . .	98
skuld . . . . .	315	prokureur-generaal . . . . .	58 e v
conflict of laws . . . . .	109	public welfare offences . . . . .	162
deeltitels . . . . .	113 e v	regsubjek . . . . .	94 e v
bestanddeelsleer . . . . .	117	regsubjektiwiteit . . . . .	94 e v
<i>condominium</i> . . . . .	113	rule of law . . . . .	391, 393 e v
eiendomsbegrip . . . . .	120 e v	seduksie	
eiendom van 'n deel . . . . .	128 e v	<i>actio iniuriarum</i> . . . . .	371 e v
gemeenskaplike eiendom . . . . .	124 e v	<i>volenti non fit iniuria</i> . . . . .	372
saakbegrip . . . . .	114	sessie	
<i>superficies solo cedit</i> . . . . .	115	aksies . . . . .	354
dwelmmiddels		<i>cessio actionum</i> . . . . .	353
"handeldryf" . . . . .	193 e v	<i>defendere</i> . . . . .	355 e v
handelingsbevoegdheid . . . . .	95		
huurkoop . . . . .	318 e v		
<i>ignorantia iuris neminem excusat</i> . . . . .	19 e v		
Mosaïese reg . . . . .	19		
Romeinse reg . . . . .	19 e v		
Glossatore en Kommentatore . . . . .	22		
Kanonicke reg . . . . .	23		

effek van <i>mala fide-</i> <i>in fraudem creditorum</i> . . . . .	351 e v	verteenwoordiging . . . . .	133
<i>procurator in rem suam</i> . . . . .	353	ratifikasie	
strafproses		aard . . . . .	138
korrektiewe opleiding . . . . .	111	grondslag . . . . .	133
opskortingsvoorwaardes . . . . .	107	terugtrede van derde . . . . .	144
vonnis opgelê buite landdros se be- voegdheid . . . . .	317	<i>volenti non fit iniuria</i> . . . . .	195 e v, 372
strafreg		volkereg	
geestesongesteldheid . . . . .	219 e v	law of the sea	
geestesgebrek . . . . .	227	jurisdiction . . . . .	246 e v
toerekenbaarheid . . . . .	227 e v	coastal state . . . . .	247
staat . . . . .	397	seabed . . . . .	246
<i>traditio</i> . . . . .	11 e v	pollution and scientific research . . . . .	252
<i>justa causa</i> . . . . .	11 e v	treaties . . . . .	364 e v
traffic offences . . . . .	159	implementation	
aims of . . . . .	160	parliaments role in . . . . .	365 e v
criminal sanctions . . . . .	159	transformation of . . . . .	364
troubreuk . . . . .	403 e v	wetgewende bevoegdheids . . . . .	3 e v
Engelse reg . . . . .	406 e v	wetgewende vergadering . . . . .	5 e v
Suid-Afrikaanse reg . . . . .	403 e v	"oppergesag". . . . .	5 e v
<i>usucapio</i> . . . . .	16 e v	wilde diere . . . . .	38 e v
verrykingsaanspreeklikheid . . . . .	101 e v, 308 e v	<i>actio iniuriarum</i> . . . . .	41
<i>ius retentionis</i> . . . . .	101 e v	<i>animalia mansuefacta</i> . . . . .	39
possession . . . . .	102 e v, 308 e v	<i>animus furandi</i> . . . . .	40
		<i>consuetudo revertendi</i> . . . . .	39
		<i>occupatio</i> . . . . .	38 e v
		<i>res nullius</i> . . . . .	38 e v
		vrye reg van jag . . . . .	39 e v

## H WETGEWING

## SUID-AFRIKA

## (a) Republiek

## Wet 13/1928

Artikel 90 <i>bis</i> (c) en (iii) . . . . .	302
30/1928 . . . . .	153
44/1950 . . . . .	391
37/1953	
10 . . . . .	415
48/1953 . . . . .	256 e v
56/1955 . . . . .	59 e v
8 . . . . .	59 e v
108 <i>bis</i> . . . . .	391
215 <i>bis</i> . . . . .	390
44/1962	
9 . . . . .	298
37/1963	
17 . . . . .	390
45/1965 . . . . .	186 e v
62/1966	
22 . . . . .	391
37/1967	
2(1) . . . . .	183, 295
83/1967	
6 . . . . .	391

71/1968 . . . . .	296
2(1) . . . . .	296
75/1969 . . . . .	297
32	
36	
21/1971 . . . . .	1 e v
27/1971 . . . . .	1 e v
30(3) . . . . .	1 e v
18 . . . . .	1 e v
41/1971 . . . . .	153, 193
10(3) . . . . .	302
2(b) . . . . .	315
66/1971 . . . . .	113 e v
18/1973 . . . . .	220 e v
77 . . . . .	221 e v
78 . . . . .	227 e v
79 . . . . .	242 e v
70/1973 . . . . .	256
12 . . . . .	256

## (b) Transkei

Grondwet 48/1963 . . . . .	1 e v
Artikel 37/3 . . . . .	2 e v

## I TEKSTE

Accursius		Justinianus	
<i>ad D</i> 3 3 34		<i>Inst</i> 2 1 40 . . . . .	15
<i>D</i> 3 3 29 . . . . .	358	<i>Cod</i> 2 3 20 . . . . .	15
<i>D</i> 3 3 33 5 . . . . .	352		
3 3 34 . . . . .	353	Sande	
3 3 35 3 . . . . .	355	<i>De Actionum Cessione</i>	
4 3 37 . . . . .	176	2 2 . . . . .	358
21 1 1 1 . . . . .	176	2 3 . . . . .	358
21 1 18 <i>pr</i> . . . . .	176	9 6 . . . . .	358
41 1 9 3 . . . . .	15	10 2 . . . . .	359
41 1 9 5 . . . . .	15	10 9 . . . . .	359
41 1 21 1 . . . . .	15		
41 1 31 <i>pr</i> . . . . .	15	Ulpianus	
		<i>Regulae</i> 19 7 . . . . .	15
De Groot			
<i>Inl</i> 3 15 7 . . . . .	177, 178	Voet	
3 15 8 . . . . .	177, 178	<i>Com ad Pand</i>	
		4 3 4 . . . . .	177
Gaius		5 1 84 . . . . .	360
<i>Inst</i> 2 19, 20 . . . . .	13	21 1 3 . . . . .	177



# Die posisie mbt wetgewing in die Bantoetuislande

D H van Wyk

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

In terms of the Bantu Homelands Constitution Act 27 of 1971 (the provisions of which are substantially similar to those of the Transkeian Constitution Act 48 of 1963) a new category of "original" legislative bodies was created. For several reasons, however, the interpretation of especially the sections concerning the legislative powers of these bodies poses difficulties.

From what can initially be gathered it appears that the powers of these homeland assemblies are limited in mainly three respects, viz persons or classes of persons, geographic areas, and a number of matters provided for in the first schedule to Act 21 of 1971.

The actual problem, however, arises in connection with the interpretation of section 30(3), read with section 18. The former section provides that no Act (other than a homeland Act) concerning a matter referred to in the first schedule of Act 21 of 1971, and made after the commencement of that Act, would apply to a territory. Section 18 provides that all Acts in force in a territory immediately before the institution of the first executive council of a territory would continue to be in force in such territory, until repealed or amended by the *competent authority*.

Questions arising from these sections concern inter alia the scope of the legislative "supremacy" of a legislative assembly, the implications of section 18 in respect of the continued validity of Acts, the effect of section 30(3) on the legislative powers of a self-governing territory, and the application of these sections, read with the first schedule.

As far as the first matter is concerned it is clear that parliament intended a self-governing territory to be autonomous in respect of the matters allocated to it by the first schedule. In regard to section 18 it is submitted that it bears the effect that all Acts continuing to be in force and dealing with matters referred to in the first schedule can be regarded as Acts of the territory concerned, in other words, it becomes irrelevant that eg parliament made such Acts.

Section 30(3) creates severe interpretation problems. It can easily be interpreted in at least three distinct ways, each one entailing different and important consequences. On a literal interpretation the implication of section 30(3) would be to render certain existing Acts retrospectively invalid as soon as a territory becomes self-governing, as section 30(3) provides that no Act made after the *commencement* of Act 21 of 1971 would apply in a territory! Unfortunately it is not quite clear what *territory* is intended. Rules of construction favour the view that it ought to be a self-governing territory in terms of chapter two of the Act, not a territory referred to in chapter one of the Act (ie one with a legislative assembly with limited powers).

Secondly section 30(3) can be taken to apply to the so-called first-chapter territories also. This would go a long way in solving the problem of the literal interpretation, but one is still left with the period between the commencement of Act 21 of 1971 and the institution of the first-chapter legislative assembly.

Thirdly the emphasis in section 30(3) can be placed on the term "territory", meaning a self-governing territory, regarding the words "after the commencement of this Act" to be superfluous and actually meaningless.

The main reason for the difficulty in interpreting section 30(3) can be sought in the fact that it was copied substantially from section 37(3) of the Transkeian Constitution Act 48 of 1963, without keeping an open eye for the different constitutional structure created by the Bantu Homelands Constitution Act.

As far as the application of sections 18 and 30(3) read with the first schedule is concerned, much can be learned from a number of decided cases arising from the Transkeian Constitution Act. In addition examples from recent legislation can be offered to prove the sometimes complicated situations arising in terms of Act 21 of 1971. (Cf the Marriage Amendment Act 1973, the Forestry Amendment Act 1973, the National Road Safety Council Act 1972, etc.)

The dilemma about the homelands' legislative powers can mainly be ascribed to uncertainty as to which Acts apply to those territories, and to the considerable number of intricate and sometimes unintelligible legal situations created by various Acts in a fashion even to confuse the legislature. In the first case proper interpretation might solve the problem, in the second, however, parliament or the State President should come to aid.

By die eerste deurlees van die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971 (waarvan die bepalings grootliks ooreenstem met dié van die Transkeise Grondwet 48 van 1963) blyk dit gou dat 'n nuwe kategorie "oorspronklike" wetgewers met omvattende bevoegdhede moontlik gemaak is. Na 'n bietjie bestudering van die wet kom 'n mens egter ook onder die indruk dat die taak wat daar op die amptenaar rus wat van dag tot dag met die wet werk en gevolg daaraan moet gee onbegonne is, tensy hy deeglik vertrou is met al die implikasies daarvan, goed geskool is in die vertolking van wette en boonop 'n goeie navorser is met voldoende tyd voor hande om betreklik ingewikkelde of dubbelsinnige regsposisies op te los. Maar selfs dan is sukses nie 'n vanselfsprekendheid nie, veral omdat daar dikwels twee of meer vertolkings aan bepaalde artikels van die wet geheg kan word. Dit geld veral die kwessie van wetgewing in en deur die tuislande.

As gevolg van die onsekerheid wat uit so 'n toestand kan voortvloei, verdien die wetgewende vergaderings in die Bantoetuislande nadere bevestiging. Dit spreek vanself dat die status, behoorlike funksionering, verantwoordelikheid en aktiwiteitskoers van hierdie wetgewers grootliks onderhewig is aan die korrekte vasstelling van hul verhouding tot en met alle ander wetgewers in die Republiek. Met die oog hierop en ter wille van die agtergrond moet die staatsregtelike posisie van die tuislandwetgewers kortliks vasgestel word.

Ingevolge die Transkeise Grondwet 48 van 1963 het die Transkei reeds in 1963 'n selfregerende gebied geword met sy eie wetgewende vergadering en kabinet. Sover dit die ander tuislande betref, het dié Suid-Afrikaanse regering voor 'n keuse te staan gekom toe dit blyk dat die gebiede dermate ontwikkel het kragtens die Wet op Bantoe-owerhede 68 van 1951 dat groter staatsregtelike verantwoordelikheid aan hulle (of ten minste sommige van hulle) toegeken kon word. Daar kon naamlik òf vir elke gebied 'n wet aangeneem word soos vir die Transkei, òf daar kon 'n algemene wet aangeneem word wat 'n basis sou skep op grond waarvan die Staatspresident by proklamasie besonderhede sou kon uitwerk vir elke tuisland. Die laaste uitweg is gekies. Omdat daar egter in so 'n "algemene" wet rekening gehou moes word met gebiede in verskillende stadiums van ontwikkeling, dui die eerste twee hoofstukke elkeen 'n afsonderlike fase van ontwikkeling aan. Die sogenaamde "eerste hoofstuk"-gebiede is gebiede waarvoor 'n wetgewende vergadering en uitvoerende raad ingestel is wat oor dieselfde aangeleenthede



kan beskik as 'n selfregerende of "tweede hoofstuk"-gebied, behalwe dat dié beskikkingsbevoegdheid na inhoud wesentlik verskil van dié van 'n selfregerende gebied. In hierdie verband val dit op dat die uitdrukking "selfregerende gebied" 'n spesifieke betekenis verwerf het in die idioom van die Grondwet van die Bantoetuislande, nl 'n gebied waarop die bepalings van hoofstuk 2 van die wet van toepassing is.<sup>1</sup>

Die wetgewende vergaderings van hierdie selfregerende gebiede (waarvan daar tans, benewens die Transkei, ses is<sup>2</sup>) is kragtens die Grondwet van die Bantoetuislande op wetgewende gebied gevrywaar van mededinging deur alle wetgewende liggame van die Republiek, selfs die parlement. Die omvang van hierdie vrywaring word egter na gelang van die geval by wet afgebaken tov persoon, gebied of die aangeleentheid waarna artikel 30(1)(a) van die wet verwys.<sup>3</sup> Laasgenoemde aangeleentheid is vervat in die eerste bylae van die wet wat tans uit drie-en-dertig paragrawe bestaan - ietwat misleidende aanduiding aangesien sporadiese uitbreidings van die lys dikwels in die vorm van 'n item so-en-so A aangebring word. Uitbreiding van die lys aangeleentheid kan òf by wet van die parlement geskied, òf deur die Staatspresident, wat in paragraaf 33 gemagtig word om met die goedkeuring van albei huise van die parlement enige aangeleentheid aan 'n wetgewende vergadering oor te dra.<sup>4</sup>

Sover dit die beperking van wetgewende bevoegdhede tav persone betref, maak die wet voorsiening dat sekere wette van 'n wetgewende vergadering slegs op burgers van die gebied of bepaalde klasse persone van toepassing sal wees. So bepaal paragraaf 5 van die eerste bylae dat wetgewing mbt handelislisensies slegs burgers van die gebied bind, terwyl paragraaf 12 voorsiening maak vir die "instelling en administrasie van en die beheer oor laerhore en die regspraak ten opsigte van Bantoes". Paragraaf 26, waardeur geboortes, sterfgevalle, huwelike en gebruikelike verbindings ten opsigte van burgers as 'n "aangeleentheid" aan 'n wetgewende vergadering oorgedra word, dien as 'n verdere voorbeeld. Hierdie bevoegdheidsbeperking word egter enigszins in balans gehou deurdat die wetgewing van 'n wetgewende vergadering in bepaalde gevalle ook buite sy gebied op burgers van die gebied van toepassing kan wees. In hierdie opsig bepaal paragraaf 15 dat direkte belastings op burgers van die gebied "hetsy die betrokke burgers binne of buite die gebied is of woon mits hulle binne die Republiek is of

<sup>1</sup>Ofskoon die posisie van dié liggame wesentlik ooreenstem met dié van die Transkeise wetgewende vergadering, word die bespreking gedoen aan die hand van die Grondwet van die Bantoetuislande. Waar nodig sal verwysings na die Transkeise Grondwet gemaak word. Origens geld alles wat gesê word *mutatis mutandis* ook die Transkei, behalwe waar by spesifieke datums invloed kan hê op bevoegdheids of wetsgeldigheid.

<sup>2</sup>Nl Boputhatswana, Basotho Quaqua, die Ciskei, Venda, Gazankulu en Lebowa.

<sup>3</sup>Artikel 37(1)(a) van die Transkeise Grondwet 48 van 1963.

<sup>4</sup>In die Transkeise Grondwet word hierdie magtiging deur artikel 38 van die wet aan die Staatspresident verleen. Hierbenewens bevat deel B van die eerste bylae, wat die "aangeleentheid" van die Transkeise Grondwet uiteensit, 'n par waardeur die Staatspresident gemagtig word om alle aangeleentheid wat na sy mening van 'n bloot plaaslike of private aard in die Transkei is, "volgens sy skriftelike opdrag" aan die Transkeise wetgewende vergadering oor te dra. Die Grondwet van die Bantoetuislande het geen dergelike bepaling nie - moontlik 'n wyse stap in die lig van professor Kahn se bevinding aangaande 'n soortgelyke bepaling van artikel 84(1)(1) van die Grondwet van die Republiek 32 van 1961, mbt die provinsies - vgl 1969 *SALJ* 365, 1970 *SALJ* 106 463.

woon”, ’n aangeleentheid binne die bevoegdheid van ’n wetgewende vergadering is. Kahn<sup>5</sup> noem hierdie verskynsel van intra- en ekstraterritoriale wetgewing op ’n persoonlike grondslag ’n “unusual, if not unique, phenomenon within a State in modern times”. Die uniekheid daarvan word egter enigszins getemper - of ten minste in perspektief gebring - wanneer in gedagte gehou word dat die bevoegdheid waarskynlik slegs verleen sal word mbt aangeleenthede wat die persoonlike verhouding slegs tussen ’n burger van ’n gebied en die owerheid van daardie gebied raak (soos belasting, verkiesings en die registrasie van huwelike, geboortes en sterfgevälle).

Geografies is die wetgewende bevoegdheid van ’n wetgewende vergadering beperk tot sy regsgebied soos by wet of proklamasie omskryf. In hierdie verband is artikel 30(2)<sup>6</sup> ’n interessante bepaling wat, ofskoon sy implikasies nie volkome duidelik is nie, nogtans werklik unieke moontlikhede inhou. Die betrokke gedeelte van die artikel lui:

“Waar die wetgewende vergadering kragtens (die eerste) Bylae gemagtig is om wette te maak wat in ’n gebied buite die gebied waarvoor die wetgewende vergadering ingestel is . . . van toepassing is, geld so ’n wet en kan dit bepalings bevat vir die behoorlike toepassing daarvan in die eersbedoelde gebied . . .”

Twee aspekte van dié bepaling verdien vermelding. Enersyds blyk dit dat hierdie bevoegdheid om wette in gebiede buite die selfregerende gebied self te maak uit die bewoording van die magtigende paragraaf van die bylae sal moet blyk (so ’n paragraaf bestaan nog nie). Andersyds is hierdie bevoegdheid nie van dieselfde omvang as die wetgewende vergadering se binne-territoriale bevoegdheid nie, aangesien artikel 30(1)(b) waardeur die wetgewende vergadering gemagtig word om onder omstandighede wette van die parlement te herroep of te wysig, geensins verwys na die wette wat deur die aangehaalde gedeelte van artikel 30(2) voorsien word nie.

Tot dusver is kortliks aandag bestee aan die formele afbakening van die wetgewende bevoegdhede van ’n wetgewende vergadering. Voorts is dit nodig om die inhoud en omvang van dié bevoegdhede vas te stel. Die vernaamste leidrade in hierdie proses is artikels 18 en 30, saamgelees met die eerste bylae van die wet.<sup>7</sup>

Artikel 18 lui so:

“Behoudens die bepalings van hierdie Wet, bly alle wette wat onmiddellik voor die samestelling van die eerste uitvoerende raad vir ’n gebied . . . in daardie gebied of ’n gedeelte daarvan geld het, van krag totdat hulle deur die bevoegde gesag herroep of gewysig word.”

Die relevante gedeeltes van artikel 30 bepaal die volgende:

- “(1) Behoudens die bepalings van hierdie Wet, is die wetgewende vergadering van ’n selfregerende gebied bevoeg-
- (a) om wette te maak wat nie met hierdie Wet strydig is nie met betrekking tot al die aangeleenthede in Bylae 1 bedoel; en
  - (b) om in so ’n wet vir die wysiging of herroeping van ’n wetsbepaling, met inbegrip van ’n Wet van die Parlement, voorsiening te maak, vir sover dit

<sup>5</sup>1961 *SALJ* 474.

<sup>6</sup>Artikel 37(2) van die Transkeise Grondwet.

<sup>7</sup>Die ooreenstemmende Transkeise Grondwet-bepalings is artikels 65(1) en 37, saamgelees met deel B van die eerste bylae van die wet.

op so 'n aangeleentheid betrekking het en in die gebied of op 'n burger van die gebied, hetsy hy binne of buite die gebied is of woon, van toepassing is, en kan verskillende sodanige wette vir verskillende streke of plekke en verskillende kategorieë of groepe persone maak;

- (3) Geen wet wat na die inwerkingtrede van hierdie Wet gemaak word (met inbegrip van 'n Wet van die Parlement of 'n Ordonnansie van 'n Provinsiale Raad . . .) en wat betrekking het op 'n in subartikel (1) bedoelde aangeleentheid, is in die gebied of met betrekking tot 'n burger van die gebied ten opsigte van wie 'n wetgewende vergadering bevoeg is om vir sover dit so 'n aangeleentheid betref, wette te maak, van toepassing nie.
- (4) Die bepalings van hierdie Wet raak nie die bevoegdthede van die Staatspresident ingevolge artikel 25 van die Bantoe-administrasie Wet, 1927 (Wet No 38 van 1927), om by proklamasie in die *Staatskoerant* wette te herroep, te wysig of te maak in verband met daardie aangeleenthede ten opsigte waarvan wetgewende bevoegdheid nie kragtens hierdie artikel by 'n wetgewende vergadering berus nie”<sup>8</sup>

Hiermee staan 'n mens meteens midde in die eintlike probleem van die Grondwet van die Bantoe-tuislande. Namate die uitleg van hierdie artikels uitbreidend of beperkend is, kan 'n wetgewende vergadering se bevoegdthede beperk of uitgebreid wees - 'n verskynsel wat oormatige kasuïstiek en regsonsekerheid tot gevolg kan hê.

Rondom die artikels duik gevolglik 'n paar vrae op, waarvan die volgende aandag verdien: hoe ver strek die wetgewende “oppergesag” van die wetgewende vergadering van 'n selfregerende gebied, veral m.b.t. ander wetgewers in die Republiek? Wat is die implikasies van artikel 18 tov die voortgesette gelding van wette? Watter uitwerking het die eerste gedeelte van artikel 30(3) op die wetgewende bevoegdheid van 'n selfregerende wetgewende vergadering? Hoe moet die praktiese toepassing van hierdie artikels in samehang met die eerste bylae van die wet benader word?

#### *Die wetgewende “oppergesag” van 'n selfregerende wetgewende vergadering*

Artikel 30 van die Grondwet van die Bantoe-tuislande maak geen geheim daarvan nie dat die wetgewende vergadering van 'n selfregerende gebied tav die aangeleenthede waarvoor hy bevoeg is om wette te maak selfs nie hoef te swig voor 'n wet van die parlement nie.<sup>9</sup> Dieselfde geld ook die wetgewing van alle ander wetgewende liggame in die Republiek, veral in die lig van artikel 1(xv) van die Interpretasiewet 33 van 1957, wat “wet” omskryf as “enige wet, proklamasie, ordonnansie, Wet van die Parlement of ander maatreël wat die krag van wet het.” Selfs die Staatspresident se wetgewende bevoegdthede ingevolge artikel 25(1) van die Bantoe-administrasiewet 38 van 1927, wat al in *R v Maharaj* 1950 3 SA 187 (A) beskryf is

<sup>8</sup>Artikel 30(4) stem na inhoud ooreen met artikel 70(3) van die Transkeise Grondwet.

<sup>9</sup>Die posisie van 'n “eerste hoofstuk”-wetgewende vergadering verskil enigszins: artikel 3(1)(b) van die wet sonder wette van die parlement uitdruklik uit van die wetgewingsfeer van so 'n wetgewende vergadering. Sover dit ander wetgewende liggame in die Republiek betref, is die posisie van so 'n wetgewende vergadering egter blykbaar dieselfde as dié van 'n selfregerende wetgewende vergadering. Vir huidige doeleindes word 'n bespreking van die posisie van “eerste hoofstuk”-wetgewende vergaderings daargelaat aangesien hulle gewoonlik 'n oorgangsfase verteenwoordig. Dit is voldoende om te sê dat teenoor die parlement sulke vergaderings in dieselfde posisie is as provinsiale rade.



as "equal to those of Parliament, (viz) that it is competent for him to repeal the Common Law or any Statute Law", word ingevolge artikel 30(4) ingekort ten gunste van 'n selfregerende wetgewende vergadering.<sup>10</sup>

Hierteenoor is daar egter niks in die wet wat die Staatspresident verhinder om ingevolge artikel 25(1) die Grondwet van die Bantoetuislande as sodanig te verander of te herroep nie. Dat so iets egter inderdaad sal gebeur, is eerder 'n teoretiese as 'n werklike moontlikheid.

Uit die voorgaande kan 'n mens nouliks 'n ander gevolgtrekking maak as dat die wetgewer beoog het dat die wetgewende vergadering van 'n selfregerende gebied outonoom en ten volle verantwoordelik moet wees vir die aangeleenthede wat in die bylae van die wet aan hom oorgedra is of kan word.<sup>11</sup>

### *Die implikasies van artikel 18 mbt die voortgesette gelding van wette*

Ingevolge artikel 18 bly alle wette wat onmiddellik vóór die instelling van die eerste uitvoerende raad vir 'n gebied in die gebied van toepassing was, van krag totdat hulle deur die *bevoegde gesag* herroep of gewysig word.<sup>12</sup> Dit is 'n logiese en noodsaaklike oorgangsbepaling. Die uitwerking van die artikel kan egter 'n belangrike invloed uitoefen by die bepaling van wie die *bevoegde gesag* is om 'n bepaalde wet te wysig. Dit spreek vanself dat na gelang van die aangeleentheid waaroor dit gaan die bevoegde gesag òf die parlement òf 'n wetgewende vergadering òf enige ander wetgewende orgaan kan wees. As dit 'n aangeleentheid is wat in die bylae genoem word, is die wetgewende vergadering die bevoegde gesag (mbt parlements-wette egter eers na verlening van selfregering ingevolge hoofstuk 2 van die wet.) Word die aangeleentheid nie in die bylae genoem nie, is die parlement of 'n ander wetgewende liggaam die bevoegde gesag. Wat gebeur egter in die geval waar die bylae nie uitdruklik 'n aangeleentheid noem nie, maar alle aanduidings bestaan dat die aangeleentheid logieserwys by 'n wetgewende vergadering tuis behoort? *S v Ndewanana* 1966 3 SA 312 (OK) bied 'n goeie voorbeeld hiervan. Die hof moes by implikasie beslis of die Transkeise wetgewende

<sup>10</sup>Weliswaar lui artikel 30(4) se bewoording dat die verlening van die wye bevoegdhede aan 'n selfregerende gebied nie die Staatspresident se bevoegdhede ingevolge artikel 25(1) van die Bantoe-administrasiewet 38 van 1927 raak sover dit aangeleenthede betref wat nie by 'n wetgewende vergadering berus nie. Volgens die reël *expressio unius est exclusio alterius* is die afleiding ivm die uitsluiting van die Staatspresident se bevoegdhede egter geregverdig. Alternatiewelik kan die invoeging van artikel 30(4) as *ex abundantia cautela* beskou word - vgl Steyn *Die Uitleg van Wette* 3e uitg 50, en Venter 1972 *THRHR* 349.

<sup>11</sup>Op die kwessie van "afstanddoening" deur die Suid-Afrikaanse parlement van sy "soewereiniteit" deur die skepping van wetgewende liggame met sulke uitgebreide bevoegdhede sal nie hier ingegaan word nie. Skrywers is dit oor die algemeen eens dat die parlement nie afstand gedoen het nie, en nog altyd 'n wet uitdruklik op die gebied van 'n wetgewende vergadering van toepassing kan maak, in weerwil daarvan dat die wet oor 'n aangeleentheid binne die bevoegdheid van die wetgewende vergadering handel. Voorts is hulle dit egter ook eens dat die Grondwet van die Bantoetuislande en die Transkeise Grondwet 'n baie sterk vermoede teen so 'n bedoeling van die wetgewer skep. Vgl Kahn 1963 *SALJ* 480, VerLoren van Themaat *Staatsreg* 2e uitg 455 ev en 1966 *Annual Survey of South African Law* 34.

<sup>12</sup>In teenstelling hiermee bepaal die Transkeise Grondwet in artikel 65(1) dat alle wette wat voor die *inwerkingtrede* van die wet gelded het, bly voortbestaan.

vergadering, wat gemagtig is om strawwe op te lê ter afdwinging van sy *eie*<sup>13</sup> wette, die strafbepaling van 'n wet wat ingevolge artikel 65(1) van die Transkeise Grondwet in die Transkei voortgegeld het, kon wysig of herroep, aangesien die *aangeleentheid* waarop die strafbepaling betrekking gehad het, binne die bevoegdheid van die wetgewende vergadering geval het. Die hof neem die houding in dat 'n wet wat ingevolge artikel 65(1) bly voortbestaan steeds 'n wet van die parlement bly, al het dit betrekking op 'n aangeleentheid wat in die bylae genoem word. As 'n strafbepaling van so 'n wet gewysig moet word, sal die parlement die *bevoegde gesag* wees omdat die wetgewende vergadering slegs strawwe mag reël tov sy *eie* wette.<sup>14</sup>

Dit lei tot 'n onhoudbare toestand waarin 'n wetgewende vergadering 'n hele wet of gedeeltes daarvan sal moet herverorden indien hy die strafbepalings van die wet wil herroep of wysig, en dit ten spyte daarvan dat die aangeleentheid waaroor die wet gaan binne die bevoegdheid van die wetgewende vergadering val. Al word ook toegegee dat die strafbevoegdheid van 'n wetgewende vergadering in die bylae eng geformuleer is, kan daar nie geredelik beweer word dat die resultaat van *S v Ndwanana* met die oogmerk van die wetgewer ooreenstem nie.

Daar word gevolglik aan die hand gedoen dat in gevalle waar die gees en strekking van die grondwet van die tuislande as geheel iets veroorloof wat nie met die letter van dié wet onversoenbaar is nie, die bevoegdheid van 'n wetgewende vergadering wel op dié wyse "uitbrei" kan word om sodanige gevalle te dek. Alternatiewelik sal 'n bietjie hulp van die Staatspresident, wat die bylae kan wysig, van groot waarde wees.

*Die uitwerking van artikel 30(3) op die wetgewende bevoegdheid van 'n selfregerende wetgewende vergadering*

Dat hierdie aangeleentheid probleme oplewer, is grootliks te wyte aan die tweefase-stelsel wat deur die Grondwet van die Bantoetuislande geskep is, en die gebrek aan omsigtigheid waarmee artikel 30(3) van dié wet van artikel 37(3) van die Transkeise Grondwet oorgeskryf is. As gevolg hiervan is 'n verskeidenheid interpretasies van artikel 30(3) moontlik.

Eerstens is daar die letterlike en voor-die-hand-liggende vertolking. Dit beteken bloot dat geen wet (behalwe 'n tuislandwet) wat na die inwerkingtrede van die Grondwet van die Bantoetuislande op 31 Maart 1971 gemaak is (of word), en wat betrekking het op 'n aangeleentheid in die eerste bylae bedoel, in 'n "gebied" geld nie. Watter gebied word egter beoog? Volgens die opskrif van hoofstuk 2 van die wet (nl "(b)epalings wat op selfregerende gebiede van toepassing is") en die opskrif bo artikel 30

<sup>13</sup>Par 32 van die eerste bylae van die Grondwet van die Bantoetuislande, en par 23, deel B van die eerste bylae van die Transkeise Grondwet.

<sup>14</sup>Die kernvraag is of artikel 18 tot gevolg het dat wette wat bly voortbestaan en wat betrekking het op aangeleenthede wat in die bylae genoem word, steeds wette van die parlement bly; of kan hulle vir alle doeleindes geag word wette van die tuisland te wees? Anders gestel, kan dit as irrelevant beskou word dat die parlement daardie wet gemaak het in dieselfde sin as dié waarin appèlregter Van den Heever dit van geen betekenis nie beskou het dat die Britse parlement die Zuid-Afrika Wet van 1909 aange neem het? Vgl *Minister of the Interior v Harris* 1952 4 SA 769 (A) 791. Daar steek veel sin in so 'n redenasie.

self (nl “(w)etgewing van selfregerende gebied”) behoort die gebied waarna artikel 30 verwys ’n selfregerende gebied te wees.<sup>15</sup> As dit egter die geval is, is die implikasie dat daar tussen 31 Maart 1971 en die datum waarop ’n gebied selfregerend word ’n “swewende” toestand is. Eers wanneer die gebied selfregerend word en artikel 30 toepassing vind, word die posisie opgeklaar met dié verdere implikasie dat die wette waarna artikel 30(3) verwys, en wat tot op die datum van selfregering noodwendig in die gebied moes geld, skielik terugwerkend ophou geld!<sup>16</sup> Voorbeeldsgewys beteken dit dat as gebied A in 1974 selfregerend word geen wet in dié gebied sal geld nie wat na 31 Maart 1971 aangeneem is en wat op die aangeleenthede in die bylae betrekking het. Dit sal egter eers in 1974 duidelik word dat die wette nie moet geld nie, want artikel 30(3) is eers van 1974 af op die gebied van toepassing. Of die wetgewer dit beoog het, is moeilik om te sê.

In die tweede plek kan artikel 30(3) vertolk word om ook op eerste-hoofstuk-gebiede van toepassing te wees, wat ’n groot gedeelte van die angel uit dié probleem met die eerste konstruksie hierbo sou verwyder. Die “eerste hoofstuk”-wetgewende vergadering sal dan sedert sy instelling verantwoordelik wees vir die behartiging van die aangeleenthede ten opsigte waarvan wette nie meer in sy gebied geld nie. Die tydperk tussen die inwerkingtrede van die wet (31 Maart 1971) en die instelling van ’n eerste wetgewende vergadering is egter onder so ’n uitleg steeds nie gedek nie. ’n Verdere faktor wat teen hierdie interpretasie spreek in die bepaling van artikel 18 (oor die voortgeding van wette) wat as vasgestelde datum die *instelling* van die eerste *uitvoerende raad* vir ’n gebied het - en nie die inwerkingtrede van die wet nie! ’n Argument wat daarenteen ten gunste van die vertolking aangevoer kan word, is dat “wetgewende vergadering” (wat in artikel 30(3) genoem word) in die woordomsrywingsartikel 38(1) aangegee word as ’n wetgewende vergadering kragtens artikel 1 ingestel, dws ’n “eerste hoofstuk”-wetgewende vergadering. Die omskrywing is natuurlik onderworpe aan die gebruikelike kwalifikasie van “tensy uit die samehang anders blyk”, maar uit die samehang is daar in dié betrokke geval niks wat anders blyk nie behalwe dat die artikel deel vorm van hoofstuk 2 van die wet!

Derdens kan die artikel beteken dat die hoofklem geplaas word op die woord “gebied” in artikel 30(3) - wat dan selfregerende gebied moet beteken - terwyl die woorde “na die inwerkingtrede van hierdie Wet” as bloot oorbodig beskou moet word. Dit sou beteken dat artikel 30(3) slegs van toepassing is op wette wat na die verlening van selfregering aangeneem is (of word).

Die praktiese uitwerking van die verskillende interpretasies van artikel 30(3) is ingrypend. Volgens die eerste en laaste moontlikhede moet daar

<sup>15</sup>Volgens Steyn *Uitleg van Wette* 3e uitg 140 is sowel die ou skrywers as ons howe die mening toegedaan dat waar twyfel aangaande die vertolking van ’n wetsbepaling bestaan, die opskrifte beslis in ag geneem moet word. In die huidige geval help die opskrif in een opsig nl dat die verwysing na “gebied” in artikel 30 ’n selfregerende gebied is, maar vertroebel die saak in ’n ander opsig, nl mbt die betekenis van die woorde “na die inwerkingtrede van hierdie Wet”.

<sup>16</sup>Want die gebied is nog nie selfregerend nie en daar kan dus nie gesê word dat die wette *nie* daar geld nie!



gewag word totdat 'n gebied selfregerend is voordat gesê kan word dat 'n sekere wet nie daar geld nie. Volgens die tweede moontlikheid geld 31 Maart 1971 as die datum sedert wanneer bepaalde wette nie in bepaalde (selfs nou nog nie geproklameerde) gebiede geld nie.

In die geval van artikel 30(3) sal die parlement tot hulp moet kom, tensy die Staatspresident uit hoofde van sy bevoegdheid kragtens artikel 25(1) van die Bantoe-administrasiewet die posisie kan opklaar!

*Die praktiese toepassing van artikels 18 en 30 in samehang met die eerste bylae van die wet*

Voorbeelde sal hier die beste spreek. Mbt die Grondwet van die Bantoe-tuislande is daar nog geen gerapporteerde beslissings nie. Die Transkeise Grondwet het egter al enkeles opgelewer wat met vrug hier opgehaal kan word vanweë die wesentlike ooreenstemming tussen die twee grondwette.

Na *S v Ndewanana* 1966 3 SA 312 (OK) is reeds verwys. Hier het dit gegaan om artikel 344ter van die Strafproseswet wat in 1963 in die Transkei bly geld het maar in 1965 deur die parlement gewysig is. Die vraag was of die wysiging in die Transkei geld. As die Transkeise wetgewende vergadering die bevoegde gesag was om die artikel te wysig, sou die wysiging nie daar gegeld het nie. In die landdroshof is dit inderdaad ook bevind. By appèl beslis die Oos-Kaapse afdeling egter dat artikel 344ter, wat 'n strafbepaling is, buite die bevoegdheidsfeer van die Transkeise wetgewer val omdat laasgenoemde slegs strawwe vir sy eie wette mag oplê. Ofskoon die misdaad waarteen artikel 344ter o.a. gemik is, betrekking het op 'n aangeleentheid wat in die bylae van die Transkeise Grondwet genoem word - nl die beskerming van eiendom (paragraaf 6) - het die Transkeise wetgewende vergadering dit nie self by wet geskep nie, en is dit dus nie bevoeg om 'n straf daarvoor op te lê nie. Hierdie houding kan nie ondersteun word nie, omdat die Transkei, deur bloot die misdaad te herbepaal, die aangeleentheid binne sy bevoegdheid sou kon bring. Of dié prosedurele omslagtigheid voorts deur die wetgewer in vooruitsig gestel is, kan betwyfel word.<sup>17</sup> Hierbenewens ontstaan die vraag wat die posisie sou wees as die misdryf waarvoor artikel 344ter 'n straf oplê 'n gemeenregtelike misdaad is. Die gemene reg geld ook in die Transkei, en dit sou onnodig wees om van die Transkei te verwag om so 'n misdaad, wat binne sy bevoegdheidsfeer val, te "kodifiseer" voordat hy 'n straf daarvoor mag voorskryf of verander. Die beste antwoord hierop sou wees om te beweer dat gemeenregtelike misdade nie binne die bevoegdheid van die Transkei val nie!

In teenstelling met *S v Ndewanana* staan *S v Zituzexa* 1970 2 SA 772 (OK) in die teken van 'n soepeler benadering. Weliswaar verskil die feite van die twee sake sodanig dat hulle nie werklik vergelyk kan word nie. In *S v Zituzexa* het die Oos-Kaapse afdeling egter van die standpunt uitgegaan dat die verbod op gevaarlike wapens 'n aangeleentheid is wat deur paragraaf 6 van die bylae gedek word - die beskerming van lewe, persone en eiendom - en as sodanig binne die wetgewingsveld van die Transkeise

<sup>17</sup>Sien Venter 1972 *THRHR* 341 n 58; 1966 *Annual Survey of South African Law* 36.

wetgewende vergadering val. 'n Herroeping van artikel 10*bis* van wet 54 van 1949 deur artikel 6 van wet 71 van 1968 geld gevolglik nie in die Transkei nie, omdat die Transkeise wetgewende vergadering die bevoegde gesag is om gevaarlike wapens te omskryf en te beheer. Hierdie uitspraak is te verwelkom, veral aangesien die hof nie gehuiwer het om die bylae van die wet ruim te vertolk nie. In *S v Xesi* 1969 1 SA 1 (OK) was die vraag of 'n persoon wat onder die invloed van drank bestuur het op 'n nasionale pad in die Transkei ingevolge die Transkeise Padverkeerswet van 1967 aangekla kon word. (Ingevolge paragraaf 10 van die bylae word paaie wat tot nasionale paaie verklaar is, uitgesonder van die wetgewende bevoegdheid van die wetgewende vergadering. Daarenteen kan die Transkeise wetgewer kragtens paragraaf 12 wette maak oor die reëling en beheer van padverkeer.) Die hof beslis dat die Transkeise wetgewende vergadering verkeer kan reël en beheer op alle paaie in die Transkei, óók nasionale paaie. Dit is slegs die bou, instandhouding, verbetering, ens van nasionale paaie wat buite die bevoegdheid van die Transkeise wetgewer val.

*S v Papu* 1969 1 SA 259 (OK) het eweneens te doen gehad met padverkeer in die Transkei. In hierdie saak is P ingevolge die Kaapse Padverkeersordonnansie 21 van 1966 daarvan aangekla dat hy 'n wettige bevel van 'n verkeersbeampte in die Transkei verontagsaam het. Die hof beslis dat daar vasgestel moet word of die verkeersbeampte bevoeg was om in die Transkei wettige bevele te gee. Aangesien die Transkeise Padverkeerswet van 1967 die relevante wetgewing in die Transkei is, en aangesien die verkeersbeampte slegs ingevolge die Kaapse ordonnansie aangestel is, moet die hof tot die gevolgtrekking kom dat die verkeersbeampte nie bevoeg was om wettige bevele mbt padverkeer in die Transkei te gee nie.

Rondom padverkeersaangeleenthede kan goeie voorbeelde van die werking van die tuislandgrondwette opgehaal word. In verband met die Grondwet van die Bantoetuislande kan twee gevalle genoem word.

Eerstens is daar die Wet op die Nasionale Verkeersveiligheidsraad 9 van 1972, wat in Maart 1972 in werking getree het. Die doel van dié raad is die bevordering van padveiligheid. Die vraag is of dié wet in die tuislande geld. Aanvanklik moet natuurlik vasgestel word of padveiligheid 'n aangeleentheid is wat deur die bylae aan die tuislande opgedra word. Die naaste wat daaraan gekom word, is paragraaf 25 wat die reëling en beheer van padverkeer aan die tuislande toewys. Om te beweer dat daar 'n onderskeid is tussen reëling en beheer van padverkeer en padveiligheid in sy gewone betekenis, sou op haarklowery neerkom.<sup>18</sup> Die feit dat die bevordering van padveiligheid binne die bevoegdheid van 'n wetgewende vergadering val, beteken egter nog nie noodwendig dat wet 9 van 1972 nie in die tuislande geld nie.<sup>19</sup> Daarvoor is die bepaling van artikel 30(3) wat hierbo bespreek is te verwarrend. As die houding ingeneem word dat artikel 30(3) net op *selfregerende* gebiede van toepassing is, sal daar van geval

<sup>18</sup>Die provinsiale owerhede oefen beheer uit oor padveiligheid uit hoofde van 'n nog vaer bepaling van die Grondwet van die Republiek, nl artikel 84(1)(h) wat "paaie" aan die provinsies oordra!

<sup>19</sup>Ingevolge artikel 37(3) van die Transkeise Grondwet sal die wet nie in die Transkei geld nie.



tot geval vasgestel moet word of wet 9 van 1972 ná die verlening van selfregering aan 'n gebied "gemaak" is. As die letterlike vertolking van artikel 30(3) egter gevolg word, sou dit beteken dat wet 9 van 1972 nie in een van die tuislande - selfregerend of nie - geld nie omdat wet 9 van 1972 na die inwerkingtrede van die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971 gemaak is. Miskien moet die tuislande die voordeel van die twyfel kry . . .

Tweedens is daar die 1973-wysiging van artikel 140(1) van die gekonsolideerde en uniforme provinsiale Padverkeersordonnansies 21 van 1966 waardeur die toelaatbare bloedalkoholinhoud van 'n voertuigbestuurder verlaag is. Aangesien dit óók 'n aangeleentheid is wat onder die reël en beheer van padverkeer tuishoort, geld dié wysigings ingevolge artikel 30(3) nie in die tuislande nie.

'n Voorbeeld van 'n wet van die parlement wat deels geld en deels nie word gevind in die Wet op Landbouplae 3 van 1973. Die wet maak voorsiening oa vir die registrasie van kwekerie, die aanstelling van inspekteurs om toe te sien dat die wet nagekom word, en 'n verbod op die invoer en uitvoer van bepaalde insekte, diere en plante. Ingevolge item 7 van die bylae van die Grondwet van die Bantoetuislande is 'n wetgewende vergadering bevoeg om wette te maak oor landbou, met die uitsondering van die invoer of uitvoer uit die Republiek van vee, uitheemse diere, landbouprodukte ens. Dié gedeelte van wet 3 van 1973 wat handel oor die in- en uitvoer van diere ens sal dus wel in die tuislande geld. Die ander bepalings wat gaan oor die voorkoming van plantplae en -besmettings of die vernietiging van uitheemse diere<sup>20</sup> sal egter nie in die tuislande van krag wees nie. Hieruit vloei ook voort dat die magtiging van 'n inspekteur om persele te betree ingevolge artikel 18 van die wet nie op die tuislande van toepassing sal wees nie, behalwe sover dit gaan om die inspeksie van aangeleenthede wat nie binne die bevoegdheid van die tuislande val nie.

As verdere voorbeeld kan die Wysigingswet op Huwelike 12 van 1973 genoem word. Dié wet wysig artikel 30 van die Huwelikswet 25 van 1961 mbt die huweliksformulier. Die nuwe artikel 30 geld vanselfsprekend nie in die tuislande nie omdat paragraaf 26 van die bylae *huwelike* aan die wetgewende vergaderings toewys. Artikel 2(1) van die wysigingswet is egter baie interessant. Dit bepaal dat die bepalings van die wette wat in die bylae van dié wet genoem word, geag word vanaf 1 November 1972 nie meer op Bantoes van toepassing te wees nie. Die herroepe wette is wette 46 van 1887 en 44 van 1903 van Natal en wet 3 van 1897 en proklamasie 6 van 1900 van Transvaal. Al die wette het te doen met huwelike van Bantoes volgens christelike rites, 'n aangeleentheid wat beslis binne die wetgewende bevoegdheid van die tuislandwetgewers val. Dit moet daarom sterk betwyfel word of die herroeping in artikel 2(1) van die wysigingswet enige uitwerking op die posisie van Bantoes in die tuislande het. Anders gestel, die herroeping geld slegs tov Bantoes wat buite die wetgewingsgebied van die tuislande is. Die vraag ontstaan onwillekeurig of die wetgewer hiervan bewus was.

---

<sup>20</sup>n Uitheemse dier is volgens artikel 1(xv) van die wet 'n lid van die diereryk wat nie eie aan die Republiek is nie. Die tuislande mag nie uitheemse diere in- of uitvoer nie, maar sodra so 'n dier eenmaal binne die grense van die tuislande is, sal hulle beheer daaroor hê.

As laaste, en in sommige opsigte meer ingewikkelde, voorbeeld kan die Boswysigingswet 45 van 1973 genoem word. Kragtens dié wet word 'n bosbouraad ingestel met as belangrikste oogmerk die ontwikkeling en verbetering van die bosbou- en timmerywerheid. Met die oog hierop word 'n fonds in die lewe geroep waarin 'n heffing op timmerhout, deur die minister vasgestel, gestort word. Geld die wet in die tuislande? Ingevolge paragraaf 7 van die bylae is 'n wetgewende vergadering gemagtig om wette te maak oor bosbou. Kragtens paragraaf 6 kan dit wette maak oor die beplanning, oprigting, finansiering en dryf van nywerheids-, handels- en ander sake-ondernemings en projekte wat *die minister goedkeur*. Val die oogmerke van die Boswysigingswet van 1973 onder paragraaf 6, sal die wet waarskynlik in die tuislande geld as die minister nog nie bosbounywerheidsprojekte goedgekeur het wat binne die raamwerk van die wysigingswet val nie. Val die wet onder bosbou oor die algemeen (en gevolglik paragraaf 7), geld die wet nie in die tuislande nie. Word die twee paragrawe saamgelees, kom dit voor asof "bosbou" in paragraaf 7 beperkend gelees moet word om die nywerheidsaspek daarvan uit te sluit. Indien die tuisland 'n bosbounywerheidsprojek wil aanpak, sal die toestemming van die minister verkry moet word. In die lig van die omstandighede is die gevolgtrekking dat wet 45 van 1973 wel in die tuislande geld, ten spyte van sy misleidende titel, maar slegs mbt die gedeelte wat oor die bosbounywerheid handel.

Die voorbeelde kan vermenigvuldig word. Dit sal egter net dien om te bewys dat die dilemma van die tuislande vanweë twee redes groot is, nl eensyds dat anders as in die provinsies nie alle wette van die parlement in die tuislande geld nie, en andersyds dat dit moeilik is, ook vir die wetgewer, om ten volle rekening te hou met die volle omvang van die moontlike regsposisies wat al geskep is en gedurig geskep word ivm die tuislande, sodat strydighede noodwendig moet ontstaan. Ten opsigte van die eerste rede is dit hoofsaaklik 'n geval van behoorlike interpretasie waardeur die meeste probleme opgelos kan word. In die tweede geval help interpretasie nie meer nie en is dit bloot 'n saak dat die bevoegde gesag (*sic!*) die foute moet regstel soos hulle ontstaan.

In dié verband moet die Staatspresident miskien genader word, want artikel 14 van die Wet op Bantoe-owerhede 68 van 1951<sup>21</sup> bepaal:

"Indien by die toepassing van hierdie Wet of die 'Naturellezaken Wet 1920' (Wet No 23 van 1920) of 'n ander wet bevind word dat daar strydigheid bestaan tussen bedoelde Wette, of tussen een of ander van bedoelde Wette en daardie ander wet, of dat 'n bepaling van een of ander van bedoelde Wette of daardie ander Wet tot administratiewe moeilikheid aanleiding gee, kan die Staatspresident by proklamasie in die *Staatskoerant*, op die wyse wat hy nodig mag ag ten einde die strydigheid of moeilikheid uit die weg te ruim, bepaal in hoeverre een of ander van bedoelde Wette of daardie ander wet in enige gebied van toepassing sal wees."<sup>22</sup> □

<sup>21</sup>Volgens artikel 38(2) van die Grondwet van die Bantoe-tuislande word dié wet en die Wet op Bantoe-owerhede "uitgelê asof hulle een Wet uitmaak".

<sup>22</sup>Vgl in hierdie verband artikel 65(2) van die Transkeise Grondwet wat, ofskoon nie heeltemal duidelik en bevredigend nie, iets dergeliks bepaal.

# Was *justa causa* necessary for *traditio* in Roman law?

D F Pugsley

No legal doctrines are so firmly established as those which we learnt dogmatically as students. We may argue over the precise scope of such a rule, its justification, its relationship with other rules, and its place and function in the legal system; but only rarely do we question the validity of the basic principle itself, or re-examine the texts from which it is supposed to be derived. One clear example of a doctrine that has become established in this way is the rule that for transfer of ownership by *traditio* in Roman law "there must be a *justa causa*".<sup>1</sup> There has been much discussion<sup>2</sup> of the correct interpretation of this restriction, the reasons for it, its connexion with the rule that ownership of *res vendita et tradita* does not pass until the price is paid, and the relationship between *justa causa* here and in the law of *usucapio*.<sup>3</sup> But it is agreed by almost everyone<sup>4</sup> that a *justa causa* of some sort was always required, and that is made the starting point of the discussion. The basic texts are rarely cited in full, let alone discussed in any detail.<sup>5</sup> It is time for a re-examination of those texts, which we hope will shed some light on related topics as well.

G 2 19, 20:

Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque, si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero, siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

Nowhere in this text does it say that a *justa causa* was necessary. The *causae* given are simply practical examples of circumstances in which ownership does pass by *traditio*, illustrations which are highly suitable for an introductory students' manual such as Gaius' *Institutes*. It is true that Schulz<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup>Buckland *Textbook of Roman Law* (3rd ed Cambridge 1963) 228.

<sup>2</sup>Kaser *Römisches Privatrecht* (2nd ed Munich 1971) 416–7 and literature at n 27.

<sup>3</sup>For just one example see Hoetink "Justus titulus usucapionis et *justa causa tradendi*" 29 (1961) *Tijd* 230.

<sup>4</sup>Including previously the present writer (see 87 *LQR* 139) who was precisely one of those who had accepted the rule unquestioningly as a student.

<sup>5</sup>For example, Voci, an opponent of "causal" *traditio*, completely ignores the texts in 15 *SDHI* 147–8, and dismisses them without discussion in a footnote in *Modi di acquisto della proprietà* (Milan 1952) 143 n 2, in a way which makes the reader suspect that he thinks they are against him. Bonfante cites the texts in full but without comment and passes straight on to discuss the meaning of *justa causa*: *Corso di diritto romano II parte ii* (Milan, repr 1968) 242. But see Ehrhardt *Justa causa traditionis* (Berlin and Leipzig 1930) 125–7 134–5 140 ff.

<sup>6</sup>*Classical Roman Law* (Oxford 1950) 350.

says that the text "is too vague to be of much help". If I understand him correctly, he means that Gaius' failure to mention the principle of abstract *traditio* might be taken to mean that such a principle did not exist;<sup>7</sup> or that his failure specifically to mention the *necessity* of a *justa causa* might be taken to mean that there was no such requirement. But (1) "abstract" *traditiones* are rare and it seems to me undesirable to confuse first-year students with exotic cases; (2) where there was a requirement of *justa causa* in his time, as in the case of the *actio Publiciana*, Gaius does not hesitate to mention it, though he does not explain it further and merely gives the example of a sale;<sup>8</sup> (3) Gaius says that full ownership passes *ipsa traditio*,<sup>9</sup> by virtue of the *traditio* itself, by mere *traditio*. The purpose of the emphasis is to contrast *res nec Mancipi*, for which an informal conveyance was sufficient, and *res Mancipi*, for which *mancipatio* or *in jure cessio* was required;<sup>10</sup> but Gaius could hardly write that ownership passes *ipsa traditio* if in fact it does not pass *ipsa traditio* but requires a *justa causa* as well.

The reference to *ipsa traditio* is in fact crucial, for it highlights an ambiguity which is responsible for considerable confusion both here and in other parts of the law of property. *Traditio* means both transfer of ownership and physical delivery, the two often being closely connected but not co-extensive. The ambiguity has often been pointed out,<sup>11</sup> but its implications still require exhaustive examination. That examination will be important for our knowledge of the classical Roman law of sale, the *exceptia rei venditae et traditae*, the *actio Publiciana* and many other institutions, but is beyond the scope of the present article which is confined to the question of *justa causa*. Here Gaius is unconscious of the ambiguity, and has both meanings of *traditio* in mind without being aware of the inconsistency. First, *traditio* here must mean physical delivery,<sup>12</sup> for otherwise the proviso restricting it to *res corporales* is inappropriate. But secondly, *traditio* here must also mean transfer of ownership, because mere physical delivery (*ipsa traditio*) will not necessarily make the transferee owner. It will not do so, for example, in the contracts of *commodatum*, *depositum*, *pignus* and *locatio conductio (rei)*. Since Gaius adds no proviso to cover those cases, he must have been thinking of *traditio* as transfer of ownership. The reference to *ipsa traditio* cannot be justified in any other way.<sup>13</sup> We shall have to return to the ambiguity of *traditio* again in due course.

<sup>7</sup>So Ehrhardt *op cit* 127.

<sup>8</sup>*G* 4 36.

<sup>9</sup>*G* 2 19.

<sup>10</sup>Ehrhardt *op et loc cit* says that the text is concerned with the moment of transfer: *ipsa traditio, statim*. In that case the contrast is between immediate transfer by *traditio* for *res nec Mancipi* and delayed transfer at the end of the prescription period for *res Mancipi*: cp Arangio-Ruiz *Compravendita in diritto romano* II (Naples, repr 1963) 303. But *G* 2 18 talks of a *magna differentia* between *res Mancipi* and *res nec Mancipi*, and that is certainly not the primary distinction.

<sup>11</sup>Most recently by Gordon, *Studies in the Transfer of Property by Traditio* (Aberdeen 1970) 41.

<sup>12</sup>Cp the translation by De Zulueta *Institutes of Gaius I* (Oxford 1946) 71.

<sup>13</sup>Note that Gaius is careful to qualify his statements with two restrictions introduced by *si modo*, both of them quite obvious. His failure to add a third qualification about the possibility of physical delivery without transfer of ownership strongly suggests that he thought it unnecessary to do so because *traditio* meant transfer of ownership.



J 2 1 40:

Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi, at ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur.

Again there is no suggestion in the text that a *justa causa* was necessary. The restrictions to *res incorporales* and transfer by the owner are repeated, but there is no hint that any additional restriction had been introduced. Three further points should be noted: (1) *Traditio*, as a method of acquisition, is attributed to the *jus naturale*: that would be impossible if there were any artificial Roman requirement of *justa causa*. (2) There is heavy emphasis on the intention of the owner to transfer his rights,<sup>14</sup> strongly suggesting that that intention was sufficient and therefore that there was no further prerequisite such as *justa causa*. (3) In the law of *usucapio*, where Gaius ignores *justa causa* because it was not required in his time, Justinian not only mentions it<sup>15</sup> but makes quite clear the importance of the new requirement.<sup>16</sup> He could easily have done the same for *traditio* if he had wished: but he did not.

The picture that emerges from both sets of Institutes is one in which the requirement of *justa causa* is never mentioned and almost certainly did not exist. That picture is confirmed elsewhere.

C 2 3 20:

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.

The text refers simply to *traditiones*: there is no qualification about *justa causa*.

D 41 1 9 3 is substantially the same as J 2 1 40 with its emphasis on the intention of the owner, and the following fragments give illustrations of that intention, with sale as the main example. Nowhere in that section is said that a *justa causa* is necessary, though in practice there will almost always be one. In particular it is important to note that 9 5, which is concerned with *traditio brevi manu*, only uses sale as an example (*veluti*): the necessity of a *justa causa* is not mentioned.<sup>17</sup>

D 41 1 21 1 is also concerned with *traditio brevi manu*. It records the intention of the transferor and does not mention any *causa* at all, not even as an example.<sup>18</sup>

What then is the authority for the proposition that "there must be a *justa causa*"? There are two texts: Ulpian's *Regulae* 19 7; and D 41 1 31 pr.

Ulpian 19 7:

Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis.

The text is explicit in its requirement of *justa causa* for *traditio*. But it is self-

<sup>14</sup>Which disposes of contracts like *commodatum*.

<sup>15</sup>J 2 6 pr.

<sup>16</sup>J 2 6 11.

<sup>17</sup>Pace 87 LQR 139.

<sup>18</sup>Hence some fairly drastic surgery is required by the defenders of *justa causa*. Ehrhardt *op cit* 148 considers the fragment interpolated *in toto*.

contradictory: either ownership is acquired *ipsa traditione*, by mere *traditio*, or it is acquired by *traditio* plus *justa causa*: it cannot be both. Further doubt is cast on the proviso by a comparison with Gaius' *Institutes* which is followed closely by Ulpian's *Regulae* in many passages.<sup>19</sup>

G 2 19

Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, 20: *si modo ego eius dominus sim*. 43: Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, *si modo eas bona fide acceperimus*.

U 19 7

Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, *scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis*. 8: Usucapione dominium adipiscimur tam Mancipi rerum quam nec Mancipi.

It is the provisos which concern us here. Gaius has a proviso of ownership for *traditio* and a proviso of good faith for *usucapio*. Ulpian has a proviso of *justa causa* for *traditio* and no proviso at all for *usucapio*. This is most surprising. Even if *justa causa* is necessary for *traditio* the proviso as to ownership still applies and is most important. The transferee will not acquire ownership even if there is a *justa causa* if the transferor was not owner. And the benefits of *usucapio* are not unrestricted: we should expect some mention of the requirement of *bona fides*, or else of *justa causa*. And there perhaps lies the clue. *Justa causa* seems not to have been required for ordinary *usucapio* in the time of Gaius,<sup>20</sup> but it was required at least from the time of Diocletian onwards.<sup>21</sup> Ulpian's *Regulae* date from about 300 AD. Hence in a work that is heavily based on Gaius we should expect to find a proviso as to ownership for *traditio* and a proviso as to *justa causa* for *usucapio*. What we do find is a proviso as to *justa causa* for *traditio* and no proviso at all for *usucapio*. That looks like a simple error on the part of the editor of Ulpian's *Regulae*, copying the second proviso instead of the first and then leaving a blank in the second place. The text is therefore very poor authority for the requirement of *justa causa* for *traditio*.<sup>22</sup>

D 41 1 31 pr. (Paul 31 *ad edictum*):

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si uenditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

This is the central text and the one which is relied on by the elementary manuals on Roman law.<sup>23</sup> It has been heavily criticised,<sup>24</sup> but also has its defenders.<sup>25</sup> Its original classical context was in Paul's discussion of *fiducia*<sup>26</sup>

<sup>19</sup>See Buckland 38 *LQR* 38, 40 *LQR* 185, 53 *LQR* 508, "Did Ulpian use Gaius?"

<sup>20</sup>Though it was required for the *actio Publiciana* and for *usucapio pro emptore* etc: see Pugsley *The Roman law of Property and Obligations* (Cape Town 1972) 51-63. That appears to be the position already at the end of the republic: see Watson *The Law of Property in the Later Roman Republic* (Oxford 1968) 48-54.

<sup>21</sup>Mayer-Maly *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio* (Graz-Cologne 1962) 22ff.

<sup>22</sup>And it is pure coincidence that in *D* 12 1 18 Ulpian says that ownership does not pass where the parties have different *causae* in mind.

<sup>23</sup>c.g Lee *Elements of Roman Law* (4th ed London 1956) 137.

<sup>24</sup>cp *Index Interpolationum ad loc.*

<sup>25</sup>Kaser *op cit* 416 n 27, *ebter* Kern.

<sup>26</sup>Lenel *Palingenesia*.

and it must have been considerably altered to reach its present form.<sup>27</sup> What have the compilers done and why have they produced a text so out of line with what we are led to expect by the other sources? The simplest solution is to suppose that the ambiguity of *traditio* is the root of the problem. For the compilers it usually means physical delivery.<sup>28</sup> But physical delivery is not in itself sufficient to transfer ownership. Delivery under contracts such as *commodatum* must be excluded. And that was probably the intention of this text. The compilers have borrowed the terminology of *justa causa* from the law of *usucapio*. Superficially the parallel is attractive: in cases of acquisition from a non-owner a *justa causa* is necessary for *usucapio*; in cases of acquisition from an owner a *justa causa* should be necessary for *traditio*. But beyond that the compilers have not thought out the implications of their text. They did not intend the requirement of *justa causa* to be applied as strictly here as it was in the law of *usucapio*; but, as so often, a hasty alteration has been the cause of perennial controversy. □

*The judge has to work under cover of a verbal ritual which is not so much a method of deliberating on legal problems as a means of concealing the absence of a method.*

Jensen Nature of legal argument

*Until well into the present century, and to some extent even today, community property means largely that "husband and wife are one, and the husband is the one".*

Friedmann Law in a changing society

---

<sup>27</sup>See e.g. Ehrhardt *op cit* 134-5.

<sup>28</sup>One clear example is *J* 2 1 41 where it can bear no other meaning.

# Regsdwaling en *dolus* in die strafreg

JCW van Rooyen\*

*Universiteit van Pretoria*

## SUMMARY

### Mistake of law as a defence to intentional crimes

Although certain classes of Romans, such as women and minors, are traditionally taken to be the only persons who could set up ignorance of the law as a defence, a proper construction of the texts shows that this was only a rule of evidence: women, etc were believed when they pleaded ignorance of the law. This, however, did not mean that other classes could never successfully plead ignorance of the law. Although there are passages in the *Digest* and *Code* which seem to point in the opposite direction, they may be written off as either interpolated or purely belonging to private law. And then there are many passages according to which knowledge of illegality is required for *dolus*.

The writings of the glossators and post-glossators also clearly show that ignorance of the law excluded *dolus*. Again, there were some evidential presumptions against ignorance, especially when ignorance of the *ius naturale* or *ius gentium* was pleaded.

According to the canonists ignorance was an excuse except when the ignorance was due to laxity.

A close examination of the Roman-Dutch writers also shows that ignorance of the law excluded *dolus*.

In the German, Dutch and French legal systems ignorance of law is an excuse in cases where the ignorance is invincible. In the Swiss law it can never be an absolute excuse, but if equitable circumstances are present, the punishment can be diminished or excluded. Except for the "claim of right" cases and a few other minor exceptions, ignorance is no excuse in the Anglo-American law. The effect of *Lambert v California* has been reduced by subsequent decisions to cases of omission.

The South African courts have followed the English cases. Exceptions are allowed in the "claim of right" cases, which are, however, seldom recognised as "ignorance of law" cases. The courts have difficulty in deciding whether an incorrect assumption of a ground excluding lawfulness is to be regarded as a mistake as to fact (which excludes *dolus*) or a mistake of law. At present the balance is in favour of the latter.

It is submitted that there is no basis in law or in logic for differentiating between mistake of fact and mistake or ignorance of law. In both cases a wrong

---

\*Rede gelewer op 25 Mei 1972 by die formele aanvaarding van die leerstoel in Strafrege aan die Universiteit van Pretoria.



assumption is made as to capacity, whether that capacity is directly or indirectly derived from the law. If mistake of fact excludes *dolus* the same should be true for mistake or ignorance of law. This would certainly not lead to disorder, as convictions of statutory crimes could in most cases follow if the ignorance of law was due to negligence. In this connection it is further submitted that belief in witchcraft should be relevant in ascertaining *dolus* and not only as regards extenuating circumstances.

In hierdie rede word nagegaan of die reël *ignorantia iuris neminem excusat* histories, modern-regsvergelykend en funksioneel te regverdig is. Vir hierdie doel word die Mosaïese reg, die Romeinse reg, die glossatore en kommentatore, die kanonieke reg, die Romeins-Hollandse reg, die moderne Duitse, Switserse, Nederlandse, Engelse en Amerikaanse regstelsels en uiteindelik die Suid-Afrikaanse reg in oënskou geneem. Veral word aandag gegee aan die versoenbaarheid van die subjektiwiteit van *dolus* met die objektiwiteit waartoe 'n toepassing van die *ignorantia*-reël lei.

### MOSAÏESE REG

Waar die Israeliete 'n wet sonder kennis daarvan oortree het, is hulle nie gestraf nie maar vergewe nadat die nodige offers gebring is.<sup>1</sup> Word die wet egter "moedswillig"<sup>2</sup> oortree, dan volg die straf wel - en waar toepaslik selfs die doodstraf.

### ROMEINSE REG

Daar word dikwels beweer dat regsontkunde slegs vir sekere Romeine as verskoning gedien het,<sup>3</sup> naamlik vir vroue,<sup>4</sup> minderjariges,<sup>5</sup> landelikes,<sup>6</sup> soldate<sup>7</sup> en onkundiges wat nie die geleentheid gehad het om 'n regsgeleerde te raadpleeg nie.<sup>8</sup> Hierdie verskoning geld egter slegs ten aansien van misdade van die *ius civile* en nie ook van die *ius gentium* nie, aangesien laasgenoemde bekend is vanweë 'n aangebore regsgevoel.<sup>9</sup>

<sup>1</sup>Sien bv Levitikus IV 13 en V 18; Numeri XV 22-31; en oor feitedwaling Deuteronomium IV 42 en Daube "Error and accident in the Bible" 1949 *RIDA* 189 e v; Falk *Hebrew law in Biblical times* (Jerusalem 1964) 76.

<sup>2</sup>Numeri XV 30.

<sup>3</sup>bv Snyman 1967 *Responsa Meridiana* 131 132; Rein *Kriminalrecht der Römer* (Leipzig 1844, heruitgawe Darmstadt 1962) 214.

<sup>4</sup>o a *D* 22 6 9 *pr* (*propter sexus infirmitatem*); *D* 48 10 15 4 5 (*Lex Cornelia de falsis*); *D* 48 5 39 (38) 2 4 (bloedskande); Rein a w 215.

<sup>5</sup>o a *D* 4 4 9 2 e v; *D* 4 4 37 1; *D* 48 5 39(38) 4 7 (bloedskande); Rein a w 216.

<sup>6</sup>o a *D* 50 17 108; *D* 29 5 3 22 (opening van testament strydig met *sc Silianium* en 'n praetoriese edik); Rein a w 216.

<sup>7</sup>*D* 49 16 4 15.

<sup>8</sup>*D* 22 6 9 3.

<sup>9</sup>Sien bv *D* 48 5 39(38) 2: "Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admisit; nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata." Dit is egter onseker of dit 'n algemene reël was - Snyman 1967 *Responsa Meridiana* 131 133; en verder Keedy 1908 *HLR* 75 80; Hall & Seligman 1941 *U of Chi LR*

Binding<sup>10</sup> het egter in 'n deurtastende ondersoek oortuigend aangetoon dat wederregtelikheidsbewussyn steeds by *dolus*-misdade vereis is. Die indruk wat geskep word dat slegs bepaalde klasse hulle op onkonde kon beroep, is verklaarbaar: hierdie persone se beroep op onkonde word eenvoudig makliker geglo as dié van ander persone. Die sogenaamde uitsonderings het dus slegs bewysregtelike betekenis en diu beslis nie daarop dat regsonkonde, materieelregtelik gesproke, geen verweer was nie. Die volgende argumente en verwysings staaf hierdie standpunt:

- (i) daar word steeds in die tekste van *sciens dolo malo*, *sciens prudensque* en *sciens* gepraat;<sup>11</sup>
- (ii) in heelwat tekste word persone as onskuldig beskou omdat hulle ten onregte, onder die indruk verkeer het dat hulle 'n bepaalde bevoegdheid het. So volg onskuldigbevindings byvoorbeeld by bloedskanie,<sup>12</sup> vryheidsberowing,<sup>13</sup> bedrog,<sup>14</sup> *iniuria*,<sup>15</sup> diefstal<sup>16</sup> en roof<sup>17</sup> en
- (iii) laastens is daar tekste waaruit direk blyk dat enigiemand ver skoon sal word op grond van sy onkonde van 'n wet of praetoriese dekreet.<sup>18</sup>

641 643; Van Warmelo 1954 *TVR* 1 wat aandui hoe daar in Cicero se tyd aanvaar is dat onkonde aangaande die reg onmoontlik was aangesien reg en geregtigheid ooreengestem het.

<sup>10</sup>*Die Normen und ihre Übertretung* vol 2 (Leipzig 1916) 669 e.v.

<sup>11</sup>*Inst Just* 4 18 7: "Item lex Cornelia de falsis, quae etiam testamentaria vocatur, poenam irrogat ei, qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit . . . quive signum adulterinum fecerit sculpsit expresserit *sciens dolo malo*". (ek beklemtoon). Vir verdere verwysings sien Binding a.w. 670-2; Rein a.w. 154; Lebigre *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique* (Paris 1967) 59; Mommsen *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) 86-7; Viskit 1949 *RIDA* 437 e.v.

<sup>12</sup>*C* 5 5 4 - dwaling oor die verwantskapsgraad.

<sup>13</sup>*D* 48 15 3 *pr* - *bona fide* besit van 'n *servus alienus*.

<sup>14</sup>*D* 13 7 16 1: "Contrariam pigneraticiam creditorum actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat, sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusatur ignorantia . . ."

<sup>15</sup>*D* 47 10 3 4 - dink dit is eie slaaf.

<sup>16</sup>*Gaius Inst* 2 50; *D* 41 3 36; *D* 47 2 21 3; *D* 41 3 37 *pr*.

<sup>17</sup>*Inst Just* 4 2 2; sien oor die algemeen Voigt "Die Theorie von der juristischen Relevanz von error und ignorantia" 1871 *AcP* 23 42-5.

<sup>18</sup>*D* 29 5 3 18-22 (met die klem op *imperitia* in die sin van onkonde - sien Heumann/Seckel *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Graz 1958) 249 - kontrasteer egter Rein a.w. 153 wat, anders as 2 Binding a.w. 673 687 meen dat dit net 'n uitsondering is; *D* 48 5 13: "Haec verba legis 'ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo' . . ." m.b.t. die *lex Julia de adulteriis*; *D* 48 13 1 m.b.t. die *lex Julia peculatus (sciens dolo malo)*; *D* 48 15 3 *pr* en 6 2 m.b.t. die *lex Fabia de plagiariis (sciens dolo malo)*. Vir verdere voorbeelde sien 2 Binding a.w. 676-7 en dan die duidelike teks *D* 50 9 6: "quaesitum est, an poenam sustinere debeat, qui ignorans adversus decretum (municipii) fecit. respondit et huiusmodi poenas adversus scientes paratas esse."

Hier moet egter toegegee word dat daar tekste is waarin dit onomwonde gestel word dat regsontkunde geen verskoning is nie. Hierdie tekste kan egter òf as privaatregtelik van aard<sup>19</sup> òf as blote keiserlike magsvertoon<sup>20</sup> òf as geïnterpoleerd<sup>21</sup> òf as van bewysregtelike (in teenstelling met materieelregtelike) belang afgeskryf word.<sup>22</sup> Al word hierdie argument verwerp, sal daar in elk geval in die lig van die vroeër aangehaalde tekste onteenseglik aanvaar moet word dat wederregtelikheidsbewussyn (en dus *dolus*) in die oorgrote meerderheid van gevalle deur regsdwaling uitgeskakel is. Vir die Romein bestaan wederregtelikheidsbewussyn in die besef dat die handeling verbode is; bewussyn van die strafregtelike aard van die handeling en die omvang van die straf is onnodig.<sup>23</sup>

Verder is dit ook onwaarskynlik dat die Romeine die absolute onderskeid tussen 'n feitedwaling en 'n regsdwaling gemaak het, wat later aan hulle toegedig is en vandag in soveel regstelsels bestaan.

<sup>19</sup>bv *D* 22 6 wat uitsluitlik oor die privaatreg gaan - sien 3 Binding a w 53; Ryu & Silving 1957 *U of Chi LR* 421 425; Van der Vyver 1967 *THRHR* 271 277; Keedy 1908 *HLR* 75 77.

<sup>20</sup>*Codex* 1 18 12 (Valentinianus en Theodosius, 391 nC): "Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus" - wat volgens 2 Binding 685 waarskynlik oor 'n leuenagtige beroep op onkunde gaan (die *dissimulare* dui in dié rigting - sien Heumann/Seckel a w 152) en dus slegs op 'n bewysregtelike reëling betrekking het. In vol 3 voel Binding selfs meer oortuig dat die teks net blote magsvertoon is en neerkom op 'n *lex imperfecta*. Sien verder 'n edik van Diocletianus en Maximianus van 295 nC m bt bloedsbande wat juis regsontkunde as verweer bevestig - vgl 2 Binding a w 698.

<sup>21</sup>*D* 3 2 11 4 wat bowendien deur 3 Binding a w 64-5, by gebrek aan interpolasie, as 'n dwase toepassing van die reël afgeskryf word. Sien verder die stelling van Modestinus, aangehaal deur 3 Binding 65 n 2, wat deur Binding as 'n voor-Justiniaanse interpolasie beskou word; sien ook 2 Binding 687 n 15; Van Warmelo 1954 *TVR* 1 15 ev; kontrasteer egter Voigt 1871 *AcP* 23 45 en Rein a w 214-5.

<sup>22</sup>2 Binding 691 e v toon oortuigend aan hoe die toegewing ten gunste van vrouens, ens slegs bewysregtelike waarde het - hierdie persone se beroep op onkunde word net makliker geglo. Sien bv die verskoning van die vrou waar sy onkundig is aangaande die *ius civile* maar waar sy onkundig is tav die *ius gentium* word sy nie verskoon nie (*D* 48 5 39 2). Haar *ignorantia iuris gentium* wat eng met die regsgevoel verband hou, word eenvoudig nie geglo nie. Ook 'n soldaat se oortreding m bt 'n testament word eerder geglo as afkomstig van *error* as van *malitia* - met die klem op "glo" (*Codex* 9 23 5) en sien 2 Binding a w 691. Verder dui *D* 48 10 15 *pr* in dié rigting, met die klem op *praetendant* - slegs persone wat regsontkunde voorgee, word nie verskoon nie. Selfs feitedwalings word in sommige ongeloofwaardige gevalle nie geglo nie - sien 2 Binding 699 n 51, met die klem op *praetendere, verisimile non videbatur, simulare* ens.

<sup>23</sup>2 Binding a w 683-4 en 3 Binding 55; kontrasteer Rein a w 152-3 en die skrywers daar aangehaal.

Daar was eerder 'n graad- as 'n aardverskil tussen hierdie twee soorte dwalings.<sup>24</sup>

### GLOSSATORE EN KOMMENTATORE

Die glos *ad Codex* 9 20 14 stel dit onomwonde dat regsdwaling *dolus* uitsluit en dit word deur Accursius bevestig.<sup>25</sup> Dwaling ten opsigte van die *ius naturale* word egter nie *geglo* nie,<sup>26</sup> en so het ons hier weer eens bloot 'n bewysregtelike reël.

Ook die kommentatore bevestig die voorgaande.<sup>27</sup> So sê Baldus<sup>28</sup> dat regsdwaling *dolus* uitsluit of die dwaling nou *iusta* of *iniusta* is en dieselfde standpunt is by Albericus de Rosate (1358),<sup>29</sup> Angelus de Ubaldis (1407),<sup>30</sup> Marianus Socinus (1467)<sup>31</sup> en Alexander de Imola Tartagnus (1477)<sup>32</sup> te vinde. So is iemand onskuldig aan diefstal en roof waar hy onder die indruk verkeer dat die saak aan hom behoort en is iemand nie skuldig aan moord waar hy 'n persoon wat ten onregte verban is, dood nie.<sup>33</sup>

Alhoewel daar geen regsvermoede is dat regskenning aanwesig is nie, is daar tog 'n feitelike vermoede van regskenning en wel daardie gevalle waar die omstandighede die beroep op regsonkunde ongeloofwaardig maak. So word 'n beroep op onkunde van die *ius naturale* en *ius gentium*, wat eng met die regsgevoel verband hou, byvoorbeeld as ongeloofwaardig beskou. Regsonkunde by 'n regsgeleerde word ook as ongeloofwaardig beskou!<sup>34</sup> Selfs in hierdie gevalle besef sommige skrywers dat dié vermoedelike opset nie werklik opset nie, maar wel *culpa lata* is; aangesien *culpa lata* egter vir hulle gelyk is aan vermoede-

<sup>24</sup>D 22 6 1 2: "... in facto magis quam in iure errat". Sien 3 Binding 33 e v; Ryu & Silving 1957 *U of Chi LR* 421 427; Van Warmelo 1954 *TVR* 1 22.

<sup>25</sup>*Corpus iuris civilis, cum commentariis Accursius, studio Ioanis Febi* (Osnabrück 1965-6) vol 6, *ignorantia*.

<sup>26</sup>Sien die glos *ad D* 48 19 11 2: "sed et si praetendat ignorantiam juris civilis, excusatur in incestu, - aut naturalis vel quasi: et non parcuritur."

<sup>27</sup>Sien in dié verband Engelmann *Die Schuldlehre der Post-glossatoren* (Leipzig 1895 2e verbeterde uitgawe Darmstadt 1965) 41 e v wat hier as leidraad gebruik word.

<sup>28</sup>*Consilia* III 9 no 3.

<sup>29</sup>*Super C de Dolo, 1 dolum* no 5: "ignorantia facti vel juris probabilis in eo, qui nemini nocere cupit, sed aestimat se juste facere, doli praesumptionem excludit." Elders sê hy dat *error juris civilis* verskoonbaar is maar *error juris naturalis* nie, in welke geval slegs *culpa* aanwesig is: "dolo caret: sive error justus, sive injustus" - s II D n ad 1 Cor de sic 1 in lege, no 7 en 8.

<sup>30</sup>*Commentaria super I Digesto vetere* (Lugduni 1534) de his qui not infam 1 genero no 1: "ignorantia juris non excusat, nisi solum a poena doli, a qua excusat etiam injusta ratione motus."

<sup>31</sup>*Consilia* (Venetiis 1579) I 98 no 12: "quaelibet causa excusat a dolo, etiam si iniusta et bestialis, . . . ideo error seu ignorantia juris excusat a dolo."

<sup>32</sup>*Consilia* (Lugduni 1556) VII 160.

<sup>33</sup>Vir verwysings sien Engelmann a w 42-3.

<sup>34</sup>Vir verwysings sien Engelmann a w 44-5.



like opset, volg dit ook logies dat regsonkunde nie verskoon word nie.<sup>35</sup> In hierdie gevalle word daar egter ligter gestraf.<sup>36</sup>

### KANONIEKE REG

Hier is die uitgangspunt, in navolging van Aquinas,<sup>37</sup> dat daar geen *dolus* kan wees indien die beskuldigde nie van die voorskrif geweet het nie. As hierdie onkunde egter aan laksheid te wyte is, verskoon dit nie.<sup>38</sup> Vir 'n skuldigebevinding is dit verder onnodig dat die beskuldigde van die strafwet of straf moes geweet het. Mits hy maar geweet het dat dit volgens die Goddelike reg strafbaar is, is dit voldoende. Soms kan daar egter uit die betrokke wet afgelei word dat kennis (*scienter*) van die betrokke wet en straf nodig is. Dieselfde geld vir misdade waar die *dolus* met moedswilligheid gepaard gaan. In hierdie geval sal growwe nalatigheid egter voldoende wees.<sup>39</sup>

### ROMEINS-HOLLANDSE REG

Hoewel dit moeilik is om 'n duidelike beeld van hulle standpunte te kry,<sup>40</sup> kan met 'n baie hoë mate van sekerheid (en soms met absolute sekerheid) verklaar word dat Grotius,<sup>41</sup> Johannes Voet,<sup>42</sup> Van Leeuwen,<sup>43</sup> Johan Schrassert<sup>44</sup> en Barel<sup>45</sup> die standpunt verkondig

<sup>35</sup>Dinus (1300) *Commentaria in regulas juris pontificii* (Coloniae 1617): "aut lex requirit dolum verum, aut est contenta dolo praesumto ex qualitate facti: ubi requirit dolum verum, ignorantia juris excusat. Ubi vero contenta est dolo praesumto ex qualitate facti, ut scilicet praesumatur dolus . . . tunc juris ignorantia non excusat. Ratio autem est, quia qui ignorantiam praetendit ejus, quod est publice notum, videtur esse in lata culpa. Lata enim culpa dolo praesumto aequipollet, et ideo ignorantia juris non excusat."

<sup>36</sup>Vir verwysings sien Engelmann aw 46.

<sup>37</sup>*De Veritate* q 17 a 5.

<sup>38</sup>Kanons 2202 en 2199.

<sup>39</sup>Kanon 2229; sien oor die algemeen Jombart *Dictionnaire de droit canonique* (Paris 1953) 440-1; Ryu & Silving 1957 *U of Cbi LR* 429.

<sup>40</sup>Snyman 1967 *Responsa Meridiana* 131 133-6; De Wet & Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafre* (Durban 1960) 136-7.

<sup>41</sup>*De jure belli ac pacis* (Lugduni Batavorum 1819) 2 20 43 2 (sien egter noot 47 hieronder).

<sup>42</sup>*Commentarius ad pandectas* (Den Haag 1716) 22 6 4: "Reliquos haud exceptos error juris uti excusat a dolo, ita quoque liberos efficit a poenas illis, quae solis dolo delinquentibus propositae sunt." Net hierna verklaar hy egter dat dit gebruikelik is om ligter strawwe by regsonkunde op te lê omdat die persone nie vry van *culpa* is nie. Dit dui mi juis aan dat daar in elk geval nie *dolus* was nie, al lyk 'n bestrawwing op grond van *culpa* by 'n *dolus*-misdad vir mens inkonsekwent. Of het Voet dalk net nalatigheidsmisdrywe in gedagte? Of werk hy met die kanonistiese vermybaarheidstoets wat ook by De Groot en Merula te vinde is? (sien hieronder noot 47).

<sup>43</sup>*Censura Forensis* (Lugduni in Batavis 1741) 1 5 1 4: "Crimen aliud dolo malo, id est animo et affectu delinquendi committitur . . ."

<sup>44</sup>*Consultation, advysen ende advertissemerten* (Harderwijk 1740-1754) vol 3 781 - onskuldigebevinding " . . . wegens dese syne onkunde excusabel soude syn a dolo . . ."

<sup>45</sup>*Crimineele advysen* (Amsterdam 1778) advys 17 46. By onkunde aangaande 'n wet ontbreek die *animus delinquendi* volgens 'n groep Amsterdamse regsgeleerdes. Sien verder *Hollandsche consultatien* 5 62 ev.

het dat regsonkunde *dolus* uitsluit, terwyl Van der Linden<sup>46</sup> so verstaan kan word dat hy regsonkunde alleen by nalatigheidsmisdade as geen verskoning beskou nie.

Al word hierdie afleiding nie aanvaar nie, is dit in elk geval seker dat daar uitsonderings op die *ignorantia*-reël bestaan het waar die dwaling onvermydelik was.<sup>47</sup> Word die afleiding egter aanvaar, dan speel hierdie onvermydelikheidsreël in elk geval 'n rol ter uitskakeling van *culpa*.

## 'N PAAR MODERNE REGSTELSELS

### Duitse reg

Oor regsdwaling is daar besonder baie navorsing in Duitsland gedoen.<sup>48</sup> Oor die algemeen is daar twee hoofrigtings onder die skrywers en howe waarneembaar. Die aanhangers van die *Vorsatztheorie* beskou wederregtelikheidsbewussyn as 'n onmisbare element van *dolus* terwyl die verkondigers van die *Schuldtheorie dolus* bevind as die regsdwaling vermybaar was.

Die *Vorsatztheorie* word in strengte vorm onder andere deur Baumann,<sup>49</sup> Schönke-Schröder<sup>50</sup> en Schmidhäuser<sup>51</sup> verkondig, maar word vanweë die praktiese onaanneemlikheid daarvan heelwat gekritiseer.<sup>52</sup> Ook die howe volg nie hierdie standpunt nie.<sup>53</sup> Ander voorstanders van hierdie teorie is tevrede indien die moontlikheid van wederregtelikheidsbewussyn maar teenwoordig is; as die dader kon geweet het van die wederregtelikheid is daar *dolus*. So word die oortuigingsdader en persone wat vanweë regsvyandigheid of regsblindheid nie die wederregtelikheid insien nie, tog ook aan 'n *dolus*-misdad skuldig bevind.<sup>54</sup> Hierdie benadering kom baie na aan die *Schuldtheorie*.

Die *Schuldtheorie* toon twee nuanses: aan die een kant word die sogenaamde *strengte Schuldtheorie* en aan die ander kant die sogenaamde *ingeschränkte Schuldtheorie* verkondig.

Volgens die streng teorie is regsdwaling slegs verskoonbaar indien dit onvermydelik was, andersins is *dolus* aanwesig. Was die dwaling vermybaar, word die straf darem verminder.<sup>55</sup>

<sup>46</sup>*Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* (Amsterdam 1806) 2 1 3 saam met 2 1 5; De Wet & Swanepoel a w 137 n 239.

<sup>47</sup>De Groot a w 2 20 43 2; Merula *Manier van procederen* (Leiden 1781-3) 1 4 5 4 n 4; sien ook Voet a w 22 6 4.

<sup>48</sup>Vir die verwysings sien Schmidhäuser *Strafrecht, allgemeiner Teil* (Tübingen 1970) 305; Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil* (Berlin 1969) 294-6; Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (München 1970) 498 e v.

<sup>49</sup>*Strafrecht, allgemeiner Teil* (Bielefeld 1968) 421.

<sup>50</sup>A w 498 e v.

<sup>51</sup>A w 327 e v.

<sup>52</sup>oa Jescheck a w 297; Maurach *Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil* (Karlsruhe 1971); Welzel *Das Deutsche Strafrecht* (Berlin 1969) 159 e v.

<sup>53</sup>Sien hieronder.

<sup>54</sup>oa verkondig deur Mezger *Strafrecht, allgemeiner Teil* (München 1968) §69 2 b.

<sup>55</sup>oa verkondig deur Welzel a w 164 e v en Maurach a w 468 e v.

Ook volgens die *ingeschränkte* teorie is wederregtelikheidsbewussyn nie deel van *dolus* nie; as die regsdwaling egter onvermydelik was, word *dolus* uitgeskakel. Hierdie nuanse gaan egter verder as die vorige aangesien dit ook die onjuiste aanname van omstandighede wat 'n regverdigingsgrond daarstel, as opsetuitsluitingsgrond aanvaar.<sup>56</sup> Hierdie standpunt word dan ook basies deur die *Bundesgerichtshof* verkondig.<sup>57</sup> Die *Reichsgericht* neem dieselfde standpunt in ten opsigte van regverdigingsgronde maar neem andersins nie kennis van die vermybaarheid of onvermybaarheid van die regsdwaling nie - 'n benadering wat heftig gekritiseer word en ook deur die *Bundesgerichtshof* verwerp is.<sup>58</sup>

Aan die ander kant pas die *Bundesgerichtshof*<sup>59</sup> die streng teorie toe waar daar oor 'n buite-wetlike noodtoestand (bv die afdryf van 'n vrug om die moeder se lewe te red) en vermoedelike toestemming gedaal word; 'n standpunt wat inkonsekwent is as die benadering by putatiewe noodweer in ag geneem word.<sup>60</sup>

Die Duitse howe het dus onteenseglik die (subjektiewe) psigologiese skuldteorie verwerp en hang vandag 'n (objektiewe) normatiewe skuldteorie aan.

## Die Switserse reg

Ten spyte van die tradisionele standpunt dat regsdwaling nie *dolus* uitsluit nie,<sup>61</sup> het die Switserse federale hof art 11 van die 1853-strafkode tot die teendeel uitgelê.<sup>62</sup> In art 18 van die strafkode van 1937 is die bewoording egter so verander dat dit aanleiding gegee het tot die uitleg dat regsdwaling geen verskoning is nie.<sup>63</sup> Volgens art 20 het die regter egter 'n diskresie om, waar daar "zureichenden Gründen" is, die straf te verminder of uit te sluit.<sup>64</sup> Die benadering stem dus wesenlik ooreen met die Duitse *Schuldtheorie*.<sup>65</sup>

<sup>56</sup>o.a. ondersteun deur Jescheck a w 305; Engisch 1958 *Z StW* 70 en Mezger-Blei *Strafrecht, allgemeiner Teil* (München 1968) 201-3.

<sup>57</sup>o.a. BGHSt 3 105; BGHSt 2 194.

<sup>58</sup>Vir verwysings sien Schmidhäuser a w 324 en BGHSt 2 194.

<sup>59</sup>bv BGHSt 3 7; Schmidhäuser a w 326-7; Jescheck a w 306-7.

<sup>60</sup>Welzel a w 169; kontrasteer Jescheck a w 307.

<sup>61</sup>Hafter *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts* (Bern 1946) 187.

<sup>62</sup>Art 11 het van "rechtswidrigen Vorsatz" gepraat; sien Ryu & Silving 1957 *U of Chi LR* 421 444.

<sup>63</sup>Thormann-V Overbeck *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch* (Zürich 1940) ad art 20; Früh *Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes* (Winterthur 1962) 39; BGE 80 IV 21.

<sup>64</sup>Alhoewel daar skynbaar nie dikwels sodanige gronde bevind word nie - Ryu & Silving 1957 *U of Chi LR* 421 446.

<sup>65</sup>Früh a w 50-51.

Die meerderheid van die skrywers is egter teen<sup>66</sup> art 18 of teen die uitleg daarvan<sup>67</sup> gekant en betoog sterk vir die herinstelling van die subjektiewe *Vorsatztheorie*.<sup>68</sup>

### Die Nederlandse reg

Die *Hoge Raad* neem onomwonde die standpunt in dat regsdwaling slegs verskoon as dit "verontschuldigbaar" is. So is 'n fietshandelaar wat vir die berging van fietse meer gevra het as wat die wet voorskryf en 'n persoon wat 'n pas ingevoerde motorfiets sonder die nodige dokumente gery het, onskuldig bevind, aangesien hulle bevestiging vir die wettigheid van hul optrede by amptenare gekry het en so "verontschuldigbare onbewustheid" gehad het.<sup>69</sup>

Ook in Nederland word deur skrywers betoog vir die aanvaarding van ware (subjektiewe) wederregtelikheidsbewussyn.<sup>70</sup>

### Die Engelse reg

'n Regsdwaling, hoe redelik dit ook al mag wees, is geen verskoning in die Engelse strafreg nie.<sup>71</sup> Reeds in 1231<sup>72</sup> is hierdie reël in 'n strafsak te vinde. Dit is nie onwaarskynlik dat die toepassing daarvan deur die invloed van die kanonieke reg versterk is nie.<sup>73</sup> In die sogenaamde *Doctor and student dialogues* van 1518 word selfs kinders nie toegelaat om hulle op regsdwaling te beroep nie.<sup>74</sup>

Die toepassing van die reël blyk uit die skuldigbevinding van 'n matroos aan 'n misdryf wat verorden is terwyl hy ter see was en die publikasie hom eers na die pleging kon bereik het;<sup>75</sup> die verwysing van 'n Fransman ter strafsitting op 'n klag van moord waar die dood gedurende 'n tweeveg, wat volgens Franse reg toelaatbaar was, inge-

<sup>66</sup>Terwyl hulle toegee dat art 18 regsdwaling as verskoning uitsluit - Hafter a w 125-6; Schwander *Das Schweizerische Strafgesetzbuch* (Zürich 1964) 100.

<sup>67</sup>Lerch 66 *ZStR* 170; Germann *Das Verbrechen im neuen Strafrecht* (Zürich 1942) 186 wil art 20 beperk tot dwaling oor regverdigingsgronde - ten onregte, vgl Früh a w 40.

<sup>68</sup>Vir die "Vorentwurf der Expertenkommission zur Teilrevision des StGB" van 1959, waarvolgens *dolus* wel deur "fehlendes Unrechtsbewusstsein" uitgesluit word, sien Früh a w 123; Schultz 1972 *ZStR*

<sup>69</sup>HR 3 Mei 1949, NJ 1949 no 538; HR 22 Nov 1949, NJ 1950 no 180; en ook 4 April 1950 NJ 1950 no 667.

<sup>70</sup>Pompe *Handboek van het Nederlandse strafrecht* (Zwolle 1959) 163-5; Van Hamel *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht* (Haarlem -'s Gravenhage 1927) 268 299; Zevenbergen *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht* (Den Haag 1924) 169.

<sup>71</sup>Smith and Hogan *Criminal law* (London 1969) 48; Turner *Kenny's outlines of criminal law* (Cambridge 1966) 60; to v Kanada, sien Hooper *Harris' criminal law* (London 1968) 54; to v Skotland, sien Gordon *The criminal law of Scotland* (Edinburgh 1967) 292.

<sup>72</sup>Keedy 1908 *HLLR* 75 78-81.

<sup>73</sup>Ryu & Silving 1957 *U of Chi LR* 421 430 m b t Hale *Pleas of the crown* (1680).

<sup>74</sup>Sien Keedy 1908 *HLLR* 75 78-81.

<sup>75</sup>*R v Bailey* (1800) Russell & Ryan 1 CCR.



tree het en hy nie geweet het van die Engelse verbod daarop nie;<sup>76</sup> die skuldigbevinding van 'n Italianer omdat hy 'n lotery gehou het - iets wat in Italië toelaatbaar was - ten spyte van sy onkunde van die Engelse verbod, ens.<sup>77</sup>

Veral by misdade wat nie 'n immorele karakter het nie moes hierdie reël geregverdig word. So het Blackstone<sup>78</sup> beweer dat kennis van die reg by "every person of discretion" teenwoordig kan wees, terwyl Austin<sup>79</sup> dit gebaseer het op die moeilike bewysregtelike probleme wat die erkenning van die verweer sou skep en Holmes,<sup>80</sup> wat ter oplossing hiervan die bewyslas op die beskuldigde wou plaas, van mening was dat die erkenning net onkunde van die reg sou bevorder. Jerome Hall<sup>81</sup> verklaar die reël op die ou end met 'n beroep op die feit dat die strafreg sekere morele waardes verteenwoordig en dit teenstrydig met hierdie waardes sou wees om regsonkunde as 'n verweer te erken.

Uitsonderings op die algemene reël word egter erken waar die onkunde een of ander besondere opset wat die misdaad vereis, negatieweër. Dit is die posisie by misdade wat *per definitionem* 'n afwesigheid van 'n "claim of right" vereis. 'n Onskuldigbevinding sal dus volg waar X geglo het dat hy bevoeg is om aldus op te tree. Veral diefstal, saakbeskadiging en roof kom hier ter sprake.<sup>82</sup> Waar die beskuldigde op 'n klag van bigamie getuieis aanvoer dat hy op redelike gronde, alhoewel ten onregte, geglo het dat sy eerste huwelik òf vanweë die dood òf vanweë ontbinding òf vanweë nietigheid nie tydens die tweede huwelik bestaan het nie, is hy ook volgens die onlangse beslissing in *Gould*<sup>83</sup> geregtig op sy ontslag. Hiermee is 'n vroeëre twispunt dan ook opgelos.<sup>84</sup>

## Die Amerikaanse reg

Ook hier geld die algemene *common law*-reël dat regsdwaling nie verskoon nie.<sup>85</sup> So het daar dikwels skuldigbevindings gevolg wat werklik 'n onbillikheid tot gevolg gehad het. Die *Supreme Court* het egter 'n ommeswaai bewerkstellig toe dit in *Lambert v California*<sup>86</sup> 'n

<sup>76</sup>*Re Barronet* (1853) 1 E & B 1.

<sup>77</sup>Turner a w 61 en vir verdere gevalle *Smith and Hogan* a w 48-9.

<sup>78</sup>Commentaries IV 27 - wat vandag natuurlik onrealisties is!

<sup>79</sup>*Lectures on jurisprudence* (London 1869) 497-8.

<sup>80</sup>*The common law* (1881 4e uitgawe Cambridge Massachusetts 1963) 41.

<sup>81</sup>1957 *Indiana LJ* 1 20.

<sup>82</sup>*Smith and Hogan* a w 51; *Turner* a w 60-1.

<sup>83</sup>1968 2 QB 65; 1968 1 All ER 849.

<sup>84</sup>*Smith and Hogan* a w 483-4.

<sup>85</sup>Hall *General principles of criminal law* (New York 1960) 376 e v; Ryu & Silving 1957 *U of Chi LR* 421 432; Bassiouni *Criminal law and its processes* (Springfield 1969) 89; uitsonderings is egter gemaak waar die reg op 'n bepaalde punt onseker was en verder waar 'n "specific intent" vereis word.

<sup>86</sup>(1957) 355 US 255; sien 1959 *New York Law Forum* 204.

dame vanweë regsonkunde onskuldig bevind het omdat sy nie haar vroeëre veroordeling kragtens 'n munisipale regulasie geregistreer het nie. Die klem is daarop gelê dat kennis of waarskynlikheid van kennis nodig is vir 'n skuldigbevinding. Hierna<sup>87</sup> is iemand egter ingevolge dieselfde statuut skuldig bevind, ten spyte van sy regsonkunde, omdat hy, by sy verlating van die land, versuim het om as dwelmmiddel-verslaafde te registreer. Die *Lambert*-beslissing word onderskei op grond van die feit dat daar 'n versuim en hier 'n positiewe optrede was en dat die waarskynlikheid van kennisname hier aanwesig was. Hierdie onderskeiding is al gekritiseer as geforseerd.<sup>88</sup> In 1965 is die *Lambert*-saak weer eens onderskei op grond van die feit dat dit dáár net oor 'n versuim gegaan het.

Die *Lambert*-saak, wat aanvanklik tot soveel optimisme aanleiding gegee het oor die billike toepassing van die *ignorantia*-reël, is dus grootliks afgewater. Nietemin bly dit 'n mylpaal in die stryd om die behoud van wederregtelikheidsbewussyn.

## DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Soos in die bespreekte regstelsels<sup>89</sup> word ook hier tussen 'n regs- en 'n feitedwaling onderskei; 'n feitedwaling skakel *dolus* uit terwyl die teendeel by 'n regsdwaling gebeur.

*Feitedwaling*. Indien die dwaling op 'n wesenlike feitelike element van die misdaad betrekking het, word *dolus* uitgeskakel.<sup>90</sup> Alhoewel daar al dikwels vereis is dat die dwaling bowendien redelik moet wees, is die appèlhofgesag in die verband *obiter*,<sup>91</sup> is sommige onskuldigbevindings geheel en al strydig met die vereiste<sup>92</sup> en lyk dit buitendien asof die howe al hoe meer besef dat die redelikheidsvereiste strydig met die subjektiwiteit van *dolus* is.<sup>93</sup> Daar word besef dat die redelikheid

<sup>87</sup>*United States v Juzwick* (2d Cir 1958) 258 F 2d 844.

<sup>88</sup>1959 *U of Pa LR* 855.

<sup>89</sup>Vanweë die opset van hierdie rede is die klem by die buitelandse stelsels op regsdwaling geplaas; 'n bespreking van feitedwaling, wat ook volgens daardie regstelsels *dolus* uitkakel, is dus buite bespreking gelaat. Vir doeleindes van hierdie artikel word *dolus* en opset as sinonieme gebruik.

<sup>90</sup>Dwaling oor ouderdom, toestemming, oor die vraag of die saak 'n *res nullius* is en of dit in eiendomsreg aan die beskuldigde toekom, word o.a. hier behandel - sien Burchell & Hunt *South African criminal law and procedure* (Cape Town 1970) 136-7.

<sup>91</sup>Sien die bespreking van die vroeëre sake in *Modise* 1966 4 SA 680 (GW) 681-2; *Nel* 1970 4 SA 440 (T) 443 B-C; en *obiter* daarteen *Griffin* 1962 4 SA 495 (OK) 498; *Geddes* 1964 4 SA 48 (SR AD) 49; *Botes* 1966 3 SA 606 (O) 612; kontrasteer *Breingan* 1966 3 SA 410 (RAD) 416-7 en *Munks* 1972. 2 SA 651 (RAD) wat egter mi oor nalatigheid gaan.

<sup>92</sup>*Mkize* 1951 3 SA 28 (A); *K* 1958 3 SA 420 (A); *Z* 1960 1 SA 739 (A); *Smith* 1965 4 SA 166 (K) 172; *Duma* 1970 1 SA 70 (N) 75 F-G; *Hansen* 1972 1 SA 453 (N).

<sup>93</sup>Sien noot 91.

van die dwaling slegs 'n faktor is wat by die bewysreg in ag geneem moet word.<sup>94</sup>

*Regsdwaling.* Sonder verwysing na enige gemeenregtelike gesag en klaarblyklik onder invloed van die Engelse reg het ons howe reeds in die vorige eeu aanvaar dat 'n regsdwaling geen verskoning is nie.<sup>95</sup> Daar word egter toegegee dat daar darem versagtend gestraf kan word.<sup>96</sup> Hierdie standpunt is in *Werner*<sup>97</sup> deur die appèlhof, sonder ondersoek, op 'n klag van moord bevestig. So is daar al aan hoogverraad,<sup>98</sup> aanranding (by tugoorskryding),<sup>99</sup> moord,<sup>100</sup> verkragting,<sup>101</sup> kinderdiefstal,<sup>102</sup> bloedskanie,<sup>103</sup> abduksie,<sup>104</sup> bigamie<sup>105</sup> en aan verskeie statutêre misdade<sup>106</sup> skuldig bevind, sonder dat die beskuldigde selfs die moontlikheid van wederregtelikheid voorsien het en hom daarmee versoen het. Regsdwaling is selfs nie 'n verskoning as regs-

<sup>94</sup>*Modise* 1966 4 SA 680 (GW) 681 H; *Geddes* 1964 4 SA 48 (SR AD) 49 F; Van der Walt 1963 *THRHR* 141 142; Rabie 1967 *THRHR* 173; Burchell & Hunt a w 258; Van der Vyver 1967 *THRHR* 271 275-6; en oor die algemeen De Wet & Swanepoel a w 129-30.

<sup>95</sup>*Grahamstown Town Council v Brown and Wood* 2 EDC 343 met beroep op *Broom's Maxims*; hierdie beslissing gaan egter basies om absolute aanspreeklikheid as die verwysings nagegaan word.

<sup>96</sup>*Meischke's* 1948 3 SA 704 (A) 711; *Sachs* 1953 1 SA 392 (A) 409; *Nukulo* 1959 4 SA 243 (T); *Kaba* 1970 1 SA 439 (T); *Mandela* 1971 4 SA 1 (T) 7; kontrasteer *Dorfler* 1971 4 SA 374 (RAD).

<sup>97</sup>1947 2 SA 828 (A) 833; *Kazi* 1963 4 SA 742 (W); *Tshwape* 1964 4 SA 327 (K); *Lwane* 1966 2 SA 433 (A) 439; Burchell & Hunt a w 138 e.v.

<sup>98</sup>Burchell & Hunt a w 138.

<sup>99</sup>*Scheepers* 1915 AD 337 343-4; *Theron* 1936 OPD 166 172; *Jacobs* 1941 OPD 7 10; kontrasteer die meerderheidsbenadering in *Kumalo* 1952 1 SA 381 (A); dit lyk tog of die registers hul in die eerste drie sake laat beïnvloed het deur die absolute bewoording van die wetgewing wat bloot die wederregtelikheidsgrens neergelê het (sien die uitspraak van ar Maasdorp in *Scheepers*).

<sup>100</sup>*Werner* 1947 2 SA 828 (A) 835.

<sup>101</sup>*Mane* 1948 1 SA 196 (OK) 199.

<sup>102</sup>*Motati* (1896) 13 SC 173.

<sup>103</sup>*Pieterse* 1923 EDL 232.

<sup>104</sup>*Sita* 1954 4 SA 20 (OK) 23.

<sup>105</sup>*Nukulo* 1959 4 SA 243 (T).

<sup>106</sup>*Mdalakwa* 1935 TPD 389 (immigrasie); *Glynn* 1951 4 SA 4 (T) (hondsdolheid); *Smith* 1956 1 SA 436 (SW) 437; *Charangwa* 1962 3 SA 710 (SR) (verbode byeenkomste); *Mabai* 1966 2 SA 533 (OK) 536 (vee-telling); *Naicker* 1967 4 SA 214 (N) 226 (kommunisme); *Bonadei Construction* 1968 1 SA 550 (SW) 553F (motortransport); *Colgate Palmolive* 1971 2 SA 149 (T) 155-6 (handelskoepons); *Mandela* 1971 4 SA 1 (T) 7H (kommunisme); *Moola* 1971 4 SA 11 (T) 19E-F (groepsgebiede); *Tshwape* 1964 1 SA 327 (K) 330A-B (bokslag sonder pemrit); *Williams* 1968 4 SA 81 (SW) (kreefvangs); *Kaba* 1970 1 SA 439 (T) 446B (groepsgebiede). Ten spyte van die breë stellings in hierdie sake dat *mens rea* (wat opset en nalatigheid insluit) nie deur regsdwaling uitgesluit word nie en die direkte verwysing na opset in *Williams* (91A) en *Colgate* (156) is al hierdie bepalings wyd genoeg vir blote nalatigheid t a v wederregtelikheid as skuldvorm en kon *ignorantia* eerder as geen verskoning vir 'n *nalatigheidsmisdryf* genoem gewees het; *Werner* ens het natuurlik oor opsetsmisdade gegaan.

advies ingewin is nie,<sup>107</sup> alhoewel die indruk soms geskep word dat indien die hof ingelig was oor die feite waarop die regsmening gebaseer was, dit dalk anders sou beslis het.<sup>108</sup> Net so is al skuldig bevind ten spyte van die feit dat verskeie hooggeplaaste persone vooraf 'n soortgelyke mening verkondig het!<sup>109</sup> Onbewustelik verskoon die hof egter 'n regsdwaling waar die beskuldigde onder 'n sogenaamde "claim of right" opgetree het,<sup>110</sup> selfs al het die onkunde indirek voortgespruit uit onkunde aangaande die bepalings van 'n wet.<sup>111</sup> Hierdie verweer het tot dusver meesal by vervolgings weens diefstal, saakbeskadiging en perseelootreding geslaag.<sup>112</sup> By minagting van die hof,<sup>113</sup> belemmering van die polisie in die uitvoering van hul pligte,<sup>114</sup> meened,<sup>115</sup> afpersing,<sup>116</sup> roof,<sup>117</sup> en selfs 'n enkele keer by 'n lisensieoortreding<sup>118</sup> en 'n enkele vroeëre geval by moord,<sup>119</sup> is die afwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn al as verskoning aanvaar. Ook by medepligtigheid en die aanspreeklikheid van kinders tussen sewe en veertien, word wederregtelikheidsbewussyn vereis.<sup>120</sup> Uit hierdie beslissings blyk dat kennis van die betrokke wet of ander regsreël en die betrokke sanksie nie nodig is nie. Wederregtelikheidsbewussyn word omskryf as "some conscious impropriety",<sup>121</sup> as "(knowledge) that what he was doing was wrong",<sup>122</sup> as "guilty mind",<sup>123</sup> as "knowledge of the unlawful quality of his conduct",<sup>124</sup>

<sup>107</sup>*Colgate Palmolive* 1971 2 SA 149 (T) 155; *Sachs* 1953 1 SA 392 (A) 409B-C; by "claim of right"-gevalle is regsadvies wel in ag geneem by die bepaling van *bona fides* - sien *Fine* (1919) 40 NLR 282; *Woodburn* 1944 NPD 1 (polisie-advies); *Bryyns* (1901) 22 NLR 75.

<sup>108</sup>*Dorfler* 1971 4 SA 374 (RAD) 380H; *Conradie v Kloppers* (1893) 10 SC 189.

<sup>109</sup>*Mabai* 1966 2 SA 533 (OK); kontrasteer 'n geval vermeld deur Ryu & Silving 1957 *U of Cbi LR* 421 457.

<sup>110</sup>Burchell & Hunt a w 139.

<sup>111</sup>*Ferreira* 1970 2 SA 729 (O) 733-4; *Woodburn* 1944 NPD 1; en sien ook *Marshall* 1967 1 SA 171 (O); *Rabson* 1972 4 SA 574 (T).

<sup>112</sup>Burchell & Hunt a w 139 n 194; *Ferreira* 1970 2 SA 729 (O) 733-4.

<sup>113</sup>Burchell & Hunt a w 138 n 188 en 140 n 196.

<sup>114</sup>*Suping* 1948 2 SA 759 (O).

<sup>115</sup>*Bushula* 1950 4 SA 108 (OK) 116F.

<sup>116</sup>*Mutimba* 1944 AD 23 - gekritiseer deur Burchell & Hunt a w 138 n 188.

<sup>117</sup>*Fisher* 1970 3 SA 446 (RAD) 447A.

<sup>118</sup>*Zakwe* 1967 1 SA 298 (N) - gekritiseer deur I D 1967 *SALJ* 266; sien nou *Mdladla* 1972 3 SA 53 (N).

<sup>119</sup>*Smith* (1900) 17 SC 561 - verwerp in *Werner* 1947 2 SA 828 (A) 833.

<sup>120</sup>Tav kinders sien Burchell & Hunt a w 263 en tav deelneming Rabie *Die deelnemingsleer in die strafreg* (ongepubliseerde proefskrif, Pretoria 1969) 425 e.v.

<sup>121</sup>*Mutimba* 1944 AD 23 (R) 32.

<sup>122</sup>*Sephuma* 1948 3 SA 982 (T) 983.

<sup>123</sup>*Wallendorf* 1920 AD 383 394; en "guilty knowledge" in *Erasmus* 1945 OPD 50 69 en *Qumbella* 1966 4 SA 356 (A) 365E-F. Die standpunt in *Wallendorf* 394 dat opset om een misdad te pleeg voldoende is vir skuldigbevinding aan 'n ander, is verwerp in *Van der Mescht* 1962 1 SA 521 (A) 530.

<sup>124</sup>*Marshall* 1967 1 SA 171 (O) 175.



as “(awareness) that the trading was illegal”,<sup>125</sup> as “awareness of wrongdoing”<sup>127</sup> of as “besef (van) onwettigheid”.<sup>126</sup> Die blote feit dat die beskuldigde die handeling as immoreel beskou het, is nog nie voldoende nie.<sup>128</sup>

*Vermeende regverdigingsgronde.* Waar ’n vermeende regverdigingsgrond aanwesig is, is die howe verdeeld oor die vraag of dit as ’n feitedwaling, ’n regsdwaling of as ’n “claim of right”-geval behandel moet word. By gewaande toestemming tot gemeenskap op ’n klag van verkragting, word die dwaling blykbaar as ’n feitedwaling beskou en word ’n redelike dwaling nie vereis nie.<sup>129</sup> In *Bhaya*<sup>130</sup> word die putatiewe beskerming van ’n ander skynbaar ook as ’n feitedwaling beskou aangesien daar verwys word na *Mbombela*<sup>131</sup> wat oor ’n sodanige dwaling gegaan het. Ook in ’n onlangse Natalse beslissing<sup>132</sup> word die putatiewe beskerming van goedere *obiter* as ’n feitedwaling beskou en, anders as in *Bhaya*<sup>133</sup> word ’n redelike dwaling nie vereis nie.<sup>134</sup> In *Marshall*<sup>135</sup> word die doodskiet van honde, terwyl hulle volgens oordeel van die beskuldigde op sy grond “oortree” het, maar die eienaars van die honde in werklikheid deur ’n ordonnansie gemagtig was om op die grond te jag, onder “claim of right” behandel en gevolglik word die beskuldigde onskuldig aan saakbeskadiging bevind.<sup>136</sup> Regter Hofmeyr vereis dat die dwaling redelik moet wees, aan welke vereiste die beskuldigde dan ook voldoen het.<sup>137</sup> Ses weke later het dieselfde regter egter in *Botes*<sup>138</sup> in ’n geval van gewaande bevoegdheid tot arrestasie, sydelings opgemerk dat die redelikheidsvereiste strydig met die subjektiwiteit van opset is. Met hierdie sydelingse opmerking het die hof dan ook die redelikheidsvereiste, soos in *Marshall* vereis, in werklikheid verwerp. Aangesien daar in *Marshall* verwys is na *Pope*,<sup>139</sup>

<sup>125</sup>*Zakwe* 1967 1 SA 298 (N) 299H.

<sup>126</sup>*Van Collier* 1970 1 SA 417 (A) 425.

<sup>127</sup>*Botes* 1966 3 SA 606 (O).

<sup>128</sup>*Churchill* 1959 2 SA 575 (A) 583 per ar De Beer.

<sup>129</sup>*K* 1958 3 SA 420 (A) en *S* 1971 2 SA 591 (A) 597E-H; kontrasteer *Mosago* 1935 AD 32 35-6 waar ’n redelike dwaling nog vereis word.

<sup>130</sup>1953 3 SA 143 (N).

<sup>131</sup>1933 AD 269.

<sup>132</sup>*Fick* 1970 4 SA 510 (N) waar r Harcourt op 516 sê: “For the defence of mistake of fact to be successfully raised there must be a mistake in regard to facts which, if true, would have entitled the *de cuius* to take the steps which he did in fact take.” Op die feite is egter bevind dat daar nie so ’n vermeende noodweer aanwesig was nie.

<sup>133</sup>op 149.

<sup>134</sup>op 516 - die punt is egter nie uitdruklik behandel nie.

<sup>135</sup>1967 1 SA 171; Rabie 1967 *THRHR* 173 beskou die geval, in teenstelling met Van der Vyver 1967 *THRHR* 271 277, as ’n regsdwaling.

<sup>136</sup>op 176H gelees in die lig van *Botes* 1966 3 SA 606 (O) 611E-H.

<sup>137</sup>op 178D.

<sup>138</sup>1966 3 SA 606 (O) 612.

<sup>139</sup>Noot 141 hieronder.

wat weer gebaseer is op *Bhaya* waarin na *Mbombela* verwys is en dit duidelik is dat die redelikhedsvereiste dáár slegs *obiter* gestel is,<sup>140</sup> is die standpunt van regter Hofmeyr in *Botes* dan ook volkome te regverdig.

In teenstelling met *Marshall* is daar egter in *Pope*<sup>141</sup> beslis dat die doodskiet van 'n vermeende oortredende hond meer met regsdwaling as met "claim of right" ooreenstem en dat Pope dus skuldig is aan saakbeskadiging. Onlangs is dieselfde opvatting sydelings gehuldig in 'n Transvaalse saak<sup>142</sup> en het dit die *ratio* gevorm van 'n Rhodesiese skuldigbevinding aan saakbeskadiging by 'n geval van 'n gewaande arrestasiebevoegdheid.<sup>143</sup>

In gevalle waar die dood volg as gevolg van 'n noodweeroorskryding beskou ons howe dit as 'n opsetlike daad en word skuldig bevind aan moord of strafbare manslag afhangende daarvan of die oorskryding ernstig of gering was;<sup>144</sup> 'n benadering wat deur die howe self as onlogies bestempel word.<sup>145</sup> Soos Snyman<sup>146</sup> tereg aandui, sou dit veel eenvoudiger gewees het indien daar in hierdie gevalle getoets word vir wederregtelikhedsbewussyn, by die aanwesigheid of afwesigheid waarvan onderskeidelik skuldig bevind word aan moord of strafbare manslag. Dit het dan ook al in die praktyk geblyk dat daar in gevalle van ernstige oorskryding in werklikheid wel wederregtelikhedsbewussyn aanwesig was.<sup>147</sup> Dit word dan ook hier betoog dat die aanwesigheid van *dolus* by strafbare manslag 'n blote fiksie is en dat die onderliggende beginsel, dat daar geen wederregtelikhedsbewussyn in hierdie gevalle is nie, blootgelê moet word.

*Geloof in toorkuns.* Gevalle wat ook strydig met die vereiste van *dolus* by moord is, is dié waarin 'n Bantoe, in die vaste geloof dat hy in noodweer optree, iemand wat volgens sy oordeel deur toorkuns sy dood of die dood van 'n ander gaan veroorsaak, dood.<sup>148</sup> Ons howe

<sup>140</sup>*Modise* 1966 4 SA 680 (GW) 681-2 met beroep op Burchell 1963 *SALJ* 46 e.v.

<sup>141</sup>1953 3 SA 890 (K) 894G. Eienaardig genoeg word daar in *Pope* verwys na *Meyer* 1924 SWA 93 waar "malice" so wyd opgeneem word dat dit ook skuldigbevindings by gebrek aan wederregtelikhedsbewussyn tot gevolg kan hê. In *Meyer* word egter verwys na wat hr Innes in *Stewart* 1903 TS 456 gesê het en indien dit gelees word in die lig van wat hr Innes later in die appèlhof gesê het (sien *Shamabomed v Hendriks* 1920 AD 151 158) dan moet daar aanvaar word dat wederregtelikhedsbewussyn werklik hier aanwesig moet wees en dat *Pope* verkeerd beslis is.

<sup>142</sup>*Moller* 1971 4 SA 327 (T).

<sup>143</sup>*Purcell-Gilpin* 1971 3 SA 548 (RA).

<sup>144</sup>O a *Mathlau* 1958 1 SA 350 (A); *Krull* 1959 3 SA 392 (A); *Mblongo* 1960 4 SA 574 (A).

<sup>145</sup>*Koning* 1953 3 SA 220 (T) 231H; *Mathlau* 1958 1 SA 350 (A) 355G.

<sup>146</sup>1971 *THRHR* 184 191.

<sup>147</sup>Snyman tap se opmerking t a v *Mblongo* 1960 4 SA 574 (A).

<sup>148</sup>Ook ander gevalle, buite gewaande noodweer, kom natuurlik dikwels voor.

bevind hier steeds aan moord skuldig alhoewel daar darem gewoonlik versagtend gestraf word.<sup>149</sup> So is Mokonto<sup>150</sup> aan moord skuldig bevind nadat sy twee broers reeds volgens sy mening as gevolg van 'n beswering deur die oorledene gedood is, die oorledene hom opnuut met 'n sekere dood "voor sonder" bedreig het en hy toe haar kop en hande met 'n suikerrietmes afgekap het. Mokonto is vyf jaar gevangenisstraf opgelê. Hierdie standpunt is egter nie net tot Suid-Afrika<sup>151</sup> beperk nie: dwarsoor Afrika word daar dikwels selfs opgehang in hierdie gevalle - en dit ten spyte van die feit dat van die Bantoe-assessore in die laerhowe al vir 'n onskuldigbevinding gestem het.<sup>152</sup>

Sodra die beskuldigde egter glo dat dit 'n bonatuurlike wese is wat hy dood, word hy nie aan moord skuldig bevind nie aangesien sy dwaling dan as 'n feitedwaling beskou word. 'n Onderskeid wat as geforseerd verwerp kan word.<sup>153</sup>

As kritiek teen die skuldigbevindings in hierdie gevalle is al geopper dat indien 'n skisofreen, wat tog ook 'n verkeerde opvatting van die werklikheid het, onskuldig bevind kan word, waarom dan nie dieselfde bevind ten opsigte van die Bantoe wat glo in die regmatigheid van sy optrede nie?<sup>154</sup> Ook is daar betoog dat dit verkeerd was om die Westerse kultuur, met sy besondere opvatting van skuld, op die primitiewe volkere van Afrika af te dwing.<sup>155</sup> Mens kan wel twy-

<sup>149</sup>Sien o.a. *Radebe* 1915 AD 96 (voor 1935, dus doodstraf); *Biyana* 1938 EDL 310; *Molehane* 1942 GWL 64; *Fundakubi* 1948 3 SA 810 (A); *Dikgale* 1965 1 SA 209 (A); *Mokonto* 1971 2 SA 319 (A).

<sup>150</sup>*Mokonto* 1971 2 SA 319 (A); sien Van Rooyen 1971 *Scintilla Iuris* 50; Van der Merwe 1972 *THRHR* 193; Van Niekerk 1972 *SALJ* 169.

<sup>151</sup>Sien verder oor Suid-Afrika, Sampson *The white-faced butts, witchcraft in the Transkei* (Johannesburg 1969); Reyneke *Towery by die Tswana met besondere verwysing na die Kgatla-Bagakgafela* (ongepubliseerde proefskrif, Universiteit van Pretoria 1971); Elliot *The magic world of the Xhosa* (London 1970).

<sup>152</sup>Seidman "Mens rea and the reasonable African . . ." 1966 *ICLQ* 1135; Seidman 1965 *Mod LR* 46; Milner "M'Naghten and the witch-doctor . . ." 1966 *I of Pa LR* 1134. Vgl egter 'n Amerikaanse geval waar 'n Indiaan iemand gedood het wat hy geglo het besig was om die dood van sy vrou te veroorsaak vanweë sy toerbevoegdhe en wat onskuldig bevind is - sien Williams 1949 *LQR* 491 499.

<sup>153</sup>*Mbombela* 1933 AD 269; *Macbekequonabe* 28 Ontario Reports 309; en ook die saak van die "Hammersmith ghost", Williams 1949 *LQR* 491 500 e.v.; Seidman 1966 *ICLQ* 1135 1147.

<sup>154</sup>Kato "Functional psychosis and witchcraft fears" 1969 *Law and Society Review* 385 wat betoog dat die geloof in toorkuns as verminderde toerekeningsvatbaarheid beskou moet word en dat die beskuldigde onskuldig bevind en dan vir opvoeding (wat 'n moeilike taak is) verwys moet word - dit moet egter nie as 'n siekte beskou word nie. Sien egter Milner, hierbo noot 152, wat betoog vir 'n aanpassing van die McNaghtenreëls sodat hierdie persone onskuldig bevind en dan "behandel" kan word. Sien ook *R v Magata s/o Kacchabakane* (1957) E Afr LR 330 (Uganda) waar daar bevind is dat die beskuldigde, onder hierdie toorkunsomstandighede, onskuldig maar kranksinig is en die verwerping van hierdie gedagte in *Radebe* 1915 AD 96 97 en *Molehane* 1942 GWL 64 69.

<sup>155</sup>Milner, hierbo n 152 1163; Seidman, 1966 *ICLQ* 1163-4.

fel of die skuldigbevindings aan moord enige afskrikwaarde het; alleen die wraak van die gemeenskap word so bevredig, maar intussen leef die geloof in toorkuns voort! Die howe besef ook dat gevangenisstraf hier maar 'n geringe doel dien en lê die klem, soos vele skrywers, op die opvoeding<sup>156</sup> en kerstening<sup>157</sup> van die inheemse volke om hierdie probleem op te los. Die howe glo egter dat bestrawwing darem sal dien as afskrikmiddel al wis dit dan nie die geloof self uit nie.<sup>158</sup> Tog leer die praktyk dat niks 'n Bantoe keer as hy een maal behep is met die idee dat hy getoor word nie.

'n Soortgelyke probleem word ondervind waar 'n primitiewe Boesman aan moord skuldig bevind word ten spyte van sy gemeenskapsopvatting dat indien iemand sy vrou afrokkel hy hom mag dood of indien hy met iemand stry kry, hy hom mag dood.<sup>159</sup> In een gerapporteerde geval<sup>160</sup> het dit dan ook geblyk dat die beskuldigde die aandag - tesame met die klere - wat hy in die hof gekry het nogal geniet het.

Na my mening moet ons howe nie alleen by straftoemeting van hierdie gelowe kennis neem nie, maar in die eerste plek by die bepaling van die vraag of daar *dolus* is. Word daar vasgestel dat daar ten spyte van die geloof in toorkuns tog nog wederregtelikheidsbewussyn is, dan eers kan dit strafversagkend werk. By gebrek aan *dolus* kan die beskuldigde dan nog altyd skuldig bevind word aan strafbare manslag. Nie dat so 'n skuldigbevinding die sosiale probleem sal uitskakel nie. Alhoewel dit met die eerste oogopslag idillies mag lyk, kan daar in sodanige gevalle, volgens een skrywer, eerder skuldig bevind word aan die "geloof in toorkuns"<sup>161</sup> met gevolglike verwysing na 'n opvoedingsinrigting; of daar kan, tesame met so 'n verwysing, eenvoudig onskuldig bevind word. Om dan so 'n saak na behore te behartig, is dit noodsaaklik dat die regstudent kennis neem van die volkekunde en veral van werke oor toorgelowe by die Bantoe.<sup>162</sup>

## KONKLUSIE

Uit ons bestudering van die Romeinse reg, die glossatore en die post-glossatore het dit geblyk dat *ignorantia iuris* wel *dolus* uitskakel, alhoewel daar bewysregtelike vermoedens teen sommige beroepe op onkunde bestaan het.

Met 'n redelike mate van oortuiging kan ook gesê word dat die Romeins-Hollandse skrywers *dolus* uitgeskakel het waar *ignorantia iuris*

<sup>156</sup> *Kegodile* 1971 PH H69 (Botswana CA) 148 per regterpresident Schreiner.

<sup>157</sup> *Sephuma* 1948 3 SA 982 (T).

<sup>158</sup> *Kegodile* 1971 PH H69 (Botswana CA) 148; *Fundakubi* 1948 3 SA 810 (A) 819.

<sup>159</sup> *Mukeiruib* 1938 SWA 4; *Kgau* 1958 2 SA 606 (SW).

<sup>160</sup> *Kgau* 1958 2 SA 606 (SW).

<sup>161</sup> Seidman 1966 *ICLQ* 1135 1163.

<sup>162</sup> Sien noot 151 hierbo.



teenwoordig was. In hierdie gevalle kon egter aan nalatigheidsmisdade skuldig bevind word.

Uit die bestudering van die moderne regstelsels blyk dit dat *ignorantia iuris* nie altyd buite rekening gelaat word by *dolus* en selfs by nalatigheid nie. Alhoewel die vermybaarheidsbenadering van die Duitsers en Nederlanders<sup>163</sup> nog nie die suiwer subjektiewe teorie versterk nie, is dit tog veel billiker as 'n absolute verknogtheid aan *ignorantia iuris* wat so dikwels by die Anglo-Amerikaanse en ons howe te bemerk is.

In die Suid-Afrikaanse regspraak geld die *ignorantia iuris*-reël skynbaar sonder uitsondering. Op grond van billikheidsoorwegings is daar egter, meesal onbewustelik uitsonderings op die reël gemaak en dit het veral in die "claim of right"-sake gebeur. Verder is daar ook sake waar daar, sonder verwysing na "claim of right", wederregtelikheidsbewysing vereis is. By putatiewe regverdigingsgronde is daar verdeeldheid oor die vraag of dit as 'n feite- of 'n regsdwaling of 'n "claim of right"-geval beskou moet word. By noodweeroorskryding wat tot die dood lei, word by geringe en ernstige oorskryding na gelang van die geval aan strafbare manslag en moord skuldig bevind. Geloof in toorkuns word glad nie in ag geneem by die bepaling van *dolus* nie alhoewel dit as strafversagtend beskou word.

Na my mening bestaan daar geen grond vir die onderskeid tussen 'n regs- en 'n feitedwaling vir sover dit *dolus* betref nie. Telkens word daar oor bevoegdhede, hetsy dit direk uit die objektiewe reg afkomstig is (kompetensiebevoegdhede), hetsy dit *via* 'n subjektiewe reg daaruit afkomstig is (inhoudsbevoegdhede), gedwaal. Waar iemand dwaal oor die vraag of 'n saak syne is (feitedwaling), of dwaal oor die vraag of dit 'n *res nullius* is (feitedwaling), of dwaal oor die vraag of hy sy aartappels langs die pad sonder lisensie mag verkoop (regsdwaling), of oor die bestaan van die omstandighede wat noodweer regverdig (feite- of regsdwaling), gaan dit telkens om 'n bevoegdheidsdwaling. Die omstandighede waaruit die dwaling voortspruit, mag verskil maar steeds word daar oor 'n bevoegdheid en dus oor die reg self gedwaal.

Om te beweer dat 'n feitedwaling verskoonbaar is omdat feite hul so moeilik laat ken, is 'n valse uitgangspunt. Om 'n feit vas te stel, is myns insiens meesal makliker as om 'n regsreël te bepaal as mens die magdom wetgewing van ons tyd in oënskou neem.

Dit word dus hier betoog dat elke wesenlike bevoegdheidsdwaling *dolus* uitkakel aangesien dit wederregtelikheidsbewysing negatiewe. Daar kan nou wel gevra word of dit nie die weg open vir

---

<sup>163</sup>n Benadering wat ook deur die Franse howe gevolg word - sien Bouzat & Pinatel *Traité de droit pénal et de criminologie, droit pénal général* (Parys 1963) 194.

derduisende beroepe op regsontkennende nie. Die antwoord hierop is dat die erkenning dat 'n feitedwaling wel *dolus* uitmaak, nie hiertoe geleidelik het nie en daarom sal regsontkennende ook nie as verweer misbruik word nie. Bowendien kan die hof die redelikheid van die dwaling in ag neem by die bepaling van die bewysregtelike vraag of daar wel gedwaal is. Ook sal die doel van die regulatoriese misdade nie in die storting nie. Soos Milton<sup>164</sup> aandui, lei 'n nalatige feitedwaling dikwels by hierdie misdade tot 'n skuldigbevinding, aangesien nalatigheid as voldoende skuldvorm by die meeste van hierdie misdrywe beskou word. Waarom kan 'n nalatige dwaling ten opsigte van die regsposisie (as die onderskeid dan nou gemaak moet word!) nie ook 'n voldoende skuldvorm wees nie? Staan dit egter vas dat *dolus* 'n vereiste is, moet wederregtelikheidsbewysing deur die staat bewys word. Die beskuldigde hoef geensins die wet of die sanksie daarvan te ken nie: as hy maar net in die leke-sin van die woord die moontlikheid besef dat sy daad regtens verbode is en hom daarmee versoen, is hy skuldig.<sup>165</sup> Om egter te gaan beweer dat die beskuldigde steeds *dolus* het ten spyte van regsadvies wat hy ingewin het, is met respek, onrealisties. Dit is nie dat die mening van die regsadviseur bo die reg gestel word nie; dit gaan per slot van rekening oor die vraag of die beskuldigde se optrede juridies verwytfbaar was. Die verkryging van 'n regsmenting is dus myns insiens 'n baie sterk faktor om in ag te neem by die bepaling van die vraag of daar, ten spyte van aanvanklike huiwering, lateraan wederregtelikheidsbewysing aanwesig was. Dieselfde geld vir die menings wat openbare figure oor die regsposisie uitspreek. In dié opsig is die beslissings in *Colgate Palmolive*<sup>166</sup> en *Mabai*<sup>167</sup> dan ook verkeerd as die betrokke misdade slegs opsetlik begaan kon word. Mens kan selfs verder gaan: die beskuldigdes was nie eens nalatig nie.

Dit blyk dus dat daar nóg histories nóg regsvergelikend enige gronde is vir die absolute gelding van die *ignorantia*-reël. Die sterkste gesag vir die subjektiewe teorie is te vinde in ons eie ou bronne. Selfs al sou ons howe net bereid wees om die vermybaarheidsbenadering van die Duitsers en Nederlanders te volg, sou dit reeds veel billiker as die huidige benadering wees.

Daar is ook geen funksionele basis vir die bestaan van die *ignorantia*-reël nie. Regsdwaling word oor die algemeen as 'n strafversag-

<sup>164</sup>1971 *SALJ* 70.

<sup>165</sup>Vgl hier 'n beslissing van die *Bundesgerichtshof* 3 BGHSt 82 248 (1952) bespreek deur Ryu & Silving 1957 *U of Chi LR* 421 463 en ook die beslissing van die Switserse *Bundesgericht* in *Ritter gegen Statthalteramt Zürich* BGE 60 1 412 (1934) bespreek deur Ryu & Silving 459. Vir verdere riglyne tov Suid-Afrika sien nota 121 e.v.

<sup>166</sup>1971 2 SA 149 (T) 156G; kontrasteer *Rabson* 1972 4 SA 574 (T); sien Snyman 1973 *THRHR* 185.

<sup>167</sup>1966 2 SA 533 (OK).

tende omstandigheid beskou en daarom is die strawwe ook meer in ooreenstemming met dié wat vir nalatigheidsmisdade opgelê word. Die vraag is nou of dit, in die lig hiervan, nog enige nut het om in hierdie gevalle van *dolus* te praat. Die probleem is natuurlik dat misdade soos vryheidsberowing, aanranding en verkragting *dolus* vereis en dat daar geensins 'n mindere misdaad is, soos by moord, waaraan die beskuldigde, wat in 'n regsdwaling verkeer het, skuldig bevind kan word nie. Aangesien hierdie drie misdade al drie gemeenregtelik is en regsonkunde wel dáár verskoon het, is dit na my mening geheel en al onjuis om in hierdie gevalle vandag skuldig te bevind waar daar in regsonkunde gehandel is. Of het nalatigheid, ten spyte van die *nullum crimen sine lege*-reël, dalk in werklikheid 'n genoegsame skuldvorm by hierdie misdade geword? My betoog is dat indien die wetgewer 'n behoefte voel dat skuldig bevind moet word ook in gevalle waar die beskuldigde slegs nalatig ten aansien van die regsposisie was, hy dit uitdruklik so moet bepaal en die gemene reg so moet wysig. Afgesien hiervan is daar genoegsame wetteregtelike misdade waar nalatigheid ten aansien van die regsposisie as voldoende skuldvorm beskou kan word. Waar so 'n bepaling dan in regsonkunde oortree word, moet die gewone toets vir nalatigheid aangewend word, naamlik of die redelike man in daardie omstandighede ook onkundig ten aansien van die regsposisie sou gewees het.<sup>168</sup> Die reg moet nie bo die mens gestel word nie; dit moet alleen 'n middel wees ter bereiking van die geluk van die mens.<sup>169</sup> □

*Ek gaan die aangehaalde beslissing nie volg nie; dit sou wees om ontwikkeling en ontginning op te offer aan die abstrakte vormleer.*

*R Van den Heever in Ex parte Graphorn 1948 4 SA 276 (O)*

*Vir iemand van hoë aansien in die samelewing is die val van bowe tot op die tronkvloer 'n harder slag as vir die persoon van meer beskeie lewenswandel.*

*R Hiemstra in S v Botha 1970 4 SA 407 (T)*

<sup>168</sup> *Wandrag* 1970 3 SA 151 (O) 160.

<sup>169</sup> Op die onbillikheid waartoe 'n absolute toepassing van die *ignorantia*-reël lei, wys r Henning in *Mthabane* 1968 4 SA 256 (N) 258C: "Whilst it is true that, generally speaking, ignorance of the law is no excuse . . . the strict application of the principle might result in serious injustice, particularly where laymen are concerned who are in fact ignorant of the terms of a statutory enactment."

# Eiendom van wilde diere

CG van der Merwe  
MA Rabie

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

According to South African law wild animals are regarded as *res nullius*. This also was the position in Roman and Roman-Dutch law. This gave the hunter almost unlimited rights in regard to the capture and killing of wild animals. The history of the development of the rules regarding *occupatio* of wild animals is characterised by the imposition of restrictions on the hunter in favour of the landowner and later also of the general public who sensed an increasing interest in wild life conservation. It is concluded that in modern times emphasis should be placed primarily on wild life conservation in the interests of society in general. Criticism is levelled, accordingly at the fact that wild animals are regarded as *res nullius*; it is suggested that ownership of wild animals should in principle rest in the state but that individuals may in certain circumstances apply for ownership.

## INLEIDING

Wilde diere word<sup>1</sup> in ons reg as *res nullius* beskou, dws sake wat aan niemand behoort nie. Wilde diere kan egter wel in eiendom verkry word deur toe-eiening of *occupatio*. Vir *occupatio* word 'n daadwerklike fisiese inbesitname en die gepaardgaande besitswil vereis.

Juis omdat wilde diere vryelik toege-eien kon word, het die jagter van die vroegste tye af 'n belang daarby gehad dat sy vrye reg van jag sover as moontlik erken word. Nie net as gevolg van die avontuur van jag nie maar ook as gevolg van die ekonomiese waarde wat die opbrengs van sy aktiwiteit verteenwoordig,<sup>2</sup> was dit vir hom belangrik dat sy bevoegdhede ten opsigte van wilde diere so wyd as moontlik moet wees. Omdat wilde diere uit die aard van die saak hulself uit die omgewing moet voed en dit 'n botsing veroorsaak met toenemende boerderybedrywighede deurdat hulle die boer se gesaaides verniel en roofdiere sy vee bedreig, het die grond-eienaar ook 'n belang daarby om sekere bevoegdhede ten opsigte van wilde diere op sy grond te hê. In die moderne tyd het naas die jagter en die

---

<sup>1</sup>Die vraag of 'n bepaalde dier aan 'n mak of wilde *species* behoort, hang van gemeenskapsopvatting af. Sien byvoorbeeld *R v Bekker* 18 (1904) EDC 128 wat wilde volstruise as wilde diere beskou. Wilde diere buite wildreservate word volgens Suid-Afrikaanse wetgewing ingedeel in verskillende klasse. Die klas waartoe 'n wilde dier behoort, is van die allergrootste belang, aangesien die mate van beskerming wat dit ontvang, daarmee saamhang. 'n Indeling word gemaak in beskermde wilde diere en gewone wild (in Transvaal en die OVS) of in spesiaal beskermde wilde diere, beskermde wilde diere en gewone wild (in Natal, die Kaap en SWA). Wild is die term wat gebruik word om beskermde wilde diere en gewone wild te omvat. Wilde diere wat nie onder een van bogenoemde klasse ressorteer nie, ontvang weinig beskerming en het byna geen "status" ingevolge die wetgewing nie. Vgl Rabie VI *CILSA* (1973) 154 e.v.

<sup>2</sup>Hy kon lewendige wilde diere of die vleis en velle van dooie wilde diere gebruik of teen 'n wins van die hand sit.



grondeienaar nog 'n verdere party 'n belang by die "status" van wilde diere verkry, naamlik die staat, wat die algemene publiek verteenwoordig. Namate die middels waarmee jag op wilde diere gemaak word meer doeltreffend geword het en die habitat van wilde diere so versteur is dat hulle met uitwissing bedreig is, het die staat namens die gemeenskap 'n belang daarby begin aanvoel dat wilde diere om estetiese en ekologiese redes tot so 'n groot mate as moontlik beskerm moet word. Botsende belange word dus voortdurend teen mekaar afgespeel waar die bevoegdhede ten opsigte van wilde diere ter sprake is.

### DIE VRYE REG VAN JAG EN SY BEPERKINGS

Anders as die hedendaagse posisie, waar uitgebreide wetgewing beskerming aan wilde diere verleen, het die Romeinse reg in beginsel 'n vrye reg van jag erken. Die jag van wilde diere en voëls sowel as visvangs was 'n lewensnoodsaaklike aktiwiteit van die primitiewe mens aangesien sy kosvoorraad en lewensbestaan grootliks daarvan afhanklik was. Die reg om te kan jag, is as 'n goddelike reg afkomstig uit die natuureg beskou.<sup>3</sup> Elke mens kon daarop aanspraak maak. Om iemand te verbied om te jag, was om hom een van sy regte as mens te ontnem. Hierdie reg van jag was nie ondergeskik aan die reg van 'n grondeienaar ten opsigte van wilde diere op sy grond nie. In beginsel is aanvaar dat die jagter eienaar van die dier word waar hy dit ook al vang: op sy eie grond, op andermansgrond of op staatsgrond. Solank hy aan die vereistes van *occupatio* voldoen, het die dier sy eiendom geword.

Hierdie "jagtersparadys" is egter nie altyd deur die reg erken nie. Van die vroegste tye af het regsteëls uitgekristalliseer en is wetsvoorskrifte uitgevaardig wat die jagter se bevoegdhede ten aansien van wilde diere ten gunste van die aansprake van die grondeienaar en later van die staat as verteenwoordiger van die algemene publiek aan bande gelê het.

Die eerste manier waarop die reg van onbeteuelde jag op wilde diere ingeperk is, was om die klas wilde diere wat toege-eien kan word sover as moontlik in te perk deur die klas van makgemaakte wilde diere (*animalia mansuefacta*) uit te brei. Op laasgenoemde klas wilde diere kan nie jag gemaak word solank hulle die gewoonte het om na hul eienaars terug te keer nie (die sogenaamde *consuetudo revertendi*).<sup>4</sup> Aanvanklik is slegs duiwe en bye as makgemaakte diere beskou maar in die latere Romeinse reg<sup>5</sup> is bokke ook as makgemaakte wilde diere erken. Daar is verder al in die Suid-Afrikaanse regspraak aanvaar dat volstruise onder sekere omstandighede as makgemaakte diere kan kwalifiseer<sup>6</sup> en gespekuleer of wildebeeste as makgemaakte diere beskou kan word.<sup>7</sup> Die vangs van hierdie diere deur 'n vreemde word

<sup>3</sup>D 41 1 1 pr en 1; I 2 1 11. Sien ook Van Leeuwen *Censura Forensis* 2 3 8.

<sup>4</sup>Naas *consuetudo revertendi* kom die uitdrukking *animus revertendi* ook voor. Eersgenoemde uitdrukking word verkies omdat dit sinneloos is om te vra na die bedoeling van 'n (makgemaakte) dier.

<sup>5</sup>G 2 6 7; I 2 1 15. Sien ook Grotius *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* 2 1 13; Voet *Commentarius ad Pandectas* 41 1 3 en *R v Sefula* 1924 TPD 609.

<sup>6</sup>*Le Roex v Smit* 5 (1864-1867) Searle 327. In a 3 hfst CXXXV OVS-wetboek 1891 word uitdruklik bepaal dat die eienaar van 'n makgemaakte volstruis sy eiendomsreg behou, selfs al loop die voël weg.

<sup>7</sup>*Richter v Du Plooy* 1921 OPD 117.

as diefstal beskou. Aangesien dit egter moeilik sal wees om te bewys dat die oortreder bewus daarvan was dat hierdie diere die gewoonte het om na hul eienaars terug te keer en dus nie *res nullius* is nie, sal *animus furandi* nie maklik bewys kan word nie.

'n Beperking wat nòd aansluit by die vorige is die standpunt van 'n groep ou Franse Nasionale skrywers wat sommige van ons Romeins-Hollandse skrywers<sup>8</sup> beïnvloed het. Volgens hierdie standpunt bly die eienaar van makgemaakte diere steeds eienaar van hierdie diere selfs wanneer hulle nie meer die gewoonte het om terug te keer nie. In werklikheid kom hierdie standpunt daarop neer dat alle makgemaakte diere as huisdiere beskou word selfs wanneer hulle die staat van natuurlike vryheid herwin. Wanneer daar jag op sodanige diere gemaak word, word die jagter nie eienaar van die opbrengs van sy jag nie en is hy onderhewig aan die strawwe met betrekking tot diefstal en saakbeskadiging.

Hierdie standpunt is egter nie deur ons Romeins-Hollandse skrywers algemeen aanvaar nie en was heel waarskynlik beperk tot 'n paar diersoorte soos hawikke en valke. Van der Keessel<sup>9</sup> kwalifiseer hierdie reël nog verder deur te bepaal dat eiendomsreg slegs behoue gebly het in die geval van makgemaakte diere wat deur een of ander duidelike merk onderskei is. Dit is te betwyfel of ons Suid-Afrikaanse howe hierdie standpunt sal aanvaar<sup>10</sup> en selfs indien hulle sou, sou die praktiese uitwerking baie gering wees aangesien slegs duiwe en bye algemeen in ons reg as makgemaakte wilde diere erken word.

Daar is ook probleme verbonde aan die moontlike invoering van 'n nog breër beginsel, naamlik dat die eienaar van wilde diere eienaar bly ook nadat hy nie meer beheer oor hulle het nie. Dié wild sou moeilik geïdentifiseer kan word waar dit tussen ander wilde diere beland. Dit was waarskynlik die grond vir die tradisionele beskouing dat wilde diere wat ontsnap, weer *res nullius* word. Selfs al sou wilde diere gebrandmerk word, sou 'n persoon wat hulle buite die grond van die oorspronklike eienaar dood, hom daarop kan beroep dat hy nie die merk gesien het nie en gemeen het dat hulle *res nullius* was.<sup>11</sup> Dieselfde geld egter ook tav wilde diere wat makgemaak is en wat dus die eiendom van die eienaar bly, selfs al loop hulle van sy grond af. In *Le Roex v Smit*<sup>12</sup> het die verweerder juis met sukses op die verweer gesteun dat hy nie bewus was van die feit dat die volstruis makgemaak was nie. Dit sal natuurlik van die omstandighede van elke geval afhang of so 'n verweer slaag. Al beweer die verweerder dat hy eerlik geglo het dat die betrokke wilde dier aan niemand behoort het nie, sal hy steeds vir skadevergoeding aanspreeklik wees indien sy foutiewe geloof aan sy nalatigheid toe te skryf is.

'n Verdere beperking wat reeds deur die Romeinse reg op die absolute reg van jag gelê is, was dat die eienaar van 'n grondstuk die jag van diere of

<sup>8</sup>Grotius *De iure belli ac pacis* 2 8 3; Van der Keessel *Praelectiones* 397.

<sup>9</sup>*Praelectiones* 397. Sien ook Van Leeuwen *op cit* 2 3 7.

<sup>10</sup>Vgl *R v Sefula* 1924 TPD 609.

<sup>11</sup>So 'n verweer sal ook relevant wees by 'n aanklag van diefstal; vgl *R v Sefula* 1924 TPD 609 610-611.

<sup>12</sup>5 (1864-1867) Searle 327.

voëls op sy grond kon verbied.<sup>13</sup> Indien die jagter die verbod van die grondeienaar oortree het, het hy desnieteenstaande eienaar van die opbrengs van sy jagtog geword.<sup>14</sup> Die eienaar van die grond kon slegs indien hy van die oortreding op sy grond te hore kom 'n aksie om vergoeding instel. Die Romeins-Hollandse skrywers<sup>15</sup> het bepaal dat die basis van hierdie aksie die *actio iniuriarum* was: 'n genoegdoeningsaksie waarvolgens slegs 'n nominale bedrag vir opsetlike persoonlikheidskrenking geëis kon word. Die feit dat hulle hul kon blootlê aan sodanige aksie het sekerlik min jagters verhinder om met hul aktiwiteit voort te gaan. Die vroeë Suid-Afrikaanse regspraak<sup>16</sup> meen dat die aksie van die grondeienaar nie aan die *actio iniuriarum* nie maar aan die Engels-regtelike remedie van "trespass" ontleen is.

Indien die Suid-Afrikaanse regspraak betreding van grond deur 'n jagter as "trespass" beskou - wat hoogs te betwyfel val - is die afskrikmiddel vir die oortreder groter omdat die hof kon bepaal dat die bedrag skadevergoeding wat betaal moet word gelykstaande moet wees aan die waarde van die diere wat geskiet is. Die moontlikheid dat die eienaar van die grond nooit eers kennis van die jagter bekom het nie of dat hy nie die moeite wil doen om 'n aksie in te stel nie, veral aangesien opset moeilik bewysbaar is, kan egter nie uitgesluit word nie.

Nog 'n manier waarop die vrye reg van jag in die Romeins-Hollandse reg<sup>17</sup> ingeperk is, was om die vereiste van voortdurende fisiese beheer by *occupatio* te verslap. Hiervolgens oefen die persoon wat wilde diere gevang het en in 'n kamp of private woud aanhou, genoegsame fisiese beheer daaroor uit om steeds as eienaar beskou te word ten spyte daarvan dat dié diere in die kamp of woud vryelik kan beweeg.<sup>18</sup> Die basis van hierdie beperking, wat vandag nog in die Suid-Afrikaanse reg geld, is dat die eienaar van die kamp of private woud beskou word voldoende fisiese beheer oor die wilde diere daarin uit te oefen om hom as eienaar van die wilde diere en hul kleintjies te laat geld.

Die vraag watter mate van omheining in hierdie gevalle vereis word, word slegs in die Kaap en SWA dmv ordonnansies gereël.<sup>19</sup> Hierdie vraag is 'n

<sup>13</sup>Hierdie algemene verbod het ontwikkel uit 'n bepaling in 'n *rescriptum* van Antoninus Pius ingevolge waarvan voëlvangers verbied is om voëls met voëllim teen die verbod van die grondeienaar te vang: *D* 8 3 16. Sien verder *D* 41 1 3 1; *D* 41 1 5 3 en *I* 2 1 12.

<sup>14</sup>*D* 41 1 3 1; Grotius *Inleydinge* 2 4 5, 9; Voet *op cit* 41 1 4; Vinnius *ad I* 2 1 12 nota 2; Van Leeuwen *op cit* 2 3 8; *R v Maritz* 25 (1908) SC 787.

<sup>15</sup>Voet *op cit* 41 1 4; Vinnius *ad I* 2 1 12 nota 3; Van Leeuwen *op cit* 2 3 8. Die jagter wat sonder toestemming op grond oortree, maak hom skuldig aan *crimen iniuria*. Sien *R v Schonken* 1929 AD 36 45.

<sup>16</sup>*De Villiers v Van Zyl* 1880 Foord 17; *Wright v Ashton* 2 Buch AC 240 243; *Gosani v Kreusch* 25 SC 350; *Tberon v Steenkamp* 1929 CPD 434.

<sup>17</sup>Voet 41 1 5; Vinnius *ad I* 2 1 12 nota 2; Grotius *De iure belli ac pacis* 2 8 2; Tuldenus *ad I* 2 1 12 nota 17. Die woorde wat gebruik word, is *vivaria* en *silvae privatae*.

<sup>18</sup>In die spesiale geval waar wild deel van 'n vruggebruik (*ususfructus*) wat oor 'n plaas gegee is, uitgemaak het, is die vrye reg van jag ook ingeperk. Wilde diere word in so 'n geval as vrugte van die plaas beskou en 'n persoon wat sodanige diere skiet of verwyder, kan aanspreeklik wees ingevolge 'n skadevergoedingsaksie (*actio legis Aquiliae*) of strafbaar weens diefstal. Afgesien van die feit dat slegs skrale gesag vir hierdie regsposisie aangevoer kan word, vind hierdie beperking net toepassing in die geval van vruggebruik oor spesiale wildplase. Sien Voet *op cit* 41 1 4 en 7 1 23.

<sup>19</sup>Vgl a 2 ord 26 van 1965 (Kaap) en a 1 ord 31 van 1967 (SWA). Daar word egter niks



feitelike vraag wat deur ons regspraak uitgemaak moet word. In *Lamont v Heyns*<sup>20</sup> is beslis dat 'n vyf-en-'n-half-voet-hoë heining rondom 'n kamp van twee honderd en vyftig tot drie honderd morge voldoende is om 'n trop van honderd en tien blesbokke onder effektiewe beheer te hou. Daarteenoor is in *Richter v Du Plooy*<sup>21</sup> beslis dat sewe en vyftig wildebeeste nie effektief deur 'n heining rondom 'n plaas van agt honderd morge beheer word nie. Dit sal dus van die omstandighede van elke geval afhang of doeltreffende beheer uitgeoefen is. Voëls en diere wat onder 'n draadheining kan deurgrawe, sal bv kwalik doeltreffend deur 'n heining beheer kan word.

Selfs waar 'n grondeienaar sy plaas voldoende omhein het om wilde diere binne te hou, en hy dus eienaar van dié diere word, is sy regte steeds onderworpe aan die verskillende ordonnansies op natuurbewaring soos later duideliker sal blyk. Tog word hom ingevolge sommige van hierdie ordonnansies bevoegdhede verleen wat hy nie sou gehad het indien sy grond nie voldoende omhein was nie. So mag hy in die Kaap te eniger tyd van die jaar beskermde wild en gewone wild wat op sy grond voorkom, jag.<sup>22</sup> (Normaalweg mag hy beskermde wild jag slegs indien hy die houer van 'n permit is,<sup>23</sup> en mag hy gewone wild slegs gedurende die oop seisoen jag.)<sup>24</sup> In Transvaal mag hy selfs vrystelling verkry van enigeen of al die beperkende bepalings van ord 17 van 1967 mgt die jag van sodanige soort wild as wat deur die administrateur bepaal mag word.<sup>25</sup> In SWA mag hy sonder lisensie dwarsdeur die jaar gewone wild op sy grond jag.<sup>26</sup> In die OVS en Natal is daar geen bepalings wat voorsiening maak vir die geval waar die grondeienaar se plaas voldoende omhein is om wilde diere wat daarop aangetref word, binne te hou nie. In hierdie provinsies is die grondeienaar se bevoegdhede ingevolge die betrokke ordonnansies dus dieselfde as in die geval waar sy plaas nie voldoende omhein is nie.

Waar die grondeienaar sy plaas in 'n sogenaamde private natuurreservaat omskep - waarvoor vereis word dat dit doeltreffend omhein is - word hy ook, ooreenkomstig die beginsels hierbo uiteengesit, eienaar van die wilde diere wat op sy grond aangetref word. Ook in dié geval word beper-

---

to v die eiendomsreg oor wilde diere binne die omheinde gebied verklaar nie. 'n Uitsondering is die SWA-Ordonnansie op Natuurbewaring 31 van 1967. Volgens a 6(5) word 'n grondeienaar eienaar van enige steenbok wat regmatig (*sic*) op die grond verkeer waar 'n plaas van minstens 1 000 hektaar met jakkalsdraad omhein is. Volgens a 7 van dieselfde ordonnansie word 'n grondeienaar, waar sy grond voldoende omhein is, eienaar van al die wild wat op sy grond aangetref word, maar is hy nie eienaar van spesiaal beskermde wild, beskermde wild en wilde diere wat geen "status" ingevolge die ordonnansie het nie. Hierdie bepaling wyk dus af van die algemene reël dat die grondeienaar eienaar word van alle wilde diere wat hy doeltreffend beheer.

<sup>20</sup>1938 TPD 22.

<sup>21</sup>1921 OPD 117. Vgl ook *De Villiers v Van Zyl* Foord (1880) 77 en *Wright v Ashton* 2 (1885-1905) Buch AC 240. Hoewel die hof in *Richter v Du Plooy* beslis het dat die grondeienaar nie eienaar van die wilde diere op sy grond geword het nie, aangesien hy hulle nie doeltreffend beheer het nie, was dit nie nodig vir die hof om hierop in te gaan nie, aangesien die betrokke wilde diere van sy grond weggehoop het en op 'n buurman se grond geskiet is.

<sup>22</sup>a 14(a)(i) ord 26 van 1965.

<sup>23</sup>a 7.

<sup>24</sup>a 14(a)(ii).

<sup>25</sup>a 15 ord 17 van 1967.

<sup>26</sup>a 9(1) ord 31 van 1967.



kings op sy eiendomsreg deur wetgewing opgelê, maar word sommige toegewings tog aan die eienaar gemaak. Hy kan bv in Transvaal vrystelling verkry van enigeen of al die bepalings van ord 17 van 1967 mbt die jag van sodanige wilde dier as wat deur die administrateur bepaal word.<sup>27</sup> In die OVS mag daar met die eienaar se toestemming jag gemaak word op enige wilde dier in 'n private natuurreservaat.<sup>28</sup> In SWA mag gewone wild en ander wilde diere, uitgesonderd spesiaal beskermde en beskermde wild, sonder lisensie gejag word.<sup>29</sup> Aan die ander kant benodig die eienaar 'n permit vir die jag van enige wilde dier in 'n private natuurreservaat in die Kaap<sup>30</sup> en in Transvaal<sup>31</sup> en vir die jag van beskermde wild in 'n private natuurlewe-reservaat in Natal.<sup>32</sup>

Bostaande beperkings op die vrye reg van jag was slegs daarop gerig om die eiendomsreg ten aansien van wilde diere meestal tot voordeel van die grondeienaar uit te brei. Die feit dat iemand eienaar van 'n wilde dier geword het, is egter geen waarborg dat wilde diere in die algemeen teen uitroeiing beskerm word nie. Namate aangevoel is dat wilde diere ook om estetiese en ekologiese redes beskerm moet word, het verdere maatreëls noodwendig geword om wilde diere doeltreffend te beskerm. Hierdie maatreëls verteenwoordig die omvattendste beperking op die vrye reg van jag.

Onder invloed van Germaansregtelike beginsels is voorskrifte in die Romeins-Hollandse reg aanvaar wat die vrye reg van jag op 'n breë front ingeperk en die beskerming van wilde diere bevorder het. Volgens die Germaanse reg het die leenmanne of vasale 'n ooreenkoms met die leenhere gesluit ingevolge waarvan die onderdane hul vrye reg van jag aan die leenhere oorgedra het in ruil vir die beskerming en beskutting wat die leenheer hulle bied. Sodanige beperking van die reg op jag as die priviligie van 'n groepie uitverkorenes het die gevolg gehad dat algehele uitroeiing van wilde diere voorkom is en dat die leenmanne rustig kon arbeid sonder om deur die avontuur van jag weggelok te word.<sup>33</sup>

Hierdie Germaansregtelike beginsel het in talle gewoonteregsreëls en plaaslike statute van die Nederlandse provinsies neerslag gevind. Baie van hierdie reëls het nog behoue gebly na die resepsie van die Romeinse reg.<sup>34</sup> Die reg van jag wat in Germaanse tye aan die leenhere toegekoms het, kom nou die owerheid toe. Die owerheid maak die beskerming van wild sy taak en talle voorskrifte wat die vrye reg van jag selfs vir geprivilegeerdes beperk, word uitgevaardig. Die voorskrifte bevat bepalings oor byvoorbeeld watter persone mag jag, watter diere gejag mag word, op watter plekke gejag mag word en watter tye van die jaar gejag mag word. So word byvoorbeeld be-

<sup>27</sup>a 13(1)(a)(ii).

<sup>28</sup>a 36(3) ord 8 van 1969. Eienaardig genoeg word niks mbt die eienaar self bepaal nie.

<sup>29</sup>a 43(1) ord 31 van 1967.

<sup>30</sup>a 63B ord 26 van 1965.

<sup>31</sup>a 13(1)(a)(i) ord 17 van 1967.

<sup>32</sup>a 4(1) ord 52 van 1971.

<sup>33</sup>Sien Vinnius *ad I 2 1 13* nota 4 *in fine*.

<sup>34</sup>Sien Voet *op cit* 41 1 6; Grotius *Inleydinge* 2 4 5 ev; Vinnius *ad I 2 1 13*; Van Leeuwen *op cit* 2 3 9-11; Van der Linden *Institutes of the Law of Holland* 7 2 1 nota a; Groenewegen *De Legibus Abrogatis ad I 2 1 12*; Merula *Van de Wildernisse* 3 3 1; Van der Keessel *Praelectiones* 2 4 5 ev.

paal dat slegs baronne een hert of een wildevarke per jaar mag dood, dat hase en patryse nie in wippe gevang mag word nie en dat werknemers nie sonder toesig mag jag nie.<sup>35</sup> Die belangrikste maatreël wat ter beskerming van wilde diere getref is, was egter die aanstelling van 'n koninklike wildebewaarder of houtvester wat algemene toesig oor die jag van wilde diere moes hou, die uitdunning van groot troppe moes magtig en vir die rustige voortplanting van wilde diere moes sorg. As uitvloeisel van hierdie toestand geld die regsreëls dat indien 'n wilde dier in stryd met die wetsvoorskrifte gedood is, die wilde dier nie die eiendom van die jagter word nie maar aan die houtvester oorhandig moet word.<sup>36</sup> Hierdie voorskrifte wat wild tot 'n groot mate beskerm het, het nie lank in die provinsie Holland gegeld nie. Deur die *Placaat van Jagt* is die reg van jag van die grondeienaar in 1795 in ere herstel en is alle organisasies van die houtvester en reëls mbt houtvestery afgeskaf.<sup>37</sup>

Die gemeenregtelike posisie dat wilde diere as *res nullius* beskou word, en die reëls wat met eiendomsverkryging van wilde diere saamhang, is basies in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem. Die Romeins-Hollandse statutêre regsreëls ter beskerming van wilde diere, soos die instelling van houtvestery, het egter nooit hier 'n rol gespeel nie. Die wetgewer in Suid-Afrika moes dus ingryp om wilde diere te beskerm aangesien die feit dat hulle in beginsel as *res nullius* beskou word, hul sonder enige beskerming sou laat.

Skaars vier jaar nadat hy aan die Kaap geland het, het Van Riebeeck reeds beperkings op jag ingestel.<sup>38</sup> Verdere beperkings het daarna gereeld in die Kaap gevolg.<sup>39</sup> Na die stigting van Transvaal, Natal en die OVS is wetgewing waardeur jag beheer word en wilde diere beskerm word ook in dié gebiede gepromulgeer.<sup>40</sup> In die Grondwet van die Republiek van SA 32 van 1961 a 84(1)(j) word vis- en wildebekerming aan die provinsiale rade opgedra; gevolglik vind ons die belangrikste bepalings mbt die beskerming van wilde diere in die onderskeie provinsiale ordonnansies.<sup>41</sup> Daar is ook enkele wette soos die Wet op Nasionale Parke 42 van 1962, die Boswet 72 van 1968 en die Wet op die Beskerming van Seevoëls en Robbe 46 van 1973 en sommige munisipale verordeninge wat gerig is op die beskerming van wilde diere. Die belangrikste van hierdie bepalings is egter gemik op die beskerming van wilde diere in spesifieke gebiede soos nasionale parke, natuurreservate en wildernisgebiede.

Ingevolge die verskillende provinsiale ordonnansies word verskeie beperkings op jag gelê, soos verbodinge op jag sonder 'n lisensie, op jag met sekere wapens, op jag op sekere plekke, op jag op sekere tye, op ge-

<sup>35</sup>Sien Voet *op cit* 41 1 6.

<sup>36</sup>Grotius *Inleydinge* 2 4 5; Voet *op cit* 41 1 7 en Groenewegen *op cit* 2 1 12. Sien egter Vinnius *ad I* 2 1 12 wat op Covarruvias en Gudelinus steun vir sy standpunt dat die jagter eienaar van die dier word.

<sup>37</sup>Sien Van der Kessel *Praelectiones* 395 e.v.

<sup>38</sup>Plakkaat van 1 Januarie 1657.

<sup>39</sup>Vgl Rabie VI *CILSA* (1973) 146-7.

<sup>40</sup>Rabie *op cit* 147-9.

<sup>41</sup>ord 17 van 1967 (Tvl); ord 26 van 1965 (Kaap); ord 8 van 1969 (OVS); ord 35 van 1947 (Natal); ord 9 van 1955 (Natal); ord 10 van 1955 (Natal); ord 11 van 1955 (Natal); ord 13 van 1956 (Natal); ord 19 van 1958 (Natal); ord 32 van 1968 (Natal); ord 52 van 1971 (Natal); ord 20 van 1972 (Natal) en ord 31 van 1967 (SWA).

vangehouding van, vervoer van, besit van en handeldrywe in wilde diere.<sup>42</sup>

Hierdie beperkings geld egter slegs in 'n beperkte mate tot die grondeienaar. Al is hy normaalweg nie eienaar van die wilde diere op sy grond nie het die grondeienaar - en 'n groot groep persone wat bloot op grond van hul verwantskap met hom ook tot die bevoorregte klas behoort - ingevolge Suid-Afrikaanse wetgewing verreikende bevoegdhede tot hierdie diere: Hy hoef nie, soos ander, 'n jaglisensie te hê om gewone wild<sup>43</sup> wat op sy grond voorkom in die oop seisoen te jag nie.<sup>44</sup> Hy mag gewone wild onder sekere omstandighede selfs in die toe seisoen jag.<sup>45</sup> Ander persone wat op die eienaar se grond wil jag, het sy toestemming nodig.<sup>46</sup> Die grondeienaar het besonder wye bevoegdhede waar wilde diere op sy grond skade aanrig.<sup>47</sup> Hy mag in besit wees van en gebruik maak van sekere jagwapens en -metodes wat vir ander persone verbode is.<sup>48</sup> Hy mag sonder permit vleis van wild wat wettiglik op sy grond gejag is, verkoop.<sup>49</sup> Die grondeienaar kan vergoed word vir beskermde wild wat deur die Afdeling Natuurbewaring op sy grond gevang is.<sup>50</sup> Waar die grondeienaar wel 'n permit benodig mbt jag van wilde diere word dit òf kosteloos aan hom uitgereik òf is dit goedkoper as vir ander persone,<sup>51</sup> en in SWA kan hy 'n deel kry van die lisensiegeld wat betaal word deur persone wat op sy grond jag.<sup>52</sup> Die grondeienaar se bevoegdhede mbt toepassing van ordonnansies op natuurbewaring is feitlik soos dié van 'n natuurbewaringsbeampte.<sup>53</sup> Waar die grondeienaar self skuldig bevind word aan onwettige jag in Transvaal of van enige misdaad ingevolge die OVS-Ordonnansie op Natuurbewaring, word hy gevrywaar van die voorskrifte mbt beslaglegging op sy voertuie en wapens waar die misdaad op sy grond gepleeg is.<sup>54</sup>

Die ordonnansie bevat wel strafbepalings vir gevalle van oortreding van die voorskrifte, maar bepaal niks oor die eiendomsreg oor wilde diere

<sup>42</sup>Vgl Rabie *op cit* 162 e.v.

<sup>43</sup>Wilde diere word, soos hierbo verduidelik, ingevolge die verskillende ordonnansies op natuurbewaring verdeel in beskermde wild en gewone wild (in Transvaal en die OVS) of in spesiaal beskermde wild, beskermde wild en gewone wild (in die Kaap, Natal en SWA).

<sup>44</sup>a 10(1)(a) en (b) ord 17 van 1967 (Tvl), a 14(a)(ii) ord 26 van 1965 (Kaap), a 5(a) en (b) ord 8 van 1969 (OVS), a 6(3) ord 11 van 1955 (Natal) en a 9(1) ord 31 van 1967 (SWA).

<sup>45</sup>a 9(1) ord 17 van 1967 (Tvl), a 14(a)(i) ord 26 van 1965 (Kaap) en a 9(1) en 11(1) ord 31 van 1967 (SWA). Hierdie bevoegdheid kom hom ook toe waar hy wilde diere wat skade op sy grond veroorsaak, jag. Vgl vn 47 hieronder.

<sup>46</sup>a 10(1)(c)(ii), 13(1)(b), 30 en 30A ord 17 van 1967 (Tvl), a 18 en 36(3) ord 8 van 1969 (OVS) en a 15(1)(b), 24(3) en 63B ord 26 van 1965 (Kaap).

<sup>47</sup>a 12 ord 17 van 1967 (Tvl), a 2(3) en 4 ord 8 van 1969 (OVS), a 23(3) ord 26 van 1965 (Kaap) en a 6(5), 11(1), 13, 22 en 29 ord 31 van 1967 (SWA).

<sup>48</sup>a 17(1)(i), 18(1)(i) en 19(1) ord 17 van 1967 (Tvl), a 8(i), 9(i) en 10 ord 8 van 1969 (OVS), a 18(3) ord 11 van 1955 (Natal), a 21(i) ord 26 van 1965 (Kaap) en a 16(1)(c)(ii) en 17(4) ord 31 van 1967 (SWA).

<sup>49</sup>a 20 ord 17 van 1967 (Tvl), a 11 ord 8 van 1969 (OVS) a 19(2) ord 11 van 1955 (Natal) en a 19(2)(a) ord 26 van 1965 (Kaap). In SWA benodig hy die toestemming van die administrateur: a 30 ord 31 van 1967.

<sup>50</sup>a 6(1)(b) ord 17 van 1967 (Tvl).

<sup>51</sup>Vgl bv a 5(3) en 6(3) ord 31 van 1967 (SWA).

<sup>52</sup>a 8(5) en (6) ord 31 van 1967 (SWA).

<sup>53</sup>a 104 ord 17 van 1967 (Tvl), a 39(5) ord 8 van 1969 (OVS) en a 2 (omskrywing van "natuurbewaringsbeampte") ord 26 van 1965 (Kaap).

<sup>54</sup>a 107(4) ord 17 van 1967 (Tvl) en a 41(3) ord 8 van 1969 (OVS).



nie. Wilde diere wat ooreenkomstig die voorskrifte van die ordonnansies gevang of gedood is, word volgens die beginsels van *occupatio* die eiendom van die jagter.

Die vraag ontstaan egter of iemand wat 'n wilde dier in stryd met die bepalings van die ordonnansies vang of dood, ook eienaar van die dier word. In *Dunn v Bowyer*<sup>55</sup> is beslis dat iemand wat strydig met die bepalings van ord 2 van 1912 (Natal) jag, nie eienaar van die betrokke wilde dier word nie. Die hof steun op Grotius, Groenewegen en Voet se stelling dat wilde diere wat strydig met regsvoorskrifte gevang word, aan die houtvester oorhandig moet word en beslis dat die jagter nie eienaar word van wilde diere wat hy so vang of dood nie. Die teenoorgestelde standpunt word egter obiter in *R v Mafobla*<sup>56</sup> gehuldig. Vanuit 'n Romeinsregtelike standpunt beoordeel, lyk dit, met respek, of die hof in *Dunn v Bowyer* die laakbaarheid van die onwettige jag projekteer op die vraag of die jagter wat in stryd met regsvoorskrifte jag, eienaar word van die wilde dier wat so gejag is; hoewel die jagter strafbaar is ingevolge die ordonnansie, behoort dit nie die feit dat hy deur *occupatio* eienaar van die dier geword het, te affekteer nie.

Wat die verskillende ordonnansies op natuurbewaring betref, word niks uitdruklik bepaal tav die eiendomsreg van wilde diere wat strydig met die voorskrifte van die ordonnansies gevang of gedood is nie. Die ordonnansies bevat wel bepalings dat dié diere verbeurd verklaar kan of moet word,<sup>57</sup> wat daarop kan dui dat die oortreder eienaar van die dier geword het. Die feit dat die ordonnansies uitgebreide bevoegdhede aan departemente van natuurbewaring in die verskillende provinsies opdra, herinner mens egter aan die instelling van houtvestery en impliseer dat die stelling van Grotius, Groenewegen en Voet *mutatis mutandis* ook op die Suid-Afrikaanse ordonnansies toegepas sou kan word. Die beslissing in *Dunn v Bowyer* sou in die lig van so 'n uitleg korrek wees.

Daar bestaan dus botsende standpunte in ons reg oor die vraag of die oortreder eienaar word van die wilde dier wat hy in stryd met regsvoorskrifte vang of dood.

## SLOTSOM

Indien die bevoegdhede van die grondeienaar, die jagter en die staat (as verteenwoordiger van die algemene publiek) in oënskou geneem word, blyk dit dat aanvanklik slegs die belange van die jagter in ag geneem is en dat sy bevoegdhede gaandeweg ingeperk is deur aan die grondeienaar al hoe meer bevoegdhede te verleen ten koste van die jagter. Eers in 'n later stadium het die belange van die staat in die beskerming van wilde diere na vore gekom en die belangebotsing wat reeds bestaan het, verdiep. Die vraag is nou of die huidige regsposisie mbt bevoegdhede wat oor wilde diere in ons reg, verleen word genoegsame waarborg bied vir hul beskerming.

<sup>55</sup>1926 NPD 516.

<sup>56</sup>1958 2 SA 373 (SR) 374. Sien ook Maasdorp *Institutes of South African Law, The Law of Things* 29; Lee and Honoré *The South African Law of Property, Family Relations and Succession* 14.

<sup>57</sup>a 107(1) ord 17 van 1967 (Tvl), a 85(3) ord 26 van 1965 (Kaap), a 41(1)(a)(i) ord 8 van 1969 (OVS), a 27(1)(a) ord 11 van 1955 (Natal), a 23(1) ord 10 van 1955 (Natal) en a 75(1) ord 31 van 1967 (SWA).



Die feit dat wilde diere as *res nullius* beskou word en gevolglik deur *occupatio* in eiendom verkry kan word, hou die volgende nadele vir hul beskerming in:

Eerstens kan geen gemeenregtelike misdade soos diefstal en saakbeskdiging dien as afskrikking vir jagters nie.<sup>58</sup> Tweedens word wilde diere wat eenmaal in eiendom verkry is, weer *res nullius* sodra hulle nie meer doeltreffend beheer word nie (behalwe in gevalle van makgemaakte wilde diere). Dit beteken dat 'n eienaar van wilde diere wat van 'n doeltreffend omheinde stuk grond onsnap, sy eiendomsreg oor hulle verloor. Hy kan nie die tradisionele privaatregtelike remedies soos die *rei vindicatio*, besitsinterdikte of die *actio legis Aquiliae* instel om sy eiendom te beskerm nie.<sup>59</sup> Derdens is die obiter-standpunt in *R v Mafobla* - wat deur ons handboekskrywers aanvaar word<sup>60</sup> - naamlik dat die jagter wat in stryd met die voorskryfte van die ordonnansies jag, eienaar word van die dier wat hy dood of vang, onbevredigend oa omdat dit jagters mag aanspoor om ten spyte van die verbiedende wetsbepalings wilde diere te jag.

In die lig van bogenoemde nadele en van die feit dat toestande vandag verskil van dié van die Romeinse tyd toe die beginsel dat wilde diere *res nullius* is, gegeld het, het 'n hersiening van dié beginsel nodig geword. Met die grootskaalse uitroeiing en gevolglike vermindering van die eens ryke erfenis van wilde diere in die wêreld in die algemeen en in Suid-Afrika in die besonder, kan die beginsel dat wilde diere steeds as *res nullius* beskou moet word, nie meer aanvaar word nie. Aangesien wilde diere 'n nasionale bate is wat deur die staat ten behoeve van die hele gemeenskap bewaar word, behoort eiendomsreg daarvoor in beginsel aan die staat toegesê te word.<sup>61</sup> Aangesien die eienaar van wilde diere egter aanspreeklik is vir skade wat deur hulle veroorsaak is,<sup>62</sup> behoort die staat skadeloos gestel te word teen sodanige eise om skadevergoeding.

Waar individue buitengewone belangstelling en bereidwilligheid toon om wilde diere op hul grond te bewaar, soos waar 'n natuurreservaat gestig word, behoort die staat eiendomsreg oor sulke diere wat op hul grond aan-

<sup>58</sup>Vgl *K v Bekker* 18 (1904) EDC 128; *R v Maritz* 25 (1908) SC 787, *R v Mafobla* 1958 2 SA 373 (SR) en *S v Mnomiya* 1970 1 SA 66 (N). Indien 'n persoon egter eiendomsreg oor 'n wilde dier verkry het, is diefstal natuurlik wel moontlik; vgl *R v Sefula* 1924 TPD 609.

<sup>59</sup>Neem die geval van die eienaar van 'n natuurreservaat wat wilde diere teen groot koste aanskaf en waar dié wilde diere dan op een of ander manier deur die wildwerende heining onsnap en deur 'n buurman of ander persoon gevang of gedood word. Selfs indien die buurman moontlik sekere bepalings van die relevante ordonnansie op natuur-bewaring mag oortree - wat glad nie noodwendig die geval sal wees nie, want 'n eienaar het toevan wilde diere op sy grond baie wye bevoegdhede - sou dit maar skrale troos aan die eienaar van die natuurreservaat bied wat geen skadevergoeding van die buurman sou kon verhaal nie. Sou die buurman opsetlik 'n gat in die wildwerende heining gesny het, sodat die wild daardeur na sy grond onsnap en hy hulle dan vang of dood, sou die oorspronklike eienaar moontlik sy skade op grond van die *lex Aquilia* kan verhaal, maar waar die ontsnapping van die diere nie aan enigeen se skuld gewyt kan word nie, sou die oorspronklike eienaar geen verhaalsreg hê nie.

<sup>60</sup>Sien n 56.

<sup>61</sup>Dit is bv die geval in Zambië waar die eiendomsreg oor wilde diere gevestig is in die President ten behoeve van die Republiek. Vgl art 3(1) wet 57 van 1968.

<sup>62</sup>Ingevolge die *edictum de feris* en die *actio legis Aquiliae*.

wesig is, aan hulle oor te dra. Eiendomsreg behoort nie verloor te word indien van dié diere uit die reservaat ontsnap nie. Eiendomsreg behoort egter slegs ingevolge 'n permit, wat deur die staat uitgereik word, verkry te kan word. In hierdie permit kan dan die voorwaardes uiteengesit word waaraan voldoen moet word ten einde te verseker dat die wilde diere doeltreffend en bevredigend beheer en bewaar sal word. Waar die permithouer versuim om aan die voorwaardes van die permit te voldoen, behoort die permit herroep te kan word, met die gevolg dat die staat weer eienaar van die betrokke wilde dier word. 'n Persoon wat 'n wilde dier wettiglik ingevolge 'n jaglisensie dood of vang, behoort dan ook ingevolge die voorgestelde beginsel eienaar van dié wilde dier te word. Dieselfde sal geld tov iemand wat 'n wilde dier ingevolge 'n permit in gevangenskap hou. Die bestaande wette-regtelike beskermingsmaatreëls tov jag sal natuurlik steeds geld; dit is 'n bekende verskynsel dat 'n eienaar se bevoegdhede deur wetgewing beperk kan word.

Om die grondeienaar tegemoet te kom, kan die staat aan hom vruggebruik oor wilde diere op sy grond verleen. Dit impliseer dat die grondeienaar wel wilde diere wat in groot getalle aantel, mag uitdun en dat hy eienaar van sodanige diere word, maar dat hy altyd sorg moet dra dat die aantal wilde diere op sy grond min of meer konstant bly.<sup>63</sup>

Implikasies van die feit dat wilde diere nie meer as *res nullius* beskou sou word nie is oa die volgende: Waar 'n wilde dier gedood, gewond of gevang word deur 'n ander persoon, sou die eienaar, sy dit die staat of 'n individu, die *rei vindicatio* kan gebruik om die betrokke dier terug te kry en skadevergoeding van die jagter kan verhaal; verder sou die jagter hom skuldig maak aan diefstal, saakbeskadiging en oortreding van die verskillende ordonnansies op natuurbewaring. Die verweer van onkunde van die feit dat 'n besondere wilde dier aan iemand in eiendom behoort, wat maklik kan slaag - soos hierbo uiteengesit - en wat wildbewaring maklik kan veryd, sal dan nie meer kan opgaan nie aangesien wilde diere altyd aan iemand, sy dit die staat of 'n individu, in eiendom sal behoort. In beginsel kan aanvaar word dat die feit dat 'n wilde dier nie meer as 'n *res nullius* beskou word nie, maar aan iemand behoort, bevorderlik sal wees vir sy beskerming aangesien 'n eienaar meer belang het om sy eie saak te beskerm as om hom oor 'n *res nullius* te bekommer. Eiendomsverkryging deur 'n permitstelsel liever as deur voldoening aan die reëls van *occupatio* behoort insgelyks groter belofte te bied vir die beskerming van wilde diere. □

<sup>63</sup>Vgl n 18.

# Onredelikheid as selfstandige administratiefregtelike hersieningsgrond

Johann van Aswegen

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

Whereas it has been held in the majority of cases on the subject that the unreasonableness of an administrative action may serve only as proof of the existence of some other ground for judicial review, it is indicated that there is authority for the view that unreasonableness *per se* is such a ground. The test to be applied in determining whether an action is voidable on this ground is:

- (a) does the enabling act authorise unreasonableness, and, if not,  
(b) is the prejudice suffered by the subject unreasonable, in terms of the "reasonable man" test?

As the administration may act to the prejudice of the subjects, it has, although not authorised by statute law, a prerogative of prejudice. This prerogative is, however, limited and the scope thereof is determined by common law. Unreasonableness is therefore a legal concept of administrative law which serves to outline the scope of the administration's powers.

## INLEIDING

Regsoewereiniteit, die hoeksteen van die moderne regstaat, impliseer 'n ondergeskiktheid aan die reg van nie alleen die onderdaan nie maar ook die owerheid.<sup>1</sup> Administratiewe organe, in besonder, is hiervolgens allermens bevoegd tot willekeurige optrede; hulle werksaamhede word streng omlyn deur die administratiefreg. Indien 'n orgaan die perke van sy magte, of bevoegdthede oorskry of sy plig versuim, kan 'n geregshof die versteurde regsewewig herstel,<sup>2</sup> wat inhou dat wetmatigheid hier dus nie bloot morali-

---

<sup>1</sup>"En aan het recht is ook de overheid gebonden; zelfs in die mate dat zij geen enkel bindend bevel mag uitvaardigen dat niet steunt op het recht, maw op generlei wijze in de bijzondere belangen der burgers ingrijpen dan krachtens het recht (beginsel van de *rechtsstaat*)". Van Apeldoorn L.J. *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, 16e uitgawe 1966 145; vgl verwysings na Van Dal, Böhlingk, Lievens, Marcic, Huber, Denning en Hale *op cit* 145 3e par.

<sup>2</sup>Wiechers M. *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg*. Mededelings van die Universiteit van Suid-Afrika 1969. "Kontrolering van die legaliteit van 'n administratiewe handeling geskied hoofsaaklik op drie wyses, naamlik (1) parlementêre kontrole (2) interne administratiewe kontrole en (3) judisiële kontrole" - Wiechers *op cit* 10. Mbt judisiële kontrole van administratiewe handeling is daar geen gemeenregtelike reg tot appèl nie (beslis in *Du Toit v Ackerman* 1962 2 SA 581 (A)). Indien daar 'n statutêre appèl bestaan, moet die applikant van daardie prosedure gebruik maak. Rose-Innes LA *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* 1963 76 en 32 *et seq.* Ander remedies is die interdik (*Gool v Minister of Justice* 1955 2 SA 682 (K)), man-

teit beteken nie maar wel regsgebondenheid, en meer bepaald ordening deur statuut- sowel as gemene reg.<sup>3</sup>

Die vraag is egter of onredelikheid as 'n direkte of newewerkende resultaat van 'n administratiewe handeling buite die sfeer van die reg onder moraliteit tuisgebring moet word, of is dit 'n bousteen van administratief-regtelike wetmatigheid? Om hierdie vraag uit te maak, sal daar gepoog word om algemene beginsels van die regspraak te abstraheer en bestaande, maar onomskryfde, begrippe regsteoreties te verklaar.

### POSITIEWE REG

Daar heers 'n groot mate van onsekerheid in die positiewe reg of onredelikheid selfstandig die grondslag van 'n hersieningsaansoek kan wees. In die meerderheid van die beslissings word aanvaar dat onredelikheid slegs kan dien as bewys van die bestaan van een of ander erkende hersieningsgrond.<sup>4</sup>

Regter Stratford som hierdie standpunt bondig op in *Union Government v Union Steel Corporation SA Ltd*:<sup>5</sup>

“There is no authority I know of, and none has been cited, for the proposition that a court of law will interfere with the exercise of a discretion on the mere ground of its unreasonableness. It is true the word is often used in the cases on the subject, but nowhere has it been held that unreasonableness is sufficient ground for interference. Emphasis is always laid upon the necessity of the unreasonableness being so gross that something else can be inferred from it either that it is inexplicable except on the assumption of *mala fides* or ulterior motive . . . or that it amounts to proof that the person on whom the discretion is conferred has not applied his mind to the matter.”<sup>6</sup>

Terwyl daar eers gepoog is om 'n bepaalde hersieningsgrond van die feite af te lei, word later volstaan deur slegs kollektief na 'n aantal gronde te verwys, sonder om die grondslag van die betrokke hersieningsaansoek uit te sonder.<sup>7</sup> Verder word daar beklemtoon dat slegs 'n skreiende (“gross”

*damus*, verklaring van regte ingevolge art 19(1)(c) van wet 59/1959, en gemeenregtelike hersiening. Die howe het 'n inherente hersieningsbevoegdheid van alle administratiewe handeling (Rose-Innes *op cit* 56), tensy dit uitdruklik of by noodsaaklike wetsduiding deur 'n parlamentswet uitgesluit is - *Levy Township Co v Lorentz* 1969 2 450 (A). Ivm ondergeskikte wetgewing *vide R v Carelse* 1943 CPD 242. Die onderskeiding tussen administratiewe en kwasi-judisiële handeling behoeft dus geen bespreking nie.

<sup>3</sup>Wiechers *op cit* 13 en 14.

<sup>4</sup>*Vide* bespreking *infra*; volledigheidsonthalt word die gronde waarop die hooggeregshof sy inherente jurisdiksie mag uitoefen, weergegee, naamlik *ultra vires*, versuim om aandag aan die saak te bestee, verontagsaming van wetsvoorskrifte, bedrog, *mala fides*, korrupsie, ongeoorloofde doel, nie-nakoming van die reëls van natuurlike regverdigheid en 'n verkeerde interpretasie van feite: Rose-Innes *op cit* 55.

<sup>5</sup>1928 AD 220.

<sup>6</sup>op bl 236-237 van die verslag. “It must be unreasonableness of such a nature that the inference can be drawn on a balance of probabilities that the tribunal acted *mala fide* or arbitrarily” - r Vieyra in *Hilowitz v Germiston Town Council* 1962 3 SA 335 337. Sien *Union Steel Corporation (South Africa) Ltd* 1928 AD 220 237; *Minister of Posts and Telegraphs v Rasool* 1934 AD 167; *Sinovich v Hercules Municipal Council* 1946 AD 783 (uitsprake van regters Watermeyer, Tindall en Feetham); *Pretorius v Direkteur van Onderwys (OVS)* 1963 3 SA 287 (O).

<sup>7</sup>“ . . . die diskresie so onredelik uitgeoefen moes gewees het dat die afleiding gemaak kan word dat die Administrateur *mala fide* of uit hoofde van bedekte of onbehoorlike beweegredes gehandel het of dat hy nie sy aandag hoegenaamd daarop toegespits het of hoegenaamd 'n diskresie uitgeoefen het nie” - *Pretorius v Direkteur van Onderwys supra* 291.



or “manifest”) onredelikheid judisiële inmenging regverdig; die vraag of die onredelikheid skreiend is, al dan nie, word op grond van ’n “waardeoordeel” uitgemaak.<sup>8</sup>

In sommige beslissings is daar ’n neiging na die erkenning van onredelikheid as selfstandige hersieningsgrond te bespeur, veral waar die hof voor die problematiese situasie te staan kom dat ’n ander hersieningsgrond weens teenstrydige getuienis nie veronderstel kan word nie, terwyl die hof die onredelike resultaat steeds wil vernietig.<sup>9</sup>

Indien die hof hom slegs sal inmeng indien, na sy mening, die onredelikheid so skreiend is dat dit hersiening regverdig, is dit mi maar ’n ander wyse om te verklaar dat onredelikheid die grondslag van die hersiening vorm. Die implikasie is dus dat onredelikheid in effek as hersieningsgrond aanvaar word, alhoewel die remediëring van die gewraakte gevolge onder die dekmantel van ander hersieningsgronde geskied.<sup>10</sup>

### *Onredelikheid en nadeel*

Wat is *onredelikheid*?

Lord Russell poog om hierdie vraag te beantwoord in *Kruse v Johnson*:<sup>11</sup>

“I do not mean to say that there may be cases in which it would be the duty of the Court to condemn Bye-Laws made under such authority as these were made, as invalid because unreasonable. But unreasonable in what sense? If for instance, they were found to be partial and unequal in their operation between different classes; if they were manifestly unjust; if they disclosed bad faith; if they involve such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subjects to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say ‘Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and *ultra vires*.’ But it is in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded.”<sup>12</sup>

Hierdie voorbeelde<sup>13</sup> van “onredelikheid” bevat een gemeenskaplike kenmerk naamlik *nadeel*.<sup>14</sup> Daar kan mi nie sprake van “onredelikheid” wees indien die onderdaan nie op een of ander wyse deur die administrasie se optrede benadeel is nie, maw die onderdaan se posisie moet swakker wees as die hipotetiese posisie waarin hy sou verkeer het indien die administratiewe handeling nie verrig was nie.

Nadeel bestaan hier uit enige vermoëns- of persoonlikheidsnadeel hoe gering ook al, in die wydste betekenis, bv die inperking van ’n vryheid,

<sup>8</sup>*Vanderbijl Health Committee v Wilson* 1950 1 SA 447(A) 460.

<sup>9</sup>*Vide Feinstein v Baleta* 1930 AD 319; *Montagu Liquor Licensing Board v Idelon* 1957 1 SA 262 (A); *Bhibjee v Dundee Rural Licensing Board* 1960 2 SA 244 (N); *Livestock and Meat Industries Control Board v Garda* 1961 1 SA 342 (A); *Krog v Dranklisensieraad vir Gebied* 42 1961 3 SA 415 (A); *Dimitri v Liquor Licensing Board Area No 43* 1963 3 SA 1 (W); regter Schreiner se uitspraak in *Sinovich v Hercules Municipal Council supra* en *S v Variawa* 1968 1 SA 711 (T).

<sup>10</sup>Henning PJ van R, *Vonnisbespreking* 1968 *THRHR* 192.

<sup>11</sup>1898 *ALLER* 105.

<sup>12</sup>op bl 99 van die verslag.

<sup>13</sup>“These examples of what is unreasonable are presumably not intended to be a complete enumeration, there may be other examples” aldus regter De Villiers in *Minister of Posts and Telegraphs v Rasool supra* 180.

<sup>14</sup>Die voorbeeld nl *mala fides* is mi ongelukkig omrede die gesindheid van ’n amptenaar nie noodwendig tot ’n onredelike resultaat aanleiding sal gee nie.

wegval van 'n voordeel, die blote feit dat 'n onderdaan moet verhuis, om 'n lisensie aansoek moet doen, moeite moet doen, koste moet aangaan ens. Nadeel kan verder slegs by die *gevolge* van die handeling ter sprake kom. Terwyl dit algemene spraakgebruik is om van 'n "nadelige handeling of optrede" te praat, beteken dit bloot dat die handeling die nadeel veroorsaak. Onredelikheid is dus nadeel met 'n bepaalde hoedanigheid. Na analogie van die "redelike man"-toets as sorgvuldighedsmaatstaf by die bepaling van nalatigheid kan onredelikheid *in casu* omskryf word as 'n *maatstaf* waaraan die *nadeel* getoets word.

### *Prerogatief en wetmatigheid*

Ons howe is dit eens dat slegs 'n *skeurende* onredelikheid hersiening regverdig.<sup>15</sup> Die feit dat 'n graadverskil getrek word, hou twee besonder belangrike beginsels in.

Eerstens beteken dit dat die administrasie 'n onredelike gevolg kan teweegbring sonder dat 'n geregshof hom sal inmeng. Aangesien judisiële hersiening *in casu* gegrond is op die verbreking van administratiefregtelike wetmatigheid, hou dit in dat die betrokke optrede inderdaad regmatig is en dat die administrasie in die lig van die nadeel-begrip regmatiglik 'n onderdaan kan benadeel solank die nadeel nie die betrokke graad oorskry nie. In effek erken ons howe dus die bestaan van 'n administratiefregtelike prerogatief tot benadeling.

Tweedens is dit duidelik dat waar onredelikheid inderdaad skeurend is ons howe hulle sal inmeng. Dit beteken dat waar die administrasie die betrokke graad oorskry, die optrede 'n verbreking van die administratiefregtelike wetmatigheid inhou. Hierdie prerogatief tot benadeling word dus streng deur die administratiefreg begrens; daar is nie sprake van willekeurige optrede nie.

Hierdie konstruksie hou die voordele in dat die administrasie enersyds nie in sy ordeningsfunksie gekortwiek word nie en dat andersyds die beginsel bevestig word dat die onderdaan regsbeskerming geniet, in die ongelyke verhouding waarin hy teenoor die administrasie staan, teen willekeurige administratiewe optrede.

### *Begrensing van administratiewe optrede*

Die bevoegdheede, pligte en magte van 'n administratiewe orgaan word primêr deur 'n magtigende wet omskryf. Die administrasie moet binne die raamwerk van hierdie begrensing handel en 'n handeling wat hierdie grense oorskry, is ongemagtig en *ultra vires*.

Daar bestaan egter 'n regsvermoede dat die wetgewer nie 'n onredelike resultaat beoog nie.<sup>16</sup> Hierdie vermoede is onweerlegbaar alhoewel dit deur 'n parlamentswet uitgesluit kan word. Dit is mi slegs die prosesregtelike benaming van 'n materiële regsreël.<sup>17</sup> Die parlement mag as soewereine wetgewer in stryd met hierdie reël handel maar waar die reël nie uitdruklik

<sup>15</sup>Vgl gewysdes in note 7 en 10.

<sup>16</sup>Steyn *op cit* 101 *et seq*; 222 *et seq*.

<sup>17</sup>Schmidt CWH *Die Benysreg* 1972 103-4 437.

of by noodwendige wetsduiding uitgesluit is nie, is enige orgaan wat sy bevoegdhede ingevolge die wet verkry het uiteraard aan hierdie reël gebonde. Indien die orgaan nou 'n onredelike resultaat bewerkstellig, handel hy in stryd met die gemene reg.

Die raamwerk waarbinne die administrasie mag handel, word dus bepaal deur wetgewing sowel as die gemene reg, wat gesamentlik administratiefregtelike wetmatigheid daarstel. Die *prima facie*-grense van die administrasie se bevoegdhede in terme van algemene magtigende wetgewing is maw nie noodwendig die werklike grense nie. Die werklike grense kan eers bepaal word indien die magtigende wet in die lig van die gemene reg geïnterpreteer word en mag dan heelwat enger wees.

Daar word hiervolgens voorgehou dat 'n administratiewe handeling "onregmatig" is indien die resultaat daarvan onredelik is en die magtigende wet so 'n onredelikheid nie veroorloof nie.<sup>18</sup> Regter Stratford se stelling<sup>19</sup> dat daar geen gesag bestaan vir judisiële inmenging op grond van onredelikheid nie, gaan mi dus met respek nie op nie.

### *Toets vir onredelikheid*

Aangesien die gemeenregtelike reël teen onredelikheid slegs geld indien dit nie deur 'n parlementswet uitgesluit is nie, behoort die eerste vraag te wees of die magtigende wet onredelike optrede veroorloof. Indien dit blyk dat die magtigende wet wel die onredelikheid veroorloof, is die ondersoek afgehandel en bestaan daar geen grond vir hersiening nie.<sup>20</sup>

Volgens die reëls van uitleg sal die "vermoede" teen onredelikheid nie geld indien dit *uitdruklik* of by *noodwendige wetsduiding* deur die wet uitgesluit is nie. Daar word betwyfel of enige parlement ooit so 'n uitdruklike bepaling in 'n wet sal vervat. Om te bepaal of 'n wet by noodwendige wetsduiding onredelikheid veroorloof, is "noodsaaklikheid" mi 'n goeie maatstaf; maw is die betrokke handeling met onredelike gevolge noodsaaklik om die doel van die wet te bereik? Sou 'n hof bevind dat dit wel noodsaaklik is, is die "vermoede" uitgesluit en die onredelikheid veroorloof.<sup>21</sup>

<sup>18</sup>Die begrip *ultra vires* word hier vermy omrede dit nie altyd gebruik word om 'n afwyking van algemene wetmatigheid in die administratiefreg aan te dui nie maar eerder die nienakoming van 'n wetsvoorskrif.

<sup>19</sup>*Union Government v Union Steel Corporation SA Ltd supra* 236-237.

<sup>20</sup>"As regards the contention that the by-law is invalid as being unreasonable, if the by-law falls within the language of the enabling section, as in my opinion *prima facie* it does, the question of unreasonableness of the by-law does not arise and cannot be adjudicated upon by the Court": *Feinstein v Baleta supra* 332.

<sup>21</sup>Regter Broome verwys in *Boothan v Africa supra* na die *African Realty Trust*-saak *supra*, want: "it discusses the principles which govern the enquiry whether a particular permissive statutory power authorises the infringement of private rights" (479). R. Innes lê dan ook die beginsels neer en sê: ". . . where the permissive powers conferred are expressed in general terms, where there is nothing in the statute to localise their operation, and where they do not necessarily involve an interference with private rights, the inference would be that the Legislature intended the power to be exercised subject to the common law rights of third persons. If, however, the nature of the work authorised is such that it may or may not interfere with private rights according to circumstances, then the person entrusted with statutory authority is entitled to show that, *under the circumstances of the case, it is impossible to carry out the work without such interference, in which case an inference that an infringement of private rights was sanctioned would be justified.* For



Indien dit eenmaal vasstaan dat die magtigende wet nie die reël teen onredelikheid uitsluit nie moet daar verder bepaal word of hierdie gemeenregtelike begrening oorskry is. Die vraag is hoe bepaal moet word hoever hierdie grense strek.

Daarop moet gelet word dat die administrasie steeds regmatig handel indien die onredelikheid nie *skreiend* is nie. Indien die magtigende wet nie onredelikheid veroorloof nie het die administrasie maw nogtans 'n prerogatief tot benadeling en die funksie van die gemene reg is dus om hierdie prerogatief te omlyn.

Oor die bepaling van die graad van onredelikheid, maw of die onredelikheid skreiend is, maak regter Watermeyer die volgende stelling:

“Obviously in expressing an opinion upon the question whether a decision of the Board is “grossly unreasonable” or not the Court is pronouncing a value-judgment which must necessarily be an expression of its own opinion upon the point whether the unreasonableness of the decision is of such character that it can be called ‘gross’, and the soundness of that opinion does not admit of being tested or measured by an exact standard.”<sup>22</sup>

Daar is mi twee leemtes in die hof se benaderingswyse. Eerstens kan daar met respek geen regsekerheid bestaan indien 'n hof suiwer op grond van 'n waardeoordeel moet beslis nie. 'n Waardeoordeel *in casu* is gegrond op die billikheidsgevoel van die beoordelaar. Aangesien die beoordelaar se billikheidsgevoel deur sy persoonlike waardes bepaal word, dien hierdie waardes as maatstaf by die beoordeling van die vraag na die graad van die onredelikheid. Omrede die persoonlike waardes van een mens na die ander verskil, kan meerdere regters uiteenlopende menings huldig oor die graad van onredelikheid en dus die hersieningswaardigheid van 'n administratiewe handeling. Regter Watermeyer (*supra*) het dus gelyk dat die juistheid van so 'n oordeel nie betwis kan word nie. Dat so 'n werkswyse regsonsekerheid in die hand moet werk, behoef geen verdere betoog nie.

'n Tweede leemte in die bogenoemde benaderingswyse is die feit dat onredelikheid as sodanig reeds 'n maatstaf is. Onredelikheid is hierbo omskryf as 'n maatstaf waaraan nadeel getoets word. Om te vra na die skreiendheid van onredelikheid is om die *hoedanigheid* van die nadeel aan 'n verdere toets te onderwerp. Administratiewe benadeling is of “regmatig” (redelik) of “onregmatig” (onredelik). Dit behoort dus genoegsaam te wees om slegs te vra of die nadeel onredelik is.

Die oplossing vir hierdie probleem is mi opgesluit in die woorde van Lord Russell waar hy verklaar dat administratiewe handelingse hersieningswaardig is

---

otherwise the grant of statutory authority would be nugatory.”: *African Realty Trust*-saak *supra* 173 (my beklemtoning). Hier bevestig die regter die toets van noodsaaklikheid in geval van die erkenning van 'n magtiging by noodwendige wetsduiding. Die gemeenregtelike “regte” waarna hy verwys, is dus voorregte ens wat regsbeskerming geniet.

<sup>22</sup>*Vanderbijlpark Health Committee v Wilson supra* 460. Hierdie standpunt word deur regter Centlivres onderskryf in *Montagu Liquor Licensing Board v Idelson supra* maar hy kwalifiseer die toets deur die eerste been daarvan ook te noem: “. . . The answer to this question requires the pronouncement of a value-judgement based upon the principles to be extracted from the Act applied to the facts of the case” (270).



“ . . . if they involve such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men.”<sup>23</sup>

Die resultaat van die administratiewe optrede moet dus gemeet word aan 'n objektiewe maatstaf te wete die sosiale adekwans of gemeenskapsopvattinge. 'n Belangrike vraag is egter welke opvattinge van die gemeenskap hier van belang is. Eerstens is 'n veralgemening mi onvermydelik, ma w die deursnee-opvattinge behoort deurslaggewend te wees, en hiervan is die “redelike man” verteenwoordigend. Tweedens moet in aanmerking geneem word dat, anders as in die privaatreg, hier nie in beginsel gelyke verhoudinge bestaan nie maar dat dit juis kenmerkend is dat die administrasie in 'n ongelyke gesagsverhouding teenoor die onderdaan staan. Hieruit volg dat die vraag na onredelikheid in die lig van die publiekreg beantwoord moet word.

'n Administratiewe handeling is dus onredelik (en dus hersieningswaardig) indien dit nadeel tot gevolg het, welke nadeel volgens die redelike man, in terme van wat vir hom publiekregtelik gesproke redelik of onredelik is, onredelik is.

Hierdie toets bepaal slegs die grense van die administrasie se prerogatief tot benadeling. Om te bepaal of 'n administratiewe handeling op grond van onredelikheid deur 'n geregshof vernietigbaar is, moet bepaal word of

- (a) die magtigende wet die onredelikheid veroorloof, en, indien nie,
- (b) of die administrasie die grense van sy prerogatief tot benadeling oorskry het.

Die redelike man se opvattinge impliseer dus die aanvaarding van die administratiefregtelike prerogatief tot benadeling maar dien ook as maatstaf waarvolgens die grense daarvan bepaal word. Dit is juis hierdie perke wat deur ons howe onder die dekmantel van ander hersieningsgronde gestel word. Omrede die toets gekoppel word aan gemeenskapsopvattinge op 'n gegewe tydstep, behoort dit plooibaar genoeg te wees om in veranderende sosiale omstandighede telkens bevredigend te werk. Daar hoef dus nie teruggeval te word op geykte voorbeelde van onredelike omstandighede nie, deurdat in elke besondere geval nagegaan kan word of 'n handeling onredelik is al dan nie in terme van 'n objektiewe toets.

### *Standpuntinname*

As steun vir die standpunt dat onredelikheid 'n selfstandige hersieningsgrond van administratiewe optrede is, opper Wiechers grondige argumente wat kortliks op die volgende neerkom: Eerstens is daar reeds in beslissings suiwer op onredelikheid gesteun. Indien onredelikheid geen hersieningsgrond is nie beteken dit dat die administrasie in daardie gevalle regmatig gehandel het en dat die hersiening van die betrokke handeling op 'n mags-oorskryding deur die geregshowe neerkom.

Tweedens is die toets vir onredelikheid objektief en is dit nie moontlik dat subjektiewe faktore by wyse van 'n objektiewe toets bepaal kan word nie.

<sup>23</sup>*Kruse v Johnson supra* 105 (my beklemtoning).

Verder hou dit in dat, sou die administrasie bewys dat die gewraakte gesindheid inderdaad ontbreek het, die handeling regmatig geag word ongeag die onredelikheid daarvan. So 'n konstruksie is immers in stryd met die grondreël teen onredelikheid.

Derdens verklaar Wiechers dat die howe huiwerig is om onredelikheid as hersieningsgrond te erken omrede hulle geen uitspraak wil maak oor die wenslikheid van 'n administratiewe handeling nie. Hierdie argument kanselleer hy deur te verklaar dat die howe slegs moet aanvaar dat die administratiewe orgaan algemeen voorkomende gevalle moet dek en nie die uitsonderlike geval nie. Die onredelike handeling is die uitsonderingsgeval en dus nie veroorloof nie.<sup>24</sup>

Ons regspraak skyn dan ook in die rigting te beweeg om onredelikheid as hersieningsgrond te hanteer. In *S v Variawa*<sup>25</sup> is 'n proklamasie deur die hof vernietig op grond van onredelikheid omrede van die beskuldigde vereis is om te verhuis terwyl daar nie voldoende alternatiewe behuising was nie.

"That in our view would clearly be such an improper and most unreasonable exercise of a discretion as to make his determination and notice invalid."<sup>26</sup>

In die onlangse Rhodesiese appèlhofbeslissing *Jones v City of Salisbury*<sup>27</sup> het die respondent in sy hoedanigheid as eienaar van twee persele spesiale toestemming verkry om 'n petroleum-vulstasie in 'n voorstad op te rig, nadat die appelland, 'n inwoner van die gebied, beswaar teen hierdie vergunning aangeteken het deur aan te toon dat daar op daardie stadium nie 'n behoefte aan so 'n vulstasie bestaan het nie. Sy appèl na die stadsbeplanningshof word van die hand gewys. In hoëre beroep beslis die appèlhof dat die vergunning onredelik is en som sy redes soos volg op:

"It was, in my view, unreasonable for the court to grant special consent for a use which was not shown to be needed at the present, either by the public at large or by the inhabitants of the suburb itself, without first satisfying itself that a satisfactory alternative site for shops could be provided in the suburb if such special consent were given. The evidence clearly indicated, and indeed it is a matter of common sense, that in future the paramount need of the inhabitants would be for further shops and not for a filling station and if there are competing needs it cannot be doubted that it is the need for a filling station which must yield. Motorists are mobile, indeed this is the purpose of possessing a motor car; shoppers frequently are not. On the evidence on record there is a grave danger that there is no suitable alternative site for shops in the suburb and that, accordingly, the grant of a special consent, far from being shown to be justified, may well be prejudicial to the long term interests of the inhabitants of the suburb. The *onus* resting on the respondent to show justification was not discharged in the proceedings before the town planning court and the decision of the town planning court, which, in important respects, was based on a wrong approach to the evidence, was unreasonable. The appeal must be allowed with costs"<sup>28</sup>

Die hof projekteer die onredelikheid nie terug op *mala fides*, ongeoorloofde doel of enige ander hersieningsgrond nie maar handhaaf die appèl suiwer op grond van onredelikheid.

<sup>24</sup>Wiechers, proefskrif 396.

<sup>25</sup>*supra*; vgl die vonnisbespreking hieroor deur Henning *supra*.

<sup>26</sup>op bl 716 van die verslag.

<sup>27</sup>1973 1 SA 548 (RA).

<sup>28</sup>op bl 552 van die verslag.

Die gevolgtrekking is onvermydelik, nl dat onredelikheid inderdaad 'n hersieningsgrond vir administratiewe optrede is. Die volgende stap in die evolusie van hierdie begrip behoort mi te wees dat ons howe op 'n beginselgrondslag oorweeg of 'n administratiewe handeling weens onredelikheid vernietig moet word. Hierdeur kan geregtigheid in die hand gewerk word sonder om regsekerheid in te boet. Onredelikheid is dus 'n bousteen van administratiefregtelike wetmatigheid, 'n laaste ondervangingsmaat-reël waarmee die onderdaan teen willekeurige administratiewe optrede beskerm word. □

*De grondgedachte van onze strafrechtwetgever is geweest dat de verdachte en zijn raadsman in beginsel tegenover de openbare macht een gelijkwaardige positie zouden moeten kunnen innemen.*

*Die praktyk bewijs dat vaak het tegendeel het geval is. De verdachte staat veelal hulpeloos tegenover een ingewikkeld en machtig staatsapparaat. Zijn enige toeverlaat is zijn raadsman.*

*Tot op zekere hoogte geldt de gesignaleerde hulpeloosheid echter ook voor de advocaat in strafzaken.*

*Tegenover het justitiële apparaat, met name natuurlijk tegenover zittende en staande magistratuur, staat de raadsman vaak enen machteloos.*

Verdediging in Strafzaken

# Die toepassing van artikel 8 van die Strafproseswet in ons reg<sup>1</sup>

CE Barnard

*Kantoor van die prokureur-generaal, Kaapstad*

## SUMMARY

According to our courts any prosecutor, and not only the Attorney-General, may stop a prosecution ito section 8 of Act 56/1955. The writer submits that this interpretation is incorrect and that only an Attorney-General has the right to stop a prosecution.

English law, as the source of this *nolle prosequi* doctrine, is discussed and an indication is given as to who had the right to offer a *nolle prosequi* and in which circumstances this right was exercised.

Since its introduction to South Africa as section 9 of Ordinance 40/1828 of the Cape of Good Hope, the *nolle prosequi* doctrine has become part of every criminal law code promulgated. The writer, basing his conclusion on a number of rules of interpretation, is convinced that the correct interpretation of section 8 is that an Attorney-General is the only person who may stop a prosecution. It is submitted that this interpretation, as a matter of legal policy, is sound. The desirability of such a right is then expounded.

Most cases dealing with section 8 are analysed and criticized. Reference are made to the material amendment of section 8 during 1959. The writer eventually comes to the conclusion that the question whether only an Attorney-General or any prosecutor can stop a prosecution is still an open question. It is urged that, if the question again falls to be decided, the narrower interpretation is to be preferred.

Ons howe se houding by die toepassing van artikel 8<sup>2</sup> van wet 56 van 1955 is dat nie alleen die prokureur-generaal nie, maar alle aanklaers die reg het om vervolgings stop te sit. Dit is my respekvolle submitisie dat hierdie toepassing verkeerd is, en dat die reg om vervolgings stop te sit na pleit, die prokureur-generaal of (weens die

---

<sup>1</sup>Sien oor die algemeen Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 15; Swift *Law of Criminal Procedure* 2 uitg 39; Ferreira *Strafprosesreg in die Landdroshof* 1e uitg 292.

<sup>2</sup>Artikel 8 lui soos volg: "8(1) Die prokureur-generaal, of met sy toestemming, iemand ingevolge artikel ses aangestel of ingevolge artikel sewe aangewys, kan, te eniger tyd voor skuldigbevinding, 'n vervolging stopsit wat van Staatsweë binne die regsgebied van die prokureur-generaal begin is. (2) 'n Beskuldigde wat op 'n aanklag ten opsigte waarvan die vervolging aldus stopgesit is, gepleit het, is ten opsigte van daardie aanklag op vryspraak geregtig."



werking van artikel 5(4) van die wet) die adjunk-prokureur-generaal, alleen toekom. Om die artikel beter te verstaan, gaan ek in op sy Engelsregtelike agtergrond en op sy toepassing in ons eie reg.

Die oorsprong van artikel 8 vind ons in die Engelsregtelike leerstuk van *nolle prosequi*. Volgens Byrne:<sup>3</sup> “In criminal prosecutions by indictment or information, a *nolle prosequi* to stay proceedings may be entered by leave of the Attorney-General at any time before judgment.” Die “indictment” en die “information” stem in wese ooreen met ons klagstaat of akte van beskuldiging. Volgens die Engelse prosesreg moet daar eers ’n “presentment” van die “indictment” geskied. Dit beteken blykbaar dat daar ’n formele klag teen die beskuldigde gelê moet word wat vatbaar is vir enige proses, insluitende aansoeke om uitstel, om borg, om verdere besonderhede, ensomeer. *Litis contestatio* vind plaas sodra die beskuldigde pleit. Die *nolle prosequi* kan alleenlik aangebied word na “presentment”.<sup>4</sup> Waar aangebied, staak so ’n *nolle prosequi* onmiddellik die proses en is die posisie asof die beskuldigde nooit op die klagte aangekla is nie, ongeag of die beskuldigde reeds gepleit het. Die beskuldigde kan weer aangekla word, maar dan geskied die proses van nuuts af.<sup>5</sup> Die enigste persoon wat ’n *nolle prosequi* kan aanbied, is die *Attorney-General* of iemand met sy uitdruklike magtiging.<sup>6</sup> Die rede hoekom dié reg die *Attorney-General* alleen toekom, vind ons in ’n *obiter dictum* in die saak van *Reg v Allen*.<sup>7</sup> Hier antwoord Crompton J die applikant se argument deur o a te sê: “. . . the authorities you refer to mean to say that the prosecutor cannot enter a *nolle prosequi* without the Attorney-General for fear of collusion and the compounding of felony.”

Hierdie reg van die *Attorney-General* oefen hy na goeë dunke uit. Indien hy dit wenslik ag, kan hy ’n *nolle prosequi* aanbied sonder om al of enige van die belanghebbendes te raadpleeg.<sup>8</sup>

Daar is verskeie redes waarom die *Attorney-General* ’n *nolle prosequi* sou aanbied. In *R v Wylie, Howe and McGuire*<sup>9</sup> en *The King v Guerchy*<sup>10</sup>

<sup>3</sup>WJ Byrne *A Dictionary of English Law* 1923 611.

<sup>4</sup>*Sien Rex v Wylie, Howe and McGuire* 1919 83 JP 295.

<sup>5</sup>“. . . it is not equivalent to an acquittal and is no bar to a new indictment for the same offence.” Byrne a w 611.

<sup>6</sup>*Sien R v Comptroller General of Patents* (1899) 1 QB 909 CA op 914; Smith LJ (*obiter*) “. . . but the A-G alone has power to enter a *nolle prosequi*”, en *Rex v Cranmer* 91 ER (1902) 1381 waar op versoek van die aanklaer “Sir Samuel Astrey, Clerk of the Crown . . . entered a *nolle pros*. Upon which Mr. Raymond moved the King’s Bench that such *nolle pros*. might not be entered without leave of the Attorney-General and of that opinion was the whole Court. And the *nolle pros*. was set aside.”

<sup>7</sup>Cox CC Vol IX (1861–1864) 120 121.

<sup>8</sup>*Reg v Allen supra*.

<sup>9</sup>*Supra*.

<sup>10</sup>96 ER (1759) 315.

is dit "... for reasons of State" gedoen. Wylie, Howe en McGuire was drie Australiese soldate wat aangekla is van aanranding met die doel om 'n kafeebaas ernstig te beseer. 'n *Nolle prosequi* is toe aangebied nadat die Australiese militêre hoofkwartier deur die nodige diplomatieke kanale daarom gevra het. Guerchy was 'n Franse ambassadeur in die Verenigde Koninkryk wat van uitlokking tot moord aangekla is. Die wenslikheid van die voortsetting van die vervolging is toe voor die *Attorney-General* beredeneer alvorens met die verhoor begin is. Namens Guerchy het ene Blackstone gesê "to let it go to trial would serve no good purpose, but might have many bad consequences in exasperating foreign courts." Die *Attorney-General* het hier sy diskresie ten gunste van 'n *nolle prosequi* uitgeoefen. Waar 'n onregmatige daad sowel 'n *delictum privatum* as 'n *delictum publicum* uitgemaak het, kon daar dikwels nie 'n sameloop van aksies wees nie. Het die klaer reeds met die strafklag begin, kon hy dit staak deur die *Attorney-General* om 'n *nolle prosequi* te vra, wat toegestaan sou word indien die *Attorney-General* dit wenslik ag.<sup>11</sup> Ook waar "... the accused person cannot be produced in Court to plead or stand his trial owing to physical or mental incapacity which is expected to be permanent"<sup>12</sup> kan die *nolle prosequi* aangebied word. Om redes van "equity . . . and custom of the realm" is daar 'n *nolle prosequi* aangebied in die saak teen Pond.<sup>13</sup> Pond, 'n snydokter, het geweier om diens te aanvaar as "constable"<sup>14</sup> en is aangekla. Die *Attorney-General* het op versoek van die snydokersorde 'n *nolle prosequi* aangebied.

Die Suid-Afrikaanse eweknie van die *nolle prosequi*-leerstuk vind ons vir die eerste keer in artikel 9 van ordonnantie 40 van 1828 van de Gouverneur van de Kaap de Goede Hoop.<sup>15</sup> Dit is onseker of die artikel plaaslik opgestel is en of die wetgewer 'n ander kode ter leiding gebruik het, maar dit is waarskynlik dat die wetgewer hoofsaaklik op die Engelse reg van daardie tyd gesteun het met die opstel van bogenoemde ordonnantie. As verder in aanmerking geneem word hoeseer al in die verlede by die uitleg van hierdie artikel op Engelse beslissings gesteun is,<sup>16</sup> moet die Engelse reg minstens groot oortuigingswaarde hê. Ons vind hierdie artikel vroeër of later terug in al die Suid-Afri-

<sup>11</sup>Sien *Jones v Clay* 126 ER (1798) 853 en *R v Fielding* 97 ER (1759) 537.

<sup>12</sup>Sien Archbold *Criminal Pleading, Evidence and Practice* 36e uitg 105.

<sup>13</sup>*The King v Pond* 92 ER (1718) 1088.

<sup>14</sup>Blykbaar 'n burgerlike plig soos juriediens wat van tyd tot tyd verrig moes word.

<sup>15</sup>"The Attorney-General has the power at any time before conviction of stopping all prosecutions commenced by him, or by the Superintendent of Police, or by the Clerks of the Peace, at the public instance; but in the event of the Defendant having been previously arraigned upon any charge, he should be entitled to a Verdict of Acquittal, in respect of such charge."

<sup>16</sup>Sien *King v Jack Zulu* HCG Vol 9 194; *JM Ormond ats Rex* 27 (1906) NLR 401; *Kerr v Rex* 21 (1907) EDC 324 en ander.

kanse gebiede.<sup>17</sup> Die strafprosesreg is met wet 31 van 1917 vir die vier provinsies gekonsolideer en die *nolle prosequi*-leerstuk is in artikel 10 vervat om daarna opgeneem te word as artikel 8 van wet 56 van 1955. Hierdie artikel is vir die eerste keer sedert 1828 in 1959<sup>18</sup> materieel gewysig. Hieroor later meer.

Artikel 9 van die 1828-ordonnantie het een belangrike verskil van die Engelse reg daargestel. In Engeland kon 'n beskuldigde weer aangekla word van dieselfde misdaad, ongeag die tydstip waarop die *nolle prosequi* aangebied is, mits dit maar voor skuldigbevinding geskied. By ons kan die beskuldigde weer aangekla word slegs indien die vervolging vóór pleit stopgesit is. Word die vervolging ná pleit stopgesit, is die beskuldigde op ontslag geregtig. Dit lyk 'n regverdige reëling. Niemand het rede om te kla as 'n klagte teen hom ondersoek word nie. Blyk die klagte abortief te wees weens onvoldoende getuienis, behoort die staat die vervolging, desnoods tydelik, te kan stopsit tot tyd en wyl verdere getuienis gevind is. Sien die staat daarenteen kans om 'n klagte te formuleer waarop die beskuldigde homself met die gepaardgaande persoonlike ontwrigting en koste moet voorberei, waarop hy pleit en waaroor getuienis aangebied is, is dit onredelik om van hom te verwag om nou met stopsetting steeds in die onsekerheid te verkeer dat hy weer vervolgd kan word.

Ingevolge artikel 8 is die gebruik van laerhof-aanklaers om vervolgings sonder magtiging van die prokureur-generaal voor pleit stop te sit of terug te trek onregmatig. Die teendeel blyk by die lees van artikel 294(3). Die kans op benadeling by so 'n terugtrekking is in elk geval so gering dat die huidige gebruik heeltemal aanvaarbaar is.<sup>19</sup>

Anders is dit gesteld met die verloop van die proses na pleit. Deur pleit vind *litis contestatio* plaas en moet die geskilkpunte bereg word.<sup>20</sup> Die beheer oor die beregting gaan nou vanaf die aanklaer oor in die hande van die hof.<sup>21</sup> Al is die aanklaer onafhanklik ten opsigte van die getuies wat hy wil roep of die volgorde waarin hy hulle wil roep, bly hy slegs 'n medium ter voorsiening van feite en 'n betoger oor regs- en feitevrae. Die hof kan slegs bereg indien daar getuienis aangebied word. Word geen getuienis aangebied nie,<sup>22</sup> kan die hof nie bereg nie, maar

<sup>17</sup>S 8 Ordinance 18/1845 Natal; S 258 Act 24/1886 (NTPC) Colony of the Cape of Good Hope; s 5 Ordinance 12/1902 Orange River Colony; s 9 Ordinance 1/1903 Transvaal.

<sup>18</sup>Deur artikel 10 wet 16 van 1959.

<sup>19</sup>Indien artikel 6(a) van die Wetsontwerp op Strafprosesreg No 3328, R2231 van 10/12/1971 wet word, word die ekwivalent van artikel 8 gewysig om wetlike beslag aan hierdie gebruik te gee. Uit artikel 6(a) blyk ook dat die wetgewer die botsing tussen artikels 8 en 294(3) wil uitskakel.

<sup>20</sup>A 173 van wet 56 van 1955.

<sup>21</sup>Sien o.a. *Rex v Komo* 1947 2 SA 508 (N) 511.

<sup>22</sup>Hier kan ek terloops opmerk dat weens die hof se uitsluitlike beheer oor die beregtingsproses, geen aanklaer op enige stadium 'n pleit kan aanvaar nie. Hy kan

is dit sy plig<sup>23</sup> om vry te spreek of skuldig te bevind.<sup>24</sup> Sodra getuienis dus aangebied word, moet die saak behoorlik uitgepluis en tot vol-einding geneem word en is dit primêr die plig van die hof om toe te sien dat dit gebeur. Al wat die behoorlike voltooiing van die proses kan verhoed, is 'n stopsetting deur die prokureur-generaal ingevolge artikel 8.

Artikel 8 het voor sy wysiging in 1959 voorgeskryf dat “. . . (d) *die prokureur-generaal*<sup>25</sup> kan te eniger tyd . . .”, ensomeer. Soos reeds gesê, is dit my submissie dat die woord prokureur-generaal hierdie persoon alleen beteken. In sy wese is artikel 8 'n spesiale remedie wat inbreuk maak op die normale bevoegdheid van die hof, ofte wel die regspraak. Die artikel en ook die woord prokureur-generaal moet dus beperkend uitgelê word.<sup>26</sup> Die gewone betekenis van die woord prokureur-generaal dui op die persoon alleen en moet dus met daardie betekenis uitgelê word.<sup>27</sup> Die reg wat deur artikel 8 verleen word, is 'n diskresioneêre mag. Waar so 'n reg aan 'n persoon verleen word, mag hy dit nie aan 'n ander delegeer nie.<sup>28</sup> Daar kan dus nie geredeneer word dat 'n gewone aanklaer, omdat hy as verteenwoordiger van die prokureur-generaal optree, outomaties beskik oor die regte wat die prokureur-generaal aan artikel 8 ontleen nie. Dit is verder 'n weerlegbare vermoede by wetsuitleg dat dieselfde woorde, van dieselfde wet, dieselfde betekenis dra.<sup>29</sup> Nou is daar bepalinge waarvolgens uit die aard van die

---

slegs nadat 'n pleit aangebied is, besluit of hy die feitlike stap sal neem om (verdere) getuienis te lei. Die hof mag (of moet soms) 'n pleit aanvaar maar mag ook weier en mag selfs ingevolge artikel 210 van die Strafproseswet getuies herroep of verdere getuies roep, mits hy sy diskresie regterlik uitoefen. Sien Swift a w 369 en Hiemstra a w vir besprekings van hoe die hof die grense van hierdie diskresie uitgewerk het. (Ek probeer nie aanklaers ontmoedig om die woorde: “ek aanvaar die pleit” te gebruik nie. Besef moet word dat hierdie woorde feitlike en nie juridiese gevolge het nie.)

<sup>23</sup>Sien a 169(6) van die Strafproseswet.

<sup>24</sup>In die geval waar die beskuldigde onskuldig gepleit het en ontslaan is omdat geen getuienis voorgelê is nie behoort hy mi nie geregtig te wees om op 'n nuwe vervolging op dieselfde klag die pleit van *autrefois acquit* suksesvol te kan aanbied nie. Die hof kon nog nie bereg nie maar het slegs die opdrag van artikel 169(6) nagekom. Ek sien nie hoe gesê kan word dat die beskuldigde volgens die meriete van die saak vrygespreek is nie. Die houding van ons hofe verskil. (Sien *S v Mthetwa* 1970 2 SA 310 (N) ea sake daar aangehaal). Word artikel 6(b) van die wetsontwerp (sien voetnoot 19) wet, is die vraag slegs van akademiese belang aangesien 'n beskuldigde na 'n pleit van onskuldig en voor getuienis aangebied is, geag sal word nie te gepleit het nie en nie geregtig sal wees op vryspraak nie.

<sup>25</sup>Ek kursiveer.

<sup>26</sup>Steyn *Die Uitleg van Wette* 3e uitg 97.

<sup>27</sup>Steyn a w 4.

<sup>28</sup>Steyn a w 206 en sien ook a 10(2) wet 33 van 1957 (Interpretasiewet): “Wanneer 'n wet 'n . . . reg verleen . . . aan die bekleër van 'n amp as sodanig, dan kan die . . . reg . . . uitgeoefen . . . word deur die dienende bekleër van die amp of deur die persoon wat wettiglik as sy plaasvervanger optree, tensy 'n ander bedoeling blyk.”

<sup>29</sup>Steyn a w 121.



bepaling slegs die prokureur-generaal kan optree, soos artikel 5(3), waarvolgens die prokureur-generaal sy werk doen onderworpe aan die beheer van die minister. Daar is egter ander bepalings waar die reg tot optrede beperk word tot die prokureur-generaal maar waar enige aanklaer die funksie sou kan verrig, soos om volgens artikel 9 die vrystelling te gelas van iemand wat na 'n tronk, vir verdere ondersoek, vonnis of ter strafsitting verwys is. Deurgaans egter, waar die woord prokureur-generaal alleen gebruik word, word die artikels deur howe en handboekskrywers uitgelê as te beteken dat die prokureur-generaal as persoon alleen mag optree. Voorbeelde is die vereiste dat die prokureur-generaal moet weier om te vervolg alvorens 'n private vervolging ingestel mag word,<sup>30</sup> die reg om 'n summiere verhoor te gelas<sup>31</sup> en heelwat ander bepalings.<sup>32</sup> Daarenteen, waar die wetgewer bedoel het dat enige aanklaer iets mag of moet doen, sê hy uitdruklik so. In artikel 157, wat voorskryf hoe 'n verhoor moet geskied, word slegs van "aanklaers" gepraat. Volgens artikel 18 mag ". . . die prokureur-generaal of die plaaslike staatsaanklaer" tussenbeide tree in 'n private vervolging.<sup>33</sup> Waar volgens artikel 168 kennis van sekere pleite of eksepsies aan die aanklaer gegee moet word, word uitdruklik gesê dat kennis òf aan die prokureur-generaal, òf sy verteenwoordiger in die hoërhof, òf die staatsaanklaer in die laerhof gegee moet word. Belangwekkendis artikel 294(3) wat artikel 8 gedeeltelik oorfleuelen moontlik *ex abundanti cautela* ingevoeg is. Hiervolgens word die reg van ". . . die prokureur-generaal of die staatsaanklaer, handelende met sy magtiging of namens hom",<sup>34</sup> bevestig om enige tyd voor pleit 'n aanklag terug te trek. Opvallend is dat die basiese verskil tussen artikels 8 en 294(3) is dat die gevolge by eersgenoemde finaal is, maar by laasgenoemde nie. Dit is nie verbasend nie dat die wetgewer bereid was om enige aanklaer met artikel 294(3) te vertrou, maar slegs die prokureur-generaal met artikel 8 te vertrou. Nêrens word slegs die woord prokureur-generaal gebruik waar die voorgeskrewe optrede op alle aanklaers slaan nie. Die enigste uitsondering wat ons howe maak, is artikel 8, terwyl daar geen rede hoegenaamd is - wat nog om te sê van voldoende rede - om die bovermelde vermoede te weerlê, om die uitsondering te maak nie. Ten slotte kan die bron waaruit artikel 8 geneem is, die Engelse reg, ook geraadpleeg word,<sup>35</sup> en daar word die reg baie pertinent net vir die prokureur-generaal as persoon voorbehou.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup>A 11.

<sup>31</sup>A 152 *bis*.

<sup>32</sup>O a vervat in artikels 73, 79, 108 *bis*, 112, 150, 215 *bis*, 305.

<sup>33</sup>Anders as by artikel 8 kan hier gesê word dat die plaaslike aanklaer uit eie bevestiging mag optree, maar dat 'n onsuiver gebruik van sy diskresie departementele optrede tot gevolg kan hê.

<sup>34</sup>Ek kursiveer.

<sup>35</sup>Steyn a w 123.

<sup>36</sup>Sien oor die algemeen hieroor Barrie in 1966 *THRHR* 272 en D'Oliveira in 1972 *Scintilla Juris* 16.

Daar word gevoel dat, soos in die Engelse reg, die reg hier deur artikel 8 vir die prokureur-generaal voorbehou word “. . . for fear of collusion and the compounding of felony”. Dit is, benewens die strekking van artikel 8, ook wenslik dat slegs die prokureur-generaal oor hierdie mag beskik. By wit op swart aanrandings en omgekeerd, ryk beskuldigdes teenoor arm klaers, die burgemeester op ’n klag van bestuur onder die invloed van drank, aanrandings deur die polisie terwyl hulle in diens is, die invloedryke boer wat met dagga handel dryf en ander, sal ’n ongeregverdigde ontslag verstaanbare ontsteltenis en verlies van vertroue in die regspleging meebring. Dit kan maklik gebeur waar ’n aanklaer uit onkunde, ongeduld of druk van buite op so ’n wyse optree dat die vervolging onwyslik stopgesit word.<sup>37</sup>

Daar word natuurlik nie getwyfel dat die prokureur-generaal oor die reg behoort te beskik om vir enige praktiese, regverdigde, staatsgerieflike, menslike of ander rede ’n vervolging stop te sit nie. Dit is ’n spesiale remedie wat selde gebruik word, maar wanneer dit nodig raak, is dit essensieel. Voorbeelde is bo genoem waar die *Attorney-General* in Engeland ’n *nolle prosequi* sal aanbied. In hoofsaak geld dieselfde oorwegings hier. In *Rex v Komo*<sup>38</sup> word gesê:

“ . . . it is easy to understand why this power is given to the Attorney-General. He has sources of information which are denied the Court, and, to give a simple example, he may be convinced by facts within his knowledge which cannot be proved in evidence that the accused is not guilty.”

In *S v Ndou*<sup>39</sup> is die vervolging gestop omdat die staat die beskuldigdes op ’n meerdere klagte wou aankla. Aan ander voorbeelde kan geredelik gedink word. ’n Beskuldigde kan na sluiting van die staatsaak sien dat sy posisie hopeloos is en homself dan bereid verklaar om in ruil vir sy vryheid volledige inligting te verskaf oor die spioenasienetwerk, smokkelorganisasie of ondermynende organisasie waarby hy betrokke was.

Soos gesê, het die howe hierdie artikel nie uitgelê soos bo aangedui nie. In die eerste gerapporteerde uitspraak oor artikel 9 van ordonantie 40/1828, *The King v Jack Zulu*,<sup>40</sup> in 1901 is Zulu op ’n klag van aanranding met die opset om ernstig te beseer, voor die *Resident Magistrate* in Kimberley gebring. ’n Voorlopige ondersoek is gehou en Zulu is vir verhoor na die *High Court* verwys. Hy het verskyn, onskuldig gepleit en is ontslaan toe die *Crown Prosecutor* die klagstaat terugtrek.<sup>41</sup> Hy is herarresteer en deur die *Crown Prosecutor* volgens wet 43 van 1885, terugverwys na die *Resident Magistrate*, waarop hy skuldig

<sup>37</sup>Sien o a *R v Sikumba* 1955 3 SA 125 (E) en *Scott v Additional Magistrate Pretoria* 1956 2 SA 655 (T) waar so iets wel gebeur het.

<sup>38</sup>*Supra* op 511.

<sup>39</sup>1971 1 SA 668 (A) 671F.

<sup>40</sup>*Supra*.

<sup>41</sup>Blykbaar weens die afwesigheid van die staatsgetuies.

bevind en gevonniss is. By hersiening is beslis dat die *Crown Prosecutor* die vervolging in die *High Court* gestop het en Zulu is ontslaan. Die uitspraak is, gesien artikel 9 se bepalings, nie heeltemal suiwer nie. Tog kan hier met 'n kans op sukses geargumenteer word dat die *Crown Prosecutor* vir die doeleindes van artikel 9 oor dieselfde magte beskik as die *Attorney-General*. Wet 43 van 1885 reël die hou van voorlopige ondersoekte en aangeleenthede wat daaruit voortspruit vir Griekwalandwes. Artikel 3 van die wet beklee dan die *Crown Prosecutor* met al die magte wat aan die *Attorney-General* gegee word om dié wet te implementeer. In feite het die *Crown Prosecutor* die *Attorney-General* geword vir die "plaaslike afdeling" Griekwalandwes met setel in Kimberley. Oor die *locus standi* van die *Crown Prosecutor* is egter nie geargumenteer nie en die hof het ook nie daarna verwys nie. Anders was die posisie in *Ormond ats Rex*,<sup>42</sup> deur regter Dove-Wilson beslis. Hier het 'n *Clerk of the Peace* ('n gewone laerhofsanklaer) vervolging op 'n aanrandingklagte stopgesit. By 'n later verhoor op dieselfde klagte is die beskuldigde skuldig bevind en gevonniss. By appèl het ene Bird namens die staat betoog dat slegs die *Attorney-General* 'n vervolging mag stopsit. Die argument is verwerp. Die hof het uitgegaan van die standpunt dat 'n beskuldigde wat in "jeopardy" was en ontslaan is, nie meer vervolgt kan word nie. Die houding is verkeerd. Die leerstuk *autrefois acquit* en die bepalings van die onderhawige artikel het niks met mekaar te doen nie. Verder sê die hof dat dit algemene praktyk in Natal is dat die gewone aanklaers sake kan terugtrek. Dit is geen geldige argument nie. Aanklaers wat uit onkunde die reg op 'n verkeerde en onwenslike wyse toepas, is nie regskeppers nie. Dit is juis die hof se plig om sulke praktyke te verdoem en nie om dit tot regsreëls te verhef nie. Dan ook motiveer die hof sy beslissing deur te sê dat waar die prokureur-generaal voel dat die aanklaers hul diskresie verkeerd uitgeoefen het ". . . the matter may be noticed departmentally, but not judicially." Dit is 'n drogrede. Wette is nog nooit gemaak sodat hulle nie-nakoming slegs departementele optrede tot gevolg kan hê nie. Dit sou beteken dat indien die registrateur van aktes 'n mondelingse koopkontrak van grond registreer, sy optrede, artikel 1 wet 68 van 1957 se bepalings ten spyt, heeltemal regmatig sal wees, maar dat sy departementshoof hom daarvoor kan uittrap.<sup>43</sup> Die hof steun op agt beslissings, waarvan slegs die beslissing in *King v Jack Zulu* hom in 'n mate staaf. In *Rex v Kelijana*<sup>44</sup> was dit die prokureur-generaal self wat

---

<sup>42</sup>*Supra*.

<sup>43</sup>Hiemstra a w 16 se regverdiging vir sy uitleg van artikel 8 is van dieselfde strekking en kan dus nie aanvaar word nie.

<sup>44</sup>30 (1909) NLR 437.

die vervolging behartig het maar die strydvraag was of sy optrede wel 'n staking uitgemaak het al dan nie. Beslis is dat die prokureur-generaal nie die vervolging uitdruklik hoef te staak nie. Dit is voldoende as sy optrede sy voorneme “. . . perfectly plain” laat blyk. Aangesien dit weer 'n beslissing van regter Dove-Wilson is, moet ons seker aanneem dat hy nie “Attorney-General” bedoel nie, maar “the prosecutor”. Die reëls onmiddellik bo dié waarna ek bo verwys het, lui egter soos volg: “[s]topping proceedings required no solemn act in Court on the part of the Attorney-General; *he is the sole arbiter*<sup>45</sup> whether he shall go on with a case or stop proceedings; in this respect the Court can not control him.” 'n Mens twyfel of die hof regtig weet of enige aanklaer of slegs die prokureur-generaal 'n vervolging mag stopsit.

So is ons reg ook hierna toegepas. Onsekerheid met die vasstel van watter optrede deur 'n aanklaer 'n stopsetting uitmaak, het gevolg. So is in *Rex v Sikumba*<sup>46</sup> beslis dat 'n gewone aanklaer wat op die verdediging se aansoek om ontslag van die beskuldigde na sluiting van die staatsaak, antwoord tot die effek dat hy nie die hof se tyd wil verspil nie en nie die aansoek opponeer nie, wel die vervolging stopgesit het. Dieselfde het gebeur in *Scott v Add Magistrate Pta.*<sup>47</sup> Daarenteen het die aanklaer in *Fatiman v Regina*<sup>48</sup> in wese dieselfde gesê as wat in genoemde twee sake gesê is, maar 'n ander hof het beslis dat dit nie 'n stopsetting uitmaak nie. Hierdie verwarring duur nog voort. Onopgeloste onsekerhede is die vrae of daar 'n stopsetting kan wees waar die aanklaer subjektief nie bedoel het om sy vervolging stop te sit nie, en of aangeneem kan word dat 'n aanklaer sy vervolging stopsit waar hy nalaat om 'n noodsaaklike getuie te roep. Hierdie vrae het ons howe al probleme gegee waarop ek later in meer besonderhede terugkom.

Soos gesê,<sup>49</sup> kry ons in 1959 die heel eerste materiële wysiging van artikel 8. Die effek van hierdie wysiging is om die woord “prokureur-generaal” te vervang deur die sinsnede “die prokureur-generaal, of met sy toestemming”<sup>50</sup> iemand ingevolge artikel ses aangestel of ingevolge artikel sewe aangewys . . .” Dit is opvallend dat hierdie wysiging aangebring is kort na die beslissings in die *Sikumba*-, *Scott*- en *Fatiman*-sake in 1955, -56 en -58, nadat daar lank stilte op hierdie gebied was. Aanvaar jy dat die wetgewer geen kragteloze of doellose bepaling wil maak nie,<sup>51</sup> kan die gewysigde artikel 8 slegs beteken dat die wetgewer nou opnuut vereis en herbevestig dat die prokureur-generaal, en hy

---

<sup>45</sup>Ek kursiveer.

<sup>46</sup>*Supra.*

<sup>47</sup>*Supra.*

<sup>48</sup>1958 2 PH H 264.

<sup>49</sup>Sien voetnoot 18.

<sup>50</sup>Ek kursiveer.

<sup>51</sup>Steyn a w 115.



alleen, mag besluit om 'n vervolging stop te sit. Enige ander aanklaer mag dit doen mits hy vir elke saak waarin hy dit wil doen, die prokureur-generaal se uitdruklike toestemming kry. 'n Mens moet aanvaar dat die wysiging gemaak is omdat die wetgewer nie gelukkig was oor die wyse waarop artikel 8 in die praktyk toegepas is nie. Was hy tevrede, sou hy sekerlik nie die artikel gewysig het nie. Selfs al sou hy die artikel wou wysig om dit in lyn te bring met die regspraak, sou die wysiging anders gelui het. Ons is nou geregverdig om te verwag dat toekomstige uitsprake artikel 8 reg sal uitlê. Dit kom dus as 'n skok as ons regter Hiemstra se beslissing in *S v Van Biljon*<sup>52</sup> lees. Hier het die aanklaer hardop getwyfel of die staat sy saak op die hoofklagte van roekelose of nalatige bestuur bewys het en vra hy 'n skuldigbevinding op die alternatiewe klagte. Die landdros vind die beskuldigde skuldig op die hoofklagte. By appèl beslis die hof dat die aanklaer se optrede nie neerkom op 'n volkome duidelike ("perfectly plain") stopsetting nie en wys hy die appèl van die hand. In sy uitspraak verwys die hof (heeltemaal *obiter*, gesien sy beslissing) na artikel 8, noem dat dit gewysig is, haal dit aan en sê dan daarop:

"Die ou artikel het die mag van stopsetting net aan die Prokureur-generaal gegee, maar prakties het die nuwe artikel die posisie nie verander nie omdat aanklaers as verteenwoordigers van die Prokureur-generaal optree."

Na wat ek reeds gesê het, behoef dit, met respek geen betoog nie dat hierdie uitspraak foutief is. In *De Lange v The State*<sup>53</sup> het die aanklaer sy vervolging stopgesit. Op 'n vraag van die landdros of hy die prokureur-generaal se magtiging het, antwoord die aanklaer "nee" en die landdros ignoreer, tereg, die stopsetting. Die uitspraak, by appèl, is 'n weinig verward. Daar word nooit verwys na die *ratio* van die landdros se ignorering van die aanklaer se uitdruklike woorde nie. Die hof sê wel dat 'n inperking van kruisvra van die verdediging 'n onreëlmatigheid is wat soms 'n benadeelde help. Omdat die prokureur onder die indruk was dat na die aanklaer se stopsetting, ontslag noodwendig moet volg, het hy die staatsgetuies nie verder ondervra nie en ook nie die beskuldigde of ander getuies geroep om te getuig nie. Die landdros het hom ook nie reggehelp nie. (Ons laat die vraag daar of dit wel die landdros se plig was om hom reg te help). Weens hierdie benadeling vind die hof dat daar wel 'n terugtrekking was en dat die beskuldigde sy ontslag ingevolge artikel 8 moes gekry het. Hierdie benadering is, met respek, verkeerd. Dit is òf 'n geldige stopsetting waarop die appellant sy ontslag moes kry, ongeag die benadeling, òf dit is nie. As die hof bevind dat dit nie 'n stopsetting was nie, maar dat die hantering van die verhoor deur die landdros onreëlmatig was omdat hy nie die prokureur ingelig het dat hy die stopsetting nie aanvaar nie, dan moet die appèl weens die benadeling slaag.

<sup>52</sup>1964 2 SA 426 (T).

<sup>53</sup>1965 2 PH H 213 (T).

Suiwerder is regter Corbett se uitspraak in *S v Bopape*.<sup>54</sup> Op 'n klagte van "shoplifting" het die aanklaer *a quo* (beïndruk deur die prokureur) die hof meegedeel dat die staat nie 'n saak het nie en dat hy nie vra vir 'n skuldigbevinding nie. Die beskuldigde word tog skuldig bevind. By appèl vind die hof dat die aanklaer se optrede nie op 'n stopsetting neerkom nie. Verder sê hy:<sup>55</sup>

"This conclusion absolves me from considering the other interesting points raised during the argument, viz., whether there can be a stopping of the prosecution where the prosecutor subjectively does not intend to do so and whether in this case the prosecutor can be said to have had the Attorney-General's consent to stop the prosecution as is required by section 8."

Hoe ver die wankonstruksie van artikel 8 gevoer kan word, blyk uit die uitspraak in *S v Muller*.<sup>56</sup> Vier regspraak is vir beslissing deur die landdros voorbehou, die derde een synde dat waar 'n aanklaer 'n noodsaaklike getuie nie roep nie omdat hy nie by die hof is nie, of hy die vervolging stopgesit het al dan nie. Die hof se antwoord is: ". . . 'n duidelike ja", as hy aandui dat hy getuieis gaan voorlê en dit dan nie doen nie.<sup>57</sup> Hierdie beslissing is onaanvaarbaar. Waar daar nie genoeg getuieis voor die hof is om 'n skuldigbevinding te regverdig nie, moet die hof die beskuldigde ontslaan tensy hy sy magte ingevolge artikel 210 kan en wil gebruik. Om nou te sê dat die weiering van die aanklaer om verdere getuieis te lei 'n stopsetting uitmaak, ontnem die hof sy magte ingevolge artikel 210. Die beslissing op hierdie punt is *obiter* aangesien die antwoord op die eerste vraag 'n antwoord op die derde vraag onnodig maak.

Die vraag of die prokureur-generaal self in elke geval moet besluit om die vervolging stop te sit, en of die aanklaer namens hom dit mag doen sonder uitdruklike toestemming, is nog 'n ope vraag.<sup>58</sup> Selfs sonder die 1959-wysiging sou ons howe die posisie kon regstel. Die 1959-wysiging het egter die beslissings voor daardie tyd kragteloos gemaak op hierdie punt. Van die beslissings na 1959 sê een<sup>59</sup> dat dit nog 'n ope vraag is. Die uitsprake van die regters in nog twee sake<sup>60</sup> is *obiter*. In die vierde saak<sup>61</sup> is die *ratio decidendi* eerder die nadeel deur die beskuldigde gelei omdat sy raadsman, mislei deur die hof, nie behoorlik gekruisvra het nie. Niks verhoed enige hof, ook 'n laerhof, om reg te beslis nie.

<sup>54</sup>1966 1 SA 145 (K).

<sup>55</sup>Op 149H.

<sup>56</sup>1971 4 SA 340 (T).

<sup>57</sup>Op 345C.

<sup>58</sup>Sien ook Ferreira a w 292 waar uitdruklik gesê word dat dit nog 'n ope vraag is.

<sup>59</sup>*S v Bopape supra*.

<sup>60</sup>*S v Van Biljon supra* en *S v Muller supra*.

<sup>61</sup>*De Lange v The State supra*.

Word daar verder op die bepaling van artikel 6(c) van die Wetsontwerp vir die Strafwet gelet, sal, indien die artikel wet word, die bedoeling van die wetgewer dat slegs die prokureur-generaal mag besluit oor 'n staking, nog duideliker blyk.<sup>62</sup> □

*In de hedendaagse doktrine wordt de opvatting gehuldigd dat het strafrecht uit zijn aard sanktierecht is en dat het eigenlijke strafrecht zich alleen bezig dient te houden met de vraag onder welke omstandigheden en op welke wijze een strafrechtelijke sanktie opgelegd moet worden. Of er een bepaalde wettelijke norm moet bestaan en hoe die moet luiden, zou dan geen typisch strafrechtelijke vraag zijn. Ik meen, dat deze opvatting in haar algemeenheid slechts ten dele juist is. Wanneer het geen typisch strafrechtelijke vraag zou zijn of de verkoop van pornografie strafbaar dient te zijn, wat is het dan wel? Toch zeker geen vraag die aan de moraal of de ethiek ter beantwoording moet worden voorgelegd. De ervaring heeft ons geleerd dat wetten, die gebaseerd worden op beginselen van de moraal met het doel deze moraal te handhaven, weinig of niets vermochten tegen verandering van de opvattingen op het gebied van diezelfde moraal.*

Mr Tom Schalken, Pornografie en Strafrecht

---

<sup>62</sup>Artikel 6 begin soos volg: “n Prokureur-generaal of iemand wat 'n vervolging van Staatsweë waarneem, kan . . .” Daarna volg subartikels (a) en (b) en dan (c): “. . . te eniger tyd nadat 'n beskuldigde gepleit het en nadat getuicnis . . . ten opsigte van 'n aanklag gelei is, maar voor skuldigbevinding, die vervolging ten opsigte van daardie aanklag staak . . . : Met dien verstande dat waar 'n vervolging deur iemand anders as 'n Prokureur-generaal waargeneem word, die vervolging nie gestaak word tensy die Prokureur-generaal daartoe ingestem het nie.”

# Ontwikkeling in die reg en regspleging van die Bantoe Oorsig vir 1971 en 1972

## Developments in the law and administration of justice of the Bantu Survey of 1971 and 1972

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

*Universiteit van die Noorde | University of the North*

### SUMMARY

This fifth annual survey of developments in the law and administration of justice of the African covers 1971 and 1972.

The Bantu Homelands Constitution Act 21 of 1971 is discussed in some detail. Some aspects of the Act itself are mentioned, such as the powers of legislative assemblies before and after the establishment of a "self-governing territory". In parliament the preamble to the bill gave rise to the question whether the ultimate goal is independence or "possible" independence. Against the view that self-determination of peoples can only mean sovereign independence, most writers and the UN accept that the right of self-determination can be implemented in many ways both under constitutional and international law. The UN have often proclaimed that all peoples have the right of self-determination. However, when a people in a multinational state wants more autonomy, or independence, its right of self-determination is in most cases rendered ineffective by (1) the fact that international law and the UN give precedence to the rights of the existing state and do not recognise a law of secession; (2) the modern tendency to regard as the bearer of the right of self-determination not a people in the ethnic sense, but the whole population, however heterogeneous, of a country; and (3) the view that the right of self-determination can be exercised only once. All these limitations do not apply to the South African concept of self-determination which forms the basis of the Bantu homelands legislation. Whether South African realities fit into this concept, is not a legal question.

A further section of the survey deals with the implementation of the Act. It was applied to six homelands, which attained the first legislative assembly status during this period. Three of these homelands also became self-governing territories. The composition of the legislative assemblies and the cabinets of the self-governing homelands is analysed and compared, particularly as to the ratio between the nominated and elected members and the basis for such nomination and election. It is also shown that, with the application of the provisions of Act 54 of 1968 to the Eastern Caprivi, there are now three legislative councils in South West Africa.



The effect of the Act on the administration of justice is also discussed. The Act provides for the possible establishment of a high court in each self-governing territory, equal in status to a provincial or local division of the supreme court, and for the establishment and transfer of inferior courts to the governments of self-governing homelands. There is a new formula dealing with internal conflict of laws.

In the law of husband and wife, the repeal of special legislation affecting African marriages in Natal and Transvaal simultaneous with the promulgation of the new section 22ter of the Bantu Administration Act of 1927, requiring the consent of father or guardian to the marriage of major African women in these provinces, is discussed.

Case law for the two years is treated in detail. Not less than fifteen of the sixty-six reported cases in the different divisions of the Bantu appeal court during the two years dealt with the maintenance of illegitimate children. As against a number of cases under the Maintenance Act of 1963 in which the duty of the natural father for the maintenance of such children was stressed, there was also one reported case in which *isondo*, compensation for the up-bringing of children in Bantu law, was successfully claimed by the natural father of the children from the head of the family of the woman with whom he had been living.

The survey includes a bibliography.

## I STAATSREG

### Wetgewing

#### Bantoetuislande en selfbeskikking

Onder die wette wat met Suid-Afrika se beleid van afsonderlike ontwikkeling en selfbeskikking vir Bantoevolke te doen het, neem die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971 'n besonder belangrike plek in. Op die bepaling van hierdie wet berus die huidige staatkundige struktuur van byna al die Bantoegebiede in die Republiek behalwe natuurlik die Transkei wie se Grondwet 48 van 1963 as voorbeeld gedien het.

Wat die inhoud en die staatsregtelike implikasies van die wet betref, kan ons na RE Goldblatt se opsomming<sup>1</sup> en na F Venter se artikel "Die Staatspresident se posisie in die Bantoestaatsreg"<sup>2</sup> verwys. Ons oorsig bepaal hom derhalwe by enkele aspekte van die wetgewing en van die onderliggende beginsel van selfbeskikking wat in verband daarmee ter sprake gekom het.

Om die ontwikkeling van selfbestuur van Bantoegebiede verder te voer, maak wet 21 van 1971 voorsiening vir twee konstitusionele fases tussen die instelling van gebiedsowerhede aan die een kant en "moontlike"<sup>3</sup> soewereine onafhanklikheid aan die ander kant. In die eerste stadium word, na raadpleging van die gebiedsowerheid, by proklamasie 'n wetgewende vergadering ingestel wat met sy uitvoerende raad in die plek van die gebiedsowerheid tree.<sup>4</sup> In die tweede stadium word die gebied, na raadpleging van die wetgewende vergadering, eweneens by proklamasie tot 'n "selfregerende gebied binne die Republiek" verklaar<sup>5</sup> - 'n term wat vir die eerste keer in

<sup>1</sup>Annual Survey of SA Law 1971 25.

<sup>2</sup>1972 THRHR 330-351.

<sup>3</sup>Vide infra.

<sup>4</sup>a 1 en 5 van wet 21 van 1971. (Tensy anders aangedui, word vervolgens steeds na artikels van wet 21 van 1971 verwys.)

<sup>5</sup>a 26.

1963 in verband met die Transkei gebruik is.<sup>6</sup> Die uitvoerende gesag berus dan nie meer by 'n uitvoerende raad nie, maar by 'n kabinet bestaande uit ministers.<sup>7</sup> Die gebied kry 'n addisionele amptelike taal of tale<sup>8</sup> en 'n amptelike koerant; 'n hoërhof kan vir hom ingestel word.<sup>9</sup> Ook tooisels soos 'n vlag<sup>10</sup> en 'n volkslied<sup>11</sup> maak dit duidelik dat die wetgewer so 'n selfregerende gebied as 'n staat-in-wording beskou.

Die lys van aangeleenthede waaroor 'n wetgewende vergadering wette kan maak, is in altwee stadia dieselfde.<sup>12</sup> Dit is grotendeels identies met dié wat vir die Transkei geld<sup>13</sup> maar die Staatspresident kan dit met die goedkeuring van die senaat en die volksraad uitbrei<sup>14</sup> behalwe tov aangeleenthede wat ingevolge artikel 4 van die wet<sup>15</sup> uitgesluit is (militêre eenhede, vervaardiging van wapens, buitelandse sake, spoorweë en hawens, ens.) Tog bestaan daar 'n betekenisvolle verskil tussen wetgewende bevoegdhede voor en na bereiking van die tweede stadium: Eers wanneer selfregering toegestaan is, mag 'n wetgewende vergadering se wette ook wette van die parlement herroep of wysig.<sup>16</sup>

Een rede waarom die Tuislandgrondwet soveel opspraak verwek het, is die feit dat dit die uitvoerende gesag van die Republiek magtig om sonder verdere wetgewing van die parlement ingrypende staatsregtelike veranderinge in Suid-Afrika te laat plaasvind. Die proklamasies waarby dit geskied, kan wel deur die parlement afgekeur en sodoende ongeldig gemaak word, maar wat intussen ingevolge so 'n proklamasie gedoen is, bly geldig.<sup>17</sup> Die alternatief sou gewees het om vir elke tuisland 'n afsonderlike grondwet - tov die twee stadia selfs twee grondwette - en dus in die geheel moontlik 16 of 18 wetsontwerpe deur die parlement te loods. Vir dié tydrowende prosedure het die regering nie kans gesien nie.<sup>18</sup>

As gevolg daarvan word die grondwetlike bepalinge met betrekking tot een van die tuislande nou nie soos in die geval van die Transkei in een dokument gevind nie, maar ten dele in wet 21 van 1971 en ten dele in die daarvolgens uitgevaardigde proklamasies. Die wet is dus 'n tipiese *Rahmengesetz* of *loi cadre*. So skryf die wet byvoorbeeld slegs voor dat 'n wetgewende vergadering uit burgers van 'n Bantoegebied saamgestel word en dat

<sup>6</sup>a 1 van wet 48 van 1963.

<sup>7</sup>a 29.

<sup>8</sup>a Verenigde vergadering van senaat en volksraad het die "beskermd" a 108 van die grondwet van die Republiek so gewysig dat een of meer Bantoe tale ook by proklamasie as amptelike taal of tale van 'n selfregerende gebied erken kan word (Wysigingswet op die Grondwet 1 van 1971).

<sup>9</sup>a 34.

<sup>10</sup>a 27.

<sup>11</sup>a 28.

<sup>12</sup>a 3 a 30 en Bylae 1.

<sup>13</sup>Deel B van die Eerste Bylae tot wet 48 van 1963.

<sup>14</sup>Item 33 van Bylae 1 tot wet 21 van 1971.

<sup>15</sup>Vgl a 39 van wet 48 van 1963.

<sup>16</sup>a 3(1)(b) en 30(1)(b).

<sup>17</sup>a 37.

<sup>18</sup>Debatte van die Volksraad: Tweede Sessie - Vierde Parlement (vervolgens na verwys as Debatte) 480 591 631.

onder meer voorsiening gemaak kan word vir “die verkiesing by wyse van stemming en die aanwysing van die lede van ’n wetgewende vergadering”.<sup>19</sup> Hoeveel lede in die geval van ’n spesifieke tuisland kapteins moet wees en hoeveel verkies word, dit lees ons in die betrokke proklamasie.

Iets selde saams het met die Tuislandegrondwet in die parlement gebeur: die grootste meningsverskil is uitgelok deur die aanhef. Dit lui:

“Nademaal dit wenslik is dat verdere voorsiening gemaak word vir die ontwikkeling van Bantoevolke tot selfbestuur en onafhanklikheid.”

Aan die begin van die tweedelesingdebat het die Minister van Bantoeadministrasie en -ontwikkeling egter van “moontlike onafhanklikheid” gepraat.<sup>20</sup> Lede van die opposisie het die invoeging van die woord “moontlik” betekenisvol gevind. Twyfel die regering nou self omtrent die einddoel van sy beleid?<sup>21</sup> Na heelwat woordewisseling oor “selfbeskikking”, “moontlike onafhanklikheid” en “soewereine onafhanklikheid” het die minister verklaar dat dit die doel van die wetgewing is om die pad nog oper te maak

“om die Bantoevolke toe te laat om hulle self al hoe meer uit te leef onder die beginsel van selfbeskikking. Soos ons in die aanhef gesê het, *kan*<sup>22</sup> dit selfs tot onafhanklikheid gaan.”<sup>23</sup>

Oor die moontlike vorme waarin ’n volk se selfbeskikkingsreg verwesenlik kan word, het daar sedert die begin van die eeu heelwat meningsverskil geheers.<sup>24</sup> Volgens een opvatting wat soms in die verlede en meer onlangs in verband met dekolonisasie weer aangetref is, kan volle selfbeskikking slegs soewereine onafhanklikheid beteken.<sup>25</sup>

Aan enige volk vir wie ’n eie onafhanklike staat nie wenslik of prakties doenlik is nie, ontsê hierdie alles-of-niks-standpunt die selfbeskikkingsreg.

Die teenoorgestelde mening wat in die staats- en volkereg telike literatuur baie meer steun geniet, beskou onafhanklikheid as net een van talryke moontlikhede om aan die beginsel van selfbeskikking te voldoen. Omdat selfbeskikking vryheid van keuse beteken, moet ’n volk ook geregtig wees om die een of ander status binne ’n bestaande staat te verkies, soos byvoorbeeld ’n mate van territoriale outonomie of selfregering. ’n Deskundige soos Heinz Kloss bespreek twaalf moontlike staats- of volkereg telike “oplossings” wat van vrywillige integrasie tot onafhanklikheid strek en binne

<sup>19</sup>a 2(2).

<sup>20</sup>Debatte 479.

<sup>21</sup>Debatte 489 623 675.

<sup>22</sup>My kursivering.

<sup>23</sup>Debatte 1908.

<sup>24</sup>H Kloss (red) *Beiträge zu einem System des Selbstbestimmungsrechts* 1970 (vervolgens na verwys as *Beiträge*) 3.

<sup>25</sup>Die verspreiding van hierdie opvatting is grootliks aan Lenin toe te skrywe; vir hom was dit ’n wapen ter verbroekeling van multinasionale kapitalistiese state. Vgl H Kloss *Grundfragen der Ethnopolitik im 20 Jahrhundert* 1969 (vervolgens na verwys as Kloss 1969) 494. Kloss se standaardwerk oor die behandeling van etniese vraagstukke in die hele wêreld (tot dusver ongelukkig net in Duits beskikbaar) lyk vir my onontbeerlik vir enige navorsing oor die regte van rasse-, taal- en etniese groepe.

landse sowel as buitelandse "assosiasie" insluit.<sup>26</sup> Ander skrywers kom tot soortgelyke gevolgtrekkings,<sup>27</sup> en selfs die Verenigde Volke, vir wie die beginsel van selfbeskikking 'n onoplosbare probleem moet bly, neem nou teoreties so 'n buigsame houding in. Die "Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations" van 1970<sup>28</sup> stel 'n wye keuse:

"The establishment of a sovereign and independent state, the free association or integration with an independent state or the emergence into any other political status freely determined by a people constitute modes of implementing the right of self-determination by that people."

Buitendien het die VV in talle resolusies, konvensies en verklarings steeds weer bely:

"All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status . . ."<sup>29</sup>

Waarom het dit nogtans so dikwels geblyk dat 'n volk wat in 'n multinasionale staat onderdruk voel - soos byvoorbeeld die Ibo's in Nigerië - in werklikheid geen selfbeskikking geniet nie?

Eerstens sou so 'n volk, om sy eie staat te kan eis, die reg van sesessie gegun moet word, en dié reg word deur die wêreldliggaam (behalwe in uitsonderlike gevalle) hoegenaamd nie erken nie. Die huidige volkere gee 'n bestaande staat se reg op soewereiniteit en territoriale integriteit nog steeds die voorrang bo die *ideaal* of *beginsel* van selfbeskikking<sup>30</sup> - en daar is maar min state wat vrywillig gedeeltes van hulle grondgebied sou afstaan om die ideaal van selfbeskikking te verwesenlik.

Tweedens is daar die moderne neiging om as die draer of subjek van die selfbeskikkingsreg nie meer, soos dit histories en dogmaties eintlik van self spreek, die volk in die etniese sin van die woord<sup>31</sup> te erken nie, maar

<sup>26</sup>Kloss 1969 464 e.v.

<sup>27</sup>K Rabl *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker* 1963 (vervolgens na verwys as Rabl 1963; 2e uitg 1973 hier nog nie beskikbaar nie) 150 e.v.; G Decker *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* 1955 227 e.v. 269 307; K Rabl (red) *Inhalt, Wesen und gegenwärtige praktische Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts der Völker* 1964 (vervolgens na verwys as Rabl 1964) 262.

<sup>28</sup>Res 2625 (XXV).

<sup>29</sup>Res 1514 (XV); a 1 *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; a 1 *International Covenant on Civil and Political Rights*, ens; vgl a 1(2) en 55 van die VV-handves.

<sup>30</sup>Par 5 van res 1514 (XV): "Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the United Nations." Ook 'n versoek om outonomie binne 'n bestaande staat is 'n huishoudelike aangeleentheid waarmee die VV hulle weens a 2(7) van die handves normaalweg nie kan bemoei nie. Vgl "Right of Self-Determination" in *International Commission of Jurists*, "East Pakistan Staff Study" *The Review* 8 1972 (vervolgens na verwys as *Review*) 42 e.v.; Kunz in Rabl 1964 132 143 154 217; *Veiter* in *Beiträge* 141 e.v.

<sup>31</sup>Vir die groot kampvegter van die selfbeskikkingsreg, pres Wilson van die VSA, was die draer van die reg beslis die etniese eenheid; vgl Ermacora in Rabl 1964 53 220 e.v.; *Veiter* in *Beiträge* 132 e.v.; Kunz in Rabl 1964 225. Selfs by die *International Commission of Jurists* val die klem nog op die etniese element: *Review* 46 e.v.



liewers 'n hele bevolking, hoe heterogeen ook al, wat binne die grense, hoe willekeurige ook al, van een land woon.<sup>32</sup>

'n Derde faktor is die histories meer begryplike leerstelling dat 'n volk sy selfbeskikkingsreg net een keer mag uitoefen. Aan die keuse wat hy getref het, bly hy vir ewig gebonde.<sup>33</sup> 'n Bevolkingsgroep wat eers later sy nasionale identiteit ontwikkel en daarvan bewus word, het dan sy selfbeskikkingsreg al klaar verbeur - nog voor sy geboorte.

Oënskynlik is die Suid-Afrikaanse wetgewer se begrip van selfbeskikking vry van al hierdie beperkende leerstellinge en tendense wat die beginsel afwater, onvrugbaar maak en verydel. In die besonder sien die Tuislandegrondwet die ontvoogding van die Bantoegebiede as 'n geleidelike proses waarby die betrokke groepe op grond van hulle selfbeskikkingsreg herhaaldelik oor verdere konstitusionele veranderings kan onderhandel. Dit geld ook vir daardie stap anderkant selfregering wat slegs in die aanhef van die wet voorkom, dws soewereine onafhanklikheid - indien dit begeer word.

Die feit dat die begrip van selfbeskikking in Suid-Afrika dogmaties so veel gesonder lyk as in baie ander lande beteken natuurlik nie noodwendig dat die daarop gebaseerde beleid sal opgaan nie. Of en in watter mate die Suid-Afrikaanse werklikheid daarby inpas, is 'n vraag waarop die regs-wetenskap geen antwoord gee nie.

WB

## BANTU HOMELAND LEGISLATIVE ASSEMBLIES AND COUNCILS

### Republic of South Africa

The process of the gradual granting of powers and responsibilities to the Bantu homeland governments other than the Transkei, which was set in motion in 1968,<sup>34</sup> was carried a step further in 1971 and 1972. The parliament of the Republic of South Africa by adopting a blanket measure, the Bantu Homelands Constitution Act 1971 (Act 21 of 1971), empowered the government to apply provisions similar to those applied in the Transkei<sup>35</sup> to other Bantu homelands, and, by means of proclamations under this measure, to determine matters which are peculiar to a particular homeland.

#### *Establishment of legislative assemblies*

The first stage of this new measure<sup>36</sup> provides for the establishment of legislative assemblies to replace territorial authorities. Such legislative assemblies were created during 1971 and 1972 in respect of the six Bantu homelands for which territorial authorities with greater responsibilities

<sup>32</sup>Vgl die VV se houding tot SWA. - Rabl in *Beiträge* 56. Ook die meeste swart Afrika-state steun die nuwe opvatting - daarom het die OAE nie die Ibo's nie, maar die hele heterogene bevolking van Nigerië as een subjek van die selfbeskikkingsreg beskou.

<sup>33</sup>Ook hierdie leerstelling is teen die Ibo's en in soortgelyke gevalle (Soedan!) gebruik. "It was on this principle that the claim to independence of the southern states in the American Civil War and of Biafra in the Nigerian Civil War was resisted." *Review* 46. Vgl Kloss in Rabl 1964 41.

<sup>34</sup>Vide 1968 *THRHR* 367 *et seq.*

<sup>35</sup>By virtue of Act 48 of 1963.

<sup>36</sup>Act 21 of 1971 Chapter 1.

(partially selfgoverning) had already been in existence.<sup>37</sup> By means of a similar proclamation, the Zulu in Natal who had received their territorial authority in 1970,<sup>38</sup> also attained their legislative assembly status under the name of "kwaZulu". The legislative assemblies were established on the following dates:

LEGISLATIVE ASSEMBLY	PROCLAMATION	DATE
Tswana	R 87	30 April 1971
Ciskeian	R 118	21 May 1971
Venda	R 119	21 May 1971
Machangana	R 148	25 June 1971
Lebowa	R 156	30 June 1971
Basotho-Qwaqwa	R 225	10 October 1971
KwaZulu	R 70	30 March 1972

According to these legislative measures membership of these legislative assemblies was to be the same as that of the territorial authorities which they replaced; the principles and features that characterise these disestablished authorities have been discussed in previous contributions and need not be repeated here. An executive council of the legislative assembly continued to be responsible for the same departments as the territorial authority; and government departments were created for the Zulu for the first time.

Such legislative assembly has legislative powers over a number of specified matters,<sup>39</sup> among which mention could be made of the powers to make laws on questions relating to succession, births, deaths and marriages; the establishment and administration of and control over inferior courts and the administration of justice in respect of the Blacks (Africans), including the exercise of civil and criminal jurisdiction in accordance with African law.<sup>40</sup> A legislative assembly may be empowered to take over control of magistrates' and Bantu affairs commissioners' courts within its area of jurisdiction.<sup>41</sup> The power hitherto exercised by the State President of dividing and amalgamating existing African tribes and constituting new tribes<sup>42</sup> will now be exercised by the legislative assembly, as are also the powers to legislate on the questions of recognition, appointment and conditions of service of paramount chiefs, chiefs and headmen - the lastnamed powers being subject to the overriding authority of the State President.<sup>43</sup>

### *Conferment of selfgovernment*

The second stage of the constitutional development<sup>44</sup> provides for the declaration, after consultation with a legislative assembly having jurisdiction, of a Bantu homeland as a selfgoverning territory within the Republic of South Africa. This enhanced status is distinguished by, inter

<sup>37</sup>*Vide* 1968 *THRHR* 367 *et seq* and 1969 *THRHR* 383 *et seq*.

<sup>38</sup>*Vide* 1970 *THRHR* 40-1.

<sup>39</sup>Schedule 1 to Act 21 of 1971.

<sup>40</sup>Schedule 1 s 12 23 and 26.

<sup>41</sup>Act 21 of 1971 s 14(2).

<sup>42</sup>Act 38 of 1927 s 5.

<sup>43</sup>Act 21 of 1971 schedule 1 s 27.

<sup>44</sup>*Ibid* chapter 2.

alia, own national flag, national anthem and a cabinet responsible for the execution of governmental functions.

The legislative powers of the selfgoverning legislative assembly will be the same as before selfgovernment and will also include the right to alter Acts of the Republican parliament in so far as they relate to matters within its control and in regard to its citizens. Certain laws of parliament and provincial councils will be inapplicable to the selfgoverning Bantu homeland in respect of matters under its control. Of importance also is the power of the State President to constitute a high court to replace a local or provincial division of the supreme court, a Bantu appeal court or divorce court having jurisdiction within such selfgoverning territory.<sup>45</sup>

*The traditional element in the legislative assemblies*

During the period under review three of the Bantu homelands in respect of which legislative assemblies had been established were declared selfgoverning territories, namely Bophuthatswana (Tswana), Ciskei (Xhosa and Southern Sotho) and Lebowa (Northern Sotho) with effect from 1 June 1972, 1 August 1972 and 2 October 1972, respectively.<sup>46</sup> The kwaZulu legislative assembly was also granted a constitution laying down the composition which would apply at some stage at a date to be fixed later.<sup>47</sup> Of interest is the composition of these legislative assemblies, which can be summarised as follows:

LEGISLATIVE ASSEMBLY	MEMBERSHIP		
	<i>Ex officio</i> / nominated	Elected	Total
KwaZulu	70	55	125
Bophuthatswana	48	24	72
Ciskeian	30	20	50
Lebowa	60	40	100

Here attention will be paid, first to the different methods of appointment of the traditional representatives of the African communities in the different homelands, and an attempt will be made to give a comparative account. The basis for designation of *ex officio* members or nomination of additional members of the legislative assembly in the case of kwaZulu, Bophuthatswana and Ciskeian assemblies shows marked resemblance to that of the disestablished territorial authorities. In Bophuthatswana and kwaZulu the basis of representation in the assembly is still the regional authority; in the case of the Ciskei it is the tribal authority.

Eleven of the Bophuthatswana regional authorities and tribal authorities with powers of regional authorities must be represented each by either four chiefs and/or headmen, or chiefs and nominated members; one regional authority and one tribal authority must be represented by two members and a chief and a nominated member, respectively.<sup>48</sup>

<sup>45</sup>*Ibid* s 27-30 and 34.

<sup>46</sup>Procls R131 R187 R225 of 1972.

<sup>47</sup>Procl R70 of 1972.

<sup>48</sup>Procl R131 s 3(1)(a) and (2).

In the Ciskei the paramount chief of the amaRarabe together with his personal representative still occupies a place of honour in the legislative assembly; the other 29 *ex officio* members are the chiefs of the tribes in respect of which tribal authorities have been established.<sup>49</sup>

In kwaZulu, the paramount chief (the king) personifies the unity of the Zulu nation and must stand "aloof from party politics and sectionalism"; therefore, only his personal representative will be a member of the legislative assembly. In addition, each of the 22 constituent regional authorities will be represented by at most three chiefs appointed from among such chiefs by the regional authority concerned; where there are less than three chiefs, all such chiefs will be appointed, and chairmen of community authorities will be considered to make up the number of representatives, as if they were chiefs. The chief or chairman of each of the three tribal authorities deemed to be regional authorities will be entitled to a seat in the assembly.<sup>50</sup>

The Lebowa constitution shows departure from the Bantu authorities system as a basis for designation of *ex officio* members of the legislative assembly; instead it makes use of the electoral divisions, these being the territory's ten constituent districts and two rural areas. A specified number of chiefs - ranging from one to fourteen for each division - will be designated by "the chiefs holding office" in each electoral division to make up 59. In addition, chieftainess Modjadji of the Balobedu tribe is entitled to "her permanent representative".<sup>51</sup> This method, however, in spite of the departure pointed out above, still shows high regard for the traditional institution.

#### *Introduction of the elective principle*

The State President has been empowered, in constituting a legislative assembly, to introduce the "elective principle".<sup>52</sup> There is no doubt that the principle was unknown in the indigenous legal systems of the African people in Southern Africa, but it has become known to them as a result of contact with representatives of the West; they have applied the principle in numerous social and economic activities and would like to see it applied in an ever increasing measure to governmental institutions to serve their modern needs. This modification and alteration is an adaptation of the indigenous system to keep pace with the changes in the ideas and culture of the African people. In the Transkei it was a characteristic of the Bunga system, and the Bantu authorities system, when it was introduced there, just had to take note of that development; it is now a marked feature of that territory's selfgovernment constitution.

As in the Transkei, the elective principle has been embodied in all the selfgovernment institutions dealt with here. KwaZulu, like the Transkei, will use the Bantu authorities system as a basis for election: The 22 kwaZulu regional authority areas will serve as electoral divisions; there will be

<sup>49</sup>Procl R187 s 3(a) and (b).

<sup>50</sup>Procl R70 s 2(1)(a) - (c).

<sup>51</sup>Procl R225 s 3(1)(a) - (b) & (2)(a).

<sup>52</sup>Act 21 of 1971 s 2(2)(a).



proportional representation, each division returning at least one representative.<sup>53</sup>

For the purposes of election, Bophuthatswana, the Ciskei and Lebowa will make use of their administrative units. The twelve Bophuthatswana districts serve as electoral divisions; each returning two representatives.<sup>54</sup> The areas of land which constitute the Ciskei are situated in nine districts and these districts have been declared electoral divisions. As in kwaZulu each electoral division is entitled to at least one elected member and proportional representation will be applied.<sup>55</sup> The twelve electoral divisions of Lebowa - ten districts and two other areas - will each be entitled to elect a specified number of representatives, ranging from one to seven each.<sup>56</sup>

Taken as a whole the composition of these four legislative assemblies shows striking similarity to that of the disestablished territorial authorities, namely the reservation of seats for the traditional leaders in the territories' highest legislative bodies. Further, at this stage in their constitutional development the assemblies could not escape the elective principle on the same universal basis, enjoyed even by permanently "absentee" citizens. Furthermore, the composition resembles that of the Transkei in the preponderance of *ex officio* and nominated members over the elected members. This throwing of the traditional leaders - the incumbents of a revered indigenous institution - into the hurly-burly of politics will have the immediate effects of neutralizing the forces of the modern elite and delaying their assumption of political power, but it is bound to have far-reaching ultimate consequences upon the institution itself.

#### *Composition of the cabinet/executive council*

An executive council consisting of a chief councillor and five executive councillors will be in charge of the kwaZulu government departments which are similar to those of the other territorial authorities. The council's composition resembles that of most territorial authorities in that the chief councillor must be a chief, and at least two of the five councillors must also be chiefs. The legislative assembly has the right to elect suitable persons to these positions.<sup>57</sup>

The Bophuthatswana cabinet has inherited the composition of the executive council of the Tswana territorial authority: The chief minister must be a chief, and at most three of the five ministers must be chiefs. Like the Transkei cabinet since 1971,<sup>58</sup> only the chief minister is elected by secret ballot by the assembly; the other ministers are appointed by the chief minister.<sup>59</sup>

The Ciskei, like the Transkei, has consistently adhered to election to cabinet positions on merit only; its constitution does not embody provisions

<sup>53</sup>Procl R70 s 2(1)(d) 3 & 4.

<sup>54</sup>Procl R131 s 3(1)(b) (2) 3 - 5.

<sup>55</sup>Procl R187 s 3(c) 5 & 6.

<sup>56</sup>Procl R225 s 3(1)(c) (2)(b) 4 & 5.

<sup>57</sup>Procl R70 s 13.

<sup>58</sup>As introduced by the Transkei Constitution Amendment Act 1971.

<sup>59</sup>Procl R131 s 13 and 16.

reserving cabinet positions for traditional leaders. In addition, it has abandoned the tribal consideration in the allocation of cabinet seats, which characterised the previous constitution. All the six ministers are elected by the assembly.<sup>60</sup>

The Lebowa legislative assembly, contrary to the territorial authority, in appointing the chief minister need not be bound by considerations of birth and can use merit as a criterion. However, four chiefs, as in the territorial authority, must serve on the cabinet so that at most only two commoners can gain seats in the cabinet.<sup>61</sup>

Thus the composition of the cabinets of Bophuthatswana, the Ciskei and Lebowa reveal interesting and varying responses to the same situation. On the one hand the assembly is under duty to give the traditional leaders the leading and predominant role in the cabinet; on the other hand it has been left to the assembly to decide on those chiefs and commoners who have the aptitude and disposition for political leadership through training and experience and assign to them this important task. Only the Ciskei has not bound itself to descent as a criterion for such leadership.

### South West Africa

The Development of Selfgovernment for Native Nations in South West Africa Act 1968 (Act 54 of 1968) was applied to the Eastern Caprivi during this period.<sup>62</sup> This territory was granted a legislative council consisting of 28 members. As with the Ovambo and others there will be equal representation for the constituent tribes in the council and the executive.

Each of the two constituent tribal authorities - the Mafwe and Basubia tribal authorities - will have 14 representatives composed of the chief of the tribe *ex officio* and 13 members designated by the tribal authority concerned.<sup>63</sup>

Provision has also been made for the representation of members of the legislative council who are unable to attend any session. The chief of the tribe, after consultation with the tribal authority, is entitled to nominate a person to attend the council session(s) on his behalf; the tribal authority also has power to designate a temporary substitute for any member who cannot attend a session(s). Such nomination is for a specified session or period.<sup>64</sup> In the latter respect the Eastern Caprivi is unique.

Governmental functions shall be conducted by an executive council consisting of four councillors. The composition of the executive resembles that of the Basotho ba Borwa territorial authority: The two chiefs are councillors *ex officio* and each tribal authority must designate one of its 13 representatives as councillor along with its chief. However, unlike the Basotho ba Borwa territorial authority, the chief councillor need not be a chief:

---

<sup>60</sup>Procl R187 s 15.

<sup>61</sup>Procl R225 s 13.

<sup>62</sup>Procl R6 of 1972.

<sup>63</sup>*Ibid* s 2.

<sup>64</sup>*Ibid* s 3.

The legislative council is empowered to elect one of the four councillors as its chief councillor.<sup>65</sup>

Although the fact that in this case the executive council consists of four members its powers and responsibilities cover the same fields as those of the executive councils established in the Republic of South Africa where the councils have six members except in the case of Basotho ba Borwa.<sup>66</sup>

By the end of 1972, the following three legislative councils had been established in South West Africa in accordance with the provisions of Act 54 of 1968: Ovambo (1968), Kavango (1970) and Eastern Caprivi (1972).  
IOHMM

## II STRAFREG

### Wetgewing

Gedurende 1971 en 1972 is geen wetgewing gepromulgeer wat op Bantoestrafreg betrekking het nie.

### Regspraak

In die beslissing *S v Majozi*<sup>67</sup> het ons 'n geval waar 'n persoon skuldig bevind is aan minagting van die hof gepleeg in die hof van 'n kaptein.

Die beskuldigde het onmiddellik nadat die kaptein vonnis teen hom in 'n siviele saak gegee het, opgestaan en gesê: "You hate me, you want to attach my cattle."<sup>68</sup>

Die kaptein het daarop die beskuldigde skuldig bevind aan minagting van die hof en 'n boete van R20 opgelê.

Omdat die kaptein die bevoegdheid om strafsake te verhoor ingevolge artikel 20(1) van wet 38 van 1927 van die staat verkry en artikel 20(2) aan die kaptein die bevoegdheid verleen om 'n boete op te lê, beslis die hof dat die kaptein ingevolge artikel 20(1) opgetree het en dat dit gevolglik binne sy jurisdiksie was om 'n boete van R20 op te lê; artikel 20 van die Natalse kode is gevolglik nie van toepassing in die onderhawige saak nie.

Die feite in die saak *S v Mokonto*<sup>69</sup> was kortliks die volgende: Die beskuldigde het geglo dat twee van sy broers se dood deur die duiwelse magte van die oorledene in haar hoedanigheid as 'n heks veroorsaak is. Toe die beskuldigde die oorledene met die feit konfronteer dat sy vir sy broers se dood verantwoordelik is, het die oorledene vir die beskuldigde gesê dat hy nie die son vandag sal sien ondergaan nie, waarop die beskuldigde 'n mes neem en haar dood. Die hof bevind dat die beskuldigde se geloof in die toorkuns<sup>70</sup> nie redelik is nie en dat sy verweer van selfverdediging gevolglik nie kan slaag nie.

JAVDH

<sup>65</sup>*Ibid* s 8 - 10.

<sup>66</sup>Procl R35 of 1972.

<sup>67</sup>1971 1 SA 794.

<sup>68</sup>Op 794F.

<sup>69</sup>1971 2 SA 319 (A).

<sup>70</sup>Toorkuns is volgens ons nie deel van Bantoestrafreg nie.

## III PROSESREG

## Wetgewing

Die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971 bevat verskeie belangrike bepalinge rakende die regspleging in die Bantoetuislande.

Artikel 14 bepaal dat die wettiglik saamgestelde howe wat in 'n gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is, op die datum waarop die eerste uitvoerende raad vir daardie gebied saamgestel word, bevoeg is om straf- of siviele sake van welke aard of omvang ook al te verhoor, bly voortbestaan in ooreenstemming met sy bestaande samestelling en jurisdiksie totdat dit deur die daartoe bevoegde gesag verander of ontbind word.

Die jurisdiksie, bevoegdhede, pligte en werksaamhede van 'n laerhof ingestel deur die bevoegde gesag in 'n gebied ingevolge 'n wet deur die wetgewende vergadering gemaak, oorskry nie die jurisdiksie ens ten opsigte van die gebied waarvoor dit kragtens die Wet op Landdroshowe<sup>71</sup> ingestel is nie, aldus artikel 15.

Item 12 van Bylae 1 bepaal dat die instel en administrasie van en die beheer oor die laerhowe in die Bantoetuislande en die regspraak ten opsigte van Bantoes, met inbegrip van die uitoefening van siviele en strafregtelike jurisdiksie ooreenkomstig die *reg en gebruike* wat Bantoestamme en -gemeenskappe toepas, binne die wetgewende bevoegdhede van die wetgewende vergaderings ingevolge artikel 3 val.

Artikel 34 maak voorsiening vir die instel van 'n hoërhof vir 'n selfregerende gebied deur die Staatspresident. Die appèlafdeling van die hooggeregshof van Suid-Afrika sal dieselfde jurisdiksie hê om appèlle teen beslissings van die hoërhof van 'n selfregerende gebied te verhoor en te beslis as wat hy ten opsigte van beslissings van die provinsiale of plaaslike afdelings van die hooggeregshof het.<sup>72</sup>

## Regspraak

Regter Fannin beklemtoon in die saak *S v Ntsele*<sup>73</sup> hoe belangrik dit is vir die Bantoesakekommissaris om vas te stel wat presies die klag teen die beskuldigde in die kapteinshof was. Die hof bevind dat die klag nooit behoorlik omlyn is in die appèl na die Bantoesakekommissarishof nie en dat die getuienis geen misdaad deur die beskuldigde gepleeg, bewys nie. Ongelukkig word nie genoem of alleen gemeenregtelike misdade oorweeg is nie.

*S v Mngadi*<sup>74</sup> gaan oor die kriminele jurisdiksie van 'n kapteinshof. Die beskuldigde was daarvan aangekla dat hy artikel 2(9) van wet 38 van 1927 oortree het deurdat hy geweier het om die bevel van 'n kaptein te gehoorsaam. Die saak is verhoor deur 'n waarnemende kaptein en ingevolge artikel 20(a)(2) mag 'n kaptein slegs so 'n saak verhoor mits hy skriftelike

<sup>71</sup>Wet 32 van 1944.

<sup>72</sup>1971 2 SA 223 (N).

<sup>73</sup>1971 2 SA 220 (N).

<sup>74a</sup> 34(3).



magtiging daartoe van die minister het. In die onderhawige geval het die waarnemende voorsittende kaptein geen sodanige magtiging nie en het hy gevolglik nie jurisdiksie nie. Die hof bevind egter dat die kaptein ingevolge artikel 18(2) van die Natalse kode wel jurisdiksie het, en gevolglik word die skuldigbevinding bekragtig, maar omdat die maksimum vonnis waarvoor artikel 19(2) van die Natalse kode voorsiening maak R4 is, word die boete van R20 na R4 verminder.

Volgens die saaknommers het ten minste 76 appèlsake in 1969 voor die Bantoe-appèlhowe gediën. Daar is 13 van die suidelike, 8 van die noord-oostelike en 3 van die sentrale hof gerapporteer. Al die vonnisse is in Engels gelewer terwyl 3 oorspronklik in die kapteinshof gediën het.

Verwysings na vorige vonnisse van Bantoe-appèlhowe kom veelvuldig voor asook talle verwysings na hooggeregshofvonnisse.

Soos in die verlede word die meeste verwys na Warner se *Digest*<sup>75</sup> asook redelik baie na Jones and Buckle *The Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa* en na Seymour *Bantu Law in South Africa* (3e uitg). Ander bronne waarna onder andere ook verwys is, is Stafford and Franklin *Principles of Native Law and the Natal Code*; May *South African Cases and Statutes on Evidence* (4e uitg) en Whitfield *South African Native Law* (2e uitg).

Enkele tereg wysings met betrekking tot slordige litigering kom ook voor. So verklaar die hof in *Bulose v Gumedé*:<sup>76</sup>

“At the outset I express this court's displeasure at the haphazard and excipiable manner in which plaintiff's summons was prepared by his attorney who was either unaware of or deemed it unnecessary to comply with the peremptory requirements of Rule 35(7) of the Rules for Bantu Affairs Commissioner's Courts.”

In *Dlamini General Dealer v Ester Mokoroto*<sup>77</sup> het die Bantoesake-kommissaris *mero motu* die vraag geopper of 'n Bantoevrou *locus standi* het om gedagvaar te word waar geen melding in die dagvaarding gemaak word of sy getroud is al dan nie. Die hof *a quo* het vermoed dat sy wel getroud is en bevind dus dat die dagvaarding defektief is. Die Bantoe-appèlhof in navolging van *Natalse Landbou-koöperasie Bpk v Jordaan* 1961 2 SA 583 (W) bevind tereg dat dit nie die geval is waar die dagvaarding nie melding maak van die feit dat die verweerderes 'n getroude vrou is nie.

In *Elliot Mthethwa v Virginia Ndaba*<sup>78</sup> is 'n dagvaarding uitgereik teen die verweerder vir onderhoud van minderjarige kinders. Die eiseres het vonnis by verstek teen die verweerder in die Bantoesakekommissarishof vir Durban verkry. By appèl word beslis dat aangesien die verweerder nie woonagtig, in diens is of besigheid dryf binne die hof *a quo* se gebied nie, en die onwettige kinders nie binne die gebied verwek of gebore is nie, die Bantoesake-kommissarishof vir Durban nie jurisdiksie oor die aangeleentheid het nie.

<sup>75</sup>Sewe keer.

<sup>76</sup>1970 2 & 3 BAH 23.

<sup>77</sup>1970 4 BAH 73.

<sup>78</sup>1970 4 BAH 83.

Volgens die saaknommers is ten minste 60 sake in 1970 en 42 gedurende 1971 by die Bantoe-appèlhowe ingedien. Van die noordoostelike afdeling is 8 sake gerapporteer terwyl van die sentrale en suidelike howe respektiewelik 20 en 13 gerapporteer is.

Vyf van die vonnisse is dié keer in Afrikaans gelewer en een het sy oorsprong in die kapteinshof gehad.

Verwysings na vorige Bantoe-appèlhof- en hooggeregshofbeslissings kom heelwat meer voor as in die verlede.<sup>79</sup>

Daar is ses keer verwys na Warner se *Digest* asook na Seymour se *Bantu Law in South Africa* en sewe keer na Jones en Buckle *The Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa*. Daar word een keer verwys na Olivier *Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe*. Altesaam word daar na 18 skrywers se werke verwys.

### Siviele prosesuitsprake

In *Miriam Mefane v Letswego*<sup>80</sup> is 'n ongesëelde dagvaarding deur die Bantoesakekommissarishof van die hand gewys en koste *de bonis propriis* teen die eiser se prokureur toegestaan. In hoër beroep bevind die Bantoe-appèlhof dat die aangeleentheid heeltemal korrek beslis is en verklaar verder:

"It was suprising, to say the least of it, that an attorney who is at fault in a matter, should attempt to purge his default by attempting to rely on the mere technicality of no substance whatsoever. It is difficult to appreciate how a defaulting attorney can expect the indulgence of this court when he, and he alone, is at fault. The proper course would have been for the attorney concerned to issue and serve at his own personal cost a fresh summons in the matter."

*Maseko v Mokobury*<sup>81</sup> stel die posisie met betrekking tot die berekening van termynne ingevolge reël 1(2) van die Bantoesakekommissarishofreëls in ooreenstemming met die beslissing in *Grobler v Die Landdros Winburg* 1967 4 SA 423(A). Waar die laaste dag 'n Saterdag is, moet voldoen word aan die termynbepaling op die vorige Vrydag.

In *Petsane v Masinya*<sup>82</sup> word bepaal dat grondige redes vir die tersydestelling van 'n vonnis ingevolge reëls 77(2) en 77(5) van die Bantoesakekommissarishof nie net aangevoer moet word nie maar ook deur die appellant bewys moet word.

Die vraag wanneer 'n dagvaarding ingevolge reël 95 van die Bantoesakekommissarishof verval, word behandel in *Mafokeng v Ramakwa*.<sup>83</sup> In die onderhawige geval is verdere besonderhede eers 22 maande na kennisgewing verskaf. Die verweerder is in verstrekk met sy pleit en by aansoek om vonnis by verstek deur die eiser bevind die hof dat die dagvaarding reeds verval het.

<sup>79</sup>127 keer.

<sup>80</sup>1971 1 & 2 BAH 1.

<sup>81</sup>1971 1 & 2 BAH 9.

<sup>82</sup>1971 3 & 4 BAH 133.

<sup>83</sup>1971 3 & 4 BAH 147.

In *Ramokhoase v Ramokhoase*<sup>84</sup> word beslis dat die Bantoesakekommissaris-hof wel jurisdiksie het oor 'n aansoek om kinders aan hulle moeder toe te vertrou waar die vader oorlede is en die kinders tans by die grootouers is. Die voorsittende beampte in die hof *a quo* was van mening dat hierdie 'n geval is wat binne die jurisdiksie van die kinderhof val en dat die Bantoesakekommissaris-hof nie jurisdiksie het nie. Die Bantoe-appèlhof wys tereg daarop dat art 10 van die Bantoe-administrasiewet<sup>85</sup> nie jurisdiksie in hierdie geval uitsluit nie.

JAVDH  
PWDP

#### IV REGSKONFLIK

Artikel 34 van die Grondwet van die Bantoeuislande 1971 wat handel oor die potensieële instelling van 'n hoërhof vir 'n selfregerende gebied, is in groot mate dieselfde as artikel 50 van die Transkeise Grondwet 1963. Op die gebied van regsconflik is twee aspekte van belang.

In die eerste plek artikel 34(2)(b) wat geskoei is op artikel 11(1) van die Bantoe-administrasiewet maar verder gaan in sy erkenning van Bantoe-reg. Dit bepaal dat “. . . in alle regsdinge of verrigtings tussen partye waarby Bantoegebruike betrokke is of wat daarop berus, die hof sover doenlik die toepaslike Bantoe-reg toepas wat in verband met die gebruik geld . . .” met die voorwaarde dat dit nie strydig moet wees met “openbare beleid of natuurlike geregtigheid nie”, terwyl uitdruklik bepaal word dat *lobola* en *bogadi* nie hiermee strydig is nie. Artikel 11(1) het bepaal dat die hof sulke regsdinge “na goedvinde” volgens die toepaslike Bantoe-reg kan beslis maar is verder hoofsaaklik gelykluidend.

Die artikel in die nuwere wetgewing plaas dus duidelik 'n verpligting op die hof om Bantoe-reg *sover doenlik* toe te pas; dit is nie meer diskresionêr soos artikel 11(1) nie. Dit is 'n logiese bepaling waar die saak op Bantoegebruike berus. Moeiliker is dit om te bepaal wanneer by 'n saak Bantoegebruike betrokke is. In *Yako v Beyi* is die woorde in artikel 11(1) uitgelê:

“What is intended is that wherever the case is one in which native law could be applied on the ground that the issues relate to matters in respect of which native custom exists, the discretion arises.”<sup>86</sup>

Moet die hof nou in 'n geval van 'n onregmatige daad wat in beide die Suid-Afrikaanse gemene reg en Bantoe-reg bekend is, sover doenlik Bantoe-reg toepas, of het die hof nog die diskresie om te besluit of dit in die besondere omstandighede wenslik is? Daar bestaan tog 'n duidelike verskil tussen “sover doenlik” en “sover wenslik”?<sup>87</sup>

<sup>84</sup>1971 3 & 4 BAH 163.

<sup>85</sup>38 van 1927.

<sup>86</sup>*Ex parte Minister of Native Affairs: in re Yako & Beyi* 1948 1 SA 388 (A) 395.

<sup>87</sup>Ander Afrikastate probeer ook die probleem van binnelandse regsconflik opnuut statutêr reël. Interessant is die bespreking, met heelwat voorbeelde van sulke wetgewing, in hoofstuk 4 (107-144) van AN Allot *New Essays in African Law* Butterworth 1970.

Die nuwere wette gee nie leiding in gevalle waar daar botsing is tussen verskillende stamregte nie soos wel in artikel 11(2) van die 1927-wet gedoen is.

Veel sal afhang van die interpretasie en uitbouing van die artikel deur die houe en met groot belangstelling sal die vonnisse van die hoërhof van die Transkei afgewag word om hier leiding te gee.

Ten tweede brei dit die erkenning van Bantoeereg as regsisteem uit na alle siviele sake wat 'n hooggeregshof kan verhoor. Dit sluit sake in wat voorheen deur die Bantoe-egskeidingshof verhoor is en hierdie hof het tot dusver uitsluitlik die gemene reg toegepas. Dit lyk nie of strafsake by die bewoording "... alle regsdinge of verrigtings tussen partye ..." ingesluit is nie en strafsake sal dus nog soos voorheen volgens die gemene reg beslis word.

Waar die Bantoe-egskeidingshof nou blykbaar ook Bantoeereg "sover doenlik" moet toepas, kan interessante vrae opduik. Kan die hof nog oor die sorg en bewaring van die kinders beslis sonder enige verwysing na die *lobola* wat betaal is, veral waar die gemeenregtelike huwelik 'n voortsetting is van 'n gebruikelike verbinding? Daar is meer sulke vrae.

RVLVT  
HM

## V FAMILIEREG

### Wetgewing

*Herroeping van huwelikswetgewing in Natal en Transvaal en artikel 22ter van die Bantoe-administrasiewet 1927.*

Die Huwelikswet van 1961 het die wette oor die voltrekking van huwelike in Suid-Afrika gekonsolideer en in die proses sewe-en-veertig wette van voor en na Uniewording geheel of gedeeltelik herroep. Die Kaapprovinsie en die Vrystaat het dieselfde huwelikswette vir alle rasse gehad maar in Transvaal en Natal het onder meer verskillende wetgewing van voor Unie vir die huwelik van die Bantoe gegeld. Hierdie wette is nie onmiddellik herroep nie, maar volgens artikel 29(5) van die wet kan die Staatspresident dit doen, en dit is nou gedoen deur proklamasie R298 van 24 November 1972.

Volgens die Adjunk-minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling is die verskillende Bantoe-owerhede in Transvaal en Natal geraadpleeg oor hierdie herroeping,<sup>88</sup> en hulle het versoek dat voorsiening gemaak word vir die behoud van beperkinge op die huweliksluiting deur meerderjarige Bantoevroue. Hiervoor is voorsiening gemaak in artikel 2 van wet 23 van 1972, wat artikel 22ter by die Bantoe-administrasiewet byvoeg. Dit bepaal dat 'n huweliksbevestiger nie 'n *meerderjarige* Bantoevrou in Transvaal of Natal kan trou sonder skriftelike toestemming van haar vader of voog nie, wat 'n voog volgens Bantoeereg insluit. Voorsiening word gemaak vir toestemming deur die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling of deur iemand anders deur hom gemagtig, en vir toestemming deur

<sup>88</sup>Debatte Derde Sessie - Vierde Parlement 2667.



die hof waar die toestemming deur die vader of voog nie verkry kan word nie of op onredelike wyse weerhou word.

In Natal het artikels 5 en 6 van wet 46 van 1887 toestemming deur die vader of voog tot die huwelik van enige nie-vrygestelde Bantoevrou vereis. In Transvaal het artikels 2, 6 en 8 van wet 3 van 1897 en artikel 1 van proklamasie 6 van 1900, voor voltrekking van 'n huwelik tussen Bantoes van elke party vereis dat hy 'n sertifikaat van sy ouers of kaptein of predikant van sy kerk voorlê waarin aangetoon word dat daar volgens wet geen beswaar teen die voorgename huwelik bestaan nie. Hierdie bepaling verskil dus wel van artikel 22*ter*; meer persone kon die sertifikaat ingevolge die ou wetgewing gee en daar word nie van *toestemming* deur die ouer gepraat nie, maar die persone moet sertifiseer dat daar geen besware volgens wet teen die huwelik is nie, wat dit ook al beteken het. Ook geld die ou artikels net so goed vir die man as vir die vrou.

Die nuwe artikel geld vir alle huwelike van Bantoevroue wat in Transvaal voltrek word maar nie vir huwelike van Transvaalse Bantoevroue buite die Transvaal nie.

Artikel 22*ter* het in werking getree en die ou wetgewing is vanaf 1 November 1972 herroep.<sup>89</sup>

Volgens item 26 van Bylae 1 van die Grondwet van die Bantoeuislande 1971 word wetgewende en administratiewe bevoegdheid in verband met geboortes, sterftes, huwelike en gebruikelike verbindings ten opsigte van burgers van die tuislande aan die regerings van die tuislande verleen. Dit geld vir beide stadiums van staatsregtelike ontwikkeling wat in die wet in die vooruitsig gestel word en beteken dat sodra die tuisland 'n wetgewende vergadering verkry het, hy wetgewende beheer kry oor die ontwikkeling van die Bantoehuwelik en gebruikelike verbinding en belas is met die administrasie daarvan. Die toekoms van die huweliksreg van die Bantoe lê in sy eie hande.<sup>90</sup>

Volgens artikel 34 van dieselfde wet sal die hoërhof van 'n selfregerende gebied wanneer dit ingestel is, die Bantoe-egskeidingshof op daardie gebied vervang. Enkele moontlike implikasies hiervan word in die gedeelte oor regsconflik genoem.

Die Transkeise wet op die registrasie van gebruikelike verbindings 3 van 1971 het dieselfde implikasie as artikel 22*bis* van die Bantoeadministrasiewet 1927, soos ingevoeg deur artikel 10 van wet 46 van 1962. Die implikasies hiervan is reeds deur ons bespreek in die "Oorsig van 1968".<sup>91</sup>

<sup>89</sup>Proklamasie 298 wat die ou wette herroep, is op 24 November 1972 uitgevaardig, terwyl artikel 22*ter* al op 1 November van krag geword het. Die fout in datum is herstel deur artikel 2 van wet 12 van 1973 wat nou ook die ou wette van 1 November herroep.

<sup>90</sup>'n Goeie en interessante oorsig van onlangse ontwikkelinge in die huweliksreg in ander Afrikastate met 'n bibliografie kan gevind word in HF Morris "Review of developments in African marriage law since 1950" in *Marriage laws in Africa*, A Philips & HF Morris OUP 1971 37-61. Hierdie oorsig gee wel 'n aanduiding van watter interessante ontwikkelinge oorweeg kan word.

<sup>91</sup>Na aanleiding van die regulasies wat in 1968 uitgevaardig is, sien 1969 *THRHR* 363 op 372-375. Sien ook die volledige bespreking in aanhangsel C bl 373-384, van SM Seymour *Bantu Law in South Africa* 3e uitg 1970.

## Regspraak

Die gesinsontwrigting van die Bantoe, veral in die stede, is 'n verskynsel wat algemeen erken word.<sup>92</sup> Een van die simptome daarvan is die groot getal kinders wat buite 'n erkende gesinsverband gebore word.

In die reg vind hierdie sosiale verskynsels ook weerklank. Een van die belangrikste aspekte wat deur die reg gereël moet word, is die sorg en onderhoud van hierdie kinders. In die tradisionele Bantoesamelewing, en volgens die tradisionele Bantoreg met sy wye groepstruktuur, is hierdie kinders opgeneem in 'n groep, in 'n familie, groot familie en clan wat hulle versorg en onderhou en wat dan ook uit hulle dienste, uit die *lobola* van die meisiekinders en op ander wyses voordeel trek. Gewoonlik is dit die familie van die moeder maar in sekere omstandighede en by sekere stamme kan dit ook die familie van die vader wees. In die stad kan hierdie beveilgende wyer verband van familie en veral groot familie en clan nie meer effektief funksioneer nie.<sup>93</sup> Ander middele moet gevind word om die funksie oor te neem.

Een van die interessantste kenmerke van die vonnisse van die Bantoe-appèlhowe van 1970 en 1971 is die vonnisse oor onderhoud van onwettige kinders. Vyf van die 24 vonnisse wat gerapporteer is in 1970 en 10 van die 42 gerapporteerde vonnisse van 1971 handel hoofsaaklik hieroor. Dit is heelwat meer as voorheen; volgens Warner se *Digest* was daar gedurende die ses jaar 1963 tot 1968 nege sake in die Bantoe-appèlhowe oor onderhoud;<sup>94</sup> in 1969 kon ek twee vind.<sup>95</sup> In die vonnisse van die twee jaar word die teenstelling tussen die tradisionele en die Westerse benadering oor onderhoud ook op verrassende wyse beklemtoon.

Die eerste saak, *Bulose v Gumedé*,<sup>96</sup> het sy oorsprong in die Bantoesake-kommissarishof, Port Shepstone gehad - dus skynbaar in 'n landelik-tradisionele omgewing. Die eiser het vir twintig jaar of meer met verweerder se suster saamgelewe en die sewe kinders wat uit hierdie verhouding gebore is, onderhou. Na die dood van die vrou het die verweerder, as familiehoof van die vrou, die vyf kinders wat haar oorlewe het van die eiser weggeneem en hy is volgens Bantoreg geregtig op hulle voordeel veral op enige *lobola* wat die dogters mag inbring. Die eiser, die natuurlike vader van die kinders, eis sewe beste as *isondlo* van die verweerder en hierdie eis vir "onderhoud vir die grootmaak van kinders"<sup>97</sup> word deur die Bantoe-appèlhof toegestaan toevan die vyf kinders wat die vrou oorlewe het. Die vonnis is direk teenstrydig met die Transkeise vonnis van *Bingwa v Ndinisa*<sup>98</sup> en dit is blykbaar die eerste geval waar enige appèlhof so 'n eis toegestaan het. Die hof bevind

<sup>92</sup>Vir 'n beskrywing van hierdie ontwrigting sien onder meer JF Holleman "Die Bantoe-huwelik op die Kruispad" *Tydskrif vir Rasse-aangeleenthede* Januarie 1960 82-117 veral afdeling III en JF Durand Swartman *stad en toekoms* Tafelberg 1970 hoofstuk 3.

<sup>93</sup>Holleman a w 102 Durand a w 30.

<sup>94</sup>HW Warner *A Digest of South African Bantu Civil Case Law Supplement* 1963-1968 Juta 1970 cases 227-235.

<sup>95</sup>*Ngunuza v Nomuganga* 1969 BAH 37(S) (Isondlo); *Kumalo v Zungu* 1969 BAH 18 (NO) (Skadevergoeding vir seduksie met swangerskap volgens die gemene reg).

<sup>96</sup>1970 BAH 23 (NO).

<sup>97</sup>NJJ Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* Butterworths 1969 559.

<sup>98</sup>1947 BAH (K & O) 64.

“it is trite Zulu law that there is no civil responsibility on a natural father to maintain his illegitimate children” en verder weer: “(it is) another fundamental rule viz that the father of an illegitimate child . . . cannot be held liable for the maintenance of the child and cannot, in accordance with the principles of Bantu law, be compelled to contribute towards the child’s maintenance.”<sup>99</sup> Die hof onderskei die *Bingwa*-saak

- (1) omdat in die onderhawige saak duidelike bewys was dat die verweerder doodtevrede was om die kinders baie jare by die eiser te laat bly, en
- (2) omdat die beginsel in die Transkei, dat die natuurlike vader bewaring en voogdyskap van onwettige kinders kan verkry deur skadevergoeding vir seduksie te betaal, nie in Zoeloereg bestaan nie. Daar was bewys dat die eiser in hierdie saak skadevergoeding vir seduksie betaal het.

Die saak is op sigself interessant maar in die besonder so omdat dit so ’n duidelike teenstelling vorm met die ander onderhoudsake van 1970 en 1971 waar die onderhoudspilig van die natuurlike vader volgens gemene reg benadruk word. Waar die saak blykbaar *res nova* was in Zoeloereg mag dit wenslik gewees het om die regsgevoel van Zoeloe-assessore ook te toets - lewende Zoeloevolksreg word tog nie gedra deur anderrassige regters nie. Op die oog af en in beginsel lyk die vonnis egter juis.

Thorpe, ’n lid van die sentrale Bantoe-appèlhof, verklaar dat “a large proportion of appeals heard in this court are from orders made by maintenance courts”. In hierdie vonnis, *Hlabathi v Nkosi*,<sup>100</sup> word ’n volledige uiteensetting gegee van die besondere funksies van die onderhoudsbeampte en die voorsittende beampte in ’n ondersoek ingevolge die Onderhoudswet 23 van 1963, en die aard van die getuienis wat in so ’n saak benodig word. Die meerderheid van die hof bevind dat geen geldige onderhoudsbevel ingevolge die wet gegee kan word indien die onderhoudsbeampte by die ondersoek afwesig is nie.

Ander vonnisse handel oor die trefwydte van die regspreuk *pater est quem nuptiae demonstrant*,<sup>101</sup> die regsposisie waar die man byslaap erken maar vaderskap betwis<sup>102</sup> en die getuienis wat benodig word ter bevestiging van die moeder se getuienis.<sup>103</sup> ’n Vrou wat haar man sonder rede verlaat het, is nie geregtig op onderhoud nie<sup>104</sup> en daar moet bewys word dat die persoon wat onderhoud eis nie homself kan onderhou nie en dat die respondent in staat is om onderhoud te betaal.<sup>105</sup> In *Sithole v Gule*<sup>106</sup> is beslis dat aangesien die Onderhoudswet nie uitdruklik bepaal dat Bantoereg moet geld nie, die moeder van buite-egtelike kinders volgens die gemene reg

<sup>99</sup>Beide op 9. Interessant dat die beginsel in die eerste aanhaling tot Zoeloereg beperk word, maar die tweede aanhaling tot algemene Bantoereg uitgebrei word.

<sup>100</sup>1970 BAH 51 (C) 53.

<sup>101</sup>*Ngcobo v Makhubela* 1970 BAH 64 (C).

<sup>102</sup>*Dhlamini v Hlope* 1971 BAH 74 (NO).

<sup>103</sup>*Zondi v Sengane* 1971 BAH 88 (NO).

<sup>104</sup>*Xaba v Xaba* 1971 BAH 127 (C).

<sup>105</sup>*Ngcobo v Dhlamini* 1970 BAH 86 (NO).

<sup>106</sup>1971 BAH 113 (C).

hulle natuurlike voog is. Sy is ook die persoon in wie se sorg hulle volgens artikel 4 van die Onderhoudswet is, al is sy woonagtig in Johannesburg en die kinders by haar moeder in Swaziland.

In *Sogoni v Jacisa*<sup>107</sup> is beslis dat waar 'n man *lobola* betaal het vir 'n vrou wat nog gemeenregtelik getroud is, hy kan terugvorder indien hy *bona fide* was. Volgens *Khumalo v Ntsbalintshali*<sup>108</sup> moet *lobola* volgens Zoeloreg terugbetaal word as die gebruikelike verbinding waarvoor dit betaal is nie deurgevoer word nie. Dit geld selfs as die man skuld het en ook by 'n verlowing om gemeenregtelik te trou.

In teenstelling met die vonnis van *Msomi v Msomi*<sup>109</sup> wat in ons oorsig vir 1969 bespreek is,<sup>110</sup> is daar geen twyfel by die regter in *Ramokboase v Ramokboase* oor die reg van 'n weduwee uit 'n gemeenregtelike huwelik op haar kinders nie: "After the death of the male spouse of a civil marriage, the custody, control and education of her children belongs to the mother unless a court sees fit to direct otherwise."<sup>111</sup>

*Ndekele v Ndekele*<sup>112</sup> handel oor die regte op die *Ngquthu* - bees volgens Zoeloreg, beide terwyl die vrou lewe en na haar dood.

Ten laaste 'n vraag wat opgeduik het in 'n eis ingevolge die Motorvoertuigassuransiewet 29 van 1942: Wie moet 'n minderjarige Bantoe kind gebore uit 'n gebruikelike verbinding bystaan in 'n hoogereregshofgeding? Die praktiese antwoord in plaas van teoretiese bespiegeling is dat 'n mens die vader laat aanstel as *kurator-ad-litem*.<sup>113</sup>

## VI OPVOLGINGSREG

*Kwatsba v Bantu Affairs Commissioner Alice and Kwatsba*<sup>114</sup> bevestig dat dit volgens regulasie 3(3) van die Bantoeboedelregulasies<sup>115</sup> die plig van die Bantoesakekommissaris is om alle belanghebbende partye te dagvaar om by 'n ondersoek na 'n boedel teenwoordig te wees. Waar 'n bevinding gemaak is sonder dat 'n moontlike erfgenaam gedagvaar was, is die bevinding ter syde gestel en die ondersoek terugverwys.

RVLVT

## VII VERBINTENISREG

Ten spyte daarvan dat geslagsdelikte Bantoeverbintenisreg gewoonlik oorheers, is dit nie die geval in die gerapporteerde sake van die Bantoeappèlhof gedurende 1970 en 1971 nie.

<sup>107</sup>1970 BAH 76 (S).

<sup>108</sup>1971 BAH 59 (C).

<sup>109</sup>1968 BAH 29 (NO).

<sup>110</sup>1970 THRHR 398-400.

<sup>111</sup>*Ramokboase v Ramokboase* 1971 BAH 163 (C).

<sup>112</sup>1971 BAH 70 (NO) 163 (C).

<sup>113</sup>*Simayile v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1972 2 SA 487 (OK). Sien die bespreking van AJ Kerr in *SALJ* 1973 4-11. Sy gevolgtrekking: "Section 11(3)(b) of Act 38 of 1927 applies in all cases, irrespective of the identity of the defendant" lyk juis, en die aansoek vir aanstelling van die vader as kurator lyk onnodig maar veilig.

<sup>114</sup>1971 BAH 37 (S).

<sup>115</sup>GK 34 van 1966.



Twee sake handel oor seduksie - in een word Suid-Afrikaanse reg toegepas en in die ander Bantoereg. In *Gwiliza v Ngcezu*<sup>116</sup> is by appèl R100 skadevergoeding aan die eiseres vir uitgawes met geboorte en R200 vir verlies van maagdelikheid toegestaan.

In *Nonganta v Mngen*<sup>117</sup> eis die eiser vir die seduksie en swangerskap van die persoon onder sy voogdyskap van die verweerder en sy kraalhoof. Appèl word aangeteken omdat die persoon onder voogdyskap 'n redelike tyd laat verloop het voordat sy haar swangerskap bekend gemaak het en omdat daar nie voldoende bevestiging van haar getuienis was nie. Die Bantoesakekommissarishof staan vyf beste of hulle waarde van R150 toe en die appèl daarteen word van die hand gewys omdat sy voldoende rede gehad het om haar swangerskap te verswyg.

In *Tshaka v Njikwa*<sup>118</sup> dagvaar die eiser (nou respondent) die verweerder (nou appellant) vir vyf beste weens owerspel met en gevolglike swangerskap van sy vrou. Die Bantoesakekommissarishof staan die eis toe. Appèl word aangeteken omdat die hof nagelaat het om sekere feite te oorweeg, onder andere feite en gedrag wat na bewering teenstrydig met Bantoereg en -gewoonte is, naamlik owerspel in teenwoordigheid van 'n kind. Die appèl word egter van die hand gewys.

Toordery en beskuldiging van toordery gee steeds aanleiding tot vele lasteraksies en strafsake.

In *S v Ndblovu*<sup>119</sup> veroorsaak die geloof in toorkuns vadermoord. Hierdie voorval het in Rhodesië plaasgevind waar die reg op toordery onveranderd is sedert 1899 en toordery grootliks toegelaat word. Regter Macdonald wys daarop dat die tyd nou ryp is om genoemde wetgewing te hersien.

In Suid-Afrika waar wetgewing in hierdie verband meer onlangs hersien is en strenger toegepas word, het twee lasteraksies nogtans hul oorsprong in beskuldiging van toordery gehad. In *Majola v Ngubane*<sup>120</sup> het die kapteinshof R10 skadevergoeding toegestaan wat ook by appèl gehandhaaf is, terwyl in *Buthlezi v Magwaza*<sup>121</sup> en in *Bhunge v Setywambi*<sup>122</sup> sodanige eise nie toegestaan is nie. In die *Buthlezi*-saak het die kapteinshof R100 skadevergoeding weens laster toegestaan.

In *Mlgengana v Dalibango*<sup>123</sup> bevind die hof dat

“as this was a public meeting presumably called to discuss the question of stock thefts and means for preventing them and where the defendant was in a position of authority and responsible for ensuring the maintenance of law and order in his location then there can be no doubt that this was a privileged occasion and that therefore speakers would incur no liability unless *animus iniuriandi* ie malice is proved which is not the case here.”

<sup>116</sup>1970 BAH 31 (S).

<sup>117</sup>1970 BAH 69 (S).

<sup>118</sup>1971 BAH 22 (S).

<sup>119</sup>1971 1 (RA) 27.

<sup>120</sup>1970 BAH 36 (NO).

<sup>121</sup>1970 BAH 33 (NO).

<sup>122</sup>1971 BAH 100 (S).

<sup>123</sup>1970 BAH 43 (S).

Die Bantoesakekommissarishof het absolusie van die instansie verleen.

Twee ernstige aanrandingsake het weerklank in die Bantoe-appèlhof gevind hoewel geringe skadevergoeding toegestaan is as in ag geneem word dat die een eiser buitengewone liggaamlike leed aangedoen is en die ander een die gesig van sy oog verloor het.<sup>124</sup>

In *Mzoboshe v Tikipeni*<sup>125</sup> het die verweerder (nou appellant) die eiser (nou respondent) betrap terwyl hy owerspel met die verweerder se vrou gepleeg het en hom aangerand "by reason of the fact that he caught plaintiff with his, defendant's, wife and attempted to mark the plaintiff in accordance with custom." Die Bantoesakekommissarishof het R500 skadevergoeding toegestaan en by appèl is dit verminder tot R100 omdat die aanval "excessive" was. Die eiser beweer dat hy aangerand is met ". . . a sword, knobstick and sharp instrument . . ." wat ". . . severe wounds and injuries on his head and body . . . ten open wounds on the head, a stab above the right eyebrow, a stab in the right ear, and numerous wheals on the body and legs . . ." tot gevolg gehad het.

In *Runga v Kwatsbana*<sup>126</sup> word 'n redelike seldsame uitspraak gegee, naamlik 'n vermeerdering van skadevergoeding by appèl weens aanranding. Die eiser het sy oog verloor in 'n geveg met die verweerder terwyl die besering aan die ander oog sodanig is dat die moontlikheid bestaan dat hy dié ook sal verloor. Die Bantoesakekommissaris het R200 skadevergoeding toegestaan terwyl die eiser R2 000 geëis het. Appèl deur die eiser is alleen teen die bedrag van die skadevergoeding aangeteken. Die regter het R400 skadevergoeding toegestaan.

PHC

## VIII SKRYWERS

"Bantoe-ontwikkeling - wat kan juriste daaraan doen?" deur R verLoren van Themaat 1971 *THRHR* 223-239.

"Discriminatory statutory provisions and fundamental rights provisions of the constitutions of Botswana, Lesotho and Swaziland" deur A Aguda 1972 *SALJ* 299-308.

"Ontwikkeling ivm die reg en regspleging van die Bantoe - oorsig vir 1970" deur W Bertelsmann R verLoren van Themaat PH Cloete PW du Plessis IOHM Mapena H Muller en JA vd Heever 1972 *THRHR* 38-55.

"The internal conflict between Bantu law and common law" deur RS Suttner 1972 *THRHR* 290-294.

"Die Staatspresident se posisie in die Bantoe staatsreg" deur F Venter 1972 *THRHR* 330-351.

*Studies in African Law* deur J Lewin Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1972.

<sup>124</sup>Sien ook *Ngcobo v Mtembu* 1971 BAH 62 (NO) en *Mhlabho v Mbuli* 1971 BAH 93 (S).

<sup>125</sup>1971 BAH 18 (S).

<sup>126</sup>1971 BAH 25 (S).

*Botswana: Tswana family law* deur AN Allot, *Restatement of African Law Series* vol V, Sweet & Maxwell Londen 1972.

*The Ideas in Barotse Jurisprudence* deur M Gluckman Manchester University Press Londen 2e uitg 1972.

“Bantu Civil Courts in South Africa” deur E JH Yates 1971-2 *Speculum Juris* 42-46.

“The *ixhiba* and *isizinda* house in Bantu law” deur KJ Renene 1971-2 *Speculum Juris* 47-52.

“Xhosa and Fingo fines for seduction followed by pregnancy” deur CP Noah 1971-2 *Speculum Juris* 53-57.

*Current Legal Developments* 1971 *CILSA*

Botswana - JJ Ross 89-92 234-236.

Botswana - E Bertelsmann 365.

Lesotho - BL O’Leary 92-97 366-370.

Swaziland - WA Ramsden 113-120 259-272 384-393.

Transkei - JJ Ross 120-121 273.

“The structural pattern of African regionalism” deur AMR Ramolefe en AJGM Sanders 1971 *CILSA* 155-192 293-323.

*Current Legal Developments* 1972 *CILSA*

Lesotho - BL O’Leary 91-94.

Lesotho - MP Mofokeng 227-229.

Swaziland - D Cohen 109-116 365-372.

Transkei - M Home 116 372-373.

“The structural pattern of African regionalism” deur AMR Ramolefe en AJGM Sanders 1972 *CILSA* 30-55 171-188 299-338.

“Thembu custom” deur HW Warner *Public Servant* 21 Ap 1971.

“Recording of customary law, some problems of method” deur S Roberts *Botswana Notes Rec* 3: 12-21 1971.

“Tswanavolk naar staatkundige ontwikkeling” deur WJ Wijnberg 1971 *Nieuws Z Afrika* 11(3) 8-11.

“Tswanaland in Transkei’s footsteps” Ap 30 1971 *Financial Mail* 359-360.

“Ongelukkige Zoeloeregtelike outoriteite” deur FA de Villiers 1971 *Fort Hare pap* 5(1).

PHC

□

*In Frankrijk oordeelde Ripert al in 1945 dat het juridisch causaliteitsprobleem ‘a peu près insoluble’ moest worden genoemd, welke uitspraak de meeste auteurs in Frankrijk ter harte hebben genomen: zij zijn met een wijde boog om het vraagstuk beengestaan. Die Franse rechters evenwel, die zich laatstgenoemde luxe niet kunnen permitteren, proeven de wrange vruchten van deze dogmatische abstinentie: in 1969 verzucht de annotator Prof. Georges Durry dat de causaliteitsvraag in de jurisprudentie nog altijd een ‘irritante question’ vormt die al te dikwijls tot divergerende rechterlijke uitspraken aanleiding geeft.*

Mr J van Schellen *Juridische causaliteit*

# Aantekeninge

## REGSUBJEKTIVITEIT EN DIE REGSUBJEK SE KOMPETENSIES

By 'n vorige geleentheid het ek ten aansien van Van der Vyver en Van Zyl se opvattinge oor onder andere wat hulle "pligsbevoegdheid", "selfhandelingsbevoegdheid" en "selfverskyningsbevoegdheid" noem, die volgende gesê:

"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" (1972 *THRHR* 307).

Intussen het Van der Vyver nou 'n breedvoeriger ontleding van sy mede-outeur se perspektiewe ten opsigte van regssubjektiviteit in die *Tydskrif* gepubliseer (1973 *THRHR* 266-273) en voel ek my *volens volens* genoep om my beskeie dienste tot toetsing van die nuwe sienswyses aan te bied.

My taak word enigszins vergemaklik deur die feit dat ek op enkele dog belangrike punte na, met Van der Vyver en Van Zyl se opvattinge oor regssubjektiviteit en die kompetensies van die regs subjek akkoord kan gaan. Veral stem ek in die eerste plek saam dat regssubjektiviteit nie in terme van slegs regsbevoegdheid gedefinieer behoort te word nie. Aan die ander kant is dit vir my 'n ope vraag of regssubjektiviteit hoegenaamd in terme van watter kompetensies ook al gedefinieer kan word (vgl Van der Vyver a.w. 273). Regs subjektiviteit is die hoedanigheid van *regs subjek* te wees, dit wil sê die hoedanigheid van *onderworpe aan die reg te wees*. Entiteite met regs subjektiviteit (of dan regs subjekte) staan in die middepunt van die reg, want dit is die verhouding tussen *hulle* wat deur die reg georden word. 'n Regsorde sonder subjekte is ewe ondenkbaar as 'n sport sonder deelnemers wat die reëls moet nakom; wat dus onderworpe is aan die reëls. Maar regsreëls is nie slegs *gerig aan* regs subjekte nie maar bestaan ook slegs *ter wille van* regs subjekte. Alle regsreëls het die reëling van die verhouding tussen regs subjekte ten doel. Wanneer die reg byvoorbeeld die mishandeling van diere verbied, word dit nie ter wille van die diere gedoen nie, dog ten einde mense (as regs subjekte) se onderlinge gedrag teenoor diere te beheer. So sê regter Van den Heever in *R v Moato* 1947 1 SA 490 (O) op bl 492 (oor 'n aanklag van mishandeling van diere):

"Die oogmerk van die wetgewing was nie om diere tot regsgenote (regs subjekte) te verhef nie en hierdie verbod is nie bedoel om aan hulle beskerming te verleen nie. Die oogmerk was klaarblyklik om te verbied dat een regsgenoot so ongenadig teenoor diere optree dat hy daardeur die fyner gevoelens en gewaarwordings van sy medemens leed aandoen."

Hierdie aanhaling belig 'n aspek van regs subjektiviteit wat nie deur middel van die gewone kompetensies (regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid ensovoorts) tot uiting gebring kan word nie, naamlik dat elke regs subjek 'n



aandeel het in die *gemeenskapsbelang* wat in aktiewe sin alle regsreëls ten grondslag lê en passief die beskermingsvoorwerp van die strafreg vorm (Van Apeldoorn *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht* 16e druk 1966 Zwolle 142-143).

Hoewel die hoedanighede van 'n regs subjek wat gewoonlik die meeste in die oog val dié is wat met sy kompetensies verband hou (dit spreek tot 'n mens as jy sien hoe die regs subjek kontrakte aangaan, erf, trou, belastingpligtig word, weens 'n misdaad vervolgt word, ensovoorts), wil dit nie sê dat die wesenskenmerk, die essensie, van regs subjektiwiteit in sommige van of in al die kompetensies geleë is nie. Dit is deel van my regs subjektiwiteit as volwasse, getroude, solvente man wat (hopelik) by sy gesonde verstand is, dat ek regsbevoegdheid het, dat ek die bevoegdheid het om sekere regshandelinge aan te gaan (trou kan ek natuurlik nie solank ek nog getroud bly nie), dat ek verskyningsbevoegdheid het ensovoorts. Dit wil egter nie sê dat iemand wat nie al hierdie bevoegdhede het nie, nie regs subjek kan wees nie, of dat daar nie nog kenmerke is wat ek met *alle* regs subjekte deel wat nie as kompetensies uitgedruk kan word nie.

Van der Vyver en Van Zyl gaan anders te werk. Hulle meen dat die essensie van regs subjektiwiteit in regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid geleë is en moet handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid dan noodwendig só definieer dat alle regs subjekte daardie bevoegdhede kan hê - vandaar dat hulle tot die slotsom kom dat byvoorbeeld 'n *infans* handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid het maar nie sogenaamde *self*handelingsbevoegdheid en *self*verskyningsbevoegdheid nie.

Eerstens wil ek nou kortliks die begrip handelingsbevoegdheid nader beskou en daarna op die implikasies van Van der Vyver en Van Zyl se opvatting daarvoor vir die verteenwoordigingsreg ingaan.

Handelingsbevoegdheid is 'n versamelbegrip vir 'n hele aantal verskillende kompetensies. Van der Vyver noem in sy artikel as voorbeelde die bevoegdheid om 'n testament te maak, die bevoegdheid om 'n huwelik te sluit en die bevoegdheid om kontrakte aan te gaan en is dan blykbaar van mening dat dit veral (of uitsluitlik?) die laasgenoemde bevoegdheid is wat 'n wesenskenmerk van regs subjektiwiteit uitmaak (aw 269 en 271-272). Daar is natuurlik talle ander kompetensies wat onder handelingsbevoegdheid ressorteer, byvoorbeeld die bevoegdheid om saaklike ooreenkomste aan te gaan, om skulddelgende ooreenkomste aan te gaan, om afstand te doen van regte, om toe te stem tot benadeling, om eiendomsreg te verkry deur *occupatio*, om te adieer, om as verteenwoordiger van 'n ander op te tree ensovoorts. En die feit dat 'n persoon een van die genoemde kompetensies het, beteken nie dat hy enige van of al die ander kompetensies ook moet hê nie. Dit is dikwels selfs nie eens moontlik om 'n eenduidige antwoord te gee op die vraag of 'n persoon 'n enkele een van die genoemde kompetensies het nie. 'n *Pupillus* se bevoegdheid om sonder die bystand van sy voog 'n kontrak aan te gaan, hang byvoorbeeld daarvan af of dit 'n kontrak is waarvolgens slegs die *pupillus* onderneem om iets te presteer, of 'n kontrak waarvolgens slegs die ander party onderneem om iets te presteer en of dit 'n tweesydige of moontlik 'n wederkerige kontrak is. Dit hang ook daarvan af watter soort kontrak dit is; daar bestaan byvoorbeeld

spesiale reëlings ten aansien van versekeringskontrakte en van huweliksvoorwaardeskontrakte. Die bevoegdheid om tot benadeling toe te stem, hang byvoorbeeld weer daarvan af of dit toestemming tot vermoënsbenadeling of tot die aantasting van persoonlikheidsgoed is en in laasgenoemde geval is die aard en erns van die benadeling waartoe toegestem word ook van kardinale belang (sien Strauss *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreg en die Deliktereg* 1961 Pretoria 86-99). Die kompleksheid van die begrip handelingsbevoegdheid blyk ook daaruit dat mense op grond van ouderdom alleen in minstens ses groepe verdeel kan word sover dit handelingsbevoegdheid aangaan en dan is daar ook nog ander faktore wat 'n mens se handelingsbevoegdheid bepaal soos sy geslag, sy huwelikstaat, sy geestesgesteldheid, sy solvensie, of hy 'n verkwister is of nie ensovoorts.

Die funksie van die tradisionele handelingsbevoegdheidsbegrip is myns insiens dan ook hoofsaaklik negatief in dié sin dat 'n mens maklik kan sê wie geen handelingsbevoegdheid het nie (*infantes*, kranksinniges en bewusteloses) maar nie so maklik die omgekeerde nie. Diegene wat wel handelingsbevoegdheid het, het dit in 'n mindere of meerdere mate en dit verg telkens 'n verdere omskrywing om te sê hoe ver die handelingsbevoegdheid van elke persoon werklik strek. Volkome handelingsbevoeg is slegs 'n eng omskrewe groep ongetroude volwassenes (wat natuurlik nie beteken dat hulle noodwendig min van getal is nie).

Hoe staan sake nou volgens Van der Vyver en Van Zyl se terminologie? Volgens hulle het alle persone handelingsbevoegdheid maar nie noodwendig selfhandelingsbevoegdheid nie. Maar dek hierdie twee terme nou al die moontlikhede? Hoe is dit byvoorbeeld gestel met 'n tienjarige se bevoegdheid om 'n huwelik te sluit? Volgens Van der Vyver en Van Zyl se siening het die tienjarige duidelik nie selfhandelingsbevoegdheid om in die huwelik te tree nie maar dan klaarblyklik ook nie handelingsbevoegdheid nie aangesien hy dit ook nie met die bystand van sy ouers of deur middel van 'n "orgaan" (in Van der Vyver en Van Zyl se terminologie) kan doen nie - of het ek dit nou verkeerd? Met ander woorde die handelingsbevoegdheid wat alle persone dan sou hê, kan reeds beperk wees en dieselfde geld natuurlik ook vir selfhandelingsbevoegdheid (vergelyk die *pupillus* se bevoegdheid om kontrakte te sluit). 'n Mens sal dus nòg uit die bewering dat 'n besondere persoon handelingsbevoegd is nòg uit die bewering dat hy selfhandelingsbevoegd is sonder meer 'n gevolgtrekking kan maak ten aansien van sy bevoegdheid om elke moontlike regshandeling te verrig. Tot dusver kon 'n mens darem uit die stelling dat 'n persoon handelingsonbevoegd is, die gevolgtrekking maak dat hy op sy eie geen regshandeling hoegenaamd kan verrig nie. 'n Reeds ingewikkelde saak word net nog veel ingewikkelder gemaak - en dan het party Engelssprekende juriste nog nie die verskil tussen regsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid gesnap nie (vgl Wille's *Principles of South African Law* 6e uitg 1970 Juta 57-59). Hoe gaan dié arme mense ooit Van der Vyver en Van Zyl se terminologie verstaan?

(Terloops kan hier ook op die praktiese probleem gewys word van hoe 'n mens selfhandelingsbevoegdheid in Engels tot uitdrukking gaan bring. Handelingsbevoegdheid is in Engels alreeds 'n lompe "capacity to perform juristic acts".)

Die woord selfhandelingsbevoegdheid kan ook in 'n ander opsig verwarrend wees. Dit skep die indruk dat dit nie die bevoegdheid insluit om as verteenwoordiger namens 'n ander op te tree nie; met ander woorde dat dit slegs gaan om die bevoegdheid om *jouself* te bind. Volgens ons reg kan 'n *pupillus* ten spyte van die beperktheid van sy handelingsbevoegdheid (in die tradisionele sin) nogtans sonder enige bystand geldige kontrakte namens 'n prinsipaal sluit. Dit doen hy nie uit hoofde van sy handelingsbevoegdheid (in die sin van Van der Vyver en Van Zyl) nie, want 'n *infans* het ook handelingsbevoegdheid (soos hulle die term gebruik) maar kan nie as verteenwoordiger van 'n ander optree nie. Om te sê dat hy dit uit hoofde van sy beperkte *self*handelingsbevoegdheid doen, lyk met die eerste oogopslag ook verkeerd, en 'n mens voel amper geneigd om, as selfhandelingsbevoegdheid erken word, ook te wil aandrang op "vir-'n-ander-handelingsbevoegdheid". As selfhandelingsbevoegdheid egter slegs 'n sinoniem vir handelingsbevoegdheid in tradisionele sin is, kan 'n mens jou darem 'n voorstelling daarvan maak dat, ten spyte van die klem op die "self", niks meer met "selfhandelingsbevoegdheid" bedoel word nie as die bevoegdheid om onafhanklik (dit wil sê sonder die tussenkoms van 'n verteenwoordiger en sonder die bystand of toestemming van 'n ander) regshandelinge aan te gaan - en dit sluit dan sowel regshandelinge vir jouself as regshandelinge vir ander in. Diegene van ons wat op die tradisionele dis grootgemaak is, sou Van der Vyver en Van Zyl se nuwe terminologie miskien nog kan begryp, maar sal 'n mens nou dieselfde van 'n nuwelingregstudent kan verwag?

My uiteensetting van die ingewikkeldheid van die begrip handelingsbevoegdheid mag die indruk geskep het dat dit 'n onverwante konglomeraat van begrippe is wat daaronder saamgegooi word. Dit is natuurlik nie korrek nie. Alle regshandelinge het die gemeenskaplike kenmerk dat die gevolge daarvan in die eerste plek deur die *wil* van die handelende persoon bestem word. Volgens die tradisionele beskouing gaan wilsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid dan ook hand aan hand. Wie nie wilsbevoeg is nie (dit wil sê wie òf nie in staat is om 'n psigiese wil te vorm nie òf van wie se wil in psigiese sin die reg nie notisie neem nie) het ook nie handelingsbevoegdheid nie. Volgens Van der Vyver en Van Zyl se opvatting daarenteen, kan 'n mens nou 'n persoon kry wat in geen sin van die woord 'n wil het nie (iemand wat byvoorbeeld in 'n diepe bewusteloosheid verkeer) en wat nogtans handelingsbevoegd is. Dit strook net nie. Moontlik sal Van der Vyver en Van Zyl se antwoord hierop wees dat die bewustelose wel in juridiese sin 'n wil het vir sover sy kurator of verteenwoordiger se wil aan hom toegereken word. Maar gestel nou daar is niemand wat die volmag het om namens die bewustelose te handel nie, het hy dan nóg handelingsbevoegdheid - ook sonder 'n wil in watter sin ook al? En moet 'n mens nie in ooreenstemming met die onderskeid handelingsbevoegdheid/selfhandelingsbevoegdheid nou ook tussen wilsbevoegdheid en selfwilsbevoegdheid gaan onderskei nie? Hoe sal die *pupillus* wat wel 'n wil het maar wie se (self)handelingsbevoegdheid weens sy gebrek aan *iudicium* beperk word, in hierdie skema inpas?

Dit bring my pas by die ernstigste gebrek in Van der Vyver en Van Zyl se standpunt, naamlik hul opvatting dat die verteenwoordigers van persone



wat nie (self)handelingsbevoegdheid het nie, as laasgenoemdes se *organe* beskou moet word.

Ten aanvang net eers dit: in ons positiewe reg vind die orgaangedagte slegs erkenning met betrekking tot regspersone (in enger sin) en dan ook net op 'n heel beperkte gebied naamlik ten aansien van

“(i) diegene wat hul bevoegdhe in 'n bepaalde hoedanigheid, byvoorbeeld *qua* algemene vergadering van lede, direksie of besturende direkteur, oorspronklik uit die Wet (hier gaan dit om die Maatskappywet) of statute verkry, en (ii) diegene aan wie die bevoegdhe in (i) behoorlik gedelegeer kan word, en inderdaad gedelegeer is, byvoorbeeld 'n besturende direkteur aan wie die direksie sy bevoegdhe ingevolge die statute gedelegeer het” (Naudé *Die Regsposisie van die Maatskappydirekteur* 1970 Butterworth 42).

In alle ander gevalle waar persone namens 'n regspersoon optree, geld hulle nie as organe nie maar as gewone verteenwoordigers wat deur volmag tot optrede gemagtig is. Nou is dit opmerklik dat in die gevalle waar die orgaangedagte aanvaar word, die betrokke handeling as die handeling van die regspersone *self* beskou word (*idem* 19-41). Met ander woorde persone wat deur organe handel, handel self en daarom moet *self*handelingsbevoegdheid noodwendig aan hulle toegeskryf word. Op dié patroon sal Van der Vyver en Van Zyl se *infans* wat sogenaamd deur sy orgaan, naamlik sy voog, handel, ook selfhandelingsbevoegdheid moet hê, en 'n mens sou dan hoogstens 'n onderskeid kon maak tussen persone wat deur middel van hul organe in letterlike sin en dié wat deur hul organe in figuurlike sin kan handel.

Maar bied die orgaanteorie in elk geval 'n bevredigende grondslag vir ons verteenwoordigingsreg as geheel? Die gedagte wat agter feitlik al die verteenwoordigingsteorieë met hul legio skakeringsvorms skuil, is dat in beginsel slegs die persoon wat self 'n regshandeling verrig deur die gevolge daarvan getref kan word - of dan meer bepaald met betrekking tot kontrakte, dat slegs die persoon wat self 'n kontrak sluit deur daardie kontrak gebind kan word. (Sien omtrent die hooftorieë Jauw *Lastgeving, Machtiging en Volmacht* 1938 Brussel 70-84). Met hierdie uitgangspunt word die teoretici verplig om deur middel van die een of ander towerformule die gewenste maar grondliggend onmoontlike te probeer bewerkstellig. Vir party verskaf die fiksie die oplossing. Die werking van die regshandeling word deur middel van 'n regsiksie op die verteenwoordigde betrek “obgleich die Handlung, durch welche der Vertrag zu Stande gebracht wird, eine für ihn fremde ist” (Buchka soos aangehaal deur Jauw op bl 70). Ander, soos klaarblyklik ook Van der Vyver en Van Zyl, val terug op die orgaanteorie om die onmoontlike moontlik te maak.

Eintlik is dit alles 'n onnodige gespartel. Die eenvoudige waarheid is dat volgens ons reg (netsoos alle ander moderne regstelsels) dit wel moontlik is dat een persoon 'n regshandeling verrig maar die gevolge slegs intree vir die persoon namens wie eersgenoemde gehandel het. Soos De Wet en Yeats dit stel: “Alhoewel die verteenwoordiger die handelende party is, skep hy nie vir hom nie maar vir sy prinsipaal regte en/of verpligtinge met die ooreenkoms wat hy sluit” (*Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg 83). Dat dit die verteenwoordiger is wat handel, blyk uit die feit dat dit *sy* wil is wat vir die totstandkoming van die regshandeling die deurslag gee. Die



geldigheid, nietigheid of vernietigbaarheid van die handeling hang in die eerste plek af van wat *hy* wil en doen. Maak hy hom byvoorbeeld by kontraksluiting skuldig aan dwang of wanvoorstelling dan tref dit die verbintnisse wat vir die prinsipaal uit die kontrak voortvloei. Dat die een persoon gebind word deur die regshandeling van 'n ander vloei enersyds voort uit die volmag (hetsy *ex lege* hetsy *ex mandato*) en andersyds uit die feit dat dit in ooreenstemming is met die *bedoeling* van die verteenwoordiger en moontlike derde persone wat by die handeling betrokke mag wees. Dit is na my mening die “moderne siening” (sien 1973 *De Jure* 90) wat die eenvoudige werklikheid korrek weergee.

Heeltemal so eenvoudig is dit ongelukkig darem ook nie. Die Wet op Huurkoop 36 van 1942 bepaal byvoorbeeld dat kontrakte waarop dié wet van toepassing is nie geldig is nie tensy hulle “skriftelik aangegaan is en onderteken is deur die koper in eie persoon en deur of ten behoeve van alle ander partye by die kontrak” (a 4(1); ek kursiveer). Sou dit nou beteken dat byvoorbeeld 'n regs persoon nooit as koper 'n geldige huurkoopkontrak kan sluit nie aangesien hy nie “in eie persoon” kan handel nie? Dit kon nie die bedoeling van die wetgewer gewees het nie en daarom word dit vir die wetsuitlêers nodig om hierdie gaping op die een of ander manier te probeer oorbrug. Wat 'n geregistreerde maatskappy betref, verskaf a 69(1)(a) van die Maatskappywet 61 van 1973 gelukkig die oplossing maar wat nou omtrent ander regs persone? 'n Vanselfsprekende uitweg is om terug te val op die orgaanteorie en dit is dan ook wat die meeste skrywers doen (sien Naudé a w 26-27). Nou mag dit wees dat die orgaanteorie in hierdie besondere geval 'n bestaansreg het maar dan moet dit nie vir meer aangesien word as wat dit werklik is nie, naamlik 'n onvolkome middel om voorsiening te maak òf vir 'n *casus omissus* in die bepaalde wet òf vir 'n foutiewe siening deur die wetgewer van die verteenwoordigingsfiguur en die buitejuridiese werklikheid. Ook in ander gevalle (byvoorbeeld by die moontlike deliktuele en strafregtelike aanspreeklikheid van regs persone) mag die orgaanteorie 'n rol hê om te vervul. Om egter ter wille van hierdie uitsonderingsvalle die orgaanteorie die grondslag van ons verteenwoordigingsreg te maak, is heeltemal 'n ander saak.

Veral by die verteenwoordiging van 'n mens (of “natuurlike persoon” soos op naturalistiese patroon meestal gesê word) het die orgaanteorie geen rol om te vervul nie. Dit het byvoorbeeld Dorhout Mees (*Kort Begrip van het Nederlands Handelsrecht* 3e uitg 1961 263) reeds ingesien. Die rede hiervoor is eenvoudig. Die reg kan nie van dag nag of van winter somer of van 'n dooie 'n lewendige maak nie. Regsreëls wat op onjuiste opvattinge oor die buite-juridiese werklikheid gebaseer is, moet noodwendig tot inkonsekwensies en onbillikhede lei. Sodanige regsreëls kan in Van der Vyver en Van Zyl se eie woorde niks anders as *onware reg* wees nie (*Inleiding tot die Regswetenskap* 1972 Butterworth 171-173). Weliswaar is fiksies in die regsformulering soms toelaatbaar maar dan het 'n mens, soos Larenz dit stel, eintlik met 'n *verdeckte Verweisung* te doen (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 2e uitg 1969 Berlin Heidelberg New York 200). Indien die wetgewer byvoorbeeld sou sê dat vir sekere doeleindes die woord “man” ook “vrou” insluit, beteken dit nie dat alle vrouens nou mans of selfs “juridiese” mans word nie. Dit beteken slegs dat sekere regsreëls met betrekking tot mans ook op vrouens van toepassing gemaak word. In plaas van om al die reëls

met betrekking tot mans afsonderlik vir vrouens te herhaal, of in plaas van om die vroulike vorm telkens by die manlike te voeg, word mans en vrouens vir die besondere wetgewing eenvoudig gelykgestel. So word onnodige duplikasie deur 'n soort "juridiese snelskrif" uitgeskakel, en word die ideaal van juridiese skoonheid, deursigtigheid en eenvoudigheid gedien; 'n ideaal waaraan alle juridiese vormgewing (of anders gestel: alle regspositivering) behoort te voldoen.

*Buite hierdie eng gebied van regsformulering moet die reg hom streng aan die feite van die buite-juridiese werklikheid hou, anders kry mens noodwendig teenstrydighede en onbillikhede. Die ou Romeine se geloof, byvoorbeeld, dat die marmer in sekere groewe in Asië en Gallië telkens na ontginning weer aangegroei het, het reëls tot gevolg gehad wat die vruggebruiker op onbillike wyse bó die eenaar bevoordeel het (vgl Voet 7 1 24 en D 24 3 7 13). (Sien verder oor hierdie aangeleentheid Van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbegrensing in die Reg* 1970 Pretoria 130-138, Larenz tap, Von Jhering *Geist des Römischen Rechts* bd III 5e druk 1906 Leipzig 307 en Soeteman *Ficties in het Recht?* 1970 *Ars Aequi* (bd 19) 43-53. Die rol wat fiksies by die regsontwikkeling kan speel, laat ek kortheidshalwe buite beskouing.)*

Vir my lyk dit nou vanselfsprekend dat byvoorbeeld die voog nòg in letterlike sin nòg in figuurlike sin as orgaan van die *infans* beskou kan word. Die oë, mond, ore ensovoorts van die *infans* is hy beslis nie. Maar 'n metaforiese orgaan (soos die Staatspresident 'n orgaan is van die staat of miskien selfs 'n direksie 'n orgaan is van 'n maatskappy) is hy ook nie. Hoekom hom dan 'n orgaan noem? Dit sal slegs geregverdig wees indien 'n mens daardeur in ooreenstemming met die vereistes van juridiese ekonomie 'n waarheid tot uiting bring wat anders slegs met 'n groot omhaal van woorde kan geskied. In plaas van om volledig uiteen te sit hoe 'n *infans* geraak word deur sy voog se optrede namens hom, *verwys* 'n mens dan by implikasie eenvoudig na die organe van individue en van regspersone en sê dat die voog dieselfde rol teenoor die *infans* vervul. Uit wat ek reeds hierbo gesê het, behoort dit egter duidelik te wees dat so 'n verwysing geen groter duidelikheid bring nie: daarvoor is die verskil tussen 'n individu se orgaan en 'n voog te groot, en die aanwending van die orgaangedagte by die regspersoon te beperk en onseker. Trouens dit is my oortuiging dat die bestempeling van die voog as orgaan slegs onsekerheid en verwarring kan skep.

Wat ek omtrent Van der Vyver en Van Zyl se "selfhandelingsbevoegdheid" en die implikasies daarvan gesê het, geld in 'n sekere mate ook vir hul "selfverskyningsbevoegdheid". Oor die prosessuele implikasies van laasgenoemde term voel ek my nie bekwaam om iets te sê nie.

Teen die term "plegsbevoegdheid" het ek nie prinsipiële besware nie. Is so 'n term egter nodig? Indien regsbevoegdheid só omskryf word dat dit sowel die bevoegdheid om draer van regte as die bevoegdheid om draer van verpligtinge te wees, insluit, en indien die twee bevoegdhede altyd saamval sodat 'n persoon wat die een het die ander noodwendig ook moet hê, lyk dit onnodig en pedant om ook op die erkenning van 'n afsonderlike "plegsbevoegdheid" aan te dring. Groter duidelikheid bring dit nie; dit lei intendeel slegs tot verduistering deur 'n vermenigvuldiging van woorde.

(Terloops kan hier weer gewys word op die probleem wat Van der Vyver en Van Zyl se beskouings vir Engelsspreekende regsgeleerdes gaan oplewer. "Legal capacity" verwys uitdruklik nòg na regte nòg na verpligtinge.)\*

Op hulle wat innovasies in die regsterminologie bepleit, rus die bewyslas om die noodsaaklikheid van sodanige innovasies aan te toon. Hoeveel waardering ek ook al vir Van der Vyver en Van Zyl se sienswyses in ander opsigte mag hê, is ek bevrees dat hulle hulle in die huidige geval nie van daardie bewyslas gekwyd het nie. My en my jaarlikse span van 1 500 eerstejaargestudente aangaande, ons sal (voorlopig) die tradisionele terminologie behou!

A D J VAN RENSBURG  
Universiteit van Suid-Afrika

### ENRICHMENT LIABILITY AND THE *IUS RETENTIONIS*

The purpose of this note is to expose an anomaly which exists in our law of enrichment liability.

The *ius retentionis* and the part it plays in our enrichment law is deserving of attention as references to it run like a thread throughout this field of our law for the reason that it is itself, a feature of enrichment liability. In all circumstances where our law recognises an enrichment action it also (if the impoverished party is in possession of the thing on which expense has been expended) recognises a *ius retentionis*, although it does not recognise an enrichment action in all cases where it recognises a *ius retentionis* (see eg *Brooklyn House Furnishers v Knoetze and Sons* 1970 3 SA 264 (A) and *Ploughall (Edms) Bpk v Rae* 1971 1 SA 887 (T).

Wille (*The Law of Mortgage and Pledge in South Africa* 2nd edition 1968 67) defines a *ius retentionis* as follows:

"A right of retention, *ius retentionis*, frequently referred to as a 'lien', is a right conferred by operation of law on a person who is in possession of the property of another person, on which he has expended money or labour, of retaining possession of the property until he has been duly compensated."

Thus as was stated by Bristowe J a right of retention arises

"from the fact that one man put money or money's worth into the property of another."

One of the examples given of the class of person who may enjoy such a right is that of artificers "who make or repair articles of a movable nature." It was further stated that these liens depend on the maxim found in *D* 50 17 206 ie *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*, which modifies the *accessio* principle and likewise the principle that "(t)hat which is inextricably mingled with a chattel becomes part of that chattel." (*United Building Society v Smookler's Trustee and Golombick's Trustee* 1906 TS 623 627).

---

\*Ons vertaal die bevoegdheids wat 'n regsobjek aan sy subjektiewe reg ontleen as "powers" (vgl Van der Vyver 1973 *THRHR* 268).



However

“n *Ius retentionis* is die reg wat *die besitter* (writer's italics) van 'n saak van iemand anders, waaraan hy geld of arbeid bestee het, verkry om die saak in sy besit te hou totdat . . . (hy) vergoed is.” - per Botha JA in the *Brooklyn* case (at p 270).

The *ius retentionis* is therefore, by its very nature, limited in that it exists only where there is possession.

As in the case of actions based on enrichment, so too with the *ius retentionis*, the types of expenses which may possibly be expended by the impoverished party are traditionally classified as necessary, useful or luxurious expenses. In the *United Building Society* case (at p 628) Bristowe J held that liens for *impensae necessariae* and *impensae utiles* are clearly recognised. The former are called “salvage liens” and the latter “improvement liens”. Liens incurred because of a performance rendered in terms of a contract are termed “debtor and creditor liens”. Because “debtor and creditor liens” are based on contract and not on enrichment (as is the case of the former two types of lien) they can exist in respect of *impensae voluptuariae*, but they are confined to the limits of “contractual privity”. But as was stated in the *Ploughball* case (at p 890F)

“n Retensiereg vir verbetering van die saak is 'n saaklike reg en ontstaan nie uit ooreenkoms nie.”

A *ius retentionis* based on enrichment is thus a real right and as such holds good against the whole world, including the owner, whether he assented to the improvement or not (see also the *United Building Society* case (at p 630), whereas a “debtor and creditor lien” being based on contract is enforceable against the owner *only if* he was a party to the contract. From this an important difference follows: the “debtor and creditor” liens extend to all expenses incurred in terms of the contract (*ibid* p 628) i.e. to the full contractual price. Liens based on enrichment, however, are limited to expenses which have either maintained or preserved the property, or which have improved the property, thereby enhancing its market value (*ibid* p 630).

As stated “(t)hese rights of retention attach to the property concerned and depend on the creditor being in possession” (Wille *op cit* p 66), therefore there can be no question of both a “debtor and creditor lien” and an enrichment lien being utilised in any one instance.

The requirements necessary to found an enrichment lien are therefore as follows:

(1) *Possession* of a thing belonging to another. The court will have to be satisfied that the impoverished person was in possession “at the date of the alleged deprivation . . .” and that there was actual possession which need not be *pro domino*, but which must be with the intention of “securing some benefit for himself as against the owner.” (per Innes CJ in *Scholtz v Faifer* 1910 AD 243 246). Thus the possessor must show that he had *detentio* as well as *animus possidendi*. (See *Ploughball's* case).

(2) The person asserting the lien must have expended money or labour on the thing belonging to the enriched party and the lien holder may only exercise this right until he has been compensated “hoogstens tot die mate van die eienaar se verryking” (per Botha JA in the *Brooklyn* case at p 270E).



Because the enriched party must compensate the impoverished party to the extent of his enrichment, all the general requirements for enrichment liability must be proved. Briefly they are:

- (i) *Enrichment*: If there is no enrichment there is no lien as the extent of the lien is the extent of the enrichment (see *Land Bank v Mans* 1933 CPD 19 24 25).
- (ii) *Impoverishment*: That our courts look for this requirement appears clearly from the fact that it is required of the impoverished party that he prove the actual amount expended (see eg *King's Hall Motor Co v Wickens and McNicol* 1931 NLR 43-45).
- (iii) *At the expense of*: As early as 1885, De Villiers CJ gave as the reason for granting a lien, the fact that it "is not right or just that any person should be enriched at the expense of another" (in *Colonial Government v Smith* (1885) 4SC 194 199). This has now been reaffirmed by the appellate division in the *Brooklyn* case.
- (iv) *Sine causa*: In the words of prof JC van der Walt (1966 *THRHR* 222) this requirement is present if "geen verbintenisregtelike verhouding tussen die verrykte en die verarmde bestaan het op grond waarvan die verrykte aanspraak kon maak op die vermoënsverskuiwing nie."

at is not necessary to add anything further except to stress that a "debtor and creditor" lien has as its basis a contract, and therefore none of the enrichment requirements needs to be present - for the latter type of lien there is a *causa* ie the contract. The "debtor and creditor" lien serves as security for the duty to perform which arises out of a contractual obligation. The position should be the same when it comes to enrichment liens, ie in all cases of enrichment where the law recognises a *ius retentionis* the enrichment should give rise to an obligation, and the *ius retentionis* should merely fulfil the function of securing the performance. In our present-day law, however it is not in all instances that an obligation will be recognised when the enrichment requirements are present and a *ius retentionis* is recognised as the instances will have to resort under one or other of the specific *condictiones* or enrichment actions.

In the *Brooklyn* case Botha JA distinguished enrichment actions from the *ius retentionis* as regards the interpretation of the "at the expense of" requirement for enrichment liability. Why were these not seen as two sides of one picture both sharing the same basis?

The question that now arises is - can the holder of an enrichment lien institute an action in South African law for the recovery of the amount of the enrichment? In other words where the law affords real security in respect of a right, can the bearer of this right actively enforce his right by means of an action? In order to answer this question it is necessary to conduct a closer but brief examination (as far as is relevant) of the *ius retentionis* in the light of its historical development, and in so doing to bring the present position clearly to the fore and in this manner to expose an existing and untenable anomaly.

At Roman law the *bona fide* possessor could enforce payment of compensation only by means of the *exceptio doli* which he forfeited if he gave

up or lost possession of the land concerned. Roman-Dutch law gave the impoverished *bona fide* possessor of land an action irrespective of whether or not he exercised his *ius retentionis*. Prof De Vos (*Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg 1971 94) states that this was an existing right which was logically extended, support being found in the enrichment prohibition.

In South African law the impoverished *bona fide* possessor of land has retained this right of action but, like Roman and Roman-Dutch law, there has been no "logical extension" in respect of improvements effected to movable property. Therefore the *bona fide* possessor of movable property is in the same position that he was in at Roman law, and he can "enforce" his right to compensation only by exercising a *ius retentionis* ie passively by way of a defence to the owner's *rei vindicatio*. Why a distinction should be drawn between movable and immovable property is neither clear nor logical. If historically there was good reason for distinguishing between immovable and movable property, the writer can think of no reason which justifies this distinction in modern law - in principle there is no need and no basis for the distinction.

In South African law the action of the *bona fide* possessor has been extended to include detentors (see *Bellingham v Bloometje* 1874 Buch 36; *Rubin v Botha* 1911 AD 568; and *Fletcher and Fletcher v Bulawayo Waterworks* 1915 AD 636). Detentors, like possessors, have no action for compensation in respect of improvements effected to movables but they too may exercise a *ius retentionis*.

This then is the anomaly which exists in our law, namely possessors and detentors of land have both an action and a *ius retentionis* in respect of tangible improvements brought about to land, but possessors and detentors of movable property can only exercise a *ius retentionis* to "enforce" their rights to compensation, a right which the law clearly recognises by making provision for real security. Thus we have the extraordinary circumstance of a valid and acknowledged right untainted by turpitude, but a right which the bearer thereof cannot directly enforce on his own initiative in a court of law.

The *ius retentionis*, the counterpart of all enrichment actions therefore covers a wider field than the actions themselves. On the strength of the foregoing one pauses to consider what the outcome of *Nortje v Pool* 1966 3 SA 96 (A) would have been if the plaintiff had remained in possession of the land in question and had exercised a *ius retentionis* - he may possibly have succeeded, but an action was denied as the "improvements" in question were not of a tangible nature although they did relate to land.

The content of the *ius retentionis* is merely to retain possession until such time as compensation has been paid. It amounts to real security and attaches to the property concerned. When possession is lost, it too is lost. To say, however, that when possession is lost the right to claim compensation is also lost is something else and in principle incorrect. What disappears when possession is lost is the security that possession affords as well as the attendant preferential right in the event of the insolvency of the enriched party (*Wille op cit* 193). The consequences of the enrichment it-

self gives rise to an obligation and loss of possession cannot extinguish this obligation. Thus the security must be clearly distinguished from the claim and the two should be seen independently of each other, i.e.

(1) a personal right or claim which arises only when all the enrichment requirements are complied with and which applies only as against the enriched party and which, like any other unsecured debt, will confer no preference on insolvency.

(2) a right to retain the property concerned, conferred by operation of law on a creditor under certain circumstances. Its content - to retain the property concerned until compensated. Its effect - to afford security for payment. This is a real right and operates against all.

The law sees fit to give certain classes of creditors security under certain circumstances and it is illogical to hold that in one such instance only the creditor cannot enforce his right. Thus in the case of a pledge if possession is lost this would not lead to the extinction of the obligation concerned. Likewise in the case of a mortgage bond (where security depends on registration and not on possession) cancellation of the bond before payment of the debt would extinguish the real security, but this would not necessarily mean that the debt existing between the parties would simultaneously be extinguished. It does, however, mean that the real security has been lost. A landlord who loses his hypothec will not also forfeit his right to receive rentals due and owing. Furthermore in all these instances an action can be instituted for what is owing while the creditor retains his security until such time as his claim is satisfied. To hold that although the impoverished party may have a *ius retentionis*, he has no action in respect of certain improvements effected to movable property but that he does have an action in respect of certain improvements effected to immovable property is surely an untenable position. The *ius retentionis* cannot exist in abstract, it must secure something and this something is a right to compensation. This right can only flow from an enrichment obligation, and it is difficult to understand why such an obligation is acknowledged in respect of improvements brought about to immovable property and is not acknowledged in respect of improvements brought about to movable property. Once a right is recognised we must accept that it can be actively enforced at law.

In the *Brooklyn* case (at p 270E) Botha JA stated that

“Dit (the *ius retentionis*) is bloot ’n verweer teen die eienaar se *rei vindicatio*, en maak op sigself geen eisoorzaak uit nie.”

It is not merely a defence but the practical utilisation of real security.

Not only does the anomaly remain but it has now been reinforced. Because the nature and content of the *ius retentionis* was not appreciated (i.e. it was seen as a “defence” and not as security, conferred by operation of law) uncertainty has been introduced into our law as regards the interpretation of one of the requirements which must exist to give rise to enrichment liability.

In two recent decisions the Transvaal provincial division in *Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd* 1968 3 SA 563 (T); and the appellate division in the

*Brooklyn* case faced with similar facts gave conflicting interpretations of the "at the expense of" requirement. In the *Gouws* case the court was concerned with an action in respect of expenses incurred in respect of immovable property and in the *Brooklyn* case the court was concerned with expenses incurred in respect of movable property and a *ius retentionis*. In the former case the Transvaal provincial division found that enrichment had not been proved but in the latter case the appellate division found that enrichment had been proved. Logically the interpretation of the appellate division should overrule that of the Transvaal provincial division, but because of the dictum of Botha JA quoted above and the fact that the learned judge stated (at p 273H) that it was not necessary "om nou daarop (ie the "at the expense of" requirement) met betrekking tot 'n verrykingsaksie in te gaan nie, aangesien ons nie hier met so 'n aksie te doen het nie, maar met 'n beeerde retensiereg wat bloot as verweer teen die eienaar se *rei vindicatio* opgewerp word", the decision of the Transvaal provincial division cannot be considered to have been overruled.

Prof De Vos ("Retensieregte weens verryking" *THRHR* 1970 357) criticising the interpretation of the requirement by the appellate division states that "(d)ie verwarring wat mens hier aantref kan egter maklik oorwaai tot die verrykingsaksie self, aangesien die basiese beginsels wat betrokke is, kwalik van die een geval tot die ander kan verskil." The basic principle is the same ie enrichment and the requirements necessary to constitute enrichment cannot differ from one instance based on enrichment to another based on enrichment.

If a future court were to be faced with a matter similar to that of the *Gouws* case it is possible that one of two courses would be open to it:

Firstly, to follow the interpretation given in the *Gouws* case holding that the interpretation given in the *Brooklyn* decision is not binding because the appellate division interpreted the requirement only as regards a right of retention and not as regards an action; or secondly, to hold that the interpretation of the appellate division is binding because the "at the expense of" requirement is a requirement which must be present to prove enrichment liability, and both an action and a right of retention have as their basis enrichment, the right of retention being the security afforded by operation of law to secure a right arising because of the enrichment of one party at the expense of another.

It is submitted that the second course is the correct one to follow.

CARMEN NATHAN  
*University of South Africa*

*To attempt to draw the line between the foreseeable and the unforeseeable in the world of everyday affairs raises even more difficulties than the determination of where space leaves off and outer space begins.*

Leon Green



# Vonnis

S v VALASHIA 1973 3 SA 934 (O); S v NTHEMBU 1973 3 SA 937 (O);  
S v MAAMA 1973 3 SA 938 (O) en S v RADEBE 1973 3 SA 940 (O)

## *Strafproses - Opskorting van vonnis - Voorwaardes*

In vier opeenvolgende beslissings (al vier hersienings van landdroshofbeslissings in die Oranje-Vrystaatse provinsiale afdeling) het die aangeleentheid van die vorm wat opskortingsvoorwaardes moet aanneem, ter sprake gekom.

Die beslissings het almal betrekking op artikel 352(1)(a) van die Strafproseswet 56 van 1955, wat bepaal dat vonnis opgeskort en 'n beskuldigde vrygestel mag word onderworpe aan sekere voorwaardes (byvoorbeeld die goeie gedrag van die beskuldigde). Alhoewel die hof 'n wye diskresie het ten aansien van die aard en vorm van die voorwaardes wat hy opleë, het ons howe tog met die verloop van jare sekere riglyne neergelê waarvan sulke opskortingsvoorwaardes moet voldoen. Dit is egter so dat daar geen eenvormigheid bestaan ten opsigte van die toepassing van hierdie beginsels nie en howe verskil heelwat van mekaar wat hierdie aangeleentheid betref.

In *S v Valashia*, die volledigste van die vier beslissings onder bespreking, word die twee basiese beginsels soos reeds in *R v Cloete* 1950 4 SA 191 (OD) geformuleer, bevestig en as uitgangspunt aanvaar. In *R v Cloete* word die twee beginsels soos volg deur regter Reynolds geformuleer:

“... it does seem that two principles at least should be observed in the imposition of the conditions. The first is that the condition imposed should bear at least some relationship to the circumstances of the crime which is being punished by the imposition of the suspended sentence. It need not be closely related but should be related to it in some degree at least, even though slightly related and not divorced from it, or remote from it. The second is that the condition be stated with such precision that the convicted person may understand the ambit of the condition.” (192).

In die vier beslissings onder bespreking word hierdie twee beginsels verder uitgebou en gepresiseer sodat daar uit die beslissings baie meer duidelikheid volg oor die howe se siening van opskortingsvoorwaardes.

Die eerste beginsel soos gestel deur regter Reynolds word deur verskeie praktiese aanbevelings uitgebou:

- (i) Die feit dat sekere misdade in die Bylae van die Strafproseswet saam gegroepeer word of dat sekere misdade 'n gemeenskaplike element besit (byvoorbeeld oneerlikheid), is nie voldoende om aan die beginsel te voldoen nie (*S v Valashia* 935);

- (ii) Die omstandighede en die aard van die misdaad waarvoor die beskuldigde gestraf word, moet primêre aandag geniet by die formulering van die opskortingsvoorwaardes en die voorwaarde

“... behoort slegs te verwys... na misdrywe wat wesenlik verband hou met die aard en omstandighede van die misdryf waaraan die beskuldigde skuldig bevind is.” (*S v Radebe* 940; *S v Maama* 939).

- (iii) 'n Opskortingsvoorwaarde dien wel as waarskuwing of vermaning dat die beskuldigde nie weer die misdaad pleeg waaraan hy skuldig bevind is nie

“... maar sodra dit moet dien om 'misdade' in die algemeen te voorkom wat nie genoem word nie of nie betrekking op die misdaad het waaraan hy skuldig bevind is nie, is dit te wyd” (*S v Nthembu* 937).

Wat die tweede beginsel betref, nl dat die beskuldigde moet verstaan wat die voorwaarde behels, tree die volgende riglyne na vore om te help by die nakoming daarvan:

- (i) Die voorwaarde moet nie vaag gestel word nie en derhalwe sal 'n algemene kategorie van misdade (bv misdade met geweld as element) onder normale omstandighede nie voldoende wees nie (*S v Valashia* 935. Sien egter die beslissing in *R v Brand* 1957 4 SA 318 (T) waarin beslis is dat “misdade wat oneerlikheid behels”, voldoende is. Vgl ook *S v Kunene* 1971 3 SA 810 (W));
- (ii) Aanvullend by die vereiste moet die beskuldigde weet watter misdade by die opskortingsvoorwaarde ingelyf is en is dit dus wenslik om die misdade by name te noem in plaas daarvan om bv te verwys na “die misdrywe wat genoem word in Groep III van Deel I van die Derde Bylae van die Strafproseswet”, of na “enige misdade wat 'n geoorloofde uitspraak op 'n aanklag van (byvoorbeeld) diefstal is.” (Vgl *S v Valashia* 935 en *S v Nthembu* 937. In teenstelling hiermee sien *S v Kunene*).
- (iii) Waar die misdade genoem word, moet nie te veel genoem word nie al voldoen hulle ook aan die eerste beginsel (*S v Valashia* 936).

“Dit is derhalwe altyd 'n heilsame reël om die misdade wat by die opskortingsvoorwaarde ingesluit word spesifiek te noem of as klas noukeurig te beskryf, en waar doenlik 'n kwalifikasie op te lê soos byvoorbeeld sonder die alternatief van 'n boete of waarvoor die beskuldigde met 'n boete van meer as 'n bepaalde bedrag gevonnis word.” (*S v Valashia* 936).

Alhoewel dit uit ons resente regspraak blyk dat daar 'n tendens is om vae en veralgemenende opskortingsvoorwaardes te vermy, impliseer dit nog geensins 'n eenvormige benadering nie. Hierdie vier uitsprake is te verwelkom aangesien dit alleen kan meehelp tot sodanige benadering.

Tog is dit ironies dat in twee van die beslissings die opskortingsvoorwaardes so gewysig is om onder andere te lui dat die beskuldigde nie “... skuldig bevind word aan 'n soortgelyke misdaad...” nie, terwyl die gebruik van die begrip “soortgelyke misdaad” in 'n opskortingsvoorwaarde in die beslissing van *S v Ngcobo* 1966 1 SA 605 (N) as te vaag verwerp is!

SIAS REYNEKE  
Prokureursklerk, Johannesburg

**PIETER MARSMAN v FIRMA M ROSSKAMP 1973 CMLR 501**

*European community - protection of migrant workers - conflict between community and national law*

The three foundation treaties which established the European Coal and Steel Community, the European Atomic Energy Community and the European Economic Community together with their annexes and protocols are primary sources of community law. These treaties are "self executing" treaties which means that upon ratification they immediately became law within the member states (see Lasok and Bridge *Law and Institutions of the European Communities* 68; Wade "Sovereignty and the European Communities" (1972) 88 *Law Quarterly Review* 1; Behr "Directly applicable provisions of community law: the development of a community concept" (1970) 19 *International and Comparative Law Quarterly* 257; and Trindade "Parliamentary sovereignty and the primacy of European community law" (1972) 35 *Modern Law Review* 375).

As could be expected, one of the legal issues with which the community court has had to deal concerns whether community law or the municipal (national) law of a member state should prevail in the event of a conflict between the two. In a series of decisions the court has developed the doctrine of the supremacy of community law.

In *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* 1963 CMLR 105 the court declared that the community constituted "a new legal order - for whose benefit the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only the member states but also their nationals." The court asserted that community law was addressed not only to member states in the fashion of public international law, but also to the citizens of the member states in the fashion of a federal law (Lasok and Bridge *op cit* 198).

The court went further in the Italian case of *Flaminio Costa v ENEL* 1964 CMLR 425 and declared that "... (The EEC Treaty) ... has created its own legal order . . . having real powers resulting from a limitation of competence or of transfer of powers from the states to the community . . ." The court pointed out that it would be impossible to assert any internal text against the law created by the treaty without jeopardising the foundation of the community itself.

In similar vein the court held in *Internationale Handelsgesellschaft GmbH v Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* 1972 CMLR 255 that "... no provisions of municipal law, of whatever nature they may be, may prevail over community law . . . The validity of a community act or its application in a member state remains therefore unimpaired even if it is alleged that the basic rights . . . of the national constitution were violated . . ."

*Marsman v Rosskamp* provides a further example of the established principle that directly applicable community law prevails over the municipal law of member states.

M, a Dutch national resident in Holland, was employed as a metal-worker with the defendant, a German firm, whose place of business in Germany was about 20 kms from M's home. As a result of an industrial accident M suffered a 60 per cent disability for which he receives disability benefits from his German insurers.

Some eight months after the accident the firm gave notice of termination of M's employment. M appealed against the termination of his employment to the German labour tribunal (*Arbeitsgericht*) at Rheine on the ground that s14 of the German Serious Injuries Act (*Schwerbeschädigtengesetz*) of 16 June 1953 permits notice of dismissal to be given only if the principal social security department assents thereto. Since this consent was *in casu* lacking, M contended that the termination of his employment was invalid.

The defendant on the other hand submitted that s1 of the Serious Injuries Act specifically provides that the special protection afforded by s14 does not apply to non-Germans. Therefore although M, as a gravely injured person, had claim to official accident insurance, he could not rely on the provisions of s14 since he was not resident in the Federal Republic of Germany or in West Berlin.

The labour tribunal was not sure whether s1 of the Serious Injuries Act conflicted with art 48 of the EEC Treaty and with art 7 of regulation 1612/68 of 15 October 1968 and approached the European court of justice for a decision in the matter.

Article 48 of the EEC Treaty states

- “1. Freedom of movement for workers shall be secured within the community not later than by the end of the transitional period.
2. This shall involve the abolition of any discrimination based on nationality between workers of member states, as regards employment, remuneration and other working conditions.”

Article 7 of regulation 1612/68 provides that

“No worker, being a national of a member state, may, in the territory of other member states, be treated differently from the indigenous workers, for reasons of nationality, in respect of conditions of employment and labour, and particularly in respect of remuneration, termination of employment and, in the case of unemployment, of occupational reintegration or re-employment. In each member state he shall benefit from the same social and fiscal advantages as indigenous workers.”

The court pointed out that the freedom of movement of workers is essential to the common market and held (at 506) that -

- (i) art 48 of the treaty prescribes the abolition of all discrimination based on nationality for workers in respect of employment, remuneration and other labour conditions;
- (ii) the provisions of art 48 are subject only to the reservations exhaustively enumerated in paragraph (3) of the article concerning public policy, public safety and public health;



- (iii) community social law relies on the principle that each member state must by law accord to all nationals of other member states employed in its territory the same legal benefits as it accords to its own nationals;
- (iv) the prohibition of discrimination provided for by art 48 covers the special protection which, for social reasons, the legislature of a member state accords to specific categories of workers; and
- (v) art 7 of regulation 1612/68, in making an explicit mention of termination of employment amongst the employment and labour conditions which must apply equally to indigenous workers and to workers of other member states, does no more than ensure the correct implementation of art 48.

M was consequently entitled to rely on the protection which s14 of the Serious Injuries Act afforded German workers.

PEJ BROOKS  
*University of South Africa*

#### S v TSHEBELETSANE 1973 4 SA 195 (NK)

*Strafproses - Vonnis - Gevangenisstraf vir korrektiewe opleiding - So 'n vonnis alreeds 'n beskuldigde opgelê - beskuldigde weer daarna veroordeel - hoe landdros met vonnis kan handel*

Die beskuldigde is deur 'n landdros skuldig bevind aan die diefstal van drie koolkoppe. Aangesien die beskuldigde egter 'n vorige veroordeling van gevangenisstraf vir korrektiewe opleiding op sy kerfstok gehad het, het hy gekwalifiseer vir gevangenisstraf ter voorkoming van misdaad kragtens art 334<sup>quat</sup> 2(a) van die Strafproseswet 1955.

Die landdros het verkeerdelik gemeen dat hy in die omstandighede 'n tweede keer gevangenisstraf vir korrektiewe opleiding kon oplê en omdat hy van oordeel was dat daar omstandighede kragtens art 335 A van die wet is wat die oplegging van 'n ligter straf regverdig, het hy die beskuldigde gevonniss tot twee maande gevangenisstraf.

By hersiening na die Noord-Kaapse afdeling het die waarnemende regterpresident heeltemal tereg bevind dat die landdros nie die bevoegdheid gehad het om 'n vonnis van gevangenisstraf ter voorkoming van misdaad op te lê nie. Gevolglik kon die landdros ook geen diskresie uitoefen kragtens artikel 335 A nie.

Die waarnemende regterpresident gaan dan egter voort en fouteer self. Hy bevind dat die landdros 'n diskresie gehad het kragtens art 93(2) van die Wet op Landdroshowe 1944 om die verrigtinge in 'n voorlopige ondersoek te omskep of dat die saak vir verhoor na die hof van 'n streekafdeling verwys moes word indien die staatsaanklaer dit versoek het. Aangesien hy egter in die onderhawige geval nie verplig was om ooreenkomstig die bepalings van art 93(2) te handel nie, aldus die regter, kon die landdros egter kragtens sy gewone jurisdiksie handel.

Regter Van Rhijn skrap dan die vonnis wat kragtens art 335 A opgelê is, maar lê weer dieselfde vonnis op wat die landdros kragtens art 93(2) sou kon opgelê het.

Deur hierdie bevinding het die regter dan die anomaliese posisie bevestig waarna Hiemstra *Suid-Afrikaanse Straffroses* (Butterworths Durban 1967) op bladsy 424 verwys. Indien die beskuldigde voor 'n streekhof tereggestaan het, sou hierdie howe geen diskresie gehad het nie en sou 'n vonnis van gevangenisstraf ter voorkoming van misdaad 'n verpligte vonnis gewees het (onderhewig aan art 335 A). Die landdros het dan in hierdie opsig wyer magte ten opsigte van vonnisoplegging as wat 'n streekhof of hoërhof het. Hierdie anomalie het egter verdwyn. Die oplossing is te vinde in art 93*bis* van die Wet op Landdroshowe 1944. Die landdros was gevolglik kragtens hierdie artikel verplig om die bevinding ten opsigte van die beskuldigde ter syde te stel sodat die verrigtinge weer van nuuts af voor die streekhof kon begin.

Gelukkig is die beskuldigde nie deur hierdie dwaling benadeel nie - hy kan moontlik slegs bevoordeel word. Indien opgetree was kragtens art 93*bis* sou die streekhof, as die beskuldigde weer skuldig bevind sou word, hom moes vonnis tot gevangenisstraf ter voorkoming van misdaad. Die streekhof kon dan egter, indien die omstandighede kragtens art 335 A bevind sou word, die beskuldigde in die plek daarvan vonnis tot gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens vyf jaar.

Indien aan die korrekte prosedure van art 93*bis* gevolg gegee was, moes die waarnemende regterpresident die skuldigbevinding en vonnis ter syde gestel het sodat die verrigtinge van nuuts af voor die betrokke streekafdeling kon begin - *S v Jacobs* 1972 1 SA 510 (K).

PM BEKKER  
*Universiteit van Pretoria*

#### BUTTERWORTH-PRYS

*Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eerstelinghydrae van 1973 gesamentlik toegeken is aan:*

F R MALAN EN C P C VAN DER WALT

*Die Butterworth-prys - regsboeke ter waarde van R60 - word deur die uitgewers beskikbaar gestel aan die outeur wat in die bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die Tydskrif aan die redakteur stuur.*

*Die artikel moet die eersteling wees wat die skrywer vir publikasie in 'n regs wetenskaplike tydskrif aanbied. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksiekomitee behartig die beoordeling aan die einde van elke kalenderjaar. Die redaksiekomitee bebou hom die vryheid voor om die prys nie toe te ken nie indien die artikels wat ontvang is, na sy mening toekenning nie regverdig nie. Verskeie bydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word.*

# Die Wet op Deeltitels in die lig van ons gemeenregtelike saak- en eiendomsbegrip\*

CG van der Merwe

*Universiteit van Suid-Afrika*

## I INLEIDING

Die Wet op Deeltitels, wat op 10 Junie 1971 deur die Suid-Afrikaanse wetgewer goedgekeur is en op 31 Maart 1973 in werking getree het, is die mees resente wetgewing in die wêreld op die gebied van *condominium* of deeleiendom.<sup>1</sup> Deur die wet word vir die eerste keer in Suid-Afrika die moontlikheid geskep dat eiendom van 'n gedeelte van 'n gebou (wat as woonstel of sakelokaal kan dien) verkry kan word.<sup>2</sup> Sodanige moontlikheid bestaan reeds 'n geruime tyd ingevolge Europese, Anglo-Amerikaanse en Suid-Amerikaanse regstelsels.<sup>3</sup> Hierdie instelling, absoluut nuut in Suid-Afrika, gee nie slegs aanleiding tot nuwe sosiologiese en ekonomiese studies nie, maar is ook by uitnemendheid vatbaar vir juridiese navorsing. Die

---

\*Rede gelewer by die formele aanvaarding van 'n professoraat in die privaatreë aan die Universiteit van Suid-Afrika op 7 Maart 1974.

Die skrywer wil van hierdie geleentheid gebruik maak om die *Alexander von Humboldt-Stiftung* te bedank vir geldelike en morele bystand verleen by hierdie navorsingsprojek, asook professor F Baur van die Regsakademie, Universiteit Tübingen, met wie waardevolle samesprekings oor die onderwerp gevoer is.

<sup>1</sup>Mi is "deeleiendom" die mees aanvaarbare Afrikaanse woord vir die instelling van *condominium* mits in gedagte gehou word dat "deeleiendom" eintlik eiendom in 'n "eenheid" dws 'n "deel" en sy meegaande aandeel in die grond en die gemeenskaplike eiendom beteken. In verband met die vraagstuk van terminologie vergelyk: Cowen "The South African Sectional Titles Act in historical perspective: an analysis and evaluation" 1973 *CILSA* 14-17; Bärmann *Kommentar zum WEG* 1958 80 e.v.; Versteeg "Eigendom van Appartementen" 25 *De Naamlose Vennootskap* 113 114.

<sup>2</sup>Anders as in die geval van die Duitse en Switserse wetgewing wat 'n vroeëre vorm van deeleiendom naamlik *Stockwerkseigentum* geken het, is die instelling van deeleiendom heeltemal nuut in Suid-Afrika.

<sup>3</sup>Sien Weitnauer-Wirths *Wohnungseigentumsgesetz* 1972 vir 'n alfabetiese lys van bestaande wetgewing oor *condominium*. Die vorige mees resente wetgewing op hierdie gebied is die Switserse *Bundesgesetz über die Änderung des 4. Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkseigentum)* van 19 Desember 1963. Weitnauer-Wirths verwys nie na die Nieu-Suid-Walliese *The Conveyancing (Strata Titles) Act* 17 van 1961 nie. Laasgenoemde wetgewing word as direkte voorganger van die Suid-Afrikaanse wet beskou. Die instelling van *condominium* is natuurlik reeds eeue bekend. Ou regsbronne uit Babilonië, Sirië, Egipte, Griekeland en Klein-Asië maak reeds daarvan melding. Sien Bärmann 3 e.v.; Wenger "Zum Wohn- und Wirtschaftsrecht in den Papyri" *Festschrift Bekker* 1907 73 e.v.

doel van hierdie rede is om die dogmatiese struktuur van deeleiendom ingevolge die Wet op Deeltitels te ondersoek in die lig van die aanvaarde saak- en eiendomsbegrip van die Suid-Afrikaanse reg.<sup>4 5</sup>

In die eerste afdeling sal die vraag behandel word in hoever 'n "eenheid" ingevolge die Wet op Deeltitels by ons aanvaarde siening van 'n selfstandige saak aangepas kan word. In die tweede afdeling sal nagegaan word of die "eiendom" wat 'n deeleienaar ten opsigte van sy deel en die gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet verkry, by ons aanvaarde vorme van individuele en gemeenskaplike eiendom, veral mede-eiendom, ingeorden kan word. Die doel van die laaste afdeling is om die dogmatiese verband tussen die elemente van 'n "eenheid" ingevolge die wet, naamlik 'n "deel" en 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom, vas te stel.

Die indruk mag gewek word dat hierdie ondersoek van suiwer teoretiese aard en belang is. In die loop van die rede sal hopenlik duidelik word dat 'n konsekwente uitleg van die wet onmoontlik sou wees as geen duidelikheid oor die dogmatiese grondslae daarvan bestaan nie. Hierdie ondersoek behoort dus ook daartoe by te dra dat die praktiese toepassing van die wet vergemaklik word.

## II DIE SAAKBEGRIP

Die eerste probleem in verband met die Wet op Deeltitels is dat die nuwe entiteit wat dit skep oënskynlik nie onder die aanvaarde omskrywing van 'n saak tuisgebring kan word nie. 'n Saak word gewoonlik omskryf as 'n selfstandige deel van die stoflike natuur wat vir die juridiese beskikking van die mens vatbaar is en vir hom van nut en waarde is.<sup>6</sup> Die nuwe entiteit

<sup>4</sup>In verband met die dogmatiek van die instelling van deeleiendom sien in die algemeen die volgende: Cowen 8 ev 17 ev; Dulckeit *Die Verdinglichung obligatorischer Rechten* 1951 70 ev; Börner "Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des Bürgerlichen Rechtes" *Festschrift Hans Dölle* I 201 ev; Huber "Teilung des Eigentums nach schweizerischem Privatrecht" *Abhandlungen zum schweizerischen Recht* LVII 1 ev; Liver "Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkseigentums" *Gedächtnisschrift Ludwig Marxer* 143 ev; Helmers *Das Wohnungseigentum im Lichte des Sach- und Eigentumsbegriffes* Göttingen 1956; Seifert *Die Rechtsnatur des Wohnungseigentums* Tübingen 1954; Wesenberg "Der Inhalt des Wohnungseigentums" 1951 *DRZ* 123; Hegelau *Das Wohnungseigentum und die Lehre vom wesentlichen Bestandteil* Tübingen 1954; Weitnauer "Das Wohnungseigentumsgesetz" 1951 *JZ* 161; Tierkötter *Die rechtliche Charakter der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und der Vereinigung zur Begründung von Wohnungseigentum* Munster 1963; Riedel "Miteigentum und Wohnungseigentum" 1951 *JZ* 625; Paulick "Zur Dogmatik des Wohnungseigentums nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 15. März 1951" 1952 *AcP* 420 ev; Bärmann "Zur Dogmatik des gemeinen Raumeigentums" 1956 155 *AcP* 1 ev; Beekhuis "Horizontale Eigendom" 1940 *Correspondentieblad van de Broederschap der Candidaat Notarissen* 177 ev en "De nieuwe Wet op de Appartementen" 1952 *WPNR* nr 4230 73 ev; Jansen "Eigendomsverwerving van verdiepingen en vertrekken" 1940 *WPNR* nr 3677 270 ev; Spyridakis *Zur Problematik der Sachbestandteile* 1966 99-100.

<sup>5</sup>Die Wet op Deeltitels sanksioneer verder 'n nuwe, vereenvoudigde vorm van registrasie van onroerende eiendom. Sien Cowen 13-14. Dit bevat ook verenigingsregtelike bepalinge ivm die gemeenskap van deeleienaars. Hierdie aspekte val buite die omvang van hierdie rede.

<sup>6</sup>Bostaande omskrywing van 'n saak is die sogenaamde enger omskrywing van 'n saak omdat dit nie onliggaamlike sake (*res incorporales*) insluit nie. Sien Asser *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht II Zakenrecht (Beekhuis) Algemeen*



wat geskep word, word 'n "eenheid" (*unit*) genoem en bestaan uit 'n "deel" (*section*) wat 'n woonstel of sakelokaal kan wees saam met 'n onverdeelde aandeel in die grond en gemeenskaplike dele van die gebou soos die voorportaal, gange en hysers.<sup>7</sup> Hierdie nuwe samegestelde saak voldoen wel aan die vereiste van stoflikheid<sup>8</sup> en het ongetwyfeld nut en waarde. Die kernvraag is egter of hierdie entiteit voldoende afgesonder is om 'n selfstandige voorwerp van juridiese heerskappy te vorm.

In wese het ons hier met die probleem van afbakening van onroerende sake te doen.<sup>9</sup> Van huis uit is die afbakening van onroerende sake kunsmatig omdat hulle nie 'n selfstandige bestaan voer soos die meeste roerende sake nie, maar 'n deel van 'n groter fisiese geheel naamlik die aardbol vorm. Die enigste vorm van afbakening van onroerende sake wat tot voor die Wet op Deeltitels toegelaat is, was vertikale afbakening ingevolge waarvan grond in verskillende vertikale stroke soos 'n plaas of 'n erf opgedeel is. Horisontale of eerder kubieke afbakening soos in geval van die Wet op Deeltitels ingevolge waarvan 'n woonstel of 'n sakelokaal in 'n gebou 'n selfstandige saak afgesonder van die grond en die res van die gebou vorm, is nooit toegelaat nie. Die rede hiervoor is dat die Romeinsregtelike stelreël *superficies solo cedit*,<sup>10</sup> wat in die Romeins-Hollandse en Suid-Afrikaanse reg oorge-

*Deel 1957 29.* Vgl Grotius 2 1 3, Voet 1 8 11 en Maasdorp *Institutes of the South African Law II The Law of Property* 1971 1. Maasdorp 1: "The term property (*res*) is applied in law to everything which can be the object of a right, that is, everything with respect to which one person may be entitled to a right and another person subject to a duty". Behalwe dat Maasdorp se omskrywing ook onliggaamlike sake insluit, word die kenmerk van selfstandigheid en van nut en waarde nie voldoende deur hom beklemtoon nie.

<sup>7</sup>Sien a 1 onder "eenheid".

<sup>8</sup>Uit a 6(e) blyk dat 'n deel altyd uit stoflike dele van 'n gebou bestaan. Slegs in gevalle waar ingeslote lugruimtes as die voorwerp van deeleindom beskou word, word probleme omtrent die liggaamlikheid van 'n deel ondervind. Sien Diester *Wohnungseigentumsgesetz* 1952 140 e v; Helmers 26 e v; Beekhuis "De nieuwe wet . . ." 75. Die vereiste van stoflikheid is makliker om te bewys in die geval van 'n "deel" as in die geval van elektrisiteit.

<sup>9</sup>Volgens a 3(2) word 'n "eenheid" vir alle doeleindes geag grond en stedelike vaste eiendom te wees.

<sup>10</sup>*D* 41 1 7 10; *D* 43 18 2; *D* 44 7 44 1; *D* 46 3 98 8; *D* 9 2 50; *Gai* 1 73; *I* 2 1 33. Vir die mees resente bespreking van hierdie reël sien Schmidlin *Die römischen Rechtsregeln* 1970 87 en Meincke "Superficies solo cedit" 1971 88 *SZ* 136. Sien verder Biermann "Superficies solo cedit" 1895 34 *JhJb* 169; Zaun "Über das Princip des einheitlichen Eigenthums an Boden, Gebäude und deren einzelnen Theilen" 43 *AcP* 211 e v 300 e v. Hoewel voldoende gesag daarvoor bestaan dat daar uitsonderings op die stelreël in voor-klassieke tye bestaan het in die geval van *aquaeductus* (Kaser "Natürliche Eigentumsverwerbsarten im altrömischen Recht" 1947 65 *SZ* 219 239) en die plaashuise van kleinboere (Kaser *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* 1943 28 en Niebuhr *Römische Rechtsgeschichte* 399) en hoewel Levy (*West-Roman Vulgar Law* I 53 e v) bewys het dat die Westerse Vulgaatreg bepaal het dat waar 'n persoon met sy eie materiaal 'n gebou op 'n vreemde se grond met toestemming van laasgenoemde opgerig het, die bouer eienaar van sy materiaal gebly het, is die algemene opvatting dat die stelreël *superficies solo cedit* sonder uitsondering in die klassieke Romeinse reg geval het. Slegs een teks naamlik *D* 43 3 17 3 7 kan uitgelê word asof verskillende persone eienaars van die grond en verdiepings in 'n gebou wat daarop opgerig is, kan wees. Die meeste Romaniste meen egter dat hierdie teks anders uitgelê moet word. Sien Meincke 162. Om in die praktiese behoefte aan huisvesting te voorsien, is van die regsinstellings *habitatio* en *superficies* gebruik gemaak.

neem is, sodanige verdeling verbied. Ingevolge hierdie reël vorm plante of geboue wat organies of meganies met die grond verbind is deel van die grond. Die grond is die hoofsaak en die geboue of plante daarop die bestanddele daarvan. Ingevolge hierdie reël kan 'n gebou of dele van 'n gebou nooit 'n afsonderlike saak in juridiese sin vorm nie.

Die grondslag van die stelreël *superficies solo cedit* is in die klassieke Romeinse reg beïnvloed deur Stoïsynse opvattinge aangaande fisieke eenhede.<sup>11</sup> Ingevolge hierdie natuurregtelike standpunt, wat ook die Romeinse juriste beïnvloed het, het sekere eenhede soos natuurprodukte en sekere vaste verbindings wat deur sweising (*ferruminatio*) en plant en saai (*plantatio et satio*) ontstaan het, elk slegs één gees of siel gehad en sou dit onbehoorlik (dws teen die reëls van die natuurreg) wees om sodanige eenheid te probeer skei of om dit te verbreek.<sup>12</sup> Hierdie opvatting is ook toegepas op 'n verbinding wat deur bebouing (*inaedificatio*) ontstaan het, soos waar 'n gebou op grond opgerig is. Hoewel die eienaar van die boumateriaal nog steeds as sogenaamde sluimerende eienaar (*dominus dormiens*) van die boumateriaal beskou is, is die verbinding tussen boumateriaal en die grond as onskeibaar beskou solank as die gebou bestaan het.<sup>13</sup> Die boumateriaal het sy eie bestaan in die bestaan van die verbinding verloor.

In die Europese gemene reg en veral die Pandektereg het 'n nuwe leer, geskoei op die stelreël *superficies solo cedit*, ontwikkel wat in die moderne Duitse reg bekend staan as die *Bestandteilslehre*.<sup>14</sup> Ingevolge hierdie leer is sekere voorwerpe nie selfstandige sake nie maar vorm hulle slegs bestanddele van 'n ander saak wat as hoofsaak beskou word. Slegs as bestanddeel van die hoofsaak het so 'n voorwerp sowel ekonomiese as juridiese betekenis. Toegepas op die onderhawige geval word die grond en gebou wat daarop opgerig is volgens die "bestanddeelsleer" as eenheid beskou met die grond as hoofsaak en die gebou as wesenlike bestanddeel daarvan. Hoewel die Pandektiste vir hul opvatting op Romeinsregtelike tekste steun, toon die "bestanddeelsleer" 'n tweeledige verandering van die Romeinsregtelike posisie. Ten eerste word die beginsel verwerp dat die eienaar van die boumateriaal *dominus dormiens* van die boumateriaal bly. Deur die oprigting van die gebou vind 'n eiendomsverskuiwing vanaf die eienaar van die boumateriaal na die grondeienaar plaas. Ten tweede word die onskeibaarheid van 'n fisieke eenheid voortaan nie meer geregverdig aan die hand van die Stoïsynse opvatting dat dit onbehoorlik sou wees om so 'n eenheid te skei

<sup>11</sup>Göppert *Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischen Recht* 1871 73; Kreller *Römische Rechtsgeschichte* 105; Sokolowski *Philosophie im Privatrecht* 1902 I 111 ev; Schnorr von Carolsfeld *Geschichte der juristischen Person* 1909 177 ev; Kaser *Römische Privatrecht* 1971 I 382; Hegelau 65.

<sup>12</sup>Die Romeinsregtelike tekste waarop gesteun word, is die volgende: *D* 6 1 23 5; *D* 6 1 53 en *D* 41 1 27 2.

<sup>13</sup>Sien o.a. *Lex duodecim tabularum* 6 7 en *Gai* 2 73.

<sup>14</sup>Die Pandektiste aanvaar die stelreël *superficies solo cedit* en die Romeinsregtelike eenheidsleer. Sien Windscheid *Pandektenrecht* 1891 I § 223; Savigny *Das Recht des Besitzes* 1865 264. Sien verder Hegelau 105. Die "bestanddeelsleer" wat ook betrekking het op die verbinding van roerende sake is vir die eerste keer by name genoem in kommentare op die Duitse *BGB*.

nie, maar aan die hand van die doelmatigheidsoorweging dat dit onekonomies sou wees om sodanige verbinding te verbreek.<sup>15</sup>

Toegepas op die verbinding tussen 'n gebou en 'n grondstuk beteken die "bestanddeelsleer" dat die gebou altyd as bestanddeel van die grond beskou word en dat dit *a priori* ondoelmatig is om die gebou of dele van die gebou as objek van afsonderlike eiendomsregte te beskou omdat sodanige standpunt noodwendig tot die onekonomiese verbrekking van die verbinding tussen die gebou en die grond sou lei. Om hierdie rede is die "bestanddeelsleer" die belangrikste struikelblok vir die dogmatiese inordening van die bepalinge van die Wet op Deeltitels by ons begrip van 'n selfstandige saak. De Wet en Tatham<sup>16</sup> stel hierdie dilemma soos volg: "In wese het die wetgewer die onmoontlike probeer bewerkstellig naamlik om 'n ding wat van huis uit ondeelbaar is te verdeel."

Na my mening is die "bestanddeelsleer" in hierdie vorm te star om in moderne lewensbehoefes te voorsien.<sup>17</sup> Toegepas op die instelling van deeleiendom ingevolge die Wet op Deeltitels lei die leer tot soveel onlogiese resultate dat dit myns insiens glad nie in hierdie besondere geval toepassing behoort te vind nie. Ter staving van hierdie standpunt kan die volgende twee argumente aangevoer word.

Ten eerste kan daarop gewys word dat in die Suid-Afrikaanse reg reeds uitsonderings bestaan op die reël dat 'n gebou altyd deel word van die grond waarop dit opgerig is.<sup>18</sup> Volgens ons reg word volgens drie toetse bepaal of 'n gebou wat met die grond verbind is wel deel van die grond vorm, naamlik (i) die aard en doel van die gebou, (ii) die graad van aanhegting en (iii) die bedoeling waarmee die aanhegting gemaak is.<sup>19</sup> In die Romeinse en Romeins-Hollandse reg was die aard en doel van die gebou en die graad van aanhegting die belangrikste toetse.<sup>20</sup> In die Suid-Afrikaanse reg is die bedoeling waarmee die aanhegting gemaak word deurslaggewend in gevalle waar die graad van die aanhegting nie rigtinggewend is nie. In sodanige gevalle vorm die gebou nie deel van die grond indien dit nie die bedoeling van die eienaar van die boumateriaal was nie.<sup>21</sup> 'n Verdere

<sup>15</sup>Kreller 160; Winscheid §§ 188 en 189; Zaun 215; Savigny 264; Biermann 174; Heilborn 38; Cowen 23; Sien verder Hegelau 78. Hierdie besondere behandeling van 'n gebou spruit heel waarskynlik voort uit die feit dat die oprigting van 'n gebou as 'n besondere tegniese prestasie beskou is en dat die woonhuis in een van die elementêre menslike behoeftes voorsien het. (Sien Hegelau 97 e.v.) Zaun 217 e.v. meen dat 'n verdere rede waarom nie afsonderlike eiendomsreg aan dele van geboue erken is nie, is dat sodanige erkenning 'n skadelike uitwerking op die handel en kredietwese kon hê.

<sup>16</sup>"Die Wet op Deeltitels" 1972 *De Rebus Procuratoriis* 209.

<sup>17</sup>Sien ook Börner 205 e.v.

<sup>18</sup>Sien Beekhuis "Horizontale Eigendom" 177 193 e.v. vir uitsonderings op die stelreël wat ingevolge die moderne Nederlandse reg bestaan.

<sup>19</sup>*Olivier v Haarhoff* 1906 TS 500; *MacDonald Ltd v Radin* 1915 AD 454. Sien ook CP Joubert "Aanhegtings: roerend of onroerend?" 1956 *THRHR* 235 e.v.

<sup>20</sup>Sien o.a. Voet 41 1 24.

<sup>21</sup>*MacDonald Ltd v Radin*; *Van Wezel v van Wezel's Trustee* 1924 AD 409; *Standard Vacuum Refining Co v Durban City Council* 1961 2 SA 699 (A); *Caltex Ltd v Director of Valuations* 1961 1 SA 525 (A).



uitsondering op die stelreël *superficies solo cedit* geld in gevalle waar 'n *bona fide*-besitter of 'n huurder gebou op die grond van iemand anders oprig. In beginsel word die grondeienaar wel as eienaar van die gebou beskou, maar die *bona fide*-besitter of huurder is steeds eienaar van die boumateriaal. Aan hulle kom 'n reg van verwydering toe (*ius tollendi*) solank as hulle die grond okkupeer.<sup>22</sup> Nog 'n uitsondering geld in die geval waar publieke installasies soos spoorlyne of kragtoevoerinstallasies op grond opeerig word. Hierdie installasies, hoewel stewig met die grond verbind, vorm nooit deel van die grond nie.<sup>23</sup> 'n Laaste uitsondering op die stelreël *superficies solo cedit* wat reeds in die Romeinse reg gegeld het, is die geval waar 'n persoon 'n gedeelte van sy gebou oor die grenslyn van sy buurman bou. In hierdie geval word uit billikheidsoorwegings bepaal dat hoewel die gedeelte van die gebou wat die grens oorskry in werklikheid die buurman toekom, die eienaar van die gebou ook eienaar van hierdie gedeelte word en slegs aanspreeklik is om vergoeding te betaal.<sup>24</sup>

Al bogenoemde uitsonderings op die stelreël *superficies solo cedit* kan op grond van ekonomiese en doelmatigheidsoorwegings regverdig word. Hierdie uitsonderings bewys dat die stelreël en die "bestanddeelsleer" nie 'n logiese beginsel is wat sonder om enige uitsondering toe te laat, dwingend gehandhaaf móét word nie.<sup>25</sup>

Ten tweede is die "bestanddeelsleer", indien toegepas op die instelling van deeleiendom ingevolge die Wet op Deeltitels, vol teenstrydighede. Die verbinding tussen gebou en grond word as net so onlosmaaklik as 'n fisiese eenheid in Stoïsynse sin beskou, maar die behoud van die eenheid word nie op die fisiese gesteldheid van die verbinding nie, dog op ekonomiese gronde verdedig. Hiervolgens vind die gebou slegs sy ekonomiese doel in die verbinding met die grond en sal die verlening van afsonderlike eiendomsregte ten opsigte van die gebou of dele van die gebou *a priori* tot waardevermindering en selfs tot vernietiging van die verbinding van gebou en grond bydra. Toegepas op die instelling van deeleiendom ingevolge die Wet op Deeltitels, hou hierdie redenasie eenvoudig nie steek nie. Deur normale uitoefening van bevoegdhede deur deeleienaars word die eenheid van gebou en grond nie vernietig nie, maar intendeel op 'n meer ekonomiese wyse benut.<sup>26</sup> Dele van die gebou wat vir die behoud en veiligheid van die gebou belangrik is, is die gemeenskaplike eiendom van die woonstel-

<sup>22</sup>Sien o.a. *De Beers Consolidated Mines v London and South African Exploration Co* 10 SC 359; *Stupart v Cross* 22 SC 538. Net soos in die Romeinse reg bly die eienaar van die boumateriaal *dominus dormiens* daarvan en kan hy sy *ius tollendi* ten opsigte daarvan uitoefen. Die grondeienaar word egter eienaar van die gebou.

<sup>23</sup>Die uitsondering op die stelreël is in hierdie geval gebaseer op ter sake wetgewing.

<sup>24</sup>Volgens *D 8 5 17 pr* mag die uitbouing nie meer as 'n halwe voet wees nie. Sien ook Grotius 2 36 5; *Cape Town Municipality v Fletcher and Cartwrights Ltd* 1936 CPD 347; *Naudé v Bredenkamp* 1956 2 SA 448 (O) en Scholtens "Encroachment: Damages instead of removal?" 1957 74 *SALJ* 84.

<sup>25</sup>Börner 205; Hurst " 'Mit-Sondereigentum' und 'abgesondertes Miteigentum', noch ungelöste Probleme des Wohnungseigentumsgesetz?" 1968 *DNotZ* 131 143 e.v.; *Motive zum Bundesgesetzbuch* III 143; Wieacker "Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung" 148 *AcP* 57 75; Paulick 426.

<sup>26</sup>Hegelau 112 e.v.



eienaars en kan nie deur afsonderlike deeleienaars na geliewe gebruik word nie.<sup>27</sup> Die eenheid word ten spyte van die bestaan van afsonderlike eiendom ten opsigte van bepaalde dele van die gebou gehandhaaf.

Soos reeds gestel, is die afbakening van onroerende sake kunsmatig omdat hulle nie 'n selfstandige bestaan voer soos die meeste roerende sake<sup>28</sup> nie, maar 'n deel van 'n groter fisieke geheel naamlik die aardbol vorm. As gevolg van die stelreël *superficies solo cedit* en die verwerking daarvan in die "bestanddeelsleer" het die afbakening van grond tot dusver slegs die vorm van vertikale verdeling aangeneem.<sup>29</sup> Hoewel dit na my mening raadzaam is om fisieke eenhede sover as moontlik te behou, behoort die wetgewer myns insiens nie te huiwer om nuwe entiteite te skep wat wenslik, doelmatig en ekonomies regverdigbaar is nie.<sup>30</sup> In die lig van hierdie oorweging staan dit die wetgewer vry om dele van die aardoppervlakte of dele van 'n gebou af te sonder en sodoende 'n splinternuwe saak af te baken. Voor hierdie afbakening was die afgesonderde deel slegs bestanddeel van 'n groter eenheid; daarna vorm dit 'n selfstandige saak. Kortom, presies dieselfde oorwegings wat in die vroeë Romeinse reg daartoe aanleiding gegee het dat aparte grondstukke as selfstandige sake afgebaken is, speel vandag weer 'n rol om 'n eenheid ingevolge die Wet op Deeltitels as 'n selfstandige saak af te baken.<sup>31</sup>

Om in ekonomiese en sosiale behoeftes in verband met huisvesting te voorsien, ignoreer die wetgewer in die Wet op Deeltitels geykte regsdogmatiek en stelreëls en skep hy 'n splinternuwe samegestelde selfstandige saak wat nie noodwendig 'n duidelik waarneembare fisieke geheel vorm nie.<sup>32</sup> Hierdie saakafbakening is tot 'n groot mate op doelmatigheidsoorwegings gebaseer wat myns insiens heeltemal aanvaarbaar is op die gebied van die sakereg wat tot 'n groot mate eties indifferent is.

<sup>27</sup>ingevolge a 6(2)(e). Sien ook Hegelau 12.

<sup>28</sup>'n Uitsondering in hierdie geval is 'n swerm bye wat vanaf die Romeinse reg slegs as swerm as saak beskou is.

<sup>29</sup>Sien Börner 203 e.v. Hy toon aan dat die reg selfs in gevalle van vertikale afbakening entiteite geskep het wat nie ooreengestem het met natuurlike beskouings van 'n eenheid nie. 'n Voorbeeld hiervan is die geval waar 'n eiland in die middel van 'n rivier ontstaan het en die oewerplase *agri non limitati* was. In plaas daarvan dat die eiland as selfstandige saak beskou is, het dit die gemeenskaplike eiendom van die oewereienaars geword. As grense het die middel van die rivier en loodregte lyne vanaf die oewergrensbakens na die middel van die rivier gegeld. Sien I 2 1 22; D 41 1 7 3; D 41 1 29. Vgl ook *Gai* 2 72. 'n Verdere voorbeeld is dié van aanspoeling by oewerplase wat *agri limitati* was. In die Romeinse reg het hierdie smal strokie grond nie aan die oewereienaars toegeval nie, maar is dit as selfstandige eenheid beskou wat die *ager limitatus* van die rivieroewer geskei het, (D 41 1 16) in plaas daarvan dat dit aan die oewereienaar deur *accessio* toegeval het. Onder invloed van die Germaanse reg is die stelsel van vertikale verdeling nog verder by ons ingeburger omdat elke aparte grondstuk volgens ons registrasiestelsel as afsonderlike eenheid in die grondregister opgeteken word.

<sup>30</sup>Sien ook Börner 211.

<sup>31</sup>Sien Windscheid § 142; Grotius *De iure belli ac pacis* 2 2 5: *ex agrorum divisione existitisse novi cuiusdam iuris originem*; D 50 16 25 1; D 8 4 6 1: *Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus*. Vgl D 41 2 26 en 43 pr.

<sup>32</sup>Paulick 422 427.

Die samegestelde saak wat die wetgewer skep, bestaan uit 'n deel (wat 'n woonstel of sakeperseel kan wees) en 'n onverdeelde aandeel in die grond en gemeenskaplike dele van die gebou. In die laaste afdeling word die verband tussen die twee elemente van hierdie nuwe entiteit of eenheid bespreek.

### III DIE EIENDOMSBEGRIP

#### A Inleiding

Die betekenis van die Wet op Deeltitels bestaan nie slegs daarin dat 'n nuwe selfstandige saak deur die wetgewer geskep word nie, maar ook dat hierdeur die moontlikheid geskep word dat afsonderlike eiendomsreg oor hierdie eenheid verkry word. Ingevolge die wet verkry die deeleienaar eiendom van sy deel terwyl hy gemeenskaplike eiendom ten opsigte van die grond en die gemeenskaplike dele van die gebou verkry.

Ek sal dus nou eerstens vasstel of die "eiendom" wat 'n deeleienaar ten aansien van sy deel verkry, egte eiendom is. Daarna sal ek nagaan in hoever gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet by ons erkende vorme van gemeenskaplike eiendom, in besonder by ons instelling van mede-eiendom (*co-dominium*), ingepas kan word.

#### B Eiendom van 'n deel

Die uitgangspunt van die Wet op Deeltitels is dat 'n deeleienaar eienaar<sup>33</sup> is van sy deel, dit wil sê sy woonstel of sakelokaal. In beginsel beteken dit dat die deeleienaar volle eienaarsbevoegdhede ten opsigte van die woonstel of sakelokaal verkry. Deur verskeie spesifieke bepalinge van die wet word die gebruiks- en beskikkingsbevoegdhede van die deeleienaar tot so 'n groot mate aan bande gelê dat die vraag ontstaan of "eiendom" van die deeleienaar werklik eiendom in die ware sin van die woord is.

Die gebruiksbevoegdhede van die deeleienaar word op die volgende maniere beperk:

Ten eerste moet hy duld dat sy deel enige redelike tyd vir inspeksie en maatreëls tot behoud van gemeenskaplike installasies betree word.<sup>34</sup>

Ten tweede rus daar 'n positiewe plig op die eienaar om sy deel in goeie toestand te hou: hy mag dit nie laat verval nie.<sup>35</sup>

Ten derde mag die eienaar nie sy deel op sodanige manier gebruik of toelaat dat dit op sodanige manier gebruik word dat die gebruik 'n oorlas vir enige bewoner van 'n ander deel inhou nie,<sup>36</sup> of dat die goeie naam van die gebou geskaad word nie,<sup>37</sup> of dat die versekeringspremie

<sup>33</sup>Die enigste omskrywing van "eienaar" is in a 1. Die Suid-Afrikaanse Wet op Deeltitels omskryf nie die bevoegdhede van 'n eienaar soos die Duitse *Wohnungseigentumsgesetz* nie.

<sup>34</sup>32(a).

<sup>35</sup>32(c).

<sup>36</sup>32(e).

<sup>37</sup>a 1(a) van Bylae 2.

betaalbaar ten opsigte van die gebou deur sodanige gebruik verhoog word nie.<sup>38</sup>

Ten vierde mag die deeleienaar geen dier in sy deel aanhou nadat kennisgewing in dier voege deur die trustees aan hom gegee is nie.<sup>39</sup>

Ten vyfde mag die deel nie vir 'n ander doel gebruik word as die doel wat uitdruklik of stilswyend by registrasie voorsien is nie.<sup>40</sup>

Ten slotte kan verdere beperkings op die gebruiksbevoegdheid van die deeleienaar deur spesiale besluit van die vergadering van deeleienaars<sup>41</sup> of ingevolge voorwaardes mbt die deeleiendom deur die ontwikkelaar opgelê word.<sup>42</sup>

Nie slegs die gebruiksbevoegdheid van die deeleienaar nie, maar ook sy beskikkingsbevoegdheid word deur die bepaling van die wet aan bande gelê. Ten eerste mag 'n deeleienaar sy deel vervreem slegs indien alle skulde aan die regspersoon, die liggaam gevorm deur alle deeleienaars, betaal is<sup>43</sup> en geen interdikte of ander toepaslike kennisgewings op hom bestel is nie.<sup>44</sup> Ten tweede moet die deeleienaar die regspersoon dadelik in kennis stel van enige vervreemding van die deeleiendom en enige verband op of enige ander regshandeling mbt die deeleiendom.<sup>45</sup> Ten slotte kan geen deel in beginsel vervreem word afsonderlik van die meegaande aandeel in die gemeenskaplike eiendom nie.<sup>46</sup>

Bogenoemde beperkings op die vrye gebruiks- en beskikkingsbevoegdheid van die deeleienaar is in stryd met die absolute eiendomsbegrip ingevolge waarvan 'n eienaar die mees omvattende bevoegdheid ten opsigte van 'n saak het. Uitgaande van hierdie eiendomsbegrip meen De Wet en Tatham<sup>47</sup> dat die deeleienaar nie eiendom nie, maar slegs 'n "newelagtige iets" ten opsigte van die deel ingevolge die wetbepalings verkry. Na my mening is hierdie standpunt in die lig van die ontwikkeling wat die eiendomsbegrip veral in die moderne tyd ondergaan het, nie geldig vir die Suid-Afrikaanse reg nie.

Die eiendomsbegrip van die Suid-Afrikaanse reg is afkomstig uit die Romeinsregtelike instelling van *dominium*. In die klassieke Romeinse reg is *dominium* beskou as die mees omvattende heerskappy oor 'n saak en is *dominium* skerp onderskei van *iura in re aliena*, wat slegs beperkte heerskappybevoegdheid ten opsigte van 'n saak verskaf het.<sup>48</sup>

<sup>38</sup>a 1(d) van Bylae 2.

<sup>39</sup>a 1(c) van Bylae 2.

<sup>40</sup>a 2 van Bylae 2. Laasgenoemde drie beperkings is opsioneel, aangesien die reëls nie noodwendig ten opsigte van elke deeleiendom geld nie.

<sup>41</sup>a 27(2)(a)(ii).

<sup>42</sup>a 5(3)(f).

<sup>43</sup>a 11(4)(b).

<sup>44</sup>a 11(4)(d). Sien ook a 11(4)(f).

<sup>45</sup>a 32(f).

<sup>46</sup>a 12(3). Hierdie bepaling is onderworpe aan a 13 en a 16.

<sup>47</sup>205.

<sup>48</sup>Kreller 187; Kaser *Römisches Privatrecht* 1971 I 400 e v; Wieacker *Vom römischen Recht* 1961 189 e v. Die vroeëre Romeinse reg het wel sg "gedeelde eiendom" geken in die vorm van "sterkere" en "swakke" besittingsre. Sien Kaser *Eigentum und Besitz* 1943



In die 18e eeu word die instelling van *dominium* deur die voorstanders van die natuurregslêer en die Franse Revolusie aangegryp om hul doelstellings te bevorder onder andere om individuele eiendom los te maak van alle beperkings wat as gevolg van die leenstelsel daaraan opgelê is.<sup>49</sup> Die Romeinse eiendomsbegrip en die liberalistiese ideologie van hierdie tyd word op hierdie manier verbind in die nuwe instelling van absolute of heilige privaateiendom, 'n instelling wat die omvattendheid van die Romeins-regtelike *dominium* nog verder verskerp. Eiendom word nou die absolute, onbeperkte en ondeelbare reg van heerskappy oor 'n saak: 'n heerskappy wat vry is van alle beperkings, veral dié van owerheidsweë opgelê.<sup>50</sup>

Hierdie eiendomsleer is ook deur die Romeins-Hollandse skrywers<sup>51</sup> en die Pandektiste<sup>52</sup> oorgeneem. So omskryf Winscheid<sup>53</sup> eiendom as "seinem Wesen nach unbeschränkt", terwyl von Savigny eiendom as "ausschliessliche oder der Idee nach unbeschränkte Herrschaft"<sup>54</sup> beskou. In die lig van hierdie eiendomsbegrip is alle beperkings op eiendom, of dit van buregtelike of publiekregtelike aard is, in botsing met die eiendomsbegrip.

Sosiale veranderings as uitloeisels van die Industriële Revolusie, die opkoms van die arbeidersklasse en die verwoesting wat met die twee wêreldoorloë gepaard gegaan het, het egter nie slegs in Europa nie maar ook in Suid-Afrika 'n invloed op die absolute, individualistiese eiendomsbegrip uitgeoefen.<sup>55</sup> In plaas van die idee van absolute, ongebonde eiendom het die gesigspunt begin veld wen dat eiendom gebonde is en in diens van die gemeenskap benut moet word.<sup>56</sup> Die talryke privaatregtelike en publiekregtelike beperkings wat in die jongste tyd in belang van die gemeenskap aan eiendom en veral aan grondeiendom opgelê word, moet dus nie as onverenigbaar met die eiendomsbegrip beskou word nie, maar as omstandighede wat die omvang en inhoud van eiendom in 'n konkrete geval bepaal. Die inhoud van eiendom moet nie meer as 'n onveranderlike, abstrakte gegewe gesien word nie, maar eerder as 'n dinamiese gegewe wat wissel nie

1 16. Die "sterkere" besittingsregte word later saamgevat in die instelling van *dominium* terwyl die "swakkere" besittingsregte tot *iura in re aliena* afgewater is. In die vroeë Romeinse reg is selfs individuele eiendomsreg tot die ouere serwitute soos die reg van weg en die reg van waterleiding erken. Sien Kaser *Festschrift Koschaker* I 446.

<sup>49</sup>Die Germaanse eiendomsbegrip het eiendom wat funksioneel verdeel was aan 'n saak en sy dele toegelaat. Sien Gierke *Deutsches Privatrecht* II 40. 'n Tipiese voorbeeld hiervan is die Germaanse instelling van *Stockwerkeigentum*.

<sup>50</sup>Sien Wieacker 187 e.v.; Seifert 88 e.v.

<sup>51</sup>Sien o.a. Voet 6 1 1; Grotius 2 3 10; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 2 13 1; Van der Linden *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* 1 7 1.

<sup>52</sup>Sien Hedemann *Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert* 1935 II 108 116; Wieacker 34 *DJZ* 1446.

<sup>53</sup>I § 167.

<sup>54</sup>*System des heutigen römischen Rechts* I 367. Sien ook Dernburg *Pandekten* I 435 e.v.

<sup>55</sup>Helmens 75 e.v.

<sup>56</sup>Sien o.a. 14 II van die grondwet van die *Bundesrepublik Deutschland: Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.*



alleen volgens die aard van die eiendomsobjek nie maar ook volgens die omvang van die beperkings wat in belang van die gemeenskap aan die betrokke eiendom gestel word.<sup>57</sup>

Slegs in die lig van die voorgaande uiteensetting kan die instelling van deeleiendom myns insiens sinvol as egte eiendom beskou word.<sup>58</sup> Uit die aard van die objek van deeleiendom, naamlik as deel van 'n verganklike gebou en nie 'n onverganklike deel van die aardbol nie, vloei bepaalde voor-die-hand-liggende beperkings op die heerskappybevoegdhede van die deeleienaar.<sup>59</sup> Verder vorm elke deeleiendom 'n intieme deel van 'n geïntensiviseerde deeleiendomsgemeenskap met die regspolitieke oogmerk om die onderskeie heerskappybevoegdhede van die deeleienaars in gemeenskaplike belang te harmonieer. Daarom is deeleiendom 'n pligsgebonde eiendom wat in belang van die gemeenskap uitgeoefen word. Uit die intieme verbondenheid van die deeleienaars vloei sekere wederkerige verpligtinge wat uit die aard van die saak duikeliker omskryf moet word.<sup>60</sup>

So gesien weerspieël die Wet op Deeltitels vir die eerste maal saamgevat in een wet die konkrete stand van ons moderne eiendomsbegrip. Dieselfde resultaat blyk wanneer mens die gesamentlike effek van beperkinge wat deur verskillende wette of regulasies ten opsigte van 'n bepaalde woongebied afgekondig is, beoordeel.<sup>61</sup> Moderne eiendom is dus in meerdere of mindere mate pligsgebonde en word ten gunste van 'n groter of kleiner gemeenskap uitgeoefen.<sup>62</sup>

In die lig van die voorgaande is dit nie moeilik om die “beperkings” wat ten opsigte van deeleiendom bestaan met die eiendomsbegrip te verenig nie. Die beperkings op die gebruiksbevoegdhede van die deeleienaars kan aan die hand van die intieme verhouding tussen die deeleienaars verklaar word. Die bepaling dat die deeleienaar nie sy deel tot oorlas van ander moet gebruik nie en dat hy deur sy gebruik nie die goeie naam van die gebou mag skaad of veroorsaak dat die versekeringspremie ten aansien van die gebou verhoog word nie, weerspieël slegs 'n uitbouing van die bureregtelike reël dat 'n grondeienaar nie deur gebruik van sy grond sy buurman onredelik mag benadeel nie: *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Die positiewe plig tot instandhouding van 'n deel vloei uit die noue argitektoniese samehang van die dele. 'n Vervalle deel beïnvloed onmiddellik die waarde en behoud van

<sup>57</sup>Dit kan dalk onder die begrip van “elastisiteit” van eiendom tuisgebring word soos Cowen 25 betoeg. Gewoonlik dui “elastisiteit van eiendom” egter aan dat eiendom weer tot sy volheid kan groei as beperkte saaklike regte ten opsigte daarvan wegval. 'n UTERS gebonde vorm van eiendom bestaan in Oos-Duitsland waar as gevolg van grootskaalse landbou-“hervormings” en onteining privaat-eiendom byna geheel en al negeer word. Byna alle eiendom word as “volkseieendom” beskou wat in belang van die volk benut moet word. Sien Helmers 77.

<sup>58</sup>So ook Paulick 422 430; Spyridakis 159; Hegelau 62; Seifert 85 en Helmers 77 86 e.v.

<sup>59</sup>Hierdie nuwe soort ontroerende saak word nie deur die wetgewer geheel en al gelyk gestel met grond nie. Die eiendomsbevoegdhede van 'n deeleienaar word ook hier soos in ander gevalle deur die aard van die regsobjek bepaal.

<sup>60</sup>Hegelau 38 50 62; Seifert 99; Helmers 86; Paulick 430; Weitnauer 33; Spyridakis 160; Jansen nr 3678, 278.

<sup>61</sup>Sien byvoorbeeld sanitêre en bouregulasies m.b.t. stedelike eiendom.

<sup>62</sup>Sien o.a. Schulte *Eigentum und öffentliche Interesse* 1970 26 e.v.

naburige en gemeenskaplike dele van die gebou.<sup>63</sup> Daarom word 'n deeleienaar nie toegelaat om sy deel af te breek of te laat verval nie - 'n plig wat nie tov gewone grondeiendom bestaan nie.

Ook die beperkings ten opsigte van die beskikkingsbevoegdheid van die deeleienaar moet as uitvloeisel van die intieme verhouding tussen deeleienaars gesien word. Dit geld veral in geval van die beperking dat 'n deel slegs tesame met die onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom vervreem mag word. Aangesien die deeleiendomsgemeenskap nadelig getref sou word indien 'n deeleienaar sy deeleiendom kon vervreem sonder dat gemeenskaplike skulde betaal is, word hy nie toegelaat om sy deel in sodanige omstandighede te vervreem nie. Kennisgewing van vervreemding aan die regs persoon is ook belangrik aangesien laasgenoemde moet weet wie aangespreek moet word vir die betrokke bydraes.<sup>64</sup>

Mens kom dus tot die gevolgtrekking dat die beperkings wat ten opsigte van deeleiendom bestaan in wese nie verskil van bure-regtelike beperkings wat ten opsigte van grondstukke bestaan nie. Die feit dat die beperkings dalk groter skyn te wees, is te verklare aan die hand van die meer intieme verhouding tussen deeleienaars wat in die geval van deeleiendom bestaan. Hierdie beperkings is immanent aan deeleiendom en doen nie afbreuk aan die eiendomskarakter daarvan nie.

### C Gemeenskaplike eiendom

Die Wet op Deeltitels skep 'n nuwe soort gemeenskaplike eiendom ten aansien van die grond en die gemeenskaplike dele van die gebou of geboue wat deel van die skema<sup>65</sup> vorm. Die doel van die bespreking wat volg, is om die gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet noukeurig van mede-eiendom te onderskei<sup>66</sup> en dan kortliks te wys op die verskil tussen gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet en sogenaamde gesamenlikheid van mede-eiendom en die gemeenskaplike eiendom van 'n vereniging.

Die gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet verskil wesenlik van die Romeins-regtelike mede-eiendom of *communio*<sup>67</sup> wat in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar is. *Communio* is 'n losse organisasie van mede-eienaars ten opsigte van 'n saak wat in mede-eiendom gehou word. Hierdie verbinding van mede-eienaars is op 'n individualistiese grondslag gebaseer wat die groots moontlike vryhede aan die onderskeie mede-eienaars waarborg. Geen per-

<sup>63</sup>Van Rooyen "Die Wet op Deeltitels" 1972 *Responsa Meridiana* 158 ev; Silberberg "The Problems of Individual Flat Ownership" 1968 *Rhod LJ* 161 ev. Sien ook Jansen *WPNR* nr 3677 273.

<sup>64</sup>Hoekom dit nodig is dat 'n eienaar kennisgewing aan die regs persoon moet gee van beswering van sy eenheid met 'n verband is onverstaanbaar. Na my mening sal 'n geldige verband sonder kennisgewing gevestig kan word aangesien hierdie bepaling nie dwingend is nie. Van watter "ander handelinge" ook kennis gegee moet word, is ook onduidelik. Sien Van Rooyen 172.

<sup>65</sup>Vir 'n omskrywing van "gemeenskaplike eiendom" sien a 1. Sien verder a 2(b) en (c), a 12(1) en a 24(1).

<sup>66</sup>Sien Liver 152 ev; Cowen 12 ev.

<sup>67</sup>Sien Wieacker *Vom römischen Recht* 1961 198-199; Liver 152-154; Kaser I 410 ev; Seifert 33 ev; Helmers 105 ev; Beekhuis "De nieuwe wet . . ." 75 ev.

manente gemeenskaplike oogmerk word nagestreef nie en die ontbinding van die instelling na korte duur is die normale verskynsel. Die gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet is daarenteen op universalistiese grondslag gebaseer ingevolge waarvan die regte van die individue ten gunste van die gemeenskap ingeperk word en die eiendom deur meerderheidsbesluit bestuur word. Gemeenskaplike eiendom dien die gemeenskaplike doel van die deeleienaars en is daarop gemik om die verhouding tussen deeleienaars so langdurend as moontlik te bevestig.<sup>68</sup>

Uit hierdie kernonderskeid volg die volgende konkrete verskille tussen mede-eiendom en gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet.

Eerstens kan enige mede-eienaar te eniger tyd met die *actio communi dividundo* eis dat die gemeenskap ontbind<sup>69</sup> word en die gemeenskaplike bates proporsioneel onder die mede-eienaars verdeel word. Die mede-eienaars kan wel in die Suid-Afrikaanse reg deur ooreenkoms die remedie vir 'n sekere tydperk uitsluit.<sup>70</sup> Ontbinding van die gemeenskap en verdeling van gemeenskaplike bates kan egter nog steeds op grond van 'n goeie rede aangevra word asook in die geval waar 'n mede-eienaar insolvent raak. By deeleiendom daarenteen kan geen deeleienaar te eniger tyd eensydig ontbinding van die gemeenskap en verdeling van gemeenskaplike bates aanvra nie. Ontbinding van die gemeenskap vind slegs plaas waar die gebou wat in deeleiendom staan vernietig is of geag word vernietig te wees en geen plig tot heropbou van die gebou bestaan nie<sup>71</sup> en in die geval waar die deeleienaars eenparig besluit om die gemeenskaplike eiendom in sy geheel aan een koper te vervreem.<sup>72</sup>

Tweedens het die gewone mede-eienaar die groots moontlike heerskappybevoegdheede ten opsigte van sy mede-eiendomsaandeel. Hy kan sy aandeel na willekeur vervreem en gebruik en het geen instandhoudingsplig ten opsigte daarvan nie.<sup>73</sup> By deeleiendom, daarenteen, word die vrye heerskappyregte van die onderskeie deeleienaars ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom tot 'n groot mate aan bande gelê. 'n Aandeel in die gemeenskaplike eiendom kan nie vervreem word sonder die eiendom in die bygaande deel nie,<sup>74</sup> en die gemeenskaplike eiendom mag nie op 'n manier gebruik word wat die gebruik en genot daarvan deur ander deeleienaars of persone wat wettiglik op die perseel is, belemmer<sup>75</sup> of die versekeringspremie ten opsigte van die perseel kan verhoog nie.<sup>76</sup> Verder mag 'n deeleienaar nie 'n dier op die gemeenskaplike eiendom aanhou na kennisgewing in

<sup>68</sup>Sien Van Rooyen 161.

<sup>69</sup>Ingevolge hierdie delingsaksie kon die regter die eiendom volgens sy diskresie verdeel. In die na-klassieke Romeinse reg het die *actio communi dividundo* nie noodwendig tot ontbinding van die eiendom gelei nie, maar kon dit volgens Jörs-Kunkel 351 n 9 ook tot 'n skikking aanleiding gee.

<sup>70</sup>*Hänel v Hänel* 1962 3 SA 625 (K).

<sup>71</sup>a 36 en 37.

<sup>72</sup>a 13(1).

<sup>73</sup>Sien egter hieronder.

<sup>74</sup>a 12(3).

<sup>75</sup>a 32(d).

<sup>76</sup>a 1(d) van Bylae 2.



dier voege deur die trustees nie<sup>77</sup> en kan die regs persoon te eniger tyd verdere beperkings op die gebruik van die gemeenskaplike eiendom lê.<sup>78</sup> Die somtotaal van hierdie beperkings geld ook vir regsopvolgers van die individuele deeleienaars.<sup>79</sup>

Derdens het elke mede-eenaar ingevolge *communio* 'n vetoreg (*ius prohibendi*) ten opsigte van alle maatreëls van ander mede-eenaars met betrekking tot die gemeenskaplike eiendom. Hy kan 'n mede-eenaar verbied om 'n spesifieke handeling uit te voer en in gepaste omstandighede selfs 'n mede-eenaar dwing om reeds gedane handelinge weer ongedaan te maak.<sup>80</sup> Aanvanklik het hierdie vetoreg selfs gegeld ten opsigte van maatreëls wat noodwendig was vir instandhouding van die gemeenskaplike eiendom. Die resultaat hiervan was dat die gemeenskap ontbind moes word indien nie op instandhoudingsmaatreëls ooreengekom kon word nie. Daar bestaan gesag vir die standpunt dat noodwendige herstelwerk in die na-klassieke Romeinse reg deur 'n mede-eenaar verrig kon word en dat die mede-eenaar wat nie binne vier maande na kennisgewing sy proporsionele koste in hierdie verband betaal het nie, sy aandeel ten gunste van die ander mede-eenaars moes afgee.<sup>81</sup> Hierdie ontwikkeling in die na-klassieke reg is egter nie in die Suid-Afrikaanse reg opgeneem nie. Die vetoreg bestaan dus steeds ook tot v noodwendige herstel van die gemeenskaplike eiendom. By deeleiendom word die gemeenskaplike eiendom deur die regs persoon bestuur en is daar nie sprake van 'n vetoreg tot v die gemeenskaplike eiendom nie.<sup>82</sup>

Die vierde verskil tussen mede-eiendom en gemeenskaplike eiendom ingevolge die Wet op Deeltitels is dat die bestuur en gebruik van mede-eiendom aan die willekeur van die individuele lede oorgelaat word terwyl 'n vaste bestuursliggaam hiervoor in die geval van deeleiendom bestaan. Hierdie bestuursliggaam kom van regsweë tot stand,<sup>83</sup> bestaan uit al die deeleienaars en is net soos enige ander regs persoon onafhanklik van die wisseling van sy lede. Hierdie bestuursliggaam werk op die meerderheidsbeginsel<sup>84</sup> en reël o a vir die gebruik en instandhouding van die gemeenskaplike eiendom en die insameling van individuele bydraes van die deeleienaars.<sup>85</sup>

Die laaste en dalk belangrikste onderskeid tussen mede-eiendom en deeleiendom het betrekking op die onderskeid in die aard van aandeelhouding van die onderskeie eienaars. In die geval van mede-eiendom hou elke mede-eenaar 'n ideële mede-eiendomsaandeel in die voorwerp van

<sup>77</sup>a 1(c) van Bylae 2.

<sup>78</sup>Deur spesiale besluit ingevolge a 27(2)(a)(ii). Sien ook a 1(b) van Bylae 2.

<sup>79</sup>a 27(2)(c).

<sup>80</sup>*Sauerman and Another v Schultz* 1950 4 SA 455 (O).

<sup>81</sup>Dernburg I § 159; Arangio-Ruiz *Istituzioni di diritto romano* 1960 230; Kaser II 194.

Daar word veral gesteun op *D* 17 2 52 10 en *C* 8 10 4.

<sup>82</sup>Daar kan wel aansoek by die hof gedoen word om die geldigheid van die besluite te toets.

<sup>83</sup>a 28(1).

<sup>84</sup>a 23 van Bylae 1.

<sup>85</sup>a 30.



mede-eiendom wat *in abstracto* tussen die individuele mede-eienaars verdeel word.<sup>86</sup> Geen spesifieke fisieke deel van die mede-eiendom word aan 'n besondere aandeel verbind nie en geen mede-eenaar is geregtig om enige gedeelte van die eiendom vir homself toe te eien nie.<sup>87</sup> By deeleiendom daarenteen word die gemeenskaplike eiendom nie bloot ideël of *in abstracto* verdeel nie. Die aandeel van 'n deel-eenaar aan die gemeenskaplike eiendom word gerealiseer of gelokaliseer deur die onlosmaaklike verbinding daarvan met deeleiendom op 'n besondere deel van die gebou.<sup>88</sup> Die gevolg van die realisering van die ideële aandeel in die geval van deeleiendom is o.a. dat 'n afsonderlike sertifikaat van deeltitel ten opsigte van elke eenheid (deel en die aandeel in die gemeenskaplike eiendom) uitgereik word,<sup>89</sup> dat 'n eenheid afsonderlik met verband beswaar kan word<sup>90</sup> en dat 'n eenheid in mede-eiendom besit kan word<sup>91</sup> - alles gevolge wat nie moontlik sou wees indien die eiendom bloot in ideële mede-eiendomsaandeel gehou is en die ideële aandeel in die gemeenskaplike eiendom nie deur die verbinding met 'n gelokaliseerde deeleiendom gerealiseer is nie.<sup>92</sup>

In die lig van genoemde verskille tussen mede-eiendom en gemeenskaplike eiendom ingevolge die Wet op Deeltitels moet mens daarteen waarsku dat die gemeenskaplike eiendom nie as 'n vorm van mede-eiendom in hierdie geval gesien moet word waarop die beginsels van mede-eiendom onkrities toegepas kan word nie. Die aansluiting van deeleiendom by die instelling van mede-eiendom word later verder gekritiseer.<sup>93</sup>

Ten slotte kan kortliks op die kernverskille tussen gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet en gesamenlikheidse eiendom<sup>94</sup> en die gemeenskaplike eiendom van 'n vereniging gewys word.

In die geval van 'n erkende vorm van gesamenlikheidse eiendom, naamlik trusteeiendom, word die trusteeiendom in beginsel deur die trustee in belang van die begunstigde gehou. Die trusteeiendom is egter afgesonder en val nie in die individuele vermoëns van die "eienaars" (trustee en begunstigdes) daarvan soos in die geval van gemeenskaplike eiendom van deeleienaars nie. Verder word die vermoë ook nie in aandeel ideël of gerealiseer gehou soos in die geval van mede-eiendom of deeleiendom nie. Wat gemeenskaplike eiendom van 'n maatskappy betref, word hierdie eiendom net soos gemeenskaplike eiendom ingevolge die wet deur 'n regs-persoon bestuur. In die geval van 'n maatskappy kom die regs-persoon gewoonlik deur ooreenkoms tot stand terwyl die regs-persoon in die ander geval *ipso iure* tot stand kom sodra daar meer as een deeleenaar in 'n skema is.<sup>95</sup> Die gemeenskaplike vermoë van 'n maatskappy is verder geskei van

<sup>86</sup>Sien Bärmann *Kommentar* 93.

<sup>87</sup>Wille *Principles of South African Law* 208.

<sup>88</sup>Sien Seifert 52 e.v.

<sup>89</sup>a 11(9).

<sup>90</sup>*ibid.*

<sup>91</sup>a 11(8).

<sup>92</sup>Sien Seifert 62.

<sup>93</sup>Sien hieronder.

<sup>94</sup>Sien Liver 154 e.v.

<sup>95</sup>a 28(1).

die vermoëns van die afsonderlike lede daarvan wat nie die geval met deel-eiendom is nie. In geval van insolvensie van die regs persoon bly die deeleienaars persoonlik aanspreeklik vir die uitstaande skulde.<sup>96</sup>

Die slotsom is dat gemeenskaplike eiendom ingevolge die Wet op Deeltitels nie as 'n spesiale vorm van mede-eiendom, gesamen derhandse eiendom of gemeenskaplike eiendom van 'n vereniging beskou kan word nie. Dit is eerder 'n nuwe vorm van gemeenskaplike eiendom wat deur 'n sintese van kenmerke van die bogenoemde drie vorme van gemeenskaplike eiendom saamgestel is. Die sogenaamde *syndicat*<sup>97</sup> van die Franse reg kom die naaste daaraan. Eerder moet dit egter as 'n besondere vorm van gemeenskaplike eiendom beskou word wat spesiaal vir 'n deeleienaarsgemeenskap deur die wetgewer ontwerp is.<sup>98</sup>

#### IV DIE VERBAND TUSSEN EIENDOM VAN 'N DEEL EN DIE GEMEENSAPLIKE EIENDOM

In die tweede afdeling van hierdie artikel het ons daarop gewys dat die Wet op Deeltitels 'n nuwe samegestelde saak skeep naamlik 'n eenheid wat bestaan uit 'n deel (woonstel of sakelokaal) en 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom. In die derde afdeling het ons die aard van deel-eiendom en dié van die gemeenskaplike eiendom ontleed. Daar is ook aangetoon dat die deel en die aandeel in die gemeenskaplike eiendom onlosmaaklik aan mekaar verbonde is met die gevolg dat eiendom van 'n deel ook gemeenskaplike eiendom van 'n onverdeelde aandeel met sig bring. Die doel van hierdie afdeling is om vas te stel watter verband tussen deel-eiendom van 'n afsonderlike deel van die gebou en die meegaande aandeel in die gemeenskaplike eiendom bestaan. Anders gestel, ons wil nagaan hoe die twee elemente van 'n eenheid, naamlik 'n deel en 'n aandeel in die gemeenskaplike eiendom, dogmaties met mekaar verbind word.

Die bestaande stelsels van *condominium* word gewoonlik ingedeel in universalistiese en dualistiese stelsels van deeleiendom.<sup>99</sup> Ingevolge die universalistiese stelsel word beide elemente van deeleiendom tuisgebring onder die instelling van mede-eiendom.<sup>100</sup> Die grond en geboue wat deel van die ontwikkelingskema uitmaak, word geag in die mede-eiendom van alle deeleienaars te staan en vir elke individuele deeleienaar word 'n besondere gebruiks- en genotsreg wat vervreembaar en vererfbaar is, ten aansien van 'n afsonderlike deel van die gebou ingeruim.<sup>101</sup> Ingevolge 'n

<sup>96</sup>De Wet en Tatham 207. Sien a 28(6).

<sup>97</sup>Sien Preyer *Das Stockwerkseigentum - Eine rechtsvergleichende Untersuchung* Tübingen 1949 119; Seifert 51; Jansen 281 ev.

<sup>98</sup>Sien in die algemeen Tierkötter 1 ev. Sien ook Beekhuis "De nieuwe Wet . . ." 87 ev.

<sup>99</sup>Cowen 37.

<sup>100</sup>Die Nederlandse *Appartementenwet* is 'n voorbeeld van wetgewing wat 'n universalistiese struktuur het. Sien o.a. Buining "De overgang naar de eigendom van appartementen" 1952 *WPNR* nr 4228 51.

<sup>101</sup>Vgl die Oostenrykse wetgewing van 8 Julie 1948 (*Bundesgesetzblatt* nr 149) soos gewysig deur die wetgewing van 15 Desember 1950 (*Bundesgesetzblatt* nr 28 van 1951) en die Switserse *Bundesgesetz über die Änderung des 4. Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkseigentum)* van 19 Desember 1963. Sien hieroor Liver 143 ev. Vir kritiek op

dualistiese stelsel van deeleiendom daarenteen word twee verskillende vorme van eiendom naamlik deeleiendom en gemeenskaplike eiendom tot 'n eenheid verbind. Aangesien hierdie nuwe eenheid 'n heel besondere entiteit is, word gemeen dat hierdie verskillende vorme van eiendom nie onder die oorkoepelende begrip mede-eiendom tuisgebring kan word nie. Dit is natuurlik voor-die-hand-liggend dat alle stelsels van *condominium* nie as òf universalisties òf dualisties geklassifiseer kan word nie.<sup>102</sup> Tussen hierdie twee groot groeperings bestaan verskillende skakerings van òf die een òf die ander afhange van die eiesoortige bepalings van elke besondere wet.<sup>103</sup>

Die bepalings van die Wet op Deeltitels is in ooreenstemming met 'n dualistiese stelsel van *condominium*.<sup>104</sup> Voorstanders van 'n universalistiese stelsel meen dat 'n universalistiese stelsel beter by die aanvaarde sake-regbeginsels van die Suid-Afrikaanse reg sou ingepas het, veral omdat die strelreël *superficies solo cedit* en die *accessio*-beginsel nie tot so 'n groot mate deur 'n universalistiese stelsel as deur 'n dualistiese stelsel deurbreek word nie.<sup>105</sup> Na my mening besit hierdie standpunt geen oortuigingskrag nie aangesien die instellings van die Suid-Afrikaanse sakereg wat hier ter sprake kom, geheel en al onvoldoende is om die instelling van woonsteeiendom te akkommodeer. Die Suid-Afrikaanse instelling van mede-eiendom wat die grondslag van woonsteeiendom ingevolge 'n universalistiese stelsel vorm, is nog steeds op die Romeinsregtelike individualistiese *condominium* gebaseer en soos reeds in die vorige afdeling aangetoon is, totaal onvanpas om sodanige rol te vervul.<sup>106</sup> Die mede-eiendomsbegrip van die Suid-Afrikaanse reg het nie 'n soortgelyke ontwikkeling ondergaan as dié van die Duitse<sup>107</sup> en Nederlandse reg<sup>108</sup> wat dit meer aanvaarbaar as grondslag vir woonsteeiendom sou maak nie. Hiernaas val dit uiters moeilik om die besondere heerskappybevoegdheids van 'n deeleienaar ten aansien van sy deel in terme van ons aanvaarde *numerus clausus* van saaklike regte te verklaar. Om hierdie bevoegdheids na analogie van die uitgebreide heerskappybevoegdheids van 'n opstalbewoner (*superficiarius*) of langtermynhuurder (*emphyteusis*) as eiendom in die Romeinse sin van *dominium utile*<sup>109</sup> te konstrueer, sou onaanvaarbaar wees in die lig van die eenheid van die Suid-Afrikaanse eiendomsbegrip en die fundamentele onderskeid tussen eiendom en beperkte saaklike

---

'n dualistiese stelsel sien Kischinewsky-Broquise *Statut de la copropriété des immeubles et sociétés de construction* 1958 165. Die beste voorbeeld van 'n dualistiese stelsel is die Franse wetgewing van 28 Julie 1938.

<sup>102</sup>Sien o a §§ 1117 tot 1139 van die Italiaanse *Codice Civile* 1942 en a 396 van die Spaanse *Código Civil*.

<sup>103</sup>Sien o a die Duitse *Wohnungseigentumsgesetz*.

<sup>104</sup>Cowen 37 e v.

<sup>105</sup>Liver 143 184-186.

<sup>106</sup>Sien hierbo. Hier toon die Suid-Afrikaanse wetgewing 'n ooreenstemming met die Franse wet van 28 Julie 1938. Omdat die *Code Civil* 'n individualistiese mede-eiendomsbeginsel soos die Suid-Afrikaanse reg gehandhaaf het, was dit moeilik om aanknopingspunte by mede-eiendom te vind. Sien Liver 156.

<sup>107</sup>§§ 1008-1011 *BGB* en §§ 741-758.

<sup>108</sup>Sien die bepalings oor die sg "gebonden gemeenschap". Sien verder *Codice Civile Italiana* 1865 a 673-684 *Della comunione*.

<sup>109</sup>Sien hierbo.



regte wat in die regspraak gehandhaaf word. Die enigste oplossing wat oorbly, is om die wye bevoegdhedes van 'n deeleienaar as 'n beperkte saaklike reg te konstrueer. Die persoonlike serwituut van bewoning (*habitatio*) wat hier ter sprake kom, is egter aan 'n persoon verbonde en nie vererfbaar of vervreembaar nie<sup>110</sup> en verder pas hierdie heerskappyregte van die deeleienaar nie aan by die aanvaarde vorme van *servitutes irregulares* nie.<sup>111 112</sup>

In die lig van sowel bogenoemde probleme wat ondervind sou word om die instelling van woonsteleidendom by ons aanvaarde sakereginstellings in te pas as die argumente teen die strenge toepassing van die *accessio*-beginsel in die geval van woonsteleidendom soos in die eerste afdeling uiteengesit,<sup>113</sup> moet die besluit van die wetgewer om 'n dualistiese stelsel van woonsteleidendom in Suid-Afrika in te voer, verwelkom word. Deur die Wet op Deeltitels skep die wetgewer in werklikheid 'n heeltemal nuwe kategorie onroerende saak, naamlik 'n eenheid, en pas hy daarop die geykte *accessio*-beginsel toe vir sover 'n deel as hoofsaak met die onverdeelde aandeel in die grond en gemeenskaplike dele van die gebou as wesenlike bestanddeel daarvan onlosmaaklik verbind word. In teenstelling met die *accessio*-beginsel soos deur die eoue toegepas op 'n verbinding tussen gebou en grond, word nie die grond nie, maar 'n afgebakende deel van die gebou, naamlik 'n deel (woonstel of sakelokaal) as hoofsaak beskou terwyl die onverdeelde aandeel in die grond en die gemeenskaplike dele van die gebou as wesenlike bestanddeel van 'n deel beskou word.<sup>114</sup>

Hierdie konstruksie van woonsteleidendom is verder uniek in die opsig dat een van die twee elemente van 'n eenheid naamlik die grondstuk en die gemeenskaplike dele van die gebou nie slegs met een deeleidendom nie, maar gelyktydig met meerdere voorwerpe van deeleidendom verbonde is. Die naaste analogie aan hierdie konstruksie bied die geval waar twee grond-eienaars twee aangrensende grondstukke in individuele eiendom besit en mede-eiendom in onverdeelde aandele ten aansien van 'n gemeenskaplike grensmuur het.<sup>115</sup> In hierdie geval word die grondstuk in ooreenstemming met die aanvaarde *accessio*-leer egter as hoofsaak en die aandeel in die grensmuur as wesenlike bestanddeel daarvan beskou.

Dat die wetgewer met die geykte *accessio*-leer gebreek het en 'n eenheid as 'n nuwe kategorie onroerende sake beskou wat analogies met aparte grondstukke behandel moet word, blyk uit die volgende bepalings van die Wet op Deeltitels. Ingevolge art 6(2)(d) moet die grense van 'n deel duidelik aangedui word op 'n kaart, en ingevolge art 8(2)(d) word 'n aparte sertifikaat van geregistreerde titel ten opsigte van elke eenheid uitgereik. Ingevolge

<sup>110</sup>Maasdorp 175.

<sup>111</sup>Sien o a *Willoughby's Cons Co Ltd v Coptthall's Stores* 1913 AD 281.

<sup>112</sup>Sien in die algemeen *Liver* 147.

<sup>113</sup>Sien hierbo.

<sup>114</sup>*Börner* 213 226.

<sup>115</sup>*D* 10 3 19 1. Gemeenskaplike eiendom aan gemeenskaplike mure is volgens Kohler *Gesammelte Abhandlungen* 1883 173 en Windscheid § 169a n 4 as *communio pro indiviso* beskou ten opsigte waarvan geen eienaar na geliewe kon handel nie. Die ontbinding en verdeling van hierdie eiendom kon ook nie te eniger tyd aangevra word nie. Sien verder Gollnick 157 *AcP* 460.



art 2 kan 'n ontwikkelaar met goedkeuring van die plaaslike owerheid 'n grondstuk en die gebou daarop in verskillende eenhede opdeel, registreer en dan die afsonderlike dele vervreem. Volgens art 11(8) kan 'n eenheid ook in mede-eiendom besit word. Verder kan ingevolge art 11(1)(c) afsonderlike eenhede met afsonderlike verbande beswaar word. Hierdie bevoegdhede van 'n deeleienaar is in beginsel slegs moontlik indien 'n eenheid analoog aan 'n aparte grondstuk behandel word en nie indien die gebou en grond in 'n skema as die voorwerp van mede-eiendom van al die deeleenaars beskou word nie.

Teen die konstruksie van 'n eenheid as 'n selfstandige onroerende saak met die deel as hoofsaak en die aandeel as wesenlike bestanddeel daarvan kan die argument aangevoer word dat 'n aandeel in die grond waardevoller is as die deel.<sup>116</sup> Hierdie argument gryp terug na die stelreël *superficies solo cedit* ingevolge waarvan grond altyd belangriker geag is as die gebou wat daarop opgerig was. Selfs in die Romeinse reg egter is die standpunt nie altyd gehandhaaf dat die bodem belangriker was as die gebou wat daarop opgerig was nie. Met die ontwikkeling van die boukuns neem die waarde van geboue so toe dat 'n gebou somtyds belangriker beskou is as die grond waarop dit opgerig is.<sup>117</sup> Die waarde-beginsel is in elk geval nie altyd deurslaggewend by ander vorms van *accessio* nie, soos blyk uit die geval waar duur weefstof of goue letters gebruik word om 'n goedkoop kleed te versier.<sup>118</sup> In hierdie geval word die eienaar van die kleed eienaar van die eindprodukt. Dat die meer waardevolle deel van 'n verbinding altyd die hoofsaak moet wees, is dus nie 'n onomstootlike beginsel nie. Buitendien kom baie gevalle in die praktyk voor waar die waarde van 'n deel meer sal wees as die waarde van die onverdeelde aandeel in die grond.

Nog 'n argument teen hierdie konstruksie is dat dit nie 'n verklaring bied vir die regsposisie in die geval waar die gebou vernietig word of geag word vernietig te wees en geen heropbou-plig tov die gebou bestaan nie. In hierdie geval word die grondstuk weer geag in die mede-eiendom van die verskillende mede-eienaars te val. In effek word die aandeel in die grond wat slegs 'n wesenlike bestanddeel van 'n deel was, dus nou weer die hoofsaak.<sup>119</sup> Die argument hierteen is dat mens in hierdie geval geen samegestelde saak meer het nie en dat hierdie bepaling slegs 'n billikheidsreëling bied indien sodanige situasie ontstaan. Dat dit slegs 'n billikheidsreëling is en niks met die konstruksie van die nuwe onroerende saak te doen het nie, blyk uit art 36(2) ingevolge waarvan die hof verdere billike reëlings kan tref in geval van vernietiging van die gebou.

Die slotsom waartoe ek dus kom, is dat deeleiendom sonder 'n fundamentele breuk in ons sakeregstelsel ingevoeg kan word indien 'n mens die voorwerp van deeleiendom naamlik 'n eenheid as selfstandige onroerende saak beskou met die deel as hoofsaak en die aandeel in die gemeenskaplike

<sup>116</sup>Sien o.a. Weitnauer 1951 *JZ* 161 163. Vgl Börner 226.

<sup>117</sup>Dit blyk o.a. uit *D* 8 2 20 2: *area est pars aedificii* en *D* 41 3 13: *aedes ex duabus rebus constant ex solo et superficie*.

<sup>118</sup>*J* 2 1 26.

<sup>119</sup>Beekhuis "Horizontale eiendom . . ." 177 236 ev; Baur *Sachenrecht* 1973 255; Weitnauer-Wirths 34.

eiendom as wesentlike bestanddeel daarvan. Indien mens daarenteen mede-eiendom op die voorgrond stel, kan mens nóg die verbinding tussen gemeenskaplike eiendom en deeleiendom in die bestaande sakeregkategorieë inorden nóg individuele bepalinge van die Wet op Deeltitels dogmaties verklaar en loop 'n mens gevaar om uit die dogmatiek van mede-eiendom valse gevolgtrekkings vir die praktyk van woonsteleiendom te trek.<sup>120</sup> □

*Cuius est solum, eius est usque ad coelum et usque ad inferos.*

*Das wirtschaftliche Bedürfnis, den Menschen auch unter städtischen Verhältnissen um Eigentum an einer Wohnung zu verhelfen und sie aus dem Stand des nomadisierenden Mieters herauszuführen, hat in fast allen Ländern der Erde rechtlichen Formen hervorgebracht, unter denen das Eigentum oder wenigstens eine dem Eigentum angenäherte Rechtstellung an Teilen eines Hause erworben werden kann.*

*Weitnauer-Wirthe Wohnungseigentumsgesetz (4 uitg) 1972 24*

*From the comparative lawyer's point of view the development in this field of the law of property (ie ownership of flats) is particularly interesting. It shows the similarity of responses to economic and social pressures which have gradually become common to our western world. Constantly growing urbanisation and lack of housing on the one hand, and the desire of people for ownership of their home on the other.*

*Leyser 7 ICLQ 31*

---

<sup>120</sup>Indien deeleiendom as 'n vorm van mede-eiendom beskou word, is dit byvoorbeeld moontlik om twee "eenhede" wat presies ewe groot is te verruil sonder dat die Aktekantoor enige kennis daarvan hoef te kry. Dit sal verder nie moontlik wees om 'n "eenheid" deur verjaring te verkry nie aangesien besit van 'n ideële aandeel behalwe in die geval van mede-besit nie moontlik is nie.

# Terugtrede van 'n derde voor ratifikasieverklaring\*

SR van Jaarsveld

*Universiteit van Pretoria*

Die aard van die probleem wat uit hierdie aangeleentheid voortvloei, kan kortliks aan die hand van die volgende feitestel verduidelik word: Veronderstel 'n verteenwoordiger sluit sonder volmag van sy prinsipaal 'n kontrak met 'n derde persoon. Voordat die prinsipaal egter die geleentheid het om die sogenaamde kontrak te ratifiseer, tree die derde party terug uit die kontrak.

Die vraag ontstaan nou of die prinsipaal, niteenstaande die terugtrede van die derde, regtens effektiewelik kan oorgaan tot die ratifikasie van die verteenwoordiger se ongemagtigde optrede sodat die derde gebonde is aan die prinsipaal se ratifikasieverklaring. Die antwoorde wat op hierdie vraag verskaf is, het in verskillende regstelsels asook in die Suid-Afrikaanse reg geblyk wyd uiteenlopend van aard te wees. Gemelde antwoorde is ook tot 'n groot hoogte afhanklik gestel van die grondslag en aard wat aan die ratifikasieleerstuk toegesê is. Daarom sal dit dienlik wees om vervolgens vir 'n wyle die aandag agtereenvolgens op die grondslag en aard van die leerstuk te vestig.

## I DIE GRONDSLAG VAN RATIFIKASIE

Die leerstuk van ratifikasie beklee vandag in die Suid-Afrikaanse reg 'n posisie wat baie soortgelyk is aan dié wat in die Engelse regswêreld in die verband aangetref word. Die benadering tot ratifikasie is baie kasuïsties georiënteerd deurdat 'n groot aantal reëls rondom die figuur ontwikkel is sonder dat dit altyd regswetenskaplik gefundamenteerd is, of 'n sinvolle sisteem daarstel.

Die leerstuk soos dit vandag by ons aangetref word, is afkomstig van die Romeinse, Hollandse en Engelse reg.<sup>1</sup> Verskeie Engelsregtelike reëlins toon baie ooreenstemming met reëlins van die Romeins-Hollandse reg en hierdie feit het grootliks bygedra tot die verskynsel dat indien laasgenoemde regstelsel nie 'n reëling ten aansien van 'n bepaalde aangeleentheid besit het nie, toevlug onverbloemd tot die Engelse reg geneem is. Optrede van dié aard is tot 'n groot hoogte verstaanbaar want in die Hol-

---

\*Referaat gelewer tydens die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte gehou te Kaapstad gedurende Januarie/Februarie 1973.

<sup>1</sup>Sien Van Jaarsveld *Die leerstuk van ratifikasie in die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* proefskrif Universiteit van Pretoria 1971.

landse reg van die sestiende en sewentiende eeu was die verteenwoordigingsfiguur in die vorm waarin dit hedendaags bekend is, nog nie algemeen erken nie en derhalwe 'n vae en swak ontwikkelde regsfiguur. In die Engelse reg daarenteen is die teenoorgestelde situasie aangetref - ofskoon die benadering tot die figuur kasuïsties van aard was, is daar nietemin 'n groot aantal regsreëls rondom die regsfiguur ontwikkel wat antwoorde vir baie praktiese probleme kon bied, en dié pragmatisme van die Engelse reg het 'n besondere invloed op regspleging in Suid-Afrika uitgeoefen.<sup>2</sup> Daarom was dit miskien maklik vir Wille om soos volg te verklaar:

“Our law of agency is a combination of the Roman Dutch law of the contract of mandate and the modern English principles of commercial agency.”<sup>3</sup>

Uit verskillende oorde is egter stemme van protes verhef teen die klakkelose oorname van Engelsregtelike reëlings en die feit dat suiwer gemeenregtelike beginsels in die proses verdring is.<sup>4</sup> Aan die ander kant het daar in verskeie gevalle ten aansien van ratifikasie leemtes in die Romeins-Hollandse reg bestaan en het die howe hulle dikwels onder sodanige omstandighede na die Engelse reg gewend vir leiding. Hierdie werkswyse is nie sonder meer te verdoem nie want soos Mostert myns insiens tereg aantoon, bevat dit ook meriete. Hy stel dit so:

“In die lig van die algemene beginsels van ons reg word die ingevoerde Engelse reëling ingepas en verklaar en aangegryp as 'n bydrae en uitbouing van ons reg.”<sup>5</sup>

Beswaar wat wel teen hierdie benadering ingebring kan word, is dat regsvergelyking miskien oor 'n breër front moes plaasgevind het en nie slegs tot die Engelse reg beperk moes gewees het nie, bloot omdat dit geredeliker beskikbaar of meer toeganklik vir die Suid-Afrikaanse howe was, of reeds op bepaalde terreine van ons reg van diens was nie.

In die hedendaagse verteenwoordigingsreg is dit 'n algemeen aanvaarde beginsel dat die prinsipaal-verteenwoordiger-verhouding onder andere ook deur die implementering van die ratifikasie-figuur in die lewe geroep kan word. Die regsverhouding tussen prinsipaal, verteenwoordiger en derde wat aldus tot stand kom, word gevolglik deur die basiese beginsels van die verteenwoordigingsreg beheers en daarom na analogie van die posisie van kontemporêre Europese regstelsels, kan ten aansien van die Suid-Afrikaanse reg ook verklaar word dat die leerstuk op die basiese beginsels van verteenwoordiging gefundeer is. Verder moet daar aanvaar word dat die leerstuk van ratifikasie nie goed begryp kan word indien daar nie helder insigte ten aansien van die grondslag daarvan, dit wil sê die verteenwoordigingsfiguur as sodanig, bestaan nie. Daarom is dit dienlik om die aandag op enkele aspekte in verband met die figuur van verteenwoordiging te vestig.

### Aspekte in verband met die aard van verteenwoordiging

Die figuur van direkte verteenwoordiging was nog nooit in die geheel in ons reg die onderwerp van diepgaande studie nie. Daar is al by geleentheid

<sup>2</sup>Vgl o.a. *Faure v Louw* 1 SC 17 en *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890.

<sup>3</sup>*Principles of South African law* 6e uitg 449.

<sup>4</sup>Sien *Leerstuk van ratifikasie* 345.

<sup>5</sup>*Die Romeins-Hollandse reg in oënskou* (Pretoria 1969) 12.



beweer dat dit moeilik is om die reëls in verband met verteenwoordiging op te spoor omdat skrywers meestal hulle aandag aan die lasgewingsooreenkoms bestee en minder aandag aan die instelling van verteenwoordiging wy en dat hierdie twee figure in ons literatuur en regspraak dikwels in een asem behandel word.<sup>6</sup>

Dit is geensins die bedoeling om hier in besonderhede op die aard van die verteenwoordigingsfiguur in te gaan nie want dit sou buite die raamwerk van hierdie bespreking val. As uitgangspunt sal die *vereistes* waaraan voldoen moet word voordat 'n regsgeldige kontrak tussen 'n prinsipaal en 'n derde bestaan egter in oënskou geneem word.

Die vereistes waaraan sodanige kontrakte moet voldoen vir die geldige totstandkoming daarvan is die volgende:

- (1) Die partye moet dit eens wees oor die gevolge wat hulle in die lewe wil roep, dit wil sê daar moet wilsooreenstemming tussen hulle bestaan.<sup>7</sup>
- (2) Die partye moet handelingsbevoegd wees.<sup>8</sup>
- (3) Die kontrak moet juridies sowel as fisies moontlik wees.<sup>9</sup>
- (4) Aan die formaliteite van regsweë voorgeskryf, moet voldoen word indien dit op die kontrak van toepassing is.<sup>10</sup>
- (5) Die verteenwoordiger<sup>11</sup> moet ten slotte oor genoegsame volmag beskik wat aan hom die bevoegdheid verleen om die besondere kontrak namens sy prinsipaal aan te gaan. Volmag kan egter ook retrospektief deur middel van ratifikasie verleen word sodat 'n geldige verteenwoordigingsverhouding moontlik is.

Die vereiste dat wilsooreenstemming tussen die partye moet bestaan in geval van kontrakte wat deur middel van verteenwoordiging aangegaan word, is basies 'n baie omstrede aangeleentheid waaroor daar hedendaags nie baie duidelikheid bestaan nie. Vanweë die besondere belang van dié vereiste by die verteenwoordigingsituasie sal vervolgens afsonderlik aandag daaraan bestee word.

Die bestaan van wilsooreenstemming vorm vandag die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid tussen die kontrakspartye en die aanwesigheid van sodanige wilsooreenstemming geld eweseer by kontrakte wat deur middel van verteenwoordiging tot stand kom. Die vraag kan hier gestel word tussen watter partye by 'n kontrak wat deur bemiddeling van 'n verteenwoordiger aangegaan word die *consensus ad idem* bestaan. Indien P aan V volmag verleen om namens hom 'n voertuig by D vir Rx te koop,

<sup>6</sup>De Wet en Yeats *Kontraktereg en handelsreg* 3e uitg 81.

<sup>7</sup>Vgl oa De Wet en Yeats a w 10; Kahn *Contract and mercantile law through the cases* 8; Wessels *Law of contract in South Africa* par 58.

<sup>8</sup>Vgl die skrywers in vn 7 na verwys.

<sup>9</sup>Sien vn 7.

<sup>10</sup>Sien vn 7.

<sup>11</sup>Ta v die betekenis van die begrip verteenwoordiger in die Suid-Afrikaanse reg sien Joubert *Die verpligtinge van die verteenwoordiger in die Suid-Afrikaanse reg* proefskrif Universiteit van Pretoria (1967) 566 e v.

moet daar *consensus* tussen V en D of tussen P en D bestaan? Of uit 'n ander oogpunt beskou, wie is die werklik handelende party teenoor D - die verteenwoordiger of inderdaad die prinsipaal?

Ten aansien van dié vraag heers weinig eenstemmigheid in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg. Net soos in die Duitse reg<sup>12</sup> bestaan hoofsaaklik twee standpunte in die verband, naamlik:

(a) In ooreenstemming met von Savigny se *Geschäftsherrntheorie*<sup>13</sup> word daar volgens die standpunt ingeneem onder invloed van die Engelse reg,<sup>14</sup> beweer dat in geval van direkte verteenwoordiging die prinsipaal as die handelende party beskou moet word aangesien die verteenwoordiger slegs as instrument of kanaal dien wanneer hy namens die prinsipaal optree. In *Aird v Hockly's Estate*<sup>15</sup> is daar met goedkeuring na die volgende woorde van Chitty verwys:

“The agent is the medium by which the contract is effected and his assent is merely the assent of the principal.”<sup>16</sup>

Volgens dié siening is die verteenwoordiger bloot 'n kommunikasie-middel van die prinsipaal waardeur die instemming van laasgenoemde aan die derde oorgedra word.

Dieselfde gedagtegang het ook etlike jare later by De Villiers en Macintosh aanklank gevind want so is hulle onder andere van mening dat:

“. . . the essence of the modern view of agency is that there must be a third party in contemplation and that the agent acts purely as a channel bringing the principal into legal relations of a contractual nature with the third party.”<sup>17</sup>

Met dié sienswyse het Wessels hom vereenselwig want na sy mening is die verteenwoordiger bloot 'n mondstuk van sy prinsipaal en gevolglik verklaar hy bloot laasgenoemde se wil teenoor derdes.<sup>18</sup>

Uit bostaande blyk dit dus dat indien 'n verteenwoordiger namens sy prinsipaal 'n kontrak met 'n derde sluit, daar nie wilsooreenstemming tussen eersgenoemde en die derde bestaan nie maar wel tussen die prinsipaal en die derde aangesien die verteenwoordiger 'n blote geleibuis of mondstuk is waardeur wilsverklarings aan die derde gemaak word en omgekeerd.

(b) In teenstelling met voorgaande opvatting is daar egter oorvloedige steun vir die beskouing dat die verteenwoordiger regtens as handelende party by verteenwoordigingsituasies optree.<sup>19</sup>

Teen die einde van die vorige eeu het Lord De Villiers in *Faure v Louw*<sup>20</sup> van die standpunt uitgegaan dat 'n algemene verteenwoordiger

<sup>12</sup>Sien *Leerstuk van ratifikasie* 144 ev.

<sup>13</sup>*ibid* 145 ev.

<sup>14</sup>*ibid* 255 ev.

<sup>15</sup>1937 EDL 34 42.

<sup>16</sup>*Contracts* 18e uitg 254.

<sup>17</sup>*The law of agency in South Africa* 2e uitg 7 ev.

<sup>18</sup>aw par 1741-2.

<sup>19</sup>Die standpunt is in ooreenstemming met die “Repräsentations-theorie” van Buchka - sien *Leerstuk van ratifikasie* bl 146 ev.

<sup>20</sup>1 SC 3.

(“general agent”) ’n persoon is wat oor volmag beskik om al sy prinsipaal se besigheid te behartig of alle handeling wat met ’n besondere soort besigheid in verband staan, aan te gaan. Hy vervolg dan:

“In the case of a general agency, the principal is bound by the acts of his agent within the scope of the authority conferred upon him, although he violates by these acts his private instructions, limiting the exercise of his authority under certain circumstances.”<sup>21</sup>

Die regter laat dus duidelik blyk dat hy die verteenwoordiger as handelende party beskou want selfs waar hy in stryd met spesifieke instruksies sekere handeling verrig, sal regtens daarvan kennis geneem word vir sover dit die aanspreeklikheid van die prinsipaal betref. In dié gevalle kan kwalik gesê word dat die verteenwoordiger as geleibuis opgetree het want die betrokke handeling is nooit deur die prinsipaal beoog nie. Feit is dat hy dit aan die diskresie van die verteenwoordiger oorgelaat het om handeling wat binne laasgenoemde se volmagsfeer val, te verrig sodat daar nie ten aansien van dié handeling wilsooreenstemming tussen die prinsipaal en derde kon bestaan nie.

In die positiewe reg word vandag algemeen aanvaar dat waar ’n verteenwoordiger oor ’n algemene volmag beskik, hy regtens bevoeg is om enige handeling te verrig wat vir hom nodig is om sy verpligtinge as verteenwoordiger na te kom of wat deel vorm van die gewone besigheid van sodanige verteenwoordigers.<sup>22</sup> So is beslis dat waar V oor ’n algemene volmag beskik om geld periodiek te verhaal wat kragtens ’n verbandskuld aan P verskuldig is, V ook geregtig is om ’n totale delging van die verbandskuld te aanvaar en die verband te kanselleer;<sup>23</sup> dat ’n plaasbestuurder ’n werknemer mag aanstel;<sup>24</sup> dat hy van die plaasprodukte mag verkoop maar nie geregtig is om die plaas self te verkoop nie,<sup>25</sup> ensovoorts.

Uit al hierdie gevalle blyk dit onteenseglik dat P nie die handelende party kon gewees het nie omdat hy telkens onbewus was van die uitvoering van die handeling - die verteenwoordiger het volgens sy eie diskresie die handeling binne die raamwerk van sy algemene volmag verrig.

Die appèlhof het ook by geleentheid oor die werklike funksie van die verteenwoordiger besin. In *Sampson v Union & Rhodesia Wholesale Ltd*<sup>26</sup> het wn ar Wessels dit nodig gevind om te vra of ’n verteenwoordiger ’n blote boodskapper was wat slegs kontrakte rondra en handtekeninge verkry en of hy dit moes verduidelik en die voordele daarvan uiteensit om so-doende mense oor te haal om aandele in die maatskappy te koop. Op die feite bevind die regter dat die betrokke persoon wel laasgenoemde handeling kon verrig en daarom is hy geag ’n verteenwoordiger van die maat-

<sup>21</sup>bl 17 van die verslag.

<sup>22</sup>Sien *Measrock v Liquidator New Scotland Co* 1922 AD 237; *Patel v Keeler & Co* 1923 AD 510 en 513; vgl ook Stuart 1966 *Annual Survey* 105-107.

<sup>23</sup>*Hugo v Mathews* 1906 TS 832.

<sup>24</sup>*Norwich Union v Dobbs* 1912 AD 491.

<sup>25</sup>*Ravene Plantations v Abrey's Est* 1928 AD 154.

<sup>26</sup>1929 AD 468 482.

skappy te wees. Die gedagte word dus beklemtoon dat die verteenwoordiger 'n handelende party is en nie bloot 'n medium of boodskapper van die prinsipaal nie.<sup>27</sup>

Verskeie skrywers het hulle met dié standpunt vereenselwig. De Wet en Yeats raak die aangeleentheid pertinent aan en laat hulle in geen onduidelike taal nie as volg daaroor uit:

“Die verteenwoordiger spreek nie woorde van die prinsipaal nie, maar sy eie woorde. Hy skep deur sy eie wilsverklarings regte en selfs verpligtinge vir sy prinsipaal. Dit is nie die prinsipaal wat as skepper optree nie, maar die verteenwoordiger . . .”<sup>28</sup>

en effens later:

“Dit spreek ook vanself dat by die beoordeling of daar wilsooreenstemming was of nie, die bedoeling van die verteenwoordiger in ag geneem moet word, en nie die bedoeling van die prinsipaal nie.”<sup>29</sup>

Met hierdie opvatting is ook Reinecke dit roerend eens:

“Dit staan naamlik vas dat hoewel 'n verteenwoordiger geen party word tot die verbintenisse voortvloeiende uit die kontrak wat hy vir sy prinsipaal gesluit het nie, hy wel 'n party tot die feitelike gebeurtenis van die afspraak of kontrak is: dit is hy wat aan die regskepping deel het en nie sy prinsipaal nie. Dit is immers sy wilsverklarings wat die verbintenisse uit die kontrak wat hy sluit vir die prinsipaal in die lewe roep.”<sup>30</sup>

Met hierdie standpunt dat die verteenwoordiger as handelende party optree en nie die prinsipaal nie, kan sonder voorbehoud saamgestem word want dit is wat vandag in werklikheid in die praktyk plaasvind. Voorgemelde standpunt dat die prinsipaal die rol vervul en wilsooreenstemming bygevolg tussen hom en die derde bereik word, kom neer op 'n redusering van die posisie van die verteenwoordiger tot die van 'n *nuntius* sodat hy bloot 'n geleibuis van die prinsipaal en derde se wilsverklarings is.

Opsommenderwys kan gesê word dat indien 'n verteenwoordiger kragtens verleende volmag 'n kontrak namens sy prinsipaal met 'n derde sluit, wilsooreenstemming tussen die verteenwoordiger as handelende party en die derde sal bestaan. Ingevolge die bedoelings van die betrokke partye sal die ontstane regte en verpligtinge egter oor en weer aan die prinsipaal en derde toekom. Met hierdie uitgangspunt kan vervolgens op die aard van ratifikasie gelet word.

## II AARD VAN RATIFIKASIE

In die teenswoordige Suid-Afrikaanse reg is weinig bekend oor die aard of wese van ratifikasie sodat ons by die bespreking van die aangeleentheid verplig sal wees om kennis te neem van dergelike standpunte in moderne Europese regstelsels, die algemene beginsels van ons verteenwoordigings- en kontraktereg asook opvattinge ten aansien van verwante regsfigure.

<sup>27</sup>Hierdie sienswyse word onderskryf in die resente beslissing van *Nordis Construction v Theron* 1972 2 SA 535 (DK) 539.

<sup>28</sup>aw 82.

<sup>29</sup>*loc cit.*

<sup>30</sup>1966 *THRHR* 175.



As uitgangspunt kan gekonstateer word dat die hele problematiek van die aangeleentheid sentreer om twee aspekte naamlik:

(a) die regsgeaardheid van die ratifikasieverklaring en

(b) die regsgeaardheid van die objek van die verklaring, naamlik die volmaglose handeling van die sogenaamde verteenwoordiger.

### Ratifikasieverklaring

Die vraag wat hier ontstaan, is wat die ratifikasieverklaring in wese behels, of anders gestel, wat die werklike funksie van die betrokke verklaring is. In die *BGB*<sup>31</sup> word daar melding gemaak van *Genehmigung* as “nachträgliche Zustimmung” (dit wil sê later verleende toestemming) terwyl Jauw, ’n Belgiese juris, daarna verwys as basies die goedkeuring van ’n regshandeling<sup>32</sup> en De Wijkerslooth dit aandui as die genoeë neem met of goedkeuring van ’n geslote ooreenkoms.<sup>33</sup> In die Engelse reg is daar na ratifikasie verwys as die “affirmance of a prior act”.<sup>34</sup> Dié beskouings bevestig almal een basiese gedagte, naamlik dat die ratifikasieverklaring in wese die goedkeuring van ’n voorafgaande handeling inhou.

In die Suid-Afrikaanse reg word ’n feitlik ooreenstemmende benadering aangetref.<sup>35</sup> Ofskoon ratifikasie as begrip nie dikwels in regspraak nader verduidelik word nie, waarskynlik omdat aanvaar is dat die betekenis daarvan algemeen bekend is, word dit nietemin deurgaans in die betekenis van goedkeuring<sup>36</sup> en aanvaarding<sup>37</sup> geïmplementeer wat in effek maar dieselfde beteken.<sup>38</sup> Skrywers is ook oor die algemeen die siening toegedaan dat ratifikasie basies die goedkeuring van die ongemagtigde se handeling beteken. De Villiers en Macintosh praat onder andere van “confirms and adopts”,<sup>39</sup> Gibson van “affirmed”<sup>40</sup> en Wille en Millin van “adopts or takes the benefit of”, met ander woorde, aanvaar.<sup>41</sup> In die lig hiervan is die standpunt van Naudé nie heeltemal suiwer nie wanneer hy onder andere verklaar: “. . . die term (word) dikwels met sy eintlike of tegniese betekenis gebruik, wat spruit uit die gebruik van *ratihabitio* of *confirmare* deur Latynse skrywers: die gee van ’n regsgrondslag aan iets wat dit voorheen nie gehad het nie.”<sup>42</sup> Hy verwar die betekenis van ratifikasie met die gevolge wat

<sup>31</sup>par 184(1).

<sup>32</sup>Vgl *Leerstuk van ratifikasie* 210 e.v.

<sup>33</sup>*ibid.*

<sup>34</sup>“Restatement of the Law” par 82.

<sup>35</sup>In *D 46 8 121 1* is reeds erkenning aan so ’n betekenis verleen: *rem haberi ratum hoc est comprobare adgnoscerique*.

<sup>36</sup>*Fourie v Saayman* 1950 2 PH A67; *Dreyer v Sonop* 1951 2 SA 392 (O) 397; vgl ook *Reid v Warner* 1907 TS 961 971.

<sup>37</sup>*Kynochs v Transvaal Silver & Base Metals* 1922 WLD 71 79 80; *Reid v Warner supra*; *Covary v Registrar of Deeds* 1949 2 SA 719 (A) 734.

<sup>38</sup>Kritzinger ea *Verklarende Afrikaanse woordeboek* 5e uitg 8 12 en 206.

<sup>39</sup>bl 108.

<sup>40</sup>*South African mercantile and company law* 2e uitg 183.

<sup>41</sup>*Mercantile law of South Africa* 16e uitg 340.

<sup>42</sup>*Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* proefskrif Universiteit van Suid-Afrika 273.

daaruit voortvloei by implementering.<sup>43</sup> Vat mens dit alles saam, blyk dit dat die ratifikasieverklaring as sodanig 'n goedkeuringshandeling behels.

### Volmaglose Handeling

Word die aandag vervolgens bepaal by die voorwerp van ratifikasieverklaring sal dit altyd blyk die handeling te wees wat die vermeende verteenwoordiger sonder magtiging van die prinsipaal verrig het. Vanweë die feit dat volmag ontbreek, sal die verklaring normaalweg altyd gerig wees op die aansuiwering van die betrokke gebrek by die verteenwoordiger se handeling.

Die probleem wat tans bygelê moet word, kan aan die hand van die volgende voorbeeld verduidelik word: V sluit sonder volmag van P 'n koopkontrak met D ten behoeve en ten name van P. Die vraag ontstaan hoe die juridiese betekenis van hierdie volmaglose koopkontrak, voor ratifikasie, regs wetenskaplik verantwoord moet word. Is die kontrak nietig of bloot vernietigbaar of het mens slegs met 'n natuurlike verbintenis te doen wat voor ratifikasie nie afdwingbaar is nie?

In die Duitse reg word verskillende opvattinge oor die aangeleentheid nagehou wat basies daarop neerkom dat die volmaglose kontrak nie nietig is nie. In die voor- *BGB*-periode het Windscheid die mening gehuldig dat die regshandeling in 'n "Zustand der Schweben" verkeer sodat die werking daarvan slegs opgeskort word.<sup>44</sup> In die *BGB* self word die aspek nie spesifiek toegelig nie maar sekere bepalings daarvan is insiggewend. Die indruk word deur par 177(1) geskep asof V en D alreeds 'n kontrak tot stand gebring het voor ratifikasie maar dat die werking daarvan afhanklik gestel word van P se ratifikasie.<sup>45</sup> In par 184(1) word verklaar dat die bekragtiging terugwerkende krag het tot en met die "Vornahme des Rechtsgeschäfts" (totstandkoming van die oorspronklike kontrak). Dit impliseer dat 'n geldige handeling alreeds voor ratifikasie bestaan want 'n regshandeling is 'n menslike handeling waaraan die reg in objektiewe sin daardie gevolge heg wat deur die betrokke partye beoog word. Dit is dus duidelik dat 'n regshandeling allermins nietig kan wees anders sou dit op 'n *contradictio in terminis* neerkom.<sup>46</sup> In dié regstelsel blyk die volmaglose kontrak dus oënskynlik geldig te wees ofskoon die presiese aard daarvan nie heeltemal duidelik is nie.<sup>47</sup>

In die Engelse reg is die posisie eweneens onseker. Daar bestaan regspraak waar beslisse is dat die betrokke kontrak nietig is<sup>48</sup> terwyl die standpunt uitgespreek is dat daar wel 'n kontrak voor ratifikasie tot stand kom.<sup>49</sup>

<sup>43</sup>Sien *Leerstuk van ratifikasie* 486.

<sup>44</sup>*Lehrbuch des Pandektenrechts* bd II par 74.

<sup>45</sup>Sien *Leerstuk van ratifikasie* 141 asook 160 ev.

<sup>46</sup>Sien Turpin 1955 *SALJ* 58 asook Enneccerus-Nipperdey *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* 15. Aufl § 204 IV 1 en Soergel-Siebert *Bürgerliches Gesetzbuch* 10. Aufl § 178 par 1.

<sup>47</sup>In die Nederlandse reg word die standpunt gesteun - vgl *Leerstuk van ratifikasie* 211 ev.

<sup>48</sup>*Dodge v Hopkins* 14 Wiscon 630; *Watson v Davies* 1931 1 ChD 455.

<sup>49</sup>*Bolton Partners v Lambert* 1889 41 ChD 295; *In re Portuguese Consol Copper Mines* 1890 45 ChD 16.

Ander opvatting kom daarop neer dat die handeling van die verteenwoordiger en derde teenoor mekaar bloot vernietigbaar is sodat dit ter keuse van die prinsipaal bestendig (deur middel van ratifikasie) of gerepudieer kan word.<sup>50</sup>

In die Suid-Afrikaanse reg is die standpunte baie uiteenlopend oor die geaardheid van die verteenwoordiger se handeling voordat ratifikasie plaasgevind het. In *Peak Lode Gold Mining Co v Union Government*<sup>51</sup> is die mening gehuldig dat daar wel 'n kontrak tot stand gekom het. Regter Greenberg laat hom hieroor as volg uit:

“... in my opinion Rooth (V) was under no liability to the vendors (D) between the time when the contract was entered into and when it was adopted, and the binding force of the agreement was conditional upon its adoption. The effect of the agreement was that the appellant (P), within a reasonable time after its incorporation . . . was entitled to adopt the contract which until that date, merely had the effect of granting an option to the appellant.”<sup>52</sup>

Hierdie uitspraak is met respek hoogs verwarrend. Volgens die regter is die afdwingbaarheid (“binding force”) van die kontrak voorwaardelik totdat ratifikasie geskied. Die betekenis hiervan is dus dat die kontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde is en dat vervulling by ratifikasie plaasvind. Eienaardig genoeg verklaar regter Greenberg dan verder dat die betrokke kontrak voor ratifikasie bloot die effek het dat 'n opsie vir die prinsipaal daaruit resulteer. Indien dit nie op 'n *contradictio in terminis* neerkom nie is die afleiding eenvoudig dat die regter 'n kontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde en 'n kontrak waaruit 'n opsie voortvloei as identiese regsfigure beskou.<sup>53</sup> Die aspek wat egter vir ons doeleindes van belang is, is dat die kontrak *in casu* geag is geldig te wees ofskoon die werking tot en met ratifikasie opgeskort is.

Die standpunt van regter Greenberg word tot 'n groot hoogte deur Honoré onderskryf ofskoon hy meer konsekwent in sy benadering is wat hy as volg verduidelik:

“The contract is one between seller (D) and principal and is conditional upon ratification by the principal; the agent's acceptance is an acceptance on behalf of the principal, subject to the same condition.”<sup>54</sup>

De Villiers en Macintosh is ook oënskynlik van opinie dat daar reeds voor ratifikasie 'n kontrak bestaan want hulle verwys onder andere na die “breach of an unauthorized contract”<sup>55</sup> en daar kan nouliks sprake wees van kontrakbreuk sonder die aanwesigheid van 'n regsgeldige kontrak.

By geleentheid is ook al verskillende ander oplossings deur Rubin

<sup>50</sup>Fridman *Law of agency* 2e uitg 53; Powell *The law of agency* 2e uitg 145-146 en Wambaugh 1895 *Harv LR* 70-1.

<sup>51</sup>1932 TPD 48.

<sup>52</sup>bl 52 van die hofverslag.

<sup>53</sup>In geval van 'n kontrak onderworpe aan 'n voorwaarde is daar nie sprake van 'n afdwingbare kontrak voor vervulling van die betrokke voorwaarde nie terwyl die kontrak waaruit die opsie resulteer wel ten volle afdwingbaar is.

<sup>54</sup>*South African law of trusts* 33.

<sup>55</sup>aw 114-116.

aan die hand gedoen om die verhouding tussen V en D voor ratifikasie te verklaar, naamlik:

(a) Die kontrak tussen V en D is vernietigbaar en bly daarom van krag totdat ratifikasie plaasvind of totdat dit verwerp word.<sup>56</sup>

(b) V is 'n blote instrument wat 'n aanbod van D aan P oordra.<sup>57</sup>

(c) Die kontrak is heeltemal geldig alhoewel sy gevolge afhanklik van ratifikasie deur P is.<sup>58</sup>

(d) Die kontrak kom regsgeldiglik tot stand in die lig van die moontlikheid dat volmag later verleen kan word, en vanweë die moontlikheid bly die kontrak voortbestaan deur regswerking totdat dit sy finale beslag ontvang of verdwyn. Tot op hierdie stadium is dit steeds *imperfecta* maar dit bly nogtans van krag sodat al die voordele van verteenwoordiging daaruit kan resulteer.<sup>59</sup>

Met die uitsondering van die tweede opvatting is daar in die ander gevalle telkens voor ratifikasie 'n regsgeldige kontrak tussen V en D waarvan die afdwingbaarheid in een of ander opsig aan beperkings onderworpe is. Die benadering is in ooreenstemming met die posisie in die Duitse reg en tot 'n sekere hoogte ook met dié in die Engelse reg. Die tweede opvatting as sou V slegs as medium vir P optree en daarom bloot 'n aanbod aan hom (V) gemaak aan P oordra vir aanvaarding of repudiëring, is onhoudbaar omdat verskeie besware myns insiens daarteen ingebring kan word. Dit kan kwalik die bedoeling van V en D wees dat laasgenoemde slegs 'n aanbod aan V vir bekendmaking aan P maak - intendeel is dit normaalweg hulle bedoeling om tussen P en D 'n kontrak in die lewe te roep uit hoofde van die onderhandelinge tussen D en V. 'n Verdere beswaar is myns insiens dat indien die resultaat van die onderhandelinge tussen V en D bloot 'n aanbod aan V vir aanname daarvan deur P is, dit moeilik sal wees om V se aanspreeklikheid teenoor D te verklaar indien P nie ratifiseer nie. Insgelyks, indien aanvaarding van die aanbod slegs plaasvind ten tye van ratifikasie en die kontrak gevolglik nou eers tussen P en D gesluit word, sal dit ewe problematies wees om die beginsel van terugwerkendheid te verklaar - in die lig van die feit dat daar nooit voor ratifikasie sprake van 'n ongemagtigde "kontrak" was nie.

Die sienswyse van De Wet en Yeats is nie heeltemal duidelik nie. Hulle verklaar byvoorbeeld: "Tot tyd en wyl dat die verteenwoordigde bekragtig, bestaan daar 'n toestand van onsekerheid."<sup>60</sup> Effens later lig hulle dié "toestand van onsekerheid" as volg toe: ". . . as die verteenwoordigde nie binne 'n redelike tyd bekragtig nie, kan die ander persoon (D) weier om 'n latere bekragtiging as deugdelik te erken en dan verval die ooreenkoms

<sup>56</sup>1954 *But SALR* 133.

<sup>57</sup>*ibid.*

<sup>58</sup>*ibid.*

<sup>59</sup>Pacchioni *Diritto Civile Italiano* d 2 vol 2 hfst 18 - 'n standpunt waarmee Rubin hom vereenselwig.

<sup>60</sup>aw 84. sien ook Van Dijkhorst *Huldigingsbundel Daniel Pont* 372 374.



eenvoudig.”<sup>61</sup> Daar bestaan dus ’n geldige kontrak anders sou daar nie sprake van sodanige verval daarvan kon wees nie, maar oor die juiste aard van die betrokke kontrak word mens in die duister gelaat.

Is dit vervolgens ons taak tot standpuntinname ten aansien van die omstrede aangeleentheid, moet as uitgangspunt eerstens vasgestel word of ’n geldige kontrak tussen P en D voor ratifikasie kan bestaan. Myns insiens moet ontkenning op hierdie vraag geantwoord word. Vroeër is daarop gewys dat aan sekere vereistes voldoen moet word voordat daar sprake van ’n geldige afdwingbare kontrak tussen prinsipaal en derde kan wees en dat een van die vereistes onder andere die bestaan van volmag is. By implikasie beteken dit eenvoudig dat indien volmag ontbreek, die kontrak om dié rede nie geldig kan wees nie<sup>62</sup> - toegepas op die geval van ratifikasie beteken dit dat voor ratifikasie plaasgevind het, daar insgelyks nie ’n geldige kontrak tussen P en D kan bestaan nie, met ander woorde dat die gewaande kontrak nietig is. Steun vir die standpunt is te vind in *Jagersfontein Garage & Transport Co v Secretary State Advances*<sup>63</sup> waar regter Van den Heever sonder motivering as volg verklaar:

“For it is clear that prior to ratification the juristic act cannot exist as such, it is born from ratification.”

Die posisie is dus dat die sogenaamde gebrekkige kontrak na sy aard nie vernietigbaar of geldig maar onafdwingbaar is nie maar inderdaad *nietig* is. Deurdat die oogmerk van ratifikasie telkens die geldigmaking van die gebrekkige handeling behels, beteken dit in effek dat juis die gebrek in dié handeling, naamlik afwesigheid van volmag, deur ratifikasie aangesuiwer word sodat gevolglik aan al bogemelde geldigheidsvereistes voldoen kan word.

Die grootste enkele beswaar wat na my mening teen die standpunt dat daar reeds ’n geldige kontrak voor ratifikasie bestaan, ingebring kan word, is die feit dat ’n kontrak tussen P en D bestaan, dit wil sê dat hulle oor en weer geregtig en verplig teenoor mekaar is sonder dat dit enigsins P se bedoeling kan wees, of dat hy van so ’n gebondenheid of geregtigheid bewus is, of sy samewerking daartoe verleen het - en dit kan tog nimmer die geval wees nie.

’n Beswaar wat dikwels teen die standpunt dat die kontrak voor ratifikasie nietig is, geopper word, is dat dit onmoontlik is om ’n handeling wat op sigself nietig is, te ratifiseer.<sup>64</sup> Die volgende teenargumente toon egter aan dat genoemde beswaar nie te ernstig is nie:

(a) Holland het nietige handeling op die volgende basis onderskei:

“A pretended act which is deficient in any one of the ‘essentialia negotii’ is a ‘nullity’, ‘void ab initio’; when, as a rule, the deficiency cannot be supplied by any subsequent

<sup>61</sup> tap.

<sup>62</sup> Vgl *Lewis & Co v Pietersburg Ko-op Boerevereniging* 1936 AD 355; *Smale v Castle & Brandy Co* 1936 CPD 213 218.

<sup>63</sup> 1939 OPD 37 46.

<sup>64</sup> *Bolton Partners v Lambert supra* 307 ev; *Fridman* aw 53; *Wambaugh* aw 64. Vgl egter ook *De Villiers en Macintosh* aw 115 en *Powell* aw 142.

change of circumstances, 'quod initio vitiosum est non potest tractu temporis conualescere'. In exceptional cases, the deficiency can be waived, or is cured by lapse of time."<sup>65</sup>

Myns insiens ressorteer die ratifikasiesituasie onder laasgenoemde buitengewone groep gevalle want deur middel van ratifikasie word een van die *essentialia negotii*, naamlik volmagbestaan, aangevul sodat die nietige handeling ten volle regsgeldigheid verkry.

(b) Die betekenis wat die appèlhof in *Edelstein v Edelstein* aan die begrip ratifikasie gegee het, naamlik "to give a legal basis to something which hitherto had no legal foundation at all",<sup>66</sup> impliseer ook dat ratifikasie slegs toepassing vind ten aansien van nietige handeling en nie gebrekkige handeling wat om welke rede ook al reeds oor regsrag beskik nie.

### III TERUGTREDE VAN DERDE VOOR RATIFIKASIE - NADER BESKOU

Daar is nou bepaal wat die grondslag en aard van die ratifikasiehandeling is en daarom is dit nou die taak om hierdie uitgangspunte op die probleem wat aanvanklik gestel is, toe te pas. Indien die pseudo-verteenvoorder sonder volmag 'n koopkontrak met 'n derde sluit, kan laasgenoemde hom aan die kontrak onttrek voordat die prinsipaal oorgegaan het tot die ratifisering daarvan?

In die Engelse regswêreld word verskeie opvattinge oor die vraagstuk nagehou. In die welbekende beslissing van *Bolton Partners v Lambert*<sup>67</sup> het die hof beslis dat die derde se terugtrede van nul en gener waarde is indien die prinsipaal die volmaglose kontrak daarna ratifiseer - 'n siening wat onder andere die goedkeuring van Bowstead,<sup>68</sup> Stoljor<sup>69</sup> en Fridman<sup>70</sup> weggedra het. Hierteenoor word daar in die Amerikaanse reg in par 88 van die "Restatement of the Law" van die standpunt uitgegaan dat ratifikasie alleen moontlik is indien dit plaasvind voor enige terugtrede deur die derde party.<sup>71</sup>

In par 178 van die Duitse *BGB* word egter bepaal dat die derde, voor ratifikasie plaasgevind het, wel geregtig is om uit die kontrak terug te tree *tensy* hy ten tye van kontraksluiting bewus was van die afwesigheid van volmag. Dié standpunt is nouliks te versoen met die gedagte dat die volmaglose kontrak, soos eerder aangetoon, nietemin oor regsrag beskik want indien laasgenoemde die geval is, sal D nie geregtig wees om sonder die prinsipaal se samewerking terug te tree nie.<sup>72</sup> Die Nederlandse *Burgerlijk Wetboek* en die Franse *Code Civil* swyg oor die aangeleentheid maar 'n

<sup>65</sup>*Elements of Jurisprudence* 13e uitg 124-5.

<sup>66</sup>1952 3 SA 1 (A) 10.

<sup>67</sup>*supra*.

<sup>68</sup>a w 45 e v.

<sup>69</sup>a w 189 e v.

<sup>70</sup>a w 51 e v.

<sup>71</sup>Vir 'n volledige uiteensetting van hierdie aangeleentheid in die Engelse reg sien *Leerstuk van ratifikasie* 266 e v.

<sup>72</sup>Vgl ook *Leerstuk van ratifikasie* 172 e v.

Nederlandse juris van die twintiger jare, De Wijkerslooth, onderskryf in breë trekke die reëling van die *BGB*.<sup>73</sup>

Word daar gelet op die situasie in die Suid-Afrikaanse reg blyk eenstemmigheid eweneens nie te bestaan nie. De Groot is klaarblyklik van mening dat die derde nie kan terugtree sonder om troubleuk te pleeg nie.<sup>74</sup> Dr Rubin het egter van die standpunt uitgegaan dat D oor geen sodanige bevoegdheid tot terugtrede beskik nie:

“Neither the promittens nor the gestor (V) is entitled to withdraw from the contract by unilateral act. Each is bound to the other by reason of the fact that the contract was concluded in contemplation of a possible ratification by the dominus. The gestor would be entitled to restrain the promittens, by interdict, from acting in violation of his obligation under the contract.”<sup>75</sup>

Sy sienswyse is gefundeer op sy bovermelde standpunt dat die gewaande kontrak tussen P en D voor ratifikasie reeds oor regs krag beskik alhoewel dit andersins *imperfecta* is. In aansluiting by voorgaande opvattinge is ook beweer dat die toedrag van sake onseker is voordat ratifikasie plaasgevind het en blykbaar sal D dan nie geregtig wees om terug te tree nie.<sup>76</sup> Daar is ook aangevoer dat die terugtrede van D onder die omstandighede onregmatig is.<sup>76a</sup> Op die basis dat ’n kontrak wel bestaan, alhoewel voorwaardelik, verklaar Honoré onder andere dat die derde nie sy aanbod kan herroep totdat ’n redelike tydperk vir die vervulling daarvan verloop het nie.<sup>77</sup>

Die skrywers De Villiers en Macintosh is egter die mening toegedaan dat aanvaarding van ’n aanbod geratificeer moet word terwyl die aanbod nog steeds ontvanklik is vir aanvaarding of voordat repudiëring deur die derde plaasgevind het.<sup>78</sup> Hulle steun veral op die Engelse beslissing van *Watson v Davies*.<sup>79</sup> wat egter geen werklike gesag vir so ’n sienswyse is nie. In die betrokke saak het V ’n aanbod van D aanvaar uitdruklik onderworpe aan P se ratifikasie en r Maughan het die saak dan ook onderskei van die *Bolton Partners*-beslissing op grond daarvan dat die aanvaarding deur V regtens van nul en gener waarde was totdat ratifikasie sou plaasvind.<sup>80</sup> Genoemde skrywers bereik oënskynlik hulle standpunt deur aan die hand van die *Watson*-beslissing as volg te redeneer: Indien ’n aanbod aan V wat na die wete van D nie oor volmag beskik nie, gemaak word en hy dit bloot onderworpe aan die prinsipaal se ratifikasie aanvaar, verwerf V geen aanspreeklikheid nie omdat slegs ’n onaanvaarde aanbod deur D gemaak word. Indien die aanbod steeds regsgeldiglik aanvaarbaar is ten tye van ratifikasie, kan laasgenoemde geldiglik plaasvind sodat ’n kontrak tussen P en D tot stand kom. Voor hierdie moment waarop ratifikasie plaasvind, kan

<sup>73</sup>Sien verder *Leerstuk van ratifikasie* 221 e.v.

<sup>74</sup>*De Iure Belli ac Pacis* 2 11 18.

<sup>75</sup>1954 *But SALR* 133.

<sup>76</sup>De Wet en Yeats *loc cit.*

<sup>76a</sup>Van Dijkhorst *loc cit.*

<sup>77</sup>a w 33.

<sup>78</sup>a w 114-6.

<sup>79</sup>1931 1 *ChD* 468-9.

<sup>80</sup>Sien *Leerstuk van ratifikasie* 275 e.v.

terugtrekking van die aanbod te eniger tyd geskied.<sup>81</sup> Die redenasie kom baie gekunsteld voor en kan hoogstens van toepassing wees op gevalle waar:

(a) V sonder volmag optree terwyl D daarvan bewus is, en

(b) V en D op die besondere voorwaardes ten aansien van aanbod en gewaande aanvaarding daarvan soos deur De Villiers en Macintosh verduidelik, met mekaar onderhandel. Vir die normale situasies naamlik waar V sonder volmag en sonder kennis daarvan deur D, met laasgenoemde onderhandel, bied dit geen oplossing nie - in elk geval nie op gemelde basis van redenering nie.

Met bostaande sienswyse het Van Dijkhorst hom vereenselwig maar op 'n heel ander basis wat hy as volg verduidelik:

“Of dit teoreties geheel en al korrek is (dat ratifikasie na terugtrede deur D wel moontlik is), is te betwyfel want wanneer 'n agent sonder volmag 'n regshandeling aangaan, kom daar myns insiens niks tot stand nie en indien daar dan teruggetree word, bly daar niks oor wat geratificeer kan word nie.”<sup>82</sup>

Kritiek kan teen hierdie benadering ingebring word want dit hou myns insiens 'n weerspreking in. Indien daar voor terugtrede reeds niks tot stand gekom het nie, kan terugtrede daarna tog nie moontlik wees nie want waaruit moet die derde terugtree?

In sy pas verskene handboek *Law of Agency* verduidelik prof Kerr sy sienswyse oor die aangeleentheid by wyse van felle kritiek op die beslissing van *Bolton Partners v Lambert*. Met sy gevolgtrekking kan saamgestem word maar nie met sy standpunte ter bereiking van die gevolgtrekking nie. Hy verklaar onder andere dat die *Bolton Partners*-beslissing in konflik met die reël is dat ratifikasie nie kan plaasvind tot nadeel van 'n ander wat 'n reg of voordeel voor die ratifikasie-verklaring verkry het nie.<sup>83</sup> Hierdie beswaar gaan myns insiens nie op nie want Voet praat in 3 3 10 van 'n *ius tertii* - dus die reg van 'n derde of buitestaander op 'n verteenwoordigingsverhouding en nie van die derde as party by die verhouding nie. Voorts is Kerr ook die mening toegedaan dat dit onbillik sou wees om in die Suid-Afrikaanse reg beide die reëlings van *Bolton Partners* en *Watson v Davies* te hê.<sup>84</sup> Indien die onbillikheid geleë is in die feit dat die twee reëlings direk in botsing met mekaar staan, is ook hierdie sienswyse van hom nie aanvaarbaar nie. In die *Watson*-saak was die onderhandelinge tussen die sogenaamde verteenwoordiger en die derde afhanklik gestel van 'n opskortende voorwaarde naamlik die latere ratifikasie deur die prinsipaal terwyl so 'n afspraak totaal afwesig was by die *Bolton Partners*-beslissing! Hy is dan van opinie dat die reëling van die Amerikaanse reg soos vervat in die “Restatement of the Law” in ons reg navolging verdien.<sup>85</sup>

Met die gevolgtrekkings van De Villiers en Macintosh en Van Dijkhorst kan nogtans saamgestem word maar op ander gronde. Vroeër is

<sup>81</sup>a w 115.

<sup>82</sup>loc cit.

<sup>83</sup>bl 80.

<sup>84</sup>loc cit.

<sup>85</sup>bl 81.



reeds aan die hand gedoen dat die betrokke kontrak voor ratifikasie nietig is maar ten spyte daarvan nogtans vir ratifikasie vatbaar is. Dit impliseer dat daar geen kontraktuele verhouding tussen die prinsipaal en derde voor ratifikasie bestaan nie en insgelyks ook geen sodanige verhouding tussen die verteenwoordiger en die derde nie. Om hierdie rede behoort die derde dus enige tyd voor ratifikasie sy aanbod of sy aanvaarding daarvan te kan herroep. Regtens is dit ook nie suiwer om in hierdie gevalle van terugtrede deur D uit die kontrak voor ratifikasie te praat nie, eenvoudig omdat daar nie 'n kontrak bestaan nie en daar bygevolg niks is om uit terug te tree nie. Hierdie bevoegdheid tot "herroeping" behoort die derde te besit ten spyte van die feit dat daar konsuis wilsooreenstemming tussen hom en V bestaan aangesien die *consensus ad idem* van alle regs krag ontbloot staan.

Rubin is egter bereid om die derde tegemoet te kom en wel op die volgende basis:

"By mutual agreement however, the gestor and the promittens are entitled to revoke the contract before the dominus has been given an opportunity to indicate his wishes."<sup>86</sup>

Hierteenoor is De Wet en Yeats die siening toegedaan dat V nie vir D voor bekragtiging kan ontslaan nie

"want hy wou nie vir homself nie maar vir die verteenwoordiger handel."<sup>87</sup>

Hierdie beskouing word gesteun deur Honorè wat konsekwent op die gedagte dat daar reeds 'n kontrak bestaan, voortbou.<sup>88</sup> Volgens hom verleen die reg aan die ongemagtigde verteenwoordiger 'n beperkte volmag om die derde teenoor sy prinsipaal te verbind maar dit beteken nog geensins dat hy die bevoegdheid het om die derde van sy voorwaardelike verpligtinge te ontslaan nie.

Uitgaande van die standpunt dat daar geen geldige kontrak voor ratifikasie tussen P en D of D en V bestaan nie moet bostaande opvattinge verwerp word. Ten aansien van die opvatting dat D kragtens ooreenkoms met V kan terugtree, blyk dit regtens onnodig te wees om 'n handeling wat oor geen regs krag beskik nie deur middel van ooreenkoms tot niet te maak. Basies dieselfde oorwegings geld ten aansien van die opvatting dat sodanige terugtrede selfs nie deur middel van ooreenkoms met P moontlik is nie, eenvoudig omdat daar geen grondslag vir D se gebondenheid teenoor P of V te konstrueer is nie. Insgelyks is die voorbehoudsbepaling van par 178 van die *BGB* dat D nie op sodanige terugtrede of herroeping geregtig is nie, indien hy bewus van die afwesigheid van volmag was, dan ook nie aanvaarbaar nie. Sy blote kennis kan hom tog onmoontlik onder 'n kontraktuele verpligting, hetsy teenoor V, hetsy teenoor P plaas, veral in die lig van die feit dat daar andersins geen sodanige kontraktuele verhouding van enige aard tussen genoemde partye bestaan nie maar hoogstens 'n verwagting dat dit kan konkretiseer. □

<sup>86</sup>*loc cit.*

<sup>87</sup>*loc cit.*

<sup>88</sup>a w 33-4.

# The concept "possession" in the South African criminal law

JH Hugo

*Member of the Pretoria Bar*

The concept *possessio* is well-known to students of private law where it plays a cardinal role in the law of property. This private law concept has a long history in our law, its origin being traced back to the beginnings of the Roman law. Even this long history has however not immunized the concept from a degree of confusion and controversy.

The use of the concept in the criminal law is of much more recent origin, its roots having been implanted probably within the last two centuries at most. These roots however have in the past fifty years or so grown many branches, rich with the fruits of controversy, more so perhaps than their private law elder cousins. The reasons for these controversies, the relationship between *possessio* in private and criminal law, the role which *possessio* has played in the latter, the role it should play in future, and its relationship with some of the general principles of criminal law all fall to be considered here.

In order however to do this it is essential to comment, albeit very superficially, on the concept of possession as applied in our modern private law.

## I POSSESSION IN MODERN SOUTH AFRICAN PRIVATE LAW

In the modern South African private law possession has various important legal effects: *inter alia*, it is protected by the *mandament van spolie*;<sup>1</sup> it leads to acquisitive ownership by prescription;<sup>2</sup> the *bona fide* possessor is entitled to compensation for certain improvements and also to gather the fruits of the property he possesses.<sup>3</sup>

The concept of possession is left open by some modern writers,<sup>4</sup> but most moderns devote some space to it, mainly as an introduction to their discussion of the *mandament van spolie*. Since the concepts of *bona fide* and *mala fide* possession are not important as far as the criminal law is concerned, they will not be discussed any further.

---

<sup>1</sup>Lee *An Introduction to Roman Dutch Law* 3rd ed 161; Price *Possessory Remedies in Roman Dutch Law* 71.

<sup>2</sup>Lee *op cit* 140; Wille *Principles of South African Law* 5th ed 172.

<sup>3</sup>Maasdorp *Institutes of SA Law* vol II 9th ed 41.

<sup>4</sup>e.g Lee *op cit*; Price *op cit*.

Wille<sup>5</sup> gives the following definition: "Possession is the physical control by a person of a corporal thing with the intention of keeping control of it for his own benefit." This in itself seems to be an extension of the Roman-Dutch principle which demanded of *possessio civilis* an intention to hold as owner.<sup>6</sup>

It is clear that our law, at least for the purposes of the *mandament van spolie*, has fused the old *possessio civilis* and *possessio naturalis*<sup>7</sup> and now lends protection to the possessor who holds, not as owner, but in order to gain some benefit for himself.<sup>8</sup>

It is clear however that our private law grants no legal effect to the physical detention of the thing without at least the intention of benefitting from it.<sup>9</sup> From this it follows that a person who holds on behalf of another does not possess, but conversely a person may possess if someone else holds on his behalf.<sup>10</sup>

## II POSSESSION IN CRIMINAL LAW

### A THE IMPORTANCE OF POSSESSION IN THE COMMON LAW

Possession, while basic to the common law of property, finds no role in the common law of crime. Indeed it seems that no mere possession of an item was a crime at common law.

In only one common law crime does the concept play any direct role at all, viz receiving stolen property knowing it to be stolen. In the case of this offence the requirement has been stated that the receiver must *receive the property into his possession*. The meaning of this phrase was considered in *R v Von Elling*<sup>11</sup> where the court found that this "possession" does not mean "juridical possession in the sense that the accused must receive the property with the intention of holding it as his own". *In casu* the accused had physical "detention and control" and the court found that this was sufficient for the purposes of this offence.

In the case of the so-called *furtum possessionis* the concept of possession plays a fairly nebulous role. This offence is committed when an owner takes his property from another who has some rather undefined right of possession. This right has occasionally been discussed in our courts, with results which appear, on the face of it, to be somewhat arbitrary.

In *R v Thomas*<sup>12</sup> the court assumed that a law agent had a lien (and thus a right to possess) over certain documents pending payment of a certain sum. Removal of the documents by the owner *animo furandi* would constitute theft.

<sup>5</sup>188.

<sup>6</sup>Cf Maasdorp 12; Scholtens in Hahlo & Kahn *South Africa* 514.

<sup>7</sup>Scholtens *op cit*; Jones & Buckle *The Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa* 6th ed 91.

<sup>8</sup>*Scholtz v Faijer* 1910 TS 243 246.

<sup>9</sup>Wille 189; Scholtens 574; Maasdorp 12.

<sup>10</sup>*ibid*.

<sup>11</sup>1945 AD 234 251.

<sup>12</sup>1922 EDL 194.

In *R v Janoo*<sup>13</sup> the appellant removed certain goods, consigned to him, from the custody of the railways without signing a receipt. The railways held no lien in the strict sense as they held a deposit to cover their fees. The court found however<sup>14</sup> that the railways held a sufficient *retensie* and that the removal constituted theft. Here the railways clearly did not hold either as owners or in order to gain some benefit from their retention, for they could gain nothing from their continued possession, unless one were to consider a receipt as some benefit.

It is however clear that in this respect our courts have not applied any common law definition of possession, but have added qualifications of their own which are only coincidentally relevant to the concept of possession.

## B PROHIBITED POSSESSION IN STATUTE LAW

It was not until the dawning of the era of the so-called social welfare offences that the legislator started to prohibit the possession of various dangerous or potentially dangerous objects. Whereas this trend was sporadic for many years, recent years have seen a proliferation of possessory offences.

As far back as 1853<sup>15</sup> in the Cape one finds a provision prohibiting any non-licensed person from storing, keeping or having any gunpowder in excess of his *bona fide* needs.

In the Transvaal in 1858<sup>16</sup> persons with an excess of ammunition in their possession could be apprehended and taken to the local veldcornet.

Since about the beginning of the century the legislator has been active in prohibiting the possession of a large number of varied substances or objects. For present purposes it has however been considered fitting to limit the discussion to the concept of possession in respect of the following statutes: (i) Medical, Dental & Pharmacy Act 13 of 1928; (ii) Liquor Act 30 of 1928; (iii) Stock Theft Act 57 of 1959 and General Law Amendment Act 62 of 1955; (iv) Indecent and Obscene Photographic Matters Act 37 of 1967; (v) Dangerous Weapons Act 71 of 1968; (vi) Arms and Ammunition Act 75 of 1969; (vii) Abuse of Dependence Producing Drugs Act 41 of 1971.

### 1 Medical, Dental & Pharmacy Act 13 of 1928

Section 61(1)(c) & (d) of this act, as amended, read (before its repeal by Act 41 of 1971) as follows:

“Notwithstanding anything contained in Chapter V or in any other law, no person shall, save as in this Chapter provided -

(c) administer, possess for the purpose of sale or supply . . . any such drug, plant or portion of such plant (habit forming drug); or

(d) use or be in possession of any such drug, plant or portion of such plant.”

<sup>13</sup>1959 3 SA 107 (A).

<sup>14</sup>112.

<sup>15</sup>Ord 2 of 1853 (C) s 15.

<sup>16</sup>De Locale Wetten der ZA Republiek 74.



There was no definition of possess or possession in the act and the courts were left to their own devices to formulate a definition. In the light of the differences which were to appear between the definitions of the terms "possess for the purposes of sale" in sub-section (c) and "possession" in sub-section (d), they will be dealt with separately.

(a) *Possess for the purposes of sale*

This concept was introduced into the act in 1954<sup>17</sup> and was soon to be considered by the courts.

In *R v Mofokeng*<sup>18</sup> the court pointed to the distinction between "possession for the purposes of sale" and "possession" but did not consider their respective meanings.

In *R v Skade*<sup>19</sup> the court pointed to the apparent anomaly in the section in that it prohibits possession for the purpose of sale but not sale itself which is unaccompanied by either possession or supply. Again however the court did not consider the meaning of "possess."

In *S v Mjoli*<sup>20</sup> the phrase was analysed and it was found that although the accused had sold and possessed the dagga on behalf of another, she was guilty of "possessing for the purposes of sale." The court held:<sup>21</sup> "Consequently the intention must have been that 'possess' should have its wide or extended connotation not only of juridically possess but also of physically possess in the sense of having mere custody, detention or control, even if that is being exercised for and on behalf of another".

In *S v Mngadi*<sup>22</sup> and *S v Mlambo*<sup>23</sup> it was held that although an agent who holds merely to hand over to his principal does not possess for the purposes of supply, he does possess in the sense required by sub-section (d).

(b) *Possession per se*

Ever since its enactment, Act 13 of 1928 has prohibited the possession of dagga.

This term was considered in *R v Rogo*<sup>24</sup> where the court found that mere physical detention is sufficient and that "no such elements as are required in juridical possession are necessary".

In *R v Stevens*<sup>25</sup> the court held that the state had to prove "actual physical possession".

<sup>17</sup>by s 17 of Act 29 of 1954.

<sup>18</sup>1955 1 SA 688 (O).

<sup>19</sup>1955 2 SA 104 (C).

<sup>20</sup>1968 3 SA 397 (T).

<sup>21</sup>398.

<sup>22</sup>1965 1 SA 129.

<sup>23</sup>1971 4 SA 172. Cf *S v Ntathambona* 1972 1 PH H S 7 (D).

<sup>24</sup>1938 EDL 190.

<sup>25</sup>1960 2 PH H246 (O).

The analysis of the concept in *S v Dladla*<sup>26</sup> is interesting but unfortunately somewhat incomplete. It was found that possession involves *detentio* and *animus*, and that *detentio* means control. The court however does not say what the required *animus* is.

In *S v Makoatlane*<sup>27</sup> the court drew the very valid distinction between ownership and possession, holding that an admission of ownership was not an admission of possession; the latter meaning control.

An interesting distinction was drawn between the concepts being in possession and being found in possession.<sup>28</sup> In terms of section 90bis(c) and (iii)<sup>29</sup> a person was presumed to "have been in possession" of dagga under certain circumstances, while, in terms of section 90bis(a) and (i) a person "found in possession" of more than four ounces of dagga was deemed to have "possessed that dagga . . . for the purpose of sale or supply".

In *Moosa's* case<sup>30</sup> the state, having relied on the former presumption in order to prove possession, then attempted to utilise the latter in order to prove possession for the purpose of sale. The court rejected this approach, holding:<sup>31</sup> "There is unquestionably a difference between being in possession and being found in possession".

This judgment was amplified in *S v Wilson*,<sup>32</sup> where a quantity of dagga (in excess of 4 ounces) was found on premises occupied by the accused and others, but while the accused was temporarily absent. The court rejected the defence argument that the accused could not be said to have "been found in possession". According to the court the term "found in possession" relates to time rather than space and as long as the finding and the possession are contemporaneous, the accused was found in possession, no matter where he may have been himself at that time.<sup>33</sup>

In *S v Masilo*<sup>34</sup> the court held that two persons could simultaneously possess the same dagga. The accused, the driver of a car, picked up a passenger who had dagga with him. The accused knew it was dagga and tried to evade the police. The court held that both he and his passenger were in possession since they had "gesamentlike beheer oor en dus besit van die dagga". Inherent in this decision is the proposition that a person need not intend to obtain any gain or benefit in order to possess.

The requirement of knowledge will be discussed later.<sup>35</sup>

<sup>26</sup>1965 3 SA 146 (T) 148.

<sup>27</sup>1963 1 PH H70 (O). Cf *S v Finger* 1965 2 PH H208 (O).

<sup>28</sup>R v Moosa 1960 3 SA 517 (A).

<sup>29</sup>Act 13 of 1928 as amended.

<sup>30</sup>*supra*.

<sup>31</sup>530.

<sup>32</sup>1962 2 SA 619 (A). Cf *S v Dladla* 1965 3 SA 146 (T); *S v Zakwe* 1964 1 SA 828 (N).

<sup>33</sup>623-624.

<sup>34</sup>1963 4 SA 918 (T). Cf *S v Dladla supra*; *Mkbonza v S* 1972 1 PH H14 (T).

<sup>35</sup>The various presumptions are also discussed later.

## 2 Possession in terms of Act 41 of 1971 (Abuse of Dependence Producing Drugs Act)<sup>1</sup>

Unlike its predecessor,<sup>36</sup> Act 41 of 1971 defines "possession" in the following terms:<sup>37</sup>

"In this act, unless the context otherwise indicates - (xix) 'possess' includes keeping, storing or having in custody or under control or supervision, and 'possession' has a corresponding meaning".

It will be seen that, although the definition is a legislative innovation, it actually embodies no new principles and seems indeed to be a synopsis of judicial opinion relating to Act 13 of 1928.<sup>38</sup>

It is hardly surprising therefore that in the time that the act has been operative, only one decision has been reported in which the definition was considered.<sup>39</sup>

In this case a policeman searched the house of accused, in the presence of his wife, but while he was absent. Behind a cupboard in the house dagga was found. Both the husband and wife were charged. The court distinguished between the concepts "control" and "supervision",<sup>40</sup> holding that "control" has a broader connotation than "supervision", so that a person with supervision need not be in control, and *vice versa*. In this case it held that, while the husband was in control, the wife had supervision and that they therefore were both in possession. It held further that it was clear from the definition, particularly the word "supervision", that the legislator did not intend that a possessor should have any intention to gain benefit from the possession.

## 3 Possession in terms of Act 30 of 1928 (The Liquor Act)

In terms of section 166 of Act 30 of 1928 various possessory offences are created.<sup>41</sup> The differing wording of the various sub-sections is instructive. Sub-section (i)ter speaks of "consumes or possesses"; sub-section (k) of "sells, purchases, keeps, possesses or uses"; sub-section (m) of "purchases, procures or possesses" and sub-section (q) of "makes, has the custody or possession of, uses, drinks, or gives or supplies."

The act itself supplies no definition of possess or possession and once again the courts have been left more or less to their own devices. As may be expected from the varying language used by the legislator, there has been little uniformity in the decisions relating to the various sections and sub-sections. In order not to burden this discussion with too much detail, the emphasis will be on the provisions of section 166 and various other sections will be left out of consideration.

<sup>36</sup>Act 13 of 1928.

<sup>37</sup>s 1 (xix).

<sup>38</sup>Nor is there any material difference in the prohibitory section; s 2(b), which makes any person "who has in his possession or" the relevant drug, guilty of an offence.

<sup>39</sup>*S v S'kebosana* 1973 1 SA 322 (O).

<sup>40</sup>328.

<sup>41</sup>Cf sub-secs (i)ter; (k), (m) and (q).

No reported cases could be traced wherein sub-section (i)ter was considered, but on the face of it, it does not seem to present any real difficulty. The words "consumes or" immediately preceding the word "possesses" may give rise to some dispute as to the meaning of the latter word, as the possibility of a restrictive interpretation, *eiusdem generis*, arises. This method of interpretation is however not of general application<sup>42</sup> and requires, it is submitted, stronger indications than are here present. In any event two factors militate against its use in this case, viz (a) the word "possesses" is no more general than the word "consumes" and (b) it is not at all clear that they in fact fall within the same *genus*. It is therefore submitted that the word "possesses" in this sub-section should bear its ordinary meaning of physically possess.<sup>43</sup>

Sub-section 166 (m), a much older provision, has been considered by the courts. In *R v Kaleb Kuzwayo*<sup>44</sup> the court felt itself bound, despite some misgivings, to follow *R v Tshelezxa*<sup>45</sup> and to hold that possession, for the purposes of sub-section (m), means "mere physical control." Unfortunately the report of the latter case is very brief and it is not clear which sub-section was being dealt with. The court however held that possession "is physical control or *detentio* coupled with intention of exercising control, but does not require *animus possidendi* in its usual meaning of holding as owner". The case was followed in *Hlatshwayo v R*,<sup>46</sup> where the court even doubted the proposition that ignorance of the fact of the substance being liquor could afford an excuse.

In *R v Keswa*<sup>47</sup> the court was prepared to follow the preceding cases but added the important proviso that *mens rea* also has to be proved, in other words, an intention to control has to be proved, as well as knowledge of the fact that it is liquor that is concerned. The court in *R v Coetzee*<sup>48</sup> raised the interesting possibility that a person could be in possession of the liquor in his stomach.

Since sub-section (k) is very similar to sub-section (m) it will not be dealt with separately.

Sub-section (q) has given some problems because of the juxtaposition of the words "custody or possession".

In *R v Amies*<sup>49</sup> the point was raised that the addition of the word custody could lead to the inference that bare physical detention would suffice for the offence, but the court did not decide the issue. The court did however, it seems, adopt the view that *animus possidendi* is required, but interpreted the latter requirement as "exercising their control or possession", which, with respect, seems to be a somewhat inelegant use of the term.

<sup>42</sup>Cf Steyn *Die Uitleg van Wette* 3rd ed 38.

<sup>43</sup>See *infra*.

<sup>44</sup>1943 NPD 314.

<sup>45</sup>1930 2 PH K100 (A); 1931 SALJ 105.

<sup>46</sup>1946 NPD 118 120. Cf *R v Ndhlovu* 1948 1 SA 728 (N).

<sup>47</sup>1949 1 SA 1 (T). Cf *R v Pule* 1960 2 SA 668 (T).

<sup>48</sup>1953 1 SA 223 (T).

<sup>49</sup>1930 TPD 151. Cf *R v Tsimane* 1940 OPD 44.



The court in *R v Fume*<sup>50</sup> interpreted the word "custody" and held that, while the accused, a wife, could not be said to have possessed, she could have had custody which "is a very wide term especially where used *in contradiction to possession*" (my italics). The court unfortunately did not attempt to define "possession" but limited the scope of "custody" to "keeping" or "guarding" but not passively as a wife might, by virtue of her cohabitation, guard the property of her husband. The court demanded a "mental participation in the forbidden act", which seems, with respect, to be a rather odd hybrid between an *actus* and *mens rea*: both of which will be dealt with later.

The meaning of the words "custody" and "possession" was also discussed in *R v Binns*<sup>51</sup> where a quantity of "Barberton" was found in a house occupied by four persons. The court, following *Fume's* case,<sup>52</sup> *inter alia* held that the two words in question bear different meanings. The court dealt comprehensively with various decisions and with the concept of possession as used in sub-section (q), and came to the conclusion that the word possession means "has physical control plus the intention to exercise that control for one's own benefit."<sup>53</sup> According to the court it follows that in the case of a servant or agent exercising control on behalf of a master or principal, he cannot be said to possess. The word custody placed in juxtaposition to possession however includes control on behalf of another.

In coming to this conclusion the court relied heavily on *R v Kasemula*.<sup>54</sup> The judgment in the latter case is, with respect, somewhat confusing. First, the court held that possession in this sense is "physical detention or control *plus the intention to exercise that control*" (my italics).<sup>55</sup> Later, on the same page, the judge adds the rider that "an intention to exercise control is equivalent to the *animus possidendi* not as owner but *for the holder's own purpose or benefit*" (my italics). Now there is a clear difference between the two propositions and although it is clear from the rest of the judgment that the latter reflects the true intention of the court, it points to a somewhat confused interpretation of the cases of *R v Tsheleza*<sup>56</sup> and *R v Amies*.<sup>57</sup> In neither of these cases can the rider added here be found.

The result of the decision in *R v Binns*<sup>58</sup> leads to an anomaly. While the court acknowledges that the words "custody" and "possession" have different meanings, it proceeds to limit the concept of "possession" to such an extent that the combined meaning of custody and possession is exactly the same as that assigned in other cases to possession alone, surely a unique case of one plus one equalling one.

<sup>50</sup>1940 OPD 208.

<sup>51</sup>1961 2 SA 104 (T).

<sup>52</sup>*supra*.

<sup>53</sup>108E.

<sup>54</sup>1945 TPD 252.

<sup>55</sup>p 257.

<sup>56</sup>1931 SALJ 105.

<sup>57</sup>TPD 151.

<sup>58</sup>*supra*.

The alleged anomaly pointed out in *Kasemula's*<sup>59</sup> case viz that if possession were to mean mere physical control, a servant on an errand to fetch yeast on behalf of his employer would be liable, is not tenable. Possession in this statute, as in any other, presupposes unlawful possession, which is absent here, in exactly the same way that the shopkeeper, although undoubtedly possessing in the fullest sense of the word, does not possess unlawfully.

It might be added that in *Kasemula's* case the earlier decision in *R v Van Ewyk*<sup>60</sup> was subjected to some criticism and was not followed. In a recent appellate division case<sup>61</sup> dealing, it is true, with a different statute,<sup>62</sup> this case was however, by implication, approved.

Despite the criticism levelled at *Binn's*<sup>63</sup> case, above, it must however be conceded that the absence of the word "custody" in some sections and its presence in others, does give rise to difficulties of interpretation. It seems however that the addition of the word "custody" by the legislator is *ex abundanti cautela*, because in most cases the word possession by itself has been held to include "custody".

#### 4 Possession of property reputed to be stolen<sup>64</sup>

These provisions have a history dating back to 1923, when a similar section was included in the Stock Theft Act.<sup>65</sup> Both sections contain the following provisions, as far as they are relevant here:

"Any person who is found in possession of . . . (goods or stock or produce) in regard to which there is a reasonable suspicion that they have been stolen and is unable to give a satisfactory account of such possession shall be guilty of an offence . . ."

The *locus classicus* on the interpretation of the section is *R v May*<sup>66</sup> where the court, although it did not go into the meaning of possession *per se*, found that the words "found in", mean that the state must prove that the accused had actually been found in possession and that proof of possession other than "finding him in possession" would not suffice. Later the court explained this by saying<sup>67</sup> that the accused had to be caught "as it were, redhanded".

In *R v Bergh*<sup>68</sup> the court remarked: ". . . it follows that possession under the section does not mean the possession of the civil law", but expressly refrained from embarking "on the dangerous task of framing a general definition". The court however apparently agreed with the proposition that physical possession *ipso facto* is sufficient, and further agreed with the proposition in *May's* case, that the possession should be contemporaneous with

<sup>59</sup>*supra* 254.

<sup>60</sup>1945 TPD 70.

<sup>61</sup>*S v Brick* 1973 2 SA 571 (A).

<sup>62</sup>s 2(1) Act 37 of 1967 - see *infra*.

<sup>63</sup>*supra*.

<sup>64</sup>s 2 Act 57 of 1959 and s 36 Act 52 of 1955.

<sup>65</sup>Act 26 of 1923.

<sup>66</sup>1924 OPD 274.

<sup>67</sup>279.

<sup>68</sup>1927 OPD 177.

the finding. *Obiter* the court recognised the possibility that “possession under the section may include physical possession in the extended sense in which one may be said to possess a thing which is on one’s farm or in one’s house, or in the custody of one’s servant”.

As to this last statement, the courts have consistently held that it goes too far. In *R v Tsotitsie*<sup>69</sup> the court is reported as having said: “I do not think for the purpose of the section an accused can be said to have been ‘found in possession’ if the stock is found under the direct control of someone else, but it can be proved that the latter held it as agent for the accused. The agent in such a case would be ‘found in possession’ . . .”<sup>70</sup>

In *S v Reddy*<sup>71</sup> the court apparently considered possession as consisting of “knowledge and control”, while in *S v Nader*<sup>72</sup> the requirement was expressed as “direkte of onmiddellike beheer”.

In *S v Mataung*<sup>73</sup> the accused, on a charge of possession of stock or produce, pointed out the skin of a freshly slaughtered sheep, lying in a rivulet. The court found that the accused was not in possession of the skin: “He had obviously tried to get rid of it and *not placed it where he did with the object of saving it and retaining control thereof*” (my italics). The italic words give rise to the inference that, if the accused had hidden the skin so that only he could know of its whereabouts, and he had the intention to retain control, he would have been found in possession.<sup>74</sup>

The requirement of “direct” or “immediate” control must not be so construed as to require the physical presence of the accused when the goods are found,<sup>75</sup> for surely a person retains direct control over his locked motor car or over the things locked up in his safe even if he himself is miles away.

As far as could be ascertained there is not a single decision where an *animus*, beyond an intention to control, was required for a contravention of these sections. Indeed the court in *R v Bergh*<sup>76</sup> dispelled any thought of the *animus* of the private law being required.

## 5 Receiving stolen property into possession<sup>77</sup>

In terms of these sections a person who acquires or “receives into his possession” stolen goods or stock without reasonable grounds for believing that the person from whom it was obtained had authority to dispose of it, is guilty of an offence.

Although there are significant differences, these provisions may be regarded as the statutory equivalents of the common law offence of receiving

<sup>69</sup>1953 1 SA 239 (T).

<sup>70</sup>Cf *R v Hassen* 1956 4 SA 41 (N); *R v Ndon* 1959 1 SA 504 (T); *R v Nongogo* 1958 1 PH H 10 (O).

<sup>71</sup>1962 2 SA 343 (N).

<sup>72</sup>1963 1 SA 843 (O). Cf *Moodley v S* 1963 1 PH H 97 (N).

<sup>73</sup>1962 3 SA 611 (O).

<sup>74</sup>Cf *Klopper* in 1969 *THRHR* 50 56-57.

<sup>75</sup>*S v Wilson* 1962 2 SA 619 (A).

<sup>76</sup>*supra*.

<sup>77</sup>s 37(1) Act 62 of 1955; s 3 Act 57 of 1959.

stolen property well knowing it to have been stolen, and one would therefore expect that the meaning attached to the phrase "receives into possession" as used in the sections would bear the same meaning as at common law. The common law meaning was discussed and decided upon in *R v Von Elling*<sup>78</sup> where the court held that "physical detention and control" was sufficient to constitute receipt into possession. The word "possession" does not mean juridical possession.

The phrase, as it appears in section 37(1) was considered in *R v Luthingo*,<sup>79</sup> where the court held that the legislator, in using the phrase, probably had *Von Elling's* case in mind and that custody and control suffice for the offence concerned.

A different view, however, was held by the court in *S v Nel*<sup>80</sup> where the accused received cattle to keep in safe custody for another person. The court held that

"... although mere physical custody of cattle or goods carries with it some measure of control, a custodian for safe custody . . . had a duty to control the cattle in order to discharge his obligations to the person to whom he gave the undertaking of safe custody. Such duties do not constitute *rights of control* in the sense which it seems to me is necessary in order to bring the appellant within the mischief of the section . . . The receiving into possession was not accompanied by *an acquisition of rights* by the accused for himself or on behalf of some third party" (my italics).

The same view was held in *S v Mtolo*,<sup>81</sup> the headnote to which reads:

"An accused who has only been proved to have received the *detentio* of stolen goods on behalf of another has not been proved to have 'received them into his possession' within the meaning of section 37(1). The section is inapplicable to a mere custodian".

*Hunt*<sup>82</sup> criticizes the view in the latter case on five grounds, viz (i) that it does not reflect the common law; (ii) that there is no indication that the legislator wished to change the common law in this respect; (iii) that this is not the position under section 36 of the same act; (iv) that cases where the accused receives the property in a lawfully justifiable way can be dealt with without recourse to this interpretation; and (v) that there are no apparent policy reasons for excluding custodians and agents from the ambit of the section.

These views were adopted by the Natal Provincial Division in *S v Zungu*,<sup>83</sup> where the court held that a mere custodian, having "*detentio* as well as physical control", is liable in terms of section 37.

The position in regard to these sections is that there are two mutually exclusive sets of decisions. With respect, *Hunt's* views are however persuasive and there seems to be no reason for demanding the acquisition of "a right of possession".

(to be concluded)

<sup>78</sup>1945 AD 234 251.

<sup>79</sup>1961 2 SA 343 (N). Cf *S v Steyn* 1964 1 SA 845 (O) 847.

<sup>80</sup>1963 1 SA 383 (T).

<sup>81</sup>1963 3 676 (T). Cf *S v Visser* 1969 2 PH H156 (NC).

<sup>82</sup>*South African Criminal Law and Procedure* vol II 705.

<sup>83</sup>1972 3 SA 44 (N).



# Aantekeninge

## ROAD TRAFFIC AND ABUSE OF THE CRIMINAL SANCTION

The attempted regulation of road traffic by means of the criminal sanction, though it has been with us since 1846 (see Cape Ordinance on Roads and Bridges No 9/1846) has met with remarkably little success. It is ironic that the most effective reduction in the death toll on our roads in recent times has been the result not of a safety measure, but of the government's measures to curb the consumption of fuel. Although the public is well aware of the fact that the safety provisions contained in the road traffic ordinances are exclusively intended for their well-being; that breaches of this type of regulation have serious, frequently fatal, consequences, the traffic offender is still not regarded by the general public as a criminal. The same phenomenon appears all over the Western World and this view is by no means confined to the man in the street. Both Dr Terence Willet in his book *The Criminal on the Road* and Dr Roger Hood in a more recent study *Sentencing the Motoring Offender*, found that in the United Kingdom, at least, not only the public but also police and magistrates, or justices of the peace, do not regard the contravention of traffic regulations as real crime. Why is this so? What is there about the traffic law that gives rise to this disinterested sympathy for the offending motorist? Is the criminal sanction the most effective measure for combating the carnage on our roads? Part, at least, of the answer to these questions seems to emerge from a consideration of the nature and purpose of the criminal sanction and a comparison of the traffic law with the general principles of criminal law.

Before proceeding to this discussion, however, it is necessary to emphasise two points. Firstly, it is definitely not my contention that all traffic offences should be summarily banished from the realm of the criminal law. A number of these offences have a definite place in the criminal law. Secondly, it is important to note that, although sanctions are probably the most effective means of governing human conduct, all sanctions need not necessarily be criminal sanctions. There are many sanctions such as the revocation of licences, compulsory treatment etc which are not criminal sanctions. In the private sector, for example, the conduct of an employee is largely governed vis-à-vis the firm by which he is employed not by the criminal sanction, but by private contractual sanctions such as the threat of being discharged.

Although a contractual relationship does not generally exist between the state and its subjects, the state can and frequently does make use of non-criminal sanctions to govern human conduct. Thus, a person who will not work to support himself and his family, or is a liability to the community

on account of his excessive drinking, can be sent to a rehabilitation centre. The child in need of care and the insolvent can likewise be treated and subjected to control without invoking the criminal sanction. Admittedly, the legislation providing for all this does also contain criminal sanctions but, it is important to note, these are sanctions of last resort; sanctions to be employed only when the administrative or non-criminal sanctions have failed.

Traditionally the recognised aims of the criminal sanction are the following:

- (i) prevention;
- (ii) deterrence, which may be (a) individual, or (b) general;
- (iii) reformation or rehabilitation, and
- (iv) retribution.

Although one can argue at great length about the niceties of each of these aims of punishment, it is submitted that basically they can be divided into two groups: prevention and retribution. In essence deterrence, be it general or individual, is a form of prevention in that it is intended to prevent the commission of future offences by means of the threat of punishment or, in the case of individual deterrence, more punishment. It is the psychological counterpart of the physical restraints generally understood as resorting under the head of prevention. Rehabilitation, likewise, is a preventive measure in that the reformed criminal is, per definition, one who no longer commits crimes.

The modern criminological tendency to regard retribution, including as it does ideas of expiation, atonement, revenge and denunciation, as a barbarous relic of our past, stems, it is respectfully submitted, from a misunderstanding of the more important attributes of retribution. It is the element of retribution, and retribution alone, that distinguishes the criminal sanction from all other sanctions. It is the element of retribution that requires that the convicted criminal receives what we generally call his "just deserts". The preventive aims are all utilitarian and, if sought without the balancing weight of retribution, have nothing to do with considerations of fairness, justice, or the moral gravity of the offence. They are concerned only with the elimination of future offences. If pursued to their logical conclusion there is, in fact, no reason why preventive measures should not, under the cloak of treatment, be applied even before a crime is committed ie as soon as a person evinces a propensity to commit an offence. In short, it is the principle of retribution alone that requires that punishment may not be inflicted unless a crime has been committed and, secondly, that punishment be commensurate with the degree of moral culpability manifested by the conduct of the accused. To take a very simple example: the gravity of the offence committed by a peeping Tom, aptly described by an American writer as "a man of vision", might in the particular circumstances of the case be regarded as trivial. Short of putting his eyes out, which would probably be the cheapest and most effective way of ending his nefarious activities, psychiatric treatment necessary to cure the mental abnormality giving rise to the commission of the offence might be of a very protracted nature. It is only the principle of retribution which would save the offender

from mutilation or a lengthy rehabilitative or preventive sentence disproportionate to the gravity of the offence.

The generally recognised requirements of the criminal law that the accused have the necessary criminal capacity, and having the capacity, should indeed have had a blameworthy state of mind at the time he committed the offence, would also seem to be derived directly from the principle of retribution. If the aims of punishment are purely preventive, and considerations of moral guilt irrelevant, why should one distinguish between the lunatic and sane villains? They are equally dangerous to the community and, though the treatment might differ, equally in need of restraint. Yet, because of the peculiar moral connotations of the principle of retribution, the criminal law is generally not regarded as a suitable vehicle for imposing the necessary restraints upon the insane.

The South African theory of criminal punishment is said to be a unitary theory in that the courts, when imposing sentence, bear both the utilitarian as well as the retributive purposes of punishment in mind. It is submitted, however, that where the criminal sanction, as opposed to other sanctions, is employed, the retributive element predominates; it is always the governing principle. Unlike the utilitarian aims, which require an objective and clinical appraisal of the preventive possibilities, the principle of retribution requires that a just sentence should reflect the predominant views of the community, in the sense that the sentence should be commensurate with the community's view of the moral reprehensibility of the accused's conduct.

This predominance of the element of retribution has an inhibiting effect on the achievement of the utilitarian aims of punishment, which would not be the case were the criminal sanction, and hence retribution, not involved. The operation of this principle is well illustrated in relation to parking offences. Bearing in mind that a concomitant of retribution is that the punishment should be proportionate to the moral gravity of the offence, a court would not lightly impound a man's vehicle for a parking offence. Traffic departments, however, working on an administrative plane, can with impunity, and frequently do, tow away and impound injudiciously parked vehicles and this non-criminal sanction, unhampered by the principle of retribution, has proved to be a remarkably efficient deterrent.

Accepting that retribution is the dominant and distinguishing element of the criminal sanction, it is submitted, in the light of the above, that the appropriateness of the criminal sanction, as opposed to the non-criminal sanctions, is in direct proportion to the moral reprehensibility of the conduct in question.

The lack of moral reprehensibility, except in aggravated cases, is perhaps the most important reason why the public does not regard the offending motorist as a criminal. It is sometimes said, and legislators certainly seem to have the fond belief, that despite the initial moral neutrality of an act, it is possible to engender an equation of such conduct with the recognised body of criminal law, and thus create a climate of moral reprehensibility, simply by forbidding it on pain of punishment by the state and following

the prohibition up by a vigorous campaign of enforcement. The IDB and IGB legislation is a good example of where this tactic seems to have worked. The criminality of such conduct seems largely to have been accepted by the public despite its initial moral neutrality. Unlike the gold and diamond offences, however, the moral neutrality of the greater body of traffic law, despite its approximate 130 years of existence, has not undergone a similar metamorphosis. The reason, and this fact seems to be instinctively recognised by the public, could be that in many respects there is a lack of conformity with the general principles and attributes of the recognised body of criminal law.

The following are a number of important respects in which public welfare offences in general, including the traffic law, which is perhaps the most familiar and far reaching species of public welfare legislation, in particular, seem to differ from the recognised body of criminal law:

- (i) The convenient and necessary fiction that every man is presumed to know the law is seldom a hardship where conduct is morally reprehensible. This is generally the case where common law offences and statutory offences with a moral connotation are concerned. Regardless of legal knowledge, in such circumstances the perpetrator is generally instinctively aware of the wrongfulness of his act. Where conduct is morally neutral, however, it is essential that its unlawfulness should be brought to the notice of the public in no uncertain terms. Who of us are such avid readers of the provincial gazette that we are able to keep up to date with all the amendments to the road traffic ordinances? True enough, the popular press and radio keep us informed of most work-a-day matters, but there are still numerous occasions upon which the unsuspecting motorist is presented with a ticket for breaching a regulation which he never imagined existed. Gerhard O W Mueller, in a witty and erudite article in the *Columbia Law Review* (Vol 60 1960 p 944) entitled: "How to increase Traffic Fatalities: A useful guide for modern legislators and traffic courts" calls this system of hammering the motorist when he least expects it "dog law". When you want to train a dog, being unable to communicate with it, you simply wait until it does something that it is not supposed to do and then you hit it. This is not the general approach of the criminal law.
- (ii) The *nullum crimen sine lege* principle, regarded as the corner-stone of criminal law, requires *inter alia* that the prohibited conduct be clearly and explicitly circumscribed. All too frequently, however, traffic regulations are riddled with vagueness and ambiguity. Even the ordinances themselves are not immune. Basic concepts such as *public road*, *driver* and *motor vehicle* have taxed the courts' powers of interpretation, sometimes with strange results. In *S v Van Rooyen* 1968 1 SA 641 (T) the accused discovered in court, no doubt to his amazement, that pushing a car was the same thing as driving it - with dire consequences if you happened to be intoxicated at the time. Likewise, the most surprising places, including a privately owned beach (see *S v Rabe* 1973 2 SA 305 (C)) have turned out to be public roads within the ambit of the ordinances.



- (iii) Inadvertent negligence, as opposed to advertent or conscious negligence, and as it is interpreted by the courts in relation to the traffic law, is a vague and difficult concept for the public to grasp. Many jurists regard it as having no rightful place in the criminal law at all. In South Africa, as far as common law offences are concerned, this form of *mens rea* is sufficient only for culpable homicide. Though encountered more frequently amongst statutory offences, it is not the usual form of *mens rea*, the exception rather than the rule. Yet, as the substance of negligent driving, it has had a most luxurious growth in the traffic law and is making even greater incursions.
- (iv) Another very common attribute of the public welfare legislation which is anathema to the general principles of criminal law is the absolute prohibition or strict liability. True, our supreme court has in recent times constantly sought to construe traffic regulations, wherever possible, as requiring *mens rea* in the form, at least, of *culpa* or negligence. (See, for instance, *S v Fouché* 1973 3 SA 308 (NC) and *S v Sibitane* 1972 2 SA 593 (T)). But, with the greatest respect to the court, the judgment in the Fouché case *supra* illustrates that the high standard of care demanded of the motorist, the unqualified acceptance of even the slightest inadvertent negligence as sufficient to found criminal liability and the device of placing the onus of proving the absence of *mens rea* upon the accused, bring traffic regulations dangerously close to the absolute prohibition.

Not only the mould in which it is cast, but also its substance, is calculated to distinguish the greater mass of traffic regulations from the main body of the criminal law. Herbert L Packer in his book *The limits of the criminal sanction* (p 272) pin-points how legislators, especially subordinate legislators, and particularly in the field of public welfare legislation, tarnish the image of the criminal law, and, incidentally, defeat their own objectives by a tendency towards triviality; triviality of object and triviality of intention. By the expression "triviality of object" Packer means the selection, as the target of the criminal sanction, conduct to which the use of the criminal sanction is disproportionate. His measure of proportionality is that only conduct in respect of which we would in principle be prepared, in the absence of mitigating circumstances, to impose imprisonment without the option of a fine is a suitable target for the criminal sanction. By the expression "triviality of intention" Packer means an attitude of cynicism or indifference, one might also add unfounded optimism, towards the prospects of successful enforcement. Criminal prohibitions which can only be ineffectively and sporadically enforced generate contempt rather than respect for the law. The victims of futile and sporadic law enforcement programs regard themselves as merely unfortunate, or even as unduly prejudiced in relation to the vast numbers of others equally guilty but never caught. A proliferation of petty and/or unenforcable prohibitions should be avoided if there is to be a respected and effective application of the criminal sanction. Packer also suggests in passing, that unnecessary proliferation of subordinate legislators should likewise be avoided. The more august and respected the body from which it emanates, the more likely it is that the prohibition will be respected. In South Africa, in relation to the traffic law, we have the anti-

thesis of the ideal situation suggested by Packer: a proliferation of legislators, a proliferation of petty offences and but the bleakest prospects of successful enforcement.

The methods employed to enforce the traffic regulations produce problems not generally encountered in the criminal law. In considering this aspect of the matter, it is convenient to separate enforcement in situations where a collision or other accident has taken place from purely disciplinary enforcement. In the latter case the purpose of the criminal sanction is almost exclusively deterrence. The methods employed however, seem to contain in themselves certain powerful anti-deterrent elements. Unlike the average crime, there is in these so-called victimless crimes, no complainant to report the matter. Law enforcement officers are therefore obliged to have recourse to methods of surveillance including observation from concealed positions and the use of various items of equipment, such as speed-checking apparatus which is not easily seen and concealed cameras. The furtiveness of the measures employed, whatever the reasons therefor may be, are not calculated to endear the law enforcement officer to the public. The antagonism that is engendered provides fertile ground for the growth, not only of sympathy for the victims of such methods, but also of suspicion, whether warranted or not, that such methods are used for the purpose of filling the coffers of the local authorities rather than the promotion of road safety. The consequent lack of faith in the *bona fides* of the law enforcement authority robs the sanctions of much of their deterrent effect and tends rather to develop a feeling of victimisation. Furthermore, it is generally recognised that the major factor in successful deterrence is the perceived risk of apprehension. Both the necessarily sporadic nature of the methods used and their furtiveness detract from the deterrent value of such measures. In the first place, every motorist realises that there is little chance that he will be caught. In the *Michigan Law Review* (Vol 67) prof Roger C Cramton, in an article entitled "Driver Behavior and Legal Sanctions: A Study in deterrence" points out, for example, that in Michigan the odds against being apprehended for speeding were found to be 1 in 7 600. Secondly, the furtiveness of the methods used has the effect that, if the motorist is not infringing the regulations at the moment he passes a concealed camera or law enforcement officer, his customary confidence that he will not be caught is strengthened by not being made aware of his jeopardy. The futility of the criminal sanction as a deterrent in the field of traffic law, as opposed to other fields of law, is further illustrated by the fact that, in circumstances where there is a real and perceived danger of a collision occurring, the legal sanction is hardly likely to weigh more with the motorist than the risk of losing his own life or smashing his expensive vehicle. Where there is inadvertent negligence, and the motorist does not even perceive the danger, there can likewise be little question of deterrence. It is sometimes said that strict law enforcement can even in these circumstances have a salutary effect in that it serves to inculcate safety habits and stimulates a general caution. There can be no doubt that there is a good deal of truth in this, but then, it is submitted, it must be clearly established that the conduct penalised can invariably be correlated with potential accident producing behaviour. It is a lamentable fact, however, that this is not always the case. For instance, prosecutions

are all too frequently instituted in respect of the infringement of ill-placed regulatory road signs which seem to serve no practical purpose. The letter and not the spirit of the law is enforced and where this is so the salubrious effects which could have been achieved are replaced by frustration and irritation.

J J Leeming, in his book *Road Accidents: Prevent or Punish?* points out that in those situations where a collision or other accident has occurred, the use of the criminal sanction, as a means of combating road accidents, is proving ineffectual for more subtle reasons. Although the causes of motor accidents are studied by various institutes and individuals on a scientific basis and a broad plane, so much emphasis is placed, in the vast mass of individual cases, upon the securing of criminal convictions that in the public, and to a large extent, also in the official mind, the criminal conduct is unquestioningly regarded as the sole cause of accidents. The result of this is that there is seldom any serious investigation of the environment in which an accident takes place with a view to eliminating physical features which possibly contributed in a greater degree to the accident than the criminal conduct of the driver. A good example quoted by Leeming (pp 59/60) is the road surface which under certain circumstances becomes slippery, even when the average careful driver would not expect it to. Working upon the assumption that "good drivers don't skid" under any conditions, it is all too easy, in a criminal court, in each and every individual case to establish some degree of negligence on the part of the driver. The result of this is that it generally takes a number of accidents, and probably a number of lives as well, before the dangerous situation or "black spot" is recognised and investigated properly. The general premise that it is the motorist who is to be blamed until the contrary manifests itself, sets a train of events in motion which, though calculated most efficiently to ensure that someone is punished, is far from the ideal means of preventing accidents. The police investigation of the scene of the accident tends to have as its primary objective the gathering of sufficient evidence to found a criminal conviction. Causes of the accident unrelated to criminal conduct are regarded as being of secondary importance only: interesting, no doubt, to statisticians whose analysis and recommendations will probably be implemented some time in the distant future, but not relevant to the particular case. The rules of criminal procedure, presumptions of evidence etc come into play. None of these rules were designed or intended to determine the cause of motor accidents. If the slightest negligence or other criminal fault can be demonstrated on the part of the accused, it is of no avail to him whatsoever to show that the role played by somebody else, perhaps the deceased, was a far more important cause of the accident. Contributory negligence is no defence at criminal law and the cause of the accident is not the point in issue. The fact that environmental factors, such as the lack of a barrier line or inadequate street lighting, were, at the particular spot, the predominant cause of the accident in question and will probably cause future accidents at the same spot, is entirely irrelevant. As it is not to the advantage of the accused to point out these factors he generally does not do so and, even if he does, this vital information is not passed on to the proper quarter. Because the criminal sanction and the criminal procedure is employed, we



have the ironical situation that the implementation of regulations designed to secure road safety generally leads to the patent failure, on a very large scale, to eliminate factors far more relevant to the accident situation than criminal conduct. The system tends to ignore one of the basic principles that "the object of accident investigation is remedial and not retributive. It is therefore usually more valuable to state the thing that was wrong than to identify the person who was responsible". (Par 19 *Cairns Committee on Civil Aircraft Accident Investigation*).

When confronted with escalating accident ciphers, legislators frequently react by prescribing harsher penalties. It is, however, a recognised principle that stepping up the sanctions is generally not the answer to the prayers of those who pin their faith in deterrence. The apprehended risk of detection and conviction is the decisive factor and history has constantly shown that, as soon as penalties become excessive, the rate of arrest and conviction begins to drop, not because the public is deterred, but because law enforcement officers and judicial officers become reluctant to enforce unduly harsh provisions.

A sure procedural indication that the criminal sanction is being misapplied is the appearance of a phenomenon which Packer (*supra* p 292) calls "assembly-line justice". The following are the characteristics of assembly-line justice:

- (a) an endless procession of look-alike cases through the inferior criminal courts;
- (b) offences questionable under the criteria discussed above;
- (c) little time available to give attention to the individual accused; and
- (d) lack of weighty consideration of matters concerning sentence.

It is submitted that all these characteristics are to be found to a large degree in the proceedings of the traffic courts of any major city in this country.

The scope of this note does not permit much elaboration on the topic of what could be done about the situation, and, in any event, considerable research into the details of any such scheme is still necessary. It nevertheless seems proper to give some indication of what I would propose as an alternative. The underlying principle of what I envisage is well expressed by the following quotation from Packer's book (p 250) "The criminal sanction is the law's ultimate threat. Being punished for a crime is different from being regulated in the public interest, or being forced to compensate another who has been injured by one's conduct, or being treated for a disease. The (criminal) sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive. It should be reserved for what really matters". In accordance with this principle, Packer suggests that, before making conduct criminal, or continuing to apply the criminal sanction, the wise legislator will consider all possible alternative measures, using the criminal sanction, "the law's ultimate threat", only in the last resort. Amongst the alternatives which Packer suggests should be considered are regulation,



treatment and the alternative of doing nothing. The most frequently encountered form of regulation, which seems to be the most appropriate alternative for much of the traffic law, is that of subjecting conduct to licensing procedures, the criminal sanction being employed only when there is a failure to comply with the terms of the licence.

It is submitted that the following would be the predominant features of a scheme devised in accordance with the last-mentioned principle:

- (i) Reckless driving and driving while under the influence are offences to which the application of the criminal sanction, as a sanction of first instance, seems undoubtedly to be warranted; they should continue to be regarded as criminal offences. There is little doubt that, in principle and in the absence of mitigating circumstances, we would be prepared to impose imprisonment for these offences.
- (ii) Driving without a valid driver's licence, driving a vehicle which is not validly licensed and driving a vehicle which is not insured are prime examples of offences which should also remain within the main body of criminal law, but in these instances the criminal sanction is employed, not as a sanction of first instance, but as a sanction of last resort. The sanction is only employed because other means have failed.
- (iii) Driving or operating a defective vehicle, under which head one can at present contravene a vast number of regulations, would no longer be an offence. Such conduct could, it is submitted, far more effectively be *regulated* in the sense that Packer uses the word. A much greater percentage of defective vehicles than at present could be detected and eliminated by insisting that the annual application for the vehicle licence be accompanied by a roadworthy certificate, as is already the case in many countries. The powers of law enforcement officers upon finding a defective vehicle on the road, should be confined to the revocation of the roadworthy certificate and withdrawal of the licence until the defect is remedied.
- (iv) The offences presently comprised by the failure to comply with the rules of the road and regulatory road signs could be replaced by a single prohibition against dangerous driving or obstructing the flow of traffic (which last would cover the present parking offences). Transgressions of this prohibition, however, would be visited, not by the criminal sanction, but by the accrual of demerit points in accordance with a points demerit system. The number of points which would accrue in each instance, on a predetermined but reasonably flexible scale, would be determined objectively with the emphasis upon the *harm potential* of the driver's conduct in the circumstances.
- (v) The points demerit system should be coupled with the requirement that the drivers' licences, preferably on production of medical certificates of fitness, be renewed periodically.
- (vi) The accrual of demerit points would have two important consequences. In the first place, upon accrual of the prescribed maximum number in a specific period of time, it would result in the revocation of the driver's

licence and secondly, it would result in a proportionate increase, in very substantially deterrent figures, of the fee to be paid for the renewal of the driver's licence.

- (vii) The number of demerit points indicated to the driver by the law enforcement officer upon apprehension would accrue to the driver's record unless the driver lodges an objection. Only in such cases would an enquiry be held.

The above points are merely the predominant features of the system envisaged. A great deal of detail would have to be filled in. The nature of the enquiry to be instituted should the driver object to the number of demerit points with which he is debited by the law enforcement officer, deserves a little more attention. It would differ from the present criminal trials in important respects. As an enquiry, rather than a trial, the adversary or accusatorial system would give way to a far more inquisitorial approach, thus eliminating, as is presently the case in many of the enquiries with which our courts are familiar, some of the more cumbersome procedural and evidential rules of the criminal trial. It is submitted that the loss of the protection afforded to motorists by the present criminal law system is less prejudicial than it at first appears. Adequate safeguards are generally contained in the enquiry procedures currently implemented by our courts and, in view of the tendency towards the above-mentioned "assembly-line justice" which at present prevails, the accused is in any event not enjoying many of the advantages generally afforded by the criminal procedure, while he is definitely the victim of many of its disadvantages. Furthermore, where this procedure is involved, the motorist is not in jeopardy of a criminal conviction. The streamlined enquiry procedure envisaged would be expressly designed to determine to what extent the driver's conduct was potentially dangerous, rather than whether or not he had contravened the letter of the law. It would allow for the consideration of matters relevant to road safety generally not catered for in the criminal procedure. The causes of road accidents would become the subject of constant enquiry. Enforcement of the letter of the law, in circumstances where it is not necessary for the promotion of road safety and serves only to annoy and frustrate the motorist, would be a thing of the past.

Allowing demerit points to accrue in direct proportion to the degree of potential harm of the motorist's conduct, i.e. the application of an objective criterium without considering subjective elements such as intent, might seem harsh from a retributive point of view. But the system falls outside the criminal law. Its purpose is the prevention of accidents, not the punishment of criminals. Subjective and moral considerations are just as irrelevant where a motorist who is a bad risk is concerned, as they are in an insolvency enquiry. Retribution and intent have no rôle to play in such an enquiry. Shaw and Sichel in their book *Accident Proneness*, have demonstrated that there are three classes of drivers: Those who do not have accidents, those who do but who can be deterred and reformed, and finally, those who are simply accident prone and can only be restrained by removing them from the road. The proposed system caters for all three groups. Those who do not have accidents are rewarded in that they pay the minimum

licence fees, a more tangible benefit than simply not paying fines. There are sufficient deterrents to reform the second group and the third will speedily remove themselves from the road. Surely it is preferable to allow them to depart without attempting to brand them first as criminals?

AJ MIDDLETON  
*University of South Africa*

## THE SAYINGS OF MR JUSTICE HOLMES

*The sayings of The Hon Mr Justice GN Holmes have brought to the arid wastes of our law reports a colour and cogency not seen since the days of the late Toon van den Heever JA. On the twenty-fifth anniversary of his appointment to the bench, a culling from his pithy judgments is both appropriate and rewarding.*

*The verbal dexterity of Mr Justice Holmes has a wide compass: from a puckish wit to a Gibbonesque eloquence, to a withering wrath. Often it is the parties to a case themselves who are the subjects of the most celebrated Holmesiana, as the following extracts show:*

“This is an intriguing appeal about a Native who, with no regard for the niceties of the law, primitively took a woman’s gramophone and wireless because he thought she had stolen his money; and, on being tried for theft, he naïvely suggested with a scant confidence in the court, that they should consult a prophet to see if the complainant were guilty!” (*R v Mtshali* 1960 4 SA 253 (N))

“The applicant unfolds a remarkable story, with an impenitence verging on impertinence . . . The applicant, indignant at this evidence of man’s inhumanity to man, proposes to sue the respondent for the return of the £3 000, his faith in corruption having given way to reliance on a *conductio*. Well now, what is the court to do about all this? . . . In exercising this discretion, I cannot shut my eyes to the applicant’s unregenerate readiness to resort to bribery. His cynical disregard of the law for his own ends contrasts strikingly with his expectant recourse to the law when crossed in crime.” (*Limbada v Dwaska* 1957 3 SA 60 (N))

*Similarly:*

“This is a case in which alleged thieves fell out to the point of one of them shooting the other in the stomach. It happened on a Thursday. Aggrieved by this lawlessness the wounded man laid a charge with the police . . .” (*S v Lwane* 1966 2 SA 433 (A))

“As to that, what manner of man is this, whose grave and ugly crime against society now requires the law’s visitation?” (*S v Bradbury* 1967 1 SA 387 (A))

“The appellant and the deceased were gambling at dice in the yard by the light of a candle. They were both in liquor. The deceased lost his money and his temper.” (*S v Kumalo* 1973 3 SA 697 (A))

“When the appellant got home that afternoon he found the copy of the writ of execution and learned that his refrigerator had been attached in respect of his brother’s debt. He reacted swiftly. He telephoned to the office of the execution creditor’s attorney but was told that he was out, so he lodged a protest, as it were, with the girl at the switchboard . . . After this unfruitful circuitry he phoned his own attorney and left the matter in his hands . . . He had already lodged a protest with everybody who had a finger in the pie.” (*Els v Messenger of the Court, Durban* 1955 4 SA 407 (N))

“Turning to the facts of the present case, the complainant’s evidence was that she had known the appellant for a long time. . . and that she had intercourse with him on four occasions - on 17th November, 1965 in a lavatory, on 22nd December, 1965 against a blue-gum tree, and on 15th January, 1966 and 5th February, 1966, in a hockey field.” (*S v Snyman* 1968 2 SA 582 (A))

*Similarly the facts of the case evoke a spectrum of memorable imagery - whether sonorously eloquent, wrathful or wryly humorous. Thus on the question of the permanency of deprivation of possession in the law of theft:*

“A person who borrows for a year, *invito domino*, a teenager’s batch of current ‘hit parade’ gramophone records, may well be guilty of theft, for their value and the owner’s enjoyment will almost certainly be extinguished by the time of their return. Much the same could apply to the unauthorised retention of a woman’s hat for a year.” (*R v Mithali* 1960 4 SA 253 (N))

*A passage of high drama - and pathos:*

“At that stage their blood was up and murder was in their hearts and minds . . . Then there supervened a dramatic moment of conditional compassion for the wife and children, who were allowed to emerge unharmed (I say ‘conditional’ because she was bluntly told that she too would be killed if she stayed inside).” (*S v Dambalaza* 1964 2 SA 783 (A))

*With laconic understatement:*

“One end (of a throwing stick) struck the deceased on the temple, just above the ear, penetrated four or five inches into his head, and had to be pulled out. It is therefore clear that the stick was thrown with considerable force and velocity, and was not lazily sailing through the air, as it were.” (*S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A))

*When moved to compassion:*

“It is said that a minutely critical analysis of the mother’s evidence reveals certain flaws impairing her credibility. As to that, it is important to bear in mind, with a perceptive discernment more compassionate than critical, that the witness was a poor and humble Coloured woman, beset with children and unintelligent, who could hardly be expected to cope with the drift of council’s questions with any degree of acumen. “One is inclined to exclude any reasonable possibility of her re-marriage:



it would need an heroic suitor to plight his troth to an unendowed widow beset with a quiverful of children.” (*Anthony v Cape Town Municipality* 1967 4 SA 445 (A))

*A simile which is also a pun on the plaintiff's name:*

“Furthermore sequestration might well render nugatory the assistance scheme which the board is planning - it would be like wringing a promising cockerel's neck before it has had a chance to crow.” (*Laymore (Pty) Ltd v Five Streams Wattle Estate* 1957 3 SA 669 (N))

*And high drama:*

“This is a grim and sombre drama of despair and mercenary death, uniquely macabre because the deceased arranged his own murder, in circumstances of dire financial stress, for the purposes of insurance gain to his widow and his avoidance of the prospect of imprisonment for fraud.

“To this end, on the evening of 25th May he personally drove Robinson in his car a distance of five miles to the appointed place of execution. There he impressed upon Robinson that this time, no matter what happened, he had to go through with the matter. To ease his troubled exit through life's twilight, he drank deeply of brandy. In his final moment of drunkenness he was again assailed by human qualms. Robinson, mindful of his orders, carried them out. Thus, looking squarely at the whole train of events, the conspiracy was fulfilled in death, and there is no room for exquisite niceties of logic about the exact limit of the mandate in the conspirational common purpose.” (*S v Robinson* 1968 1 SA 666 (A))

*Similarly:*

“This grisly case from Zululand illustrates the dread influence of witchcraft, which still holds in thrall the minds of some Bantu, notwithstanding the coming of civilisation to Natal some 150 years ago. “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.” (*S v Mokonto* 1971 2 SA 319 (A))

*On the wonders of gadgetry:*

“Then, using a stylus or ball-point pen, you scribble with some pressure on the back of the sheet over the particular images which you wish to be transferred. Finally, you lift up the sheet; and lo, the images are seen to be transferred to the selected surface.” (*Letraset Ltd v Helios Ltd* 1972 3 SA 245 (A))

*A number of Mr Justice Holmes' dicta on sentencing are no less interesting:*

“When the Attorney-General in effect appeals against the leniency of the sentence, in my view, upon the footing of what's sauce for the goose is sauce for the gander, the court of appeal should not interfere unless the punishment is so inadequate as to induce a sense of shock . . .

“In my view the sentences imposed on the second appellant were shockingly inadequate . . . the buying spree upon which the appellant embarked was a planned excursion of pillage, and was a commercial outrage.” (*R v Meer* 1957 3 SA 618 (N))

“Punishment must fit the criminal as well as the crime, be fair to society, and be blended with a measure of mercy according to the circumstances . . . The last of these four elements is sometimes overlooked.” (*S v Kumalo* 1973 3 SA 697 (A))

“In the present case one is deeply conscious of *Mr Chaskalson's* submissions to the effect that these are young men who apparently fell prey to inflammatory speeches of discontent and criminal design; that, as it transpired, no great damage was done; and that, if the sentences stand, they will be paying a grievously heavy price for their brief incursion into the field of sabotage. All this is unhappily true; but it is not the whole picture. The conspiracy was an evil one; they put their minds or hands to deeds of pitiless wickedness, reckless of the property or lives of others; and it is no thanks to them that the kindled fire did not become a raging conflagration in the centre of Johannesburg . . . Furthermore with this type of sabotage the deterrent aspect of punishment calls for emphasis, lest others think the game is worth the candle, and order yield to planned and lawless chaos.” (*S v Letsoko* 1964 4 SA 768 (A))

“. . . twisting in the coils of fell circumstance, he resisted his instructions for some time . . . In the result, blending a measure of mercy with the justice of punishment, I would spare his life and sentence him to imprisonment for 20 years.” (*S v Bradbury* 1967 1 SA 387 (A))

“. . . in murder cases intoxication may, depending on the facts, be taken into account as an extenuating circumstance warranting a lesser sentence than that of death . . . Were it otherwise in this country, with most of it introduced to civilisation only last century, the grisly toll of the gallows would mount to awesome proportions.” (*S v Ndhlovu* (2) 1965 4 692 (A))

*For Holmes JA “sentence to the gallows” is ‘the incomparably utter extreme of punishment’. Ruling that a sentence of death should be replaced in casu by a long period of imprisonment, he concluded:*

“[I]f there by any doubt whether a massive sentence of imprisonment for twenty years will not be a sufficient expiation for the gravely evil deeds of this youth, let them cast their minds back in their own lives over that period and consider how much has happened to them in those two decades, and how long ago it seemed, although enlivened by domestic happiness and the free pursuit of their avocations. No such ameliorations attend the slow tread of years when you are locked up.” (*S v V* 1972 3 SA 611 (A))

*The learned judge has also warned of the limits of the criminal sanction:*

“[T]he appellants must not be visited with punishments to the point of being broken. Punishment should fit the criminal as well as the crime,

be fair to the State and to the accused and be blended with a measure of mercy.”

*And further on that “measure of mercy” in the law:*

“The element of mercy, hallmark of a civilised and enlightened administration, should not be overlooked, lest the court be in danger of reducing itself to the plane of the criminal . . . True mercy has nothing in common with soft weakness, or maudlin sympathy for the criminal, or permissive tolerance. It is an element of justice itself.” (*S v V* 1972 3 SA 611 (A))

*On “sledge-hammer justice”:*

“Reviewing the foregoing circumstances we are unanimously of the opinion that they justify a sentence lighter than that of being declared an habitual criminal, which, as already mentioned, is regarded as the equivalent of imprisonment for nine years. Justice must be done; but mercy, not a sledge-hammer, is its concomitant.” (*S v Harrison* 1970 3 SA 684 (A))

*Finally, there is a grouping of dicta which can only be described as revealing a unique and sensitive insight into the nature of the judicial process.*

*Thus:*

“(A) child of tender years should be with its mother: the decisions are legion. It is no answer to say that the physical needs of this child will be met by his grandparents. There is much more to a child’s life than supplying its physical needs. Despite the atomic age of robots and automation in which we live, natural factors such as family life and mother-love are still fundamental in a child’s life.” (*Bashford v Bashford* 1971 1 SA 21 (N))

“On the other hand I think it is to the petitioner’s credit that he did try, as he says he did, to raise funds in order to proceed in the usual way. And in this country one has a human, and I trust judicial, measure of sympathy for a humble Bantu struggling to reconcile an alien concept of urgency with the unplentiful subject of cash.” (*S v Molefe* 1962 4 SA 531 (A))

*And again compassion leavened with humour:*

“The census statistics that more than 40 per cent of European widows of the age of 41 years remarry, should not be regarded as a starting point, but merely as one of the facts, to be considered along with all the other facts - one of which is that Cupid is notoriously incorrigible and unpredictable . . . Furthermore, the bare bones of these cold statistics do not reveal how long the widows had to wait before remarriage, possibly bereft of support the while . . . Moreover the marriage in the present case had survived the stresses and bliss of 15 years of partnership. Would a second marriage be as stable or as free from the disruptive incidence of divorce? A bird in the hand is worth two in the bush.

"I come to the melancholy but realistic appraisal that her prospects of remarriage are very substantially less than the trial court's gallant assessment." (*Legal Ins Co v Botes* 1963 1 SA 608 (A))

"The machinations of criminal ingenuity being legion, the approach to the other's mind may take various forms . . . Suggestion has ever been a familiar instrument of temptation, since the days of Genesis 3, 1-6." (*S v Nkosiyana* 1966 2 SA 433 (A))

*And invoking the sombreness of an Edgar Allan Poe:*

"Furthermore, the possibility of serious injury being reasonably foreseeable, the appellant ought to have foreseen the possibility of death hovering in attendance: the two are sombrely familiar as cause and effect in the walks of human experience.

"I do not think that the appellant is rescued by the fact that the injury was an unusual one and happened in a curious way - the end of a fairly thick stick penetrated the side of the head. It is the general possibility of resultant injury which must reasonably be foreseeable and not the specific manner and nature thereof. The facets of vulnerability of the human body are legion, and death may come to mortals through a variety of corporeal hurts and derangements." (*S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A))

*To end with a parting shot against a transparently thin argument in court:*

"Against the foregoing, counsel for the defendant was able to refer to an instance in Natal, in 1925, where the plaintiff filed a notarial certificate of presentment. I think the answer is that one swallow doesn't make a summer." (*Todd v Els* 1952 3 SA 832 (N))

*The dicta of Mr Justice Holmes can fairly be ranked with those of Cardozo or Frankfurter in their awareness of the need for such qualities as compassion and humour in the judicial process. To use a memorable image of his,*

"To hold otherwise would be to contain the judiciary in an ivory tower without windows." (*S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A))

J J GAUNTLETT  
*University of South Africa*

*To abstract from this arrangement a satisfactory fundamental principle governing the transfer of actions - particularly with retention of the Roman concept of an inalienable actio directa - would be a formidable task. The Glossators and Commentators certainly found it to be so and the subject lent itself to innumerable differences of opinion. Cacheranus (in a passage quoted by Grosskopf at p 75) was understandably led to exclaim:*

Videtur igitur, doctissimi lectores, varias doctorum opiniones, et doctrinas, a quibus facile se extricare non est, nisi elevemus oculos ad Christum Jesum, Dei veritatem et sapientiam.

*per Jansen JA in*  
LTA Engineering Co Ltd v Seacat Investments Ltd  
1974 1 SA 747 (A)



# Vonnisse

## PHAME (PTY) LTD v PAIZES 1963 3 SA 397 (A)

### *Koopkontrak - Onskuldige wanvoorstelling - Prysvermindering*

Die beslissing in *Hall v Milner* 1959 2 SA 304 (O) dat 'n koper met behulp van die aedilisiëse *actio quanti minoris* prysvermindering kan verhaal op grond van 'n skuldlose wanvoorstelling *in contrabendo*, het op akademiese gebied tot heelwat meningsverskil aanleiding gegee. Die howe self het in vertwyfeling verkeer: die beslissing is eenmaal gevolg (*Van Schalkwyk v Prinsloo* 1961 1 SA 665 (T)) en eenmaal nie gevolg nie (*Ramon v Jackson* 1955 1 PH A6). 'n Beslissing van die appèlhof is dus met groot belangstelling afgewag. 'n Geleentheid om uitsluitel te verkry, het uiteindelik laasjaar voorgekom en in die beslissing *Phame (Pty) Ltd v Paizes* spreek die volle bank van ons hoogste hof hom by monde van appèlregter Holmes (gesteun deur hoofregter Ogilvie Thompson en appèlregters Potgieter, Jansen en Trollip) eenparig uit ten gunste van die rigting wat in die *Hall*-saak ingeslaan is.

Die feite van die geval was kortliks die volgende:

Die appellant verkoop aan die respondent sy aandele in 'n maatskappy wie se vernaamste bate sekere onroerende goed is. Die verkoper was na bewering daarvan bewus dat die koper die koop wou sluit ter wille van die inkomste wat hierdie onroerende goed aan die maatskappy sou oplewer. Die voordeligheid van die belegging is onder meer bepaal deur die onkoste wat die goed meegebring het met inbegrip van eiendomsbelasting en ander munisipale heffings. Tydens die voorkontraktuele onderhandelinge het die verteenwoordiger van die verkoper na bewering teenoor die koper die voorstelling gemaak dat genoemde belasting en heffings R4 646 bedra. Na sluiting van die kontrak en betaling van die koopprys ontdek die koper dat die belasting en heffings inderdaad R14 376 beloop. Hy eis derhalwe in die Transvaalse provinsiale afdeling vermindering van die koopprys met 'n bedrag van R31 000 op grond daarvan dat die verkoper se verteenwoordiger teenoor hom 'n wanvoorstelling ten aansien van die eiendomsbelasting en heffings gemaak het waardeur hy oorreed is om R31 000 meer as die werklike waarde van die aandele te betaal. Die verkoper teken eksepsie aan teen die gekombineerde dagvaardiging uit hoofde daarvan dat dit geen bewering van skuld aan die kant van die verkoper of sy verteenwoordiger bevat nie en derhalwe geen eisorsaak openbaar nie.

Die vraag waaroor die hof by monde van regter Claassen moes beslis was dus of prysvermindering in die geval van 'n nie-opsetlike wanvoorstelling *in contrabendo* aan 'n koper toegestaan kan word. Regter Claassen beantwoord hierdie vraag bevestigend en verwerp gevolglik die eksepsie.

Die verkoper se appèl word deur die appèlhof by monde van appèlregter Holmes van die hand gewys. Die regter baseer sy uitspraak daarop dat die *actio quanti minoris* in die Romeins-Hollandse reg (indien dan nie reeds in die Romeinse reg nie) ter beskikking was van 'n koper wie se koopsaak uiteindelik ander eienskappe blyk te hê as dié wat in *contrabendo* deur die verkoper in 'n *dictum vel promissum* daaraan toegeskryf is. Die woorde *dictum vel promissum* het volgens die regter in die Romeins-Hollandse reg nie noodwendig bedinge in die koopkontrak beteken nie, maar het verwys na enige wesenlike stelling wat die verkoper aan die koper gedurende die onderhandelinge gemaak het ten opsigte van die kwaliteit van die koopsaak en wat nie 'n blote opvyseling was nie. *Dictum et promissum* sluit met ander woorde volgens die hof ook 'n sogenaamde onskuldige (*innocent*) wanvoorstelling in *contrabendo* in.

Aangesien die hof uitdruklik die regshistoriese metode aanwend om te bepaal of die gewraakte regshulp aan 'n koper toekom, moet by 'n evaluering van die uitspraak die vraag na die houdbaarheid al dan nie van die hof se uitleg van die Romeinsregtelike en by uitstek die Romeins-Hollandse bronne onvermydelik gestel word. Vanselfsprekend kan in 'n bespreking van hierdie omvang geen poging aangewend word om die posisie in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg volledig wetenskaplik te ondersoek nie - daar sal volstaan word met 'n ondersoek na die bronne waarop die hof steun.

Die hof maak geen intensiewe studie van relevante bronne oor die Romeinse reg nie. Trouens, appèlregter Holmes verklaar uitdruklik op bladsy 410 van die verslag dat die belangrikste vraag die een is na die betekenis van *dictum vel promissum* in die Romeins-Hollandse reg. Hierdie benadering is te betreur enersyds aangesien die Romeins-Hollandse en ander skrywers op wie die hof steun hulle juis direk op relevante *Digestatekste* beroep en andersyds vir sover daar tekste is wat inderdaad die afleiding skyn te regverdig dat *dictum vel promissum* slegs op bedinge van die kontrak slaan. ('n Goeie voorbeeld is *D 4 3 37*. Die argument dat moderne verbintenisregtelike begrippe nie sonder meer op die Romeinse begrippeleer oorgedra moet word nie kan in beginsel onderskryf word. Die argument in sigself bewys egter nie dat die Romeinse juriste die onderskeid *nie* geken het nie! Dit sou 'n intensiewer ondersoek behoeftig. Die waarskuwing kan bowendien gerig word dat die sin vir billikheid van 'n moderne regs-gemeenskap nie noodwendig met dié van 'n gemeenskap van byna 2 000 jaar gelede ooreenstem nie.) 'n Ondersoek van moderne skrywers oor die Romeinse reg sou ook aan die lig gebring het dat selfs diegene wat aan die hand doen dat die onderhawige woorde ook onskuldige wanvoorstellings insluit nie vër van die spekulatiewe beweeg nie (sien byvoorbeeld Watson *The law of obligations in the later Roman republic* 88 e.v.).

Die drie *Digestatekste* wat appèlregter Holmes aanhaal (21 1 1 1, 21 1 18 *pr* en 21 1 38 *pr*) laat in elk geval geen afdoende afleiding ten gunste van laasgenoemde standpunt toe nie. Ook nie die verwysings na Cujacius en Donellus (vertaling deur die hof aangehaal): "However, when the vendor . . . has stated that he is selling a thing of such a kind, then without doubt he will be *obliged to furnish what he has stated* . . ." (ons kursiveer).

Onder hierdie omstandighede draai die appèlregter se hele argument rondom die standpunte van die gemeenregtelike skrywers op wie hy hom beroep. By nadere ondersoek van hierdie bronne moet egter met respek betwyfel word of hulle die regter se gevolgtrekking regverdig.

In die meeste van die gesiteerde bronne word gesê dat die verkoper vir spesifieke *dicta|promissa praestari oportet* of dat hy verplig is om prysvermindering toe te staan op grond van onjuiste *dicta|promissa* gemaak *ut praestentur*.

Indien *praestare* vertolk word om te verwys na 'n handeling waardeur dit wat in 'n verklaring vervat is inderdaad uitgevoer word, lê dit voor die hand dat dit vir die onderhawige skrywers slegs gehandel het oor bedinge in die kontrak of minstens oor voorstellings gemaak met die eensydige bedoeling om dit spesifiek uit te voer. Uit die vertalings wat die regter self aanhaal, blyk dan ook telkens dat onder die woord verstaan word: om te handel in direkte ooreenstemming met 'n onderneming om goed te maak. Is daar in die gewraakte tekste enige aanduiding van 'n minder strenge uitleg?

Appèlregter Holmes beroep hom ten aanvang op Voet *Commentarius* 21 1 3. Uit hierdie teks blyk egter dat Voet die aedilisiëse aanspreeklikheid van die verkoper *ex dicto promissive* daardeur verklaar dat die verklaring gemaak is *ut praestentur, non ut iactentur*. Hierdie onderskeiding kan met vrymoedigheid gelees word om te beteken dat die verkoper moet goedmaak wat hy onderneem het om te presteer (di 'n kontraktuele beding) maar nie wat hy bloot ter opvyseling van die koopware gesê het nie. Ook in sy *Commentarius* 4 3 4 skyn Voet hierdie mening te huldig. Dit is interessant dat Berwick in sy vertaling van gedeeltes uit Voet se *Commentarius* die woorde *ut praestentur* soos hulle in 21 1 3 voorkom, vertaal met "with a view to a warranty" (sien Berwick *A contribution to an English Translation of Voet's Commentary on the Pandects* 493).

Eweneens kan die gedeelte uit Noodt se *Opera Omnia* waarna appèlregter Holmes verwys vertolk word as 'n verwysing na aanspreeklikheid op grond van verbreking van 'n beding in die koopkontrak. By uitstek Noodt se verklaring van die onderliggende beginsel is sekerlik vir so 'n vertolking vatbaar: "Est igitur rationis: ut quod specialiter dixerit venditor, id praestet" (1767-uitgawe volume II 357). Uit die teksgedeelte waarna die hof verwys, blyk geen rede waarom hier iets anders bedoel word nie as eenvoudig: die verkoper moet presteer wat hy onderneem het om te presteer.

De Groot *Inleiding* 3 15 8 word deur die hof aangehaal as steun vir sy gevolgtrekking. Inderdaad kan gevra word of die woorde "anderzins bedriechlick" ook na die onmiddellik voorafgaande sinsnede ("iet buiten de waerheid is ghezeit") terugverwys al dan nie. Indien wel, handel die teks natuurlik oor bedrieglike verklaringe en nie oor skuldlose verklaringe nie. Die hof het in die mening van Bodenstein ("A few aspects of the *actio empti* and the aedilitian actions" 1914 *SALJ* 18 157-158) weliswaar gewigtige steun vir die afleiding dat De Groot 3 15 8 oor skuldlose voorstellings handel. Indien 'n mens egter ook die voorafgaande teks - 3 15 7 - lees, kan die korrektheid van Bodenstein se argument in twyfel getrek word. Dit



wil naamlik voorkom asof De Groot wat wanvoorstelling betref dit in 3 15 7 oor bedrog by wyse van verswyging het en in 3 15 8 oor bedrog by wyse van 'n uitdruklike verklaring.

Die voorafgaande opmerkings behoort voldoende te wees om aan te dui dat appèlregter Holmes se gevolgtrekking oor die beskikbaarheid van die *actio quanti minoris* op grond van onskuldige wanvoorstelling in die Romeins-Hollandse reg met respek gesê nie deur die bronne wat hy aanhaal onomwonde gesteun word nie. Derhalwe wil ons beweer dat die historiese grondslag van die beslissing soos deur die hof aan die hand gedoen, wegval (sonder dat ons daarmee te kenne wil gee dat in hierdie bespreking 'n uitputtende historiese ondersoek gedoen word).

Die vraag bly vanselfsprekend nog of die onderhawige uitspraak nie in elk geval te verwelkom is nie vanweë die billike effek van die regsnorm wat daardeur bepaal word.

Vry algemeen word aangevoer dat dit alleenlik maar logies is om aan 'n koper die "mindere" remedie van prysvermindering toe te staan aangesien hy in elk geval uit die kontrak mag terugtree op grond van onskuldige wanvoorstelling deur sy verkoper (vergelyk byvoorbeeld *Hall v Milner* 316; Burchell 1950 *SALJ* 121 123-124). Sonder om te ontken dat laasgenoemde remedie inderdaad deur ons howe verleen word, word daarop gewys dat hierdie ontwikkeling se historiese gegrondheid self twyfelagtig is.

Om die koper se terugtreedingsbevoegdheid te regverdig aan die hand van die nie-ervulling van 'n *dictum vel promissum in contrabendo* veronderstel dat die vraag na die presiese inhoud van hierdie woorde beantwoord kan word en voer ons derhalwe hier geen stap verder nie. In *Viljoen v Hillier* 1904 TS 312 en aanverwante beslissings is die pasgenoemde regverdiging dan ook nie aangevoer nie. Die standpunt van ons howe is naamlik dat *billikeheid* vereis dat die koper in die omstandighede mag terugtree en daar word eenvoudig met verwysing na die *exceptio doli (generalis?)* aanvaar dat hierdie billikheidsmaatstaf nie vreemd was aan ons gemene reg nie. Verder word daar net eenvoudig 'n beroep op die Engelse reg gemaak. Vir geen oomblik wil ons ontken dat *dolus* in hierdie konteks nie bedrog hoef te beteken nie maar bloot onbehoorlike, immorele gedrag. In die lig van die twyfel wat egter reeds oor die houdbaarheid van ons howe se aanvaarding uitgespreek is (vergelyk De Wet *Estoppel by representation in die Suid-Afrikaanse reg* 84 - 89) kan hulle standpunt nie sonder deeglike ondersoek as histories korrek betrag word nie. En indien 'n hof hom by die erkenning van so 'n terugtreedingsbevoegdheid op die bestaan van 'n algemene billikheidsdiskresie wil beroep sonder om na 'n historiese grondslag te vra, behoef dit sekerlik 'n behoorlike beredenering van die netelige vraag na die bevoegdheid van 'n Suid-Afrikaanse hof om ons positiewe reg op grond van billikheidsoorwegings aan te pas of selfs abrupt te verander.

Selfs al sou 'n mens aanvaar dat ons howe inderdaad oor 'n algemene billikheidsdiskresie beskik, moet jy jouself afvra of dit in die onderhawige gevaltipe wel billik is om aan die koper prysvermindering toe te staan.

Die hof wys juis self daarop dat die aedilisesse remedies destyds deur billikheid ingegee is en vervolg:



"It is therefore of interest to consider the equity of allowing the buyer to obtain a reduction of the price because of material innocent misrepresentation relative to the quality of what was sold, which, in all the circumstances can properly be regarded as one which should be made good because the buyer paid a higher price on account of it. In such a case, on the one hand the seller is innocent; and he might not have wanted to sell at a reduced price even if he had known the truth. On the other hand, one must spare a thought for an innocent out-of-pocket buyer, having paid a higher price than he would have, and eyeing with chagrin the unmerited increment retained by the complacent seller. In such circumstances, as between a seller who would not have sold at a reduced price, and a buyer who would not have bought at the agreed price, both being innocent, it seems equitable that the true value should prevail" (416B-E).

Verskeie skrywers huldig soortgelyke standpunte (sien by Mulligan "No Orchids for Misrepresentation" 1951 *SALJ* 157).

Of dit billik is om aan 'n koper prysvermindering op grond van 'n onskuldige wanvoorstelling te verleen, is in finale instansie 'n kwessie van goeie oordeel waaroor elke juris sy eie mening mag nahou en waaroor by uitstek die regbank op 'n verantwoordelike wyse uitsluitsel kan gee. Daar moet egter gewaarsku word dat die hof se opvatting van die billikheid in hierdie geval, naamlik dat die misleier nie die vrugte van sy wanvoorstelling teenoor die misleide behoort te behou nie, nie noodwendig gedien word deur die aksie wat verleen word nie. Dit kan naamlik gebeur dat die "complacent" (*sic*) verkoper nie sy "unmerited increment" behou nie maar te goeder trou daaroor beskik sonder dat hy bevoordeel bly. So kan die verkoper die koopprys met "increment" en al aan liefdadigheid bestee of dit eenvoudig verkwis. As die verkoper nietemin met die *actio quanti minoris* gekonfronteer word, sou hy natuurlik nie agter die verlies van die voordeel kan skuil nie. In so 'n geval sou die *actio quanti minoris* nie die uitwerking hê dat dit die misleier verhoed om die voordeel te behou wat hy as gevolg van sy wanvoorstelling bekom het nie, maar bloot dien om die misleide ten koste van die misleier te vergoed. Hierdie konsekwensie laat weer twyfel ontstaan oor waar die billikhede inderdaad geleë is. Immers, in die verrykkingsreg, waar dit ook gaan oor die reg van 'n persoon om uit hoofde van die *billikhede* 'n bate wat voorheen aan hom behoort het van 'n ander terug te vorder sonder dat dié persoon skuldiglik opgetree het, word dit onbillik geag om 'n persoon aanspreeklik te hou as hy die gewraakte voordeel kwyt is. Waarom sou dieselfde nie by wanvoorstelling geld nie? Waarom behoort die reg so ver te gaan om die koper te vrywaar selfs teen die risiko dat hy 'n verkoper kies wat eerlik en *sorgvuldig* die koper se beweegrede help vorm? (Vir sover die voorsteller nie nalatig of opsetlik opgetree het nie is hy volgens die maatstawwe van ons reg per slot van rekening *sorgvuldig*.) Die besluit dat skade gedra moet word deur iemand anders as die kontraktant op wie dit natuurlikerwyse val, mag natuurlik nie ligtelik gevel word nie. Die verkoper is per slot van sake nie 'n versekeraar nie.

Interessant genoeg handel dit in die onderhawige geval asook in dié van *Hall v Milner* oor feitestelle wat daarop dui dat die verkoper (of diegene vir wie se optrede hy aanspreeklik is) eintlik, op sy minste, nalatig was toe die inligting verskaf is - vandaar dat sy gedrag moreel laakbaar was. As nalatige wanvoorstelling wel 'n eisoorzaak volgens ons reg was, sou geregtigheid in al hierdie gevalle gerieflik aan die hand daarvan kon geskied het.

Dit laat die vrees ontstaan dat die onvermoë of onwilligheid van ons howe om nalatige wanvoorstelling as eisoorzaak te erken, bygedra het tot die invoering van die onderhawige aanspreeklikheidsgrond wat weliswaar sedert die begin van sy ontwikkeling nie veel teenstand van die howe ondervind het nie, maar dalk heeltemal onnodig is. Sover bekend was daar in elk geval tot dusver geen egte voorbeeld van onskuldige wanvoorstelling volgens die bewese feite in die howe ter sprake nie. Wanneer uitgemaak moet word of dit billik is dat die misleide persoon *in casu* en origens prysvermindering verkry ten spyte daarvan dat daar nie op enige wangedrag aan die kant van die misleier gesteun word nie, moet 'n mens jou natuurlik net nie om die bos laat lei deur die toevalligheid dat die misleier inderdaad skuldiglik opgetree het nie.

Samevattend wil ons ons afvra hoe die reg op die gebied van wanvoorstelling by kontraksluiting na die onderhawige beslissing daar uitsien. Die onsekerheid oor die vraag of 'n koper prysvermindering op grond van 'n onskuldige wanvoorstelling kan eis, is natuurlik nou uit die weg geruim. Ongelukkig was dit egter nie die laaste stuk wat 'n legkaart van afgeronde en beginselgetroue reëls op hierdie gebied voltooi het nie. Daar bestaan onsekerhede en selfs anomalieë, waarvan sommige juis deur hierdie beslissing bevestig, aangehelp of bewerkstellig is. Aangesien die appèlhof die probleem in terme van bestaande begrippe in ons reg benader, moet hierdie onsekerhede en anomalieë aandag geniet.

In die eerste plek is dit in ons reg lank reeds onseker of 'n misleide op grond van *nalatige* wanvoorstelling skadevergoeding kan verhaal. Hierdie onsekerheid word alleen maar deur die onderhawige beslissing bestendig. In *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A) 348 het appèlregter Wessels (weliswaar *obiter*) te kenne gegee dat skade wat deur 'n nalatige wanvoorstelling *in contrabendo* veroorsaak is na alle waarskynlikheid nie verhaalbaar is nie. Die regter het onder meer gemeen dat 'n kontraktant hom teen die gevolge van sulke voorstellings kan beskerm deur op waarborge aan te dring alvorens hy die kontrak sluit. Bowendien was die hof die mening toegedaan dat erkenning van aanspreeklikheid weens nalatige wanvoorstelling *in contrabendo* moontlik meer euwels in die hand kan werk as bestry. Hierdie oorwegings kom sekerlik ook by aanspreeklikheid weens *skuldlose* wanvoorstelling ter sprake. Desnieteenstaande beslis die appèlhof nou dat 'n koper wat deur 'n verkoper sonder skuld mislei is prysvermindering kan verhaal. Inderdaad het appèlregter Wessels in sy gemelde *dictum* verklaar dat die slagoffer van 'n "innocent misrepresentation" in gepaste omstandighede te hulp gekom word, maar dit blyk nie of die regter prysvermindering of slegs terugtrede in gedagte gehad het nie. Uit appèlregter Wessels se gebruik van die begrippe "negligent", *dolus* en "innocent" wil dit voorkom asof hy "negligent", nie by "innocent" inbegryp nie. Dit beteken dat die remedies weens "innocent misrepresentation" waarna appèlregter Wessels verwys nie noodwendig weens nalatige wanvoorstelling beskikbaar is nie. Indien 'n mens daarenteen appèlregter Holmes se uitspraak ontleed, skyn dit asof nalatige en skuldlose wanvoorstelling oor dieselfde kam geskeer word. (Sien bladsye 409A en 417H-418A van die verslag.) In hierdie omstandighede is dit onduidelik presies hoe die beslissing in die *Phame*-saak met die vermelde standpunt van appèlregter Wessels te rym is. Hoewel die appellant na hierdie aspek

verwys het, wend die hof geen poging aan om sy vorige houding te verduidelik nie en 'n mens wonder of die appèlhof 'n verandering van gesindheid ondergaan het ten gunste van aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling.

In die tweede plek laat die beslissing die vraag ontstaan of (en indien wel hoe) die misleide koper se reg op prysvermindering geraak word as hy onsoorgvuldig opgetree het deur hom op die voorstelling te verlaat. Waar die *actio quanti minoris* op grond van die aanwesigheid van 'n verborge gebrek in die koopsaak aangewend word, word die verkoper wel voldoende teen die onsoorgvuldigheid van die koper beskerm. Die koper moet immers bewys dat 'n redelike persoon in sy posisie die gebrek nie sou opgemerk het toe hy die saak ondersoek het nie (*Lakier v Hager* 1958 4 SA 180 (T) 184). Die stel van hierdie vereiste wanneer die *actio quanti minoris* op grond van 'n wanvoorstelling ingestel word, sou egter nie noodwendig die misleier beskerm nie. Dit is naamlik goed denkbaar dat die onjuistheid van 'n voorstelling geensins deur selfs 'n noukeurige ondersoek van die koopsaak geopenbaar sal word nie hoewel die waarheid maklik andersins vasgestel kan word. Dit is trouens *in casu* die geval. Die *actio quanti minoris* is gevolglik nie die gewenste aksie in die geval van wanvoorstelling nie. Die billikheid om 'n sorgvuldige misleier wat miskien nie meer oor die voordele van sy wanvoorstelling beskik nie, sonder enige aanpassing vir prysvermindering aanspreeklik te hou terwyl die slagoffer van sy misleiding miskien grof nalatig was, lê onses insiens glad nie voor die hand nie. Selfs in die verrykingsreg, waar skuld aan die kant van die aanspreeklike persoon nie 'n vereiste is nie, sluit skuld in die vorm van 'n *iniustus error* aan die kant van die persoon wat op 'n onagsame wyse 'n onverskuldigde betaling gemaak het, 'n beroep op die *condictio indebiti* uit (sien De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* 2de uitgawe 1971 166).

Dieselfde probleem duik natuurlik op waar die misleide wat onsoorgvuldig opgetree het op grond van 'n skuldlose wanvoorstelling wil terugtree. Terugtrede by 'n ondeelbare prestasie is 'n remedie wat nie vir enige tempering vatbaar is nie. Indien die misleide se onsoorgvuldigheid teen hom gereken word, sou 'n mens dus kan verwag dat hy dan glad nie kan terugtree nie. Hoogstens behoort prysvermindering, indien natuurlik hoegenaamd geregverdig, toegestaan te kan word. Voorsiening sou dan gemaak kan word vir die misleide se onsoorgvuldigheid. As die posisie korrek uiteengesit is in *Wiley v African Realty Trust* 1908 TH 104 wil dit egter voorkom asof onsoorgvuldigheid aan die kant van die misleide nie sy terugtreddingsbevoegdheid beïnvloed nie.

Die anomaliese posisie is kortom soos volg: As A vir B *skuldiglik* benadeel sonder om 'n wanvoorstelling te maak (A ry B byvoorbeeld met 'n motor raak) word A se aanspreeklikheid getemper op grond van B se nalatigheid; as A egter vir B by 'n koopkontrak *onskuldiglik* deur 'n *wanvoorstelling* benadeel, word B se remedies geensins beïnvloed nie ten spyte daarvan dat hy self nalatig was.

In die derde plek vloei 'n ernstige anomalie uit die onderhawige beslissing voort. Waar 'n persoon skadevergoeding eis omdat hy opsetlik mislei is om te koop, kan hy nie noodwendig die verskil tussen die mark-



waarde van die saak en die prys eis nie. Indien hy naamlik in elk geval die saak sou gekoop dog net minder daarvoor sou betaal het, moet die verskil tussen die werklike prys en die prys wat hy sou betaal het, geëis word. Dus, as die bedroëne in ieder geval 'n saak ter waarde van R100 vir R125 sou gekoop het maar as gevolg van die wanvoorstelling R150 daarvoor betaal, kan hy nie R50 nie maar slegs R25 verhaal (sien by *Bill Harvey's Investment Trust (Pty) Ltd v Oranjezicht & Citrus Estates (Pty) Ltd* 1958 1 SA 479 (A) 484-485. Hierdie reël is natuurlik van algemene strekking en is *mutatis mutandis* op alle kontrakte van toepassing).

Dieselfde verskynsel, naamlik dat die koper in ieder geval bereid sou gewees het om meer as die markwaarde vir die saak te betaal as hy nie mislei was nie, kan natuurlik ook voorkom by onskuldige wanvoorstellings. Die korrekte berekening van die prysvermindering volgens die *actio quanti minoris* in die hedendaagse reg is egter die verskil tussen die markwaarde van die saak en die prys. (Sien oa *SA Oil & Fat Industries Ltd v Park Rynie Whaling Co Ltd* 1916 AD 400 413.) Dit wil dus nou voorkom asof die advokate in die *Bill Harvey*-saak die eiser moes aangeraai het om sy eis op 'n onskuldige wanvoorstelling eerder as bedrog te vestig. Kan ons reg werklik die absurditeit handhaaf dat 'n misleide op grond van een en dieselfde wanvoorstelling in 'n geëigende geval 'n groter bedrag kan verhaal waar die wanvoorstelling onskuldig was as waar dit met opset gepaard gegaan het?

In die vierde plek word vry algemeen aanvaar dat 'n kontrak wat deur 'n onskuldige wanvoorstelling veroorsaak is, deur die misleide aangeveg kan word. Dit geld enige tipe kontrak, byvoorbeeld 'n borgkontrak (*Viljoen v Hillier*) en aanbesteding van werk (*Parke v Hamman* 1907 TH 47). Die remedie van prysvermindering op grond van 'n onskuldige wanvoorstelling word daarteenoor beperk tot die gevalle waar die *actio quanti minoris* aanwending vind, dit wil sê 'n koopkontrak en miskien ook 'n ruilkontrak (sien *Wastie v Security Motors* 1972 2 SA 129 (K) waarin beslis is dat die gemelde aksie ook by die ruilkontrak aanwending vind) ten spyte daarvan dat enige kontrak net so vir onskuldige wanvoorstelling vatbaar is en dieselfde onbillike gevolge indien enige vir die misleide kan intree. Indien prysvermindering op grond van 'n onskuldige wanvoorstelling by die koopkontrak geregverdig is, is dit natuurlik anomalies dat daar nie soortgelyke remedies in die geval van ander kontraksoorte beskikbaar is nie of nog beter 'n algemene remedie vir alle gevalle. Aan die ander kant, as prysvermindering *de lege ferenda* onhoudbaar is, is die meer ingrypende remedie van terugtrede op grond van onskuldige wanvoorstelling *a fortiori* onhoudbaar nie net by koopkontrakte nie, maar in die algemeen.

In die vyfde plek geld die *actio quanti minoris* net ten gunste van 'n misleide koper. Die verkoper staan vermoedelik magteloos sonder dat daar enige grond is om te aanvaar dat hy minder beskermingsbehoefdig is as die koper indien eenmaal aanvaar word dat die koper wel beskermingsbehoefdig is.

In die sesde plek moet daarop gewys word dat die huidige reëls slegs voorsiening maak vir aanspreeklikheid van die verkoper as sy skuldlose wanvoorstelling op die *kwaliteit* van die saak betrekking het. As aanspreeklik-



heid vir onskuldige wanvoorstelling hoegenaamd geregverdig is, lyk dit onlogies om die rem op so 'n wyse aan te draai. Waarom sou dit tog ageerbaar wees as A vir B te goeder trou sê dat die belasting op die saak Rx is terwyl dit Ry is, maar nie as A vir B sê die eerste minister het die erf langs die aangebode erf gekoop terwyl dit nie so is nie?

In die sewende plek bestaan daar 'n mate van onsekerheid oor die vraag of 'n kontraktant op grond van 'n wanvoorstelling (hetsy 'n skuldige dan wel 'n skuldlose) kan terugtree indien die partye in ieder geval die kontrak sou gesluit het al was daar geen misleiding nie, maar dan net met ander bepalinge. De Vos meen dat die misleide nie in sodanige omstandighede kan terugtree nie ("Skadevergoeding en terugtrede weens bedrog by kontraksluiting" 1964 *Acta Juridica* 26). Hierdie houding is volkome geregverdig, want anders word die misleide in 'n beter posisie geplaas as waarin hy sou gewees het as die wanvoorstelling nie gemaak was nie. Wat ons howe in so 'n geval sou doen, is egter moeilik om te voorspel.

Die onvermydelike slotsom is dat ons huidige regsreëls op die gebied van wanvoorstelling by kontraksluiting alles behalwe duidelik en georden is. Die hulp van die wetgewer lyk dan ook nodig om ons reg van al die anomalieë en onsekerhede te suiwer. Indien daar 'n behoefte is om aanspreeklikheid vir onskuldige wanvoorstelling te erken, sou 'n behoorlike grondslag vir die aanspreeklikheid gevind moet word hetsy binne die bestaande sisteem van ons verbintenisreg hetsy op 'n eiesoortige basis. Bovendien sou enige verandering van of toevoeging tot die reg aangaande wanvoorstelling by kontraksluiting natuurlik nie sonder behoorlike navorsing kan geskied nie. Daarom word bepleit dat die Suid-Afrikaanse Regskommissie die hele aangeleentheid in oorweging neem.

S W J VAN DER MERWE  
M F B REINECKE  
*Randse Afrikaanse Universiteit*

### **S v BRICK 1973 2 SA 571 (A)**

#### *Absolute verbieding - Handeling - Wederregtelikheid*

Die feite van hierdie saak toon 'n duidelike ooreenkoms met dié in *S v R* 1971 3 SA 798 (T) en kom hoofsaaklik daarop neer dat die appellant by die oopmaak van 'n posstuk ontdek het dat die inhoud daarvan pornografiese materiaal was, die besit waarvan deur a 2(1) van Wet 37 van 1967 tot misdaad verklaar is. Die hof het aanvaar dat die appellant nie self vir die versending van die posstuk aan hom verantwoordelik was nie. Alhoewel, volgens die getuienis, die tydsverloop tussen die ontvangs van die posstuk en die daaropvolgende besoek van die polisie heelwat langer was as in die geval van *S v R supra*, het die hoofregter, wat die meerderheidsuitspraak van die hof gelewer het, tereg daarop gewys dat die appellant se onbetwiste getuienis van sy bedoeling om die gewraakte materiaal òf aan die polisie te oorhandig òf te vernietig, in die omstandighede moontlik waar kon gewees het. Die hof het dit derhalwe aanvaar. Die appellant se skuldigbevinding word

nogtans deur die appèlhof bekragtig op grond daarvan dat die bedoeling aan die kant van die beskuldigde om die pornografiese stof aan die polisie te oorhandig, nie sy aanspreeklikheid uitsluit nie maar hoogstens as 'n strafversagende omstandigheid kan geld (581A). Die hoofregter gee toe (580D-E) dat die hof se uitleg van die betrokke artikel moontlik gevalle binne die bestek van die wet kan bring "which, from a moral point of view, merit neither prosecution nor punishment . . ." Hoe is daar tot hierdie verbasende gevolgtrekking geraak?

Na oorweging van die begrip besit soos uitgelê in *S v R supra* en ander sake kom die hoofregter tot die gevolgtrekking (580B-D):

"Having regard to the obvious objectives of the Act, it appears to me that witting physical detention, custody or control of such matter is penalised . . . Once it is shown that the holder was aware of the existence of such photographic matter in his detention, custody or control, it is not, in my view, essential for a conviction under Sec 2(1) of the Act that the State should - as was held in *S v R* - affirmatively prove that the holder intended to exercise control over the photographic matter in question for his own purpose or benefit".

Dit is duidelik dat die hoofregter van mening is dat a 2(1) van die wet 'n absolute verbod daarstel. Dit is nie 'n doelstelling van hierdie bespreking om kritiek te lewer op hierdie bevinding van die appèlhof aangaande die opsetsvereiste nie. Daar word egter eerbiediglik aan die hand gedoen dat die elemente van wederregtelikheid en handeling in verband met die onderhawige saak wel bespreking verdien.

Volgens die siening van die hoofregter word 'n persoon eers ingevolge a 2(1) aanspreeklik wanneer hy bewus word daarvan dat hy in besit is van of toesig of beheer uitoefen oor pornografiese materiaal. Hiermee word hoegenaamd geen fout gevind nie. Om 'n persoon te straf weens sy besit van iets, van die aard waarvan hy glad nie bewus was nie, sou ondenkbaar en doelloos wees. Hierdie siening, dat aanspreeklikheid eers vanaf die oomblik van bewuswording ontstaan, bring egter mee dat die handeling van die ontvanger van pornografiese materiaal voordat hy bewus word van die aard daarvan (dws in die omstandighede van hierdie saak, die ontvangs van die verseëlde posstuk en die oopmaak daarvan) juridies irrelevant is, want dit maak nie deel van die misdaad uit nie en bring geen aanspreeklikheid mee nie. In die lig hiervan moet die presiese aard van die handeling waarvan die beskuldigde in die betrokke saak verwyt is noukeurig ontleed word.

Eerstens ontstaan die vraag of die bewus-word van die aard van die materiaal in die omstandighede van hierdie saak beskou kan word as 'n willekeurige handeling wat op sigself aanspreeklikheid kan meebring. Dit is duidelik dat byvoorbeeld die student (al is hy 'n student van pornografie!) wat studeer of die polisieman wat observasie-dienste verrig beslis willekeurige bewus kan word van dit wat hulle waarneem. Daarenteen wil dit egter voorkom of die wandelaar wat skielik deur 'n afgryslike motorongeluk gekonfronteer word, geen willekeurige handeling tav die motorongeluk of sy waarneming daarvan verrig het nie. Daar word met respek aan die hand gedoen dat die onderskeid daarin lê dat by eersgenoemde twee voorbeelde die waarnemers die omstandighede so gereël het dat hul sintuie blootgestel word aan dit wat hulle gewens het om waar te neem

terwyl dit in laasgenoemde voorbeeld nie gebeur het nie. Dit is met ander woorde vir 'n mens moontlik om willekeurig die toneel voor te berei vir 'n bewuswording van iets; maar die bewuswording op sigself, dws die blote registrasie deur die sintuie van prikkels wat van buite kom, is nie aan menslike beheer onderworpe nie en kan daarom nie willekeurig wees nie. Van dit wat deur omstandighede onverwags aan 'n mens se sintuie opgedring word, word jy bewus sonder enige wilsuitoefening aan jou kant. 'n Mens se voortgesette waarneming van dit waarvan jy reeds bewus geword het is egter ongetwyfeld willekeurig. Daar is by my geen willekeurige bewuswording as die bikini-meisie onverwags sonder haar bostuk uit die water te voorskyn kom nie, maar as ek aanhou kyk, verrig ek wel 'n willekeurige handeling. Die persoon wat 'n pakkie oopmaak wel wetende dat die inhoud daarvan moontlik van pornografiese aard mag wees, stel sy sintuie willekeurig bloot aan die waarneming van die inhoud van die stof maar die sintuiglike registrasie as sodanig is bloot instinkmatig. Waar die pakkie- of boek-oopmaker egter nie weet wat hom te wagte is nie, is sy bewuswording nóg bereken nóg beheerbaar en derhalwe onwillekeurig. Dit behoort dus nie as 'n handeling vir doeleindes van die strafreg beskou te word nie.

Weliswaar kan die mening dat die onwillekeurige bewuswording van die aard van die inhoud van die pakkie 'n willekeurige handeling is, nie aan die appèlhof toegeskryf word nie. Die hoofregter gebruik die woorde "physical detention, custody or control" om die handeling aan te dui wat aanspreeklikheid kan meebring, mits hierdie fisiese verwantskap met die gewraakte stof gekoppel is aan 'n bewussyn van die aard van die stof. Daar word egter met respek aan die hand gedoen dat dit nodig is om te onderskei tussen die totstandkoming van hierdie toestand en die voortsetting daarvan. Die ontstaan van die beskuldigde se fisiese verwantskap met die betrokke materiaal, soos hierbo genoem, was totaal onskuldig en juridies irrelevant tot op die oomblik van bewuswording. Laasgenoemde verwikkeling is die katalisator wat die onskuldige, juridies irrelevante situasie omskep in 'n toestand binne die bestek van a 2(1) van die wet. Maar die verandering meegebring deur die bewuswording geskied sonder enige willekeurige gedrag aan die kant van die beskuldigde en 'n persoon kan immers nooit verwyrt word weens die totstandkoming van 'n toestand waaroor hy hoegenaamd geen beheer het nie. Dit wil dus voorkom, na aanleiding van die bikini-meisie-voorbeeld hierbo, of enige willekeurige, relevante handeling wat in die omstandighede deur die beskuldigde gepleeg was, gesien moet word nie in die totstandkoming nie maar in die voortsetting van sy fisiese verwantskap met die betrokke fotografiese materiaal in die bewussyn van wat die aard daarvan was. Alvorens strafregtelike aanspreeklikheid op enige willekeurige handeling kan volg, moet dit natuurlik ook vasstaan dat sodanige handeling wederregtelik was.

Ten opsigte van die situasie ná bewuswording van die aard van die inhoud van die posstuk, haal die hoofregter met goedkeuring die volgende passasie aan uit die uitspraak van regter Schreiner in *R v De Beer* 1943 TPD 1:

"The mere fact that a person in possession of liquor, uncut diamonds, unwrought gold or explosives intends to tell the police about it does not, to my mind, prevent him from actually being in possession of these things. What conclusion might be



drawn from such conduct in regard to the penalty to be imposed is another matter, but I do not think that the mere intention to hold honestly, with a view to informing the police later about it, prevents the accused from being in possession within the meaning of the section". (580H)

Soos egter duidelik blyk uit die minderheidsuitspraak van appèlregter Jansen, is dit feitlik onmoontlik vir die besitter van ongevraagde pornografiese materiaal om, nadat hy van die aard daarvan bewus geword het, enigiets daarmee te doen wat nie op "detention, custody or control" daarvan sal neerkom nie. Aangesien die betrokke wet geen positiewe dadigheid as vereiste vir aanspreeklikheid stel nie, sou die regverdigingsgrond onmoontlikheid nie as regverdigingsgrond in hierdie geval kan geld nie. (Sien Burchell & Hunt 294.) Myns insiens bevind die beskuldigde hom in hierdie omstandighede egter wel in 'n noodtoestand, wat nie deur sy eie skuldige handeling veroorsaak is nie. Die essensie van die regverdigingsgrond noodtoestand bestaan daarin dat die beskuldigde een regsnorm skend om 'n meer belangrike regsnorm, wat in die omstandighede bedreig word, te beskerm. Deur daadwerklike en in die omstandighede redelike beheer oor die fotografiese materiaal uit te oefen, deur dit so gou moontlik aan die polisie te oorhandig of dit onmiddellik te vernietig, verhoed die beskuldigde 'n groter dreigende maatskaplike euwel, naamlik die gebruik of verdere verspreiding van die betrokke stof vir ongeoorloofde doeleindes. Gesien in hierdie lig behoort die beskuldigde se uitoefening van beheer oor die gewraakte materiaal, volgens die aanvaarde beginsels van ons reg, deur noodtoestand geregverdig te word. In die onderhawige geval blyk dit uit die feite asof, weens die lang tydsverloop tussen die ontvangs van die pakkie en die besoek van die polisie, dat die appellant se optrede vir doeleindes van noodtoestand nie redelik was nie en dat hy hom derhalwe in hierdie geval nie met sukses op dié verweer sou kon beroep nie. Met die grootste respek, egter, moet daar uit 'n wetenskaplike oogpunt gekonstateer word dat dit nie genoegsaam is vir die staat om te bewys dat "the holder was aware of the existence of such photographic matter in his detention, custody or control" nie. In elk geval, al is die bepaling 'n absolute statutêre verbod, moet die staat nog bewys dat daar 'n willekeurige handeling aan die kant van die beskuldigde was en dat sodanige handeling wederregtelik was. Indien dit in gedagte gehou word, behoort daar nie gevalle te wees wat uit 'n morele oogpunt nie vervolgings- of strafwaardig is nie.

A J MIDDLETON  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## APPÈL DEUR YSKOR INGEVOLGE DIE WET OP VOORKOMING VAN LUGBESOEDELING

*Uitspraak van die Appèlraad op Lugbesoedeling (ongerapporteerde)*

Die Wet op Voorkoming van Lugbesoedeling 45 van 1965 maak voorsiening vir omvattende beheer van lugbesoedeling in Suid-Afrika. Kragtens hierdie wet word skadelike of hinderlike gasse en stof deur die staat beheer, terwyl die beheer oor rook en voertuigdampe in beginsel by plaaslike owerhede berus.



Die staatsdepartement van gesondheid is deur die hoofbeampte vir die bestryding van lugbesoedeling en sy personeel in beheer van skadelike of hinderlike gasse, wat hoofsaaklik deur chemiese en metallurgiese industrieë veroorsaak word. Slegs ingelyste prosesse, waarvan 58 tot dusver in die tweede bylae tot die wet vermeld word, kan beheer word, en hoewel die wet met betrekking tot die beheer van rook, stof en voertuigdampe dusver slegs in sekere verklaarde beheerde gebiede geld, is die hele land reeds in 1968 tot 'n beheerde gebied verklaar sover dit beheer van skadelike of hinderlike gasse betref. (Sien a 8 saamgelees met Regeringskennisgewing R1776 van 4 Oktober 1968.) Wat skadelike of hinderlike gasse betref, word die staat sedert die wysiging van die wet in 1973 (sien a 21(a) Wet 17 van 1973) ook deur die wet gebind (a 47(1)).

Enigeen wat dus op enige plek in Suid-Afrika 'n ingelyste proses in of op 'n perseel wil voortsit, moet aan die voorskrifte van die wet voldoen. Beheer van skadelike of hinderlike gasse word reeds ten opsigte van die bron van lugbesoedeling uitgeoefen deurdat niemand 'n ingelyste proses in of op 'n perseel mag voortsit tensy hy in besit is van 'n registrasiesertifikaat of 'n voorlopige registrasiesertifikaat nie (a 9(1)(a)(i)). 'n Voorlopige registrasiesertifikaat word benodig wanneer iemand voornemens is om 'n gebou of installasie op te rig (of te laat oprig) of te verander of uit te brei (of te laat verander of uitbrei), welke gebou of installasie bestem is vir gebruik om 'n ingelyste proses in of op 'n perseel voort te sit (a 9(1)(b); sien ook a 9(1)(c)). Oortreding van enige van hierdie voorskrifte kom neer op 'n misdad (a 9(2)). Aansoek om sodanige voorlopige registrasiesertifikaat moet gedoen word by die hoofbeampte (a 10(1)).

Ter voldoening aan hierdie voorskrifte het die Suid-Afrikaanse Ysteren Staal-Industriële Korporasie Beperk (Yskor) in Mei 1973 aansoek gedoen om 'n voorlopige registrasiesertifikaat ten einde hom in staat te stel om die huidige staalsmeltery by die Cordelfoswerke, Pretoria, te moderniseer met 'n nuwe aanleg op 'n nabygeleë perseel by Kwaggasrand. Ysteren staalwerke word in die tweede bylae as 'n ingelyste proses vermeld en Yskor was dus genoodsaak om aan die bepaling van die wet te voldoen.

Die Yskorwerke te Cordelfos is oorspronklik beplan vir 'n produksievermoë van slegs 180 000 ton per jaar. Ten spyte daarvan dat die fabriek teen 'n heuwel geleë is - wat plasing van aanlê en materiaalhantering bemoeilik - is produksiekapasiteit oor die jare uitgebrei tot  $1\frac{1}{2}$  miljoen ton per jaar. Hierdie uitbreiding in kapasiteit op 'n beperkte terrein het egter materiaalhanteringsprobleme meegebring asook gevaarlike werktoestande en groot arbeidsvereistes. Die bestaande proses van staalvervaardiging dmv opeherdoonde, bessemeromsetters en 'n rotoraanleg is reeds tegnies en ekonomies verouderd en baie arbeidsintensief. Lugbesoedeling kan ook nie deur hierdie eenhede doeltreffend bekamp word nie. Dit het dus noodsaaklik geword dat die verouderde proses deur 'n nuwe vervang word. Modernisasie van die staalsmeltery by die Cordelfoswerke op so 'n wyse dat produksie nie nadelig geraak en die bedryf nie bemoeilik en beperk word nie, sou na bewering slegs op 'n ander terrein in die nabye omgewing kon geskied. 'n Nuwe perseel is gevolglik gesoek. Die enigste terrein wat volgens Yskor prakties en ekonomies geskik geblyk te gewees het, is by

Kwaggasrand,  $\pm$  3 km wes-noord-wes vanaf die huidige perseel, geleë tussen die Polisiehoondeskool en Kerkstraat.

Volgens Yskor sou die verskuiwing na en die gepaardgaande modernisering van die staalsmeltery op hierdie nuwe perseel 'n aansienlike afname teweegbring in totale lugbesoedeling vanuit die gesamentlike Yskorbedrywighede by Pretoria. Verder het Yskor aangevoer dat indien die genoemde modernisering van die staalsmeltery op die nuwe terrein nie goedgekeur word nie, dit sou beteken dat die bestaande staalsmeltery te Cordelfos aldaar omgebou en gemoderniseer moet word, met die gevolg dat dit sou lei tot 'n produksieverlies van 400 000 ton, wat 'n regstreekse winsverlies van R24 miljoen vir die korporasie en 'n landsverlies aan vreemde valuta van R37 miljoen sou inhou.

Hierdie aansoek van Yskor om 'n voorlopige registrasiesertifikaat is deur die hoofbeampte afgekeur, hoofsaaklik op grond daarvan dat die voorgestelde perseel by Kwaggasrand geleë is naby aan woongebiede, hospitale en ander inrigtings en dat die topografiese en klimatologiese toestande baie ongunstig is.

Hierop het Yskor geskiedenis gemaak deur die eerste appèl ingevolge die wet by die Appèlraad op Lugbesoedeling teen die hoofbeampte se beslissing aan te teken (a 13; sien ook artikels 25, 35 en 38). Die volgende persone is vir 'n termyn van een jaar deur die Minister van Gesondheid aangestel as lede van die raad: regter G Viljoen, professor S P Jackson en dr F K Mitchell (sien a 5 saamgelees met Regeringskennisgewing R2110 van 9 November 1973). Die appèlverrigtinge het op 12 November 1973 'n aanvang geneem en met tussenposes tot 5 Februarie 1974 geduur.

Die belangrikste regspunt wat die raad moes beslis, was die aard van die appèl; daarmee gepaardgaande was dit ook belangrik om te beslis wat die benadering en pligte van die raad by oorweging van die appèl moes wees. Die raad bevind dat die appèl 'n sogenaamde appèl in die wye sin van die woord is, wat inhou dat die raad nie beperk word tot 'n oorweging van die korrektheid al dan nie van die hoofbeampte se beslissing ingevolge die getuienis en ander gegewens wat hy (die hoofbeampte) tot sy beskikking gehad het nie. Die raad bevind verder dat hy nie gebonde is om slegs te beslis of die hoofbeampte sy diskresie behoorlik uitgeoefen het nie. Die raad beskou dit as sy plig om die hele aangeleentheid te heroorweeg, wat meebring dat hy getuienis kan aanhoor of gegewens kan inwin wat nie voor die hoofbeampte gedien het nie. Dat hy hierdie bevoegdheid het, blyk volgens die raad implisiet uit a 13(3), waarvolgens die appellant veroorloof word om getuienis aan die raad te laat verstrek. Die hoofbeampte is ook nie verplig om notule van die verrigtinge en 'n relaas van die getuienis wat voor hom gedien het, te hou nie, wat inhou dat daar nie noodwendig 'n relaas van al die verrigtinge bestaan nie.

Hoewel daar in die wet sprake is van appèl, verskil hierdie "appèl" van 'n appèl in die gewone sin van die woord, aangesien die raad nie gebonde is aan die relaas nie. Dit verskil van hersiening in dié opsig dat daar nie spesifieke gronde vir die hoër beroep gestel word nie en dat die meriete van die hoofbeampte se beslissing oorweeg mag word. Dit verskil van sowel appèl as hersiening in dié sin dat die raad enige beslissing kan vel wat hy billik ag.

Hierdie sogenaamde appèl in die wye sin van die woord, wat neerkom op 'n *de novo*-oorweging van die hele aangeleentheid, met die implikasie o.a. dat nuwe getuienis voorgelê kan word, is nie vreemd aan ons reg nie. In *Cochran v Estate Agents Interim Committee* 1971 4 SA 190 (R) 193 verklaar die hof bv:

“Where a right of appeal is provided for from one statutory body to another, it is not infrequently found that it was the intention of the legislature to confer upon the statutorily created appellate tribunal an original jurisdiction to go into the whole matter afresh, to hear, if necessary, further evidence, and to substitute freely its own decisions on questions of fact and law for those of the body from whose decision the appeal is made.”

Hierdie soort appèl was al dikwels in ons howe ter sprake. (Sien *Johannesburg Consolidated Investment Co v Johannesburg Town Council* 1903 TS 111 117; *Goldfields Investment Ltd v City Council of Johannesburg* 1938 TPD 551 554-556; *Garment Workers' Union v Minister of Labour* 1947 2 SA 361 (W) 366; *Administrator SWA v Jooste Lithium Myne (Edms) Bpk* 1955 1 SA 557 (A) 565; *S.A. Broadcasting Corporation v Transvaal Township Board* 1953 4 SA 169 (T) 176; *Cape Carriers Ltd v SAR & H* 1958 3 SA 482 (K) 486; *Tikly v Johannes* 1963 2 SA 588 (T) 590; en *Gani Mohamed (Pty) Ltd v Johannes* 1964 1 SA 584 (T) 587.

'n Teoretiese beswaar wat teen hierdie prosedure genoem kan word, is dat die staatsmasjinerie, in die persoon van die hoofbeampte, in diskrediet gebring kan word deur 'n applikant wat aansoek doen om 'n voorlopige registrasiesertifikaat en opsetlik versuim om al die feite - in besonder die gunstige deurslaggewende feite - aan die hoofbeampte voor te lê. Wanneer die hoofbeampte die aansoek dan van die hand wys, appelleer die applikant en word hy waarskynlik deur die raad gelyk gegee, aangesien hy dan sy volle saak stel. Hoewel so iets beslis kan voorkom, is dit onwaarskynlik dat applikante so 'n *modus operandi* sal volg, aangesien dit 'n omslagtige en duur metode is om te bereik wat hulle net sowel kon vermag het deur hul volle saak in die eerste plek aan die hoofbeampte te stel. Verder behoort die raad beslis navraag te doen waarom die volle saak nie voor die hoofbeampte gestel is nie, wat twyfel sal werp op die *bona fides* van die applikant; die raad kan in so 'n geval selfs besluit om die saak terug te verwys na die hoofbeampte. Die hoofbeampte kan in elk geval tydens die appèl op die nuwe getuienis reageer. Streng gesproke maak die wet nie voorsiening daarvoor dat die hoofbeampte sy saak self of deur middel van regsverteenvoerders by die appèl kan stel nie. A 13 verwys nl glad nie na die hoofbeampte nie. Die raad het egter tereg beslis dat die hoofbeampte wel deur regsverteenvoerders sy kant van die saak by die appèl kan stel, veral in die lig van die feit dat die appèl in werklikheid 'n *de novo*-oorweging van die hele aangeleentheid was. Die raad kan bowendien oor sy eie prosedure beslis (sien regulasies afgekondig ingevolge a 44 van die wet: Regeringskennisgewing R2110 van 9 November 1973).

Dat die hoofbeampte se beslissing 'n suiwer administratiewe handeling was, word tereg deur die raad aanvaar. Verder aanvaar die raad ook dat hyself 'n blote administratiewe liggaam is. 'n Interessante vraag wat opduik, is of die raad se beslissing neerkom op regspraak. Gemeet aan die toetse wat gestel word vir 'n regsprekende handeling, wil dit voorkom of die raad se



beslissing moontlik wel as regspraak aangemerkt kan word: daar bestaan wel 'n beregbare dispuut tussen die hoofbeampte en Yskor en hierdie dispuut blyk wel binne die verhouding van administratiewe desentralisasie te val (sien Wiechers *Administratiefreg* 1973 98 104-105 112). Daar bestaan egter 'n mate van twyfel of hierdie dispuut werklik *inter partes* is, aangesien die raad ook oorwegings mbt die openbare belang in oënskou neem, sodat sy beslissing dan nie suiwer in die guns van een van die partye tot die dispuut is nie. (Sien De Smith *Judicial Review of Administrative Action* 3de uitgawe 1973 71.) Verder is die raad se beslissing finaal (a 13 van die wet, De Smith 68-70 en Wiechers 96 105), hoewel die burgerlike howe se gemeenregtelike hersieningsbevoegdheid natuurlik steeds bly voortbestaan (Wiechers 276). Die raad se beslissing lê ook verpligtings op of affekteer bestaande regte (Wiechers 100-102). Dit is egter aan die ander kant ook waar dat die raad nie noodwendig oor al die attribute beskik wat gewoonlik aan 'n regsprekende orgaan toegeskryf word nie; daar word by geen besondere procedure vir die raad of regsbekwaamheid van sy lede voorgeskryf nie (Wiechers 105). Nietemin lyk hierdie raad na wat Wiechers as 'n hersieningshof bestempel (112). Dat dit nie neerkom op interne beroep binne die verhouding van administratiewe dekonsentrasie nie, blyk daaruit dat die raad nie die bevoegdheid het om *mero motu* die handeling van die hoofbeampte te hersien nie (Wiechers 114).

Indien die raad se beslissing inderdaad regspraak tot gevolg het, is die belangrikste gevolg daarvan dat sy beslissing *res iudicata* daarstel. Volgens Wiechers behoort die presedenteleer egter nie ten opsigte van die raad se beslissing te geld nie, sodat latere rade nie aan hierdie beslissing gebonde is nie. Hy verklaar (34):

“Administratiewe regbanke word juis ingestel om 'n sekere staatswerkzaamheid vlot te laat verloop. Weens dié oorweging kan die toepassing van die presedenteleer in hul geval net 'n remskoen wees.”

Hierdie posisie sal natuurlik *a fortiori* geld indien die raad se beslissing nie regspraak tot gevolg het nie. Die feit dat die raad moontlik 'n regsprekende funksie vervul, bots nie met die beginsel dat hy nuwe feite en oorwegings in ag mag neem nie, aangesien die sogenaamde appèl na die raad eintlik neerkom op 'n heroorweging deur die raad van die hele saak. Wiechers verklaar in dié verband (112):

“Dit is juis die groot oorweging by die oprigting van 'n administratiewe hersieningshof dat dié hof wyer kennis en deskundige insig in die betrokke dispuut sal hê as 'n burgerlike hof en dat die administratiewe hersieningshof hierdie kennis en insig sal aanwend ter verkryging en beoordeling van nuwe feite en oorwegings”.

Indien die raad nie 'n regsprekende funksie vervul nie, mag hy *a fortiori* nuwe feite en oorwegings in ag neem (sien Wiechers 115).

Die belangrikste wetsbepaling wat by die appèl ter sake was, is a 10 (4). Hierdie subartikel het betrekking op die faktore wat deur die hoofbeampte by oorweging van 'n aansoek om 'n voorlopige registrasiesertifikaat in ag geneem moet word. Wanneer aansoek om 'n voorlopige registrasiesertifikaat by die hoofbeampte gedoen is, moet die hoofbeampte, indien hy na oorweging van die aansoek oortuig is dat die beste beskikbare metode (sien a 1 (1)) toegepas word om die ontsnapping in die lug van skadelike



of hinderlike gasse wat waarskynlik deur die betrokke ingelyste proses voortgebring sal word, te verhoed of tot 'n minimum te beperk, die aansoek toestaan en aan die applikant 'n voorlopige registrasiesertifikaat uitreik (a 10(2)(b)(i)). Indien hy nie aldus oortuig is nie, moet hy die applikant deur 'n skriftelike kennisgewing aansê om binne 'n tydperk in die kennisgewing vermeld, die nodige stappe te doen om die ontsnapping in die lug van skadelike of hinderlike gasse wat waarskynlik deur die betrokke ingelyste proses voortgebring sal word, te verhoed of tot 'n minimum te beperk (a 10(2)(b)(ii)).

Hierdie bepaling is egter onderworpe aan die voorbehoud wat in subartikel 10(4) gestel is, naamlik dat geen voorlopige registrasiesertifikaat uitgereik mag word nie, tensy die hoofbeampte oortuig is dat voortsetting van die betrokke ingelyste proses in die betrokke omgewing redelikerwys toegelaat kan word, met inagneming van die aard van daardie proses, die aard van die betrokke omgewing, die doeleindes waarvoor ander persele in daardie omgewing gebruik word en enige ander oorwegings wat na sy oordeel op die saak betrekking het, en dat die voortsetting van daardie proses in of op die betrokke perseel nie met 'n dorpsaanlegskema wat in daardie omgewing geld of wat ten opsigte daarvan opgestel word, in stryd sou wees nie. Hierdie subartikel - wat slegs van toepassing is op voorlopige registrasiesertifikate en dus nie die voortsetting van ingelyste prosesse wat reeds voor die datum van publikasie van die kennisgewing uit hoofde waarvan die betrokke gebied 'n beheerde gebied is, bedryf is, soos die Cordelfoswerke, raak nie - verleen aan die hoofbeampte 'n baie belangrike beslissingsbevoegdheid tov die oprigting van enige nuwe industrieë of uitbreidings of veranderings aan bestaande industrieë waar ingelyste prosesse ter sprake is.

Dit is duidelik dat die hoofbeampte met inagneming van die faktore wat in subartikel 10(4) genoem word, *oortuig* moet wees dat die voortsetting van die proses in die betrokke omgewing *redelikerwys* toegelaat kan word. Hieruit blyk volgens die raad dat meer as net 'n geringe oorwig ten gunste van die applikant moet bestaan. Die raad wys ook daarop dat die Afrikaanse teks ietwat sterker is omdat dit 'n hoër mate van sekerheid vereis as die Engelse teks waar "satisfied" gebruik is; aangesien die Afrikaanse teks onderteken is, word dit as deurslaggewend aanvaar. Verder toon die raad aan dat die woorde "redelikerwys toegelaat kan word" daarop dui dat die hoofbeampte nie buitensporige vereistes mag stel of buitensporige maatstawwe mag toepas nie; sy vereistes en maatstawwe moet redelik wees.

Die faktore ten opsigte waarvan die hoofbeampte oortuig moet wees, slaan almal op die omgewing wat, soos die raad dit stel "daarop dui dat die wetgewer begaan was oor die area buite die perseel waar die proses voortgesit word, en nie soseer oor die toestande binne die perseel nie".

Die raad se plig is om in verband met die appèl die bevel te gee wat hy billik ag (a 13(1)(a)). Dit beteken egter nie dat die raad 'n algemene diskresie kan uitoefen nie. Dit sou volgens die raad absurd vir die wetgewer wees om van die hoofbeampte te verlang om sekere spesifieke faktore in ag te neem, maar die raad vry te stel van die verpligting om dieselfde faktore in ag te neem. Die raad wys tereg daarop dat anders elke applikant wat nie in sy aansoek voor die hoofbeampte slaag nie, appèl sou aanteken aan-

gesien die raad die aansoek dan minder streng sou kon beoordeel. Die raad konkludeer dat die appèl slegs sou kon slaag indien hy oortuig is dat die voortsetting van die beoogde proses redelikerwys toegelaat kan word in die omgewing waar die aplikant van voorneme is om die uitbreiding te vestig.

Na oorweging van al die getuienis - insluitende deskundige getuienis - bevind die raad dat ten spyte daarvan dat die appellant die beste beskikbare metode sou toepas om lugbesoedeling by die beoogde Kwaggasrandse staalsmeltery te bekamp, die appèl van die hand gewys moet word. Die raad toon met inagneming van subartikel 10(4) aan dat vanweë uiters ongunstige klimatologiese en topografiese toestande, Kwaggasrand nie 'n geskikte plek is vir 'n nywerheid wat lugbesoedeling tot gevolg sal hê nie:

“Vanweë die toestande wat in die algemeen oor die hoëveld bestaan en wat ontsnapping van besoedelde lug in die atmosfeer uiters nadelig beïnvloed, is dit na ons oordeel nodig om hoër standaarde te stel wat die beheer in nywerhede (sowel as woonhuise en ander privaat geboue en persele) van besoedelde lug betref. Waar hierdie toestand gepaard gaan met 'n topografiese toestand soos dié van die stad Pretoria in die algemeen en van die Kwaggasrandperseel in die besonder, spreek dit vanself dat 'n nywerheid op daardie perseel onderworpe is aan geweldige nadele en daardie perseel ongeveer die swakste denkbare plek is om 'n nywerheid op die hoëveld te plaas”.

Die raad bevind ook dat uitbreiding van die staalsmeltery by Kwaggasrand sal bots met die gebruik van ander persele in dieselfde omgewing. Spesifiek word genoem hospitale, opvoedkundige sentra, 'n melaatse inrigting en verskeie woongebiede wat almal nadelig getref sal word indien die beoogde uitbreiding sou plaasvind.

Verder verwerp die raad die appellant se standpunt dat indien die beoogde uitbreiding toegelaat sou word, die geïntegreerde fabriek selfs na 'n verdubbeling van produksie minder lugbesoedeling sal pleeg as wat tans die geval is. Ten eerste moet die huidige Cordelfoswerke in elk geval sodanig gemoderniseer word dat die hoofbeampte oortuig sal wees dat die beste beskikbare metode toegepas word om die ontsnapping in die lug van skadelike of hinderlike gasse te verhoed of tot 'n minimum te beperk (a 10(2)(a); sien ook a 12(2) en (3)). Tweedens sal 'n verdubbeling in produksie by Kwaggasrand volgens die raad noodwendig beteken dat besoedeling twee maal so veel sal wees as wat dit sou wees na modernisering van die Cordelfoswerke. Dan word ook weer gewys op die ongunstige klimatologiese oorwegings ten opsigte van die perseel by Kwaggasrand.

Die raad meen tereg dat daar nie te veel ag geslaan kan word op norme wat oorsee bepaal is met betrekking tot die graad van lugbesoedeling wat as veilig beskou kan word nie: die maatstaf is uiteraard relatief; daarby is die norme oorsee vasgestel met inagneming van 'n bestaande peil van nywerheidsontwikkeling, terwyl Suid-Afrika nog nie dié mate van nywerheidsontwikkeling bereik het nie. Treffend verklaar die raad: “Hier kan nog verhoed word, wat daar moeilik ongedaan gemaak kan word.”

Die raad het, ten slotte, ernstige aandag gegee aan die ekonomiese oorwegings wat deur die appellant gestel is en bevind dat, alhoewel die appellant wel ekonomies nadelig getref sal word deur afkeuring van die aansoek om 'n voorlopige registrasiesertifikaat, dit slegs 'n tydelike terug-

slag sal wees wat tog te bowe gekom kan word. Die raad bevind ook dat selfs indien die Cordelfoswerke gesluit sou word - wat nie voorsien word nie - dit nie vir Pretoria 'n onoorkomelike ekonomiese ramp sou wees nie. Behalwe wat die onmiddellike ekonomiese implikasies betref, was daar geen getuienis oor hoe die land as geheel deur die weiering van die voorlopige registrasiesertifikaat geraak sou word nie.

Of die raad se beslissing werklik so rampspoedig vir die appellant sal wees as wat hy te kenne gegee het, is te betwyfel: 'n ander perseel naby Pretoria wat aanvaarbaar sal wees, kan tog sekerlik verkry word, al sou die afstand addisionele koste meebring. Teen die ekonomiese verlies wat die appellant mag ly, moet opgeweeg word o.a. die voordeel van minder besoedelde lug vir almal wat getref sou gewees het deur 'n nuwe staal-smeltery by Kwaggasrand. Daarby moet in gedagte gehou word dat baie mense nie slegs begaan is daaroor dat lugbesoedeling hulle fisies gaan aantasia, maar dat dit vir hulle ook gaan om die skending van geestelike of estetiese waardes. Dit lyk of die raad wel aan hierdie belangrike oorweging erkenning verleen; hy verklaar naamlik: "Afgesien van die regstreekse effek wat die uitlating sal hê uit 'n mediese oogpunt beskou, moet die sielkundige en fisiese invloede van hierdie lastigheid nie uit die oog verloor word nie. Ons stel ons voor dat die lae-vlak emissies sowel personeel as pasiënte in die Kalafong-hospitaal soms geweldig sal irriteer. Huisvroue se humeure word aangetas."

Hierdie belangrike beslissing sal veral deur persone wat oor die omgewing besorgd is, verwelkom word, maar behoort ook in 'n breër kring goedkeuring te vind. Die raad se baanbrekende beslissing is goed deurdag en deeglik gemotiveer. Ten slotte verskaf die beslissing ook 'n welkome aanduiding dat die hoofbeampte en sy personeel die Wet op Voorkoming van Lugbesoedeling, sover dit die veroorsaking van skadelike en hinderlike gasse betref, op 'n streng dog redelike wyse afdwing.

M A RABIE

*Universiteit van Suid-Afrika*

### S v KUMALO 1974 1 SA 474 (NK)

#### *Dwelmmiddels - Wat kom neer op "handeldryf"?*

Die beskuldigde het in die landdroshof te Keimoes op aanklag van oortreding van artikel 2(a), so nie oortreding van artikel 2(b) van Wet 41 van 1971 tereggestaan. Hy het onskuldig gepleit op die hoofaanklag maar skuldig op die alternatiewe aanklag.

Die staat het aangevoer dat die beskuldigde die oortreding begaan het deurdat hy op 8 Junie 1973 te Friersdale, Keimoes, wederregtelik handel gedryf het in verbode afhanklikheidsvormende medisyne, te wete 55 gram dagga, of, alternatief, dat hy in besit van genoemde dagga was.

Daar is bewys dat die 55 gram dagga in nege vuurhoutjiedosies in 'n plastiese sak binne 'n trommel in die kamer van die beskuldigde gevind is. Benewens hierdie feit is daar die blykbaar onbetwiste getuienis van ene Lena Simon op 474G wat soos volg lui:



“Ek en beskuldigde woon al ongeveer ’n jaar saam as man en vrou. Ons is egter nie wettig getroud nie. Ek ken bew. 1. Die vuurhoutjiedosies en die inhoud behoort aan beskuldigde. Hy rook nie self dagga nie, maar hy verkoop dit wel. Die dagga word in huis gehou om verkoop te word. Hy vra 40 sent per dosie.”

Die landdros het die beskuldigde hierna op die hoofaanklag skuldig bevind. By hersiening het regter Van den Heever die skuldigbevinding op die hoofaanklag tersyde gestel en deur ’n skuldigbevinding op die alternatiewe aanklag vervang. Die vraag ontstaan nou of die vernietiging van die skuldigbevinding op die hoofaanklag geregverdig kan word.

Regter Van den Heever motiveer haar uitspraak op bladsy 475A soos volg:

“Artikel 61(1)(c) van Wet 13 van 1928 . . . het dit ’n oortreding gemaak om, onder andere, dagga vir verkoop of lewering te besit . . . Hierdie bepalings is egter herroep deur Wet 41 van 1971. Die omskrywing van ‘handeldryf’ hierin, nyd soos dit is, sluit nie in ‘besit vir doeleindes van verkoop’ nie. (Vgl *S v Nkwenkwe* 1972 3 SA 369 (OK) op bl 370; en die vermoedens geskep deur art 10 is ook nie van toepassing op die onderhawige geval nie.” (My kursivering.)

Die tersake gedeelte van die omskrywing van “handeldryf” in artikel 1 van Wet 41 van 1971 lui soos volg:

“. . . ook ’n handeling verrig in verband met die insameling, invoer, lewering, oorlaai, toediening, uitvoer, verbouing, *verkoop*, vervaardiging, versending of voorskryf daarvan”. (My kursivering.)

Dit is duidelik dat ons hier ’n wyer omskrywing van “handeldryf” het as in artikel 61(1)(c) van Wet 13 van 1928. Die omskrywing maak egter nie voorsiening vir “besit om te verkoop” nie. Dié omskrywing, *per se*, regverdig dan ook die gevolgtrekking van regter Van den Heever op bladsy 475C:

“. . . dat waar minder as 116 gram dagga in ’n aangeklaagde se besit gevind word, die staat ten einde ’n skuldigbevinding aan oortreding van artikel 2(a) te regverdig bewys moet lewer van een of ander handeling daarmee wat op handeldryf neerkom . . .”.

Dit wil egter, met respek, voorkom asof die regter die omskrywing van “verkoop” in artikel 1 van Wet 41 van 1971 *per incuriam* uit die oog verloor het. Hierdie artikel bepaal oa:

“‘Verkoop’, met betrekking tot afhanklikheidsvormende medisyne of ’n plant waaruit sodanige medisyne vervaardig kan word, (beteken) ook *vir verkoop aanbied*, adverteer, *besit* . . .” (My kursivering.)

Die saak van *S v Nkwenkwe* waarna die regter verwys bied, met respek, nie steun vir haar standpunt nie. Regter Munnik verwys nie in sy uitspraak na die omskrywing van “verkoop” nie en hy bespreek ook nie die omskrywing van “handel” nie. Die hof verklaar slegs *obiter* op bladsy 369H:

“Sec 2(b) creates the offence of being in possession of or using a dependence producing drug (which includes dagga), and in practice the accused would be charged under this section when the quantity of dagga found in his possession is less than 115 grammes and he would be charged under sec 2(a) if the quantity found is more than 115 grammes”.

Daar kan egter, met respek, nie eers by implikasie uit dié uitspraak afgelei word dat ’n vervolging ingevolge artikel 2(a) *slegs* kan slaag indien



die hoeveelhied dagga in 'n beskuldigde se besit meer as 115 gram beloop nie. Die vermoede in artikel 10 tree weliswaar dan in werking, maar die vermoede is slegs 'n metode van bewyslewering. Die nodige *bewys* dat 'n beskuldigde dagga "vir verkoop besit" het waar die hoeveelheid minder as 115 gram is, kan myns insiens ook deur middel van ander getuienis gelewer word.

Die posisie volgens Wet 41 van 1971 is dus dat "handeldryf" ook "verkoop" insluit. "Verkoop" sluit weer "besit vir verkoop" in. Hieruit volg myns insiens logies dat "handeldryf" ook "besit vir verkoop" insluit. So gesien is daar geen verskil tussen die begrip "handeldryf" in artikel 61(1)(c) van Wet 13 van 1928 en dié in artikel 1 van Wet 41 van 1971 nie.

Soos reeds hierbo aangetoon het die getuienis van Lena Simon baie duidelik bewys: die "dagga word in huis gehou om verkoop te word". Die beskuldigde het sodoende die dagga "vir verkoop besit". Die tersydestelling van die skuldigbevinding op die hoofaanklag was dus nie in ooreenstemming met dié bewese feite en die regsposisie nie.

AJ VAN WYK  
*Justisie-opleiding*

#### SANTAM INSURANCE CO LTD v VORSTER 1973 4 SA 764 (A)

*Volenti non fit injuria - Assumption of risk - Contributory negligence*

This case is the aftermath of a speed contest on a country road between a Fiat and a Vauxhall, both somewhat venerable in years. During the race, which, as Ogilvie Thompson CJ noted, is "not inappropriately designated dicing by its devotees" (at 772C), the plaintiff (respondent) was a passenger in the Fiat. The driver of the Fiat, the second defendant, had tried to overtake the Vauxhall, insured by the first defendant (appellant), as it reduced its speed from some 145 km/hr to 115 km/hr to take a sharp bend to the left. As the Fiat drew level, the driver of the Vauxhall had accelerated, causing in all likelihood the rear of the Vauxhall to skid to the right and collide with the Fiat. The latter hurtled through the veld and overturned. The plaintiff sustained very extensive injuries and sued the insurer of the Vauxhall (first defendant) and the driver of the Fiat (second defendant) for damages.

The first defendant had raised the defence of *volenti non fit injuria* and, in the alternative, contributory negligence. The trial court (*per* Marais J), rejected the former, ruling that the plaintiff had been *volens* so far as "mechanical hazards" were concerned (1973 2 SA 186 (W) 193H) but not with regard to the "negligence of the drivers" (at 195A). However, the defence of contributory negligence was upheld and as the plaintiff had been "in it" with both drivers, he was awarded two-thirds of his damages against the two defendants jointly and severally. The defendant appealed against this judgment while the plaintiff cross-appealed against the finding of equal blame and the consequent reduction of damages awarded to him from R120 000 to R80 000.

The trial court's decision was upheld by the appellate division in a judgment handed down by Ogilvie Thompson CJ. The dismissal of both appeal and cross-appeal was based on three key considerations:

- (i) That the defences of *volenti non fit injuria* and contributory negligence in fact overlap, and there is no reason why a defendant should not be able to plead the former if all its elements are present. Further, that "whatever designation is employed" (775C), the defence commonly known as voluntary assumption of risk is essentially that of *volenti non fit injuria*.
- (ii) That the essential elements of a defence of *volens* are knowledge, appreciation and consent and that foresight of the risk of injury constitutes the latter.
- (iii) That although the *factum probandum* of consent is essentially a subjective enquiry into the presence or absence of such foresight, the court must perforce resort to an objective assessment of the relevant facts.

It is respectfully submitted that the appellate division was correct in upholding the trial court's ruling that the defence of contributory negligence should succeed but not that of *volenti non fit injuria*. However, the manner in which this conclusion was reached - particularly the meaning given to the defence of *volens* - gives rise to the gravest misgivings. In a long line of cases in our law (see SA Strauss *Aspekte van die begrip 'toestemming' in die strafreg en die deliktereg* 5; see also K Schwietering 20 (1957) *THRHR* 138 139) this defence has been one "wat weens sy verraderlike eenvoud dikwels misken word" (Strauss *loc cit*). It can only be regretted that the same uncertainty and aversion to definition which marred the earlier appellate division decision of *Lampert v Hefer* 1955 2 SA 507 (A) is to be discerned in each of the three keystones of the present decision.

(i) In the first instance it simply cannot be averred that *volenti non fit injuria* and contributory negligence overlap, or that "whatever designation is employed" (775C) voluntary assumption of risk is merely a form of the defence of *volens*. The defences of consent, of what is commonly termed assumption of risk, and of contributory negligence are clearly distinguishable. The *adagium*: *volenti non fit injuria* is to be found in precisely those words in the *Corpus Iuris Civilis* (D 47 10 1 5 (ascribed to Ulpian)) and in similar terms in Voet, Matthaeus and Schorer (see Strauss 5 and 6; MacIntosh and Scoble *Negligence in Delict* 5th ed 55). The vital constituents are *volens* and *injuria*. The accepted term "consent" is a weak translation of *volens*: to wish, intend or purpose is the meaning of *volo* (Lewis and Short *Latin Dictionary* sv *volo*). *Injuria* in turn denotes a wrong,<sup>1</sup> so that the maxim as a whole may be translated as simply 'No wrong is done to one who intends it'.

Thus in the narrow circumstances recognised by the law, the active willingness of the prejudiced party to sustain an injury relieves the act causing the injury of its wrongfulness. In short, it is a defence excluding wrongfulness.

<sup>1</sup>Strauss 6 suggests that Ulpian used *iniuria* in D 47 10 1 5 to mean wrong in the narrow sense of *contumelia*. From the particular title however it would seem at least likely that Ulpian intended to include the delict *injuria* in its wide sense.

A successful invocation of *volens* requires a valid *voluntas* and recognition by the law both of a permissible purpose behind the occurrence of the injury, and that the object sustaining the injury may be said to do so rightfully. We return to examine the precise requirements for *voluntas* below. The other requirements may best be illustrated by practical examples. Few problems arise where the object sustaining the injury is property. A defence of *volens* will hold good against the man who gives his mother-in-law's framed portrait to his friend with the gleeful intention that it should be used for darts practice. It is where the object sustaining the harm is human life and limb that approval of the purpose behind the act causing the damage is decisive. As Schwietering has noted (139), A may consent to the removal of an eye suffering incurable infection. If however a surgeon were to agree to A's plea to amputate his leg so that he may evade conscription, the operation would indubitably be wrongful. Even if A's plea constitutes a fully valid *voluntas* the purpose behind the operation is unacceptable in law and the surgeon will consequently be liable.

Consent may not only apply to a purposeful breach of rights. One may also consent to the risk of such a breach occurring. It should be noted that there is no difference in principle between these two cases (Strauss 32 and 35-36). The nature of these risks is worth analysis. On the one hand there are those risks simply inherent in living, such as the dangers heavy traffic inevitably brings, which Welzel terms 'socially adequate' (Welzel *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, quoted by Schwietering 139) and Glanville Williams 'physical risks' (Glanville Williams *Joint Torts and Contributory Negligence* 191). These dangers are regarded as unavoidable so long as present speed limits are maintained, and even if a *laesio* results, the creation of the dangers must be classed as *casus* and not *iniuria*. On the other hand there are those risks inherent, for instance, in boxing, rugby and medical operations which may not simply be ascribed to one: only by one's consent do these 'socially inadequate' dangers become 'socially adequate'. These are cases where the purpose behind the act causing the harm must justify the danger. Schwietering (141) mentions the problem in French law, where consent to cosmetic operations involving a serious risk of maiming will not serve to relieve the conduct of the surgeon of wrongfulness if the risk is realised. In short, consent is only recognised if the purpose behind the act creating the risk is of such a socially valuable nature as to justify its creation.

Voluntary assumption of risk is to be distinguished from the defence of *volens*. Yet serious confusion has arisen from a plethora of clashing case-law - English, American and South African - where assumption of risk has been regarded as falling within the defence of *volens*. More specifically it has sometimes been identified with consent to the risk of harm. This identification is untenable for, as has already been noted, there is no difference in principle between consent to the risk of an injury and consent to a purposeful injury. The only requirement which the defence of *volens* and



that of voluntary assumption of risk have in common is that of *voluntas*. As assumption implies, there must be a "bewuste, positiewe instelling".<sup>2</sup> They differ in that the defence of *volens* is only tenable where there is *voluntas* within the narrowly circumscribed circumstances recognised by the law as having a socially valuable purpose. Where the purpose behind the harm or the creation of the risk of harm is not recognised as of this nature, then the *voluntas* of the prejudiced party will give rise to assumption of risk.

It must be obvious from this that the *voluntas* of the prejudiced party actually constitutes contributory intent. Unfortunately here too confusion has been worse confounded. Quite apart from the tendency to see voluntary assumption of risk as merely a slightly offbeat form of consent, there has been a trend to give *voluntas* a diluted, colourless meaning. It is apparently enough that the person harmed merely exposes himself to the danger. It is submitted that this meaning is quite inconsonant with the true connotation of *voluntas*, intent, to which we return under (iii).

Finally, both consent and assumption of risk are to be distinguished from contributory negligence. Unlike consent but like assumption of risk, contributory negligence does not operate to exclude wrongfulness. Unlike assumption of risk, which would seem to exclude any claim by a prejudiced party (Strauss 65 and Schwietering 141), contributory negligence works to reduce that claim. Moreover, while the *voluntas* element in assumption of risk presupposes knowledge of the danger and intention (invariably in the form of being reconciled to its occurrence, ie *dolus eventualis*), negligence involves either unawareness of the danger or awareness coupled with a failure to reconcile oneself to its occurrence.<sup>3</sup>

At the time of the decision in *Lampert v Hefer* there was at least a practical convenience if not a doctrinal purism in deciding that the defences of consent and contributory negligence overlap. For prior to the Apportionment of Damages Act 34 of 1956 both defences if successful resulted in the complete exclusion of the plaintiff's claim. Now that they do not have even this much in common there is no good reason to perpetuate an illogical and unfounded blurring of fundamentally differing concepts. After all, as long ago as *Union Government v Matthee* 1917 AD 688 Innes CJ drew a careful distinction between assumption of risk and contributory negligence. (See also Goodhart 55 (1939) *LQR* 184.)

(ii) We have already noted that the defences of *volens* and of assumption of risk are alike in their presupposition of *voluntas*. The traditional formulation of the *voluntas* requirement is none too specific: 'knowledge, appreciation, consent' (*Waring and Gillow Ltd v Sherborne* 1904 'TS 340 344). Unfortunately

<sup>2</sup>Strauss 35 and 37: 'Aanvaarding van risiko geskied eers wanneer die benadeelde uitdruklik of stilswyend te kenne gee dat hy genoeë neem met handelinge van die dader waaruit volgens sy kennis 'n benadeling kan voortvloei, met die intrrede waarvan hy hom versoen'.

<sup>3</sup>See Strauss 63-4 on conscious and unconscious negligence. It should be noted that it is a negligent *act*, not negligence *simpliciter*, which causes damage. It is however the respective degrees of negligence of the parties which is used as a yardstick for the apportionment of damages. See Swanepoel 1959 *THRHR* 262 264 and 268 and Strauss 62 n2.



the court in the present case did not interpret consent as requiring *voluntas*, that is, intent. At least the court refused to follow Marais J's concept of consent as 'an express or implied bargain' (780H). On the confusion of *voluntas* with a *pactum de non petendo* see Schwietering 143-4 and Strauss 36-8). Less gratifying is the interpretation - and subsequent rejection - of Strauss's concept of consent (Strauss 32) as "to be inferred whenever the complainant has knowingly exposed himself to danger' (781H). At the place referred to by the Chief Justice, Strauss is analysing the term 'ver-soening' with regard to *dolus eventualis* and showing that there is no difference in principle between exposure to the risk of possible danger and exposure to a certain danger. Thus he writes:

'Die feit dat iemand hom aan handelinge van 'n ander blootstel waaruit na sy wete vir hom 'n nadelige gevolg kan voortvloei, dui minstens op versoening aan sy kant om in geval die nadelige gevolg intree, dit te verduur' (Strauss 32).

It should not be deduced from the words 'blootstel' and 'na sy wete' that for Strauss merely to be 'knowingly exposed' constitutes consent. Indeed, in the second half of the very footnote to which the Chief Justice refers (780H), Strauss distinguishes between desire and intention and stresses that it is the latter which constitutes *voluntas*, of which consent is the outward manifestation (Strauss 11).

After rejecting the approaches of both Glanville Williams and Strauss, the Chief Justice goes on to suggest that it is in fact foresight of the risk of injury which establishes consent (781B). It must be evident by now that mere foresight is irreconcilable with the true meaning of *volens*. The state of mind of foreseeing a risk of harm cannot be equated with the *wilsdaad* of consent (Strauss 11 and 18); it cannot even be equated with intention of which, as we have seen, consent is the outward manifestation. By giving consent the meaning of 'foresight', it is difficult to see that any element besides the time-worn 'knowledge and appreciation' is required. For the Chief Justice it appears to be enough that the prejudiced party be aware of the impending danger without either directly willing it or reconciling himself to its occurrence: the injured party's psychic perception of the future *simpliciter* deprives him of any action.

(iii) A further serious objection to the use of the old delictual nag, foresight, to establish consent is the problem involved in proving its existence. It has been accepted in our case-law that consent, as the manifestation of *voluntas*, must appear in some outward form. (*Esterhuizen v Administrator Transvaal* 1957 3 SA 710 (T) 720 and *R v Mosago* 1935 AD 32. See also Strauss 17-18.) The Chief Justice acknowledges 'the inherent difficulty' of effecting a 'subjective enquiry' as to the foresight of the injured party. The only way out of the dilemma is an 'inference from the proved facts' (781C-D). To substantiate this as 'a practical method . . . in general conformity with our decisions' (781 E-F), the Chief Justice relies on the *dictum* of Schreiner JA in *Lampert v Hefer* that the applicant

'must have known and appreciated the risk and elected to encounter it' (509E, quoted in *Vorster's case* at 781F-G).

This is the final sentence in Schreiner JA's cryptic and singularly unilluminating judgment. In neither his judgment nor that of Fagan JA is any

detailed attempt made to analyse the nature of *voluntas* and its relation to consent. It would seem with respect that no 'general conformity' is discernible between the Chief Justice's test of foresight of the danger and the test applied in *Lampert v Hefer*. Surely the most direct meaning of Schreiner JA's words 'elected to encounter' must be in terms of the meaning of *volens*, i.e. intending or purposing.

It is submitted that the convoluted substitution of an objective assessment by the court for a subjective enquiry into the foresight of risk was entirely unnecessary. If the defences of *volens*, assumption of risk, and contributory negligence had been distinguished in the manner suggested above, then the conclusion would have been quickly reached that in this case we have to do with contributory negligence. The painfully protracted enquiry into the defence of *volens* would have been entirely eliminated. For under no circumstances could a defence of *volens* succeed in a case of dicing; our law recognises no redeeming social purpose in such a highly dangerous pastime. As we have seen, it is only with narrowly defined limits - such as those imposed by 'die reëls van die spel' (Strauss 26) - of recognised activities such as rugby, ice-skating and no doubt organised motor sport on a proper circuit, that consent is recognised.

Nor is a defence of assumption of risk tenable *in casu*. Quite clearly, as the Chief Justice found (786B-D), there was no direct intention by the plaintiff to sustain injuries as a result of wrongful acts committed by either defendant. Nor was it found that he knew it was possible that the defendant would commit a wrongful act, and that he had reconciled himself to its occurrence. However, the finding by the Chief Justice that 'plaintiff must be held *volens* in relation to the risks ordinarily inherent in dicing - for instance, a burst tyre' (782C) or other mechanical defects, is disquieting. Even its most fluid form, *dolus eventualis*, requires the knowledge that harm arising from a particular act is possible, *awareness of the wrongfulness* of that act and *being reconciled* to it taking place (De Wet and Swanepoel *Suid-Afrikaanse Strafreg* 2nd ed 126). It is to be hoped that the present trend towards a diluted concept of *dolus eventualis* in criminal law - verging on *culpa lata* - will not find an answering echo in the law of delict, particularly with regard to the requirements of *animus injuriandi* in defamation and *voluntas in volenti non fit injuria*. There is simply no reason to make didactical dinosaurs of two eminently workable doctrines.

J J GAUNTLETT  
University of South Africa

*Even allowing for the different characteristics of English and continental legislative traditions, Portalis should have added that it is for the authors of textbooks, operating independently of government, to give to practitioners and students authoritative but not binding expositions containing an accurate description of the particular application of principles arrived at by past magistrates, and a reliable forecast of how fresh problems are likely to be decided in future. The roles of the textbook writer, the codifier, the reporter of cases, and the digester of reports are thus seen to be complementary in a modern and sophisticated legal system.*

Lord Hailsham of St Marylebone  
in the introduction to the 4th edition of Halsbury's Laws of England

# Boeke

## COMPANY LAW

Practitioner's Edition

by H S CILLIERS and M L BENADE

*Butterworths Durban 1973; p 1 & 926; price R26*

The new Companies Act, 1973 ("the Act") has introduced a number of new concepts to our company law and moreover contains a number of anomalous and confusing provisions. With that in mind practitioners have eagerly looked forward to the publication of a text book which, while setting out the principles of the company law in a readily understandable form, would also contain a summary in proper context of the provisions of the new Act and an explanation of the innovations which have been introduced. *Cilliers & Benade's* 2nd edition of "Company Law" published by way of a "Practitioner's edition" is therefore to be warmly welcomed. Consistently with the previous edition, this book sets out the principles of company law in a systematic and orderly fashion and the book serves not only as a good primer to students but as a useful source of reference to practitioners. At the present time it is the only comprehensive up to date text book on the company law of South Africa. The cost of the book is R26 and although the publishers have undertaken that a cumulative noter-up will be published annually, it is to be regretted that they did not see their way clear to publishing the book in looseleaf form. It may be expected that there will be numerous amendments to the Act itself and to the regulations from time to time (at the time of the writing of this review there have already been amendments to Schedule 4 to the Act and to the regulations) and the publication of an annual noter-up will mean that practitioners will have to wait a long time before being able to bring their editions up to date and also will have the inconvenience of referring from time to time to the noter-up.

The book is described as a "Practitioner's edition", to distinguish it from the ordinary edition. However, the only respects in which it is more useful or instructive to a practitioner than the ordinary edition are that it contains by way of appendices a summary of the sections of the Act, the text of the Act with brief comments thereon and references to the main work, the regulations (including prescribed fees and forms), the Registrar's directions as to names of companies which have been published in the Government Gazette and the statement by the National Council of Chartered Accountants (SA) as to various sections of the Act. (*The disclosure of accounting policies* published by the National Council has not been reproduced.) Apart from this the practitioner's edition does not give special guidance to people who in daily practice deal with the operation of the Act.

Examples of respects in which the book does not deal or deals only cursorily with matters which are of importance to practitioners are the following:

(a) The validity and role of arbitration clauses in articles of association (cf *Miller v Miller* 1963 2 SA 199 (SR)).

(b) The treatment of the principle that certain private companies are for the purpose of the relationship between the shareholders in substance partnerships, as so lucidly and convincingly expounded by the House of Lords in *Ebrahim v Westbourne Galleries Limited* (1972) 2 All ER 492 (at p 482 the authors refer to the overruled decision of the court of appeal), and the general discussion in the *Ebrahim* case of the relationship between shareholders receives rather scant treatment.

(c) The authors deal fairly fully with the scheme of arrangement which is used extensively these days for the compulsory acquisition of the share capital of a company instead of the alternative procedure under section 321 of the Act. In this respect the authors say that sometimes only the issued share capital of the offeree company is in terms of the scheme of arrangement reduced referring to *Ex parte Republic Real Estate Corporation Ltd* 1972 1 SA 98 (W). However, some of the judges in the Transvaal provincial and Witwatersrand local divisions refuse to follow this judgment. For that reason the statement that a scheme usually provides that the issued share capital is reduced is not entirely correct. In a footnote the authors state that the scheme of arrangement procedure offers numerous advantages in comparison with take-over procedures. One of the advantages they mention is "far less regulation and responsibility for the offeror's directors". Bearing in mind that a statement has to be issued in terms of section 312 of the Act this statement is questionable. Moreover the authors do not set out the disadvantages of a scheme of arrangement procedure as against a conventional take-over, namely that different considerations apply to the onus in case of opposition (see *Re National Bank Ltd* 1966 1 All ER 1006 1013); the cost of a scheme of arrangement is greater than that of a conventional take-over; the acquisition of shareholding control is more protracted; and finally, as compared with a conventional take-over, it is more cumbersome to try to contest a rival bid where court procedures and shareholders' meetings are involved (see *Weinberg Take-overs & Mergers* 3rd ed, par 620).

The authors say that for stamp duty reasons the shares of a company which is the subject of a scheme of arrangement are usually first converted into stock. They have overlooked the amendment to sec 23 of the Stamp Duties Act introduced by Act 66 of 1973.

(d) Dealing with pre-incorporation contracts the authors say that from a practical point of view the procedure laid down by section 35 of the Act is the safest. But in practice businessmen often prefer the adoption of the common law procedure because following the provisions of section 35 involves filing what can often be a confidential contract which becomes available for inspection by the public at large. Moreover the authors do not deal with the effect of the *Wendywood* case (1971 3 SA 18 (A)) which is that the common law procedure is not available in the case of the adoption of a contract for the purchase of fixed property.



(e) There is also no mention of the fact that the Act has now abolished the right of shareholders of a company to waive completely the notice of a general meeting (see *Re Oxted Motor Co* 1921 3 KB 32), so that one has the position that where a resolution is passed by a company with say two shareholders or even one shareholder, a notice of the meeting has to be typed out and lodged even though the shareholders are prepared to waive notice.

(f) While a reference is made to no par value shares, there is no discussion of the supposed advantages of such shares - in particular that there is no problem about issuing no par value shares at a discount.

(g) "Special conditions" which are recognised by section 53(b) of the Act are dealt with as being of minor importance. They are in practice of substantial importance where it is desired to entrench certain provisions of the company's constitution and put it beyond the power of the shareholders to amend those provisions or to restrict their power to do so. For example, it may be desired to limit the right of the company to reduce its share capital or to increase its share capital to protect minority shareholders. The way in which this is done is by incorporating special conditions in the memorandum. Moreover in view of the drastic change to the format and contents of the objects provisions of the memorandum, if it is desired to restrict a company's right to deal with surpluses arising on the realization of assets so as to give it the characteristic of an investment holding company (see *African Life Investment Corporation Ltd v SIR* 1969 4 SA 259 (A) 270), this will obviously have to be done by means of a special condition in the company's memorandum.

(h) No reference is made to the requirements of The Johannesburg Stock Exchange which in the case of listed companies practically have the effect of law, for example, that The Johannesburg Stock Exchange does not permit a lien on a fully paid share, that the acquisition or disposal by a listed company of assets in certain instances requires the approval of the company in general meeting and that where control of a company changes hands the acquirer is obliged to make a similar offer to minority shareholders. (In fact the whole question of the sale of control of a company is not dealt with.)

The Act, which contains a number of anomalous and puzzling provisions, is dealt with in rather uncritical fashion by the authors in many respects, nor do they elucidate some of these provisions. The following are examples:

(a) In dealing with the share premium account they do not point out that the effect of the Act is that share premium accounts arising between 1st January 1953 and the introduction of the Act are free from restrictions as to distribution.

(b) The provision that a company may not lend money to a company controlled by any of its own directors unless all its members consent to the loan is reproduced practically verbatim without any mention of the startling any far reaching effects of this provision.

(c) Section 172 provides that a company may not *exercise* any borrowing powers unless it has a certificate to commence business. Literally this means

that any company, however long it has existed and however many times it may have borrowed money in the past, has to obtain a certificate to commence business before it can borrow money. There is no discussion on this point.

(d) The Act provides that all companies have plenary powers but includes a Schedule B which sets out certain common powers which are by no means exhaustive. There is no discussion of the question why, if a company has plenary powers, it is necessary to list certain common powers.

(e) Paragraph 6 of Schedule 3 to the Act requires that there should be set out in respect of a company and its controlled companies or "prospective" controlled companies (the expression used by the authors) *inter alia* particulars in respect of each of the preceding 5 years of the *average* earnings before and after tax. It is not understood what this word "average" means nor have the authors given any elucidation.

(f) Section 190 of the Act provides that in the case of a private company a quorum must consist of at least two members personally present. There is no discussion as to why personal presence is essential in the case of a private company and why a member may not be represented by proxy for the purpose of constituting a quorum.

(g) The statement in section 117(4) of the Act that a wholly-owned subsidiary is deemed to have and always to have had the power to mortgage any of its property as collateral security for the issue of debentures by its holding company is reproduced in summary form without any discussion whatsoever on the implications and several ambiguities of this provision.

(h) *S v National Board of Executors Ltd* 1971 3 SA 817 (N) dealt with the question, *inter alia*, whether the fact that shares are offered to a limited class of offerees is enough to take the matter outside of the requirement that a prospectus has to be issued even if it is contemplated that after taking up the shares the offerees may sell those shares e.g. on the stock exchange. It would appear from the Van Wyk De Vries Commission Report that it was intended to approve of the judgment in this case; it is not quite clear whether the effect of the Act is to approve of that judgment. The matter is not very clearly dealt with in the book.

(i) There is no discussion of the problem faced by companies which wish to make rights issues and which have to give notice in the press to persons who have purchased shares, but are not registered as the holders, of the last date for registration to qualify for the rights issue. Such a notice is hit by section 157 of the Act which in effect prohibits any advertisement calling attention to an intended offer of shares to the public. (The book states that every newspaper or other advertisement which directly or indirectly offers to the public shares in the company is deemed to be a prospectus. This is not an entirely accurate reproduction of the statutory provision.)

(j) One of the aspects of the Act which confuses practitioners perhaps more than anything else is the requirement that in a memorandum the purpose of the company describing its main business and also the main object of the

company must be set out. It follows apparently that a company may not have more than one main business and in effect therefore more than one business of equal importance or priority. This can have a prejudicial effect in practice in that if a person wishes to conduct a number of his trading activities through a company, he may not do so. Although the book in common with the report of the Van Wyk De Vries Commission gives examples of the difference between a main purpose and main business and a main object, these examples serve only to confuse the matter further.

With deference, mention is made of some of the views expressed by the authors:

(a) As regards the ambiguous provisions of section 36 which are clear to the effect that as far as third parties are concerned no act of a company is not binding merely by reason of the fact that it is beyond the capacity of the company but is quite unclear as to whether an act of the directors can be challenged if the act, although within the capacity of the company, is beyond the powers given to the directors by the articles; the authors simply conclude that a third party is protected as regards unauthorized directors' acts only if the lack of power arises because the directors' acts may fall outside the capacity of the company. It is respectfully submitted that section 36 merits much further discussion and that it is not enough simply to draw this conclusion.

(b) The authors reject the application in South Africa of *Bushell v Faith* 1970 1 All ER 53 to the effect that it is competent to provide (in South Africa this could only apply in the case of a private company) that certain shares will have loaded votes in certain cases. Their rejection is based on the principle that South African law is based upon an equality of voting. (There may well be other grounds for doubting the correctness of the decision.) However, this overlooks the fact that in private companies there are often good reasons why votes should not be in accordance with capital invested, for example one of the important shareholders may be a man who has not provided capital but is a key executive without whom the company could not prosper, and in practice complete and unlimited elasticity and flexibility of voting rights is required in private companies. It is submitted that the frequent statement by the authors that South African law is based on equality of voting rights is in conflict with what the Act permits in regard to private companies and with what happens in practice.

(c) In respect of the pledge or cession of shares as security for a debt it is stated that, if the debt is not discharged, the pledgee or cessionary is by implication always empowered to take registration in his name by completing the blank transfer form or to sell the shares. For this the authors rely on the English authority *Re Tabiti Cotton Company; ex parte Sargent* 1874 LR 17 Eq 273. This does not appear to be a correct statement of our law as far as the right to sell is concerned; our law prohibits *parate executie* unless agreed to by the pledger or cedent when giving the security. In any case the *Tabiti* case appears to be authority only for the pledgee's right to have the shares registered in his name to protect his interests in case of default. The English authority for the pledgee's right to sell (after reasonable notice) is *Stubbs v Slater* 1910 1 AD 632, but an examination of the judgment



reveals that it is based on technical differences in English law between a pledge and an equitable mortgage which do not apply in our law.

(d) Dealing with the provisions of the so-called incorporated company (where the memorandum stipulates that the directors shall be liable jointly and severally together with the company for the debts of the company) it is stated that such a provision may be included in the articles of a private company by a special resolution and with the written consent of each director. Although such a provision could, like many other provisions, be incorporated in the articles there is no warrant for this statement in the Act and the effect of including the provision in the articles must be doubtful.

(e) It is stated in regard to section 38 of the Act that a company may not lend money or render financial assistance to anyone for the purchase of or subscription for its own shares. No reference is made to the purchase of or subscription for shares in its holding company.

In the passage dealing with section 38 as compared with the old section 86*bis* (2) it is stated that the only differences between the present section and the previous section are that one of the exemptions is the lending of money in the ordinary course of business by a company whose main business is the lending of money, whereas previously the exemption applied where the lending of money was part of the ordinary business of the company, and that the exemptions in section 38(2) (b) and (c) now apply to the subscription of shares in addition to the purchase of shares. These changes are, however, not exhaustive. The exemptions now also embrace the purchase or subscription of or for shares in the company's holding company which was not previously the case.

After a fairly full review of the cases dealing with the old section 86*bis* (2) (now section 38) the authors state that it is clear that the rule is: "the company may not render financial assistance when its (they should have added "or its holding company's") shares are purchased (they should have added "or subscribed for"), but that does not imply that the company may not render other assistance. As long as the company's assets are not diminished as a result of the transaction, the company's obligations may be transferred freely, and it does not matter in the least if this process entails some benefits for the purchaser and/or seller of the shares as well". It would seem that the test whether the company's assets are or are not diminished is an over-simplification. If a company were to lend a purchaser the funds to pay for its shares (even on adequate security), this would surely be a contravention of section 38, yet its assets would not be diminished by such a loan as there would be substituted for the cash a secured claim against the purchaser.

(f) In reproducing the effect of section 339 of the Act the authors state "where any company which is unable to pay its debts is being wound up, the provisions of the law relating to insolvency ie mainly the Insolvency Act No 24 of 1936 apply *mutatis mutandis* to any matter not specifically provided for by the Companies Act." The words "insofar as they are applicable" have been omitted and the result is an over-simplification, for



reference should have been made to the restrictions flowing from cases such as *R v City Silk Emporium (Pty) Ltd & Meer* 1950 1 SA 825 (G).

(g) Paragraph 12 of Schedule 3 of the Companies Act, dealing with the requirements of a prospectus, is reproduced by stating that what is required to be stated are particulars of any property acquired by the company in respect of which the purchase price is to be wholly or partly defrayed out of the proceeds of the issue or has been paid out of securities of the company within the preceding two years, whereas the Act states that this is required also where the price has been paid "out of the funds of the company."

(h) The summary of the provisions as to the registration fee and annual duty does not seem to be correct. According to the version in the book the registration fee in the case of a company with a share capital of R5 000 would be R27,50 and the annual duty in the case of a company with a capital of R300 000 would be R75 whereas the correct respective figures are R37,50 and R125.

Many aspects of company law are dealt with with commendable lucidity and are analysed in a manner which is instructive and logical, for example the discussions on the question of unanimous consent by shareholders and of the *Turquand* rule (perhaps section 36 of the Act could have been referred to here). In particular the analysis of the decision in *S v De Jager* 1965 2 SA 616 (A) is outstanding although it is unfortunate that it appears only under the heading "Common law offences by directors". One has some difficulty in reconciling the principle that the shareholders in general meeting can condone or ratify an exercise by the directors of their powers in excess or breach of their authority (which is limited *inter alia* by the fact that they have to act in the interests of the company) with the proposition established in the *De Jager* case that it is no answer to a charge of theft against directors that the company's assets were taken with the unanimous consent of all the shareholders. (This can be of importance eg in deciding whether a company can make charitable donations which are not in its interests but which are approved by all its shareholders.) The analysis of the *De Jager* case is excellent but it is considered that the authors should have dealt with it in the section which canvasses the condonation of the abuse of directors' powers.

The standard of the typesetting and binding of the book is good. No significant errors have been noticed except that there is a confusion of paragraphs on pages 802-4 and there appears to be a typing error ("5" for "3") on page 238.

Practitioners will be particularly interested in the index. This appears immediately after the main part of the book whereas it would be more conveniently located at the end of the book. The index is useful but it seems to be too concise and certain topics which should be referred to specifically are not found. For example, if one wishes to find the treatment of a director's right to compete with the company he will not find a guide in the index. Similarly, if he wishes to find what the authors have to say on the question of oppression of minority shareholders ("oppression" being an oft-used and well-known expression in this context), there is no reference to this in the index.

The above remarks are designed to be helpful to readers and to the authors when they have the opportunity to revise the book and, perhaps, to expand on points of particular interest to practitioners. They should not be taken as detracting from the fact that *Cilliers & Benade* is the only up to date authority on our companies legislation and that it is scholarly, systematic and practical and moreover easy to follow. It is an essential book for any person concerned with South African company law.

B WUNSH  
*Attorney, Johannesburg*

## SOUTH AFRICAN CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

(formerly GARDINER AND LANSDOWN)

Bande II en III: COMMON LAW CRIMES deur P M A HUNT en  
STATUTORY OFFENCES deur J R L MILTON bygestaan deur  
N M FULLER

*Juta & Kie Bpk Kaapstad, Wynberg, Johannesburg 1970/1971;*  
*prys R80 vir 4 bande*

In opvolging van band I van *South African criminal law and procedure*, wat handel oor die algemene leerstukke van strafreg, het bande II en III ook reeds verskyn. Band II handel oor gemeenregtelike misdade ("common law crimes") en band III oor statutêre misdade ("statutory offences"). Dit is jammer dat ten aansien van gemeenregtelike misdade die woord "crimes" gebruik word, terwyl by statutêre misdade van "offences" sprake is. Dit kan tot verwarring aanleiding gee, want in Suid-Afrika ken ons nie 'n verdeling in verskillende grade van misdade nie.

Soos die geval is met band I, word ook in band II heeltemal afgewyk van Gardiner en Lansdown se geïllustreerde patroon van kompilasie. Band II verteenwoordig die mees uitvoerige studie van die gemeenregtelike misdade wat nog in Suid-Afrika onderneem is. Dit is 'n indringende analitiese werk, waarin nie slegs 'n bykans volledige beeld van die regspraak en wetgewing weergegee word nie, maar waarin ook verwysings na en besprekings van akademiese materiaal aangetref word.

Basies is die opset by die behandeling van die gemeenregtelike misdade dat elke hoofstuk in vier afdelings verdeel word. Afdeling A handel oor die geskiedkundige agtergrond van die betrokke gemeenregtelike misdaad, waarin die Romeinse reg, Romeins-Hollandse reg, Engelse reg en Suid-Afrikaanse reg kortliks uiteengesit word. Daar word ook melding gemaak van ander misdade waarmee die betrokke misdaad kan ooreenstem. Die bespreking van die Engelse reg word daardeur geregverdig dat baie van ons gemeenregtelike misdade aan Engelsregtelike invloed onderwerp is. Afgesien van die kort bespreking van die Engelse reg, word geen noemenswaardige regsvergeliking waarskynlik minder waarde as ten opsigte van die algemene beginsels; verder laat die omvang van die besondere misdade minder ruimte hiervoor. Tog kan sodanige regsvergeliking die regs wetenskap-

like waarde van die handboek verhoog. Dat sodanige studie wel onderneem kan word, blyk uit De Wet en Swanepoel se behandeling van die besondere misdade. In afdeling B word die misdaadoms krywing en sy vereistes, grootliks aan die hand van die regspraak, in besonderhede ontleed. Die skrywer ontleed ook telkens ander skrywers, veral Gardiner en Lansdown en De Wet en Swanepoel, se omskrywings van die betrokke misdade. Afdeling B maak telkens die kern van die hoofstuk uit en is deurgaans van hoogstaande gehalte. Die regspraak word krities ontleed en akademiese materiaal word bygewerk. Afdeling C, 'n baie handige afdeling, handel oor prosesregtelike en bewysregtelike aspekte wat met die besondere misdaad saamhang. Ten slotte word afdeling D gewy aan verwante statutêre misdade. Die skrywer het dit gerade geag om hierdie statutêre misdade liever in die konteks van hul gemeenregtelike verwante te behandel as om hulle in band III by die statutêre misdade te voeg.

By die behandeling van die statutêre misdade word elke hoofstuk onderverdeel in 'n kort inleiding, 'n uiteensetting van die misdaadoms krywing, gevolg deur 'n bespreking van die vereistes van die misdaadoms krywing; ten slotte word relevante prosesregtelike en bewysregtelike aspekte bespreek.

Die gemeenregtelike misdade het 'n lang ontwikkelings- en verfyningproses deurgemaak. Daar is oor die algemeen ook meer oor gemeenregtelike misdade geskryf en regsvergeelyking kan met groter vrug onderneem word, aangesien hierdie misdade oor die algemeen groot ooreenstemming vertoon met soortgelyke misdade in ander lande. Daar bestaan egter geen rede waarom statutêre misdade oninteressant moet wees nie. Die statutêre misdade handel dikwels oor meer hedendaagse verskyningsvorme waarin die mens se vernuf die sekuriteit van die gemeenskap beproef.

Die aangewese werkwys vir 'n navorser van ons statutêre misdade sou wees om eers die aanwendingsgebied van die betrokke statutêre misdaad in oënskou te neem en vas te stel of die betrokke wetgewing die veld doeltreffend dek en om daarna in te gaan op die vraag of hierdie wetgewing inderdaad noodsaaklik is, maw of die doel van die strafreg daardeur verwesenlik word. Die vraag of die strafreg werklik 'n doeltreffende middel is om baie van die euwels wat tot misdade verhef is, te bekamp, verdien ongetwyfeld die aandag van iemand wat 'n handboek oor die besondere misdade skryf. Dit geld veral die statutêre misdade, ten opsigte waarvan daar vandag as 't ware 'n inflasie bestaan wat dikwels lei tot lamlegging van die funksies van die howe en gevangnisse. Packer *The limits of the criminal sanction* (1969) 301 verklaar: "Sometimes we may seem to buy only trouble with the resources we spend on the criminal sanction. But regardless of that, what we buy with our marginal dollar does not have equivalent marginal utility. Wisdom about the uses of the criminal sanction begins with recognition of that fact". Ongelukkig is daar nie kennis geneem van Packer se belangrike werk nie en word hierdie analitiese en kritiese werkwys, waardeur 'n prognostiese blik oor die gebied van die besondere misdade gewerp kon word, nie gevolg nie. Die skrywers volstaan feitlik deurgaans met 'n kompilasie van wetgewing en regspraak. Hulle onderwerp die beleid van die wetgewer nie aan 'n kritiese analise nie en waag selde 'n eie



mening; hulle versuim om aansluiting te vind by die algemene beginsels van strafreg of om die wetgewer se verontagsaming daarvan te evalueer. 'n Basiese vereiste van 'n kompilasie is dat dit op sigself volledig moet wees. Die skrywers het vryelik geparafreer en gekondenseer, met die gevolg dat mens tog steeds die betrokke wette self sal moet raadpleeg: 'n parafrase is immers *per se* onvoldoende waar dit gaan om die uitleg van die woorde in 'n wet en die gevolglike bedoeling van die wetgewer. Dit sou in dié omstandighede beter gewees het om bloot tabelsgewyse na die misdade te verwys het (gepaard met die relevante wetgewing en regspraak), en langer uiteensetting te beperk het tot gevalle waar die uitleg probleme opgelewer het, of kan oplewer. Hiermee sou die skrywers dieselfde doel bereik het en papier gespaar het. Daar moet dus gekonkludeer word dat die skrywers 'n gulde geleentheid om die statutêre misdade aan 'n kritiese analise te onderwerp, deur die vingers laat glip het.

By die bespreking van moord word die meeste aandag gewy aan kousaliteit. 'n Algemene bespreking van kousaliteit hoort egter tuis by band 1, waar dit om algemene leerstukke van die strafreg gaan. Sodanige bespreking ontbreek egter en kousaliteit word slegs by moord uitvoerig bespreek. Die skrywer se definisie van moord as die "unlawful and intentional killing of another person" maak dit nie duidelik dat dit by moord om die veroorsaking van dood gaan nie. Kousaliteit word op 'n kasuïstiese wyse behandel, maar die skrywer gee 'n deeglike en omvangryke praktiese uiteensetting van die kousaliteitsvraag. Hy begaan egter die fout, waar hy 'n onderskeid maak tussen feitlike en juridiese kousaliteit, om van kousaliteit 'n aanspreeklikheidsbeperkingsmaatstaf te maak. Van Rensburg *Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbeperking by die onregmatige daad* (1970) 160 ev toon oortuigend aan dat kousaliteit nooit hierdie doel kan dien nie.

Ivm strafbare manslag wy die skrywer uitvoerige aandag aan nalatigheid en bespreek hy o.a die subjektiewe toets vir nalatigheid en die vraag of nalatige optrede hoegenaamd strafbaar behoort te wees. Hoewel laasgenoemde aspek al dikwels oorsee gedebatteer is, het die skrywer nou dié belangrike debat hier aan die gang gesit. Hy stel kortliks die standpunte teen die bestrawwing van nalatigheid, maar konkludeer dat sodanige bestrawwing tog 'n uitwerking het op die hantering van gevaarlike voorwerpe soos motorvoertuie en vuurwapens, dat afskrikking maw die doel met die strafbaarstelling van nalatigheid is. Daar bestaan egter geen bewys dat nalatige optrede deur strafbedreiging afgeskrik word nie. Trouens, 'n kriminologiese ondersoek na die omstandighede van die meeste motor- en skietongelukke mag hoogs waarskynlik aandui dat die afskrikkende waarde van 'n strafsanksie gering is. Feit is dat alvorens sodanige ondersoek onderneem word, standpunte op spekulasie berus.

Dit is baie belangrik dat die hele kwessie van nalatigheid as 'n aanvaarde skuldvorm in die strafreg deeglik onder die vergrootglas geplaas word. Uit die skrywer se bespreking van nalatigheid kry mens die indruk dat strafbaarheid by nalatigheidsmisdade eerder op beleidsoorwegings as op verwytbaarheid berus. Skuld, wat subjektiewe verwytbaarheid impliseer, word deur die redelike-man-toets as 't ware tot 'n fiksie gereduseer. Miskien hoort strafbare manslag en ander nalatigheidsmisdade eerder tuis by die



sogenaamde "public welfare" misdade. Ivm die redelike-man-toets, bespreek die skrywer die kwessie van voorsienbaarheid van die slagoffer se dood, en die vrae of die redelike man sou gewaak het teen die voorsienbare nadeel en of die beskuldigde inderdaad redelike stappe gedoen het om daarteen te waak. Mbt die eerste vraag doen hy 'n aanval op Van der Merwe en Olivier se standpunt t o v nalatigheid, as sou die toets vir nalatigheid volgens hulle slegs daarin bestaan dat 'n redelike man die moontlikheid van dood sou voorsien het, sonder dat die vraag gestel sou word of hy teen die intrede daarvan sou gewaak het. Dit is egter nie wat Van der Merwe en Olivier aanvoer nie. Op bl 86 van hul werk (bl 132 van die tweede uitgawe) verklaar hulle uitdruklik: "Geen verwyf van nalatigheid tref 'n dader as hy nie die gevolg voorsien het wat die redelike man wel sou voorsien het nie, indien die redelike man in ieder geval nie teen die intrede van die gevolg sou gewaak het nie".

Van der Merwe en Olivier verklaar ook nêrens - soos die skrywer voorgee dat hulle doen - dat die vraag of 'n redelike man teen die intrede van die voorsienbare gevolge sou gewaak het, die elemente van nalatigheid en wederregtelikheid verwar nie. Trouens, hulle raak die punt nie eens aan nie. Die skrywer het moontlik hul kritiek teen die "duty of care" nie goed begryp nie. Hy meen self dat by strafbare manslag wederregtelikheid en skuld nie uitmekaar gehou kan word nie. Hy verklaar dat dit moeilik is om 'n mens gevalle voor te stel waar nalatigheid aanwesig is, maar nie wederregtelikheid nie. Tot hierdie gevolgtrekking geraak hy klaarblyklik omdat hy die redelike-man-toets insleep by die bepaling van wederregtelikheid. In dieselfde trant word verklaar dat in die "partial excuse"-gevalle (waar die beskuldigde bv die perke van noodweer oorskry en die slagoffer opsetlik dood, maar aan strafbare manslag skuldig bevind word) "the unlawfulness requirement of culpable homicide is present, but not that of murder" (bl 384). Hier blyk duidelik hoe onlogies en onwetenskaplik die onderskeid tussen moord en strafbare manslag word as mens probeer om gevalle van "partial excuse" by strafbare manslag te akkommodeer. 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. Die skrywer beantwoord nie op bevredigende wyse die vraag of dit regs-wetenskaplik verantwoord is om iemand wat voldoen aan die misdaad-omskrywing 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.

Hy wys daarop dat sedert *Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) moord in gevalle waar opset ontbreek nie na strafbare manslag verminder kan word nie, tensy nalatigheid bewys is. Waar opset ontbreek, is daar egter geen sprake van moord wat verminder kan word nie.

'n Beswaar teen die sistematiek is dat die algemene behandeling van nalatigheid by strafbare manslag geskied en nie by die algemene leerstukke nie, waar dit immers, soos opset, tuishoort.

Mbt kousaliteit by strafbare manslag maak die skrywer die fout

om te praat van nalatigheid wat die slagoffer se dood veroorsaak. Nalatigheid kan nooit 'n gevolg veroorsaak nie. (Vgl 1971 *THRHR* 206 ev)

Die volgorde van die elemente van die misdaadskrywing is nie altyd bevredigend nie. Moord word by omskryf as die wederregtelike, opsetlike doodmaak van 'n ander mens, terwyl verkragting omskryf word as die opsetlike, wederregtelike geslagsverkeer met 'n vrou sonder haar toestemming. Ook by strafbare manslag word skuld voor wederregtelikheid behandel. Dit is onsistematies om skuld voor wederregtelikheid te behandel, want die bestaan van wederregtelikheid is 'n voorvereiste vir die bestaan van skuld.

In die lig van die uitvoerige bespreking deur Strauss (1971 *SALJ* 375) van die skrywers se behandeling van die besondere misdade, volstaan ons daarby deur slegs na bogenoemde misdade as voorbeelde te verwys.

Ten slotte kan vermeld word dat die waarde van die reeks aansienlik verhoog word deur 'n byvoegsel wat voortaan vermoedelik jaarliks sal verskyn, waarin nuwe regspraak, wetgewing en ander materiaal bygewerk word. Dit is bemoedigend om te merk dat die skrywers kennis geneem het van kritiek op hul werk en nie skroom om, waar nodig, die teks aansienlik aan te vul en te wysig nie.

A J MIDDLETON

M A RABIE

*Universiteit van Suid-Afrika*

## MAATSKAPPY-FINANSIËLE STATE

deur H S CILLIERS, M L BENADE en S ROSSOUW

*Butterworths 1973 (tweede uitgawe); 130 bl; prys R6,50*

Suid-Afrikaanse rekeningkundiges en ander persone wat 'n belang het in en by die aanbieding van finansiële jaarstate ingevolge die bepalings van die Maatskappywet 61 van 1973 is besonder bevoorreg om hierdie publikasie tot hulle beskikking te hê.

Nie alleen is dit die enigste publikasie van sy soort op die mark nie maar dit is selde dat die outeurs van 'n werk so besonderlik saamgestel is: 'n hoogleraar in rekeningkunde, 'n hoogleraar in handelsreg en 'n rekenmeester in openbare praktyk. Dit het tot gevolg dat ons hier te doen het met 'n voortrefflike en deskundige publikasie wat die bykomstige voordeel het dat die Afrikaanse sowel as Engelse teks in een band saamgevat is.

Die boek beslaan die volgende hoofstukke (114 bladsye):

- I Inleiding
- II Balansstaat
- III Inkomstestaar
- IV Staat van bron en aanwending van fondse
- V Groeps-finansiële jaarstate en groepperslag
- VI Direkteursverslag
- VII Ouditeursverslag

VIII Tussentydse verslag en voorlopige finansiële jaarstate

IX Toepaslikheid van Bylae 4 op bank- en versekeringsmaatskappye

Benewens bogenoemde bevat die publikasie ook die volgende voorbeelde (16 bladsye):

- 1 Jaarlikse balansstaat
- 2 Jaarlikse inkomstestaat
- 3 Jaarlikse fondsestaat
- 4 Bylae 4 - inligting waar alternatiewe vorm van groepstate voorgelê word
- 5 Groepsverslag
- 6 Direkteursverslag
- 7 Ouditeursverslag

Die eerste uitgawe van hierdie werk (Augustus 1972) wat oor die finansiële state ingevolge die konsep-wet gehandel het, is baie gunstig ontvang. Die tweede uitgawe sal sekerlik net so 'n goeie ontvangs geniet.

Die publikasie is in wese 'n volledige dog kernagtige uiteensetting van die voorskrifte van die 1973-Maatskappywet wat op 1 Januarie 1974 in werking getree het, gepaard met bykomstige kommentaar waar nodig geag, en is inderdaad 'n werk wat 'n dieptebeeld van die nuwe rekeningkundige voorskrifte van die wet bied.

Die publikasie word gevolglik sonder voorbehoud sterk aanbeveel by diegene wat enigsins met die aanbieding van finansiële jaarstate van maatskappye te doen het.

M A FAUL  
*Departement Rekeningkunde  
Randse Afrikaanse Universiteit*

## STUDIES IN INTERNATIONAL LAW

by F A MANN

*Oxford University Press London 1973; pp xxxii and 705  
and index 12; price £7*

This substantial work comprises twenty-one articles contributed by the author over the last thirty-five years to various periodicals and now compiled in a single collection.

The common theme possessed by all the articles is the inter-relationship between municipal law and international law - a topic the author excels in. Excluded thus are the author's various other valuable contributions on monetary law, comparative law, arbitration and expropriation, private international law, etc, etc.

The best known article of Dr Mann included in this work is his "Doctrine of jurisdiction in international law" which consists of his lectures delivered at the Hague Academy of International Law during 1964. Further one finds several articles on state contracts, including his "Reflections on a commercial law of nations"; articles on treaties; articles on international

delinquencies before municipal courts and related problems of the judiciary and the executive in foreign affairs; articles on foreign acts of state and articles on the legal status of Germany. In the article entitled "Germany's present legal status revisited" at p 660 (which first appeared in 16 *ICLQ* (1967) 760) Dr Mann makes a most elucidating contribution which includes a discussion of the decision of the House of Lords in *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler* 1967 1 AC 853. A question that can be put to Dr Mann with the hope that it will stimulate a new article on the topic is: Does Willy Brandt's *Ostpolitik* not warrant yet another visit to Germany's present legal status? And whilst we are referring to matters on the continent I can see many practitioners in future studying Dr Mann's article on "The enforcement of treaties by English courts" at p 327 (see *Grot Soc* 1958-59 29) due to the enlargement of the European Communities.

An article in this volume that has not been published previously is entitled "About the proper law of contracts between states" at p 241. In previous articles Dr Mann has propounded the view that besides treaties *stricto sensu* there are (a) contracts between international persons which are subject to a national law, and (b) contracts between international and private persons which are subject to public international law. In the above article Dr Mann expounds on both these types of contract. His first proposition is that although international persons usually contract on the footing of public international law, there does not exist any legal rule which precludes them from submitting their transactions to a system of municipal law selected by them. Dr Mann's other proposition is that it is possible for contracts between parties only one of whom is an international person to be subject to public international law. This conflicts with McNair's well-known traditional view that public international law cannot apply to this type of contract since it is an inter-state system - *ius inter gentes* (33 *BYIL* (1957) 1 at p 10).

Even though Dr Mann has left this collection of articles untouched as originally written I am sure that it will be extremely useful not only to academics but also to practitioners. It is always to be welcomed if an author who has spent most of his life outside academic institutions publishes a work in international law.

This work of Dr Mann is surely a monument to the different steps of his life over three and a half decades.

G N BARRIE  
*Rand Afrikaans University*

## E M MEIJERS ETUDES D'HISTOIRE DU DROIT

Publiées par les soins de R FEENSTRA et H F W D FISCHER

*Tome II 1973 Universitaire Pers Leiden; 319 bl*

Die periode tussen die eerste en die tweede wêreldoorlog was ongetwyfeld een waarin die beoefening van die regsgeeskiedenis baie hoog gestaan het. Dit wil nie sê dat die periode daarvoor of na die tweede wêreld-



oorlog minder belangrik is nie. Die verskil is egter dat dit in die periode tussen die twee oorloë besonder moeilik was om te publiseer. Destyds het die feit dat iemand iets kon publiseer reeds aangedui dat die skrywer 'n man van formaat was. In daardie periode tussen die oorloë het die beoefening van die Romeinse reg inderdaad 'n baie hoë ontwikkelingspeil geken, maar dit wil geensins sê dat ander regsgebiede nie in die hoë bloei gedeel het nie.

In hierdie periode was Meijers ongetwyfeld een van die groot figure. Dit is duidelik uit sy geskrifte. Maar reeds tydens sy lewe is hierdie beskeie en innemende juris by sy kollegas aangedui as die man wat alles van die reg weet; sy studente het na hom geluister en hy het die gawe gehad om alles so duidelik en eenvoudig te stel dat die student se reaksie gewoonlik was: maar dit is alles so eenvoudig; hoekom word so baie moeilikheid met die punt of die onderwerp ondervind? Probeer die student egter om self iets op skrif te stel en dit word voor die kennerssoog van Meijers gelê, dan word hy op 'n vriendelike maar oortuigende manier op sy foute gewys, sodat die student maar te dikwels wou besluit om nie verder te gaan nie en die saak gewonne te gee, aangesien sy bekwaamhede in so 'n mate te kort skiet.

Hierdie tweede deel van die publikasie van Meijers se geskrifte bevat artikels wat handel oor die regsgeiedenis in die Nederlande (dus val België ook daaronder) en Duitsland. Dit bevat 'n behoorlike aantal artikels wat handel oor die bronne, die privaatreë, die publiek- en prosesreg. Die reeks word uitgegee deur R Feenstra wat voorheen deur H F W D Fischer bygestaan is. Deur laasgenoemde se dood is 'n ander vooraanstaande Nederlandse regsgeleerde ons ontnem. Die uitgawe is 'n aanduiding van die hoë gehalte van die geleerdes wat die werk uitgee. Hulle is regshistorici wat waardig is om die tradisie, soos dit by Meijers gevind word, voort te sit. Die teks van Meijers se publikasies is noukeurig nagegaan en 'n aantal korreksies is aangebring en ook is enkele toevoegings gemaak. Hierdie bewerkings word in voetnote aangedui.

Dit is nie juis nodig of wenslik om 'n bespreking van die afsonderlike stukke te gee of om almal te noem nie. Vir Suid-Afrika is daar egter enkele wat van besondere belang is en wat dus hier kortliks genoem word.

(1) Die eerste is 'n artikel van 1918-1919 wat handel oor *Uitgegeven en onuitgegeven rechtspraak van den Hoogen Raad en van het Hof van Holland, Zeeland en Westfriesland*. Ten eerste word gepubliseerde versamelings van sulke beslissings genoem (Naeranus, Neostadius, Coren, Colom, Anthony Duyck, Loenius). Hierdie name is nie geheel en al onbekend aan Suid-Afrikaanse juriste nie en daar word met hulle in die Suid-Afrikaanse regspraak ook kennis gemaak. Verder word dan melding gemaak van ongepubliseerde regspraak. Hieronder word die *Observationes Tumultuariæ* van Van Bynkershoek genoem en met waardering word melding gemaak van 'n subsidie afkomstig van Suid-Afrika en die werksaamhede van Bodenstern wat die publikasie moontlik maak. Destyds was hierdie *Observationes* nog nie gepubliseer nie. Gelukkig is hulle nou beskikbaar en dit wil voorkom, met alle eerbied gesê, dat hulle miskien meer geraadpleeg moet word. Ook word melding gemaak van die vervolg daarop, nl die *Observationes Tumultuariæ Novæ* afkomstig van Van Bynkershoek se skoonseun, Pauw. Gelukkig

sal die derde deel van hierdie versameling van vonnisse eersdaags ook die lig sien. Alhoewel die eerste deel hiervan reeds in 1964 verskyn het, wil dit voorkom asof die hedendaagse Suid-Afrikaanse juriste nog nie juis baie aandag daaraan bestee het nie.

(2) 'n Tweede artikel (in Engels geskryf) *Trial by jury on the Veluwe* behoort ook vir die hedendaagse juris in Suid-Afrika nie sonder belang te wees nie. Dit is interessant om te sien wat die posisie van die juriestelsel in die verlede was in 'n gebied waarin nou nie juis Romeins-Hollandse reg geld het nie, maar ten minste 'n verwante regstelsel.

(3) Derdens mag verwys word na *De Betekenis van de Grote Raad te Mechelen voor de Noordelijke Nederlanden*. Dit is bekend dat die Grote Raad wel van betekenis vir ons reg was en dat die vonnisse van die Raad invloed op die Romeins-Hollandse reg uitgeoefen het. Hierdie artikel word juis op 'n gepaste tydstip uitgegee as mens daaraan dink dat die vyf-honderdste verjaardag van die totstandkoming van die Raad te Mechelen aan die end van die vorige jaar met groot luister herdenk is. Juriste van Frankryk, Nederland, België en elders het daar op uitnodiging bymekaar gekom. Enkele juriste uit Suid-Afrika was ook uitgenooi maar het geskitter deur hulle afwesigheid. Die rede is natuurlik vanselfsprekend. Dit bly egter 'n droewige toestand.

Nie slegs die redakteur(s) moet met die werk gelukkigewens word nie, maar ook die drukker en uitgewer. Die geheel is baie mooi.

P VAN WARMELO  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## RESPONSA MERIDIANA

*Vol 2 No 5 September 1973*

Wat regstydskrifte in Suid-Afrika betref, is *Responsa Meridiana* uuek vanweë die feit dat artikels alleenlik deur studente geskryf word. In die volume onder bespreking verskyn die volgende:

- (1) *Dolus eventualis - Which way now?* - KAB Engers
- (2) *Mora, terugtrede en Nel v Cloete: Nog net beseringstyd oor vir time is of the essence of the contract?* - JT Schoombee
- (3) *The new Abortion Bill - Medicine and society* - NW Armstrong.

Bogenoemde onderwerpe handel oor aktuele aangeleenthede en getuig van deeglike navorsing deur die betrokke skrywers. Waar *Responsa Meridiana* dus poog om regsbydraes deur studente aan te moedig, daar slaag hy beslis in sy doel en voorsien daarom in die noodsaaklike behoefte van 'n studenteregstydskrif. *Responsa Meridiana* vervul dus ook 'n belangrike rol in die opleiding van ons land se toekomstige juriste en om hierdie rede verdien dit die steun van almal wat belang het by die bevordering van ons regs-wetenskap.

Die regs fakulteite van die Universiteite Stellenbosch en Kaapstad word gelukkig met die tienjarige bestaan van hul uitmuntende jaarlikse regstydskrif.

BJ VAN DER WALT  
*LLB-student, Universiteit van Suid-Afrika*

## Kroniek

### Afskeid en Verwelkoming

Teen die einde van 1973 het Sy Edele dr LC Steyn na lange jare sy uitrede as voorsitter van die Vereniging Hugo de Groot aangekondig. Dit doen ons genoeg om te kan bekendmaak dat die nuwe hoofregter, Sy Edele F Rumpff, op 26 Januarie 1974 as voorsitter gekies is en dat hy hom die benoeming laat welgeval het.

By dieselfde geleentheid het professor Daniel Pont sy uitrede as lid van die bestuur van die Vereniging en van die redaksiekomitee aangekondig.

Sowel doktor Steyn as professor Pont was betrokke by die oprigting van die *Tydskrif* en aktief daaraan verbonde sedert sy ontstaan in 1937. In November 1973, by geleentheid van sy 70ste verjaardag, het ons hulde gebring aan doktor Steyn. 'n Waardering van die besonder groot bydrae van professor Pont tot die ontstaan en lewe van die *Tydskrif* sal te geleëner tyd verskyn.

By dieselfde geleentheid is professor SR van Jaarsveld aangestel as sekretaris van die Vereniging in die plek van professor DF Mostert, wat die akademie verlaat het maar nog in die bestuur betrokke bly.

*Redakteur*

---

Nou beskikbaar!

## Huurkoopreg

Tweede uitgawe

deur HCJ Flemming BCom LLB

'n Nuwe uitgawe van hierdie waardevolle boek sal deur die regspraktisyn sowel as die sake-man verwelkom word.

Hierdie boek bly 'n noodsaaklike bron van inligting en van leiding ten aansien van die huurkoopreg in die algemeen en van die Wet op Huurkoop, 1942, in die besonder. Soos in die eerste uitgawe van die boek word aanverwante aspekte soos die kansellasië van kontrakte, retensieregte, ens. op so 'n wyse bespreek dat dit vir die handelaar, die finansier en die regspraktisyn waardevolle leiding gee, selfs buite die terrein van huurkoopkontrakte. Die meer as sestig bladsye waarmee die tweede uitgawe die omvang van die eerste oorskry, omvat o.a. 'n behoorlike bespreking van die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling, 1971, wat besonder nuttig is vir enigeen wat met die toepas-

sing en die problematiese uitleg van daardie Wet te doen kry. Die nuwe hoofstuk oor die Wet op Prysbeheer, 1964, gee helderheid oor die inslag van relevante gedeeltes van daardie Wet en oor die verband tussen kennisgewings kragtens die Wet op Prysbeheer en die voorskrifte van of kragtens die Wet op Huurkoop.

Resensie van eerste uitgawe:

"The author discusses all the important cases and also deals with the various views expressed by writers on the subject. This book is of great practical value, not only to the students and practitioners, but also to commerce and financial circles, and is warmly recommended."

- *The Taxpayer*

Prys: Hardeband R18,75  
Slapband R15,75

**Butterworths**

Posbus 792 Durban 4000



# Geestesongesteldheid en die strafreg: Die voorgestelde nuwe reëling in die Strafproseswetsontwerp\*

SA Strauss

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

The most important recommendations of the Rumpff Commission (1967) regarding the criminal responsibility of mentally disordered persons were given concrete form in chapter 13 of the new Criminal Procedure Bill which has been introduced into parliament and is still pending. The chapter envisages a number of important innovations in our law, in particular the substitution for the "irresistible impulse" criterion in establishing legal insanity, of a test which will be more in accordance with modern psychiatric views. Several procedural changes in regard to the psychiatric examination of accused persons suspected of mental disorder, and subsequent judicial assessment of such cases, are also proposed. In this article the provisions of the bill are discussed critically, attention also being drawn to some lacunae.

## I INLEIDING

Soos bekend is die Rumpff-kommissie - sy volle naam is die Kommissie van Ondersoek na die Toerekeningsvatbaarheid van Geestelik Versteurde Persone en Aanverwante Aangeleenthede - ingestel na aanleiding van die moord op die vorige eerste minister, dr HF Verwoerd, deur Demitrio Tsafendas in September 1966. Ten gevolge van die *Tsafendas*-saak en in besonder die bevinding van die Kaapse hooggeregshof dat hy nie in staat was om verhoor te word nie, het die beginsels betrokke by dergelike gevalle opnuut onder die openbare aandag gekom. Daar het destyds ook stemme opgegaan dat geestesversteurdheid te maklik daartoe lei dat misdadigers wat eintlik gestraf moet word, aan straf ontkom. Die regering het derhalwe in Desember 1966 'n kommissie van ondersoek onder voorsitterskap van appèlregter FHL Rumpff benoem. Die kommissie se verslag is gepubliseer as RP 69/1967.<sup>1</sup>

Die uitspraak in *S v Tsafendas* is ongelukkig nie in die amptelike hofverslae gerapporteer nie. 'n Volledige, vertaalde weergawe daarvan is aan te

---

\* Die skrywer is deur regter VG Hiemstra, outeur van *Suid-Afrikaanse Strafproses* (1967), versoek om tot die tweede uitgawe van sy werk - wat tans voorberei word - die kommentaar by te dra op hoofstuk 13 van die voorgestelde nuwe Strafproseswet. Die inhoud van hierdie artikel, wat met toestemming van regter Hiemstra gepubliseer word, sal die grondslag van dié kommentaar vorm.

<sup>1</sup>Vir die opdrag van die kommissie, sien Verslag 1 1.

tref in GC Steyl se boek *Regters aan die woord*.<sup>2</sup> Uittreksels uit die verhoor self kom voor in die Rumpff-verslag.<sup>3</sup> Daar is ook kort na die moord op dr Verwoerd 'n kommissie van ondersoek na die omstandighede van sy dood ingestel onder voorsitterskap van regter JT van Wyk. Dié kommissie se verslag is gepubliseer as RP 16/1967. Dit het onder meer aanbeveel dat ondersoek ingestel word na die raadsaamheid daarvan om alle geneeshere te verplig om die name van alle potensieel gevaarlike geestesgekenkte pasiënte aan die kommissie van geestesgesondheid te stuur.

Laastens moet gemeld word dat een van die aanbevelings van die Rumpff-kommissie<sup>4</sup> was dat 'n kommissie van ondersoek benoem word om die Wet op Geestesgebreken 38 van 1916 te hersien. Dit het gelei tot die instelling van die Kommissie van Ondersoek na die Wet op Geestesgebreken, ook onder voorsitterskap van regter Van Wyk. Die verslag van hierdie kommissie is vervat in RP 80/72. Uit sy aanbevelings het die nuwe Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973<sup>5</sup> voortgevloei. Die bepalinge van laasgenoemde wet is egter net van terloopse belang vir sover dit die strafreg betref.

Die belangrikste aanbevelings van die Rumpff-kommissie is byna *in toto* beliggaam in hoofstuk 13 (klousules 77, 78 en 79) van die Straffproseswetsontwerp. (Die jongste wetsontwerp waarop hierdie artikel gegrond is, is vervat in VW 38-'73.) Gedurende die 1973-sitting van die parlement is die wetsontwerp by die volksraad ingedien. Dit het gevorder tot die komiteestadium. Die debat is egter uitgestel en nie hervat nie. Weens die ontbinding van die parlement en die algemene verkiesing het die wetsontwerp nou verval en sal dit *de novo* ingedien moet word.

In die bespreking wat volg, word die verskillende klousules - waarna gerieflikheidshalwe as "artikels" verwys word - in besonderhede behandel.

## II HOOFSTUK 13 VAN DIE WETSONTWERP: ALGEMENE OPMERKINGS

Die voorgestelde reëling bevestig die tans geldende beginsel van ons reg dat iedereen veronderstel word om by sy volle verstand te wees totdat die teendeel bewys is. As 'n beskuldigde vanweë 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek egter nie oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer nie, is dit ondenkbaar dat hy aan 'n verhoor voor 'n strafhof onderwerp word. "Ek kan net so min 'n man verhoor wat nie ten minste die grondslag van 'n rasonele verstand het nie, as wat ek 'n hond of 'n bewegingslose werktuig kan verhoor" - rp Beyers in *S v Tsafendas*.<sup>6</sup> As die feit vasstaan dat so 'n beskuldigde nie verhoor kan word nie, sal daar ingevolge die wetsontwerp administratief met hom gehandel word ooreenkomstig die voorskrifte van hoofstuk 13. Die ondersoek na 'n beskuldigde se vermoë om verhoor te word, is vooraf-

<sup>2</sup>(1971) 7.

<sup>3</sup>4 14 - 4 38.

<sup>4</sup>Sien Verslag 12 42.

<sup>5</sup>Die wet is by ter perse gaan nog nie in werking gestel nie.

<sup>6</sup>1966 (K) ongerapporteer; vertaalde weergawe aangehaal deur GC Steyl.

gaande aan en hou geen verband met die ondersoek na sy toerekeningsvatbaarheid nie.

Die drie artikels vervat in hierdie hoofstuk (artikels 77, 78 en 79) is in 'n groot mate nuut. In hulle sal sekere bepalinge verorden word wat tans nog vervat is in artikels 164 en 182 van die huidige Strafpreswet 56 van 1955 en artikels 27 tot en met 29 van die Wet op Geestesgebreken 38 van 1916 (welke wet herroep is behalwe laasgenoemde artikels en artikel 29*bis*, deur die Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973). Die drie artikels bevat egter 'n aantal nuwe voorskrifte. Die nuwe Wet op Geestesgesondheid 1973 bevat geen voorskrifte wat betrekking het op die verhoor van geestesgekrenktes nie.<sup>7</sup>

Wat terminologie betref, is dit opmerklik dat die wetsontwerp geen gebruik maak van die woorde "kranksinnigheid" en "geesteskrankheid" nie. Hierdie terme word deur die moderne psigiatrie as onwetenskaplik verwerp.<sup>7a</sup> In die wetsontwerp word deurgaans na "geestesongesteldheid" en "geestesgebrek" verwys.

Artikel 290 van die huidige Strafpreswet, wat betrekking het op psigiatriese ondersoek op inisiatief van sekere polisiebeamptes onderneem, van iemand wat by inhegtenisneming vermoedelik geestesongesteld is, is nie in die wetsontwerp opgeneem nie. Artikel 10 van die Wet op Geestesgesondheid 1973 bevat wel voorskrifte oor die pligte van polisiebeamptes betreffende persone wat vermoed word geestesongesteld te wees.

### III VERMOË VAN BESKULDIGDE OM VERRIGTINGE TE BEGRYP

Artikel 77 lui soos volg:

(1) Indien dit in enige stadium van strafregtelike verrigtinge vir die hof blyk dat die beskuldigde vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek nie oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer nie, gelas die hof dat die aangeleentheid ooreenkomstig die bepalinge van artikel 79 ondersoek en oor verslag gedoen word.

(2) Indien die bevinding in die betrokke verslag vervat die eenparige bevinding van die persone is wat ingevolge artikel 79 na die geestestoestand van die beskuldigde

<sup>7</sup>In artikel 29(1)(a) van die Wet op Geestesgesondheid is daar slegs 'n verwysing na "die Strafpreswet 1973" wat uitgelê sal moet word as 'n verwysing na die nuwe Strafpreswet wat eventueel verorden word. Die verwysing na "1973" getuig van wetgewende optimisme. Dit lyk onwaarskynlik dat die nuwe Strafpreswet voor 1975 op die wetboek geplaas sal word. Art 29*bis*, betreffende die terugtrekking of "prijsgeven" van aanklagte in sake waar geestesongesteldheid ter sprake is, is klaarblyklik *ex abundanti cautela* by die Geestesgebrekenwet ingevoeg (deur art 14 wet 7 van 1944). Die voorskrifte van art 29*bis* is nie herverorden in die Wet op Geestesgesondheid nie en is ook nie opgeneem in die Strafpreswetsontwerp nie. Die bevoegdheid om vervolgings te staak, word tans algemeen gereël deur art 8 van die Strafpreswet 56 van 1955. Die Strafpreswetsontwerp stel in klousule 6 'n ietwat uitvoeriger reëling van dié bevoegdheid in die vooruitsig.

<sup>7a</sup>Sien Rumpff-verslag 9 73. Die Rumpff-kommissie was van mening dat dergelike uitdrukkings "in die reg tans nog onontbeerlik is" (*ibid*). In sy hoof-aanbeveling praat die kommissie dan ook nog van "geesteskrankheid" (9 97), maar dit het nie in die ontwerp weerklank gevind nie.

ondersoek ingestel het en die bevinding nie deur die aanklaer of die beskuldigde betwis word nie, kan die hof die aangeleentheid op bedoelde verslag beslis sonder om verdere getuienis aan te hoor.

(3) Indien bedoelde bevinding nie eenparig is nie of, indien eenparig, deur die aanklaer of die beskuldigde betwis word, beslis die hof die aangeleentheid na die aanhoor van getuienis, en die aanklaer en die beskuldigde kan te dien einde getuienis aan die hof voorlê, met inbegrip van die getuienis van 'n persoon wat ingevolge artikel 79 na die geestestoestand van die beskuldigde ondersoek ingestel het.

(4) Waar bedoelde bevinding betwis word, kan die party wat die bevinding betwis 'n persoon dagvaar en kruisvra wat ingevolge artikel 79 na die geestestoestand van die beskuldigde ondersoek ingestel het.

(5) Indien die hof bevind dat die beskuldigde oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer, word die verrigtinge op die gewone wyse voortgesit.

(6) Indien die hof bevind dat die beskuldigde nie oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer nie, gelas die hof dat die beskuldigde in 'n hospitaal vir sielsiekies of 'n gevangenis aangehou word hangende die beskikking van die Staatspresident, en indien die hof aldus gelas nadat die beskuldigde op die aanklag gepleit het, is die beskuldigde nie ingevolge artikel 106(5) geregtig om ten opsigte van die betrokke aanklag vrygespreek of skuldig bevind te word nie.

(7) Waar 'n lasgewing ingevolge subartikel (6) of (9) uitgereik word dat die beskuldigde in 'n hospitaal vir sielsiekies of 'n gevangenis hangende die beskikking van die Staatspresident aangehou word, kan die beskuldigde te eniger tyd daarna, wanneer hy oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer, weens die betrokke misdryf vervolgd en verhoor word.

(8) (a) 'n Beskuldigde teen wie 'n bevinding gemaak word—

(i) ingevolge subartikel (5) en wat skuldig bevind word;

(ii) ingevolge subartikel (6) en teen wie die bevinding nie gemaak word ten gevolge van 'n bewering deur die beskuldigde ingevolge subartikel (1) nie,

kan teen so 'n bevinding appelleer.

(b) So 'n appèl word voortgesit op dieselfde wyse en onderworpe aan dieselfde voorwaardes as 'n appèl teen 'n skuldigbevinding deur die hof weens 'n misdryf.

(9) Waar 'n appèl teen 'n bevinding ingevolge subartikel (5) gehandhaaf word, stel die hof van appèl die skuldigbevinding en vonnis tersyde en gelas dat die betrokke persoon in 'n hospitaal vir sielsiekies of 'n gevangenis hangende die beskikking van die Staatspresident aangehou word.

(10) Waar 'n appèl teen 'n bevinding ingevolge subartikel (6) gehandhaaf word, stel die hof van appèl die kragtens daardie subartikel uitgereikte lasgewing tersyde en verwys die saak terug na die hof wat die bevinding gemaak het, waarop die betrokke verrigtinge op die gewone wyse voortgesit word.

## Bespreking van artikel 77

### (1) *Strafregtelike verrigtinge*

Die begrip "strafregtelike verrigtinge" moet wyd vertolk word. Dit is nie so eng as die begrip *berechting* ("trial") ingevolge artikel 28(1) van die herroepe Wet op Geestesgebreken nie. Dit sou derhalwe ook die stadium ná skuldigbevinding en voor vonnisoplegging insluit.<sup>8</sup> Kragtens artikel

<sup>8</sup>Die uitleg in *S v Hlongwa* 1963 1 SA 14 (N) is nie meer toepaslik nie.



1(xxiv) beteken strafregtelike verrigting ook 'n voorlopige ondersoek ingevolge hoofstuk 21 van die ontwerp. Ongetwyfeld sluit dit ook die aanvanklike stap van voorbrenging in.<sup>9</sup>

Selfs al is die beskuldigde alreeds skuldig bevind en veroordeel, sal die kwessie van onvermoë om verhoor te word, nog geopper kan word. As so 'n bevinding gemaak sou word, sal die voorafgaande verrigtinge tersyde gestel moet word en sal die beskuldigde in die posisie verkeer waarin hy was voordat hy gepleit het.<sup>10</sup>

### (2) *Geestesongesteldheid of geestesgebrek*

Die prosedure wat deur artikel 77 in die vooruitsig gestel word, het slegs betrekking op onvermoë om die verrigtinge te begryp vanweë geestesongesteldheid of -gebrek en nie vanweë ander faktore soos dronkenskap of tydelike verstandelike beneweling weens gebruik van gewoontevormende middels nie. Dit hoef egter nie 'n permanente geestesongesteldheid of -gebrek te wees nie.<sup>11</sup>

“Geestesongesteldheid” en “geestesgebrek” word nie in die ontwerp omskryf nie. Doofstomheid is nie noodwendig die resultaat van geestesongesteldheid of geestesgebrek nie, maar kan moontlik 'n aanduiding daarvan wees. Daarom sou die hof hierdie artikel in gepaste omstandighede kon aanwend waar die beskuldigde doofstom skyn te wees.<sup>12</sup>

Ten einde 'n bevel ingevolge subartikel (1) te maak, sal daar by die hof nie meer as 'n vermoede hoef te wees dat die beskuldigde onvermoënd is soos in die artikel beskryf nie. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie vermoede op redelike gronde sal moet berus. Dit sou voldoende wees dat die hof die vermoede vorm op grond van sy eie waarneming; vir uitoefening van sy bevoegdheede ingevolge subartikel (1) is dit nie nodig dat die hof eers deskundige getuienis hoef aan te hoor nie. Daar is egter niks wat die hof sou verhinder om reeds op hierdie stadium beskikbare getuienis aan te hoor nie, byvoorbeeld dié van 'n verwant van die beskuldigde, die distriksgeneesheer of 'n ander geneesheer.

Indien die beskuldigde op hierdie stadium daarop sou aandrang om getuienis af te lê, behoort hy die geleentheid daartoe gebied te word. Dit sou egter geen onreëlmatigheid daarstel nie indien die hof weier om die beskuldigde toe te laat om te getuig, of gelas dat sy getuienis gestaak word. Die toestand van die beskuldigde mag sodanig wees dat dit die ordelike verloop van die verrigtinge ernstig kan versteur, in welke geval dit onprakties sou wees om die beskuldigde te laat getuig.

### (3) *Prosedure*

Die volgende punte is belangrik wat die prosedure betref:

(a) Dit sou nie nodig wees dat die hof alvorens hy 'n bevel ingevolge subartikel (1) maak, eers betoë van die vervolger of die beskuldigde aan-

<sup>9</sup>Vgl *S v Sibanda* 1968 3 SA 559 (R).

<sup>10</sup>*S v Ebrahim* 1973 1 SA 868 (A).

<sup>11</sup>Sien verder die bespreking van geestesongesteldheid ingevolge art 78 hieronder.

<sup>12</sup>Sien verder hieronder.

hoor nie, ofskoon dit wenslik sou wees om beide partye 'n geleentheid te gee om hul sienswyse te stel.

(b) Die hof sal 'n ondersoek soos beoog deur subartikel 1 *suo motu* kon gelas, of op versoek van òf die vervolging òf die verdediging.

(c) As die beskuldigde by die aanvang van die verrigtinge die indruk sou skep dat hy nie oor die vermoë beskik om die verrigtinge te begryp nie, behoort hy nie toegelaat te word om te pleit nie.

(d) As die verrigtinge voortgesit sou word nadat die verslag ingevolge artikel 79 ontvang is en daardie verslag eenparig is, behoort die hof sowel die aanklaer as die beskuldigde die geleentheid te gee om te verklaar of die bevinding vervat in die verslag aanvaar word of betwis word.

(e) Indien die bevinding vervat in die verslag nie eenparig is nie, of indien eenparig, deur enige van die partye betwis word, sal daar 'n volle "verhoor binne 'n verhoor" moet plaasvind. Die beskuldigde sal dan geregtig wees om self getuienis af te lê en dit sou onreëlmatig wees vir die hof om 'n bevinding ingevolge subartikel (6) te maak, tensy die beskuldigde die geleentheid gebied is om te getuig.

(f) Subartikel (1) maak slegs voorsiening vir 'n enkele bevel betreffende ondersoek van die beskuldigde ooreenkomstig artikel 79. So 'n bevel sal egter nie die moontlikheid uitsluit nie dat die beskuldigde by herhaling voor die hof gebring word ten einde die tydperk, of opeenvolgende tydperke, van aanhouding te bepaal. Subartikel (1) moet onder meer met artikel 79(2) gelees word, wat voorsiening maak vir verwysing vir tydperke wat nie dertig dae op 'n keer te bowe gaan nie. Soos duidelik uit artikel 79(2) blyk, sal die hof by die maak van 'n bevel ingevolge subartikel (1) twee spesifieke aanwysings moet maak:

- (i) die instansie waarby die ondersoek uitgevoer moet word, wat 'n hospitaal vir sielsiekes moet wees of 'n ander plek wat die hof moet aandui; dit is nie noodsaaklik om die besondere inrigting by name te noem nie, mits die aard daarvan duidelik aangegee word;
- (ii) die tydperk van ondersoek wat, soos gemeld, nie dertig dae op 'n keer te bowe mag gaan nie, en wat opeenvolgend mag wees.

Wat laasgenoemde punt betref, is die doel van die ontwerp klaarblyklik dat die hof nie reeds by voorbaat 'n reeks tydperke sal kan vasstel nie, maar spesifiek *ad hoc* verdere tydperke sal moet vasstel. Die juiste prosedure sou wees dat die beskuldigde by verstryking van elke tydperk weer voor die hof gebring word en 'n nuwe tydperk in sy teenwoordigheid bepaal word. Die hof behoort nie daartoe te neig om onbepaald voort te gaan deur telkens 'n nuwe tydperk vas te stel nie. Oortuigende redes behoort aangevoer te word waarom 'n tweede of verdere tydperk bepaal moet word. Die hof behoort hom te laat lei deur inligting verstrekkend deur die aanklaer, of in gepaste omstandighede, deskundige getuienis. Die beskuldigde of sy raadsman behoort steeds die geleentheid gebied te word om die hof toe te spreek betreffende die vasstelling van 'n nuwe tydperk van verwysing. Aangesien dit hier gaan om 'n administratiewe taak wat die hof opgelê is, behoort die hof nie te aar-

sel om self 'n deskundige getuie te roep ten einde tot 'n billike beslissing te kom nie. Daar word aan die hand gedoen dat tensy werklik oortuigende gronde bestaan, die hof nie geredelik 'n derde of verdere tydperk sal vasstel nie.

#### (4) *Bewyslas*

Die bewyslas insake die beskuldigde se vermoë om die verrigtinge te verstaan, rus tans op die staat<sup>13</sup> en die ontwerp beoog nie om die posisie te verander nie.

#### (5) *Onvermoë om verhoor te word en verklaring of sertifisering as geestesongestelde persoon*

Die verwarring tussen onvermoë van 'n beskuldigde om verhoor te word en sertifiseerbaarheid as geestesranke wat tans bestaan uit hoofde van die Straffproseswet van 1955 soos gelees met die Wet op Geestesgebreken van 1916<sup>14</sup> sal ooreenkomstig die aanbeveling van die Rumpff-kommissie uit die weg geruim word deur die gesamentlike effek van die wetsontwerp as dit wet word en die nuwe Wet op Geestesgesondheid van 1973.

Artikel 77 van die ontwerp beoog om die ondersoek van 'n beskuldigde met die oog op vasstelling daarvan of hy vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek nie oor die vermoë beskik om verhoor te word nie, te reël. Die Wet op Geestesgesondheid reël op sy beurt die verklaring van iemand as geestesongestelde persoon<sup>15</sup> vir die doeleindes van laasgenoemde wet. Die feit dat iemand ingevolge die Wet op Geestesgesondheid as geestesongestelde verklaar is, of verklaar kan word, beteken geensins dat 'n strafhof noodwendig ook sal moet bevind dat hy nie oor die vermoë beskik om verhoor te word nie. Wel sal dié feit saam met ander feite oorweeg mag word by oorweging van die vraag of die beskuldigde oor die vermoë beskik om verhoor te word. Dit is egter denkbaar dat ten spyte van verklaring van 'n persoon as geestesongesteld ingevolge die Wet op Geestesgesondheid, 'n strafhof nogtans sal bevind dat hy in staat is om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer. So 'n toedrag van sake is onder meer denkbaar in die geval van epileptici.

Soos hierbo gemeld, bevat die ontwerp nie 'n omskrywing van "geestesongesteldheid" en "geestesgebrek" nie. "Geestesongesteldheid" word wel in die Wet op Geestesgesondheid<sup>16</sup> in breë trekke omskryf, maar dié omskrywing geld slegs vir doeleindes van laasgenoemde wet. Die ontwerp verwys nie na die Wet op Geestesgesondheid betreffende die onderhawige punt nie.

#### (6) *Presidentspasiënte*

Waar 'n bevel ingevolge subartikel (6) gemaak sou word dat die beskuldigde in 'n hospitaal vir sielsiekes of 'n gevangenis aangehou word

<sup>13</sup>*S v Mashimbi* 1958 1 SA 390 (T); *S v Ebrahim supra*.

<sup>14</sup>Sien hieromtrent die Rumpff-verslag 10 1 tot 10 35.

<sup>15</sup>Sien in die besonder art 19 van die wet.

<sup>16</sup>Art 1(iii).



hangende die beskikking van die Staatspresident, sal die betrokke persoon (soos tans die geval is) in die praktyk bekend staan as 'n "presidentspasient". In die Wet op Geestesgesondheid word hierdie uitdrukking ook gebruik.<sup>17</sup> Laasgenoemde wet reël egter uitsluitlik administratiewe aangeleenthede betreffende sulke persone en raak nie die voorskrifte van die ontwerp nie.

Die prosedure vir eventuele ontslag van 'n presidentspasient word gereël deur die Wet op Geestesgesondheid.<sup>18</sup>

#### (7) *Doofstommes*

Soos hierbo gemeld is, is doofstomheid nie noodwendig die resultaat van geestesongesteldheid of geestesgebrek nie. Ofskoon 'n hof wel daarop geregtig sou wees om die prosedure in hierdie artikel aan te wend waar dit gaan om 'n doofstom beskuldigde wat moontlik aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek ly, sal groot omsigtigheid aan die dag gelê moet word alvorens 'n verwysingsbevel ingevolge subartikel (6) gemaak word. Die artikel bevat geen magtiging daarvoor dat 'n doofstom persoon wat nie geestesongesteld of -gebrekig is nie<sup>19</sup> tot presidentspasient verklaar word.

As dit in 'n besondere geval onmoontlik blyk om met 'n geestesgesonde doofstomme te kommunikeer, mag dit nietemin onmoontlik wees om hom te verhoor. Aangesien die bewys van skuld in so 'n geval regtens onmoontlik is, behoort so 'n doofstom beskuldigde op vrye voet gestel te word.<sup>20</sup> Soos in die Rumpff-verslag<sup>21</sup> opgemerk word, is vrylating van so 'n doofstomme egter ondenkbaar waar daar *prima facie*-getuienis is wat daarop dui dat hy 'n ernstige misdaad gepleeg het. Die Rumpff-kommissie het die moontlikheid geopper dat hy in so 'n geval ná 'n administratiewe ondersoek, vir 'n tyd lank in 'n geskikte gevangenis aangehou word. Daar bestaan egter geen wetgewing om so 'n geval te dek nie en dit is 'n leemte in ons reg.

Waar kommunikasie met 'n doofstomme deur middel van 'n ander persoon moontlik is, word hy op die gewone wyse verhoor.

#### (8) *Appel*

Die voorgestelde reëling vervat in subartikel (8)(a)(i) dat appel deur die beskuldigde aangeteken kan word teen skuldigbevinding wat volg op 'n bevinding dat die beskuldigde wel in staat is om verhoor te word, hou by implikasie in dat die beskuldigde laasgenoemde bevinding by appel sal kan aanveg.

<sup>17</sup>Sien art 1(xxiii) en hoofstuk 4 van die wet.

<sup>18</sup>Sien art 29. In die geval van presidentspasiente wat aangehou word met betrekking tot 'n aanklag van moord of strafbare manslag of 'n aanklag waarby ernstige geweld betrokke is, geskied ontslag slegs op gesag van die Staatspresident wat ná die voorgeskrewe ondersoek die Minister van Justisie kan magtig om die ontslag van 'n pasient te gelas - art 29(2) en (3). In die geval van ander misdade as die gemeldes, is die minister met ontslagbevoegdheid beklee - art 29(4)(b). In verband met voorwaardelike ontslag sien ook art 38. (Tans word ontslag van presidentspasiente nog gereël deur die Wet op Geestesgebreken 38 van 1916, artikels 31 40 en 41. Oor die prosedure sien ook A Kruger *Kante van imputasie in die Nederlandse en Suid-Afrikaanse strafreg* (1972) 243.)

<sup>19</sup>Vgl *R v Mamyila* 1913 TPD 464; *R v Pupu* 1959 3 SA 480 (SR) 482.

<sup>20</sup>Vgl *Pupu supra*.

<sup>21</sup>10 45.



Die voorgestelde reëling vervat in subartikel (8)(a)(ii) dat appèl deur die beskuldigde aangeteken kan word teen 'n bevinding dat hy nie in staat is om verhoor te word nie, is ter implementering van die aanbeveling van die Rumpff-kommissie.<sup>22</sup> So 'n appèl sal egter slegs moontlik wees waar die bewering dat die beskuldigde nie in staat is om verhoor te word nie van die vervolging afkomstig is, of waar dié aangeleentheid deur die hof *suo motu* geopper is. As die bewering deur die beskuldigde self gemaak is, sal hy so 'n bevinding nie kan aanveg nie.

#### IV GEESTESONGESTELDHEID OF GEESTESGEBREK EN STRAFREGTELIKE TOEREKENBAARHEID

Artikel 78 lui soos volg:

(1) Iemand wat 'n handeling verrig wat 'n misdryf uitmaak, en wat ten tyde van so 'n verrigting aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek ly wat tot gevolg het dat hy nie oor die vermoë beskik-

(a) om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef nie; of

(b) om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree nie,

is nie vir so 'n handeling strafregtelik toerekenbaar nie.

(2) Indien dit by strafregtelike verrigtinge beweer word dat die beskuldigde vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek nie vir die ten laste gelegde misdryf strafregtelik toerekenbaar is nie, of indien dit vir die hof by strafregtelike verrigtinge blyk dat die beskuldigde vanweë so 'n rede nie aldus toerekenbaar mag wees nie, gelas die hof dat die aangeleentheid ooreenkomstig die bepalinge van artikel 79 ondersoek en oor verslag gedoen word.

(3) Indien die bevinding in die betrokke verslag vervat die eenparige bevinding is van die persone wat ingevolge artikel 79 na die toepaslike geestestoestand van die beskuldigde ondersoek ingestel het, en die bevinding nie deur die aanklaer of die beskuldigde betwis word nie, kan die hof die aangeleentheid op bedoelde verslag beslis sonder om verdere getuïenis aan te hoor.

(4) Indien bedoelde bevinding nie eenparig is nie of, indien eenparig, deur die aanklaer of die beskuldigde betwis word, beslis die hof die aangeleentheid na die aanhoor van getuïenis, en die aanklaer en die beskuldigde kan te dien einde getuïenis aan die hof voorlê, met inbegrip van die getuïenis van 'n persoon wat ingevolge artikel 79 na die geestestoestand van die beskuldigde ondersoek ingestel het.

(5) Waar bedoelde bevinding betwis word, kan die party wat die bevinding betwis 'n persoon dagvaar en kruisvra wat ingevolge artikel 79 na die geestestoestand van die beskuldigde ondersoek ingestel het.

(6) Indien die hof bevind dat die beskuldigde die betrokke handeling verrig het en dat hy ten tyde van so 'n verrigting vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek nie vir daardie handeling strafregtelik toerekenbaar was nie, vind die hof die beskuldigde onskuldig vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek, na gelang van die geval, en gelas dat die beskuldigde in 'n hospitaal vir siel siekes of 'n gevangenis hangende die beskikking van die Staatspresident aangehou word.

(7) Indien die hof bevind dat die beskuldigde ten tyde van die verrigting van die betrokke handeling vir die handeling strafregtelik toerekenbaar was maar dat sy vermoë om die ongeoorlooftheid van die handeling te besef of om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree, vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek verminder was, kan die hof die feit van so 'n vermin-

<sup>22</sup>Verslag 10 101.

derde toerekenbaarheid in aanmerking neem wanneer die beskuldigde gevonniss word.

(8) (a) 'n Beskuldigde teen wie 'n bevinding ingevolge subartikel (6) gemaak word, kan teen so 'n bevinding appelleer indien die bevinding nie gemaak word ten gevolge van 'n bewering deur die beskuldigde ingevolge subartikel (2) nie.

(b) So 'n appèl word voortgesit op dieselfde wyse en onderworpe aan dieselfde voorwaardes as 'n appèl teen 'n skuldigbevinding deur die hof weens 'n misdryf.

(9) Waar 'n appèl teen 'n bevinding ingevolge subartikel (6) gehandhaaf word, stel die hof van appèl die bevinding en die lasgewing ingevolge daardie subartikel tersyde en ver wys die saak terug na die hof wat die bevinding gemaak het, waarop die betrokke verrigtinge op die gewone wyse voortgesit word.

## Bespreking van artikel 78

In hierdie artikel gaan dit uitsluitlik om die maatstaf vir ontoerekeningsvatbaarheid ten tyde van die daad en nie om die vraag of die beskuldigde in staat is om verhoor te word nie. Die bepaling van toerekeningsvatbaarheid al dan nie ten tyde van die daad kan slegs geskied indien die beskuldigde inderdaad verhoor word.

### (1) *Geskiedkundige agtergrond*

Die regsposisie betreffende ontoerekeningsvatbaarheid word tans nog gemeenregtelik gereël en is (kortliks saamgevat) soos volg: Iemand word as ontoerekeningsvatbaar geag indien dit blyk dat hy weens geesteskrankheid of -gebrek

(a) verhinder is om te weet wat die aard en kwaliteit van sy gedraging was, of dat dit ongeoorloof ("wrong") was; of

(b) dat hy gebuk gegaan het onder 'n onweerstaanbare drang ("impulse") wat hom verhinder het om sy gedraging te beheer.<sup>23</sup>

Die eerste van dié maatstawwe - waarvan die belangrikste element die sogenaamde "reg of verkeerd"-toets is - is ontleen aan die bekende *M'Naghten*-reëls van die Engelse reg,<sup>23a</sup> terwyl die tweede - die sogenaamde "onweerstaanbare drang"-toets, waardeur die *M'Naghten*-reëls ingrypend gekwalifiseer is - onder die invloed van die Amerikaanse en Duitse reg deur lord De Villiers in Suid-Afrika ingevoer is in *Q v Hay*<sup>24</sup> en later uitdruklik deur die appèlhof erken is.<sup>25</sup>

Die maatstawwe vir die bepaling van ontoerekeningsvatbaarheid was die hoofonderwerp van die ondersoek van die Rumpff-kommissie. In sy verslag het die kommissie die aandag op verskeie tekortkominge van die geldende maatstawwe gevestig, in die besonder wat die "onweerstaanbare drang"-toets betref.<sup>26</sup>

<sup>23</sup>Vgl Gardiner & Lansdown *South African criminal law and procedure* 6e uitg bd I (1957) 87 e v; De Wet & Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse strafreg* 2e uitg 102 e v; Burchell & Hunt *South African criminal law and procedure* bd I (1970) 197 e v.

<sup>23a</sup>Vgl Rumpff-verslag, hoofstuk III en in besonder par 3 18 3 25.

<sup>24</sup>(1899) 16 SC 290.

<sup>25</sup>Sien bv *R v Koortz* 1953 1 SA 371 (A).

<sup>26</sup>Sien veral par 9 89 - 9 93 van die Verslag.

Die voorgestelde maatstawwe vir ontoerekeningsvatbaarheid is gevolglik op aanbeveling van die kommissie nou vasgelê in artikel 78(1) van die ontwerp. Hierdie voorskrifte sal die ou gemeenregtelike reëling vervang.

(2) *Toerekeningsvatbaarheid as grondslag van strafregtelike aanspreeklikheid*

Toerekeningsvatbaarheid van die dader is 'n onontbeerlike vereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid ten aansien van enige misdaad,<sup>27</sup> hetsy skuld vereis word in die vorm van opset of van nalatigheid, hetsy geen skuld vir die besondere misdaad vereis word nie uit hoofde van die leer van absolute verbodinge. Voordat die vraag gestel kan word of die dader 'n besondere vorm van skuld gehad het - waar skuld wel vereis word - moet dit vasstaan dat hy toerekeningsvatbaar was ten tyde van die daad.<sup>28</sup> Die formulering van die toerekeningsvatbaarheidsvereiste vervat in subartikel (1) bevestig hierdie prinsipiële standpunt.<sup>29</sup> Dit is onsuiver om die toerekeningsvatbaarheidsvereiste oor die boeg te gooi van die vraag of die dader opset gehad het al dan nie.<sup>30</sup>

(3) *Vereistes vir ontoerekeningsvatbaarheid*

Die ontwerp hou twee onderskeibare vereistes in:

1 Eerstens sal moet vasstaan dat die beskuldigde ten tyde van die daad lydend was aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek. Soos hierbo gemeld is, word "geestesongesteldheid" en "geestesgebrek" nie in die ontwerp omskryf nie. Of sodanige geestesongesteldheid of -gebrek aanwesig was al dan nie, is derhalwe uitsluitlik 'n kwessie van geneeskundig-psigiatryse getuienis, soos ook uitdruklik in die onderhawige artikel aangedui word. Dit is vir 'n hof onmoontlik en ook gevaarlik om te probeer om 'n algemene simptoom te soek waaraan 'n geestesongesteldheid herken kan word.<sup>31</sup>

Gebruikmaking in die ontwerp van die woord "geestesgebrek" naas "geestesongesteldheid" is van betekenis. Dit bevestig blykbaar die wye betekenis wat ons howe in die verlede geheg het aan die begrip geestesongesteldheid ("disease of mind") wat aan die *M'Naghten*-reëls ontleen is.<sup>32</sup> Hiervolgens het geestesongesteldheid ook geestesgebrek ingesluit. Ingevolge artikel 78(6) moet die bevinding in die geval van strafregtelike ontoerekeningsvatbaarheid wees onskuldig vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek "na gelang van die geval". Laasgenoemde frase dui onomwonde daarop dat geestesgebrek as begrip vir die wetgewer onderskeibaar is van geestesongesteldheid.<sup>33</sup>

<sup>27</sup>*S v Mablinza* 1967 1 SA 408 (A) 414 - 415.

<sup>28</sup>Vgl De Wet & Swanepoel 99 e.v.; *S v Mablinza supra*; Rumpff-verslag 12 26.

<sup>29</sup>Vgl Burchell & Hunt 210.

<sup>30</sup>Vgl SA Strauss 1959 *THRHR* 209 e.v.; 1970 *SALJ* 479-480.

<sup>31</sup>*S v Mablinza supra* 417.

<sup>32</sup>Vgl Burchell & Hunt 198-200 212.

<sup>33</sup>Presies waar die grens tussen geestesongesteldheid en geestesgebrek lê, is egter nie duidelik uit die plaaslike regsliteratuur, kommissieverslae en wetstekste nie. In die aanbeveling van die Rumpff-kommissie betreffende ontoerekeningsvatbaarheid (9 97) word melding gemaak van "geesteskrankheid of geestesgebrek" sonder dat die twee begrippe afgebaken word. Die bedoeling was klaarblyklik nie om dié woorde as sino-



“Geestesongesteldheid” of “geestesgebrek” dui op ’n sieklike (patologiese) versteuring van die beskuldigde se geestesvermoëns<sup>34</sup> en nie op ’n blote tydelike verstandelike beneweling wat nie aan ’n geestesabnormaliteit toe te skryf is nie, of uitsluitlik te wyte is aan uitwendige prikkels soos gebruik van alkohol, of verdowings- of geneesmiddelle, of weens provokasie nie. Daar moet derhalwe aangetoon word dat die beskuldigde se toestand ’n erkende patologiese afwyking daarstel.<sup>35</sup> Die feit dat die beskuldigde se geestestoestand moontlik in ’n mate van die normale kon afgewyk het, is nog nie bewys van ’n siektetoestand nie.<sup>36</sup> “Ook intelligente mense dink en doen soms onnosele dinge, in die besonder wanneer emosies gaande gemaak word”, aldus hr Steyn in *S v Harris*.<sup>37</sup> Eweneens is dit onjuis om ’n neiging tot gewelddadigheid by die beskuldigde op sigself te vertolk as bewys van geestesongesteldheid.<sup>38</sup>

Dit is egter nie nodig om te bewys dat die oorsprong van die beskuldigde se geestesongesteldheid of -gebrek in sy gees lê nie; dit kan eweseer

---

niem te gebruik nie want elders (8 13 en vgl 8 15 8 16) verwys die kommissie spesifiek na geestesgebrekigheid as ’n afsonderlike verskynsel (wat veral by verminderde toerekeningsvatbaarheid van belang kan wees). In 9 13 verwys die kommissie na “’n gebrekkige verstandelike vermoë” wat disintegrasie van die kognitiewe funksie teweegbring. “Dit heet intellektuele vertraging of in die ergste graad swaksinnigheid”. As die klassifikasie van geestelik gekrenkte of gebrekkige persone ingevolge die Wet op Geestesgebreken 38 van 1916, art 3, enigsins as aanduiding kan dien, sou “geestelik gekrenkte persone” dui op persone wat aan die een of ander vorm van sielsiekte ly, terwyl “geestesgebrekkiges” sou insluit stomsinniges, swaksinniges en swakhoofdiges. ’n Klassifikasie met dié strekking is egter nie weer opgeneem in die nuwe Wet op Geestesgesondheid nie. Die Van Wyk-kommissie na die Wet op Geestesgebreken het bevind dat dié klassifikasie verouderd is en dat groter buigzaamheid wenslik is vir sover dit die sertifisering en klassifisering van geestesongesteldes betref. Die kommissie het derhalwe aanbeveel dat die uitdrukking “geestesongesteld” gebruik word en dat die omskrywing daarvan so omvattend gemaak word dat dit onder meer alle moontlike klasse “geestelik gekrenkte of gebrekkige persone”, dws alle vorme van geestesongesteldheid omvat. Ten einde enige moontlike misverstand te vermy, het die kommissie aanbeveel dat psigopate spesifiek hierby ingesluit word. Die definisie vervat in die Wet op Geestesgesondheid (art 1(iii)) lui bygevolg so: “‘geestesongesteldheid’ [beteken] ’n geestesverstoring of -gebrek, en ook ’n geestesiekte, ’n gestremde of onvoltooide geestesontwikkeling en ’n psigopadiese steuring”. Volgens hierdie omskrywing wil dit voorkom asof “geestesgebrek” een van die verskyningsvorme van geestesongesteldheid is. Klaarblyklik is die vraag of dit in ’n besondere geval gaan om geestesongesteldheid of geestesgebrek, ’n kwessie van deskundige psigiatriese getuienis.

<sup>34</sup>*S v Mahlinza supra* 418; Rumpff-verslag 9 4.

<sup>35</sup>Die amptelike verslag van die psigiatriese ondersoek van die beskuldigde ingevolge art 79 sal onder meer ’n diagnose van die geestestoestand van die beskuldigde moet bevat - art 79(4)(b). Soos De Wet & Swanepoel 106 tereg aandui, is dit ’n dwaalleer dat iemand nie as ontoerekeningsvatbaar geestesongesteld beskou kan word nie tensy hy ingevolge die Wet op Geestesgesondheid as geestesongesteld gesertifiseer kan word. Sertifisering as geestesongesteld ingevolge laasgenoemde wet en toerekeningsvatbaarheid in die strafreg is afsonderlike kwessies. Implisiet in die bewoording van art 78(1) van die ontwerp is dat daar vorme van geestesongesteldheid of -gebrek is wat nie ontoerekeningsvatbaarheid ten gevolge het nie. Die feit dat iemand ingevolge die Wet op Geestesgesondheid as geestesongesteld gesertifiseer kan word, is hoogstens ’n faktor vir die bewys dat hy moontlik ook ontoerekeningsvatbaar is. Dit is egter geen afdoende bewys nie - De Wet & Swanepoel *ibid.* Vgl Rumpff-verslag 10 10.

<sup>36</sup>*S v Harris* 1965 2 SA 340 (A) 360.

<sup>37</sup>*supra* 358 (vertaling).

<sup>38</sup>Vgl CJR Dugard 1967 *SALJ* 134.



van organiese oorsprong wees, soos verkalking van sy are.<sup>39</sup> So ook kan hipoglukemie (tekort aan bloedsuiker)<sup>40</sup> of 'n traumatiese hoofbesering tot geestesongesteldheid aanleiding gee. Blote breinskudding daarenteen, waardeur die bloedtoevoer na die brein tydelik onderbreek en 'n verstandelike beneweling veroorsaak word, kom egter nog nie op geestesongesteldheid neer nie;<sup>41</sup> so 'n toestand kan wel outomatisme daarstel wat daarop neerkom dat die beskuldigde regtens nie gehandel het nie.<sup>42</sup>

Daar hoef voorts nie bewys te word nie dat die geestesongesteldheid van 'n permanente aard is<sup>43</sup> of dat dit ongeneeslik is.<sup>44</sup> Die leer van gedeeltelike of beperkte geestesongesteldheid waarvolgens een "gedeelte" van 'n mens se gees normaal sou wees en die oorblywende "gedeelte" abnormaal<sup>45</sup> geniet vandag geen aanhang meer nie.<sup>46</sup>

Die beskuldigde se ongesteldheid moes bestaan het ten tyde van die daad. Iemand wat aan geestesongesteldheid ly en tydens 'n *lucidum intervallum* 'n wederregtelike daad pleeg, kan wel bevind word toerekeningsvatbaar te gewees het ten tyde van die daad. Dit is die geval selfs al het 'n hof reeds by 'n vorige geleentheid bevind dat die persoon geestesongesteld was.<sup>47</sup>

Ofskoon, soos gesê, blote verstandelike beneweling weens gebruik van alkohol nie op geestesongesteldheid neerkom nie, kan alkoholgebruik, veral van langdurige aard, 'n toestand veroorsaak wat duidelik diagnoseerbaar is as geestesongesteldheid, byvoorbeeld *delirium tremens*.<sup>48</sup> Dieselfde geld ten opsigte van verdowings- of geneesmiddele.

'n Psigopatiese sturing op sigself kom nie neer op 'n geestesongesteldheid of -gebrek wat ontoerekeningsvatbaarheid daarstel nie.<sup>49</sup> 'n Psigopatiese persoonlikheid kan omskryf word as die tipe persoon by wie 'n emosionele onrypheid en onstabiliteit bestaan wat reeds vanaf 'n vroeë ouderdom tot uiting kom in onvermoë om by aanvaarde morele en maatskaplike norme aan te pas.<sup>50</sup> Psigopatie kan nietemin in gepaste omstandighede as straf-

<sup>39</sup>Vgl die Engelse beslissing in *R v Kemp* 1957 1 QB 339; 1956 3 All ER 249.

<sup>40</sup>Vgl *S v Bezuidenhout* 1964 2 SA 651 (A).

<sup>41</sup>Vgl die betoog in *R v Kemp supra* 253F.

<sup>42</sup>Sien verder *infra*.

<sup>43</sup>*S v Mahlinza supra* 417.

<sup>44</sup>*R v Kemp supra* 253

<sup>45</sup>Vgl *R v Kruger* 1958 2 SA 320 (T).

<sup>46</sup>Vgl Rumpf-verslag 5 15; Burchell & Hunt 199.

<sup>47</sup>*S v Steyn* 1963 1 SA 797 (W).

<sup>48</sup>Vgl *R v Bourke* 1916 TPD 303 307; *R v Holliday* 1924 AD 250.

<sup>49</sup>Vgl *R v Kennedy* 1951 4 SA 431 (A); *R v Von Zell* 1953 3 SA 303 (A); *R v Roberts* 1957 4 SA 265 (A). Wel geld 'n psigopatiese sturing as geestesongesteldheid vir die doeleindes van die Wet op Geestesgesondheid. Sien art 1(iii) van die wet.

<sup>50</sup>Vgl *R v Kennedy supra* 434; *S v Nell* 1968 2 SA 576 (A) 579; Rumpf-verslag 8 18 e v; J P Roux 1973 *Misdaad, straf en hervorming* bd 2 nr 2 33. Soos Roux daarop wys, bestaan daar 'n verskeidenheid opvattings oor hoe 'n psigopatiese persoonlikheid omskryf moet word. Hy behandel dan 'n aantal kenmerke van die psigopaat. In die Wet op Geestesgesondheid, art 1(xxvi) word "psigopatiese-sturing" soos volg omskryf: "'n aanhoudende geestesverstoring of -gebrek (ongeaag of subnormale intelligensie aanwesig is of nie) wat by die pasiënt bestaan het vanaf 'n ouderdom voor dié van agtien jaar en wat abnormale aggressiewe of ernstige onverantwoordelike gedrag aan die kant van die pasiënt tot gevolg het."

versagtingsgrond geld.<sup>51</sup> Die gewone beginsels betreffende strafversagting geld hier<sup>52</sup> en bowendien maak subartikel (7) uitdruklik voorsiening vir strafversagting. Daar moet egter op gewys word dat in etlike gevalle waar psigopate aan moord skuldig bevind is, die howe geweier het om psigopatie as strafversagtingsgrond te aanvaar.<sup>53</sup>

Soos reeds hierbo te kenne gegee, is daar geestestoestande wat nie op 'n geestesongesteldheid of -gebrek ingevolge die onderhawige artikel neerkom nie, dog nietemin 'n volkome verweer daarstel. So 'n toestand is die sogenaamde "gesonde" outomatisme of onwillekeurige gedraging. Soms word in hierdie verband ook van "blackout" of amnesie (geheueverlies) gepraat.<sup>54</sup> Dit staan egter vas dat blote onvermoë om te onthou wat gebeur het, geen verweer daarstel nie.<sup>55</sup> Wel kan 'n nie-patologiese toestand soos skok, breinskudding of onbewuste inname van 'n kalmeermiddel aanleiding gee tot 'n onwillekeurige gedraging met daarmee gepaardgaande geheueverlies.<sup>56</sup> In so 'n geval word die gedraging wat die beskuldigde verrig het strafregtelik nie as handeling behandel nie en moet hy onskuldig bevind word, hoe ernstig die gevolge van sy gedraging ook al was.<sup>57</sup> Hy word nie 'n presidentspasiënt nie<sup>58</sup> en kan op 'n aanklag van moord nie eens aan strafbare manslag of 'n ander mindere misdaad skuldig bevind word nie. Daarby rus geen bewyslas op hom nie.<sup>59</sup>

Die appèlhof het in *R v H*<sup>60</sup> gewaarsku dat verwere soos outomatisme en amnesie met versigtigheid benader moet word. Al word hulle deur geneeskundige getuienis gerugsteun, is hulle verdag want sodanige getuienis moet uit die aard van die saak dikwels van die veronderstelling uitgaan dat die beskuldigde se relaas die waarheid is.<sup>61</sup> In *S v Trickett*<sup>62</sup> is beslis dat ten einde 'n verweer van "gesonde" outomatisme te opper daar getuienis moet wees wat sterk genoeg is om twyfel te laat ontstaan oor die vrywillige aard van die beweerde *actus reus*. Dit moet gerugsteun word deur geneeskundige of ander deskundige getuienis wat aantoon dat die onwillekeurige gedraging heel moontlik te wyte is aan oorsake anders as geestesongesteldheid of -gebrek. As daar aan die einde van die verhoor twyfel bestaan of die gedraging willekeurig was al dan nie, moet die beskuldigde die voordeel van die twyfel geniet. 'n Bevinding van outomatisme kan nie gegrond word op 'n

<sup>51</sup>Vgl *R v Roberts supra*. In *S v Webb* (2) 1971 2 SA 343 (T) is die feit dat die beskuldigde 'n psigo-paat was, tesame met ander faktore (dwelmmiddelverslawing en 'n ernstige emosionele konflik ten tyde van die daad) ter strafversagting in aanmerking geneem.

<sup>52</sup>Vgl Rumpff-verslag 8 46.

<sup>53</sup>Voorbeelde is *R v Von Zell* (2) 1953 4 SA 552 (A); *R v Roberts supra*; *S v Nell supra*. Vir kritiek op die *Roberts*-uitspraak sien S A Strauss 1971 *THRHR* 11.

<sup>54</sup>Vgl *R v Du Plessis* 1950 1 SA 297 (O) waarin die verweer met welslae opgewerp is.

<sup>55</sup>*S v Piccione* 1967 2 SA 334 (N); vgl *R v Johnson* 1970 2 SA 405 (R).

<sup>56</sup>Vgl *S v Trickett* 1973 3 SA 526 (T) 531.

<sup>57</sup>Vgl *R v Schoonwinkel* 1953 3 SA 136 (K); *R v Dhlamini* 1955 1 SA 120 (T); *R v Botha* 1959 1 SA 547 (O); *R v Ahmed* 1959 3 SA 776 (W); *S v Trickett supra*.

<sup>58</sup>Sien *infra*.

<sup>59</sup>Sien *infra*.

<sup>60</sup>1962 1 SA 197 (A) 208.

<sup>61</sup>Vgl Hiemstra 211; L Blackwell 1962 *SALJ* 16.

<sup>62</sup>1973 3 SA 526 (T) 537.

blote vermoede dat die beskuldigde onwillekeurig opgetree het nie.<sup>63</sup> Die beskuldigde moet as't ware die fondament vir sy verweer lê.<sup>64</sup>

Daar behoort noukeurig op ingegaan te word of dit 'n egte geval van "gesonde" outomatisme is, dan wel 'n openbaring van geestesongesteldheid. As die outomatisme aan geestesongesteldheid toe te skryf is - die sogenaamde "sieklige" outomatisme - sal die onderhawige artikel toepaslik wees en sal 'n spesiale bevinding van onskuldig vanweë geestesongesteldheid (of -gebrek) ingevolge subartikel (6) ingebring moet word.<sup>65</sup>

Vanselfsprekend is outomatisme veroorsaak deur vrywillige dronkenskap nie 'n verweer op 'n aanklag van dronkbestuur nie.<sup>66</sup> By 'n gevolgs-misdad soos strafbare manslag is outomatisme op die tydstip van werklike doodslag, weens vrywillige drankgebruik, eweneens nie 'n verweer nie. Die rede hiervoor is dat die beskuldigde, toe hy nog tot 'n willekeurige handeling in staat was en toerekeningsvatbaar was, hom op onbehoorlike wyse aan drankmisbruik skuldig gemaak het en hom daardeur in 'n toestand geplaas het wat op die pleging van die wandaad uitgeloop het.<sup>67</sup> Laasgenoemde is derhalwe 'n geval van antesedente of voorafgaande aanspreeklikheid, net soos outomatisme teweeggebring deur dagdromery, vaakheid, uiterste uitputting of die gebruik van 'n kalmeermiddel. Daarom kan 'n motorbestuurder wat weens uitputting in 'n staat van outomatisme geraak nogtans aan natelike bestuur skuldig bevind word.<sup>68</sup>

2 Tweedens sal moet vasstaan dat die geestesongesteldheid of -gebrek waaraan die beskuldigde ten tyde van die daad gely het 'n bepaalde uitwerking op hom gehad het. Dit moet naamlik tot gevolg gehad het dat hy nie oor die vermoë beskik het:

- (a) om die ongeoorloofdheid van sy handeling te besef nie; of
- (b) om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorloofdheid van sy handeling op te tree nie.

Hierdie maatstawwe is gegrond op die siening dat die strafreg vergeldend van aard is<sup>69</sup> en dat twee sielkundige faktore die mens verantwoordelik maak vir sy willekeurige dade, naamlik die vermoë wat hy het om te onderskei tussen wat reg en verkeerd is en die vrye wilshandeling waartoe hy in staat is.<sup>70</sup> Wat ook al die psigiatriese diagnose wat in 'n besondere geval gemaak word, sal die antwoord op een van hierdie maatstawwe bevestigend moet wees alvorens 'n bevinding van ontoerekeningsvatbaarheid gemaak kan word.

<sup>63</sup>*S v Ramagaga* 1965 4 SA 254 (O).

<sup>64</sup>CWH Schmidt 1973 *SALJ* 329.

<sup>65</sup>*R v Mokuwanazi* 1959 3 SA 782 (W) en sien *infra*.

<sup>66</sup>*S v Kelder* 1967 2 SA 644 (T).

<sup>67</sup>*S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A). *Johnson* is aan kritiek onderwerp. Sien EM Burchell 1969 *SALJ* 127. Ofskoon daar dogmatiese besware teen die uitspraak ingebring kan word, is die resultaat van die uitspraak nietemin klaarblyklik in ooreenstemming met heersende maatskaplike beskouinge oor die strafbaarheid van mense wat misdoen ten gevolge van dronkenskap.

<sup>68</sup>*S v Trickett supra*.

<sup>69</sup>Rumpff-verslag 1 22 e v.

<sup>70</sup>*Ibid* 9 30; 9 91.



Die maatstawwe sal in die alternatief geld. Selfs waar bevind sou word dat die beskuldigde ondanks sy geestesafwyking die ongeoorlooftheid van sy handeling besef het, sal hy vry uitgaan indien hy bewys lewer dat hy weens sy afwyking nie oor die vermoë beskik het om ooreenkomstig hierdie insig te handel nie.

*Maatstaf (a)* bevestig sekere elemente van die gemeenregtelike maatstaf wat aan die *M'Naghten*-reëls ontleen is, in die besonder die "reg of verkeerd"-toets.<sup>70a</sup> Die ontwerp maak egter geen uitdruklike melding van 'n kennis by die beskuldigde van die feitlike aard van sy handeling nie (die "aard en kwaliteit" van die handeling, in die terminologie van die *M'Naghten*-reëls). Dit is 'n leemte. Dit is naamlik moontlik dat iemand weens geestesongesteldheid of -gebrek hoegenaamd nie weet waarmee hy fisies doenig is nie. Dit sou byvoorbeeld die geval wees waar hy so geestesgebrekkelig is dat terwyl hy meen dat hy besig is om 'n kind liggaamlik te vertroetel, hy inderdaad besig is om hom om die lewe te bring. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie tipe situasie ook gedek sal word deur maatstaf (a) aangesien onvermoë om te besef waarmee hy besig is klaarblyklik die beskuldigde onvermoënd maak om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef.

'n Verdere leemte in die formulering van maatstaf (a) is dat dit nie aandui of "ongeoorlooftheid" op juridiese ongeoorlooftheid (wederregtelikheid) of blote etiese ongeoorlooftheid slaan nie.<sup>71</sup> Ooreenkomstig die beskouing dat wederregtelikheidsbewussyn by opsets misdade 'n vereiste is,<sup>72</sup> sou moontlik betoog kon word dat "ongeoorlooftheid" hier vertolk moet word as "wederregtelikheid".<sup>73</sup> By die bepaling van toerekeningsvatbaarheid gaan dit egter eerder om die dader se algemeen etiese verantwoordelikhedsbesef betreffende sy daad en nie soseer om die projeksie van sy gesindheid op spesifiek die wederregtelikheid van sy daad nie, wat as vereiste vir 'n bevinding van opset gestel word. Toerekeningsvatbaarheid en opset is nie kongruente begrippe in die strafreg nie. Toerekeningsvatbaarheid is, soos reeds gesê, 'n onontbeerlike vereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid en as sodanig die grondslag van skuld in enige van sy vorme. Bowendien: as "ongeoorlooftheid" in maatstaf (a) eng opgeneem sou word as "wederregtelikheid", sou hierdie maatstaf nie aangewend kon word nie waar die dader ondanks sy geestesongesteldheid bewus is dat sy gedraging wederregtelik is, maar juis vanweë sy geestesongesteldheid in die waan verkeer dat daar 'n morele of goddelike plig op hom rus om die

<sup>70a</sup>Opmerklik is dat terwyl die *M'Naghten*-reëls uitdruklik *werklike kennis* by die beskuldigde betreffende die ongeoorlooftheid van sy daad as toets stel (Rumpff-verslag 2 3, A II & III), in maatstaf (a) verwys word na die beskuldigde se *vermoë* om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef. Semanties is hier klaarblyklik 'n aansienlike verskil. Dit is egter duidelik dat ofskoon die Rumpff-kommissie in sy formulering die klem laat val het op die vermoë (of insig) van die beskuldigde om tussen reg en verkeerd te onderskei (sien bv Verslag 9 30 9 81), die kommissie hierdeur nie 'n ander praktiese toets wou voorstel as dié beliggzaam in die betrokke *M'Naghten*-reël nie (sien Verslag 9 81 (I) 9 9 9 93).

<sup>71</sup>Vgl MCJ Olmesdahl 1968 *SALJ* 276.

<sup>72</sup>De Wet & Swanepoel 135; Burchell & Hunt 135; DA Botha *Wederregtelikheidsbewussyn in die strafreg* (proefskrif Univ van Pretoria 1973) 305-306.

<sup>73</sup>Vgl Burchell & Hunt 204-205.



daad te pleeg.<sup>74</sup> Daarom word aan die hand gedoen dat “ongeoorlooftheid” hier uitgelê moet word as “hetsy regtens hetsy moreel ongeoorloof”.<sup>75</sup> Die punt is onbeslis vir sover dit ons regspraak<sup>76</sup> aangaan en buitelandse gewysdes huldig uiteenlopende standpunte.<sup>77</sup>

Burchell & Hunt<sup>78</sup> wys daarop dat die “reg-of-verkeerd”-maatstaf vanweë die gelding van die “onweerstaanbare drang”-maatstaf in Suid-Afrika in die verlede van weinig praktiese belang was. Maatstaf (b) wat nou beoog word ter vervanging van “onweerstaanbare drang” sal waarskynlik dieselfde uitwerking hê.

Gebruikmaking in die ontwerp in maatstaf (a) van die woord “besef” (“appreciation”) in teenstelling met die woord “kennis” (“knowledge”) wat aan die *M’Naghten*-reëls ontleen is en in die bestaande regsbedeling gebesig word, bevestig volgens Burchell & Hunt<sup>79</sup> die beskouing dat kennis van die ongeoorlooftheid van die daad by wyse van *dolus eventualis* nie voldoende is nie; daadwerklike kennis word vereis.

*Maatstaf (b)* beoog om die gemeenregtelike formulering van “onweerstaanbare drang” geheel en al te vervang. Die Rumpff-kommissie se bevinding was dat laasgenoemde toets in belangrike opsigte ontoereikend is. “Onweerstaanbare drang” is volgens die kommissie<sup>80</sup> ’n misleidende formule:

“Dit skep die indruk van ’n skielik-opvlammende konflik wat ’n impulsiewe drang veroorsaak wat onweerstaanbaar is. Dit is enersyds in stryd met sekere psigose waarby die drang nie skielik ontstaan nie maar die produk is van ’n geleidelike proses

<sup>74</sup>Sien die opmerking van die hof in *US v Freeman* 257 F 2d 606 (1966) aangehaal in die Rumpff-verslag 7 20. Vgl die deeglike ontleding deur R Petersen & C Steytler 1972 *Responsa Meridiana* 175. Waar die dader se geestestoestand ten tyde van die daad sodanig was dat hy die daad gesien het as “one of inexorable obligation or inescapable necessity” (die aangehaalde woorde is afkomstig uit *R v Stapleton* (1952) 8 CLR 358 375) al het hy gewet dit is regtens of moreel verkeerd, sou sy geval tuisgebring kon word onder maatstaf (b) wat hieronder in die teks behandel word.

<sup>75</sup>“Moreel ongeoorloof” beteken in hierdie verband “strydig met die gewone morele beskouinge van redelike mense”, soos te kenne gegee is in die Australiese beslissing, *R v Stapleton supra*. Petersen & Steytler 182 e.v. gaan mi te ver deur ’n volslae subjektiewe toets voor te staan, nl “whether as a result of mental illness the accused was incapable of knowing that his act was wrong according to his own conception of moral right and wrong”. Die beswaar teen hul opvatting is dat die maatstaf dan volkome arbitrêr sou word. Om as toerekeningsvatbaar behandel te word, moet die dader se beoordeling van die ongeoorlooftheid van sy handeling darem minstens ooreenstem met algemeen geldende beskouinge wat in die samelewing heers.

<sup>76</sup>Burchell & Hunt 202 n 69 gee te kenne dat daar in *S v Harris* 1965 2 SA 340 (A) 366 ’n aanknopingspunt kan wees vir die opvatting dat “wrongfulness” op wederregtelikheid dui, maar Petersen & Steytler 176 n 9 dui oortuigend aan dat so ’n afleiding onregverdigbaar sou wees.

<sup>77</sup>*R v Codere* (1916) 12 Cr App 21: “whether according to the ordinary standard adopted by reasonable men the act was right or wrong”. Vgl *R v Stapleton supra*. *R v Windle* (1952) 2 QB 826; (1952) 2 All ER 1 (CCA): “whether it is contrary to law”. Vgl *R v Holmes* (1953) 2 All ER 324 (CCA). Sien voorts die bespreking van Burchell & Hunt 202–205 en van Petersen & Steytler 175 e.v.

<sup>78</sup>204.

<sup>79</sup>205 212.

<sup>80</sup>Rumpff-verslag 9 90 e.v.

van disintegrasie en andersyds gee dit die skyn asof die psigopaat wat in 'n bui van woede 'n daad begaan sonder meer nie aanspreklik is nie."

Die kommissie was derhalwe van mening dat die formulering "onweerstandbare drang" (drif, of impuls) die verweer van ontoerekeningsvatbaarheid onnodig begrens. Volgens die kommissie moet die klem eerder val op die beskuldigde se weerstandskrag (selfbeheer). Hierdie gedagtes is op on dubbelsinnige wyse in maatstaf (b) in die ontwerp beliggaam.

Ten einde met die alternatiewe verweer in maatstaf (b) te slaag, sal die beskuldigde derhalwe nie hoef aan te toon dat sy daad die gevolg van 'n skielik-opwellende of -opvlammende, impulsiewe drang is nie. Dit is voldoende as hy bewys dat hy weens geestesongesteldheid of -gebrek ten tyde van die daad nie die vermoë gehad het om sy wil te beheer nie. Sodanige gebrek aan selfbeheer kan die gevolg wees van 'n geleidelike proses van persoonlikheidsdisintegrasie.

Daar dien op gewys te word dat aangesien maatstaf (b) wyer gestel is as die gemeenregtelike formulering, die omstandighede waarin "onweerstandbare drang" vroeër as verweer erken is, nog 'n verweer ingevolge maatstaf (b) daar sal stel. Uitsprake soos *R v Smit*,<sup>81</sup> *R v Westrich*<sup>82</sup> en *R v Koortz*<sup>83</sup> sal dus nog as presedente geld betreffende 'n bevinding van ontoerekeningsvatbaarheid. Uitsprake waarin die verweer van onweerstandbare drang verwerp is - soos *R v Smit*,<sup>84</sup> *R v Von Zell*<sup>85</sup> en *R v Roberts*<sup>86</sup> sal daarenteen in die toekoms met omsigtigheid gehanteer moet word in gevalle waar die beskuldigde hom op die verweer vervat in maatstaf (b) beroep. Selfs waar bevind is dat die beskuldigde wel in staat was om sy drang te beheer - soos in *Roberts* - bly dit 'n feit dat psigiatriese getuienis aan bande gelê is (en tans aan bande gelê word) deur die formulering van die maatstaf as "onweerstandbare drang".<sup>87</sup> By die ondervraging en kruisondervraging van deskundige getuies sal die houe in die toekoms dus moet toesien dat dit pertinent onder die aandag van getuies gebring word dat die nuwe formulering die belangrike praktiese implikasie inhoud dat die klem verskuif is na gebrek aan selfbeheer en nie meer op die impulsiewe aard van die daad val nie.

Wat psigopatiese steuring betref, moet die aandag daarop gevestig word dat ofskoon (soos gemeld) dié toestand op sigself nie op ontoerekeningsvatbaarheid neerkom nie, dit moontlik is dat 'n psigopaat ten tyde van die daad weens 'n emosionele storm in 'n staat van geestesongesteldheid verkeer het en nie in staat was om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorloofdeheid van sy handeling op te tree nie.<sup>88</sup> Getuienis van so 'n emosionele storm sal met omsigtigheid behandel moet word. Belangrik is getuienis betreffende die gebeure wat sou gelei het tot die storm, die beskuldigde se gedrag ten tyde van die daad en daarna, met inbegrip van sy getuienis oor sy

<sup>81</sup>1906 TS 783.

<sup>82</sup>1927 CPD 466.

<sup>83</sup>1953 1 SA 371 (A).

<sup>84</sup>1950 4 SA 165 (O).

<sup>85</sup>1953 3 SA 303 (A).

<sup>86</sup>1957 4 SA 265 (A).

<sup>87</sup>Vgl Rumpff-verslag 9 92.

<sup>88</sup>Vgl *R v Kennedy* 1951 4 SA 431 (A).

herinneringe aan wat gebeur het tydens die daad en daarna. By beoordeling van sodanige getuienis moet die hof in gedagte hou dat die beskuldigde opsetlik leuenagtige getuienis kon gegee het.<sup>89</sup>

Ten einde met maatstaf (b) as verweer te slaag, sal die beskuldigde slegs moet bewys dat hy ten tyde van die daad, in die besondere omstandighede van sy geval, nie oor die vermoë beskik het om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy daad op te tree nie. Die toets is subjektief. Dit sou derhalwe onjuis wees om die vraag te stel of die redelike man in dergelike omstandighede oor sodanige vermoë sou beskik. Eweneens sou dit geen sin hê nie om die hipotetiese vraag te stel of die beskuldigde wel ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid sou gehandel het indien 'n polisie-man op daardie tydstep by hom was.<sup>90</sup>

#### (4) *Getuienis*

Soos hierbo gemeld, sal ontoerekeningsvatbaarheid deur deskundige getuienis bewys moet word. Die hof durf nie bloot op grond van sy eie indrukke tot 'n bevinding geraak dat die beskuldigde ontoerekeningsvatbaar was nie. Die beoogde voorskrifte betreffende die geneeskundige of psigiatriese ondersoek van die beskuldigde, waar daar beweer word of dit vir die hof duidelik is dat hy vanweë geestesongesteldheid of -gebrek ontoerekeningsvatbaar is, is gebiedend. (Ingevolge die tans nog geldende artikel 27 van die Wet op Geestesgebreke is die hof slegs met 'n magtigende bevoegdheid bekleed.<sup>90a</sup>) Subartikel (2) bevat derhalwe 'n nuwe beginsel.<sup>91</sup> Die artikel lê voorts by implikasie die verpligting aan die hof op om - ten minste waar die bevindinge voortspruitende uit die ondersoek nie betwis word nie - die verslag te oorweeg.

Waar deskundige getuies botsende menings daarop nahou, moet die hof na die beste van sy vermoë 'n keuse tussen die onderskeie standpunte maak. Waar die getuienis aangevoer ten behoeve van die vervolging bots met dié aangevoer ten behoeve van die verdediging, is die hof vanselfsprekend daarop geregtig om in ag te neem dat die bewyslas om ontoerekeningsvatbaarheid te bewys, op die beskuldigde rus.<sup>92</sup> Let egter daarop dat die amptelike verslag van die ondersoek ingevolge artikel 79 streng gesproke nie getuienis ten behoeve van òf die vervolging òf die verdediging sal wees nie, en derhalwe deur die hof as onafhanklike bewysmateriaal behandel behoort te word.

Die hof is nie verplig om enige psigiatriese mening as afdoende bewys te aanvaar nie. Indien bevind word dat die getuienis omtrent feite waarop die psigiatriese mening (of menings) gegrond is, nie geloofwaardige getuienis is nie, is die hof volkome geregtig om te weier om 'n psigiatriese diagnose te

<sup>89</sup>Vgl *R v Kennedy supra*.

<sup>90</sup>Vgl Burchell & Hunt 207 n 101.

<sup>90a</sup>In *S v Mablinza* 1967 1 SA 408 (A) is egter beslis dat medies-psigiatriese getuienis "onontbeerlik" is in hierdie gevalle. Vgl *S v Loyens* 1974 1 SA 330 (K) waarin beslis is dat 'n kliniese sielkundige nie as 'n geneeskundige getuie beskou kan word vir die doeleindes van art 29(1) nie.

<sup>91</sup>Vgl Rumpff-verslag 10 66.

<sup>92</sup>Vgl *S v Harris* 1965 2 SA 340 (A).



aanvaar.<sup>93</sup> Die hof sal hom ook deur die oorweging laat lei dat ongeag die beweerde ontoerekeningsvatbaarheid ten tyde van die daad, die getuienis onomwonde daarop dui dat die beskuldigde klaarblyklik rasioneel opgetree het; dit is 'n sterk aanduiding dat die beskuldigde op dié tydstip goed geweet het wat hy doen.<sup>94</sup>

Psigiatriese getuienis is waardeloos tensy dit verband hou met die besondere feite van 'n saak. "Sonder skakeling met feite wat voor die hof gelê word, is psigiatriese en psigologiese opinie abstrakte teorie."<sup>95</sup>

#### (5) *Prosedure*

Die volgende punte is belangrik wat prosedure betref:

(a) Die ontwerp maak geen voorsiening vir 'n spesifieke pleit van ontoerekeningsvatbaarheid ten tyde van die daad nie. Indien ontoerekeningsvatbaarheid as verweer deur die beskuldigde geopper word, sal die gepaste pleit dié van onskuldig wees. Daar word egter aan die hand gedoen dat 'n pleit van skuldig - of selfs enige van die ander erkende pleite<sup>96</sup> - geensins die beskuldigde sal verhinder om ten tyde van sy verhoor die verweer van ontoerekeningsvatbaarheid op te werp nie. Trouens, uit subartikel (2) blyk duidelik dat die kwessie van moontlike ontoerekeningsvatbaarheid geopper sal kan word deur die vervolging sowel as deur die hof *suo motu*.

(b) Die Rumpff-kommissie<sup>97</sup> het aanbeveel dat wanneer 'n beskuldigde wat verdedig word by sy verhoor 'n verweer wil opwerp dat hy weens geesteskrankheid nie bekwaam is om verhoor te word nie of nie toerekeningsvatbaar is nie, hy van sy voorneme kennis moet gee nie later as wanneer hy gevra word om te pleit of op sodanige later tydstip as wat die hof mag goedkeur indien die beskuldigde goeie redes aanvoer of indien hy nie verdedig is nie. Ofskoon hierdie aanbeveling nie in die ontwerp opgeneem is nie, word daar aan die hand gedoen dat dit as 'n beginsel van gesonde praktyk toegepas behoort te word. Indien ontoerekeningsvatbaarheid eers in die loop van die verhoor ter sprake kom, mag dit vir die hof nodig wees om gepaste bevele betreffende uitstel, herroeping van getuienis en heropening van die staatsaak te maak.

(c) Indien die vervolging die kwessie van moontlike ontoerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde opeer, of die hof dit *suo motu* doen, behoort die hof eers beide partye die geleentheid te gee om hul sienswyses te stel alvorens dit 'n bevel ingevolge subartikel (2) maak.

(d) Waar die verrigtinge voortgesit word nadat die verslag ingevolge artikel 79 ontvang is en daardie verslag eenparig is, behoort die hof sowel die aanklaer as die beskuldigde die geleentheid te gee om te verklaar of die bevinding vervat in die verslag, aanvaar of betwis word.

<sup>93</sup>Sien *R v Kennedy supra*; *R v Von Zell* 1953 3 SA 303 (A) 311; *S v Harris* 1965 2 SA 340 (A) 365 en vgl Rumpff-verslag 4 40.

<sup>94</sup>*S v Harris supra*.

<sup>95</sup>Ar Rumpff in *S v Mngomezula* 1972 1 SA 797 (A) 799A; vgl *S v Du Preez* 1972 2 SA 519 (SWA).

<sup>96</sup>Sien art 106(1).

<sup>97</sup>12 33.



(e) Die kwessie van ontoerekeningsvatbaarheid is deel van die algemene geskilpunte in die saak, en anders as by die prosedure ingevolge artikel 77 sal hier nie 'n "verhoor binne 'n verhoor"<sup>98</sup> plaasvind nie. Aan die einde van die saak as geheel sal die hof tot 'n bevinding moet kom.<sup>99</sup>

(f) Subartikel (2) maak slegs voorsiening vir 'n enkele bevel betreffende ondersoek van die beskuldigde ooreenkomstig artikel 79. Die oorwegings gemeld in paragraaf (f) onder artikel 77 hierbo, geld egter eweseer hier.

#### (6) *Bewyslas*

Waar geestestoestand as verweer opgewerp word, is die posisie betreffende die bewyslas soos volg:

*Ontoerekeningsvatbaarheid* - Gemeenregtelik rus die bewyslas om 'n verweer van kranksinnigheid op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys op die beskuldigde.<sup>1</sup> Die ontwerp beoog nie om die gemene reg wat hierdie punt betref, te wysig nie. Die feit dat die kwessie van moontlike ontoerekeningsvatbaarheid ingevolge subartikel (1) ook deur die vervolging of deur die hof *suo motu* geopper sal kan word, raak nie die reël dat die bewyslas op die beskuldigde rus nie. Ingevolge die gemene reg kan dié aangeleentheid deur die vervolging of die hof geopper word. Al is die beskuldigde voorheen geestelik gekrenk verklaar, moet hy hom by 'n nuwe aanklag opnuut van die bewyslas kwyt.<sup>2</sup>

*Dronkenskap* - Waar daar bewys is dat die beskuldigde 'n aansienlike hoeveelheid sterk drank ingeneem het, is die bewyslas op die staat dat, ondanks sy toestand, hy in staat was om 'n besondere opset te vorm.<sup>3</sup>

*Outomatisme* - By outomatisme wat teweeggebring is deur 'n geestesongesteldheid of -gebrek soos epilepsie (die sogenaamde "sieklike" outomatisme) rus die bewyslas op die beskuldigde kragtens die algemene reël vir geestesverstoring. Die outomatisme kan egter 'n momentele verskynsel wees by 'n andersins geestelik normale persoon, soos iemand wat 'n bringeswel het of in 'n droom handel<sup>4</sup> - die sogenaamde "gesonde" outomatisme. Hier moet die staat bo redelike twyfel bewys dat die beskuldigde geweet het wat hy doen en met die nodige opset gehandel het.<sup>5</sup>

Soos Hiemstra<sup>6</sup> aantoon, het die appèlhof in *S v Van Zyl*<sup>7</sup> hierdie posisie ietwat vertroebel maar dit nie verander nie. Hiemstra<sup>8</sup> meen dat "die laaste woord oor die bewyslas by outomatisme nog nie gesprek is nie".

<sup>98</sup>Sien opmerking (e) onder art 77 hierbo.

<sup>99</sup>Sien verder die opmerking onder (7) *Bevinding* hieronder.

<sup>1</sup>Sien *R v Kaukakani* 1947 2 SA 807 (A); *R v Kennedy supra*; *S v Mablinza* 1967 1 SA 408 (A).

<sup>2</sup>*S v Steyn* 1963 1 SA 797 (W).

<sup>3</sup>Hiemstra 212 en gewysdes aangehaal.

<sup>4</sup>*Ibid.*

<sup>5</sup>*Ibid* en sien ook *S v Trickett* 1973 3 SA 526 (T) 530. *S v Piccione* 1967 2 SA 334 (N) is onbevredigend op hierdie punt.

<sup>6</sup>212.

<sup>7</sup>1964 2 SA 113 (A).

<sup>8</sup>212.

Die huidige posisie is in iedere geval, soos hierbo reeds aangedui, dat die beskuldigde nie kan volstaan met sy blote *ipse dixit* van outomatisme nie. Hy sal 'n mate van getuienis moet aanbied om die punt in geskil te bring.<sup>9</sup> Hiemstra<sup>10</sup> is van mening dat die bewyslas ook wat "gesonde" outomatisme betref, ondubbelsinnig op die beskuldigde behoort te rus.<sup>11</sup>

*Aard van bewyslas* - Waar die bewyslas op die beskuldigde rus, geld die gewone beginsel dat hy hom slegs op 'n oorwig van waarskynlikhede daarvan hoef te kwyt.<sup>12</sup>

### (7) *Bevinding*

Indien die hof sou bevind dat die beskuldigde ingevolge die artikel ontoerekeningsvatbaar was ten tye van die betrokke handeling, sal dit die volgende spesiale bevinding moet maak: "onskuldig vanweë geestesongesteldheid" (of geestesgebrek, na gelang van die geval). So 'n uitspraak sal egter sonder uitsondering gepaard moet gaan met 'n bevel dat die beskuldigde in 'n hospitaal vir sielsiekes of 'n gevangenis aangehou word hangende die beskikking van die Staatspresident.<sup>13</sup> Ten einde die spesiale bevinding te maak, sal dit - soos hierbo gemeld - nie nodig wees dat die hof hoef te bevind dat die geestesongesteldheid permanent is nie. Dieselfde geld vir die bevel wat ingevolge hierdie artikel die spesiale bevinding sal moet vergesel.<sup>14</sup>

Selfs al was die beskuldigde se geestesongesteldheid slegs tydelik sal hy dus nogtans tot presidentspasient verklaar moet word. Dit is ook die geval waar die beskuldigde onskuldig bevind word vanweë die sogenaamde "sieklieke" outomatisme.<sup>15</sup>

Subartikel (6) beoog om die nog geldende artikel 29 van die Wet op Geestesgebreken<sup>16</sup> te vervang. Die nuwe bewoording sal die misverstand wat vroeër oor die onwetenskaplike bevinding "skuldig maar kranksinnig" geheers het, finaal uitskakel.<sup>17</sup>

'n Uitspraak van "onskuldig vanweë geestesongesteldheid" (of geestesgebrek, na gelang van die geval) sal die uitwerking hê dat die betrokke persoon voortaan bekend sal staan as "presidentspasient".<sup>18</sup>

<sup>9</sup>Hiemstra 212.

<sup>10</sup>*Ibid.*

<sup>11</sup>Hiemstra gee die volgende redes: (i) omdat dit 'n feit is wat besonderlik binne sy kennis lê, en (ii) omdat iedereen veronderstel word normaal te wees. Vir bespreking van die bewyslas sien voorts EM Burchell 1958 *SALJ* 338 en 1964 *SALJ* 229; L Blackwell 1962 *SALJ* 135; CJR Dugard 1967 *SALJ* 136; P Oosthuizen 1972 *Scintilla Juris* 13; CWH Schmidt 1973 *SALJ* 329.

<sup>12</sup>*R v Koortz* 1953 1 SA 371 (A) 380; *S v Mablinza supra* 419.

<sup>13</sup>Subartikel (6). Sien ook die opmerking gemaak onder die bespreking van art 77 hierbo par 3(f)(i).

<sup>14</sup>*S v Mablinza supra* 417D-E.

<sup>15</sup>CJR Dugard 1967 *SALJ* 131 is van mening dat die reg so gewysig behoort te word dat in laasgenoemde gevalle die beskuldigde nie noodwendig tot presidentspasient verklaar word nie. Vgl AV Bird 1970 *De Rebus Procuratoriis* 257 260 ivm epileptiese outomatisme.

<sup>16</sup>Wet 38 van 1916.

<sup>17</sup>Vgl Rumpff-verslag 10 36; 10 38; De Wet & Swanepoel 105.

<sup>18</sup>Sien hieromtrent die opmerkings onder art 77 hierbo.

'n Bevinding dat die beskuldigde onskuldig is omdat hy regtens nie gehandel het nie vanweë outomatisme wat nie teweeggebring is deur 'n geestesongesteldheid of -gebrek nie, kan vanselfsprekend nie vergesel word van die spesiale bevinding ingevolge subartikel (6) nie. As die outomatisme daarenteen veroorsaak is deur geestesongesteldheid - byvoorbeeld epilepsie - is die spesiale bevinding verpligtend.<sup>19</sup> Terwyl 'n ernstige traumatiese hoofbesering geestesongesteldheid kan teweegbring, kom 'n blote breinskudding van mindere aard wat tot outomatisme lei daarenteen, soos gemeld, nie op geestesongesteldheid neer nie.<sup>20</sup>

#### (8) *Appèl*

Die huidige regsposisie is dat 'n bevinding van onskuldig vanweë ontoerekeningsvatbaarheid nie 'n appelleerbare uitspraak is nie.<sup>21</sup> Ingevolge subartikel (8)(a) sal die verbod op appèl voortaan slegs geld waar die beskuldigde die verweer van ontoerekeningsvatbaarheid geopper het. As ontoerekeningsvatbaarheid deur die vervolging of deur die hof *suo motu* geopper word, en 'n onskuldigbevinding volg, sal die beskuldigde nogtans kan appelleer.<sup>22</sup>

#### (9) *Verminderde toerekeningsvatbaarheid*

In subartikel (7) bevestig die ontwerp *ex abundanti cautela* die gemeenregtelike beginsel dat geestesverstoring wat nie van so 'n ernstige graad is dat dit tot 'n bevinding van (algehele) ontoerekeningsvatbaarheid lei nie, nogtans verminderde toerekeningsvatbaarheid<sup>23</sup> tot gevolg kan hê wat as strafversagtingsgrond kan geld.<sup>24</sup> In die Rumpff-verslag<sup>25</sup> is die standpunt onderskryf dat "indien dit bewys kan word dat 'n aangeklaagde se insig of weerstandskrag deur geesteskrankheid verswak is, hy met ander mate gemeet behoort te word as die volkome normale persoon".

Dié subartikel sal aanwending kan vind by persone met breinbeskading maar veral ten opsigte van drie klasse mense, te wete geestesgebrekiges, epileptici en psigopate.<sup>26</sup>

<sup>19</sup>Vgl SA Strauss 1959 *THRHR* 208; *R v Kumalo* 1956 3 SA 328 (N); *R v Mokwanazi* 1959 3 SA 782 (W); *R v Ngema en Cele* 1960 1 SA 137 (A). *R v Schoonwinkel* 1953 3 SA 136 (K) en *R v Mkeize* 1959 2 SA 200 (N) is onjuis beslis op hierdie punt.

<sup>20</sup>Die posisie in Rhodesië is verskillend aangesien die vergelykbare Rhodesiese wetgewing melding maak ook van "disability of mind" - *S v Senekal* 1969 4 SA 478 (RAD) 490H; *S v Mawonani* 1970 3 SA 448 (RAD) 453B. Blote "disability of mind" kom egter nie neer op "geestesongesteldheid of -gebrek" soos deur die ontwerp vereis word nie.

<sup>21</sup>Sien *R v Ngema en Cele* 1960 1 SA 137 (A).

<sup>22</sup>Vir die ratio van die uitsondering, sien Rumpff-verslag 10 95 tot 10 101.

<sup>23</sup>Vir kritiek op die begrip verminderde toerekeningsvatbaarheid, in die besonder vir sover dit psigopate aangaan, sien A Kruger 281. Hierdie skrywer is van mening (289) dat die sindrome wat in die spraakgebruik onder die begrip "psigopatie" saamgevat word - net soos "psigose" of "neurose" - nie *eo ipse* 'n kousale verband met misdadige gedrag vertoon nie, en dat mense wie se toestand as sodanig gediagnoseer is, geensins strafversagting verdien nie. Vir die teenoorgestelde beskouing sien J P Roux *Misdaad straf en hervorming* bd 2 nr 2 33 (Julie 1973).

<sup>24</sup>Sien hierbo en vgl Rumpff-verslag hoofstuk 8.

<sup>25</sup>8 2.

<sup>26</sup>Rumpff-verslag 8 13 e v.

## V PANEEL VIR DOELEINDES VAN ONDERSOEK EN VERSLAG INGEVOLGE A 77 EN 78

Artikel 79 lui soos volg:

- (1) Waar 'n hof 'n lasgewing ingevolge artikel 77 (1) of 78 (2) uitreik, word die betrokke ondersoek ingestel en oor verslag gedoen—
  - (a) waar die beskuldigde aangekla word weens 'n misdryf waarvoor die doodstraf nie opgelê kan word nie, deur die geneeskundige superintendent van 'n hospitaal vir sielsiekies deur die hof aangewys, of deur 'n psigiater deur bedoelde geneeskundige superintendent op versoek van die hof aangestel; of
  - (b) waar die beskuldigde aangekla word weens 'n misdryf waarvoor die doodstraf opgelê kan word—
    - (i) deur die geneeskundige superintendent van 'n hospitaal vir sielsiekies deur die hof aangewys, of deur 'n psigiater deur bedoelde geneeskundige superintendent op versoek van die hof aangestel;
    - (ii) deur 'n psigiater deur die hof aangestel en wat nie in die heeltydse diens van die Staat is nie; en
    - (iii) deur 'n psigiater deur die beskuldigde aangestel indien hy dit verlang.
- (2) Die hof kan vir die doeleindes van die betrokke ondersoek die beskuldigde na 'n hospitaal vir sielsiekies of 'n ander deur die hof aangewese plek verwys, vir die tydperke wat nie dertig dae op 'n keer te bowe gaan nie wat die hof van tyd tot tyd bepaal, en waar die beskuldigde in bewaring is wanneer hy aldus verwys word, word hy, terwyl hy aldus verwys is, geag in die wettige bewaring te wees van die persoon of gesag in wie se bewaring hy ten tyde van bedoelde verwysing was.
- (3) Die betrokke verslag moet skriftelik wees en word in drievoud voorgelê aan die griffier of, na gelang van die geval, die klerk van die betrokke hof, wat 'n afskrif daarvan aan die aanklaer en die beskuldigde beskikbaar stel.
- (4) Die verslag moet—
  - (a) 'n beskrywing van die aard van die ondersoek bevat; en
  - (b) 'n diagnose van die geestestoestand van die beskuldigde bevat; en
  - (c) indien die ondersoek ingevolge artikel 77 (1) is, 'n bevinding bevat of die beskuldigde oor die vermoë beskik om die betrokke verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer; of
  - (d) indien die ondersoek ingevolge artikel 78 (2) is, 'n bevinding bevat van die mate waarin die vermoë van die beskuldigde om die ongeoorlooftheid van die betrokke handeling te besef of om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van daardie handeling op te tree, ten tyde van die verrigting daarvan deur geestesongesteldheid of geestesgebrek aangetas was.
- (5) Indien die persone wat die betrokke ondersoek instel, nie eenparig in hul bevinding ingevolge paragraaf (c) of (d) van subartikel (4) is nie, word daardie feit in die verslag genoem en gee elkeen van bedoelde persone sy bevinding oor die betrokke aangeleentheid.
- (6) Behoudens die bepalinge van subartikel (7), is die inhoud van die verslag by strafregtelike verrigtinge as getuienis toelaatbaar.
- (7) 'n Verklaring wat deur 'n beskuldigde by die betrokke ondersoek gedoen word, is nie by strafregtelike verrigtinge as getuienis teen die beskuldigde toelaatbaar nie, behalwe in die mate waarin dit relevant is by die bepaling van die geestestoestand van die beskuldigde, in welke geval so 'n verklaring toelaatbaar is nieteenstaande dat dit andersins ontoelaatbaar is.
- (8) 'n Psigiater wat kragtens subartikel (1) aangestel is, behalwe 'n psigiater deur 'n beskuldigde aangestel, word, behoudens die bepalinge van subartikel (10), aangestel uit die in subartikel (9) bedoelde lys van psigiaters.
- (9) Die Sekretaris van Gesondheid moet 'n lys opstel en hou van psigiaters wat be-reid is om 'n ondersoek ingevolge hierdie artikel in te stel, en moet die griffiers van



die verskeie afdelings van die hooggeregshof en alle klerke van landdroshowe van 'n afskrif daarvan voorsien.

(10) Waar die lys wat ingevolge subartikel (9) opgestel en gehou word, nie 'n voldoende getal psigiaters bevat wat gerieflikerwys vir 'n ondersoek ingevolge hierdie artikel aangestel kan word nie, kan 'n psigiater vir doeleindes van so 'n ondersoek aangestel word nieteenstaande dat sy naam nie op bedoelde lys verskyn nie.

(11) (a) 'n Psigiater wat ingevolge subartikel (1) deur of op versoek van die hof aangewys of aangestel is om na die geestestoestand van 'n beskuldigde ondersoek in te stel en wat nie in die heeltydse diens van die Staat is nie, word vir sy dienste in verband met die ondersoek uit staatsgelde vergoed ooreenkomstig 'n tarief deur die Minister in oorleg met die Minister van Finansies bepaal.

(b) 'n Psigiater wat ingevolge subartikel (1)(b) deur 'n beskuldigde aangestel is om na die geestestoestand van die beskuldigde ondersoek in te stel en wat nie in die heeltydse diens van die Staat is nie, word uit staatsgelde vir sy dienste vergoed in die omstandighede en ooreenkomstig 'n tarief deur die Minister in oorleg met die Minister van Finansies bepaal.

(12) By die toepassing van hierdie artikel beteken 'n psigiater iemand wat as 'n psigiater kragtens die Wet op Geneeshere, Tandartse en Aptekeers, 1928 (Wet No 13 van 1928), geregistreer is.

## Bespreking van artikel 79

Die vereistes wat in subartikel (1) gestel word vir die ondersoek van die beskuldigde is strenger in die geval waar 'n halsmisdad hom ten laste gelê word as by ander misdade. By laasgenoemde misdade kan slegs 'n enkele psigiater die ondersoek uitvoer. By halsmisdade daarenteen word minstens twee psigiaters vereis en indien die beskuldigde dit vereis, 'n derde psigiater. Slegs psigiaters wat as sodanig geregistreer is kragtens die Wet op Geneeshere, Tandartse en Aptekeers<sup>27</sup> kwalifiseer as psigiaters vir die doeleindes van hierdie artikel. 'n Kliniese sielkundige, selfs al is hy as sodanig geregistreer by die Geneeskundige en Tandheelkundige Raad, is nie 'n psigiater nie.<sup>28</sup>

Die hof behoort toe te sien dat streng voldoen word aan hierdie vereistes, benewens die ander vereistes wat in die artikel gestel word.

Die gewone beginsels betreffende geregtelike bewys van verslae oor ondersoeke is dat die betrokke verslag by die verhoor ingedien moet word deur die opsteller daarvan nadat hy as getuie ingesweer is. Die ontwerp beoog egter klaarblyklik dat die onderhawige verslag bloot deur middel van indiening daarvan by die griffier (of klerk van die hof, in die geval van laerhowe) aan die hof voorgelê kan word.<sup>29</sup> Sodanige indiening van die verslag sal bewys van die inhoud daarstel, tensy een van die partye dit betwis, of die hof *suo motu* verdere getuienis wil aanhoor.<sup>30</sup>

Verklarings gedoen deur die beskuldigde by die ondersoek sal beskerm wees teen blootlegging as getuienis by strafregtelike verrigtinge, behalwe in

<sup>27</sup>Wet 13 van 1928.

<sup>28</sup>Vgl *S v Loyens* 1974 1 SA 330 (K).

<sup>29</sup>Sien subartikel (3) en (6) gelees met art 77(2)(3)(4) en 78(3)(4)(5).

<sup>30</sup>'n Skriftelike verklaring sou in ieder geval met nakoming van die vereistes vervat in artikel 213 van die ontwerp as getuienis toelaatbaar wees.

die enkele uitsonderingsgeval genoem in subartikel (7), naamlik vir sover dit relevant is by bepaling van sy geestestoestand.<sup>31</sup> As getuienis oor 'n verklaring wat die beskuldigde gedoen het, aangebied sou word nie met hierdie oogmerk nie, maar om te bewys dat die beskuldigde se verklaring aan 'n psigiater strydig was met 'n bekentenis wat hy (die beskuldigde) voor 'n landdros afgelê het, sal dié getuienis ontoelaatbaar wees.<sup>32</sup> □

*"Old Joshua Butterworth used to say he's found evidence that Shakespeare worked for the firm as a printer's apprentice.*

*"And he may have been right. The link with Butterworths is a bit tenuous but to give Joshua his due, the traditions of law publishing on Butterworth's first site do start way back in the 16th century.*

*"It really began with Richard Tottell, who published the first complete folio edition of Shakespeare, from a book shop-cum-law-printer-and-publisher next door to Middle Temple Gate . . .*

*"The Bard's name was still being usefully bandied about a couple of centuries later. One of the more popular anecdotes you'll pick up at Butterworths is of Sir Roland Burrows who, during his editorship of the second edition of Halsbury's Laws of England, was asked by an angry judge to explain the presence of three witches in the first sentence of a contributor's draft.*

*"As the editor said, the greatest masterpiece in the English language opens with three witches . . ."*

IPC News February 1973

<sup>31</sup>Vgl *S v Webb* (1) 1971 2 SA 340 (T).

<sup>32</sup>*S v Forbes* 1970 2 SA 594 (K).

# The Third Law of the Sea Conference: A final summation\*

GN Barrie\*\*

*Rand Afrikaans University*

## INTRODUCTION

The United Nations General Assembly has convened a new Conference on the Law of the Sea in Caracas this summer. The conference will have before it the results of the work of the 91-member UN Seabeds Committee which has been carrying on preparations for the conference since 1970. The committee's reports include draft texts, usually in the form of alternatives, notably with respect to the question of the legal regime for the deep seabeds and the prevention of ocean pollution; proposals made by a large number of states on one or more issues; and a comprehensive list of subjects and issues. To these should be added a number of studies prepared by the UN Secretariat at the committee's request. The conference must likewise take into account the four conventions adopted by the 1958 Conference on the Law of the Sea on the basis of texts prepared by the International Law Commission; relevant decisions of the International Court of Justice; the Declaration of Principles regarding the deep seabed adopted by the UN General Assembly in 1970; and a vast array of official statements and scholarly writings regarding the nature and content of the existing law of the sea.

The issues involved in the law of the sea negotiations can be analyzed with reference to the Seabeds Committee's allocation of topics to its three subcommittees. Subcommittee I was concerned with an international regime and an international organization for the seabed beyond the limits of national jurisdiction; it established one working group to deal with these issues. Subcommittee II had the broadest mandate of all; it was concerned with most of the traditional law of the sea issues, including the territorial sea, straits, the high seas and fisheries, as well as the seabed within national jurisdiction; it established one working group of the whole. Subcommittee

---

\*This article follows on "The Third Law of the Sea Conference: a preview of some of the issues" 36 (1973) *THRHR* 23-45. The author wishes to thank all those members of the UN Seabeds Committee, too numerous to mention, who have kept him in touch with the latest developments and trends in that committee. He also wishes to acknowledge use of various sources referred to by John R Stevenson and Bernard H Oxman in their article in 68 (1974) *AJIL* 1-32. Many of these references were not available in South Africa at the time of the writing of this article.

\*\*South African Representative at UN Seabeds Committee, Geneva, 1972. Opinions expressed are solely those of the author.

III was concerned with pollution and scientific research; it established one working group on pollution and one on scientific research and transfer of technology.

### SUBCOMMITTEE I: THE SEABED BEYOND NATIONAL JURISDICTION

Draft articles bearing on the work of subcommittee I, and narrative working papers, were introduced by the United States, the United Kingdom, France, Tanzania, the Soviet Union, Poland, certain Latin American states, certain landlocked and shelf-locked countries, Canada and Italy. The comprehensive approach of Malta to an ocean space treaty also bears on this. In addition, proposals relating to archeological and historical treasures found on the seabed were introduced by Turkey and Greece.

In the working group of subcommittee I, the first such group to be established, the focus has been on the preparation of a comprehensive and consolidated set of texts illustrating areas of agreement and disagreement on the status, scope, and basic provisions of the international regime, and the status and scope, functions, and powers of the international machinery. This document contains 52 articles and certain additional texts. Disagreements are indicated therein either by the use of square brackets or by alternative texts under each article.

The most critical problems involved concern three interrelated issues. These are the nature of the resource exploration and exploitation system, the functions and powers of the international organization, referred to in the working group texts as the Authority, and the nature of the decisionmaking process. In large measure, the alternative texts included on a variety of articles reflect the different positions of states on these issues.

The alternative approaches to the resource exploration and exploitation system are set out in article 9, under the title "Who may exploit the area" and are as follows:

#### *Alternative A*

All exploration and exploitation activities in the area shall be conducted by a contracting party or a group of contracting parties or natural or juridical persons under its or their authority or sponsorship, subject to regulation by the Authority and in accordance with the rules regarding exploration and exploitation set out in these articles.

#### *Alternative B*

All activities of scientific research and exploration of the area and exploitation of its resources and other related activities shall be conducted by the Authority directly or, if the Authority so determines, through service contracts or in association with persons natural or juridical.

#### *Alternative C*

All exploration and exploitation activities in the area shall be conducted by the Authority either directly or in such other manner as it



may from time to time determine. If it considers it appropriate and subject to such terms and conditions as it may determine, the Authority may decide to grant licenses for such activities to a contracting party or group of contracting parties or through them to natural or juridical persons under its or their authority or sponsorship, including multinational corporations or associations.

At the discretion of the Authority, licenses may also be issued for this purpose to international organizations active in the field.

#### *Alternative D*

All exploration and exploitation activities in the area shall be conducted by a contracting party or group of contracting parties or natural or juridical persons under its or their authority or sponsorship, subject to regulation by the Authority and in accordance with the rules regarding exploration and exploitation set out in these articles. The Authority may decide, within the limits of its financial and technological resources, to conduct such activities.

Although several philosophical differences underlie these approaches, certain key issues are reflected in all of them. Will the Authority deal only with states, or with private investors directly, or both? Will the system ensure reasonable and secure investment conditions and permit adequate planning and predictability for a sufficient period of time? Will potential consumers be assured of supply at reasonable cost? How can the desires of developing countries to share the benefits and have an opportunity for participation be accommodated?

### **SUBCOMMITTEE II: COASTAL STATE JURISDICTION**

While the international area beyond coastal state jurisdiction has received more attention than any other area, the heart of the negotiations, in terms of achieving a generally acceptable agreement, is the extent and nature of coastal state jurisdiction in the coastal area. This has been the subject matter with which subcommittee II has been principally concerned, although it also involves the most controversial aspects of subcommittee III's work. The discussion in the subcommittee and its working group and negotiations have indicated broad lines of a compromise between coastal, maritime, and international interests in the coastal area which must clearly form the basic ingredients of a generally acceptable law of the sea. The key elements are a 12-mile territorial sea accompanied, on the one hand, by international guarantees of transit through and over international straits up to 24 miles in width overlapped by the 12-mile territorial sea, and, on the other hand, by broad coastal state resource management jurisdiction beyond the 12-mile territorial sea that does not result in interference with navigation and other non-resource uses.

#### **Territorial sea and straits**

There is perhaps broader agreement on the inclusion of a 12-mile maximum limit for the territorial sea in a final treaty than on any other issue.

However, for many states this is conditional upon satisfactory resolution of other issues in the treaty, particularly those concerning straits and coastal resources. Among those proposals that do not contemplate a 12-mile limit, only the articles submitted by Brazil would establish a full territorial sea with control over navigation and overflight out to 200 nautical miles. The similar proposals of Uruguay in fact limit general control over navigation and overflight to 12 nautical miles; the 200-mile zone of sovereignty and jurisdiction in the proposal of Ecuador, Panama and Peru similarly includes a narrower zone of unspecified breadth for navigational controls, and the 200-mile zone of national ocean space proposed by Malta also distinguishes a 12-mile zone for navigation purposes.

The nature of the legal regime for the territorial sea generally has not been a major issue, and most states seem content to continue adhering to the rules contained in the Geneva Convention of 1958 on the Territorial Sea and the Contiguous Zone.

The principal problem arises in connection with international straits overlapped by a 12-mile territorial sea. The United States proposed that in straits used for international navigation, vessels and aircraft in transit should enjoy the same *freedom* of navigation and overflight for the purpose of *transit* as they have on the high seas, but with coastal state authority to establish suitable corridors to which such transit would be restricted. In explaining the unacceptability of *innocent passage* as a guarantee of transit, the United States has noted three reasons among others:

- (1) Innocent passage is defined by the Territorial Sea Convention as passage that does not prejudice the peace, good order, or security of the coastal state. Some coastal states have interpreted this language as permitting them selectively to control or interfere with passage by ships of other states on the basis, for example, of flag or destination or the character of the vessel or cargo.
- (2) Innocent passage under the convention requires submarines to navigate on the surface.
- (3) Innocent passage does not include a right of overflight of the territorial sea.

The Soviet straits article elaborates specific duties of the flag state with respect to transit, an approach which appears to seek a means of accommodating the need to respect certain coastal state interests with the need to avoid coastal state interference.

Those states opposed to free transit, primarily certain straits states but by no means all of them, argue in essence that innocent passage should apply to all parts of the territorial sea, including the territorial sea overlapping straits.

The proposal of Malta contemplates a system of coastal state regulation based on regulations established by, and subject to review by, an international organization, with compulsory dispute settlement procedures in the event of disagreement.

## Coastal state resource jurisdiction

The problem of coastal state resource jurisdiction beyond the territorial sea involves more interests of more states than any other problem in the law of the sea negotiations. It is therefore not surprising that more proposals of more different countries deal with this problem, or certain aspects of it, than with any other. Ten of some 27 different resource proposals deal with the concept of a coastal state exclusive economic zone or analogous approaches, and their application. Six deal essentially with the problem of landlocked and other geographically disadvantaged states. Four deal primarily with delimitation between opposite or adjacent states. Three concern only seabed resources, while nine primarily concern fisheries.

The Declaration of Santo Domingo and the Report of the Yaounde Seminar as well as draft articles by Kenya set out the concept of an exclusive economic zone or patrimonial sea. The Moscow Declaration and fisheries proposals by the USSR and Japan emphasized an international approach to fisheries problems. Canada and the United States addressed with greater precision the problem of harmonizing coastal state jurisdiction with the objectives of fisheries management while Australia and New Zealand took a step toward reconciling the alternatives. 1973 was a year for elaboration. Both the Santo Domingo Declaration and the later Declaration of the Organization of African Unity were refined into treaty texts. A specific application of the concept of the exclusive economic zone to fisheries was incorporated in a proposal introduced by six states from different regions.

One underlying assumption of all these proposals seems to have been that the non-resource uses referred to in the High Seas Convention will be protected beyond a 12-mile territorial sea. Some of the proposals specifically recognize freedoms of navigation, overflight, and the laying of submarine cables and pipelines, while others use more general formulations. Another common element has been the establishment of extensive coastal state rights over resources. As for the limits of this coastal state economic jurisdiction, the distance of 200 nautical miles has the broadest support, particularly among proponents of an exclusive economic zone. For some, particularly African, states this is a uniform limit proposed for a coastal zone involving jurisdiction over fisheries, seabed minerals, pollution, and scientific research. For others, including most Latin American states and other states with broad continental margins, jurisdiction over seabed resources (but not fisheries) would extend to the outer edge of the continental margin beyond 200 miles.

Finally, there appears to be increasing recognition that coastal state jurisdiction over fisheries will be accompanied by treaty obligations regarding access by other states in specified circumstances.

### (1) *Seabed resources*

There are only two systems under consideration for seabed exploitation. One is based on coastal state jurisdiction, the other on an international regime and organization for the area beyond coastal state jurisdiction. To the extent that the only interest served in areas under coastal state jurisdiction would be those of the nearest coastal state, an irreconcilable dispute over the limits of that jurisdiction, and accordingly the limit of the international seabed area,

necessarily develops. If, on the other hand, other states' concerns with broad coastal state jurisdiction can be accommodated, the location of the outer limit of that jurisdiction becomes a less difficult issue.

One problem with broad coastal state resource jurisdiction is that of protecting freedom of navigation. Fortunately, all proposals contemplate express treaty protection of navigation in areas of resource jurisdiction. Another problem to which exclusive coastal state seabed minerals jurisdiction gives rise concerns protection of the marine environment from pollution from seabed exploration and exploitation activities.

A third problem relates to the stability of such foreign investment as a coastal state permits in the seabed area subject to its resource jurisdiction. Most of the world's offshore oil reserves are found in the continental margins off the coast, and these constitute a large and increasingly important part of total global reserves.

It is clear that differences of opinion regarding the limits of coastal state economic jurisdiction relate in important respects to the problem of allocation of benefits. The problem is most clearly evident in the case of a land-locked country. If coastal states enjoy all the benefits from areas under their jurisdiction, the broader that jurisdiction, the smaller the international seabed area from which all countries will enjoy benefits. There are also coastal states with similar problems. Some are shelf-locked, that is, they have limited possibilities for extending their jurisdiction far offshore because of their geographic situation.

A number of solutions have been proposed. One is to establish the limits of coastal state jurisdiction so that substantial oil reserves likely to be exploited in the near future are within the international area. Another approach has been to establish an intermediate zone of mixed coastal and international authority, running from relatively narrow to relatively broad limits. The new US articles on the coastal seabed economic area seek to resolve these problems by clearly establishing coastal state exclusive resource management jurisdiction, subject to treaty obligations protecting other uses of the area and including an obligation to share revenues from a part of the area. Another approach would involve benefit-sharing arrangements among states in the same region.

## (2) *Fisheries*

Without in any way underestimating the importance of seabed mineral resources, one may state that the complexity of the fisheries problem is probably without parallel in the law of the sea negotiations. There appear to be few if any states that would be unaffected by alterations in the international rules affecting the supply of protein from the sea. There appears to be wide agreement that any fisheries regime should promote the following objectives:

- (i) *Conservation*. Overfishing can seriously reduce the availability of fish for future years.
- (ii) *Maximum utilization*. Underutilization of renewable resources is wasteful and clearly undesirable.



(iii) *Equitable allocation*. It appears to be widely recognized that the coastal state should, in principle, have first call on access to fish stocks off its coast to the extent of its capacity to fish.

(iv) *Economic efficiency*. There is growing concern that excess fishing capacity, at least in some areas, is causing smaller economic returns, raising the price of fish, and complicating efforts to ensure conservation and equitable allocation of fish stocks.

The fisheries proposals submitted deal with three types of questions among others: jurisdiction to manage fisheries and co-ordination of fisheries management; conservation and other duties of the manager; and allocation. The draft articles on fisheries submitted by Canada, India, Kenya, Madagascar, Senegal and Sri Lanka include an exclusive fishery zone coterminous with the exclusive zone and are in essence an elaboration of the concept. These articles include additional management provisions on specific fisheries problems:

(i) They recognize the coastal state's special interest in the maintenance of the productivity of living resources in the area adjacent to the zone and give it preferential rights to those resources based on harvesting capacity, and authority to take measures pursuant thereto.

(ii) The states of a region may regulate living resources beyond the zone when the resources are of limited migratory habits and breed, feed, and survive on the resources of the region.

(iii) In respect of fisheries of highly migratory habits outside the limits of the zone, regulations would be made by the authority designated for that purpose.

(iv) A blank article is included on "anadromous species", such as salmon, which breed in rivers but migrate far out to sea.

The Australia-New Zealand paper states that the basic concept would be to establish coastal state responsibilities and control over the coastal species, described as non-sedentary, free swimming species that inhabit nutrient bearing areas adjacent to the coast. The US draft articles do not include a specific limit, but provide for coastal state jurisdiction over coastal species to the full extent of their migratory range offshore, jurisdiction by the coastal state of origin over anadromous species such as salmon throughout their migratory range beyond the territorial sea, and management of highly migratory species such as tuna by international or regional organizations. The Soviet draft articles preserve the regulatory functions of existing international fisheries organizations for the future but provides that in areas where they do not exist, the coastal state may establish measures itself in areas directly adjacent to a 12-mile limit, in agreement with states also engaged in fishing in the areas. The Japanese draft articles provide for coastal state special interests and preferential rights in adjacent waters, to be implemented by agreement with other states concerned. Highly migratory and anadromous species would be exempt from such special interests and rights.

All proposals contemplate that the coastal state can at least reserve to its own vessels that portion of a stock of coastal species that its vessels can harvest and that this preference would increase with harvesting capacity, although the Soviet articles provide for the continuation of existing regional arrangements and exclude developed coastal states. The Japanese articles restrict the preference to a "major portion" of the stock and contain special limitations on the preferential rights of developed coastal states.

In the absence of special provisions, a 200-mile exclusive economic zone would presumably include an exclusive or preferential right with respect to anadromous and highly migratory species in the zone as well as coastal species. The US and Soviet proposals apply a preferential right to anadromous species throughout their migratory range, which is frequently well beyond 200 miles; the Japanese proposal excludes anadromous species. The US and Japanese proposals exclude highly migratory species from coastal state jurisdiction. The effect of the articles introduced by Canada and others in respect to highly migratory and anadromous species is unclear, although Canada has endorsed control of anadromous species by the coastal state of origin.

The traditional fishing issue is an important but very narrow one; it arises only when the sum total of the coastal state's harvesting capacity and traditional fishing levels exceeds 100% of the allowable catch. In essence, it is a problem of transition. Extreme solutions would involve either permitting the coastal state preference to expand without reference to traditional fishing or, on the other hand, preventing any expansion of the preference when the combined total of coastal state harvesting capacity and traditional fishing levels reaches 100%.

### **SUBCOMMITTEE III: POLLUTION AND SCIENTIFIC RESEARCH**

The mandate of this subcommittee was functional rather than territorial: it was to deal with the problems of pollution and scientific research *everywhere* in the oceans. The preparations to date, however, have made clear that the critical problems lie in the area of coastal state jurisdiction beyond the territorial sea, and this largely coincides, as far as jurisdictional issues are concerned, with the work of subcommittee II. Most exclusive economic zone proposals have provided for coastal state jurisdiction over pollution and scientific research within the economic zone.

#### **Pollution**

The Working Group on Marine Pollution was established late in the summer 1972 session of the Seabeds Committee and began substantive meetings in March 1973. The language of all of the proposals on the general and particular obligations of states to prevent pollution to protect the marine environment is quite vague, as were the agreed drafts produced at the spring session. However, during the negotiations in the spring session many developing countries strongly supported the inclusion of language such as "using for this purpose the best practicable means in accordance with their capabilities" to ensure that the obligations were qualified and not

absolute. This approach culminated in proposals to require that economic factors, including the stage of development of individual countries, be taken into account in both the formulation and implementation of all marine pollution control standards. After lengthy discussion and opposition to these proposals by many developed states, including the US and Canada, alternative texts were formulated on the question of global and regional co-operation to establish standards, one of which included a general reference to economic factors and the other of which did not.

Texts were also agreed during the summer on technical assistance and monitoring. The technical assistance text requires states to promote programmes of scientific, technical, educational, and other assistance to developing countries for pollution control, to provide assistance for minimizing the effects of major pollution incidents, and to develop contingency plans to deal with such incidents. The monitoring text requires states to "employ suitable systems of observation, measurement, evaluation and analysis to determine the risk of effect of pollution on the marine environment" and "to disseminate . . . data and information obtained . . . to states likely to be affected and to the international organizations concerned."

On seabed-source pollution, the basic issue was whether or not there should be a minimum floor of internationally established standards that each state would be required to apply to economic activities in the seabed area under its jurisdiction. Most states did support a minimum floor of standards for seabed economic activities, with the coastal state having the right to apply its own higher standards; but a group of countries opposed minimum international standards as being inconsistent with the exclusive economic zone concept. While a number of states wanted the new Seabed Authority to prescribe the international standards, others were quite reluctant to agree to that concept, at least before the structure of the Authority is fully negotiated.

On the question of the source of international standards for vessel-pollution control, two of the six alternative texts proposed the establishment of international standards by the Intergovernmental Maritime Consultative Organization, while one specified the Seabed Authority, and another the United Nations Environment Program. One supported international standards generally, while another stated that no standards higher than those of the flag state should be applied to vessels.

The most controversial item in the discussion of pollution standards was whether the coastal state would have the right to set higher standards for vessels transiting a large zone off its coast. The issue is clearly presented in the three alternative texts on the competence of individual states to establish standards.

One approach would require all vessels to comply with the internationally agreed standards, and would allow higher standards to be applied by flag states to their own vessels and by port states to vessels entering their ports but would not allow higher coastal state standards in other respects. Another approach would allow a coastal state to apply special standards in a zone beyond its territorial sea whenever, in its view, adequate international standards have not been established; a third approach, while permitting

coastal state standards in a broad area, would require that such standards not be incompatible with standards adopted by developing states for their flag vessels.

The issue of a coastal state's rights to prescribe and enforce rules in a zone raises a very serious threat of interference with navigation in such a zone. Those who oppose a pollution control zone basically argue that such coastal state rights are unnecessary and that such rights are completely different in kind from the economic rights, need for which is the basic impetus for a zone of coastal jurisdiction. In this connection it was noted that shipping to and from a majority of coastal states, while en route, would have to pass within 200 miles of at least one other state, and would accordingly be subject to interference if coastal states were given jurisdiction to establish pollution standards for vessels transiting the area.

### Scientific research

The most critical law of the sea issue with respect to scientific research is whether or not coastal state consent will be required to carry on scientific research in areas of coastal state resource jurisdiction.

Those arguing against a consent requirement emphasized the benefits of research to the entire international community, noting that these related to an understanding not only of the oceans but of the total global environment. Research in one locality could have an important bearing on a problem of much more general scope. It was pointed out that, since resource exploration and exploitation would be subject to coastal state jurisdiction, the coastal state need not fear the effect of scientific research data, but to the contrary could have much to gain from new information. Experience with consent requirements under the Continental Shelf Convention was cited in support of the view that these requirements constitute an impediment to research and have unnecessarily caused increased costs, delay, and cancellation of research projects.

### CONCLUSION

International life has a right to general security as regards its interests in the sea. This has led men to seek some fixed basis for a legal ordering of human action whereby a firm and stable order might be secured as regards human interest in the sea. Continual changes in the circumstances of life on this planet demand new adjustments to the law of the sea.

This is the task of the Law of the Sea Conference.

Mankind wishes them well!

### References<sup>1</sup>

25 REP. 130-76 (1970); 25 REP. 177-84 (1970); 26 REP. 83-91 (1971); 25 REP. 185-90 (1970); 26 REP. 51-64 (1971); 26 REP. 67-75 (1971); 28 REP. II, 166 (1973); 26 REP. 76-81 (1971); 26 REP. 93-101 (1971); 26 REP. 194-96 (1971); 26 REP. 205-25

---

<sup>1</sup>Reports of the Committee on the Peaceful Uses of the Seabed and the Ocean Floor. Beyond the Limits of National Jurisdiction, 25 UN GAOR Supp 21, UN Doc A/8021 (1970); 26 UN GAOR Supp 21, UN Doc A/8421 (1971); 27 UN GAOR Supp 21, UN Doc A/8721 (1972); 28 UN GAOR Supp 21, UN Doc A/9021 (1973).



(1971); UN Doc. A/AC.138/SC.1/L.24 (July 24, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.1/L.28 (August 14, 1973); 26 REP. 105-93 (1971); UN Doc.A/AC.138/SC.1/L.21 (March 28, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.1/L.25 (August 14, 1973); 28 REP. II, 57-58 (1973); 28 REP. III, 29 (1973); 12 ILM 1222 (1973); 28 REP. III, 23 (1973); 28 REP. III, 30 (1973); 12 ILM 1224 (1973); 28 REP. III, 35 (1973); 28 REP. III, 1 (1973); 12 ILM 1230 (1973); 26 REP. 241-45 (1971); 27 REP. 162-63 (1972); 28 REP. III, 3 (1973); 28 REP. III, 91 (1973); 12 ILM 1251 (1973); 28 REP. II, 4 (1973); 12 ILM 1200 (1973); 27 REP. 70-72 (1972); 66 AJIL 918 (1972); 11 ILM 892 (1972); 27 REP. 73-76 (1972); 27 REP. 180-82 (1972); 28 REP. III, 19 (1973); 28 REP. III, 23 (1973); 28 REP. III, 78 (1973); 28 REP. III, 87 (1973); 12 ILM 1246 (1973); 28 REP. III, 106 (1973); UN Doc.A/AC.138/86 (March 16, 1973); 28 REP. III, 22 (1973); 28 REP. III, 71 (1973); 28 REP. III, 106 (1973); 28 REP. III, 111 (1973); 12 ILM 1270 (1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.27 (March 6, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.28 (March 9, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.32 (March 15, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.33 (March 16, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.35 (March 23, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.36 (April 2, 1973); 28 REP.I, 86-88 (1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.40 (July 13, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.41 (July 16, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.43 (July 19, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.46 (July 20, 1973); UN Doc.A/AC.138/SC.III/L.47 and Corr. 1 (July 24 and 26, 1973); UN Doc. A/AC.138/SC.III/L.48 (Aug. 10, 1973); UN Doc. A/AC.138/SC.III/L.49 (Aug. 13, 1973). □

*"The manufacturer who relies upon the unchanging nature of the law may now be in for some unpleasant surprises. Maintenance of the status quo is no longer the ideal of modern jurisprudence; the so-called 'good courts' which set the 'leading precedents' often overturn customary liabilities and create new obligations to correct alleged 'social inequities'. Unfortunately, most of these recent decisions seem to run counter to the best financial interests of the manufacturer. Instead of attempting to protect a growing, diversified industry, the courts seem to be saying that a flourishing industry should pay for the problems created by industrialization as a whole. Therefore, the individual manufacturer may now be required to pay for injuries merely because he has a deeper financial pocket. It may be even worse, because of punitive damages, where a supposed causal connection or fault can be 'wilfully' attributed to the manufacturer of 'defective' products by those who may fail to comprehend the realities of modern competitive economic existence."*

George A Peters Product Liability and Safety

# Die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge<sup>1</sup>

GC Kachelhoffer

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

In terms of Act 70 of 1973 the Bantu Labour (Settlement of Disputes) Act 48 of 1953 is now known as the Bantu Labour Relations Regulation Act. Act 70 of 1973 which came into operation on the 4th of July amends Act 48 of 1953 in order to:

- 1 make further provision for the constitution of regional committees and the establishment of committees consisting of Bantu employees or on which Bantu employees are represented;
- 2 amend the provisions of the Act relating to attendance of and participation by Bantu employees in certain meetings of an industrial council;
- 3 empower the minister to make an order embodying proposals by certain employers of Bantu employees concerning the conditions of employment of such employees and to extend the application of certain orders and wage determinations or grant exemption from the provisions thereof; and
- 4 amend the provisions relating to strikes and lock-outs with regard to Bantu employees.

The provisions of the Bantu Labour Relations Regulation Act, as amended, are examined in terms of three basic principles applicable to modern labour relations, viz the right to organise, the right to collective bargaining and the right to strike.

In vergelyking met sommige ander Westerse lande geniet die Republiek van Suid-Afrika in 'n groot mate arbeidsvrede wat, so word daar dikwels gesê, te danke is aan ons voortreflike arbeidswetgewing, wat as van die beste in die wêreld beskryf word. Die Natalse stakings vroeg in 1973, waaraan duisende Bantowerkers wederregtelik deelgeneem het, het egter ernstige tekortkomings blootgelê wat arbeidsverhoudings met Bantowerkers betref. Deur die geloof in die doeltreffendheid van ons arbeidswetgewing het ons moontlik uit die oog verloor dat die reg in die algemeen en wetgewing in die besonder in elk geval slegs 'n sekondêre rol in arbeidsverhoudinge speel en dat omstandighede daarbenewens as gevolg van tydsverloop sodanig kan verander dat die wetgewende maatreëls wat wel getref is en wat aanvanklik effektief was, minder effektief of selfs heeltemal ondoeltreffend kan word om die veranderde omstandighede die hoof te bied.

---

<sup>1</sup>soos die Wet op Bantoe-arbeid (Beslegting van Geskille) 48 van 1953 tans heet ingevolge a 12 van die Wysigingswet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge 70 van 1973.

So speel sosio-ekonomiese en politieke faktore onder andere ook 'n belangrike rol in arbeidsaangeleenthede. Die feit dat dit gaan om die reëling van menslike verhoudings dui daarop dat daar ten spyte van die rol wat ons arbeidsreg in die samelewing te vervul het inderdaad perke is aan wat die reg kan bewerkstellig.

Die reaksie van die regering op die Natalse staking het getoon dat die owerheid terdeë besef dat ons arbeidswetgewing, vir sover dit Bantoe-werknemers raak, opknapping vereis. Daarom is onmiddellik ingrypende wysigings in die Wet op Bantoe-arbeid (Beslegting van Geskille) aangebring.<sup>2</sup> Veral insiggewend is die wysiging van die naam van dié wet tot die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge: met die beklemtoning van arbeidsverhoudinge in plaas van beslegting van geskille openbaar die wetgewer 'n meer positiewe benadering tot die Bantoe-werknemers.

Die arbeidsverhoudinge wat hier ter sprake is, is nie die individuele verhoudinge wat so kenmerkend van ons gemene reg is en wat op die sogenaamde gelykheid van die partye berus nie maar inderdaad kollektiewe verhoudinge waarin juis met die feit rekening gehou moet word dat daar 'n ongelyke magsverdeling in die gemeenskap bestaan.<sup>3</sup> Enige diensverhouding word daardeur gekenmerk dat die werkgewer oor 'n magsposisie teenoor die werknemer beskik wat die werknemer in 'n kapitalistiese stelsel weerloos teenoor sy werkgewer laat. Terwyl selfs die individuele werkgewer in 'n magsposisie verkeer, kan die individuele werknemer alleen wanneer hy in 'n kollektiewe verhouding teenoor sy werkgewer staan oor enige mag beskik. Die belangrikste taak van die moderne arbeidsreg is om die botsende belange van die werkgewers en werknemers<sup>4</sup> te probeer versoen. Om dit te bewerkstellig is dit nodig dat middels gevind word waarmee veral die gaping wat tussen die bedingingsmag van die werknemer en dié van die werkgewer bestaan, verminder kan word.

## KOLLEKTIEWE BEDINGING

In die Westerse lande word by wyse van kollektiewe bedinging gepoog om die botsende belange van werkgewer en werknemer met mekaar te versoen. Na behandeling van enkele aspekte van die beginsels wat in dié

<sup>2</sup>ingevolge die Wysigingswet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge 70 van 1973.

<sup>3</sup>"Het arbeidsrecht is méér dan een stuk privaatrecht. Ik kan de schrijvers, die betogen dat het arbeidsrecht (als geheel) een privaatrechtelijke 'grondslag' heeft, niet goed volgen." Zonderland *Modern arbeidsrecht* 1972 16. Vgl ook Hueck-Nipperdey *Lehrbuch des Arbeitsrecht* 7e uitg 1963 deel 1 3: "Arbeitsrecht ist das Sonderrecht der unselbständigen Arbeitnehmer."

<sup>4</sup>bv vir die werkgewer is die bepalende faktor by loonvasstelling 'n redelike winsgrens terwyl dit vir die werknemer gaan om 'n loon wat nie net gehandhaaf word nie maar geleidelik sal toeneem; werkgewers beoog indiensneming van die bes gekwalifiseerde persoon terwyl georganiseerde arbeid na volle indiensneming streef; werkgewers verkies mobiliteit van arbeid terwyl die werkers werksekerheid verlang; werkgewers benodig ononderbroke werksprosesse om vooruit te kan beplan terwyl werknemers sonder 'n uiteindelijke reg om dienste te weerhou magteloos teenoor werkgewers sou wees ens.

verband ter sprake is, sal die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge in die lig van hierdie beginsels aandag geniet. Werknemers beskik oor 'n kollektiewe bedingingsmag wanneer hulle as 'n georganiseerde groep hul werkgewer of werkgewers kan dwing om sinvol te beding; so 'n bevoegdheid is normaalweg aanwesig indien die werknemers oor drie fundamentele regte beskik, naamlik: die reg om te verenig, die reg om kollektief te beding en die reg om indien dit nodig blyk, hul arbeidskragte te onttrek by wyse van 'n staking.

## 1 Die reg om te verenig

Om kollektief te kan optree, moet werknemers hulle op die een of ander wyse verenig. Geen werknemersorganisasie kan egter bestaan indien werknemers nie die reg het om by die organisasie aan te sluit, vir die organisasie te werk en lede van die organisasie te bly nie. Reeds meer as vyf en twintig jaar gelede het die Internasionale Arbeidsorganisasie twee belangrike konvensies ter beskerming van werknemers aangeneem, naamlik die konvensie van 1948<sup>5</sup> met betrekking tot die vryheid om te verenig en die beskerming van die reg om te organiseer, en dié van 1949<sup>6</sup> wat as inhoud het die toepassing van die reg om te organiseer en om kollektief te beding. Daarbenewens het die IAO die internasionale beskerming van vakbonde as een van sy belangrikste doelwitte gesien.<sup>7</sup> 'n Spesiale komitee is ingestel om te waak oor die toepassing van die beginsel "vryheid om te verenig" en dié komitee rapporteer wanneer op die bogenoemde twee konvensies inbreuk gemaak word.<sup>8</sup> Ingevolge die Europese Maatskaplike Oktrooi<sup>9</sup> onderneem die partye dat hul nasionale reg nie inbreuk sal maak op die vryheid van werknemers en werkgewers om plaaslike, nasionale en internasionale organisasies vir die beskerming van hul ekonomiese en maatskaplike belange te stig of daarby aan te sluit nie. Die reg van werknemers om hulle te verenig, word selfs as 'n fundamentele mensereg in verskillende internasionale stukke opgeneem: in die Universele Verklaring van Menseregte 1948<sup>10</sup>; die Internasionale Handves oor Ekonomiese, Maatskaplike en Kulturele Regte 1966<sup>11</sup>; die Internasionale Handves oor Burgerlike en Politieke Regte 1966<sup>12</sup>; en die Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede.<sup>13</sup>

Beskerming van die vryheid van werknemers om te verenig, word ook in sommige Westerse lande verleen deur die erkenning van 'n fundamentele mensereg in die grondwet. Die aanhef van die Franse grondwet van 1958 wat by die grondwet ingelyf is, is hiervan 'n voorbeeld, asook die grond-

<sup>5</sup>Konvensie nr 87.

<sup>6</sup>Konvensie nr 98.

<sup>7</sup>Sien Jenks *The international protection of trade unions' freedom* 1957.

<sup>8</sup>Sien bv die *Report of the inquiry by Lord Cameron into the complaint made by the National Union of Bank Employees* Cmd 2202 1963.

<sup>9</sup>a 5.

<sup>10</sup>a 23(4).

<sup>11</sup>a 8.

<sup>12</sup>a 22.

<sup>13</sup>a 11.



wette van die Duitse Federale Republiek<sup>14</sup> en Italië.<sup>15</sup> Werknemers word nie as sodanig in die Nederlandse grondwet genoem nie aangesien die beginsel meer algemeen gestel word,<sup>16</sup> naamlik: "Het recht der ingezetenen tot vereniging en vergadering wordt erkend. De wet regelt en beperkt de uitoefening van dat recht in het belang der openbare orde."<sup>17</sup>

Daar moet nie uit gedagte verloor word nie dat "vryheid om te verenig" 'n negatiewe en 'n positiewe aspek het.<sup>18</sup> Negatief gesien moet daar geen verbod of beperking op die moontlikheid van werknemers om te verenig wees nie en positief beskou moet die reg om te kan verenig, gewaarborg word. Die staat kan 'n negatiewe houding inneem deur nie strafregtelik of op 'n administratiewe wyse teen 'n persoon op te tree omrede hy werknemers organiseer, by 'n werknemersorganisasie aansluit of lid van so 'n organisasie is nie.

Die werknemers in die Westerse lande verenig en organiseer hulself gewoonlik by wyse van vakbonde. Hieroor verklaar Otto Kahn-Freund: "The formation of unions, that is the organisation of labour, is the counterpart of the accumulation of capital. There can be labour relations without employers' associations - though this would be difficult and very undesirable - there cannot be labour relations without trade unions."<sup>19</sup>

## 2 Die reg om kollektief te beding

Die doel van kollektiewe bedinging is om 'n tydelike versoening van botsende belange wat tussen werkgewers en werknemers bestaan, te bewerkstellig. Omdat arbeidsverhoudings nie staties nie maar wel dinamies is, is permanente oplossings net nie moontlik nie en daarom is die doelwitte wat gestel word dan ook beperk. Die werkgewers streef daarna om in 'n gegewe gebied en vir 'n bepaalde tyd nywerheidsvrede te verseker terwyl die werknemers op hul beurt kollektief beding om bepaalde standaarde in 'n gegewe gebied en vir 'n bepaalde tyd te verseker. In die verskillende Westerse lande is daar uiteenlopende opvattings oor die wyse waarop die kollektiewe bedingingsmag uitgeoefen behoort te word terwyl die praktyke ook verskil. In dié opsig kan onderskei word tussen dinamiese en statiese bedinging. Dinamiese bedinging vind plaas wanneer permanente bilaterale liggame bestaan wat werkgewers en werknemers in staat stel om voortdurend met mekaar te beding. Statische bedinging, wat ook kontraktuele bedinging genoem word, word aangetref wanneer die partye byeenkome, met mekaar beding, tot 'n ooreenkoms kom en dan uitmekaar gaan, sodat daar nie voortdurende bedinging is nie. Bedinging kan op verskillende wyses geskied en vind nie net afsonderlik op verskillende vlakke plaas nie maar kan ook tegelyk op verskillende vlakke plaasvind. Enkele werkgewers- en

<sup>14</sup>a 9.

<sup>15</sup>a 39.

<sup>16</sup>net soos in België en Switserland.

<sup>17</sup>a 9 van die Nederlandse grondwet.

<sup>18</sup>Sien Otto Kahn-Freund "Labour and the law" *The Hamlyn lectures twenty-fourth series* 1972 167.

<sup>19</sup>165.

werknemersorganisasies of 'n aantal van sodanige organisasies kan deelneem, en dit kan geskied op plaaslike, regionale, nasionale en deesdae selfs op internasionale vlak.<sup>20</sup>

Kollektiewe bedinging as metode om arbeidsverhoudings te reguleer, veronderstel dat die partye gewillig is om met mekaar te beding; maar gewilligheid om te beding, beteken nie 'n verpligting om ooreen te kom nie. Die oogmerke van die wetgewer is hier belangrik want die wetgewer kan by wyse van wetgewing onderhandelings tussen die partye bevorder of kan verder gaan deur daarna te streef om die aangaan van ooreenkomste te bevorder. Die wetgewer kan dit aan die partye oorlaat om te besluit met wie hulle wil onderhandel, en gewilligheid om met 'n vakbond te onderhandel, bring erkenning van so 'n vakbond deur die betrokke werkgewer mee. 'n Fundamentele vraag in arbeidsreg is of die reg werkgewers moet verplig om vakbonde te erken of nie en indien wel onder welke voorwaardes. Erkenning is nie erkenning *in abstracto* nie maar wel *in concreto*, naamlik erkenning van 'n spesifieke vakbond of vakbonde waarmee onderhandel word. Soos reeds gesê, bestaan daar in die verskillende Westerse lande groot uiteenlopendheid oor die wyse waarop kollektiewe bedinging moet plaasvind en praktyke en gewoonte speel hier 'n vername rol.<sup>21</sup>

### 3 Die reg om te staak

Die reg om onder sekere omstandighede hul arbeidskragte te weerhou, is die derde fundamentele reg waaroor werknemers kan beskik.<sup>22</sup> In die Europese Maatskaplike Oktrooi<sup>23</sup> (maar nie in die konvensies van die IAO nie) word hierdie bevoegdheid as 'n "vryheid" opgeneem terwyl dit in die konstitusies van Frankryk<sup>24</sup> en Italië<sup>25</sup> as 'n "reg" verskyn. Die Duitse federale grondwet van 1949<sup>26</sup> verwys na die vryheid om te organiseer maar nie direk na stakings nie. In 1968 is 'n wysiging aangebring waarvolgens sekere noodmaatreëls nie teen sekere nywerheidsoptrede (*Arbeitskämpfe*) gerig mag word nie. In die Verenigde Koninkryk word die stakingsreg as 'n essensiële element van kollektiewe bedinging gesien,<sup>27</sup> terwyl in die Verenigde State van Amerika die reg om individueel of kollektief te staak

<sup>20</sup>Vgl R Blaupain "Effort to bring about community level collective bargaining within the framework of the ECSC and the EEC" - *Symposium: International Collective Bargaining* Okt 21-25 1968, Internasionale Instituut vir Arbeidstudies, Genève.

<sup>21</sup>Vgl bv die sg "ad hoc"-werkersgroep in die Verenigde Koninkryk wat namens werkers beding - Otto Kahn-Freund 1972 83.

<sup>22</sup>"In most countries the 'right' (or liberty) to strike, subject to varying degrees of limitation, is guaranteed by constitution, statute, administrative decree, or judicial decisions." Benjamin Aaron "Methods of industrial action: courts, administrative agencies, and legislatures" in *Industrial conflict - a comparative study* onder redaksie van B Aaron & K W Wedderburn 1972 83.

<sup>23a</sup> 6 par 4. Ingevolge a 8(1)(d) van die Internasionale Handves oor Ekonomiese, Maatskaplike en Kulturele Regte 1966 word die reg om te staak gewaarborg mits dit in ooreenstemming is met die reg van die betrokke land.

<sup>24</sup>Aanhef van die grondwet van 1946 geïnkorporeer in die grondwet van 1958.

<sup>25a</sup> 40 van die grondwet van 1947.

<sup>26a</sup> 9 par 3.

<sup>27</sup>*Crofter Hand Woven Harris Tweed Co v Veitch* (1942) AC 435 463.

om ekonomiese druk uit te oefen reeds meer as 'n honderd jaar deur die gemene reg erken word.<sup>28</sup>

In die meeste lande word die stakingsreg egter beperk. In Duitsland lê die houe beperkings op dié reg deur die toepassing van die begrip "soziale Adäquanz" en het hulle byvoorbeeld beslis dat 'n staking ongeldig is indien dit nie deur 'n vakbond gesteun word nie;<sup>29</sup> terwyl in die Verenigde Koninkryk ingevolge die *Industrial Relations Act*<sup>30</sup> gepoog word om in sekere gevalle teen die aanstigters van stakings op te tree. Wat die Verenigde State van Amerika betref, bepaal die *National Relations Act* van 1935: "Nothing in this Act shall be construed so as either to interfere with or impede or diminish in any way the right to strike . . ." Hierdie reg om te staak word egter by wyse van wetgewing aan bande gelê, soos die Kongres doen wanneer die nasionale welsyn of gesondheid in gevaar gestel word.<sup>31</sup>

## ARBEIDSVERHOUDINGS IN DIE REPUBLIEK

Lone, diensvoorwaardes en die beslegting van geskille word in die Republiek hoofsaaklik<sup>32</sup> by wyse van 'n drieledige stelsel gereël, naamlik 'n vrywillige stelsel ingevolge die Wet op Nywerheidsversoening;<sup>33</sup> 'n meer gedwonge stelsel ingevolge die Loonwet<sup>34</sup> en derdens die stelsel van reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge wat by die vorige twee inskakel en hulle aanvul.<sup>35</sup>

Die eerste en vrywillige stelsel ingevolge die Wet op Nywerheidsversoening stem ooreen met arbeidsreëlings wat in ander Westerse lande aangetref word; daar word naamlik rekening gehou met die fundamentele regte van werkers: die reg om te verenig<sup>36</sup> met 'n verbod op viktimisasie;<sup>37</sup> 'n reg om aan kollektiewe bedinge deel te neem<sup>38</sup> en die reg om, onder sekere omstandighede en nadat aan sekere vereistes voldoen is, te staak.<sup>39</sup> Hierdie stelsel is beskikbaar vir werkgewers en werknemers wat georganiseerd<sup>40</sup> is en wat 'n nywerheidsraad daarstel.<sup>41</sup> In hierdie liggaam word

<sup>28</sup>*Commonwealth v Hunt* SC Mass 1842 4 Metcalf 111 38 AM Dec 346.

<sup>29</sup>Vgl Otto Kahn-Freund "The restriction of the freedom to strike in Federal Republic of Germany" in *Labour Relations and the Law* 1956 203.

<sup>30</sup>1971 C72 a 96 97 en 98.

<sup>31</sup>Sien Mueller & Myers *Labor law and legislation* 1965 129.

<sup>32</sup>Ander wette: Die Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk 22 van 1941; Wet op Winkels en Kantore 75 van 1964; Wet op Vakleerlinge 37 van 1944; Wet op Werkloosheidsversekering 30 van 1966; Ongevallewet 30 van 1941; Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956; en wette wat deur die departement van Bantoe-administrasie geadministreer word wat op Bantowerknemers van toepassing is.

<sup>33</sup>wet 28 van 1956.

<sup>34</sup>wet 5 van 1957.

<sup>35</sup>Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge 48 van 1953, soos gewysig, ingevolge Wet 70 van 1973.

<sup>36a</sup> 78 en a 4-16 van wet 28 van 1956 gelees met a 1 van hierdie wet waar "werknemer" omskryf word.

<sup>37a</sup> 66 wet 28 van 1956.

<sup>38a</sup> 18 24 en 48 wet 28 van 1956.

<sup>39a</sup> 65 wet 28 van 1956.

<sup>40a</sup> 4 wet 28 van 1956.

<sup>41a</sup> 18 wet 28 van 1956.

nywerheidsraadooreenkomste beding wat by afkondiging deur die minister regs krag geniet.<sup>42</sup> Die toepassing van hierdie ooreenkomste word deur die betrokke nywerheidsraad self afgedwing.<sup>43</sup>

Die tweede, meer gedwonge stelsel, ingevolge die loonraad, is van toepassing indien die werkgewers en werknemers nie georganiseer is nie en lone en diensvoorwaardes by wyse van 'n loonvasstelling deur 'n minister vasgestel word<sup>44</sup> na 'n ondersoek en aanbeveling deur die loonraad.<sup>45</sup> Die bepaling van lone en diensvoorwaardes word nie aan die partye self oorgeleat nie maar geskied wel na behoorlike raadpleging.<sup>46</sup> Vasstelling ingevolge die Loonwet word deur die departement arbeid geadmistreer.<sup>47</sup>

Wat die beslegting van geskille ingevolge die Wet op Nywerheidsversoening betref, is dit in die geval van georganiseerde werkgewers en werknemers die taak van die nywerheidsraad om nie net geskille te besleg nie maar ook geskille te voorkom.<sup>48</sup> Verder word vir bemiddeling<sup>49</sup> en arbitrasie<sup>50</sup> voorsiening gemaak en in laaste instansie vir 'n beperkte stakingsreg.<sup>51</sup> Ongeorganiseerde groepe kan wanneer 'n geskil ontstaan by die minister aansoek doen om die aanstelling van 'n versoeningsraad.<sup>52</sup> Bemiddeling, arbitrasie en 'n beperkte stakingsreg geld ook hier.

#### *Wat is nou die posisie van die Bantowerker?*

Wat die vrywillige stelsel met minimum-staatsinmenging, ingevolge die Wet op Nywerheidsversoening, betref, is die posisie dat Bantoes nie by die omskrywing van "werknemers" ingesluit is nie (Asiërs en Kleurlinge wel).<sup>53</sup> Bantowerkers kan dus nie direk aan die bedingingsmasjinerie, ingestel deur hierdie wet, deelneem nie maar het wel op 'n indirekte wyse aandeel soos weldra aangetoon sal word. Desondanks kan 'n nywerheidsraadooreenkoms op hulle van toepassing gemaak word asook 'n ooreenkoms deur 'n versoeningsraad aangegaan.<sup>54</sup>

Wat betref die tweede, meer verpligte stelsel ingevolge die Loonwet, wat betrekking het op die ongeorganiseerde groepe, word die Bantoes nie by die omskrywing van "werknemer" uitgesluit nie.<sup>55</sup> Loonvasstellings ingevolge die Loonwet is dus op alle werknemers insluitende Bantowerkers van toepassing.

Die rede waarom die Bantowerkers geen aandeel in die bedingingsmasjinerie van die Wet op Nywerheidsversoening het nie, is dat twintig jaar

<sup>42</sup>a 48 wet 28 van 1956.

<sup>43</sup>a 62 wet 28 van 1956.

<sup>44</sup>a 14 wet 5 van 1957.

<sup>45</sup>a 4 tot 11 wet 5 van 1957.

<sup>46</sup>a 9 wet 5 van 1957.

<sup>47</sup>Vgl a 21 en a 26-30 wet 5 van 1957.

<sup>48</sup>a 23 wet 28 van 1956.

<sup>49</sup>a 44 wet 28 van 1956.

<sup>50</sup>a 45 en 46 wet 28 van 1956.

<sup>51</sup>a 65 wet 28 van 1956.

<sup>52</sup>a 35 wet 28 van 1956.

<sup>53</sup>a 1 wet 28 van 1956.

<sup>54</sup>a 48(3)(a) wet 28 van 1956.

<sup>55</sup>a 1 wet 5 van 1957.



gelede besluit is om op 'n ander wyse voorsiening vir Bantoeerkerkers te maak.

Die Botha-kommissie<sup>56</sup> was verdeeld oor die plek wat Bantoeerkerkers in die georganiseerde nywerheidslewe moes inneem. Terwyl sommige van die lede ten gunste van die insluiting van Bantoes in die omskrywing van "werkers" in die Wet op Nywerheidsversoening was om sodoende Bantoeerkerkers by die stelsel wat ingevolge hierdie wet gegeld het, in te skakel, het ander die standpunt gehuldig dat aan Bantoevakbonde erkenning verleen moes word, onder streng toesig en met 'n beperkte bedingingsreg. Nie een van hierdie weë is met die aanvaarding van die Wet op Bantoe-arbeid (Beslegting van Geskille) in 1953 gevolg nie: Bantoevakbonde is nie erken of verbied nie; afsonderlike masjinerie is geskep vir die kanalisering van die griewe van Bantoeerkerkers; geen bedingingsreg is verleen nie en stakings is verbied: dus 'n baie beperkte reg om te organiseer met geen bedingings- of stakingsreg nie. Die Natalse stakings het geopenbaar dat daar veral by die werkgewers min belangstelling vir bogenoemde stelsel was; dat kommunikasie tussen werkgewer en Bantoeerkerker gebrekkig was; dat verouderde loonvasstellings nie met die inflasiespiraal rekening gehou het nie; en dat ten spyte van die stakingsverbod duisende Bantoeerkerkers tot staking oorgegaan het. Die reaksie van die owerheid op hierdie gebeure was die aanvaarding van die wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge.

### DIE WET OP DIE REËLING VAN BANTOE-ARBEIDSVERHOUDINGE<sup>57</sup>

Op welke wyse verleen die wet, soos gewysig deur wet 70 van 1973, erkenning aan die drie basiese regte, naamlik die reg om te verenig, die reg om kollektief te beding en die reg om te staak?

#### 1 Die reg om te verenig

Aan Bantoeerkerkers word die reg verleen om op 'n voorgeskrewe wyse in bepaalde komitees binne die inrigting te organiseer terwyl werkerorganisasies buite 'n inrigting, alhoewel hulle nie uitdruklik verbied word nie, ingevolge die wet geen erkenning geniet nie. By herhaling is onomwonde gestel dat dit teen regeringsbeleid is om van owerheidsweë erkenning aan enige vorm van vakbondorganisasie vir Bantoeerkerkers te verleen.<sup>58</sup> Bantoeerkerkers geniet dus 'n beperkte reg om te organiseer deurdat 'n Bantoeerkerker kragtens die nuwe artikel 7, wat die ou werke-

<sup>56</sup>Verslag van die Kommissie van Ondersoek insake Nywerheidswetgewing UG 62 1951.

<sup>57</sup>*Die toepassing van die wet.* Ingevolge a 2 van die hoofwet 48 van 1953 is die wet van toepassing op elke bedryf of onderdeel van 'n bedryf maar is egter nie van toepassing op Bantoes wat in 'n aantal bedrywe, wat in die wet uiteengesit word, werksaam is nie. Die bedrywe wat spesifiek uitgesluit word, is: boerdery, huishoudelike diens, regeringsdiens, liefdadigheidsinrigtings, opvoedkundige inrigtings en goud- en steenkoolnywerhede. Die Staatspresident kan egter die wet van toepassing maak op die goud- en steenkoolnywerheid in enige gebied by proklamasie bepaal.

<sup>58</sup>Vgl by die verklaring van mnr Marais Viljoen, Minister van Arbeid, in *Rapport* 14 Oktober 1973.

komiteestelsel wysig, lid kan word van en aan die verrigtings van bepaalde komitees binne 'n inrigting kan deelneem.

*Werkekomitees*<sup>59</sup> en *koördinerende werkekomitees*<sup>60</sup>

'n *Werkekomitee* word gekies ten opsigte van 'n inrigting waarin geen *skakelkomitee* bestaan nie en waarin meer as twintig werknemers in diens is of ten opsigte van enige afdeling van 'n inrigting waarin daar meer as twintig werknemers in diens is. Wanneer ten opsigte van twee of meer afdelings van 'n inrigting werkekomitees gekies is, kan daardie werkekomitees na oorlegpleging met die werkgewer 'n *koördinerende werkekomitee* instel wat uit die voorsitters en sekretarisse van die onderskeie werkekomitees bestaan. Lede van 'n koördinerende werkekomitee kies uit hulle midde 'n voorsitter en 'n sekretaris.

Die instelling van werkekomitees is nie verpligtend nie en die inisiatief vir die instelling kan òf van die werknemers òf die werkgewer uitgaan. Die werkgewer kan te eniger tyd uit eie beweging die nodige stappe doen om 'n werkekomitee in te stel maar is verplig om die stappe te doen wanneer die werknemers hom in kennis stel dat hulle of 'n meerderheid van hulle so 'n komitee wil instel.

Die stappe wat die werkgewer moet doen, is die volgende: Hy moet altyd die inspekteur van arbeid in kennis stel van die voorneme om so 'n komitee in te stel en moet die nodige reëlings tref vir die verkiesing van die komitee deur 'n vergadering van werknemers of vir die verkiesing op 'n ander wyse soos goedgekeur deur die Bantoe-arbeidsamptenaar. Die vergadering van werknemers word gehou onder die voorsitterskap van die werkgewer of sy verteenwoordigers; die Bantoe-arbeidsamptenaar kan die vergadering bywoon. Die werknemers teenwoordig of dié wat aan die verkiesing deelneem, kan uit werkers van die inrigting minstens drie en hoogstens twintig persone kies as 'n werkekomitee vir daardie inrigting of afdeling mits die aantal lede van die komitee hoogstens een kwart is van die totale aantal werknemers ten tye van die verkiesing in daardie inrigting of afdeling. Voorsiening word gemaak vir alternatiewe lede; hoogstens twee lede word gekies vir een jaar en is herkiesbaar.

*Skakelkomitees*<sup>61</sup>

'n *Werkgewer* en sy werknemers<sup>62</sup> kan ten opsigte van 'n inrigting ("establishment") waarin hulle in diens is, 'n *skakelkomitee* instel waarvan die aantal lede deur die werkgewer en sy werknemers bepaal word en waarvan minstens helfte deur die werknemers uit hul midde gekies word terwyl die ander lede persone is wat deur die werkgewer aangewys word om hom in die komitee te verteenwoordig. Die persone deur die werkgewer aangewys hoef nie noodwendig Bantoes te wees nie maar kan Blankes, Asiërs of Kleurlinge wees en dit word selfs nie eers vereis dat hul werknemers van die werkgewer hoef te wees nie. Die voorsitter van die skakelkomitee, wat

<sup>59</sup>a 7A.

<sup>60</sup>a 7B.

<sup>61</sup>a 7 van wet 48 van 1953 soos gewysig deur a 3 van wet 70 van 1973.

<sup>62</sup>a 1 van wet 48 van 1953 bepaal: "'werknemer', 'n werknemer wat 'n Bantoe is."

nie lid van die komitee hoef te wees nie, word deur die werkgewer of op 'n wyse deur die lede van die komitee bepaal, aangewys. Die funksie van die skakelkomitee is om, ooreenkomstig reëls deur hom aanvaar, aangeleenthede te oorweeg wat van belang vir die werkgewer en werknemers is en om aan die werkgewers aanbevelings wat die komitee dienstig ag, te doen oor diensvoorwaardes van die werknemers of enige ander aangeleentheid wat hul belange raak. Die werkgewer word deur die wet verplig om binne dertig dae na instelling van die skakelkomitee die inspekteur daarvan in kennis te stel. Anders as in die geval van die werkekomitees word geen beperking gestel op die aantal werknemers wat in diens moet wees nie.

## II Die reg om kollektief te beding

Oor 'n kollektiewe bedingingsreg as sodanig beskik Bantowerknemers nie. Omdat hulle nie as "werknemers" ingevolge die Wet op Nywerheidsversoening<sup>63</sup> geag word nie het hulle nie direk deel aan die masjinerie van dié wet nie en kan hulle gevolglik nie in 'n nywerheidsraad kollektief met hul werkgewers beding nie. Nogtans kan nywerheidsraadooreenkomste op hulle van toepassing gemaak word<sup>64</sup> en word die oorgrote meerderheid van Bantowerknemers in ons nywerhede se lone en diensvoorwaardes inderdaad deur sodanige ooreenkomste gereël; in 1971 was dit 538 000 Bantowerknemers teenoor die 293 000 Bantowerknemers wat aan loonvasstellings ingevolge die Loonwet onderworpe was.<sup>65</sup> Voordat aandag aan nywerheidsraadooreenkomste gegee word, word die aandag eers by *vasstellings* bepaal.

Vasstellings ingevolge die Loonwet,<sup>66</sup> wat van toepassing is wanneer geen nywerheidsraadooreenkoms 'n aangeleentheid reël nie,<sup>67</sup> word deur die minister gemaak nadat die Loonraad ondersoek ingestel het, 'n verslag opgestel het en 'n aanbeveling aan die minister gedoen het.<sup>68</sup> Die Loonwet is op alle werknemers van toepassing en daar mag nie op grond van ras of kleur gedifferensieer word nie.<sup>69</sup>

Die deelname van die Bantowerknemer in die totstandkoming van 'n vasstelling bestaan daarin dat die loonraad kennis van sy ondersoek in die *Staatskoerant* gee en belanghebbendes geleentheid gee om versoë te rig.<sup>70</sup> By sy ondersoek neem die loonraad direk kennis van die behoeftes van die Bantowerknemer.

Wat die reëling van lone en diensvoorwaardes van Bantowerknemers ingevolge *nywerheidsraadooreenkomste* betref, kan hul bedingingsposisie slegs

<sup>63</sup>a 1(1)(xliv) wet 28 van 1956.

<sup>64</sup>ingevolge a 48(1)(b) wet 28 van 1956.

<sup>65</sup>Die syfers is verstrek by 'n simposium oor stakings gereël deur die SA Instituut vir Personeelbestuur, Holiday Inn, Jan Smuts, Maart 1973. Daar is ook aangetoon dat die getal Bantowerknemers onderworpe aan nywerheidsraadooreenkomste met 89% gestyg het en dié onderworpe aan vasstellings ingevolge die Loonwet met slegs 14% in die jare 1962-1971 gestyg het.

<sup>66</sup>a 14 wet 5 van 1957.

<sup>67</sup>a 2(3)(a) wet 5 van 1957.

<sup>68</sup>a 4 5 en 6 wet 5 van 1957.

<sup>69</sup>a 1(xii) wet 5 van 1957 sluit Bantoes by die omskrywing van "werknemer" in.

<sup>70</sup>a 9(1) wet 5 van 1957.

begryp word wanneer die Wet op Nywerheidsversoening en die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge saam gelees word. In laasgenoemde wet word voorsiening gemaak vir die belange van Bantoe-werknemers omdat hul nie ingevolge die eerste wet direk aan die bedingingsmasjinerie wat dié wet skep, deel het nie.

Voordat die bedingingsposisie van Bantoe-werkers met betrekking tot nywerheidsraadooreenkomste uiteengesit kan word, moet ook nog eers getel word op die departementele liggame wat ingevolge die hoofwet in 1953<sup>71</sup> ingestel is en wat 'n belangrike rol in die bedingingsproses speel. Hierdie liggame is: die sentrale Bantoe-arbeidsraad, die streekskomitees en die Bantoe-arbeidsamptenare.

#### *Die sentrale Bantoe-arbeidsraad*<sup>72</sup>

Die lede van dié raad is Blankes, wat deur die minister na raadpleging met die streekskomitees aangestel word. Die raad dien die minister van advies oor enige aangeleentheid deur hom na die raad verwys of wat die raad meen in belang van Bantoes in enige bedryf is.

#### *Streekskomitees vir Bantoe-arbeid*<sup>73</sup>

Die minister stel 'n streekskomitee vir 'n gebied aan bestaande uit minstens vier lede van wie die een 'n Bantoe-arbeidsamptenaar (Blanke) moet wees en wat as voorsitter optree. Die ander lede, wat Bantoes moet wees, verteenwoordig die Bantoe-werkers in die gebied. Die wysigingswet<sup>74</sup> maak daarvoor voorsiening dat vir so ver die minister dit dienstig ag lede gekies word uit die lede van die skakelkomitees, koördinerende werkekomitees en werkekomitees. Daarbenewens *moet* 'n streekskomitee by die behandeling van 'n arbeidsgeskil en *kan* hy by 'n ander aangeleentheid wat Bantoe-werknemers raak, een of meer Bantoelede van die bogenoemde komitees koöpteer.<sup>75</sup> Die streekskomitees moet in hul gebiede die belange van die Bantoe-werkers behartig en moet derhalwe in aanraking met die werknemers bly ten einde op hoogte te kan wees met hul diensvoorwaardes; moet aan die inspekteur verslae voorlê ivm arbeidsgeskille; moet behulpsaam wees met beslegting van geskille; en moet aan die sentrale Bantoe-arbeidsraad verslag doen mbt sake deur dié raad na die komitee verwys. 'n Streekskomitee ontvang verhoë van Bantoe-werknemers en werkgewers en doen navrae ivm aangeleenthede binne sy bestek. Waar streekskomitees nie bestaan nie word hul werksaamhede deur die inspekteurs verrig.

#### *Bantoe-arbeidsamptenare*<sup>76</sup>

'n Blanke amptenaar wat deur die minister vir 'n gebied aangestel is, moet homself op hoogte hou omtrent die wense, strewe en behoeftes van Bantoe-werknemers in sy gebied en moet ook in noue voeling bly met die Bantoe-kommissaris en inspekteur mbt verwickelinge ivm Bantoe-aan-

<sup>71</sup>Wet op Bantoe-arbeid (Beslegting van Geskille) 48 van 1953.

<sup>72</sup>a 3 wet 48 van 1953.

<sup>73</sup>a 4 wet 48 van 1953.

<sup>74</sup>a 2(a) wet 70 van 1973 wat 'n nuwe a 4 (2A) ingevoeg het.

<sup>75</sup>a 2(b) wet 70 van 1973 wat a 4(4) van die hoofwet 48 van 1953 vervang het.

<sup>76</sup>a 8 wet 48 van 1953.



geleenthede. Saam met die Bantoe-kommissaris dien hy as skakel tussen die werknemers en hul werkgewers. Hy moet die inspekteur en streekskomitee op hoogte hou omtrent enige arbeidsgeskil wat bestaan en wat moontlik kan ontstaan en moet in samewerking met die inspekteur pogings aanwend om die geskil te besleg. Hy verrig werksaamhede deur die minister na hom verwys en tree op as voorsitter van die streekskomitee.

#### *Deelname in totstandkoming van nywerheidsraadooreenkomste*

Die werkekomiteestelsel verleen nie direkte deelname deur Bantoe-werknemers aan die totstandkoming van nywerheidsraadooreenkomste nie. Ingevolge die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge kan 'n skakelkomitee aanbevelings mbt diensvoorwaardes aan werkgewers maak,<sup>77</sup> terwyl 'n koördinerende werkekomitee of 'n werkekomitee Bantoe-werknemers verteenwoordig by die onderhandelings met hul werkgewer oor hul diensvoorwaardes.<sup>78</sup> Geen verpligting berus op die partye om tot 'n ooreenkoms te kom nie, alhoewel, waar geen nywerheidsraad bestaan nie, sodanige aanbevelings of onderhandelings wel die basis van 'n loonreëlende maatreël kan wees. Bestaan daar tog 'n bedryf wel 'n nywerheidsraad, kan so 'n aanbeveling of onderhandeling as belangrike kommunikasiemiddel dien waardeur die werkgewer die wense van sy Bantoe-werknemers te wete kom. Die belange van die Bantoe-werknemers word by die totstandkoming van nywerheidsraadooreenkomste op 'n indirekte wyse behartig en die departement arbeid speel hier 'n belangrike rol.

Wanneer 'n nywerheidsraad voornemens is om ingevolge die Wet op Nywerheidsversoening<sup>79</sup> diensvoorwaardes te bepaal tog 'n onderneming waarin Bantoes werksaam is, *moet* die sekretaris van so 'n nywerheidsraad aan die sentrale Bantoe-arbeidsraad en enige streekskomitee in die gebied 'n kennisgewing stuur van elke vergadering van die nywerheidsraad waarby die aangeleentheid oorweeg staan te word.<sup>80</sup> Die sentrale Bantoe-arbeidsraad *kan* een of meer van sy lede (Blankes) nomineer en die sekretaris van arbeid *kan* op versoek van die sentrale Bantoe-arbeidsraad 'n amptenaar aanwys om 'n vergadering van die nywerheidsraad by te woon. Die voorsitter van 'n streekskomitee (Blanke Bantoe-arbeidsamptenare) wat die sentrale Bantoe-arbeidsraad aanwys, *kan* ook so 'n nywerheidsraad se vergadering bywoon en *kan* nou ingevolge die wysingswet<sup>81</sup> vergesel wees van die lid of lede van so 'n streekskomitee (Bantoes) met inbegrip van 'n lid of lede (Bantoes) wat kragtens die gewysigde artikel 4(4) van die hoofwet gekoöpteer is. Soos hierbo aangedui, *moet* 'n streekskomitee by die behandeling van 'n arbeidsgeskil en *kan* hy by die behandeling van 'n *ander* aangeleentheid wat 'n werknemer in 'n bedryf raak, een of meer Bantoelede van 'n skakelkomitee of koördinerende werkekomitee of werkekomitee as lede van 'n streekskomitee koöpteer. Die persone wat sodoende 'n nywerheidsraad se vergadering bywoon, kan aan die verrigtings deelneem, vir so

<sup>77</sup>a 7(2) ingevoeg ingevolge a 3 van wet 70 van 1973.

<sup>78</sup>a 7A(10) en a 7B(4) ingevoeg ingevolge a 4 van wet 70 van 1973.

<sup>79</sup>a 24 en 48 wet 28 van 1956.

<sup>80</sup>a 9 wet 48 van 1953.

<sup>81</sup>a 9(2) van hoofwet soos gewysig deur a 5 wet 70 van 1973.

ver dit die belange van Bantoe-werknemers raak, maar hulle het geen reg om te stem nie.<sup>82</sup> Om te verhoed dat 'n nywerheidsraad 'n besluit neem wat in stryd is met die belange van die Bantoe-werknemers word bepaal dat wanneer 'n nywerheidsraad 'n besluit neem oor diensvoorwaardes wat Bantoe-werknemers raak, die voorsitter van die sentrale Bantoe-arbeidsraad aan die minister 'n verslag moet voorlê waarin te kenne gegee word of die raad met die besluit van die nywerheidsraad saamstem of so nie die mening toegedaan is dat 'n aanbeveling van die loonraad verkry behoort te word.<sup>83</sup>

In die geval van 'n *versoeningsraad* geld die bogenoemde vereistes<sup>84</sup> *mutatis mutandis* behalwe dat die inspekteur die sentrale Bantoe-arbeidsraad en die streekskomitees van die vergadering in kennis moet stel.<sup>85</sup> Verder maak bogenoemde reëlings geen inbreuk op die bevoegdheid van die minister om kragtens artikels 48(4) en 49(3) van die Wet op Nywerheids-versoening 'n kennisgewing te publiseer of geen inbreuk op die toepassing van 'n aldus gepubliseerde kennisgewing nie.<sup>86</sup>

*Orders deur minister uitgevaardig ingevolge Wet op Reëling van Bantoe-arbeids-verhoudinge*

In twee gevalle word loonraadondersoeke vereis as grondslag vir orders wat die minister ingevolge die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge uitvaardig. Die eerste loonraadondersoek geskied wanneer, soos hierbo aangedui, die sentrale Bantoe-arbeidsraad van mening is dat 'n besluit van 'n nywerheidsraad wat Bantoe-werknemers raak vir 'n aanbeveling na die loonraad verwys moet word.<sup>87</sup> Tweedens vind so 'n ondersoek plaas wanneer die sentrale Bantoe-arbeidsraad nie tot 'n skikking van 'n geskil kan kom nie en aan 'n minister verslag doen dat dit na die loonraad verwys behoort te word.<sup>88</sup> By sodanige ondersoeke word vereis dat die loonraad nie net met die Bantoe-werknemers oorleg pleeg nie maar ook met werkgewers, verteenwoordigers van streekskomitees en indien 'n nywerheidsraad bestaan ook met so 'n nywerheidsraad.<sup>89</sup>

'n Belangrike nuwe ontwikkeling is deur die wysigingswet<sup>90</sup> ingelui deurdat voorsiening gemaak is vir die minister om 'n order uit te vaardig wanneer werkgewers, indien geen nywerheidsraad bestaan nie, voorstelle aan die minister aangaande lone en diensvoorwaardes voorlê met die doel om dit by wyse van 'n order bindend te verklaar. Die minister *kan* na oorlegpleging met die loonraad en indien hy dit dienstig ag en hy meen dat die werkgewers verteenwoordigend van die gebied is, 'n order ooreenkomstig die aanbeveling maak.<sup>91</sup> Hierdeur word die minister in staat gestel om

<sup>82</sup>a 9(3) wet 48 van 1953.

<sup>83</sup>a 9(4) wet 48 van 1953.

<sup>84</sup>a 9(1), (2), (3) en (4) wet 48 van 1953 soos gewysig deur a 5 wet 70 van 1973.

<sup>85</sup>a 9(5) wet 48 van 1953.

<sup>86</sup>a 9(6) wet 48 van 1953.

<sup>87</sup>a 9(4) wet 48 van 1953.

<sup>88</sup>a 10(3) wet 48 van 1953.

<sup>89</sup>a 11(3) wet 48 van 1953.

<sup>90</sup>a 11A wet 48 van 1953 soos ingevoeg deur a 6 wet 70 van 1973.

<sup>91</sup>Vier orders is in 1973 uitgevaardig:

snel op te tree omdat die voorstelle van die werkgewers self kom en die tydrowende ondersoek deur die loonraad uitgekakel word. Uitvaardiging van orders sonder dat met die Bantoe-werknemers geskakel is, kan egter probleme oplewer.<sup>92</sup>

### III Beperkte stakingsreg

'n Arbeidsgeskil word nou ingevolge die wysingswet kortliks omskryf as " 'n arbeidsgeskil waarby werknemers betrokke is".<sup>93</sup> Voordat die beperkte stakingsreg bespreek word, moet eers gelet word op die wyse waarvolgens arbeidsgeskille voorkom of besleg word. 'n Streekskomitee, inspekteur en Bantoe-arbeidsamptenaar wat ivm 'n arbeidsgeskil optree, moet die betrokke skakelkomitee, koördinerende werkekomitee of werkekomitee raadpleeg.<sup>94</sup> Vermoed 'n Bantoe-arbeidsamptenaar dat 'n arbeidsgeskil bestaan of mag ontstaan, moet hy onverwyld verslag daaromtrent doen aan die betrokke streekskomitee, inspekteur, en die nywerheidsraad indien daar vir die betrokke nywerheid een bestaan.<sup>95</sup>

Met behulp van die streekskomitee en die inspekteur moet hy pogings aanwend om 'n skikking teweeg te bring maar indien hy nie slaag nie moet hy die arbeidsgeskil na die sentrale Bantoe-arbeidsraad verwys.<sup>96</sup> Slaag laasgenoemde ook nie om met behulp van die Bantoe-arbeidsamptenaar en die inspekteur die geskil te besleg nie moet die raad aan die minister verslag doen en meld of die aangeleentheid na die mening van die raad na die loonraad verwys behoort te word vir 'n aanbeveling insake die voorwaardes waarvolgens tot 'n skikking geraak behoort te word.<sup>97</sup>

Die algehele verbod op stakings deur en uitsluitings<sup>98</sup> van Bantoe-werknemers wat in die hoofwet voorgekom het,<sup>99</sup> is nou ingevolge die wysingswet tot 'n beperkte verbod gewysig.<sup>100</sup> Die aanstigting, aanhitsing of deelname aan 'n staking of uitsluiting word in die volgende gevalle verbied:

1 gedurende die geldigheid van 'n ooreenkoms, toekenning of vasstelling ingevolge die Nywerheidsversoeningwet; of

2 indien 'n order of loonreëlende maatreël (behalwe 'n ooreenkoms, toekenning of vasstelling) 'n bepaling bevat wat die aangeleentheid wat tot die staking of uitsluiting aanleiding gegee het, behandel en wat op die datum van die aanstigting om te staak of uit te sluit minder as een jaar bindend is; of

5 Okt 1973 GK R 1918 tov die siviele ingenieursnywerheid; GK R 1819 tov die padmaaknywerheid; 14 Des 1973 GK R 2319 tov die ligte katoentekstielywerheid; 21 Des 1973 GK R 2468 tov stuwadoorsbedryf.

<sup>92</sup>Die voorgestelde loonsverhoging kan vir die Bantoe-werknemers onaanneemlik wees.

<sup>93a</sup> 1 wet 48 van 1953 soos gewysig deur a 1 wet 70 van 1973.

<sup>94a</sup> 7E soos ingevoeg ingevolge a 4 wet 70 van 1973.

<sup>95a</sup> 10(1) wet 48 van 1953.

<sup>96a</sup> 10(2) wet 48 van 1953.

<sup>97a</sup> 10(3) wet 48 van 1953.

<sup>98</sup>Vir omskrywing van "staking" en "uitsluiting" sien a 18(5) wet 48 van 1953.

<sup>99a</sup> 18 wet 48 van 1953.

<sup>100a</sup> 18(1) wet 48 van 1953 soos gewysig ingevolge a 9(a) wet 70 van 1973.



3 indien die betrokke werknemers by die volgende werkgewers in diens is:<sup>101</sup> plaaslike owerhede, 'n werkgewer binne die gebied van plaaslike owerhede wat lig, krag, water, sanitasie, passasiersvervoer of brandweerdiens verskaf of 'n werkgewer op wie die bepalings van artikel 46(7) van die Wet op Nywerheidsversoening van toepassing is; of

4 indien die aangeleentheid ingevolge artikel 11(1) vir 'n aanbeveling na die loonraad verwys is.

Geld nie een van die voorgaande nie moet die aangeleentheid eers na 'n skakelkomitee, koördinerende werkekomitee of werkekomitee verwys word. Slaag die betrokke komitee nie daarin om 'n beslegting teweeg te bring nie of waar geen komitee bestaan nie, kan die Bantoe-werknemers staak of uitgesluit word dertig dae nadat 'n verslag oor die aangeleentheid deur of ten behoeve van die betrokke werknemers of werkgewers aan die Bantoe-arbeidsbeampte vir die betrokke gebied voorgelê is.<sup>102</sup>

Die beskerming wat die Bantoe-werknemers ingevolge artikel 24 van die hoofwet teen viktimisasie geniet het, word deur die wysigingswet uitgebrei sodat sodanige werknemers ook beskerming geniet wanneer hulle deelneem aan die komiteestelsel.<sup>103</sup>

## SLOTBESKOUIING

Anders as wat die naam moontlik aandui, is die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge nie 'n omvattende maatreël wat alle Bantoe-arbeidsverhoudings in die Republiek reël nie. Inteendeel, daar bestaan inderdaad heelwat ander wette wat ook op Bantoe-werknemers van toepassing is<sup>104</sup> en daar is selfs ook meer as een staatsdepartement<sup>105</sup> by sodanige wetgewing betrokke sodat alle Bantoe-arbeidsverhoudings nie aan een departement, naamlik die departement van arbeid, opgedra is nie. Wanneer die uitwerking van die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge op Bantoe-arbeidsverhoudings in die algemeen beoordeel word, moet die beperkte rol wat aan dié wet toegesê is steeds in gedagte gehou word.

Vanuit die *staat* se oogpunt beoordeel, gee die wet gestalte aan die self-opgelegde taak van die owerheid om wat Bantoe-arbeidsverhoudings betref, nie afsydig te staan nie maar as derde party tot die werkgewer-werknemer-verhouding toe te tree. In ooreenstemming met verklaarde beleid word voorsiening gemaak vir groter deelname van Bantoe-werknemers aan arbeidsverhoudings, nie deur erkenning van Bantoe-vakbonde nie maar wel by wyse van afsonderlike instellings vir Bantoe-werkers.

Van owerheidsweë is dus 'n stelsel vir Bantoe-werknemers in die nywerhede ingestel wat nie onafhanklik van die staat nie maar slegs in noue same-

<sup>101</sup>a 18(IA) soos ingevoeg ingevolge a 9(b) wet 70 van 1973.

<sup>102</sup>Vir strafbepaling sien a 18(2) wet 48 van 1953.

<sup>103</sup>a 24(c) soos vervang ingevolge a 10 wet 70 van 1973.

<sup>104</sup>Vgl die maatreëls vermeld deur PJ van der Merwe *Die Bantoe-arbeidsmark in Suid-Afrika* deel 1 hoofstuk v (ongep proefskrif UP 1971).

<sup>105</sup>bv wette van die departement van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling wat indiensneming, betaling van heffings deur werkgewers ens reël en 'n uitwerking het op die mobiliteit van Bantoe-werknemers. Sien Van der Merwe *supra*.



werking met die amptenare en instellings van die departement van arbeid kan funksioneer. Dit geld nie net wat kommunikasie tussen werkgewer en werknemer nie maar ook wat bedinging van diensvoorwaardes en beslegting van geskille betref. Van owerheidsweë word gevolglik beskerming verleen aan Bantoe-werknemers wat aan die komiteestelsel deelneem deur viktimisasie van die werknemers te verbied. Verbeterde arbeidsverhoudings word verseker deurdat die minister op aanbeveling van 'n groep werkgewers nou snel kan optree om loonvasstellings te maak sodat Bantoe-lone beter tred kan hou met die stygende lewenskoste. Veral word in die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudings die grondslag vir beter arbeidsverhoudings in die toekoms gelê deur die verlening van 'n beperkte stakingsreg aan Bantoe-werknemers, waardeur die owerheid erken dat die Bantoe-werker oor 'n stakingsmag beskik wat binne die sfeer van die arbeidsreg gebring behoort te word.

Die staatsbetrokkenheid by Bantoe-arbeidsverhoudings is egter nie sonder gevare vir die owerheid nie. In teenstelling met die Wet op Nywerheidsversoening, met sy selfbeskikkingsreg en minimum-inmenging deur die owerheid in arbeidsverhoudings, bring die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge mee dat die staat noodgedwonge by elke arbeidsonrus waarby Bantoe-werknemers betrokke is, ten volle betrek word en sodoende voortdurend verstrengel raak in die werkgewer-werknemer-verhouding. Die paternalistiese houding van die staat met betrekking tot Bantoe-arbeidsverhoudings bring mee dat die owerheid aan die een kant die ongeorganiseerde Bantoe-werkers teen hul werkgewers moet beskerm terwyl dieselfde werkgewers na die staat omsien om hulle by wyse van wetgewing so wel as strafregtelike en administratiewe optrede teen die Bantoe-werknemers by te staan. Staatsbeskerming veroorsaak dat werkgewers self nie veel moeite doen om Bantoe-arbeidsverhoudings in die algemeen te bevorder nie omdat dit so maklik is om in krisistye by die owerheid om hulp aan te klop. Met die toenemende ekonomiese groei en die gepaardgaande industrialisasie sal die taak van die departement van arbeid in sy rol as tussenganger en buffer tussen Bantoe-werknemers en hul werkgewers geweldige afmetings aanneem.

Wat *werkgewers* betref, is die grootste voordeel wat vir hulle uit die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge voortspruit sekerlik dat van owerheidsweë aan hul bystand verleen word in hul Bantoe-arbeidsverhoudings. Die afsonderlike komiteestelsel waarvan werkgewers gebruik kan maak om met hul Bantoe-werkers te skakel, bring mee dat werkgewers, wat tradisioneel maar traag is om enige vorm van werkersorganisasie te erken, met Bantoe-werknemers kan skakel sonder om aan hulle enige vakbondregte toe te ken. 'n Groep werkgewers wat die lone van hul Bantoe-werknemers wil verhoog, kan nou die minister nader; so 'n loonvasstelling kan ook op hulle mededingers van toepassing gemaak word. Omdat Bantoe-werknemers nou slegs onder bepaalde omstandighede mag staak, kan werkgewers 'n beroep op die owerheid doen om streng op te tree wanneer hul werkers wederregtelik aan werkstaking deelneem.

Die feit dat die werkgewer nie aan die druk van 'n vakbond onderworpe is nie, hou op die lang duur gevare in vir goeie Bantoe-arbeidsverhoudings. Die sukses van die komiteestelsel hang in 'n groot mate daarvan af of werk-

gewers dit ernstig bedoel om arbeidsverhoudings in die algemeen te bevorder wanneer hulle met hul werkers deur middel van komitees skakel. Sien die werkgewers die komitees as bedingingsmasjinerie of as griewekomitees? Met die komiteestelsel word die werkgewer by die werknemersorganisasie betrek en moet hy nie alleen voorsiening maak vir komitees binne sy inrigting nie maar hulle ook aan die gang hou. Die werkgewer stel nie die werkersverteenwoordigers in die komitees aan nie en kan dus nie sorg dra dat die geskikte persone verkies word wat verantwoordelikheid, opvoedkundige kwalifikasies en gesindheid betref nie. Die feit dat 'n komitee nie buite die inrigting en onafhanklik van die werkgewer funksioneer nie hou gevaar vir die werkgewer in indien 'n komitee nie sterk standpunt inneem of selfs nie die belange van die werkers inderdaad verteenwoordig nie. Daarbenewens staan die werkgewer nog gedurig blootgestel aan verskeie instansies en persone wat namens Bantowerknemers lone en diensvoorwaardes beding.

Wat die *Bantowerker* in die nywerhede betref, is die volgende aspekte van die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge bevorderlik vir beter arbeidsverhoudings: die verlening van 'n beperkte stakingsreg aan Bantowerknemers; die skepping van beter kommunikasie-middels met hul werkgewers; die beter beskerming teen viktimisasie; die sneller metode om lone en diensvoorwaardes te verbeter op voorstel van 'n groep werkgewers; en (vir die eerste keer) die toegang van Bantowerknemers tot die beraadslagings van nywerheidsrade.

Wat die drie fundamentele regte van werkers betref, naamlik die reg om te organiseer, die reg om kollektief te beding en die reg om te staak, blyk dit dat van owerheidsweë nou aan Bantowerknemers 'n beperkte stakingsreg verleen is wat geensins by dié van ander werknemers in die Republiek afsteek nie. By wyse van kritiek is daar egter op gewys dat dit nie billik is om te vereis dat Bantowerknemers nie mag staak gedurende die bestaan van 'n nywerheidsraadooreenkoms (op hulle van toepassing) nie, aangesien Bantowerkers nie 'n party tot so 'n ooreenkoms was nie.<sup>106</sup> Die reg om te *organiseer*, is in die geval van die Bantowerknemers ook beperk in die sin dat alhoewel hulle nie verbied word om te organiseer nie, nogtans ingevolge die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge van owerheidsweë slegs aan bepaalde organisasies vir Bantowerkers erkenning verleen word. Naas die komitee-stelsel het Bantowerknemers ook sitting op streekskomitees, en hul kan in 'n adviserende hoedanigheid aan nywerheidsraadsberaadslagings deelneem wanneer dit gaan oor aangeleenthede wat Bantowerknemers raak. Van owerheidsweë word Bantowerknemersorganisasies slegs binne 'n bepaalde inrigting en nie op 'n breër of nasionale grondslag erken nie. Bantoevakbonde geniet geen erkenning ingevolge ons nywerheidswetgewing nie en samewerking met sodanige vakbonde word van owerheidsweë ontmoedig.

Wat die *kollektiewe bedingingsreg* betref, beskik Bantowerknemers in eerste instansie nie oor 'n reg om te beding nie omdat hulle nie 'n party tot 'n

<sup>106</sup>Mev H Suzman *Debatte van Volksraad* 4e sessie van 4e parlement 11 tot 15 Junie 1973 8996.

nywerheidsraadsooreenkoms kan wees nie, aangesien hulle hoogstens die reg het om te *adviseer* en te *onderhandel* en nie oor die bevoegdheid beskik om bindende ooreenkomste aan te gaan nie. Kollektiewe optrede van Bantoe-werknemers word ook beperk tot 'n bepaalde inrigting en daar word nie voorsiening gemaak vir optrede op 'n breër grondslag nie. Bedinging ten behoeve van Bantoe-werknemers vind plaas deur middel van die owerheid,<sup>107</sup> blanke vakbonde,<sup>108</sup> nie-blanke vakbonde *via* erkende blanke vakbonde,<sup>109</sup> tuislandleiers,<sup>110</sup> oorsese vakbonde<sup>111</sup> en ander internasionale instansies.<sup>112</sup>

Wat die bydrae van die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge tot die verbetering van Bantoe-arbeidsverhoudings in die Republiek inderdaad sal wees, kan slegs die toekoms leer.<sup>113</sup> Van owerheidsweë is die geleentheid geskep vir groter deelname van Bantoe-werkers aan ons georganiseerde nywerheidslewe en sodoende is vir hierdie werkers 'n ontwikkelingsproses aan die gang gesit. Groter organisasiegeleenthede en meer seggenskap in die bedingingsproses as wat die wet tans verleen, sal spoedig moet volg; so nie sal Bantoe-werknemers noodgedwonge aan werkers-organisasies wat buite hul werkinrigting georganiseer word, deelneem en sal hulle van ander bedingingsmetodes as dié wat die wet voorsien, gebruik maak. Die vraag ontstaan of die komiteestelsel die Bantoe-arbeidsleiers sal voortbring wat so noodsaaklik is vir gesonder arbeidsverhoudinge in die toekoms. Bantoe-arbeidsverhoudings is dinamies en ons arbeidswetgewing sal gedurig van veranderde omstandighede moet kennis neem en hom daarby aanpas om te verseker dat sodanige verhoudings voortdurend van regsweë gereël word.<sup>114</sup> □

“Dit is nie die funksie van die reg om die mensdom gelyk te maak nie . . .”

*Van Zijl in Malan v Van Jaarsveld*  
1972 2 S.A 243 (K) 250

<sup>107</sup>Vgl mnr H Tindale lid van die sentrale Bantoe-arbeidsraad se pleidooi vir 'n verhoging van R20 aan Bantoe-werkers van die staal- en ingenieursnywerheid in 'n vergadering van werkgewers en 10 vakbonde in Johannesburg op 28 Mei 1974 - *Rand Daily Mail* 29 Mei 1974.

<sup>108</sup>Blanke vakbonde beding ook vir hul mede-Bantoe-werkers.

<sup>109</sup>bv die Bantoevakbond van mev Lucy Muvebelo wat in die klerenrywerheid nou met die blanke vakbond saamwerk.

<sup>110</sup>bv mnr B Dladla raadslid van KwaZulu het met die Frame-organisasie in Januarie 1974 beding. Vgl *Pretoria News* 22 Jan 1974.

<sup>111</sup>bv pogings van die “British Trade Union Congress”.

<sup>112</sup>soos druk op oorsese firmas wat in Suid-Afrika optree om lone van hul Bantoe-werknemers te verhoog.

<sup>113</sup>In Julie 1973 was daar 43 werkekomitees en 120 skakelkomitees; in Oktober 1973 76 werkekomitees en 611 skakelkomitees; en in Desember 1973 99 werkekomitees en 727 skakelkomitees.

<sup>114</sup>Sien bv voorstelle van SR van Jaarsveld “Is arbeidsvrede deur middel van arbeidswetgewing moontlik?” *De Jure* jaargang 7 vol I.

# Legal institutions and human needs

Leonard Gering<sup>1</sup>

*Durban*

An inaugural address has been described as being, in a sense, a profession of faith in one's academic discipline. My discipline is law, and it is, therefore, I think, appropriate and fitting on this occasion that I should profess publicly my "allegiance to the law"<sup>2</sup> as a method of social control, and should emphasize my "faith in the creative possibilities of law"<sup>3</sup> as a method of effecting orderly and peaceful change. I have chosen as my title "Legal Institutions and Human Needs" in order to stress the relationship between law and the legal institutions through which law operates, on the one hand, and human needs, on the other, and I wish to voice some reflections on the role of the academician vis-à-vis this relationship. For clarity, I have endeavoured to crystallize my views in a series of propositions.

My first proposition - that a framework of law is an indispensable prerequisite in present day human society - is forcefully set out in a judgment of Lord Wilberforce in the House of Lords in 1966.<sup>4</sup> He quoted with approval this statement of Locke:

"A government without law is, I suppose, a mystery in politics, inconceivable to human capacity and inconsistent with human society";

and then went on to say that this must be true of any "civilised and organised society."<sup>5</sup>

Professor Karl Olivecrona of Sweden expressed the same thought more fully in his book *Law as Fact*:

"Without doubt social life must be based on law . . . We cannot conceive a community - at least not under modern conditions - which is not based on [law] . . . Without that there could be no real security, not even with regard to life and limb. The hidden resources of hate, of lust for revenge, and of

---

<sup>1</sup>Inaugural address as professor of law in the University of Durban-Westville, delivered on 5 September 1972.

<sup>2</sup>A phrase used by Wilmot CJ in *R v Almon* (1765) quoted by Milton in 1970 *SALJ* 424 425.

<sup>3</sup>See Frankfurter *Of Law and Men* (1956) 184.

<sup>4</sup>*Carl-Zeiss-Stiftung v Rayner & Keeler Ltd* 1966 2 All ER 536 (HL).

<sup>5</sup>*Ibid* 577.



boundless egoism would break through in a destructive way, if not held in check by the presence of force, immeasurably superior to that of any single individual or private combination. Men need taming in order to live peacefully together."<sup>6</sup>

My next proposition - that law is not an end in itself, but is to be regarded as a means, namely, to serve the needs of the inhabitants of society - is succinctly expressed by Professor Paul van Warmelo:

"Society is not there for the law, but law is there for society."<sup>7</sup>

Many legal writers have referred to the conception of law as a means to certain ends. Let me mention a few:

Van den Heever JA declared:

"Law [in a community] is a means of effecting a compromise between conflicting interests."<sup>8</sup>

Justice Felix Frankfurter of the United States stated the same thought:

"Law is the rational process for accommodating the conflicting interests of an inordinately complicated society."<sup>9</sup> . . . "Law is the framework of order within which the conflicts of life must be subdued, if a society is not to court chaos, or to be ruled by tyranny. And chaos is the usual precursor of tyranny."<sup>10</sup>

It is, as Professor Hans Kelsen put it, "a compromise of battling social forces."<sup>11</sup> In short, as stated by Dean Roscoe Pound, "in the modern world, law has become the paramount agency of social control."<sup>12</sup>

Without a framework of law, and a system of independent and impartial judicial tribunals to determine what the law is, and whether its norms have been observed or contravened, we would have a state of affairs, where, to use Shakespeare's words:

"Force should be right; or, rather, right and wrong, -  
Between whose endless jar justice resides, -  
Should lose their names, and so should justice too.  
Then everything includes itself in power,  
Power into will, will into appetite;  
And appetite, an universal wolf,  
So, doubly seconded with will and power  
Must make perforce an universal prey  
And last eat up himself."<sup>13</sup>

<sup>6</sup>Olivecrona *Law an Fact* (1939) 136.

<sup>7</sup>1959 *Acta Juridica* 97.

<sup>8</sup>*Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 490.

<sup>9</sup>Frankfurter *op cit* 187.

<sup>10</sup>*Ibid* 215.

<sup>11</sup>See Bodenheimer *Jurisprudence* (1962) 101.

<sup>12</sup>Pound *Social Control Through Law* (1942) 20.

<sup>13</sup>*Troilus & Cressida* act I scene III.

My third proposition is well expressed in these words of the great English jurist, John Austin:

“The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not, is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text by which we regulate our approbation and disapprobation.”<sup>14</sup>

To give just one example, taken from earlier times. Under Roman law - one of the bases of our Roman-Dutch common law - slavery was a recognised institution. It could not be seriously maintained that such a law did not exist, or - to state it differently - that it was not valid. Yet all of us here would, I think, regard it as contrary to the text by which we would regulate our approbation.

An institution which occupies a pivotal position in the Western law-idea<sup>15</sup> is an independent and impartial judiciary whose function it is to determine what the law is - to ascertain what the norms of the law are - and to apply them to the relevant facts which the court finds have been proved. It is appropriate and fitting on this occasion for me, as a member of the academic legal profession, to express my profound respect for our judiciary. The high standard of impartiality necessary for a judicial determination of questions of fact and of law is a cornerstone of our legal system,<sup>16</sup> and we have indeed been fortunate in this country in regard to our judiciary. Perhaps the circumstance that it has been my privilege to have appeared for some years as a practising advocate, as a member of the Cape bar, has helped to instil in me a feeling approaching reverence for our supreme court. If this be an inarticulate premise, I would acknowledge it expressly!

It is well to recognise that judges and academicians - and indeed practising advocates as well - all form part of a great and honourable profession, and that there is a need for all to work together in the development of our legal system - both our Roman-Dutch common law and our legislation - so that it can function effectively in serving the human needs of all the inhabitants of our heterogeneous society.

Nevertheless, this having been said, it is essential for clear thinking to realise that there are significant differences between the role and function of judges on the one hand, and on the other the role and

---

<sup>14</sup>Austin *Province of Jurisprudence* (NY 1954) 179. For discussion of this by Professor HLA Hart, see *Law and Philosophy* (Readings in legal Philosophy) ed EA Kent (1970) 566.

<sup>15</sup>For a penetrating analysis of the terms “law-idea” and Western “law-idea,” see BE King 1966 *Cambridge LJ* 106, especially 116.

<sup>16</sup>*Minister of Interior v Harris* 1952 4 SA 769 (A) 786 per Greenberg JA; and at 789 per Schreiner JA.

function of academic lawyers. And this, then, is my fourth proposition.

Ogilvie Thompson CJ has summed up clearly the duty of a judge in our legal system who, in his task of interpreting legislation, has determined what he conceives to be the intention of the legislature: he must give effect to the intention so determined; for he is bound by his judicial oath to do justice according to the laws of the Republic.<sup>17</sup> A judge is obliged by his oath of office to:

“administer justice to all persons alike without fear, favour or prejudice and in accordance with the law and customs of the Republic of South Africa.”<sup>18</sup>

And the learned Chief Justice proceeded to say:

“Independence, detachment and impartiality are of the essence of judicial office. Justice, it is often rightly said, must not only be done; it must be seen to be done. It is likewise highly desirable that the independence, detachment and impartiality of judges should be seen to be observed.” For these reasons, “the expression in public by judges, of opinions on controversial issues, whether or not such issues have political overtones, is to be deprecated.”<sup>19</sup>

The judge’s duty, then, is to determine what the law is, and having - to the best of his ability and within the limits of human fallibility - determined it, to apply it to the relevant facts. And indeed our legal system recognises the presence of human fallibility, and attempts to overcome it, as far as is practicable, by a system of appeals, both on law and on fact and also in regard to the exercise of judicial discretion. For this purpose there is in our legal system a hierarchy of appellate tribunals, to hear appeals in both civil and criminal cases.

Furthermore, there is the very valuable procedure, in our legal system, of automatic review by the supreme court of decisions of magistrates’ courts in criminal cases where sentences exceeding a statutory minimum are passed.<sup>20</sup>

In my respectful view, criticism by some academicians in this country of our judiciary for failing to criticise publicly legislation with which a judge disagrees, is based on a mistaken view of the role and function of a judge under our system of law.<sup>21</sup>

But the scope of the role and function of the academic lawyer is very different, and this is so for several reasons:

In the first place, he is not constrained by the terms of a judicial oath of office.

<sup>17</sup>1972 *SALJ* 23 34.

<sup>18</sup>Act 59 of 1959 s 10(2)(a).

<sup>19</sup>1972 *SALJ* 23 34.

<sup>20</sup>Act 32 of 1944 s 96.

<sup>21</sup>For a contrary view, see Dugard 1971 *SALJ* 181 especially at 199.

Secondly, he is not a member of an organ of the government, but belongs instead to an institution - a university - whose function it is to pursue truth, and to advance knowledge, with the consequence that he has the right, on academic grounds, to examine, to question, to modify or even to reject traditional ideas and beliefs.<sup>22</sup>

Truth, it has been said, is an eternal chase. And it is for the academician "to nourish the critical spirit of inquiry which is inseparable from the love of truth that makes men free."<sup>23</sup>

Law functions through the medium of legal institutions, and as these are devised and administered by fallible human beings, they must be continually assessed, and re-assessed, in order to determine whether they can, by being modified, be rendered more effective in relation to these ends. This is particularly so because human needs and human society are constantly subject to change, and legal rules and institutions must themselves change, if they are to serve society.

It is a truism to maintain that society is in a constant state of flux. Indeed it is becoming increasingly obvious that our age is witnessing change on a greater and more pervasive scale than has hitherto been recorded. One result of this accelerating change is a desire, if not a need, to come to terms with the future by rethinking, and reformulating, some of our basic institutions.<sup>24</sup>

Change in law is necessary to keep abreast of social evolution. The issue is not that of change or no change, but of the direction and speed of change.<sup>25</sup>

We should not overlook the force of Burke's dictum: we must reform in order to conserve.

Law, as all other human institutions, is never static. Within the changing pattern of human relations, law must undergo an evolutionary and expanding process to meet new and challenging circumstances.

"It is today well understood" - Professor AS Mathews has rightly stated - "that law is not a phenomenon which can be studied in isolation; that it is both necessary and desirable to study a law with reference to its purpose, its effect and its moral, social and political implications."<sup>26</sup>

In short, law should be viewed in its social context. We have to realise that the law cannot thrive in a hermetically sealed container;

<sup>22</sup>See *The Open Universities in South Africa* (1957) 10.

<sup>23</sup>See Frankfurter *op cit* 294.

<sup>24</sup>See Freeman 1971 *Current Legal Problems* 178.

<sup>25</sup>See 1972 *Cambridge LJ* 317; Bodenheimer *op cit* 265-6; and Handler "Role of Legal Research" 1968 (20) *Stanford LR* 669 680.

<sup>26</sup>1966 *SALJ* 166.



it cannot be blocked off from the non-legal life around it without harmful consequences for the legal system and for society.<sup>27</sup>

Lawyers should, Lord Devlin has observed, have an interest in the law as it should be;<sup>28</sup> not merely the *lex lata*, but also the *lex ferenda*. Similarly, Professor Kantorowicz pointed to the fact that the science of law has considered law from every possible point of view, and that to many jurists, such as Bentham, it was the criticism of contemporary law that really mattered, for it was in this way that law and legal institutions could be improved.<sup>29</sup>

There is much relevance to our own society in the thrust of these words of Professor Francis Allen, Dean of the Law School of Michigan University:

“There is a wide range of problems involving the vital interests of members of impoverished and alienated groups within our society to which the law has as yet made no effective response. The adaptation of law, both substantive and remedial, to such problems - problems that are only just beginning to penetrate the consciousness of the dominant segments of the community - is one of the principal challenges confronting lawyers and law-makers in the years immediately ahead.”<sup>30</sup>

In our own society the reference to impoverished and alienated groups calls to mind that there exists statutory provisions containing - in the words of Van den Heever JA - “a prohibition directed against millions of persons on the grounds of race.”<sup>31</sup>

It is my considered view - and this is my fifth proposition - that the academic lawyer has a vital and significant role to play in the work of adaptation of the law so as to enable it to respond to the challenges of our times and of our society. Laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed and more enlightened, and as viewpoints and opinions change, institutions must also advance. There is a constant need to survey and adapt the machinery of government.

Important as it is to emphasize the need for change in law and legal institutions, this alone is not sufficient. Emphasis of the need for change will not in itself bring change about, or ensure that it is done in a peaceful, orderly and effective way. It is necessary, in addition, to devise an institutional framework within which this can be achieved. In this connection the recent call by two judges of our supreme court for the establishment of a permanent commission for the review and

<sup>27</sup>Bodenheimer *op cit* 154.

<sup>28</sup>1956 *Current Legal Problems* 2.

<sup>29</sup>Kantorowicz *The Definition of Law* (1958) 13.

<sup>30</sup>“Law and Philosophy” (*Readings in Legal Philosophy*) ed EA Kent (1970) 367.

<sup>31</sup>*R v Kula* 1954 1 SA 157 (A) 165.

the reform of our criminal law and procedure, is of special interest; this call has been endorsed by the chairman of the bar council of South Africa. There is a clear need for the establishment of a permanent body of full-time specialists - lawyers, sociologists and criminologists - to keep this branch of law under continual review, and as a result of such review, to suggest appropriate reforms. Such a body could moreover receive representations (whether in the form of memoranda or otherwise) from judges, without the judges themselves having to become involved in public controversy. And the need to include non-lawyers illustrates the point that law cannot thrive in a hermetically sealed container, if it is to serve human needs.

Such a standing commission should not, in my respectful view, be confined to just one branch of law, namely criminal law, important as this undoubtedly is. What is needed is a permanent commission on legislative reform, with specialist sections.

In particular I have in mind legislation relating to social and economic needs - a field where economists, sociologists and lawyers could fruitfully work together: the fundamental problems confronting citizens of our country who are living below the poverty datum line urgently require the careful and constructive co-operation of the disciplines of law, economics and sociology.<sup>32</sup> And such a permanent commission on legislative reform should work in conjunction with the universities of our country, so as to utilise for the benefit of our society, the research that is being undertaken there. In the meantime, until a permanent commission on legislative reform, with specialist sections, is brought into being, it is the task of academicians to make their voices heard by drawing attention to shortcomings in the law as it is - particularly in relation to the legal values implicit in our Roman-Dutch heritage - and to propose suggestions, based on academic work, on how the law should be reformed. And it is in this spirit that I am delivering this address.

In view of the emphasis that I have given to the need for law, and the role of our judiciary in determining whether the norms of the law have been observed or contravened, I wish to state my next proposition, namely, my sixth: There is "a tendency of modern legislation to entrust matters of vital interest to the decision of administrative officers and to exclude or whittle away the power of the courts to interfere". These words were used in 1923 by Innes CJ.<sup>33</sup>

More recently, in 1967, the appellate division quoted from a leading textbook which referred to: "the vast extension in modern times

---

<sup>32</sup>See Handler "Role of Legal Research" 1968 (20) *Stanford LR* 669 680.

<sup>33</sup>*R v Padsha* 1923 AD 281 304.

of administrative laws regulating the affairs of the individual citizen."<sup>34</sup> In England, in the House of Lords, Lord Reid said in 1969: "Statutory provisions which seek to limit the ordinary jurisdiction of the Court have a long history."<sup>35</sup>

In 1956 Lord Devlin stated in the course of an address:

"I believe it to be generally recognised that in many of his dealings with the executive the citizen cannot get justice by process of law. I am not saying he cannot get justice, but that he cannot get it by process of law<sup>36</sup> . . . The common law has now, I think, no longer the strength to provide any satisfactory solution to the problem of keeping the executive, with all the powers which under modern conditions are needed for the efficient conduct of the realm, under proper control"<sup>37</sup>

A similar thought was expressed in South Africa in 1968:

"Die aard en omvang van die administratiewe proses in die moderne staat neig daartoe om die enkeling te oorweldig . . ."<sup>38</sup>

This was convincingly explained by Lord Shawcross in these words:

"With the existence of a great bureaucracy there are inevitably occasions, not insignificant in number, when through error or indifference, injustice is done. The man of substance can deal with these situations. He is near to the establishment; he enjoys the status or possesses the influence which will ensure him the ear of those in authority. He can afford to pursue such legal remedies as may be available. He knows his way around. But too often the little man, the ordinary humble citizen, is incapable of assisting himself."<sup>39</sup>

These words have particular force in relation to the "impoverished and alienated groups" of citizens in our own heterogeneous society.

The problem of how to protect the reasonable interests of private individuals, and, at the same time, to make it possible for the administration of modern society to do its work efficiently, has become a major one throughout the world.

Let me refer to authoritative judicial decisions in South Africa summarising the legal consequences which may flow from the wording of legislation which "whittles away the power of the supreme court to interfere."<sup>40</sup> In all cases, the precise result will depend on the wording used by the legislature in the particular statutory enactment, in the light of the law as a whole. What primarily has to be considered in all these cases, said Schreiner JA, is the statutory provision in question,

<sup>34</sup>*Van der Linde v Calitz* 1967 2 SA 239 (A) 253, quoting Wigmore *Evidence*.

<sup>35</sup>*Anisimic v Foreign Compensation Commission* 1969 1 All ER 208 (HL) 213.

<sup>36</sup>1956 *Current Legal Problems* 1.

<sup>37</sup>1956 *Current Legal Problems* 14; see also Mitchell 1965 *Public Law* 117.

<sup>38</sup>Pieter Henning 1968 *Tydskrif* 155 164.

<sup>39</sup>1962 *Public Law* 1.

<sup>40</sup>*R v Padsba* 1923 AD 281 304.

read in its proper context.<sup>41</sup> For once the judge has ascertained the intention of the legislature, he must give effect thereto.<sup>42</sup> No court has power to order anything to be done which would be in conflict with an act of parliament.<sup>43</sup>

A statute may confer on an official "an absolute and purely administrative discretion which may be exercised at will,"<sup>44</sup> with the result, for example, that the maxim *audi alteram partem* - one of the fundamental rules of natural justice - may be rendered inapplicable.<sup>45</sup> Even if the official in exercising a "purely administrative function" comes to a wrong decision in law, this is not in itself a ground for setting his decision aside.<sup>46</sup>

Nor is unreasonableness by itself a ground for interference by the court with the exercise of his discretion. Provided the official, "whoever he may be and whatsoever mental type he may be" - (these are the words used in a 1928 judgment of our appellate division)<sup>47</sup> - has "honestly" brought "his mind to bear upon the real question he has to decide, there is no authority for the proposition that a court of law will interfere with the exercise of a discretion on the mere ground of its unreasonableness" - unless it amounts to proof that the person on whom the discretion is conferred, has not applied his mind to the matter. A statute may, by appropriately drafted wording, entrust to the repository of the power the sole and exclusive function of determining whether in its opinion a particular fact or state of affairs exists.<sup>48</sup> In cases falling in this category, the objective existence of the fact, or state of affairs, is not justiciable in a court of law. Thus, a mistake of fact is not in itself a ground for judicial review of an administrative decision. A statute may go further, and may even debar a court from reviewing a decision on the mere ground that the procedural requirements implicit in the act and in the regulations framed thereunder have been ignored.<sup>49</sup> Thus by appropriate wording a subjective criterion can take the place of objective criteria. If the official mistakenly but

---

<sup>41</sup>*Pretoria North Town Council v A1 Ice Cream Factory* 1953 3 SA 1 (A) 11. See also Wiechers 1967 *Tydskrif* 309 322.

<sup>42</sup>*Maclean v Haasbroek* 1956 4 SA 677 (A) 685.

<sup>43</sup>*Schermbucker v Klindt* 1965 4 SA 606 (A) 619 per Botha JA.

<sup>44</sup>*Minister of Interior v Mariam* 1961 4 SA 740 (A) 751.

<sup>45</sup>*Minister of Interior v Mariam* 1961 4 SA 740 (A) 752. The maxim *audi alteram partem* may be legislatively excluded either by express wording or by clear implication: see *Publication Control Board v Central News Agency Ltd* 1970 3 SA 479 (A) 489.

<sup>46</sup>*Johannesburg City Council v Chesterfield House Pty Ltd* 1952 3 SA 809 (A) 826.

<sup>47</sup>*Union Government v Union Steel Corporation* 1928 AD 220 237; and see *Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board* 1942 AD 275 311.

<sup>48</sup>*SA Defence & Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (C) 35. For critical comment on this case, see Wiechers 1967 *Tydskrif* 56 60.

<sup>49</sup>*Barday v Passport Control Officer* 1967 2 SA 346 (A) 358.



honestly forms an opinion, the court will have no jurisdiction to review his decision.

As Centlivres CJ succinctly expressed it:

“Where the statute under consideration in clear terms confers on the executive autocratic powers over individuals, Courts of law have no option but to give effect to the will of the legislature as expressed in the statute.”<sup>50</sup>

I would sum this up by saying that the grounds on which the court may review an act of purely administrative decision-making which is not *ultra vires* the enabling enactment, are extremely limited, and even where there is a ground for review, the ability of the “ordinary humble citizen” is often such that he is, in fact, unable to exercise his remedies. Furthermore, proof to the satisfaction of a court of law of the existence of *mala fides* is in practice a will-nigh insuperable obstacle.

These problems are not restricted to South Africa. For example, Judge Deshpande, writing in the 1971 *Journal of the Indian Law Institute*, refers to similar problems in the Indian legal system.<sup>51</sup>

That the affairs of men should be governed by law, is a submission that comes naturally and logically from a professor of law. It flows from the study and teaching of law itself. It was indeed my very first proposition in this address. A decision to the contrary - that some affairs should *not* be governed by law - would be a policy decision, resting on considerations and value judgments outside the law.

The submission that the affairs of men should be governed by law logically applies also to the exercise of the power of decision-making by some men in respect of other men. It is not merely the *conferment* of the power of decision-making, but also the *exercise* of such power that should be governed by law. In other words, I would distinguish between (i) a law which confers power, and (ii) a law which governs the exercise of that power.<sup>52</sup> A valid statute may confer the power of decision-making on a person, but wherever and to the extent that it leaves the exercise of that power subject to no justiciable criteria other than the will of the grantee (or the repository, or the holder) of such power, then the exercise of such power is *pro tanto* operative in what has been termed an “area of non-law”,<sup>53</sup> - the phrase is Dean Roscoe Pound’s; or “’n regsrvye gebied”<sup>54</sup> - the terminology is that of Professor Marinus Wiechers of the University of South Africa (he also uses the term “regsongebondenheid”).<sup>55</sup> I prefer to describe it as

<sup>50</sup> *R v Sachs* 1953 1 SA 392 (A) 399.

<sup>51</sup> 1971 *Journal of Indian Law Institute* 154.

<sup>52</sup> See Mathews 1964 *SALJ* 312 318.

<sup>53</sup> See Mathews *Law, Order & Liberty in South Africa* (1971) 11.

<sup>54</sup> Wiechers 1967 *Tydskrif* 309 316; see also Henning 1968 *Tydskrif* 155 159.

<sup>55</sup> Wiechers 1967 *Tydskrif* 309 312.

a "legal vacuum"; and I respectfully submit that the expression legal vacuum is conducive to greater clarity and understanding of the concept that I am discussing.

There are three separate elements involved in considering this idea:

- (1) The exercise of the power of decision-making by a person (or persons) over others, backed by the coercive machinery of organised society;
- (2) objective standards, or criteria, or norms - existing apart from the will of those who are vested with the power of decision-making;
- (3) an independent, impartial, and legally trained court to determine whether these norms have been observed or contravened. By independent is meant not subject to those who have the power of decision-making, while the phrase legally trained, refers to training in the interpretation and application of the norms of the organised society.

In other words, the law itself - either (i) by the elimination of the requirement of objective standards, or criteria, or norms; or (ii) by the elimination of the jurisdiction of the supreme court (or of equivalent courts of law) to determine whether these norms have been complied with or not - can, *pro tanto*, effectively create an area of legal vacuum, the precise bounds of such area being dependent on the proper interpretation of the statutory enactment in question. For once the judges of the supreme court have arrived at the intention of the law-giver, as expressed in the particular enactment, construed in the light of the law as a whole, it is their duty to give effect to such intention, even though they may happen to differ from the policy considerations which underlie the statutory enactment.<sup>56</sup>

Legislation can thus create wide fields of absolutism within which power can be exercised. The outer boundaries of such a legal vacuum will in each case be dependent on the proper interpretation of the wording of the legislation.

The question then arises, how can the law, through an appropriately devised institution, endeavour to exercise surveillance in respect of the areas of such legal vacuums? For as Dean Pound rightly remarks:

"When entrusted with power, men will tend to be arbitrary."<sup>57</sup>

<sup>56</sup>*Harris v Minister of Interior* 1952 2 SA 428 (A) 556; *Collins v Minister of Interior* 1957 1 SA 552 (A) 567; see also LC Steyn 1967 *Tydskrif* 101 106.

<sup>57</sup>Pound *Social Control Through Law* 101.

A similar thought is expressed in Lord Acton's oft-quoted dictum

"Power corrupts; absolute power corrupts absolutely."

As Justice Frankfurter put it:

"Discretion without a criterion for its exercise is authorization of arbitrariness . . ." <sup>58</sup>

Administrative officials "who are not bound by considerations capable of rational formulation, cannot be said to operate within a framework of law." <sup>59</sup>

The increasing tendency of governments all over the world - especially with the development and extension of the welfare state - to remove large areas of administrative decision-making from effective, or even any judicial control, has been strenuously criticised by many, including, for example, a former Lord Chief Justice of England, Lord Hewart, in his book entitled *The New Despotism*.<sup>60</sup> And the phrase "administrative lawlessness" has been used.

But, with respect, merely to criticise or to decry a development which has disadvantages, is negative and inadequate; firstly, because one should not simply ignore or brush aside consideration of the factors underlying or giving rise to this tendency. Secondly, one should try, positively and constructively, and on an academic basis, to suggest a solution which can overcome all, or at any rate, some of these disadvantages to the individual citizen, while at the same time not denying to the government of the modern state the advantages which it regards as necessary for its efficient administration, and for carrying out its ever-widening range of vital social functions.

In conformity with what I have already said on the role of the academic lawyer, the solution which I now wish to put forward, on academic grounds, is the introduction in the Republic of an institution which several other countries - indeed an increasing number of governments - have adopted for the purpose of overcoming, or endeavouring to overcome, the very problem that I have been dealing with. I refer here to the ombudsman. As there has been practically no public discussion in South Africa of the ombudsman, and as accordingly there is little or no public awareness of his role and his powers, and of the advantages which experience elsewhere has shown can ensue from the introduction of this legal institution, this subject merits more detailed treatment.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup>*Brown v Allen* (1952) 344 US 496.

<sup>59</sup>See Bodenheimer *op cit* 240.

<sup>60</sup>Lord Hewart *The New Despotism* (1929).

<sup>61</sup>For discussion in South Africa of the ombudsman, see GN Barrie *The Ombudsman, Governor of the Government* 1970 *SALJ* 224; GC Kachelhoffer *Ombudsman* 1967

In its modern form, the ombudsman, or more exactly, the justice-ombudsman originated in Sweden in 1809. The Swedish word refers to a person who acts as spokesman or representative. The theory is that he functions as a representative of parliament and thereby of the citizens.

From Sweden, through the force of its example, this institution spread to other Scandinavian countries: to Finland (in 1919), and to Denmark (in 1954). Indeed as Professor Walter Gellhorn in his book *Ombudsman & Others* has pointed out, for most of the world interest in the ideas behind the ombudsman institution was all but non-existent until Denmark's ombudsman came on to the scene.

Thereafter Norway adopted it, in 1962 - after an expert commission on administrative procedure published an extensive report in 1958. The commission had unanimously agreed that this institution was desirable. In addition to the four Scandinavian countries, it has since been introduced into New Zealand (in 1962), into Britain (in 1967) and into Israel (in 1971). In Britain he is known as the Parliamentary Commissioner, while in Israel he is called the Public Complaints Commissioner. Several other countries including Holland are considering its adoption. (I exclude consideration of countries behind the iron curtain, as their conception of law and of the independence of the judiciary differs radically from our Roman-Dutch heritage.) Although there are, as is to be expected, variations in detail in regard to the appointment of the ombudsman and his powers and functions in the different countries that have adopted this institution, the essential features that characterise the ombudsman may be summarised shortly in four points, as follows:<sup>62</sup>

- (1) He is appointed by and is responsible to the legislature, not the executive.
- (2) He is a person of recognised legal ability and integrity, functioning independently of the legislature and the executive, with a status equal, or similar, to that of a judge.
- (3) He has power to investigate complaints made by citizens against decision-making by officials, and for this purpose he

---

*Tydskrif* 339, and *First Four Reports of the Parliamentary Commissioner* 1968 *SALJ* 289.

See also AJGM Sanders 1971 *Tydskrif* 287-8, and MA Rabie 1972 *CILSA* 275-6.

I acknowledge my deep indebtedness to the comprehensive and detailed discussions and analysis in Gellhorn *Ombudsman and Others* (1967) and Rowat *The Ombudsman* (1965). See also Sawyer *The Ombudsman* 2 ed (1968); and 1962 *Public Law* 1-4, 15-51.

<sup>62</sup>Compare Kachelhoffer 1967 *Tydskrif* 339 342.



has been given wide powers of access to official files and documents.

- (4) He has no power to reverse or alter the decision of any official whose conduct he has investigated, his power being to recommend redress and to report on the results of the investigations to the legislature, or to a special committee of the legislature.

By now, numerous reports by ombudsmen in different countries are available, and evaluation of the usefulness of their work is accordingly possible. Indeed it is these results that have led governments to introduce this office into their countries, or to appoint special commissions to advise on their desirability.

It would of course be far beyond the scope of this address to attempt to set out in detail all the different variations, and I accordingly propose to mention only selected matters of special significance.

Let me first enumerate the main benefits which experience in other countries indicates could ensue from the introduction of an ombudsman:

- (1) This institution provides a method of surveillance by an independent and impartial official in respect of administration which would otherwise not be subject to any, or to any effective, judicial control. It enables an entirely independent person, possessed of the necessary means of investigation, to examine the complaint dispassionately and without being governed by political considerations. It can thus confer the "cutting edge of a really impartial and searching investigation into the working of administrative officials."

The mere existence of an ombudsman, independent of the executive, to which any citizen may complain, serves to sharpen the attention of the authorities, and to counteract any tendencies towards abuse of powers and arbitrary decision-making.

It is, I suggest, anomalous, that while a system of judicial appeals exists in respect of decisions of our highly respected judges, there are vast areas of legal vacuum relating to purely administrative decision-making where at present there is no judicial control or surveillance at all - where indeed there is no provision for a person independent of the executive with legal power to ascertain whether the decision-making has been properly exercised. It is this lack which I submit should be met, and which the office of ombudsman seeks to meet, and his powers of access to official files and documents are essential in order to enable him to investigate complaints adequately.

- (2) The ombudsman can investigate on his own initiative without waiting for a specific grievance, in contrast to judicial proceedings which must be commenced by a party.
- (3) The procedure is speedy and informal, and avoids the law's delays involved in judicial proceedings.
- (4) The procedure is inexpensive both to the individual citizen whose complaint is being investigated, and also to the state. It provides a simpler and far less expensive machinery than a court for the ventilation of grievances. In New Zealand, for example, the ombudsman stated "I have a staff of three officers, one of whom is a fully qualified and experienced lawyer - and two secretary/typists."<sup>63</sup>

The advantages of these three factors, viz (i) speed, (ii) simplicity of procedure and (iii) lack of expense, are of the utmost significance in any society where there are "impoverished and alienated groups" of citizens.

- (5) Many people whose complaints have been investigated by an ombudsman, and thereafter rejected as unjustified, have been satisfied to receive a full and careful explanation of the reasons behind the administrative decision. In this way the institution can result in a closer relationship between government and citizen, for it can help to narrow what has been called the deep and ever-widening gap between those who govern and those who are governed.
- (6) It may serve to prevent future maladministration, and may lead to improvements in the administrative machinery. It results not only in checking administrative abuses and of righting wrongs, but it also affords an opportunity of re-assessing administrative procedures, thereby leading to the making of beneficial changes. For the ombudsman can combine the two tasks of investigating specific complaints, and of making sustained enquires about possible ways of strengthening the administrative process. These two tasks interact on each other. He can learn from the experience of one department, and can make this learning available to other departments.
- (7) A noteworthy role is that of teacher rather than governor. The ombudsman does not command. He persuades. Like most teachers, he will have to repeat his lessons often for the benefit of the slow learners; and even then some of his pupils will fail

---

<sup>63</sup>See Kachelhoffer 1967 *Tydskrif* 339 352.

to absorb them. In any event he cannot perform the work of an entire faculty. His role is to supplement, not take the place of, other remedies available to citizens.

- (8) The ombudsman can perform a valuable role in relation to persons in detention. Thus in Norway the ombudsman has inquired closely into the detention of alleged juvenile delinquents and into the institutionalization of children neglected by parents. The liberty of all - Professor Gellhorn rightly says - is exalted when the liberty of the community's most defenceless members is scrupulously protected.<sup>64</sup>

In Finland, any letters addressed by a prisoner to the ombudsman must by law be forwarded sealed, and the prison authorities have no right to open and read them. This suggests that, without in any way endangering security objectives, there could be a significant additional form of legal surveillance in respect of persons confined in detention under security legislation, where the law has, for policy reasons, created large areas of legal vacuum.

To give an idea of the scope of jurisdiction of an ombudsman, let me refer to the comprehensive wording of the New Zealand legislation. This confers on the ombudsman competence in relation to any decision, recommendation, act or omission of the bodies or officials covered, where he is satisfied that it

- (a) appears to have been contrary to law; or
  - (b) was unreasonable, unjust, oppressive or improperly discriminatory, or was in accordance with a rule or a practice that is unreasonable, unjust, oppressive or improperly discriminatory;
- or
- (c) was based wholly or partly on a mistake of law or fact; or
  - (d) was wrong; or
  - (e) involved the exercise of a discretionary power for an improper purpose, on irrelevant grounds, through taking irrelevant considerations into account, or where reasons should have been given for the decision.

The wording of the Israeli legislation covers acts that are contrary to law, or done without lawful authority, or contrary to good administration, or are unduly harsh or manifestly unjust, and the term 'acts' includes omissions and delays in acting.

In Norway the wording of the relevant legislation is: If the om-

---

<sup>64</sup>Gellhorn *op cit* 180.

budsman comes to the conclusion that a discretionary decision is clearly unreasonable, or otherwise clearly in conflict with fair administrative practice.

Legislation on these lines enables the ombudsman to investigate complaints and to recommend redress where he finds "mistakes, carelessness, delays, rigidity, and perhaps heartlessness which are often occupational failings of administration."

I would like to mention one recent example from outside South Africa to illustrate the working and value of the office of ombudsman. I refer to the Sachsenhausen Concentration Camp Case,<sup>65</sup> the relevant facts of which may be summarised thus:-

In terms of an agreement between the German and British Governments, a sum of money was paid to the latter, to be distributed to victims of Nazi persecution in its discretion. The British Government decided that detention in a concentration camp or comparable institution would be the criterion on which persecution would be defined, and the air force officers so detained would automatically be eligible for compensation in accordance with a specified basis. Distribution was to be done through administrative channels in the foreign office.

The claims of three former RAF officers who had been held in a special camp (Sonderlager A) at Sachsenhausen were disallowed, on the grounds - so it was alleged - that Sonderlager A was outside the perimeter of the Sachsenhausen concentration camp, and that the evidence of their treatment showed it was not a comparable institution.

A member of the British parliament took the matter up with the appropriate minister, and asked for an independent enquiry, but this request was refused because the administrative instructions were not "creative of rights." The foreign minister received a deputation, but refused to change the decision, and thereafter the prime minister himself expressed his complete agreement with the foreign minister.

The matter was then submitted to the British ombudsman. After having access to official files, papers, photographs and plans, he reported that the original decision that Sonderlager A was not within Sachsenhausen was "based on partial and largely irrelevant information" and "the decision was maintained in disregard of additional information and evidence." His investigation vindicated the veracity of the three complainants, and although he could make no recommendations for financial compensation, he successfully asked the foreign office to review the three cases, and after a parliamentary debate the foreign minister said that while he disagreed with the ombudsman, "he

---

<sup>65</sup>For fuller discussion, see GK Fry 1970 *Public Law* 336-57.



had nevertheless decided that compensation would be paid." The member of parliament concerned acknowledge that he would never have managed to persuade the government to change its mind, without the intervention of the ombudsman.

To my mind, this case convincingly illustrates the value of an investigation by an independent and impartial person outside the executive, who has access to the relevant documentary evidence, even though, firstly, there has been a parliamentary enquiry, and secondly, the ombudsman has no power to alter the administrative decision, but only to make a recommendation. The matter was entirely beyond the jurisdiction of the courts, and had there been no ombudsman, these three air force officers, who were proved to have been victims of persecution, would have been entirely without redress. Although the minister was not legally obliged to give effect to the ombudsman's recommendation, nevertheless, out of respect for the status of his office and his reasoned report, he decided to implement it. There was thus no encroachment on the ultimate power of the minister to decide, and no interference with ministerial responsibility.

No government can be expected to abdicate its own responsibility in favour of any person, however eminent, but experience in countries have introduced this institution has shown that governments will give great heed to the reasoned report of an impartial and independent ombudsman. In view of the high regard in which our own supreme court judges are held, it is desirable that in status, remuneration and qualifications, an ombudsman should, as far as practicable, be equivalent to a member of the bench.

In order to avoid any possible misunderstanding two cardinal points must be emphasised explicitly:

- (1) It is not true that the ombudsman is a kind of super administrator with the power to overrule or alter the decisions of officials. His powers are to investigate, to recommend and to report. In this respect, a description of the ombudsman as "governor of the government"<sup>66</sup> is misleading and inaccurate.
- (2) It is not true that wide publicity is necessarily given to an ombudsman's investigation in all its stages. Publicity which may otherwise be considered as harmful to the complainant, to the officials concerned, or to the state, can be avoided, if so desired.

What are the more serious arguments advanced against the institution of ombudsman?

---

<sup>66</sup>This is the title used by Barrie 1970 *SALJ* 224.

Firstly, it is said that it conflicts with the doctrine of ministerial responsibility.

This criticism appears to be based on a misunderstanding of the ombudsman's power. He has no power to alter decisions, only to recommend redress. The ultimate responsibility therefore remains with the minister. One must, in other words, distinguish between the deliberate carrying out of governmental policy, for which the minister is, and would remain, responsible, and aberrations, errors and unreasonableness in administrative decision-making which are not required by such governmental policy. There is no need to hold a minister responsible for actions which - if he were to investigate them - he would disapprove of. It would be wrong to suggest that the responsibility of a minister for what is done in his department would be reduced if an ombudsman investigated complaints. His responsibility would remain the same as it is at present, no more and no less.

Secondly, it is said that civil servants will not be able to do their work properly with the threat of an outside investigation always hanging over them.

Such an argument could be raised against the existence in our legal system of the controller and auditor-general, who investigates and reports on expenditure by public officials. In terms of the Exchequer and Audit Act,<sup>67</sup> the controller and auditor-general shall examine, enquire into, and audit the accounts of all persons entrusted with the receipt, custody or issue of public moneys, and he may require any person in the employment of the government to appear and to produce all such records in his possession as may appear to him to be necessary for the exercise of his powers and duties. Yet who would suggest that there should be no such control over public moneys?

These same fears were also expressed by civil servants in Denmark when the appointment of an ombudsman was being discussed. In the outcome they have not been realised. On the contrary, the Danish ombudsman has come to be regarded by civil servants as a valuable and impartial defence against unjustified attacks to which the individual civil servant cannot himself respond. He has brought about a new relation of confidence between the civil service and members of the public. By the rejection of unwarranted complaints after proper investigation and on clearly stated grounds, the ombudsman contributes towards strengthening public confidence in the authorities. The ombudsman is not simply a watchdog for the public, or an apologist for the administration, but the independent upholder of the highest standards of efficient and fair administration.

---

<sup>67</sup>Act 23 of 1956, in particular s 11 and 13.

A third objection raised against the introduction of an ombudsman in England was the contention that an ombudsman who worked well in a society of (say) 5 million persons could not work in a population of (say) 50 million. This objection does not appear to raise a question of principle, and in any event, if the volume of complaints warrants it, deputy ombudsmen could be chosen, or as in some countries, there could be both a civil and a military ombudsman.

A fourth objection is that an ombudsman's powers would not be sufficient, and that what is required is the creation of a system of administrative tribunals with power to alter decisions, and not merely to make recommendations. To this there are several answers: That in spite of the ombudsman's limited powers, and the fears that they would prove ineffective, this has not been so. Moreover, there are many serious objections to a system of administrative tribunals, and it can only lead to confusion if one makes the question of ombudsman dependent on the entirely separate and distinct question of a possible review of administrative law and the setting up of administrative tribunals.

The increasing spread of the ombudsman concept indicates persuasively that the arguments against the ombudsman were based on fears which have largely proved groundless in actual practice.

For all these reasons it is my considered submission - and this is my seventh and last proposition - that there is a cogent and convincing case for the introduction in South Africa of the institution of ombudsman. This must not in any way be regarded as a reflection on our public administration. This was made very clear in any evaluation of the ombudsman for civil affairs in Norway by the attorney-general of that country. He said this question is often asked: "Is our public administration really so poor that we have to have such a special inspector?" The answer to this question is obviously "no". "The correct point of view is to regard this reform as an expansion of the existing safeguards in our legal system in order to improve the relationship between the public authorities and the individual citizen."

I would add that those South African legal writers who have written on the ombudsman support consideration of the introduction of this institution:

Thus GN Barrie has written:

"There is no good reason forthcoming why an institution such as the ombudsman should not merit serious consideration."<sup>68</sup>

Again, Professor Marinus Wiechers has put it:

---

<sup>68</sup>1970 *SALJ* 224 238.

“Die instelling van ’n parlementêre ombudsman is sekerlik nie die doeltreffendste wyse van kontrolering van administratiewe aktiwiteite in die staat nie, maar kan veel vermag om parlementêre kontrole uit te brei en dienstiger te maak.”<sup>69</sup>

And GC Kachelhoffer has stated:

“In Suid-Afrika . . . kan ons nie ’n instelling soos die ombudsman sonder ernstige oorweging verwerp nie.”<sup>70</sup>

Although I have tried to emphasize the need for orderly and peaceful change through the medium of the law, so that the law can serve society more effectively, and in particular the desirability of the introduction of the legal institution of ombudsman in an endeavour to overcome problems connected with the existence of what I have called areas of “legal vacuum”, I do not want in any way to give the impression that the mere introduction of an ombudsman - important and valuable as this could be - is a panacea. It is but one of many legislative changes required, if the human needs of all the citizens of our society are to be taken into consideration. Nor do I want to suggest that orderly and peaceful change in the law will occur of and by itself. On the contrary, all such change can take place only through the human instrumentality of the persons who are by law vested with the power to cause such change to be brought about. In the Republic this places a solemn and special responsibility on the limited category of persons who are by law vested with this power. It is no accident that the law is symbolised by the scales of justice. The legal institutions of any society must be weighed against the human needs of all the inhabitants of that society. Let it not be that the legal institutions of our own country, when placed in the scales of justice and weighed against these human needs, are, in the result, found to be wanting. As a lawyer, as an academician, above all as a human being, it is my fervent and heartfelt desire that such a result should be avoided. □

*“A generous and elevated mind is distinguished by nothing more certainly than an eminent degree of curiosity; nor is that curiosity ever more agreeably or usefully employed, than in examining the laws and customs of foreign nations.”*

Samuel Johnson *Boswell's Life of Johnson*

<sup>69</sup>1967 *Tydskrif* 309 319.

<sup>70</sup>1967 *Tydskrif* 339 352.



# The concept "possession" in the South African criminal law

JH Hugo

*Member of the Pretoria Bar*

*(Conclusion)*

## 6 Possession of indecent or obscene photographic matter<sup>84</sup>

Section 2(1) Act 37 of 1967 provides that: "Any person who *has in his possession* any indecent or obscene photographic matter shall be guilty of an offence . . ." (my italics).

This section formed the basis of a rather controversial decision in *S v R*<sup>85</sup> where the accused, having received prohibited matter through the post, was caught with it still in his flat. The court accepted that he had intended to get rid of the books. After a detailed examination of our old authorities and various civil and criminal cases, the court came to the conclusion that, for the purposes of section 2(1) of Act 37 of 1967, the word "possession" must be "construed as requiring a mental element in addition to mere physical detention". This mental element means, according to the court, "the intention of the holder to exercise control for his own purpose or benefit". *In casu* the court found that, since the accused did not intend to control the books for his own purpose or benefit, but intended to get rid of them after obtaining legal advice, his conviction had to be set aside.

I am constrained to differ respectfully from the conclusion reached by *Joubert AJ* in this case that:

"The *affectus* or *animus tenendi* of natural possession is directed towards the exercise of the physical control over a corporeal thing *for the possessor as his own (animus rem sibi habendi)*" (my italics).

*Van der Kessel*<sup>86</sup> specifically relates the *animus sibi habendi* to civil possession, while *Voet* is clearly speaking of civil possession in the passage referred to by the learned judge.<sup>87</sup> It is true however that *Voet's* second definition of natural possession<sup>88</sup> includes people who hold for themselves, without

---

<sup>84</sup>s 2(1) Act 37 of 1967.

<sup>85</sup>1971 3 SA 798 (T).

<sup>86</sup>*Ad Gr* 2 2 2.

<sup>87</sup>41 2 1.

<sup>88</sup>41 2 3.

belief in ownership. *Van Leeuwen*<sup>89</sup> also relates the *animus sibi habendi* to civil possession.

Although the authorities require some form of *animus* for all types of "possession", it is not quite clear why this should apply to natural possession since by definition it is legally without effect, and once we have ascertained that the possession is natural it surely could not matter what *animus* the *detentor* had. It may however be, and probably is, that where the writers speak of an *affectus tenendi* they mean nothing more than that the *detentor* intends to "detain". The contrast in *Van der Keessel* between the *affectus tenendi* and the *animus sibi habendi* is marked.

This case was also criticised by *R C Whiting*,<sup>90</sup> who stated that the court had misunderstood some of the cases relied upon and that "possession" in terms of the section should have the same meaning as in statutes prohibiting possession of say dagga or diamonds, viz conscious physical possession.

The Appellate Division has now had the opportunity to decide on this question.<sup>91</sup> The facts in this case bear a remarkable similarity to those in *S v R* except that in the latter case the accused was caught only an hour after having received the booklets in question, while in the former case, more than a day had passed. In the Transvaal Provincial Division the court had distinguished *S v R* on this ground. The Appellate Division however rejected the interpretation in *S v R*, holding as follows:

"Having regard to the obvious objective of the act, it appears to me that witting physical detention, custody or control of such matter is penalised".

The court also expressed its agreement with the following statement by *Schreiner J*:<sup>92</sup>

"The mere fact that a person in possession of liquor, uncut diamonds, unwrought gold or explosives intends to tell the police about it does not to my mind prevent him from actually being in possession of these things. What conclusion might be drawn from such conduct in regard to the penalty to be imposed is another matter; but I do not think that the mere intention to hold honestly, with a view to informing the police later about it, prevents the accused from being in possession within the meaning of the section".

## 7 Possession of dangerous weapons<sup>93</sup>

Section 2(1) provides: "Any person *who is in possession of a dangerous weapon . . . shall be guilty of an offence . . .*" (my italics).

In *S v Nabo*<sup>94</sup> the court came to the conclusion that possession in terms of this section does not mean "blote fisiese bewaring" but "fisiese bewaring sowel as die bedoeling om te besit (*animus possidendi*)". This conclusion by

<sup>89</sup>*Cens For* 1 2 10 1.

<sup>90</sup>1971 *SALJ* 296.

<sup>91</sup>*S v Brick* 1973 2 SA 571 (A).

<sup>92</sup>In *R v de Beer* 1943 TPD 1 6.

<sup>93</sup>Act 71 of 1968.

<sup>94</sup>1968 4 SA 699 (E).

itself is somewhat equivocal since it is not clear whether the court sees the *animus possidendi* as the mere intention to exercise control or as the intention to possess for his own purposes or benefit. Later<sup>95</sup> the court does give some hint of what was intended where it finds that the state had not proved that the accused had held the knife "met die bedoeling om dit te behou" (presumably for himself).

## 8 Possession of firearms<sup>96</sup>

In terms of section 32 "no person shall . . . have in his possession" various types of firearms and in terms of section 36 "no person shall be in possession of any ammunition . . ."

As far as could be ascertained the meaning of "possession" in terms of these sections has not yet been considered in any reported case. Their predecessor<sup>97</sup> has however been considered. This section read: "No person shall have any arm in his possession".

In both acts the word "possession" was defined as including "custody".

In *R v Kay*<sup>98</sup> the accused was acting as "watch dog" only. The court held that he was not guilty since "the right to reduce an article to one's control is inherent in the idea of 'custody in this act'." It is interesting to note that the judge bases almost the entire reasoning on the meaning of "custody" and nowhere attempts to give a separate meaning to "possession".

In *R v Snyman*<sup>99</sup> the court held that "blote fisiese bewaring, met watter loflike doel ook, deur die wet strafbaar gestel word". *Kay's* case was distinguished on the ground that *Kay* had never touched the arm.

In *R v Ndema*<sup>100</sup> the accused, who possessed temporarily on behalf of the licensed owner, was convicted. "The accused clearly had the custody of the shotgun since his father left it with him."

In *S v Mnguni*<sup>101</sup> the court held that because the accused "had the right and duty during her husband's absence to care for those contents (of her house) and to touch them, those contents, including the rifle and the revolver . . . were in her control or custody on behalf of her husband".

In *S v Ngobo*<sup>102</sup> the accused was proved to have held a firearm for a few minutes with the object of handing it to the police on behalf of his employer. The court held<sup>103</sup> that "the object of his custody at that time was to surrender it to the police; not to hold it on behalf of the shop-keeper", and that this was not sufficient to hold that he was in "possession".

<sup>95</sup>700H.

<sup>96</sup>s 32 and 36 Act 75 of 1969.

<sup>97</sup>s 4(1) Act 28 of 1937.

<sup>98</sup>1957 1 SA 242 (T) 245.

<sup>99</sup>1959 1 SA 800 (T) 802.

<sup>100</sup>1954 4 SA 25 (E). Cf *R v Ivan* 1957 2 PH H274 (C).

<sup>101</sup>1962 3 SA 662 (N).

<sup>102</sup>1965 2 SA 728 (N).

<sup>103</sup>733.

Most of these cases deal only with the word "custody" and in none of them is any attempt made to consider the word "possession" as such. While it is clear that the inclusion of the word "custody" in the definition of possession was intended to broaden the concept of possession for the purposes of the act, the courts in some of the cases mentioned above actually gave the concept a narrower meaning than it has been given in connection with statutes where the word custody did not appear.<sup>104</sup>

### 9 Possession of licence, permits, etc

The cases and statutes mentioned hitherto have all dealt with the unlawful possession of some or other object. Mention must however also be made of the converse, where the law requires the possession of e.g. a licence or permit.

In the various Provincial Road Traffic Ordinances<sup>105</sup> the word "holder" is used in connection with drivers' licences, which term presupposes, in its context, holder of a licence issued to him and must be understood to mean something akin to ownership.

In the Licences Act<sup>106</sup> one finds use of the word "possession" in section 9, which reads, in part: "Any person who carries on any trade or occupation without being in possession of a licence as required by this act shall be guilty of an offence . . ."

In the light of the definition given to the word "possession" in other penal statutes, the word seems, at first blush, to be singularly inappropriate here. It is clear that the legislator cannot have intended it to mean what it means in connection with say, *dagga*, i.e. mere physical detention, for a person with physical detention of a licence issued to another is surely guilty of contravening this section, unless that other person is his employer or principal.<sup>107</sup> So too a person trading with another's licence, in his physical control, and while holding it for his benefit, say as pledgee or lender for use, would also be liable. Even if he holds a licence *animo domini*, e.g. as a thief, this would not be possession for the purposes of the act.

It seems therefore that the term "holder" would be more in accordance with the true intention of the legislator, because that term seems to presuppose the holding of a licence issued to him, which reflects, it is submitted, that intention.

### C A FEW PRELIMINARY CONCLUSIONS

The predominant impression one receives after consideration of the statutes and cases dealt with above is that the legislator, in using the term "possession" in penal statutes, displays a fair measure of whimsicality in phraseology. So one finds the following phrases used, apparently at random,

<sup>104</sup>Cf *R v Kay supra*; *S v Mnguni supra*, where the requirement of a *right* of control was accepted.

<sup>105</sup>Ord 21 of 1966 (chap III).

<sup>106</sup>Act 44 of 1962.

<sup>107</sup>*R v Elliot* 1911 EDL 514.



in the statutes: "no person shall possess";<sup>108</sup> "no person shall be in possession of";<sup>109</sup> "any person who is found in possession";<sup>110</sup> "receives into his possession";<sup>111</sup> "has in his possession".<sup>112</sup>

While it is conceded that some of these different phrases are necessitated by the object of the statutes concerned, it must be clear that in other cases the differences are pure whimsy. While differences in expression are worthy objectives in literature, it is submitted that, in legislation, similarity of expression is equally commendable, and such differences as those set out above can only pile confusion on an already confused topic.

Closely allied to this arbitrary terminology is the arbitrary treatment of the term by our courts; the approach varying from physical detention pure and simple to physical possession with intent to control, to physical detention with intent to control for one's own purposes or benefit, to physical detention *animo domini*.

The addition of the word "custody" to the word "possession" either in the penal enactment itself or in the defining clause seems to create severe difficulties,<sup>113</sup> most of the courts being content to construe the word "custody" and to leave "possession" out of consideration.<sup>114</sup> It is however submitted that in most cases the addition of this word is *ex abundanti cautela* and does not justify the alteration to the meaning of the word "possession" which it has engendered.

The term "found in possession" has also occasioned difficulties,<sup>115</sup> the courts having held that it bears a different meaning to "being in possession".<sup>116</sup> The former phrase has usually been construed as involving contemporaneousness of the possession and the finding, although it appears that the possession itself is not affected and may still mean mere physical detention, but not, it seems, mediary possession through the physical agency of another.<sup>117</sup>

Apart from these particular constructions, the tendency in our courts seems to be increasingly towards the view that possession in penal statutes means mere physical detention,<sup>118</sup> although some stress has been placed on the qualification that every statute must be construed according to the intention of the legislator in that particular statute.

<sup>108</sup>s 61(1)(c) Act 13 of 1928.

<sup>109</sup>s 61(1)(d) Act 13 of 1928.

<sup>110</sup>s 36 Act 62 of 1955; 90(*bis*) Act 13 of 1928.

<sup>111</sup>s 37 Act 62 of 1955.

<sup>112</sup>s 2(1) Act 37 of 1967; s 32 Act 75 of 1969.

<sup>113</sup>Cf *S v Shkosana* 1973 1 SA 322 (O); *R v Fume* 1940 OPD 208; *R v Binns* 1961 2 SA 104 (T); *R v Kay* 1957 1 SA 242.

<sup>114</sup>But see *R v Binns supra*.

<sup>115</sup>In connection with s 90*bis* Act 13 of 1928 and s 36 Act 62 of 1955.

<sup>116</sup>Cf *R v Moosa* 1960 3 SA 517 (A); *S v Wilson* 1962 2 SA 619 (A); *R v May* 1924 OPD 274; *R v Tsotitsie* 1953 1 SA 239 (T).

<sup>117</sup>Cf *R v Tsotitsie supra*.

<sup>118</sup>Cf *S v Brick* 1973 2 SA 571 (A).

## D POSSESSION AS AN ACTUS, AND THE PROBLEM OF UNLAWFULNESS

*Jerome Hall*<sup>119</sup> is at some pains to place possession within the accepted framework of criminal conduct, and distinguishes two types of situations, viz (a) where the accused comes into possession through no overt act of his own, as where another person places the objects in his control, with his knowledge, and all he does is to accept that situation; (b) where he receives possession by some overt act of his own, eg by ordering and taking delivery personally, as by taking the object in his hand.

It is clear that in both these cases the accused would be liable for the possession of the objects, provided of course that the other elements were present. How is one now to construe the *actus* in such cases?

*De Wet and Swanepoel*<sup>120</sup> state that in cases of possessory offences the conduct in question may seem at first blush to consist in a condition or situation, but that, with proper analysis, it will appear actually to consist of one of two things, viz either a failure or omission to terminate an existing state of affairs or an act or conduct which creates the condition or situation.<sup>121</sup>

Dealing first with the former of these two possibilities it appears that this is a case of a pure omission. In connection with an omission leading to criminal liability, there is some lack of clarity as to its precise role in criminal law. It is usually stated that an omission can only be regarded as a criminal act if there was a duty not to omit.<sup>122</sup> This may be accepted as correct, but, it is respectfully submitted, this duty has nothing to do with the presence or absence of an *actus* but rather relates to the question of unlawfulness.<sup>123</sup>

Be that as it may, one thing is clear: before an omission can lead to liability, there must be a duty to act. It is however not always easy to determine when such a duty exists. *De Wet & Swanepoel*<sup>124</sup> suggested that, in the absence of statutory provisions or recognised customary law, one must look to the concepts of law (*regsopvattinge*) which exist in the community. The test of "reasonableness" was adopted in *S v Russell*<sup>125</sup> where it was held that a duty to act exists if it is reasonable in all the circumstances to expect the person to act.

Application of these principles to the facts in *S v R*<sup>126</sup> leads one to the following conclusions. R did nothing positively to gain possession, so that the only basis for his possible liability would be his failure to terminate the possession. Now it is true that in this case there is a statutory provision

<sup>119</sup>*General Principles of Criminal Law* 206.

<sup>120</sup>*Die Suid-Afrikaanse Strafbeg* 2nd ed 46.

<sup>121</sup>Cf *Burchell & Hunt* vol 1 105; 1971 *SALJ* 296 300.

<sup>122</sup>*Burchell & Hunt op cit* 103; *De Wet & Swanepoel op cit* 61

<sup>123</sup>*Whiting* in 1971 *SALJ* 300 seems to understand this point correctly where he says "a literal contravention of the prohibition will only become wrongful if he fails within a reasonable time to terminate the state of affairs".

<sup>124</sup>62.

<sup>125</sup>1967 3 SA 739 (N). Cf Strauss in 1968 *THRHR* 282; *Whiting op cit* 300.

<sup>126</sup>1971 3 SA 798 (T).

prohibiting his possession so that there is decidedly a duty to act. This however does not end the matter. Few if any statutes create prohibitions so absolute that they can never be contravened with impunity. Inherent in every statutory prohibition is the concept of unlawfulness, and the contravention must needs be unlawful before criminal liability will ensue. One may now accept that R, in failing forthwith to terminate his possession did, by his failure, perform a sufficient *actus* for the purposes of the statute. This can however never be the end of the matter. The further question inevitably must be whether this failure was unlawful. Before attempting to reply to this question it must be remarked that it is strange that no South African text-book writer on the criminal law has as yet attempted to study or discuss the nature of unlawfulness in the criminal law. *De Wet and Swanepoel*<sup>127</sup> content themselves with the view that an *actus* is *prima facie* unlawful and will in fact be unlawful in the absence of a ground of justification. They themselves however destroy much of the cogency of their view by stating<sup>128</sup> that there is no *numerus clausus* of grounds of justification. How then is one to determine whether a ground of justification in fact exists? *Burchell and Hunt*<sup>129</sup> devote no attention to the concept, except for saying that the act in itself is insufficient - it must be *reus* in the sense that it is punishable. They also do not say when an act will be *reus*, but merely discuss a list of recognised grounds of justification.

Neither have our courts given any real attention to the problem. In *S v van Wyk*<sup>130</sup> there is a strong indication that reasonableness is required and that an act is lawful if the accused acted within the bounds of reasonableness. The test must be objective.<sup>131</sup>

Space does not permit a further *excursus* into the topic of unlawfulness, nor, it is submitted, is one necessary. It may be reasonably accepted that an act is unlawful if it is an objectively unreasonable act.

Now, returning to the facts in *S v R*, we have accepted that his failure to terminate his possession was in fact a sufficient *actus*. Was this failure objectively unreasonable? It is not easy to draw definite conclusions which will be universally acceptable, but *in casu* it seems that, at the time R was found in *possession*, he was still possessing reasonably in the sense that he had had no reasonable time to divest himself of the offending literature.<sup>132</sup>

The objections raised by *Jansen JA* in his minority judgment in *S v Brick*<sup>133</sup> to the proposition that possession for the purposes of section 2(1) Act 37 of 1967 means mere physical detention, can be answered by recourse to the concept of unlawfulness. The person who, having received

<sup>127</sup>63.

<sup>128</sup>64.

<sup>129</sup>105 271.

<sup>130</sup>1967 1 SA 488 (A).

<sup>131</sup> Cf *De Wet & Swanepoel op cit* 63; *Burchell & Hunt op cit* 272.

<sup>132</sup>Cf *Whiting op cit* 300. The distinction drawn between this case and *S v Brick supra* by the TPD in the latter case is instructive in this regard. In the latter case the accused had possession of the books for more than a day, and the TPD found in effect that his failure to terminate this state of affairs was unreasonable.

<sup>133</sup>*supra*.

possession passively, rushes off to hand the offending article to the police, has in fact possessed within the terms of the statute, but his possession cannot be said to be unlawful and he is therefore not liable. The same obviously applies to the policeman who confiscates a prohibited object. So, too, a man who divests a child of a dangerous firearm, possesses but, it is submitted, does not possess unlawfully.<sup>134</sup>

It follows that the same reasoning must apply to the case where the accused obtains possession by some positive act of his own. If that act is objectively reasonable it is lawful, as in the case of the policeman or the man taking the firearm from the child. This would however not end the matter. If that person now continues his possession unreasonably it is unlawful and liability could follow.<sup>135</sup>

### E STATUTORY PRESUMPTIONS

A plethora of statutory presumptions of possession has tended in some cases to extend the meaning of possession to beyond even the extended meaning assigned to it by the courts. Some of these presumptions have had the effect of leading to liability in cases where there is no proof of possession even in the sense of mere detention.

It would be an invidious and unnecessary task to enumerate the various presumptions and analyse their effect on the concept of possession, as they can, in the final analysis, all be considered as having evidential effect only. Still it is perhaps not unfitting to mention and analyse a few in order to illustrate their effect.

In terms of sections 90*bis*(c) and (iii) Act 13 of 1928<sup>136</sup> a person who was in or on or accompanied any vehicle, vessel or animal on which any habit forming drug was found, was deemed to have been in possession of such drug, until the contrary was proved.

In the first place this provision was construed as not presuming a person to have been "found in possession"<sup>137</sup> so that it could not form the basis for employing the further presumption that a person "found in possession" of more than 4 ounces of daggga was deemed to have possessed it for the purpose of sale.<sup>138</sup>

Secondly it was held that a person could be convicted of possessing daggga even if he was on a different vehicle or animal, so long as he was just accompanying the vehicle on which the daggga was found.<sup>139</sup>

Section 10(3) of Act 41 of 1971 contains the presumption that when a prohibited drug was found in the "immediate vicinity" of a person he is deemed to have been in possession of that drug, unless the contrary is proved.

<sup>134</sup>Cf 1968 *SALJ* 12.

<sup>135</sup> Cf *R v Mannheim* 1943 TPD 169.

<sup>136</sup>Now repealed by Act 41 of 1971.

<sup>137</sup>*R v Moosa* 1960 3 SA 517 (A).

<sup>138</sup>s 90*bis* (a) and (i) Act 13 of 1928.

<sup>139</sup>*S v Mnguni* 1964 1 SA 155 (O).



It is clear that these presumptions, and others like them, can lead to convictions without the state having to prove even *detentio*. But it is submitted that they have no real effect on the legal meaning of possession in these statutes since the accused is free to disprove his possession, which he can do by proof that he did not possess in the legally accepted sense. The concept of possession remains unchanged, but the method of proving it is altered in favour of the state.

## F POSSESSION AND ITS RELATIONSHIP TO MENS REA

At private law it has since early times been necessary to build some sort of *animus* into the concept of possession, mainly in order to distinguish between protected and unprotected possession. Possessors with the required *animus* were protected in their possession while those lacking it were not.

It was essential to build this *animus* into the factual concept of possession since the private law of property at no time had an independent doctrine requiring any *animus*.

When one deals with the criminal law on the other hand, a totally different situation is met. At criminal law *mens rea* is generally required. The presence of *mens rea* renders an unlawful act criminal while its absence means that the unlawful act is not punishable. In general therefore the role of *mens rea* at criminal law fulfils the same function as does the *animus* inherent in possession at private law, viz to distinguish between actionable and non-actionable acts.

It is therefore submitted that for the purposes of the criminal law, any form of separate *animus* required for possession at private law is superfluous; its work being done effectively by *mens rea*.

This has however not always been clearly understood by our courts, although admittedly some have, perhaps unwittingly, followed this line of reasoning to some extent, as hopefully will become clear later.<sup>140</sup>

Without being dogmatic about the nature of the *mens rea* required for possessory offences - and our courts have consistently required some form of it - it may in the first place be stated that knowledge of at least three things has been required in practice.

### (a) *Knowledge of the fact of detentio*

It is clear that a person cannot be convicted of possessing anything if he is unaware of the fact that he was in possession. If A with misguided humour secretly places dagga into the safe of his friend B, the latter can surely not be convicted. Why is this? As has been stated earlier, possession presupposes an *actus*, which in turn presupposes some voluntary act on the part of the transgressor.<sup>141</sup> Now no person can either attain possession or fail to terminate possession voluntarily if he is unaware of the fact of his possession. *De Wet & Swanepoel*<sup>142</sup> state that an act is voluntary if a person

<sup>140</sup>*S v Smith* 1965 4 SA 166 (C) 171.

<sup>141</sup>*Burchell & Hunt op cit* 101-102; *De Wet & Swanepoel op cit* 47.

<sup>142</sup>*ibid.*

is able to take a decision regarding it. The person unaware of his possession is surely in the same position as a sleeper in the sense that while he is unaware he is unable to take any decision regarding it. It must be noted that the examples given by our modern writers<sup>143</sup> almost all relate to consequential offences and to positive acts of commission. This problem can only arise in the case of an omission as far as possessory offences are concerned, because a person who acquires possession actively presumably knows of his possession. *De Wet & Swanepoel*<sup>144</sup> do, it is true, give an example of an involuntary omission leading to liability, but it is clearly distinguishable from the cases under discussion here. In that example there is clearly a case of an omission preceded by a commission,<sup>145</sup> and it will in any event only lead to liability in the absence of some statutory provision if it leads to some consequence, e.g. death. In the case of possessory offences on the other hand there is usually no preceding act and no consequence. It is therefore submitted that such a possessor will not have performed a voluntary act and will therefore not be liable.

Knowledge of the fact of possession is therefore inherent in the act and has nothing to do with *mens rea*.<sup>146</sup>

(b) *Knowledge of the nature of the thing possessed*

It is in this connection that some considerable confusion has arisen in our courts. It seems clear that a person can possess an article while totally unaware of its nature. If a person is given a present wrapped up so as totally to disguise its nature, the person can hardly be said not to possess it, or only to possess it once he has opened it and inspected it. Indeed, it seems that this would be possession in its fullest sense, i.e. *animo domini*.

It is therefore clear that this knowledge cannot be related to the concept of possession itself, but relates to the element of *mens rea*, or more particularly intent.

Our courts have fairly consistently required this knowledge in respect of possessory offences.<sup>147</sup> The problem is that some of them seemed to regard it as part of the possession itself, while others regarded it as part of the element of *mens rea*. In *S v Mofokeng*<sup>148</sup> the court was moved to make the following comments:

“dat ’n beskuldigde nie dagga by oortreding onder die wet kan *besit* (in die sin wat die woord ‘besit’ in die wet omskryf is) as hy nie kennis gedra het dat dit dagga is nie” (my italics).

The learned judge then proceeds to justify this view with the statement that:

<sup>143</sup>*ibid.*

<sup>144</sup>*ibid.*

<sup>145</sup>His acceptance of the duty.

<sup>146</sup>But see *R v Langa* 1936 CPD 158 160.

<sup>147</sup>*R v Langa supra*; *R v Mtetwa* 1961 1 PH H22 (N); *S v Zwane* 1961 2 PH H204 (N); *R v Rogo* 1938 EDL 190; *S v Hansen* 1972 1 SA 453 (N); *S v Ngcobo* 1972 2 SA 557 (N); *S v Blaauw* 1972 3 SA 83 (C); *R v Zamba* 1943 OPD 143; *R v Matsoso* 1950 4 SA 182; etc.

<sup>148</sup>1973 2 SA 89 (O) 95.

“Dit kan noulik anders wees, aangesien die staat vir ’n skuldigbevinding *mens rea* aan die kant van die beskuldigde bo redelike twyfel moet bewys”.

Is this knowledge part of the concept of possession or part of the element of *mens rea*? It is clear from the judgment as a whole however that the court regarded it as an aspect of *mens rea*.

It must however be conceded that most of the cases have dealt with this knowledge of the nature of the object as part of the *mens rea* element,<sup>149</sup> but in *S v Blaauw*<sup>150</sup> one again finds some evidence of the confusion. After discussing the need for the state to prove *mens rea* the court says that it would be inclined to think that the state had not proved that the accused was in possession “in die sin dat hy bewys was van die teenwoordigheid of aard van die plant nie” (my italics).

The difference between regarding knowledge of the nature of the thing possessed as part of the possession itself or as part of the *mens rea* element, may appear to be purely academic. This however is not so. It is a fairly generally accepted doctrine in our law that in the case of statutory offences the *onus* is on the accused to prove an absence of intent,<sup>151</sup> once the state has succeeded in bringing him within the terms of the statute.

Now if this knowledge were part of the possession itself, then it would be incumbent on the state to prove it, as it would then be inherent in the terms of the statute. If however it is part of the element of *mens rea*, as it is respectfully submitted it is, then the *onus* would be on the accused to prove its absence.

Despite the fact however that it has been seen to be an aspect of *mens rea*, the *onus* in some cases has nevertheless been placed on the state to prove its presence.<sup>152</sup> It is strange that in neither of these cases is any reference made to cases such as *R v H*;<sup>153</sup> indeed in *S v Ngcobo* the court states that it is unaware of any authority for the proposition that the *onus* is on the accused. In the absence of some compelling reason for departing from this practice, it is submitted that these cases must be considered to be exceptional and not of general application.

### (c) *Knowledge of unlawfulness*

I do not propose to enter the controversy surrounding the doctrine of knowledge of unlawfulness and its concomitant, ignorance of the law, except to say that the modern trend seems to be to accept it as part of our law.<sup>154</sup> However, be that as it may, both from a dogmatic point of view and from considerations of basic justice it is submitted that knowledge of unlawfulness should be required for these offences.

<sup>149</sup>Cf *R v Langa supra*; *R v Rogo supra*; *S v Ngcobo supra*.

<sup>150</sup>*supra* 84.

<sup>151</sup>*R v H* 1944 AD 121 127; *R v Wallendorf* 1920 AD 383 401; *S v Arenstein* 1967 3 SA 366 (A). It is true that these decisions have been criticized of late and have been departed from as far as negligence is concerned. Cf *S v Qumbella* 1966 4 SA 356 (A); CR Snyman 1973 *SALJ* 222.

<sup>152</sup>Cf *S v Ngcobo supra*; *S v Blaauw supra*. Cf however *S v Mofokeng supra*.

<sup>153</sup>*supra*.

<sup>154</sup>e.g. *S v Zakwe* 1967 1 SA 298 (N); *Burchell & Hunt op cit* 132 260.

(d) *Intention to exercise control*

Closely allied to the point made in par (a) above is the requirement which is sometimes stated that the accused should have the intention or *animus* to exercise control over the thing.<sup>155</sup> In *S v Smith*<sup>156</sup> the court distinguishes clearly between the *detentio* and the *animus*, stating that the intention to exercise control is part of the element of *mens rea* and not of the possession itself. While this seems correct from a theoretical point of view it is submitted that in practice, once voluntary physical control has been proved, the very concept of voluntariness will invariably lead to an almost irrefutable presumption of an intention to exercise control. It is for this reason that respectful disagreement must be expressed with the findings in *S v Cain*.<sup>157</sup> In this case the accused, while aware of its contents, took a packet containing dagga and threw it from the window at the arrival of the police. This was his only proven contact with the dagga. The court held that he had not intended to control the dagga but merely to remove any suspicion that he had anything to do with the dagga. With respect this seems to be a confusion between motive and intent. Whatever his motive may have been, it seems clear that at least for that brief moment he voluntarily assumed control over the dagga, while knowing what it was and clearly knowing any possession of it to be unlawful. However technical his guilt may have been he clearly fell fully within every element of the offence. His only possible escape could be the doctrine of *de minimis non curat lex*.

(e) *Dolus eventualis*<sup>158</sup>

When dealing with intent one must not lose sight of the fact that it consists of three basic types, viz *dolus directus*, *dolus indirectus* and *dolus eventualis*.

It would therefore be sufficient proof of intent if it is proved that the accused realised, as a fact, the possibility that the substance under his control could be a prohibited article, coupled of course with proof of the other aspects of intent.<sup>159</sup>

(f) *Possession and negligence*

Thus far we have dealt only with intent as the form of *mens rea* required, and indeed this has almost without exception been the requirement set by our courts.

It is submitted however that there is no reason in law or practice why negligence should not suffice, at least in respect of the nature of the object possessed. While our courts have required actual knowledge of the nature of the object, the question of negligence in this respect has never been mooted, as far as is known.

<sup>155</sup>*S v Smith* 1965 4 SA 166 (C) 171; *S v Cain* 1973 2 SA 522 (N). Cf Snyman in 1973 *SALJ* 222 225.

<sup>156</sup>*supra*.

<sup>157</sup>*supra*.

<sup>158</sup>This may be something of a misnomer when dealing with this type of offence where no consequence is involved, but is used for the sake of convenience in preference to *Burchell & Hunt's* alternative (128), viz "legal intention in respect of circumstances".

<sup>159</sup>Cf *Burchell & Hunt op cit* 128.



In connection with statutory offences in general the following *dicta* are instructive:

“Negligence may constitute sufficient proof of *mens rea* even in cases where negligence is not the gist of the offence charged, if there was a duty on the part of the person concerned to be circumspect”<sup>160</sup>

and:

“where a person has done an act which the law forbids, and the scope and object of the legislation and the circumstances in which he did the act are such as to throw upon him a duty to take care, his failure to take care may furnish the element of *mens rea* which must be present before he can be convicted”.<sup>161</sup>

Most of the possessory offences are of such a nature as to cast a decided duty to take care on the general public. This is particularly true of Act 41 of 1971, and it is submitted that in the case of drugs a person living in our *milieu* and in our age has a decided duty to be most circumspect.

Therefore where there is no proof that the accused knew or actually suspected that the goods in his voluntary possession were prohibited goods, or goods of a certain nature, it would, it is submitted, be sufficient to prove that a reasonable man in the circumstances would have known or suspected, and thus that the accused was negligent in this respect.

#### (g) *Conclusion*

While on the face of it there seems to be some confusion relating to the various possessory offences, still some general patterns are discernable.

In the vast majority of cases the courts have held that bare physical detention is sufficient, and the few that have held differing views have either been overruled or have been based on particular indications in a particular statute. Although this aspect has never been directly alluded to by our courts, it is sufficiently clear that this physical detention must be voluntary.

It is also clear that the private law concept of possession, fulfilling, as it does, a completely different role, cannot be of much assistance in the case of possessory offences. The function of the *animus* required at private law is taken over by *mens rea* in the criminal law and the liability of offenders must be judged in terms of the requirements of the criminal law only.

It is unfortunate, but true, that, when dealing with statutory offences in general, and with possessory offences in particular, the courts tend to be blinded by the word “possession” and to forget that they are dealing with a crime which must clearly comply with all the requirements of the criminal law. It is therefore respectfully submitted that no particular mystique attaches to the possessory offences and that a great deal of the confusion that has arisen can be dissolved by proper analysis of these offences as part of the criminal law. □

<sup>160</sup>per Centlivres JA in *R v H* 1944 AD 121 130.

<sup>161</sup>per Broome J in *R v Federated Meat Industries* 1949 2 SA 795 (N). Cf *S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A) 366. These *dicta* seem to have been overlooked by Snyman *op cit* 223.

# Aantekeninge

## NO ENRICHMENT ACTION FOR IMPROVEMENTS TO MOVABLES?

In 1974 *Tydskrif* 101 there appears an interesting and well-argued contribution from the pen of Carmen Nathan entitled "Enrichment liability and the *ius retentionis*". The writer discusses certain anomalies in our law in respect of enrichment liens. Criticism is based, *inter alia*, on the view that:

"At Roman law the *bona fide* possessor could enforce payment of compensation only by means of the *exceptio doli* which he forfeited if he gave up or lost possession of the land concerned. Roman-Dutch law gave the impoverished *bona fide* possessor of land an action irrespective of whether or not he exercised his *ius retentionis*. . . . In South African law the impoverished *bona fide* possessor of land has retained this right of action but, like Roman and Roman-Dutch law, there has been no 'logical extension' in respect of improvements affected to movable property. Therefore the *bona fide* possessor of movable property is in the same position that he was in at Roman law, and he can 'enforce' his right to compensation only by exercising a *ius retentionis* ie passively by way of a defence to the owner's *rei vindicatio*. . . . In South African law the action of the *bona fide* possessor has been extended to include detentors . . . Detentors, like possessors, have no action for compensation in respect of improvements affected to movables but they too may exercise a *ius retentionis*."<sup>1</sup>

This proposition is apparently advanced, partly on the strength of the statement frequently occurring in our case law to the effect that a lien is merely a defence against the owner's *rei vindicatio* and does not itself constitute a cause of action,<sup>2</sup> and partly on account of the fact that different tests have been applied in respect of an enrichment action and an enrichment lien in order to determine whether the owner of the property concerned had been enriched at the expense of the party claiming compensation by way of an action<sup>3</sup> and merely exercising a lien until compensated.<sup>4</sup> There is, however, no direct discussion of this point, the proposition being stated more or less as being self-evident.

This is an important point which merits some investigation. Is the conclusion, in fact, justified?

There does indeed exist some authority supporting the writer's proposition. Two judgments supporting it are *Savory v Baldochi*<sup>5</sup> and *Reed*

---

<sup>1</sup>On p 103-104.

<sup>2</sup>See, for instance, *Brooklyn House Furnishers Ltd v Knoetze & Sons* 1970 3 SA 264 (A) 270F, cited on p 105 of the article, and *Ploughball (Edms) Bpk v Rae* 1971 1 SA 887 (T) 890E. There are many others as well.

<sup>3</sup>*Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd* 1968 3 SA 563 (T).

<sup>4</sup>*Brooklyn House Furnishers Ltd v Knoetze & Sons*, footnote 2 above.

<sup>5</sup>1907 TS 523.

*Brothers v Ford*.<sup>6</sup> Both Lee<sup>7</sup> and Lee and Honoré<sup>8</sup> state that no action lies for compensation for improvements to movables. The only authority relied on by Lee is Lee and Honoré. The latter rely on the two cases mentioned above. Let us now examine them.

The facts of *Savory v Baldochi* were briefly as follows. A had hired a cart from B. The cart broke and he took it to C and gave instructions, in his own name, that it was to be repaired. When A did not pay C, C claimed a lien over the cart, obtained judgment against A and then had the cart attached by the messenger of the court. B now appeared and claimed possession of the cart and judgment was given in her favour by Sir James Rose-Innes and Smith J.

In the course of his judgment Sir James Rose-Innes said that, as the repairs had been necessary, C had a lien which was effective against the whole world. As, however, there was no privity of contract between B and C, *C could not sue B* and he could not attach B's property to satisfy a claim against A. Smith J said that C's right was merely to retain possession of the cart against the world until his claim for the amount of the repairs done to it had been satisfied, but, as he had lost possession, he had lost his lien.

Now, the statement that C had a lien effective against the whole world (and thus also against B) but that he could not sue B, does lend some support to the view that there is a lien but no action in the case where improvements have been made to movables but there is no contract between the owner of the property and the improver. It must be pointed out, however, that the statement that C could not sue B, is *obiter*, that no authority is cited for it and that both judges seem to imply that a claim for money due *ex contractu* can give rise to an enrichment lien. It is true that Sir James Rose-Innes points out that the expenses were necessary, but both judges clearly consider C as a contractual and not an enrichment creditor. They are constantly referring to C's claim for money due to him in terms of the contract and never refer to his loss and the increase in value of the cart.

This latter point is of some importance in determining how much weight is to be attached to this case. It is trite law that while a contractual claim can give rise to a debtor and creditor lien, which is not effective against the whole world, an enrichment claim gives rise to an enrichment lien which is effective against the whole world.<sup>9</sup> Obviously C could not sue B on the contract which he had with A and he should not be granted a lien, effective against B, to secure his claim either. Should he, erroneously, be granted a lien against B, he could still not sue B *on that ground*. C would, of course, have an *enrichment* lien, effective also against B, to the extent that B has been enriched at C's expense as a result of the work C had performed, and, in such a case the question would also arise whether in addition to the lien he has an action for compensation (*not* for the contract price) against B.

---

<sup>6</sup>1923 TPD 150.

<sup>7</sup>*An Introduction to Roman-Dutch Law* 5th ed 547 *in fine*.

<sup>8</sup>*The SA Law of Obligations* §716 (iii) footnote 4.

<sup>9</sup>The leading case is that of *United Building Society v Smookler's Trustees* 1906 TS 623, but there are many others.

In the light of what has been said above, it is by no means clear that the judgment deals with this possibility at all. One might well argue that the judgment is authority for no more than the proposition that C could not sue B on a contract which he had with A, although he had a real lien on the property. It is thus submitted that this case is not a very strong authority on which to rely.

For the sake of completeness it may just be pointed out that according to the views held by the present writer and set out at length elsewhere,<sup>10</sup> B was not enriched at the expense of C, but at the expense (whether *cum* or *sine causa*) of A, who had contracted in his own name to have the work done and who was contractually bound to pay for it, in the same way as the owner of immovables is enriched at the expense of the *bona fide* possessor who employs a third person to perform work on the property and binds himself to pay for it, and not at the expense of the person who physically performs the work.

Coming now to the second case mentioned above, that of *Reed Brothers v Ford*, we find that the facts were, in principle, very similar to those in *Savory v Baldochi*. A had hired horses from B and had then contracted in his own name with C that C was to bait them, which C duly did. When A did not pay C, C claimed a lien over the horses as against B, until paid what was owing to him. On this point Mason and Gregorowski JJ decided in C's favour in the first litigation between the parties, reported as *Ford v Reed Brothers*.<sup>11</sup> In the second case, which is the one referred to above, the court (Wessels and De Waal JJ) had to determine whether C could sue B, on the basis of unjustified enrichment.

Sir John Wessels said that, had the matter been *res nova*, he would have had grave doubts as to whether C had a lien effective as against B. There is no mention made in the books that a livery stable keeper has a lien as against the owner of horses he has baited even if he gave credit to the hirer of the horses and not to the owner. He (the judge) is, however, bound by the earlier decision granting the lien but refuses to grant an action because the authorities do not say that in every case where there is a *ius retentionis* there is also a right to recover necessary expenses. They limit their remarks to land and nowhere say that a *ius retentionis* has become a weapon of offence.

De Waal J expresses similar views. He says that the lien could only exist as against the owner where he had been enriched at the expense of the person claiming the lien and finds that in this case B had not been enriched at the expense of C. He then agrees with Sir John Wessels that a right of action does not exist in the case of movables.

In view of the fact that both judges are clearly of the opinion that B is not enriched at the expense of C and that C should never have been granted a lien, their judgments are not as clear authority as one could wish for the proposition that where there *is*, in fact, enrichment of the owner of a movable at the expense of another who had improved it, no action will lie, but it is

<sup>10</sup>See 1970 *Tydskrif* 357 footnote 1.

<sup>11</sup>1922 TPD 266.



probably correct to interpret their judgments in this way. The authorities on which they rely do not, however, bear out their conclusion. In particular attention must be drawn to the misinterpretation of Voet, which is very clearly pointed out in *Wipplinger v Wax*,<sup>12</sup> a case to which further reference is made below.

Authority for the contrary view is, however, not lacking and seems to be stronger. Turning our attention firstly to our institutional writers, we find that Grotius, writing at the beginning of the seventeenth century, quite clearly gives an action also where the improved property consisted of movables. In 2 10 he discusses the acquisition of property by *accessio*. This, he says, can take place in the case of movables and immovables. It takes place in the case of movables when a person attaches his own property to the property of another *tot dienst ofte verciering* of the latter. He then proceeds, in §4, to give examples of the latter and says that the person losing his property by the *accessio* has an *action* to claim compensation, provided that he had acted in good faith:

“By voorbeeld: zoo wanneer iemand sijn goed inweeft in eens anders laken, ofte een zilver deksel zet op eens anders kanne, alsoo 't gout ende 't zilver hier dient om iet anders te vercierien, zoo treckt het laken den eighendom van 't goud tot hem: welverstaende dat den inwever soo hy sulcks ter goeder trouwe heeft gedaan *vergoedinge mag eischen.*” (My italics.)

Jumping now to the end of the eighteenth century, we find Van der Keessel approving of this view of Grotius, merely commenting *sv vergoedinge*: “Omdat die eenaar self in hierdie geval agv sy eie optrede die bykomstige saak kwynt geraak het, moet hy bloot skadeloos gestel word”.<sup>13</sup> We note that a lien is not even mentioned.

To fill in the period straddled by Grotius and Van der Keessel, we may refer to Van Leeuwen and Voet. Van Leeuwen has a lengthy passage dealing with *commixtio* and *accessio* in which he speaks of *accessio* to both movables and immovables, illustrating this by means of examples. He then says that if separation of the principal thing and the accessory is not practicable (ie when *accessio* in its technical sense has taken place) the person who has lost his ownership *ad pretii refusionem agere [potest]*.<sup>14</sup>

Voet is to the same effect. He ends off his discussion of acquisition and loss of ownership by *accessio* to movables with the statement that:

“The owner however of that which has acceded to the other thing is granted either *an action in factum* (my italics) or an exception and a right of retention of the main thing if he is in possession of it, with a view to the recovery of the value.”<sup>15</sup>

It would not be incorrect to consider the *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808* by Van der Linden as being a kind of final summary of the classical Roman-Dutch law expressed in the form of a code. It was certainly Van der Linden's intention to provide a code of the existing law. We may

<sup>12</sup>1933 EDLD 60.

<sup>13</sup>*Praelectiones ad Grotium* 2 10 4, vol 2 p 163 of the Pretoria edition.

<sup>14</sup>*Censura Forensis* 1 2 5 8 *in fine*. See also 7 and 9.

<sup>15</sup>41 1 27 *in fine*, Gane's translation.

thus conveniently end our brief survey of the Roman-Dutch law with a reference to the view held at the beginning of the nineteenth century by a competent lawyer. The *Tweede Boek, Tweede Titel, Tweede Afdeling* deals with the various ways in which ownership is acquired. In a 7 he deals with *accessio*, drawing no distinction between movables and immovables.

“Wanneer eenige zaak zich met ons eigen goed vereenigt, zoo dat zij te zamen één en hetzelfde geheel uitmaken, wordt de eigendom van de zaak door *accessie* verkregen aan den Eigenaar van het principale goed.”

Then follow two sections dealing, respectively, with *alluvio* and *avulsio* and in a 10 he states, again without drawing any distinction between movables and immovables, that the person losing his ownership is entitled to compensation. The fact that he does not mention a lien and that he draws no distinction between movables and immovables, indicates that he has in mind a *right of action*.

“Wanneer twee zaken, aan onderscheiden Eigenaars toebehoorende, zoodanig met elkanderen vereenigd zijn, dat zij een geheel uitmaken, behoort het geheel aan den Eigenaar van de Principale zaak, mits aan den ander de waarde van de accessoire saak betalende.”

It may be pointed out that his *Koopmans Handboek* is very much to the same effect.<sup>16</sup>

Although the case of *specificatio* is not, perhaps, entirely *in pari materia*, since the person losing his property has not attached it to the property of the acquirer, it is surely not entirely out of place to refer to it. It is trite law that the former may claim compensation from the latter by way of an action.<sup>17</sup>

Turning now to our case law, we find that the right of the person who has lost his property because he has attached it to the movable property of another in such a manner that *accessio* has taken place, to claim compensation by way of an action, has been recognized in several cases. The clearest and most authoritative statement to this effect is found in *Wipplinger v Wax*,<sup>18</sup> which has already been mentioned, especially in the judgment of Gutsche J in which this point is specifically dealt with.

Thirty two years previously, in the case of *Colonial Government v Smith and Co*<sup>19</sup> we find the following statement:

“It is true, in that case (*Bellingham v Bloometje* 1874 Buch 36 in which it was said that even a *mala fide* possessor of land has an action for compensation for improvements) landed property was involved but our law recognizes no difference in principle founded on any distinction between landed estate and movables.”

In *Acton v Motau*<sup>20</sup> the court states in terms that even a *mala fide* possessor of movables, except if he be a thief, has a right to claim compen-

<sup>16</sup>1722.

<sup>17</sup>See Grotius 284; Van Leeuwen *RHR* 253; Van der Keessel *Praelectiones ad Grotium* 284 (vol 2 p 147 of the Pretoria edition).

<sup>18</sup>1933 EDLD 60.

<sup>19</sup>(1901) 18 SC 380 393.

<sup>20</sup>1907 TS 523.

sation by way of an action. It is, however, difficult to imagine a case of a *mala fide* possessor of a movable (who *ex hypothesi* possesses *animo domini*) who will not be a thief.

Finally, it may be pointed out that the view that an action for improvements to movables does lie, is expressed in a number of well-known textbooks.<sup>21</sup>

Reference has been made above to statements to the effect that a lien is merely a defence against the owner's *rei vindicatio* and that it does not itself constitute a cause of action. Now, the writer is surely right where she comments: "It is not merely a defence but the practical utilisation of real security".<sup>22</sup> Apart from this qualification, the statements referred to constitute trite law and in no way support the conclusion that there can be no action, in addition to an enrichment lien, for improvements to movables.

The holder of a real security never has a right of action *because* he has a real security, he can never sue on the basis of a security. The position is rather that a security is accessory to a pre-existing debt or to a debt which arises at the same time as the security, as the writer herself points out.<sup>23</sup> Thus, the holder of a mortgage bond can sue the owner only on account of the contract which gave rise to the bond, the holder of a pledge can sue the owner only on account of the debt for which the pledge serves as security, and the holder of an enrichment lien can sue only on the basis of unjustified enrichment. There can, of course, be cases where a lien exists but where the holder of the lien has no right against the owner of the property, namely where the lien is older than the ownership. Thus, where A is in possession of the property of B against whom he has an enrichment action because he has improved the property, and the ownership of the property passes to C, who owes A nothing, A will retain his lien but he will not have an action against C.<sup>24</sup> The granting of a lien against an owner who owns the property concerned at the time when the lien comes into existence, but who is not enriched at the expense of the lien-holder,<sup>25</sup> can, however, not be defended.<sup>26</sup>

The writer further states that the anomaly which she believes to exist in our law in respect of movables has been reinforced by reason of the differing interpretations of the enrichment "at the expense of" requirement,<sup>27</sup> to which reference has already been made.<sup>28</sup>

It is submitted that this conclusion is unjustified. It is, of course, as pointed out by the writer,<sup>29</sup> an untenable position that a person should be

<sup>21</sup>See Maasdorp *The Law of Property* 9th ed 41; Wille *Principles of SA Law* 6th ed 174; Flemming *Huurkoopreg* 166. Cf the present writer's *Verrykingsaanspreeklikheid* 2nd ed 216.

<sup>22</sup>On p 105.

<sup>23</sup>On p 105. See also Hahlo and Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* 619.

<sup>24</sup>See the present writer's *Verrykingsaanspreeklikheid* 2nd ed 205-207.

<sup>25</sup>See *Reed Brothers v Ford* at p 155. This was also the case in *Savory v Baldochi*, discussed above.

<sup>26</sup>See 1970 *Tydskrif* 357.

<sup>27</sup>On p 105.

<sup>28</sup>See footnotes 3 and 4 above.

<sup>29</sup>On p 106.

held to be enriched at the expense of another for the purposes of an enrichment lien but not enriched at the expense of the same person for the purposes of an enrichment action, and, if this trend were to continue, there will undoubtedly be numerous instances in the future where a lien is granted but a right of action denied. This can, however, happen as easily in the case of land as in the case of movable property and the theoretical basis for the exclusion of the action would not be a general rule that no action lies for improvements to movables but the finding that there was, on the facts of the particular case, no enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff according to the test to be applied in such cases. It may just be pointed out here that in neither of the two cases concerned it was held that there is no action in principle in respect of movables.

It is thus submitted that in the case of movables just as in the case of immovables, the Roman rule granting a defence to a *rei vindicatio* but denying an action for compensation, no longer stands before us in the full majesty of life.

WOUTER DE VOS  
University of Cape Town

*“Wer die Geschichte des Römischen Reichs auf sich wirken lässt, wird immer den Eindruck haben, vor einem einzigen, grossartigen Kunstwerk zu stehen. Elemente, wie sie verschiedenartiger überhaupt nicht mehr gedacht werden können, waren hier zu einer Einheit verschmolzen, die aber doch nicht die ureigene Wesenheit ihrer Teile unterdrückte.*

*“Immer mehr kam in diesem Reiche die geistige Kultur der Griechen und des Hellenismus zur Geltung. Es lebten darin die Geisteskräfte und Strömungen weiter, die in der genialen Tat des grossen Alexander ihren Ursprung hatten, der in weitem Sinn Orient und Okzident mit der Titanenmacht seiner einmaligen Persönlichkeit zusammengeschweisst hatte. Das Weltreich, das er mehr eroberte als beherrschte, hat ihn freilich nicht überlebt, aber die geistige Verschmelzung, die seine Tat hervorrief, gehört zu den tragenden Säulen abendländischer Kultur.*

*“Was der feine Geist des hellenistischen Griechentums ersann und durchdachte, das schützte die nüchternen Zucht und Ordnung der römischen Legionen. Es ist ja sonderbar: In keinem Land des Altertums wurde so viel und so Weises über den Staat geschrieben und nirgends hat die Praxis kläglicher versagt als gerade in Griechenland. Erst die römische Fremdberrschaft hat eine viele Jahrhunderte dauernde Einheit geschaffen. Und Rom als endgültiger Erbe der hellenistischen Reiche nahm dann, wenn auch zunächst nicht ohne Widerstreben, den griechisch-hellenistischen Geist weithin in sich auf.”*

Fritz Schwind Zur Frage  
der Publikation im römischen Recht



# Vonnisse

## S v GONCALVES 1974 2 SA 122 (NK)

### *Besit van afhanklikheidsvormende medisyne - Skuld - Bewyslas*

Artikel 2(b) van die Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums 41 van 1971 verbied die besit van verbode afhanklikheidsvormende medisyne, waarvan die belangrikste voorbeeld ongetwyfeld dagga is. Dat skuld 'n vereiste vir aanspreeklikheid vir hierdie misdaad is, is nog nooit betwyfel nie maar is inderdaad in hierdie beslissing ook bevestig. Die rede waarom hierdie beslissing besondere vermelding verdien, is veral die feit dat dit, so ver bekend, die eerste gerapporteerde saak is waarin bevind is dat die skuldvorm wat by hierdie misdaad vereis word nie *dolus* is nie maar *culpa*.

Die polisie het 'n houer bevattende vyf amfetamentablette op 'n rak in 'n agterkamer van 'n kafee waar die beskuldigde gewerk het, gevind. Hy het geen getuienis onder eed gegee om die besit daarvan te verduidelik nie en die hof het hom skuldig bevind aan besit van 'n verbode afhanklikheidsvormende medisyne ter oortreding van a 2(b) van die wet. Daar is ook beslis dat *culpa* die vereiste skuldvorm by oortredings van a 2(b) is. Die hele doel van die wet sal, volgens die hof, veryd word indien opset aan die kant van die beskuldigde vereis word. Vir die gewone leek is dit bykans onmoontlik om te weet of die inhoud van 'n besondere pil 'n verbode, gevaarlike of moontlik gevaarlike afhanklikheidsvormende medisyne bevat, en daarom (volgens die hof op 124B) sal so 'n persoon 'n maklike prooi wees vir die smous wat 'n afsetgebied wil skep, indien werklike kennis by die beskuldigde vereis word en nie bloot redelike voorsorg nie.

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie standpunt van die hof verkeerd is. Dit is in die eerste plek heeltemal in stryd met vroeëre beslissings omtrent a 2(b) waarin duidelik beslis is dat opset die vereiste skuldvorm is en dat die beskuldigde dus daadwerklik kennis moes gedra het van die feit dat dit 'n verbode afhanklikheidsvormende medisyne is wat hy in sy besit het (*S v Mofokeng* 1973 2 SA 89 (O) 91 en 94; *S v Skhosana* 1973 1 SA 322 (O) 325; *S v Blaauw* 1972 3 SA 83 (K) 84 en *S v Cain* 1973 2 SA 522 (N)). Weliswaar handel hierdie beslissings oor die besit van dagga maar dit bly nog steeds 'n oortreding van dieselfde a 2(b). Daar is niks in die wet wat daarop dui dat dit die wetgewer se bedoeling was om die besit van dagga in hierdie verband anders te behandel as die besit van enige van die ander verbode afhanklikheidsvormende medisynes genoem in Deel I van die Bylae tot die wet nie. Selfs onder die huidige wet se voorganger, wet 13 van 1928, het ons howe nog altyd *dolus* aanvaar as die vereiste skuldvorm by die ooreenstemmende bepaling (a 61(1)(d)) in die ou wet (*R v Mtetwa* 1961 1 PH H 22 (N); *S v*

*Zwane* 1961 2 PH H 204 (N); *R v Stevens* 1960 2 PH H 246 (O) en *R v Moyage* 1958 3 SA 400 (A) 414G). 'n Mens kan veronderstel dat die wetgewer met die uitvaardiging van die nuwe wet in 1971 kennis gedra het van die interpretasie van die ooreenstemmende bepalings in die ou wet. Nietemin swyg die nuwe wet oor die skuldvereiste. 'n Mens kan dus aanvaar dat die nuwe wet die vroeëre stand van die reg betreffende die skuldvereiste by besit van dagga bekragtig het (*Ex parte Minister of Justice : In re R v Bolon* 1941 AD 345 359). Indien die wetgewer se bedoeling iets anders was, kon hy heel maklik 'n bepaling in die nuwe wet opgeneem het wat dit duidelik stel dat dit die gebrek aan voorsorg (*culpa*) is en nie daadwerklike kennis self (*dolus*) nie, wat vir aanspreeklikheid ingevolge a 2(b) vereis word. Dit is juis so 'n opmerklike kenmerk van die nuwe wet dat 'n arsenaal van vermoedens in a 10 geskep word om die vervolging se las te verlig. Niks word egter gerep omtrent 'n skuldvorm in verband met a 2(b) nie wat dit vir die beskuldigde weselik moeiliker maak om vry uit te kom.

Wet 41 van 1971 is 'n wet wat, oa weens die byna ongehoord hoë voorgeskrewe strawwe, verreikende vermoedens en bevoegdhede tot verbeurdverklarings wat dit skep, besonder beswarend van aard is. Daar is tereg al van die wet gesê: "the Act is one of manifest and unique severity" (*S v Shangase* 1972 2 SA 410 (N) 415G). Bepalings in die wet wat vatbaar is vir meer as een moontlike interpretasie moet dus so ver moontlik in die guns van die beskuldigde uitgelê word. Om af te sien van die *dolus*-vereiste ten gunste van blote *culpa* by oortredings van a 2(b) is ongetwyfeld meer beswarend vir die beskuldigde, en is myns insiens 'n te maklike afwyking van die grondreël dat strafbepalings streng geïnterpreteer moet word.

Dit val te betwyfel of die doel van die wet verydel sal word indien *dolus* aan die kant van die beskuldigde vereis word. Ons howe het al meermale te kenne gegee dat wanneer 'n persoon betrap word terwyl hy in besit van 'n verbode artikel is daar gewoonlik aanvaar kan word dat hy bewus is van die inhoud van die artikel in sy besit, tensy daar spesiale omstandighede in die saak is wat moontlik daarop dui dat hy dit nie geweet het nie (*R v Mtetwa supra*; *S v Nocobo* 1972 2 SA 557 (N) 558B en *R v Rogo* 1938 OD 190 te 193, waar daar gepraat is van "the common sense idea . . . that when a person . . . possesses a thing, he knows what it is that he possesses.") Daar is hier nie sprake van 'n vermoede van *mens rea* nie maar bloot van 'n feitlike afleiding wat meestal gemaak kan word uit die omstandighede van die saak. Uit wat die hof op 124G e v sê, blyk dit dat die hof in die onderhawige beslissing in elk geval tot dieselfde slotsom sou gekom het selfs al is opset aan die kant van die beskuldigde vereis.

Daar is 'n verdere stelling van die hof wat beswaarlik beskou kan word as 'n streng interpretasie van die onderhawige strafbepaling. Op 124C-D word nl verklaar dat bewys deur die staat van die feit dat die beskuldigde in besit van amfetamien gevind is ook *prima facie* bewys van *mens rea* is, en dat die beskuldigde in gebreke gebly het om hierdie afleiding van *mens rea* te weerlê. Alhoewel hier nie van 'n vermoede van *mens rea* gepraat word nie kan hierdie stelling denkbaar so vertolk word dat daar 'n bewyslas op die beskuldigde geplaas word om te bewys dat hy nie nalatig was nie. Dit is in stryd met die reël dat, waar *culpa* die vereiste skuldvorm in 'n statutêre

verbod is, die bewyslas op die staat rus om hierdie *culpa* te bewys (*S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A) 366-7; *S v Jassat* 1965 3 SA 423 (A) 425; *S v Quambella* 1966 4 SA 356 (A); *S v Quambella* 1967 4 SA 577 (A) 580; en *S v Fouche* 1974 1 SA 96 (A)). Dit skyn ook onversoenbaar te wees met daardie gewysdes omtrent dieselfde a 2(b) wat die bewyslas om *mens rea* in die vorm van *dolus* te bewys, op die staat plaas (*S v Zwane supra*; *S v Blauw supra*; *S v Ngcobo supra*, *sed contra S v Mofokeng supra*).

In die lig van bogemelde oorwegings asook die verdere feit dat daar omtrent 30 000 vervolgings weens dagga-oortredings jaarliks deur ons howe gehanteer word (*Jaarverslag van die Kommissaris van Polisie* vir jaar geëindig 30 Junie 1972 RP 23/73), die meeste waarvan t o v besit van dagga is, sou 'n gesaghebbende appèlhofbeslissing oor sowel die vraag wát presies die skuldvorm by oortredings van a 2(b) is, asook die belangrike vraag op wie die las rus om hierdie skuld te bewys (of te weerlê), meer as welkom wees.

CR SNYMAN

*Randse Afrikaanse Universiteit*

### S v Kadi 1974 2 SA 330 (NK)

*Strafproses – Vonnis wat opgelê moet word buite landdroos se bevoegdheid – Uitwerking van – Saak moet na streekhof verwys word ingevolge a 93bis van Wet 32 van 1944*

Die beskuldigde is deur 'n landdroos skuldig bevind aan veediefstal en is gevonnisd tot twee jaar gevangenisstraf. Die landdroos was van mening dat hy nie die beskuldigde se vorige veroordelings in aanmerking hoef te geneem het nie weens die bepaling van die Vyfde Bylae tot die Strafproseswet 56 van 1955. In hierdie opsig het hy fouteer en tereg word by hersiening verklaar dat die beskuldigde weens sy vorige veroordelings kwalifiseer vir gevangenisstraf ter voorkoming van misdaad (a 334quat van die Strafproseswet).

Met verwysing na a 93bis van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 verklaar waarnemende regter Basson ook tereg dat die landdroos verplig was om die skuldigbevinding ter syde te stel sodat die verrigtinge weer van nuuts af voor die hof van die betrokke streekafdeling kon begin. Hiermee word skrywer se standpunt bevestig wat verskyn het in 1974 *THRHR* 111-112, as 'n vonnisbespreking op *S v Tshebeletsane* 1973 4 SA 195 (NK). Regter Basson verklaar dan ook dat hy die saak bespreek het met regter Van Rhyn wat die uitspraak in gemelde beslissing gelewer het en dat hy saamstem dat hy weens 'n vergissing fouteer het.

Dan verklaar regter Basson dat die landdroos die beskuldigde nie kon vonnis nie en verwys hy die saak terug na die landdroos sodat hy volgens die voorskrifte van a 93bis kan handel. Die enigste vraag is of die regter nie die skuldigbevinding en vonnis van die beskuldigde tersyde moes gestel het sodat die verrigtinge van nuuts af voor die streekhof kon begin nie – *S v Jacobs* 1972 1 SA 510 (K). A 93bis magtig (en verplig) slegs die

landdros om die skuldigbevinding van 'n beskuldigde tersyde te stel aangesien sodanige prosedure voor vonnis plaasvind.

Gevolglik word aan die hand gedoen dat die landdros nie die onbevoegde vonnis kragtens a 93bis tersyde kan stel nie en dat regter Basson 'n bevel moes gemaak het soos in *S v Jacobs (supra)*.

Indien mens natuurlik tegnies wil raak, kan gesê word dat regter Basson minstens die vonnis tersyde moes gestel en die saak dan terugverwys het na die landdros sodat hy die skuldigbevinding tersyde kon stel en die verrigtinge dan weer van nuuts af voor die streekhof kon begin. Die prosedure gevolg in *S v Jacobs* word egter verkies.

Dit is interessant om daarop te let dat a 93bis skynbaar geen diskresie aan die prokureur-generaal laat of hy die beskuldigde weer wil aankla voor die streekhof al dan nie. Indien die staat om die een of ander rede dan nie meer met die saak teen die beskuldigde wil voortgaan nie, skyn die oplossing te wees dat die prokureur-generaal die aanklag teen die beskuldigde moet terugtrek kragtens a 8(1) van die Strafproseswet – natuurlik voor die beskuldigde gepleit het! Dit is egter hoogs onwaarskynlik dat so 'n situasie in die praktyk sal ontstaan.

PM BEKKER  
*Universiteit van Pretoria*

### VAAL TRANSPORT CORPORATION (PTY) LTD v D VAN WYK VENTER 1974 2 SA 575 (T)

*Huurkoop - Skade aan huurkoopsake - Huurkoopkoper se aksie*

'n Baie insiggewende en belangrike uitspraak is in hierdie saak gegee: daar is naamlik beslis dat 'n aksie *ex lege Aquilia* die huurkoopkoper toekom vir skade deur 'n derde die koopsaak aangedoen.

Die eiser was die huurkoopkoper van 'n motor wat deur 'n derde in 'n motorbotsing beskadig is. Die eiser spreek die derde aan vir skade wat hy na bewering as gevolg van dié se onregmatige en skuldige optrede gely het. Die verweerder beweer in 'n spesiale pleit dat die eiser geen *locus standi* in die saak het nie. Die spesiale pleit word van die hand gewys, en teen hierdie beslissing appéleer die verweerder. By appél beslis die hof (wnr Claassen en r Bekker) dat die huurkoopkoper in eie naam vir skade wat deur 'n derde aan die koopsaak aangerig is, kan vorder. Die pleitstukke is ietwat eienaardig geformuleer: Die eiser beweer naamlik dat hy (a) huurkoopkoper in-gevolge 'n huurkooppooreenkoms is en dat die risiko van die koopsaak kragtens hierdie ooreenkoms op hom oorgegaan het en (b) dat hy *bona fide*-besitter van die voertuig is.

By monde van wnr Claassen aanvaar die hof die geyskte definisie van 'n *bona fide possessor*, synde 'n besitter wat glo dat hy eienaar van die saak in sy besit is (*Erasmus v Mittel and Reichman* 1913 TPD 617 623) en besluit hy dat hoewel die huurkoopkoper nie in presies dieselfde posisie is nie, hy nietemin *juridies* en *feitelik* so na is aan die *bona fide possessor* dat hy dieselfde regte be-



hoort te hê as die *bona fide possessor*, nl om in eie naam te dagvaar waar 'n derde die huurkoopzaak nalatiglik beskadig.

Nogtans word die uitspraak nie streng op die grondslag dat die eiser *bona fide possessor* is, gegee nie. Die uitspraak lui op bladsy 577F:

“The hire-purchaser of a vehicle has normally the full use and the *detentio* of the vehicle. He acts towards all parties as if he were the full owner and he intends to become the legal owner in the course of time when he shall have paid all the instalments due. With this situation also goes the knowledge that the legal owner has parted with possession and enjoyment of the vehicle.”

en vervolg dan op bladsy 577G

“What is perhaps in law more important is that he has also parted with *the right of free disposition* of the vehicle while the hire-purchaser carried out his obligations. This *right of free disposition really constitutes the essence of ownership.*”

en hieruit lei die hof af:

“Since the seller under a hire-purchase agreement has parted with all the essential elements of ownership during the period that the purchaser fulfils his obligations I can see no reason in common sense logic or equity why the hire-purchaser should not be able to sue the wrongdoer who has caused the value of his *right of possession, use and enjoyment to be diminished as the result of negligent conduct.*” (Bladsy 577H; ek kursiveer.)

Hierdie uitspraak skyn sonder twyfel die vorige Transvaalse vonnis van *Laubscher v Patterson* 1972 2 PH J20 waarin die opmerkings van r Colman in *Rondalia v Hanekom* 1972 2 SA 114 (T) gevolg is, omver te werp en is in ooreenstemming met die Vrystaatse beslissing *Lean v Van der Mescht* 1972 2 SA 100 waar 'n vordering onder soortgelyke omstandighede wel aan die huurkoopkoper verleen is.

Aanvanklik was die *actio legis Aquiliae* net aan die eienaar beskikbaar. *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino* - D 9 2 11 6. Hy het normaliter ager met die *actio directa*. Deur praetoriese *edicta* en die interpretasie van die juriste is die *actio in factum* of *utilis* aan verskillende ander persone wat nie die eiendom van die saak gehad het nie, verleen. Hulle was naamlik die *bona fide possessor* (D 9 2 11 8); die pandhouer (D 9 2 17); die vruggebruiker (D 9 2 12); die gebruiker (D 9 2 11 10); die houer van 'n erfdiensbaarheid (D 9 2 27 32) en die *colonus* (D 9 2 27 14). Elkeen van hierdie persone is houters van beperkte saaklike regte op die saak - die omstrede posisie van die *bona fide possessor* daargelaat.

In die Romeins-Hollandse reg is daar aanduidings dat die kasuïstiek van die Romeinse deliktereg laat vaar word ten gunste van algemene deliktuele aanspreeklikheid. (Vgl De Groot 3 37 1: “Misdaed jegens goed is goed-verderving, goed-beneming, goed-verargering tegens de wille des genes dit 't goed aengaet”; en 5: “Wy zeggen die 't goed aengaet: want niet alleen die eighenaer is in volle ofte ghebreckelicken eighendom, maer oock die gebrueck ofte verzeckerheid hadde aen 't goed, ofte bezit alleen, heeft recht jeghens den misdadighe, voor soo veel hy door hem is verkort”.)

Van die huurkoopkoper is daar in die Romeins-Hollandse reg geen sprake nie. Die huurkoopkontrak is 'n produk van die middelnegentiende eeu. Dit poog om twee doeleindes te verwesenlik: enersyds om verbruikers-

artikels (dikwels luukshede) dadelik ter beskikking van die “koper” te stel wat die saak nie teen kontant kan koop nie; andersyds om aan die “verkoper” ’n baie sterk vorm van sekerheid te verskaf, deurdat hy eiendomsreg van die saak behou al is hy die besit daarvan kwyt. Die Huurkoopwet 36 van 1942 omskryf ’n “huurkoopkontrak” as ’n kontrak “waarby goed verkoop word onder voorwaarde dat die eiendomsreg op die goed nie bloot deur oordrag van die besit van die goed oorgaan nie . . .” “Eiendomsreg” bly dus setel in die huurkoopverkoper, maar dit is ’n “leë” eiendomsreg, aangesien die eienaar nie die inhoudsbevoegdhede van eiendomsreg kan uitoefen nie. Die *ius utendi* en *ius fruendi* gaan naamlik met die lewering van die saak op die huurkoopkoper oor. Huurkoopkontrakte bevat gewoonlik bepalinge soos: “Die motorvoertuig bly die eiendom van die verkoper totdat die volle koopprys tesame met enige rente en ander bedrae of gelde wat kragtens hierdie ooreenkoms, deur die koper betaalbaar mag word, betaal is”. Huurkoopkontrakte bevat gewoonlik ook bepalinge waarvolgens die risiko van tenietgaan of beskadiging van die koopsaak op die huurkoopkoper oorgaan. Daar word naamlik soms op die huurkoopkoper die verpligting geplaas om die huurkoopsaak teen alle risiko’s omvattend te laat verseker en die koopsaak in ’n goeie toestand te hou.

Op watter grond vorder die huurkoopkoper van ’n delikspleger vir skade aan die huurkoopsaak aangebring? In *Lean v Van der Mescht* (*supra* 110D-F) verleen regter Hofmeyr aan die huurkoopkoper uit hoofde van sy regmatige *besit* en *genot* van die saak ’n *beperkte saaklike reg*; hy beslis dat ’n huurkoopkoper op grond daarvan (die *ius in re aliena*) ’n eisgrond het. Hierdie benadering vind ook steun in vroeër gewysdes. In *Grobbelaar v Van Heerden* 1906 EDL 229 was die feite kortliks die volgende: K koop van V ’n aantal volstruise. Voor lewering aan K maar na betaling van die prys beskadig C die volstruise. K vorder die skade van C. In die hof van appèl weier Rp Kotze ’n aksie aan K in die gesketste omstandighede, omdat hoewel hy ’n versorgingsplig het, hy “neither dominium nor possession” van die koopsaak het (bl 233). Die kern van die uitspraak is dus dat die eiser eers na lewering, met ander woorde na hy eiendomsreg of besit verkry het, ’n aksie om skadevergoeding verkry. (Vergelyk ook *Hudson’s Transport (Pty) Ltd v Du Toit* 1952 3 SA 726 (T).)

In *Sulaiman v Amardien* 1931 CPD 509 het die vraag opgeduik of die koper aan wie die saak ingevolge ’n gemeenregtelike huurkoopkontrak reeds gelewer is, maar eiendomsreg ook by die verkoper bly setel het totdat alle paaieimente betaal is, kan eis vir skade aan die koopsaak verrig. Rp Gardiner beslis dat hy wel ’n aanspraak het, hoewel hy nie eienaar is nie. Die regter beskou die feit dat hy die eienaar van die koopsaak sal word as voldoende belang om aan hom ’n aksie te verleen. Van die kontrak word gesê: “This, to my mind, is a contract of sale of the car, with the suspensive condition that the ownership shall not pass until full payment has been made, but it is an out and out sale for the sum of £190” (bl 510). Hiermee gee die hof mi te kenne dat hoewel eiendomsreg nie oorgegaan het nie, die koper reeds saaklike regte verkry het.

In *Spolander v Ward* 1940 CPD 24 doen die volgende feitestel hom voor: A eis van B vergoeding van skade aangebring aan die saak in sy besit waar-

oor hy die gebruiksreg gehad het. A het ook die verpligting gehad om goed te staan teenoor C, die gemeenregtelike huurkoopkoper van die voertuig, vir alle skade wat sou plaasvind tydens sy gebruik van die motor. Daar word by implikasie aanvaar dat C sou kon eis. Die hof verleen by monde van r Davies 'n aksie aan A op grond van die feit dat hy 'n *versorgingsplig* teenoor C gehad het solank die voertuig in sy *besit en gebruik* was. Weer eens het die hof hier 'n aksie aan die eiser verleen waar die saak in besit was van die eiser en hy 'n saaklike reg (gebruik) op die saak gehad het.

Uit hierdie kort oorsig van die relevante beskouings wil ek die volgende gevolgtrekkings maak: Die huurkoopkoper is na lewering van die koopsaak aan hom die houer van 'n saaklike reg. Beskadiging van die koopsaak is die aantasting van sy saaklike reg; die onregmatigheid van die derde se handeling is geleë in die skending van hierdie saaklike reg. *Voor* lewering van die koopsaak verkry hy geen saaklike reg oor die saak nie. Vind die beskadiging *dan* plaas, verkry hy geen aanspraak teenoor die derde nie, soos geïllustreer in *Grobelaar v Van Heerden* 1906 EDL 229.

Van belang vir beantwoording van die vraag of die huurkoopkoper skade gely het, is die aanwesigheid van 'n versorgingsplig aan sy kant. Want die skade van die huurkoopkoper is juis geleë in die opdoen van 'n verpligting teenoor die huurkoopverkoper. In die reël is hy, soos hierbo aangedui, kontraktueel verplig om die koopsaak in 'n deugdelike toestand te hou. Word die koopsaak beskadig, ontstaan vir hom 'n verpligting om die saak diensbaar te maak. Hierin lê sy skade (vergelyk Reinecke in 1971 *CILSA* 326).

'n Ander benadering wat veral ter sprake sal kom waar daar geen versorgingsplig op die huurkoopkoper rus nie, is die volgende: Die inhoud van die huurkoopkoper se bevoegdhede skiet in die reël net in een opsig te kort, naamlik dat hy nie die saak mag vervreem nie. Hy het maw die *ius utendi et fruendi*, maar nie die *ius abutendi* nie. Soos hierbo aangedui, kon die gebruiker in die Romeinse reg reeds *ex lege Aquilia* ageer. Die huurkoopkoper het minstens die gebruiksbevoegdheid. Enige aantasting van hierdie gebruiksbevoegdheid, trouens enige inperking van sy bevoegdhede, beteken dat hy skade ly. Hierdie skade word manifesteer in die herstel of vervangingskoste van die huurkoopsaak. Selfs al sou hy nie teenoor die eienaar verplig wees om die koopsaak in 'n goeie toestand te hou nie, ly hy skade omdat sy bevoegdhede ten opsigte van die saak gekortwiek is. Hy is die houer van 'n saaklike reg en aantasting van die inhoudsbevoegdhede van hierdie reg beteken dat hy skade ly. Hierdie skade resulteer dus uit regskenking en daar is geen rede waarom dit nie verhaalbaar is nie.

Die uitspraak in die *Vaal Transport*-saak moet verwelkom word en sal waarskynlik in die toekoms in Transvaal gevolg word, want op dieselfde dag is ook uitspraak gegee in die saak van *CP Nothnagel v BJ Synodinos* (TPA nr A 134/73) en is die onderhawige saak sonder meer gevolg.

JI VAN NIEKERK  
Johannesburg



# Boeke

## REGSLEER REGSWETENSKAP REGSFILOSOFIE

by P VAN WARMELO

*Juta 1973; 229 bl; prys R12,50 (harde omslag), R8,75 (sagte omslag)*

*Regsleer* (to paraphrase the author) concerns investigations into certain aspects of law and presupposes that the investigator is already acquainted with the phenomenon of law. The purpose of such investigation is to penetrate to the essential nature of law.

The task of *regswetenskap* is to create order from the chaos of unsystematised legal knowledge.

Even vaguer than these definitions is the description of *regsfilosofie* as the personal, subjective view which one has of things in general and of the law in particular; one's conception of law is coloured, says the writer, by the image of all one is able to perceive, all one believes in, and one's evaluation of everything so believed and perceived.

Within this rather unconvincing framework the author gives a broad and thorough discussion of most of the topics dealt with in a traditional course in Jurisprudence - the analytical sources of law, the relationship of law to other normative rules, the relationship legal rules and legal rights (which the author terms "ROS-reg in die objektiewe sin" and "RSS-reg in die subjektiewe sin" - respectively) and the schools of thought about the concept of law. If we accept the author's assumption that both the sections on *regswetenskap* and *regsfilosofie* require an acquaintance with *regsleer* which demands, in its turn, a pre-existing knowledge of legal rules, we must conclude that this book will only be of use to relatively advanced students. The contents of the book do not, however, bear this conclusion out. The clear and perceptive explanation of basic legal problems should, in my opinion, not only be comprehensible, but also most helpful to first year students. Van Warmelo's book stands in sharp contrast with the puzzling esotericism of the Potchefstroom school of legal philosophy as represented by the recent *Inleiding tot die regswetenskap* by Van der Vyver and Van Zyl. Professor Van der Vyver himself has pointed out, quite correctly in my opinion, that Van Warmelo's book is permeated with a subjective relativism. (See 74 (1974) *De Rebus Procuratoriis* 88). Van der Vyver's disapproval of this attitude is entirely consistent with his Calvinist view of law. I find Van Warmelo's scepticism refreshing and challenging.

The book has the following negative attributes: the style is what is usually termed "difficult" and there are too many long quotations from too many non-Afrikaans languages. While some (like English and Dutch) are



readily understood by most of us others (like Latin) are not. There are also quite a few typographical errors, and a number of alleged linguistic ones (*De Rebus op cit* 89). The only mistake which I want to mention is the author's *apparent* confusion of Dooyeweerdian *vergelding* with *vergelding* in the usual sense. I do not think Van Warmelo himself erred, but the way he has associated these disparate concepts in the book will certainly tend to perpetuate one of the commonest mistakes made by first year students at the University of South Africa. Dooyeweerd himself, with his *penchant* for displacing the ordinary meaning of the commonest words with his own esoteric and often obscure meaning, must, however, bear the greater share of the blame.

BT EDMEADES  
*University of South Africa*

### MISDADE BETREFFENDE AFHANKLIKHEIDSVORMENDE MEDISYNE

*Butterworths se Monografereeks I*

deur CR SNYMAN BA LLD met 'n bydrae deur JF LOEDOLFF DPhil

*Butterworths Durban 1974; bl xv 284; prys R12,75*

Een van die bekendste Amerikaanse volksverhaaltjies gaan oor die reusagtige krokodille wat die riele van New York bewoon. Hierdie onderaardse reptielbevolking sou 'n aantal jare gelede ontstaan het toe dit die mode was om mak krokodilletjies (eintlik kaaimans of "alligators") aan te hou: sodra mense moeg geword het vir hierdie troeteldiertjies het hulle die goed sommer lewendig in hulle toilette afgespoel. Kenmerkend van die vlak waarop debatte oor die probleem van dwelmmiddels in Suid-Afrika soms gevoer word, vertel dr AD Bensusan (*Drug Exposure. The South African Scene* Mercury Printing Works (Pty) Ltd, Johannesburg 1971) 'n soortgelyke storie oor dagga. Hy bespreek die verskillende daggasoorte en vertel dat "*Manhattan Silver* has pale silvery leaves which took root, far from the sunlight, in the sewers of New York City as a result of seeds having been hastily flushed down the drains during police raids" (bl 61). Bensusan se boek bevat besonder baie spelfoute en betekenislose sinne ("... if *most* of the marijuana users don't go on to herion (sic), then *many*, if not *most*, will go on to other drugs including LSD and STP. By any standards, these latter drugs are a quicker road to 'Hell on earth' than any 'mess of pottage' " (bl 66). Hy kom ook tot verskeie gevolgtrekkings wat waarskynlik onaanvaarbaar sou wees vir die meeste navorsers op hierdie gebied. Nogtans beïnvloed hy die plaaslike mening in 'n groot mate: PG Atherstone (*Drugs Amuse Mugs* 1973 bl 19) noem hom 'n "imminent (sic) authority on the problem of drugabuse (sic)". In 'n andersins goed beredeneerde en wetenskaplike artikel ("Aspekte van die reg rakende afhanklikheidsvormende stowwe" 35 (1972) *THRHR* 352) spreek Ignus Rautenbach twyfel uit oor die relevantheid van Amerikaanse en Britse literatuur en amptelike bevindings op grond van

Bensusan se mening “dat Suid-Afrikaanse dagga ’n hoër tetrahydrocannabinol (TCH)-inhoud het as die marijuana van die VSA en die VK en derhalwe makliker aanleiding gee tot verslaafdheid” (bl 355). Sou ’n mens egter kennis neem van een van die nuutste Noord-Amerikaanse verslae, dan sien jy dat ’n aansienlike persentasie van cannabis wat in die VSA gebruik word van Mexiko, Jamaika, Suidoos-Asië, Libanon, Afganistan, Noord-Afrika en selfs Suid-Afrika kom (*Cannabis, A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs*, Information Canada Ottawa 1972 172 en 174). Dit is buitendien hoogs onwaarskynlik dat die Suid-Afrikaanse produk die potentste van al hierdie soorte is (a w hoofstuk 2). Die genoemde verslag gelewer onder voorsitterskap van die dekaan van Osgoode Hall Law School, Gerald Le Dain, is ’n besonder uitvoerige ondersoek van die hoogste gehalte oor o.a. die juridiese, mediese, psigologiese sosiologiese en chemiese fasette van die cannabis-probleem. Die verslag se aanbevelings bied hoegenaamd geen steun vir ons wetgewing op hierdie gebied nie, maar dit matig ook die standaard liberale beeld van dagga as ’n blote “mild relaxant”.

Die nuutste publikasie oor dwelmmiddels in Suid-Afrika is bostaande *Misdade betreffende afhanklikheidsvormende medisyne* deur CR Snyman. Die boek is voorsien van ’n aanhangsel deur dr JF Loedolff getiteld “Psigologiese en sosiologiese aspekte van dwelmmiddelafhanklikheid”. Onses insiens is dit te betreur dat dr Loedolff verkies het om hom tot die psigologiese en sosiologiese aspekte van die probleem te beperk. Hoewel daar dwelmmiddels is soos kokaïne wat baie gevaarlik is sonder om tot fisiese afhanklikheid te lei (sien GT McLaughlin *Cocaine: The History and Regulation of a Dangerous Drug* 58:3 (1973) Cornell LR 537), is die fenomeen van fisiese afhanklikheid vir die meeste mense die skrikwekkendste en jammerlikste gevolg van die gebruik van afhanklikheidsvormende stowwe:

“Withdrawal sickness . . . is a shattering experience, and even a physician . . . finds it an ordeal to watch the agonies of patients in this condition. The addict begins to grow uneasy about twelve hours after the last dose of morphine or heroin . . . he yawns, shivers and sweats . . . discharge pours from the eyes . . . watery mucus pours from the nose . . . the hair on the skin stands up and the skin itself is cold . . . his bowels begin to act with fantastic violence . . . causing explosive vomiting . . . the abdominal pain is severe and rapidly increases . . . Thirty-six hours after his last dose of the drug the addict presents a truly dreadful spectacle . . . his weakness may become so great that he literally cannot raise his head.” RS de Ropp (*Drugs and the Mind* St Martin’s Press Inc New York 1957 152–154).

’n Mens is dus verbaas dat dr Loedolff gebruik maak van Ansubel se klassifikasie van afhanklike persone wat fisies verslaafdes uitsluit (*Drug Addiction: Physiological Psychological and Sociological Aspects* 1958). “[D]ie toevallig afhanklike persoon wat ’n normale persoonlikheid het en wat volgens Ansubel baie raar is”, is nie ’n ware afhanklike nie, “aangesien [sy] afhanklikheid op die fisiese afhanklikheid berus . . .” (bl 199).

In dié beperkte veld wat dr Loedolff vir hom gekies het, maak hy geen verregaande stellings nie, maar neig sy werk tot gemeenplase. Hy haal slegs vier bronne aan en die twee wat hy herhaaldelik gebruik, is verouderd. Hulle skilder ’n prentjie van die Amerikaanse samelewing van vyftien jaar gelede,

lank voor cannabis 'n massa-middelklasverskynsel geword het (in dramatiese teenstelling met ons eie land waar dit steeds grotendeels beperk bly tot swart, bruin en arm, betreklik onopgevoede blanke kringe). Dit is jammer dat daar by hierdie geleentheid nie 'n meer dinamiese Suid-Afrikaans georiënteerde en bruikbare benadering tot die dwelmmiddelprobleem die lig gesien het nie.

Op juridiese vlak egter is die bydrae van dr Snyman, dws die eerste agt hoofstukke van die werk, van baie bevredigende gehalte. Synde een van Butterworths se Monografiereeks, bevat die werk in hierdie deel 'n deeglike en analitiese bespreking van die eerste hoofstuk van die Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums 41 van 1971.

Die skrywer gee voor om 'n handleiding vir die regspraktisyn te skryf. In hierdie doel slaag hy uitstekend. Die betrokke hoofstuk van die wet handel oor die strafregtelike aanspreeklikheid wat opgedoen kan word weens die misbruik van sekere verdowingsmiddels en die stappe wat gedoen kan word om die verslaafde besitter of gebruiker van dwelmmiddels te rehabiliteer. Die praktisyn wat 'n kliënt op hierdie gebied verdedig, aankla of selfs vanaf die regbank moet oordeel, sal nie verniet na leiding in hierdie hoofstukke soek nie. Elke relevante artikel van die wet word sorgvuldig en stelselmatig uitgelê. Die regspraak is tot by Desember 1973 bygewerk.

Die nie-tegniese styl en die duidelike manier waarop dr Snyman die ingewikkeldhede van die wet, veral met betrekking tot straf, behandel, maak die boek beslis vir 'n baie wyer kring as net regspraktisyns toeganklik. Jernaliste veral behoort dit maklik verteerbaar te vind.

In so ver as wat dr Snyman dit nodig ag om kritiek oor hierdie opspraakwekkende stukkie wetgewing uit te spreek, doen hy dit op 'n gebalanseerde en omsigtige wyse. Dit is merkwaardig dat alhoewel hy in die verbygaan opmerk dat sommige van die strawwe ingevolge die wet net so hoog is as die straf vir die misdade sabotasie en terrorisme, hy meer krities is teenoor die wye bevoegdhede wat aan die staat verleen is tot arrestasie, visentering en aanhouding. As mens in gedagte hou dat 'n persoon ingevolge art 13 van die wet vir 'n onbepaalde tydperk *incommunicado* aangehou kan word sonder verhoor en sonder dat daar eers sprake is dat hy 'n misdaad gepleeg het, dan is die kritiek beslis geregverdig. Dr Snyman wys daarop dat selfs die sogenaamde "180-dae-klousule" (a 215*bis* van die Strafproseswet 56 van 1955) nie so drasties is nie!

Met die oog daarop dat meer as ses-en-dertig-duisend vervolgings weens dagga-aanhoudings gedurende die jaar geëindig 30 Junie 1972 ingestel is, is hierdie bydrae tot die verheldering van die regsposisie beslis onmisbaar.

BT EDMEADES  
AJ MIDDLETON  
*Universiteit van Suid-Afrika*



## GESCHIEDENIS VAN HET VERMOGENSRECHT, TEKSTENBOEK

deur R FEENSTRA en J TH DE SMIDT

*Kluwer, Deventer, 1973; 216 bl; prys f21*

### TEXTUS IURIS ROMANI

deur J E SPRUIT

*Kluwer, Deventer, 1973; 260 bl; prys f26*

Die twee *Tekstenboeken* het sekere gemeenskaplike kenmerke maar verskil ook baie van mekaar. Dit is daarom nuttig om die twee boeke naas mekaar te stel. In die eerste plek is die boeke albei bedoel om by die historiese studie in die regsgeleerdheid gebruik te word. Die eerste is bedoel vir studente by die Rijksuniversiteit te Leiden waar die samestellers hooglerare is en die tweede het dieselfde doel by die universiteit te Utrecht waar dié samesteller hoogleraar is. Beide teksteboeke word bedoel om in verband met Kaser-Wubbe *Romeins privaatrecht* gebruik te word. Terselfdertyd word in die voorwoord van beide werke verduidelik dat daar tussen die samestellers samewerking was maar tog was die studieprogramme aan die twee universiteite so uiteenlopend dat dit nie prakties moontlik was om die tekste wat vir die studie aan beide universiteite benodig word, saam te kombineer nie. Daarom dan ook die twee teksteboeke. Hierdie bronneversameling verskil in een opsig aanmerklik van die baie ander bronneversameling wat vir die doel van die onderrig gemaak is en daaruit kan mens sien hoe die tye verander het: die student se kennis van Latyn is skraal of ontbreek geheel en al en daarom, in beide versameling, word die Latynse tekste vertaal. Die kommentaar van Spruit is veelseggend en sal seker deur iedereen onderskryf word: die kontak met die Romeinse juridiese bronne het verdwyn "met als gevolg een verschraling in het romanistisch onderwijs alsmede een ernstige aantasting van een fundamenteel beginsel van universitaire onderwijs: het zelfstandig leren omgaan met en interpreteren van oorspronkelyk bronne materiaal."

Die werk van Spruit bevat Romeinsregtelike tekste. In totaal is daar 412 tekste opgeneem afkomstig uit die *Lex XII Tabularum*, *Gai Institutiones*, *Pauli Sententiae*, *Ulpiani Epitomae*, *Codex Theodosianus*, *Institutiones Iustiniani*, *Digesta*, *Codex* en enkele ander fragmente van juridiese aard. Hulle raak ook die ganse veld van die privaatrecht. In die werk van Feenstra en De Smidt is die indeling anders. Daar is in totaal 284 tekste en hulle word onder bepaalde hoofde geklassifiseer. Hulle handel oor die vermoënsreg en dus is die hoofde: reg in die algemeen en regpersoon, sakereg (algemeen, besit), eiendom en eiendomsverkryging, ander saaklike genotsregte, saaklike sekerheidsregte, verbintnisse (algemeen), besondere kontrakte, ongeregverdigde verryking, onregmatige daad, erfreg. Wat besonder interessant is, is die feit dat die tekste nie tot Romeinsregtelike tekste beperk is nie. Hierdie werk gaan oor die geskiedenis van die vermoënsreg en dus tref ons *glossae* aan sowel as tekste uit die werke van (om maar enkele bronne te noem) Bartolus, Boutillier, *Lex Salica*, *Code Civil*, ander wetboeke en tekste van moderne



skrywers (Molengraaff, Van Oven). Van besondere belang vir die Suid-Afrikaanse juris sal die verwysings wees na werke wat Romeins-Hollands-regtelik van belang is, nl hofbeslissings soos vervat in Van Bynkershoek se *Observationes Tumultuariae* en die *Observationes Tumultuariae Novae* van Pauw.

Elkeen maak sy eie keuse van tekste wanneer hy die reg geskiedkundig doseer. Elkeen kan egter met vrug van die twee versameling van tekste kennis neem.

P VAN WARMELO  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## C PLINIUS CAECILIUS SECUNDUS EN HET ERFRECHT VAN ZIJN TIJD

deur J E SPRUIT

*Kluwer, Deventer, 1973; 29 bl; prys f3,75*

Hierdie werk is die intreerede deur die hoogleraar uitgespreek by die aanvaarding van sy amp op 14 November 1973. Dit gaan oor 'n brief van Plinius die Jongere (consul in 100 nC) aan Calvisius Rufus. Die kern van die betoog is dat hierdie brief, soos baie ander antieke literêre bronne 'n "rijkdom aan gegevens over het toenmaals geldende recht en toen ter tijd vigerende wetenschappelijke opinies" bevat.

Die inhoud van die brief is miskien tot op 'n sekere hoogte vaag maar dit is duidelik dat 'n sekere Saturninus vir Plinius en Rufus as sy erfgename ingestel het. Daarbenewens is die stad Comum (Plinius se geboorteplek) ook ingestel as erfgenaam vir 'n kwart en gelyktydig wil dit voorkom dat Comum ook met 400 000 *sestertii* bedeel word in die vorm van 'n sg *legatum per praeceptionem*. Die bemakinge is nie baie suiwer geformuleer nie maar dit is duidelik dat die erflater gedink het dat die erfenis van Comum miskien klein sal wees: die boedel se skulde moet immers betaal word; miskien was hy nie so seker of die erfinstelling gehandhaaf sou word nie. Dus wou hy met die legaat verseker dat die stad 'n behoorlike bedrag ontvang.

Plinius wys daarop dat die erfinstelling sowel as die legaat nietig is. Die hoogleraar bespreek die redes hiervoor. Ten eerste kan die stad nie as *incerta persona* as erfgenaam ingestel word nie en dan is die *legatum per praeceptionem* ook nie geldig nie aangesien slegs 'n erfgenaam so 'n legaat kan ontvang. Dit is so ten spyte van die *senatus consultum Neronianum*, want dit verander nie die saak as die persoon van die legataris nie aan die vereistes van die betrokke vorm van legaat beantwoord nie (*Gai Inst II 217-218*).

Verder word bespreek of dit moontlik sou gewees het om 'n ander vorm van legaat te gebruik. Die slotsom is, altans na die *senatus consultum* afkomstig van Nerva en verder uitgewerk deur Hadrianus (*Ulp Epit XXXIV 28*), dat dit wel moontlik sou gewees het. Bowendien sou die aangewese manier in so 'n geval 'n *fideicommissum* gewees het (*Gai Inst II 287*).

Van groot belang, en dit illustreer die hoogleraar met ander voorbeelde, is die feit dat Plinius besluit, onafhanklik van die geldigheid al dan nie van die beskikkings, om die wil van die erflater voorrang te gee. Terselfdertyd wys die hoogleraar daarop dat hier nie van 'n teenstelling tussen *voluntas* en *verba* sprake is nie: dit moet nie beskou word dat ons hier met 'n bewys te maak het waaruit blyk dat die eerste juridiese voorrang bo die tweede geniet nie. Die vraag na die presiese wil van die erflater word slegs gestel (en dan met groot voorbehoud) wanneer die beskikking formeel geldig is, maar dit dan nog onduidelikhede toon. Plinius se optrede kan nie gesien word as gangbare praktyk nie maar as die produk van sy *humanitas*.

Ongetwyfeld sal elke juris die stuk met plesier lees. In besonder sal die praktisyn dit kan waardeer aangesien ons met gevalle uit die praktyk te maak het. Dit blyk weer dat die Romeinse reg en die Romeinse juris hulle wortels in die praktyk het en met die werklikheid rekening hou en ook dat die Romeinse reg 'n regstelsel is wat histories in die praktyk ontwikkel het, met al die voor- en nadele daaraan verbonde. En natuurlik, dit blyk baie duidelik dat ons te doen het met die geval van iemand wat 'n testament maak en òf self geknoei het òf 'n bra slegte regs kundige raadsman aangeskaf het!

P VAN WARMELO  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## Briewe

*Mr BJ van Heerden, Attorney of the High Court of Swaziland, writes as follows:*

I read with great interest "The Sayings of Mr Justice Holmes" in the May edition of your journal.

The author of the article however omitted to make reference to the judgment of the learned judge in the case of *Dreyer v Naido* 1958 2 SA 628 (N) which commences thus—

"This is a whimsical case about a deputy sheriff who served a summons upon himself as defendant. As far as counsel are aware, this is the first time that it has happened in South Africa".

After having set out the facts, the learned judge remarked:

"Well now, what is the court to do about this drollery?"

In my humble opinion the judgment is another masterpiece of revealing a unique and sensitive insight into the nature of judicial process.

# Judisiële onafhanklikheid by kwessies van nie-erkenning

WJA Brand

Johannesburg

## SUMMARY

Pursuant to the act of state doctrine, which is closely linked to the principle of separation of powers, the traditional approach has always been that the judiciary should subject itself to the views of the executive when dealing with questions of non-recognition. In general the approach has been that when a decision is taken concerning the status of a foreign state or government the executive functions judicially or quasi-judicially to the exclusion of the courts.

As recognition increasingly became a political act it also became clearer that the slavish subjection of the courts to the political arm of the state could result in unfair and unsatisfactory results. This possibility was in fact appreciated by the courts.

The rule that the courts should not meddle in foreign relations does not necessarily mean that no cognisance can be taken of the existence of a foreign entity. The political and legal factors dissuading the executive from extending recognition to a foreign power should not bind the courts in the adjudication of a private law dispute.

For a judge the decisive factor is to what extent the authority of a foreign government is established and whether the laws of such government is obeyed in its territory. If this is so, the legal position of the subjects of the non-recognised government should be determined by the laws of the latter, and consequently effect should also be given thereto beyond its borders.

A foreign law is not enforced merely because it is an expression of sovereignty but also because it creates legal relationships within the particular territory. If the laws of a non-recognised government have this effect, for this reason alone it ought to be recognised.

Die omstrede aard van die rol wat die howe by die beoordeling van aspekte rakende die regsposisie van vreemde nie-erkende state en regerings vervul, sentreer oënskynlik om die volgende strydpunt: onafhanklikheid van die regterlike gesag *versus* oorheersing deur die uitvoerende gesag.<sup>1</sup> Die tradisionele opvatting in die regspraak was dat wanneer die regter oor kwessies rakende die regsposisie van nie-erkende entiteite moet beslis, hy hom steeds aan die insigte van sy regering moet onderwerp.<sup>2</sup> Die hof hou

---

<sup>1</sup>RA Falk *The status of law in international society* 1970 426; BR Bot *Nonrecognition and treaty obligations* 1968 212-243.

<sup>2</sup>Sien o.a. "Arbitrations between Great Britain and Costa Rica" 1924 *AJIL* 155; *City of Berne v Bank of England* 1804 9 Ves Jun 347; *Rose v Himely* 1808 4 Cranch 241; *Wirbelauer v de Handelsvennootschap onder de Firma Lippman Rosenthal en Co* 11441 (1926) *Weekblad van het recht* 5; *Lepeschkine v Grossweiler* 71 (1923) *Journal des tribunaux et revue judiciaire* 591.

hom dan gebonde aan die uitspraak van die orgaan belas met die buitelandse beleid van sy land.<sup>3</sup>

Oor die algemeen het die opvatting geheers dat wanneer die uitvoerende gesag 'n besluit oor die regsposisie van 'n vreemde staat of regering neem, hy 'n judisiële of kwasi-judisiële funksie vervul waarby die howe uitgesluit is.<sup>4</sup>

Die grondslag van hierdie reël van judisiële onderworpenheid is ongetwyfeld herleibaar tot die bekende staatsregtelike leerstuk van skeiding van bevoegdheede.<sup>5</sup> Dit val dan ook nie te betwyfel nie dat die regter hom by kwessies betreffende die regsposisie van vreemde state en regerings, deur 'n selfstandige beslissing te neem, ongetwyfeld op die terrein van buitelandse beleid, wat aan die politieke gesag van die staat voorbehou word, kan begeef. Dergelike situasies sal in bepaalde gevalle groot politieke verleentheid veroorsaak.<sup>6</sup> Terselfdertyd kan ook nie ontken word nie dat 'n slaafse onderworpenheid van die howe aan die politieke organe onbillike en onbevredigende konsekwensies tot gevolg kan hê.<sup>7</sup> Beskou die hof die nie-erkende entiteit ooreenkomstig die insigte van sy eie regering as sou hy nie bestaan nie,<sup>8</sup> sal dit in 'n growwe mate onbillik teen eersgenoemde se onderdane inwerk.<sup>9</sup>

In hierdie artikel word gepoog om, na 'n oorsigtelike betragting van sowel die regspraak as die literatuur, riglyne vir 'n realistiese benadering aan te dui.

## I

Aangesien die drie belangrikste standpunte wat teenswoordig in die regspraak heers op die een of ander stadium in die Verenigde State nagevolg is, word die Amerikaanse regspraak in hooftrekke betrag.

<sup>3</sup>E Lagarde *La reconnaissance du Gouvernement des Soviets* 1924 115; OK Fraenkel "The juristic status of foreign states, their property and their acts" 1925 *CLR* 544 547-548; MF Weston "Political questions" 1924-1925 *HLR* 296-318; M Finkelstein "Judicial self-limitation" 1923-1924 *HLR* 338 349; R le Normand *La reconnaissance internationale et ses diverses applications* 1899 277.

<sup>4</sup>Vgl FA Mann "Judiciary and executive in foreign relations" 1944 *Grotius Transactions* 143 ev; F Deak "The plea of sovereign immunity and the New York Court of Appeals" 1940 *CLR* 453; *The Schooner Exchange v M'Faddon* 1812 7 Cranch 116.

<sup>5</sup>*Sien Banco Nacional de Cuba v Sabbatino* 1964 376 US 398 en die aantekening daarop deur KR Simmonds in 1965 *ICLQ* 452.

<sup>6</sup>AD McNair "Juridical recognition and the immunity of public ships" 1921-1922 *BYIL* 65: "It is an axiom in international relations that a sovereign State cannot speak with two voices." Sien ook M Akehurst *A modern introduction to international law* 1970 71.

<sup>7</sup>C de Visscher *Theory and reality in public international law* (uit Frans vertaal deur PE Corbett 1957 234); JH van Roijen *De rechtspositie en de volkenrechtelijke erkenning van nieuwe staten en de facto-regeeringen* 1929 128.

<sup>8</sup>Dit is inderdaad die amptelike houding van sekere state jeens nie-erkende entiteite soos Oos-Duitsland en Noord-Korea: Bot a w 15. So 'n houding vind byval by positivistes soos A Cavaglieri *Corso di diritto internazionale* 1934 204 216 en D Anzilotti *Cours de droit international* (uit Italiaans vertaal in Frans deur G Gidel) I 1929 160, maar is onverenigbaar met die hedendaags algemeen aanvaarde deklaratiewe teorie van erkenning.

<sup>9</sup>T-C Chen *The international law of recognition* 1951 150; JP Niboyet *Traite de droit international privé* III 1950 983; M Wolff *Das internationale Privatrecht Deutschlands* 1954 85-86; G Melchior *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts* 1932 85.



Reeds in 1808 het hoofregter Marshall die beginsel van judisiële ondergeskiktheid in *Rose v Himely*<sup>10</sup> soos volg neergelê:

“It is for governments to decide whether they will consider St. Domingo as an independent nation, and until such decisions shall be made or France shall relinquish her claim, courts of justice must consider the ancient state of things as remaining unaltered, and the sovereign power of France over that colony as still subsisting.”

Ofskoon hierdie aanhaling slegs *obiter* in die uitspraak voorkom, was dit bestem om vir honderd en sestien jaar die geldende reg te wees. Gedurende hierdie tydperk is nie-erkende regerings dan as nie-bestaande en derhalwe as handelings-<sup>11</sup> en verskyningsonbevoeg<sup>12</sup> beskou. Die oorweging was telkens dat

“who is the sovereign de iure or de facto of a territory is not a judicial but a political question, the determination of which by the legislative and executive departments of any government conclusively binds the judges . . .”<sup>13</sup>

Na die Burgeroorlog het daar egter enkele uitsonderings voorgekom toe beslis moes word oor die geldigheid van sekere konfederale wetgewing. So gee die hooggeregshof byvoorbeeld in *Thorington v Smith*<sup>14</sup> te kenne dat die konfederasie by ontstentenis van erkenning ’n *de facto*-regering uit eie krag is. Die bepaling van die konfederale regering se status is egter hoofsaaklik gebaseer op die verlening van oorlogsregte daaraan deur die Verenigde State. Hierdie feit is duidelik gestel in *Williams v Bruffy*<sup>15</sup> waar regter Field geen waarde aan enige konfederale wetgewing wou heg nie.<sup>16</sup>

’n Keerpunt in die Amerikaanse regspraak het met die aanvaarding van die *act of state*-leerstuk gekom.<sup>17</sup> Dié leerstuk behels naamlik dat die owerheidshandelings van ’n vreemde staat of regering nie in die plaaslike howe bevrageteken mag word nie.<sup>18</sup> Ook die normale regeringsfunksies van nie-erkende regerings sorteer onder sogenaamde *acts of state*.

<sup>10</sup>1808 4 Cranch 240 272.

<sup>11</sup>Oa *United States v Palmer* 1818 3 Wheaton 610 644; *Gelston v Hoyt* 1818 3 Wheaton 246; *Kennett v Chambers* 1852 55 US 38; *The Neuva Anna* 1821 3 Wheaton 193; *The Hornett* 1870 Fed Cases 6705; *The Ambrose Light* 1885 25 F 408; *Underbill v Hernandez* 1897 168 US 250; *Ricaud v American Metal Co* 1918 246 US 304; *Agency of the Canadian Car and Foundry Co v American Can Co* 1919 258 F 363; *Pelzer v United Dredging Co* 1922 200 NY 646; *Bourne v Bourne* 1924 209 NY 499. *Sed contra* *Consul of Spain v La Conception* 1819 6 F 356.

<sup>12</sup>Bv *The Rogdai* 1920 278 F 294; *The Penza and The Tobolsk* 1921 277 F 91; *Russian Socialist Federated Soviet Republic v Cibrario* 1921 192 NY 275; *Republic of China v Pang-tsu Mow* 1951 101 F Supp 646; *Republic of China v Merchants Fire Ass Corp of New York* 1929 30 F 2d 278. Sien verder ED Dickinson “Recent recognition cases” 1925 *AJIL* 263; CC Hyde *International law chiefly as interpreted and applied by the United States* I 1945 195.

<sup>13</sup>Oetjen v *Central Leather Co* 1918 246 US 297.

<sup>14</sup>1868 8 Wallace 1.

<sup>15</sup>1877 69 US 176.

<sup>16</sup>*Williams v Bruffy* 192. Vgl ook *Sprott v United States* 1874 20 Wallace 459; *Baldy v Hunter* 1898 171 US 388; ED Dickinson “Les gouvernements ou etats non reconnus en droit Anglais et Américain” 1923 *RDILC* 159.

<sup>17</sup>DP O’Connell *International law* I 1970 190.

<sup>18</sup>Vgl M Zander “The act of state doctrine” 1959 *AJIL* 826; HT Kingsbury “The act of state doctrine” 1910 *AJIL* 359; JR Stevenson “Effect of recognition on the application of private international law norms” 1951 *CLR* 710.

Die probleem wat egter ten aansien van die *Sowjet*-regering ontstaan het, was dat sekere van sy dade beswaarlik as normale regeringsfunksies beskryf kon word. Hieronder val byvoorbeeld die grootskaalse konfiskering van bankbates en private eiendom en die ontbinding van regs persone. Boonop was die beweerde outoriteit van die daders, selfs uit hoofde van *Sowjet*-verordeninge en die oogmerke daarvan, hoogs twyfelagtig.<sup>19</sup>

Die langdurige nie-erkenning van die *Sowjet*-regering deur die Verenigde State (vanaf die revolusie in 1917 tot die sluiting van die *Litvinoff*-ooreenkoms in 1933) het die howe al hoe meer genoodsaak om aandag aan sekere van sy regshandelings te verleen.<sup>20</sup> Om met 'n onbuigsame beleid van juridiese negering te volhard, sou uiters onbillik teen gedingvoerende Amerikaanse onderdane inwerk.<sup>21</sup> Gevolglik het die howe geleidelik van die beginsel van *Rose v Himely* begin afsien.

'n Groot sprong in die regte rigting kom na 1923 toe regter Cardozo in 'n aantal uitsprake die weg vir 'n nuwe dogmatiese benadering gebaan het.<sup>22</sup> Dié benadering kom kortliks daarop neer dat in bepaalde gevalle "a validity quasi-governmental, if violence to fundamental principles of justice or to our own public policy might otherwise be done",<sup>23</sup> aan die regshandelings van nie-erkende regerings toegesê kan word.

Die begrip *public policy*, wat in die Amerikaanse regspraak met die Franse *ordre public* ooreenkoms, word volgens die *Cardozo*-leer op 'n eenaardige wyse toegepas.<sup>24</sup> Sonder om die openbare orde-eksepsie enigsins te ontrafel, kan gestel word dat dit gewoonlik omskryf word as 'n soort veiligheidsklep, wat deur die regter aangewend kan word in gevalle waar hy die toepassing van vreemde reg in stryd met die nasionale belang van sy land ag.<sup>25</sup> Waar die regter dus gewoonlik 'n beroep doen op die openbare orde om die toepassing van 'n vreemde reg te vermy, word dit deur regter Cardozo ingeroep om die toepassing van 'n vreemde wet of dekreet te motiveer vir gevalle waar toepassing andersins agterweë sou bly.<sup>26</sup>

Die openbare orde-eksepsie is myns insiens eerder 'n metode om die perke van en uitsonderings op die *act of state*-leerstuk te bepaal. Die verloëning van die howe se hersieningsbevoegdheid deur laasgenoemde leerstuk is volgens Borchard<sup>27</sup> onderworpe aan die voorwaarde dat 'n vreemde

<sup>19</sup>O'Connell a w 190.

<sup>20</sup>HW Briggs *The law of nations, cases documents and notes* 1938 86-87.

<sup>21</sup>Dit hou o a die gevaar van dubbele verhaal in. Sien *First Russian Insurance Co v Beba* 1925 240 NY 601; *Joint Stock of Volgakama Oil and Chemical Factory v National City Bank* 1925 240 NY 368.

<sup>22</sup>*Sokoloff v National City Bank of New York* 1924 239 NY 158; *James and Co v Second Russian Insurance Co* 1925 239 NY 248; *Russian Reinsurance Co v Stoddard and Bankers Trust Co* 1925 240 NY 149; *Petrogradsky Mejdunarodny Kommerchesky Bank v The National City Bank of New York* 1930 253 NY 23.

<sup>23</sup>*Sokoloff*-saak 160.

<sup>24</sup>M Habicht "The application of Soviet laws and the exception of public order" 1927 *AJIL* 238.

<sup>25</sup>Van Roijen a w 96.

<sup>26</sup>Habicht 1927 *AJIL* 238.

<sup>27</sup>EM Borchard "The unrecognized government in American courts" 1932 *AJIL* 271.

regering jurisdiksie het oor persone en goedere wat deur sy regshandelings geraak word. As dergelike regshandelings persone of goedere in die gebied van die *forum* tref, is dit boonop onderworpe aan die openbare orde-eksepsie.

Ofskoon die *Cardozo*-leer die howe oënskynlik magtig om in bepaalde gevalle ten volle erkenning aan die regshandelings van nie-erkende regerings te verleen, gaan dit nie so ver dat regsrag daaraan verleen word nie. Dit was regter *Cardozo* se gevolgtrekking in die *Petrogradsky*-saak<sup>28</sup> toe hy 'n Russiese nasionaliseringsbevel as niks meer as 'n magsvertoning by ontstentenis van erkenning beskryf het.

Regter *Cardozo* se opvatting is naamlik dat van objektiewe feite kennis geneem kan word, maar dat die juridiese implikasies van dergelike feite slegs volgens die reg van die erkende regering kan geld. Die howe in die Verenigde State kan byvoorbeeld ooreenkomstig hierdie opvatting kennis neem van fisiese beslaglegging op eiendom, maar kan nie aflei dat *dit* regtens 'n geldige onteiening daarstel nie, tensy so 'n afleiding in die Amerikaanse reg gemaak kan word.<sup>29</sup> Insgelyks kan die hof, terwyl hy kennis neem van die fisiese onmoontlikheid van aandeelhouders om direkteure te herkies, die reg van die nie-erkende regering toepas om te bepaal of die maatskappy sy regs persoonlikheid verloor het, maar 'n dergelike afleiding kan nie van die nasionaliseringsdekreet self, wat niks meer nie as die ter sake onmoontlikmaking behels, gemaak word nie.<sup>30</sup>

Dit behoeft weinig betoog dat hierdie benadering nie bevredigend is nie.<sup>31</sup> 'n Onderskeid tussen feite en hul juridiese interpretasie het net aanleiding gegee tot die voortbestaan van reeds sterwende Russiese maatskappye, wat tereg as "fugitive ghosts endowed with extraterritorial immortality" beskryf kan word.<sup>32</sup>

In 1933 het hoofregter *Pound*, wat in die *Petrogradsky*-saak 'n minderheidsuitspraak gelewer het, 'n nuwe era in die Amerikaanse regspraak ingelei.

In *Salimoff and Co v Standard Oil Co of New York* en *Salimoff and Co v Vacuum Oil Co*<sup>33</sup> het die voormalige eienaar van petroleumbelange in Rusland, wat deur 'n *Sowjet*-verordening genasionaliseer was, 'n gesamentlike billikheidsaksie vir verrekening ten opsigte van olie wat van sy gekonfiskeerde eiendom geneem en deur die *Sowjet*-regering aan die verweerders vervreem is, teen laasgenoemde ingestel. Die eis word deur die New Yorkse appèlhof afgewys en daar word beslis dat die aangeleentheid deur die reg van *Sowjet*-Rusland beheers moet word, aangesien die skuldoorsaak by die plek van konfiskering ontstaan het.

<sup>28</sup>1930 253 NY 23.

<sup>29</sup>*Sokoloff*-saak 166. Vgl *Vladikavkazsky Railway Co v New York Trust Co* 1934 263 NY 369; *Issaia v Russo-Asiatic Bank* 1935 28 NYS 735. Sien ook G Nebolsine "Recovery of foreign assets of nationalized Russian corporations" 1930 *YLJ* 1130.

<sup>30</sup>Vgl *Banque de France v Equitable Trust Co of New York* 1929 33 F 2d 202; *Russian C & I Bank v Comptoir d'Escompte de Mulhouse* 1925 App Cases 112; *Employers Liability Assurance Corporation Ltd v Sedgwick and Co* 1927 App Cases 95.

<sup>31</sup>Habicht 1927 *AJIL* 257; LL Jaffe *Judicial aspects of foreign relations* 1933 167.

<sup>32</sup>Hoofregter *Pound* in *Salimoff and Co v Standard Oil Co of New York* 1933 262 NY 220.

<sup>33</sup>1933 262 NY 220.



Indien die hof 'n ander beslissing gegee het, sou die gedaagde olie-maatskappye twee keer vir hul olie betaal het. Die hof moet noodwendig hierdie feit in gedagte gehad het. Voorts moet vermeld word dat daar ten tye van die uitspraak reeds onderhandelings gevoer is oor die terme van die *Litvinoff*-ooreenkoms, wat erkenning van die *Sowjet*-regering voorafgegaan het. Dat dit moontlik 'n invloed op die hof gehad het, val nie te betwyfel nie. Nieteenstaande hierdie faktore bly dit egter merkwaardig dat hoofregter Pound met sy eliminering van die onderskeid tussen regshandelings van nie-erkende regerings en dié van erkende regerings tereg ingesien het dat die bestaan van 'n staat of regering 'n feitevraag is om onafhanklik van erkenning, wat 'n politieke aangeleentheid is, te beoordeel is.

Teen 1942 vind die *Salimoff*-saak weerklank in *The Denny*,<sup>34</sup> waar dit weer eens die houding was dat die regshandelings van 'n nie-erkende *de facto*-owerheid regs krag moet geniet. Ter oorweging word gegee dat eerder na die *aard* en *locus* van die betrokke regshandeling gekyk moet word as na die owerheid waarvan dit uitgaan.

Afgesien van enkele uitsonderings<sup>35</sup> wil dit voorkom asof die *Salimoff*-beginsel sedert 1933 algaande in die Verenigde State ingewortel het. As gevolg van die verloëning van die effektiwiteitsbeginsel deur die uitvoerende gesag het dit onhoudbaar geword vir die howe om met 'n beleid van judisiële negering te volhard.<sup>36</sup> Hierdie wending wat die regspraak ingeneem het, is dan ook in lyn met die dogmatiese benadering van al die Amerikaanse skrywers oor die onderwerp.<sup>37</sup>

Op die Vasteland word die beginsel van die *Salimoff*-saak in Duitsland,<sup>38</sup> Nederland,<sup>39</sup> Switserland<sup>40</sup> en Italië<sup>41</sup> toegepas, terwyl die *Cardozo*-leer in België<sup>42</sup> navoring geniet. Die benadering in *Rose v Himely* word egter nog steeds sonder uitsondering in die Franse<sup>43</sup> regspraak nagevolg. Ook in

<sup>34</sup>1942 40 F Supp 92.

<sup>35</sup>*Bv AJS Merilaid and Co v Chase National Bank of the City of New York* 1947 71 NYS 377; *The Kotkas* 1940 35 F Supp 983; *The Regent* 1940 35 F Supp 895.

<sup>36</sup>*Bank of China v Wells Fargo Bank & Union Trust Co* 1952 104 F Supp 59.

<sup>37</sup>Vgl ED Dickinson *The case of Salimoff & Co* 1933 *AJIL* 743; JG Hervey *The legal effects of recognition as interpreted by the courts of the United States* 1928 139.

<sup>38</sup>*Sien Tosca v Toscanella* 1960 28 ILR 82-88. Vgl H Freund *La révolution bolchevique et le statut juridique des Russes; le point de vue de la jurisprudence allemande* 1924 *JDI* 58; Melchior a w 85.

<sup>39</sup>Kosters en Dubbink *Algemeen deel van het Nederlands internationaal privaatrecht* 1962 744; AJP Tammes "Netherlands courts and international recognition" in *Symbolae Verzijl* 1958 367. Vgl o a Rb Dordrecht 12 Januarie 1927 (1927) *NJ* nr 447; Rb Amsterdam 11 Junie 1940 (1940) *NJ* nr 1095; Hof Amsterdam 4 November 1942 (1943) *NJ* nr 496; Rb Rotterdam 30 Desember 1953 (1954) *NJ* nr 769.

<sup>40</sup>Aanvanklik het die *Cardozo*-benadering toepassing gevind. *Schinz v High Court of Zurich* 1925-1926 *Ann Dig* saak nr 23. Later is die *Salimoff*-beginsel aanvaar. *Hausner v Banque Internationale de Commerce de Petrograd* 1925 52 *Clunet* 488; *Tcherniak v Tcherniak* 1927-1928 *Ann Dig* saak nr 39.

<sup>41</sup>*Capitano Katsikis v Società Fati Svoroni di Pallone* 1923 50 *Clunet* 1021. Vgl ook B Pallieri *Diritto internazionale privato* 1950 95.

<sup>42</sup>*Bv Pulenciks v Augustouwskis* 1951 *ILR* saak nr 20.

<sup>43</sup>*Bv* in egskeidingsgedinge het die Franse howe ou Russiese reg toegepas. Grouber et Tager "La révolution bolchevique et le statut juridique des Russes, le point de vue de la jurisprudence française" 1924 *JDI* 16; *Titoff v Titoff* 1921 48 *Clunet* 525; *Berm*



Engeland word sedert 1804<sup>44</sup> met die leer van juridiese negering van nie-erkende entiteite volhard<sup>45</sup> maar hier en daar gaan daar darem stemme ten gunste van die *Salimoff*-benadering op.<sup>46</sup> In 1967 het twee regters van die House of Lords byvoorbeeld in *Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd*<sup>47</sup> obiter aan die hand gedoen dat dit die howe vrystaan om in bepaalde gevalle die reg van 'n nie-erkende regering toe te pas.<sup>48</sup> Daar is egter, na dit wil voorkom, geen Engelse beslissing wat die *Salimoff*-saak vierkantig toegepas het nie.

By die talle geskille wat betrekking het op die regsposisie van nie-erkende state en regerings kan twee kategorieë gevalle onderskei word. Enersyds is daar geskille waar 'n beslissing van 'n regter, indien dit in stryd met die benadering van sy regering sou wees, belangrike internasionale reperkussies kan teweegbring.<sup>49</sup> Andersyds tref 'n mens gevalle aan wat vanuit die gesigspunt van buitelandse beleid geen betekenis inhou nie.<sup>50</sup> Onder laasgenoemde val byvoorbeeld geskille tussen individue oor kwessies van suiwer privaatregtelike aard.

Ongelukkig onderskei die Engelse en Franse regter nie in elke afsonderlike geval of hy hom deur sy uitspraak op die terrein van buitelandse politiek sal begeef nie, maar laat hy sy oordeel in alle geskille rakende vreemde state of regerings – sommige waarvan geen verband hou met aspekte van status nie – van die insigte van die politieke gesag afhang. Dergelike blindelinge navolging van 'n eenmaal gestelde reël, sonder dat nagegaan word of die doel van die reël steeds gedien word, kan tereg as *mechanical reasoning* beskryf word.<sup>51</sup>

*v Berman* 1922 49 Clunet 117. Ook wat nietigheidsbepalings van huwelike betref, is streng by tsaristiese reg gehou. *Levenberg v Balter* 1922–1923 RCDIP 778. Konfiskerings deur die Sowjet-regering is as nietig beskou: Van Roijen a w 70. Vgl ook *Kharon v Banque russe pour le Commerce et L'Industrie* 1923 50 Clunet 535; *Vlasto v Banque russo-asiatique* 1923 50 Clunet 933; *Société des Usines Renault v Société Rousski Renault* 1926 53 Clunet 671-675.

<sup>44</sup>*City of Berne v Bank of England* 1804 9 Ves Jun 347.

<sup>45</sup>Oa *The Happy Couple* 1805 Stewards Reports 65; *Migbell v Sultan of Johore* 1894 1 QB 149; *Republic of Chile v London and River Plate Bank* 1895 22 Clunet 857; *The Gagara* 1919 P 95; *Thompson v Powles* 1831 9 Ch 215; *Jones v Garcia del Rio* 1823 1 Turner & Russell 297; *Emperor of Austria v Day and Kossuth* 1861 Evans 23; *Dolder v Bank of England* 1805 10 Ves Jun 352; *Dolder v Lord Huntingfield* 1805 11 Ves Jun 283; *Republic of Chile v Rothschild* 1891 WN 138; *Henderson v Bere* 1822 2 TLR 10; *Kinder v Everett* 1823 2 TLR 15. *Sed contra* *Yrissari v Clement* 1826 3 Bing 432; *The Charkick* 1873 4 Law Reports Admiralty and Ecclesiastical Cases 59. Vgl PL Bushe-Fox "The Court of Chancery and recognition, 1804-1831" 1931 AJIL 63; "Unrecognised states: cases in the Admiralty and Common Law Court, 1805-1826" 1932 BYIL 39; JG Merrills "Recognition and construction" 1971 ICLQ 476.

<sup>46</sup>DW Greig "The Carl-Zeiss case and the position of an unrecognised government in English law" 1967 LQR 106; CJF Kidd "Statehood and recognition" 1970 Mod LR 101.

<sup>47</sup>1967 1 AC 853 907-908 954.

<sup>48</sup>Vgl *Adams v Adams (Attorney-General Intervening)* 1970 3 WLR 934; *Practice Direction (Rhodesian Grants: Resealing)* 1970 1 WLR 687.

<sup>49</sup>ED Dickinson "The unrecognized government or state in English and American law" 1923 MLR 132.

<sup>50</sup>Van Roijen a w 106; J Spiropoulos *Die de facto-Regierung im Völkerrecht* 1926 134. Dickinson 1925 AJIL 266.

In Suid-Afrika het die onderhawige probleem nog nie juis kop uitgesteek nie. In *S v Charalambous*<sup>52</sup> het die Suid-Afrikaanse hof in elk geval by implikasie aan die verordeninge van 'n in Rhodesië nie-erkende regering erkenning verleen sonder om hom vir uitsluitel tot die uitvoerende gesag te wend.

## II

In die literatuur word, net soos in die regspraak, uiteenlopende dogmatiese benaderings verkondig.

Noël-Henry<sup>53</sup> gaan van die standpunt uit dat die regter in alle geskille waar erkenning of nie-erkenning van 'n vreemde staat of regering 'n rol speel, sy beslissing aan die houding van die orgaan belas met buitelandse aangeleenthede moet onderwerp. Dergelike judisiële onderworpenheid impliseer volgens die skrywer dat die hof 'n nie-erkende entiteit alle bevoegdheid moet ontsê.<sup>54</sup> Sodanige *négation juridique* beteken eerstens die ontkenning van regs persoonlikheid<sup>55</sup> en tweedens die ontsegging van soewereiniteit.<sup>56</sup> Hierdie betoog is blykbaar gegrond op die skrywer se vrees dat alle bestaande regerings 'n reg op erkenning sal hê as dit die howe vry sou staan om selfstandig hul *bestaan* vas te stel. So 'n vrees spruit uit die wanopvatting dat geregtelike kennisname van 'n nie-erkende regering se *bestaan* 'n verandering van verhoudings sal teweegbring.<sup>57</sup>

Die reël dat die howe hul nie met die politieke verhoudings tussen state moet bemoei nie, beteken nie dat daar ook geen kennis van die feitelike bestaan van gevestigde state of regerings geneem mag word nie. *Erkenning* van 'n vreemde staat of regering is uitsluitlik 'n politieke kwessie;<sup>58</sup> die *bestaan* daarvan is uitsluitlik 'n feitevraag.<sup>59</sup>

'n Meer aanvaarbare dog nog steeds verwerplike leerstelling word deur Spiropoulos verkondig. Hy onderskei dogmaties tussen nie-erkende state en nie-erkende regerings. Aangesien 'n nuwe volkeregs subjek slegs deur erkenning van 'n staat in die lewe geroep word, word die nie-erkende staat van die internasionale regsverkeer uitgesluit. Die nie-erkende regering stel

<sup>52</sup>1970 1 SA 599 (T).

<sup>53</sup>*Les gouvernements de fait devant le juge* 1927 85; "La doctrine americaine en matière de reconnaissance de gouvernements étrangers" 1928 *RGDIP* 201.

<sup>54</sup>*Les gouvernements* 91: "Ainsi, lorsque le juge statue à titre de juge tiers, le point de vue juridique doit être subordonné au point de vue politique: la reconnaissance du gouvernement étrangère est la condition *sine qua non* de la reconnaissance de sa capacité par le tribunal d'un tiers Etat".

<sup>55</sup>a w 125; dws die bevoegdheid om as eiser te aager of kontrakte te sluit, word ontken.

<sup>56</sup>a w 129. Bv die reg op immuniteit en staatsregtelike handelingsbevoegdheid word ontken.

<sup>57</sup>Dat dit nie die geval is nie, behoef weinig betoog. Vgl PC Jessup "Has the Supreme Court abdicated one of its functions?" 1946 *AJIL* 168-171.

<sup>58</sup>S Gemma "Les gouvernements de fait" 1924 *Recueil des Cours* 340: "L'appréciation d'ordre politique semble l'avoir toujours emporté en Europe."; DJ Devine "Status of Rhodesia in international law" 1967 *Acta Juridica* 45; FJ Berber *Lehrbuch des Völkerrechts* I 1960 226; De Visscher a w 228.

<sup>59</sup>Dickinson 1923 *MLR* 133-134; Borchard 1932 *AJIL* 264.

Spiropoulos in 'n heel verskillende regsposisie. Sodra 'n staat eenmaal erken is, sluit dit ook die erkenning van al sy latere regerings in.<sup>60</sup> Op hierdie basis voer die skrywer dan aan dat die howe nooit staatsregtelike handelingsbevoegdheid aan 'n nie-erkende regering kan ontsê nie.<sup>61</sup> Aangesien 'n regering volgens hom nie volkeregtelike handelingsbevoegdheid hoef te besit om 'n eis voor 'n vreemde regbank in te stel nie, kan die nie-erkende regering ook as eiser ageer.<sup>62</sup> Daarbenewens is die reg op immuniteit van jurisdiksie 'n uitvloeisel van soewereiniteit, wat niks met erkenning te doen het nie. Dit kom dus die nie-erkende regering ook toe.<sup>63</sup>

Spiropoulos se prinsipiële onderskeiding van die erkenning van state en dié van regerings vind geen weerklank in die bronne<sup>64</sup> nie en is myns insiens 'n mistasting. Boonop is dit die algemene opvatting dat 'n eenmaal erkende staat wel oor 'n nie-erkende regering kan beskik.<sup>65</sup> Die skrywer se betoog dat interne handelingsbevoegdheid *nooit* aan 'n nie-erkende regering ontsê kan word nie kom te onbuigsam voor. Waar die regter se beslissing oor 'n delikate internasionale kwessie met die buitelandse beleid van sy regering bots, kan die verkramppte *Spiropoulos*-benadering onhoudbaar wees. "Juridical conceptions are seldom if ever carried to the limit of their logic."<sup>66</sup>

'n Minder dogmatiese opvatting word deur Dickinson<sup>67</sup> aangehang. Ofskoon die kwessie van erkenning uitsluitlik by die politieke gesag berus, is erkenning of nie-erkenning self by die meeste regsgekkille nie direk ter sprake nie. Boonop toon die skrywer aan dat heelwat gevalle hul voordoen waar die howe rekening met nie-erkende *de facto*-regerings kan hou, sonder om enigsins afbreuk aan algemeen gevestigde beginsels te doen.<sup>68</sup> Die bewaar teen Dickinson se betoog is egter dat hy nie 'n vaste formule stel waarvolgens die howe te werk kan gaan nie. Trouens, hy gee selfs toe dat so 'n formule nog nie uitgewerk is nie.<sup>69</sup>

<sup>60</sup>*Contra* Berber a w 223; JG Starke *Introduction to international law* 1967 125; JPA François *Grondlijnen van het volkenrecht* 1967 111; A Verdross *Völkerrecht* 1955 187; Mangone a w 52. Spiropoulos a w 12 erken self: "Es ist ganz allgemein üblich geworden, dass die Handlungsfähigkeit von Staaten, deren Regierung nicht anerkannt ist, als vorläufig aufgehoben betrachtet wird". Vgl ook P Kleist *Die Völkerrechtliche Anerkennung Sowjet-russlands* 1934 19.

<sup>61</sup>a w 134.

<sup>62</sup>a w 139.

<sup>63</sup>*ibid.*

<sup>64</sup>Sien G Dahm *Völkerrecht* I 1958 123; Van Roijen a w 27. Dit word nie betwis dat die erkenning van state en dié van regerings verskil nie. Die argument is net dat daar juridies geen prinsipiële onderskeid bestaan nie. Die meeste skrywers wat die erkenning van state en dié van regerings afsonderlik behandel, doen dit gerieflikshalwe. Vgl by Berber a w 255-233; N Mugerwa *Manual of public international law* ed Sorenson 1968 270; MM Whiteman *Digest of international law* I 1963 911; H Lauterpacht *Recognition in international law* 1947.

<sup>65</sup>Starke a w 125; François a w 111; Verdross a w 187; Berber a w 223. *Contra* Kleist a w 19.

<sup>66</sup>Regter Cardozo in *Sokoloff v National City Bank of New York* 1924 239 NYS 158 165.

<sup>67</sup>1923 *MLR* 118; 1925 *AJIL* 263.

<sup>68</sup>1923 *MLR* 133.

<sup>69</sup>1923 *MLR* 134.



Van Roijen<sup>70</sup> sluit hom by die *Cardozo*-leer aan. Sy standpunt is dat die reël betreffende die onderworpenheid van die regterlike gesag aan die politieke owerheid as algemene beginsel moet geld, waarop uitsonderings kan voorkom. Die oorweging ten gunste van dergelike judisiële onderworpenheid is, eerstens, sy vrees dat die regter deur 'n selfstandige oordeel die buitelandse politiek van sy regering kan dwarsboom en, tweedens, sy argument dat die regter nie altyd oor die middels beskik om hom van die politieke toestand in die buiteland te vergewis nie.<sup>71</sup> Benewens die kritiek teen die *Cardozo*-leer wat hierbo geopper is, kan gemeld word dat die feitelike bestaan van vreemde state of regerings weinig met binnelandse of buitelandse politiek te doen het.

Ek voel my geneë om my by Chen<sup>72</sup> aan te sluit as hy betoog dat die politieke organe van die regering net so onbevoeg is om die bestaan van 'n nuwe staat of regering te bepaal, as wat die howe is om 'n oordeel oor kwessies van buitelandse beleid te vel.<sup>73</sup> Myns insiens lê die oplossing daarin dat elke geval 'n afsonderlike evaluering verg van al die ter sake faktore – sommige waarvan slegs deur die politieke gesag verskaf kan word – en dat die howe altyd daarteen dien te waak dat politieke beginsels hul beslissings oorheers.<sup>74</sup> Aangesien die regbank nòg namens die staat handel nòg die staat deur sy beslissings bind, staan myns insiens niks die hof in die weg om die feitelike bestaan van 'n nie-erkende staat of regering selfstandig vas te stel nie. Die vraag na die geldigheid van die wette en verordeninge van 'n nie-erkende regering kan dan eenvoudig as 'n toepassing van die gewone beginsels van die internasionale privaatreë beskou word.

### III

Die algemene volkereë kleef nie vas aan die gedagte dat nie-erkende entiteite as nie-bestaande beskou moet word nie.<sup>75</sup> Hierdie feit word geredelik oor die hoof gesien wanneer dergelike entiteite in die nasionale regsorde beskou word.<sup>76</sup>

Die politieke en volkeregtelike gesigspunte wat die regering van 'n land weerhou om 'n vreemde staat of regering te erken, hoef die regter van die land nie by die beregting van 'n privaatregtelike geskil te bind nie.<sup>77</sup> Vir die regter is die beslissende vraag of die gesag van die vreemde regering in 'n sekere mate gevestig is en of die wette en verordeninge wat daardie regering

<sup>70</sup>a w 130. Die *Cardozo*-leer het ten tye van Van Roijen se navorsing natuurlik algemene aanvaarding in die VSA geniet. Vgl O'Connell a w 182, wat verklaar dat "[t]he most subtle approach to the problem that has yet appeared is the *Cardozo-doctrine*."

<sup>71</sup>a w 131.

<sup>72</sup>a w 239. Vgl ook AB Lyons "Conclusiveness of the foreign certificate" 1946 *BYIL* 240.

<sup>73</sup>Vgl *Matté et Ross v La Société des Forges et Chantier de la Méditerranée* 1891 18 *Clunet* 868 879-880; *United States v Palmer* 1818 3 *Wheaton* 610 635.

<sup>74</sup>Bot a w 224; Mangone a w 61.

<sup>75</sup>American Law Institute *The foreign relations law of the United States* 1962 394-395; Charles de Visscher *Théories et réalités en droit international public* 1955 294; Verdross a w 182.

<sup>76</sup>BM Telders *Verzamelde geschriften* II 1948 147.

<sup>77</sup>Kosters en Dubbink a w 744; Falk a w 427; Van Roijen a w 132; Borchard 1932 *AJIL* 264; Dickinson 1923 *MLR* 133-134.



afkondig, in die betrokke gebied nageleef word. As dit die geval is, behoort die regstoestand van die onderdane van die nie-erkende regering deur laasgenoemde se wette gereël te word, sodat ook in die buiteland gevolge daaraan toegeken word.<sup>78</sup> 'n Vreemde wet word nie bloot toegepas omdat dit die uitdrukking van 'n soewereine wil behels nie maar omdat dit inderdaad regsverhoudings in die betrokke gebied reël.<sup>79</sup> As die reg van 'n nie-erkende regering sodanige werking het, behoort dit om dié rede alleen erken te word.<sup>80</sup>

Alleen as daar in feite geen staat of regering aan te merk is nie, is dit logies om die entiteit wat hom as staat of regering aandien nie as sodanig te behandel nie.<sup>81</sup> Juis dan is logika nie met die eise van die praktyk in stryd nie. Diplomatieke erkenning kan om verskeie redes wat niks met feitelike bestaan te doen het, geweier word.<sup>82</sup> In al hierdie gevalle is dit maklik met die politieke houding verenigbaar dat 'n nie-erkende staat of regering in ander as diplomatieke verband ook as *bestaande* aan te merk is. Waarom aan dergelike bestaan nie normale regsgevolge verbind moet word nie, bly duister. Boonop sal die ontsegging van regsgevolge tot growwe onbillikhede en tot 'n juridiese vakuum aanleiding gee.<sup>83</sup> □

---

<sup>78</sup>Kosters en Dubbink a w 744.

<sup>79</sup>Chen a w 167.

<sup>80</sup>Jaffe a w 167 verklaar: "To apply the law of another state is not to do that state a favour or to grant it a privilege because we approve of it or have welcomed it into our exclusive coterie; it is to recognize the universal need for order and predictability."

<sup>81</sup>Telders a w 148-149.

<sup>82</sup>Berber a w 225; Lauterpacht a w 414; Starke a w 124; Dahm a w 135; Bot a w 28; WL Gould *An introduction to international law* 1956 224; JL Brierly *The law of nations* 1962 140.

<sup>83</sup>Van Roijen a w 128; Chen a w 162. Vgl ook art 3 van die Montevideo-konvensie oor die regte en pligte van state 1933. Orfield and Re *Cases and materials on international law* 1955 111.

# Recognition of foreign decrees of divorce

Erwin Spiro

*Member of the Cape Bar*

## SUMMARY

### I ROMAN-DUTCH LAW

#### II THE RECEPTION OF THE ROMAN-DUTCH LAW IN *LE MESURIER v LE MESURIER*

##### 1 THE DECISION

##### 2 THE EFFECT OF THE DECISION IN ENGLAND

##### 3 THE EFFECT OF THE DECISION IN SOUTH AFRICA

##### 4 ANALYSIS OF THE DECISION

(a) Jurisdiction

(b) The incidence of time

(c) Extraterritorial effect of decree of divorce

##### 5 MEANING OF DECREE OF DIVORCE

(a) Problem

(b) General solution

(c) Special instances

(i) Maintenance

(ii) Custody

(iii) Personal consequences

Fault

Wife's name

Prohibition of marriage

Forfeiture of the benefits

(iv) Property régime

(v) Damages against co-respondent

### III FURTHER DEVELOPMENTS

#### 1 EXCEPTIONS

(a) Renvoi

(b) Reciprocity

#### 2 THE PRINCIPLE OF SUBSTANTIAL CONNECTION

#### 3 FINAL LEGISLATION IN ENGLAND

#### 4 THE SECOND RESTATEMENT (UNITED STATES OF AMERICA)

#### 5 THE ROAD TO REFORM IN SOUTH AFRICA

## I ROMAN-DUTCH LAW

The Roman-Dutch writers do not deal with the recognition of foreign decrees of divorce as such, but there are passages which assist in ascertaining the legal position.

As regards foreign judgments in general, Huber<sup>1</sup> is of the opinion that a valid judgment has also extraterritorial effect, and according to J Voet,<sup>2</sup> a judge to whom a letter *requisitorial* (which is obsolete in modern times<sup>3</sup>) had to be sent must enforce a foreign judgment unless it violates the law of his country, for instance if it relates to immovable property situated there. Indeed, in the famous words of Lord Ellenborough,<sup>4</sup> “can the island of Tobago pass a law to bind the rights of the whole world?” and “would the world submit to such an assumed jurisdiction?”

Judgments concerning the state and condition of persons or, in today's language, status appeared to Burgundus<sup>5</sup> the only ones which had extraterritorial force. This is, however, a very narrow view and hardly consistent with the propositions of Huber and Voet just referred to. Elsewhere,<sup>6</sup> moreover, Huber quite definitely postulates that, although the laws of a state only oblige all those residing in its territory, rights acquired in another state ought to be given effect to, provided they are not prejudicial to the other state or its citizens. According to Lord Westbury,<sup>7</sup> this axiom well defines the extent and limits (of the comity of nations or) of the obligation which one nation is under to receive and admit the judgments of the courts of another country. Very much to the point is Rodenburg<sup>8</sup> when he says that, as follows from the very nature of the case and sheer necessity, jurisdiction in respect of the state and condition of persons lies solely with the judge of the domicile. Voet is of a different opinion,<sup>9</sup> but his remarks are particularly unconvincing, and he does not deny<sup>10</sup> that “many” writers agree with Rodenburg. The following gloss put on the passage of Rodenburg by Lord Westbury<sup>11</sup> is very pertinent indeed:

“This position, that ‘*universum jus*’, that is, jurisdiction which is complete and ought to be everywhere recognized, does, in all matters touching the personal status or condition of persons, belong to the judge of that country where the persons are domiciled, has been generally recognized.”

## II THE RECEPTION OF THE ROMAN-DUTCH LAW IN *LE MESURIER v LE MESURIER*<sup>12</sup>

### 1 The decision

In *Le Mesurier v Le Mesurier*<sup>12</sup> the petition of a husband for divorce on the ground of his wife's adultery was dismissed by the Supreme Court of Ceylon. The appeal to the Privy Council failed. Their lordships were of

<sup>1</sup>*De Conflictu Legum* § 6.

<sup>2</sup>*Ad Pandectas* 42 1 41.

<sup>3</sup>*Spiro Conflict of Laws* (Cape Town 1973) 208 *ad notam* 5.

<sup>4</sup>*Buchanan v Rucker* (1808) 9 East 192 194.

<sup>5</sup>*Tractatus Controversiarum ad Consuetudines Flandriae* 3 11 and 12.

<sup>6</sup>*Praelectiones Juris Civilis* 2 1 3 no 2.

<sup>7</sup>*Shaw v Gould* 1868 LR 3 (HL) 55 81 *in fine*.

<sup>8</sup>*De Jure Conjugum* with *Tractatio Praeliminaris de Jure quod oritur ex Statutorum vel Consuetudinum Discrepantium Conflictu* 1 3 4.

<sup>9</sup>(Note 2) 1 4(2) 8.

<sup>10</sup>*ibid* 1 4(2) 7.

<sup>11</sup>(Note 7) at 83.

<sup>12</sup>(1895) 20 AC 1895 517, Lord Watson delivering the judgment, Lord Herschell LC, Watson, Hobhouse, Macnaghten, Morris and Sir Richard Couch concurring.

the opinion that in deciding the present case, on appeal from a colony which was governed by the principles of the Roman-Dutch law, "those treatises on international law which [were] generally regarded as authoritative",<sup>13</sup> meaning in the context of the Roman-Dutch authorities, should not be overlooked. They then considered Huber's view<sup>14</sup> that rights acquired in one state had to be given effect to in another, which was approved of "by Lord Cranworth and Lord Westbury in *Shaw v Gould*",<sup>15 16</sup> and Rodenburg's view<sup>17</sup> that solely the judge of the domicile had jurisdiction in respect of status, "cited in the same case by Lord Westbury"<sup>18</sup> and after referring further to von Bar and some English and Scotch cases concluded<sup>19</sup> that, "according to international law" – in modern times, it is submitted, one would rather use the words "private international law" –

- (i) the domicile
- (ii) for the time being
- (iii) of the married pair

afforded the only true test of jurisdiction to dissolve their marriage. Their lordships concurred,<sup>20</sup> without reservation, in the views expressed by Lord Penzance in *Wilson v Wilson*<sup>21</sup> which were obviously meant to refer not to questions arising in regard to the mutual rights of married persons but to jurisdiction in the matter of divorce:

"It is the strong inclination of my own opinion that the only fair and satisfactory rule to adopt on this matter of jurisdiction is to insist upon the parties in all cases referring their matrimonial differences to the courts of the country in which they are domiciled. Different communities have different views and laws respecting matrimonial obligations, and a different estimate of the causes which should justify divorce. It is both just and reasonable, therefore, that the differences of married people should be adjusted in accordance with the laws of the community to which they belong, and dealt with by the tribunals which alone can administer those laws. An honest adherence to this principle, moreover, will preclude the scandal which arises when a man and a woman are held to be man and wife in one country and strangers in another."

Elsewhere their lordships remarked that when the jurisdiction of the court was exercised according to the rules of "international law" – it should read again "private international law" – as was the case where the parties had their domicile within its forum, its decree dissolving their marriage should be respected by the tribunals of every civilized country.<sup>22</sup> They also pointed out that a decree of divorce *a vinculo*, pronounced by a court whose jurisdiction was solely derived from some rule of municipal law peculiar to its forum, could not, when it trenched upon the interests of any other country, to whose tribunals the spouses were amenable, claim extraterritoriality.

<sup>13</sup>*ibid* 537.

<sup>14</sup>See note 6 above.

<sup>15</sup>note 7 at 81.

<sup>16</sup>note 12 at 537 *in fine*.

<sup>17</sup>See note 8 above.

<sup>18</sup>note 12 at 538.

<sup>19</sup>note 12 at 540.

<sup>20</sup>note 12 at 540–1.

<sup>21</sup>1872 LR 2 P&D 435 442.

<sup>22</sup>note 12 at 527.



torial authority.<sup>23</sup> By necessary implication, it is submitted, a decree of divorce pronounced by the court of the spouses' domicile would have such extraterritorial authority or in other words qualify for recognition.

## 2 The effect of the decision in England

The decision in *Le Mesurier v Le Mesurier*<sup>12</sup> was one of the Privy Council and not of the House of Lords. But their lordships clearly intended their language to be of general application,<sup>24</sup> and the decision has been followed, although criticized<sup>25</sup> and now superseded by legislation,<sup>26</sup> by all the courts in England, including the House of Lords, ever since.<sup>27</sup>

## 3 The effect of the decision in South Africa

Up to 12 May 1950, when the Privy Council Appeals Act<sup>28</sup> came into effect, the South African courts were bound by the ratio of a Privy Council decision on a rule of Roman-Dutch law, provided the relevant Roman-Dutch authorities were referred to and there was else no inconsistency with the law of South Africa.<sup>29</sup> Such binding force of the decision in *Le Mesurier v Le Mesurier*<sup>12</sup> has been challenged by Welsh<sup>30</sup> because some contrary South African cases had not been considered, and by Kahn<sup>31</sup> because Roman-Dutch authorities were not cited. But the decisions Welsh must have had in mind were clearly wrong in that they assumed that a married wife could, during the subsistence of the marriage, have a domicile of her own. This is – so far – clearly not the law of South Africa.<sup>32</sup> The decision did moreover consider Roman-Dutch authorities and accept the principles propounded there. It is merely co-incidental that those principles also represented “the general law of nations” or rather, as submitted earlier, basic ideas of private international law. However this may be, the courts in South Africa, including the appellate division,<sup>33</sup> have always regarded themselves as bound by the decision in *Le Mesurier v Le Mesurier*.<sup>12</sup>

The Privy Council Appeals Act<sup>28</sup> does not affect the issue. According to Centlivres CJ, in *John Bell & Co Ltd v Esselen*<sup>34</sup> the Privy Council was not bound by its own decisions, and it regarded itself as free to depart from one of its own decisions if its attention was not drawn in a previous decision to relevant authorities. As the appellate division is now the final court in the Republic, it has, in the view of the learned Chief Justice, na-

<sup>23</sup>note 12 at 528.

<sup>24</sup>Dicey and Morris *Conflict of Laws* 9th ed (London 1973) 305.

<sup>25</sup>Particularly in *Indykea v Indykea* 1967 2 All ER 689 (HL).

<sup>26</sup>Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971 (c53) and see below *sub* III 3.

<sup>27</sup>*Halsbury's Laws of England* 3rd ed by Lord Simonds vol 7 112 note (m); Dicey and Morris (note 24) 305–6.

<sup>28</sup>Act No 16 of 1950.

<sup>29</sup>See Kahn in (1967) 84 *SALJ* 54 note 83.

<sup>30</sup>(1950) 67 *SALJ* 228.

<sup>31</sup>(1967) 84 *SALJ* 54 note 83.

<sup>32</sup>See Kahn in 1971 *Acta Juridica* 73 et sqq.

<sup>33</sup>*Webber v Webber* 1915 AD 239 257–8 per De Villiers AJA; *Johnson v Johnson* 1930 AD 101 109–10 per De Villiers CJ.

<sup>34</sup>1954 1 SA 147 (A) 153–4.

turally the power which the Privy Council had of departing from an erroneous decision of the Privy Council. But, as shown, it cannot be maintained that the decision in *Le Mesurier v Le Mesurier*<sup>12</sup> was erroneous. In fact the courts continue to consider themselves as bound by it,<sup>35</sup> and there are also decisions which without mentioning *Le Mesurier v Le Mesurier*<sup>12</sup> accept the principle contained therein.<sup>36</sup>

#### 4 Analysis of the decision

The decision in *Le Mesurier v Le Mesurier*<sup>12</sup> deals with three aspects: jurisdiction, the incidence of time and the extraterritorial effect of a decree of divorce (recognition).

##### (a) *Jurisdiction*

In strict law the decision has a very limited *ratio decidendi*: the divorce jurisdiction of the courts in Ceylon depends solely on the spouses' domicile. In actual fact much more importance has always been attributed to the decision, as will now be seen.

##### (b) *The incidence of time*

The decision is often<sup>37</sup> regarded as also establishing that the requisite domicile of the spouses must exist at the commencement of the proceedings, a subsequent change of their domicile being immaterial. Their lordships might indeed have had that particular moment in mind when they mentioned the domicile "for the time being",<sup>38</sup> and certain other of their remarks<sup>39</sup> are indicative of such a view. But the fact remains that as far as the report goes no change of the spouses' domicile took place during the proceedings, conferring on any pronouncement on the material time the character of an obiter dictum. However, nothing turns on it because both in South Africa and England there is sufficient (other) authority to the effect that the time which matters is the commencement of the proceedings.<sup>40</sup>

##### (c) *Extraterritorial effect of decree of divorce*

The dicta that a (foreign) decree of divorce could not claim extraterritorial authority unless it issued from the court of the spouses' domicile<sup>41</sup> (at the beginning of the proceedings), too, are clearly obiter. Nevertheless, it is a true reflection of the law. The least requisite of the recognition (and enforcement) of a foreign judgment is that it is valid,<sup>42</sup> and it cannot be valid vis-à-vis the forum if the jurisdiction assumed by the foreign court is inconsistent with the law of the forum, more particularly with the forum's

<sup>35</sup>*Guggenheim v Rosenbaum* (2) 1961 4 SA 21 (W) 31G per Trollip J, as he then was; *Eilon v Eilon* 1965 1 SA 703 (A) 724-5 per Potgieter AJA who delivered the majority judgment; *Holland v Holland* 1973 1 SA 897 (T) (3JJ) 900B.

<sup>36</sup>*Pink v Pink* 1957 4 SA 41 (T).

<sup>37</sup>See eg Dicey and Morris (note 24), 304 note 42; *Webber v Webber* 1915 AD 239 257-8 per De Villiers AJA.

<sup>38</sup>*Le Mesurier v Le Mesurier* (note 12) 540.

<sup>39</sup>*ibid* 527 and 531.

<sup>40</sup>See Spiro (note 3) 20.

<sup>41</sup>See above *ad notas* 22 and 23.

<sup>42</sup>See *ad notam* 1 above. See also *infra ad notam* 81.

rule<sup>43</sup> that a divorce can only be pronounced by the court of the spouses' domicile at the commencement of the proceedings.<sup>44</sup>

## 5 Meaning of decree of divorce

### (a) *Problem*

What has been discussed so far, related to a decree of divorce that is a decree dissolving the marriage of the parties to the suit or if the judgment also deals with other issues to that part of it which dissolves the marriage. It now becomes necessary to examine the position in the case of a composite judgment of a foreign court, meaning a judgment which not only dissolves a marriage, but also contains other orders. I refrain from using the term "ancillary orders" because apart from statutory provisions which are subject to interpretation the concept of ancillary orders is rather vague and may even be misleading,<sup>45</sup> particularly if an attempt is made to utilize it for the purpose of finding an answer to the problem now to be considered: whether the recognition of a foreign decree of divorce extends as a matter of course to other orders which are part and parcel of that decree.

### (b) *General solution*

Subject to the remarks which will be made *sub* (c), the recognition (and, as the case may be, the enforcement) of other orders contained in the decree of divorce generally, it is submitted,<sup>46</sup> depends on the international jurisdiction (that is the jurisdiction according to the law of the forum) of the divorce court in regard to such orders. The divorce court may, but must not necessarily, have that jurisdiction. The point to be emphasized is that the one jurisdiction is not a necessary concomitant of the other. The position is, therefore, the same as if there were as many judgments as there are orders: the incidence of international jurisdiction and, as may be added, all the other requisites of the recognition and enforcement of a foreign order of court (such as e.g. that there be no violation of the distinctive policy of the forum) have to be examined in each instance. On the other hand, the forum's refusal to recognize a decree of divorce may (but, in my submission, must not necessarily) jeopardize the recognition (and enforcement) of other orders contained therein. For instance, if the claim adjudicated in the other order only exists because of the divorce, the order will not be recognized and enforced where the decree of divorce is itself not recognized. Reference may here be made to the following words of Goddard LJ in *Simons v Simons*:<sup>47</sup>

"... if the court in Massachusetts had no power to grant a decree of divorce, it had no power and no jurisdiction to order maintenance which it could order only if it decreed a divorce."

<sup>43</sup>See *ad notam* 2 above.

<sup>44</sup>See also *Holland v Holland* 1973 1 SA 897 (T) (3 JJ) 899-900 per Boshoff J.

<sup>45</sup>See Spiro 1964 *Acta Juridica* 70.

<sup>46</sup>See also Rabel *Conflict of Laws* 1 2nd ed (Ann Arbor 1958) 561 et sqq; Anton *Private International Law* (Edinburgh 1967) 334; Kahn in *Hahlo South African Law of Husband and Wife* 3rd ed (Cape Town 1969) 645; Gamillscheg *Internationales Privatrecht* (Berlin 1973) 1007-9, 1091 and 1095.

<sup>47</sup>1938 4 ALL ER 436 (KB) at 443F; and see Cheshire-North *Private International Law* 8th ed (London 1970) 378 and Dicey and Morris (note 24) 391-2.

The question of the recognition and enforcement of a foreign order must of course be distinguished from the different problem whether, the foreign order notwithstanding, the forum has jurisdiction *itself* to make an order of the particular kind. Conversely, the endeavour to protect the deserted spouse has, particularly in the United States, led to the doctrine of "divided divorce" whereby an order of support survives a (foreign) decree of divorce which is otherwise recognized.<sup>48</sup>

The Draft Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations, produced at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law, which took place from October 7 to 26 1968,<sup>49</sup> does not apply to findings of fault or to ancillary orders pronounced on the making of a decree of divorce or legal separation; in particular it does not apply to orders relating to pecuniary obligations or to the custody of children.<sup>50</sup> According to Professor Anton,<sup>51</sup> the underlying objective, in the minds of most delegations, was to reduce artificial barriers to the remarriage of either spouse after divorce, which made them unsympathetic to a German proposal, endorsed also by the delegations of Austria, Holland and Belgium, to secure the recognition under the convention of findings of fault. As Professor Anton also mentioned, delegations were reluctant, too, to extend the convention to ancillary orders, such as those relating to maintenance and the custody of children (which, moreover, were seldom final), partly because of the existence of other conventions relating to such orders and partly because of fear of introducing complications. To implement the above draft convention England passed, in 1971, the Recognition of Divorces and Legal Separations Act.<sup>52</sup> Nothing in that Act is to be construed as requiring the recognition of any findings of fault made in any proceedings for divorce or separation or of any maintenance, custody or other ancillary order made in any such proceedings.<sup>53</sup>

### (c) *Special instances*

Additional orders contained in a decree of divorce are often subject to special rules. Some of the more important instances will now be considered.

#### (i) *Maintenance*

Foreign maintenance orders, if they are not as usually the subject of special legislation or international agreements, are not final and conclusive (with the possible exception of orders dealing with arrear maintenance) and therefore do not qualify for enforcement in another country.<sup>54</sup>

<sup>48</sup>*Estin v Estin* 334 US 541, 68 SCt 1213 (1948), followed in England in *Wood v Wood*, 1957 P 254. See Ehrenzweig *A Treatise on the Conflict of Laws* (St Paul 1962) 265 et sqq; Graveson *Conflict of Laws* 6th ed (1969) 242 and 312-3; Dicey and Morris (note 24) 388-90.

<sup>49</sup>(1969) 18 *ICLQ* 658 et sqq.

<sup>50</sup>*ibid* art 1(1)

<sup>51</sup>(1969) 18 *ICLQ* 628.

<sup>52</sup>C 53.

<sup>53</sup>*ibid* s 8(3).

<sup>54</sup>See Spiro (note 3) 260 and 265-8.



(ii) *Custody*

Foreign custody orders, too, are not final and conclusive and likewise do not qualify for enforcement in another country.<sup>55</sup>

(iii) *Personal consequences*

*Fault.* In many legal systems the incidence of fault<sup>56</sup> no longer matters. For instance, in England the sole ground on which a petition for divorce may be presented to the court by either party to the marriage is now that the marriage has broken down irretrievably.<sup>57</sup> The petition may, moreover, be dismissed if in all the circumstances the dissolution would result in grave financial or other hardship to the respondent and it would in all the circumstances be wrong to dissolve the marriage.<sup>58</sup> When making orders for financial provision for a party to the marriage or for a child of the family or for transfer and settlement of property and for variation of settlements the court will endeavour to place the parties in the financial position in which they would have been if the marriage had not broken down and each had properly discharged his or her financial obligations and responsibilities towards the other.<sup>59</sup> Will a country, where the law is as set out above, recognize that part of a foreign decree of divorce which declares one party to be the guilty one or makes orders based on guilt? The answer would depend on how that country interprets and implements its distinctive policy, but, in the words of Sachs LJ in *R v Brentwood Superintendent Registrar of Marriages, ex parte Arias*,<sup>60</sup> "those who live in legal glasshouses, however well constructed, should perhaps not be overastute to throw stones at the laws of other countries".

*Wife's name.* A much discussed question, particularly in civil law countries, is whether the recognition of a decree of divorce also extends to an order contained therein compelling a divorced wife to resume her maiden name. In a fairly recent judgment in Germany the question was answered in the negative.<sup>61</sup>

*Prohibition of marriage.* If the foreign decree of divorce imposes a penal restriction on the remarriage of one party only, it will be disregarded as discriminatory.<sup>62</sup>

*Forfeiture of the benefits.* In South Africa the plaintiff in an action for divorce on the grounds of adultery or malicious desertion may claim against the defendant the forfeiture of all financial benefits which the latter has

<sup>55</sup>See Spiro (note 3) 215-30

<sup>56</sup>See also text accompanying notes 50, 51 and 53 above. See further Rabel (note 46) 415-9; Mueller-Freienfels *Ehe und Recht* (Tübingen 1962) 266 et sqq; Ehrenzweig (note 48) 236-7; Morris *Conflict of Laws* (London 1971) 135.

<sup>57</sup>Divorce Reform Act 1969 (c 55) 1.

<sup>58</sup>*Ibid* s 4(2).

<sup>59</sup>See s 2, 3, 4 and 5 of the Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 (c45).

<sup>60</sup>1968 3 ALL ER 279 (QB) 284A.

<sup>61</sup>See Gamillscheg (note 46) 1008 note 74. See also M Wolff *Private International Law* 2nd ed (Oxford 1950) s 357; Rabel (note 46) 565 note 28; Kegel *Internationales Privatrecht* 3rd ed (Munich 1971) 340-1.

<sup>62</sup>*Scott v Att-Gen* (1886) 11 PD 128. See also Rabel (note 46) 304; Kegel (note 61) 341; Gamillscheg (note 46) 1008-9 note 77; Dicey and Morris (note 24) 334-5. See further s 7 of the Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971 (c53).

derived or is to derive from the marriage, whether by way of community of property or under an antenuptial contract, such forfeiture being a kind of penalty for wrecking the marriage.<sup>63</sup> Because of its penal character it is feasible that another country may exclude from the recognition of a South African decree of divorce the pronouncement on forfeiture it contains.

(iv) *Property régime*

As regards the liquidation of the matrimonial property régime, no special remarks are warranted. Some countries will apply the law governing the matrimonial property régime, other<sup>64</sup> countries their own law. It does not matter which law should have been applied according to the law of the country seized with the recognition and enforcement of the particular order,<sup>65</sup> subject, of course, to the overriding force of the distinctive policy of that country in special circumstances.

(v) *Damages against co-respondent*<sup>66</sup>

An order against an adulterer for damages whether or not forming part of a foreign decree of divorce, too, must be dealt with on its own merits. It is a claim sounding in money and as such subject to the general requisites which govern the recognition and enforcement of foreign judgments.<sup>67</sup> Where, however, the law of the country where recognition or enforcement is sought, does not provide for a claim of damages against the adulterer,<sup>68</sup> the distinctive policy of that country may again be seized upon. It is for the law of that country to decide whether or not there is a violation of its distinctive policy.<sup>68</sup>

### III FURTHER DEVELOPMENTS

The decision in *Le Mesurier v Le Mesurier*<sup>12</sup> is eighty years old, and, in the words of Lord Wilberforce,<sup>69</sup> age is a debilitating factor in private international law. However, apart from certain statutory remedies, the courts have seen their way clear to relaxing the rigidity of the rule laid down in, or attributed to, the decision in *Le Mesurier v Le Mesurier*,<sup>12</sup> as will now be seen.

#### 1 Exceptions

(a) *Renvoi*

If the law of the domicile recognizes a decree of divorce rendered elsewhere, then the position is the same as if such decree had been rendered in the country of the domicile, and the forum will recognize it. This rule

<sup>63</sup>See Hahlo (note 46) 424-5 and 624. See also Gamillscheg (note 46) 639 note 291.

<sup>64</sup>See eg Switzerland art 154 Civil Code; England s 4 of the Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 (c45).

<sup>65</sup>See also Gamillscheg (note 46) 1007 note 70 and 1091 note 467.

<sup>66</sup>The liability to pay damages for adultery has now been abolished in England, s 4 of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 (c33). There is also no claim of damages against the adulterer in Germany: see *BGH* vol 23 281 (1956 *NJW* 1149).

<sup>67</sup>See also Schmitthoff *English Conflict of Laws* 3rd ed (London 1954) 347; Anton (note 46) 334; Graveson (note 48) 309; Cheshire-North (note 47) 640; Dicey and Morris (note 24) 330-1.

<sup>68</sup>See also text accompanying note 60 above.

<sup>69</sup>*Indyka v Indyka* 1967 2 ALL ER 689 (HL) 720F.

has been laid down in *Armitage v Att-Gen.*<sup>70</sup> The rule was applied in South Africa by Trollip J, as he then was, in *Guggenheim v Rosenbaum* (2).<sup>71</sup>

### (b) *Reciprocity*

In *Travers v Holley*<sup>71</sup> it was held that what entitled a court of the forum to assume jurisdiction, ought to be equally effective in the case of a foreign court. The rule implies that changes in domestic jurisdiction must be taken into account by the courts when faced with the task to recognize a foreign decree of divorce.<sup>72</sup> In other words, if domicile cannot be insisted upon as a requisite of the domestic jurisdiction, it can also not be insisted upon as a requisite for the purpose of the recognition of a foreign decree of divorce. *Travers'* case has not yet been followed in South Africa,<sup>73</sup> but there is hardly any reason why it should not.

## 2 The principle of substantial connection

Further departures from the universality of domicile were suggested in the great House of Lords decision *Indyka v Indyka*.<sup>69</sup> Its effect might have been in England to substitute a principle of substantial connection<sup>74</sup> for the principle of domicile. The uncertainty created by that decision did not, however, last long in England, for the legislature soon intervened.<sup>75</sup> The thought-provoking decision, no doubt, warrants careful study, but, sweeping if not trespassing upon the realm of the legislature as it is, it cannot in my submission be directly followed anywhere.

## 3 Final legislation in England

In England the matter is now settled by the Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971,<sup>76</sup> which was passed to implement the Draft Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations produced at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law.<sup>77</sup> The case law as such no longer applies although much of it has been incorporated in the act. Domicile is no longer the only ground of jurisdiction, but the residence or nationality of either spouse is now also relevant.

## 4 The second restatement (United States of America)<sup>78</sup>

The American courts have failed to establish a coherent principle for the recognition of foreign divorces.<sup>79</sup> But the *Restatements of the Conflict of*

<sup>70</sup>1906 P 135.

<sup>71</sup>1961 4 SA 21 (W) 32H and see Spiro (note 3) 128 et sqq. See also *Ying Woon v S Tromp* 1964 1 SA 103(N) 108 per Harcourt J.

<sup>72</sup>*Indyka's* case (note 69) at 727H per Lord Wilberforce.

<sup>73</sup>But see *Smith v Smith* 1970 1 SA 146 (R) 150 per Goldin J.

<sup>74</sup>As to this requisite see also Mueller-Freienfels (note 56) 264; Ehrenzweig (note 48) 244; Spiro (note 3) 8 and 158 et sqq.

<sup>75</sup>See 3 below.

<sup>76</sup>(c53).

<sup>77</sup>See (1969) 18 *ICLQ* 658 et sqq.

<sup>78</sup>*Restatement of the Law of the Conflict of Laws, Second*, 3 vols (St Paul 1971).

<sup>79</sup>Ehrenzweig (note 48) 245 et sqq; Baade in (1972) 72 *CLR* 329 et sqq; Juenger in (1972) 26 *AJCL* 1 et sqq at 37.

*Laws*, more particularly now the *Second Restatement*,<sup>78</sup> proffer useful guidelines.

The *Second Restatement* does not deal with the recognition of foreign decrees of divorce under any special head, but the position emerges clearly from the general provision relative to the recognition of foreign judgments which reads as follows:<sup>80</sup>

“A valid judgment rendered in a foreign nation after a fair trial in a contested proceeding will be recognized in the United States of America so far as the immediate parties and underlying cause of action are concerned.”

A valid judgment is *par excellence* one rendered by a court of competent jurisdiction.<sup>81</sup> That the proceedings must have been contested, is really not a requisite.<sup>82</sup>

All this depends again on the (international) jurisdiction of the divorce court. Such exists not only in the state of the domicile of both spouses<sup>83</sup> or even of one only,<sup>84</sup> but now also if either spouse has such a relationship to the state as would make it reasonable for the state to dissolve the marriage.<sup>85</sup> The latter provision has been regarded as a major breakthrough.<sup>86</sup>

## 5 The road to reform in South Africa

The rigid test of the husband's domicile at the commencement of the divorce proceedings proved inadequate to limit the possibility of limping marriages which was, however, its main purpose. One country after the other, therefore, took steps to relax that test. Clearly, the more countries have done so, the more all the other countries are compelled to follow suit, for else the number of limping marriages will increase to an alarming extent. The sooner the legislature intervenes here, the better, and this holds good of South Africa as much as of any other country in the same position. The additional relevance of (habitual) residence and nationality should no longer be overlooked, and the Draft Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations<sup>87</sup> and even more so the Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971,<sup>88</sup> which created statutory rules of recognition more favourable than those of the convention,<sup>89</sup> indeed deserve the serious attention of the South African legislature. □

<sup>80</sup>(Note 78) § 98.

<sup>81</sup>*ibid* § 92(a) and (c). § 92 does not only apply to sister states – although it says so – but also to foreign country judgments; see § 98 explanation (b); Peterson in (1972) 72 *CLR* 220 et sqq 222 and 248; Baade (note 79) at 345.

<sup>82</sup>*ibid* § 98 explanation (d); Peterson (note 81) at 249.

<sup>83</sup>*ibid* § 70.

<sup>84</sup>*ibid* § 71.

<sup>85</sup>*ibid* § 72.

<sup>86</sup>See Baade (note 79) at 379.

<sup>87</sup>See note 77 above.

<sup>88</sup>(c53).

<sup>89</sup>See Dicey and Morris (note 24) 319.



# Die effek van 'n mala fide-sessie van 'n vorderingsreg

Susan Scott

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

The court found that *D 33 34* is part of the Roman-Dutch law and that it has been received in South Africa. It applies to cession in its modern form, and requires a cessionary to "defend" the cedent if he was a party to the cedent's *mala fide* intention to deprive the debtor of his right to raise a *contra*-claim by way of reconvention. The following issues are raised in connection with this judgment:

- 1 the interpretation of authority;
- 2 the basis of the principle applied here; and
- 3 the validity of a *mala fide* cession.

Die uitspraak van die appèlhof in *LTA Engineering Co Ltd v Seacat Investments (Pty) Ltd* (1974 1 SA 747 (A)) illustreer weer eens dat daar nog heelwat probleme in ons reg aangaande sessie bestaan wat ondersoek verg. (Literatuur is skraps. Behalwe die kommentaar van PC Anders op die *De Actionum Cessione* van J van de Sande is daar die uitstekende proefskrif van FH Grosskopf, wat egter in hoofsaak oor die historiese agtergrond handel). In hierdie bydrae word genoemde vonnis bespreek, maar ook enkele ander vrae wat na vore kom, aangeraak.

Die vereenvoudigde feite van die saak is: Stonestreet het 'n likiede eis van ± R90 000 teen LTA terwyl LTA 'n illikiede eis van ± R600 000 teen Stonestreet het. Nadat LTA reeds sy eis ingestel het, sedeer Stonestreet sy eis aan Seacat. Seacat stel nou hierdie gesedeerde likiede eis van R90 000 teen LTA in. Uit die feite blyk duidelik dat hierdie sessie *mala fide* geskied het aangesien Stonestreet daarmee beoog het om LTA sy eis in rekonsensie te ontnem. LTA se pleit bevat 'n ontkenning van die bestaan van die sessie en as alternatief 'n erkenning van die eis wat Stonestreet teen hom het, maar beweer dat hy 'n skadevergoedingeis vir 'n groter bedrag nl R600 000 teen Stonestreet het op grond van kontrakbreuk. Daarom vra hy 'n opskorting van die eis van Seacat.

LTA appelleer teen die handhawing van 'n eksepsie teen 'n alternatiewe pleit wat soos volg lui: "Wherefore . . . the defendant prays that judgment upon the plaintiff's claim be postponed until the final judgment is given in the defendant's action against Stonestreet and Hansen (Pty) Ltd."<sup>1</sup>

Die eerste probleem waarvoor die appèlhof te staan gekom het, was dat die hof *a quo* hom gebonde geag het aan die uitspraak in *National Bank v Marks and Aaronson* 1923 TPD 69, waar beslis is dat ons reg 'n debiteur selfs nie in die omstandighede van hierdie geval toelaat om 'n illikiede teen-eis wat hy teen die sedent het, teen die sessionaris te bring nie.

Die argument van die appellant se advokaat was dat die *Marks*-beslissing verkeerd is omdat by dié beslissing uitgegaan is van die standpunt dat daar geen Romeins-Hollandse gesag is wat die moontlikheid daarstel dat so 'n illikiede eis wel teen die sessionaris ingestel kan word nie. Daarop haal hulle Sande *Commentarius de Actionum Cessione* 10 2, Huber *Heedendaagse Rechtsgeleertheijt* 3 13 36 en J Voet *Commentarius ad Pandectas* 5 1 84 aan.

Ar Jansen kom na 'n interessante en, met respek, goedberedeneerde uitspraak tot die volgende gevolgtrekking:

"It would therefore, appear that D 3 3 34 is part of the Roman-Dutch law, that it has been received in South Africa, that it has not been abrogated by disuse, and that the principle of *stare decisis* is no obstacle to its continued recognition. It applies to cession in its modern form, and requires a cessionary to 'defend' the cedent, if he was party to the cedent's *mala fide* intention to deprive the debtor of his right to raise a *contra-claim* by way of reconvention."<sup>2</sup>

En verder

"In appropriate circumstances it might well become necessary to consider fully the precise nature of a cessionary's duty 'to defend' in the light of modern concepts and procedure, but in the present case this is neither necessary nor desirable. The fact that here the respondent only instituted its action after the appellant had instituted its action for damages against Stonestreet and Hansen, calls for an obvious and simple application of the principle. A stay of the respondent's action would enable the appellant to assert his *contra-claim* against Stonestreet and Hansen (the cedent) as if the fraudulent cession had not taken place, and if damages were to be awarded to the appellant, he would as a result either be in funds to meet the respondent's claim or, by reason of the degree of identification of the cessionary with the cedent, *compensatio* would take effect between such judgment and any judgment the respondent might thereafter obtain on its action. In these circumstances it seems eminently appropriate that the appellant should plead in the manner it did, which is analogous to the raising of a dilatory plea or invoking the defence under Supreme Court Rule 22(4). That it should go further than this and specifically advert to the possibility of a future set-off, seems unnecessary, particularly as this is clearly implied in the alternative plea."<sup>3</sup>

Die appèl slaag dus.

Dat die uitspraak in die betrokke geval billik en korrek is, kan nie betwyfel word nie. Daar is egter drie punte wat ek graag wil aanraak:

- I Die interpretasie van die gesag.
- II Die grondslag van die beginsel wat hier toegepas word.
- III Die geldigheid van so 'n *mala fide*-sessie.

### I DIE INTERPRETASIE VAN DIE GESAG

Die uitgangspunt lê in twee tekste uit die *Digesta*:

*D 33335: Ulpianus libro nono ad edictum. Si quis in rem suam procurator interveniat, adhuc erit dicendum debere eum defendere: nisi forte ex necessitate fuerit factus.*

<sup>2</sup>771.

<sup>3</sup>772.

(Ulpianus in sy negende boek op die edik. As iemand as *procurator in rem suam* tussenbeide kom, dan moet nog steeds gesê word dat hy hom [die prinsipaal] moet verdedig: tensy hy miskien vanweë noodsaak aangestel is.)

D 3334: *Gaius libro tertio ad edictum provinciale. Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emptor hereditatis: an debeat invicem venditorem defendere? et placet, si bona fide et non in fraudem eorum qui invicem agere vellent gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere.*

(Gaius in sy derde boek op die provinsiale edik: Indien iemand tot sy eie voordeel eis, in sy hoedanigheid as *procurator*, soos die koper van 'n erfenis: ontstaan die vraag of hy op sy beurt die verkoper moet verdedig. En dit staan vas dat hy nie verplig is om op sy beurt hom (die verkoper) te verdedig nie, as die handeling *bona fide* aangegaan is en nie in *fraudem* (ter ontduiking) van hulle wat op hulle beurt 'n eis wil instel nie.)

Om hierdie tekste te kan interpreteer, is dit nodig om die hele agtergrond van die *procurator in rem suam* te skets. Die Romeinse privaatreë het die beginsel van verteenwoordiging nie geken nie want die uitgangspunt was dat 'n regshandeling slegs persoonlike werking het tussen die partye wat dit aangaan. Daar het egter op 'n vroeë stadium reeds 'n ontwikkeling in die prosesreg plaasgevind waardeur die prinsipaal in 'n geding deur 'n *cognitor* en later 'n *procurator* verteenwoordig kon word.<sup>4</sup> Die *procurator* is vir ons die belangrikste en het later die *cognitor* vervang. Die wyse waarop die verteenwoordiging plaasgevind het, was soos volg: die prinsipaal word in die *intentio* genoem terwyl die *procurator* in die *condemnatio* genoem word.<sup>5</sup>

Die Romeinse reg het nie die oordrag van 'n vordering geken nie maar hulle het wel van *novatio* gebruik gemaak.<sup>6</sup> Dit het plaasgevind deur middel van stipulasies waardeur die ou verbintenis tot niet gaan en 'n nuwe verbintenis tot stand kom.

Die *sg cessio actionum* het egter ontstaan deur die aanstelling van die *procurator in rem suam* deur 'n prinsipaal. Daar het nie 'n verbintenis tussen die skuldenaar en die *procurator* tot stand gekom nie en die skuldeiser kon nog steeds van die skuldenaar vorder. *Litis contestatio* het egter die effek gehad dat die verbintenis tussen skuldeiser (sedent) en skuldenaar tot niet gaan en dat een tussen sessionaris (*procurator*) en skuldenaar geskep word.

Dit is belangrik om te onthou dat die *actio directa* voor *litis contestatio* nog steeds tot beskikking van die prinsipaal was. Ons het dus hier nie 'n volkome oordrag van die reg sodat die prinsipaal (sedent) niks meer het nie; die verbintenis bestaan nog steeds tussen die sedent en die skuldenaar.

Verder is dit ook belangrik om daarop te let dat die reëls wat op gewone prosesverteenvoording van toepassing was ook op die verteenwoordiging *in rem suam* van toepassing was.<sup>7</sup>

D 3335 lewer nie veel probleme op nie. Daar stel Ulpianus dit dat die persoon wat as *procurator in rem suam* optree sy prinsipaal moet verdedig.

<sup>4</sup>Van Warmelo P *Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg* 294 e.v.

<sup>5</sup>Vir 'n uiteensetting van die rol wat die verskillende dele van die *formula* speel, sien Van Warmelo 261 e.v.

<sup>6</sup>Grosskopf FH *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingsreëte* (Leiden 1960) 1. Sien ook JE Scholtens se boekbespreking hieroor 1960 *SALJ* 493.

<sup>7</sup>*Loc cit* 10.

Die res van die teks is waarskynlik later bygevoeg en is vir ons nie van veel belang nie.<sup>8</sup>

Laat ons terugkeer na *D* 3 3 34: Vir 'n volle begrip van die inhoud daarvan moet ons ons na die tyd en omstandighede van die betrokke teks verplaas. Sonder om eers na die inleidende stelling te kyk, kan ons let op die voorbeeld: die vraag word gestel of die koper van 'n erfenis (regte en verpligtinge) op sy beurt die verkoper behoort te verdedig. Die antwoord is dan dat die koper nie die verkoper hoef te verdedig nie mits die verkoping *bona fide* plaasgevind het en nie *in fraudem eorum qui invicem agere vellent* nie.

Die feit dat ons met 'n erfenis te doen het, is mi belangrik. Dit beteken dat die koper daarvan die vordering uit die erfenis kan opeis maar dat hy ook die vordering wat teen die boedel bestaan, moet bevredig. Waar die koper dus 'n aksie instel vir die betaling van die koopprys van 'n saak uit die erfenis en die skuldenaar het 'n teeneis op grond van verborge gebreke of bedrog moet die koper van die erfenis hierdie teeneis erken en die verpligting nakom. Hierdie verpligting rus natuurlik op die koper van die erfenis slegs in gevalle waar die verpligting uit die erfenis ontstaan.<sup>9</sup>

Die teks noem nou die verdere probleem nl of die koper van die erfenis ander eise wat die skuldenaar teen die verkoper van die erfenis het, moet verdedig. Die antwoord is dat hy sulke eise nie hoef te verdedig nie – maar dan word twee vereistes gestel. Die belangrikste punte wat uit hierdie teks na vore kom, sal ons nou van nader ondersoek.

#### (a) Die aksie wat die koper gebruik

Die aksie wat die koper van die erfenis gebruik, is 'n *actio utilis*.<sup>10</sup> Ar Jansen aanvaar dat dit die *actio directa* is maar dit is mi, met respek gesê, nie korrek nie. Keiser Antoninus Pius (143–161) het reeds aan die koper van 'n erfenis 'n *actio utilis* gegee;<sup>11</sup> oor die presiese datum daarvan bestaan daar twyfel maar dit is ongeveer seker dat toe Gaius<sup>12</sup> sy kommentaar op die provinsiale edik geskryf het die aksie reeds aan die koper van 'n erfenis beskikbaar was. Die *actio utilis* is eers later aan die koper van 'n vorderingsreg toegeken asook aan die persoon wat 'n vorderingsreg as *dos* of as legaat of as *datio in solutum* verkry het.<sup>13</sup>

Die rede waarom die sessionaris in *D* 3 3 33 5 moes verdedig, was om die debiteur te beskerm teen 'n latere eis van die prinsipaal wat nog steeds sy *actio directa* behou het. Aan die ander kant het die koper van 'n erfenis die *utilis actio* gebruik en die verkoper het geen aksie meer oorgehad om te gebruik nie.

<sup>8</sup>*Index Interpolationum* I 35.

<sup>9</sup>*Gai Inst* 2 252 en *Just Inst* 2 12 4.

<sup>10</sup>Faber se interpretasie soos uiteengesit in die verslag op 765. Die woorde *procuratorio nomine* is mi geïnterpoleer. *Index Interpolationum Suppl* I 39.

<sup>11</sup>Grosskopf 13.

<sup>12</sup>Die presiese datums is nie bekend nie maar ons weet dat hy in die tyd van Hadrianus (117–138 n C) en ook nog in die tyd van Marcus Aurelius (161–180 n C) geleef het.

<sup>13</sup>Grosskopf 14.



## (b) *Bona fide et non in fraudem*

Hier word mi twee afsonderlike vereistes gestel en albei moet teenwoordig wees. Alhoewel die regter die standpunt verwerp het dat die *in fraudem eorum* op iets meer as bloot prosessuele nadeel slaan, wil ek respekvol met hom verskil. Soos ar Jansen self aandui,<sup>14</sup> het die Romeine nie 'n eis in rekonvensie geken soos ons dit vandag ken nie, alhoewel hulle in 'n latere stadium wel teense onder sekere omstandighede toegelaat het. Die gebruik van die woord *invicem* kan hier miskien misleidend wees. Die betekenis van *in fraudem eorum qui invicem agere vellent* is mi dat die krediteure benadeel word deurdat hulle, weens die insolvensie van die verkoper van die erfenis (sedent), nie in staat is om verhaal teen die eiser te neem nie. Die woorde *in fraudem creditorum* word dan ook in hierdie betekenis in die *Corpus Iuris Civilis* gebruik.<sup>15</sup>

As die *in fraudem* bloot op *mala fide*- of bedrieglike handeling geslaan het, sou dit tog reeds deur die *bona fide*-vereiste uitgesluit gewees het. Watter ander ernstige nadeel behalwe die insolvensie van die sedent kon daar in die Romeinse reg vir die krediteur gewees het? Dit beteken mi dus dat albei hierdie vereistes teenwoordig moes wees. Waar die sedent dan *mala fide* was maar tog nie insolvent nie kon die krediteur steeds verhaal teen hom neem en hoef die sessionaris nie te verdedig nie. Aan die ander kant, waar die sessie volkome *bona fide* geskied het maar die sedent later insolvent raak sodat die eis van die debiteur nie bevredig kan word nie, dan hoef die sessionaris ook nie sy eis te verdedig nie want die sessie was nogtans *bona fide*.

## (c) *Defendere*

Alhoewel die regter dit nie nodig gevind het om te gaan kyk na wat "to defend" beteken nie (die saak handel oor 'n eksepsie) is dit tog interessant om die betekenis daarvan te ondersoek. Verder kan dit in ander gevalle wel nodig wees om uitsluitel hieroor te gee.

*D 33353 Ulpianus libro nono ad edictum. Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret, et cavere idonee: nec debet durior condicio procuratoris fieri quam est domini, praeter quam in satisdando. praeter satisdationem procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat unde quaesitum est apud Iulianum an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam stipulationem committi et Iulianus scribit libro tertio digestorum compellendum accipere iudicium: nisi et agendum causa cognita recusaverit vel ex iusta causa remotus fuerit defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiatur, cum quis damni infecti satis vel legatorum desideret.*

(Ulpianus in sy negende boek op die edik: Om te verdedig, beteken in der waarheid om dit te doen wat die prinsipaal in die geding sou gedoen het, en om voldoende sekuriteit te verskaf. En daar behoort nie 'n swaarder voorwaarde op die *procurator* te rus, as op die prinsipaal nie, behalwe in die verskaffing van sekuriteit. Afgesien van die verskaffing van sekuriteit word 'n *procurator* geag om dusdanig te verdedig indien hy die geding aanvaar. Dit is die rede waarom deur Julianus gevra is of dit inderdaad genoegsaam is dat 'n aksie op stipulasie gegrond ingestel word, wanneer geen verweer aangebied word nie. En Julianus skrywe in die derde boek

<sup>14</sup>763.

<sup>15</sup>*Gai Inst 1 37; Just Inst 1 6 pr. D 22 1 38 4; D 42 8; Col 7 75 Quae in fraudem creditorum Facta sunt ut restituantur. Heumann/Seckel Handlexikon 221.*

van die *Digesta* dat hy verplig moet word om die geding te aanvaar, tensy hy geueier het om die saak te voer om 'n erkende rede, of hom as gevolg van 'n goeie rede onttrek het. 'n *Procurator* word geag om te verdedig selfs as hy toelaat dat (die teëparty) besit verkry, wanneer laasgenoemde vrywaring verlang teen dreigende skade of vir (die betaling van) legate.)

As die sedent dus die eis in rekonvensie moes verdedig dan sou die sessionaris dit ook moes doen. Verder word van die sessionaris (*procurator*) vereis dat hy sekerheid moet stel dat die prinsipaal nie weer sy eis sou instel nie sowel as dat die veroordeling nagekom sal word. (*Satisfatio indicatum solvi.*) As ons dus wel 3 3 34 op die feite van die *LTA*-saak wou toepas, sou dit kon beteken dat Seacat sekerheid moes stel vir die nakoming van *LTA* se eis teen Stonestreet – natuurlik net tot die bedrag van die gesedeerde vordering.

Opsommenderwys kan gesê word dat die Romeine 'n oordrag van *aksies* gehad het. Die *actio directa* bly nog by die sedent maar ook die sessionaris kan dit in naam van die prinsipaal instel of die *actio utilis* in sy eie naam.<sup>16</sup>

Die notariële praktyk in Italië van die 12e tot die 15e eeu het egter hiervan afgewyk en deels Romeinse reg toegepas – so het hulle byvoorbeeld by 'n sessie van die verpligte medewerking van die skuldenaar afgesien – en deels, in teenstelling met die Romeinse reg, die inheemse opvatting toegepas dat sessie die oordrag van 'n vorderingsreg is. So verklaar Grosskopf: “Volgens hierdie praktiese rigting het die sessie op 'n vorderingsoordrag (regsopvolging) neergekom. Ondanks die sterk teenkating van baie Romaniste en selfs in die praktyk, het hierdie praktiese sessierigting steeds veld gewen, ook in Frankryk en later in die Nederlande.”<sup>17</sup>

Voordat daar oorgegaan word na 'n bespreking van die Romeins-Hollandse reg verwys die regter kortliks na die Glossatore Baldus de Ubaldis (1327–1400), Donellus (1527–1591) en Faber (1557–1624).<sup>18</sup> Die Romaniste van die 11e tot die 15e eeu het trou aan hulle aard die hele sessieprobleem tot in die fynste besonderheid uitgepluis.<sup>19</sup>

As mens na Accursius se kommentaar<sup>20</sup> op *D* 3 3 34 kyk, blyk dit dat hy die *in fraudem* van nader bespreek:

“*Et non in fraudem. Sed qualiter fit fraus ista? Respon aliquis est creditor meus, et debitor cuiusdam hereditatis quae ad me pertinere coepit: scio quod non conveniet me de proprio debito, nisi eum conveniam de hereditario unde alii hereditatem vendo: certe emptor, idemque procurator in rem suam tenetur me defendere: quia in fraudem fuerit facta cessio. Sed hoc videtur falsum: quia non debet nocere dolus actoris ei qui causam lucrativam non habet . . . Sed dic, quod ipse participavit: unde magis suus dolus dicitur ei nocere. Collige ergo procuratorem debere defendere, in tribus casibus: ubi est procurator simplex, non in rem suam. 2. Item ubi est in rem suam ex causa lucrativa . . . 3. Item ubi est ex causa non lucrativa: Sed in fraudem creditorum: ut hic . . . 4. In quarto vero non: id est ubi ex causa lucrativa, et non in fraudem creditorum.”*

<sup>16</sup>Grosskopf 17.

<sup>17</sup>*Loc cit* 42.

<sup>18</sup>764.

<sup>19</sup>Wessels JW *History of the Roman-Dutch Law* (Grahamstown 1908) 112 e v; Grosskopf 75.

<sup>20</sup>Accursius *Corpus Iuris Civilis Iustiniani Cum Commentariis Accursii, Scholiis Contii, et Gothofredi Lucrationibus ad Accursium. Studio et opera Ioannis Febi* ed 1627 Otto Zeller Osnabrück 1965. *Tomus Primus* 36.

(Maar hoedanig word daardie bedrog gepleeg? Die antwoord is dat iemand my krediteur is en debiteur van 'n erfenis wat my toekom: ek weet dat hy my nie sal aanspreek vir my skuld nie, behalwe as ek hom sal aanspreek op grond van die erfenisskuld, om daardie rede verkoop ek die erfenis: sekerlik word die koper, daardie selfde *procurator in rem suam*, gebonde gehou om my te verdedig: omdat die sessie gemaak was met die doel om te bedrieg. Maar dit is onwaar: omdat die bedrog van die eiser hom nie behoort te benadeel wat nie *ex causa lucrativa* besit nie . . . Maar stel dit so, omdat hyself deel gehad het, daarom word gesê dat sy bedrog eerder vir hom nadeel berokken het. Saam geles dus behoort die *procurator* in drie gevalle te verdedig: wanneer hy *procurator simplex* is, nie *in rem suam* nie. 2 Eweeens wanneer hy *in rem suam* optree kragtens 'n *causa lucrativa* . . . 3 Eweeens wanneer daar nie 'n *causa lucrativa* is nie maar dit is ter ontduiking van sy krediteure: soos hier. 4 In die vierde geval inderdaad nie: dit is wanneer dit *ex causa lucrativa*, en ook nie *in fraudem creditorum* is nie.)

Hierdie gedeelte dui mi weer eens duidelik op die bedoeling van die teks. Dit gaan hier nie soseer om die bedrog (*dolus*) nie maar om die benadeling of ontduiking van die krediteure in die sin dat die verkoper van die erfenis (debiteur) insolvent is. Die gedeelte waar hy sê hy weet dat die krediteur nie die eis teen hom sal instel nie behalwe as hy sy eis instel, dui veral daarop. Die krediteur stel waarskynlik nie sy eis in nie omdat hy weet dat die debiteur nie sal kan voldoen nie maar as die debiteur eerste sy eis op grond van die erfenis instel, dan werp hy net sy teeneis op en skuldvergeelyking vind plaas waarna die krediteur nog steeds sy eis vir die res van die bedrag behou. Albei vereistes word hier nog behou maar die *in fraudem*-vereiste word uitvoerig bespreek. Dit is ook belangrik dat Accursius hier verwys na *in fraudem creditorum*. Hy stel verder die vraag of *compensatio* teen die sessionaris kan plaasvind maar bly ons 'n antwoord hierop verskuldig. Dit lyk asof daar verskil van mening was maar dat sommige glossatore tog gemeen het dat die "verweer" van rekonvensie en *compensatio* nie teen die sessionaris gebruik kon word nie.<sup>21</sup>

Ar Jansen verwys na Baldus de Ubaldis.<sup>22</sup> Baldus verwys na die glos van Accursius en verduidelik dan hoe die bedrog bewys moet word. Hy beweer dat dit deur afleidings (*per conjecturas*) kan plaasvind, bv uit woorde, handeling ens. Hy noem dan ook die geval dat die bedrog afgelei kon word uit die onvermoë van die debiteur om te betaal en 'n verdere geval wat wel prosesregtelik van aard is. Dit dui egter op 'n algehele ontduiking van die eis van die krediteur, en nie slegs daarop dat sy eis in rekonvensie hom ontnem word nie.

Die feit dat Accursius en ook die latere kommentatore die verdere vereistes begin noem van verkryging *ex causa lucrativa* dui miskien ook daarop dat hulle die insolvensie van die debiteur in gedagte gehad het.

Wat die *defendere* betref, word aan ons nie veel meer vertel nie behalwe dat sekerheid gestel moet word soos hierbo verduidelik.

Die Romaniste se sessieleer het twee kante vertoon. Hulle het die *actio directa* en die *actio utilis* nog behou alhoewel die prosesregtelike betekenis wat dit aanvanklik in die Romeinse reg gehad het, verval het. Die sessie

<sup>21</sup>Accursius *ad D34 in fin* 332.

<sup>22</sup>769.



het dus volgens hulle nog steeds nie die oordrag van die *actio directa* tot gevolg gehad nie – dié was by die sedent geleë.<sup>22a</sup>

Vir 'n oorsig van die Oud-Nederlandse reg vanaf die einde van die 15e eeu tot 1806 kan die proefskrif van Grosskopf<sup>23</sup> geraadpleeg word. Hy onderskei tussen veral twee rigtings, naamlik die Romeinsregtelike en die praktiese rigting. Veral Huber en Van de Sande is sterk deur die Romeinse reg beïnvloed.<sup>24</sup> Huber is mi tog die onderhawige probleem veral deur Sande beïnvloed en verdien eintlik nie veel bespreking nie. 'n *Cessio actionum*<sup>25</sup> kan op twee maniere geskied, naamlik deur *mandatum in rem suam* of ingevolge wilsooreenstemming tussen sessionaris en sedent. Lg is dan eintlik vir ons van belang. Die sessionaris verkry 'n *actio utilis* op grond van wilsooreenstemming wat op 'n *iusta causa* gebaseer is. Wat Sande onder dié *iusta causa* verstaan, verduidelik hy in 2 2 *in fine*:

*Hanc autem causam licitam et honestam esse oportet, juxta L. qui stipendia 9 C de procurat. in his verbis: honesta et verecundi a precedente causa mandatus sibi actiones exercuerit. Illicita enim ad transferendam actionem inepta est; puta, quae fit vexandi debitoris vel rei causa, de qua agitur in tit C. Ne liceat potentioribus Et nos suo loco plura dicemus.*

(Dit is noodsaaklik dat hierdie oorsaak egter wettig en eerlik is, ooreenkomstig C 2139 (wat) in hierdie woorde (uitgedruk word): Hy het die aksies uitgeoefen wat op grond van 'n eerlike en waardige voorafgaande oorsaak aan hom oorgedra is. 'n Onwettige oorsaak is egter ongeskik vir die oordrag van 'n aksie, soos by waar dit geskied met die doel om die debiteur in die verleentheid te stel of sy saak (te benadeel), ('n aangeleentheid) waaroor daar gehandel word in tit C (waar daar staan dat) dit nie geoorloof is om dit aan magtiger persone (oor te dra nie), en ons sal te geleger tyd meer daaroor sê.)

Sande bespreek dan in 2 3 wat hy as 'n geskikte *causa* beskou, naamlik dieselfde tipes *causae* as wat by liggaamlike sake vir oordrag geskik is soos koop, die gee van 'n bruidskat, *datio in solutum* en skenking. Sande verduidelik in die eerste hoofstuk wat onder *cessio actionis* verstaan word en hy sê dat dit niks anders is nie as dat aksies aan 'n ander oorgedra, gepresteer of beskikbaar gestel word of soos hulle dit noem, sessie is "transport".

Ten opsigte van die aard van die aksies wat oorgedra word, skryf Sande dat die aksie wat sonder 'n *mandatum* oorgedra word die *actio utilis* is, maw wanneer die sessie deur die blote wil van die partye en die *iusta causa* plaasvind.

In hoofstuk 9 tref ons 'n eienaardige teks aan wat na D 3 3 29 terug te voer is:

*(Ulpianus) Idem libro nono ad edictum. Si actor malit dominum potius convenire quam eum qui in rem suam procurator est, dicendum ei licere.*

(As die eiser verkies om eerder die prinsipaal aan te spreek as die *procurator in rem suam*, moet daar gesê word dat dit hom geoorloof is.) Sande bepaal nou in 9 6 na aanleiding van wat Bartolus en Robertus Marantae hieroor gesê het dat: *Quod si tamen dolose cessio sit facta, vel cessionaris fit rixosus et cavillationum architectus, quibusdam placet, adversarium seu debitorem recusare posse cum eo contendere, et postulare ut cedens per se vel per alium magis probum virum litem persequatur.*

<sup>22a</sup>Grosskopf 76.

<sup>23</sup>98.

<sup>24</sup>*Loc cit* 104.

<sup>25</sup>Vir Sande bly dit nog steeds 'n oordrag van aksies soos dit in die Romeinse reg was.



(Maar as die sessie egter op 'n bedrieglike wyse gemaak is, of die sessionaris is 'n korrelkop en 'n haarklower is dit vir sommige (regsgeleerdes) aanvaarbaar dat die teëparty ofte wel skuldenaar kan weier om met hom te litigeer, en dat hy kan verg dat die sedent persoonlik of deur 'n ander fatsoenliker man die aksie instel.)

Die vraag kom na vore of die appellante in die *LTA*-saak nie eerder op hierdie teks moes gesteun het nie. Dit sou baie probleme uitgeskakel het en dit steun hulle pleit net so goed.

Ons kan nou terugkom na die eintlike gesag wat appellante aanhaal:

Sande 10 2 *Quando cessionarius utilibus actionibus experitur, non agit ex persona domini ut procurator, sed propriis actionibus suo nomine ut legatarius, vel donatarius, vel emptor; ideoque non cogitur dominum defendere; nisi facta fuerit cessio in fraudem eorum, qui invicem agere vellent (D 3 3 34) hoc est, nisi in hunc finem quis cesserit actione,<sup>26</sup> ne debitor, contra quem creditur<sup>27</sup> actio, mutuum petitionem haberet.<sup>28</sup>*

(Wanneer 'n sessionaris die *utiles actiones* aanwend, stel hy nie die aksie in namens 'n prinsipaal, soos 'n *procurator*, nie, maar hy ageer in eie naam, soos 'n legataris, of 'n persoon wat 'n skenking ontvang het, of 'n koper. Om daardie rede word hy nie verplig om die prinsipaal te verdedig nie. Tensy die sessie gemaak is tot die nadeel van hulle wat op hulle beurt 'n aksie (teen die sedent) wil instel. Dit is, tensy iemand die aksie sedeer het met die doel dat die skuldenaar teen wie die aksie sedeer word, nie 'n teeneis mag hê nie.)

Sande steun dus die standpunt dat die rede waarom die sessionaris nie hoef te verdedig nie, daarin te vinde is dat dit die *actio utilis* is wat ingestel word in teenstelling met die *actio directa* waar die *procurator* wel moet verdedig.<sup>29</sup> Aangesien Sande *D 3 3 34* as korrek aanvaar (naamlik dat dit in die naam van die *procurator* geskied), het hy probleme om later in 10 9 te verklaar waarom die koper van die erfenis nie hoef te verdedig nie.

Sande noem in 10 2 slegs die vereiste dat die sessie *non in fraudem* moes plaasgevind het en nie ook die vereiste van *bona fide* nie. Hy omskryf uitdruklik dat die *in fraudem* op die ontneming van die eis in rekonvensie slaan.

In 10 9 noem Sande weer albei vereistes naamlik *bona fide et non in fraudem* maar dan blyk dit tog weer dat hy dit ook verstaan in die sin van 'n benadeling van die krediteure deurdat nie aan hulle eise voldoen sal word nie vanweë insolvensie of die afwesigheid van die debiteur.

Sande 10 9 *in fin Sed haec ita sibi placere, inquit Gajus, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem vellent, inter emptorem et venditorem haereditatis, negotium gestum sit. Nam si eo forte consilio haereditatis vendita sit Titio fraudis conscio, ut debitores haereditarii, iidemque cedentis creditores utrinque eluderentur, id est, neque ab emptore conventi per mutuum petitionem aliquid exigere possent, eo quod emptor non cogatur dominum defendere, neque a venditore, forte absente vel non solvendo existente, quidquam consequi; hoc sane casu ne alteri per alterum injuria inferatur, aequum est, ut emptor venditorem defendere et mutuas petitiones creditorum suscipere cogatur.*

(Maar hierdie reëls is sodanig van toepassing, sê Gaius, indien die transaksie tussen die koper en die verkoper van die erfenis te goeder trou en nie tot nadeel van hulle wat op hulle beurt 'n teeneis wil instel nie, geskied het. Want indien die verkoop

<sup>26</sup>“actionem”.

<sup>27</sup>“creditor”.

<sup>28</sup>“haberet”.

<sup>29</sup>Sande 10 3.

van die erfenis miskien plaasgevind het aan Titius, wat bewus was van die bedrog, met die besondere oogmerk dat die skuldenaars van die erfenis, insgelyks as skuld-eisers van die sedent in twee opsigte in die wile gery word: nl dat hulle nòg, nadat 'n eis deur die koper teen hulle ingestel is, met 'n teeneis iets kan verhaal, omrede die koper nie verplig word om die prinsipaal te verdedig nie, nòg van die verkoper, wat miskien afwesig of insolvent is, iets kan verhaal: Om te verhoed dat daar deur hierdie omstandighede vir die een deur die toedoen van die ander 'n onreg aangedoen word, is dit billik dat die koper verplig moet word om die verkoper te verdedig en die teeneise van die krediteure op hom te neem.)

Soos reeds hierbo aangetoon, is Huber ook 'n Friese juris wat sterk deur die Romeinse reg beïnvloed is. Huber herhaal dan inderdaad net wat Sande sê en verwys na hom as gesag.<sup>30</sup>

Voordat ons oorgaan na 'n bespreking van die relevante teks van Voet is dit belangrik om te let op die verskil waarop Grosskopf<sup>31</sup> wys. Waar Sande en Huber die Romeinsregtelike rigting aanhang wat sessie sien as 'n oordrag van aksies, is Voet 'n aanhanger van die praktiese rigting wat sessie sien as die oordrag van 'n vorderingsreg. Verder moet ook in gedagte gehou word dat Voet 'n kommentaar skryf op die *Digesta* en daarom ook in 'n groot mate deur die Romeinse reg beïnvloed is. Hy dui gewoonlik darem aan wanneer hy hiervan afwyk en *nostris moribus* skryf.

Voet 5 1 84 word as gesag aangegee.<sup>32</sup> Hy maak die onderskeid dat die *procurator* wat die *actio directa* instel, moet verdedig terwyl die sessionaris wat die *actio utilis* instel nie hoef te verdedig nie. Uit die woorde wat gebruik word, is dit duidelik dat hy suiwer die Romeinse reg oorskryf. Dit is verder duidelik dat hy die mening huldig dat die koper van die erfenis in *D 3 3 34* die *actio utilis* instel.<sup>33</sup>

Dit is volgens die advokate van die appellante die gerag wat hulle saak steun. Hier kan ons daarop wys dat daar ook ander gesag is wat hulle saak net so goed, indien nie beter nie, sou steun, maar dan sou hul pleitstukke moontlik ook anders daar moes uitsien. Ons kan kortliks daarna kyk. Verder in Voet 5 1 84 lees ons

*aut quid obsecro interest, utrum quis ex capite cedentis patiatuor reconventionem, an ex ejusdem cedentis persona doli exceptione opposita repulsam ferat; et tamen indubium est, eum quidem, qui ex lucrativa causa, non item eum, qui ex onerosa procurator in rem suam factus est, exceptione doli per cedentem commissi repelli posse.*

(Of wat maak dit saak, vra ek, of iemand uit hoofde van die sedent 'n rekonvensie verduur, of dat hy uitgegooi is deur die *exceptio doli* wat opgewerp is vanweë die persoon van die sedent self. Maar dit is sonder twyfel, dat hy wat *ex causa lucrativa*, nie soseer hy wat *ex onerosa, procurator in rem suam* gemaak is, afgeweer kan word met die *exceptio* vanweë die bedrog deur die sedent gepleeg.)

Ongelukkig behou Voet hier nog die onderskeid tussen die sessionaris *ex causa lucrativa* en *onerosa* maar hy gee tog die oplossing dat die sessionaris

<sup>30</sup>Huber 3 13 36 op 765 van die verslag.

<sup>31</sup>Grosskopf 104; Scholtens 499 wys op die gevaar van 'n oorbeklemtoning van hierdie verskil.

<sup>32</sup>765.

<sup>33</sup>*Sciendum enim, eos, quibus nomen aut venditum aut donatum aut legatum est, non modo procuratorio nomine directas actiones, ex cessione sibi quaesitas, in iudicium deducere, sed et utiles velut sibi proprias suo nomine posse intentare, . . .*

se eis met die *exceptio doli* afgeweer kan word. Die vraag ontstaan natuurlik hier waarom dieselfde oplossing nie geld wanneer die sessionaris *ex causa onerosa* verkry het nie. Dui dit miskien weer daarop dat daar teenwaarde gegee is en die sedent daarom in staat is om self die eis na te kom? Dit lyk of Voet *defendere* so verstaan dat die sessionaris die rekonvensie moet verduur in die sin dat sy eis met die teeneis in verrekening gebring word.

Dit sou dus moontlik en miskien wenslik gewees het dat die appellante hier van die *exceptio doli* gebruik gemaak het en dan sou hulle op hierdie gesag kon steun.

'n Verdere teks wat in hierdie verband interessant is, is Voet 18 4 6

*... licet emtor invitus compelli nequeat a venditore, ut excipiat, aut in se transferat, actionem venditori motam aut movendam . . . nec a creditoribus hereditariis recta via invitus conveniri. Christineus ad Mechlin tit 16. art. 37 num 14, Sande decs Frisic libr 3 tit 4 defin 3 quod tamen postremum nostris moribus mutatum esse, et creditoribus in emtorem actiones oportere dari, maxime si venditor solvendo non fit, censet Christineus . . . Groenewegen.*

(Die koper kan egter nie deur die verkoper gedwing word om teen sy sin 'n aksie op hom te neem, of aan homself oor te dra nie, wat teen die verkoper ingestel is of op die punt is om ingestel te word nie . . . en ook kan hy nie teen sy sin direk deur die krediteure van die erfenis aangespreek word nie . . ., Christineus en Groenewegen is van mening dat hierdie posisie eindelik verander is ooreenkomstig ons gewoontes en dat aksies teen die koper aan die krediteure toegestaan behoort te word, veral as die verkoper insolvent is.)

Voet skryf hier oor die verkoop van 'n erfenis en die posisie van die koper (sessionaris) in so 'n geval. Hieruit blyk dit dat die koper volgens die gewoontes van daardie tyd die eise op hom moet neem veral as die verkoper insolvent is. Dit dui moontlik ook daarop dat Voet die *in fraudem* van D 3 3 34 hier verstaan as sou dit na die insolvensie van die debiteur verwys.

Hiermee is die gesag van die ou skrywers afgehandel. Die probleme wat na vore kom wanneer in die ou bronne gedelf word, is menigvuldig en dit is met die grootste eerbied waarmee die uitsprake van ons howe geles moet word.

## II DIE GRONDSLAG VAN DIE BESKERMING WAT DIE DEBITEUR HIER TE BEURT VAL

Die grondslag van hierdie beskerming is nie in die stelling geleë dat die debiteur nie in 'n slegter posisie deur die sessie geplaas moet word as dié waarin hy voor die sessie verkeer het nie. Die redes hiervoor is kortliks die volgende:

(a) Dit sou dan nie alleen op 'n *mala fide*-sessie nie maar ook op 'n *bona fide*-sessie van toepassing gewees het.

(b) Hierdie beperking is afkomstig uit die kommentaar van Gaius op die provinsiale edik wat van 'n veel vroeër datum<sup>34</sup> afkomstig is as die latere

<sup>34</sup>Ongeveer die middel van die 2e eeu n.C.

beperkings uit die keisertyd toe daar veral in die provinsies van sessie misbruik gemaak is.<sup>35</sup>

Dit was in elk geval wat die Romeinse reg betref nie 'n algemene reël nie:

“Natuurlik kan de eene schuldeischer moeilijker zijn dan de andere, meer geneigd tot dwangmaatregelen, minder aangenaam als wederpartij in de rechtsbetrekking en kan dus de overdracht de feitelijke positie van den schuldenaar verzwaren, maar zijn juridische situatie blijft toch dezelfde en al zou hij zich wellicht jegens den nieuwen schuldeischer niet verbonden hebben, hij heeft zich niet ernstig te beklagen.”<sup>36</sup>

Die Romeins-Hollandse skrywers het 'n meer tegemoetkomende houding ingeneem. Sande 2 2 beskou 'n sessie met die bedoeling om die debiteur te benadeel as 'n sessie sonder 'n *iusta causa*, dws 'n *causa* wat ongeskik is vir die oordrag van die aksie. Hy verwys dan na die verbod op die oordrag aan 'n magtiger persoon. Verder lyk dit in 10 9 (*supra*) of hy die reëling op die billikheid wil baseer.

Wat die grondslag van hierdie beskerming in ons reg is, is moeilik om uit te maak. Dit mag moontlik billikheid wees maar billikheid kan nie in alle gevalle as maatstaf gebruik word nie, elke geval moet volgens meriete beoordeel word. Die *mala fides* het hier die effek dat dit nie as billik beskou word dat die debiteur so 'n prosessuele nadeel moet ly nie.<sup>37</sup>

### III DIE EFFEK VAN MALA FIDES OP DIE GELDIGHEID VAN DIE SESSIE

Alhoewel hierdie aangeleentheid heeltemal buite die uitspraak van ar Jansen val, is dit miskien die belangrikste vraag wat by 'n mens opduik.

Daar moet 'n onderskeid tussen die verskillende aspekte van sessie getref word, naamlik dat sessie 'n oordragshandeling is en tweedens dat die oordrag deur ooreenkoms plaasvind.<sup>38</sup> Daar moet verder onderskei word tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms wat die sessie voorafgaan en die sessie-ooreenkoms. Hierdie sessie-ooreenkoms moet aan al die vereistes vir 'n saaklike ooreenkoms voldoen.<sup>39</sup> Een van die vereistes is geoorlooftheid. Die ooreenkoms moet nie in stryd met die reg of goeie sedes wees nie. 'n *Mala fide*-sessie sou dus ongeoorloof wees en *inter partes* geld die reëls *ex turpi causa non oritur actio* en *in pari delicto potior est conditio possidentis*. Die vraag ontstaan nou of hierdie sessie as geldig teenoor derdes beskou word al dan nie.

<sup>35</sup>Voorbeelde hiervan is die verbod op die verkoping aan 'n magtiger persoon C 2 13 2 (422 nC), die verbod op die oordrag van vordering waaroor 'n proses hangende is C 8 36 3 (380 nC) en C 8 36 5 (532 nC) en die *lex Anastasiana* – C 4 35 22 (Anastasius 506 nC) – wat gemik was teen die verkoop van twyfelagtige vorderingsregte ens.

<sup>36</sup>Van Oven JC *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 3e druk (Leiden 1948) 413.

<sup>37</sup>Ar Jansen 770 “Although it is true that juristic acts (particularly agreements) are not ordinarily governed by the motive of the parties, there are many spheres where the presence of *mala fides* may affect the lawfulness or legal effect of what is done.”

<sup>38</sup>Nienaber PM “The Inactive Cessionary” 1964 *AJ* 99 102.

<sup>39</sup>*Loc cit* 104.



In *National Bank v Marks and Aaronson (supra)* vind ons die volgende *dictum* van r Gregorowski: “*Prima facie* the cessions were good, though subsequent insolvency might have an effect on their validity . . .” en verder “[t]he presumption is always in favour of the transferee that the transferor can pay his debts, and a cession is valid though it may afterwards appear that such a cession operates inequitably as in the present case.”<sup>40</sup> R Stratford maak dan die uitlating: “There is no doubt that the result of the cessions was to deprive the bank of their right of set-off; that also was the undisguised intention of both cedents and cessionaries. *I would welcome authority to condemn cessions of this kind.*”<sup>41</sup> (Ek kursiveer.)

Die advokate van die appellante in die *LTA*-saak het die gesag gaan opspoor maar die vraag bly nog steeds of sodanige sessies ongeldig is en of die *mala fides* slegs die posisie van die sessionaris affekteer.

Alhoewel die volgende uitlating van ar Jansen miskien volkome *obiter* is, skep dit tog ’n eienaardige situasie:

“A stay of the respondent’s action would enable the appellant to assert his *contra*-claim against Stonestreet and Hansen (the cedent) as if the fraudulent cession had not taken place, and if damages were to be awarded to the appellant, he would as a result either be in funds to meet the respondent’s claim or, by reason of the degree of identification of the cessionary with the cedent, *compensatio* would take effect between such judgment and any judgment the respondent might thereafter obtain on its action.”<sup>42</sup>

As die regter bedoel dat die appellante die respondente kan betaal of dat *compensatio* tussen die eis van respondente en die teeneis van appellante kan plaasvind, beteken dit dat die sessie teenoor derdes as geldig beskou word en dat die vorderingsreg oorgegaan het.

Dit wil dus voorkom asof die ongeoorlooftheid van die ooreenkoms die effek het dat dit *inter partes* ongeldig is maar geldig teenoor derdes is en dat die reg nogtans oorgegaan het. Die *mala fides* affekteer dus nie die geldigheid van die sessie teenoor derdes nie maar beïnvloed slegs die posisie van die sessionaris.

Waar beide sedent en sessionaris *mala fide* was, vind hierdie beslissing toepassing.<sup>43</sup> Waar slegs die sedent *mala fide* was maar die sessionaris volkome *bona fide*, vind die beslissing nie toepassing nie, alhoewel daar dan moontlik ’n beroep op Voet 5 1 84 gemaak kan word en die eis van die sessionaris met die *exceptio doli* afgeweer kan word.<sup>44</sup>

Saam met Cacheranus<sup>45</sup> kan ons uitroep:

*Videtur igitur, doctissimi Lectores, varias Doctorum opiniones, et doctrinas, a quibus facile se extricare non est, nisi elevemus oculos ad Christum Iesum, Dei veritatem et sapientiam.*



<sup>0</sup>71.

<sup>41</sup>75.

<sup>42</sup>772E.

<sup>43</sup>772.

<sup>44</sup>*supra*.

<sup>45</sup>Grosskopf 75.

# Transformation of treaties

AJGM Sanders

*Victoria University of Wellington*

Often the purpose of a treaty can be achieved only if its provisions have municipal application. But there exists no rule of general international law under which treaty rules are *internally* binding, i.e. within the treaty states. Municipal arrangements short of automatic domestic application of treaty rules are therefore permitted. They must, however, constitute an appropriate means to realize a state's international legal duty to fulfil its treaty obligations – a duty which implies that a state must change its laws whenever this is necessary to meet its treaty commitments.<sup>1</sup>

Under South African law treaties are not directly operative in the municipal sphere. Transformation, i.e. *a formal process of specific introduction*, is required to give treaties domestic effect. Transformation is effected by legislative intervention. The transformation requirement and the way in which the transformation is performed are conditioned by a balance of power between the executive and the legislature taken over from English law: it is the executive's function to make treaties; but the executive may not legislate by treaty for the sovereign law-giver is parliament which, in turn, does not take part in the treaty-making process.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>See the *Finnish Ships Arbitration* case UN Reports of International Arbitral Awards vol 3 1484: "As to the manner in which its municipal law is framed, the State has under international law a complete liberty of action, and its municipal law is a domestic matter in which no other State is entitled to concern itself, provided that the municipal law is such as to give effect to all the international obligations of the State." Compare also *The Wimbledon* (1923) PCIJ Ser A no 1 30; *Exchange of Greek and Turkish Populations* (1925) PCIJ Ser B no 10 20; *Jurisdiction of the Courts of Danzig* (1928) PCIJ Ser B no 15 26; *Greco-Bulgarian Communities* (1930) PCIJ Ser B no 17 32; *Treatment of Polish Nationals in Danzig* (1932) PCIJ Ser A/B no 44 24; *The Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (1932) PCIJ Ser A/B no 46 167.

<sup>2</sup>This balance of power resulted from the constitutional struggle in England concerning the prerogative in the 17th century. Compare SA de Smith *Constitutional and Administrative Law* (1971) 73–74 117–120; RFV Heuston *Essays in Constitutional Law* (2nd ed 1964) 59–64; DL Keir and FH Lawson *Cases in Constitutional Law* (5th ed 1967) 73–99; W Harrison Moore *Act of State in English Law* (1906) 5–31; ECS Wade and GG Phillips *Constitutional Law* (8th ed 1970) 181–184.

The leading English case in respect of the transformation requirement is *The Parliament Belge* (1879) 4 PD 129 at 154–155. Compare also Keir and Lawson *op cit* 160–161; Lord McNair *The Law of Treaties* (1961) 83–94; Moore *op cit* 84–92; DP O'Connell *International Law* (2nd ed 1970) 216–217; Wade and Phillips *op cit* 278.

Since the establishment of South Africa as a unitary state the bulk of the country's constitutional arrangements, including those under discussion, have been based on the English model. The transition to a republic in 1961 was performed without materially changing the constitutional structure, and did in no real way constitute a break with

## I THE TREATY-MAKING FUNCTION

In terms of the Republic of South Africa Constitution Act 1961 treaties are concluded and ratified by the State President acting on the advice of his executive council.<sup>3</sup>

The practice is to delegate this power.<sup>4</sup>

Nothing, of course, prevents parliament from limiting or even abolishing the executive's treaty-making power.<sup>5</sup> But whenever parliament intends to curb the executive's power, it should express itself clearly in order to prevent the executive from committing the state.<sup>6</sup>

## II PARLIAMENT'S ROLE IN TREATY IMPLEMENTATION: THE TRANSFORMATION RULE

Parliament plays a crucial role in respect of all those treaties which require internal application, for treaties of this kind will neither affect the powers, rights and duties of the state's subjects (including its officials), nor in any other way change the law of the land unless they have been "transformed" into municipal law by act of parliament.

Following the establishment of South Africa as a unitary state there has been a flood of enabling legislation which leaves no doubt that the so-called transformation rule forms part of South African law. South Africa's highest court of appeal accordingly declared that "[i]t is common cause, and trite

---

the past. Compare HR Hahlo and Ellison Kahn *The Union of South Africa: the Development of its Laws and Constitution* (1960) 146 171; Ellison Kahn *The New Constitution* (1962) 7 27-30. One of the changes, though, was that the executive's prerogative power to enter into and ratify treaties was put into statutory form; see s 7(3)(g) of the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961.

<sup>3</sup>S 7(3)(g) read together with s 16(2) of Act 32 of 1961.

Under the English common law there probably is an exception to the Crown's omnipotence in the treaty-making process, in the sense that parliamentary approval is required in respect of treaties including the cession of territory. Compare Lord McNair *op cit* 94-97; Kaye Holloway *Modern Trends in Treaty Law* (1967) 192; Wade and Phillips *op cit* 277. Support for this view has also come from Canadian, Australian and New Zealand authorities: compare KJ Keith "New Zealand Treaty Practice: The Executive and the Legislature" (1964) 1 *New Zealand Universities Law Review* 272 at 278. S 7(3)(g) of the South Africa Constitution Act, however, is in the form of an unqualified statement. In the light of the present South African government's Bantustan policy, the South African law with regard to cession of territory would seem to require detailed study.

<sup>4</sup>See CJR Dugard "The Treaty-making Process" (1968) 85 *SALJ* 1-4.

<sup>5</sup>Compare, for example, s 2(1) of the Extradition Act 67 of 1962, which stipulates that the State President may conclude an extradition agreement with any foreign state on such conditions as he may deem fit but subject to the provisions of the Act.

<sup>6</sup>Compare the authoritative codification by a 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 of the rule of customary international law that a state may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding the competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. According to the same article a violation is manifest if it would be objectively evident to any state conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith. Compare O'Connell *op cit* 217.

law . . . that in this country the conclusion of a treaty, convention or agreement by the South African Government with any other Government is an executive and not a legislative act. As a general rule, the provisions of an international instrument so concluded, are not embodied in our municipal law except by legislative process . . . In the absence of any enactment giving [its] relevant provisions the force of law, they cannot affect the rights of the subject."<sup>7</sup>

Note the qualification which is implied by the words "as a general rule". This qualification corresponds with the position under English law which does not hold the transformation requirement to be absolute and dispenses with it in respect of treaties which purport to fix the boundaries of executive action in the sphere of foreign affairs.<sup>8</sup>

Transformation must take the form of a clear and mandatory expression of will on the part of the legislature; a "mere vague allusion" to a treaty, or permissible legislation will not convert its provisions into rules of municipal law.<sup>9</sup>

Further note that not all enabling legislation amounts to transformation. Nothing prevents parliament from passing enabling legislation with a view to treaty rules not yet binding. Provided enabling legislation of this kind is operative when the treaty concerned becomes binding upon South Africa it will not then constitute transformation. In these cases the internal application of the treaty concerned will be as direct as it would have been under a constitutional system which provides for automatic domestic application of treaty rules. An interesting example is to be found in section 7 of the Territorial Waters Act 87 of 1963 which anticipates future treaty rules in respect of the continental shelf.

<sup>7</sup>*Pan-American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Ltd* 1965 3 SA 150(A) at 161 per Steyn CJ. Express judicial pronouncements by South African courts in confirmation of the transformation rule are rare. During the fifty years preceeding the establishment of the republic there appears to have been only one reported case which expressly referred to the rule: *L and H Policansky v Minister of Agriculture* 1946 CPD 860 at 865, where the court assumed that the rule was valid. Following the *Pan-Am* case the transformation rule has been re-affirmed in *S v Tuhadeleni* 1967 4 SA 511 (T) 520; 1969 1 SA 153 (A) 173. But compare *Moore op cit* 86, where he remarks that "apart from statutory authority, many treaties do profoundly affect legal rights. Of these, treaties of peace and treaties for the cession of territory are an example. But the changes in right and duty which follow these treaties are less the creation of the treaties themselves, than the consequence of the condition of things which is called into existence. These treaties are transitory, and in a sense self-executing; and the new legal relations arise from the fact that peace and war, nationality and sovereignty, are fundamental conditions of legal right and duty." This situation is partly remedied by the alleged common law rule, referred to earlier, that parliamentary approval is required for the conclusion of treaties involving cession of territory.

<sup>8</sup>DP O'Connell *International Law* (2nd ed 1970) vol 1 59; Lord McNair *op cit* 89-93 points out that treaties which mitigate the executive's belligerent powers do not require transformation for their municipal effectiveness, and that the same holds probably true for treaties relating to diplomatic or consular immunities. Compare also GN Barrie "Die Betekenis van die Internasionale Lugvaartreg vir Suid-Afrika", RAU Publ Series A 57 1973 9.

<sup>9</sup>*Republic of Italy v Hambros Bank Ltd and Gregory* 1950 Ch 314 327-328; Compare also *S v Tuhadeleni* 1969 1 SA 153 (A) 175-176.



## Types of enabling legislation

Enabling legislation can take a variety of forms depending on (1) the time of enactment, (2) the way in which it is linked with the international instrument concerned, and (3) its immediate source.

(1) Depending on the time of enactment, enabling legislation implements or anticipates binding treaty rules.

Enabling legislation is anticipating when, for example, it enacts rules of a multilateral treaty to which South Africa is not yet a party and/or which has not yet entered into force. As section 7 of the Territorial Waters Act 1963 shows, enabling legislation may even anticipate treaties yet to be drafted.<sup>10</sup>

As time goes on enabling legislation which was once anticipating may become implementing, but some enabling legislation is drafted in such a manner that it retains an anticipating element.<sup>11</sup>

The practical significance of the distinction between implementing and anticipating enabling legislation lies in the fact that, when enabling legislation of the latter type is detailed enough and precedes the conclusion or ratification of a treaty or the accession to a treaty, and not just its entry into force, it provides a guideline for the executive as to what extent it should bind the state.<sup>12</sup>

This raises the broader issue of *consultation* between the executive and the legislature in respect of treaty-making. The need for consultation is apparent in the case of treaties which ask for transformation and the South African executive will, as a matter of policy, not enter into such treaties unless it is assured of parliamentary co-operation preferably expressed in the form of anticipating enabling legislation. There is no reason why consultation should stop here.<sup>13</sup>

(2) In practice there are three main methods by which enabling legislation is linked to the treaty (or treaties) concerned:

<sup>10</sup>Compare also s 2(4) of the Post Office Act 44 of 1958; the Extradition Act 67 of 1962; the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act 80 of 1963 and the Reciprocal Enforcement of Civil Judgments Act 9 of 1966, in so far as they anticipate treaties yet to be concluded.

<sup>11</sup>See the legislation referred to in the previous footnote.

<sup>12</sup>See the Extradition Act 1962.

<sup>13</sup>Modern English practice extends the consultative process to a wide range of treaties whether or not they are of the type that asks for transformation. According to the so-called *Ponsonby rule* treaties, after signature and before ratification, are tabled in both houses of parliament for a period of 21 days with the object of securing publicity for the treaties and giving parliament the opportunity to require a debate. (Apparently the rule does not apply to treaties which the government has not yet signed but to which it considers accession, or to treaties which do not require ratification.) The practice was started in 1924 then abandoned in the same year by a new government but restored in 1929. Governments appear to regard the rule as being in the nature of a principle of which they can suspend the operation when particular circumstances so require. The practice does in no way limit the Crown's prerogative power to ratify treaties. Cf (1957) 6 *International and Comparative Law Quarterly* 528-529; Lord McNair *op cit* 99; for the New Zealand and Australian practice, see Keith *op cit*.

(a) a mere reference in the enabling legislation to whole or part of the treaty;<sup>14</sup>

(b) reference to a schedule which quotes the treaty or part of it and which is an operative part of the enabling legislation;<sup>15</sup>

(c) translation of all or some of the substantive provisions of the treaty with or without changed wording and with or without reference *informationis causa* to the treaty.<sup>16</sup>

The importance of this classification of methods lies in the field of interpretation and legal drafting.

When interpreting legislation which "translates" a treaty and refers to the treaty for information purposes only, the English courts are inclined to give to the terms of the legislation the construction they have received in other statutory contexts, and no attention is given to the treaty unless the enabling legislation is ambiguous.<sup>17</sup> But if the enabling legislation follows method (a) or (b) the tendency is to construe the "introduced" treaty rules without predilection for domestic precedents antecedent to the enabling legislation, and according to the canons of international law.<sup>18</sup>

From the point of view of legal drafting methods (a) and (b) will often lack in style.<sup>19</sup> Firstly, a treaty may be drafted in a language uncharacteristic of that of domestic legislation. Secondly, if a particular topic is already regulated by law, methods (a) and (b) are apt to result in implied repeal, something which should be avoided whenever possible. Finally there is the case where the same piece of legislation refers to two or more treaties which, though bearing on the same issue, are partially overlapping. The "translation method", on the other hand, though elegant, may lack in effectiveness from the point of view of securing the state's compliance with its treaty commitments. On a balance the translation method would seem to be preferable provided the following conditions are met. In the first place, the legal

<sup>14</sup>See s 2(4) of the Post Office Act 1958; s 3(1) of the Extradition Act 1962; s 6 and 7 of the Territorial Waters Act 1963; and the Geneva General Agreement on Tariffs and Trade Act 29 of 1948.

<sup>15</sup>See s 3(1) of the Carriage by Air Act 17 of 1946; s 2 of the International Sanitary Regulations Act 38 of 1952; s 2(1) of the Aviation Act 74 of 1962.

<sup>16</sup>See the Prevention of Counterfeiting of Currency Act 16 of 1965; the Civil Aviation Offences Act 10 of 1972. Also compare the Merchant Shipping Act 57 of 1951 which schedules the treaties concerned for information purposes. The translation method is further used to give domestic effect to treaties and conventions relating to labour, communications, taxation, copyright, the facilitation of imports and so on.

<sup>17</sup>*Ellerman Lines v Murray* 1931 AC 126; *Barras v Aberdeen Trawling and Fishing Co Ltd* 1933 AC 402.

<sup>18</sup>*Josef Inwald AG v Pfeiffer* (1928) 44 TLR 352 (HL); *Stag Line Ltd v Foscolo Mango and Co* 1932 AC 328; *Grein v Imperial Airways Ltd* 1937 1 KB 50; *Pyrene Co Ltd v Scindia Navigation Co Ltd* 1954 2 QB 402; *Riverstone Meat Co Ltd v Lancashire Shipping Co Ltd* 1961 AC 807; for South Africa: *Pan American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Ltd* 1965 3 SA 150 (A). Compare also FA Mann "The Interpretation of Uniform Statutes" (1946) 62 *Law Quarterly Review* 278-291; IM Sinclair "The Principles of Treaty Interpretation and their Application by the English Courts" (1963) 12 *International and Comparative Law Quarterly* 508-551.

<sup>19</sup>Keith *op cit* 297-298.

draftsmen should be trained not only in their own law but in international law as well. Secondly, the enabling legislation should contain reference to its source for the information of those who have to interpret it and also to secure that when legislation is subsequently reviewed or consolidated, it will not be overlooked that treaty obligations are involved. The final condition is that the courts when interpreting this kind of legislation will keep its international character in mind.

(3) Enabling legislation need not take the form of a statute. Considerations of expediency often cause parliament to delegate its legislative powers in respect of treaty implementation. In the past the South African legislature has empowered the executive to make regulations in order to give domestic effect to a treaty<sup>20</sup> or future amendments to a treaty,<sup>21</sup> and to declare the provisions of an enabling statute applicable to foreign states or international organisations.<sup>22</sup> Often the exercise of legislative powers by the executive has been subjected to parliamentary control: sometimes the executive is required merely to inform parliament about its actions,<sup>23</sup> but in other instances parliament has reserved the power to disapprove the executive's measures.<sup>24</sup>

### The transformation rule and dualism

The transformation rule is often equated with dualism. The question is whether this equation is appropriate.

Dualism stands for the theoretical proposition that international law and municipal law differ so much with regard to their sources, content, and the relationships they govern that they represent two totally separate legal spheres. In order to be binding within the municipal sphere, international law therefore needs to be "introduced".

A contrary view is held by the monists who maintain that the international legal system and the municipal systems together constitute a universal legal order within which municipal law is subordinate to international law; international law therefore needs no municipal "introduction".<sup>25</sup>

<sup>20</sup>See the Carriage by Air Act 1946; the Geneva Agreement on Tariffs and Trade Act 1948; the Merchant Shipping Act 1951; The International Sanitary Regulation Act 1952; The Aviation Act 1962.

<sup>21</sup>See the Carriage by Air Act 1946; the Aviation Act 1962.

<sup>22</sup>See the Geneva General Agreement on Tariffs and Trade Act 1948; s 30 of the Prisons Act 8 of 1959; the Extradition Act 1962; the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act 1963; the Copyright Act 63 of 1965; the Reciprocal Enforcement of Civil Judgments Act 1966.

<sup>23</sup>See the Carriage by Air Act 1946; the Aviation Act 1962.

<sup>24</sup>See the Geneva General Agreement on Tariffs and Trade Act 1948; the Merchant Shipping Act 1951; the International Sanitary Regulations Act 1952.

<sup>25</sup>For a brief outline of the two doctrines see JG Starke *Studies in International Law* (1965) 1-19. Some writers (see, for example, G Dahm *Völkerrecht* (1958) vol I 54-55; DP O'Connell *International Law* (1970) vol 1 43-46) suggest that reason allows an intermediate position, but their constructions without exception camouflage either a dualistic or monistic point of view.

But practice, i.e. state practice and the practice of international tribunals, does not bother about theories.

International tribunals appear to adopt a dualistic view when – reluctant to declare municipal law which conflicts with international law to be of no domestic effect – they confine the supremacy of international law to the inter-state level.<sup>26</sup> But this is all a matter of practical policy. That no dualistic dogma is involved has been shown by the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals.<sup>27</sup> Neither should the practice of international tribunals to treat rules of municipal law as “facts” and not in themselves criteria of decisions,<sup>28</sup> be interpreted as support on the part of international tribunals for the dualistic view. In actual fact the practice is not always followed very strictly.<sup>29</sup>

Most municipal legal systems, on the other hand, adopt a monistic-like starting point. They state that international law is part of the municipal law but then proceed with formulating exceptions.<sup>30</sup> The exceptions made by the legal systems which follow English law in respect of the application of international law in the municipal sphere are mainly due to the principle of the legal sovereignty of parliament. It is this principle, not adherence to dualistic beliefs, which forms the basis of the transformation rule in respect of treaties. The same principle also affects the so-called Blackstonian rule, i.e. the principle of our law in terms of which customary international law forms automatically part of the law of the land:<sup>31</sup> for in the event of a clear conflict between the rules of customary international law and acts of parliament, the latter prevail. The *stare decisis* principle further adds to underline the Blackstonian rule.<sup>32</sup> Finally, there is the rule of English and South African law that so-called matters of state, i.e. matters concerning the

<sup>26</sup>*Interpretation of the Statute of the Memel Territory* (1932) PCIJ Ser A/B no 49 336.

<sup>27</sup>Compare the following statement: “the very essence of the Charter [of the Tribunal] is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state” 22 *IMT* 529.

<sup>28</sup>*Case Concerning German Interests in Polish Upper Silesia* (1926) PCIJ Ser A no 7 19; *The Serbian and Brazilian Loans* (1929) PCIJ Ser A nos 20–21.

<sup>29</sup>*Guardianship of Infants Case* ICJ Rep (1958) 55.

<sup>30</sup>For a brief survey of state practice see O’Connell *op cit* 56–79.

<sup>31</sup>Though often generally phrased the rule applies only to *customary* international law because from the 17th century onwards treaty rules could have no domestic effect save through intervention of parliament.

The rule was first pronounced by Lord Talbot in *Bwot v Barbuit* 1737 Cas temp Talb 281; it received its present name because so affirmed by Sir William Blackstone in his *Commentaries on the Laws of England* bk IV ch 5 67.

The South African *locus classicus* in this respect is to be found in *South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 (C) 238 (per Diemont J). Compare John Dugard “International Law is Part of our Law” (1971) 88 *SALJ* 13–15; JW Bridge “The Relationship Between International Law and the Law of South Africa” (1971) 20 *International and Comparative Law Quarterly* 746–749.

<sup>32</sup>For an authoritative summary of the exceptions to the Blackstonian rule see *Chung Chi Cheung v R* 1939 AC 160 167–168 (per Lord Atkin). For confirmation by the South African courts that the Blackstonian rule is not absolute, compare the following *dictum* of Myburgh J in *Parkin v Government of the République Démocratique du Congo*: “The answer to this problem [of jurisdiction over property belonging to a foreign state] is to be found in international law to the extent that our common law recognizes such international law.” (my italics.)



executive's conduct of foreign affairs, are not justiciable.<sup>33</sup> This does, of course, not affect the validity of the Blackstonian rule but it does affect the operativeness of rules of customary international law in the municipal sphere.

Given the transformation rule in respect of treaties, the Blackstonian rule in respect of customary international law, the various exceptions to these rules and the considerations behind these rules and exceptions, it becomes clear that it makes no sense to express the approach of our law towards the application of international law in the municipal sphere in terms of either the monistic or dualistic theory. □

---

<sup>33</sup>See the following South African cases: *Van Deventer v Hancke and Mossoop* 1903 TS 401; *Postmaster-General v Taute* 1905 TS 582; *Shingler v Union Government (Minister of Mines)* 1925 AD 556; *S v Devoy* 1971 3 SA 899 (A). With regard to the non-justiciability of foreign acts in the light of the executive's foreign policy, see *Haak v Minister of External Affairs* 1942 AD 318 326.

# Seduksie en die leerstuk van *volenti non fit injuria*

PJ Conradie SC

*Regsadviseur WNNR Pretoria*

Van der Merwe en Olivier<sup>1</sup> verklaar:

“Om aanspreeklikheid op grond van seduksie met die leerstuk van *volenti non fit injuria* te versoen, besorg skrywers hoofbrekens.”

Nadat hulle sommige van die skrywers se beskouings oorweeg het, maak hulle die volgende ietwat sterk bewering<sup>2</sup>:

“Onvermydelik is die konklusie nie alleen dat die pogings om die aksie weens seduksie in lyn te bring met die beginsels van toestemming tot benadeling misluk het nie, maar ook dat hierdie aksie ’n oorgelewerde anachronisme is waarvoor daar in moderne regpleging nòg plek nòg regverdiging is.”

Die betrokke aksie weens seduksie het weliswaar meer as 3 500 jaar gelede in die Mosaiëse reg<sup>3</sup> ontstaan, maar dit het onder die invloed van die Kanonieke reg, die Romeinse reg, die Romeins-Hollandse reg en die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel tot ’n *actio injuriarum*. Die *actio injuriarum* is alles behalwe ’n anachronisme. Dit is die algemene regsmiddel waar daar krenking van die benadeelde se persoonlikheidsregte is. Bogenoemde skrywers<sup>4</sup> erken self

“dat [by seduksie] in die eerste plek ’n persoonlikheidsnadeel voorhande is en dat daarom op die gebied van die *actio injuriarum* beweeg word.”

Persoonlikheidsregte tree deesdae al hoe meer op die voorgrond en as daar by seduksie krenking van persoonlikheidsregte is, is dit regtigwaar onbegryplik hoe die skrywers kan beweer dat daar vir die aksie “in die moderne regpleging nòg plek nòg regverdiging is.”

Dit sal seker nie sonder nut wees om die onderwerp wat in die titel genoem word, weer eens te ondersoek om te sien of daar nie dalk ’n aanneemlike antwoord op die vraag is waarom aan die meisie ’n aksie verleen word ondanks die feit dat sy tot die byslaap toegestem het nie.

In hierdie bespreking sal die woord *seduksie* gebruik word in die sin van deflorasie van ’n maagd.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup>*Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* 1970 90.

<sup>2</sup>a.w. 92.

<sup>3</sup>*Exod* 22 vs 16 en 17.

<sup>4</sup>a.w. 396.

<sup>5</sup>Maar omdat in Suid-Afrika die *actio injuriarum* geld, is daar eintlik in beginsel geen rede waarom enige vrou wat verlei is, nie weens haar verleiding ’n aksie kan instel nie (*Claassen v Van der Watt* 1969 3 SA 68 (T) 71).

Vir die instel van 'n aksie weens seduksie van 'n maagd was daar nog altoos drie vereistes:

- 1 *quod puella sit seducta*;
- 2 *quod puella sit stuprata*;
- 3 *quod puella sit virgo*.<sup>6</sup>

Vir die doeleindes van bewys is daar twee vermoedens: by die eerste vereiste word vermoed dat die man die verleier was;<sup>7</sup> en by die derde vereiste word vermoed dat die meisie ten tyde van die seduksie 'n maagd was.<sup>8</sup>

Die eerste vereiste beteken dat die meisie deur die man verlei is en die tweede vereiste beteken dat die meisie deur die man ontmaagd is. So verklaar Van der Keessel<sup>9</sup> tereg dat die grondslag van hierdie verbintenisse in die verleiding lê (wat aan die kant van die man vermoed word) en in die krenking deur ontmaagding.

Daar kan dus al dadelik afgelei word dat as die meisie die man verlei het, sy geen aksie weens haar ontmaagding het nie. Dit is 'n geval waar die leerstuk van *volenti non fit injuria* haar haar eis ontsê. Regswetenskaplik kan saam met Van der Merwe en Olivier<sup>10</sup> gesê word:

“n uitlokking, uitnodiging of aanmoediging wat deur die benadeelde aan die dader gerig word, moet ook as toestemming beskou word.”

Die probleem ontstaan net in die geval waar die man die maagd verlei het en sy tot haar ontmaagding toegestem het. Verleiding in hierdie verband beteken “a leading astray of a woman from the paths of virtue.”<sup>11</sup>

As mens net na die “beslappinge bij wille”, dws die ontmaagding van die maagd met haar toestemming kyk, dan is daar drie antwoorde wat moontlik aangevoer kan word:

- 1 Ondanks die toestemming van die maagd tot haar seduksie, bepaal die positiewe reg as 'n saak van openbare beleid dat sy genoegdoening kan eis weens 'n *injuria* haar aangedoen.
- 2 Die toestemming van die maagd moet regtens as nietig beskou word.
- 3 Die toestemming van die maagd is verkry deur middel van 'n delik en die man kan nie op so 'n toestemming steun om homself te verontskuldig nie.

As mens ook na die verleiding kyk wat die toestemming van die maagd voorafgegaan het, dan is die vierde antwoord op ons probleem wat moontlik aangevoer kan word, dat die verleiding 'n krenking is van die maagd se persoonlikheidsregte op vryheid en waardigheid en eerbaarheid en as sodanig

<sup>6</sup>NJ Heersma van Vos *Defloratie en onderzoek naar het vaderschap in het Oud-Vaderlandsch recht* 54; *Exod* 22 vs 16; Schorer *ad Gr* 3 35 8.

<sup>7</sup>Schorer *loc cit*; Van der Keessel *Voorlesinge op Gr* 3 35 8 (Gonin se vertaling).

<sup>8</sup>*Van Staden v Rudy* 1908 EDC 7 11.

<sup>9</sup>a w tap.

<sup>10</sup>a w 86.

<sup>11</sup>*Bull v Taylor* 1965 4 SA 29 (A) 34 (per appèlregter Beyers).

'n *injuria* en dat haar daaropvolgende toestemming tot die byslaap nie daardie *injuria* uitwis nie.

Die eerste antwoord is blykbaar die standpunt van De Groot,<sup>12</sup> wat soos volg verklaar:

“uit beslapinge bij wille schijnt wel dat na't aangeboren recht geen verevening en zoude werden vereischt omdat naar't zelve recht die willig werdt beschadigd niet gehouden en werdt voor beschadigd; maar doch om der vrouwen zwackheid zijn bij ons van ouds vele plaatselijke wetten ingesteld tot bedwang van vrouwen ofte maagdenschenders, waarvan eenige de maagdenschenders opleggen de geschondene ten huwelijk te nemen.”

De Groot meen dus dat volgens die “aangeboren recht” die leerstuk van *volenti non fit injuria* onder dié omstandighede sou gegeld het maar verklaar dat plaaslike wetgewers “om der vrouwen zwackheid” ingegryp het en vele plaaslike wette op die wetboek geplaas het om vroue- en maagdeskenders in bedwang te hou. Enige van die wette, so verklaar hy, bepaal dat iemand wat 'n maagd skend, haar moet trou.

De Groot voeg dan by:

“En wordt meest door geheel Holland gebruikt dat die een jonge dochter ontmaagd, haar moet trouwen of voor de ontmaagding betering daarvoor doen in geld.”

Daar kan dus afgelei word dat De Groot leer dat by implikasie die leerstuk van *volenti* in dié geval deur die plaaslike wette en die gebruike van Holland uitgesluit is met die bedoeling om vroue en maagde teen vroue- en maagdeskenders te beskerm. Dit is egter verkeerd om af te lei, soos Van der Merwe en Olivier<sup>13</sup> doen, dat die vrou of die maagd se toestemming nie geldig is nie. As haar toestemming ongeldig is, lê dit voor die hand dat die man hom skuldig sal maak aan verkragting.

Soortgelyk aan en gegrond op die redenasie van De Groot is ook die redenasie van Van den Heever.<sup>14</sup>

In hierdie verband moet ook genoem word die standpunt van McKerron:<sup>15</sup>

“Seduction implies consent on the part of the woman and where there is consent there can be no *injuria*. The action must therefore be regarded as an action *sui generis*.”

Dit lyk of afgelei kan word dat McKerron leer dat die aksie gegrond is op 'n bepaling van die positiewe reg wat aan die onteerde maagd 'n aksie verleen ondanks die feit dat sy tot haar ontmaagding toegestem het en ondanks die feit dat daar as gevolg van haar toestemming tot ontmaagding geen *injuria* was nie.

As mens net na die ontmaagding kyk, dan moet toegegee word dat McKerron se standpunt logies lyk, maar sy bewering dat daar geen *injuria* is nie, is nie aanvaarbaar nie. Seduksie is deur al die eeue heen bekend as

<sup>12</sup>Inleiding 3 35 8.

<sup>13</sup>a w 90.

<sup>14</sup>*Breach of promise and seduction in S.A law* 44.

<sup>15</sup>*Law of delict* 6de uitg 152.



'n vorm van ontering en dit word dikwels in die regstaal so genoem. Dit val volgens De Groot<sup>16</sup> sowel as volgens Van Leeuwen<sup>17</sup> onder die misdryf of delik van *hoon*. Volgens De Groot<sup>18</sup> is hoon elke inbreuk op iemand se reg van vryheid, waarkragtens elke persoon geregtig is om te verwag dat niemand hom enige leed sal aandoen nie. Volgens Van Leeuwen<sup>19</sup> is hoon

“alle daad waardoor een ander in sijn eer en goede naam word verkort. Dit geschied op veelderhande manieren waarvan de voornaamste wel zijn de welk in het ontere van het lighaam en ledemate besig zijn; als vroue-kragt, ontering . . .”

Die vergoeding wat 'n geskonde maagd moet ontvang moet dus volgens hulle wees genoegdoening vir die nadeel deur haar gely deur die inbreuk op die natuurlike vryheid of deur die krenking van haar eer en goeie naam.

Elke maagd is dus geregtig om van 'n man te verwag dat hy niks sal doen of probeer wat haar kuisheid of eer en goeie naam in gevaar kan stel nie. Die blote poging om dit te doen, is klaar 'n *injuria*. En as hy geslaag het, dan het hy hom ook aan 'n *injuria* skuldig gemaak. So verklaar Melius de Villiers:<sup>20</sup>

“for to attempt the chastity of a modest girl by solicitations (*blanda orationes*) is in itself an injury, and a delict.”

Hy beroep hom op *D 47 10 15 20* waar verklaar word dat dit 'n *injuria* is “to attack the virtue of another by flattering words. This is a violation of good morals.” Melius de Villiers<sup>21</sup> gebruik ook die volgende woorde:

If a man has been successful in making a virtuous girl an immodest one (*ut ex pudica impudica fit*) – which is in itself an injury (*D 47 10 10*) – his success is the more apparent when she subsequently yields to other men, and should not tell in his favour.”

In *D 47 10 10* word gesê (De Villiers):

“The modesty of a person is said to be attacked when an attempt is made to render a virtuous person depraved”.

Al het die ontmaagding met haar toestemming geskied, kan dus nog verklaar word dat 'n *injuria* teen haar gepleeg is.

Schorer<sup>22</sup> verwys na le Maitre wat leer dat iemand wat 'n maagd met vleiende woorde defloreer, meer sondig as hy wat sulks met geweld doen, want in die laasgenoemde geval bly haar verstand ongeskonde.

As daar nog bewys nodig is dat die verleiding 'n *injuria* is, kan ook verwys word na wat Van der Keessel<sup>23</sup> ten opsigte van sekere gestelde feite sê:

“clearly both requisites of the obligation are present, namely, seduction of the girl and the injury so done to her, as well as deprivation of virginity.”

<sup>16</sup>*aw* 3 35 1.

<sup>17</sup>*R-H Regt* 4 37 4.

<sup>18</sup>*aw* 3 35 1.

<sup>19</sup>*R-H regt loc cit.*

<sup>20</sup>*The law of injuries* 57.

<sup>21</sup>*aw* 56.

<sup>22</sup>*ad Gr* 3 35 8.

<sup>23</sup>*Praelectiones ad jus criminale* II 827 (Beinart en Van Warmelo se vertaling).

Op dieselfde plek deel Van der Keessel ons die volgende mee:

"Most persons, such as Brouwer,<sup>24</sup> regard the source of this [dws die verpligting om die sogenaamde *dos* te betaal] to be a penalty for robbing the woman of her virginity, others regard it to be a compensation for marriage. But neither of these appeal to Boehmer the younger,<sup>25</sup> who follows in the steps of his father, JH Boehmer,<sup>26</sup> who maintains that the sole reason for this obligation is redress for an injury done, that is, payment of damages to the girl for the seduction committed or, as Leyser<sup>27</sup> would have it, for the corruption and enticement which are considered to have come from the man."

Dan sê hy:

"For my part I would rather prefer to hold that the principle, the foundation of this obligation lies in the injury done in robbing the woman of her virginity . . . Yet I do not think that it must be founded solely on the penalty for depriving the woman of her virginity, but I require that an injury, in other words, seduction, should also have occurred. For if it is known or can be proved that the girl herself seduced the young man, then certainly this obligation will cease."

In sy *Voorlesinge*<sup>28</sup> op De Groot, wat blykbaar later geskryf is, want hy verwys daarin na wat hy in sy *Praelectiones ad jus criminale* oor die aksie weens deflorasie geskryf het, noem hy die verleiding eerste en daarna die ontmaagding. Dit is meer logies.

Daar kan dus nie met McKerron saamgestem word waar hy leer dat omdat die maagd tot haar ontmaagding toegestem het, daar geen *injuria* kan wees nie. Uit wat hierbo aangehaal is, blyk dat regtens sowel die verleiding as die daaropvolgende ontmaagding as 'n *injuria* beskou word.

Die skrywer sal in elk geval probeer aantoon dat die *injuria* die maagd aangedoen deur die verleiding, nie deur haar toestemming tot byslaap uitgewis word nie.

Wat betref die tweede antwoord wat moontlik aangevoer kan word, is dit duidelik dat 'n maagd wat nog nie haar puberteitsleef tyd bereik het nie, nie geldiglik tot seduksie kan toestem nie:

"It is a criminal offence to have carnal connection with a girl who has not attained puberty whether or not she voluntarily submitted to it; and a civil action will also lie."<sup>29</sup>

'n Maagd wat haar puberteitsleef tyd bereik het, kan haar nie op haar onbekwaamheid om tot haar ontmaagding toe te stem beroep nie. Dit gee WA Joubert<sup>30</sup> geredelik toe. Hy voer egter aan dat daar een geval is waar sy haar wel op die ongeldigheid van haar toestemming moet kan beroep en dit is wanneer sy met troubeloftes verlei is. Hy sê:

"Maar indien sy as meisie met troubeloftes verlei is om toe te stem, dan kan sy haar wel op die ongeldigheid van haar toestemming beroep, omdat . . . haar moe-

<sup>24</sup>De JC 1 26 47.

<sup>25</sup>ad Carpozovium Guest 68 Obs 1 bl 151a.

<sup>26</sup>in Jus Ecclesiasticum Protestantium 5 16 8 et seq.

<sup>27</sup>Meditationes ad Pand Spe 583 10.

<sup>28</sup>supra.

<sup>29</sup>Melius de Villiers a w 56. Die man is in so 'n geval tegnies skuldig aan verkragting.

<sup>30</sup>1961 THRHR 278 279.

derlike instink sterker is as haar instink tot selfbehoud. Sy beswyk vir die verleiding, sy is onbevoeg om toe te stem, kan 'n mens redeneer."

Ons kan dus aflei dat Joubert van mening is dat wanneer die moederinstink deur die metode van verleiding geprikkel word, die meisie dan onbevoeg word om behoorlik te oordeel om toe te stem en haar toestemming dus as ongeldig beskou moet word.

By die skrywers en die regspraak kon die skrywer van hierdie artikel geen steun vir hierdie standpunt vind nie. Volgens die Romeins-Hollandse reg is 'n meisie wat haar jare bereik het, bevoeg om toe te stem tot haar huwelik, verlowing en ook tot vleeslike gemeenskap met 'n man. Ook ons regspraak aanvaar dat so 'n meisie bevoeg is om tot haar ontmaagding toe te stem. Daarom is die delik seduksie en nie verkragting nie. Volgens *Bull v Taylor*<sup>31</sup> is die metodes wat aangewend word om die maagd te verlei, nie van deurslaggewende belang nie.

Die verklaring van Van der Merwe en Olivier<sup>32</sup> dat ook De Groot en Van den Heever hulle op die ongeldigheid van die maagd se toestemming beroep, lyk verkeerd. Die verwysing deur De Groot na "der vrouwen zwackheid" verwys na die motivering van die wetgewers wat die betrokke plaaslike wette gemaak het en nie na die geldigheid of ongeldigheid van die vrou se toestemming nie. Dit kan ook wees dat dit die grondliggende rede was vir die gebruike wat De Groot noem en wat feitlik in die hele Holland gegeld het. Maar dit raak nie die geldigheid van die meisie se toestemming nie. Die man kan net nie van daardie toestemming gebruik maak om homself te verontskuldig nie.

Die gevolgtrekking is dat die tweede antwoord op ons probleem alleen kan geld in die geval van 'n maagd wat nog nie haar jare bereik het nie. In haar geval is haar toestemming ongeldig en is die man tegnies skuldig aan verkragting.

Die derde antwoord is blykbaar die standpunt van Melius de Villiers.<sup>33</sup> Hy verklaar:

"for to attempt the chastity of a modest girl by solicitations (*blanda orationes*) is in itself an injury, and a delict; and if such an attempt is successful the consent obtained by means of the delict should hardly be accounted as valid consent."

In hierdie verband moet ook die volgende woorde van dieselfde skrywer aangehaal word:<sup>34</sup>

"Consent, to be valid, should not have been obtained by fraud or through duress or given in error induced by or known to the person committing the act."

Dit is 'n welbekende beginsel wat meermale toegepas word, dat niemand toegelaat moet word om hom op sy eie onregmatige daad te beroep nie en daar bestaan geen goeie rede waarom hy toegelaat moet word om dit in hierdie geval te doen nie.

<sup>31</sup>*supra*.

<sup>32</sup>a w 91.

<sup>33</sup>a w 57.

<sup>34</sup>a w *loc cit*.

Vir die skrywer van hierdie artikel bied die vierde antwoord die mees bevredigende oplossing van ons probleem.

Deur die meeste skrywers hierbo aangehaal word benadruk dat daar verleiding deur die man moet wees en dat daardie verleiding 'n *injuria* is. Ons appèlhof het ook in *Bull v Taylor*<sup>35</sup> benadruk dat die verleiding die essensiële kenmerk van seduksie is. Appèlregter Beyers het in daardie saak beklemtoon dat

“the ‘leading astray’ is a leading astray of a woman from the paths of virtue, and that this, and not the means – deceitful or otherwise – by which it is achieved, is the essential feature of seduction.”

Uit die aard van die saak moet by seduksie die verleiding altoos die toestemming van die meisie voorafgaan. Die skrywer wil aan die hand doen dat moontlik die sleutel tot die oplossing van ons probleem om seduksie met die leerstuk van *volenti* te versoen, hierin te vind is.

Die logiese houding sou dus wees:

As 'n man poog om 'n jonge dogter oor te haal tot vleeslike gemeenskap, sou hy hom aan 'n *injuria* skuldig maak en kan hy met die *actio injuriarum* aangespreek word.

As 'n man 'n jonge dogter – gewoonlik, maar nie noodwendig nie, met mooi beloftes – tot vleeslike gemeenskap oorhaal, en hy daarna met haar toestemming by haar slaap, dan het hy haar nog voor die byslaap verlei en is hy om daardie rede aan 'n *injuria* skuldig en met die *actio injuriarum* aanspreeklik, al het die vleeslike gemeenskap daarna met haar toestemming geskied.

Die benadeling waarvoor die meisie die man kan dagvaar, geskied dus in so 'n geval altoos nog voor haar toestemming tot die byslaap. Die byslaap is in sekere sin maar net die vernaamste bewys dat die verleiding deur die man wel geskied het en kan deur die hof na goëddunke in aanmerking geneem word by die vasstelling van die genoegdoening wat in elk geval in die diskresie van die hof is.

Nou sal gevra word of die toestemming van die meisie tot vleeslike gemeenskap nadat die man haar daartoe oorgehaal het nie die *injuria* uitwis nie.

Die antwoord is: nee.

Van der Merwe en Olivier<sup>36</sup> beantwoord hierdie vraag by hulle bespreking van die vereistes van die leerstuk *volenti* soos volg:

“Van toestemming tot benadeling as regverdigheidsgrond kan alleen sprake wees indien die toestemming voor die benadeling geskied het. Goedkeuring ná die daad kan nie die wederregtelikheid daarvan in regmatigheid omtower nie.”

Die *actio injuriarum* by seduksie kan dus nog, ten spyte van die toestemming van die meisie, op regs wetenskaplike gronde verantwoord word.

<sup>35</sup> *supra*.

<sup>36</sup> a w 88.



Melius de Villiers<sup>37</sup> verklaar dat aangesien die man die toestemming van die meisie deur middel van 'n delik verkry het, hy nie toegelaat behoort te word om hom op daardie toestemming te beroep nie. As die sienswyse wat in hierdie artikel voorgestaan word, korrek is, dan kan die maagdeskender hom nie op daardie toestemming beroep nie omdat die toestemming van die meisie tot vleeslike gemeenskap nie die verleiding regmatig kan maak nie.

Die aksie om genoegdoening weens seduksie van 'n maagd is gegrond op die wysheid en ondervinding wat die mensdom oor 'n tydperk van meer as 3 500 jaar opgedoen het. Daar word respekvol aan die hand gedoen dat wanneer mens na die regspraak kyk, daar vandag nog goeie rede bestaan waarom die betrokke persoonlikheidsregte van maagde (en weduwees, geskeide vroue en ander vroue?) teen vroue- en maagdeskenders beskerm moet word en dit sal jammer wees as die aksie heeltemal afgeskaf sou word.

Maar iemand wat hierdie onderwerp onder die knie probeer kry, word getref deur die feit dat mens by die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg en die Suid-Afrikaanse reg moeilik kan praat van 'n gevestigde regssoortuiging. Baie van die bronne is verouderd<sup>38</sup> en baie van die terminologie wat in die bronne gebruik word, is ook verouderd. So bv word daar gepraat van "doteer" en "dos" wanneer "vergoeding of genoegdoening betaal" en "vergoeding of genoegdoening" bedoel word. Daar is baie ander voorbeelde. Dan is daar punte wat opgeklar moet word, soos of 'n weduwee, geskeide vrou of 'n getroude vrou ook 'n aksie verleen moet word weens seduksie.

Dit sal goed wees as die Regskommissie tyd kan vind om op hierdie saak in te gaan met die oog daarop om wetgewing op te stel vir oorweging en aanname deur die parlement. □

<sup>37</sup>*supra*.

<sup>38</sup>Van der Keessel *Praelectiones ad jus criminale* (Beinart en van Van Warmelo se vertaling) II 827 verklaar dat vir die moderne reg (*modern law*) ons Matthaëus, Boehmer en Voet moet raadpleeg.

# Hedendaagse Calvinistiese en Rooms-katolieke natuuregsteorieë

JD van der Vyver

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## SUMMARY

In this paper stress is laid on the revival of natural law theories on account of especially the second world war. The traditional natural law philosophy is based on three assumptions: firstly that natural law is a universal and unchangeable law; secondly that natural law applies *per se*; and thirdly that natural law can be derived from nature (*a priori*) through human reason. Modern natural law theories have, in general, two distinguishing features: firstly it is assumed that natural law is variable according to the "nature of things" to which it applies; and secondly the idea of human rights dominates the modern theories.

Roman Catholicism is shown to rest on three fundamental doctrines, i.e. the principle of *analogia entis* and participation, the principle of nature and grace, and an ecclesio-centrism. Modern Calvinism represents three quite different philosophies, i.e. the *Philosophy of the Idea of Revelation* of Bavinck, the *Philosophy of the Law Idea* of Dooyeweerd and the *Philosophy of the Idea of Creation* of Stoker. In spite of their differences, Calvinists in general all abide by certain fundamental assumptions, for example that God is the centre of all reality, that the cosmos is subjected to laws which find their origin in God, that creation, as we know it, is abnormal on account of man's sin, etc.

An analysis is made of the philosophies of Gény and Maritain to represent modern Roman Catholic natural law theories. Gény derives natural law principles from certain *donnés*, i.e. *la donné real* and *la donné rationnel*. *La donné historique* supplies principles of the *ius gentium* and *la donné ideal* provides ideal principles which can serve as a criterion to determine the measure of justice of a positive law system. Maritain gives an elaborate system of human rights which evolved through history. He divides them into the rights of man as such, the rights of man as a citizen, and the rights of man as a social being, especially as a labourer.

The philosophies of Dooyeweerd, Hommes and Stoker represent contemporary Calvinistic natural law theories. It should be added that Calvinists by and large evade the term "natural law". Dooyeweerd still uses that term in one of his older publications but Hommes refers to "legal principles" instead and Stoker uses the term "ontic law". Dooyeweerd distinguishes between primary natural law and political natural law. The former is the structural principle of the law and legal concepts while the latter operates as the legal idea, i.e. principles of an ideal law. Hommes makes use of two sets of concepts, i.e. on the one hand typical and modal legal principles and on the other hand constitutive and regulative legal principles. A typical principle portrays the structure of the societal relationship to which the specific law applies while modal principles denote the retroceptions to substrates of the law and anticipations to superstrates of the law, among others to the ethical aspect of reality. Both typical and modal principles can perform a constitutional function (in which case a legal order cannot do without such principles) or a regulative function (in which case the principles only designate what the law ought to be). Stoker's analysis is less specific (Stoker not being a lawyer). His system provides for ontic legal norms, an ontic legal order, and ontic human rights.

One can conclude that the "being" of law depends on certain structural principles, i.e. that the law, in order to operate as such, must portray the essence of law as a set of

norms which regulates human society by means of retribution. Moral principles are not included in those structural principles (morality being a superstrate and not a substrate of the law). Moral principles nevertheless operate as a *Sollensprinzip* of the law and ought as such to be included into every legal system. The question what the essence of those moral principles is, is debatable. Calvinists mostly reduce it to love of one's neighbour.

I learnt from my illiterate but wise mother that all rights to be deserved and preserved came from duty well done. Thus the very right to live accrues to us only when we do the duty of citizenship of the world. From this one fundamental statement, perhaps it is easy enough to define the duties of Man and Woman and correlate every right to some corresponding duty to be first performed. Every other right can be shown to be a usurpation hardly worth fighting for. – Mahatma K Gandhi.\*

Gedurende die twintigste eeu, veral na die tweede wêreldoorlog (1939–1945), het die natuurregseleer 'n heropbloei beleef nadat dit met die opkoms van die negentiende-eeuse positivisme bykans geheel en al van die toneel verdwyn het. Dit is wel so dat reste van die tradisionele natuurregseleer, soos dit vanaf ongeveer 400 vC tot 1900 ontwikkel het, gedurende die era van die positivisme behoue gebly het in die regsfilosofiese stelsels van mense soos Herbert Spencer (1820–1903) en die neo-Kantiaan, Giorgio Del Vecchio (1878–), maar in die nuwe positivistiese wysbegeerte van die negentiende eeu, waarvan Auguste Comte (1798–1857) die vader is, was daar eintlik geen plek meer vir 'n natuurregsfilosofie nie.

Die na-oorlogse opbloei van die natuurregseleer moet nie gesien word as “skoolvorming” rondom en in navolging van Spencer of Del Vecchio nie, maar is intiem verbonde aan en 'n selfstandige uitloper van veral die tweede wêreldoorlog. Die gruwelikhede van daardie oorlog het die leiers van die lande wat as oorwinnaars uit die stryd getree het op soek laat gaan na middels en metodes wat die wêreld vir die toekoms van soortgelyke katastrofes sou vrywaar. Allerlei en nog wat het uit hierdie soeke voortgespruit waaronder die stigting van die Verenigde Volke-organisasie (VV) in 1945 en 'n propagandaveldtog vir 'n bepaalde variasie van die natuurregseleer, by name die leerstuk van natuurlike menseregte.

Dat juis die idee van menseregte die grondslag sou wees van die nuwe “wêreldgees” moet na my mening hoofsaaklik aan Amerikaanse invloede toegeskryf word. Met die stigting van die Verenigde State van Amerika (VSA) in 1776 was die menseregteorie van John Locke (1632–1704) en die aan Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) georiënteerde variasie daarop van William Blackstone (1723–1780) in Amerika op die voorpunt van die tyd. Die “Founding Fathers” van die VSA het daardie teorie aangegryp om konstitusionele waarborge te voorsien teen die euwels waaronder hulle tydens Britse koloniale bewind gebuk moes gaan. En toe die twintigste-eeuse mensdom sy waarborge vir wêreldvrede gaan soek het, kon die VSA sy ervaring van bykans 300 jaar met die beginsel van menseregte aan 'n verslae wêreld opdring.

Daarom lees 'n mens in die aanhef van die VV-handves:

---

\*“A letter addressed to the Director-General of Unesco” in *Human Rights, Comments and Interpretations, a symposium edited by Unesco* (London/New York 1949) 18.

"We, the peoples of the United Nations, determined . . . to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, . . . have resolved to combine our efforts to accomplish these aims."

Die VV stel hom onder meer ten doel:

"To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace; To achieve international co-operation . . . in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion."<sup>1</sup>

Wat die popularisering van die leerstuk van menseregte aanbetref, moet in besonder melding gemaak word van die bedrywighede van die *International Commission of Jurists*. Hierdie kommissie opereer nie onder vaandel van die VV nie, maar is by Unesco geaffilieer. Dit is hierdie kommissie wat die mode geskep het om die term "rule of law" te gebruik as versamelnaam vir daardie menseregte wat die kommissie in elke regstelsel gewaarborg wil sien. Die kommissie het, volgens Hood Phillips "with considerable success,"<sup>2</sup> pogings aangewend om materiële inhoud aan die "rule of law" in daardie sin te gee.

Die hernude behepthed met menseregte het uitgekristalliseer in 'n verskeidenheid staats- en volkeregtelike dokumentasies van menslike aansprake wat gewaarborg word of behoort te word. Die ontvoogde state van Afrika en Asië het meestal die voorbeeld van die VSA gevolg deur *Bills of Rights* by hulle onderskeie grondwette te inkorporeer. Die grondwet van Indië word gewoonlik as die mees liberale model van so 'n *Bill of Rights* aangeprys. Die Europese lande het in die meeste gevalle hulle staatsreg met 'n inventaris van sogenaamde burgerskapsregte aangevul. Die voorbeeld van die Federale Republiek van Wes-Duitsland geld hier as model. Die VV se *Universele Deklarasie van Menseregte* 1948 is die vernaamste aanduiding van daardie liggaam se verwagtinge in die onderhawige verband. En die *International Commission of Jurists* se grootste bydrae tot die dokumentasie van menseregte is beliggaam in die Delhi-verklaring van 1959.<sup>3</sup>

Suid-Afrika het hom met sy rassebeleid sedert 1946 konsekwent en tot vervelens toe vasgeloop teen die aan-die-leerstuk-van-menseregte-georiënteerde "wêreldopinie". Een van die uitlopers van die verwyte wat van dwarsoor die wêreld teen ons hoof geslinger word, is dat die nuwe natuurregsleer by ons verbygaan. Ons soek die redes vir en foute met die wêreldwye vyandskap teen Suid-Afrika in die grondslae van die nuwe "wêreldgees". Dit is miskien die vernaamste rede vir my keuse van hierdie onderwerp vir 'n tydskrifartikel: sodat ons kan besin oor die leerstuk waarom dit gaan en met die hoop dat ons denke daardeur uiteindelik tot introspeksie gestimuleer sal word.

<sup>1</sup>a (1) (2) en (3) van die handves.

<sup>2</sup>*Constitutional and administrative law* 4th ed (London 1967) 19.

<sup>3</sup>Die bekendste geskrifte waarin menseregte gedokumenteer is (maar nie die Delhi-verklaring nie), is versamel deur Ian Brownlie: *Basic documents on human rights* (Oxford 1971).



Die na-oorlogse natuurregsleer huisves ook wel voëls van seer diverse vere. Al daardie teorieë kan nie hier behandel word nie en 'n keuse moes gemaak word. My keuse het op daardie twee stelsels geval wat by uitstek teosentries gerig is omdat dit in die aard van die Afrikaner lê om sy prinsipiële standpunte religieus te veranker. As daar dan fout is met die idee van menseregte, laat ons daardie fout gaan soek by die stelsels wat aansluit by ons eie lewens- en wêreldbeskouing. Vind ons die fout dáár, dan lei dit vanself tot introspeksie; en vind ons geen fout nie, moet ons buitendien die idee van menseregte met nuwe agting bejeën.

Ten einde aan ons onderwerp reg te laat geskied, is enkele perspektiewe vooraf 'n vereiste, naamlik aangaande die natuurregsleer en aangaande Calvinisme en Rooms-Katolisisme.

### DIE TRADISIONELE NATUURREGSLEER

Paton sê tereg van die natuurregsleer: "The most diverse elements are gathered under the same label".<sup>4</sup> Met "tradisionele natuurregsleer" word hier daardie leerstuk bedoel soos dit tot met die opkoms van die positivisme om en by 1830<sup>5</sup> ontwikkel het. Die vraag wat dáárdie leer in wese inhou, bly problematies en die bron van meningsverskil. Om die meningsverskil te illustreer en terselfdertyd 'n voorlopige aanduiding te gee van die tendense binne die skool van die natuurreg, word vervolgens kortliks gewys op 'n paar (willekeurig geselekteerde) opvattings in dié verband.

Trude beskryf die natuurreg as "ein Recht, das unabhängig von menschlicher Satzung sich bereits aus der menschlichen Natur ergibt."<sup>6</sup> Dat die natuurreg, ooreenkomstig die tradisionele beskouing, vir sy gelding nie van die positivering daarvan deur die mens afhanklik is nie, kan toegegee word, maar of die subjektivistiese inslag, wat Trude (mi ten onregte)<sup>7</sup> in Aristotelés se regsfilosofie meen te bespeur, een van die *essentialia* van 'n natuurregsleer is, moet bevraagteken word.

Gustav Radbruch onderskei drie gemeenskaplike grondtrekke wat die verskillende natuurregsteorieë aan 'n natuurreg toesê: die natuurreg is onveranderlik, algemeen geldig en universeel geldend; die natuurreg is redelik (deur die verstand teenoor sintuiglik) kenbaar; en die natuurreg is nie alleen 'n maatstaf waaraan die positiewe reg getoets moet word nie, maar is ook 'n reg wat geld in die plek van positiewe reg wat die bedoelde natuurreg weersprek.<sup>8</sup> Met die eerste twee algemene kenmerke van 'n natuurreg, soos dit tradisioneel aan ons voorgehou word, kon ek vrede vind maar Radbruch is met die derde punt minder suiwer. VerLoren van Themaat is in dié

<sup>4</sup>A text-book of jurisprudence (Oxford 1953) 78.

<sup>5</sup>In 1830 het die eerste deel van Comte se hoofwerk: *Cours de la Philosophie Positive* (1830-1942) verskyn en in 1831 is Hegel, die laaste van die "ou garde", oorlede.

<sup>6</sup>*Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Recht- und Staatsphilosophie* (Berlin 1955) 168. Sien ook bl 177 en Langemeijer *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts* (Zwolle 1956) 32-3.

<sup>7</sup>Sien JD van der Vyver "Die regsleer van Aristotelés: 'n probleemstelling" 1962 *Koers* 224.

<sup>8</sup>*Vorschule der Rechtsphilosophie* 2e Aufl (Göttingen 1959) 20.

verband nader aan die kol waar hy twee alternatiewe strominge onderskei: een wat die natuurreg beskou as 'n opperreg waaraan die positiewe reg getoets word; en 'n ander wat die natuurreg voorhou as 'n ideale reg waarvan die reëls in die positiewe reg opgeneem behoort te word maar sonder om voor te gee dat die geldigheid van positiewe reg aangetas word as dit die natuurreg weerspreek.<sup>9</sup>

Sonder om op volledigheid aanspraak te maak, onderskei Haines die volgende: natuurreg as 'n reg in ooreenstemming met die natuur in natuurregtelike sin; natuurreg as 'n godgegewe reg waaruit die beginsels van reg en geregtigheid deur middel van die rede afgelei kan word; natuurreg as 'n ideële stelsel van universele en onveranderlike beginsels wat as sodanig altyd, oral en vir almal geld; natuurreg as 'n ongeskrewe billikheidsreg sonder 'n goddelike oorsprong maar wat ter wille van billikheid in die regspreking aangewend word; natuurreg as 'n bron van subjektiewe mense-regte, soos die "regte" van gelykheid en vryheid; en natuurreg as 'n teoretiese fundering van aksiomatiese waarhede waarop 'n positiewe regstelsel gebaseer word.<sup>10</sup> Op 'n soortgelyke wyse, dus sonder om gemeenskaplike grondtrekke van alle natuurregsteorieë uit te wys, gee Erik Wolff 'n betreklik volledige sisteem van natuurregsteorieë.<sup>11</sup> Hy gaan van die enigszins gedwonge<sup>12</sup> standpunt uit dat die natuurregsbegrip onwillekeurig die stempel dra van die denker se besondere natuurbeskouing enersyds en regsbeskouing andersyds. Hy behandel die geskiedenis van die natuurregsfilosofie daarom aan die hand van nege verskillende natuuroppattings<sup>13</sup> en nege verskillende regsoppattings,<sup>14</sup> elk waarvan weer verskeie sekondêre variasies behels.<sup>15</sup>

Friedmann beskou blykbaar al daardie teorieë wat klem lê op "the need of legal ideals" as natuurregsteorieë.<sup>16</sup> Daarmee stel hy dit egter te wyd.

Na 'n "globale overzicht van de ontwikkeling der westerse natuurrechtsoppattingen tot de 19e eeuw," kom Hommes tot die slotsom dat die tradisionele opvatting dié is van "het natuurrecht als een werkelijk geldend recht onafhankelijk van het positieve recht . . ." <sup>17</sup>In die moderne tyd, sê hy, het daar egter 'n regsfilosofiese stroming ontstaan waarvolgens die natuurreg slegs dan juridiese gelding besit as dit gepositiveer is. Hierdie opvatting, wat hy by Hobbes, Thomasius, Rousseau en Kant aanwys, moet volgens hom by die omlýning van die tradisionele natuurregsbegrip buite rekening gelaat word. Die tradisionele natuurregsbegrip moet naamlik opgevat word "in de zin van een in een natuurlike orde gefundeerd per se

<sup>9</sup>Staatsreg 2e uitg deur M Wiechers (Durban 1967) 8.

<sup>10</sup>*The revival of natural law concepts* (Cambridge (Mass) 1930) 24-6.

<sup>11</sup>*Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch einer Orientierung* (Bühl/Baden 1959).

<sup>12</sup>Vgl Hommes *Een nuwe herleving van het natuurrecht* (Zwolle 1961) 147.

<sup>13</sup>22-93.

<sup>14</sup>95-153.

<sup>15</sup>LJ du Plessis "Die natuurbegrip in die regsfilosofie" 1965 (4) *Perspektief* 5, wat tot 'n groot hoogte die sisteem van Wolff volg.

<sup>16</sup>*Legal theory* (New York 1970) 154.

<sup>17</sup>*Natuurrecht* 54.

geldend recht.”<sup>18</sup> Hommes definieer “het natuurrecht in tradisionele zin” meer volledig as

“... *bet geheel van bovenpositiewe (niet door menselijke rechtsvormende wilsverklaring tot stand gebrachte) onveranderlike, universele en per se geldende rechsnorme en eventueel subjektiewe natuurlike rechte met daarmee correlate plichte, die rusten in een al of niet op goddelike oorsprong teruggevoerde natuurlike orde en door de mens op apriorische wijze uit die natuurlike orde met behulp van de natuurlike rede kunnen worden afgeleid.*”<sup>19</sup>

In die lig van die bostaande uiteensetting word vervolgens kortliks stilgestaan by ’n paar algemene tendense binne die kader van die natuurregsleer.

1 Die natuurregsleer vind sy oorsprong en grondslag in die Griekse wysbegeerte, meer bepaald in die ou Griekse natuurfilosofie ( $\pm 600$  vC–400 vC). Herakleitos van Efese ( $\pm 540$ –480 vC) word dikwels beskou as die eerste voorloper van die Griekse natuurregsfilosofie,<sup>20</sup> hoewel Demokritos van Abdera ( $\pm 460$ –370 vC) eerste daartoe gekom het om die *nomos* (die mensgemaakte wet) en *physis* (die natuur) skerp teenoor mekaar te stel.<sup>21</sup> Die ontstaan van die natuurregsleer het in breë trekke soos volg verloop:

Die ou Griekse natuurfilosowe, waaronder Anaximandros van Milete ( $\pm 611$ –547 vC), Herakleitos, Parmenidés van Elea ( $\pm 540$ –451 vC) en die Pythagoreërs<sup>22</sup> het die klem in ’n besondere mate laat val op die ewe-maat van oorsaak en doel in die sogenaamde onverganklike natuurorde. Meestal is geleer dat die kosmos volgens ’n reëlmatige en ordelike plan ontstaan uit en vergaan tot die een of ander oerstof (*archè*). Anaximandros verklaar die bestaan van alles byvoorbeeld uit die *apeiron* (die onbegrensde), terwyl die *archè* volgens Herakleitos ’n ewiglewende vuur is.

In die harmoniese opeenvolging van natuurgebeurtenisse by die ontstaan en vergaan van aardse dinge ontdek die bedoelde filosofe ’n element van vergelding: die dinge wat ’n individuele liggaamlike vorm aanneem, pleeg onreg teenoor mekaar, omdat hulle daardie vorm slegs ten koste van andere in stand kan hou en deur hulle ondergang dien die dinge straf uit vir daardie onreg. In dié gees verklaar Anaximandros byvoorbeeld: “Waaruit egter

<sup>18</sup>*ibid*

<sup>19</sup>55.

<sup>20</sup>Friedmann a w 20. Hans Welzel *Natuurrecht und materiale Gerechtigkeit* (Göttingen 1952)

11 meen dat die natuurreg histories begin het met die “eksistensiële” natuurreg van die Sofiste. Trude a w 168–70 beweer dat ons die eerste wetenskaplike begroning en uitbouing van die natuurreg aan Aristotelés te danke het. Ezejiomor *Protection of human rights under the law* (London 1964) 3 bespeur weer die eerste sistematiese formulering van die natuurreg by die Stoa. Die waarheid is dat daar reeds in die vóór-wetenskaplike mitologie van die Grieke spore van die natuurregsgedagte is.

<sup>21</sup>Vinogradoff *Outlines of historical jurisprudence* (Oxford 1920) 2 26. Hy twyfel egter of Demokritos se *nomos*-begrip aan die positiewe reg gelykgestel moet word. Die onderskeid tussen *nomos* en *physis* wat ’n mens by Diogenés van Appollonia ( $\pm 480$ –425 vC) aantref, het volgens Vollenhoven *Geschiedenis der wijsbegeerte* (Franeker 1950) 1 356 nie die verskil tussen positiewe reg en natuurreg in die oog nie. Dooyeweerd *Reformatie en scholastiek in de wijsbegeerte* (Franeker 1949) 1 161 meld dat die teëstelling tussen *nomos* en *physis* aan Archelaos toegeskryf word (vgl Vollenhoven a w 349.)

<sup>22</sup>Pythagoras van Samos leef  $\pm 540$ –504 vC.



die synde dinge ontstaan het, daarin keer hulle ook by hul ondergang terug, soos dit hoort, want hulle betaal aan mekaar straf en boete vir hulle ongeregtigheid na die orde van die tyd";<sup>23</sup> dit wil sê "dat krachtens de den kosmos immanent gerechtigheid het leven van den één den dood van den ander vergt."<sup>24</sup> Herakleitos beskryf die vergeldende geregtigheid wat die natuurde beheers soos volg: "Want Helios (die son) sal sy mate nie oorskry nie; anders sal die Erinyes (godinne van die bloedwraak), die dienaar van Dikè (die vergeldende geregtigheid), hom agterhaal."<sup>25</sup> Só absoluut beskou die Pythagoreërs die natuurlike geregtigheid dat hulle dit in 'n getalreweredigheid uitbeeld. Die geregtigheid word met die getal 4 aangedui omdat dit die eerste kwadraat van twee gelyke faktore is en as sodanig die volkome vergelding in die sin van *talio* versinnebeeld.

Teenoor die absolute en universeel geldende geregtigheid wat die natuurorde beheers, sien die Griekse filosowe die arbitrêre en veranderlike vergeldingsmaatstawwe van die positiewe reg in 'n skerp kontras afgeteken staan. Daar is reeds by Herakleitos sprake van ernstige bedenkinge teen die lewe in die Griekse polis. Die teëstelling tussen *nomos* en *phusis* is egter aanvanklik nie skerp omlyn nie. Volgens Plato het die Sofiste, en by name Hippias van Elis (oorlede na 399 vC), die voortou in dié verband geneem.<sup>26</sup>

Ten einde vervolgens die positiewe reg tot 'n groter mate van geregtigheid en billikheid te temper, kon 'n volgende geslag op die een of ander wyse 'n verband probeer smee tussen die natuurwet en positiewe reg. Daardeur het die natuurregsgedagte tot volle wasdom ontluk.

2 Die natuurreg wat aldus uit die natuur afgelei is, geld *per se* en behoef daarom nie vormgewing of positivering deur die mens nie; en hierdie *per se* geldende reg geld universeel (vir alle mense, te alle tye, op alle plekke en alle omstandighede) en is onveranderlik. Hierdie eienskappe hoort tot die essensie van die tradisionele natuurregsbegrip. Maar oor die geldingswyse van die natuurreg bestaan daar geen eenstemmigheid nie. Sommige eksponente van die natuurregsleer (waaronder die Sofiste) laat die natuurreg in louter konkurrensie met die positiewe reg geld; andere beskou enige staatlke regsvoorskrif wat in stryd met die natuurreg bevind word, as *pro non scripto*; en 'n derde groep filosowe beskou die natuurreg bloot as 'n *Sollens-prinzip*, 'n ideële norm waaraan die positiewe reg behoort te beantwoord en 'n maatstaf waaraan die positiewe reg getoets kan word om sy geregtigheidsinhoud te bepaal. Die laasgenoemde standpunt word gewoonlik aan Plato (427–347 vC) verbind, terwyl diegene wat die noodsaaklike gelding van die natuurreg naas die positiewe reg aanvaar, in dié verband gewoonlik as volgelinge van Aristotelés (384–322 vC) beskou word.

3 Volgens die gangbare opvatting kan die natuurreg op 'n aprioriese wyse (dit wil sê vóór sintuiglike waarneming) deur die mens, met behulp van sy rede (verstand) uit die natuurlike orde afgelei word. In dié sin verklaar Augustinus (354–430) byvoorbeeld dat die *lex aeterna*, wat gelyk is

<sup>23</sup>Dooyeweerd a w 1 67 vn 29; Hommes a w 15.

<sup>24</sup>Vollenhoven a w 1 247.

<sup>25</sup>Dooyeweerd a w 1 69 vn 32; Hommes a w 18.

<sup>26</sup>Vollenhoven a w 1 220; Haines a w 6.



aan die *ratio*, die wysheid en die wil van God, in die vorm van die *lex naturalis* deur God in die menslike siel ingeprint is en daarom redelik geken kan word.<sup>27</sup> Thomas van Aquino (1224/5–1274) stel dieselfde gedagtegang soos volg: Die natuurlike werklikheid word beheers deur die *lex aeterna* wat weer gelyk is aan die *ratio* van God. Die natuurreg is meer bepaald daardie deel van die *lex aeterna* wat spesifiek op die mens van toepassing is. Omdat die menslike rede 'n afskading van die goddelike *ratio* is (hy beroep hom op Psalm 4:7), is die mens in staat om met behulp van sy rede outonoom daardie deel van die *lex aeterna* wat vir hom geld (dit is die *lex naturalis*), te ken.<sup>28</sup>

4 Die natuurreg word deur sommige filosowe nie, maar deur ander wel tot 'n goddelike oorsprong teruggevoer.

Grotius (1583–1645) is 'n voorbeeld van diegene wat die natuurreg sekulariseer. Dit blyk byvoorbeeld uit sy uitspraak dat God nie dit wat ooreenkomstig die voorskrifte van die rede kwaad is, tot nie-kwaad kan verhef nie – ewe min as wat God aan die waarheid dat twee plus twee gelyk is aan vier kan verander.<sup>29</sup> Hy beskou die natuurreg as 'n normesistiem wat só onveranderlik is dat selfs God dit nie kan verander nie.<sup>30</sup>

Calvyn (1509–1564)<sup>31</sup> lei die natuurreg deels uit die Tien Gebooe en deels uit ander Mosaïese wette af. Die wette van Moses, sê hy, behels sowel natuurregtelike as positiefregtelike elemente. Alleen eersgenoemde het volgens hom blywende gesag terwyl laasgenoemde slegs gegeld het in die lig van die besondere omstandighede van die destydse Jodedom. Straf as vergeldingsmiddel en die instelling van eiendomsreg, wat hy beskou as die deur God ongelyk verdeelde bruikleen van goed ten bate van die gemeenskap, is voorbeelde uit die Mosaïese wetgewing van natuurregsgenorme, terwyl die verbod op rente alleen maar vir die Joodse volk van destyds uit hoofde van hulle besondere lewensomstandighede gegeld het. Op dieselfde wyse lei hy uit albei tafels van die dekaloo, maar met uitsluiting van die vierde en tiende gebod, beginsels af wat in hulle politieke toepassing as behorensiese aan elke wetgewer voorgelê moet word.

5 Die natuurreg is aanvanklik beskou as 'n stel norme maar later het dit ook wel die betekenis van natuurlike (subjektiewe) mense-regte gekry.

Aangaande die konkrete inhoud van die natuurregsgenorme het die onderskeie eksponente van die natuurregsgleer onderling grootliks verskil en in

<sup>27</sup>Sien bv Hommes a w 30–1.

<sup>28</sup>Sien bv Hommes a w 34–5.

<sup>29</sup>*De iure belli ac pacis* 1 1 10 5.

<sup>30</sup>*ibid*; Vgl ook a w prol par 11.

<sup>31</sup>Sien oor hom veral LJ du Plessis *Die staatsteorie van Jean Calvin in verband met die wetenskap en staatspraktyk van sy tyd* (Kampen 1932); A Anema *Calvinisme en rechtswetenskap* (A' dam 1897); H Baron *Calvins Staatsanschauung und das konfessionelle Zeitalter* (München/Berlin 1924); G Beyerhaus *Calvins Staatsanschauung im Senecakommentar von 1532* (Berlin 1910); J Bohatec "Das Naturrecht und die innerweltlichen Ordnungen nach Calvin" *Publicaties van de Reunisten-Organisatie van NDDE* no 8; JR Stellinga "Het Calvinisme in de staatsleer" *De reformatie van het Calvinistisch denken* onder redaksie van CP Boot (S'Gravenhage 1939); Mekkes *Proeve eener critische beschouwing van de ontwikkeling der humanistische rechtsstaatsbeoënen* (Rotterdam 1940) 122–5.

elk geval selde 'n duidelike presisering gegee. Aristotelés<sup>32</sup> het die natuurreg byvoorbeeld in die sin van geregtigheid opgevat en geleer dat die algemene geregtigheid die nakoming van die positiewe reg gelas, terwyl die besondere geregtigheid eis dat die gelykheid in alle inter-individuele verhoudinge van die mens gehandhaaf moet word: te wete in die geval van die staatlke toedeling van ampte, eerbewyse en goedere, asook in alle publiek- en privaat-regtelike skuldverhoudings, 'n sogenaamde geometriese gelykheid ooreenkomstig die uitdelende en die vergeldende geregtigheid (respektiewelik), en in die ruilverkeer 'n sogenaamde aritmetiese gelykheid ooreenkomstig die ruilgeregtigheid. In aansluiting by die Stoïsynse gedagtegang het Ulpianus die natuurreg saamgevat in sy bekende spreuk: *honeste vivere, alteram non laedere, suum cuique tribuere*.<sup>33</sup> Grotius het die natuurreg in vier hoofbeginsels saamgevat: *quo pertinent alieni abstinentia, et, si quid alieni habeamus aut lucri inde fecerimus, restitutio; promissorum implendorum obligatio; damni culpa dati reparatio; et poenae inter homines meritum*.<sup>34</sup>

Diegene wat die natuurreg vereenselwig met aangebore menseregte verskil eweneens oor die inhoud van daardie subjektiewe aansprake. John Locke (1632–1704) noem die bedoelde menseregte samevattend “property”, en sluit die regte op “life, liberty and estate” daarby in.<sup>35</sup> Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) beskryf in een van sy werke die mens se aanspraak op lewe, vryheid en eiendom as “les éléments constitutifs de leur être.”<sup>36</sup> Blackstone opereer in dieselfde verband met “the natural liberty of mankind”<sup>37</sup> synde die versamelnaam vir daardie “absolute rights” wat aan die individu van nature toekom.<sup>38</sup> Kant praat van 'n mensereg, wat hy innerlike vryheid noem, in die enkelvoud, “da es nun in Ansehung des angeborenen, mithin inneren Mein und Dein keine Rechte, sondern nur ein Recht gibt . . .”<sup>39</sup>

Met 'n induktiewe analise van die bostaande riglyne kan 'n mens na my mening die volgende drie *essentialia* van die tradisionele natuurregsbegrip identifiseer: Die natuurreg geld net soos 'n natuurwet *per se*, dus sonder menslike positivering; die natuurreg is onveranderlik en geld onvoorwaardelik en universeel, dus oral, altyd en vir almal; die natuurreg is *a priori* kenbaar en dus kan dit verstandelik uit die natuur afgelei word sonder dat 'n mens vir kennis daarvan op sintuiglike waarneming aangewys is. Hierin sal mettertyd vasgestel word in hoeverre hierdie kenmerke van die tradisionele natuurregsbegrip in moderne Rooms-Katolieke en Calvinistiese teorieë behoue gebly het. (word vervolg)

<sup>32</sup>Sien oor hom veral WW Jaeger *Studien zur Entstehungsgeschichte der Metaphysik des Aristotelés* (Berlin 1912); en Aristotelés, *Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung* (Berlin 1955); Trude a w; Dooyeweerd “Een nuwe studie over het aristotelisch begrip der gerechtigheid” 1958 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 3; en JD van der Vyver “Die Regsleer van Aristotelés (384–322): 'n probleemstelling” 1962 *Koers* 224.

<sup>33</sup>D 1 1 10 1; Inst 1 1 3.

<sup>34</sup>*De iure belli ac pacis* prol par 8.

<sup>35</sup>*Two treatises of civil government* (1690) 2 9 123 en 2 15 173.

<sup>36</sup>*Discours sur cette question proposée par l'Académie de Dijon: Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée par la loi naturelle?* (Paris 1755 nouvelle édition, revue d'après les Meilleurs textes) 2 82.

<sup>37</sup>*Commentaries on the laws of England in four books* (1754 15th ed London 1809) 1 125.

<sup>38</sup>a w 1 123.

<sup>39</sup>*Metaphysik der Sitten* (1797 2e Aufl Leipzig 1907) 44.

*Sekere spanningsmomente tussen*

# Owerheid en onderdaan in die Suid-Afrikaanse strafprosesreg

- 'n poging tot 'n realistiese siening\*

JA Coetzee

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## SUMMARY

Serious criticism has been levelled at certain aspects of our criminal procedure because it infringes the right of individuals to freedom. In particular section 17 of The General Law Amendment Act 37 of 1963, section 215bis of The Criminal Procedure Act 56 of 1955, section 108bis of The Criminal Procedure Act, section 22 of The General Law Amendment Act 62 of 1966, section 6 of Act 83 of 1967 and section 152bis of The Criminal Procedure Act have been considered with grave disfavour. The criticism is based on the viewpoint that personal freedom is the prime legal value according to the law of nature, the rule of law and "ideal law", and that, South Africa being in a state of peace, there is no reason why these "rights" should be infringed. The government, on the other hand, maintains that these measures are necessary for maintaining order and internal peace because modern methods of warfare differ substantially from those of older times when war was declared formally. It appears that there are as many concepts of what the law ought to be as there are people considering the question and that the true basis of reasoning is pre-scientific. Even Hitler used the concept of "ideal law" as a premiss for his theories, as the humanists use the "ideal law" as a premiss for protecting the rights of the individual. Fact is that there are different concepts of "ideal law" and always will be. Each person should live according to his own concept thereof but not in self-glorification and discourteousness towards other concepts. It is true that the individual is important, but the view that the individual is the most important, is too narrow. The state is also important and there are times when the importance of the proper functioning of the state, whose first task is to create and maintain order, will supersede the importance of the individual. When and how this is to be done is primarily the task of the state and one should acknowledge that the state is in possession of more facts and therefore in a better position to judge. This does not imply a blind adherence to the judgment of the state. It is necessary to bear in mind that the state should also prevent disorder and this implies that information should be obtained before the damage is done. The individual as well as the state have "rights". Each should protect his own but with awareness of and respect for the rights of the other. Conflict between and criticism of different viewpoints will and should always be there. The state should, however, not belittle criticism by the individual, but, on the other hand, the criticism by the individual should not be such as to attract belittlement.

As far as criminal law is concerned one should discern that for the jurist the criminal *legal* responsibility of the accused is of prime importance, but that, as the state operates

---

\*Professorale intreerede gelewer aan die PU vir CHO op 11 Augustus 1972.

on a different plane, the *de facto* guilt of a person could be of greater importance and that justice also implies that the guilty should be punished; furthermore, that certain serious crimes should be prevented. It is submitted that the procedural machinery for obtaining these ends should therefore be created and that the laws under consideration create this machinery. In principle these laws appear to be in order. Whether these laws should now be effectively used is difficult to judge because not all the facts are known. This does not mean that these laws can not be criticised. The question whether the content of these laws create too much power for state officials is not considered in this article.

It should furthermore be borne in mind that the state also makes mistakes – just as individuals – but as we are called upon to have tolerance with the faults of individuals (as we consider them), so we should have tolerance with the faults of the state.

It could just be that we are enjoying peace and prosperity because of the state and not in spite of the state.

## I INLEIDING

Gedurende die afgelope aantal jare is vanuit verskillende oorde kritiek teen die regspleging in Suid-Afrika uitgespreek. Baie van die kritiek, indien nie die meeste nie, spruit voort uit 'n teenkanting teen die beleid van afsonderlike ontwikkeling en teen wetgewing wat gerig is op bevordering van die beleid. Heelwat kritiek is ook gerig teen sekere aspekte van die strafprosesreg in Suid-Afrika wat veral sedert 1963 na vore gekom het. In besonder is, wat laasgenoemde betref, ernstige kritiek uitgespreek teen die sogenaamde 90- en 180-dae-aanhoudingsbepalings kragtens art 17 van die Algemene Regswysigingswet 1963<sup>1</sup> (tans opgeskort)<sup>2</sup> en artikel 215bis van die Strafproseswet<sup>3</sup> respektiewelik. Laasgenoemde artikel bevat ingrypende bepalinge. Kortliks kom dit daarop neer dat die prokureur-generaal gemagtig word om 'n persoon aan te hou vir 'n tydperk van hoogstens ses maande as hy waarskynlik materiële getuie is vir die staat kan gee in strafverrigtinge betreffende die misdade sedisie, moord, hoogverraad, brandstigting, ontvoering, roof, sekere oortredings ingevolge die Wet op Onderdrukking van Kommuniste, sabotasie en huisbraak met verswarende omstandighede.<sup>4</sup> Die prokureur-generaal moet van mening wees dat daar gevaar bestaan dat met so 'n persoon gepeuter sal word of dat hy geïntimideer sal word of dat hy sal vlug of dat dit in sy belang of in belang van die regspleging is. So 'n persoon het nie aanspraak op toegang tot 'n regsvertegenwoordiger nie<sup>5</sup> en is nie eens geregtig op leesstof en skryfmateriaal nie.<sup>6</sup> Volgens subartikel 7 het die hof ook nie die bevoegdheid om die vrylating van so 'n persoon te gelas nie. Alleenopsluiting vir ses maande is 'n swaar lot vir enige persoon – ook vir 'n skuldige misdadiger.<sup>7</sup> Hier is dit gerig op getuies! Maar baie van die getuies het op die ou end beskuldigdes geword toe dit blyk dat hulle eintlik die misdadigers was.<sup>8</sup>

<sup>1</sup>Wet 37 van 1963.

<sup>2</sup>Op 11 Januarie 1965 kragtens proklamasie R 320, GGE 960 van 30 November 1964.

<sup>3</sup>Wet 56 van 1955.

<sup>4</sup>Sien Deel IIbis van die Tweede Bylae wet 56 van 1955.

<sup>5</sup>Subart 4 a 215bis wet 56 van 1955.

<sup>6</sup>*Rossouw v Sachs* 1964 2 SA 551 (A).

<sup>7</sup>Sien AS Mathews & RC Albino "The permanence of the temporary – an examination of the 90- and 180-day detention laws" 1966 *SALJ* 37 ev vir 'n insiggewende bespreking oor die moontlike effek op 'n aangehoudene.

<sup>8</sup>Vgl *A Survey of Race Relations in South Africa* 1966 77–83.



Ook die huidige artikel 108bis van die Strafproseswet<sup>9</sup> het sy deel aan kritiek gekry. Hierdie artikel magtig die prokureur-generaal om borgtog te weier indien 'n persoon gearresteer is op 'n klagte dat hy enige van die misdade reeds genoem by die vermelding van artikel 215bis van die Strafproseswet<sup>10</sup> gepleeg het indien die prokureur-generaal van mening is dat dit in belang van die openbare veiligheid of behoorlike regspleging is. So 'n persoon het nie die reg om hierdie beslissing in 'n hof te toets nie alvorens 'n tydperk van negentig dae verloop het.

Ander gevalle van alleen-aanhouding en die reg tot ondervraging deur die polisie is ook gekritiseer waar dit deur wetgewing gemagtig is, bv art 22 van die Algemene Regswysigingswet 62 van 1966, betreffende persone wat vermoed word terroriste of saboteurs of oortreders van sekere bepalings van die Wet op Onderdrukking van Kommunisme<sup>11</sup> te wees, en art 6 van die Wet op Terrorisme,<sup>12</sup> betreffende persone wat vermoed word terroriste te wees of wat oor informasie mbt terroriste beskik en dit weerhou.

Ook die prosedure van 'n summiere verhoor sonder 'n voorlopige ondersoek in sekere gevalle op bevel van die prokureur-generaal kragtens art 152bis van die Strafproseswet is gekritiseer omdat dit die beskuldigde die geleentheid ontnem om vooraf te weet wat die staat se saak is.<sup>13</sup>

Daar kan opgemerk word dat dit kenmerkend van hierdie tipe wetgewing is dat die oordeel van 'n amptenaar (die prokureur-generaal of 'n senior polisie-offisier in sekere gevalle) prakties finaal is.<sup>14</sup>

Die kritiek word gekenmerk deur 'n sterk standpuntinneming ten gunste van individuele vryheid met 'n beroep op die natuureg,<sup>15</sup> die *rule of law*<sup>16</sup> en die leerstuk van fundamentele menseregte.<sup>17</sup> Die beswaar is dat die regte van die individu aangetas word of kan word – die belangrikste synde in dié verband dat 'n beskuldigde geregtig is op die bystand van 'n regsvertegenwoordiger by arrestasie, dat hy so spoedig moontlik verhoor moet word, dat hy geregtig is op borgtog volgens die diskresie van 'n regterlike amptenaar en dat hy geregtig is op 'n voorlopige ondersoek in geval van 'n ernstige oortreding. Daar moet egter opgemerk word dat hierdie regte nog steeds in ons strafprosesreg bestaan.<sup>18</sup> *Sekere* persone kan dit egter ontnem word soos hierbo aangetoon, vanuit die veronderstelling dat die prokureur-generaal of die senior polisie-offisier 'n verant-

<sup>9</sup>Wet 56 van 1955.

<sup>10</sup>Deel IIBis van die Tweede Bylae wet 56 van 1955.

<sup>11</sup>Wet 44 van 1950.

<sup>12</sup>Wet 83 van 1967.

<sup>13</sup>Sien Hiemstra "Abolition of the right not to be questioned" 1963 *SALJ* 187 vir 'n sterk siening teen die voorlopige-ondersoek-prosedure.

<sup>14</sup>*Rossouw v Sachs* 1964 2 SA 551 (A).

<sup>15</sup>Sien John Dugard, "The judicial process, positivism and civil liberty" 1971 *SALJ* 181 185 186 (hierna aangehaal as: "The judicial process").

<sup>16</sup>Mathews & Albino "The permanence of the temporary" 1966 *SALJ* 37; Jean Davids "The courts and 180-day detention" 1967 *SALJ* 262; AS Mathews *Law, order and liberty in South Africa* Juta & Kie 1971 18-30.

<sup>17</sup>*Bulletin of the International Commission of Jurists* no 28 60 waar die "rule of law" "gepositiever" word tot 'n hele aantal subjektiewe regte.

<sup>18</sup>Sien a 84(1), 27, 29(3), 87, 88, 97, 98, 54 wet 56 van 1955.

woordelike mens is en dat sy mening nie uit sy duim gesuig word nie. 'n Groot mate van vertroue in hulle diskresie word van die onderdaan vereis. So verklaar Glanville Williams:<sup>19</sup>

“Thus a power of detention for questioning would certainly need to be used with wisdom and restraint. But this is not necessarily a reason for withholding the power from the police altogether. It should, of course, be limited to crimes of some gravity, and also subject to a limit of duration, and other safeguards . . .”

'n Verdere beswaar wat geopper word, is dat hierdie soort wetgewing nie nodig is in 'n staat van vrede nie.<sup>20</sup> Sogenaamde “veiligheidswetgewing” behoort net toegelaat te word in geval van 'n staat van oorlog of 'n verklaarde noodtoestand en behoort nie deel te vorm van ons permanente regstelsel nie.<sup>21</sup> Teenoor laasgenoemde siening is dié van die owerheid soos uiteengesit in 'n verslag van *Die Transvaler* van 25 Mei 1972 9:

“Volgens mnr Vorster het die veiligheidsopset vir Suid-Afrika nodig geword omdat oorlogvoering die jongste tyd so verander het. Vroeër is intelligensiepogings meestal op die buiteland toegespits, maar toe kon 'n mens op oorloë voorberei omdat jy dit maklik kon bepaal en formele oorlogsverklarings dit voorafgegaan het.

“In die loop van jare het 'n nuwe element belangrik geword. Dit is die sagmaakproses van lande wat jou wil omverwerp. Die sagmaakproses het verskeie fasette, soos die revolusionêre ondermyning van die gesagstruktuur van die staat.

“Uit ervaring weet die Republiek ook van ander sagmaakmetodes soos sabotasie, mense wat nie huiwer vir politieke moorde en politieke skakings nie en terroriste. Dit bly egter nie by fisieke geweld nie; verdagmakers, boikotte en isolasie is wapens om lande van hul moontlike bondgenote te vervreem. Dit word in toenemende mate 'n magtige wapen in die hande van vyandelike lande.”

Die kritici van die wetgewing se houding is dat:

“Departures from traditional procedure are only proper in times of genuine emergency not created by the government itself. In the Republic many departures have been justified by the need to preserve order. It must, however, be remembered that law has from its beginnings been associated not merely with order but also with justice. In the long run order is as dependent upon justice as justice is upon order. A government which enforces an unjust policy through law has little hope of preserving order. It certainly has no moral right to abandon time-honoured procedures and safeguards.”<sup>22</sup>

In die *Verslag van die kommissie van ondersoek na aangeleenthede betreffende die veiligheid van die staat*<sup>23</sup> verklaar appèlregter Potgieter:<sup>24</sup>

“Vanweë die heersende vyandige situasie waarin die Republiek hom bevind, word die veiligheid van die staat op bykans elke terrein van die samelewing bedreig.”

Daarteenoor verklaar prof AS Mathews in *Law, order and liberty in South Africa*:<sup>25</sup>

<sup>19</sup>“Questioning by the police: some practical considerations” 1960 *Criminal Law Review* 334.

<sup>20</sup>John Dugard “1570 revisited: an examination of South African criminal procedure and the ‘Hiemstra proposals’” 1970 *SALJ* 411 ev; AS Mathews, “A bridle for the unruly horse” 1964 *SALJ* 324 325; John Dugard “The judicial process” 198.

<sup>21</sup>Sien die bronne by noot 20.

<sup>22</sup>AS Mathews “A bridle for the unruly horse” 1964 *SALJ* 324 325; Sien ook Mathews en Albino, “The permanence of the temporary” 1964 *SALJ* 43.

<sup>23</sup>Staatsdrukker Pretoria RP 102/1971.

<sup>24</sup>bl 28 par 105.

<sup>25</sup>1971 Juta & Kie 148.

“The country is manifestly in a state of peace and the executive and administrative organs of government are operating quite unhampered by security threats.”

In die saak *Wolpe v Officer Commanding South African Police Johannesburg*<sup>26</sup> is gesê:

“Dit ly myns insiens geen twyfel nie dat die polisie in die eerste plek voorkomende pligte het ten aansien van misdade wat gerig is teen die veiligheid van die staat en die versteuring van die openbare orde. As grond hiervoor kan aangevoer word die bekende gesegde van Anatole France naamlik dat die belange van die geregtigheid heilig is, die belange van die oortreder dubbel heilig maar die belange van die gemeenskap drie maal heilig is.”

Daarteenoor verklaar prof Dugard:<sup>27</sup> “The principles which I have enunciated are designed to promote the prime legal value of our legal tradition – the worth of the individual.” En in dieselfde verband konstateer Laski:<sup>28</sup> “Order, surely, is not the supreme good, and rebellion has not always been wrong.” Helen Silving<sup>29</sup> sê:

“Each rule of criminal law or procedure, each verdict, judgment or sentence, each act of execution should be a goal-directed decision rather than a groping attempt at finding casuistic justice by a method of *ad hoc* compromise. When evaluating any rule in its bearing on the total system directed to realization of the chosen scheme of values, account must be taken of the phenomenon of change of the social and legal situation.”

En so kan ons aangaan. Dit bly ’n geval van: soveel hoofde, soveel sinne! Maar elkeen het ’n waarheidsmoment beet. Die individu is belangrik. Die staat is belangrik.

## II DIE REGTE VAN DIE INDIVIDU

Die natuurreg sowel as die *rule of law* met al hulle nuanses, word aangewend om die regte van die individu te beklemtoon en om die persoonlike vryheid sover moontlik te beskerm. Albei hierdie begrippe het ’n lang geskiedenis. Gemeenskaplik aan beide is dat dit ’n “hoër reg,” ’n “dieper reg” as mensgemaakte reg erken. Dit vind ook aansluiting by die Calvinistiese “regsiede” – die reg in sy volmaaktheid gedink.<sup>30</sup>

Met reg kan ook gesê word dat niemand eintlik weet wat dit is nie. Rudolf Wiethölter<sup>31</sup> toon op oortuigende wyse aan dat natuurregte eintlik as politieke wapen gebruik is vir politieke alibi’s; soos hy dit stel: “[t]ot die stomp geworde wapen in die jaar 1900 weggegooi is”.<sup>32</sup> Sir John Wessels verklaar dan ook in 1908:<sup>33</sup>

“The whole theory of the Law of Nature is now so thoroughly exploded that it is difficult for the modern student to imagine how the jurists of former years ever came to attach such importance to the abstraction – Natural Law.”

<sup>26</sup>1955 2 SA 87 94.

<sup>27</sup>“The judicial process” 198.

<sup>28</sup>*Liberty in the modern state* Allen & Unwin 1961 78.

<sup>29</sup>*Essays in Criminal Science* Sweet & Maxwell 1961 77.

<sup>30</sup>LJ du Plessis “Inleiding tot die algemene regsleer of jurisprudentie” – *Die Verkennerreeks* no 5 bl 7.

<sup>31</sup>*Rechtswissenschaft* Fischer Bücherei 1970 53-58.

<sup>32</sup>“bis die stompf gewordene Waffe im 19. Jahrhundert weggeworfen wurde”; bl 58.

<sup>33</sup>*History of the Roman-Dutch Law* 291.

Ook die *rule of law* het so baie betekenis dat dit, soos die natuurreg, eintlik onhanteerbaar word.<sup>34</sup> Alhoewel Mathews<sup>35</sup> ontken dat die *rule of law* 'n politieke prinsiep is, maak hy ook daarvan 'n voorwetenskaplike veronderstelling. Hy verklaar:

“The foregoing analysis of the nature of law seems to justify the conclusion that the rule of law, when limited to the idea of legality, is in a profound sense expressive of the idea of law itself.”

Jennings kom tot dié slotsom:

“The truth is that the rule of law is apt to be rather an unruly horse . . . If analysis is attempted, it is found that the idea included notions which are essentially imprecise.”<sup>36</sup>

Die beswaar teen die natuurreg, die *rule of law*, die regsïdee, tewens teen enige abstrakte begrip van die reg, is dat dit onseker van inhoud is en dat elkeen daaraan inhoud verleen soos dit hom pas.<sup>37</sup> En tog vind ons dat hierdie gedagte van 'n “hoër reg”, soos die spreekwoordelike kat, maar altyddeur weer terugkom. Veral onder die invloed van die “International Commission of Jurists for The Rule of Law” geniet die gedagte tans wye belangstelling. Die feit bly staan dat die “hoër reg”-gedagte wêl invloed uitoefen op die reg en veral sekere riglyne aanwys wat op die beskerming van die individu dui.<sup>38</sup> (Soos later aangetoon sal word, kan dit ook vir die teenoorgestelde doel gebruik word.) Hierdie invloed bestaan juis omdat die grondslag voorwetenskaplik is, omdat dit gaan oor 'n eie siening van wat die reg behoort te wees en omdat dit eie is aan die mens om sy oortuiging uit te leef. Ook die Christen sal hom moet verantwoord oor wat sy oortuiging hieroor is en hoe hy dit uitleef. Die juris is tewens veel meer as net juris – hy is ook mens in die totale sin daarvan. Met die oog hierop is Calvyn se woorde tekenend. Hy sê nl:

“Waar ons gehoorsaamheid aan die owerheid verkondig moet ons egter toesien dat dit ons nie afeel van die gehoorsaamheid aan God nie. Want aan Sy wil moet ook die wil van die konings onderworpe wees. Voor Sy majesteit moet ook hulle septers swig. Hy is die Koning van die konings na wie se stem ons moet luister. Daarom onderwerp ons ons aan dié wat oor ons gestel is.”<sup>39</sup>

Sowel die natuurreg as die *rule of law* word aangewend om die persoonlike vryheid sover as moontlik teen inmenging deur die owerheid te be-

<sup>34</sup>JP VerLoren van Themaat, *Staatsreg* 2e uitg 124-126; B Beinart “The Rule of Law” *Acta Juridica* 1962 99.

<sup>35</sup>*Law, order and liberty in South Africa* 10-11.

<sup>36</sup>*The law and the constitution* 5e druk 1959 60 e.v. Sien egter ook AS Mathews “A bridle for the unruly horse” 1964 *SALJ* 312 e.v. waar Jennings gekritiseer word.

<sup>37</sup>Wiethölter *op cit* 58: “Jedes Volk hält das für Naturrecht, was es gelernt hat” (verwysende na Grotius).

<sup>38</sup>VerLoren van Themaat *op cit* 125; AS Mathews “A bridle for the unruly horse” *ibid* 324: “The fact that a rule cannot be absolute does not destroy the usefulness or importance.” *Contra* Wiethölter oor die natuurreg *op cit* 58: “Die Geschichte der Naturrechte zeigt auch, wie wenig sie zur Rechtskulturentwicklung wirklich beigetragen haben . . .”

<sup>39</sup>*Inst* 4 20 32, vertaling en verkorte weergawe deur ds A Duvenage met medewerking van prof LJ du Plessis, Sacum Beperk 1951 455.



skerm.<sup>40</sup> Nou verbonde hieraan is die leerstuk van “basiese menseregte” of “fundamentele vryhede” wat veral in Amerika besondere toepassing vind.<sup>41</sup> Verskillende pogings is aangewend om aan te dui wat individuele vryheid of wat die regte van die individu eintlik behels. Sekere state, wo Amerika, Wes-Duitsland en Frankryk, beskerm sekere menseregte in ’n meerdere of mindere mate in hulle grondwette – maak dus positiewe reg van die abstrakte. Verder het veral die VV met sy “Commission on Human Rights” hom beywer vir nadere omskrywings en het hy byvoorbeeld in Januarie 1962 sy konsep vir beginsels rakende vryheid van arbitrêre arrestasie en aanhouding geformuleer. Ons dink ook aan ’n aantal menseregte soos uiteengesit in die VV se “Universal Declaration of Human Rights” van 1948:

art 1 “All human beings are born free and equal in dignity and rights.”

art 3 “Everyone has the right to life, liberty and security of person.”

art 8 “Everyone has the right to an effective remedy . . . for acts violating the fundamental rights granted him by the Constitution or by law.”

art 9 “No-one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile.”

art 10 “Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination . . . of any criminal charge against him.”

art 19 “Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas.”

Al die menseregte is egter onderworpe aan beperkinge veroorsaak deur die regte van andere. Ek kan nie van X sê net wat ek wil nie, want X is ook geregtig op sy goeie naam. ’n Opweging van hierdie relatiewe belange moet dus geskied.<sup>42</sup> Dit is opmerklik dat daar ’n – ’n mens kan amper sê, intuïtiewe – erkenning van hierdie beginsel is wanneer individu teenoor individu te staan kom, alhoewel daar verskil mag word oor wie se reg voorrang moet geniet in geval van botsing, maar dat wanneer die individu teenoor ’n gesagsliggaam, soos die staatsowerheid, te staan kom, die neiging is om alle simpatie by die individu te skaar. Dié houding word miskien getipeer deur die opmerking van regter Harcourt in *S v Dawson*:<sup>43</sup>

“This Court . . . must act as buttress between the citizen and the government, be it national, provincial or local government, to ensure that citizens’ rights . . . are maintained.”

<sup>40</sup>Dicey *Introduction to the study of the law of the constitution* 10e uitg 202; Mathews *Law, order and liberty in South Africa* 5-17 is van mening dat die “rule of law” basies inhou “government under the law” en nie slegs “government by law” nie (vgl bl 3); VerLoren van Themaat *op cit* 119.

<sup>41</sup>VerLoren van Themaat *op cit* 127.

<sup>42</sup>VerLoren van Themaat *op cit* 128; Knodel *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht* (1962) 7; Maurach *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil* (1969) 106 en 107.

<sup>43</sup>1966 1 SA (N) 260.

Hier spreek die hof van gepositiveerde of neergelegde regte, maar waar ons met die meer abstrakte begrip van menseregte te doen het, word dié regte moeilik hanteerbaar. Die grondgedagte bly steeds dat die reg nie blote positivisme is nie maar dat die reg gemeet moet word aan 'n hoër orde. Vir die Christen is hierdie orde Godswil. Die gepositiveerde reg is nog lank nie volmaakte reg nie en die strewe na die regsídee of ideale reg sal altyd daar wees. En solank dit daar is, sal daar soveel begrippe daaroor wees as wat daar juriste is wat hulle die moeite troos om daaroor te besin. Of hy humanis, panteís of Christen is; of hy konserwatief en of hy liberaal is, positiver hy sy begrippe *vir homself* as norm soos hy dit sien, leef daarvolgens as hy integriteit het, en meet die bestaande dinge, ook die reg, daaraan. As hy die mag gehad het,<sup>44</sup> sou hy dan ook sy *vir-homself-gepositiveerde* norm in die algemeen positiver en as neergelegde reg afdwing. Vir die Christen spruit hierdie behoefte van die mens voort uit die feit dat die mens nie bloot deur God op die aarde geskep is nie, maar dat hy op die aarde geplaas is met 'n taakopdrag of -opdragte wat hy moet uitvoer,<sup>45</sup> en waaroor hy verantwoordings moet doen. Juis hierdie afhanklikheidsverpligting van die mens tot God verleen aan die mens sy regte teenoor ander mense en teenoor die staat. As ons dus sê “die mens behoort sy roeping te vervul” (pligsvervulling dus), beteken dit ook “die mens het die reg om sy roeping te vervul.” So gesien is regte en pligte twee kante van dieselfde muntstuk.<sup>46</sup> Die mens se pligsvervulling teenoor God wat aan hom sekere regte teenoor ander mense en instansies verleen, moet eerbiedig word. In dié sin is daar ook waarheidsmomente in die humanisties-liberale siening dat die mens die begeerte het dat sy lewe en besluite van homself afhanklik moet wees. Mathews<sup>47</sup> stel dit so:

“Positive freedom, then, implies the power or ability to play a determinative role in shaping the conditions of one's society. The view of man which it expresses is that of a rational self-determining being.”

Dit vloei vir die humanis voort uit die inherente waardigheid van die mens. Tereg merk Stoker op:<sup>48</sup>

“Hierin is 'n humanistiese verabsoluttering opgesluit en dit word verder eensydig betrek op die individu, asof nie ook elke samelewingskring (kragtens sy status en doel) eerbied verdien en ‘waardig’ is nie.”

Ook die owerheid het “waardigheid”.

In die verhouding owerheid-onderdaan ontstaan spanningsmomente as die owerheid nie die siening van die individu deel nie en moontlik 'n teenoorgestelde siening deur wetgewing positiver – iets wat die individu

<sup>44</sup>HG Stoker *Die aard en die rol van die reg – 'n wysgerige besinning* (RAU 1970) 36: “Om volgens reg te handel en om reg te vorm en te handhaaf, is mag as middel nodig.”

<sup>45</sup>Stoker *op cit* veral 64-65: “Waarom sou ons menslike reg ten diepste nie as ampsbediening mag opvat nie?”

<sup>46</sup>Ek het die plig om my kinders op te voed, maar ek het ook die reg om dit te doen. Ek het die plig om jou te betaal maar ek het ook die reg dat jy my pligsvervulling moet eerbiedig, dat jy dus die geld in ontvangs neem.

<sup>47</sup>*Law, order and liberty* 277.

<sup>48</sup>*op cit* 36.

moontlik graag self met sy eie siening sou wil gedoen het, soos hierbo aangetoon. As menseregte aangetas word, die “vryheid” van die mens geraak word, omdat die owerheid ’n ander siening het oor die voorkeur in geval van ’n opweging van belange teen mekaar, is die vet in die vuur en word maklik gesê dat die regsorde vernietig word, die Reg (met ’n hoofletter R) aangetas word. Inderdaad is dit egter ’n botsing van voorwetenskaplike menings oor beleid – hoe dit behoort te wees.

### III DIE STAAT

Die woord “staat” word nie altyd in dieselfde sin gebruik nie.<sup>49</sup> Die sin waarin dit hier gebruik word, is dié van ’n owerheidsorganisasie.

“As regshandhawer het die staat gesag, dws die bevoegdheid tot heerskappy, want die reg kan alleen deur heerskappy gehandhaaf word; die staat is ’n owerheidsorganisasie. Maar die owerheidsgesag van die staat word bepaal en beperk deur sy bestemming tot regshandhawing. Alleen in so ver regshandhawing vereis word en nie anders dan deur die staatsmag tot stand kan kom nie, is die staatsowerheid bevoegd tot optrede; . . . dit is sy soewereiniteit.”

So spreek LJ du Plessis in *Die moderne staat*.<sup>50</sup> Volgens hierdie beskouing is dit die beoordelingstaak van die owerheid om vas te stel of staatsmag noodsaaklik is vir regshandhawing – ’n baie delikate beoordelingstaak – en om in roepingsvervulling dan dienooreenkomstig op te tree. Calvin<sup>51</sup> stel ook sy vereistes soos volg:

“Want hoeveel eerlikheid, versigtigheid, sagmoedigheid en onberispelikheid moet sulke mense hulleself nie opleë nie wat weet dat hulle geroep is as dienaars van die goddelike reg. Want as hulle hulself in een of ander opsig vergryp aan hulle amp doen hulle nie net mense onreg aan nie, maar ook God wie se heilige regte hulle ontheilig. Hulle is stadhouers van God en sal eenmaal rekenskap moet aflê van die wyse waarop hulle hul amp bedien het.”

Verder, sê Calvin,<sup>52</sup> is dit “die roeping van die owerheid om die vryheid van sy onderdane te beskerm en nie te vernietig of te skend nie” en om “die algemene welvaart en vrede [te] bevorder.”<sup>53</sup> Die reg wat die staat moet handhaaf is die goddelike reg. Krüger<sup>54</sup> praat van die “harmoniese deur God gewilde wêreldorde in die algemeen” en vervolg dan:

“Ook vir die wêreldse vredesbegrip is orde in die sin van blote ooreenstemming van gedrag met reëls nie genoegsaam nie. Ook hierdie begrip verlang veel eerder ’n aan die geregtighedsmaatstaf gemete ware orde.”<sup>55</sup>

<sup>49</sup>VerLoren van Themaat *op cit* 415.

<sup>50</sup>Pro Ecclesia-Drukkery (1941) 69 waar hy prinsipieel die Calvinistiese standpunt weergee. Sien ook Herbert Krüger *Allgemeine Staatslehre* Stuttgart 721-726. Op bl 722 stel hy dit dan ook so: “. . . aber er existiert nicht eigentlich, wenn er nicht als Rechtsstaat existiert.” So ook dr J Albert Coetzee *Nasieskap en politieke groepering in Suid-Afrika* (1652-1968) (Transvaalse Uitgewersmaatskappy Bpk 1969) bl 12: “Die staat is ’n regsorganisasie met gewelddwanggesag wat tot die uiterste graad geld om die reg toe te pas vir handhawing van die orde.”

<sup>51</sup>*Inst* 4 20 6.

<sup>52</sup>*Inst* 4 20 8.

<sup>53</sup>*Inst* 4 20 9.

<sup>54</sup>*op cit* 715.

<sup>55</sup>*op cit* 715 (my vertaling).

Die staat het dus 'n afhanklikheidsverpligting: volgens die Christen tot God, volgens die humanis tot sy onderdane; en dit verleen aan die staat (soos aan die individu) sekere regte – in hierdie geval teenoor ander state en teenoor sy onderdane. Die staat het ook die plig en reg om sy roeping te vervul. Net soos die individu in sy roepingsvervulling moet beantwoord aan 'n hoër reg – so ook moet die staat. Net soos die individu se opvatting van die hoër reg voorwetenskaplik is, so ook is die staat se opvatting voorwetenskaplik. Soos die individu hom beroep het op die hoër reg vir die aksentuering van sy regte, so het die staat hom ook beroep op die natuureg, goddelike reg, ideale reg vir aksentuering van sy reg tot magsuitoefening. Wiethölter spreek hom soos volg daaroor uit:<sup>56</sup> “Die natuurregtelike reg skyn sonder wortel te wees, in elk geval sonder bindende krag. Ons vind slegs rigtinge en skole. Ons vind die oplossing van die reg in gedragswyses en metodes. Ons vind die oplossing van die reg in meervoudige wêreld-beskoulike belydenisse of weerspieëlings van geldende kultuurtoestande. Ons vind veral – en ook tans is daar nog 'n leidende skool hiervan – die oplossing van die reg in irrasionele, idealistiese waardebeplanning – sisteme sonder baie verdraagsaamheid en sonder bruikbare afleidingsnorme. Ons vind ook die oplossing van die reg in teologisering met katolieke en – in 'n mindere mate – protestantse stempel, met skakeringe van die neo-Thomisme, die neo-Aristotelisme asook die openbaringsgeloofreg. Ons vind die oplossing van die reg in die ten volle geformaliseerde toerekeningsleer (Kelsen, Uppsala-skole). Ten slotte vind ons ook die konsekwente neovoluntarisme, die oplossing van die reg in die wilsbesluit en die denke van konkrete ordening. Carl Schmitt, die Hobbes van die Fascisme, is die wegberaader. Staat – verandering – volk is Schmitt se ordeningspatroon, waarin die staat nie meer 'n monopolistiese beleidsinstansie is nie, maar die orgaan word van die leier van die verandering. Geen wonder dat na 1933 'n regsorde teenoor die natuurregsleringe en positivisme tot stand kom wat as slagspreuk vir die ware natuureg neem: die eenheid van normatiewiteit en positiewiteit, van reg en wet, van mag en reg. Themis en Dike vind in Adolf Hitler die leier van die verandering. Op so 'n manier het hierdie natuureg ontpop. (‘Die grondslag van die bestaan van die reg kan niks anders wees as die grondslag van die bestaan van die nasie nie’, so verklaar Adolf Hitler in die regeringsverklaring van 23 Maart 1933; ‘die regering behoort met brutale onverbiddelikheid die idee van reg volgens sy opvatting deur te voer, steunende op die werklike gesag van die mag van die staat’, so verklaar Adolf Hitler in 'n toespraak van 12 April 1932.) Idee en wil was Hitler se liefingswoorde. Idee en wil is die kern van die idealistiese en willekeurige natuurregte.”

Aldus Wiethölter.

Dit is dan geen wonder nie dat die juris naderhand uit pure moedeloosheid oor die onvatbaarheid van die hoër reg hom wend tot positivisme en eenvoudig sê: die wet is die reg en die reg is die wet! Die staat, synde dan die liggaam wat wette maak, het hiervolgens dan ook die laaste woord oor wat die reg behoort te wees en dit lê dan nie op die weg van die indivi-

<sup>56</sup>op cit 56 (my vertaling).



du om hierdie staatsbeleidsvorming soos in wetgewing openbaar, te kritiseer nie. So eindig ons by die leer van staatsabsolutisme. Hierdie leer moet die Christen, saam met die aanhangers van die natuurregsteorieë, verwerp omdat dit nie op die staat 'n verantwoordingsplig lê nie.

#### IV 'N POGING TOT 'N REALISTIESE SIENING IN DIE ALGEMEEN

Uit wat tot dusver gesê is, kan die afleiding gemaak word dat spanningsmomente tussen die owerheid en onderdaan o.a. ontstaan uit teenstrydige voorwetenskaplike keuse-uitoefeninge. Die bepaalde keuse-uitoefeninge kan nie rasioneel geregverdig word nie en kan nie aan 'n wetenskaplike maatstaf gemeet word nie.<sup>57</sup> Die selfgenoegsaamheid waarmee individue en owerhede dikwels hul eie sieninge verhef tot "ewige waarhede" vind ek jammer, maar tog begryplik. Die beswaar is nie teen die feit dat daar 'n voor-wetenskaplike keuse-uitoefening is nie. As dit nie daar was nie sou die mens en ook die staat verval het in 'n toestand van neutraliteit of in 'n verabsoluttering van die relatiwiteit, wat verwerplik is. Die wete dat ek deur 'n spieël in 'n raaisel kyk en daarom op die ou end verkeerd blyk te gewees het, bring 'n besef van onvermoë en vernietig selftevredenheid maar vernietig nie die opdrag om te doen nie.

Solank daar mense is, sal daar altyd dié wees wat meer liberaal na links leun ten gunste van die vryheid van die individu, en dié wat meer konserwatief na regs leun ten gunste van die vryheid van die staat en staatsorde. En hulle sal ewiglik verskil oor wat behoort te wees. Hulle moet ook verskil. Wat begryp die mens tog van die effek van wisselwerkings? In sy eenvoudigste vorm gesien, as ek bv sê: "X is reg" en Piet sê: "Y is reg", en X en Y bots, mag dit net miskien so wees dat uit hierdie botsing, hierdie spanning, Z gebore word, wat inderdaad reg is. In dié opsig is daar ook sekere waarheidsmomente in die kommunistiese filosofie. Jan A du Plessis<sup>58</sup> vat dit soos volg saam:

"Die gedagtegang van die [kommunistiese] filosofie word vervat in die stryd tussen twee teengesteldes waaruit die ontwikkeling van die wêreld verklaar word . . . Die Sowjet-kommunisme aanvaar dat daar in elke samelewing kragte is wat mekaar teëwerk . . . Uit hierdie konflik wat in vele vorme na vore tree, soos onder meer stakings om hoër lone en toegewings aan die kant van die regering, kom die gestadige evolusionêre ontwikkeling van die samelewing na vore. In 'n bepaalde stadium bereik die konflik sy klimaks wat tot 'n revolusie lei. Daardeur vind 'n vinnige verandering binne die samelewing plaas."

Die kommunisme maak o.a. gebruik van 'n gegewendheid – maar dit kan alleen tot revolusie lei as daar 'n onverdraagsame spanning ontstaan. Verdraagsaamheid is van die sterkste wapens teen kommunisme want dit druis in teen die grondgedagte van die kommunistiese ideologie. As die individu onverdraagsaam is teenoor die owerheid, word dit 'n teelaarde vir die

<sup>57</sup>Dugard "The judicial process" 188 ev oor die "inarticulate premiss" waaraan regters onderworpe is. Sekerlik is ook alle mense daaraan onderworpe – ook die staatsowerheid – en dit beïnvloed die keuse-uitoefening.

<sup>58</sup>"Die filosofie van die grafskrif," IBC-studiestuk no 62 (PU vir CHO) 7-8.

kommunisme. Maar die omgekeerde behoort ook waar te wees. As die owerheid onverdraagsaam is teenoor die individu, word dit ook 'n teelaarde. Die kommunis sal nie vra wie die onverdraagsame spanning veroorsaak het nie. Hy sal heeltemal gelukkig wees daarmee dat dit daar is en dit dan probeer manipuleer soos dit hom pas. Daarteen moet gewaak word dat iemand as kommunist bestempel word omdat hy iets sê wat 'n spanning kan veroorsaak en die kommunisme dit *kan* gebruik. Dit is eers as hy so 'n situasie skep *sodat* die kommunist dit moet gebruik dat hy hom vereenselwig met hulle doelstellings. Kritiek teen die owerheid omdat hy wette maak soos voorheen genoem, is 'n faktor wat spanning kan veroorsaak. Moet 'n mens dan swyg omdat die vyande van die staat dit as wapen kan gebruik? Om hieroor te besluit, nl om te swyg of te praat, moet 'n mens oordeel volgens beskikbare feite. Is dit nie moontlik dat daar minder kritiek sal wees as die onderdaan meer weet van die feite op grond waarvan die owerheid van mening is dat die veiligheid bedreig word nie? Kan inter-staatlike dialoog nie ook meer dikwels intra-staatlik toegepas word nie? As die owerheid egter van mening is (en moontlik tereg) dat dit nie raadsaam is nie vanweë openbare orde, of buitelandse beleid of ekonomiese faktore, kan kritiek teen sulke ingrypende wetgewing verwag word en behoort die kritiek nie deur die owerheid verkleineer of selfs geïgnoreer te word nie. Die owerheid behoort kennis te neem van die ontevredenheid en dit te evalueer, selfs al is die kritiek na die mening van die owerheid met die feite tot hulle beskikking nie gegrond nie. In *Die Transvaler* van 12 September 1952 verskyn die volgende verslag:

“Dit het nou blykbaar 'n nuwe mode geword dat regters wette wat deur die parlement aangeneem word, in die howe kritiseer. ‘Dit word nou bietjie vervelend,’ het die Minister van Justisie . . . gesê en . . . as die parlement fouteer deur 'n sekere wet te maak, berus dit by die kiesers om dit reg te maak, nie by die regbank nie, het spreker gesê.”

Afgesien van die feit dat dit neerhalend is, kan 'n mens wel appèlregter Potgieter se woorde aanhaal in die *Verslag van die kommissie van ondersoek na aangeleenthede betreffende die veiligheid van die staat*<sup>59</sup> waar hy sê:

“Ek is terdeë bewus daarvan dat 'n minister in die gewone loop van sake beter oor die belange van die staat kan oordeel as 'n hof, nie net omdat dit sy daaglikse taak is waarvoor hy verantwoordig moet doen nie, maar ook omdat hy oor meer inligting beskik. Maar die regsadministrasie is ook een van die hoogste belange van die staat, en daaroor kan 'n hof beter oordeel as 'n minister wat nie daagliks daarmee besig is nie.”

Die owerheid moet versigtig wees om nie van ons regbank in te veel gevalle 'n blote administratiewe liggaam te maak nie – bv deur minimumvonnisse voor te skryf as dit nie absoluut noodsaaklik is nie. So iets skep die indruk dat die owerheid nie genoeg vertrouwe in die regbank het nie en skep ontevredenheid in die regspleging. Ontevredenheid bring kritiek en moontlike onvrede.

Soos die regter is ook die akademikus 'n mens wat in en uit die volheid van sy menswees moet lewe en daarvoor verantwoording moet doen aan God. Daarom is die houding dat die akademikus hom by sy vak moet be-

<sup>59</sup>op bl 81.

paal en politiek moet oorlaat aan die politici onhoudbaar. Want politiek is beleid en beleid berus op oortuiging en oortuiging moet uitgeleef word. Vanselfsprekend sal die medikus hom uitspreek oor geneeskundige wetgewing. Vanselfsprekend sal die juris hom uitspreek oor die regsorde as wette wat dit tref hom in sy oortuiging raak. Maar ook hy behoort dit nie op 'n neerhalende toon te doen nie, want dit getuig van onverdraagsaamheid en selfgenoegsaamheid.

## V 'N POGING TOT 'N REALISTIESE SIENING VAN SEKERE WETGEWING RAKENDE DIE STRAFPROSESREG

Dit is 'n beginsel van ons strafreg dat 'n persoon geag word onskuldig te wees totdat hy skuldig bevind is. Dit is 'n juridiese veiligheidsbegrip maar nie 'n realistiese werklikheidsbegrip nie. Sekerlik is daar baie persone wat inderdaad in werklikheid skuldig is maar juridies onskuldig bevind word.<sup>60</sup> Met hierdie vraag bemoei die strafreggeleerde hom dan ook o.a. nl juridiese skuld of onskuld. Die owerheid beweeg egter op 'n ander vlak en het te doen met gemeenskapsordening in die breë. Daarom het die owerheid veel meer belang by die *werklike* skuldigheid of onskuldigheid van die betrokke. Hoe ernstiger die misdaad, hoe groter word hierdie owerheidsbelang, en dit behoort effektief uitgeleef te word. 'n Afweging van 'n *verskeidenheid* van belange moet plaasvind waarvan die vryheid van die individu maar een is – alhoewel dit 'n belangrike een is. Dit is by nie so belangrik vir staatsvrede as 'n “gewone” persoon saakbeskadiging sou pleeg nie, maar as hy dit sou pleeg en van voorneme is om dit aanhoudend te doen om die staat te ontwrig, dan word hy 'n saboteur. Hierdie voorneme sal in die normale juridiese verkeer eers *ex post facto* blyk – nadat die skade reeds gedoen is. Dit spreek ook vanself uit die aard en doel van die staat dat hy die plig en reg het om voorkomend op te tree. Hoe ernstiger die bedreiging vir die staatsvrede word, hoe sterker tree die voorkomingsplig en -reg na vore met 'n gevolglike vermindering van aanspraak op voorkeur deur ander instansies, soos die vryheid van die individu. Hierdie afweging van belange is die staat se taak en daarmee moet hy hom op verantwoordelike wyse besig hou volgens sy insigte en met die middele tot sy beskikking. In geval van oorlog twyfel weinig daaraan dat die staat die reg het om sekere van sy onderdane aan te sê om die wapen op te neem. Waar ons met voorkomingsaksies te doen het, en voorkoming alleenlik kan geskied as daar vooraf informasie verkry is wat die bedreiging blootlê, is ek van mening dat die staat ook middele moet aanwend om die informasie te verkry, o.a. deur aanhouding van verdagtes en selfs getuies. Welke morele reg het 'n onderdaan om onder die vaandel van wat ook al die vrugte van die boom te geniet, dit wat die staat hom bied te geniet, maar te weier om die boom wat die vrugte dra water te gee? Hy moet ook sy deel bydra tot staatsorde, soms met opofferinge, en ter wille van die gemeenskap, selfs verplig word daartoe – soos om getuienis te gee.

Die doel van die strafreg is nie om soveel misdadigers as moontlik onbereg te laat of te laat vrykom nie en is ook nie primêr om die regte van

<sup>60</sup>Vgl Hiemstra “Abolition of the right not to be questioned” 1963 *SALJ* 187 ev.



die individu te beskerm nie. Die doel van die strafreg is primêr om die versteuring van die harmonie in die regsorde te vergeld deur die misdadiger wat die disharmonie veroorsaak het, te straf.<sup>61</sup> Vanweë ons akkusatoriese strafprosesstelsel is daar 'n sterk saak voor uit te maak dat die skaal normaalweg ten gunste van die misdadiger gelaai is,<sup>62</sup> maar as die misdaad 'n sekere graad van erns bereik het, tree ander belange sterker na vore as bloot dié van juridiese skuld of onskuld. Die vryheid van die individu en sy "onaantasbare" regte moet terugstaan. Dit is die staat se taak om te oordeel wanneer dit moet geskied.

Die gewraakte wetgewing wat ons genoem het, gee na my mening uiting aan hierdie gedagtes. In *beginsel* is diesoortige wetgewing na my beskeie mening in orde. Of dit *nodig* is om hierdie beginsel tans effektief toe te pas, is primêr die staat se beoordelingstaak, en omdat dit dit is waarmee hy hom besig hou, het hy meer feite tot sy beskikking om te kan oordeel as die individu. Dit verhef egter nie die staat se oordeel bo kritiek nie. Of die wetgewing *na inhoud* te veel magte aan amptenare gee, is 'n ander vraag waarop nie nou ingegaan word nie.<sup>63</sup>

Glanville Williams<sup>64</sup> raak sekere aspekte van hierdie probleme aan waar hy verklaar:

"Perhaps the real reason why we are afraid to allow the police to question persons accused of [ek voeg by: 'suspected of'] crime is that we fear the very efficiency of the proceeding. Few criminals can remain completely silent under persistent questioning; and if they answer, they are likely to give themselves away . . ."

Die geskiedenis van die "ideale" regsgedagte het getoon dat dit vir selfs 'n Hitler bruikbaar was. Die "ideale" reg is geen waarborg vir vryheid en vrede nie. Miskien moet ons minder vertrou in sisteme en begrippe plaas en meer vertrou in mense. Wat van belang is, is hoe die mens die begrippe en sisteme aanwend. Die owerheid fouteer soos alle mense, maar soos ons verdraagsaam moet wees teenoor die foute van mense, so moet ons ook verdraagsaam wees teenoor die foute van die owerheid. As ons verskil oor beleid, dan verskil ons oor beleid en kritiseer dit, maar sonder selfgenoegsaamheid en haatdraendheid.

Miskien is dit tóg so dat ons vrede en welvaart geniet as gevolg van die staat en nie ten spyte van die staat nie.<sup>65</sup> □

<sup>61</sup>Van Bemmelen & Van Hattum *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht* (1953) 1; De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (2e uitg) 1.

<sup>62</sup>Hiemstra *op cit* 187 ev.

<sup>63</sup>*Verslag van die kommissie van ondersoek na strafprosedure en bewyslewering* (Staatsdrukker 1971) 57 par 11 20 4: "Die enigste vraag . . . is . . . of die bevoegdhede wat deur artikel 215bis (1) verleen word nie onder regterlike beheer geplaas behoort te word nie." Sien ook par 11 20 7 van dieselfde verslag.

<sup>64</sup>*op cit* 340.

<sup>65</sup>Krüger *op cit* 831.



# Die aksie op grond van troubreuk

PM Bekker

Universiteit van Pretoria

## SUMMARY

In this discussion of breach of promise actions it is shown that South African courts have in the past blindly followed English law. The reasons seem to be the granting of specific performance to the jilted party in Roman Dutch law and also the dearth of authority in the South African case law on this subject.

In English law the position was that the action for breach of promise of marriage was based on the hypothesis of a broken contract. But whereas in breach of contract damages of a compensatory nature are awarded to the innocent party here damages of a punitive or exemplary nature were awarded. (Breach of promise actions having been abolished in England and Wales in 1971).

This principle of assessing damages, not to compensate the innocent but to punish the guilty, was accepted by our courts, although foreign to our general principles.

Another principle of English law imported into our system by the courts was that a lump sum could be claimed for breach of promise. No distinction was made between the *actio injuriarum* and the *actio legis Aquiliae* and breach of promise was considered to be an *injuria per se*. This is a dangerous practice because the principles applicable to the two actions are different and the above course could only lead to confusion.

It is shown, however, that Trollip J (as he then was) in the *Guggenheim* case decided that the two claims should be considered separately and that although breach of promise might cause an *injuria* in appropriate cases it could not be said that it was such *per se*.

It is submitted that the assessment of damages on a punitive basis should be rejected as being foreign to our traditional legal principles.

In conclusion the submission is made that damages should either be assessed on a positive *interesse* basis or, this contract being *sui generis*, be left to the discretion of the judge with reasonableness as the criterion.

Dit blyk uit 'n studie van die aksie op grond van troubreuk dat ons howe in die verlede dikwels Engelse reg in plaas van Romeins-Hollandse reg toegepas het. Dit is skynbaar gedoen aangesien die regsmiddel spesifieke nakoming telkens in ons gemene reg gebruik is, terwyl die aksie vir skadevergoeding slegs in uitsonderlike gevalle voorgekom het.<sup>1</sup> Verder kom gevalle van troubreuk min voor vir beregting in 'n hooggeregshof,<sup>2</sup> en was die posisie sekerlik soortgelyk in die gemene reg.

---

<sup>1</sup>Van den Heever *Breach of Promise and Seduction in South African Law* 3.

<sup>2</sup>*Mocke v Fourie* 3 CTR 313 315: "Fortunately, cases of this kind rarely occur in this court".

In *Duncan v Willson*<sup>3</sup> het hoofregter Bale na die lewering van getuienis argument aangehoor oor twee aspekte, naamlik:

1 of 'n aksie om skadevergoeding vir die verbreking van 'n troubelofte in die Romeins-Hollandse reg bestaan het; en

2 of sodanige aksie ingestel kan word indien die verweerder 'n getroude man is.<sup>4</sup>

Wat (1) betref, verwys die eiseres se advokaat onder andere breedvoerig na Engelse en Skotse gesag.<sup>5</sup> So verwys hy na Pollock *on Contracts*; Erskine's *Principles*; Bouvier's *Dictionary* en *Foster v Wheeler*.<sup>6</sup>

Wat (2) *supra* betref, verwys hy onder andere na *Wild v Harris*<sup>7</sup> en *Millward v Littlewood*.<sup>8</sup> In sy uitspraak verwys hoofregter Bale na die "singular dearth of authority upon the subject in the reported cases";<sup>9</sup> hy gaan dan voort om die Romeins-Hollandse en Romeinse reg – in daardie volgorde – ten aansien van verlowings te bespreek.

Die hoofregter bevind dat 'n verlowingsooreenkoms bindend en afdwingbaar was in die Romeins-Hollandse reg "but not in a way which is in harmony with modern ideas."<sup>10</sup> It is only the form of relief, I take it, which has been abolished."<sup>11</sup>

Voorts word verwys na artikel 20 van die *Marriage Ordinance* 1838. Die hoofregter meen dat dié artikel slegs veronderstel dat *skadevergoeding* geëis kan word.

Die hoofregter konkludeer dat daar genoeg gesag is om te beslis dat 'n persoon wel skadevergoeding kan eis.<sup>12</sup> Hy voeg egter by dat dit ook die posisie skyn te wees in die Skotse reg en sê dan veelbetekenend die volgende:

"Even if there were no direct authority, I think I should be justified in following the English decisions, of which there are many. *Vide Bullen and Leake* 5th ed 282."<sup>13</sup>

Ook wat (2) hierbo betref, verwys die hoofregter na die *Millward*-saak.<sup>14</sup> In *Triegaardt v Van der Vyver*<sup>15</sup> het 'n volbank, bestaande uit drie regters, weer eens na die Engelse reg verwys.

Regterpresident Kotzé het in sy hele uitspraak na slegs een regsmerk en een hofbeslissing verwys en beide gaan oor die Engelse reg.<sup>16</sup> Wanneer

<sup>3</sup>1906 NLR 624.

<sup>4</sup>bl 625 van die verslag.

<sup>5</sup>t a p.

<sup>6</sup>36 LR ChDiv 695.

<sup>7</sup>1849 18 LJCP 297.

<sup>8</sup>1851 20 LJ Exch 2.

<sup>9</sup>bl 626 van die verslag.

<sup>10</sup>d w s deur 'n bevel van spesifieke nakoming.

<sup>11</sup>bl 627 van die verslag.

<sup>12</sup>bl 628 verwysende na *Mocke v Fourie supra* en *Smit v Jooste* 17 CLJ.

<sup>13</sup>bl 628 van die verslag.

<sup>14</sup>voetnoot 8 *supra*.

<sup>15</sup>1910 EDL 44.

<sup>16</sup>bl 46 van die verslag.

hy die aspek bespreek of 'n eiseres genoegdoening kan verkry vir persoonlikheidskrenking,<sup>17</sup> beslis hy dat dit wel so is. Hy haal as gesag Engelse reg aan:

"In *Mayne on Damages* (7th ed p 517) the case of *Findlay v Chirney and Another* (20 QBD 494) is referred to, in which Bowen L.J described the action as one 'which is based on the hypothesis of a broken contract', yet it is attended with some of the special consequences of a personal wrong, and in which damages may be given of a vindictive and uncertain kind, not merely to repay the plaintiff for temporal loss, but to punish the defendant in an exemplary manner."<sup>18</sup>

Hierdie Engelsregtelike beginsel is vreemd aan die Romeins-Hollandse reg en maak nie deel van die algemene Suid-Afrikaanse regsbeginsels uit nie. Soos later sal blyk, het bogenoemde beginsels egter 'n vaste plek in ons reg ten aansien van die verlowing verkry.

Onmiddellik hierna voeg regterpresident Kotzé egter by:

"Without adopting every word of that statement, it may safely be laid down<sup>19</sup> that the feelings of the plaintiff should be considered in arriving at the amount of damages."

Dit is egter, met respek, nie duidelik wat die regterpresident nie aanvaar nie aangesien hy op bladsy 47 beslis dat die optrede van die verweerder "an aggravation of the defendant's behaviour" is en verder dat sy optrede "an aggravation of his treatment of the plaintiff" is.

Soos later gesien sal word, is dit duidelik 'n toepassing van die Engelsregtelike beginsels ten aansien van "exemplary damages".

Ten slotte kan nog verwys word na *McCalman v Thorne*.<sup>20</sup> In sy baie insiggewende betoogshoofde<sup>21</sup> noem die appellant (verweerder in die laerhof) se advokaat die volgende: skadevergoeding vir troubleuk was onbekend aan die Romeinse reg<sup>22</sup> en in die Romeins-Hollandse reg was die normale regsmiddel vir troubleuk spesifieke nakoming. Die meeste ou skrywers verwys slegs na hierdie regsmiddel en noem nie eers 'n aksie om skadevergoeding nie. Hy noem ook die feit dat skadevergoeding feitlik onbekend was en dat, indien dit nog toegeken is, gegrond is op geldelike verlies.<sup>23</sup>

Die regsverteenwoordiger verklaar ook, myns insiens heeltemal geregverdig, dat "English law has been blindly followed".<sup>24</sup>

Ook verwys die advokaat na die feit dat in Engeland "damages are awarded vindictively in order to punish the defendant". As gesag vir die stelling verwys hy na *Findlay v Chirney*, 'n beslissing waarna verwys is in *Triegaardt v Van der Vyver*.<sup>25</sup>

<sup>17</sup>'n aspek wat nie in die gemene reg aandag geniet het nie.

<sup>18</sup>bl 46 van die verslag; ek kursiveer.

<sup>19</sup>Omdat dit die posisie in die Engelse reg is?

<sup>20</sup>1934 NPD 86.

<sup>21</sup>bl 87-89 van die verslag.

<sup>22</sup>Girard *Droit Romain 2e* uitg 147.

<sup>23</sup>Sien dan *Triegaardt v Van der Vyver supra* wat wel genoegdoening toeken met 'n beroep op die Engelse reg.

<sup>24</sup>bl 88 van die verslag.

<sup>25</sup>*supra*.

Heeltemal tereg, myns insiens, verklaar die advokaat dan dat hierdie beginsels nie deel van ons reg vorm nie.<sup>26</sup>

In sy uitspraak verwys waarnemende regter Carlisle na die *Triegaardt*-en die *Findlay*-saak, asook na *Erskine*, en aanvaar hy dat "exemplary damages" toegestaan kan word.<sup>27</sup>

Bogenoemde sake sal, wat die onderhawige probleem betref, later vollediger bespreek word, maar dit blyk nou reeds duidelik dat die Engelse reg "blindelings"<sup>28</sup> gevolg is en daarom sal daar oorgegaan word om die Engelse reg oor hierdie aangeleentheid kortliks te bespreek.

### ENGELSE REG – OOK MET VERWYSING NA DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die Engelse reg is die vereistes vir 'n geldige verlowingskontrak wesenlik dieselfde as in die Suid-Afrikaanse reg.<sup>29</sup>

Indien een van die partye ten tyde van die aangaan van die verlowing met die wete van die ander party nog getroud is, is die ooreenkoms nietig as synde strydig met die goeie sedes en kan nie een van die partye skadevergoeding verhaal nie.<sup>30</sup>

Wanneer een van die partye egter onbewus is dat die ander party nog getroud is, kan skadevergoeding wel verhaal word.<sup>31</sup>

Die enigste regs middel by troubleuk is 'n aksie om skadevergoeding. Dit kom toe aan die onskuldige party of dit nou die man of die vrou is. Spesifieke nakoming van 'n troubelofte is reeds in 1753 afgeskaf.<sup>32</sup>

Wat die fundamentele beginsel betref wat by die vasstelling van skadevergoeding toegepas word, verklaar *Halsbury*<sup>33</sup>

"that the law will endeavour, so far as money can do it, to place the injured person in the same situation as if the contract had been performed, [dit wil sê *positiewe interesse*] or in the position he occupied before the occurrence of the tort . . . [dit wil sê *negatiewe interesse*]."<sup>34</sup>

Onder die hoof "no aggravation for breach of contract"<sup>35</sup> verklaar *Halsbury* dat skadevergoeding vir kontrakbreuk is

<sup>26</sup>Hoewel dit natuurlik deur die volbank in die genoemde saak in ons reg "ingevoer" is.

<sup>27</sup>bl 90-1 van die verslag.

<sup>28</sup>*supra*.

<sup>29</sup>*Halsbury's Laws of England* 3e uitg (1957) vol 19 § 1219-20. Die *essentialia* van die verlowingskontrak word nie hier bespreek nie. Hieronder sal egter aangedui word in welke opsigte 'n verlowingskontrak van 'n gewone kontrak verskil.

<sup>30</sup>*Halsbury* § 1222. In Suid-Afrika is die posisie dieselfde: *Hahlo South African Law of Husband and Wife* 3e uitg 42-3.

<sup>31</sup>*Halsbury* § 1222 noot m; *Hahlo* t a p.

<sup>32</sup>*Halsbury* § 1224.

<sup>33</sup>§ 400.

<sup>34</sup>Die posisie is soortgelyk in Suid-Afrika: *Victoria Falls and Transvaal Power Co v Consolidated Langlaagte Mines* 1915 AD 1; *De Wet & Yeats Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg* 3e uitg 38 en 158-9.

<sup>35</sup>§ 471.



“in the nature of compensation, not punishment, and therefore in actions of contract as a rule the motives and conduct of the defendant are not to be taken into account in assessing damages, nor are damages to be awarded in respect of disappointment and wounded feelings . . .”<sup>36</sup>

Die werk gaan egter voort om te sê dat “[t]he one true exception to this rule is breach of a promise of marriage, damages for which are not measured by any definite standard, and are *punitive or exemplary in their character*.”<sup>37</sup> Sodanige vergoeding word beheers deur die beginsel van *redelikeid*.<sup>38</sup>

In paragraaf 413 behandel *Halsbury* dan die aksie vir verbreking van ’n troubelofte. Daar word soos volg verklaar:

“The action for breach of promise of marriage is based upon the hypothesis of a broken contract, yet it is attended by some of the special consequences of a personal wrong, and damages may be given of a vindictive and uncertain kind, not merely to repay the plaintiff for temporal loss but also to punish the defendant in an exemplary manner. No measure of damages can be laid down for the guidance of the jury, save that, while in appropriate circumstances of aggravation, such as where accompanied by the seduction of the plaintiff, the damages may be large, they should not be fixed as if they were a fine;<sup>39</sup> furthermore the damages should normally be temperate and reasonable. The damages may be aggravated by the wealth and social position of the defendant, and where a female plaintiff has been seduced whereby her prospect of marriage may have been reduced”.

Bogenoemde passasie is met ’n spesifieke doel volledig aangehaal. By ’n vergelyking blyk dit woordeliks geneem te wees uit *Findlay v Chirney*<sup>40</sup> wat weer woordeliks aangehaal is deur regterpresident Kotzé in die *Triegaardt-saak*.<sup>41</sup>

Ek haal ook paragraaf 391 van *Halsbury*, waar “exemplary damages” behandel word, volledig aan om aan te toon hoe die Suid-Afrikaanse howe Engelsregtelike beginsels toegepas het.

In paragraaf 391 verklaar *Halsbury* soos volg:

“Where the wounded feelings and injured pride of a plaintiff, or the misconduct of a defendant, may be taken into consideration the principle of *restitutio in integrum* no longer applies. Damages are then awarded not merely to recompense the plaintiff for the loss he has sustained by reason of the defendant’s wrongful act, but to punish the defendant in an exemplary manner . . . Such damages are said to be ‘at large’, and further, have been called exemplary, vindictive, penal, punitive, aggravated, or retributory.

Except in the case of breach of promise of marriage exemplary damages cannot be awarded in an action for breach of contract, since the existence of misconduct

<sup>36</sup>Dit is ook die posisie in die Suid-Afrikaanse reg, De Wet & Yeats a w 160.

<sup>37</sup>Ek kursiveer. Sien voetnote 12 en 27 *supra* oor hoe hierdie reg via die Engelse reg by ons ingevoer is.

<sup>38</sup>*Halsbury* § 473.

<sup>39</sup>Dit wil sê hierdie vergoeding word toegestaan om die verweerder te straf, maar dit moet net nie vasgestel word asof dit ’n boete is nie! Dit blyk dus asof die skrywer wil sê: ons het die strafreg hier ingevoer, maar moet dit nie hardop sê nie.

<sup>40</sup>*supra*.

<sup>41</sup>Voetnoot 18 hierbo.

cannot alter the rule by which the damages for breach of contract are assessed. Exemplary damages may, however, be awarded in an action for tort . . .<sup>42</sup>

In order to justify the award of exemplary damages it is not sufficient to show merely that the defendant has committed a wrongful act. The conduct of the defendant must be high-handed, insolent, vindictive, or malicious, showing a contempt of the plaintiff's right or disregarding every principle which actuates the conduct of gentlemen. In particular the defendant's persistence in the act with knowledge, and the language accompanying it, as well as his conduct at the trial of the action itself, are elements to be considered."

Insiggewend is weer eens om daarop te let dat in *Dalby v Soffiantini*<sup>43</sup> die beginsel van "exemplary damages" by 'n onregmatige daad aanvaar is met gebruikmaking van soortgelyke woorde:

"The *malicious* and *vindictive* and *high-handed* conduct of the defendant, when clearly established, is allowed to swell the award in the form of exemplary damages. This is something beyond the *id quod interest* or fair compensation; the reason of the rule may be to punish the offender and by making an example of him to deter others<sup>44</sup> . . . where he claims no right but insolently and defiantly insists in going on to other's land . . ."<sup>45</sup>

Soos later sal blyk,<sup>46</sup> is bogenoemde stellings onaanvaarbaar in ons reg en strydig met algemene regsbeginself.

Die posisie in die Engelse reg skyn dan soos volg te wees:

1 In die algemeen word 'n party se *positiewe interesse* by kontrakbreuk vergoed; dit wil sê daar word gepoog om die benadeelde in die posisie te stel waarin hy sou gewees het indien die kontrak reëlmatig nagekom is.<sup>47</sup> Dit is ook die posisie in die Suid-Afrikaanse reg.<sup>48</sup>

2 Die doel van skadevergoeding by kontrakbreuk is om die benadeelde te kompenseer en nie om te straf nie.<sup>49</sup> Dit is ook die posisie in Suid-Afrika.<sup>50</sup>

3 Op grond van kontrakbreuk kan nie sonder meer genoegdoening vir gekwetste gevoelens en liggaamskrenking geëis word nie.<sup>51</sup> Dit is ook die posisie in die Suid-Afrikaanse reg.<sup>52</sup>

4 Wat sommige onregmatige dade betref, is die doel nie alleen om die benadeelde te vergoed nie maar ook om die dader te straf en om as af-

<sup>42</sup>Dit is geheel en al strydig met ons regsbeginself. Sien onder andere De Wet & Yeats a w 160; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* 2e uitg 169-170 en *Edwards v Hyde* 1903 SC 381 388. Oor hierdie beslissing sien *infra*. Sien ook verder oor hierdie aspek in die Engelse reg, *Halsbury* § 1235.

<sup>43</sup>1935 EDL 119.

<sup>44</sup>Suiwer strafreg! Sien voetnoot 39 hierbo.

<sup>45</sup>bl 135-6 van die verslag. Die kursivering is myne.

<sup>46</sup>*Edwards v Hyde supra*; sien ook voetnoot 42 hierbo.

<sup>47</sup>Sien onder andere *Halsbury* § 400.

<sup>48</sup>De Wet & Yeats a w 158.

<sup>49</sup>*Halsbury* § 471.

<sup>50</sup>Van der Merwe en Olivier a w 110 en GA Mulligan 1957 *SALJ* 61.

<sup>51</sup>*Halsbury* § 471.

<sup>52</sup>De Wet en Yeats a w 160.

skrikking te dien.<sup>53</sup> Hierdie beginsel is geheel en al strydig met Suid-Afrikaanse en gemeenregtelike regsopvattinge.<sup>54</sup>

5 Die verlowingsooreenkoms word as 'n kontrak beskou maar die beginsels genoem in paragraaf 4 hierbo geld ook ten opsigte daarvan. Dit is strydig met ons algemene regsbeginsels, maar soos reeds gesien, is dit *via* die Engelse reg by ons ingevoer.

Interessant is dit om daarop te let dat gepoog word om "exemplary damages" in Engeland in 'n mate te beperk. In die reeds genoemde *Rookes*-saak word verklaar dat drie oorwegings altyd in gedagte gehou moet word, naamlik:

(a) dat die eiser die slagoffer moes gewees het van "punishable behaviour";

(b) dat hoewel "exemplary damages" 'n wapen is wat gebruik kan word om vryheid te beskerm, dit ook teen vryheid gebruik kan word en "therefore should be used with restraint";

(c) dat die finansiële omstandighede van die partye in oorweging geneem moet word by die toestaan van "exemplary damages."<sup>55</sup>

Baie interessant is ook *Halsbury* se opmerking dat "aggravated damages are to be distinguished from exemplary damages, the latter being punitive or deterrent, and the former being, it seems, compensatory."

Daar moet in gedagte gehou word dat "aggravated" en "exemplary damages" in die verlede as sinonieme gebruik is.<sup>56</sup>

Hier is myns insiens nou die kern van die hele aangeleentheid en dit is nou nodig om kortliks te kyk na die wese van die verlowingsooreenkoms in ons reg en hoe dit van ander kontrakte verskil.

Die verlowingsooreenkoms is 'n kontrak.<sup>57</sup> Deur hierdie kontrak be- loof 'n man en 'n vrou om op 'n bepaalde toekomstige datum of binne 'n redelike tyd met mekaar in die huwelik te tree. Geen formaliteite is vir die sluiting van 'n verlowingskontrak voorgeskryf nie en die kontrak word verder beheers deur die gewone regsbeginsels van toepassing op kontrakte, hoewel daar sekere afwykings van die normale beginsels bestaan.<sup>58</sup>

(a) Die algemene reël is dat 'n kontrak tot stand kom waar en wanneer die aanbieder verneem van die aanvaarding van die aanbod deur die party aan wie die aanbod gerig is (die geadresseerde).<sup>59</sup> Waar 'n kontrak egter per brief gesluit word, het ons howe beslis dat die kontrak tot stand kom waar en wanneer die brief van aanname op die pos gedoen word, dit wil sê die versendingsteorie, teenoor die algemene vernemingsteorie.<sup>60</sup>

<sup>53</sup>*Rookes v Barnard* 1964 AC 1129 HL.

<sup>54</sup>Sien die gesag in voetnoot 42 hierbo.

<sup>55</sup>1971-byvoegsel tot *Halsbury* nota op § 391.

<sup>56</sup>*Halsbury* § 391 en *Triegaardt v Van der Vyver supra* 47.

<sup>57</sup>Hahlo a w 41-2.

<sup>58</sup>Hahlo a w 42.

<sup>59</sup>De Wet & Yeats a w 34.

<sup>60</sup>De Wet & Yeats a w 34-5.

Wat verlowingskontrakte per pos betref, geld skynbaar steeds die ver-nemingsteorie.<sup>61</sup>

(b) Wat handelingsbevoegdheid betref, is nie alle persone wat bevoeg is om handelskontrakte aan te gaan, bevoeg om 'n verlowing te sluit nie. Slegs persone wat regsgeldiglik met mekaar in die huwelik mag tree, kan sodanige verlowing sluit.<sup>62</sup>

(c) 'n Party by 'n verlowing kan, anders as by ander kontrakte, terug-tree uit die ooreenkoms *ob aliam justam causam*.<sup>63</sup>

(d) In teenstelling met ander kontrakte is 'n verlowingskontrak nie noodwendig nietig weens 'n onmoontlike, onwettige of immorele voor-waarde nie maar word dit soms beskou as *pro non scripto*.<sup>64</sup>

(e) By ander kontrakte kan 'n party in sekere gevalle spesifieke na-koming eis terwyl dit by 'n verlowingskontrak, soos hierbo genoem, nie meer moontlik is nie.

(f) Hahlo noem as 'n verdere onderskeid die omvang van skadever-goeding by kontrakbreuk, as 'n verskil tussen handels- en verlowings-kontrakte.<sup>65</sup>

Dit blyk dus dat 'n verlowingsooreenkoms 'n kontrak is maar dat dit wesenlike verskille toon met alle ander handelskontrakte. Die gevolg is dat 'n verlowingskontrak beskou word as 'n kontrak *sui generis*.<sup>66</sup>

(word vervolg)

<sup>61</sup>Hahlo a w 42.

<sup>62</sup>Hahlo a w 42.

<sup>63</sup>Hahlo a w 46.

<sup>64</sup>Sien hieroor Hahlo a w 45.

<sup>65</sup>Hahlo a w 42.

<sup>66</sup>Sien b v *Triegaardt v Van der Vyver supra* 45 en Van den Heever a w 29.



# Aantekeninge

## THE PLEA OF "NOLO CONTENDERE"

The scandals surrounding the administration of President Nixon during the past eighteen months, whatever their political significance may turn out to be, have served to highlight several matters of legal interest. In the constitutional sphere a number of books and articles on impeachment and the presidential succession have appeared.<sup>1</sup> In the field of evidence there has been much speculation as to whether privilege could be claimed in regard to the controversial White House tapes.

One of the minor legal *sequelae* has been the publicity given to a relatively little-known plea in American criminal procedure by the resignation of the United States Vice-President, Mr Spiro Agnew, on 10 October last year. According to reports Mr Agnew resigned shortly before pleading "no contest" to a charge of income-tax evasion before the Federal District Court in Baltimore, Maryland, for which he was fined \$10 900 and placed on probation for three years.<sup>2</sup> The aim of this article is briefly to discuss the nature and consequence of the plea and the purpose served by its existence.

Although South African lawyers might be tempted to dismiss it as yet another idiosyncrasy of "American justice", the plea of *nolo contendere* (or "no contest") has in fact a respectable, if somewhat obscure, history stretching back some 550 years.<sup>3</sup> The standard statement of the plea is to be found in the many editions of Hawkins *Pleas of the Crown*<sup>4</sup> where it is defined as follows:

"An implied confession [ie a plea of *nolo contendere*] is where a defendant, in a case not capital, doth not directly own himself guilty, but in a manner admits it by yielding to the King's mercy, and desiring to submit to a small fine: in which case, if the court think fit to accept of such submission . . . the defendant shall not be estopped to plead not guilty to an action for the same fact . . ."<sup>5</sup>

The plea has long fallen into disuse in its country of origin, the last recorded case in which it was tendered being *R v Templeman* (1702).<sup>6</sup> Here

---

<sup>1</sup>Eg R Berger *Impeachment: The Constitutional Problems* (Harvard University Press 1973); A Broderick "What are Impeachable Offences?" (1974) 60 *American Bar Association Journal* 415; WF Swindler "High Court of Congress: Impeachment Trials, 1797-1936" *op cit* 420.

<sup>2</sup>See *Keesing's Contemporary Archives* 19 (1973) 26189.

<sup>3</sup>Mention of it is made in the *Year Book* for 1430 (9 Hen VI 60), cited in *Hudson v United States* (1926) 272 US 451 455.

<sup>4</sup>William Hawkins (1673-1746), an English barrister, published his famous *Treatise of Pleas of the Crown* in 1716.

<sup>5</sup>cited in *Hudson v United States supra* 453.

<sup>6</sup>1 *Salkeld's Reports* 55; 91 ER 54.

it was stated that the appropriate entry in the court record was *non vult contendere cum domina Regina, sed ponit se in gratiam curiae* – hence the name by which the plea is known today. Across the Atlantic, however, the plea leads an active life, having survived throughout the eighteenth and nineteenth centuries and come into prominence in the 1940's when prosecutions under Federal anti-trust laws commenced.

A peculiarity of the plea<sup>7</sup> – and one which differentiates it from a plea of guilty – is that it cannot be pleaded as of right, but only with the consent of the court, which has a discretion whether or not to accept it. In exercising its discretion, a strong factor which weighs with the court (for reasons given below) is the likelihood of civil litigation arising out of the same facts upon which the prosecution is based. Here, courts tend to the view that it is important “to avoid criminal prosecution being used as a means of redressing civil wrongs, and, by means of a criminal judgment, procuring either directly or indirectly some advantage in a civil case”.<sup>8</sup> Reported cases show, however, that in the past the plea has not always been restricted to cases in which civil litigation is likely to follow, but has been accepted in prosecutions for crimes as diverse as abortion, bribery, espionage, perjury, receiving stolen goods, and rape, and also for a number of statutory offences.<sup>9</sup>

The plea is not available in all the jurisdictions in the United States. In at least one state (New York) it has been abolished by the legislature while in others courts have taken the view that its exclusion from the criminal procedure statutes of the state has resulted in its implied abolition. In some jurisdictions, on the other hand, the plea has been expressly recognised, but the majority of courts appear to have accepted it without any enquiry as to its admissibility.<sup>10</sup>

What, then, are the legal consequences of a plea of *nolo contendere*? In the first place, there is general agreement that once the plea is accepted, the court is entitled to convict the accused forthwith, without hearing any evidence as to his guilt. Evidence may, however, be adduced in mitigation before sentence to aid the court in arriving at an appropriate punishment. It is clear, too, that if the court feels from a perusal of the record of the preliminary hearing (preparatory examination) that the accused is not guilty, it may permit him to withdraw the plea and substitute one of not guilty.<sup>11</sup>

What is not so clear is the nature of the punishment which may be imposed after acceptance of the plea. Following Hawkins' definition, which limits its use to “cases not capital”, the courts are unanimous that where the crime charged attracts a possible death penalty, the plea will not be available. But as Hawkins further speaks of the accused “desiring to submit to a small

<sup>7</sup>On the plea see generally NB Lenvin and ES Meyers “Nolo Contendere: its Nature and Implications” (1942) 51 *Yale Law Journal* 1255; KA Drechsler “Plea of Nolo Contendere” 152 *American Law Reports, Annotated* 253; *Corpus Juris Secundum of American Law* (1961) 22 1202.

<sup>8</sup>*Corpus Juris Secundum* 1204.

<sup>9</sup>For a full list see Drechsler 265–266.

<sup>10</sup>*ibid* 259–260.

<sup>11</sup>Lenvin & Meyers 1257.

fine", may imprisonment be imposed? The majority of jurisdictions, including the Federal Courts,<sup>12</sup> hold that it may on the basis that the phrase "desiring to submit to a small fine" expresses a hope only and is not binding on the court. A few state courts, however, take the view that a fine only is competent, basing this on a narrow interpretation of Hawkins' phrase.<sup>13</sup>

Thus far the plea would appear not to differ in its broad consequences from one of guilty, both in the United States and Britain and also – magistrates' courts possibly excepted – in South Africa.<sup>14</sup> Not only may the ensuing conviction be used to sustain a plea of *autrefois convict* on the part of the accused, but it may also be used to attack his credibility should he, for example, give evidence of good character on a subsequent charge.<sup>15</sup> Where the plea *does* differ radically, however, is in its effect on subsequent civil proceedings; here "the accused is not estopped from denying the facts set forth in the indictment to which he pleaded *nolo contendere* in a civil suit arising from the same facts".<sup>16</sup> One of the many cases illustrating this is *Teslovich v Fireman's Fund Insurance Co*<sup>17</sup> in which T sued under a policy of insurance issued by the company for damage done to his property as a result of fire. The company sought to avoid liability on the ground that T had deliberately caused the fire and to prove this sought to lead evidence that he had earlier pleaded *nolo contendere* to an indictment alleging arson of the property in question. The court held, however, that this could not be used against the plaintiff as an admission although the position would apparently have been different had the plea been one of guilty.

This then, is the main justification advanced for the retention of the plea today: that by permitting its use in a case which is essentially of an economic nature or which involves more a *malum prohibitum* than a *malum in se*, a lengthy and expensive criminal trial is avoided.<sup>18</sup> Such a course, it is said, is advantageous to both the prosecution and the defence; to the former because it ensures the due conviction and punishment of the offender and to the latter in that the plea may not subsequently be used against the accused as an admission should he, say, be sued for damages as a result of a motor collision, or for arrears of income tax. But if this is so, it is difficult to justify the use of the plea in many cases where it has been permitted, including the majority of common-law crimes, and in the view of at least one writer "the fact that the plea has certain advantages for the guilty law-breaker is not a sufficient justification for its existence".<sup>19</sup>

What would be the position if a plea of *nolo contendere* were to be raised before a South African court? At first sight its use would appear to be pre-

<sup>12</sup>*Hudson v United States supra*.

<sup>13</sup>Drechsler 263–264.

<sup>14</sup>see s 258(1)(b) of the *Criminal Procedure Act* 1955, which provides that where an accused pleads guilty in a magistrate's court, proof of the commission of the offence is generally obligatory.

<sup>15</sup>Lenvin & Meyers 1265.

<sup>16</sup>Lenvin & Meyers 1261.

<sup>17</sup>(1933) 110 Pa 245, cited in Lenvin & Meyers 1263.

<sup>18</sup>*United States v Socony-Vacuum Oil Co* (1938 DC) 23 F Supp 531, cited in Drechsler 295.

<sup>19</sup>*ibid* 295.

cluded by the provisions of s 169(2) of the Criminal Code, which sets out seven pleas available to an accused. But is this list conclusive? Apparently not, as the plea of *lis pendens* (which is not mentioned in the section) has been held open to an accused in South Africa.<sup>20</sup> A stronger argument against its existence is abrogation by disuse, though even here it may be possible to show that its non-user was due to ignorance of its existence, in which case, apparently, abrogation would not occur!<sup>21</sup> But even if the plea was held admissible (which seems unlikely), would it place an accused who pleaded it in any better position than one who simply pleaded guilty? This raises the whole question of the effect of a plea of guilty in subsequent civil proceedings – a matter outside the scope of this article. Suffice it to say that the prevailing view is that such a plea may be tendered as an admission by the opposing party,<sup>22</sup> whereas a plea of *nolo contendere*, of course, could not be.

Finally, it is perhaps of interest that revival of the plea has recently been advocated in as forward-looking a country as Australia, as being “appropriate in areas such as consumer affairs and environmental protection.”<sup>23</sup> To date, however, it does not appear to have been tendered in any reported case.

FG RICHINGS  
*Rhodes University*

---

<sup>20</sup>*O v Robertson* (1884) 4 EDC 186; *Zackey v Magistrate of Benoni* 1957 3 SA 12 (T) 14B.

<sup>21</sup>*LTA Engineering Co Ltd v Seacat Investments Ltd* 1974 1 SA 747 (A) 771G.

<sup>22</sup>There is no South African case in point, but see *Cross Evidence* (1967) 378–9; AH Hudson “A Plea of Guilty in Later Civil Proceedings” (1959) 22 *Modern Law Review* 543.

<sup>23</sup>JR O’Brien “Trade Practices and Consumers” (1972) 5 *Federal Law Review* 125 132.



# Vonnisse

## STRAUSS v STRAUSS 1974 3 SA 79 (A)

*Egskeiding - Onderhoud - Wysiging van 'n ooreenkoms om onderhoud waar die onskuldige eggenoot onderneem het om onderhoud aan die skuldige eggenoot te betaal*

Die appellante was die verweerderes in 'n egskeidingsgeding wat haar man teen haar ingestel het op grond van kwaadwillige verlating. 'n Herstelbevel is aan hom verleen maar in 'n ooreenkoms wat by die hofbevel ingelyf is, het hy onderneem om 'n bedrag van R100 per maand onderhoud aan haar te betaal. Op 12 Maart 1970 het die appellante se prokureurs 'n brief aan die respondent geskryf waarin 'n verhoging van die onderhoud tot R150 per maand gevra is.

In die hof *a quo* is *in limine* namens die respondent betoog dat art 10(1)(b) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 nie op gevalle van toepassing is nie waar die onskuldige party by die egskeiding onderneem het om onderhoud aan die skuldige te betaal welke ooreenkoms by die hofbevel ingelyf is. Die hof het met ander woorde nie die bevoegdheid om so 'n onderhoudsbevel in te trek, op te skort of te wysig nie. Hierdie argument is deur r Smuts in die hof *a quo* op bladsy 593 verwerp. Die appellante kon nie aantoon dat daar voldoende rede was om die onderhoud te verhoog nie en die aansoek is derhalwe van die hand gewys. Teen die afwysing van haar aansoek kom sy in hoër beroep. Dieselfde vraag in verband met die hof se bevoegdhede ingevolge art 10(1)(b) is weer eens in die appèlhof geopper en dit is dié aspek van die uitspraak waarop hier in die besonder gelet word.

Die relevante gedeelte van art 10 van wet 37 van 1953 lui soos volg:—

“(1) Die hof wat 'n egskeiding toestaan kan, ondanks die ontbinding van die huwelik—

- (a) die bevel teen die skuldige eggenoot gee vir die onderhoud van die onskuldige eggenoot, vir enige tydperk tot die dood of hertroue van die onskuldige eggenoot, na gelang die een of die ander eerste gebeur, wat die hof billik ag; of
- (b) 'n ooreenkoms tussen die eggenote vir die onderhoud van een van hulle, 'n bevel van die hof maak,

en enige bevoegde hof kan, by bewys van voldoende rede (wat 'n ander rede dan die geldelike vermoë van die een of ander van die onderskeie eggenote kan wees) so 'n bevel intrek, opskort of wysig.”

Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* derde uitgawe (1969) verklaar eenvoudig op bl 444:

“The court's powers of rescission, suspension and variation extend to an order made in terms of an agreement for the payment of maintenance by the innocent to the guilty spouse”.

Hahlo haal geen gesag aan vir die stelling nie. Voordat die appèlhof die finale antwoord op die probleem in die *Strauss*-saak gegee het, was die antwoord op dié probleem hoegenaamd nie so eenvoudig en helder nie. In 'n aantal uitsprake is die mening gehuldig dat so 'n onderhoudsbevel inderdaad nie gewysig kan word nie, vgl bv *R v Bell* 1960 3 SA 716 (G); *S v Loubser* 1969 2 SA 652 (K); *Copelowitz v Copelowitz* 1969 4 SA 64 (K). Die teenoorgestelde standpunt word verteenwoordig in bv *Ex parte Stein* 1960 1 SA 782 (T) en *S v Stoep* 1965 1 SA 347 (T).

Die appèlhof ontleed die argumente wat aangevoer is om aan te toon dat die onderhoudsbevel waarin 'n onskuldige gade onderneem het om onderhoud aan die skuldige te betaal nie later deur 'n hof gewysig kan word nie. Die eerste argument is dat art 10(1)(b) slegs betrekking het op ooreenkoms waarin die skuldige eggenoot onderneem om onderhoud aan die onskuldige te betaal, dit wil sê in die gevalle waar die gemeenregtelike verpligting om onderhoud te betaal in 'n ooreenkoms beliggaam is en die ooreenkoms by 'n hofbevel ingelyf is. Die rede hiervoor, soos bv in die *Loubser*-saak aangevoer, is dat 'n ander vertolking van art 10(1)(b) sou neerkom op 'n ingrypende wysiging van die gemene reg aangesien daar in die gemene reg geen plig op die onskuldige eggenoot rus om die skuldige te onderhou nie. Die vermoede dat die wetgewer nie bedoel het om die gemene reg te wysig nie moet gevolglik toegepas word. Hierdie argument oortuig nie die appèlhof nie. Die woorde "n ooreenkoms tussen eggenote vir die onderhoud van een van hulle" slaan duidelik op enigen van die eggenote en het nie betrekking op slegs 'n skuldige of onskuldige eggenoot nie. Aangesien die woorde wat in art 10(1)(b) gebruik is duidelik is, is daar geen rede om hoegenaamd van vermoedens gebruik te maak nie (bl 93).

Die tweede argument wat gebruik is om aan te toon dat dit nie die bedoeling van die wetgewer kon wees om met art 10(1)(b) die gemene reg te wysig nie is dat so 'n vertolking sou neerkom op die verlening van 'n statutêre reg op onderhoud aan die skuldige eggenoot. So sê wn r Erasmus op bl 719 van die *Bell*-saak onder andere:

"Na my mening is 'n statutêre reg aan die skuldige eggenoot tot onderhoud, van die onskuldige, so 'n ingrypende verandering in die gemenereg, dat 'n mens so 'n reg, indien die bedoeling van die Wetgewer was om dit te skep, in duidelike taal in 'n statuut sal verwag".

Hierop antwoord die hof dat art 10(1)(b) nie 'n reg op onderhoud aan enige eggenoot verleen nie, maar alleen daarvoor voorsiening maak dat wanneer die eggenote 'n ooreenkoms in die verband aangegaan het, die ooreenkoms 'n bevel van die hof gemaak kan word.

In *S v Loubser supra* sê wn r Tebbutt op bl 660 van die verslag dat as art 10(1)(b) ook onderhoud verskuldig aan die skuldige eggenoot sou insluit, dit "miskien mees belangrik . . . tot sekere gevolge lei wat die Wetgewer . . . nooit beoog het nie". Hierdie gevolge is dat waar die onskuldige eggenoot uit die goedheid van sy hart onderneem om onderhoud aan die skuldige te betaal, die bedrag later teen sy sin verhoog kan word. Hierdie argument oortuig nie. Daar rus immers geen plig op die onskuldige om so 'n ooreenkoms aan te gaan nie en het hy dit gedoen en die ooreenkoms is by die hofbevel ingelyf, kan hy op sy beurt ook aansoek doen vir vermindering van die on-

derhoud of as sy finansiële posisie so versleg het, dat die bevel ingetrek word.

Daar is ook betoog dat aangesien wet 37 van 1953 nie die begrip “onderhoud” omskryf nie, dieselfde betekenis daaraan geheg moet word as wat dit voor die inwerkingtreding van dié wet gehad het. In *R v Blundell* 1943 TPD 146 sê r Bristowe op bl 150 dat die woord “onderhoud” vir die doeleindes van art 110(1) van wet 46 van 1935 “. . . is a word describing a special kind of obligation – an obligation which arises under common law and not under any agreement”. Wet 37 van 1953 het egter die regsposisie verander deurdat die hof in die wet die bevoegdheid verkry om die skuldige eggenoot te beveel om onderhoud aan die onskuldige te betaal en ook die bevoegdheid om ’n ooreenkoms tussen die partye by die hofbevel in te lyf. In die lig van dié verandering vind die appèlhof geen rede waarom dieselfde beperkte betekenis nog aan die begrip onderhoud geheg moet word nie.

Namens die respondent is na aanleiding van die *Loubser- en Copelowitz*-saak betoog dat as die hof die bevoegdheid sou hê om ’n onderhoudsbevel soos die onderhawige te wysig, dit nie gedoen kan word sonder die toestemming van die onskuldige eggenoot nie. Sou die hof die bevel wysig sonder die toestemming van die onskuldige eggenoot, sou dit beteken dat die hof namens hom toestem en geen hof het die bevoegdheid om namens ’n party te kontrakteer nie. Die appèlhof kon egter geen aanduiding in die woorde van art 10(1)(b) vind dat die bevoegdheid van die hof tot intrekking, opskorting of wysiging van ’n onderhoudsbevel beperk is tot bevel wat gevolg het op ’n ooreenkoms waarin die skuldige eggenoot onderneem het om onderhoud aan die onskuldige te betaal nie. Die hof wys daarop (bl 96GH) dat wanneer ’n ooreenkoms ’n bevel van die hof gemaak is, dit altyd gedoen word kragtens die bevoegdheid aan die hof verleen in art 10(1)(b) en nie omdat die skuldige eggenoot kragtens art 10(1)(a) bevel kon gewees het om onderhoud te betaal nie, maar omdat hy in ’n ooreenkoms onderneem het om onderhoud te betaal en dié ooreenkoms ’n bevel van die hof gemaak is.

“Deur so ’n ooreenkoms aan te gaan, en deurdat die ooreenkoms ’n bevel van die Hof gemaak word, onderwerp die skuldige eggenoot hom aan die bevoegdheid wat art 10(1)(b) aan die Hof verleen om die bevel in te trek, op te skort, of te wysig. Dieselfde geld vir die onskuldige eggenoot wat ’n ooreenkoms aangaan om onderhoud te betaal . . .” (bl 96-97).

Met die eerste oogopslag mag dit onbillik lyk dat die onskuldige eggenoot later verplig word om meer aan onderhoud te betaal terwyl hy aanvanklik regtens nie verplig was om enigiets te betaal nie. Dit is egter ’n gevolg van die verpligting wat hy onderneem het en die feit dat die ooreenkoms by die hofbevel ingelyf is. Die onskuldige eggenoot kon hierdie gevolg vermy het deur nie die ooreenkoms by die hofbevel te laat inlyf nie. Waarskynlik kan daar nie geldiglik in so ’n ooreenkoms bepaal word dat die hof nie die bevoegdheid tot wysiging daarvan sal hê nie, vgl *Knight v Knight* 1967 1 SA 40 (K) en *Jones v Jones* 1963 2 SA 194 (R); *contra Gawith v Gawith* 1966 3 SA 596 (K). Weer eens moet daarop gewys word dat die bevoegdheid van die hof om die ooreenkoms te wysig ook tot voordeel van die onskuldige eggenoot kan wees wanneer sy finansiële posisie versleg en hy aansoek doen om vermindering of intrekking van die bedrag aan onderhoud wat hy onderneem het om te betaal.

Die feit dat dit die onskuldige eggenoot is wat aan die skuldige onderhoud betaal, is nie irrelevant nie.

“Inteendeel, die feit dat hy onderneem het om onderhoud te betaal terwyl hy regtens nie verplig was om dit te doen nie, is ’n faktor wat uit hoofde van regverdigheid en billikheid noodwendig swaar moet weeg by die beoordeling van ’n aansoek om die bevel op so ’n wyse te wysig dat hy ’n swaarder las sal moet dra as wat hy ten tyde van die egskeiding op hom geneem het. Presies welke gewig aan hierdie faktor geheg moet word, sal in die lig van die omstandighede van elke besondere geval bepaal moet word” (bl 97EFG).

’n Omstandigheid wat veral ’n belangrike rol in dié verband behoort te speel, is die feit dat die onskuldige eggenoot nie altyd inderdaad die geheel en al skuldlose party is nie. Soos r Smuts in die hof *a quo* aangetoon het, is die onskuldige party vir die doeleindes van die wet altyd die eiser. Hy verklaar op bl 592EF:

“I doubt if the Legislature was so naïve as to believe that the party who ultimately leaves the joint home is always the sole cause of the divorce”.

Verder op bl 592H:

“It then becomes difficult to attach an overriding importance to the concept of the ‘innocent’ or ‘guilty’ spouse. On the other hand it cannot be disregarded either. The Legislature clearly recognises the innocent spouse and grants him or her rights which a guilty spouse can never have. Also, there are in fact the really innocent and guilty spouses”.

Ten slotte moet daarop gelet word dat die appèlhof hom uitdruklik daarvan weerhou het om ’n antwoord te gee op die vraag of ’n onderhoudsbevel soos die onderhawige ook getref word deur art 110(1) van wet 46 van 1935 of art 11(1) van wet 23 van 1963. Of versuim om onderhoud te betaal in dié gevalle sal neerkom op ’n strafbare misdryf is dus ’n vraag wat nog finaal beantwoord moet word. Ander oorwegings geld in dié geval en dit was nie ter sake in die *Straus*-saak nie.

Die uitspraak van die appèlhof in hierdie saak moet verwelkom word. Die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot onderhoudsbevele by egskeidings berus op relatief eng beginsels en enige ontwikkeling in die rigting van groter soepelheid kan slegs tot billiker gevolge lei. Dit is interessant dat Hahlo se ongestaafde stelling hierbo aangehaal nou in ’n voetnoot gestaaf sal kan word.

AH BARNARD  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### S v VAN ROOYEN 1974 2 SA 334 (N)

*Strafreg - Verkeersoortredings - Gebruik van petrol om ’n spoed van meer as 50 kmpu te bereik - reg 4(1)(a) ingevolge wet 89 van 1970*

Mnre Van Rooyen, Cele en Goqo is deur die landdros skuldig bevind en gevonnissen tot ’n boete van R50 of een maand gevangenisstraf nadat hulle skuldig gepleit het op ’n klag van oortreding van bogenoemde regulasie. Die pleite is deur die staatsaanklaer ingevolge art 258(1)(b) van wet 56 van 1955 aanvaar. ’n Vierde ongelukkige het op dieselfde klag onskuldig



gepleit en aangevoer dat die beweerde oortreding teen 'n afdraande plaasgevind het en dat hy nie petrol gebruik het om die beweerde spoed te behaal nie en dus nie die gewraakte regulasie oortree het nie. Nadat 'n inspeksie *in loco* gehou is, beslis die landdros myns insiens tereg dat die beskuldigde inderdaad nie die regulasie oortree het nie en dat die afdraande sodanig is dat 'n motor se spoed teen enjinkompressie toeneem van 50 kmpu tot 60 kmpu. Hierdie beslissing is deur die Natalse hooggeregshof onderskryf.

Twee probleme duik nou op:

- 1 Die verhouding tussen reg 4(1)(a) van GK R2204 van 6-11-1973 soos gewysig deur GK R2303 van 30-11-1973 ingevolge Wet 89 van 1970 en art 102(1) en 103(1) van die Padverkeersordonnansie 21 van 1966 van Transvaal; en
- 2 die bewyslas in 'n geval soos hierbo genoem.

Die genoemde regulasie lui soos volg:

“4(1) Niemand mag petrol, dieselolie of gas in 'n motorvoertuig gebruik nie vir die doel om sodanige voertuig aan te dryf:—

(a) Op 'n ander pad as 'n deurpad in 'n beboude gebied teen 'n spoed van meer as 50 kmpu of,

(b) Op enige pad buite 'n beboude gebied, met inbegrip van 'n deurpad binne 'n beboude gebied, teen 'n spoed van meer as 80 km p u

(2) Die bepalinge van subregulasie (1) is van toepassing benewens en vervang nie enige wetsbepaling wat die spoed voorskryf waarteen 'n meganies aangedrewe voertuig op 'n openbare pad bestuur mag word nie.”

Daarteenoor lui art 102(1) van Ordonnansie 21 van 1966 van die Transvaal soos volg:

“Tensy 'n toepaslike padverkeersteken vertoon word wat anders aandui, is elke openbare pad, of gedeelte daarvan in 'n stedelike gebied onderworpe aan 'n algemene snelheidsgrens van sestig kilometer per uur en niemand mag 'n voertuig vinniger op enige sodanige pad of gedeelte daarvan bestuur nie.”

Artikel 103(1) van die ordonnansie skryf 'n spoed van 120 kmpu op dieselfde wyse vir paaie buite beboude gebiede voor.

Regter Howard, beslis mi korrek, ten opsigte van die regulasie:

“... What reg 4(1)(a) prohibits is not simply travelling at a speed in excess of 50 kmph but the use of petrol, diesel oil or gas for the purpose of propelling a motor vehicle at such a speed.”

Daarteenoor verbied die ordonnansie eenvoudig die oorskryding van die gestelde algemene spoedgrense. Dit beteken dus dat, as die belangrike bepaling van reg 4(2) in gedagte gehou word, die beskuldigdes in hierdie saak almal (in die Transvaal) alternatief op grond van art 102(1) vervolgsou kon word indien hulle die algemene spoedgrens inderdaad oorskry het.

Die tweede belangrike vraag is by wie die bewyslas lê. Dit bied geen probleem vir sover dit 'n oortreding van die ordonnansie aangaan nie. Die bewys van 'n spoed wat die algemene spoedgrens te bowe gaan, is voldoende.

In die geval van 'n oortreding van die regulasie is dit 'n ander saak. Nòg die landdros nòg die regter het die aangeleentheid pertinent bespreek.

Wat die staat moet bewys, is dat petrol gebruik is om die gewraakte spoed te bereik – dat dit die oortuiging van die regter is, kan afgelei word uit die woorde hierbo aangehaal. Kan daar dan ook aanvaar word dat daar geen vermoede bestaan om die staat te help nie? Dit sou nie 'n korrekte redenasie wees nie. Dit lyk vir my juis om te aanvaar dat die bewys van spoed die vermoede laat ontstaan dat petrol gebruik is om daardie spoed te bereik en dat die beskuldigde hierdie vermoede volgens 'n oorwig van waarskynlikhede kan weerlê. Om dié rede was die ondersoek ter plaatse in die onderhawige geval nodig.

Daar bly natuurlik steeds die *casus dabilis*: wie sê die beskuldigde het *inderdaad* die motor op die afdraand laat vryloop of (soos in die onderhawige saak) die skuinste begin afgaan teen 'n spoed van 50 kmpu – hy kon 'n opdraand byvoorbeeld teen 30 kmpu uitgekom het en teen die afdraand spoed versamel het vir die volgende skuinste.

Vir gladde regspleging bly die veiligste dus dat die verkeersbeamptes wegbly van skuinstes!

BEN VAN JAARVELD  
*Landroskantoor, Nebo*

# Boeke

## HALL ON WATER RIGHTS IN SOUTH AFRICA

by CG HALL LLD and AP BURGER BA BSc (Eng) LLB

4 ed, Juta & Co Ltd Cape Town, Wynberg, Johannesburg, Durban 1974; pp 2 & 393; price R25,00

Vir meer as veertig jaar is *Hall on Water Rights* die *vade mecum* van die praktisyn wat hom met die waterreg bemoei. Die eerste twee uitgawes het nog oor die ou Besproeiingswet van 1912 gegaan en die derde uitgawe, wat in 1957 verskyn het, oor die Waterwet 54 van 1956. Sedertdien is die Waterwet telkens gewysig en het die regspraak ook aangegroei en is daar ook 'n nuwe versameling van beslissings van die waterhowe gepubliseer. 'n Nuwe uitgawe van hierdie bekende werk was dus nodig, en het so pas verskyn.

In hierdie vierde uitgawe word dieselfde patroon gevolg as in sy voorgangers. Dit begin met 'n kort historiese inleiding, wat eintlik nie juis veel waarde het nie. 'n Kort sistematiese inleiding sou baie meer waarde gehad het. Die waterreg was tot betreklik onlangs by die meeste regs fakulteite nog nie 'n studievak nie, met die gevolg dat die waterreg vir die oorgrote meerderheid regspraktisyne nog 'n esoteriese gebied is. Sonder 'n inleiding waarin die grondbeginsels van die waterreg sistematies uiteengesit word, verloor hierdie werk vir baie regsgeleerdes heelwat van sy waarde. So 'n inleiding sou ook vir die student van onskatbare waarde gewees het. Daar bestaan nie 'n bruikbare handboek oor waterreg nie, en hierdie werk vul nie hierdie leemte aan nie. Dit kan dan ook nouliks aanbeveel word as 'n goeie belegging vir die student wat die waterreg as vak wil bestudeer.

Die meeste ruimte in die boek word in beslag geneem deur die teks van die Waterwet, gevolg deur die teks van die Wet op die Oranjerivier-ontwikkelingsprojek 78 van 1969, die regulasies rakende waterhowe en die regulasies rakende besproeiingsrade. Die skrywers se bydrae bestaan uit aantekeninge op party van die artikels of sub-artikels van die Waterwet – op die regulasies skyn daar net twee kort aantekeninge te wees. Die aantekeninge op die voorskrifte van die wet self is ook maar yl. Party voorskrifte is van lang aantekeninge voorsien, maar die meeste het òf glad geen kommentaar van die skrywers uitgelok nie òf 'n paar byna niksseggende opmerkings. Omvattende kommentaar word slegs gelewer op die voorskrifte van die wet waar daar op regspraak gesteun kan word – waar daar geen regspraak is waarop gesteun kan word nie, ontbreek ook die kommentaar of word daar volstaan met 'n terloopse opmerking of twee. Daar is natuurlik voorskrifte van die wet waarop kommentaar nie nodig is nie, maar daar is ook voorskrifte wat so belangrik is dat mens met reg indringende kommentaar mag verwag in 'n werk wat voorgee om 'n werk oor “water rights”

te wees. Juis waar daar nog geen rigtinggewende beslissings is nie, mag die leser verwag dat die kenners van die waterreg leiding moet gee. Die opvallendste voorbeeld van die skrywers se versuim in hierdie verband is hulle behandeling van art 62. Hierdie artikel raak die waterregte van mense in 'n gebied wat tot 'n staatswaterbeheergebied verklaar is. Dit is 'n punt van wesenlike belang in die lig daarvan dat daar al meer as honderd sodanige gebiede bestaan, soos die skrywers self verklaar, en mens kan seker verwag dat daar nog baie sal kom. Al wat die skrywers oor hierdie allerbelangrikste voorskrif mee te deel het, is 'n paar oppervlakkige opmerkings oor subart (1). Oor subart (2) bis, wat net so belangrik is, indien nie belangriker nie, word nie 'n woord gerep nie, en ook nie oor subart (3) en subart (8) nie. Alhoewel in 'n ander verband na die appèlhof se uitspraak in *Minister of Water Affairs v Mostert* 1966 4 SA 690, verwys word, word nie melding gemaak van die appèlhof se siening in hierdie saak van die betekenis van art 62 nie.

Op die skutblad word gesê dat die reg weergegee word soos dit daaruit gesien het op 1 Januarie 1974. Dit is waar dat die wet weergegee word met die wysigings tot op datum. Daar is ook kennis geneem van beslissings tot en met daardie datum, maar, soos so pas opgemerk, is minstens die genoemde beslissings van die appèlhof nie by art 62 vermeld nie. Ek glo ook nie dat die implikasies van die appèlhof se beslissing in *Grant v Stonestreet* 1968 4 SA 1 indringend verwerk is nie. Hierdie uitspraak is immers nie net vir art 10 van belang nie, maar raak ook art 4 en ander artikels wat van bestaande regte praat. Op bl 21 word verwys na die nog ongerapporteerde uitspraak van die Kaapse waterhof in *Du Toit v Krige* in verband met die *source of a public stream*. Die effek van hierdie beslissing word nie indringend bespreek nie. Na dit my voorkom, het die Kaapse waterhof (met respek) die regposisie verkeerd vertolk en per toeval en in stryd met sy eie siening van die regposisie uiteindelik die regte finale beslissing gegee. In ieder geval het die skrywers nie deurgaans rekening gehou met ander wette wat nie spesifiek wysigings is van die Waterwet nie. In hulle enigszins uitvoerige aantekening oor *Prescription* (bl 35 ev) skryf hulle asof die Verjaringswet van 1969 nie bestaan nie. Baie van die ou beslissings, wat hulle nog as "goeie reg" beskou, is vandag nie meer gesaghebbend nie.

Net soos vroeër uitgawes bevat ook hierdie uitgawe 'n klompie omrekeningstabelle. Hierdie tabelle was altyd handig, en is nou nog handiger omdat ook rekening gehou word met die metrieke stelsel van mate. Die ou "kusek" is nou amptelik in onguns. Daar word nou gepraat van "kumek" (wat baie van ons riviere na straaltjies laat lyk) of van l/s (liter per sekonde) (wat 'n tuinslang se "stroming" na 'n vloed laat lyk). Die *cubic litre*, waarvan die skrywers op bl 153 praat, is natuurlik maar net 'n ongelukkie.

Die werk is op die gebruikelike wyse voorsien van 'n register van gewysdes voorin en 'n inhoudsregister agter.

Die band en drukwerk is vir my nie so aantreklik soos dié van die derde edisie nie. Setfoute is daar wel, maar hulle is nie volop nie.

Met die paar opmerkings hiervoor wil ek die werk nie afkam nie, maar slegs konstateer dat daar ruimte vir verbetering is en dat dit jammer is dat



die geleentheid nie gebruik is om aan *Hall on Water Rights* 'n nog groter aansien te gee nie.

JC DE WET  
*Stellenbosch*

## MEERTALIG RECHTSWOORD, RIJKERE RECHTSVINDING

deur prof dr JACQUES HERBOTS

*Wetenschappelijke Uitgeverij E Story-Scientia PVBA,*  
Gent - Brussel - Leuven - Antwerpen 1973

'n Mens is geneig om dit as 'n tipies Suid-Afrikaanse verskynsel te beskou dat wetgewing in die twee tale gestel word. Hoofsaaklik is daar egter nog België en Kanada waar ook twee tale vir hierdie doel gebruik word. Dan is daar Switserland waar drie tale gebruik word en dan ten slotte nog die internasionale verdrae (wat vir die doel van die huidige onderwerp ook as wetgewing beskou moet word) waar dikwels twee en meer tale gebruik word.

Hierdie werk van die Belgiese hoogleraar kan met vrag gelees word deur al diegene wat hulle besig hou met die uitleg van wette wat in meer tale verskyn. Nie die mins belangrike aspek nie sal wees om op te merk hoe die benadering tot die uitleg van die wet, meertalig of andersins, in die Anglo-Saksiese wêreld (waaronder Suid-Afrika ressorteer) verskil van dié in ander lande. Dit is waar dat die wet in alle lande beskou word as 'n vertolking, deur middel van woorde, van die wil en bedoeling van die wetgewer. In die Anglo-Saksiese wêreld is dit bekend dat meer nadruk op die woordvertolking gelê word met al die gevolge daarvan. Omdat die geskrewe woord so 'n buitensporige gewig dra, probeer die wetgewer om sy bedoeling so uit te druk dat die woordvertolking geen geweld aan daardie bedoeling sal doen nie. Die gevolg is die welbekende onleesbaarheid van 'n wet, wat 'n mens moet lees en herlees voor iets daaruit afgelei kan word - en somtyds gebeur dit nooit dat iets sinvols daaruit afgelei kan word nie. Natuurlik, ook in die nie-Anglo-Saksiese lande neem hierdie probleem toe. Vanweë die heersende Anglo-Saksiese geaardheid van die hedendaagse gemeenskappe en die feit dat die Anglo-Saksiese wetgewing direk of indirek as voorbeeld dien, vind 'n mens dat ook in ander as die Anglo-Saksiese lande die patroon van die regsweese in laasgenoemde lande in 'n meer of 'n minder mate oorgeneem word of invloed uitoefen.

Die oogmerk van die boek is om te dien as 'n regsvergelijkende beskrywing van die probleme wat ontstaan waar daar 'n verskil of onversoenbaarheid vasgestel word in twee- of meertalige weergawes van 'n wet. Die skrywer wys daarop dat daar 'n amptelike weergawe van 'n wet bestaan in dié sin dat dit 'n weergawe is waarin die wetgewer sy wil kenbaar gemaak het. Waar daar weergawes in verskillende tale van 'n wet of verdrag voorkom, is hierdie weergawes moontlik amptelik maar nog nie outentiek nie. Die outentieke weergawe is dan dié weergawe wat, by verskil of onverenigbaarheid tussen die verskeie weergawes, die basis vir die uitleg van die bedoeling van die wetgewer of partye vorm. Aan die ander kant, die outen-

tieke weergawe (in hierdie sin) is nie noodsaaklik altyd die amptelike weergawe nie. Hoofsaaklik handel die werk oor die interpretasie van die verskeie amptelike weergawes in België, Suid-Afrika, Kanada, Switserland en die verdrae wat die Europese gemeenskapsreg daarstel.

Daar word op die feit gewys dat in België, vanaf 1898, die twee weergawes van 'n wet dieselfde gesag het. So is dit met die drie weergawes in Switserland en die twee in Kanada. In Suid-Afrika word beide amptelike weergawes as outentiek beskou, solank daar nie 'n onversoenbare teenstrydigheid na vore kom nie. In die Europese gemeenskapsreg, daarteenoor, word ten spyte van 'n teenstrydigheid in die ter sake bepalings die vier weergawes in die vier tale gelykwaardig geag.

Waar daar by meerdere weergawes van hierdie soort verskille voorkom, ontstaan die vraag na interpretasie. Die skrywer stel vyf moontlikhede van onverenigbaarheid en verskille, nl (1) die een weergawe sê iets, die ander iets geheel en al anders; (2) die een weergawe bevat 'n woord of sin wat sinloos of onseker is, terwyl die ander weergawe duidelik is; (3) een van die weergawes bevat 'n woord of sin wat twee of meer betekenis kan hê, terwyl die ander slegs 'n woord of sin gebruik wat vir een betekenis vatbaar is; (4) een weergawe bevat 'n woord of sin wat minder beperk definieer word as die ander; (5) een versuim om 'n kategorie te noem wat in die ander voorkom. (In die laaste geval verwys die skrywer na die Suid-Afrikaanse voorbeeld wat in *R v Singu* 1954 3 SA 555 (K) voorkom waar in die een weergawe "certificate" voorkom en in die ander "sertifikaat of document".) Die skrywer wys daarop dat daar 'n verskil in benadering van die uitleg (soos hierbo gestel) is tussen die Europese lande en in die lande waar die *common law* sy merk gelaat het.

Die interpretasie is die oorgang van die abstrakte tot die konkrete of, soos die skrywer dit meer presies stel, die mededeling van geabstraheerde situasies op konkrete feite. Die uitleggingstegniek varieer egter van regstelsel tot regstelsel, soos reeds genoem is. Die teenstelling is egter in besonder merkbaar tussen die reëls van interpretasie en die tegniek van die Anglo-Saksiese lande en dié van die Europese lande en gemeenskapsreg, alhoewel beide uitgaan van dieselfde standpunt, nl om die wetgewer se bedoeling te bepaal. Omdat die Europese tegniek nie so sterk aan die woord gebonde is nie (*D 1 3 17: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*), is die opvallende kenmerk die belang wat aan die voorbereiding van die teks gegee word (die historiese interpretasie). Nieteenstaande, as die teks duidelik is, is die uitlegger in beginsel daaraan gebonde. Daar word egter vir afwykinge gepleit (die sosiale doel as interpretasiemethode, en die metode van die skool van vrye wetenskaplike uitleg: die moeilikheid is dat dit baie aan die wil van die uitlegger oorlaat en hom die skepper van reg maak, en so word vergeet dat die werklike skepper van die reg die wetgewer is; dit is die ou gevaar van alle interpretasie *praeter legem*, om maar nie van interpretasie *contra legem* te praat nie). Hierdie metodes word deur die skrywer (mî tereg) ter syde gelaat. Hy kyk hoe die interpretasie in die praktyk geskied waar die basiese beginsels (soos hierbo genoem) merendeels gevolg word. Waar die teks egter nie die wil van die wetgewer weerspieël nie (bv in geval van slordige redaksie) word die gebrekkige redaksie maklik herstel. In besonder wat

verdrae betref, word vir die oplossing van onduidelikhede of dubbelsinnighede sterk aan die geskiedenis van die totstandkoming van die wet aandag gegee om so die betekenis te bepaal. Ongeveer onafskeidelik hieraan verbonde is die doel wat die wetgewer met sy bepaling wil bereik. Daar mag egter gesê word dat, alhoewel hierdie metode nie in die Anglo-Saksiese wêreld aanvaar word nie, dit tog nie geheel en al verwaarloos is nie. 'n Mens kan verwys na die reël van uitleg dat in geval van dubbelsinnige woorde die bedoeling van die wetgewer (egter soos afgelei uit die ander dele van die wet en uit ander toelaatbare middels) as middel vir uitleg gebruik mag word. Dit word illustreer in die Suid-Afrikaanse saak van *Hleka v Johannesburg City Council* 1949 1 SA 842 (A), en die beslissing is baseer op lord Coke se uitspraak in *Heydon's Case* 1584 3 Rep 7b. Dit is nogal interessant dat hierdie metode van uitleg kan bots met reëls wat in Suid-Afrika as basies beskou word, soos die reël *in poenalibus causis benignius interpretandum est* (vgl bl 67) of *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*.

Waar dit nie moontlik is om uit die voorbereidende werk die onverenigbaarheid van die tekste op te los nie, moet in ag geneem word dat die wet in al die betrokke tale vervat is en moet aan elk gelyke gesag verleen word. Die Europese regter is minder aan die teks gebonde en onder meer nie gebonde aan die *highest common factor test* nie (vgl *R v Vilbro* 1957 3 SA 223 (A)). Wanneer gepoog word om die tekste te versoen, kan dit blyk dat een van die weergawes op meer as een manier uitgelê kan word en dan moet die regter die interpretasie volg wat aan al die weergawes gemeenskaplik is; dit is moontlik dat een onduidelik en die ander duidelik is en dan volg die regter die duidelike teks (vgl *R v Abrahams* 1928 CPD 159; *Handel v R* 1933 SWA 37); dan kan in een weergawe 'n ruime betekenis voorkom en in die ander 'n meer beperkte (waar in Suid-Afrika dan merendeels die *highest common factor test* gevolg word), en dan word merendeels die ware bedoeling van die wetgewer gesoek; ten slotte kan in een van die weergawes 'n kategorie vermeld word wat nie in die ander vermeld word nie (soos in *R v Singu* 1954 SA 555 3 (K) wat reeds eerder genoem is) - in hierdie geval sal die Europese regter ook weer uit die vollediger teks die leemte aanvul om die ware bedoeling van die wetgewer te bepaal. Waar die vergelyking van die twee tekste nie voldoende is nie, kan uit die samehang van die wet as geheel gelees die onduidelikheid of onverenigbaarheid opgelos word.

Die skrywer wys daarop dat 'n wet dikwels 'n oorspronklike weergawe het, terwyl die ander slegs 'n vertaling daarvan is. Dit blyk dat somtyds meer gewig aan die vertaling gegee word om die bedoeling van die wetgewer te bepaal. Die skrywer maan egter tot versigtigheid by die toepassing van hierdie metode. Ook word gewys op sekere basisse wat vir die interpretasie waardeloos is. Dit is, onder meer, verkeerd om die taal van die regspleging of die moedertaal van die partye gewig te verleen; ook, die slagspreuk *in dubio pro debitore* kan net so gevaarlik en in stryd met die bedoeling van die wetgewer wees as die slagspreuk *in dubio pro reo*.

Vervolgens word ingegaan op die gevalle waar daar 'n outentieke weergawe teenoor 'n amptelike weergawe teenwoordig is. Die laaste is deel van die wet (of verdrag). Die outentieke weergawe is egter gesaghebbend. In geval daar onenigheid is oor die betekenis van die teks, gebeur dit dik-



wels dat, as gevolg daarvan dat daar 'n outentieke weergawe is, die amptelike teks vergeet word, alhoewel dit van waarde kan wees by die uitleg van 'n onduidelikheid. Verder word daarop gewys dat in Suid-Afrika altwee die weergawes ewe outentiek is tot op die moment van teenstrydigheid, wanneer die ondertekende teks deurslaggewend word. Die punt word deeglik bespreek en met beslissings illustreer. Verder word die verhouding tussen die outentieke weergawe en 'n amptelike vertaling bespreek. In beginsel is die laaste slegs informatief, maar in die praktyk het dit somtyds 'n sterkere invloed. Natuurlik kan dit as 'n hulpmiddel by die interpretasie dien; dit geld ook vir 'n private vertaling naas die outentieke weergawe.

Ten slotte word op die nut van 'n meertalige wet gewys. Dit gee 'n ruimere kans vir die uiteensetting van die wil van die wetgewer. Aan die ander kant, daar is twee tale, elkeen met sy eie gees en nuanseringe; vandaar die gevare wat so dikwels in vertalings voorkom: 'n letterlike vertaling gee gewoonlik die ware betekenis maar swak weer; 'n vrye vertaling bied skuilplek vir ander probleme. Desnieteenstaande bring meertaligheid, wanneer dit goed gebruik word (*betere taal is beter recht*), groot voordele met hom saam en daarom ook die titel van die werk: *Meertalig rechtswoord, rijkere rechtsvinding*.

Uit die voorgaande sal die waarde van die werk blyk. Dit is helder en duidelik geskryf en daarom 'n genot om te lees - in teenstelling met wat so dikwels vandag gebeur, nl dat die geleerde sy geleerdheid moet toon (of miskien verberg) deur 'n moeilike styl en onnaspeurbare gedagtegang. Die skrywer het deeglik op die onderwerp ingegaan. Vir die Suid-Afrikaanse leser sal dit blyk uit wat oor die hedendaagse wetgewing in Suid-Afrika, vir sover dit die onderwerp raak, daarin te vind is. Daar word ruimskoots na vonnisse verwys. Uit die aard van die saak is hulle nie uitputtend behandel nie. Wat die literatuur betref, word hoofsaaklik na die jongste edisie van Steyn se *Uitleg van wette* verwys en is gebruik gemaak van Ipsier CW "Interpretation of bilingual statutes in South Africa 1965 *Responsa Meridiana* 21. Dit is miskien jammer dat nie geraadpleeg is nie; Pretorius JJ "'n Gordiaanse knoop: 'Conflict' of 'verskil' (*Huldigingsbundel Daniel Pont* (Balkema 1970) 193). Ook (alhoewel alles nie ewe belangrik is nie en vir die doel van die werk miskien enigsins oorbodig) kan die volgende nog gemeld word: Hunt PMA "Rules of interpretation of statutes" (1961 *Annual survey of South African Law*) 408; Boshoff LL "'n Interpretasieprobleem in art 65 van die Grondwet" 25 (1962) *THRHR* 122 en Hahlo en Kahn *The South African legal system and its background* (Juta 1968) 193.

Die werk is in 'n aantreklike uitgawe en drukfoute is min. Sommige verwysings is foutief (bv n 18 op bl 13 en n 29 op bl 16). Dit is jammer dat daar nie 'n literatuurlys verskyn nie. Wanneer die leser nie 'n ingewyde is in die verskeie regstelsels wat vir die doeleindes van die boek gebruik is nie, is dit moeilik om die literatuur na te spoor of 'n oorsigtelike blik daarvan te kry. En dan 'n laaste opmerking: op bl 74 (in navolging van Ipsier) word Van der Linden se *Koopmans Handboek* in die vertaling van Juta *Institutes of Holland* aangehaal.

P VAN WARMELO  
*Universiteit van Suid-Afrika*









