

WATTER REGSISTEEM BEHEERS DIE
VERHOUDING TUSSEN OWERHEID
EN ONDERDAAN IN DIE UNIE,
ROMEINS-HOLLANDSE REG OF
ENGELSE REG ?

REDE

by die Aanvaarding van die Professoraat
in die Staatsreg aan die Universiteit van
Pretoria gehou Dinsdag 5 Maart 1935

deur

L. IGN. COERTZE



1937

PUBLIKASIES VAN DIE UNIVERSITEIT VAN
PRETORIA.

Reeks IV: Intreeredes
No. 5.

WATTER REGSISTEEM BEHEERS DIE VERHOUDING TUSSEN OWERHEID EN ONDERDAAN IN DIE UNIE, ROMEINS-HOLLANDSE REG OF ENGELSE REG?

Die bostaande vraag klink vreemder as wat hy is. Die Romeins-Hollandse Reg is wel die Reg van die Unie, maar vry van aanslae deur die Engelse Reg het dit nie gebly nie. Hierdie aanslae is deur ons regspruiste, so goed as hulle kon, afgeweer maar tog nie met soveel sukses soos ons graag sou wou sien nie.

Ongelukkig vir die Publiekreg is die teenstand teen die Engelse Reg hoofsaaklik op die gebied van die Privaatreg gekonsentreer met gevolg dat die ander deel van ons Reg meer onder die invloed van die Engelse Reg geraak het as wat nodig was. Sporadies is die Romeins-Hollandse Reg ook op hierdie gebied gehandhaaf, maar dan is daarvoor 'n rede gesoek net asof dit nodig was.

Die geskiedenis leer dat die ingevoerde Engelse regters begin het met te twyfel watter regsistiem die verhouding tussen Koning (owerheid) en onderdaan beheers. So vra Regter WYLDE, eerste Hoofregter aan die Kaap, in *R. vs. Botha* (1 S. 149) of Hoogverraad dieselfde in Suid-Afrika as in Engeland is. Die Prokureur-Generaal antwoord dat die Engelse Reg aandui wie die Koning is, maar dat die Romeins-Hollandse Reg die essentialia van Hoogverraad, as misdad, vasstel. Waar die ingevoerde Engelse regter getwyfel het, twyfel Lord DE VILLIERS (op 'n latere tydstop) nie meer nie. In *Binda vs. The Colonial Govt.* (5 S.C. 290) bespreek hy die vraag of die Kroon (owerheid) vir die onregmatige dade van sy dienare aanspreeklik is en o.a. sê hy die volgende:

I have not however thought it necessary to enter into a thorough investigation of the Roman and Dutch laws on the subject, because the legal relations subsisting between the Government and its officials must, to a great extent, depend on the law of England.

Na Lord DE VILLIERS so'n vonnis gegee het, het niemand meer aan die korrektheid van sy stelling getwyfel nie. In 1913 gaan Regter MASON nog verder en sê in *Barberton Municipality vs. Minister of Finance* (1913 T.P.D. 829), „The Privilege of the Crown... is the same in England as in South Africa”. In die-

selfde gees is in *Braunschweig Village Municipal Board vs. Minister of Lands* (1913 E.D.L. 386) en ex parte *Mathibe* (1923 T.P.D. 462) besluit.

Waarom die Engelse Reg die verhouding tussen owerheid en onderdaan moet beheers, behalwe waar dit anders deur die wetgewing bepaal is, word nie gesê nie. Die gedagtegang skyn te wees dat die enkele feit van verowering deur die Engelse Koning en Engelse wapens, skielik en sonder rede die publiekregtelike deel van die Romeins-Hollandse Reg afgeskaf het en die Engelse Reg daarvoor in die plek gestel het.

Steun vir hierdie stelling mag alleen in die Reg gevind word. Hiervoor kan ons of omsien na die Volkereg of die Engelse Common Law of na die Romeins-Hollandse Reg — hierdie drie oorde is die enigste waarin vir 'n dergelike steun gesoek kan word.

Die Romeins-Hollandse Reg bied nergens steun aan 'n standpunt waarvolgens hierdie Reg self opgehef sou word nie. Sover my bekend word die vraag nie eers deur die skrywers bespreek nie. Dit hoef ons nie te verwonder nie, want hulle het nie oor die Staatsreg geskryf nie, maar oor die Privaatreg en die Owerheid is meesal as 'n *bevoorregte* persoon gesien wat op dieselfde wyse as die privaat persoon deur een en dieselfde reëls gebind word, behalwe natuurlik as die Staat se bevoorregtelike posisie daarop 'n uitsondering maak.

By die Volkereg word aan hierdie vraagstuk aandag gegee. Teenoor die onderdane word die veroweringsdaad gekonstrueer as 'n opvolging in die imperium van die verowerde. Die veroweraar, as nuwe soewerein, kan regeer, d.i. sorg vir die bestuur, die wetgewing en die regspleging. Sien FRANZ VON LISZT, *Völkerrecht*, 12de druk bewerk deur Dr. M. FLEISCHMANN, bladsy 556 „Über eroberte Staatsteile kan der Eroberer frei verfügen”. Ook op bladsy 150, „. . . . ; die Eroberung dagegen macht sie (d.i. die burgers van die verowerde) zu den Angehörigen des eroberenden Staates und unterwirft sie in allen Beziehungen der neuen Staatsgewalt”. Nou spreek dit vanself dat die owerheidsdade van die veroweraar nie willekeurig mag wees nie, maar kragtens en ooreenkomstig die Reg moet geskied. Sien L. OPPENHEIM, *International Law*, Band II, bl. 240 en 82. Hierdie Reg kan óf wees die Reg van die veroweraar óf van die verowerde, m.a.w. in die geval van Suid-Afrika, kan dit óf wees die Engelse Common Law óf die Romeins-Hollandse Reg. Die vraag welke regsistiem dit moet wees, is 'n juridiese en nie 'n politieke vraag nie. In welke van die twee sisteme ons wel na 'n antwoord moet gaan soek is nie so maklik afgehandel nie.

Gaan ons in die Romeins-Hollandse Reg daarna soek, dan erken ons daarmee dat dié sisteem nog bestaan en dat die owerheid wel daarna moet leef. Ons probleem is dan nie opgelos nie, maar het verdwyn omdat ons aanneem wat ons moet bewys. Die ander moontlikheid is dat die vraag deur die Reg van die veroweraar beantwoord moet word, want daaraan is die veroweraar bo alle twyfel tog gebonde.

Oor hierdie vraag lui die Engelse Reg presies net soos die Volkereg, n.l. dat die veroweraar die bevoegdheid kry om die land te bestuur en daarmee alles wat in verband met die landsbestuur staan, b.v. die bevoegdheid om die Reg te verander. Die Engelse Reg is egter nog duideliker as die Volkereg, want dit lê neer hoe die veroweraar hom sal gedra. Dit lê neer dat hoewel die veroweraar die bevoegdheid kry om die Reg te verander, dit nie verander word deur die enkele feit van verowering nie, maar alleen deur 'n uitdruklik owerheidsdaad. Solang dus die Reg van die verowerde nie deur die veroweraar verander is nie, *bly dit wat dit was voor die verowering*. Die konklusie lê voor die hand; omdat dit bly, is ook die nuwe owerheid daaraan gebonde. Meer as dit beteken die veroweringsfeit vir die Engelse Reg nie. Vide HALSBURY, „Laws of England”, Band 10 bladsy 986; Hy sê dit:

„In conquered or ceded countries which at the time of their acquisition, had already laws of their own, the Crown has power to alter and change these laws, but until this is actually done the ancient laws of the country remain in force....”

Sien ook *Campbell vs. Hall* (1774) 1 Cowp. 204; herdruk in „Cases in Constitutional Law” van KEIR en LAWSON, waar Regter MANSFIELD sê: the laws of a conquered country *continue in force*, until they are altered by the conqueror; the absurd exception as to pagans, mentioned in *Calvin's case*, shews the universality and antiquity of the maxim.

So ook Prof. B. KEITH, „The Constitution, Administration and Laws of the Empire, bladsy 9; *The Exchange Bank of Canada vs. The Queen* (1886) 11 A.C. 157; *Cooper vs. Stuart* 14 A.C. 286; In re *Southern Rhodesia* 1919 A.C. 233; *Donegani vs. Donegani* 3 Knapp. 85.

Indien iemand dus die standpunt van Lord DE VILLIERS wil verdedig, die standpunt n.l. dat die verhouding tussen owerheid en onderdaan in die Unie deur die Engelse Reg beheers word, dan moet hy op 'n daad van die Engelse Koning (hetsy kragtens prero-

gatief of kragtens 'n wet) wys, waarin die *Romeins-Hollandse Reg of in sy geheel of minstens die publiekregtelike deel daarvan, afgeskaf en die Engelse Common Law daarvoor in die plek gestel is.*

Soek mens na 'n dergelike daad in ons regsgeskiedenis, waarmee die regsverandering plaas moes gevind het, dan vind mens dit nie. In teendeel, ons vind handelingte waarin die veroweraar die Romeins-Hollandse Reg *in sy geheel* uitdruklik beskerm en bestendig het, soos die volgende sitate aandui:

- (1). The Colonists shall retain all privileges which they now enjoy, including their present religion, without any change. (Art. 7 van die Eerste Kapitulasie van die Kaap in 1795, EYBERS, Select Const. Docs. bld. 6).
- (2). It is our Will and Pleasure that for the present and until our Pleasure shall be further signified, the Temporary Administration of Justice and Police in the settlement should as nearly as circumstances will permit, be exercised by you in conformity to the Laws and institutions that subsisted under the ancient Government. (Instruksies aan MACARTNEY, dato 30/12/1796, EYBERS, Const. Docs. bl. 16.)
- (3). The Burghers and Inhabitants shall preserve all their rights and privileges which they have enjoyed hitherto. (Art. 8 van die Tweede Kapitulasie, 1806, EYBERS, l.c.).

Die woord „privilege” in hierdie verband beteken nie net „voorregte” nie maar ook *regsisteesem*. (Sien *R. vs. Harrison & Dryburgh*, 1922 A.D. bladsy 330).

- (4). The body of Laws commonly called the Roman Dutch Law is the Law for the time being of the Colony of Natal. . . . (Art. 21 van Wet 39 van 1896 van Natal).
- (5). The Roman Dutch Law shall be the Common Law of Colony in so far as it has been introduced into and is applicable to South Africa. (Art. 1 van Ord. 3 van 1902 van die „Orange River Colony”).
- (6). The Roman Dutch Law except insofar as it is modified by legislative enactments shall be the law of this Colony. (Art. 17 van Prok. 14 van 1902 van die Transvaal).

Dus in alle gevalle, behalwe in die geval van die Transvaal,

het die veroweraar die Romeins-Hollandse Reg *in sy geheel en onvoorwaardelik* gehandhaaf. Die uitsondering wat vir die Transvaal gemaak word sien op wetlike reëlings in die Transvaal van die veroweraar self, maar daarin word nergens in die algemeen gesê dat die Engelse Reg in die Transvaal van toepassing sal wees nie. As die Romeins-Hollandse Reg in sy geheel gehandhaaf is, waarom dan besluit dat dit alleen maar gedeeltelik gehandhaaf is?

'n Antwoord op die vraag is nie te vind nie. Dit kan wees dat die persone wat met die stelling begin het, hulle laat mislei het deur 'n ander reel van die Engelse Reg, die reel n.l. dat die politieke regte van die Kroon orals dieselfde is. Hierdie reel is miskien algemeen van toepassing in al die gebiede waar die Engelse Common Law geld, omdat dit die Common Law is wat aan die Koning sy regte en verpligtinge verleen. Maar dis seker nie vol te hou in 'n gebied waar 'n heeltemal ander regsisteem geld nie. Want as ons aanneem dat al die Koning se prerogatiewe regte, politieke regte is, dan sal sy prerogatief in die Unie net so van toepassing wees as in Engeland. Dit is egter nie die geval nie, want die howe van die Unie het konsekwent geweier om die owerheid hier meer regte te gee as wat die owerheid onder die Romeins-Hollandse Reg gehad het. So is erken dat verjaring teen die Kroon loop, anders as in Engeland, (*Union Govt. vs. Estate Whittaker*, 1915 A.D. 194); ontken dat die owerheid 'n reg het op bona vacantia, maar volgens die bepalinge van die Romeins-Hollandse Reg, en nie volgens die bepalinge van die Engelse Reg nie. (*Estate Baker & Others vs. Estate Bakers & Others* 25 S.C. 234); ontken dat die Kroon (anders as in Engeland) 'n reg het op edel-metale en gesteentes, aangesien ons hier aanneem dat die eienaar van die grond eienaar van die edel-metale en -gesteentes is wat daarin gevind word; ontken dat die Kroon 'n reg het om nie tot betaling van die koste van 'n proses waarin die Kroon die party is wat verloor, veroordeel te word nie — ook anders as in Engeland, (*Van der Byl and Meyer vs. Sequestrator and Attorney General* 1 Menzies 318; *Central Judicial Commission vs. Fass & Co.* 1903 T.S. 329).

Waar verder 'n reg vir die owerheid kragtens die Romeins-Hollandse Reg bestaan en ook 'n soortgelyke reg kragtens die Engelse Common Law bestaan, daar word die verhouding in die Unie volgens die Romeins-Hollandse Reg gekonstrueer, (*The Cape Divisional Council vs. Colonial Govt.*, 20 S.C. 87; *Van Marseveen vs. Union Govt.* 1918 A.D. die woorde van Hoof-Regter INNES op bladsy 213).

In gevalle waar die howe 'n prerogatief strydig met die Romeins-

Hollandse Reg ingevoer het, het die wetgewer hom daar teen ver-
set. Daarvan is bewys die Crown Liabilities Act van 1910 en sy
voorgangers. Die enigste geval sover my bekend, waar die wetgewer
hom nie verset het nie was teen die invoering van die reel dat die
Kroon alleen deur 'n wet van die Parlement gebind word as dit
uitdruklik in die wet gesê word, aangenome dat 'n dergelike reel
nie in die Romeins-Hollandse Reg bestaan nie. Hierdie reel is
egter net gedeeltelik ingevoer want ten opsigte van wette wat voor
die anneksasie van die Republieke gemaak is, word aangeneem dat
die Kroon wel daaraan gebonde is. (*Union Govt. vs. Smit N.O.*
1918 A.D. 546). Die onderskeid in die interpretasie van wette voor
anneksasie en na anneksasie van die Republieke wys met watter
halfhartigheid hierdie reel ingevoer is. In werklikheid bestaan daar
geen verskil en hoef daar geen verskil te bestaan tussen wette wat
die owerheid bind voor anneksasie en na anneksasie nie.

Waar die prerogatief dus volgens Engelse Reg bestaan, maar
nie volgens Romeins-Hollandse Reg nie word dit beskou asof dit
nie in die Unie bestaan nie, of as dit wel erken word dan vind dit
geringe toepassing, so nie word dit ongedaan gemaak deur die
wetgewer. Waar dit wel bestaan ook kragtens die Romeins-
Hollandse Reg, en kragtens die Engelse Reg, daar word dit kragtens
die Romeins-Hollandse Reg gekonstrueer.

Dit kan geopper word dat dit alles waar is, maar dat dit
alleen maar van toepassing is op die s.g. privaatrechte van die
Kroon, maar dat die suiwere publiekregte van die Kroon tog deur
die Engelse Reg beheers moet word, (KEITH t.a.p.). Hierdie
argumentasie kan korrek wees, maar dan moet eers aangetoon
word welke regte van die Kroon behoort tot sy s.g. privaat-
owerheidsregte en welke behoort tot die s.g. publieke of politieke-
owerheidsregte. M.i. is daar geen verskil nie. Watter verskil is daar
b.v. tussen die aard van die reg van onteiening van die goed van
'n privaat persoon ten algemene nutte en die aard van die reg
van verlening van *venia aetatis*? Albei is per slot die resultaat
van die soewereiniteit van die owerheid.

Mens sou miskien kan beweer dat die trou-verhouding wel
iets van die politieke voorregte moet inhou siende dat die ver-
houding tussen die Engelse Koning in die verlede en nog in Enge-
land altyd 'n persoonlike verhouding was en dat daarom die
Engelse Common Law hierdie besondere verhouding behoort te
beheers.

'n Dergelike bewering sou egter uit die oog verloor wat presies
verstaan word met die begrip *trou*. Dit beteken niks meer en niks

minder as om die wette van die land te gehoorsaam. „For the British subject and foreigner alike, when within British territory, allegiance, both natural and local, is comprised in, and does not extend beyond the duty to obey the law of the land”. CLEMENT'S Canadian Constitution, bladsy 167. Dit ook was die standpunt van die outeurs van die Placaet van Verlatinge van 26 Julie 1581 wat die Hollandse Reg betref.

Dus of mens die trouverhouding soos dit vandag in die Unie bestaan, volgens Engelse Reg of volgens Romeins-Hollandse Reg konstrueer, vir burgers van die Unie beteken die begrip *trou* niks meer en niks minder nie as *om die wette van die Unie te gehoorsaam*. Hierdie plig is hulle *nie teenoor die Koning as persoon verskuldig nie, maar teenoor die Unie*, omdat die Unie (en nie die Koning nie) as regspersoon ¹⁾, die owerheid is. (*Rex vs. Gomas* C. P. D. 2e Maart 1936) As dit nie so moet wees nie, beteken dit dat daar in die Unie twee *onafhanklike persone* is, by wie die owerheidsregte berus. Dit kan duidelik nie. Die Koning kan hoogstens 'n orgaan van die Unie wees by wie die trou „gebuis” of afgelê word vir die Unie. Van leentrou (fealty) kan hier in die Unie geen sprake wees nie, omdat volgens die Engelse Reg dit is „a quality of the mind and soul” en dat daarom „a body politic cannot *take* nor make homage”, (CALVIN se saak). Dis moontlik, hoewel onwaarskynlik, dat voor die Unie tot stand gekom het, daar so'n verhouding bestaan het, maar met die wording van die Unie as regspersoon, is dit seker afgeskaf. Die trouverhouding van onderdane in die Unie teenoor die Unie moet anders gekonstrueer word as dié verhouding van onderdane in Engeland.

Een van die beste bewyse dat selfs voor die Unie die trouverhouding iets anders was, blyk uit die geskiedenis van Hoogverraad as misdad in Suid-Afrika. Nooit is dit volgens konsepte van die Engelse Reg bereg nie, behalwe in een geval (*De Jager vs. Attorney-General of Natal* 1907 A.C. 326) en toe het die Privy Council seer seker misgevat. As die trouverhouding dan so'n intieme verhouding was, tussen Koning en onderdaan, dat alleen die Engelse Reg dit kon beheers, waarom is dit dan nie ook by Hoogverraad gedaan nie?

Konklusie: Uit welke oogpunt mens ook die vraagstuk bekyk, mens kom net tot een konklusie n.l., die verhouding van owerheid

¹⁾ Daar was 'n tyd toe juriste in S. A. verskil het oor die vraag of die Unie 'n regspersoon is of nie, maar vandag twyfel niemand meer daaraan nie. Dit is duidelik vir elkeen wat die Grondwet van die Unie van Suid-Afrika deurlees.

en onderdaan in die Unie en daarmee die Staatsreg van die Unie word beheers deur die Romeins-Hollandse Reg. Dit geld natuurlik alleen in soverre dit nie uitdruklik deur die wette van die Unie en van die vroeëre gebiede wat tans die Unie uitmaak, gewysig is nie. Indien dit egter gedaan is, dan is dit Suid-Afrikaanse Reg al het die Engelse Reg ook as voorbeeld vir die besondere maat-reel gedien.

Wat ons Grondwet betref daar is vele gebruike wat ons sekerlik presies van die Engelse Staatsreg oorgeneem het, maar by elke Grondwet is daar gebruike en of jy hulle nou oorneem en of hulle self ontwikkel, dit stempel hulle nie juis tot een of ander regsisteem nie.