

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

MEMORIAL-BIBLIOTEK

1973  
ZA. 345.1 (68)

Requiem 432 292





**TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE  
ROMEINS - HOLLANDSE REG**

**JOURNAL OF CONTEMPORARY  
ROMAN-DUTCH LAW**

- SOUTH AFRICA:* BUTTERWORTH & CO (SOUTH AFRICA) LTD  
DURBAN: 33-35 Beach Grove
- ENGLAND:* BUTTERWORTH & CO (PUBLISHERS) LTD  
LONDON: 88 Kingsway, WC2
- AUSTRALIA:* BUTTERWORTH & CO (AUSTRALIA) LTD  
SYDNEY: 20 Loftus Street  
MELBOURNE: 473 Bourke Street, C1  
BRISBANE: 240 Queen Street
- CANADA:* BUTTERWORTH & CO (CANADA) LTD  
TORONTO: 1367 Danforth Avenue
- NEW ZEALAND:* BUTTERWORTH & CO (NEW ZEALAND) LTD  
WELLINGTON: 49-51 Ballance Street  
AUCKLAND: 35 High Street
- USA:* BUTTERWORTH INC  
WASHINGTON, DC 20014: 7235 Wisconsin Avenue

# TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

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

REDAKTEUR WA JOUBERT

ASSISTENT-REDAKTEUR CWH SCHMIDT

## REDAKSIEKOMITEE

PROF B BEINART  
PROF AC CILLIERS  
PROF DR W DE VOS  
PROF DR JC DE WET  
PROF DR R FEENSTRA  
ADV J C FERREIRA  
ADV DR CP JOUBERT  
PROF DR DJ JOUBERT  
PROF DR WA JOUBERT (Voorsitter)  
PROF PJJ OLIVIER

PROF DR D PONT  
PROF DR CWH SCHMIDT (Sekretaris)  
PROF DR SA STRAUSS  
PROF DR HL SWANEPOEL  
PROF JC VAN DER WALT  
ADV DR HJO VAN HEERDEN  
PROF JNR VAN RHYN  
PROF DR P VAN WARMELO  
PROF R VERLOREN VAN THEMAAT

VIEK  
~~DERTIG~~ - EN - DERTIGSTE JAARGANG 1971

DURBAN

BUTTERWORTH & CO (SOUTH AFRICA) LTD

1971

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

# REGISTER

OPGESTEL DEUR

JJ JOUBERT BA LLB

BLADSY

## A ARTIKELS

BARRIE, GN: The history and fundamental constitutional law of the Irish Republic and Northern Ireland . . . . .	250
CILLIERS, AC: Die Suidwes-Afrika-saak en die volkereg . . . . .	25
DANNENBRING, R: Die gelykenis van die talente in die lig van die Romeinse reg . . . . .	119, 273
FINDLAY, GEORGE: The Irrigation Board as an incipient court of law . . . . .	16
FINDLAY, GEORGE: The leviathan - a legal fiction of today . . . . .	147
JOHANSON, BRIAN O: Capital punishment. . . . .	350
JOUBERT, CP: Dwaling by ontewing . . . . .	387
JOUBERT, DAVID: Die opsie: 'n voorwaardelike reg? . . . . .	380
NEETHLING, J: Enkele gedagtes oor die juridiese aard en inhoud van menseregte en fundamentele vryhede. . . . .	240
RAUTENBACH, IGNUS: Judisiële staatsoptrede in die VSA . . . . .	45
SANDERS, AJGM: Die „rule of law” - 'n gemeenskaplike westerse gedragskode . . . . .	164, 284
STRAUSS, SA: Regsaspekte van geestesversteurdheid. . . . .	1
UNIVERSITEITSDOSENTE IN DIE REGTE: Simposium: Strafprosedehervorming . . . . .	54
VAN NIEKERK, AF: Geld die gewone reëls van uitleg by belastingwette? . . . . .	137
VAN REENEN, TH: Patentreg: Vanselfsprekendheid van uitvindings . . . . .	155
VAN ROOYEN, JCW: Uitdruklike regskeuse in die internasionale kontraktereg . . . . .	362
VAN ZYL, DH: Die saakwaarnemingsaksie as besitsremedie . . . . .	331
VERLOREN VAN THEMAAT, R: Bantoe-ontwikkeling - wat kan juriste daaraan doen? . . . . .	223

## B AANTEKENINGE

ECKARD, CF: <i>Functus officio</i> ten aansien van verbanne publikasies? . . . . .	175
HUGO, JH: Hearsay: statements made in the presence of the accused . . . . .	403
JOUBERT, DJ: Iets oor die „pandgewing” van onliggaamlike goed . . . . .	82
KLOPPER, CF: Opkorting van gevangenisstraf opgelê ingevolge artikel 335A van die Strafprosedewet . . . . .	196
OOSTHUIZEN, MJ: Artikel 71 van die Maatskappywet 46 van 1926 . . . . .	298
RABIE, MA: Artikel 257 van die Strafprosedewet - 'n dooie letter . . . . .	192
RAUTENBACH, IGNUS: Subjektiewe regte en menseregte . . . . .	399
SNYMAN, CR: Opsetlike strafbare manslag? . . . . .	184
VAN DER MERWE, NJ en MYNHARDT, SJ: Die Wysigingswet op Verdeling van Skadevergoeding 58 van 1971 . . . . .	308
VAN ROOYEN, JH: Opmerkings oor <i>autrefois acquit</i> . . . . .	182

## C VONNISSE

Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons 1970 3 SA 264 (A) deur DH van Zyl . . . . .	199
Cooper Brothers & Co v Bottrick & Co Ltd 1971 1 SA 22 (R) deur Kobus van Rooyen . . . . .	422
Heron Investments (Pty) Ltd v Secretary for Inland Revenue 1971 4 SA 201 (A); SATC 33 181 deur AF van Niekerk . . . . .	415
In re Carlton Holdings Ltd 1971 1 WLR 918 deur SWL de Villiers . . . . .	316
Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishing Fabrics Ltd 1971 3 All ER 16 deur SWL de Villiers . . . . .	420

S v A 1971 2 SA 213 (T) deur J Neethling . . . . .	324
S v Botha 1970 4 SA 407 (T) deur FC Nel . . . . .	91
S v Coomer 1971 1 SA 543 (K) deur CF Klopper . . . . .	203
S v Haarmeyer 1970 4 SA 110 (O) deur AJ Middleton . . . . .	206
S v Resant 1971 2 SA 97 (K) deur FA de Villiers . . . . .	321
S v Thenkwa 1970 3 SA 529 (A) deur MA Rabie . . . . .	319
SIR v Geusteyn, Forsyth and Joubert 1971 3 SA 567 (A), SATC 33 113 deur AF van Niekerk . . . . .	408
Wijtenberg Holdings, Trading as Flaming Dry Cleaners v Bobroff 1970 4 SA 197 (T) deur DJ Joubert . . . . .	90

## D BOEKE

### I BOEKAANKONDIGINGE

MCKENZIE, H: The law of building contracts and arbitration in South Africa deur Paul van Warmelo . . . . .	431
VAN DER MERWE, NJ en OLIVIER, PJJ: Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg deur JC de Wet . . . . .	330

### II BOEKBESPREKINGS

BAMFORD, BRIAN: The law of partnerships and voluntary associations in South Africa deur PEJ Brooks . . . . .	429
CANEY, LR: The law of suretyship in South Africa deur DF Mostert . . . . .	100
CARCATERRA, ANTONIO: Le definizioni dei giuristi romani deur CG van der Merwe . . . . .	104
COHEN, B: Jewish and Roman law - a comparative study deur CG van der Merwe . . . . .	107
COLMAN, GEORGE: Cross-examination - a practical handbook deur HJ Preiss . . . . .	98
FACOLTA DI GIURISPRUDENZA, UNIVERSITA DI CAMERINO: Index - Quaderni camerti di studi romanistici deur R Dannenbring . . . . .	212
FACULTY OF LAW, UNIVERSITY OF CAPE TOWN: Acta juridica, 1968 deur R Dannenbring . . . . .	214
HERMESDORF, BHD: Schets der uitwendige geschiedenis van het Romeins recht deur DH van Zyl . . . . .	209
IRWIN, MJ: The lawyer's pocketbook deur SWL de Villiers . . . . .	108
KAHN, ELLISON: Contract and mercantile law through the cases deur CH Smith . . . . .	328
NAUDE, SJ: Die regsposisie van die maatskappydirekteur deur JS McLennan . . . . .	93
POS, AG: Hypotheek op roerend goed deur Marijke Reinsma . . . . .	102
SILKE, AS: The 1971 income tax and estate duty legislation deur CH van Wijk . . . . .	424
VAN ZYL, DH: Die saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse reg deur Wouter de Vos . . . . .	95
WATSON, ALAN: The law of persons in the later Roman Republic deur CG van der Merwe . . . . .	105

## E KRONIEK

Butterworth-prys . . . . .	117
----------------------------	-----

## F NUWE WETGEWING

VYFDE SESSIE VAN DIE DERDE PARLEMENT . . . . .	109
--	-----

## G ALGEMEEN

Butterworth se reisbeurs . . . . .	117, 220, 329
Redaksioneel: „The old order changeth . . .” . . . . .	215
Studente-regsverenigings . . . . .	220

## H VONNISSE AANGEHAAL

## I SUID-AFRIKAANSE

Ackerman v Burland & Milunsky . . . . .	1944 WLD 172 . . . . .	300
Alexander v Perdicologou . . . . .	1966 3 SA 454 (R) . . . . .	394
Amod Salie v Ragoon . . . . .	1903 TS 100 . . . . .	346
Angar AG's Application . . . . .	1970 RPC 113 . . . . .	161
Arderne v Estate Arderne . . . . .	1926 CPD 36 . . . . .	395
Atkins v Atkins . . . . .	1963 2 SA 291 (W) . . . . .	392
BP South Africa (Pty) Ltd v Dresden Properties (Pvt) Ltd . . . . .	1964 2 SA 21 (SR) . . . . .	381
Badenhorst v CIR . . . . .	1955 2 SA 207 (N) . . . . .	144
Basson v Van Jaarsveld . . . . .	1958 1 SA 418 (K) . . . . .	388
Beckenstrater v Sand River Irrigation Board . . . . .	1968 4 SA 209 (A) . . . . .	17, 21
Bernstein v Tayler . . . . .	5 HCG 258 . . . . .	346
Boyd v Nel . . . . .	1922 AD 414 . . . . .	380
Brand v Spies . . . . .	1960 4 SA 14 (OK) . . . . .	383
Bronkhorstspuit Liquor Licensing Board v Rayton Bottle Store (Pty) Ltd . . . . .	1950 3 SA 598 (T) . . . . .	175
Brooklyn House Furnishes (Pty) Ltd v Knoetze and Sons . . . . .	1970 3 SA 264 (A) . . . . .	199 ev, 348
CIR v Delfos . . . . .	1933 AD 242 . . . . .	139, 419
CIR v Estate Greenacre . . . . .	1936 NPD 225 . . . . .	372
CIR v George Forest Timber Co Ltd . . . . .	1924 AD 516 . . . . .	139
CIR v Simpson . . . . .	1949 4 SA 678 (A) . . . . .	139, 143
CIR v Sive's Estate . . . . .	1955 1 SA 249 (A) . . . . .	396
CIR v South African Fire and Accident Insurance Co Ltd . . . . .	1960 3 SA 1 (A) . . . . .	142
CIR v Widan . . . . .	1955 1 SA 226 (A) . . . . .	144
C Ltd v COT . . . . .	1962 1 SA 42 (SR) . . . . .	143
(The) Cape Colonial Government Railways v Green & Co Commissioner for Inland Revenue v Galena Oil Co . . . . .	(1894) 1 OR 320 . . . . .	372
Commissioner of Customs and Excise v Randles Bros & Hudson Ltd . . . . .	1931 TPD 123 . . . . .	143
Commissioner of Customs v Joffe . . . . .	1941 AD 369 . . . . .	144
Commissioner of Taxes, Federation of Rhodesia v McFar- land . . . . .	1934 WLD 8 . . . . .	143
Coopers Brothers & Co v Bottrell & Co Ltd . . . . .	1965 1 SA 470 (W) . . . . .	423
Costain & Partners v Godden . . . . .	1971 1 SA 22 (R) . . . . .	422
Couzyn v Laforce . . . . .	1960 4 SA 456 (SR) . . . . .	382
Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council . . . . .	1955 2 SA 289 (T) . . . . .	49
De Beers Consolidated Mines v London and South Afri- can Exploration Company . . . . .	1920 AD 530 . . . . .	144
De Vaal v Messing . . . . .	10 SC 359 (1893) . . . . .	347
De Wet v Browning . . . . .	1938 TPD 34 . . . . .	314
Dempster v Addington Football Club (Pty) Ltd . . . . .	1930 TPD 409 . . . . .	373
Dibowitz v CIR . . . . .	1967 3 SA 262 (D) . . . . .	376
Estate De Wet v De Wet . . . . .	1952 1 SA 55 (A) . . . . .	139
Estate Garlich v CIR . . . . .	1924 CPD 341 . . . . .	404
Estate Greenacre v Brett . . . . .	1934 AD 499 . . . . .	176
Estate Reynolds v CIR . . . . .	1956 4 SA 291 (N) . . . . .	396
Ex parte Adams . . . . .	1937 AD 57 . . . . .	144
Ex parte Botha . . . . .	1946 CPD 267 . . . . .	394
Ex parte Central Properties . . . . .	1924 TPD 423 . . . . .	394
Ex parte De Swardt . . . . .	1930 CPD 360 . . . . .	301
Ex parte Dison . . . . .	1951 3 SA 469 (N) . . . . .	389
Ex parte Elands Properties . . . . .	1968 3 SA 368 (W) . . . . .	394
Ex parte Estate Bouton . . . . .	1945 TPD 37 . . . . .	299 ev
Ex parte Estate Graaff . . . . .	1958 4 SA 439 (K) . . . . .	396
Ex parte Faul . . . . .	1947 4 SA 496 (K) . . . . .	396
Ex parte Harmathall (Pty) Ltd (2) . . . . .	1947 1 SA 390 (T) . . . . .	392
Ex parte Minister of Native Affairs: In re Yako v Beyi . . . . .	1952 2 PH E11 . . . . .	301
Ex parte Mouton . . . . .	1948 1 SA 388 (A) . . . . .	229
Ex parte Muller . . . . .	1955 4 SA 460 (A) . . . . .	392
Ex parte Oakeshott . . . . .	1910 TPD 1128 . . . . .	391
Ex parte Paley . . . . .	1910 TPD 895 . . . . .	390
	1943 CPD 181 . . . . .	396

Ex parte Sampson . . . . .	1955 3 SA 228 (O) . . . . .	396
Ex parte Schneider . . . . .	1943 TPD 84 . . . . .	155
Ex parte Universal Properties (Pty) Ltd . . . . .	1947 4 SA 12 (N) . . . . .	301
Ex parte Van der Spuy . . . . .	1966 3 SA 169 (T) . . . . .	394, 397
Ex parte Van Nieuwenhuizen . . . . .	1954 2 SA 336 (T) . . . . .	396
Ex parte Vickerman . . . . .	1935 CPD 429 . . . . .	300
Farrar's Estate v CIR . . . . .	1926 TPD 501 . . . . .	141
Federal Development South Africa (Pty) Ltd v Fienberg	1967 PH A9 (N) . . . . .	373
Ferraz v D'Inhaca . . . . .	1904 TH 137 . . . . .	100
Garment Workers' Union (WP) v Industrial Tribunal and Minister of Labour . . . . .	1963 4 SA 775 (A) . . . . .	176
Goodman v Van Moltke . . . . .	1938 CPD 153 . . . . .	325
Gouws v Jester Pools . . . . .	1968 3 SA 563 (T) . . . . .	200, 348
Griffin v The Rhodesian Border Concession Ltd . . . . .	1927 SR 176 . . . . .	376
Guggenheim v Rosenbaum . . . . .	1961 4 SA 21 (W) . . . . .	371
Guman v Latib . . . . .	1965 4 SA 715 (A) . . . . .	83
Hamburg v Pickard . . . . .	1906 TS 1010 (PC) . . . . .	101
Havemann's Assignee v Havemann's Executors . . . . .	1927 AD 473 . . . . .	392
Harman's Estate v Bartholomew . . . . .	1955 2 SA 302 (N) . . . . .	346
Harris v Minister of the Interior . . . . .	1952 2 SA 428 (A) . . . . .	362 ev
Herold v Visser . . . . .	1937 CPD 67 . . . . .	396
Heron Investments (Pty) Ltd v SIR . . . . .	1971 4 SA 201 (A), SATC 33 181 . . . . .	415 ev
Hersch v Nel . . . . .	1948 3 SA 686 (A) . . . . .	382 ev
Holmes v North Western Motors (Upington) (Pty) Ltd . . . . .	1968 4 SA 198 (K) . . . . .	322
Hughes v Estate Hughes . . . . .	1941 NPD 1 . . . . .	392
In re Ebrahim's Estate . . . . .	1936 TPD 60 . . . . .	388
In re Ernestine . . . . .	(1895) 12 SC 27 . . . . .	372
In re Estate Erasmus . . . . .	1925 TPD 673 . . . . .	392, 396
In re Estate Lalla . . . . .	1922 NPD 18 . . . . .	387
In re Estate Reynolds . . . . .	1956 1 SA 1 (N) . . . . .	389
In re Mac Gillivray's Will . . . . .	1943 WLD 29 . . . . .	392
In re Springgorum's Estate . . . . .	32 NLR 16 . . . . .	387
International Tobacco Co v United Tobacco Co . . . . .	1953 3 SA 343 (W) . . . . .	404
Israelson v CIR . . . . .	1952 3 SA 529 (A) . . . . .	144
Jacobs v Henning . . . . .	1927 TPD 324 . . . . .	406
Joffe v African Life Assurance Society Ltd . . . . .	1933 TPD 189 . . . . .	372
Jones v Borland SSC . . . . .	1969 4 SA 29 (W) . . . . .	423
Katsopoulos v Bikardi . . . . .	1970 2 SA 391 (K) . . . . .	83
Kleinhans v African Guarantee and Indemnity Co Ltd . . . . .	1959 2 SA 619 (OK) . . . . .	309
Klug and Klug v Penkin . . . . .	1932 CPD 401 . . . . .	346
Kuhn v Karp . . . . .	1948 4 SA 825 (T) . . . . .	49
Le Roux v Odendaal . . . . .	1954 4 SA 432 (N) . . . . .	381
Li Kui Yu v Superintendent of Labourers . . . . .	1906 TS 181 . . . . .	57
Loewenstein v COT . . . . .	1956 4 SA 766 (FC) . . . . .	142
M v COT . . . . .	1956 4 SA 197 (SR) . . . . .	142
Mahlangu v Nhlapo . . . . .	1968 BAH 35 (NO) . . . . .	230
Major's Estate v De Jager . . . . .	1914 TPD 96 . . . . .	382
Marshall Cavendish Ltd v Publications Control Board . . . . .	1969 4 SA 1 (K) . . . . .	180
Martian Entertainments (Pty) Ltd v Berger . . . . .	1949 4 SA 583 (OD) . . . . .	299 ev
McCullogh v Fernwood Estates Ltd . . . . .	1920 AD 204 . . . . .	298
Mgoza v Mgoza . . . . .	1967 2 SA 436 (A) . . . . .	236
Michau v Michau's Executor . . . . .	11 SC 362 . . . . .	390
Minister of Agricultural Economics and Marketing v Virginia Cheese and Food Co (1941) (Pty) Ltd . . . . .	1961 4 SA 415 (T) . . . . .	175
Minister of the Interior v Harris . . . . .	1952 4 SA 769 (A) . . . . .	269
Mitchell Cotts & Co v Commissioner of Railways . . . . .	1905 TS 349 . . . . .	101, 423
Montelindo Compania Naviera v Bank of Lisbon and SA Ltd . . . . .	1969 2 SA 127 (W) . . . . .	373
Moola v Estate Moola . . . . .	1957 2 SA 463 (N) . . . . .	83
NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kuns- mis Korporasie (Edms) Bpk . . . . .	1969 3 SA 82 (T) . . . . .	300
National Bank of South Africa Ltd v Cohen's Trustee . . . . .	1911 AD 235 . . . . .	83
Naude v Malcolm . . . . .	19 SC 482 . . . . .	382
Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd v COT . . . . .	1962 1 SA 381 (FG), SATC 24 469 . . . . .	417



Ndlwana v Hofmeyr . . . . .	1937 AD 229 . . . . .	270
Neveling's Estate v Estate Neveling . . . . .	26 SC 196 . . . . .	390
New Club Garage v Milborow . . . . .	1931 GWL 86 . . . . .	347
New Era Consolidated Ltd v CIR . . . . .	1951 3 SA 211 (T) . . . . .	140
New State Areas Ltd v CIR . . . . .	1946 AD 610, SATC 14 155 . . . . .	416
New Union Goldfields Ltd v CIR . . . . .	1950 S SA 392 (A) . . . . .	145
Nortje v Pool . . . . .	1966 3 SA 96 (A) . . . . .	96, 332, 347
O'Keefe v Argus Printing and Publishing Co Ltd . . . . .	1954 3 SA 244 (K) . . . . .	324
Odendaal v Van Oudtshoorn . . . . .	1968 3 SA 433 (T) . . . . .	201, 346
Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government . . . . .	1932 TPD 48 . . . . .	298
Ploughall (Edms) Bpk v Rae . . . . .	1971 1 SA 887 (T) . . . . .	200
Powell v Powell . . . . .	1953 4 SA 380 (W) . . . . .	100
Premier Wire and Steel Co Ltd v Maersk Line . . . . .	1969 3 SA 488 (R) . . . . .	373
Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd . . . . .	1965 3 SA 410 (W) . . . . .	298
Prince qq Dieleman v Berrange, alias Anderson . . . . .	1 Menzies 435 (1830) . . . . .	346
Publications Control Board v Central News Agency . . . . .	1970 3 SA 479 (A) . . . . .	176
Publications Control board v William Heinemann Ltd . . . . .	1965 4 SA 137 (A) . . . . .	176 ev
Q v Bitterbosch . . . . .	(1885) 3 HCG 495 . . . . .	194
R v Arlow . . . . .	1960 2 SA 449 (T) . . . . .	188
R v B . . . . .	1960 2 SA 424 (T) . . . . .	405
R v Barlin . . . . .	1926 AD 459 . . . . .	406
R v Blokland . . . . .	1946 AD 940 . . . . .	185
R v Brener . . . . .	1932 OPD 51 . . . . .	412
R v Brewis . . . . .	1945 AD 261 . . . . .	195
R v Britz . . . . .	1949 3 SA 293 (A) . . . . .	188
R v Denysschen . . . . .	1955 2 SA 81 (O) . . . . .	67
R v Detsera . . . . .	1958 1 SA 762 (F) . . . . .	189
R v Dihau Moboso . . . . .	1944 OPD 192 . . . . .	185
R v Geere . . . . .	1952 2 SA 319 (A) . . . . .	320
R v Hatfield . . . . .	1956 1 SA 38 (SR) . . . . .	92
R v Hay . . . . .	(1899) 16 SC 290 . . . . .	6
R v Hercules . . . . .	1954 3 SA 826 (A) . . . . .	185
R v Holliday . . . . .	1927 CPD 395 . . . . .	325
R v Jansen . . . . .	1937 CPD 294 . . . . .	193
R v Kaufman and Perreira . . . . .	1920 TPD 223 . . . . .	406
R v Keschner . . . . .	1961 3 SA 309 (A) . . . . .	197
R v Kheswa . . . . .	1961 1 SA 362 (T) . . . . .	323
R v Koning . . . . .	1953 3 SA 220 (T) . . . . .	186
R v Krull . . . . .	1959 3 SA 392 (A) . . . . .	189
R v Malindisa . . . . .	1961 3 SA 377 (T) . . . . .	189
R v Manasewitz . . . . .	1933 AD 165 . . . . .	183
R v Masilela . . . . .	1944 AD 571 . . . . .	407
R v Mathlau . . . . .	1958 1 SA 350 (A) . . . . .	189
R v Mbonambi . . . . .	1957 3 SA 232 (A) . . . . .	196
R v Metelerkamp . . . . .	1959 4 SA 102 (OK) . . . . .	67, 188
R v Mhlongo . . . . .	1960 4 SA 574 (A) . . . . .	189
R v Miller . . . . .	1939 AD 106 . . . . .	404
R v Mlooi . . . . .	1925 AD 131 . . . . .	194
R v Mnguni . . . . .	1960 2 SA 547 (N) . . . . .	323
R v Molife . . . . .	1940 AD 202 . . . . .	189
R v Mpompotsche . . . . .	1958 4 SA 471 (A) . . . . .	194
R v Muka, R v Sitimela . . . . .	1913 AD 290 . . . . .	193
R v Nkosi . . . . .	1928 AD 488 . . . . .	185
R v Nsele . . . . .	1955 2 SA 145 (A) . . . . .	185
R v Owen . . . . .	1942 AD 389 . . . . .	196
R v Pascoe . . . . .	2 SC 427 . . . . .	185
R v Patel . . . . .	1946 AD 903 . . . . .	405
R v Phiri . . . . .	1958 3 SA 161 (A) . . . . .	191
R v Roberts . . . . .	1957 4 SA 265 (A) . . . . .	11
R v Smit . . . . .	1950 4 SA 165 (O) . . . . .	9
R v Stuurman . . . . .	(1863) 1 Roscoe 83 . . . . .	182
R v Tenganyika . . . . .	1958 3 SA 7 (F) . . . . .	189
R v Umfaan . . . . .	1908 TS 62 . . . . .	324
R v Van Heerden . . . . .	1958 3 SA 150 (T) . . . . .	58
R v Von Zell . . . . .	1953 3 SA 301 (A) . . . . .	10
R v Zulu . . . . .	1951 3 SA 44 (N) . . . . .	406

Rademeyer v Rademeyer . . . . .	1968 3 SA 1 (K) . . . . .	348
Rand Estate Ltd v New Zealand Insurance Co Ltd . . . . .	1926 AD 173 . . . . .	176
Rens v Esselen . . . . .	1957 4 SA 8 (T) . . . . .	394
Robinson v Randfontein Estates G.M. Co Ltd . . . . .	1925 AD 173 . . . . .	49
Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor . . . . .	1917 AD 593 . . . . .	49
Ross v The Master . . . . .	1958 3 SA 380 (SR) . . . . .	389
Roux v Kuils River Syndicate . . . . .	1912 TPD 547 . . . . .	101
SA Estate and Finance Corporation Ltd v CIR . . . . .	1927 AD 230 . . . . .	142
SBI v Lourens Erasmus Bpk . . . . .	1966 4 SA 434 (A) . . . . .	142
SCB Investments (Pty) Ltd v COT . . . . .	1960 2 SA 841 (FC) . . . . .	143
SIR v Cadac Engineering Works (Pty) Ltd . . . . .	1965 2 SA 511 (A), SATC 27 61 . . . . .	416
SIR v Geusteyn, Forsyth and Joubert . . . . .	1971 3 SA 567 (A), SATC 33 . . . . .	408 e v
SIR v John Cullum Construction Co (Pty) Ltd . . . . .	1965 4 SA 697 (A), SATC 27 . . . . .	416
S v A . . . . .	1971 2 SA 213 (T) . . . . .	324 e v
S v Abraham . . . . .	1964 2 SA 336 (T) . . . . .	92
S v Bernardus . . . . .	1965 3 SA 287 (A) . . . . .	184 e v, 207, 320
S v Botha . . . . .	1970 4 SA 407 (T) . . . . .	91
S v Coomer . . . . .	1971 1 SA 543 (K) . . . . .	203 e v
S v Gabriel . . . . .	1971 1 SA 646 (RA) . . . . .	182
S v Gumbi . . . . .	1962 1 SA 188 (N) . . . . .	188
S v Gumede . . . . .	1969 4 SA 562 (N) . . . . .	197
S v Haarmeyer . . . . .	1970 4 SA 110 (O) . . . . .	206 e v
S v Hartman, S v Jacobs . . . . .	1968 1 SA 278 (T) . . . . .	61
S v Jackson . . . . .	1963 2 SA 626 (A) . . . . .	191
S v Johnson . . . . .	1969 1 SA 201 (A) . . . . .	11, 321
S v Kellner . . . . .	1963 2 SA 435 (A) . . . . .	195
S v Letswalo . . . . .	1961 4 SA 350 (T) . . . . .	197
S v Mayongo . . . . .	1968 1 SA 443 (OK) . . . . .	70
S v Moodie . . . . .	1961 4 SA 752 (A) . . . . .	78
S v Motau . . . . .	1962 1 SA 587 (A) . . . . .	92, 207
S v Mtshiza . . . . .	1968 4 SA 670 (A) . . . . .	184
S v Naidoo . . . . .	1970 3 SA 747 (A) . . . . .	184
S v Ndou . . . . .	1962 2 SA 625 (A) . . . . .	78
S v Ndou . . . . .	1962 4 SA 348 (A) . . . . .	64
S v Oosthuizen . . . . .	1970 2 SA 15 (T) . . . . .	182
S v Qolo . . . . .	1971 1 SA 668 (A) . . . . .	196
S v Resant . . . . .	1970 3 SA 323 (N) . . . . .	405
S v Sigwahla . . . . .	1965 1 SA 174 (A) . . . . .	321 e v
S v Thenkwa . . . . .	1971 2 SA 97 (K) . . . . .	185
S v Thomo . . . . .	1967 4 SA 566 (A) . . . . .	184, 319 e v
S v Van der Mescht . . . . .	1970 3 SA 529 (A) . . . . .	320
S v Weinberg . . . . .	1969 1 SA 385 (A) . . . . .	320
Sacks v CIR . . . . .	1962 1 SA 521 (A) . . . . .	65
Saitowitz v Provincial Insurance Co Ltd . . . . .	1966 4 SA 660 (A) . . . . .	430
Schlesinger v CIR . . . . .	1946 AD 31 . . . . .	313
Searight & Co v Marchussen . . . . .	1962 3 SA 443 (W) . . . . .	422
Seillers Application . . . . .	1964 3 SA 389 (A) . . . . .	372
Sekupa v Jonkman . . . . .	(1897) 14 SC 94 . . . . .	161
Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk . . . . .	1970 RPC 103 . . . . .	230
Shaw v Kirby . . . . .	1966 BAH 20 (K) . . . . .	298 e v
Shearer v Shearer's Executors . . . . .	1970 3 SA 367 (A) . . . . .	346
Siemer v Retief . . . . .	1924 GWL 33 . . . . .	389
Singh v Attorney General, Transvaal . . . . .	1911 CPD 813 . . . . .	299
South African Mutual Fire & General Insurance Co Ltd v Fouche . . . . .	1948 1 SA 182 (K) . . . . .	62
South British Insurance Co Ltd v Smit . . . . .	1967 2 SA 1 (T) . . . . .	322
Standard Bank of South Africa Ltd v Efroiken and Newman . . . . .	1970 1 SA 302 (A) . . . . .	309
Stofberg v Estate Van Rooyen . . . . .	1962 3 SA 826 (A) . . . . .	372
Stoll's Trustee v Kriege and Bosman . . . . .	1924 AD 171 . . . . .	382
Stretton v Union Steam Ship Co (Ltd) . . . . .	1928 OPD 38 . . . . .	346
	3 Menzies 448 (1835) . . . . .	372
	1881 EDC 315 . . . . .	

Sub-Nigel Ltd v CIR . . . . .	1948 4 SA 580 (A), SATC 15 381	419
Tomlin v London and Lancashire Insurance Co Ltd . . . . .	1962 2 SA 30 (D) . . . . .	309
Transvaal and OFS Chamber of Mines v General Electric Co . . . . .	1967 2 SA 32 (T) . . . . .	157, 161
Transvaal and OFS Chamber of Mines v Hukki . . . . .	1964 2 SA 518 (T) . . . . .	156
Tredgold v Estate Arderne . . . . .	1926 CPD 25 . . . . .	394
Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA Ltd . . . . .	1968 3 SA 166 (A) . . . . .	86, 83
Turkstra v Massyn . . . . .	1959 1 SA 40 (T) . . . . .	348
Union Government v Lee . . . . .	1927 AD 202 . . . . .	315
Vallambrosa Rubber Co v Farmer . . . . .	1910 SC 519 . . . . .	417
Van der Merwe v Scheepers . . . . .	1946 TPD 147 . . . . .	381
Van Rensburg v Straughan . . . . .	1914 AD 317 . . . . .	349
Van Staden v Pretorius . . . . .	1965 1 SA 852 (T) . . . . .	346
Van Zyl v Gracie . . . . .	1964 2 SA 434 (T) . . . . .	312
Veasey v Denver Rock Drill and Machinery Co Ltd. . . . .	1930 AD 243 . . . . .	156
Vimpany v Attridge . . . . .	1927 CPD 113 . . . . .	387
Vine v Barrat and Pillans . . . . .	1939 WLD 238 . . . . .	158
Volhand & Molenaar (Pty) Ltd v Ruskin . . . . .	1959 2 SA 751 (W) . . . . .	88
Wijtenberg Holdings, trading as Flaming Dry Cleaners v Bobroff . . . . .	1970 4 SA 197 (T) . . . . .	90
Wipplinger v Wax . . . . .	1933 EDL 60 . . . . .	347
Wolpe v Officer Commanding, South African Police, Johannesburg . . . . .	1955 2 SA 87 (W) . . . . .	68
Wulfes v Commercial Union Assurance Co of SA Ltd . . . . .	1969 2 SA 31 (N) . . . . .	322
Yazini v The State . . . . .	1964 1 PH H9 (OK) . . . . .	195

## II BUITELANDSE

Allmana Svenska Elektriska AB v Buntisland Shipbuilding Co Ltd . . . . .	69 RPC 63 . . . . .	159
(Die) Alnati-arrest . . . . .	HR 13 Mei 1966 NJ 1967 no 3 . . . . .	366
Bank of England v Vagliano Brothers . . . . .	1891 AC 107 . . . . .	329
Barnett, Hoares and Co v South London Tramways Co . . . . .	(1887) 18 QBD 817 . . . . .	420
Boissevain v Weil . . . . .	1949 1 KB 482 (CA) . . . . .	369
Bonython v Commonwealth of Australia . . . . .	1951 AC 201 . . . . .	369
(The) Bribery Commissioner v Ranasingh . . . . .	1964 2 All ER 785 . . . . .	269
British Controlled Oilfields v Stagg . . . . .	(1921) 66 SJ (WR) 18 . . . . .	368
British Insulated & Helsby Cables Ltd v Atherton . . . . .	1926 AC 205 . . . . .	417
Bryan v United States . . . . .	(1950) 338 US 552 . . . . .	79
Byfield v Candler . . . . .	(1924) 33 Ga 275, 125 SE 905 . . . . .	326
Campbell v French . . . . .	(1797) 3 Ves 321, 30 ER 1033 LC . . . . .	397
Cape Brandy Syndicate v Inland Revenue Commissioners . . . . .	1921 1 KB 64 . . . . .	139
Canadian Eagle Oil Co Ltd v The King . . . . .	1946 AC 119 . . . . .	139
Cogan v Minister of Defence . . . . .	1941 IR 389 . . . . .	257
Compagnie d'Armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de Navigation SA . . . . .	1970 3 All ER 71 HL . . . . .	369
Davies v DPP . . . . .	1954 AC 378 . . . . .	193
Doe Evans v Evans . . . . .	(1839) 8 LJQB 284, 113 ER 88 . . . . .	397
Downum v United States . . . . .	(1962) 372 US 734 . . . . .	80
Edinburgh and Dalkeith Railway Co v Wauchope . . . . .	(1842) 8 Cl and F 710 . . . . .	270
(The) Fehmar . . . . .	1958 1 WLR 159 (CA) 162 . . . . .	369
Foster v Driscoll . . . . .	1929 1 KB 470 (CA) . . . . .	370
Gerli & Co v Cunard SS Co . . . . .	(1931 2d) 48 F 2d 115 . . . . .	370
Gompers v US . . . . .	233 US 604 . . . . .	272
Hamlyn & Co v Talisker Distillery . . . . .	1894 AC 202 . . . . .	376
Hoani Te Heuheu Tukino v Aotea District Maori Land Board . . . . .	1941 AC 308 . . . . .	270
Holloway v US . . . . .	148 F 2d 665 (1945) . . . . .	7
Hull v McKenna . . . . .	1926 IR 402 . . . . .	261
Hurd v Hodges . . . . .	(1948) 334 US 24 . . . . .	48
Ibralebbe v The Queen . . . . .	1964 AC 900 . . . . .	263
In re Carleton Holdings Ltd . . . . .	1971 1 WLR 918 . . . . .	316 cv
In re Hamlet, Stephen v Cunningham . . . . .	(1888) 39 Ch D426 CA . . . . .	393
In re London and Globe Finance Corporation Ltd . . . . .	1903 1 Ch 729 . . . . .	204

Kay's Leasing Corporation v Fletcher . . . . .	1965 ALR 673 . . . . .	369
King, Brown & Co v The Anglo American Brush Corporation . . . . .	30 SLR 21. . . . .	158
Lee v Bude and Torrington Ry . . . . .	1871 LR 6 CP 576 . . . . .	270
Lynham v Butler . . . . .	1925 2 IR 231 . . . . .	261
Marbury v Madison . . . . .	5 US (1 Cranch) 137 . . . . .	284
Mays v Burgess . . . . .	(1954) 147 F 2d 869 . . . . .	48
Middleton v Anderson . . . . .	1842 4 D 957 . . . . .	270
Millner v Whitworth Street Estates . . . . .	1970 1 All ER 796 (HL) . . . . .	369
Moore v Attorney-General for the Irish Free State (Die) Nicolaas-arrest . . . . .	1935 AC 484 . . . . .	262
Ocean Steamship Co v Queensland State Wheat Board . . . . .	HR 13 Jun 1924 NJ 1924 859 . . . . .	365
Palko v Connecticut . . . . .	1941 1 KB 402 (CA). . . . .	369
Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishing Fabrics Ltd . . . . .	(1937) 302 US 319 . . . . .	80
Partington v The Attorney-General . . . . .	1971 3 All ER 16 . . . . .	420
Performing Rights Society v The Bray Urban District Council . . . . .	21 LT 370 . . . . .	139
R v Baskerville . . . . .	1930 IR 509 . . . . .	261
R v De Salvi . . . . .	1916 2 KB 658 . . . . .	193
R v Hilton . . . . .	(1857) 10 Cox CC 481 . . . . .	183
R v International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft . . . . .	(1895) 59 JP Jo 778 . . . . .	183
R v Williams . . . . .	1937 AC 500 . . . . .	368
Ralli Bros v Compania Naviera Sota Y Aznar . . . . .	(1758) 1 W 93 . . . . .	140
Re Churchill, Taylor v Manchester University . . . . .	1920 2 KB 287 (CA) . . . . .	370
Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd . . . . .	1917 1 Ch D 206 . . . . .	397
Regal (Hastings) Ltd v Gulliver . . . . .	1958 1 Ch 724; 1960 2 All ER 214 (CA) . . . . .	369
Regazzoni v KC Sethia (Ltd) . . . . .	(1942) 1 All ER 378 . . . . .	93
Rhodes v Graham . . . . .	1958 AC 301 . . . . .	370
Roach v Harper . . . . .	(1931) 238 Ky 255, 377 SW 2d 46 . . . . .	326
Roscato v Manufacturers Life Assurance of Canada. . . . .	(1958) 143 W Va 869, 105 SE 2d 564 . . . . .	326
Rothschild v Lowndes . . . . .	1963 2 QB 352; 1962 2 All ER 214 . . . . .	369
Shelley v Kraemer . . . . .	1908 RS 493 . . . . .	423
(Die) Solbanderra-arrest . . . . .	(1948) 344 US 1 . . . . .	46 e v
Sun Newspapers Ltd and Associated Newspapers Ltd v FC of T . . . . .	HR 12 Des 1947 NJ 1948 no 608 . . . . .	365
(The) Torní . . . . .	(1938) 61 CLR 337 . . . . .	420
Tumahole Bereng v R . . . . .	1932 P 27 (Probate) 78 (CA). . . . .	368
Vita Food Products Inc v Unus Shipping Co Ltd . . . . .	1949 AC 253 . . . . .	196
Wigg and Cochrane v The Attorney-General of the Irish Free State . . . . .	1939 AC 277, 1939 All ER 513 . . . . .	368
Williams v Haythorne, Williams v Williams . . . . .	1925 1 IR 149 . . . . .	261
	(1871) 6 Ch Appeal Cases 782 . . . . .	393

## I BEGRIPPE

aandeles . . . . .	belastingwette, uitleg van . . . . .	137 e v
„pandreg” oor . . . . .	analogiese interpretasie . . . . .	144
verpligte verkryging van . . . . .	bedoeling van wetgewer . . . . .	141
akkusatore stelsel (strafprosesreg) . . . . .	<i>contra fiscum</i> -reël . . . . .	145 e v
anatomiese skenkings . . . . .	inbegrypende interpretasie . . . . .	142
<i>argentarii</i> . . . . .	letterlike . . . . .	138 e v
<i>autrefois acquit</i> . . . . .	restriktiewe . . . . .	143
Bantoereg . . . . .	besproeiingsrade, jurisdiksie van . . . . .	16 e v
gewoontereg, toekoms van . . . . .	borgkontrak . . . . .	100, 101
ordening van . . . . .	cessio in solidum debiti . . . . .	82 e v
huwelik gemeenregtelike . . . . .	pandgewing, onderskeid . . . . .	89
Bantoetuislande, burgerskap . . . . .	<i>crimen iniuria</i> . . . . .	324 e v
bedoeling van die wetgewer . . . . .	<i>derelictio</i> . . . . .	277
belastingvermyding . . . . .	<i>dignitas</i> , krenking van . . . . .	324 e v

doodvonnis		
afskaffing van . . . . .	350	
Nuwe Testament, in . . . . .	353	ev
Ou Testament, in . . . . .	350	ev
„double jeopardy” . . . . .	78	ev
drastiese proses. . . . .	54	ev
<i>functus officio</i> -reël		
besluite van Publikasieraad. . . . .	175	ev
fundamentele vryhede . . . . .	240	ev
geestesversteurdheid . . . . .	1	ev
Gelykenis van die Talente		
regswetenskaplike ontleding van . . . . .	119	ev
geskilpunt-estoppel		
leerstuk van . . . . .	183	
getuienis		
psigiatrisie . . . . .	9, 10	
gevangenisstraf, opskorting van . . . . .	196	
gevangenistyd, berekening van . . . . .	321	
habeas corpus-bevelskrif . . . . .	59	
Hebreeuse reg, vergelyking met Ro-		
meïse . . . . .	107	
„Hiemstra-voorstelle” . . . . .	71	
hiptoteek oor roerende goedere . . . . .	102	ev
hoorsê-getuïenis . . . . .	403	ev
Ierse staatsreg . . . . .	250	ev
„autochtony” . . . . .	264	ev
geskiedkundig . . . . .	250	ev
Grundnorm . . . . .	266	
parlementêre soewereiniteit	268	
Privy Council, appèlle na . . . . .	260	
inkwisitore stelsel (strafproses) . . . . .	71	ev
„insider trading” . . . . .	93	
Internasionale Kommissie van Juriste 1	288	ev
<i>ius retentionis</i> . . . . .	200	
klagstate, gebrekkige . . . . .	69	
kontraakteerbevoegdheid van maatskappy-		
sekretaris . . . . .	420	
kousaliteit . . . . .	206	ev, 319
kranksinnigheid, verweer . . . . .	12	
kruisondervraging . . . . .	98	ev
landbougrond, onderverdeling van . . . . .	114	
legaliteitsbeginsel in strafproses . . . . .	58	ev
legitieme porsie . . . . .	387	ev
lobolo . . . . .	229, 230	
<i>locatio conductio operis</i> . . . . .	90, 91	
maatskappy		
ratifikasie van kontrakte nà inkorpora-		
sie . . . . .	298	ev
maatskappydirekteur		
regsposisie van . . . . .	93	
mededader, getuïenis van . . . . .	192	ev
menseregte . . . . .	240	ev, 165
	285, 399	ev
staat/onderdaan-verhouding by . . . . .	243	ev
nalatigheid . . . . .	90, 91	
<i>nummularii</i> . . . . .	280	
Nuwe Testament		
as kenbron van Romeinse		
reg . . . . .	119	ev, 272
oewereïenaars, besproeiingsregte van . . . . .	16	ev
ombudsman. . . . .	287, 288	
ondervraging, voor-verhoor . . . . .	71	
ontervring . . . . .	387	ev
onwettige ooreenkoms . . . . .	48	ev
opbare noodtoestand . . . . .	295	ev
opsie		
eïenskappe van . . . . .	385	
konstruksie van . . . . .	380	ev
pandgewing. . . . .	82	ev
aandeel, van . . . . .	85	
vorderingsregte, van . . . . .	82	ev
pandreg, besitlose . . . . .	102	ev
<i>paritas creditorum</i> -reël . . . . .	97, 98	
<i>peculium</i> . . . . .	131	ev, 272
<i>ademptio peculii</i> . . . . .	276	
personeer, Romeinse . . . . .	105	ev
polisiebevoegdheid . . . . .	68	
privaatheid, reg op. . . . .	324	ev
Publikasieraad		
gewensdheid van herbeskikkingsbe-		
voegdheid . . . . .	180	
regskeppende funksie van howe . . . . .	147	ev
regskeuse, uitdruklike		
in internasionale kontraktereg . . . . .	362	ev
regstaat . . . . .	286	
Romeinse reg, geskiedenis van . . . . .	209	ev
„rule of law” . . . . .	164	ev, 284
Dicey se opvatting van . . . . .	172	ev
dinamiese aard van . . . . .	168	ev
funksie van . . . . .	169	
gelykheid voor die reg . . . . .	290, 291	
menseregte, verband met . . . . .	165	ev
minimumstandaarde van geregtig-		
heid . . . . .	292, 293	
regsekerheid . . . . .	291, 292	
Rumpff-kommissie, verslag van . . . . .	3	ev
rybewys, opskorting van . . . . .	91, 92	
saakwaarnemingsaksie . . . . .	95	ev, 198
besitsremedie, as . . . . .	331	ev
verrykingsaksie, as . . . . .	311	ev
soewereiniteit van die parlement . . . . .	269	ev
staatsoptrede, judisiële . . . . .	45	ev
strafbare manslag . . . . .	184	ev, 319
„straffelose manslag” . . . . .	66	ev, 186
strafproshervorming . . . . .	54	ev
subjektiewe regte		
menseregte en . . . . .	399	ev
Suidwes-Afrika		
„heilige trust” . . . . .	28	ev
konstitusie van . . . . .	109	
mandaat . . . . .	26	ev
uitspraak van 1966 . . . . .	25	ev
testament		
holografiese . . . . .	387	ev
toerekeningsvatbaarheid . . . . .	3	ev
Durham-toets . . . . .	7	
M’Naghten reëls . . . . .	6	ev
onweerstaanbare drif . . . . .	6	ev
psigiatrisie getuïenis . . . . .	9, 10	
verininderde . . . . .	11	
<i>trias politica</i> -beginsel . . . . .	285, 286	
„trustee” . . . . .	300	
uitvinding, vanselfsprekendheid van . . . . .	155	ev
verdagte persone, beskerming van . . . . .	55	ev
verdeling van skadevergoeding . . . . .	308	ev
verryking . . . . .	95	ev, 198
verrykingsaksie, algemene. . . . .	331	ev
<i>versari in re illicita</i> , leerstuk van . . . . .	206	ev, 320
voorlopige ondersoek . . . . .	71	ev
wanvoorstelling - opset om te mislei . . . . .	203	ev
waterreg. . . . .	16	ev



## J WETGEWING

## I SUID-AFRIKA

(a) <i>Republiek</i>		88 (1) (b)	21
Wet 13/1911		88 (1) (b) (ii)	22
Artikel 29	186	89 (1) (f)	23
38/1916	2 ev	89 (1) (g)	17
10	13	91	21
13/1917		98	19
285	194	102 (k)	20
46/1926		33/1957	
11 (1)	302	1	321
71	298 ev	4	321
103 <sup>ter</sup>	316	8/1959	
24/1936		32 (1)	322
2	84	95	186
83	84	58/1962	
31/1941	142	11 (a)	416 ev, 427
7/1947		86 (1)	409
20	82	103 (1)	408 ev
37/1952		103 (4)	408
23 (1) (d)	155	14/1963	
33	86	26/1963	
34	86	8 (1)	175
43 (1)	155	14 (1)	175 ev
53 (a)	155	62/1963	
67	86	31	86
46/1952	302	49	86
7/1953		51	86
7	389	51 (4)	86
56/1955		13/1966	
22 (1) (b)	55	1	82
27 (1)	56, 57	83/1967	
28 (1)	56	6	60 ev
28 (3)	56	34/1969	
29 (2)	57	23	194
29 (3)	57	11/1970	109
37	66, 185 ev	12/1970	109
39	197	13/1970	109
43	55, 56	16/1970	109
44	68 ev	17/1970	109
108 <sup>bis</sup>	60 ev	24/1970	
169	78	7	110
179	76	7 (3)	110
179 <sup>bis</sup>	70	9	110
217 <sup>bis</sup>	60 ev	10	110
257	192 ev	14	110
280 <sup>bis</sup>	205	26/1970	110
334 <sup>ter</sup>	197	29/1970	111
334 <sup>quat</sup>	197	35/1970	112
335A	196 ev	36/1970	112
241	404	37/1970	112
352 (1)	197	41/1970	112
352 (1) (b)	197	42/1970	112
369	79	51/1970	112
370	79	53/1970	113
62/1955		56/1970	113
36	406	58/1970	113
54/1956		70/1970	
9 (1)	17	2	114
10 (1)	17	3	114
81	20	4	114
88	20	87/1970	114

91/1970		2/1868	
15 . . . . .	115	1 . . . . .	387
16 (9) . . . . .	115	8 . . . . .	387
92/1970			
15 . . . . .	115	(d) <i>Oranje-Vrystaat</i>	
93/1970 . . . . .	115	Ord 11/1902	
94/1970 . . . . .	115	13 . . . . .	193
58/1971 . . . . .	308 ev	11/1904	
92/1971		1 . . . . .	387
3 . . . . .	428	(e) <i>Suidwes-Afrika</i>	
(b) <i>Kaapprovinsie</i>		Prok 23/1920	
Ord 72/1830 . . . . .	193	1 . . . . .	387
15/1845		(f) <i>Transvaal</i>	
3 . . . . .	387	Prok 16/1902	
(c) <i>Natal</i>		10 . . . . .	193
Wet 17/1859		Ord 14/1903	
1 . . . . .	193	1 . . . . .	387

## II DUITSLAND

Belastingkode 7 (1) . . . . .	420	EG BGB 30 . . . . .	367
-------------------------------	-----	---------------------	-----

## III ENGELAND

South Africa Act, 1910		Companies Act, 1948	
106 . . . . .	260	209 . . . . .	316
Copyright Act, 1911 . . . . .	261	Ireland Act, 1949	
Irish Free State (Agreement) Act, 1922	258	1 (2) . . . . .	267 ev
Land Act, 1923 . . . . .	261	Privy Council Appeals Act, 1950	
		1 . . . . .	260

## IV INDIË

Constitution of 1950 . . . . .	265
--------------------------------	-----

## V NEDERLAND

Eenvormige Wet 1951		Eenvormige Wet 1969	
17 . . . . .	366	13 . . . . .	366

## VI PAKISTAN

Constitution of 1956 . . . . .	265
--------------------------------	-----

## VII TRANSKEI

Grondwet 1963	
37 (3) . . . . .	27

## VIII VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

Civil Rights Act 1875 . . . . .	45
---------------------------------	----

## K TEKSTE

Bachovius		4 70 . . . . .	131
<i>Comm in D</i> 3 5 . . . . .	343	4 71 . . . . .	132
Boehmer		4 72 . . . . .	135
<i>Doctrina de actionibus</i> 2 5 30 . . . . .	343	Goeddaeus	
<i>Cod</i> 3 32 2 . . . . .	335	<i>Com rep praed in D</i>	
3 32 3 . . . . .	335 ev	50 16 79 . . . . .	342
3 32 5 . . . . .	335	Groenewegen	
4 26 7 . . . . .	337	<i>ad Cod</i> 3 28 9 . . . . .	388
Cujacius		6 23 21 1 . . . . .	387
<i>Op om I</i> 1430 . . . . .	342	<i>Leg Abr ad Inst</i>	
D 2 14 1 1 . . . . .	105	2 1 30 . . . . .	345
3 5 5 5 . . . . .	96, 201, 332 ev	Huber	
3 5 48 . . . . .	209, 201, 332 ev	<i>Ennom Rom</i> op D 3 5 5 5 . . . . .	346
3 32 5 . . . . .	338	<i>HR</i> 1 3 52 . . . . .	362
4 3 1 2 . . . . .	105	2 16 5 . . . . .	395
5 3 38 . . . . .	336	Hugolinus	
6 1 23 5 . . . . .	337	<i>Diss Dom</i> 565 . . . . .	335
9 1 1 3 . . . . .	105	Leyser	
9 4 1pr . . . . .	105	<i>Med ad Pand</i> 3 sp 167 5 . . . . .	343
9 4 38 1 . . . . .	277	Matthacus II	
10 3 14 1 . . . . .	96, 335	<i>De Auct</i> 1 18 16 . . . . .	345
12 1 23 . . . . .	339	1 21 37 . . . . .	362
12 6 14 . . . . .	334	Mevius	
12 6 33 . . . . .	96, 335 ev	<i>Dec</i> 2 227 . . . . .	343
14 1 1 1 1 . . . . .	105	Molinacus	
14 1 4pr . . . . .	276	<i>De Fiefs</i> 1 1 5 n105 . . . . .	341
14 3 3 . . . . .	132	Placentinus	
14 6 12 . . . . .	131	<i>Diss Dom</i> 173 . . . . .	335
15 1 4pr . . . . .	133, 134, 276	Pothier	
15 1 5 3 . . . . .	133	<i>Appendice</i> 191 . . . . .	342
15 1 5 4 . . . . .	134, 135	Van der Keessel	
15 4 1 . . . . .	131	<i>Prael</i> 107-108 . . . . .	362
16 3 7 2 . . . . .	279	<i>Thes Sel</i> 43-44 . . . . .	362
28 5 93 (92) . . . . .	395	Van der Linden 1 9 6 . . . . .	395
34 2 27 6 . . . . .	105	2 1 4 . . . . .	5
35 1 72 6 . . . . .	394	Van Leeuwen	
35 1 82 . . . . .	274	<i>CF</i> 1 3 2 19 . . . . .	387
39 3 1pr . . . . .	105	1 3 4 30 . . . . .	388
40 8 2 . . . . .	278	1 3 5 1 . . . . .	395
41 2 44pr . . . . .	136	2 5 10 . . . . .	345
44 4 14 . . . . .	335	<i>RHR</i> 3 2 13 . . . . .	387
45 3 36 . . . . .	277	3 6 1 . . . . .	395
50 16 29 . . . . .	105	Voet 1 4 2 18 . . . . .	363
50 17 56 . . . . .	145	1 4 19 . . . . .	362
50 17 202 . . . . .	104	3 5 8 . . . . .	97, 98
De Groot		3 5 9 . . . . .	345
Inl 2 16 2 . . . . .	395	5 2 21 . . . . .	388
2 17 28 . . . . .	387	5 3 23 . . . . .	345
2 18 19 . . . . .	395	28 1 15 . . . . .	387
3 1 15 . . . . .	345	28 1 17 . . . . .	388
3 27 5 . . . . .	97, 98	47 19 6 . . . . .	2
3 30 18 . . . . .	96	Vinnius	
Donellus		<i>ad Inst</i> 2 10 4 nr 2 . . . . .	387
<i>Com de jur civ</i>		Zoesus	
4 33 22 . . . . .	342	<i>Comm ad D</i> 41 1 51 . . . . .	345
Graius 3 90 . . . . .	105		



345.1

# Regsaspekte van geestesversteurdheid Legal aspects of mental disorder\*

S. A. Strauss

*Universiteit van Suid-Afrika*

Dit is 'n algemeen erkende feit dat die verskynsel van geestesversteurdheid in ons tyd aan die toeneem is. Afgesien van ander faktore, is dit waarskynlik 'n neweproduk van die tegnologiese beskawing. Dit is asof die mens ten spyte van sy groot inherente aanpassingsvermoë net nie daarin slaag om die spannings van die tegnologiese samelewing voldoende die hoof te bied nie. Een van die groot maatskaplike probleme van ons tyd is toenemende verslawing aan verdowingsmiddels, veral onder die jeug, wat deur sommige waarnemers beskou word as niks anders nie as 'n simptoom van geestesongesteldheid.

In die oplossing van maatskaplike probleme geskep deur geestesongesteldheid het die reg sedert die vroegste dae van die mensdom 'n sentrale rol gespeel. As een van die oudste wetenskappe het die regs-wetenskap hom reeds in 'n vroeë fase besig gehou met die ontwerp van formules om die status en isolering van geesteskrankes te reël. In die vroeë dae van ons beskawing het die regbank trouens waarskynlik in 'n groot mate alleen gestaan in die hantering van hierdie probleme. Die geneeskunde van die oudheid was 'n betreklik onontwikkelde wetenskap, waarin die magiese element sterk verteenwoordig was. Sulke praktiese kwessies soos die beveiliging van die samelewing teen gevaarlike geestesversteurdes en die beskerming van geestesversteurdes, is na alle waarskynlikheid grotendeels aan die regbank oorgelaat. Dit is opvallend dat so betreklik onlangs as 1843 toe die strafregtelike verantwoordelikheid van geestesversteurdes in Engeland ter sprake gekom het in die bekende *M'Naghten*-saak, die House of Lords hierdie vraag na die regbank verwys het vir oplossing. Die regters het sonder veel aarseling die antwoord daarop verskaf. Niemand het blykbaar eers daaraan gedink om die hulp van ander dissiplines, in besonder dié van die geneeskunde, in te roep nie! Maar die naam Sigmund Freud was nog onbekend. Trouens, Freud sou eers 12 jaar later die eerste lewens-

---

\*Voordrag gelewer by geleentheid van die Jaarvergadering van die Pretoriase Vereniging vir Geestesgesondheid, September 1970.

lig aanskou. Tog was daar in 1843 in Engeland benewens ander werke 'n erkende en betreklik gevorderde werk oor die juridiese aspek van geestesversteurdheid beskikbaar, te wete Isaac Ray se *Medical Jurisprudence of Insanity* (1838). Hoewel by die verhoor van M'Naghten self dié werk sy invloed terdeë laat geld het, het die regters dit in hul antwoord op die House of Lords se vrae klaarblyklik oor die hoof gesien - waarskynlik omdat „Queen [Victoria] and the lords put a hot fire to the feet of the judges . . .” (J. Biggs *The Guilty Mind* 1955 107), en Ray se werk ietwat te verlig was.

Dit spreek vanself dat, gemeet aan moderne wetenskaplike maatstawwe, die regbank se hantering van probleme voortvloeiende uit geestesversteurdheid in die ou dae ver van ideaal was. Dit is nouliks verbasend as 'n mens in ag neem dat geestesversteurdheid baie eeue uitgelê is as die besitneming van 'n mens deur bese geeste wat met geweld uitgedryf moes word. Selfs aan die einde van die 17de eeu laat die groot Hollandse juris, Johannes Voet (47.19.6), hom nog soos volg oor die strafloosheid van die geesteskranke uit:

„Die kranksinnige word verskoon weens die ongelukkigheid van sy lot. Hy word geag as voldoende gestraf deur sy kranksinnigheid, hoewel hy sorgvuldig bewaak moet word deur gevangensetting, of deur taamlike swaar kettings, sodat die vermoë om kwaad te doen, hom ontnem kan word” (my vertaling).

Dit was eers deur die opkoms van die moderne sielkunde en psigiatrie dat daar 'n verandering gekom het. Soos die insig in die aard van geestesversteurdheid verander en verfynd geword het, het ook die opvatting oor die rol van die regbank verander. Vandag is die isolering van die geestesversteurde veeleer 'n geneeskundige en administratiewe taak as 'n geregtelike. Bowendien val die klem nie op isolering nie, maar op behandeling deur deskundiges wat daarvoor toegerus en opgelei is.

Nietemin is die maatskaplike optrede in verband met geestesafwyking 'n aangeleentheid wat primêr juridies gereël word. Dit is so vanweë die drastiese gevolge van sodanige optrede vir die lydende en sy verwante. Al is dit dan nie meer die regbank wat die hoofrol speel nie, moet die *reg* nog die „masjinerie” skep waardeur maatskaplike optrede gereël word. In alle moderne state word uitvoerige wetgewing aangetref wat sodanige optrede reël. By ons is dit die *Wet op Geestesgebreken*, Wet 38 van 1916. Dit is egter nie die enigste kontakpunt tussen reg en psigiatrie nie. Die regbank sal steeds 'n belangrike rol hê om te vervul. 'n Mens dink dadelik aan 'n verskeidenheid dinge: die beoordeling van regshandelinge aangegaan deur beweerde geesteskrankses, die verklaring van iemand as geestesversteurd vir privaatregtelike doeleindes en die benoeming van kuratore - alles dinge wat steeds 'n geregtelike prerogatief sal bly - en laastens die beregting van misdade waarby geestesversteurdheid as verweer geopper word. In

die moderne samelewing verkeer die reg en die psigiatrie in 'n permanente verhouding van wedersydse wisselwerking tot mekaar.

Van al die kontakpunte tussen die psigiatrie en die reg bly die gebied van die strafreg een van die belangrikste en miskien dié neteligste. Ek wil dan ook die klem van my bespreking hierop laat val. Dit is met 'n mate van huiwering dat 'n mens jou op hierdie gebied beweeg, omdat die probleem so betreklik eenvoudig is om te formuleer, maar die oplossings so ontwykend. Daar is ook 'n bykomstige faktor wat hierdie gebied gekompliseerd maak, nl. 'n sekere mate van spanning tussen die regs wetenskap en die psigiatrie. Die dialoog wat tussen hierdie twee dissiplines gevoer is, was nie altyd konstruktief nie. Dit was selfs nie eens, om 'n gewilde uitdrukking van ons tyd te gebruik, op dieselfde „golf lengte” nie. Soms het die gesprek die vorm van 'n „parallele monoloog” aangeneem, waarby uitgangspunte, oogmerke en terminologie wesenlik verskil het. Daar is ook ongetwyfeld 'n mate van wedersydse suspisie. S. Glueck *Law and Psychiatry* (1962) 4-5 som dit treffend só op:

„Lawyers tend to look upon psychiatrists as fuzzy apologists for criminals, while psychiatrists tend to regard lawyers as devious and cunning phrasemongers.”

As ek my uitlaat oor die konflik tussen psigiatrie en reg, dan is dit as 'n juris wat nie oor veel kennis van die psigiatrie beskik nie, maar wat wel groot waardering vir die metodes en oogmerke van hierdie wetenskap het. Waar ek my op hierdie terrein begeef, wil ek ook dadelik sê dat ek geen aanspraak daarop maak om met groot nuwe waarhede voor die dag te kom nie. Afgesien van die haas onoorsienbare internasionale literatuur is die gebied heel onlangs (1967) baie deeglik gedek in ons land deur die Kommissie van Onderzoek na die Toerekeningsvatbaarheid van Geestelik Versteurde Persone en Aanverwante Aangeleenthede, onder die voorsitterskap van appèlregter Rumpff. Dié Kommissie is, soos bekend, aangestel na aanleiding van die moord op dr. Verwoerd. Die verslag van die Rumpff-kommissie is een van die deeglikste dokumentasies van die wisselwerking tussen strafreg en psigiatrie wat bestaan. Dit is inderdaad een van die groot maatskaplike dokumente van ons tyd in Suid-Afrika. Tot dusver het die verslag nog nie voldoende aandag geniet nie, maar dat hy hom in die toekoms deeglik sal laat geld, ly geen twyfel nie. Dit is juis hoofsaaklik ten gevolge van die Rumpff-kommissie se bevindinge dat die Kommissie van Onderzoek na die *Wet op Geestesgebreken* onder voorsitterskap van regter Van Wyk onlangs ingestel is. Laasgenoemde Kommissie, wat pas met sy werksaamhede begin het, betree nou die hele gebied van juridiese reëling van geestesversteurdheid en sal ongetwyfeld met belangrike voorstelle voor die dag kom.

Die verskil in uitgangspunt tussen die strafreg en die psigiatrie is daarin geleë dat dit vir die strafreg in die eerste plek gaan om die be-

paling van individuele verantwoordelikheid. Die strafreg het hom tradisioneel gestel op die standpunt, en staan in beginsel vandag nog op die standpunt, van indeterminisme of wilsvryheid. Dit behels die gedagte dat die mens in die reël absolute beheer kan uitoefen oor sy handeling, dat hy nie maar net soos 'n magtelose strooitjie deur 'n wind voortgedryf word nie, maar dat hy in staat is om sy eie beslissing te neem en gevolg daaraan te gee. Sommige psigiaters, daarenteen, neig in die rigting van determinisme, d.w.s. die leer dat die mens se handeling in 'n groot mate, indien nie volkome nie, beïnvloed word deur faktore wat in werklikheid buite sy vrywillige beheer is (*Rumpff-verslag* par. 5.28). In sy uiterste vorm sou die deterministiese standpunt tot die gevolgtrekking lei dat daar geen individuele verantwoordelikheid is nie. Die handeling van die enkeling is as 't ware voorafbepaal deur fisiese bestanddele soos die genes en protoplasma. Daarby kom nog die kondisionering van die individu deur kragte in sy onderbewussyn en deur deurslaggewende ondervindings in sy vroeë, afhanklike kinderjare (Glueck 7). Dit sou tot die gevolgtrekking lei dat daar geen regverdiging vir straf is nie. Indien iemand 'n sosiaal-skadelijke handeling verrig, is dit slegs 'n simptoom van krankheid. En siektes moet genees word, nie bestraf word nie. Net so min as wat iemand wat masels het, daarvoor gestraf kan word, lui die argument, net so min behoort iemand wat anti-sosiaal opgetree het, gestraf te word. Alle misdadigers is siek mense, of anders gestel, slegs geesteskranke mense pleeg misdade. Die strafreg het derhalwe geen bestaansreg nie. Daar word voorgestel dat „strafreg” as sodanige oorboord gegooi word en vervang word deur „maatskaplike beveiligingsreg,” gepaard gaande met terapeutiese behandeling van die afwykende. Alle gevangenis moet omgeskep word in hospitale. Dit is, soos gesê, die uiterste vorm van die deterministiese standpunt.

Vandag word aanvaar dat die waarheid iewers tussen die twee uiterstes van determinisme en indeterminisme lê. Die gedagte van absolute kousale reekse is vandag verouderd ook in die natuurwetenskap (vgl. A. D. J. van Rensburg in *Huldigingsbundel Daniel Pont* 1970 390 e.v.). Vandag word erken dat twee dinge onderskei moet word: (a) 'n kousale kettingreaksie wat klaar aan die gang gesit is deur 'n besondere gebeure, en (b) die vermoë om tussenbeide te tree aan die begin en op verskeie tussenstadia, ten einde 'n kousale reeks aan die gang te sit of van loop te laat verander (Glueck 15). Die sielkundige wat nog sou vasklou aan die gedagte van onwrikbaar voorafbepaalde kousale reekse, word as outyds bestempel (*ibid.*) Daar word erken dat daar wel so iets as individuele morele en juridiese verantwoordelikheid is, wat gemeet kan word aan algemeen aanvaarde norme van menslike gedrag.

Erkenning van hierdie feit lei nie noodwendig tot die gevolgtrekking dat die juriste al die tyd gelyk gehad het nie. Indien sommige



gedagterigtings in die sielkunde en die psigiatrie beskuldig kan word van oorbeklemtoning van die deterministiese aard van anti-sosiale gedrag, moet daar tegelykertyd 'n klag aan die adres van die juriste gerig word: dié klag, naamlik, van oorbeklemtoning van die vryheid van die individuele wil, en in besonder van oorvereenvoudiging van die maatstaf vir strafregtelike ontoerekeningsvatbaarheid.

Die formulering van 'n regsmaatstaf vir ontoerekeningsvatbaarheid is blykbaar van betreklik onlangse oorsprong. Vir sover vasgestel kan word, is geen sodanige maatstaf ontwikkel in òf die Romeinse òf die Romeinse-Hollandse reg nie. Bepaling van ontoerekeningsvatbaarheid was waarskynlik 'n aangeleentheid vir die regter om te beslis op so 'n wyse as wat hy goed geag het. Daar kan aangeneem word dat die regter in 'n groot mate aangewese was op waarnemings wat hyself van die beskuldigde gemaak het. In die ouer dae is daar waarskynlik 'n taamlieke skerp lyn getrek tussen kranksinnigheid en toerekeningsvatbaarheid, met weinig aandag aan geestesongesteldhede wat tussen hierdie twee pole lê. In die latere Romeins-Hollandse reg is wel 'n onderskeiding gemaak tussen „dolle, krankzinnige en dwaaze menschen,” wat strafloos was, aan die een kant, en „eenvoudige lieden en menschen van een bekrompen verstand,” aan die ander kant (*Van der Linden* 2.1.4). Van der Linden (1806) gee te kenne dat laasgenoemde kategorie van mense, hoewel strafbaar, in omstandighede ligter gestraf sou kan word. Hy noem nog 'n derde kategorie van mense, naamlik „melancholieke en zwaarmoedige menschen,” wat nie juis ten opsigte van hul wandade op versagting aanspraak kan maak nie, behalwe waar die graad van swaarmoedigheid so hoog is dat hulle as 't ware as verdwaasd beskou moet word, in welke geval hulle as ontoerekeningsvatbaar behandel word. Onwetenskaplik soos hierdie onderskeidings is, dui hulle tog reeds op 'n meer gesofistikeerde benadering.

Een van die vroegste pogings tot formulering van 'n algemene maatstaf is waarskynlik dié van die beroemde Duitse kriminalis Von Feuerbach. In sy bekende leerboek oor die Duitse strafreg wat in 1801 verskyn het, omskryf hy (par. 90) ontoerekeningsvatbaarheid as „dié gemoedstoestand sonder die skuld van die subjek, waardeur die moontlikheid van bewussyn van die strafbaarheid uitgesluit is” - d.w.s. waardeur uitgesluit is „die voorstelling van die reg, en beoordeling van die handeling ooreenkomstig die reg en ooreenkomstig die gevolge van die handeling” (my vertaling). Verfynd soos hierdie omskrywing was, was dit veeleer bedoel as wetenskaplike tipering en nie as 'n praktiese aanwendbare formule nie. Tog is daar 'n opvallende ooreenkoms tussen dié formulering en sekere elemente in die reeks praktiese maatstawwe wat byna 'n halfeeu later in Engeland opgestel is in die *M'Naghten*-saak.

For us the most significant attempt at formulation of general criteria for criminal responsibility was *M'Naghten's* case. It is significant

because it sought to set up a comprehensive series of practical guidelines, and it is also significant because it gained wide acceptance outside England in countries where the Common Law exerted its influence, notably in the majority of American jurisdictions and in South Africa. The *M'Naghten* rules are too well known to warrant their repetition. Suffice it to say that in practical terms they amount to this: for the defence of insanity to succeed the following requirements must be met - (1) defect of reason on the part of the accused resulting from disease of mind, and either (2) lack of knowledge of the nature and quality of his act, or (3) lack of knowledge of the wrongfulness of his act (Burchell & Hunt *South African Criminal Law and Procedure* (vol. I 1970) 197).

As is also well known, our courts have under the influence of American and German law amplified the rules by adding a further test: even where the accused is proved to have realised the nature and quality of his act and the wrongfulness thereof, he is not criminally responsible where as a result of mental disease he was unable to control his conduct. This test became known as the "irresistible impulse" test. This principle was first laid down in South Africa in the case of *Hay* (1899) 16 SC 290. Lord De Villiers himself used the expression "irresistible impulse", although it is quite clear from his judgment that the emphasis was on *the loss of capacity to control*, and not on the *impulsive* character of the act. But in due course the emphasis in our case law was shifted to "irresistible *impulse*." (This phenomenon, it may be mentioned, is also to be observed in some American jurisdictions - see A. S. Goldstein *The Insanity Defence* (1967) 69-70).

For many years now the *M'Naghten* rules have been under severe attack, especially on the part of psychologists and psychiatrists. Today the rules are almost universally considered as unscientific, although they still form the basis of the law relating to criminal responsibility in England, many American states, South Africa (to a certain extent) and other jurisdictions. The main points of criticism against the *M'Naghten* rules are as follows:

(1) The rules are based on the assumption that the existence or absence of knowledge of the nature and quality of the act, or the right or wrong as related to an act, can readily be determined by methods of psychiatry. This assumption, it is maintained, is unwarranted: there is no developed scientific method of determining the existence of such knowledge.

(2) Modern psychiatry recognises that man is an integrated personality, and that reason, which is only one element of that personality, is not the sole determinant of his conduct. An American judge has tersely put it thus:

"The modern science of psychology . . . does not conceive that there is a separate little man in the top of one's head called reason whose function it is

to guide another unruly little man called instinct, emotion or impulse in the way he should go" - *Holloway v. US* 148 F 2d 665 (1945), 667.

The *M'Naghten* rules take into consideration only the *cognitive* (perceptive) function of the mind, and disregard the *conative* (volitional) and the *affective* (emotional) functions. Modern psychology holds that these three aspects of personality cannot be divorced in dealing with the individual case.

The so-called "irresistible impulse" doctrine is considered a sophistication of the *M'Naghten* test. But it too has been the target of criticism. It has been attacked on the ground that it carries the misleading implication that diseased mental conditions produce only sudden, momentary or spontaneous inclinations to commit unlawful acts. In many cases this is not true at all. A sufferer from melancholia, for example, experiences a change of mood which alters the whole of his existence. He may brood for weeks or months on an unlawful course of conduct before embarking upon it. But the actual compulsion may nevertheless be as strong as in the case of impulsive action, on the spur of the moment.

These considerations have led to the rejection of the *M'Naghten* rules and the irresistible impulse doctrine in the American case of *Durham* 214 F 2d 862 (1954). *Durham* substituted a far simpler test: an accused is not criminally responsible if his unlawful act was the product of mental disease or mental defect. This criterion, also known as the "disease-product" test, was justified on the ground that it does not depend upon one or more arbitrarily selected symptoms, but on the mental condition of the accused considered as an integrated whole. Fundamental to the test is the proof of a causal relationship between the alleged mental disease and the conduct in question. In assessing this, psychiatric evidence will invariably play a major rôle.

Perhaps its very simplicity - combined of course with traditional legal conservatism - had the effect that the *Durham*-rule has been accorded very little support in other American jurisdictions. It was nevertheless highly acclaimed by many psychiatrists and jurists. But it has also been criticised as vague and ambiguous, and it was outright condemned as taking the fact determination away from jurors and transferring it to experts - something against which the American juridical mind revolts. (This objection, incidentally, I do not fully share, because it is still for the jury to decide whether psychiatric evidence is acceptable, to decide whether a causal relationship between the mental disease and the wrongful act was established, and to decide whether the facts upon which the psychiatric evidence is based, are true.)

What then should the test be? The Rumpff Commission considered the various possibilities very profoundly, before making its own recom-

mendations to which I shall return below. There would be no point for me to repeat the considerations by which the Commission was guided. However, I should like to make a few observations relevant to the main issues involved.

It is my conviction that any formulation whereby either of the disciplines - the law and psychiatry - is given the sole prerogative of defining and assessing criminal responsibility, would be totally unacceptable. It is true that the law is a normative science and, being "soewerein in eie kring," might theoretically set up its own norms for defining any legally relevant fact. But to disregard modern scientific knowledge would be totally unjustifiable. Insofar as it is not incompatible with society's sense of justice, full recognition should be accorded to modern science in all spheres of law. If this is not done, the law would run the risk of degenerating into some kind of intellectual game unrelated to the realities of life. On the other hand the psychiatrist is not entitled to demand that the definition and assessment of criminal responsibility should be an exclusively psychiatric prerogative. As was also pointed out in the *Rumpff Report*, criminal responsibility and mental disease are not identical concepts. Psychiatry is in essence a therapeutic science, whereas the law defines minimum standards for human social conduct. Obviously not any degree of mental abnormality can lead to complete exoneration from criminal liability. Not even the most permissive society would be prepared to accept this. But the minimum standards of conduct set by society in the form of legal rules should not be so high that we are in effect meting out punishment to persons who are in dire need of psychiatric treatment, or at least of detention under continuous psychiatric care. To do so would be to tolerate cruelty under the name of legality. Therefore some kind of a balance must be struck. It need not be stressed how difficult it is to strike this balance. We find ourselves in an area where it is impossible to define conditions in terms of absolute black and absolute white. There are too many shades of grey in between, and psychiatrists themselves may be divided upon the diagnosis of a particular case. But it seems a natural inclination for people to see things in terms of absolute black and white. One is reminded of the demands publicly made by some of our fellow South Africans following the tragic assassination of Dr Verwoerd. These were some of the cries raised at that time: The murderer should not be allowed to escape punishment by raising the defence of insanity! Too many people get off scot-free by claiming that they were insane! The defence of insanity should be re-examined! Very similar demands were heard in England more than a century ago, after M'Naghten's acquittal. In fact, Queen Victoria herself expressed dissatisfaction with the insanity defence as applied by the courts (see Biggs 103).

This kind of reaction is human and therefore understandable. But it does show a lack of appreciation of what mental disorder involves.



There is obviously a need for educating the general public. There is also obviously a need for the closest co-operation between lawyer and psychiatrist, so that we can endeavour to understand each other's language and methods and objectives. As I have said, the dialogue between these professions was not always satisfactory in the past. The work of the Rumpff Commission was a breakthrough in this regard in South Africa, and its excellent report will serve as a basis for communication between lawyer and psychiatrist for many years to come.

I have said that we should endeavour to strike a balance in the administration of justice between law and psychiatry - difficult as this objective may be. Have we succeeded in attaining such a balance in South Africa? Have we succeeded in giving adequate recognition to the science of psychiatry in our criminal courts? It is my conviction that we have not achieved this satisfactorily so far. I say this with due deference to our judges and our magistrates. It is not their fault. Under our precedent system courts are bound by previous decisions of our Supreme Court, in particular of the Appellate Division. For many years now our courts have had to operate with legal formulae which are obsolete in the light of modern scientific knowledge.

We must of course distinguish two phases in the criminal trial. The first phase is to establish whether an accused is mentally fit to stand trial. The second phase is where the accused has been held mentally fit to stand trial and then raises the defence that he was legally insane at the time of the commission of the act charged against him.

It would appear as though our courts experience relatively few problems regarding psychiatric evidence in the first phase. Criminal capacity is not involved here at all. According to some decisions, credible evidence to the effect that the accused is certifiable in terms of the *Mental Disorders Act* will in itself mean that the accused must be declared a "State President's patient," so that it is not even necessary to investigate whether or not he is capable of understanding the proceedings if the case were to go to trial - *cf. Rumpff Report* par. 10.19 *et seq.* Our courts do not generally seem to be reluctant to accept the views of psychiatrists on this issue. A positive duty, it may be observed, is imposed upon judicial officers by the *Mental Disorders Act* (read with the *Criminal Procedure Act*) in certain circumstances to initiate an investigation.

When it comes to psychiatric evidence during the second phase, *i.e.* when the criminal responsibility or otherwise of the accused at the time of the act is in issue, the matter seems to be different. Mere certifiability in terms of the *Mental Disorders Act* in itself does not lead to an inference of criminal incapacity. The *onus* to prove insanity upon a preponderance of probability is cast upon the accused - who *ex hypothesi* is the least capable of all of defending himself (*cf. Smit* 1950 (4)

SA 165 (O), 169). This in itself is an objectionable feature of our existing law. Courts show a certain amount of scepticism towards expert psychiatric witnesses and to the science of psychiatry generally. In *Von Zell* 1953 (3) SA 301 (A), 311 the eminent Mr Justice Van den Heever on the basis of the expert evidence before the court referred to psychiatry as "an empirical and speculative science with rather elastic notation and terminology, which is usually wise after the event."

Veral die verweer van onweerstandbare drif word deur ons howe met suspisie bejeën. Dit is nouliks verbasend as in aanmerking geneem word dat die psigiatrie reeds die verweer as wetenskaplik onhoudbaar verwerp het. Maar omdat die leerstuk deel van ons reg bly, gaan ons howe voort om daarmee te werk. Indien die amptelik gerapporteerde beslissings as aanduiding geneem kan word, blyk dit egter dat die kans van 'n beskuldigde om met laasgenoemde verweer te slaag feitlik nul is.

As die huidige maatstawwe vir kranksinnigheid in ons reg uitgedien is, waarom dan voortgaan om hulle te gebruik? Hierdie vraag kan tereg gestel word. Dit is egter geen eenvoudige saak om van ingeburgerde maatstawwe ontslae te raak nie. 'n Mens stuit allereers op die inherente konserwatisme van die reg. Bowendien is regshervorming in die reël maar 'n langsame en soms pynlike proses. Die eerste probleem is om met 'n aanvaarbare norm voor die dag te kom wat die bestaande, uitgediende norm kan vervang. In hierdie opsig het die Rumpff-kommissie waardevolle werk gedoen. Ná deeglike oorweging van verskillende alternatiewe, het dit voorgestel (par. 9.97) dat die formulering soos volg moet lui: 'n beskuldigde is ontoerekeningsvatbaar indien hy ten opsigte van die daad wat hom ten laste gelê word, weens geesteskrankheid of geestesgebrek nie die vermoë gehad het nie (a) om die ongeoorlooftheid van sy gedrag te besef of (b) ooreenkomstig daardie besef te handel.

Hierdie formulering ruim nie alle besware van die psigiatrie uit die weg nie, maar is ongetwyfeld ten spyte van sy skynbare eenvoud 'n groot verbetering op die bestaande formulering. 'n Mens wil hoop dat indien die voorgestelde maatstaf eventueel deel van ons positiewe reg sou word, die wesensverskil tussen „onweerstandbare impuls” en „onvermoë weens geestesversteurdheid tot optrede ooreenkomstig die reg” terdeë besef sal word. Die volle trefkrag van die voorgestelde formulering blyk eers uit baie deeglike bestudering van die geskiedenis van juridiese normering van ontoerekeningsvatbaarheid. Reeds is besware teen die Rumpff-kommissie se formulering ingebring: Eerstens, dat dit die besef van die aard van die handeling nie as een van die maatstawwe gestel het nie. Tweedens, dat dit nie blyk of die vereiste afwesigheid van besef van die ongeoorlooftheid van die daad slaan op juridiese ongeoorlooftheid of morele ongeoorlooftheid, of beide,

nie. Sien M. C. J. Olmesdahl, 1968 *SALJ* 276; *Burchell & Hunt*, 210, 213. Hierdie besware, gegrond soos hulle mag wees, raak egter nie die progressiewe aard van die Kommissie se aanbevelinge nie.

Die Kommissie se aanbevelinge betreffende die oprigting van 'n hospitaal-gevangenis vir psigopate is besonder prysenswaardig. Hierdie tipe oortreder lewer probleme op wat nie deur die huidige instellinge - gevangnisse, gewone hospitale en hospitale vir geesteskrankses - gehanteer kan word nie. 'n Mens wil die hoop uitspreek dat hierdie aanbevelings binne afsienbare tyd verwesenlik sal kan word.

Die Kommissie se opmerkings betreffende verminderde toerekeningsvatbaarheid bevredig egter nie in 'n gelyke mate nie. Met die grootste respek teenoor ons howe, lyk dit vir my ongerymd dat moordenaars wat bevind is verminderd toerekeningsvatbaar te wees weens geestesversteurdheid, die doodstraf opgelê word, terwyl mense wat vrywilliglik dronk geword het en in daardie toestand doodslag gepleeg het, aan die doodstraf ontkom. Met laasgenoemde resultaat wil 'n mens nie foutvind nie. Maar indien die man wat hom vrywilliglik dronk gedrink het, hierdie tegemoetkoming ontvang (soos in *Johnson* 1969 (1) SA 201(A)), dan moet dit te meer nog geskied in die geval van 'n definitiewe bevinding van geestesafwyking. Die saak van *Roberts* 1957 (4) SA 265 (A) bied 'n goeie voorbeeld van so 'n geval. Hier was duidelike getuienis van geestesversteurdheid by die beskuldigde, ofschoon nie van so 'n aard dat dit 'n verweer van kranksinnigheid kon staaf nie. Volgens bevinding van die jurie was die beskuldigde 'n psigopaat en 'n kennelik abnormale persoon. Die Appèlhof praat van „'n erkende patologiese reaksie.” Op grond daarvan dat die beskuldigde se daad nie uit 'n onweerstandbare drang ontstaan het nie, is die beskuldigde aan moord skuldig bevind en ter dood veroordeel, ten spyte van die jurie se aanbeveling van versagende omstandighede. Met die verhoorregter se sterk pligsgevoel en die pligsgevoel van die Appèlhof wat die uitspraak ooreenkomstig bestaande regsbeginsels gehandhaaf het, kan vanselfsprekend geen fout gevind word nie. 'n Mens wonder egter of die resultaat dieselfde sou gewees het indien daar 'n bepaling soortgelyk aan a. 2(1) van die Britse *Homicide Act* 1957 (5 & 6 Eliz. 2 c. II) in ons reg bestaan het. Hierdie artikel *verplig* 'n hof tot 'n bevinding van „manslaughter,” in plaas van die veel ernstiger misdaad „murder,” waar daar 'n bevinding is dat die beskuldigde

„was suffering from such abnormality of mind (whether arising from a condition of arrested or retarded development of mind or any inherent causes or induced by disease or injury) as substantially impaired his mental responsibility for his acts and omissions . . .”

Dit lyk vir my logies dat waar 'n erkende patologiese geestesafwyking - waaraan die dader geen skuld het nie - aanleiding gegee het tot 'n daad, die dader minstens dieselfde tegemoetkoming as wat 'n dronke in

dergelike omstandighede sou ontvang, moet kry - veral waar laasgenoemde vrywilliglik en op moreel verwytbare wyse homself in die toestand van dronkenskap gebring het.

Ek meen derhalwe met eerbied dat die Rumpff-kommissie 'n meer positiewe aanbeveling kon gemaak het betreffende die behandeling van verminderd toerekeningsvatbare psigopate, miskien van die aard van 'n regsreëling soortgelyk aan die Britse *Homicide Act*.

'n Verdere onbevredigende aspek van ons huidige reg is dat beskuldigdes 'n besliste huiwering aan die dag lê om hoegenaamd 'n verweer van kranksinnigheid aan te voer. Die rede hiervoor is dat indien hierdie verweer slaag, die hof onder 'n verpligting staan ingevolge a. 29 van die *Wet op Geestesgebreken* om te gelas dat die beskuldigde aangehou word vir solank dit die Staatspresident behaag. Die tydperk van aanhouding is onbepaald, en daarvoor deins menige beskuldigde terug - vgl. De Wet & Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (2de uit. 1960) 105. Die gevolg is dat menige beskuldigde wat inderdaad uiteindelik psigiatriese behandeling in 'n gespesialiseerde inrigting behoort te ontvang, in 'n gewone gevangenis beland of aan die galg. In die gevangenis skep hulle probleme vir sowel die gevangenisowerheid as vir hulself. Tot dusver is daar nog nie 'n bevredigende oplossing vir hierdie probleem aan die hand gedoen nie. Die Rumpff-kommissie het die aandag op die probleem gevestig, maar geen ander uitweg gesien nie as om die huidige posisie te handhaaf. Die oorweging was veral die beveiliging van die gemeenskap teen gevaarlike geesteskrankes. Hierdie kwessie verdien verdere ernstige aandag. Intussen staan vas dat slegs 'n betreklik geringe persentasie beskuldigdes kranksinnigheid as verweer opper. Laasgenoemde feit, terloops, is op sigself 'n argument teen diegene wat beswaar aanteken teen enige wysiging van die juridiese toets vir kranksinnigheid wat dit moontlik sou maak vir meer beskuldigdes om die verweer van kranksinnigheid op te werp.

Tot dusver het ek my in hoofsaak by die verweer van kranksinnigheid in strafsake bepaal. Ek het kortliks probeer wys op die ernstige probleme wat hierdie verweer vir die juris oplewer. Daar moet egter dadelik beklemtoon word dat die betrokkenheid van die psigiatrie by die strafregspiegeling veel verder gaan - of behoort te gaan - as die beoordeling van 'n verweer van kranksinnigheid. Die voorkoming van geweld en gevaarlike handelinge van geestelik versteurdes is eweser 'n saak vir die juris. 'n Mens sou graag wou sien dat die samewerking tussen die juris en die psigiater veel meer uitgebrei word. Na aanleiding van die sluipmoord op dr. Verwoerd is die verbetering van maatreëls ter voorkoming van geweld deur geesteskrankes intensief bespreek in Suid-Afrika. Sedert die moord op president Kennedy in die VSA en weer na aanleiding van die moord op sy broer, sen. Kennedy, is ook in daardie land intensief aandag geskenk aan dieselfde probleem.



Hierdie hele kwessie - beveiliging van die maatskappy teen gevaarlike geesteskrankes - sal vir baie jare nog 'n besprekingspunt bly. Dit is duidelik dat daar geen maklike uitweg is nie. Inderdaad is dit 'n vraagstuk sonder oplossing. Net so min as wat die mensdom kan hoop om orkane, droogtes en wolkbreuke af te weer, kan dit hoop om 'n volkome sisteem van maatskaplike beveiliging teen geesteskrankheid daar te stel. Die beste wat enige land kan doen is om die bestaande maatreëls en masjinerie voortdurend te ondersoek met die oog op uit-skakeling en opknapping van swakhede. By die formulering van maatreëls moet daar steeds rekening gehou word met regstaatlike eise. Die demokratiese samelewing eis dat inmenging met die private lewe van burgers nie sekere perke oorskry nie. Die beskerming van die individuele vryheid is eweseer 'n belang as die beveiliging van die maatskappy teen die handeling van geestelike afwykendes. Hier moet steeds 'n sorgvuldige afweging van belange plaasvind.

Die Rumpff-kommissie het sorgvuldige oorweging aan die verkerping van sosiaal-beveiligende maatreëls geskenk en met enkele aanbevelings gekom. Een van sy aanbevelings (par. 11.60) was dat a. 10 van die *Wet op Geestesgebreken* so gewysig word dat 'n psigoloog, 'n geneesheer of 'n psigiater wat van mening is dat 'n geestesversteurde gevaarlik is, verplig word om 'n landdros daarvan in kennis te stel. Hierdie aanbeveling is uiters omstrede - soos ook deur die Kommissie self erken is. Veral die geneeskundige beroep het ernstige besware teen so 'n beginsel geopper, op grond daarvan dat dit die wedersydse verhouding tussen geneesheer en pasiënt sal ondermyn. Daar is veral die vrees dat so 'n reëling sal verhoed dat pasiënte, selfs onskadelike gevalle, hulself vir behandeling aanmeld uit vrees dat hulle name op 'n register kan kom. Hierdie besware - en ander - kan myns insiens nie sonder meer afgewys word nie. Die vraag kan wel gestel word of die belang wat deur so 'n reëling opgeoffer sal word, nie swaarder weeg as die belang wat daardeur beskerm wil word nie.

Daar is na my mening een besondere moontlikheid wat nog nie aandag geniet het nie, en dit is 'n veel groter deelname van die psigiater of psigoloog aan die gewone, daaglikse verrigtinge van die strafhof. Op die oomblik word die psigiater, gewoonlik verbonde aan 'n openbare inrigting, slegs ingeroep in die heel ernstige tipe strafsak, en dan ook net in 'n betreklik geringe persentasie van gevalle. Uit die aard van sy werk bestee die landdros of regter in die oorgrote meerderheid van sy sake aandag slegs aan die regstreeks relevante feite van elke geval. Oor die persoonlikheid en veral die moontlike sielkundige abnormaliteite van die beskuldigde kwel hy hom in die reël nie. Hy het nie die tyd daarvoor nie en in iedere geval is hy vakkundig nie toegerus om simptome van geestesafwyking raak te sien nie. Nie alle geestesversteurdes wat ernstige dade van geweld pleeg het voorafgaande veroordelings nie. Dit is egter so dat 'n groot persentasie van mense wat

aan die een of ander geestesafwyking ly, reeds op 'n vroeë stadium met die gereg in botsing kom. Daar bestaan wel masjinerie wat dit moontlik maak vir die polisie en regterlike beamptes om die opneming van gevaarlike geesteskranks te bewerkstellig. Hierdie bevoegdhede word egter gewoonlik net in uiterste gevalle aangewend. Maar dit behoort moontlik te wees om 'n stelsel te ontwerp waarvolgens alle strafsake in die groter sentra waarby ernstige aanranding of ander vorme van ernstige geweld betrokke is, aan psigiatriese waarneming en kontrole te onderwerp. Die doel hiermee behoort te wees nie net isolering van die afwykende nie, maar ook eventuele terapeutiese behandeling. 'n Mens is maar te deeglik bewus van die praktiese probleme verbonde aan so 'n stelsel - veral die tekort aan opgeleide mense - maar dit lyk vir my meer aanneemlik en doeltreffend as sommige vorme van voorafsifting van potensieel gevaarlike afwykendes wat reeds voorgestel is. So 'n stelsel, wat geensins onversoenbaar is met regstaatlike beginsels nie, behoort myns insiens as ideaal voorgehou te word. As beginpunt sou daaraan oorweging geskenk kan word om regterlike beamptes wat hierdie tipe saak verhoor, elementêre opleiding te gee in die identifisering van die simptome van potensieel gevaarlike afwykendes. Hoe gebrekkig so 'n stelsel in sy aanvangsfase ookal mag wees, gaan dit minstens 'n persentasie van latere tragedies voorkom.

Helaas kom die strafreg vir sover dit sy regstreeks waarneembare toepassing deur die hof betref, in ons huidige bedeling in die reël te laat. Die skade is reeds gedoen en die „reparasie” wat plaasvind, is heel dikwels slegs simbolies van aard. Al is dit 'n onvolkome instrument, bly die strafreg nietemin 'n belangrike faset van maatskaplike optrede ter bevordering van geestesgesondheid, wat die aandag van alle denkendes verdien.

#### SUMMARY

In this paper some comments are made on the rôle of psychiatry in the administration of criminal law, with special attention to progress in juridical thought on the criteria for criminal responsibility. It is emphasized that neither the law nor psychiatry should be given the sole prerogative of defining and assessing criminal responsibility. However, the minimum standards set by the law should not be so high as to result in punishment being meted out to persons who are in serious need of psychiatric treatment.

It is the author's conviction that so far we have not succeeded in South Africa in giving adequate recognition to the science of psychiatry in our criminal courts. Our legal test for insanity is based upon outdated notions, and should be substituted by more scientific criteria. In particular the constructive recommendations of the Rumpff Commission should receive urgent attention with a view to amendment of our law. However, the Commission's observations in regard to diminished responsibility are not equally satisfactory. It is suggested that our law should be amended with a view to introducing rules similar to those contained in the British *Homicide Act*, 1957.

The Rumpff Commission's recommendations to the effect that medical practitioners should be under legal compulsion to report to a magistrate mentally deranged persons who are potentially dangerous, are criticized on the ground that this could be harmful to the doctor-patient relationship. It is submitted that a more acceptable alternative would be greater participation of psychiatrists and psychologists in the ordinary work of the criminal courts, in cases involving violence. This could result in the early detection and isolation of potentially harmful persons. □

*If, as Felix Frankfurter has said, interpretation is an art and its answers will be found only in its exercise, let us acknowledge that there will be the occasional case where the soundness of the law must depend upon the good sense of the Judge.*

*The lawyer has succeeded the priest in his control of the secrets of the law; and the shelves upon which those secrets have been concealed have been as inaccessible as the altars guarded by the priests in primitive times.*

Scarman J *Law Reform -  
The New Pattern*

# The irrigation board as an incipient court of law

George Findlay, QC

*Member of the Pretoria Bar*

Mr Justice Hall, in a note on "Water Law at the Cross-Roads" in the August 1970 *South African Law Journal*, indicates how state ownership of public water in the past was gradually transmuted into private ownership; but now, he says, the trend is in the other direction.

"The wheel will have come full circle and the State control which existed in the days of the Vereenigde Oost-Indische Compagnie in the seventeenth and eighteenth centuries will have been reinstated."

The learned author reflects rather sadly on this as a process of socialization, and suggests that ministerial control of irrigation boards is one of the new blows delivered against the private rights of individual riparian owners. There are, he says, some 350 irrigation boards at present in operation, and their jurisdiction extends over "hundreds of thousands of morgen of irrigated land." The point is important. I am not sure that it is the minister who is to any great extent taking control of private water rights through the medium of the irrigation boards; the department, I think, has neither the time nor the personnel to devote to such a function. But apart from this it is of crucial importance to see how the system of irrigation boards does affect private rights.

In irrigation-settlement schemes and major irrigation projects the intervention of the state creates so many additional irrigated areas, and so many new claims to a water-service, that the effect upon pre-existing rights of private owners usually fades into insignificance. It is therefore not important that these rights are taken away and vested in the minister; nor does it matter much that the owners' claims to permits supposedly securing their "existing rights" can be fettered in all conceivable ways by a mass of ministerial "conditions."

On the other hand under irrigation boards private water rights are and remain the very basis of the position. They may sometimes be increased and improved, but theoretically they remain fixed as a proportionate quantum of the total available flow from time to time. It is only the control - the *modus* of administration - that is taken from the riparian



owner and "pooled" in the hands of the board. This was made clear in the case of *Beckenstrater v. Sand River Irrigation Board* 1968 (4) SA 209 (A).

When the administration of one's rights goes over to a collective organisation of a kind - and the board is not the state, but a very humble democratic organisation within it - then it is inevitable that from time to time changes in the *modus* affect the very substance of the rights. Yet that is forbidden by the act. Section 89 (1) (g) requires a board to regulate distribution "subject to existing rights," which are the contractual and servitudinal rights; and of course every riparian is entitled to "his share" of the normal flow under section 9 (1) and an undefined use of surplus water under section 10 (1) and the board must see that he gets it. That is the board's first duty and its first difficulty.

The next difficulty is that the total amount of water available for distribution not only varies from day to day, but it also becomes available at varying points in the rivers, and in the canals and works. The task of an irrigation board is to find out how much water it has to work with from day to day, and at what places; this is not an easy task and its control of *modus* may and often will have drastic effects upon substantive rights. If the proportionate claims of the irrigators are clear it still is very difficult to meet them. But my concern here is with the fact that the basic proportionate rights of the irrigators are really *never* clear and that the statute provides a most defective mode for determining them.

The foundation of the statutory set-up is that the proportionate claims to the total available water have to be translated into claims to irrigate so many morgen in each case. These morgen are scheduled and their amount establishes how much of the water at any time the claimant must receive.

To translate a quantum of flow into a number of morgen involves the selection of a mode of irrigation - not to enforce that mode, but merely to express the competitive claims in morgen. It is really irrelevant what mode is taken. Thus spray-irrigation may be served at 100 morgen to the cusec, while gravity-irrigation can look after only 50. But 50 morgen scheduled on a gravity basis gives the claimant a flow that he can apply to double that area. In short the scheduled "morgen" is not an area at all. It is a measure of water-flow. And so far as the schedule creates a claim it is a *proportion inter partes* and not a quantum of the total supply in the district. Such is the irrigator's substantive right.

Now it is the function of the irrigation board to record that substantive right as "morgen" in its schedule. The schedule operates in a twofold way: it establishes what proportion of the board's taxation he is to pay in water rates.

The irrigation right is not tied to any particular part of the claimant's potentially irrigable land, but on the rule against waste he cannot claim for land not economically irrigable. The real area by its maximum potential determines the claim; the claims in competition determine the claimants' proportions; and the proportion applied to fluctuating total supply determines the irrigator's actual amount of water. This is the involved nature of water-rights.

"Existing rights" divided or disposed of by servitude and contract are of course confined to the amalgamated watershares or equitable claims of the particular parties making the servitude. The board must therefore determine in any case what proportion of the water is affected by the apportionment in the servitude. Inevitably the board must thus know how the complete amount of water at its command is to be apportioned and the basic claims of all the pieces of land to share in it.

Where the water court, after the enormous labour of an apportionment suit, has effected an apportionment the quantitative claims of irrigators can perhaps be more readily determined; at least one might think so; but the interpretation of judgments of apportionment is not a simple matter, even for subsequent courts of law. For a board consisting of lay irrigators elected by their fellow irrigators it is a grave and difficult task.

However, such are the functions of the board. It must assess the available water from point to point; the maximum area that water can from time to time irrigate in a selected manner; the total real irrigable potential of the claimants' land; the proportion of their claims *inter se*; and finally the proportion of the available flow at each point that each irrigator may receive, this proportion being translated into so many "morgen," which are then reflected in the board's schedule.

The regulations as to the functions of the board in regard to the schedule (reg. 38-41 no. R 1417 of 13th Sept. 1963) provide first that it must get from the owner or from the deeds office the facts of his holding within the irrigation district. That involves details of all titles, diagrams and servitudes bearing on water - something that can be done, though I suspect it seldom is done. The regulation then passes to the crucial scheduled area of each holding in the following terms - the owner not being asked to co-operate here - namely:

"(c) the approximate extent of the land forming part of each piece of land which is *arable and irrigable* and in respect of which water under the control of the Board *may be* supplied or taken, and rates may be levied . . ." (My italics.)

It then prescribes that these particulars must be obtained by the board "by actual measurement of the land, or by such other means as the Board deems necessary, before the preparation of the Schedule."

Here it will be noted there is no required investigation of the water-quantum or its seasonal and local availability, and the quantum of a

man's arable and irrigable land is treated as if it is simply a matter of survey. However, it must be arable *and irrigable*. The word "arable" is an unnecessary addendum but I need not go into that. The land cannot be "irrigable" in the ordinary economic sense unless there is an available water-supply claimable in respect of it. This introduces the whole question of apportionment, for an area that exceeds the owner's claim to water cannot be irrigable. And the total available water limits the total of the irrigable land in the irrigation district.

I think it may be said that this unhelpful regulation leaves all the true investigations and apportionments to creep in at the back door. The board cannot simply go and measure the "irrigable," whatever the facile draftsman of the regulation may have thought. The schedule has to be rendered operative by the following procedure, and under regulation 41 "the said schedule shall be revised at least once in every two years" under the same procedure; namely, that the schedule lies for inspection for an advertised period and then after a published notice that

*"claims and objections in connection with the schedule of ratable areas will be heard and adjudicated upon, and on the day and at the time and place so notified, the board, presided over by the chairman for the time being, shall at a public meeting hear all such claims and objections, and the board shall then and there adjudicate thereon."* (My italics.)

This is indeed an astonishing provision. Here the Minister of Water Affairs is suddenly creating a brand new judiciary. The board is turned into a court determining rights. It has no procedure for summoning witnesses or for advance notice of "claims and objections," or other substitutes for pleadings. A person who is adequately scheduled does not know whether to attend the meeting. He does not know whether a neighbour will not object to the extent of his alleged "arable and irrigable," and he does not know whether the board has "then and there" or at any postponed date "adjudicated thereon," nor does he know whether the revised schedule has gone forward under regulation 41 for registration in the deeds office against his title deeds.

It is in these circumstances little comfort to the landowner to know that if he applies to the water court as one "aggrieved by an order, act or decision" of the irrigation board under section 98 of the act he may get relief and even compensation, but that such right is forfeited unless he comes to court within three months, or a period extended by the court on good cause shown. One may doubt whether this section, framed for the review of all irregularities, was intended to afford an appeal properly so-called against the substance of some "adjudication." *Prima facie* a three-month old judgment would become *res judicata* in perpetuity in respect of the real rights of the property. However, there is another reason to think that the act did not contemplate that the

regulation should be able to set up the board as a new subordinate judicial tribunal.

The members of an irrigation board must be irrigators on the voters' list under section 81. Not one of them can claim to be disinterested in respect of any "claim or objection." Every increase claimed involves a *pro rata* diminution of the claims of all the others upon the available water; every objection upheld *pro rata* increases the available water for all the others. It is surely unthinkable that the members of such a body should in any real sense "adjudicate" in their own cause.

I turn to the act, therefore, to see what possible justification there can be for thus turning the irrigation board into a sort of sub-water court, and for doing this by regulation. Under section 102 (k) the minister may make regulations relating to—

"(k) generally any other matter which he considers it necessary or expedient to prescribe for the carrying out of the objects of this Chapter." (That is chapter VI, relating to irrigation boards.)

However, in the published regulations powers (a) to (j) are invoked and not (k). The only words which may apply to the mode of creating the schedule occur in (i) which reads:

"(i) The persons by whom, the place at which, and *the manner in which anything shall be done* for which provision is made in this Chapter."

The chapter provides for the drawing up of schedules, but these words barely justify the establishment of a subordinate court to adjudicate upon claims and objections as a manner of doing so. The draftsman of the regulations may have acted upon the analogy of the Local Authorities Rating Ordinances which set up valuation courts to determine the basis upon which ratepayers are taxed in municipalities. So here the claims to water are made the foundation of water rates. But it seems to be forgotten that in the limited confines of an irrigation district the competing irrigators on a board are not only taxing; they are also apportioning water rights as real rights in which they have competitive interests and in which they create and uncreate real rights.

The provision of the act in regard to the schedule that the board must prepare is by no means clear. It certainly requires careful analysis. I venture to think that the draftsman of the regulations had not the remotest idea of what the act requires. He says the schedule, apart from the record of titles, etc., must show the approximate extent of the arable and irrigable land for which water under the control of the board may be supplied or taken. (Quoted under (e) above.)

In the act section 88 deals with the schedule and to some extent this has to be read in the light of the board's powers (section 89) and the rating purposes (section 90).



The scheduling process starts with a preliminary schedule prepared by the secretary for water affairs. He puts in two things: (1) the land which *actually is* irrigated on a holding; and (2) the land which the owner *proposes* to irrigate, and on which rates "may be levied" by the board. This serves as a basis for taxation until the board makes its own proper schedule.

There is a curious tautology here: the secretary puts in land on which rates "may be levied" under section 91, and section 91 says rates "may be levied" on what the secretary puts in the schedule. So the ratability of the land as a guide to its inclusion in the schedule is really *pro non scripto*. If you put it in, it's in. If you don't, it isn't. So it's only actually irrigated land and proposed development that goes into the preliminary schedule. It will be noted that it is not the full potential but what the owner *elects* to develop that goes in. This principle by which the owner can limit his taxability is, I think, carried forward at a later stage. In the case of *Beckenstrater v. Sand River Irrigation Board*, to which I have already referred, an owner who elected to be scheduled for a limited area served in a particular way could not simply claim his full supply of water for areas as yet undeveloped. He must first ask to be scheduled for more land, leaving it to the board to tell him where his further supplies could be supplied or taken.

It would seem, therefore, that within the scope of his rights the riparian owner can restrict his scheduling so as to serve the area that he actually intends to develop. We must not here lose sight of the fact that the "morgen" of the schedule is a quantum of water which upon a certain method of irrigation would serve a particular area. So if an owner increases or diminishes the area he intends to develop, the initiative lies with him; and within his competitive maxima he can scale down or increase his taxable water service.

Changes in the schedule must of course come about where holdings are subdivided or amalgamated, or when the irrigation district itself is altered. When regulation 41 says the schedule has to be revised at least once in every two years it does not however refer exclusively to revisions for these reasons for subdivided land and altered districts may be and usually are rescheduled at once as they occur. It would seem, therefore, that compulsory revision every two years is there to allow the irrigators to put in for more water as they extend their development.

I think all this must be borne in mind when considering the statutory instruction to the board in section 88 (1) (b) as to how it must schedule land. It says:

"(b) Every Irrigation Board shall prepare *in manner prescribed by regulation* a schedule of rateable areas in respect of its irrigation district; setting forth . . ."

Clearly the regulation cannot tell the board to omit what follows in the act; nor can it tell the board to do anything different from what the



act prescribes. Only the *manner* of doing what the act substantially prescribes can be set out in the regulation.

The recital of the deeds office position in respect of each holding offers no difficulty; but it is section 88 (1) (b) (ii) that lays down how the water-right in each case has to be described in the schedule. I may be forgiven for suggesting that the regulations are irrelevant to and give us nothing valid as to the manner of performing this statutory duty.

The provision of the act is set out in the complicated language in which the legislature loves to enshroud any reference to water, and in presenting an analysis of it I hope I may be excused from quoting it in full.

Basically the section draws a sharp distinction between water coming from (a) waterworks owned or controlled by the board and from (b) waterworks belonging to the owner of the land.

Of course servitudes lying outside the land also belong to the "owner of the land." The former would include water works constructed by the board, or expropriated by it, or government works handed over to be administered by it. In one sense all water in all works is under the "control" of the board as long as it is public water within the district, but when the above distinction is drawn the water in private works is excluded from the reference. Otherwise the distinction would be nugatory.

In the regulation only water controlled by the board is scheduled. The draftsman is apparently unaware of the statutory distinction and if the regulation is obeyed only water from the board's works would be scheduled.

I deal first with the water from these works of the board or specially controlled by it. The paragraph begins with the words "Where applicable" and for present purposes therefore means where there are waterworks owned or, in this sense, controlled by the board. In regard to the water from these works the schedule must set out "the extent of the land . . . in respect of which water may be supplied by the Board and which will be ratable . . ."

"May be supplied" I think clearly has a contractual meaning. The board can only give what water it has in its works and can refuse to give more. The irrigator can only take what he elects to take. The board cannot force the water upon him. No doubt a running contract is contemplated but the initiative is two-sided. Does the board elect to supply him from that particular work, and does the irrigator elect to receive it and pay rates upon it?

I think we may refer to this as "*contract*" water as its supply from the board's works depends upon mutual acquiescence. I do not say

that the board may not be under some measure of compulsion to deliver the water to a claimant, as for example where it holds "his share" of the normal flow in its works; or that the claimant asking for "his share" may not be compelled to take it from these works. Still whether it goes on account of his claim or not, it can only come to the owner by agreement from the board's works.

Where such works exist the schedule must therefore very definitely set out one category of water rights for the property, namely, from works owned or controlled by the board, so many "morgen" worth of water.

On the other hand the water from works belonging to the owner of the land I may for present purposes refer to as "*equitable water*" since it is based upon "his share." This does not come into the schedule at all unless the board has been given the powers under section 89 (1) (f) or (g). Under (f) the board is given the power to investigate and work out the apportionment rights of owners. Alternatively under (g) the board would have to supervise and regulate distribution of all water. The powers under (g) are set in the alternative, but those powers would be senseless without the powers in (f) because you cannot regulate distribution without knowing what the irrigator's rights are.

In regard to this "equitable water" the entry in the schedule must set out the "extent of the land - which *is irrigated* by means of water from water works belonging to the owner." *Prima facie* this means the schedule must show *de facto* development that is already there, and it is this actual irrigated land that is given water and taxed.

Here appears to be a confusion between the "morgen" as a water measure of so many cusecs of flow, and the morgen as a measured developed area. If the apportionment is being worked on 50 morgen to the cusec but the irrigator by spray irrigation *is handling* 100 morgen per cusec the board would be giving him two cusecs if it measured his lands as 100 morgen, and would be taxing him on an extra cusec for which he has no use.

This confusion is heightened by the proviso which follows and which has two aspects.

(1) In fixing the extent of the land "which is irrigated" the board shall have regard to the share which the owner of the land has a right to use thereon.

This may mean one of two things - that the irrigator must not be exceeding his total share of the available water, his equitable rights in general; or that he must not be irrigating more intensely than say 50 morgen to the cusec the arbitrarily applied duty of water.

(2) The other leg of the proviso is that the board must have regard to what the irrigator *could* irrigate with his share of the water "irrespec-

tive of the number of morgen actually irrigated." Potential maximum expansion has to be taken into account.

If the section really means that the board must *measure up de facto* irrigated land, then in doing so the board can only "have regard" to its size. That surely is all that measurement concerns itself with. *Prima facie* you cannot falsify measurements of what *is irrigated* by the irrigator's share of the water, by the rate at which he applies it, or by the maximum potentiality of the land.

With hesitation I draw the inference from these provisions:

(i) that the number of morgen scheduled must not exceed the number actually developed at the time when the schedule is drawn up.

(ii) that however the potentiality of his land as irrigable must not be exceeded; and

(iii) that what his share of the water can do must be computed upon an ordinary basis per cusec taken for the determination all round.

This still leaves him as liable to pay only on his developed morgen. If he has developed nothing he receives no service from the board and pays nothing. On the other hand if he develops he must not exceed his share of the water, and if he claims it to the full then he must be scheduled for so many morgen at the accepted general rate, pay on so many morgen, and use it on so many more or less in reality as he may elect.

My views may be regarded as debatable and no doubt much genuine adjudication by the water court will be required on the whole subject before it really becomes clear.

In the meanwhile it seems that in this complicated terrain it is nonsense to suppose that the act confers or that it should confer a judicial function on an irrigation board. Indeed the board must do its best and say what it thinks right - subject to correction where it errs. For a two-year spell as matters stand a board may determine relations - unless corrected - but must re-adapt its water services as development goes on and levy rates on new development when that period expires.

There would be no difficulty in establishing a better system in which the board accumulates objections and claims to the schedule and then refers the schedule to a court for being made final. A water court today, occupying the time of a supreme court judge, may be too elevated a tribunal. A magistrate, unschooled in the practical issues that haunt irrigation, would be too limited. To allow the water court to delegate this function to a lawyer with the necessary technical background, or an irrigation engineer with the necessary legal background, might offer a solution. But the board itself as a judicial body is at least a travesty. □

# Die Suidwes-Afrika-saak en die volkereg

*'n Kritiese uiteensetting van sekere aspekte van die afwykende en afsonderlike opinies in 1966 gelewer in die Internasionale Geregshof in die meriete-stadium van die kontensieuse verrigtinge*

A. C. Cilliers

*Universiteit van Port Elizabeth*

By verskeie geleenthede sedert die opspraakwekkende uitspraak van die Internasionale Geregshof in die Suidwes-Afrika-saak, gelewer op 18 Julie 1966,<sup>1</sup> het regter Van Wyk bedenkinge uitgespreek oor die objektiwiteit van die benadering van sommige van die regters van dié orgaan tot volkeregtelike probleme, en om hierdie rede ook oor die voortbestaan van 'n internasionale geregshof in die ware sin van die woord. In Junie 1967 het regter Van Wyk in 'n openbare lesing<sup>2</sup> die volkeregtelike deskundiges van die wêreld gevra om ten opsigte van hierdie saak te oordeel wie gelyk het: daardie internasionale regters wat volgens hom bewese feite en erkende regsbeginsels negeer het, of hyself. Blykbaar het niemand tot dusver op sy vrae reageer nie. Hyself het in September 1968 sy mening dat Suid-Afrika ooreenkomstig die volkereg nie teenoor die Verenigde Volke rekenpligtig is vir sy administrasie aan Suidwes-Afrika nie, by 'n openbare lesing aan die Universiteit van Kaapstad herhaal en verder uitgebou.<sup>3</sup> As bondige antwoord op die vrae deur hom gestel, word in hierdie artikel 'n baie beknopte evaluasie van sekere aspekte van die uiteenlopende regterlike menings in die geweldig komplekse saak gegee. Die uiteenlopende benaderings van die regters sal heelwaarskynlik weer in die nabye toekoms 'n nuwe belangrikheid kry, aangesien die Internasionale Geregshof op versoek van die Veiligheidsraad van die Verenigde

---

<sup>1</sup>*South West Africa, Second Phase, Judgment, 1966 ICJ Reports 6-51* (hierna 1966 *ICJ Reports* genoem).

<sup>2</sup>Getiteld *The International Court of Justice at the cross-roads* en gehou voor die *South African Institute of International Law*, Johannesburg, op 1 Junie 1967, en gepubliseer in 1967 *Acta Juridica* 201.

<sup>3</sup>Gehou op 3 September 1968 en gepubliseer deur die departement van openbare betrekkinge van die universiteit, onder die titel: *The United Nations, South West Africa, and the Law*, asook in 1969 *CILSA* 48.



Volke hom opnuut ten opsigte van die Suidwes-Afrika-probleem sal uitspreek.<sup>4</sup>

Die vredesverdrag aan die einde van die Eerste-Wêreldoorlog het die Volkebond daargestel, met die mandatestelsel as inherente bestanddeel<sup>5</sup> daarvan. Suid-Afrika het sy mandaat om die gebied Suidwes-Afrika te bestuur, verkry ingevolge die mandaatinstrument daargestel deur die raad van die Volkebond in Desember 1920. Ingevolge die belangrikste bepaling van die mandaatinstrument (artikel 2 (2))<sup>6</sup> moes Suid-Afrika die materiële en morele welsyn en die maatskapliké vooruitgang van die inwoners van die mandaatgebied tot die uiterste bevorder. Dit is deur Ethiopië en Liberië beweer<sup>7</sup> dat Suid-Afrika se toepassing van afsonderlike ontwikkeling binne die mandaatgebied op 'n verbreking van hierdie fundamentele verpligting neerkom. Op grond van onder andere hierdie beweerde onwettige gedrag van Suid-Afrika word die hof gevra<sup>8</sup> om in verskeie aangeduide opsigte uitspraak teen Suid-Afrika te gee en bevele te maak wat aan sy bevindinge gevolg sal gee. Die erkende doel<sup>9</sup> van so 'n uitspraak en bevele was om 'n juridiese platform te verskaf vir optrede deur die Veiligheidsraad van die Verenigde Volke teen Suid-Afrika - optrede wat ingevolge die Handves van die Verenigde Volke teen Suid-Afrika afgedwing kan word, desnoods met geweld.<sup>10</sup> 'n Judisiële uitspraak teen Suid-Afrika sou 'n baie sterk oorredingsfaktor wees om die nodige eenparigheid onder die permanente lede van die Veiligheidsraad te verkry wat 'n voorvereiste<sup>11</sup> is vir die regmatige gebruik van gekombineerde sanksies of geweld teen Suid-Afrika. Die hoofdoel van die saak, in juridiese konteks, was dus om parallelle ontwikkeling soos in Suidwes-Afrika toegepas, of as sodanig, deur die hof as onregmatig<sup>12</sup> bestempel te kry.

Die aanvanklike feitegeskille tussen die litigante, soos blyk uit die pleitstukke, wat duisende bladsye beslaan het, is op 'n laat stadium in

<sup>4</sup>Die Veiligheidsraad het op 29 Julie 1970 in besluit 284 ooreenkomstig artikel 96 (1) van die Handves van die Verenigde Volke die volgende vraag vir 'n adviserende mening aan die Internasionale Geregshof voorgelê: „What are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)?” Sommige van die geskilpunte in die hofverrigtinge tussen 1960 en 1966 is nou weer ter sprake.

<sup>5</sup>Artikel 22 van die Volkebondshandves.

<sup>6</sup>Artikel 2 (2) lui soos volg: „The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral wellbeing and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present Mandate.”

<sup>7</sup>1966 *ICJ Reports* 10 en 11 (submissies E en F van die aansoeke).

<sup>8</sup>*Ibid.* 15 en 16.

<sup>9</sup>Ernest A. Gross *The South West Africa case: What happened?* in *Foreign Affairs* vol. 45 nr. 1 Oktober 1966, 36.

<sup>10</sup>Sien oor die algemeen hoofstuk VII van die Handves.

<sup>11</sup>Artikels 41 en 42 van die Handves gelees met artikel 27.

<sup>12</sup>Sien submissies (3) en (4) van die mondelinge betoë namens die applikante: 1966 *ICJ Reports* 15.



die hof se verrigtinge uit die weg geruim. Dit het geskied deur formele erkenning<sup>13</sup> van die applikante, Ethiopië en Liberië, dat die respondent (Suid-Afrika) se weergawe van die feite juis is. Gevolglik kon die hof die makliker weg volg om uitspraak slegs op 'n regspunt te gee.

'n Fundamentele regspraak was: het die mandaat die ontbinding van die eertydse Volkebond in 1946 oorleef, of nie?<sup>14</sup> Indien nie, kan daar geen sprake van wees dat Suid-Afrika enige mandaatverpligtinge verbreek het nie.<sup>15</sup> Indien wel, sou die hof hom moes uitspreek oor die bestaan, omvang en aard van enige regte wat die applikante in hierdie verband moontlik kon verkry het. In sy uitspraak van 1966 het die hof hom egter nie oor die voortbestaan al dan nie van Suid-Afrika se mandaat na 1946 uitgelaat nie.<sup>16</sup> 'n Beslissing op hierdie punt is onnodig, sê die hof, want dit is duidelik dat selfs vóór die ontbinding van die Volkebond geen lande wat lede daarvan was in hul individuele hoedanighede uit die mandaatinstrument regte verkry het wat hul in die hof kon afdwing nie: dit was die Volkebond as liggaam teenoor wie Suid-Afrika as mandaathouer ten opsigte van algemene mandaatsadministrasie rekenpligtig was.<sup>17</sup> Gevolglik word Ethiopië en Liberië se eise afgewys op 'n selfs meer fundamentele regspunt as die kwessie van die voortbestaan al dan nie van die mandaat.<sup>18</sup>

Twee regters het afsonderlike opinies geskryf, wat aanvullende redes verskaf vir hul saamstemming met die hofuitspraak, naamlik regters Morelli van Italië<sup>19</sup> en Van Wyk van Suid-Afrika.<sup>20</sup> Al sewe regters<sup>21</sup> wat nie met die Hofuitspraak saamgestem het nie, het afsonderlike afwykende opinies geskryf. Wat is die geheelbeeld van die hof wat 'n mens uit hierdie verskeidenheid opinies vorm, baie waarvan hul eie uitgangspunte het? Hoeveel van hierdie menings is volkeregtelik verantwoord? Is regter Van Wyk se kommer oor die voortbestaan van 'n internasionale geregshof in die ware sin van die woord geregverdig? Ten opsigte hiervan moet 'n evaluasie gegee word.

<sup>13</sup>1966 *ICJ Reports* 143 (afsonderlike opinie van regter Van Wyk).

<sup>14</sup>Submissie (1) van die mondelinge betoë namens respondent, 1966 *ICJ Reports* 16, en die uitspraak self, bladsy 17.

<sup>15</sup>*Ibid.* As die mandaat by ontbinding van die Volkebond geheel en al verval het, verrys die vraag of respondent dan hoegenaamd nog die reg het om die mandaatgebied te administreer. Volgens die raadgevende mening van die Internasionale Geregshof van 1950 sou dit nie die geval wees nie: *International Status of South West Africa, Advisory Opinion*: 1950 *ICJ Reports* 128.

<sup>16</sup>1966 *ICJ Reports* 19.

<sup>17</sup>1966 *ICJ Reports* 28 en 29. Dit gaan hier om regte t.o.v. algemene mandaatsadministrasie, in teenstelling met regte wat voortvloei uit „special interests” van bepaalde lande, vergelyk bladsye 31-2.

<sup>18</sup>1966 *ICJ Reports* 18 en 51.

<sup>19</sup>1966 *ICJ Reports* 59 tot 66.

<sup>20</sup>1966 *ICJ Reports* 65 tot 215.

<sup>21</sup>Regters Wellington Koo, Koretsky, Tanaka, Jessup, Padilla Nervo, Forster en regter *ad hoc* sir Louis Mbanefo.

Die sewe minderheidsopinies, met hulle verskillende redes of verskillende kombinasies van redes vir slotsomme teen Suid-Afrika, kan in hierdie artikel alleen aan die hand van 'n paar sentrale strydvrae beoordeel word. Hierdie vrae is vier in getal.

Die kardinale vraag waarmee die minderheidsregters moes handel, was natuurlik die kwessie of lidlande van die Volkebond in hul individuele hoedanighede ingevolge die mandatesistiem regte verkry het om mandaathouende lande voor die hof te daag weens beweerde nie-nakoming van hulle mandaatsverpligtinge - dieselfde vraag wat die meerderheid van die hof ten grondslag van sy beslissing gestel het. Deur sommige van die regters word hierdie vraag anders gestel.<sup>22</sup> Die benadering is soos volg: Suid-Afrika het 'n verpligting ingevolge die mandatesistiem om die welsyn en vooruitgang van die onderontwikkelde bevolking van die mandaatgebied tot die uiterste te bevorder - 'n verpligting wat die grondslag vorm van die nakoming van die sogenaamde „heilige trust.”<sup>23</sup> Kan dit in die lig hiervan beweer word dat gewese individuele lidlande van die Volkebond geen *locus standi*, geen verskyningsbevoegdheid voor die hof, in hierdie verband het nie? Die probleem wat die aplikante ten opsigte van hierdie vraag gehad het, is dat 'n litigant ooreenkomstig klassieke of konvensionele regs-konsepte slegs 'n belang wat hom direk raak, 'n eie belang, in 'n hof kan afdwing, en nie 'n bloot algemene belang van die (volkere-) gemeenskap nie.<sup>24</sup>

'n Tweede stydvraag was of Suid-Afrika se beweerde nie-nakoming van sy verpligtinge rakende die „heilige trust” hoegenaamd 'n beregbare geskil is, in teenstelling met geskille van 'n bloot politieke aard, wat uiteraard slegs op nie-regterlike vlak opgelos kan word - byvoorbeeld deur die organe van die Volkebond.<sup>25</sup>

'n Derde belangrike vraag was of Suid-Afrika as mandaathouer onderworpe is aan internasionale toesighouding en kontrole deur die Verenigde Volke. In hierdie verband moet onthou word dat die eintlike geskil tussen die Verenigde Volke en Suid-Afrika was, met Ethiopië en Liberië as *pro forma* aplikante.<sup>26</sup>

<sup>22</sup>Dit is juis die gebrek aan 'n duidelike onderskeid tussen prosessuele en substantiewe *locus standi* wat dikwels tot verwarring gelei het - sien die mening van regter Morelli, wat hieronder behandel word.

<sup>23</sup>Die idee, beliggaam in artikel 22 van die Volkebondshandves, was dat die welsyn en ontwikkeling van sodanige volkere 'n „sacred trust of civilization” is, wat uitgevoer moes word deur die betrokke mandaathouers, synde meer ontwikkelde lande.

<sup>24</sup>1966 *ICJ Reports* 47.

<sup>25</sup>Hierdie meningsverskil blyk uit die uiteensetting wat hieronder volg.

<sup>26</sup>Vergelyk die gesamentlike afwykende opinie van regters Spender en Fitzmaurice, 1962 *ICJ Reports* 547 en 548, asook M. Wiechers *South West Africa - the decision of 18 July, 1966 and its aftermath* 1968 *CILSA* 408, 418.

Die vrae hierbo gestel, en ander minder belangrikes, kom ter sprake in die meeste van die afwykende opinies. Die vraag is nou welke van die wisselende benaderings of gedeeltes daarvan, indien enige, juridies gefundeer is. Die behandeling van veral die eerste van die vrae hierbo gestel is egter baie gekompliseer deur die vraag van *res judicata*. Suid-Afrika het aanvanklik beswaar gemaak teen die jurisdiksie van die hof, maar die hof het in 1962 op hierdie preliminêre punt 'n uitspraak<sup>27</sup> teen Suid-Afrika gegee. Verskeie van die regters wat in 1966 in die minderheid was,<sup>28</sup> beweer in hul afwykende opinies dat die hof reeds in sy 1962-uitspraak beslis het dat die applikante wel in hul individuele hoedanighede 'n juridies-afdwingbare belang (of reg) by Suid-Afrika se nakoming van sy verpligtinge rakende die „heilige trust” het. Na hul oordeel is hierdie punt dus reeds voorheen deur die hof beslis, en kan dit op grond van die leerstuk van *res judicata* nie weer in 1966 deur die hof heroorweeg (en verwerp) word nie.

By die beantwoording van die vier vrae hierbo gestel, is die aanwendingsgebied van die beregtingsklousule van die mandaatinstrument in verskeie opsigte ter sake. Hierdie artikel (artikel 7 (2)) bepaal:

“The Mandatory agrees that, if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice<sup>29</sup> provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations.”

Op die aanwendingsgebied van hierdie artikel word later teruggekom.

Teen bostaande agtergrond kan die belangrikste aspekte van die individuele opinies evalueer word aan die hand van die vier vrae hierbo gestel.

Die eerste vraag is: het individuele gewese lidlande van die Volkebond *locus standi* om die nakoming van Suid-Afrika se verpligtinge rakende die „heilige trust” (d.w.s. sy algemene verpligtinge ten opsigte van die mandaatgebied soos vervat in artikel 2 (2)) in die hof af te dwing?

Regter Wellington Koo van China meen dat die antwoord op hierdie vraag bevestigend is<sup>30</sup> - 'n antwoord wat reëlreg bots met die beslissing van die hof. Sy mening is dat die mandaatinstrument voor-

<sup>27</sup>*South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December, 1962: 1962, ICJ Reports 319* (hierin 1962 *ICJ Reports* genoem).

<sup>28</sup>Regters Koretsky, Padilla Nervo en Jessup, wie se menings hieronder behandel word.

<sup>29</sup>Die *Permanent Court of International Justice* is later in hierdie opsig vervang deur die huidige *International Court of Justice: 1962 ICJ Reports 335*.

<sup>30</sup>1966 *ICJ Reports* 222, 223 en 224.

siening maak vir twee tipes toesighoudende masjinerie: administratief (politiek), deur jaarlikse verslae deur die mandaathouer en hul behandeling deur die betrokke organe van die Volkebondsraad, en judisieel, deur aan individuele lidlande van die Volkebond die reg te gee om ingevolge artikel 7 van die mandaatinstrument die mandaathouer voor die hof te daag.<sup>31</sup> Dít is juis die groot vraag: watter geskille kan almal ingevolge die bepaling van artikel 7 (2) voor die hof gebring word?

Regter Tanaka van Japan se antwoord op die eerste vraag is ook bevestigend.<sup>32</sup> Hy sê dat die substantiewe en prosessuele elemente in die mandaatinstrument onskeibaar vermeng is, en dat artikel 7 (2) ook substantiewe regte aan individuele lidlande van die Volkebond kan gee, en wel gee.<sup>33</sup> Na my oordeel is regter Tanaka op hierdie punt verkeerd. Dieselfde punt kom weer ter sprake wanneer regter Morelli se opinie bespreek word.<sup>34</sup>

Regter Forster van Senegal meen dat die noue, klassieke konsep van die individuele regsbelang nie van toepassing is nie in hofverrigtinge aangaande die uitleg en toepassing van 'n internasionale mandaat gebaseer op die altruïstiese siening van ons tyd.<sup>35</sup> Hy sê dat die applikante 'n regsbelang behou by die afdwinging van Suid-Afrika se mandaatverpligtinge solank Suid-Afrika in Suidwes-Afrika 'n teenwoordigheid het.<sup>36</sup> Die vraag wat dadelik verrys, is: waarom sou die applikante hul regsbelang verloor indien en wanneer Suid-Afrika hom aan Suidwes-Afrika onttrek?

Regter *ad hoc* Mbanefo meen ook dat die applikante 'n genoegsame belang ten opsigte van Suid-Afrika se mandaatsverpligtinge het om voor die hof te kan slaag.<sup>37</sup> Onthou moet word dat die hof in sy 1966-uitspraak beslis het<sup>38</sup> dat artikel 7 (2), die beregtingsklousule, slegs van toepassing is op gedinge ten aansien van die nie-nakoming van daardie bepaling van die mandaatinstrument wat spesifiek aan individuele lidlande van die Volkebond sekere eie regte gee. Regter Mbanefo meen egter<sup>39</sup> dat daar 'n groter noodsaak vir judisiële<sup>40</sup> beskerming is in die geval van artikel 2 (2), wat aan Suid-Afrika verpligtinge rakende die „heilige trust” oplê, as in die geval van artikels wat slegs die besondere, eie belange van lidlande beskerm. Die enigste voorbeeld van 'n artikel van laasgenoemde aard wat in die Suidwes-Afrika-mandaatinstrument

<sup>31</sup>*Ibid.*

<sup>32</sup>1966 *ICJ Reports* 252, 253 en 254.

<sup>33</sup>*Ibid.* 256.

<sup>34</sup>Sien hieronder, bladsy 38.

<sup>35</sup>1966 *ICJ Reports* 478.

<sup>36</sup>*Ibid.* 479.

<sup>37</sup>*Ibid.* 489.

<sup>38</sup>*Ibid.* 40.

<sup>39</sup>*Ibid.* 492.

<sup>40</sup>D.w.s. deur middel van die hof.



voorkom, is artikel 5, wat aan sendelinge wat burgers van lidlande van die Volkebond is, die reg gee om in die mandaatgebied hul nering te beoefen.<sup>41</sup>

Regter Jessup van die Verenigde State van Amerika is van oordeel dat die hof artikel 7 (2) verkeerd interpreteer.<sup>42</sup> Hy meen dat hierdie artikel wel aan individuele gewese lidlande van die Volkebond die bevoegdheid of reg gee om in die hof nakoming van die „heilige trust,” wat ’n algemene belang is in teenstelling met eie belange van individuele lidlande, af te dwing.<sup>43</sup> Na sy oordeel spruit die *locus standi* van die applikante nie voort uit enige substantiewe (andersins selfstandige) reg nie, maar uit die beregtingsklousule (artikel 7 (2)) self.<sup>44</sup> Hierdie mening is heeltemal onaanvaarbaar, omdat artikel 7 (2) bloot prosesueel van aard is, soos later ten opsigte van die vierde vraag verder aangetoon sal word,<sup>45</sup> en soos duidelik blyk uit die hof se uitspraak self.<sup>46</sup>

Vraag twee is al in ’n mate hierbo<sup>47</sup> aangeraak. Dit lui: is Suid-Afrika se beweerde nie-nakoming van sy verpligtinge rakende die „heilige trust” ’n geskil wat deur ’n hof beregbaar is?

Die hof is van mening dat lidlande van die Volkebond wel ’n humanitêre belang het by die nakoming van die „heilige trust,” maar dat so ’n belang nie ’n juridiese belang of „reg” is nie, omdat dit nie as ’n juridiese belang ingeklee is in die mandatesisteem nie, dit wil sê in artikel 22 van die Volkebondshandves en die mandaatinstrument.<sup>48</sup> Verskeie van die minderheidsregters verskil van die hof op hierdie punt.

Regter Tanaka meen dat indien Suid-Afrika ’n diskresionêre bevoegdheid het om ingevolge artikel 2 (2) van die mandaatinstrument die welsyn van die bevolking van die mandaatgebied te bevorder, die uitoefening van daardie bevoegdheid meestal<sup>49</sup> nie in ’n hof beregbaar is nie, aangesien dit ’n politieke kwessie is.<sup>50</sup> As daar egter ’n

<sup>41</sup>Die hof bevind egter in hierdie verband in sy uitspraak (bladsy 44): „Once the principle of a jurisdictional clause had been accepted, the clause was then introduced as a matter of course into all the mandates.”

<sup>42</sup>1966 *ICJ Reports* 352.

<sup>43</sup>*Ibid.* 352, 358 en 381.

<sup>44</sup>*Ibid.* 376 tot 378.

<sup>45</sup>Sien bladsy 38 hieronder.

<sup>46</sup>1966 *ICJ Reports* 38 tot 41.

<sup>47</sup>Sien bladsy 30 e.v.

<sup>48</sup>In hierdie verband sê die hof t.o.v. die „heilige trust” onder andere die volgende: „In order to generate legal rights and obligations, it must be given juridical expression and be clothed in legal form” (bladsy 34 van die uitspraak).

<sup>49</sup>Beregbaarheid sal volgens hom wel bestaan indien die uitoefening van bevoegdhede *mala fide* geskied: 1966 *ICJ Reports* 283.

<sup>50</sup>*Ibid.* 281 en 285.



internasionale norm of standaard van geen diskriminasie op grond van ras, kleur of afkoms bestaan, sou so 'n norm 'n regsbeperking stel op Suid-Afrika se diskresie, wat die toepassing van afsonderlike ontwikkeling onwettig sou maak.<sup>51</sup> Die resultaat is gevolglik beregbaarheid in 'n hof. Regter Tanaka meen dat dit die geval is.<sup>52</sup> Om verskeie redes<sup>53</sup> is sy argument nie aanvaarbaar nie. In die besonder is daar geen grondslag nie vir sy bewering dat die beginsel van gelykheid van mense voor die reg 'n integrale deel van die mandatesisteem is.<sup>54</sup> Hy self erken dat dit nie uitdruklik in die mandaatinstrument genoem word nie.<sup>55</sup> In terme van artikel 22.1 van die Volkebondshandves is algemene mandaatsverpligtinge op grondslag van die „sacred trust of civilization” dan ook juis van toepassing op onderontwikkelde gebiede en bevolkings, naamlik „peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world.”<sup>56</sup>

Regter Forster se mening is dat Suid-Afrika se beweerde nie-nakoming van die „heilige trust” 'n beregbare geskil is, hoofsaaklik omdat hy dit moeilik kan glo dat die beregtingsklousule slegs dispute rakende artikel 5 van die mandaatinstrument dek,<sup>57</sup> maar ook aangesien Suid-Afrika koppiglik geweier het om enige internasionale toesig ten opsigte van Suidwes-Afrika te aanvaar en die hof inderdaad nou die enigste liggaam is wat kan verklaar of die beleid van afsonderlike ontwikkeling die trustdoel bevorder of nie.<sup>58</sup> Laasgenoemde rede is juridies onaanvaarbaar: 'n hof het nie jurisdiksie bloot omdat dit die enigste liggaam is wat internasionale toesig kan uitoefen nie. Hierdie houding is strydig met erkende regsbeginnels.<sup>59</sup>

Regter Padilla Nervo meen ook dat die kwessie of Suid-Afrika sy verpligtinge ingevolge artikel 2 van die mandaatinstrument nagekom het, in 'n hof beregbaar is, maar hy erken self dat 'n beslissing van hierdie aard uiteindelik meer van politieke as juridiese aard sal wees.<sup>60</sup> Hierdie erkenning maak sy argument onoortuigend.

<sup>51</sup>*Ibid.* 286.

<sup>52</sup>*Ibid.* 290.

<sup>53</sup>Ter wille van die duideliker stelling van die hoofargument word die ondergeskikte redes nie hier behandel nie.

<sup>54</sup>1966 *ICJ Reports* 301. Of die beginsel van gelykheid van mense voor die reg 'n beginsel van die algemene volkereg is, in teenstelling met die spesifieke regime van die mandatesisteem, is 'n ander vraag, wat nie relevant is nie, tensy die mandatesisteem in hierdie opsig deur die algemene volkereg beïnvloed en gewysig is.

<sup>55</sup>1966 *ICJ Reports* 301.

<sup>56</sup>Vergelyk die afwykende opinie van regter Padilla Nervo op bladsy 466.

<sup>57</sup>*Ibid.* 479 en 480. Vergelyk egter n. 41 hierbo, wat die uitspraak van die hof op hierdie punt reflekteer.

<sup>58</sup>1966 *ICJ Reports* 481.

<sup>59</sup>Vergelyk n. 48 hierbo.

<sup>60</sup>1966 *ICJ Reports* 469.

Regter *ad hoc* Mbanefo se uitgangspunt is die voortbestaan van die mandaat, in verskillende opsigte, ná die ontbinding van die Volkebond. Die voortbestaan van die mandaat impliseer volgens hom dat al die regte en verpligtinge deur die mandaat geskep, ook bly voortbestaan het, en daarmee hul afdwingbaarheid in 'n hof.<sup>61</sup> Hierdie argument bring ons weer terug by vraag een hierbo gestel:<sup>62</sup> het individuele lidlande destyds, toe die Volkebond nog bestaan het, regte van hul eie gehad wat hulle in 'n hof kon afdwing? Dit bring 'n mens ook by die vraag of sommige van die regte en verpligtinge deur die mandaat-instrument geskep, nie in 1946 verval het nie, terwyl ander bly voortbestaan het - 'n vraag wat regter Mbanefo logies moes ontleed het, maar nie gedoen het nie. Op hierdie vraag word later teruggekom, wanneer regter Van Wyk se opinie uiteengesit word.<sup>63</sup>

Regter Jessup handel met die betoog van die applikante dat die geskil tussen applikante en respondent in 'n hof beregbaar is, omdat daar internasionaal 'n objektiewe standaard of norm sou wees, wat 'n voorvereiste is vir regterlike oorweging. Hierdie norm sou die reël van nie-diskriminasie wees. Sodra Suid-Afrika diskrimineer deur afsonderlike ontwikkeling in Suidwes-Afrika toe te pas, sou hy hierdie norm verbreek en onwettig handel. Dit is 'n aangeleentheid wat deur 'n Hof bereg kan word.<sup>64</sup> Regter Jessup erken dat hierdie sogenaamde norm van nie-diskriminasie sefis in 1966 nog nie 'n norm of reël van die volkereg geword het nie,<sup>65</sup> maar sê dat dit slegs neerkom op 'n objektiewe standaard of maatstaf waarvolgens die mandaatsbepalinge uitgelê moet word.<sup>66</sup> Hierdie argument is juridies onaanvaarbaar, meer bepaald omdat die regter self erken dat hierdie standaard van relatiewe onlangse oorsprong is, wat sou beteken dat vandag se interpretasie van die mandaatinstrument verskil van die interpretasie ten tyde van die daarstelling van die mandaat, reg aan die begin van die bestaan van die Volkebond. Kan dit beweer word dat die toepassing van afsonderlike ontwikkeling in die mandaatgebied in 1921 nie teenstrydig sou gewees het met Suid-Afrika se mandaatsverpligtinge nie, maar in 1960 wel?<sup>67</sup> Daar moet natuurlik erken word dat die standaard of strekking van die opheffingswerk wat van die mandaathouer verwag word, wel sou verander tussen dié twee datums, in ooreenstemming met staatkundige, tegnologiese, sosiologiese en ander vooruitgang deur die jare, maar dit regverdig nie die *wisselende interpretasies van*

<sup>61</sup>*Ibid.* 498.

<sup>62</sup>Sien bladsy 29 hierbo.

<sup>63</sup>Sien bladsy 40 hierbo.

<sup>64</sup>1966 *ICJ Reports* 432.

<sup>65</sup>*Ibid.* 433 en 441.

<sup>66</sup>*Ibid.* 433. Sien ook regter Tanaka se afwykende opinie, op bladsy 293.

<sup>67</sup>Dit is juis die vraag wat regter Jessup op bladsy 438 stel en bevestigend beantwoord.

die mandaatinstrument<sup>68</sup> waarna regter Jessup verwys nie. Regter Jessup se sienswyse impliseer noodwendig dat 'n internasionale norm van nie-diskriminasie, wat hy self nie eers ten aansien van die algemene volkereg as bewese bevind nie, in die meer besondere regime van die mandatesistiem forseer word, om die mandaathouer se verpligtinge daar- onder wesenlik te verander. So 'n wesenlike verandering kan nie deur die hof by wyse van interpretasie geskied nie, maar alleen deur die mandaathouer met die toestemming van die Volkebondsraad.<sup>69</sup>

Die derde vraag is of Suid-Afrika ten opsigte van die uitvoering van sy mandaatverpligtinge onderworpe is aan toesighouding en kontrole deur die Verenigde Volke. Op hierdie vraag het die hof in sy uitspraak nie ingegaan nie, aangesien die hof die saak beslis het bloot op die preliminêre merietepunt dat die aplikante geen reg het van 'n aard wat in 'n hof afdwingbaar is nie.

Regter Wellington Koo beweer dat een van die kardinale beginsels van die „heilige trust” internasionale verantwoordelikheid ten opsigte van nakoming van die trust is. Volgens hom impliseer hierdie beginsel noodwendig internasionale toesighouding en kontrole oor mandaats-administrasie.<sup>70</sup> Die regter beweer verder dat Suid-Afrika by noodwendige implikasie toegestem het tot internasionale toesighouding deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Volke.<sup>71</sup> Soos later aangetoon sal word,<sup>72</sup> het regter Van Wyk hierdie bewering in sy afsonderlike opinie op afdoende wyse weerlê.

Regter Tanaka is van mening dat solank die mandaat bly voortbestaan internasionale toesig nodig is om te verhoed dat die mandaat verander word in 'n soort anneksasie,<sup>73</sup> en dat die Verenigde Volke derhalwe hierdie bevoegdhede het.<sup>74</sup> Sy benadering is dié van die juridies-onkonvensionele doelleer, wat 'n resultaat postuleer bloot omdat dit noodsaaklik<sup>75</sup> of wenslik<sup>76</sup> mag wees. Dit is 'n benadering wat

<sup>68</sup>Vergelyk regter Tanaka se ewe ongegronde mening dat die beginsel van gelykheid van mense voor die reg 'n integrale deel van die mandatesistiem is, en n. 54 hierbo.

<sup>69</sup>Artikel 7 (1) van die mandaatinstrument.

<sup>70</sup>1966 *ICJ Reports* 235.

<sup>71</sup>*Ibid* 236, asook 237.

<sup>72</sup>Sien bladsy 38 e. v. hieronder.

<sup>73</sup>1966 *ICJ Reports* 273 en 274.

<sup>74</sup>*Ibid.* 274 tot 276.

<sup>75</sup>Regter Tanaka self meen dat die substraat van die betrokke regsreëls noodsaaklikheid is: „In this case, we cannot deny that the necessity created the law independently of the will of the parties and those concerned” (1966 *ICJ Reports* 277). Vergelyk n. 76.

<sup>76</sup>Die hof stel dit so (bladsy 48): „Rights cannot be presumed to exist merely because it might seem desirable that they should.”

die hof<sup>77</sup> en ook regter Van Wyk<sup>78</sup> op grond van erkende regsbeginsele tereg kritiseer en verwerp.

Nog 'n regter steun in effek die teleologiese beginsel of doelleer, naamlik regter Padilla Nervo. Hy meen dat Suid-Afrika se destydse verpligting om sy mandaatsadministrasie aan toesig te onderwerp nie verdwyn het bloot omdat die toesighoudende orgaan van die Volkebond by laasgenoemde se ontbinding verdwyn het nie: die noodsaak vir toesig bestaan nog, en die Verenigde Volke het 'n soortgelyke orgaan in hierdie verband.<sup>79</sup> Dieselfde kritiek kan teen hierdie regter se mening ingebring word as teen dié van regter Tanaka.

Regter Jessup se mening op hierdie punt is dat al die historiese data nie Suid-Afrika se betoog steun nie dat sy aanvaarding van mandaatverpligtinge beperk was tot instemming ten aansien van 'n bepaalde en voorafbekende tipe toesig, naamlik dié van die Volkebond en sy organe alleenlik, en nie dié van die Verenigde Volke nie. Hy beweert dat Suid-Afrika sy mandaatverpligtinge aanvaar het voordat die besonderhede van mandaatsadministrasie bepaal was.<sup>80</sup> Sy argumente is onooruigend, hoofsaaklik omdat 'n kennis van die ragfyne besonderhede waarna hy verwys, nie nodig was vir 'n behoorlike begrip van die tipe toesig oor mandaatsadministrasie wat beoog is nie. Dit is myns insiens duidelik dat Suid-Afrika destyds geweet het waartoe hy toestem.<sup>81</sup> Die regter steun verder op die bepalinge van artikel 7 (1) van die mandaatinstrument, wat bepaal dat die toestemming van die Volkebondsraad nodig is vir die wysiging van enige van die bepalinge van die mandaatinstrument. Hy meen dat artikel 7 (1) die noodsaak van 'n toesighoudende liggaam beoog, wat eers die Volkebondsraad was, en nou die Algemene Vergadering van die Verenigde Volke is.<sup>82</sup> Sy slotsom dat die Algemene Vergadering van die Verenigde Volke toesighoudende magte ten opsigte van mandate oorgeneem het, is sonder motivering,<sup>83</sup> en 'n duidelike toepassing van die onkonvensionele doelleer wat regters Tanaka en Padilla Nervo ook aanhang, maar wat nie 'n algemeen-erkende<sup>84</sup> volkeregtelike beginsel is nie.

<sup>77</sup>1966 *ICJ Reports* 44 tot 47. Sien ook n. 76.

<sup>78</sup>*Ibid.* 127 en 128.

<sup>79</sup>1966 *ICJ Reports* 459.

<sup>80</sup>1966 *ICJ Reports* 397 e.v.

<sup>81</sup>Dit blyk oor die algemeen uit regter Jessup se eie uiteensetting van die historiese data in hierdie verband.

<sup>82</sup>1966 *ICJ Reports* 388 en 389.

<sup>83</sup>*Ibid.* 389.

<sup>84</sup>Die Internasionale Geregshof het hierdie soort interpretasie in 1966 verwerp, hoewel daar in sy regspraak aanknopingspunte is vir die toepassing, in hierdie verband, van die sogenaamde *droit international nouveau*. 'n Voorbeeld is die afwykende uitspraak van regter Alvarez in die 1950- raadgevende mening van die Internasionale Geregshof insake die status van Suidwes-Afrika (1950 *ICJ Reports* 128, 174).



Regter Koretsky vind dit baie moeilik om 'n aanneemlike verduideliking te gee waarom toesighoudende magte verdeel was tussen die Volkebondsraad en die destydse internasionale hof.<sup>85</sup> Hy meen dit is onnodig om hierdie punt te beslis.<sup>86</sup> In hierdie opsig is sy opinie nie baie oortuigend nie, want die vasstelling van die presiese funksie van die hof sal lig werp op die sentrale vraag in die saak, soos beslis, naamlik of die applikante 'n reg of belang het wat in die hof afdwingbaar is.

Die vierde vraag is die kwessie of die hof in 1962 reeds beëlis het dat die applikante 'n juridies-afdwingbare reg of belang het by Suid-Afrika se vervulling van die „heilige trust,” met die gevolg dat hierdie punt *res judicata* is en nie deur die hof heroorweeg kan word nie. Regters Koretsky, Padilla Nervo en Jessup meen dat dit wel die geval is.

Die onsamehangende aard van regter Koretsky se kort afwykende opinie<sup>87</sup> maak die kern van sy mening moeilik vasstelbaar. Sy slotsom dat die 1962-uitspraak op hierdie punt *res judicata* is, rus myns insiens nie op 'n deeglike ondersoek nie.<sup>88</sup>

Regter Padilla Nervo se opinie op hierdie punt is nog meer on-oortuigend. Hy gaan selfs so ver om te beweer dat die hof in 1962 beslis het dat die applikante 'n reg of belang in die saak het, al sou dit slegs by wyse van implikasie wees.<sup>89</sup> Dit is 'n baie vergesogte slotsom: as die hof dit destyds so bedoel het, sou hy dit tog duidelik so gestel het.

Regter Jessup meen dat die applikante geregtig is op 'n uitspraak op wat hy die „ware meriete van die saak”<sup>90</sup> noem, en dat hulle geen verdere reg of belang hoef te toon as wat hulle ingevolge die 1962-uitspraak het nie.<sup>91</sup> Hy meen dat die hof se beslissing in 1962 dat dit jurisdiksie in die saak het, ook die „toelaatbaarheid van die eis”<sup>92</sup> behels het, en dat die hof hom dus reeds in sy 1962-uitspraak bindend oor die applikante se reg of belang (*locus standi*) uitgespreek het.

Regters Koretsky en Padilla Nervo se menings ten opsigte van die *res judicata*-kwessie verg geen verdere<sup>93</sup> kommentaar nie. Regter Jessup se mening op hierdie punt word op skitterende wyse weerspreek deur regter Morelli van Italië, in sy afsonderlike opinie.<sup>94</sup> Regter Morelli

<sup>85</sup>1966 *ICJ Reports* 245 en 246.

<sup>86</sup>*Ibid.*

<sup>87</sup>1966 *ICJ Reports* 237 tot 249.

<sup>88</sup>*Ibid.* 239 tot 241.

<sup>89</sup>*Ibid.* 452.

<sup>90</sup>*Ibid.* 330 en 442, asook 323.

<sup>91</sup>*Ibid.* 328.

<sup>92</sup>*Ibid.* 336. Vergelyk regter Morelli se opmerkings in 1962 *ICJ Reports* 573 en 574, asook 1966 *ICJ Reports* 65.

<sup>93</sup>Sien die kommentaar hierbo.

<sup>94</sup>1966 *ICJ Reports* 59 tot 66.



toon aan dat die kern van die 1962-uitspraak beperk is tot die stelling dat die dispuut voor die hof 'n „dispuut” binne die betekenis van artikel 7 van die mandaatinstrument is, sonder dat dit applikante se aksie op enige manier karakteriseer.<sup>95</sup> Hy meen die hof het hom in 1962 nie uitgespreek oor die kwessie of die applikante individuele regte het nie (substantiewe *locus standi*), maar slegs ten aansien van die kwessie of die applikante die reg het om 'n geding in die hof in te stel (prosesuele *locus standi*).<sup>96</sup> Die effek hiervan is dat die hof op die merietestadium van die saak (1966) dus ook totaal ongebonde was ten opsigte van 'n bevinding of dit nodig was of nie vir die applikante om 'n eie, individuele reg te bewys voordat hulle kon slaag.<sup>97</sup> Die *res judicata*-beginsel het nie 'n uitspraak verhoed op die punt waarop dit wel deur die meerderheid van die hof gegee is nie.

Teen die agtergrond van die regskonklusie van die hoofuitspraak en die behandeling van bogemelde vier sentrale strydvrage in die saak na aanleiding van die sewe minderheidsopinies en die afsonderlike opinie van regter Morelli, kan die bydrae en die benadering van regter Van Wyk in oënskou geneem word. Sy behandeling van die vier vrage hierbo na verwys, word eers geskets. Daarna volg sekere ander opmerkings ten opsigte van sy omvattende opinie.

Regter Van Wyk behandel die eerste vraag, naamlik die kwessie of individuele gewese lidlande van die Volkebond die reg het om nakoming van Suid-Afrika se „heilige trust” in 'n hof af te dwing, op taamlik bondige wyse.<sup>98</sup> In hierdie verband stem hy saam met die uitspraak van die hof,<sup>99</sup> wat uitvoerige redes deur homself onnodig maak. Hy toon ook dat 'n mate van verwarring in hierdie saak ontstaan het omdat dieselfde bepaling waarop die hof se jurisdiksie gebaseer is (artikel 7 (2) van die mandaatinstrument), ook beweer word die bron te wees van die applikante se substantiewe regte, waarop hulle saak gebaseer is.<sup>100</sup> Die bewering van verwarring kom neer op implisiete kritiek<sup>101</sup> van regter Jessup se mening ten opsigte van vrage een<sup>102</sup> en vier<sup>103</sup> hierbo. Regter Van Wyk toon tereg<sup>104</sup> dat waar 'n bepaling 'n dubbele doel dien, slegs die jurisdiksie-aspek daarvan oorweeg kan word op die stadium van voorlopige besware teen die jurisdiksie van die hof (1962 in hierdie geval), terwyl die bestaan al dan nie van sub-

<sup>95</sup>*Ibid.* 60 tot 61, 63.

<sup>96</sup>*Ibid.* 64 en 65, asook 61.

<sup>97</sup>*Ibid.* 63.

<sup>98</sup>*Ibid.* 67 en 68.

<sup>99</sup>*Ibid.* 67.

<sup>100</sup>*Ibid.* 68.

<sup>101</sup>Die implisiete kritiek is geleë in die onversoenbaarheid van die menings.

<sup>102</sup>Sien bladsy 31 hierbo.

<sup>103</sup>Sien bladsy 36 hierbo.

<sup>104</sup>1966 *ICJ Reports* 68.

stantiewe regte van litigante, synde 'n kwessie van meriete, eers op die meriete-stadium van die saak (1966 in hierdie geval) beslis kan word.

Die tweede vraag, naamlik die beregbaarheid al dan nie van 'n geskil ten opsigte van die uitvoering van die „heilige trust” word deur regter Van Wyk behandel,<sup>105</sup> maar ook nie breedvoerig nie. Hy toon aan<sup>106</sup> dat artikel 22 van die Volkebondshandves geverg het dat „securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant,” maar dat die hof nie eers in die Handves in hierdie verband genoem word nie. Hy sê dit is so omdat die opstellers van artikel 22 nie beoog het dat die hof enige rol sal speel in die mandatesistiem nie.<sup>107</sup> Dit wil egter voorkom asof die hof selfs volgens regter Van Wyk se siening 'n rol kan speel ten opsigte van die uitvoering van die mandaathouer se trustverpligtinge, te oordeel na die regter se argumentasie op 'n ander plek in sy opinie. Dit is waar hy beweer dat die uitoefening van 'n mandaathouer se diskresie slegs onregmatig verklaar kan word in terme van artikel 2 (2) indien die mandaathouer nie die geoorloofde doel nagestreef het nie (wat eintlik slegs moontlik is waar daar kwaaietrou is)<sup>108</sup> - dit is tog slegs 'n hof wat 'n onregmatigverklaring kan maak.<sup>109</sup>

Die derde vraag, naamlik of Suid-Afrika ten opsigte van die uitvoering van sy mandaatsverpligtinge onderworpe is aan toesighouding en kontrole deur die Verenigde Volke, word breedvoerig<sup>110</sup> deur regter Van Wyk behandel. Slegs vyf van die belangrikste van baie argumente deur hom in hierdie verband gebruik, word hier na verwys.

Eerstens meen regter Van Wyk dat die Verenigde Volke nie die Volkebond se funksies ten opsigte van mandate oorgeneem het nie:

<sup>105</sup>*Ibid.* 73 en 74.

<sup>106</sup>*Ibid.* 73

<sup>107</sup>*Ibid.* 73 tot 74. Daar kan egter geargumenteer word dat die mandatesistiem sy juridiese beslag gekry het in artikel 22 van die Volkebondshandves *gekoppel met* die individuele mandaatinstrumente wat *wel* 'n rol vir die hof beoog.

<sup>108</sup>*Ibid.* 151 tot 152.

<sup>109</sup>Vergelyk a. 36 (3) van die Handves van die Verenigde Volke. *As* die hof wel 'n rol sou kon speel ten opsigte van die „heilige trust” (in teenstelling met die „special interests” van lidlande van die Volkebond - sien bladsy 30-1 hierbo), sou dit in die samehang waarskynlik nie 'n jurisdiksie in eerste instansie wees nie, maar slegs 'n hersieningsbevoegdheid ten opsigte van *mala fide* uitoefening van 'n mandaathouer se diskresie, soos beweer of bepaal deur 'n Volkebondsorgaan. (Vergelyk regter Tanaka se afwykende opinie, bladsy 258, waarvolgens daar nie sprake van „appellate jurisdiction” tussen die Volkebondsraad en die hof is nie. Dieselfde regter sê egter op bladsy 283 dat „... the contention of the Respondent that the exercise of the Mandatory's power is discretionary, and that it is not justiciable unless the power has been exercised in bad faith can be recognised as being fundamentally right,” 'n verklaring wat aansluit by bogemelde argument t.o.v. 'n hersieningsbevoegdheid. Vergelyk ook regter Jessup se opinie op bladsye 433 en 434.)

<sup>110</sup>1966 *ICJ Reports* 82 tot 139.

geen staat het dit destyds (in 1946) so beskou nie, en so iets is ook strydig met die uitdruklike bepalings van artikel 22 van die Handves sowel as die mandaatinstrument self, wat slegs na die Volkebond en spesifieke organe daarvan verwys.<sup>111</sup>

Tweedens is regter Van Wyk van oordeel dat daar geen regverdiging is nie vir die suggestie<sup>112</sup> dat daar 'n algemene ooreenkoms was dat die mandaatgebiede onder internasionale toesig behoort te wees - die historiese data dui meer op die teendeel.<sup>113</sup> In aansluiting hierby is daar die oorwig van getuienis dat tot 1947 geen staat gemeen het dat daar 'n ooreenkoms was waarvolgens Volkebondsbevoegdheids ten opsigte van Suidwes-Afrika na die Verenigde Volke oorgedra is nie.<sup>114</sup>

Regter Van Wyk meen, derdens,<sup>115</sup> dat 'n besluit van die Algemene Vergadering van die Volkebond, gedateer 18 April 1946, nie 'n oordrag van die Volkebond se regte ten opsigte van mandaatadministrasie aan die Verenigde Volke bewerkstellig het nie. Gemelde besluit het slegs neergekom op 'n kennisname<sup>116</sup> van die voorneme van mandaathouers om hulle onderskeie mandaatgebiede te administreer ooreenkomstig hulle trustverpligtinge soos in die toepaslike mandaatinstrumente vervat, totdat ander reëlings<sup>117</sup> in dié verband getref is tussen die Verenigde Volke en die betrokke mandaathouers. So 'n blote kennisname, nie gevolg deur die beoogde reëlings of ooreenkomste nie, het nie 'n oordrag van toesigbevoegdheids aan die Verenigde Volke ten gevolge nie.<sup>118</sup>

Vierdens het veertien state erken dat sonder 'n sogenaamde trusteeskapsooreenkoms soos bedoel in die Handves van die Verenigde Volke die Verenigde Volke geen toesighoudende magte ten opsigte van Suidwes-Afrika sou hê nie.<sup>119</sup>

<sup>111</sup>*Ibid.* 90 en 91.

<sup>112</sup>Dit is nie duidelik wie se suggestie dit is nie: 1966 *ICJ Reports* 102.

<sup>113</sup>*Ibid.*

<sup>114</sup>*Ibid.* 124.

<sup>115</sup>*Ibid.* 111 en 113.

<sup>116</sup>Die relevante deel van die besluit lui:

„The Assembly:

4. Takes note of the expressed intentions of the members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them for the well-being and development of the peoples concerned in accordance with the obligations contained in the respective mandates until other arrangements have been agreed between the United Nations and the respective mandatory powers” (klem verskaf).

<sup>117</sup>Die Internasionale Geregshof het reeds in 1950 die opinie uitgespreek dat die bepalings van hoofstuk XII van die Handves van die Verenigde Volke nie op Suid-Afrika 'n regsverpligting plaas om die mandaatgebied van Suidwes-Afrika onder die Trusteeskapskema van die Handves te plaas nie: 1950 *ICJ Reports* 144.

<sup>118</sup>1966 *ICJ Reports* 113, 114 en 123.

<sup>119</sup>*Ibid.* 123. Vergelyk ook n. 117.

Die vyfde punt raak onder andere artikel 73 van die Handves van die Verenigde Volke, wat voorsiening maak vir 'n beperkte rekenpligtigheid van sekere state teenoor die Verenigde Volke ten opsigte van nie-selfbesturende gebiede. Regter Van Wyk toon<sup>120</sup> dat Suid-Afrika nie op grond van hierdie bepaling 'n verantwoordingsplig ten opsigte van sy mandaatsadministrasie teenoor die Verenigde Volke in hierdie saak het nie: die applikante self erken dat hul eis in hierdie saak gefundeerd is nie op bogemelde artikel 73 nie, maar op artikel 6 van die mandaatinstrument. Artikel 6 het 'n verpligting op Suid-Afrika geplaas om jaarliks 'n verslag ten opsigte van sy mandaatsadministrasie aan die Volkebondsraad voor te lê.<sup>121</sup> Regter Van Wyk argumenteer dat artikel 6 slegs die Volkebond kon oorleef het indien dit gewysig was om 'n orgaan van die Verenigde Volke in die plek van die Volkebondsraad te stel vir sover dit hierdie verslagplig betref.<sup>122</sup> Hy sê<sup>123</sup> daar is geen getuienis in die Handves of in sy geskiedenis van enige bedoeling om artikel 6 te wysig nie, of dat so 'n wysiging outomaties tot stand sou kom nie. Dit is wel waar dat die hof in sy 1950-opinie ten opsigte van die Suidwes-Afrika mandaat van mening was<sup>124</sup> dat artikel 6 van die mandaatinstrument die ontbinding van die Volkebond in 'n gewysigde vorm oorleef het, maar die redenering van die hof in sy 1962-uitspraak, twaalf jaar daarna, is nie versoenbaar met die mening dat die Algemene Vergadering van die Verenigde Volke toesighoudende magte ten opsigte van Suidwes-Afrika verkry het nie.<sup>125</sup>

Die vierde vraag is die tegniese vraag of die hof in sy 1962-uitspraak reeds beslis het dat die applikante 'n juridies-afdwingbare reg of belang het by Suid-Afrika se vervulling van die „heilige trust,” sodat hierdie punt *res judicata* is en nie in 1966 heroorweeg kan word nie.

Regter Van Wyk meen<sup>126</sup> dat 'n groot gedeelte van die argumentasie in die 1966-uitspraak van die hof bots<sup>127</sup> met die argumentasie in die 1962-uitspraak, ook ten opsigte van die kwessie of applikante enige reg of belang in die saak het. Die hof is egter nie gebonde om vorige foutiewe redenering te perpetueer nie, en niks in die 1962-uitspraak vervat kan neerkom op 'n beslissing op enige geskilpunt wat nou in

<sup>120</sup>*Ibid.* 138.

<sup>121</sup>Artikel 6 lui:

“The Mandatory shall make to the Council of the League of Nations an annual report to the satisfaction of the Council, containing full information with regard to the territory, and indicating the measures taken to carry out the obligations assumed under Articles 2, 3, 4 and 5.”

<sup>122</sup>1966 *ICJ Reports* 129.

<sup>123</sup>*Ibid.* 95.

<sup>124</sup>*Ibid.* 129.

<sup>125</sup>*Ibid.* 135.

<sup>126</sup>*Ibid.* 67.

<sup>127</sup>Vergelyk egter die opinie van regter Morelli, o.a. op bladsye 59, 60 en 62.



1966 deel van die meriete is nie. In terme van artikel 62 (3) van die reëls van die hof word die verrigtinge ten aansien van die meriete dan ook opgeskort sodra voorlopige besware geopper word.<sup>128</sup> Die 1962-uitspraak ten opsigte van die preliminêre besware kon dus nie 'n beslissing ten opsigte van die meriete van die saak gewees het nie. Daar is egter nog 'n ander rede waarom die 1962-uitspraak nie een ten opsigte van die meriete kon gewees het nie. Die uitspraak is gegee met 'n meerderheid van een, naamlik agt regters teen sewe. Alleen dit wat al agt regters in die meerderheid bedoel het, kan die beslissing van die hof wees,<sup>129</sup> en dit blyk uit die afsonderlike opinies van regters Bustamante, Jessup en Mbanefo dat geen een van hulle bedoel het om enige merietepunt te beslis nie.<sup>130</sup> Dit blyk ook uit die uitspraak van die hof self<sup>131</sup> dat dit nie 'n uitspraak op die meriete was nie.

Afgesien van die vier vrac hierbo behandel, het regter Van Wyk alle of feitlik alle belangrike geskilpunte in die saak in sy opinie behandel. Een van die belangrikste punte is die kwessie van Suid-Afrika se verbreking van 'n sogenaamde norm of reël van die volkereg dat geen diskriminasie slegs op grond van ras of kleur mag plaasvind nie. Die applikante se vroeëre bewering dat Suid-Afrika deur die toepassing van sy beleid van afsonderlike ontwikkeling hom skuldig gemaak het aan die „opsetlike verdrukking” van die inwoners van die mandaatgebied, is laat vaar toe alle feitegeskille tussen die partye op 'n laat stadium in die saak uit die weg geruim is.<sup>132</sup> In die applikante se finale submissies aan die hof was die applikante se hele saak ten opsigte van Suid-Afrika se nakoming al dan nie van die „heilige trust” gebaseer op 'n verbreking van die beweerde norm.<sup>133</sup> Die betoog kom daarop neer dat gedrag teenstrydig met die beweerde norm en standarde ooreenkomstig 'n regsfiksie *geag* word nie in staat te wees om die welsyn en vooruitgang van die inwoners van die mandaatgebied te bevorder nie.<sup>134</sup> Met ander woorde, dit is nie meer Suid-Afrika se beweerde doel, naamlik opsetlike verdrukking, wat die toepassing van diskriminasie op grond van ras of kleur na bewering onwettig maak nie, maar die blote feit van sodanige diskriminasie.<sup>135</sup> Regter Van Wyk is van mening dat die mandaatinstrument nooit gewysig is om die sogenaamde norm of standarde in te sluit nie, en dat enige verbreking van so 'n norm dus nie op verbreking van die bepalinge van die mandaatinstrument

---

<sup>128</sup>*Ibid.* 69.

<sup>129</sup>*Ibid.* 71.

<sup>130</sup>*Ibid.*

<sup>131</sup>*Ibid.* 70.

<sup>132</sup>1966 *ICJ Reports* 142 en 143.

<sup>133</sup>*Ibid.* 147.

<sup>134</sup>*Ibid.* 153.

<sup>135</sup>*Ibid.* 153 en 154.



kan neerkom nie.<sup>136</sup> Die regter toon ook<sup>137</sup> dat om verskeie ander redes die hof nie jurisdiksie sou hê ten opsigte van die verbreking van so 'n norm nie. Ten slotte toon regter Van Wyk, met uitgebreide motivering gebaseer op die getuienis voor die hof, dat die teenoor-gestelde van die applikante se bogemelde regsfiksie waar is: dit is naamlik onvermydelik dat die mandaathouer moet differensieer soos hy wel doen as hy die welsyn en vooruitgang van alle belanghebbendes wil bevorder.<sup>138</sup>

'n Tweede belangrike bykomstige geskilpunt deur regter Van Wyk behandel, behels die applikante se bewering dat Suid-Afrika ten opsigte van die mandaatgebied opgetree het op 'n wyse wat neerkom op 'n miskiening van die internasionale status van die gebied, en daardeur die geleentheid vir selfbeskikking deur die inwoners van die gebied belemmer het, in stryd met sy trustverpligtinge. Regter Van Wyk toon<sup>139</sup> dat die applikante in hierdie verband erken het dat daar nie 'n bedoeling was om Suidwes-Afrika by Suid-Afrika te inkorporeer nie, en dat applikante se enigste betoog was dat Suid-Afrika se blote weiering om die mandaatgebied aan internasionale toesig te onderwerp op sigself 'n miskiening van die internasionale status van die gebied is. Regter Van Wyk meen<sup>140</sup> dat hierdie gevolgtrekking 'n ongeregverdigde afleiding is.

Die finale belangrike bykomstige geskilpunt deur regter Van Wyk behandel, is die bewering<sup>141</sup> dat Suid-Afrika die mandaatgebied gemilitariseer het in stryd met die bepalinge van artikel 4 van die mandaat-instrument en artikel 22 van die Volkebondshandves. Regter Van Wyk toon,<sup>142</sup> met volledige motivering, dat daar van militarisasie in stryd met gemelde verbod geen sprake is nie. Die getuienis, onder andere dié van die Amerikaanse deskundige, generaal Marshall,<sup>143</sup> staaf regter Van Wyk se slotsom ten volle.

Tot watter slotsom kan gekom word in die lig van soveel judisiële diversiteit? Ten opsigte van die opinies van bepaalde regters op bepaalde punte is alreeds hierbo aangetoon watter menings onaanvaardbaar is, en hoekom. Globaal gesien is die opinies van regters Jessup, Tanaka en Padilla Nervo nie geanker in die tradisionele begrippe van die volkereg nie, en daarom in sodanige opsigte volkeregterlik onverantwoord. In die besonder is dit hierdie regters se teleologiese bena-

<sup>136</sup>*Ibid.* 157 en 158.

<sup>137</sup>*Ibid.* 158 tot 172 oor die algemeen.

<sup>138</sup>*Ibid.* 181.

<sup>139</sup>*Ibid.* 194, 196, 204 en 205.

<sup>140</sup>*Ibid.* 205. Die argument hier is miskien nie heeltemal duidelik gestel nie.

<sup>141</sup>Sien die aanhaling op bladsy 206 van die verslag.

<sup>142</sup>*Ibid.* 206 tot 213.

<sup>143</sup>*Ibid.* 212.

dering wat hulle verhoed om op die suiwer juridiese baan te bly, en hulle daartoe lei om hul eie politieke opvattinge 'n groot rol te laat speel by die uitleg van die juridiese struktuur van die mandatesistiem. Regter Tanaka erken in soveel woorde:

„In short the difference of opinions on the questions before us is in the final instance attributed to the difference between two methods of interpretation: teleological or sociological and conceptional (*sic!*) or formalistic.”<sup>144</sup>

Hierin lê die tekortkoming: 'n juridiese interpretasie wat nie konseptueel of formalisties is nie, gaan mank aan die sekerheid wat 'n onontbeerlike element van juridiese dissipline is.<sup>145</sup>

In sprekende teenstelling met die teleologiese benadering is daar die konvensionele juridiese benadering van die outeurs van die hof se meerderheidsuitspraak en van regters Morelli en Van Wyk in hul afsonderlike opinies. Regter Morelli se opinie, hoewel beperk tot die enkele punt van *res judicata*, is, as geheel, uitstekend, wat sowel inhoud as vorm betref. Regter Van Wyk se opinie is 'n volkeregtelike stuk van die grootste belang - 'n opinie daargestel in die tradisionele styl van objektiewe regspraak, en 'n model vir daardie regters wat hulself ongebonde ag aan wat beskou moet word as die ware juridiese dissipline.

A. C. CILLIERS

*Universiteit van Port Elizabeth*

## SUMMARY

### THE SOUTH WEST AFRICA CASE AND INTERNATIONAL LAW

(A critical exposition of certain aspects of the dissenting and separate opinions delivered in 1966 at the merits stage of the contentious proceedings in the International Court of Justice)

Mr Justice Van Wyk has expressed concern at the unconventional approach of certain judges of the International Court of Justice to certain issues on which the court has adjudicated. Is this concern justified?

A fundamental question of law raised at the merits phase of the South West Africa cases was the survival or otherwise of the South West Africa mandate. The court did not decide this question, but held that the applicants had not established any legal right or interest appertaining to them in the subject-matter of their claims. The dissenting and separate opinions can be evaluated on the basis of consideration of four important issues. These issues are:

<sup>144</sup>*Ibid.* 278.

<sup>145</sup>Sien H. L. A. Hart *The Concept of Law* 224: „Regard for forms and detail carried to excess, has earned for law the reproaches of ‘formalism’ and ‘legalism’; yet it is important to remember that these vices are exaggerations of some of the law’s distinctive qualities.”

- (a) Did states, members of the League of Nations, individually have the right under the mandates system to approach the Permanent Court of International Justice to secure fulfilment of the obligations owed by mandatory countries?
- (b) Is the alleged non-fulfilment of a mandatory's obligations under the so-called "sacred trust of civilization" justiciable at all?
- (c) Is South Africa as mandatory subject to international supervision and control by the United Nations?
- (d) Did the Court not decide issue (a) in 1962, rendering this point *res judicata*?

In discussing the approaches of the various judges to the four fundamental issues mentioned above, the opinions are criticized on various points, including failure to answer satisfactorily relevant questions, erroneous views as to the scope of the adjudication clause, the view that primarily political issues are nonetheless justiciable, the unjustified utilization of an international norm of non-discrimination as a criterion in interpreting international mandate instruments, inadequate reasons for finding the existence of the General Assembly's supervisory powers, failure to distinguish between procedural and substantive *locus standi*, etc. The main criticism, however, is that various judges have applied the unconventional and not generally accepted teleological approach in the interpretation of the juridical structure of the mandates system, leading to conclusions which differ basically from conclusions which would have followed on the adoption of the conceptual or formalistic approach.

In conclusion a full exposition is given of the separate opinion of judge Van Wyk, indicating that his adoption of conventional rules of interpretation is the only approach which is in agreement with what must be conceived as the true juridical discipline. □

*Many newly independent countries have a feeling of resentment about past exploitation, real or imagined. Almost all of them are strongly opposed to all remaining forms of colonialism and apartheid, although their reactions to violations of the principle of self-determination in other contexts are much weaker.*

Michael Akehurst *A modern  
introduction to international law* 1970 34.

# Judisiële staatsoptrede in die VSA

## Judisiële onthouding in Suid-Afrika

Ignus Rautenbach

*Randse Afrikaanse Universiteit*

### I

Die eerste gedeelte van die veertiende wysiging (1868)<sup>1</sup> van die grondwet van die Verenigde State van Amerika lui soos volg:

„All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. *No state* shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any state* deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”<sup>2</sup>

In die *Civil Rights Cases* (1883)<sup>4</sup> is sekere bepalinge van die *Civil Rights Act* (1875)<sup>5</sup> ongrondwettig verklaar op grond daarvan dat dit aangeleenthede reël wat ingevolge die veertiende wysiging buite die bevoegdhede van die Amerikaanse Kongres val. By monde van regter Bradley verklaar die hof onder andere soos volg:

“It is State action of a particular character that is prohibited. Individual invasion of individual rights is not the subject-matter of the amendment . . . It nullifies and makes void all State legislation, and State action of every kind, which impairs the privileges and immunities of citizens of the United States, which injures them in life, liberty or property without due process of law, or which denies to any of them the equal protection of the laws . . . Positive rights and privileges are undoubtedly secured by the Fourteenth Amendment; but they are secured by way of prohibition against State laws and State proceedings affecting these rights and privileges.”<sup>6</sup>

Die beginsel dat die staat die aangesprokene ingevolge die veertiende wysiging is en nie die individu nie, word vandag nog aanvaar.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup>Die doel met hierdie wysiging was om gelyke regte aan persone wat voorheen slawe was, grondwetlik te waarborg.

<sup>2</sup>My kursivering.

<sup>4</sup>109 US 3.

<sup>5</sup>18 Stat. 335.

<sup>6</sup>109 US 11.

<sup>7</sup>Paul G. Kruger *Civil Liberties and the Constitution* (1966) 166; Thomas P. Lewis *The Meaning of State Action* (1960) 60; *Columbia Law Review* 1083; Donald B. Molteno *The 'Flexibility' of a 'Rigid' Constitution* 1970 *SALJ* 204, 217.

In alle gevalle waarin individue wou staatmaak op die beskerming gebied deur die aangehaalde gedeelte van die veertiende wysiging, moes die howe inhoud gee aan die begrip „state action” met die gevolg, soos dit die geval met talle ander beginsels in die Amerikaanse grondwet is, dat dit aan die hand van hofbeslissings en kommentare ’n aansienlike inhoudsverandering sedert die *Civil Rights Cases* ondergaan het.<sup>8</sup>

Geen besondere probleme is ondervind om wetgewende en administratiewe optrede as „state action” te identifiseer nie.<sup>9</sup>

’n Mylpaal in die ewolusionêre ontwikkeling van die *state action*-begrip was die beslissing van die Federale Hooggeregshof (*Supreme Court*) in *Shelley v. Kraemer* (1948).<sup>10</sup> Die grondeienaars in ’n bepaalde woongebied het ’n sogenaamde „restrictive covenant” aangegaan waarin hulle ooreengekom het om die gebruik en besit van hul persele vir ’n tydperk van vyftig jaar nie te laat toekom aan iemand van ’n Negroïde of Mongoolse ras nie. Een van die eienaars het ’n perseel verkoop aan ’n Neger-egpaar wat kort daarna hulle intrek geneem het. Van die ander partye by die ooreenkoms het aansoek gedoen om ont-neming van titel en uitsetting. Die hooggeregshof van Missouri het aan die versoek voldoen. ’n Soortgelyke beslissing van die hooggeregshof van Michigan is gelyktydig met bogenoemde deur die *Supreme Court* heroorweeg. Die *Supreme Court* beslis dat indien ’n staatshof ’n „restrictive covenant,” die nakoming waarvan tot rassediskriminasie aanleiding sou gee, sou afdwing, hierdie optrede van die hof neerkom op staatsoptrede en as sodanig verbied is deur die veertiende wysi-

---

<sup>8</sup>Met as maatstaf die uitgangspunt van die Suid-Afrikaanse uitlegger dat die bedoeling van die wetgewer die deurslag gee, kan die bedenking moontlik geopper word dat talle begrippe in die Amerikaanse grondwet deur judisiële interpretasie in ’n ontwikkelingskeurslyf gedwing is wat nooit deur die opstellers voorsien is, of selfs „gewil” sou gewees het indien hulle dit voorsien het nie. Die kern van die Amerikaanse antwoord op sodanige kritiek word goed saamgevat deur Jethro K. Lieberman *Understanding our Constitution* (1967) 139: „What those who wrote the amendments thought they were trying to do . . . is of small concern. The real question is, what are today’s standards? Four centuries ago, the cutting off of ears was not considered cruel and unusual punishment. It was a commonplace. Today it would be automatically prohibited by the 8th Amendment. As the sense of American justice develops, so also does the Constitution.” Daar word ook aan-gevoer dat die opstellers doelbewus vae bepalings geformuleer het sodat die begrippe daarna telkens opnuut deur die bevoegde organe met inhoud gevul kon word na gelang van die politieke, sosiale en ekonomiese stand van sake. Sien by-voorbeeld Charles L. Black “*State Action*” *Equal Protection, and California’s Propo-sition 14* (1967–68) 81 *Harvard Law Review* 69 en 97 n. 111, waar hy die probleem van „original intent” met betrekking tot die veertiende wysiging noem: „. . . (W)herever may have been the focus and centre of the 1868 expectations, the ob-structic history of the equal protection clause was not such as to inhibit growth.” En sien *Burton v. Wilmington Parking Authority* (1961) 365 US 715, 722.

<sup>9</sup>Kauper a.w. 136, 137.

<sup>10</sup>334 US 1.



ging . . . „even though the particular pattern of discrimination, which the State has enforced, was defined initially by the terms of a private agreement.”<sup>11</sup> Hierdie beslissing het ’n nuwe vraag met betrekking tot die grense van die *state action*-begrip in die kalklig geplaas: tot welke mate mag ’n staat deur sy judisiële organe privaatregtelike vorderings- en vermoënsregte beskerm sonder dat dit in stryd is met die veertiende wysiging? Hierdie vraag is die afgelope twee-en-twintig jaar binne en buite die howe produktief bearbei.<sup>12</sup> Die resultate hiervan is in so ’n mate uiteenlopend<sup>13</sup> dat dit ’n buitestaander ietwat verbysterd laat; veral by die aanhoor van opmerkings soos dié van Charles L. Black na sy ontleding van die kommentaar van verskeie ander skrywers:

„The field is a conceptual disaster area . . . It is a map whose every country is marked incognito . . . The doctrine in chief is a slogan from 1883. The sub-doctrines are nothing but discordant suggestions.”<sup>14</sup>

’n Ontleding van die interpretasiemoontlikhede van *Shelley v. Kraemer* sal dus liefs nie probeer word nie. Die doel is bloot om aan die hand van ’n opmerking uit Suid-Afrika<sup>15</sup> die uitspraak met die Suid-Afrikaanse reg te vergelyk vir sover in die saak beslis is dat die judisiële afdwinging van ’n privaatkontrak neerkom op staatsoptrede.

## II

Die reaksie hierop mag wees dat die gevolgtrekking ’n ongeregtigde uitbreiding van individuele optrede na staatsoptrede meebring, of anders gestel, dat dit die individu ook nou onderhewig stel aan beperkings op staatsoptrede (waarop die veertiende wysiging in die eerste plek gerig is) en dat die individu daardeur sekere van sy privaatregtelike remedies ontnem word.<sup>16</sup> Prof. Schmidt stel dit dat die beslissing van die hof in *Shelley v. Kraemer* meer aanvaarbaar sou wees „if it had held that the restrictive covenant was *contra bonos mores* and, therefore, prohibited by the common law rather than by the constitutional provision.”<sup>17</sup> Dit is interessant dat die *boni mores*- en *public policy*-

<sup>11</sup>334 US 20.

<sup>12</sup>Om slegs enkele bydraes te noem: Kauper a.w. 127–166; Black a.w.; Lewis a.w.; Ming *Racial Restrictions and the Fourteenth Amendment* (1949); 16 *University of Chicago Law Review* 203; Henkin *Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion* (1962); 110 *University of Pennsylvania Law Review* 473; Horowitz *The Misleading Search for “State Action” Under the Fourteenth Amendment* (1957) 30 *Southern California Law Review* 208; St Antoine *Color Blindness but not Myopia* (1961); 59 *Michigan Law Review* 993; Williams *The Twilight of State Action* (1963); 41 *Texas Law Review* 346; Van Alstyne & Karst *State Action* (1961); 14 *Stanford Law Review* 3. Vir ’n oorsig van die beslissings sedert *Shelley v. Kraemer* sien Black a.w. 83 tot 91.

<sup>13</sup>Lewis a.w. 1109.

<sup>14</sup>A.w. 95.

<sup>15</sup>C. W. H. Schmidt *American Constitutional Law: A South African’s First Impressions* (1966) (2) *Foreign Exchange Bulletin* 9.

<sup>16</sup>*Ibid.*

<sup>17</sup>*Ibid.*

begrippe van die Amerikaanse kontrakereg<sup>18</sup> juis al in hierdie verband aangewend is. In *Hurd v. Hodges* (1948)<sup>19</sup> het die *Supreme Court* beslis dat 'n „restrictive covenant” op rassegrondslag gebaseer, onafdwingbaar is, omdat dit onder andere indruis teen die openbare belang van die Verenigde State. Ook in *Mays v. Burgess* (1954)<sup>20</sup> het die *United States Court of Appeals of the District of Columbia* die geldigheid van 'n soortgelyke ooreenkoms oorweeg in die lig van die *public policy*-begrip.

Voorgenoemde regverdig moontlik 'n „spekulasie” oor 'n moontlike verband tussen die Amerikaanse konstitusionele *state action*-begrip en die Suid-Afrikaanse privaatregtelike verbod op „kontrakte” teen die goeie sedes of openbare belang.<sup>21</sup>

### III

Dit is 'n erkende beginsel van die Suid-Afrikaanse kontrakereg dat geen geldige kontrak tot stand kan kom indien die ooreenkoms *onwettig* is nie, dit wil sê as dit verbied word deur 'n bestaande reël van die statutêre of gemene reg, of as dit deur die hof beskou word as in te druis teen die openbare belang of goeie sedes.<sup>22</sup> In die meeste gevalle sal die statutêre of gemene reg 'n ooreenkoms verbied juis omdat dit in stryd met die openbare belang of goeie sedes is<sup>23</sup> maar nietemin word dit in elke besondere geval aan die howe gelaat om die geldigheid van die kontrak te bepaal in die lig van wat hulle onder die omstandighede as in stryd met die openbare belang of goeie sedes beskou.

Daar bestaan dus in die Suid-Afrikaanse reg 'n reël waarvolgens die howe nie 'n ooreenkoms sal afdwing nie, indien dit indruis teen die

<sup>18</sup>Sien A. L. Corbin *Corbin on Contracts* (1962) band 6A hoofstuk 79 veral par. 1375 op 5 en 6.

<sup>19</sup>334 US 24.

<sup>20</sup>147 F. 2d 869.

<sup>21</sup>Terwyl gesteun word op 'n vergunning van O. Kahn-Freund *Comparative Law as an Academic Subject* (1965) 21: „What is being compared is not which is formulated and said but that which is being done . . . To do this one must sometimes play havoc with the traditional divisions or 'branches' of the law.”

<sup>22</sup>Aquilius *Immorality and Illegality in Contract* 1941 *SALJ* 337-353; 1942 *SALJ* 16-26, 113-123, 333-342; 1943 *SALJ* 468-478; De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg* (3de uitgawe 1964) 76 e.v.; Farlam en Hathaway *A Case Book on the South African Law of Contract* (1968) 202; Hall *Maasdorp's Institutes of South African Law* (7de uitgawe 1961) 16 e.v.; A. J. Kerr *The Principles of the Law of Contract* (1967) 41 e.v.

<sup>23</sup>Aquilius 1941 *SALJ* 344; De Wet en Yeats a.w. 76. Daar word erken dat die onwettighedsgronde oorvleuel. „ . . . [I]t is immaterial whether the law withholds its support because the contract conflicts with a direct legal command or prohibition, on the ground that it runs counter to public policy or because it flouts morality. In a sense, too, all illegalities may be said to be immoral and all immorality and illegality contrary to public policy . . . [T]hey all relate to human conduct and have a common cause: *Mali mores occasionem bonis dederunt legibus* (Voet, Comment., 1.3.1) and all three have their roots in expedience.” Aquilius 1941 *SALJ* 344.

openbare belang of goeie sedes. Met betrekking tot die praktiese toepassing van die regsreël blyk die volgende uit die hofbeslissings en ander bronne:

Eerstens sal 'n ooreenkoms wat teen die openbare belang of goeie sedes is, nie afgedwing word nie, selfs al sou dit tot voordeel van die partye strek. Hoofregter Innes verklaar in *Robinson v. Randfontein Estates G.M. Co. Ltd.*:<sup>24</sup>

„Courts of law refuse to enforce such contracts, not out of consideration for the defendant, in whose mouth the defence sounds strangely, but because, in the general interest, the court cannot countenance or assist transactions of that nature.”<sup>25</sup>

Verder word die vraag of 'n bepaalde ooreenkoms teen die openbare belang of goeie sedes is, beantwoord na sorgvuldige afweging van die individu se vryheid of bevoegdheid om kontrakte te sluit en die oogmerke van die party met die ooreenkoms aan die een kant, en die postulate van die openbare belang en goeie sedes aan die ander kant.<sup>26</sup> *Aquilius* verduidelik soos volg die inhoud van die genoemde reg of bevoegdheid:

„The virtue of contract, like that of testation, is that by its agency the subject is permitted, within the ambit of his private autonomy and subject to the rules governing each institute, to make laws as it were, enforceable by the State, regulating the conduct of man towards man and the relations of each to wealth.”<sup>27</sup>

Aan die ander kant blyk dit ook duidelik dat by bepaling van die postulate wat die openbare belang en goeie sedes in 'n bepaalde geval voorskryf, die belange van die gemeenskap as geheel voor oë gehou word.

Daar vind dus 'n afweging en uiteindelijke konkretisering van algemene belange teenoor individuele belange plaas en dit is voor die hand liggend dat die openbare belang beskermingsobjek van die reëling is. In die terminologie van *Van Apeldoorn* is die openbare belang dus „passief betrokke” by hierdie reëling en daarom kan die reël, aan die hand van genoemde skrywer,<sup>28</sup> identifiseer word as synde van *publiek-regtelike aard*.

<sup>24</sup>1925 AD 173, 204.

<sup>25</sup>Sien ook *Kuhn v. Karp* 1948 (4) SA 825 (T), 827.

<sup>26</sup>Hoofregter Innes verklaar in *Rock Insurance Co. Ltd v. Carmichael's Executor* 1917 AD 593, 598: „We heard much during the arguments about public policy. That is an expression of vague import; but surely public policy demands in general full freedom of contract; the right of men freely to bind themselves in respect of all legitimate subject matters. The general interest of the community may and does in certain cases require the abridgement of this right”; en sien *Couzyn v. Laforce* 1955 (2) SA 289 (T), 292.

<sup>27</sup>1941 SALJ 344.

<sup>28</sup>L. J. van Apeldoorn *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht* (15de druk 1953) 144, 145; S.A. Strauss *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreg en die*

Dat die judisiële toepassing van die regsreël op staatsoptrede neerkom, lyk ook nie vergesog nie. Die regsprekende gesag is formeel orgaan van die staat as regs persoon,<sup>29</sup> en as sodanig is enige optrede van die hof ook staatsoptrede. Ten spyte van die bekende beeld van die regsprekende gesag as geblinddoekte *Iustitia* wat nie deur regskepping en aktiewe regshandhawing regsverhoudinge tussen regssubjekte reël nie, word algemeen erken dat die howe 'n beperkte regskeppende funksie het.<sup>30</sup> Daarbenewens lui die ter sake regsreël dat juis die hof nie 'n kontrak sal afdwing wat indruis teen die openbare belang óf goeie sedes nie, *sels al is dit nie verbied deur 'n bestaande regsreël nie*.<sup>31</sup> Begrippe soos *goeie sedes* en *openbare belang* het op sigself geen selfstandige inhoud nie; die sg. „undefined legal terms,” „onbestimmte Rechtsbegriffe” of „blanket”-begrippe. Dit is die funksie van die hof om die begrippe in elke besondere geval met inhoud te vul.

„In deze gevallen laat de wetgever welbewust een leemte die de rechter moet aanvullen. In beginsel is dan de functie van den rechter dezelfde als die van den wetgever.”<sup>32</sup>

Indien aanvaar word dat die regsreël (dat die howe nie ooreenkomste afdwing wat teen die openbare belang of goeie sedes is nie) publiekregtelik van aard is en dat die toepassing van die regsreëls op staatsoptrede neerkom, kan die volgende as een van die bestaansredes vir die reël geformuleer word: Ter beskerming van die openbare belang, orde en goeie sedes beperk die staat op positiewe wyse individuele regte en bevoegdhede deur middel van die strafreg, maar daarbenewens weerhou die staat hom daarvan om deur middel van sy organe (en in hierdie verband veral die regsprekende orgaan), sy medewerking te verleen aan individuele optrede wat indruis teen die openbare belang.

#### IV

Uit Amerikaanse oogpunt lewer die aangeleentheid selfs meer interessantheide op want daar bestaan 'n *Bill of Rights* en die onwettighedsgrond „against public policy” is bekend in die kontraktereg.

Dit gaan by die *Bill of Rights* primêr om die beskerming van die individuele belange teenoor die staat en dit is ongetwyfeld geldige

*Deliktereg* (1961) proefskrif Suid-Afrika 269, 270. Die geldigheid van Van Apeldoorn se onderskeid tussen aktiewe en passiewe betrokkenheid van die openbare belang by reëls van respektiewelik privaatregtelike en publiekregtelike aard blyk m.i. ook duidelik uit die *dictum* van HR Innes *supra* n. 26 waaruit dit wil voorkom ásóf *public policy* en *general interest* (wat wesenlik dieselfde is) verskillende eise kan stel.

<sup>29</sup>J. P. Verloren van Themaat *Staatsreg* (Wiechers 1967) 18.

<sup>30</sup>Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 302 tot 325; G. P. C. Kotzé „Aspects of the Judicial Office” 1968 *Speculum Iuris* 37 e.v.

<sup>31</sup>En sien *supra* n. 23, waar *Aquilus* aantoon dat daar in beginsel geen onderskeid bestaan tussen die verskillende onwettighedsgronde by 'n kontrak nie.

<sup>32</sup>Van Apeldoorn a.w. 334.



kritiek dat die hof in *Shelley v. Kraemer* gemeenskapsbelange teenoor individuele optrede beskerm het deur 'n direkte beroep op 'n bepaling van die *Bill of Rights* wat die staat aan bande lê.<sup>33</sup> Die „bargain against public policy” sou inderdaad 'n beter *uitgangspunt* gewees het.

Ten einde te bepaal of die ooreenkoms teen die openbare belang is, sal ook in die Amerikaanse hof 'n afwegingsproses moet plaasvind tussen die regte en bevoegdhede van die individu aan die een kant, en die gemeenskapsbelange aan die ander kant.<sup>34</sup> Dit sou egter sinneloos wees om in hierdie proses uitgekristalliseerde formuleringe van die balans tussen individuele en staatsbelange te ignoreer. Corbin verklaar:

„The sources determinative of public policy are, among others, our federal and state constitutions, our public statutes, our judicial decisions, the applicable principles of the common law, the acknowledged prevailing concepts of the federal and state governments relating to and affecting the safety, health, morals and general welfare of the people for whom government - with us - is factually established . . . Constitution and statutes are declarations of public policy by bodies of men authorized to legislate.”<sup>35</sup>

Die Amerikaanse *Bill of Rights* (en soos dit deur die jare geïnterpreteer is) is by uitstek dié dokument waarin 'n afweging tussen individuele en gemeenskapsbelange vasgelê en deur verskansing in 'n groot mate buite die gesagsfeer van die staat geplaas is. As sodanig behoort dit die belangrikste kenbron te wees van die postulate van die openbare belang. Die argument dat die *Bill of Rights* slegs die individu teenoor die staat beskerm, sal nou nie stand hou nie want die *Bill of Rights* word bloot as noodsaaklike kenbron aangewend; dit *beskerm* weliswaar slegs die individu, maar as afwegingsformule stel dit grense en derhalwe moet die omvang van sowel individuele as openbare belange noodwendig daarin weerspieël word.

Volgens hierdie benadering sou vervolgens vasgestel moet word of enigiets uit die *Bill of Rights* afgelei kan word om as maatstaf te dien by beantwoording van die vraag of 'n „racially restrictive covenant” in stryd is met die openbare belang. Ook op hierdie vraag sal 'n buitestaander nie saakkundig kan antwoord nie, maar dit is moontlik dat indien daar wel iets te vind is, dit gevind sal word in die feit dat omdat die veertiende wysiging 'n diskriminasieverbod op die staat plaas, dit in stryd met die openbare belang sou wees indien die individu in sy „private kontraktuele diskriminasies” enigsins gebruik maak van hulp of bystand van die staat. Hoewel moontlik met meer bevredigende

<sup>33</sup>Lewis a.w. 1113: „In reasoning from the ability of a state court to condemn undesirable private action to the conclusion that it must as a matter of constitutional law condemn private action that the state is not permitted, the principle that private discrimination is not forbidden by the fourteenth amendment is ignored.”

<sup>34</sup>Corbin a.w. par. 1375 6.

<sup>35</sup>A.w. par. 1375 15.



aanloop, kom mens dan weer voor die bekende strydvraag te staan: wanneer maak die individu gebruik van hulp of bystand van die staat, ofte wel, wat is die grense van staatsoptrede?

## V

By die regsverbod op die ooreenkoms wat indruis teen die openbare belang of goeie sedes kom daar dus oorweginge van publiekregtelike aard ter sprake en by die afweging van individuele belange teenoor gemeenskapsbelange kan maatstawwe gevind word in soortgelyke reeds bestaande formulerings, byvoorbeeld grondwetlike verskansings van individuele regte.

Omdat hier te doen gekry word met 'n wisselwerking tussen privaat- en publiekreg is dit insiggewend dat bogenoemde gevolgtrekking ook in die Bondsrepubliek van Duitsland aangetref word wanneer gevra word na die invloed van die *Grundrechtskatalog* in die Grondwet (1949) op die privaatreg. In antwoord op die opvatting<sup>36</sup> dat sekere grondregte op direkte wyse in die privaatreg geld, beweer skrywers soos *Maunz*,<sup>37</sup> *Dürig*,<sup>38</sup> *von Mangoldt*, *Klein*<sup>39</sup> en *Geiger*<sup>40</sup> dat so 'n opvatting die onafhanklike aard van die privaatreg misken. Die toegangspoort van die grondregte tot die gebied van die privaatreg is eerder die *Generalklauseln* en *unbestimmte Rechtsbegriffe*, soos die *goeie sedes* en *openbare belang*, wat telkemaal deur die houe gevul moet word met waardes wat soortgelyk is aan die waardes vervat in die grondregte.

„Da aber Grundrechtssystem und Privatrechtssystem als Teile eines einheitlichen Gesamtrechts nicht beziehungslos nebeneinanderstehen können, wird man ein mittelbares Hineinwirken der Grundrechte auch in die Privatrechtsordnung in der Weise bejahen müssen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln des Privatrechts am Wertgehalt der Grundrechte gemessen und damit vom Verfassungsrecht her ausgefüllt werden.“<sup>41</sup>

## SUMMARY

Since the *Civil Rights Cases* (1883) 109 US 3, it has been consistently held by the US judiciary that the *state*, and not the individual, is the addressee of the *Fourteenth Amendment* (1868) to the *Constitution of the United States*. In all instances where indi-

<sup>36</sup>Soos gehuldig deur o.a. H. C. Nipperdey *Grundrechte und Privatrecht* (1961); W. Leisner *Grundrechte und Privatrecht* (1960) 378 e.v.; W. Wertensbruch *Grundgesetz und Menschenwürde* (1958) e.v.; W. Hamel *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat* (1957) 20.

<sup>37</sup>*Deutsches Staatsrecht* (16de uitgawe 1968) II §13 99–100 en sien n. 38.

<sup>38</sup>Maunz-Dürig *Grundgesetz* (1968) 1 Abs. III 66 e.v.

<sup>39</sup>Von Mangoldt-Klein *Das Bonner Grundgesetz* (2de uitgawe 1966) Band I Vorbemerkungen A II 4 f 69.

<sup>40</sup>*Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung* (1960).

<sup>41</sup>Maunz *Deutsches Staatsrecht* (16de uitgawe 1968) II §13. 99-100.

viduals wish to rely upon the protection afforded by the amendment, the courts are called upon to establish the boundaries of the *state action* concept and since the *Civil Rights Cases* the concept has undergone a substantial change. A landmark in this evolutionary process was the decision in *Shelley v. Kraemer* (1948) 334 US 1 in which the Supreme Court held that the enforcement by a state court of a racially discriminatory restrictive covenant amounts to state action and as such is prohibited by the *Fourteenth Amendment*. It has been remarked that the decision would have been more acceptable "if it had held that such a covenant was *contra bonos mores* and, therefore, prohibited by the common law rather than by the constitutional provision" (Schmidt (1966) 2 *Foreign Exchange Bulletin* 9). This remark seems to justify a "speculation" on the existence of a link between the North American, constitutional *state action* concept, on the one hand, and the South African and American *boni mores* concept, as applied in the *law of contract*, on the other hand.

South African courts, in applying the rule that a court of law will not enforce a contract which is *contra bonos mores* (even if it is not specifically prohibited by an existing legal rule), are actually protecting the interests of the community as a whole against private action and as such, it is submitted, the said rule owes its existence to considerations usually identified with public law. It is also submitted that a *ratio* for the existence of the rule may well be that the *state* not only positively punishes private action detrimental to the common weal by means of its criminal law, but also abstains (and in this particular instance through its judicial organ) from attaching its sanction to such private action.

Since the said rule protects *society against individual action* (in contrast to a "bill of rights" which serves to shield individual interests from arbitrary state action), a "bargain against public policy"-premiss would possibly have been a more logical approach to the problems concerning American discriminatory restrictive covenants. By following such an approach the US courts will, however, not be able to ignore the prohibition against discrimination contained in the *Fourteenth Amendment*; the "bill of rights" (although it is meant to protect the individual against the state) is *par excellence* the document in which an authoritative exposition of the demarcation lines between individual interests and those of society can be found. This approach seems to be in line with the view, espoused in the Federal German Republic by certain constitutional lawyers, that the adit of the rights guaranteed in the *Grundrechtskatalog*, into the field of Private Law, is by means of the undefined legal terms, such as *public policy*, *good morals*, etc. □

*The ultimate explanation of the binding force of all law is that man, whether he is a single individual or whether he is associated with other men in a state, is constrained, in so far as he is a reasonable being, to believe that order and not chaos is the governing principle of the world in which he has to live.*

J. L. BRIERLY  
*The Law of Nations*

# Simposium: Strafproseshervorming

(Slot)\*

## FUNDAMENTELE ASPEKTE VAN DIE STRAFPROSES VOOR VERHOOR EN DIE „NUWE DRASTIESE PROSES”; KLAGSTATE

### Referate

VAN ROOYEN:

#### 1. Inleidend

Met hierdie referaat is dit eerstens my oogmerk om aan te dui watter beginsels en oorwegings fundamenteel is in ons stelsel van strafproses vóór verhoor; mnr J. J. Joubert sal hierna die een en ander praktiese implikasie van hierdie beginsels uitwerk; tweedens wil ek wys op aspekte van ons huidige voor-verhoorprosedure wat na my beskeie mening verbetering verg.

Die strafproses voor verhoor vorm dikwels die brandpunt van botsende belange. Aan die een kant is die individu (die verdagte) met sy verskillende persoonlikheidsregte, waarvan die reg op fisiese integriteit en die reg op privaatheid vir ons doeleindes die belangrikste is. Eersgenoemde sluit o.a. persoonlikheidsregte ten aansien van die liggaamlike integriteit en die liggaamlike vryheid (bewegings- en handelingsvryheid) in, en hierdie regte kan geskend word deur fisiese aantasting, arres en aanhouding. Die reg op privaatheid sluit o.a. regte ten aansien van huislike privaatheid en briefgeheime in, en hierdie regte kan geskend word deur onregmatige visentering en ondervraging. Aan die ander kant is die gemeenskap in sy georganiseerde vorm met sy belang in „wet en orde,” d.w.s. die voorkoming van misdaad en die opsporing en vervolging van misdadigers. Om hierdie verskillende belange wat dikwels lynreg teenoor mekaar staan, met mekaar te probeer versoen, is die moeilike taak van die strafprosesreg voor verhoor.

Die dilemma waarvoor daar te staan gekom word, word goed deur professor Strauss uitgedruk (1967 *THRHR* 191, 192):

„In 'n hoë mate gaan [die strafproses] om die wrywingsgebied tussen staat en onderdaan, waarby enersyds die grondregte van die individu - ook dié

---

\*Sien ook 1970 *SALJ* 410, *CILSA* 360 en 1970 *THRHR* 327.

sonder anti-sosiale neigings - opgeweeg, gemeet en gepas word teen die dure lig van die staat om 'n ordelike bestaan vir sy onderdane te verseker."

## 2. 'n Belange-afweging en die beskerming van verdagtes

(a) Dit spreek vanself dat geen regte, vryhede of bevoegdhede absoluut kan wees nie. Aan die een kant word die persoonlikheidsregte van verdagte persone dan ook ingeperk deur daardie regsreëls wat die polisie se bevoegdheid omskryf. So bv. kan 'n onskuldige persoon hom nie bekla as hy sonder lasbrief in hegtenis geneem word omdat 'n polisieman *redelike gronde* het om te vermoed dat hy 'n moord gepleeg het nie - al blyk dit later dat die polisieman se vermoede verkeerd was (vgl. artikel 22 (1) (b)). Aan die ander kant sal dit onregmatig wees indien 'n polisieman op *blote suspisie* (d.w.s. sonder objektiewe redelike gronde) 'n vermeende moordenaar in hegtenis neem, selfs al blyk dit uiteindelik dat die suspisie korrek was en die gearresterde inderdaad die moordenaar was.

Dit blyk dus dat die bevoegdhede van die polisie sowel as die regte van 'n verdagte individu aan sekere beperkings onderworpe is: soms moet onskuldige individue se regte wyk voor die gemeenskapsbelang, nes individuele regte (insluitende misdadigers se regte) in ander gevalle weer voorrang geniet bo die gemeenskapsbelang in reg en orde. Dit verklaar waarom 'n onskuldige soms regmatig in hegtenis geneem kan word en omgekeerd waarom die inhegtenisneming van 'n skuldige soms onregmatig sal wees.

Dit is my ernstige submissie dat misdaadvervolging en -bekamping *nie die hoogste waarde in ons samelewing is nie*. Indien dit wel sóú wees, sou die reg geen perke hoegenaamd aan polisiebevoegdhede gestel het nie - en dan sou daar heel waarskynlik 'n toestand heers van maksimum kontrole en gesag, en minimum misdaad, aangesien die doeltreffendheid van afskrikking ten nouste saamhang met die sekerheid van opsporing, vervolging en straf; maar ons sou dan 'n gesagstaat hê wat onversoenbaar is met die ideale van die Westerse beskawing en die premie wat op die vryheid van die individu, die beskerming van die reg op privaatheid en die persoonlikheidsregte in die algemeen geplaas word. Ter beskerming van laasgenoemde waardes moet ons dus bereid wees om in 'n mate te duld dat alle misdaad nie aan die man gebring kan word nie.

'n Verdere illustrasie van hierdie balansering van waardes wat in die *Strafproseswet* gevind word is die volgende: ingevolge a. 43 (visentering sonder 'n lasbrief) sal 'n polisieman wat 'n *blote suspisie* het dat die vertraging veroorsaak deur die verkryging van 'n visenteringslasbrief die doel van die visentering sal verydel, nie sonder lasbrief mag visenteer nie: vermoede op *redelike gronde* word vereis. Wanneer 'n pligsgetroue en regsgehoorsame polisieman dus weet dat hy, objektief gesproke, geen redelike gronde het om op te tree nie, maar darem tog



'n subjektiewe suspisie of aanvoeling het, inhibeer hy sy entoesiasme en gaan kry hy 'n lasbrief. Intussen verdwyn die verdagte met al die getuienis! Hierdie moontlike resultaat is 'n berekende risiko wat ons moet loop indien ons soveel waarde heg aan die reg op privaatheid dat ons nie onself wil oorlewer aan die blote suspisies van vredesbeamptes nie. „If the criminal goes free in order to serve a larger and more important end, then social justice is done, even if individual justice is not” - Goldstein *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure* 69 (1960) *Yale Law Journal* 1149.

*Absolute handhawing* van reg en orde word dus in 'n Westerse demokratiese gemeenskap verwerp:

“Thus, it is to the public good that the police should be strong and effective in preserving law and order and preventing crime; but it is equally to the public good that *police power should be controlled and confined so as not to interfere arbitrarily with personal freedom*” (my kursivering) - *Royal Commission on the Police* Cmnd 1728 (London: Her Majesty's Stationary Office 1962) bl. 9.

Die gevolgtrekking is geregverdig dat die bestaan van prosessuele waarborge in die proses vóór verhoor nie noodwendig neerkom op 'n „sagte houding teenoor misdadigers” nie: *vir sover dit die reg betref, is verdagtes steeds „onskuldig”* - en dit is ook goed so, want elke burger kan 'n potensiële verdagte wees, en niemand sal daarvan hou om skuldig geag te word voordat hy *deur 'n hof* verhoor en skuldig bevind is nie! Meer nog: om elke individu as mens met agting te behandel, behoort 'n *fundamentele beginsel* in die strafproses te wees en nie slegs 'n maatreël wat op pragmatiese oorwegings - bv. die risiko dat 'n verdagte later mag blyk onskuldig te wees - gebaseer is nie.

### 3. *Prosessuele regte van die verdagte*

Die volgende regte van en beskermingsmaatreëls vir die verdagte in die strafproses voor verhoor is belangrik vir doeleindes van hierdie bespreking:

(a) *Judisiële toesig* oor polisiehandelinge. Vgl. die volgende bepalings t.o.v. inhegtenisneming sonder lasbrief (a. 27 (1)): Die aangehoudene mag nie langer as 48 uur aangehou word sonder dat 'n lasbrief vir sy verdere aanhouding ingevolge a. 28 (1) en (3) verkry is nie. Hier is dus 'n vroeë geleentheid vir judisiële kontrole oor die uitvoerende gesag: as die landdros meen dat die aangehoudene wederregtelik aangehou word en daar geen aanklag teen hom ingebring word nie, sal hy weier om 'n lasbrief vir sy verdere aanhouding uit te reik en dan moet hy vrygelaat word. Die aangehoudene self moet „so spoedig moontlik” voor 'n regterlike beampte op aanklag van 'n misdaad gebring word (a. 27 (1) en 29 (3)), waar sy saak uitgestel kan word en hy op borgtog vrygelaat kan word; dit kan ook vóór die verloop van die 48-uur-tydperk hierbo geskied (a. 27 (2), 160, 95 (1)).



Judisiële kontrole oor inhegtenisneming *met* lasbrief vind op nog 'n vroeër stadium van die proses plaas - vgl. a. 28.

(b) *Inlig van die verdagte* aangaande die klag teen hom (deur middel van die lasbrief, of mondelings waar daar geen lasbrief is nie - a. 29 (2) en 26). Benewens dat hierdie 'n fundamentele vereiste van billikheid en regverdigheid is, help dit om te verhoed dat die „redelike gronde” waarop die inhegtenisneming gebaseer moet wees *ex post facto* gefabriseer word.

(c) *Gespesifiseerde plek van aanhouding* - a. 27 (1) en 29 (3). Hierdie bepalings, tesame met dié vermeld onder punt (a) hierbo, verhoed dat 'n verdagte op 'n ontoeganklike plek aangehou word en stel sy familie, vriende en raadsman in staat om hom op te spoor en by te staan.

(d) *Bystand deur 'n raadsman en vriende*. Hierdie reg is van buitengewone belang aangesien die effektiewe uitoefening van ander regte en die gebruikmaking van verskeie remedies soos die interdik, *habeas corpus*, siviele aksie vir skadevergoeding en borgtog daarvan kan afhang. Tereg kan hierdie reg „an accused's most pervasive right” genoem word. Let in hierdie verband noukeurig op die bepalings van a. 84 (en vgl. a. 158).

Die reg op bystand deur 'n raadsman is gemeenregtelik en selfs iemand teen wie 'n formele klag nog nie ingebring is nie, kan hierdie reg opeis. Die reg is onmiddellik na inhegtenisneming opeisbaar. Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 103 verklaar soos volg:

„Dit is een van die vernaamste regte van 'n beskuldigde dat hy toegang tot regsadvies moet hê. Daarom moet hy op so 'n plek aangehou word dat dié reg nie veredyd word nie . . . Omdat die artikel (d.w.s. artikel 84) die woord ‚beskuldigde’ gebruik, word daar soms aangevoer dat iemand teen wie daar nog nie 'n formele aanklag ingebring is nie, nie regsadvies kan opeis nie. Dit is 'n wanbegrip. 'n *Aangehoudene het te alle tye die reg om te eis dat sy regsadviseur hom besoek. Dit is een van die fundamentele vryhede van die onderdaan*” (my kursivering).

Die fundamentele aard van die reg is sterk gestel in *Li Kui Yu v. Superintendent of Labourers* 1906 TS 181 op 188:

„Ek dink dit is heeltemal duidelik dat die enigste manier om te voorkom dat daar *onwettig van iemand ontslae geraak word of dat iemand onwettig behandel word*, is om in die volste mate die reg te handhaaf van iedereen om enige van sy vriende wat wil, na hom toe te laat kom . . . ek dink dat om toegang van vriende na iemand af te sny, 'n hoogs ernstige inbreuk is op die vryheid van enige onderdaan” (vertaling deur Hiemstra 1970-*Byvoegsel tot Suid-Afrikaanse Strafproses* 8).

Die hof het voorts gesê dat dit nog veel ernstiger is om toegang vir 'n prokureur te verhinder. (Sien ook Wides *An Arrested Person's Right of Access to His Lawyer - A Necessary Restatement of the Law* 1964 *SALJ* 513).

Indien 'n verdagte hoegenaamd regte het, is toegang tot 'n raadsman fundamenteel om ook die ander regte te beskerm en te handhaaf. Om toe te laat dat 'n verdagte deur onkunde of bevangenskap afstand doen van sy regte, kom prakties daarop neer om hom sy regte te ontsê.

(e) *Objektiewe redelikheid van owerheidsopptrede* word gepostuleer deur die vereiste van „redelike gronde” in a. 22 (*R v. Van Heerden* 1958 (3) SA 150 (T)), 23, 25, 28, 42, 43 en 44. (Vgl. die bespreking onder punt 2 hierbo.)

#### 4. *Die legaliteitsbeginsel in die strafproses voor verhoor*

Hierbo is daarop gewys dat verdagtes sekere regte geniet en dat owerheidsbevoegdhedes aan sekere beperkings onderworpe is in die strafproses voor verhoor. Dit behoeft geen betoog nie dat die gemeenskap 'n groot belang daarby het dat die polisie regmatig sal optree en dat daar doeltreffende kontrole oor die aktiwiteite van die uitvoerende gesag in die strafproses uitgeoefen sal word. Hierdie beginsel kan die *legaliteitsbeginsel in die strafproses* genoem word: handeling en optredes van die administrasie moet in die strafproses aan die algemene voorskrifte van die reg, hetsy geskrewe of ongeskrewe, voldoen (vgl. Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 1967 THRHR 309, 313).

In enige gemeenskap word individuele regte en belange gehandhaaf en beskerm en regmatige owerheidsopptrede aangemoedig deur 'n kontinuum van sanksies wat strek vanaf die informele sosiale sanksies tot die formele juridiese sanksies. Die volgende is min of meer bekend: 'n siviele skadevergoedingsaksie, bv. op grond van onregmatige arres, onregmatige aanhouding, liggaamlike besering, ens. (vgl. a. 41 en 45 en sien ook a. 31 en 32); strafregtelike sanksies, bv. op grond van aanranding en *crimen iniuria* (vgl. ook a. 45); die interdik; die *habeas corpus*-prosedure; reëls van die bewysreg (vgl. a. 244 en die sg. regtersreëls); regterlike kritiek op polisieoptrede; koerantberiggewing en redaksionele kommentaar; interne dissiplineringsmaatreëls van die polisie; selfs openbare protes.

In die moderne regstaat is die formele juridiese sanksies van groot belang vir die handhawing van die legaliteitsbeginsel. Dis is vandag

„'n aanvaarde beginsel dat die administrasie se aktiwiteite deur regterlike instansies gekontroleer moet word ten einde 'n maksimum regsnaewing en beskerming van die individu se vryhede en regte te verseker” - Wiechers *op. cit.* 320.

In die Westerse demokrasie is daar 'n

„general assumption that a degree of scrutiny and control must be exercised with respect to the activities of law enforcement officers, that the security and privacy of the individual may not be invaded at will. It is possible to imagine

a society in which even lip service is not paid to this assumption. Nazi Germany approached but never quite reached this position. But no one in our society would maintain that any individual may be taken into custody at any time and held without any limitation of time during the process of investigating his possible commission of crimes, or would argue that there should be no form of redress for violation of at least some standards for official investigative conduct" - Packer *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford: Stanford University Press 1968) 156.

Die belang van die howe vir die beskerming van legaliteit kan soos volg uitgedruk word:

„In the countries to which the term police state is applied approbiously, police power is controlled by the government; but they are so called not because the police are nationally organized, but because . . . the *citizen cannot rely on the courts to protect him. Thus in such countries the foundations upon which liberty rests do not exist*" (my kursivering) - *Royal Commission on the Police* 45.

Inderdaad is die howe die uiteindelijke bewaker van die legaliteitsbeginsel, en is *toegang tot 'n onafhanklike regbank* die hoogste waarborg vir die vryheid van die individu.

## 5. Nood en legaliteit

In uitsonderlike gevalle van nood mag dit tydelik noodsaaklik word om in belang van die veiligheid van die Staat die bestaande reëls van die strafproses te wysig sodat die regte van individue grootliks ingeperk word en die uitvoerende gesag meer bevoegdhede verkry. Ingevolge die *Wet op Openbare Veiligheid*, 3 van 1953, mag noodregulasies dan ook afgekondig word wat magte van summere inhegtenisneming en aanhouding aan die polisie gee.

Dit is ook denkbaar dat die *habeas corpus*-bevelskrif - een van die belangrike regsmiddels ter handhawing van die legaliteitsbeginsel - tydelik opgehef word in so 'n noodtoestand. Dan ontstaan 'n situasie

„where order is well maintained, but where the policy and practice of legality is not evident . . . Such a situation is probably best illustrated by martial rule, where military authority may claim and exercise the power of . . . detention without warrant. If, in addition, the writ of habeas corpus, the right to inquire into these acts, is suspended, as it typically is under martial rule, the executive can exercise arbitrary powers. Such a system of social control is efficient, but does not conform to generally held notions about the 'rule of law' " - Skolnick *Justice without Trial* (New York: John Wiley & Sons 1967) 95.

Op grond van sy beoordeling van bedreiging van die staatsgesag en die openbare orde in die Republiek, het die wetgewer by wyse van wysigings en toevoegings tot die Strafproseswet gedurende die jongste dekade egter 'n *permanente* „nuwe drastiese proses" (die benaming is dié van Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 321) geskep wat, met eerbied, afbreuk doen aan die beginsel van legaliteit in die strafproses vóór verhoor. Deur sy optrede het die wetgewer die uitsonderlike en die drastiese tot die gewone verhef. Die meeste van die beginsels onder

afdelings 1-4 hierbo word vernietig en 'n mosie van wantroue word in effek, indien nie uitdruklik nie, in ons howe gestel.

Ek gaan vervolgens oor tot 'n bespreking van 'n paar van hierdie drastiese maatreëls.

#### 6. Die „nuwe drastiese proses”

Drie wetsartikels wat myns insiens ernstig afwyk van gesonde regsbeleid is die volgende: a. 180*bis* en 215*bis* van die *Strafproseswet*, 56 van 1955, en a. 6 van die *Wet op Terrorisme*, 83 van 1967.

##### (a) A. 108 bis *Wet 56 van 1955*

Die artikel lui tans soos volg:

„(1) Wanneer iemand in hegtenis geneem is op 'n aanklag dat hy in Deel II*bis* van die Tweede Bylae bedoelde misdryf gepleeg het, kan die prokureur-generaal, indien hy dit in belang van die regspleging of die veiligheid van die publiek of die handhawing van die openbare orde nodig ag, 'n bevel uitreik dat so iemand nie voordat vonnis gevel of hy ontslaan word, op borgtog of andersins vrygelaat mag word nie.

(1A) Indien geen getuienis teen 'n in subartikel (1) bedoelde persoon by 'n voorlopige ondersoek of verhoor binne 'n tydperk van negentig dae na sy inhegtenisneming aangevoer is nie, kan hy te eniger tyd na verstryking van die tydperk na skriftelike kennisgewing aan die prokureur-generaal by 'n regter of 'n hof of 'n magistraat binne wie se regsgebied hy aangehou word, aansoek doen om op borgtog vrygelaat te word.

(1B) Die regter, hof of magistraat by wie die aansoek gedoen word, kan na goeddukke gelas dat die applikant op borgtog vrygelaat word op die bedinge en voorwaardes wat hy gelas, of hy kan die aansoek van die hand wys of andersins daarmee handel soos hy goedvind.

(2) (a) Ondanks die bepalings van hierdie Wet of 'n ander wet, maar behoudens die bepalings van sub-artikel (3), word niemand in stryd met die bepalings van 'n bevel kragtens sub-artikel (1) uitgereik, op borgtog of andersins vrygelaat nie.

(2) (b) Wanneer iemand wat weens 'n in subartikel (1) bedoelde misdryf in hegtenis geneem is, aansoek doen om op borgtog of andersins vrygelaat te word en die staatsaanklaer die regter, hof of magistraat by wie die aansoek gedoen word, meedeel dat die aangeleentheid na die betrokke prokureur-generaal met die oog op die uitreiking van 'n bevel ingevolge subartikel (1) verwys is, word so iemand, in afwagting van die beslissing van die prokureur-generaal, nie op borgtog of andersins vrygelaat nie: Met dien verstande dat, indien geen sodanige bevel binne die tydperk van veertien dae wat onmiddellik volg op die datum waarop bedoelde regter, hof of magistraat aldus meegedeel word, uitgereik word nie, so iemand weer aansoek kan doen om op borgtog of andersins vrygelaat te word en, behoudens die bepalings van enige wê, vrygelaat kan word.

(3) Die prokureur-generaal kan te eniger tyd voor die verstryking van 'n bevel kragtens sub-artikel (1) uitgereik, die bevel intrek.

(4) 'n Telegrafiese afskrif wat 'n afskrif van 'n telegrafies versende bevel kragtens sub-artikel (1) heet te wees, is vir alle doeleindes prima facie bewys van die feite wat in die afskrif uiteengesit word.”



Die instelling van borgtog poog om inbreuk op die persoonlike vryheid van 'n individu tot 'n minimum te beperk. Om 'n verhoor-afwagende beskuldigde wat tòg vir sy verhoor sal opdaag, op te sluit, is 'n ernstige inbreukmaking op persoonlike vryheid. Aan die ander kant moet hy nie die loop van die gereg kan vrydel deur te ontsnap of deur met getuies te peuter nie. Borgtog probeer om hierdie oorwegings met mekaar te versoen deur vryheid onder sekere voorwaardes en onder finansiële kontrole daar te stel. Die verlening al dan nie van borgtog is tradisioneel 'n *judisiële funksie*. Fundamentele reëls van regverdigheid behoort toegepas te word en 'n beskuldigde behoort ook aangehoor te word.

Dit kan vir 'n beskuldigde van die uiterste belang wees om op vrye voet te verkeer, sodat hy bv. homself kan voorberei vir sy verdediging, geld kan verdien om sy familie te onderhou en sy regs-koste te dek, getuies kan opspoor, ens. In die oë van die reg is hy, hoewel verdag, steeds nie skuldig nie.

In die lig van hierdie oorwegings is a. 108*bis* soos hy tans daar uitsien, onaanvaarbaar. In *S v. Hartman, S v. Jacobs*, 1968 (1) SA 278 (T), is beslis dat die magte van die prokureur-generaal om borgtog te weier, beperk is tot misdade wat in verband gebring kan word met ondermynende bedrywighede. Hierop is die betrokke artikel egter in 1968 gewysig deur by „veiligheid van die publiek” en „handhawing van die openbare orde” ook die woorde „die regspleging” te voeg. Volgens Hiemstra vernietig dit die uitspraak in *Hartman & Jacobs*:

„Deur toevoeging van die woord „regspleging” het die goeiddunke van die prokureur-generaal prakties gesproke *absoluut* geword ten opsigte van die misdade genoem in Deel II *bis* van die Tweede Bylae. *Dit is inkorting van die magte van die hove ook buite die veld van ondermynende bedrywighede*” (my kursivering) - Hiemstra 1970-*Byvoegsel tot Suid-Afrikaanse Strafproses* 14.

'n Mate van beskerming vir die individu is vervat in subartikel (1A). In die praktyk mag hierdie bepaling egter van min waarde wees indien 'n aangehoudene onkundig m.b.t. sy regte is, of ongeletterd. Die een of ander outomaties-werkende veiligheidsklep sou verkiesliker wees.

Hoe dit ookal sy, die prinsipiële beswaar teen a. 180*bis* is die uit-skakeling van judisiële kontrole en die vestiging van 'n absolute diskresie in die uitvoerende gesag (subartikels (1) en (2) (a)), met die daarmee gepaardgaande moontlikhede van misbruik en benadeling.

In die lig van bostaande, en aangesien spoed en die uit-skakeling van omslagtige prosedures nie die enigste waardes in 'n strafproses-stelsel is nie, en aangesien daar, gedagtig aan die moontlikheid van 'n *in camera*-prosedure, geen rede is waarom 'n prokureur-generaal nie voor 'n hof redes kan aanvoer waarom borgtog geweier moet word nie, *versoek ek die Kommissie met eerbied om aan te beveel dat a. 108 bis só gewysig*



word dat dit voldoen aan die vereistes van die legaliteitsbeginsel t.o.v. judisiële toesig en beheer. 'n Versoek wat hieruit voortvloei is dat a. 5 (f) van die Wet op Terrorisme, 83 van 1967, geskrap word.

(b) Art. 215bis wet 56 van 1955

Die artikel lui tans soos volg:

„(1) Wanneer na die oordeel van die prokureur-generaal daar gevaar bestaan dat daar met 'n persoon wat waarkynlik vir die Staat getuienis van wesentlike belang in 'n strafszaak ten opsigte van 'n in Deel II*bis* van die Tweede Bylae bedoelde misdryf kan aflê, gepeuter sal word of dat so 'n persoon geïntimideer sal word of sal vlug, of wanneer hy dit in die belang van so 'n persoon of van die regspleging ag, kan hy 'n lasbrief vir die inhegtenisneming en aanhouding van bedoelde persoon uitreik.

(2) Ondanks die bepaling van sub-artikel (3) van artikel nege-en-twintig, word 'n persoon wat uit hoofde van 'n lasbrief ingevolge sub-artikel (1) van hierdie artikel in hegtenis geneem word, so spoedig moontlik na die in die lasbrief vermelde plek geneem en aldaar of op enige ander plek wat die prokureur-generaal van tyd tot tyd bepaal, in hegtenis gehou ooreenkomstig regulasies wat die Minister hierby gemagtig word om uit te vaardig.

(3) Tensy die prokureur-generaal gelas dat 'n ingevolge sub-artikel (1) aangehoudene eerder vrygelaat word, word hy aangehou vir die tydperk wat verstryk op die dag waarop die verhoor van die betrokke strafszaak afgehandel word of vir 'n tydperk van ses maande na sy inhegtenisneming, watter tydperk ook al die kortste is.

(4) Niemand, behalwe 'n beampte in diens van die Staat wat by die verrigting van sy ampspligte optree, het tot 'n ingevolge sub-artikel (1) aangehoudene toegang nie behalwe met toestemming van en op die voorwaardes bepaal deur die prokureur-generaal of 'n beampte in diens van die Staat deur hom daartoe gedelegeer.

(5) 'n Ingevolge sub-artikel (1) aangehoudene moet minstens een keer per week deur die magistraat of 'n addisionele of assistent-magistraat van die distrik waarin hy aangehou word, in afsondering besoek word.

(6) By die toepassing van artikel tweehonderd-en-agtien word 'n ingevolge sub-artikel (1) aangehoudene geag die betrokke strafszaak as getuie vir die Staat by te gewoon het gedurende die hele tydperk van sy aanhouding.

(7) Geen hof is bevoeg om die vrylating uit hegtenis van 'n ingevolge sub-artikel (1) aangehoudene te beveel of uitspraak te doen oor die geldigheid van 'n kragtens sub-artikel (2) uitgevaardigde regulasie of die weiering van die ingevolge sub-artikel (4) vereiste toestemming of 'n in sub-artikel (4) bedoelde voorwaarde nie.”

Hierdie artikel beoog die preventiewe aanhouding van materiële getuies onder sekere omstandighede. Daar is egter niks wat verhoed dat enige persoon (dus ook verdagtes en toekomstige beskuldigdes) aangehou word nie, aangesien die uitvoerende gesag se diskresie absoluut is en judisiële toesig uitgeskakel is - *Singh v. Attorney General, Transvaal, and Another* 1967 (2) SA 1 (T).

Eienskappe van art. 215*bis* wat besonder vatbaar is vir kritiek in die lig van die bespreking onder afdelings 1-4 hierbo, is die volgende:

- (i) *Aanhoudings op enige plek* - subartikel (2) (sien afdeling 3 (c) hierbo).
- (ii) *Incommunicado aanhouding* - subartikel (4) (sien afdeling 3 (d) hierbo).
- (iii) *Geen inligting word verstrekk aangaande die klag nie* indien die aangehoudene inderdaad nie 'n getuie nie maar 'n beskuldigde is (sien afdeling 3 (b) hierbo).
- (iv) *Die uitskakeling van toegang tot 'n hof* - subartikel (7) (sien afdeling 4 hierbo).

Die alternatief vir hierdie drastiese maatreëls t.o.v. die aanhouding van getuies is nie geen maatreël nie, maar wel 'n maatreël wat in ooreenstemming is met gesonde beginsels in die strafproses en met judisiële beheer. 'n Voorbeeld van so 'n maatreël kan gevind word in die ontwerp-strafproseswet van New York (1967). Hierdie maatreël handel eintlik oor *borgstelling* vir materiële getuies, maar kan maklik verwerk word om *aanhouding* van sekere getuies te reël. (Hierdie maatreël word as bylaag aan die Kommissie beskikbaar gestel).

In die lig van bostaande oorwegings, *versoek ek die Kommissie met eerbied om aan te beveel dat art. 215 bis so gewysig word dat dit voldoen aan die vereistes van die legaliteitsbeginsel t.o.v. judisiële toesig.*

(c) *Artikel 6 wet 83 van 1967*

Die artikel lui soos volg:

„(1) Ondanks andersluidende wetsbepalings, kan 'n offisier . . . met of bo die rang van luitenant-kolonel, indien hy rede het om te vermoed dat 'n persoon wat hom op enige plek in die Republiek bevind, 'n terroris is of inligting met betrekking tot terroriste of tot misdrywe ingevolge hierdie Wet van die Suid-Afrikaanse Polisie weerhou, bedoelde persoon sonder lasbrief in hegtenis neem of laat neem en by die plek in die Republiek en op die voorwaardes wat die Kommissaris, behoudens die voorskrifte van die Minister, van tyd tot tyd bepaal, vir ondervraging aanhou of laat aanhou, totdat die Kommissaris sy vrylating beveel wanneer hy oortuig is dat die aangehoudene alle vrae by die ondervraging bevredigend beantwoord het of dat dit nutteloos sal wees om hom langer aan te hou, of totdat die aangehoudene se vrylating kragtens subartikel (4) beveel word.

(2) Die Kommissaris moet, so spoedig moontlik na inhegtenisneming van 'n aangehoudene, sy naam en die plek waar hy aangehou word aan die Minister meedeel en moet eenkeer per maand aan die Minister die redes verstrekk waarom 'n aangehoudene nie vrygelaat moet word nie.

(3) 'n Aangehoudene kan te eniger tyd aan die Minister skriftelike vertoë met betrekking tot sy aanhouding of vrylating rig.

(4) Die Minister kan te eniger tyd die vrylating van 'n aangehoudene beveel.

(5) Geen geregshof is bevoeg om uitspraak te doen oor die geldigheid van enige optrede ingevolge hierdie artikel, of om die vrylating van 'n aangehoudene te beveel nie.

(6) Geen persoon, behalwe die Minister of 'n beampte in diens van die Staat wat by die verrigting van sy ampspligte optree, het toegang tot 'n aangehoudene, of is op enige amptelike inligting met betrekking tot of verkry van 'n aangehoudene, geregtig nie.

(7) Indien omstandighede dit toelaat, moet 'n aangehoudene minstens een keer elke veertien dae deur 'n landdros in afsondering besoek word."

Hierdie artikel beoog die aanhouding van terroriste en sekere ander persone vir ondervraging. Daar is egter niks wat verhoed dat *enige* persoon aangehou word nie, aangesien die uitvoerende gesag se diskresie absoluut is en judisiële toesig uitgeskakel is.

Eienskappe van a. 6 wat besonder vatbaar is vir kritiek in die lig van die bespreking onder afdelings 1-4 hierbo, is die volgende:

- (i) *Aanhouding op enige plek* - subartikel (1) (sien afdeling 3 (c) hierbo).
- (ii) *Incommunicado aanhouding* - subartikel (6) (sien afdeling 3 (d) hierbo). Anders as in die geval van a. 215*bis* van die *Strafproseswet* is besoek deur 'n landdros hier nie verpligtend nie - subartikel (7).
- (iii) *Streng geheimhouding* - subartikel (6). Vgl. *S v. Ndou* 1970 (2) SA 15 (T).
- (iv) *Geen beperking op die tydsduur* van die aanhouding nie - subartikel (1).
- (v) *Geen vereiste van redelikheid* - subartikel (1) (sien afdeling 3 (e) hierbo). Die toetssteen vir optrede is nie verdenking op objektiewe „redelike gronde” van die pleging van 'n misdad nie, maar *enige* „rede” om te vermoed dat iemand 'n „terroris” is. (Die woordomskrywing van „terroris” in a. 1 van die wet is besonder wyd.)
- (vi) *Die uitskakeling van toegang tot 'n hof* - subartikel (5); judisiële toesig word vervang deur ministeriële toesig - subartikels (2) tot (5) (sien afdeling 4 hierbo). Wanneer Hiemstra, 1970-*Byvoegsel* 125, verklaar: „'n Terroris het gevolglik geen toegang tot 'n regter of tot 'n hof nie,” is dit nie die volle waarheid nie: *geen* aangehoudene het toegang tot 'n hof nie, selfs al word hy geheel-en-al wederegtelik en met kwaaië trou aangehou - subartikel (5). Die moontlikhede vir misbruik is ooglopend.

Uit die bespreking hierbo oor die legaliteitsbeginsel blyk duidelik dat die verlening van magte wat in 'n regsrye gebied uitgeoefen mag word (deur bv. die uitsluiting van judisiële toesig) maklik regsgebondenheid in die hand mag werk (vgl. Wiechers *op. cit.* 316-317). Subartikel (5) skep so 'n regsrye gebied. Wanneer totale geheimhouding ook nog vereis word (soos subartikel (6) doen) word die toedrag van sake inderdaad onhoudbaar. Wat ook onthou moet word; is dat geen objektiewe riglyne vir optrede ingevolge hierdie artikel bepaal word nie - vgl. punt (v) hierbo. Soos Wiechers dit stel:

„Dit spreek vanself dat indien daar geen of weinig regsreëls met betrekking tot administratiewe optrede bestaan, dié optrede in 'n hoë mate buite enige regsreëling sal val. *Die praktiese gevolg is dat die administrasie sy magte op 'n volkome willekeurige, ongebonde wyse sal kan uitoeven*” - Wiechers *op. cit.* 313.

'n Voorbeeld van verregaande owerheidsoptrede is geboekstaaf in *S v. Weinberg* 1966 (4) SA 660 (A), 667 ('n geval van aanhouding ingevolge a. 215*bis*). In dié geval het die hoofregter so ver gegaan om die stukke na die prokureur-generaal te verwys vir optrede na aanleiding van mev. Weinberg se onbetwiste getuienis dat sy onafgebroke vir 3 dae en nagte deur 'n wisselende span van ses ondervraers ondervra is en dat sy op die laaste dag geen voedsel ontvang het nie. (Geen vervolging is egter ingestel nie.)

In die lig van hierdie oorwegings *versoek ek die Kommissie met eerbied om aan te beveel dat a. 6 van wet 83 van 1967 so gewysig word dat dit voldoen aan die vereistes van die legaliteitsbeginsel t.o.v. judisiële toesig.* (A. 29 van die *Algemene Regswysigingswet*, 62 van 1966 (aanhouding van terroriste en sekere ander persone vir ondervraging) en a. 17 van die *Algemene Regswysigingswet*, 37 van 1963 (aanhouding van sekere persone vir ondervraging) behoort in die lig van die voorgaande uitdruklik herroep te word.)

### 7. Slotoorwegings

Dat Suid-Afrika in 'n krisistyd staan word nie ontken nie. Daar word geworstel met die uiters moeilike probleem van terrorisme - wat inderwaarheid niks anders is as (buitelandse) aggressie deur middel van gemeenregtelike misdade nie. Dit is die dure plig van die staat om sy eie voortbestaan en die veiligheid van sy burgers te beskerm.

Die wesenlike van die besware teen die artikels waaroor hierdie memorandum gaan, is dat die indruk geskep word dat staatsveiligheid die *enigste* belang in die strafproses is, en die miskennening van die *beginsel van skeiding van magte*.

Wat die eerste hiervan betref, moet weer eens toegegee word dat staatsveiligheid die hoogste belang - die *suprema lex* - in 'n gemeenskap kan wees. Dit word egter ter oorweging gegee dat ander belange slegs *tydelik* geheel-en-al verontagsaam mag word. *Waar 'n permanente proses neergelê word, móét die onderskeie belange met mekaar versoen word.* Daarom kom my versoeke nie neer op 'n pleidooi vir 'n vakuum nie, maar vir alternatiewe maatreëls wat óók die ander belange - waaronder die legaliteitsbeginsel val - beskerm.

Wat die tweede wesenlike punt betref, is dit my oortuiging dat 'n onafhanklike regbank tussen die staat en die individu moet staan. Daar bestaan geen regverdiging vir die uitskakeling van judisiële kontrole nie. Dit mag waar wees dat die uitvoerende gesag oor meer inligting beskik insake ondermyning en staatsveiligheid, maar daar moet onthou



word dat die regbank óók die staatsbelang dien. 'n Regbank is juis uitmuntend geskik om wyd te kyk en die nodige belange-afweging te doen. Die uitvoerende gesag moet sy inligting aan die regbank - wat van die hoogste integriteit is - voorlê. 'n *In camera*-prosedure is nie onbekend nie.

My versoeke aan die Kommissie is gebaseer op die eerlike en ernstige oortuiging dat

„[A]ny system of law which would protect individuals against the arbitrary use of state force must invent a procedure whereby the legality of imprisonment can be tested” - Paulsen & Kadish *Criminal Law and its Processes* (Boston: Little, Brown & Co., 1962) 766.

Met skeppende vernuf en vindingrykheid kan die doelstellings van die drastiese bepalings bereik word deur minder ingrypende maatreëls. Hier lê dan ook die uitdaging vir Suid-Afrika: om 'n produk te skep waarvoor 'n mens nie skaam hoef te wees nie, maar wat inderdaad 'n uitvoerprodukt kan wees.

Die woorde van professor Herbert Wechsler is besonder toepaslik op die terrein onder bespreking:

„Whatever views one holds about the penal law, no one will question its importance in society. This is the law on which men place their ultimate reliance for protection against all the deepest injuries that human conduct can inflict on individuals and institutions. By the same token, penal law governs the strongest force that we permit official agencies to bring to bear on individuals. Its promise as an instrument of safety is matched only by its power to destroy. If penal law is weak or ineffective, basic human interests are in jeopardy. If it is harsh or arbitrary in its impact, it works a gross injustice on those caught within its toils. *The law that carries such responsibilities should surely be as rational and just as law can be. Nowhere in the entire legal field is more at stake for the community or for the individual*” (my kursivering) - Wechsler *The Challenge of a Model Penal Code* 65 *Harvard Law Review* (1952) 1097, 1098.

J. J. JOUBERT:

Ek wil 'n paar opmerkings maak oor 'n drietal aspekte van inhegtenisneming en klagstate wat, na ek hoop, nie té geïsoleerd sal voorkom nie: in die lig van die feit dat dit gaan oor die *verbetering* van die posisie van die beskuldigde voor en tydens sy verhoor en om die beskerming van bepaalde *regsgoedere* deur die strafprosesreg - en dan is ons midde in die sfeer van enkele van die aangeleenthede wat die voorwerp vorm van die ondersoek van die Kommissie.

Eerstens, artikel 37 van die *Strafproseswet*, 56 van 1955: Strauss, *Nuwe Weë in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg*, verklaar (op bl. 6):

„Die reëls van die Strafprosesreg moet só geformuleer word dat deur die proses regsgoedere opgeoffer word alleen waar dit onontbeerlik is om 'n doeltreffende proses te verseker, en waar ooreenkomstig die regsgevoel van die gemeenskap die regsgoedere in waarde nie buite verhouding staan tot die regsgoedere wat deur die misdadiger aangetas of bedreig is nie.”

Nou bepaal artikel 37 soos volg:



„(1) Wannecr iemand wat ingevolge hierdie Wet gemagtig is om 'n persoon wat 'n in die Eerste Bylae bedoelde misdryf gepleeg het of op redelike gronde van die pleeg daarvan verdink word, in hegtenis te neem of by sy inhegtenis-neming hulp te verleen, 'n poging aanwend om so 'n persoon in hegtenis te neem en daardie persoon vlug of bied weerstand en kan nie op 'n ander wyse in hegtenis geneem en verhinder word om te ontsnap nie as deur die persoon wat aldus vlug of weerstand bied, te dood, word sodanige doodslag regtens geag straffelose manslag te wees.

(2) Geen bepaling van hierdie artikel verleen magtiging vir die doodslag van iemand wat nie van die pleeg van 'n in die Eerste Bylae bedoelde misdryf beskuldig of verdink word nie.”

Enige persoon wat dus bevoeg is om 'n ander in hegtenis te neem kan die ander straffeloos dood, *mits* aan die strenge vereistes van a. 37 voldoen is: 'n eerste bylae-misdaad moes gepleeg gewees het, daar moes 'n *poging* gewees het om te *arresteer*, die oorledene moes probeer ontvlug het of weerstand gebied het, daar moes geen ander manier gewees het waardeur ontsnapping verhinder kon word nie, en so meer. Die *hoofvereiste* hier is dié van 'n eerste bylae-misdaad.

In die eerste bylae word aangetref die misdade moord, hoogverraad, verkragting, roof, strafbare manslag, onsedelike aanranding, ens. - almal ernstige misdade - *en ook* misdrywe waarvoor gevangenisstraf vir 'n langer tydperk as ses maande, sonder die keuse van 'n boete, opgelê kan word.

Laasgenoemde bepaling het aanleiding gegee tot die uitspraak van die Vrystaatse hof in *R v. Denysschen* 1955 (2) SA 81 (O). Die oorledene het op beskuldigde se grond hase gejaag en is deur beskuldigde in hegtenis geneem. Toe hy probeer ontsnap het beskuldigde hom doodgeskiet. Die hof, by monde van R P De Beer, het daarop gewys dat a. 37 (toentertyd a. 44 van die 1917-wet) daarop gemik is om diegene wat ernstige oortredings begaan het in hegtenis te neem, maar met inagneming van a. 39 (destyds a. 46) waarvolgens iemand wat uit „wettige hegtenis” ontsnap met tot twee jaar gevangenisstraf gestraf kan word, het die hof die misdaad deur die oorledene gepleeg onder die eerste bylae tuisgebring. Die regter verklaar dan (bl. 86):

„Nou, hoe onrusbarend die gevolgtrekking deur my gemaak ookal mag wees, na my mening is die bewoording van die twee artikels feitlik vatbaar vir geen ander gevolgtrekking nie; want as 'n persoon in bewaring is, ongeag vir watter misdaad, en hy ontsnap uit daardie bewaring, dan is hy, ooreenkomstig die artikel, skuldig aan 'n meerdere misdaad wat aan die persoon wie beheer oor hom gehad het, sekere regte onder a. 37 verleen.”

In *R v. Metelerkamp* 1959 (4) SA 102 (OK) het die Oos-Kaapse hof met 'n soortgelyke feitestel te doen gehad. RP De Villiers het nadruklik van die pasgenoemde beslissing verskil en verklaar (bl. 13):

„Clearly section 37 does not in express words give the right to shoot a person who is arrested for an offence not falling under the Schedule and there resists

arrest or escapes from arrest. One must then say that that must be read into the section by clear implication. It seems to me that the legislature could never have intended that a policeman or a private person can arrest a person for a trivial offence, such as the failure by a native to carry a pass, and such person then pulls away and runs away, and that such policeman or private person would then have the right to shoot him."

Dus, volgens die vertolking van a. 37 soos in *Denysschen* se saak uitgelê, kan iemand 'n ander op grond van 'n onbenullige misdaad in hegtenis neem en as die oortreder weghardloop en sy ontsnapping nie op 'n ander wyse verhoed kan word nie, hom straffeloos doodskiet uit hoofde daarvan dat hy nou 'n ernstiger misdaad, ontsnapping uit hegtenis, gepleeg het.

Waar RP De Villiers in *Metelerkamp* nie met hierdie uitleg saamgestem het nie, het hy die hoop uitgespreek dat daar teen sy uitspraak in hoër beroep gegaan sou word sodat die Appèlafdeling finale uitsluisel sou kon gee. Dit het ongelukkig nie gebeur nie. Bygevolg is nog nie beslis of die woorde van a. 37 hulle leen tot die uitleg soos in *Denysschen* verwoord nie.

„Indien wel, behoort die wetgewer nou in te gryp en bo enige twyfel te bepaal dat die doodslag van iemand wat aan hegtenis ontkom, geoorloof kan wees slegs wanneer die misdaad waarvoor die inhegtenisneming gedoen is en waaraan hy probeer ontkom, op 'n ernstige aantasting van 'n ander se regsgoed neerkom. *Die primêre oogmerk van die Strafreg is . . . om in die gemeenskap die agting vir die regsgoed te verseker. Hierdie agting word nie bevorder deur onder sekere omstandighede die lewe van 'n ander goedkoop te maak nie*" (Strauss a.w. 13, my kursivering).

Tweedens moet gewys word op die wenslikheid van beperkings op die verlening van bevoegdhede aan die polisie deur a. 44 van die *Strafproseswet*.

Hierdie artikel is in 1955 in die *Strafproseswet* ingevoeg (a. 7 van Wet 29) na aanleiding van die uitspraak van die Witwatersrandse hof in *Wolpe v. Officer Commanding, South African Police, Johannesburg* 1955 (2) SA 87 (W). In sy uitspraak het regter Rumpff daarop gewys dat dit die plig van die polisie is, uit die aard van hulle amp, om die binnelandse veiligheid van die staat en die openbare vrede te bewaar en om misdaad te voorkom. In die wye sin van die woord vind voorkoming van misdade plaas deur die inhegtenisneming van oortreders en deur bewaking. Daar rus egter ook 'n plig op die polisie, ampshalwe, om stappe te doen om die pleeg van 'n misdaad te voorkom indien daar redelike gronde bestaan vir die vermoede dat 'n misdaad gepleeg gaan word. Wanneer die polisie hulle pligte vervul by die voorkoming van misdade mag hulle nie op die regte van die individu inbreuk maak nie (behalwe vir sover dit uitdruklik of by afleiding uit statutêre magtiging blyk) tensy dit nodig is weens die aard en erns van die verwagte misdaad: en dan alleen tot so 'n mate as wat redelik is in die omstandighede. Die geldig-

heid van iedere inbreuk op regte deur die polisie, indien dit nie deur 'n statuut gemagtig word nie, sal afhang van die feite en die hof sal met die grootste sorg die regte van die individu teen willekeurige optrede van die polisie beskerm.

Die regter het ten slotte daarop gewys dat dit wenslik is dat die wetgewer by wetgewing die pligte en regte van die polisie bepaal in verband met die bestryding van wat deur die staat van tyd tot tyd as gevaarlik beskou word.

Direkte gevolg van hierdie uitspraak, soos gesê, was die verordening van a. 44. Die artikel, soos hy nou daar staan, gaan egter moontlik heelwat verder as wat appèlregter Rumpff homself dit graag sou wou voorstel: want die moontlikheid is geskep van betreding onder sekere voorwaardes, deur *enige* polisieman van *enige* perseel te *eniger tyd*, sonder dat hy deur 'n lasbrief daartoe gemagtig word, waar hy op redelike gronde meen dat *enige* misdaad gepleeg is of word, of waarskynlik gepleeg sal word, of dat voorbereidings of reëlings vir die pleging van 'n misdaad getref word of getref sal word op daardie perseel.

Die reg op privaathed van die individu word dus blootgestel aan polisie-optrede gerig op (i) voorkoming van onbenullige of minder-ernstige misdade wat moontlik glad nie gepleeg of selfs beplan word nie of (ii) die verkryging van getuienis of voorwerpe gebruik in verband met sulke minder ernstige misdade.

Die vraag is dus of hierdie bevoegdheids van die polisie nie beperk moet word tot ernstige misdade nie - deur 'n verwysing in die toepaslike gedeelte van a. 44 na bv. die eerste bylae van die *Strafproseswet*. Dan eers sal reg geskied aan die woorde van Anatole France (wat regter Rumpff ook aangehaal het) naamlik: die belange van geregtigheid is heilig, die belange van die oortreder is dubbel heilig maar die belange van die gemeenskap drie maal heilig. Soos a. 44 tans lui, is die middelste gedeelte van hierdie aanhaling bloot 'n vrome wens!

Laastens wil ek verwys na 'n tendens in verband met klagstate wat sorgwekkend is indien dit nog verder voortgesit sou word. Dit is vry algemeen bekend dat talryke strafverhore in die verlede skipbreuk gely het as gevolg van gebrekkige klagstate. Dit is wel waar dat 'n mens jou nie teen starre formalisme moet blindstaar nie, maar geleidelik het die wetgewer dit vir die onagsame aanklaer al hoe makliker gemaak om die gevolge van 'n wankelrig-aanmekaarargetimmerde klagstaat te omseil.

In 1917 reeds het die wetgewer bepaal dat geen skuldigebevinding of vonnis van 'n landdroshof vernietig of verander word op grond van 'n onreëlmatigheid of gebrek in die stukke van die geding of die procedure nie, tensy aan die hof van appèl blyk dat 'n regskenning gevolg

het of dat die beskuldigde daardeur benadeel is. Die bevoegdheids van 'n verhoorhof om 'n gebrekkige klagstaat te wysig, is uitgebrei: 'n Hof van appèl kon egter nie 'n wysiging van 'n klagstaat toestaan waar die klagstaat nie 'n misdad openbaar het nie. Vervolgens is die toets vir wysiging van klagstate deur 'n verhoorhof beperk tot die moontlikheid van benadeling van die beskuldigde, en gevolglik kon 'n klagstaat nou deur 'n verhoorhof gewysig word selfs al het dit geen misdad openbaar nie.

Met die verordening van a. 179*bis* in 1959 het hierdie ontwikkeling sy hoogtepunt bereik. Dit is nou nie eens meer nodig dat 'n gebrekkige klagstaat gewysig moet word nie want die artikel bepaal dat wanneer 'n akte van beskuldiging of aanklag gebrekkig is weens gebrek aan die bewering van enigiets wat 'n wesenlike bestanddeel van die misdad is, word die gebrek by die verhoor herstel deur getuienis wat die aanwesigheid bewys van so iets wat beweer moes word, tensy die gebrek aan dié bewering voor uitspraak onder die aandag van die hof gebring is. (Die staat moet weliswaar nog steeds die elemente van die misdad bewys.).

Regter Kotzé verklaar in *S v. Mayongo* 1968 (1) SA 443 (OK):

„Section 179 *bis* is designed to authorise a conviction on a defective indictment provided the missing averments are supplied by the evidence led at the trial. The section should not be invoked where . . . a charge is framed in an embarrassing fashion. Section 179 *bis* cures an indictment lacking essential averments, not a poorly drawn indictment which leaves the person to whom it is addressed in doubt as to the substantive offence which he is alleged to have contravened.”

Vir my kan 'n „indictment lacking essential averments” juis baie maklik 'n „poorly drawn indictment which leaves the person to whom it is addressed in doubt” wees! En hier lê die wesenlike gevaar. Die aanklag kan só gebrekkig wees dat die beskuldigde nie behoorlik ingelig word omtrent die klag wat hom ten laste gelê word nie, en die snelle en regverdige beregting van strafsake vereis onder meer dat 'n beskuldigde so duidelik moontlik ingelig moet word aangaande die aanklag wat hom ten laste gelê word. Dàn, immers, kan hy hom ordentlik voorberei op wat vir hom te wagte staan.

Strauss, a.w. bl. 17, stel dit soos volg:

„Dit kom as onbillik voor dat die aanklaer wat 'n wesenlik gebrekkige klag geformuleer het, op hierdie wyse voordeel moet trek ten koste van die beskuldigde. Dit sou derhalwe meer regverdig teenoor die beskuldigde wees dat in sulke gevalle waar benadeling geskied, hy hom by wyse van appèl op tersydestelling van sy skuldigbevinding moet kan beroep nieteenstaande die feit dat die getuienis voldoende is om 'n misdad te bewys. *Indien die wetgewer ook hierdie toets van benadeling van die beskuldigde stel, sou dit as bykomstige aansporing vir aanklaers dien om met groter noukeurigheid te werk te gaan by die formulering van klagte*” (my kursivering).



## DIE NEIGING VANAF DIE AKKUSATORE NA DIE INKWISITORE STELSEL

### Referate

*DUGARD*: (Professor Dugard se referaat was 'n verkorte weergawe van sy memorandum wat reeds in die hande van die Kommissie is; dit is gepubliseer in 1970 *SALJ* 410.).

### *MIDDLETON*:

Mr Chairman, my address this afternoon is much along the same lines as that of Professor Dugard, except that I intend to look more at the practical aspects of the matter than at the moral aspects. I won't burden you with the provisions of Judge Hiemstra's proposals again. I would like to mention, though, that the learned judge proposes that we have three alternative forms of procedure available for the attorney-general. The attorney-general would then have the choice either to indict a man summarily before the supreme court, or to hold a preparatory examination as we know it today, or to adopt the inquisitorial pre-trial interrogation procedure.

My first point is that it is not necessary that these should be exclusive alternatives. Of course where one has a preparatory examination there cannot be a "summary" trial after the preparatory examination. But I see no reason why a pre-trial interrogation of the accused as suggested by Judge Hiemstra could not be followed by a summary trial in a normal court. Judge Hiemstra suggests that after the pre-trial interrogation the statements of the state witnesses should be forwarded to the supreme court, and that these statements (if I correctly understand the proposals of the learned judge) should then take the place of the evidence of the state witnesses given at the preparatory examination. With the present preparatory examination procedure, one finds that at the commencement of the trial in a supreme court the bench has been informed of the state case in that it is in possession of the state witnesses' statements. The state too is in possession of the evidence given by the state witnesses. The defence however would under the new system not have access to the evidence of the state witnesses. Now, our entire judicial system rests on the idea that the state on the one side and the defence on the other side appear before a completely impartial third party, namely the bench. At present after a preparatory examination the state, the bench and the defence are equally informed: everybody knows what was said at the preparatory examination. But as soon as the defence is placed at the disadvantage of not knowing what evidence the state is going to advance, I feel that one has brought about a very weighty psychological change. The defence *is* now at a disad-



vantage and it *feels* at a disadvantage. I feel that as far as that part of the Hiemstra proposals goes, it is not acceptable that the bench should be furnished with the statements of the state witnesses. I feel that if the trial in the supreme court after the interrogation of the accused is to proceed without any evidence being led at the interrogation, the state should keep the statements of the state witnesses to itself. The bench should then be in the same position as a magistrate or a judge in the course of a normal summary trial. The defence case is not quite secret any more because the accused has been interrogated, but at least the defence knows what the state knows and the state is not in a better (perhaps only psychologically) position as regards its relationship to the bench.

Secondly, I feel that a big advantage of the preparatory examination in the past has been that the accused, having been informed of the state's case, has had a proper opportunity to prepare himself for his defence. Now if one considers for a moment what the position would be if the trial takes place on circuit, perhaps at a little place somewhere in the platteland, and the accused is not informed of what the state evidence is going to be, especially as regards technical and expert evidence, and the accused is not shown the exhibits, then one must realize that as soon as the state begins producing evidence of an intricate nature, or expert evidence, or books as part of their exhibits, then there are going to be demands by the defence for postponements. Especially when the court is on circuit this is going to cause all sorts of practical problems. So I would suggest that provisions be added to the Hiemstra proposals to the effect that the state, although it does not lead evidence at the judicial interrogation of the accused, must at least disclose all technical evidence that it intends producing at the trial, and display all the exhibits to the accused and/or his legal representative, and that the accused be given access to all documentary exhibits to be adduced at the trial. I don't think this would in any way prejudice the state case, and it can facilitate matters at the subsequent trial.

A further point I would like to make is that Professor Dugard has referred almost to a change-over to the inquisitorial system. But in Judge Hiemstra's articles it was pointed out that by adopting the pre-trial interrogation of the accused we are not necessarily adopting the entire inquisitorial system at all. The inquisitorial system implies that the judicial officer who is deciding on the guilt of the accused conducts the interrogation of the accused, while in the procedure proposed by Judge Hiemstra this is not the position. The magistrate who conducts the interrogation of the accused is not the judicial officer who presides at the trial. At the trial we still retain the accusatorial system and the presiding judicial officer has exactly the same rights and duties that he has today. The only difference will therefore be that the accused will be required to state his case, and to do so before he has had the oppor-

tunity to trim his sails to meet the state case. Seen in this light, the proposals become very acceptable.

The question remains whether we should abandon the preparatory examination. Now I feel that the preparatory examination, although it has been very handy to the defence, has not failed to have advantages for the state as well. This examination was originally designed to help the state to decide whether it has a case that should be sent up for trial. Now this purpose I think the preparatory examination will still serve. One does encounter cases where the witnesses are scattered all over the country and it is practically impossible for the prosecutor to have each witness interrogated to get a complete statement. I even think it is undesirable that a prosecutor should hold pre-trial conferences with state witnesses - it leads to the possibility of the prosecutor cooking up his case or influencing witnesses. Therefore I think that by holding a preparatory examination where the prosecutor has the normal amount of information contained in a police statement, where he has his state witnesses in an open court to be questioned, one has the advantage that there can be no cooking of evidence, no fabrication of the state case and no undue influence of state witnesses by the prosecutor. Justice is seen to be done and the state has the opportunity of examining witnesses in a proper manner and it is seen how these witnesses react to the atmosphere of the court. At the same time the accused is also informed of the case against him. Therefore I feel that there are some cases where the preparatory examination should not be replaced by the pre-trial interrogation of the accused. It can also be coupled with the pre-trial interrogation. One can visualize the circumstances where the accused has been interrogated but the state is still not satisfied that it knows exactly what it wants to charge the accused with and decides to hold a preparatory examination. I think that that would not really unduly affect the accused.

The greatest objection to the preparatory examination has always been that the accused would be informed of the state's case against him and would therefore have the opportunity of fabricating his defence. The point is: Should the accused not be given this opportunity? Or the other way round: why should he be given the opportunity of hearing all the state's evidence before he is called upon to give *his* explanation? I feel that no just ground can be advanced. The position is simply that when a man is guilty and is furnished with all the evidence at the disposal of the state he has an opportunity of wriggling himself out as it were. But when a man is innocent and has not had the opportunity of hearing the state's case before he is called upon to state his own case, I don't think that he can in any way be prejudiced. I don't think that the Hiemstra proposals can lead to the conviction of an innocent person - it can only lead to the prevention of guilty persons, who at present succeed in escaping, from escaping in future.

## Bespreking

*DUGARD*: Mr Middleton said that Judge Hiemstra did not envisage the inquisitorial system. That is correct. He did not envisage an overall inquisitorial system but he did envisage a mixed system in which the pre-trial procedure would be essentially inquisitorial and only the trial would be accusatorial. Now the only system which, as far as I know, has such a mixed procedure in theory, if not in practice, is the Scottish system. We have a visiting Scottish expert here today - I don't know whether Professor Stein is prepared to enlighten us on how the Scottish system works?

*STEIN*: I was in fact thinking of suggesting informally that there are many features of the Scottish procedure which would well repay study by those attending this symposium. It is quite different to the English procedure. There is no equivalent in Scotland of the open English preliminary hearing; there is a preliminary hearing conducted by a judicial officer, but in private. I am merely trying to whet your collective appetites for further investigation; I am not really in a position to offer any proper summary of the Scottish system of criminal trials, I'm afraid.

*SCHOLTENS*: I would like to say a few words. Some things the speakers have said have reminded me of many things which are characteristic of procedure in Holland. This system you can call a very moderate accusatorial system or a very much diluted inquisitorial system.

I am not now dealing with petty crimes. In cases of serious crimes one of the characteristics of the system is that within 24 hours a case is out of the hands of the police. Say it is necessary to detain a person longer, then the police must immediately notify a public prosecutor (and I might also say that in Holland the public prosecutor is of exactly the same standing as a judge - it is a matter of inclination whether you want to make your career in the public prosecuting part of the system or want to be a judge). The public prosecutor has no more power at the utmost than to keep a person detained for four days. After four days he can only be detained if the so-called *rechter-commissaris* (judge commissioner) has given an order to that effect. The *rechter-commissaris* then takes charge of all the investigations. The *rechter-commissaris* is actually a member of the court who is charged with this task - to interrogate is one of his judicial functions.

The proceedings before the *rechter-commissaris* are fortified with an enormous amount of guarantees for the accused, who is at this stage called the *verdachte* (the suspect). First of all the *verdachte* has a right to have his counsel present at all the investigations of the *rechter-commissaris*. The *rechter-commissaris* will hear the suspect and he will hear all the witnesses - he will even hear any person named by the accused or his counsel. The *verdachte* is entitled to have copies of all reports of hearings of witnesses. He is also entitled to copies of the opinions of experts. There is a provision that if it is in the interest of the investigation that certain information be withheld, then it may be done, but the *verdachte* must be informed that certain information has not been given to him.

Finally when the case comes before the court then both the accused and his counsel have full details of the state's case. I think as a general statement it is true that the accused has for the trial all the information that is available to the prosecution.

The important thing under this system is first of all that there is never any question of information having been extracted from him through unauthorised means by the police. The police only act if the *rechter-commissaris* orders further

investigation, and there is no question of the police trying to get a confession out of the accused.

Secondly, the verdachte is allowed not to answer questions if he so prefers. But experience has shown that all verdachtes are only too keen to take part: when they are informed what the witnesses said, they are all too keen to tell the rechter-commissaris where the witnesses have lied or gone wrong. So I don't think the right not to speak in any way leads to the embarrassment of the investigation. Thirdly, if the accused is committed for trial, then all evidence must again appear at the trial. The accused can only be convicted on the evidence that has been brought before the trial court. The rechter-commissaris is furthermore not allowed to take part in these further proceedings.

I hope that I have pointed out one thing, namely that in this inquisitorial system there is no question that any rights of the defence are in any way infringed. On the contrary, there are even more rights for the defence in Holland than there are here: the right to an advocate in the preliminary investigation and at trial; as advocate of the accused you know exactly what the state's case is - there is no question of any surprise being sprung on you; you also have the opportunity of putting any evidence you have before the rechter-commissaris. The Dutch system indeed works fairly to both the accused and the state.

*OOSTHUIZEN*: Mnr. die Voorsitter, dit wil my voorkom asof mnr. Middleton se voorstel, indien dit enigsins prakties uitvoerbaar is, grens aan die ideale posisie, nl. dat die prosedure met betrekking tot die voorlopige ondersoek sowel as die summier verhoor behoue moet bly. Maar daartoe implementeer ons die prosedure wat regter Hiemstra voorstaan. Die posisie sal dan wees dat ons nóg twee prosedures sal hê. Ons kry dan in die normale loop van sake die prosedure wat regter Hiemstra voorstaan; die getuienis en die antwoorde op daardie vrae word afgeneem en aan die begin van die voorlopige ondersoek word 'n afskrif van daardie rekord aan beide die vervolging en die verdediging beskikbaar gestel. Nou gaan die voorlopige ondersoek voort soos in die verlede en bereik ons 'n stadium waar die staat sy saak voltooi. In plaas daarvan dat die beskuldigde nou kan stilbly, word hy daarop gewys dat daar nou vrae aan hom gevra sal word. Inderdaad word die getuienis wat by die voorverhoor gegee is geïnkorporeer. Nie alleen kry die staat nou 'n geleentheid om hom vrae te stel nie maar hy kry 'n geleentheid om sy antwoorde uit te brei in die lig van die volle getuienis waarvan hy nou weet, wat by die voorverhoor gegee is. Hy sal dus nie kan kla dat by die voorverhoor slegs 'n gedeelte van die saak aan hom gegee was nie. Wat is dan die praktiese resultaat? Die voorlopige ondersoek gaan sy normale gang, die beskuldigde gee sy getuienis waarby geïnkorporeer is die getuienis wat gegee is by die voorverhoor en die praktiese resultaat is dat die saak hom in seker agt uit die tien gevalle voor die landdros sal uitwoed. Die hooggeregshof kry 'n afskrif van die voorlopige ondersoek. Die staat weet presies wat die getuienis van die beskuldigde is en die verdediging weet presies wat die saak teen hom is.

Die enigste probleem (en ek glo nie dit is onoorkomelik nie) is 'n praktiese probleem - of die departement van justisie genoegsame mense sal hê om hierdie prosedure soos wat ek nou voorstel in die praktyk toe te pas. Want nie alleen sal dit noodwendig ekstra straf tot gevolg hê nie, maar dit sal ook ekstra tyd in beslag neem omdat die voorlopige ondersoek nou veel langer voor die landdros sal dien.

Wat betref die summier verhoor-prosedure sal die prokureur-generaal nog steeds 'n diskresie hê of dit 'n voorlopige ondersoek sal wees of 'n summier verhoor, nadat hy insae gehad het in die vrae en antwoorde wat by die voorverhoor



gege is. Indien dit 'n summiere verhoor sou wees, dan sal daardie getuienis eweneens geïnkorporeer word aan die cinde van die staat se saak, en sal die verdediging eweneens in 'n geleentheid gestel word om daarop uit te brei en so enige swem dat hy mislei was deur die inligting wat hy gekry het by die voorverhoor uit die weg te ruim. Die enigste verskil by 'n summiere verhoor en 'n voorlopige ondersoek is dat die beskuldigde nie vooraf presies in kennis gestel word wat die getuienis teen hom is nie. Maar dit is 'n bekende feit dat a. 179 van die *Strafproseswet* 'n beskuldigde die geleentheid gee om by wyse van 'n aanvraag van verdere besonderhede genoegsame feite te bekom om hom behoorlik vir sy verdediging voor te berei.

Ek wil my derhalwe vereenselwig nie alleen met wat professor Dugard gcsê het nie, maar ook met wat mnr. Middleton gesê het. Die kritiek wat daar tans teen ons stelsel mag bestaan is, wat my aanbetref, oënskynlik en nie werklik nie; die kritiek teen die stelsel bestaan egter en mense in die buiteland wat nie kennis dra van die omstandighede in ons land nie mag daadwerklike kritiek daarin sien. Om daardie rede alleen glo ek dat die voorstelle gemaak deur regter Hiemstra, soos aangevul deur mnr. Middleton, miskien ons proses een van die mees verligte in die moderne eeu sal maak.

*MIDDLETON*: Mr Chairman, there is just one point I wish to make. Mr Oosthuizen has made the observation that the implementation of this system will take a considerable amount of time and require necessarily more staff. I feel that under the present system where the accused is not obliged to speak or is in fact encouraged to remain silent, a great number of cases are prosecuted where, if the accused had given his explanation originally, no prosecution would have been instituted. I have had the fortune or misfortune to read a vast number of police dockets and to have been obliged to decide whether or not to institute prosecutions. It has been my experience that in those cases where there is a *prima facie* case and the accused does not talk, a prosecution is invariably instituted, whereas in a great number of cases (I am prepared to put the percentage at least at 30%) where the accused elects to make a statement - even though the state feels it does not quite believe the statement - the state knows when it's licked and decides not to institute a prosecution. I think a pre-trial interrogation of the accused will have the advantage of reducing the number of preparatory examinations which eventually are instituted. So I don't think that the amount of work will increase so very much as one might anticipate at first glance.

*MATHEWS*: Mr Chairman, if I may try to approach this whole question from two points of view: the first is to consider whether the proposals made by Judge Hiemstra for a pre-trial interrogation would eliminate some of the abuses which have been spoken about today at the investigation stage. Now it struck me on listening to Professor Scholtens that there are in other systems many safeguards which would have the effect of reducing the danger of those abuses during the stage of investigation. But as far as I can recollect, Judge Hiemstra's proposals do not go so far as to incorporate many of these safeguards. I feel that if we go forward with his suggestions it should be coupled with the incorporation of safeguards of the kinds that have been mentioned.

Then, looking at it from the other point of view, I have the feeling that some of the alleged advantages of the pre-trial interrogation may turn out to be rather illusory, for example the advantage which is claimed for this system that it will make it difficult for the accused to retract a confession which he had made because he will be brought before the investigating officer quickly and will not have time to change his mind. Now it seems to me that the time delay is likely to be roughly the same and that by the time that all the depositions have been prepared and put



before the magistrate, the accused will have just the same opportunity as he would have under the present system to retract a confession. The other advantage which is claimed is that it will be difficult for the accused under this kind of system to fabricate a defence, whereas under the preparatory examination system everything is laid before him and he can trim his sails to meet the state's case. Now it seems to me that the only way one can entirely eliminate that danger is not to acquaint the accused with the state's case at all so that he cannot fabricate his defence. It therefore seems to me that one has to choose between two dangers, and I would prefer the solution which makes it possible for the accused to be fully acquainted with the case which is going to come before the court.

Now, going on to some of the practical difficulties which seem to be implicit in the whole system, there is the question of the preparation of technical and scientific evidence. I have been asked by Mr Newman to mention this specially because he has himself been involved in a lot of trials in which there has been scientific evidence - he mentions especially poisoning, firearms and explosives. The preparation of the depositions is a very complex matter and if they are not in appropriate form it is inevitable that the defence will ask for time to consider the nature of very technical scientific evidence and to consult its experts. So, under this pre-trial interrogation system, if this is not done properly one must expect to have a whole series of adjournments at the trial, with the result that the procedure will be much more drawn out than it would be if this matter was properly put before the court at the preparatory examination stage.

*ROWLAND*: Perhaps this is unnecessary, but having heard what Mr van Rooyen has said I thought it might be good for the record to state from experience that the pre-trial dangers are very real. I was a policeman at one time - not in South Africa.

We certainly depended very much on the "warned and cautioned" statement and on a series of remands before bringing an accused to trial, to consolidate a case against him. You don't have to be much of a psychologist to see that when you hold a person and you can get a week's remand whenever you take him to the magistrate, you put a substantial pressure on him. We used to tell the people: "Look, we get our salaries anyway. You're away from your family. You're in a room by yourself and it doesn't worry me in the slightest how long you stay there. You'd better tell us the truth."

If they had two accused, they used to confront them with one another, then interrogate them separately, and where their stories differed, compare the details and so on, until one of them eventually conceded that on that point he had made a mistake. He would be warned not to make any more mistakes. They used to carry on like this for two or three weeks until eventually they got a combined story. The "warned and cautioned" statement was really the backbone of the whole case.

You are not allowed to assault somebody into giving you an admission for that makes it inadmissible, so you sort of *pressurize* him into telling what you reckon is a truthful story. Then you ask him to tell it again. You make him tell it four or five times until it becomes a habit and he knows it off by heart. Finally you say to him: "Right, now. You're-not-obliged-to-say-anything-but-anything-you-do-say-will-be-taken-down-in-writing-and-may-be-used-in-evidence. *Do you want to tell your story again?*" So he says all right, and you type it out as he goes. You read it over to him and ask if it is correct, and say: "Now hold the end of the pen," and he makes his X and there you are.

At that time I didn't quite see that there were any great dangers in this system, as I did not know of any miscarriages of justice that resulted from it. I thought per-

haps it might be good to get on record that this sort of procedure was very common. This was fifteen years ago, and the position may well be different now.

The underlying motivating factor was basically to try to find and bring to justice whoever it was that had committed the crime. The mere obtaining of a conviction was never *in itself* a motivating factor.

## DOUBLE JEOPARDY AND NEW TRIALS

### Referaat

*KAHN*: Imagine a game called ricket, known popularly as rickety. It resembles in a vague way the game of cricket.

For side A to win it must score 500 runs more than side B. Otherwise side B wins.

Side A can commit three types of breach of the laws of ricket. (It is a gentleman's game like cricket, so it has laws. It is not like rugby, which has only rules.)

The first type of breach leads to no penalty but just a wiggling by the umpire.

The second type of breach is more serious. It entails a penalty of 500 runs, which makes it terribly difficult for side A now to win.

The most serious breach is the third type - such as kicking your opponent in the teeth. But instead of this entailing a penalty of runs, it results in a declaration called "no game." The same consequence ensues if the umpire does something very wrong in applying the laws of the game. Side A, the offender, can elect to start the contest afresh, when each side begins from scratch again.

This game does not come from *Alice in Wonderland* or the wilder reaches of Edward Lear's fantasy. It comes from the *Criminal Procedure Act*, 56 of 1955, particularly from sections 169, which allows the accused to plead that he has already been acquitted of the offence with which he is charged, and 369 and 370, which deal with the allowing of criminal appeals and retrials.

I should like to refer to two well known decisions of the Appellate Division: *S v. Moodie*, 1961 (4) SA 752 (A), 1962 (1) SA 587 (A); and *S v. Naidoo*, 1962 (2) SA 625 (A), 1962 (4) SA 348 (A). May I read from what I wrote of them in the 1963 volume of the *South African Law Journal* at page 439:

"Moodie was convicted by a jury of the murder of his wife, no extenuating circumstances being found, and accordingly sentenced to death. His conviction and sentence were set aside on the ground that a grave irregularity, of a nature amounting *per se* to a failure of justice, has been committed through the deputy sheriff's remaining closeted with the jury throughout their deliberations. It was held that Moodie could be retried, the plea of *autrefois acquit*

being inapplicable as it is based on a final judgment on the merits which the irregularity in question, being so grave, precluded. Moodie was again convicted of murder and was hanged.

“Naidoo was convicted by a jury of the murder of a girl with whom he was on intimate terms. No extenuating circumstances were found and he was accordingly sentenced to death. His conviction and sentence were set aside on the ground that an irregularity had occurred in that evidence of certain witnesses had been interpreted to the jury by a ‘casual’ interpreter who had not been sworn. The evidence, calculated to influence the jury, had been inadmissible, and a reasonable jury, properly instructed on the balance of the evidence rightly before it, would not inevitably have arrived at the same conclusion of guilt. It was held that Naidoo could not be retried, the plea of *autrefois acquit* being applicable, as there had been an acquittal on appeal by the Appellate Division on the merits. Naidoo presumably is as free as the wind.”

In this note of mine I pleaded for a change in the law to permit a retrial whenever a conviction has been quashed for irregularity. My plea was of no avail. I should like shortly to make it again here.

The position bluntly is this: If the irregularity is a thumping big one, there is in effect a “no-trial” and the plea of *autrefois acquit* fails. The accused can be tried again.

If it is a teeny-weeny irregularity, it is disregarded under section 369 (1) as no failure of justice resulted and the conviction is sustained.

If it is an intermediate type of error, the record is cleansed of it - such as the inadmissible evidence in *Naidoo*. In all probability it now has as much backbone as a filleted fish and the accused is acquitted and can be tried no more.

I said before and I say again: We have come to Samuel Butler’s land of *Erewhon* - which, you will appreciate, is Nowhere spelled backwards (or nearly so). You will remember how in this hitherto unknown country beyond the mountains illness, personal bereavement and loss of one’s property were regarded as serious crimes; and what we regard as serious crimes, such as theft, robbery and fraud, were cases for hospitalization or private treatment by a “straightener.”

In the United States, where the Fifth Amendment to the Constitution actually says that “no person shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb,” the law is not like this. Up until recently there was a complete discretion in the judiciary to order a retrial. The United States Supreme Court in *Bryan v. United States* 338 US 552 (1950) allowed it where the appeal of the accused succeeded not on an irregularity but on insufficiency of evidence. See Note, *Double Jeopardy: A New Trial After Appellate Reversal for Insufficient Evidence*, (1964) 31 *Univ. of Chicago Law Review* 365. In the last eight years or so it appears that the double jeopardy provision has resulted in some limitation on retrials and the Supreme Court, in a judgment that

has had its critics, *Downum v. United States* 372 US 734 (1962), held that there should be an "imperious necessity." Nevertheless, as far as I can judge retrials are still the order of the day - for all the constitutional guarantee. See Note, *Double Jeopardy: The Reprosecution Problem* (1964) 77 *Harvard Law Review* 1272; Note in (1969) 82 *Harvard Law Review* 1752. And rightly so. For, in the words of the great Mr Justice Cardozo in *Palko v. Connecticut* 302 US 319 at 328 (1937),

"the State is not attempting to wear the accused out by a multitude of cases with accumulated trials. It asks no more than this, that the case against him shall go on until there shall be a trial free from the corrosion of substantial legal error. . . . This is not cruelty at all, nor even vexation in any immoderate degree . . .".

May I quote another eminent jurist, Dr A. L. Goodhart, in the *Law Quarterly Review* of 1944, page 33, speaking of the position in England, which is similar to the position here (see *Criminal Appeal Act*, 1968):

"It must be remembered that an unjust acquittal, though less shocking to one's feelings, is as much a miscarriage of justice as is an unjust conviction. This means that every year a very considerable number of men who are guilty of having committed serious crimes succeed in escaping punishment because the law has made no provision for retrial. On what grounds can such an extraordinary result be justified? The only excuse for the rule can be found in what has been described as the sporting theory of justice: the prisoner having once, by good luck, escaped from the hounds of justice, it is unsporting to hunt him again. There are, however, many people who feel that this spirit, however desirable it may be in other fields of activity, is not a proper one when applied to criminal justice."

Actually, this is no reason at all today, because retrials *are* possible if the error was small or great: they are not possible only if the error was of the right size.

The only reason I have ever found for not allowing certain irregularities to allow for a retrial is that advanced by Michael Knight in 1965 *Northern Ireland Law Quarterly* at 287-8:

"When the appellate court feels that there has been a cardinal error (interference with the jury, a serious misdirection of the onus of proof, vital procedural irregularities, for example, the accused not given the right to tell his version of the facts in court) here probably the conviction should be quashed and no right of retrial given. If to this suggestion the point is raised why should a probably guilty man go free the answer would be that some errors are so great that the extreme sanction of 'acquitting the guilty' must be imposed to guard against them."

Now I am not at all sure that this is not the type of error that will result in a no-trial and thus allow for reindictment. But anyway, it is a pretty poor explanation - that the public must suffer in order to ensure that judicial officers do not make procedural errors. I suggest it be dismissed, and that the Commission be respectfully asked to recommend

that a retrial be permissible in every instance where an appeal succeeds because of an irregularity.

KOSTE

### Bespreking

*VAN NIEKERK*: Mnr. die Voorsitter, as ek vir oulaas'n stuiwer in die armbeurs mag gooi: We haven't yet spoken about money today. I'd like to touch upon the question of costs in criminal cases. It is one of the beautiful myths of our society that a person's indigence makes no difference to the outcome of his trial. More particularly, that a person's representation or not makes no difference to the outcome of his trial. On the contrary, everybody knowing only the least bit of our practice knows that it makes a very material difference.

The question that has always plagued me is that a person who is acquitted has to bear his own costs. Now for example, in Germany, if a person is acquitted, the state has to bear the costs. I certainly think that this is one of the defects of our system to which the Commission's attention should be drawn. Professor Kahn has raised the question of double jeopardy. If a person should at all be subjected to a second trial surely the state should bear the costs completely.

Although we will soon have a system of legal aid this will certainly only help the very indigent. It will not help everybody who is in fact acquitted. The person of whom it can be said that he never merited a prosecution nevertheless is subjected to very material disadvantages - he may in fact have his whole economic existence put in jeopardy. I certainly think that it is something to which the attention of the Commission should be drawn. □

*Fairness of mind cannot involve such innocence as the credo that judges do not make law or that the personal element does not creep into the making of decisions . . . Judicial decisions, no matter who gives them, must always be related to basic beliefs about the nature and purpose of a human being . . .*

Lord Radcliffe



# Aantekeninge

## IETS OOR DIE „PANDGEWING” VAN ONLIGGAAMLIKE GOED

Net soos 'n liggaamlik roerende saak as sekerheid gestel kan word deur middel van pandgewing kan 'n onliggaamlike saak as sekerheid aangewend word deur middel van *cessio in securitatem debiti*.<sup>1</sup> Terwyl De Wet & Yeats ons verseker dat 'n pandreg alleen kan bestaan ten opsigte van 'n roerende liggaamlike saak,<sup>2</sup> vind ons nogtans dat daar gepraat word van die verpanding van vorderingsregte.<sup>3</sup> Hierdeur word die aandag daarop gevestig dat ons by *cessio in securitatem debiti* ook te doen het met sekerheidstelling maar andersins die indruk gewek dat daar, afgesien van die metode van sekerheidstelling, geen weselike verskille tussen die verpanding van liggaamlik roerende goed en vorderingsregte bestaan nie. Daar bestaan egter wel verskille tussen die twee figure en ons vestig veral die aandag op enkele aspekte daarvan.

(1) 'n Pandreg word gevestig deur die lewering van die pandsaak. Uiteraard is fisiese of daadwerklike lewering van 'n onliggaamlike saak onmoontlik en word die oordrag of vervreemding van so 'n saak bewerkstellig deur sessie - 'n besondere soort ooreenkoms.

(2) Die pandhouer verkry 'n saaklike reg op die pandsaak terwyl die pandgewer, as hy eienaar was, die eienaar bly en dus ook 'n saaklike reg op dieselfde saak het. Afgesien daarvan dat ons nie praat van saaklike regte op onliggaamlike goed nie, was dit tot 1911 die opvatting dat daar nie verskillende soorte regte ten aansien van dieselfde vordering kon bestaan nie.<sup>4</sup> Die reghebbende was skuldeiser en wanneer hy sy regte deur middel van sessie oordra, dan verloor hy sy regte en word die sessionaris die nuwe reghebbende of skuldeiser.

---

<sup>1</sup>Sien De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3de uitgawe 321 e.v.; Cilliers & Benade *Maatskappyereg* 145; Kerr *The Principles of the Law of Contract* 144; Wille *Principles of South African Law* 6de uitgawe deur J. T. R. Gibson 188.

<sup>2</sup>A.w. 321, 328, 331.

<sup>3</sup>Kerr t.a.p.; Wille t.a.p.; a. 2 (5) (a) van die *Wet op Huweliksaangeleenthede*, 1953, soos gewysig deur a. 1 Wet 13 van 1966: „ . . . en haar sodanige deposito in sodanige rekening sedeer, verpand, daarteen leen . . . ”; a. 20 van Wet 7 van 1947: „ . . . no stockbroker shall alienate or pledge any stocks or shares . . . ”

<sup>4</sup>Sien Grosskopf *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingsregte* Proefskrif Leiden 1960, 135-6, vir 'n oorsig.

Daar was nie sprake daarvan dat die sedent die *dominium*, of dan *quasi-dominium*, op die vordering kon behou terwyl die sessionaris 'n reg minder as *dominium* of *quasi-dominium* op die vordering kon verkry nie.

In *National Bank of South Africa Ltd v. Cohen's Trustee*<sup>5</sup> word daar beslis dat die *dominium* van die vordering deur die sedent behou word as die sessie plaasvind *in securitatem debiti*.<sup>6</sup> Wat die aard en inhoud van hierdie *dominium* is, kan nie besonder raak of noukeurig omskryf word nie, alhoewel dit duidelik is dat die woord nie alte letterlik verstaan moet word nie.<sup>7</sup> Wanneer blyk dat dit slegs 'n persoonlike reg op die terugsedering van die vorderings behels,<sup>8</sup> dan is dit ook duidelik dat pandgewing en sessie *in securitatem debiti* nie vereenselwig kan word nie net omdat die pandgewer soos die sedent die *dominium* behou nie, omdat die woord *dominium* in elkeen van die gevalle iets anders aandui.

Dit skyn dan korrek te wees om te sê dat die sedent se regte op die vordering oorgaan op die sessionaris alhoewel die sessionaris deur die inhoud van die sessie sekere verpligtings met betrekking tot die vorderingsreg op homself neem. As die skuldenaar en sedent die versekerde skuld betaal, moet die sessionaris die vorderingsreg aan die sedent terugseeder, net soos die pandhouer die pandaak aan die pandgewer sou moes teruglewer. Miskien sou 'n mens kon sê dat die terugsedering stilswyend inbegrepe is in die betaling en aanvaarding van betaling van die versekerde skuld.

As die boedel van die sedent of die sessionaris gesekwestreer sou word, sou die bepaling van die *Insolvensiewet* van 1936 ter sprake kom. Dit staan 'n soewereine parlement vry om vir die doeleindes van die sekwestrasie van insolvente boedels sessie *in securitatem debiti* gelyk te behandel met pandgewing, maar of dit inderdaad gedoen is, is 'n

<sup>5</sup>1911 AD 235.

<sup>6</sup>In *Guman v. Latib* 1965 (4) SA 715 (A) word gepraat van *quasi-besit* en na aanleiding daarvan wonder mens of dit nie beter sou wees, begripsgewyse, om te praat van *quasi-dominium* nie.

<sup>7</sup>In *Trust Bank of Africa Ltd v. Standard Bank of S.A. Ltd* 1968 (3) SA 166 (A) verwys een van die regters hierna (bl. 186H) en sê daarvan „however tenuous and ill-defined” dit mag wees. *Maiore cum verboritate secundum morem commentatoris* verwys ons ook na die bekende *dictum* in *Moola v. Estate Moola* 1957 (2) SA 463 (N): „The word *dominium* is therefore out of place . . . The truth probably is that the cedent by way of security retains only his 'reversionary right' that is to say his right to enforce the ceded action after the debt to secure which the cession was given has been discharged . . . This line of reasoning leads me to the conclusion that during the currency of the cession *in securitatem debiti* nothing remains in the cedent except this somewhat nebulous reversionary right. In all other respects the effect of such cession is as complete as if it had been out-and-out.”

<sup>8</sup>Sien bv. *Trust Bank of Africa Ltd v. Standard Bank of S.A. Ltd, supra* 173; en *Katsopoulos v. Bikardi* 1970 (2) SA 391 (K), 398.

ander saak. Ons *Insolvensiewet* erken skuldeisers verseker deur spesiale verband, pand, retensiereg of stilswyende hipoteek (soos deur die wet nader bepaal) as versekerde skuldeisers.<sup>9</sup> Oënskynlik is die skuldeiser verseker deur *cessio in securitatem debiti* dan nie 'n versekerde skuldeiser nie tensy ons hom kan klassifiseer as 'n pandhouer. Uit die feit dat die wetgewer die verbinding van wissels en effekte as sekerheid vir prestasie beskou as pandgewing (vir die doeleindes van die wet), kan daar dan geredeneer word dat die wetgewer sessie *in securitatem debiti* beskou as 'n vorm van pandgewing vir die doeleindes van die wet.<sup>10</sup> Die geldigheid van hierdie stukkie wetsuitleg<sup>11</sup> beteken egter nie dat die wetgewer pandgewing en *cessio in securitatem debiti* vir alle doeleindes en in alle opsigte gelyk gaan stel het nie of dat ons hier bewys het van 'n algemene opvatting insake die geaardheid van sessie ter versekering van 'n skuldvordering nie.

Aangenome dan dat daar nie sprake van 'n verdeling van 'n vorderingsreg in verskillende komponente is nie sodat verskillende persone nie verskillende regte ten aansien van een en dieselfde vordering kan besit nie, ontstaan verder die vraag of die regsposisie dieselfde is ten aansien van alle vorderingsregte en ander onliggaamlike goed? In die Romeins-Hollandse reg is die vorderingsreg in 'n „obligasie” beliggaam blykbaar gelykgestel of vereenselwig met die skriftelike stuk wat daarop betrekking gehad het en as 'n roerende liggaamlike saak behandel.<sup>12</sup> Sulke obligasies sou dan as sekerheid verbind word deur middel van pandgewing en nie *cessio in securitatem debiti* nie. Na aanleiding hiervan kan ons die geval van aandele in oënskou neem.

'n Aandeel in 'n maatskappy behels verskeie vorderingsregte en het 'n komplekse geaardheid al word dit as 'n eenheid gesien.<sup>13</sup> Ofskoon die aandeel self onliggaamlik is, word daar ten opsigte daarvan 'n aandeelsertifikaat of -bewys uitgereik en die gevaar bestaan gevolglik dat die aandeel met die bewys of sertifikaat vereenselwig en as 'n liggaamlike roerende saak beskou kan word. Ten spyte van enige verwarring in dié verband lyk dit egter asof hierdie proses van vereenselwiging nooit soveel aanhang gekry het dat dit as 'n voldonge feit aanvaar word nie. Die aandeel word steeds gesien as 'n onliggaamlike saak wat deur middel van sessie oorgedra word en wat as sekerheid verbind word deur middel van *cessio in securitatem debiti*.<sup>14</sup> Die feit dat daar 'n sertifikaat of bewys ten opsigte van die aandeel uitgereik is, moet natuurlik in aanmerking geneem word indien mens in besonder-

<sup>9</sup>Sien a. 2 van die wet.

<sup>10</sup>Sien a. 83 van die wet, die *National Bank*-saak *supra* en ander vonnisse aangehaal deur die bovermelde (n. 1) skrywers.

<sup>11</sup>Dit word betwyfel deur De Wet & Yeats t.a.p.

<sup>12</sup>Sien De Wet & Yeats a.w. 331 vir 'n oorsig.

<sup>13</sup>Sien Cilliers & Benade a.w. 145-7; Benade 1964 *THRHR* 279 e.v.

<sup>14</sup>Cilliers & Benade t.a.p.; Hahlo *Company Law Through the Cases* 2de uitgawe 224.

hede die posisie van die sessionaris in enige bepaalde geval wil vasstel. As 'n aandeel waarvoor daar 'n sertifikaat uitgereik is verkoop word, dra die verkoper sy regte deur middel van sessie oor aan die koper en is hy nie verplig om die registrasie van die aandele in die koper se naam te bewerkstellig nie, tensy hy so onderneem het;<sup>15</sup> insgelyks, as die aandele as sekerheid gegee word, is die skuldenaar nie verplig om registrasie van die aandele in die naam van die skuldeiser te verkry nie. Aandeelbewyse is na hulle geardheid verhandelbare dokumente en die aandele daarin beliggaam word oorgedra deur die oordrag van die bewys.

'n Skynbare anomalie wat ons in dié verband aantref is die „pandreg” oor aandele waarvoor die modelstatute voorsiening maak.<sup>16</sup> Dit blyk dat die maatskappy se statute reëlins kan bevat aangaande 'n „pandreg” oor aandele in die maatskappy ten opsigte van gelde verskuldig aan die maatskappy ingevolge 'n oproep op daardie aandele of ingevolge 'n ander skuldoorsaak.<sup>17</sup> Die inhoud van die „pandreg” is tweeledig: die maatskappy kan weier om die aandele waaroor die pandreg bestaan in die naam van iemand anders as die bestaande houer te registreer alvorens die betrokke skuld vereffen is;<sup>18</sup> en ook kan die maatskappy die aandele verkoop as die skuld nie na ontvangs van 'n aanmaning<sup>19</sup> vereffen word nie en sodoende betaling van die skuld uit die oprings verkry.<sup>20</sup> Die aanspraak van die skuldenaar op die balans is onderworpe aan 'n „like lien for sums not presently payable as existed upon the shares prior to the sale.”<sup>21</sup> Die reg om oordrag van die aandele te verhinder kan geregverdig word, ten opsigte van geld verskuldig op die koopprys van die aandele, deur 'n beroep op die beginsels van delegasie.<sup>22</sup> Vir sover die „pandreg” strek ter versekering van skulde wat nie ontstaan uit enige verpligting om oproepe op die aandele te betaal nie,<sup>23</sup> is die grondslag van die maatskappy se bevoegheid om die oordrag van die aandele te verhinder nie meteens duidelik nie, maar is dit geleë in die beperking wat die statute skep en

<sup>15</sup>Hahlo t.a.p. en sien ook Mars *The Law of Insolvency in South Africa* 6de (Hockley) uitgawe 201.

<sup>16</sup>Paragraaf 12 e.v. van tabel A van die eerste bylae van die *Maatskappywet*, 1926. De Wet & Yeats a.w. 493 verleen voorkeur aan die term *quasi-pandreg* en Cilliers & Benade a.w. 149 aan die term *quasi-retensiereg*. Pandreg (Engels *lien*) is die wetgewer se benaming.

<sup>17</sup>Paragraaf 12 van tabel A.

<sup>18</sup>De Wet & Yeats a.w. 498 en Cilliers & Benade t.a.p.

<sup>19</sup>Paragraaf 13 van tabel A.

<sup>20</sup>Paragraaf 14 van tabel A.

<sup>21</sup>*Ibid.* Die Engelse teks word aangehaal om die bepaling te aksentueer.

<sup>22</sup>D.w.s. die skuldeiser (hier die maatskappy) moet toestem tot die vervanging van die skuldenaar deur 'n ander.

<sup>23</sup>Sien *supra* en Cilliers & Benade a.w. 149 n. 10; Pyemont *Company Law of South Africa* 6de (Diemont & Boehmke) uitgawe 514-6.



wat die aandeelhouer bind.<sup>24</sup> Enige analogie tussen die posisie van die maatskappy in hierdie verband en dié van 'n pandhouer om lewering en vervreemding van die pandsaak te voorkom beteken nie dat die maatskappy 'n ware pandreg het nie. Ook die bevoegdheid van die maatskappy om die aandele te verkoop sou vergelyk kan word met die bevoegdheid van die pandhouer om die pandsaak te gelde te maak ingevolge 'n beding tot parate eksekusie,<sup>25</sup> maar as ons in aanmerking neem dat 'n maatskappy 'n aandeelhouer se aandele kan verbeurd verklaar en weer verkoop,<sup>26</sup> dan lyk dit ook nie asof hierdie ooreenkoms met pandgewing ons tot die gevolgtrekking moet dwing dat daar inderdaad sprake is van pandregte (in die konvensionele sin) wat 'n maatskappy oor sy aandeelhouders se aandele het nie.

Ten aansien van patente en handelsmerke kan verskeie persone wel verskillende regte hê,<sup>27</sup> alhoewel daar nie sprake daarvan is dat die een die *dominium* kan hê terwyl 'n ander slegs 'n pandreg toekom nie. Die oordrag van patentregte<sup>28</sup> of regte op handelsmerke<sup>29</sup> wat deur middel van sessie en *cessio in securitatem debiti* geskied, sou sekerlik in in dié verband kon voorkom. Besondere vereistes is dat enige sessie van patentregte geregistreer moet wees om geldig te wees teen derdes<sup>30</sup> - die feit dat die sessie ter versekering van 'n skuldvordering plaasvind word blykbaar nie aangeteken nie<sup>31</sup> - en die ongeregistreerde sessie van 'n handelsmerk sal nie in die hof bewys kan word nie tensy die hof anders gelas.<sup>32</sup> Die registrasie van die sessie van patentregte is dus nodig vir die volledige werking daarvan.

(3) Die pandhouer mag die pandsaak nie gebruik nie; wel kan die partye afsprek dat die pandhouer die vrugte of opbrengste van die saak mag neem in die plek van rente op die skuldvordering. Gebruik van 'n vorderingsreg in dieselfde sin kom nie ter sprake nie. Dit is beslis twyfelagtig of mens die rente op 'n rentedraende skuldvordering kan beskou as die vrugte van die vordering en in die afwesigheid van

<sup>24</sup>Die beginsels van delegasie is dan nie 'n gepaste verklaring nie en ons het te doen met 'n kontraktuele beperking op die oordrag - sien a. 16 van die *Maatskappywet*, 1926.

<sup>25</sup>'n Beding tot parate eksekusie is 'n ooreenkoms. Cilliers & Benade a.w. 149 n. 14 meen dat die vervreemdingsreg waarskynlik bestaan al word dit nie in die statute van die maatskappy verleen nie. In die lig hiervan en ook van die feit dat die opbrengs gebruik kan word om die opeisbare skulde te delg en dat die restant dan gehou kan word ten opsigte van geld verskuldig maar nog nie opeisbaar nie, is die beding hier beslis eiesoortig.

<sup>26</sup>Sien paragrawe 29-36 van die modelstatute.

<sup>27</sup>Bv. die pantthouer en die lisensiehouer; gelisensieerde gebruiker en reghebbende.

<sup>28</sup>Sien a. 33 van die *Patentwet*, 37 van 1952.

<sup>29</sup>Sien a. 31, 49 en 51 van die *Wet op Handelsmerke*, 62 van 1963.

<sup>30</sup>Sien a. 34 van die *Patentwet*.

<sup>31</sup>Volgens a. 67 van die *Patentwet* word trusts nie geregistreer nie.

<sup>32</sup>Sien a. 51 (4) van die *Wet op Handelsmerke*.



enige ander denkbare opbrengste verval enige vraag na die toelaatbaarheid van 'n *pactum antichreseos*. Ten aansien van immateriële goedere (soos patente) kan gebruik ter sprake kom en gevolglik die analoge toepassing van die verbod op die gebruik van die goed wat as sekerheid gestel is. Ten aansien van die opbrengste van sulke goed (bv. inkomste uit lisensies, ens.) behoort 'n ooreenstemmende beding soos by pandgewing toelaatbaar, in orde te wees.

(4) In die geval van pandgewing is 'n beding dat die pandhouer die pandsaak vir homself mag hou ter volle of gedeeltelike voldoening van die versekerde skuld na afloop van 'n ooreengekome tydperk indien die versekerde skuld nie dan vereffen is nie, ontoelaatbaar en nietig. So 'n afspraak word wel toelaatbaar wanneer die skuld opeisbaar en onbetaald is. Aangesien daar geen rede bestaan waarom 'n teenoorgestelde reëling in die geval van *cessio in securitatem debiti* moet of mag bestaan nie, kan aangevoer word dat 'n afspraak dat die sessionaris die gesedeerde vorderingsreg mag behou ter gedeeltelike of volle vereffening van die versekerde skuld as daardie skuld nie binne 'n sekere tydperk betaal word nie, ewe kragloos is as die ooreenstemmende beding by pandgewing.

(5) Die pandhouer kan die pandsaak as sekerheid hou en indien hy nie volgens die ooreenkoms betaal word nie, kan hy die nodige stappe doen ten einde die saak in eksekusie te laat verkoop om sodoende voldoening te verkry. As daar afgespreek is op 'n beding tot parate eksekusie kan hy selfs sonder tussenkoms van die gereg die saak te gelde maak. Uit die netto-opbrengs van die verkoping word die pandhouer se versekerde vordering betaal en die restant gaan na die pandgewer. In die geval van sessie ter versekering van 'n skuldvordering moet ons die verloop van sake effens anders voorstel.<sup>33</sup> Die sessionaris moet wel die gesedeerde vordering te gelde maak,<sup>34</sup> maar hoe? Met die eerste oogopslag skyn dit onvanpas te wees dat die skuldeiser wat vonnis teen die skuldenaar, d.w.s. die sedent, verkry het, beslag kan laat lê op die gesedeerde skuldvordering ten einde eksekusie te hef omdat hy die skuldeiser en reghebbende daarvan is. Alhoewel ons die gedagte dat die sedent nog die *dominus* van die vorderingsreg is verwerp, kan daar nog in aanmerking geneem word dat in sekere gevalle goedere wat nie aan die vonnisskuldenaar behoort nie in ekse-

<sup>33</sup>De Wet & Yeats a.w. 329 sê net dat die gesedeerde vorderingsreg as sekerheid dien en lig die saak nie verder toe nie. Die geaardheid van die betrokke goed wat as sekerheid dien, moet egter nog in aanmerking geneem word.

<sup>34</sup>Cilliers & Benade a.w. 145-6 sê dat die sessionaris van aandele wat nie in sy naam geregistreer is nie altyd by implikasie gemagtig is om registrasie in sy naam te verkry of om die aandele te verkoop. Hierdie stelling impliseer dat daar alternatiewe optredes is, nl. òf verkoop òf in jou naam registreer (en moontlik behou). Skynbaar bedoel die skrywers dat die sessionaris die aandele kan verkoop sonder om dit eers in sy eie naam te registreer of nadat hy registrasie in sy naam verkry het.

kusie verkoop kan word,<sup>35</sup> sodat so 'n optrede glad nie te vergesog sou wees nie. Na analogie van die posisie by pandgewing kan daar verder aangevoer word dat die sessionaris die skuldvordering kan verkoop sonder tussenkoms van die gereg indien daar so afgespreek is. Dit is skynbaar onseker of die sessionaris self sonder tussenkoms van die gereg die vorderingsreg mag verkoop by onstentenis van 'n afspraak in die sin vermeld. Vir diegene wat sessie ter versekering van 'n skuldvordering in alle opsigte met pandgewing wil vereenselwig, moet die antwoord ontkennd wees.

Die moontlikheid van die invordering van die gesedeerde vorderingsreg moet ook wel deeglik in aanmerking geneem word. As die gesedeerde skuld opeisbaar word, mag en moet die skuldenaar daarvan met kennis van die sessie aan die sessionaris betaal.<sup>36</sup> Die sessionaris is sowel bevoeg as geregtig om betaling daarvan te ontvang.<sup>37</sup> Hy moet derhalwe geregtig wees om die nodige regstappe te doen ten einde invordering van die gesedeerde skuld te bewerkstellig sonder enige tussenkoms van die sedent.<sup>38</sup> Omdat die verhouding tussen sedent en sessionaris beheers word deur die reëls van die goeie trou, mag dit selfs wees dat die sessionaris verplig is, in sekere gevalle, om die nodige stappe te doen ten einde die geld in te vorder.<sup>39</sup> Dit sal bv. die geval wees waar 'n versuim om dit te doen die gesedeerde vordering waardeloos sal laat word. Na invordering sal die skuldeiser neem wat hom toekom en enige balans oorbetal aan die sedent.

Daar is dus twee moontlikhede, nl. tegeldemaking van die vorderingsreg deur verkoping en invordering van die gesedeerde skuld. Welke optrede van pas sal wees, sal afhang van die omstandighede.

(6) Die pandhouer is 'n versekerde skuldeiser wat deur die *Insolvensiewet* onder beskerming geneem word by die sekwestrasie van die skuldenaar se boedel.<sup>40</sup> Reeds is daarop gewys dat die howe die sessionaris van 'n skuldvordering gesedeer ter versekering van 'n skuld, gelyk stel aan 'n pandhouer by die sekwestrasie van die sedent se boedel. Die sessionaris is dus 'n versekerde skuldeiser. Indien ons die sessionaris nie as 'n pandhouer nie maar wel as die *dominus* van die skuldvordering sou beskou, sou hy nie daardeur benadeel word nie. Dan sou algemene beginsels toegepas moet word en daarvolgens is die sessionaris 'n konkurrente skuldeiser van die boedel wat weer sy skuld-

<sup>35</sup>Soos bv. in die geval van *invecta et illata* wat uit huurkoopgoedere bestaan.

<sup>36</sup>Die sedent kan nie die skuld afdwing nie - sien bv. *Trust Bank of Africa Ltd v. Standard Bank of S.A. Ltd, supra*.

<sup>37</sup>De Wet & Yeats a.w. 329; Kerr a.w. 144; *Volhand & Molenaar (Pty) Ltd v. Ruskin NNO 1959 (2) SA 751 (W)*.

<sup>38</sup>Kerr t.a.p.; die *Volhand*-saak *supra*.

<sup>39</sup>Sien De Wet & Yeats t.a.p.

<sup>40</sup>Sien die voorgaande.

eiser is. Aangesien die reg van die boedel op die terugsedering van die vorderingsreg afhanklik is van betaling van die versekerde skuld, waarom sou hy dan nie, net soos 'n verkoper,<sup>41</sup> terugsedering kon weerhou totdat hy ten volle betaal is nie en by gebreke daaraan òf die skuldvordering te gelde maak òf die geld invorder nie, na gelang die omstandighede?

Na aanleiding van die voorgaande kan daar gekonkludeer word dat daar wel verskille tussen pandgewing en *cessio in securitatem debiti* bestaan. Ons vind bv. dat die pandgewer eienaar bly van die pandsaak terwyl die pandhouer 'n mindere saaklike reg verkry, iets wat by sessie ter versekering van 'n skuldvordering nie moontlik is. Die verskille vloei egter voort uit die verskille tussen die regsgoedere wat as sekerheid gestel word. Dit is hierdie verskille wat die metode van sekerheidstelling en ook die gevolge daarvan bepaal. Die ooreenkomste tussen die twee regsfigure hou weer verband met die doel wat hulle dien en met wat nodig is vir die bereiking van daardie doel en die beskerming van die partye se besondere belange. Omdat hierdie reëls die fynste uitgewerk is ten opsigte van pandgewing, kan 'n mens ag slaan op die posisie by pandgewing ten einde die posisie by sessie ter versekering van 'n skuldvordering toe te lig telkens wanneer die analogie tussen die twee figure opgaan.

D. J. JOUBERT

*Universiteit van Wes-Kaapland*

*... no man can wrestle long with the things of law without becoming aware that under the very things which sometimes bewilder, plague or outrage him there pulses an urge for right, or decency, or justice.*

Karl M. Llewellyn

---

<sup>41</sup>Vgl. Van der Keessel *Theses Selectae* 538.

# Vonnisse

## WIJTENBERG HOLDINGS, TRADING AS FLAMING DRY CLEANERS v. BOBROFF 1970 (4) SA 197 (T)

*Locatio conductio operis - Exceptio non adimpleti contractus - Nalatigheid*

Die feitestelle van sommige sake trek dadelik die aandag, en hierdie saak val in daardie kategorie. B gee haar leerjas by WH se sakeplek in om skoongemaak te word. Omdat die skoonmaak van leerartikels volgens die proses wat WH gebruik soms, blykbaar, maar riskant kan wees, sodat tevredenheid nie gewaarborg kan word nie, word aan B 'n dokument met die opskrif „advice about leather garments” oorhandig waarin die aandag gevestig word op besondere gevare in dié verband en sekere wenke aan die hand gedoen word. B ontvang ook 'n ontvangsbewys (*docket*) aan die voetenent waarvan 'n kennisgewing verskyn wat begin met die gerusstellende woorde „whilst exercising the greatest care” en dan voortgaan om WH se aanspreeklikheid vir sekere gebeurlikhede uit te sluit. Die ergste gebeur - vanwaar die geding - en B se leerjas word beskadig, met die gevolg dat B vir WH aanspreek vir skadevergoeding ten opsigte van die beskadigde jas en ook terugbetaling van die R6 betaal ten opsigte van die skoonmaak. In 'n oorwoë uitspraak van regter Viljoen word verskeie regskwessies behandel. Ons vestig veral die aandag op een daarvan, nl. die eis vir die terugbetaling van die R6.

Die regter ontleed die kontrak tussen B en WH en kom tot die gevolgtrekking dat WH slegs onderneem het om sekere dienste te lewer, nl. om sy skoonmaakproses met die nodige sorg op die jas toe te pas, en nie om 'n sekere gevolg te bewerkstellig nie; d.w.s. hy het nie onderneem om die risiko te loop dat die proses ongewenste resultate sou hê nie.

„What it does,” sê die regter, „is to warn the public that there are certain dangers and risks attendant upon the cleaning and to make it quite clear that it is not guaranteeing results; it is not giving any warranty that the garments accepted for cleaning will stand the cleaning process or will not shrink or stretch or will be absolutely free from any marks, which warranty, but for such warning, might be said to have been given impliedly by the defendant who, after all, must be regarded as an expert in the field of dry-cleaning garments” (bl. 210 E-F).

Die kontrak, behoorlik uitgelê, maak voorsiening vir die lewering van dienste onafhanklik van die beheer van die ander kontraktant en nie vir die lewering van 'n bepaalde arbeidsresultaat nie. As WH hierdie onderneming nagekom het, is hulle geregtig op hulle ooreengekome vergoeding. Ten aansien hiervan vind die hof dat WH die leerjas onderwerp het aan beoogde skoonmaakproses en wel met die nodige sorg, omdat B nie nalatigheid deur WH bewys het nie. Derhalwe kon B se eis vir die terugbetaling van die R6 nie slaag nie.

Gestel egter dat nalatigheid bewys was?

„The basis of her (d.w.s. B se) claim for damages,” sê die hof, „was the amount which would put her in the position she would have been in if she had received back a coat not damaged in the dry cleaning process. That is the difference in value between the coat before and after the cleaning and did not include the amount of R6 because she was obliged to pay that in any event for the cleaning” (bl. 205 C-D).

Dit beteken, anders gestel, dat B nie uit die kontrak mag terugtree nie en dat sy ook nie die *exceptio non adimpleti contractus* mag opwerp nie. Sy is slegs geregtig op die vergoeding van die skade deur die beweerde nalatigheid veroorsaak, nl. die verskil in die waarde van die jas soos sy dit ontvang het en die waarde daarvan soos sy geregtig was om dit te ontvang, d.w.s. die waarde van die skoon jas asof daar presteer was volgens die kontrak. Dit is te betwyfel of die regter haar slegs die waarde van die ongereinigde jas wou laat toekom nadat sy daarvoor betaal het dat dit skoongemaak moet word. Hierdie grondslag om die bedrag waarop die eiseres geregtig is te bereken veronderstel sekerlik prestasie deur die ander party. Dit is natuurlik goed denkbaar dat daar in 'n gegewe geval sodanige nalatigheid aanwesig kan wees dat daar gesê kan word dat die ander party glad nie onder die kontrak presteer het nie. In so 'n geval behoort die benadeelde wel te kan weier om sy deel van die kontrak na te kom en skadevergoeding te eis op die basis wat die regter aangedui het, nl. die verskil tussen die waarde van die saak soos dit terug ontvang is en die waarde van die saak soos aan die ander party besorg.

D. J. JOUBERT

*Universiteit van Wes-Kaapland*

### S v. BOTHA 1970 (4) SA 407 (T)

*Opskorting van rybewyse ingevolge Ordonnansie 21 van 1966 (T) - Wanneer opskortingsbevel in werking tree*

Op 26 Mei 1970 is 'n vonnis weens bestuur onder die invloed van drank, insluitende 'n opskorting van die beskuldigde se rybewys, deur 'n regter by appèl tersyde gestel. Die vonnis word deur 'n nuwe vonnis



vervang, waarin die regter o.a. gelas dat die beskuldigde se rybewys vir 12 maande, bereken vanaf 13 Oktober 1969, opgeskort word.

Dit is nie duidelik waarom die regter die opskorting vanaf 'n vroeë datum, vermoedelik die datum toe die beskuldigde deur die landdros gevonniss is, laat bereken nie. Die vraag onstaan of die hof regtens so 'n opskortingsbevel vanaf 'n vroeër datum kan laat bereken, en of daar enige gronde vir so 'n prosedure is.

Ten eerste - die beskuldigde kon nadat hy teen die vonnis van die landdros geappelleer het, sy motor regmatiglik bestuur. Aantekening van appèl teen 'n vonnis én opskortingsbevel van 'n rybewys skort outomaties die opskortingsbevel op.<sup>1</sup> Hoewel die beskuldigde se rybewys dus vanaf 26 Mei 1970 met terugwerking vanaf 13 Oktober 1969 opgeskort is, raak dit hom nie vanaf die datum van aantekening van sy appèl nie en die opskorting het, met respek, myns insiens vanaf genoemde datum tot 26 Mei 1970, nie eintlik sin nie.

Maar in *S v. Motau* 1968 (4) SA 670 (A) is enige meningsverskil oor die datum waarop so 'n opskortingsbevel in werking moet tree deur die appèlhof uit die weg geruim en is beslis dat die opskorting op die datum van vonnis in werking moet tree; dit kan nie op 'n later of vroeër datum in werking tree nie.

Die vonnis is op 26 Mei 1970 deur die regter opgelê en ek wil met respek aan die hand doen dat die opskorting van die beskuldigde se lisensie vir 12 maande vanaf genoemde datum moes plaasvind.

F. C. NEL  
*Streeklanddros Klerksdorp*

*The Bar, on the whole, is not a profession for women.*

Leslie Blackwell

---

<sup>1</sup>Vgl. *R v. Hatfield* 1956 (1) SA 38 (SR) wat deur die Transvaalse hof gevolg is in *S v. Abraham* 1964 (2) SA 336.

# Boeke

## DIE REGSPOSISIE VAN DIE MAATSKAPPYDIREKTEUR

deur S. J. NAUDÉ

*Butterworths 1970; xxii and 343 pages; price R15.00*

The study of company law has attracted a wealth of literature which few, if any, other branches of the law can boast. Modern up-to-date textbooks are produced at a steady rate in most "western" countries and South Africa is no exception. From the point of view of a prospective author this situation undoubtedly presents the difficulty of making a *contribution* to a subject which has already been traversed by others. This new book provides proof, if any were needed, that it is always possible to introduce new constructive ideas despite an existing plethora of literature on the subject.

The most striking feature of the book is the profound and painstaking research which has gone into it. The jurisprudential nature of a director's office and the many legal difficulties arising therefrom are set out and discussed with admirable thoroughness and clarity. An example (although I regret having to single out topics for attention) is the question of the fiduciary relationship between a director and his company. Dealing with the liability to account for secret profits and the issues involved in *Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver* [1942] 1 All ER 378 the author is careful to point out that the decision is not authority for the proposition that a director is necessarily liable to his *company* for the profits he has made in the course of "insider trading" in his company's shares. Were that proposition correct it would lead to "die verregaande implikasie dat 'n maatskappy 'n vermoënsvoordeel van sy direkteur kan verhaal waar laasgenoemde by die verkryging van die voordeel nòg *qua* direkteur opgetree het, nòg sy belange in botsing met dié van die maatskappy gebring het" (at 120). In *Regal* it was apparent that the transaction undertaken by the directors gave rise to a "conflict of interests" situation.

The whole topic of "insider trading" is considered in the discussion on the absence of a fiduciary duty between a director and a member of the company. The author approaches the problem from the point of view that different considerations may apply where the director is the buyer and where he is the seller of his company's shares.

Regarding the latter aspect, one of the suggested solutions calls for comment. The point at issue may be illustrated by the following example which more or less resembles an example used by the learned author. A company owns a house as its sole asset. Director A, who (in effect) owns all the company's shares, sells these shares to B. At the time of the sale the house suffered from certain latent defects of which B was unaware. Had the house itself been sold B could have invoked the aedilician remedies, but here, on a strict legal analysis, it was the shares in the company and not the house itself which were sold. Nevertheless the practical and economic effect has been nothing less than what amounts to the sale of the actual house itself. Any layman would regard it as such. Can one "pierce the corporate veil"? It would seem that the learned author's solution would be that in some circumstances (notably, where *all* the shares are sold) the defect in the *res* could be, as it were, projected onto the "vorderingsreg." The author's submissions are "dat die konstruksie van 'n gebrek in 'n vorderingsreg as *merx* van 'n koopkontrak geregverdig is . . . (i) die verkoopte vorderingsreg betrekking het op 'n saak wat 'n gebrek het, en (ii) die bedoeling van die koper en verkoper was om in 'n ekonomiese sin oor die gebrekkige saak self te beskik. Die gebrek in die saak word dan op die vorderingsreg geprojekteer" (at 150).

However attractive this solution might be, it does amount to a piercing of the corporate veil - an extraordinary remedy which our courts are understandably slow to grant. Thus it is doubtful whether our courts will be prepared to regard the circumstances in the given example as justifying a piercing of the veil.

Although it is apparent that Professor Naudé did not intend this book to be a comparative study he has enriched it with references to "foreign" authorities and an entire chapter of 68 pages is devoted to an examination of the legal position of directors in Germany, the Netherlands and the USA.

In conclusion it must be said that this work, which earned the author the LL.D. degree, is not merely a handbook setting out the law relating to company directors. It is far more than that and its dominant characteristic is, I think, its philosophical approach to the whole subject. The author has attempted, wherever possible, to propound new ideas on the subject and the last chapter consists entirely of "gevolgtrekkings en aanbevelings." Whether one agrees or disagrees with his conclusions it can fairly be said, in my opinion, that Professor Naudé has made a positive and scholarly contribution to the subject and that his book fully merits a place in the library of anyone having an interest in company law.

J. S. McLENNAN  
*University of the Witwatersrand*

## DIE SAAKWAARNEMINGSAKSIE AS VERRYKINGSAKSIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

'n Regshistoriese en Regsvergelykende Onderzoek

deur D. H. VAN ZYL

„*Luctor et Emergo*,” Leiden, 1970. 203 bl.

Hierdie werk is deur die Universiteit van Leiden aanvaar as 'n proefskrif ter verkryging van die LL.D.-graad. Daar is 'n ongepagineerde Inleiding van 2 bl., die teks beslaan 172 bl., gevolg deur 'n Engelse opsomming van 3 bl., 'n lys van afkortings, aangehaalde gewysdes, bronne en register, wat altesame 28 bl., beslaan. Die werk is tegnies goed versorg, die taal is goed en dit lees glad. Drukfoute het ek nie opgelet nie.

„Die doel van hierdie ondersoek,” verklaar die skrywer in sy Inleiding, „is om te sien in hoe 'n mate, en onder welke omstandighede, die saakwaarnemingsaksie die funksie van 'n verrykingsaksie uitoefen, en, verder, in hoeverre dit as verrykingsaksie 'n selfstandige bestaan in die Suid-Afrikaanse reg voer.” Hierdie verskyningsvorm van die *gestor* se aksie noem hy deurgaans „die uitgebreide saakwaarnemingsaksie” om dit van die normale aksie te onderskei.

Daar is vier hoofstukke. Hoofstuk I behels die Romeinse reg, klassiek sowel as na-klassiek; hoofstuk II die ontwikkeling van die Romeinse reg vanaf 1000 n.C.; hoofstuk III gaan oor sewe moderne Europese regstelsels, en hoofstuk IV is gewy aan die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg.

Die skrywer het die taak wat hy homself gestel het, op 'n deeglike en voortreflike wyse volvoer. Dit blyk reeds uit die feit dat hy so 'n geweldige fondament gebou het vir die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg dat laasgenoemde slegs ongeveer een sewende van die werk in beslag neem. Dit beteken geensins dat daar 'n gebrek aan ewewig in die verhandeling bestaan nie - hierdie onderwerp is nou eenmaal een waar die grootste gedeelte van die materie wat vir die hedendaagse reg relevant is, buite Suid-Afrika en ver in die verlede te vind is. 'n Verdere feit wat beïndruk is die geweldige groot aantal skrywers wat geraadpleeg is - die lys van aangehaalde werke beslaan 26 bladsye! Ook verdien die sterk regsvergelykende inslag alle lof.

Om dan 'n bietjie in te gaan op die inhoud van die verhandeling - die normale aksie van die *negotiorum gestor* is nie 'n verrykingsaksie nie. Die *gestor* kan vergoeding eis vir sy uitgawes of aangegane skulde, al het die *dominus* minder of geen voordeel uit sy optrede verkry. Daar is egter uitsonderingsgevalle waar die aksie van die *gestor* wel beperk is tot die werklike verryking van die *dominus*. In sulke gevalle het mens met 'n

verrykingsaksie te doen wat onder die vaandel van *negotiorum gestio* vaar. Dr. Van Zyl ondersoek en bespreek dan hierdie gevalle. Hy bespreek die gevalle waar die *gestor* slegs met die oog op sy eie voordeel optree, of hy nou *bona fide* of *mala fide* was, waar die *dominus* 'n minderjarige was, waar die *dominus* die optrede verbied het, en gevalle van sg. „indirekte verryking.” Hy meen dat in verskeie gevalle waar verrykingsaanspreeklikheid in ons regspraak uitbreiding ondergaan het, mens eintlik met gevalle van hierdie uitgebreide saakwaarnemingsaksie te doen het, alhoewel dit nie altyd so ingesien is nie. Die uitgebreide saakwaarnemingsaksie, meen hy, kan nog verder ontwikkel word en kan, met die oog op die beslissing in *Nortje en 'n Ander v. Pool NO 1966 (3) SA 96 (A)* waarin die bestaan van 'n algemene verrykingsaksie ontken word, 'n nuttige funksie vervul.

Soos reeds gesê is, is dit 'n voortreflike verhandeling maar 'n paar kritiese opmerkings sal die resesent seker nie verkwalik word nie.

Dit is eienaardig en ietwat teleurstellend dat by die bespreking in hoofstuk I van die uitgebreide aksie waar die *animus negotia aliena gerendi* ontbreek (§4), en van die geval waar die *gestor bona fide* 'n ander se sake behartig menende dit is sy eie (§7) die skrywer hom nie uitlaat oor *D 10.3.14.1* en *12.6.33* nie. Hierdie tekste was immers groot struikelblokke in die weg van die *bona fide possessor* se aksie. Ook mis mens 'n bespreking van die geval waar 'n *gestor* se optrede nie *utiliter coeptum* was nie waar die *dominus* nogtans daardeur bevoordeel is. Sou daar nie ook in so 'n geval van verrykingsaksie sprake kan wees nie?

Effens hinderlik is enkele verwysings na De Groot volgens die gebruik van skrywers wat geskryf het voordat Schorer in sy 1767-uitgawe die werk van genommerde paragrawe voorsien het. Onthou sal word dat hulle verwys het na die voetnootnommers van Groenewegen. (Sien bv. voetnoot 307 op bl. 95 waar daar na De Groot 3.30.18 verwys word as 3.30.49, waarskynlik omdat die skrywer hier verwys na Huber se kommentaar op hierdie teks en Huber van 3.30.49 skryf.)

Nes prof. Scholtens, meen ook dr. Van Zyl dat die beginsel vervat in *D 3.5.5.5* wyd genoeg is om 'n aksie aan die eiser in die *Nortje*-saak te verleen het. (Bl. 161–2.) Dit is m.i. 'n aanvegbare stelling. In die Romeinse reg is hierdie teks nie opgeneem as sou dit 'n aksie aan 'n *possessor* of okkupeerder gee nie. Dit is dus twyfelagtig of die eiser in die *Nortje*-saak met 'n beroep op hierdie teks behoort te geslaag het.

'n Vraag waaroor daar aansienlike meningsverskil bestaan is die volgende: X lewer 'n prestasie aan B. Hy lewer dit nie self fisies nie, maar gaan 'n kontrak met A aan dat A die werk sal verrig. Voorbeelde hiervan is: X wil as *gestor* teenoor die afwesige B optree deur sy damwal van instorting te red, en hy huur in sy eie naam vir A om met sy stootskraper die werk te kom doen; X onderneem om 'n huis vir B te bou en hy gaan 'n subkontrak met A aan dat A die elektriese bedrading sal kom



insit; X is die *bona fide possessor* van B se grond en hy laat 'n huis deur A op die grond bou. In die laaste twee voorbeelde kan ons nog verder gaan en sê dat A op sy beurt werksmense huur om vir hom te kom werk. As A nou nie op X kan verhaal wat X hom *ex contractu* verskuldig is nie, bv. omdat X bankrot gespeel het, kan A dan vir B met 'n gewone aksie as *gestor* of met 'n verrykingsaksie aanspreek? As die werksmense wat A gehuur het, geen betaling ontvang nie, kan hulle vir X of vir B aanspreek?

Skrywer het elders uitvoerig betoog dat die antwoord op hierdie vraag ontkenkend moet wees omdat A nie teenoor B gepresteer het nie en omdat B nie ten koste van A verryk is nie. As hy hoegenaamd verryk is, geregverdigd of ongeregverdigd, is dit ten koste van X. Om so 'n aksie te verleen sou bowendien inbreuk maak op die *paritas creditorum*-reël. A, 'n onversekerde skuldeiser van X, sou ten volle betaling kry ten koste van die ander skuldeisers deurdat hy, in effek, 'n eis van X teen B verorber. As B vir A betaal het sou sy aanspreeklikheid teenoor X se boedel immers dienooreenkomstig verminder.

Ons skrywers staan, met enkele uitsonderings, nie so 'n aksie toe nie. Hulle verklaar bv. nie dat waar X as *negotiorum gestor* teenoor B wou optree, hy 'n aksie het slegs indien hy alreeds vir A vergoed het, maar dat A andersins self vir B kan aanspreek nie. So bv. verklaar De Groot in 3.27.5 dat die *gestor* 'n aksie het, nie slegs om sy onkoste te verhaal nie maar ook om „*bevrydt te worden van alle verbintenissen daardoor met anderen aangegaan . . .*” Voet 3.5.8 is van dieselfde strekking. Waar van die *bona fide possessor* se aksie of retensiereg gepraat word, word nooit verklaar dat hy kan eis slegs waar hy eiehandig die werk verrig het (*quod raro accidit!*) of waar hy die persone wat hy gehuur het om die werk te doen, alreeds vergoed het nie. Daar word ook nooit enige aanduiding gegee dat 'n subkontraakteur (of lg. se werknemers) self die aanbesteder kan aanspreek indien hul geen bevrediging van hul werk-gewer kan kry nie.

Ons regspraak staan, in hoofsaak, ook op hierdie standpunt maar in die geval van retensieregte word wel van hierdie standpunt afgewyk, m.i. ten onregte. (Sien skrywer se „Retensieregte Weens Verryking” in 1970 *THRHR* 357.)

Dit is in hierdie verband dat ek die grootste beswaar teen die onderhawige verhandeling het. Dr. Van Zyl verklaar wel dat hy „nie graag tot die polemieë oor die ‚ten koste van’-vereiste wil toetree nie” (bl. 168) maar desnieteenstaande het hy tog heelwat te sê oor wat hy „indirekte verryking” noem. In hoofstuk IV wy hy 'n afdeling daaraan (bl. 163–169) en ook in die voorafgaande hoofstukke raak hy die onderwerp aan. Dit blyk dat hy in al die gevalle wat hierbo genoem is, 'n aksie aan A teen B wil gee as A nie betaling van X kan kry nie. Hy beweert dat voordat X, wat as *gestor* teenoor B wou optree, vir A betaal

het, A as *gestor* kan eis (bl. 164-165), dat die kontrakteur wat in opdrag van 'n okkupeerder (en dus ook 'n *possessor*) bouwerk verrig het op 'n ander se grond, die grondeienaar kan aanspreek indien hy nie deur die okkupeerder betaal word nie (bl. 168-169) en meen skynbaar dat die onbetaalde subkontraakteur direk die aanbesteder kan aanspreek. (Bl. 167.) Sou die werknemers van die subkontraakteur dan nie ook die hoofkontraakteur en/of die aanbesteder kan aanspreek nie?

Dit is m.i. bedenklieke opvattinge en in regstelsels waarin die „ten koste”-vereiste nie gehandhaaf word nie, word aan die een kant gesukkel met allerlei lompe begrensingsmiddele om tog nie die verrykingsaanspreeklikheid te wyd te maak nie en aan die ander kant word soms tot onaanvaarbare uitkomstes geraak. Dr. Van Zyl behoort dus sy opvattinge te verdedig het. Hy moes bv. tekste soos die reeds genoemde De Groot 3.27.5 en Voet 3.5.8 bespreek het. Hy moes ingegaan het op die vraag wie in sulke gevalle regtens die *solvens* en wie die *accipiens* is en hy moes verduidelik het waarom hierdie tekste (en ander van soortgelyke strekking - hierdie is nie die enigstes nie) sy opvattinge nie in die weg staan nie. Hy moes verduidelik het waarom die *paritas creditorum*-reël, wat so diep in ons reg gewortel is, in hierdie gevalle verontagsaam kan word. Hy het dit nie gedoen nie, en alte maklik kant gekies in die polemieë.

Hierdie enkele kritiese aanmerkings moet nie beskou word as 'n veroordeling van die werk nie. Die geheelindruk wat dit laat is dat dit 'n deeglike en lesenswaardige stuk navorsing is waarop die skrywer van harte gefeliseer moet word. Die hoop wat hy uitspreek dat sy benadering en die gesigspunte wat hy open in die toekoms 'n nuttige funksie kan vervul deur gedeeltelik die leemte wat die meerderheidsuitspraak in *Nortje v. Pool* met sy ontkenning van die bestaan van die algemene verrykingsaksie geskep het, te vul (bl. 171-172) kan bes moontlik vervul word.

WOUTER DE VOS  
*Universiteit Kaapstad*

## CROSS-EXAMINATION - A PRACTICAL HANDBOOK

by GEORGE COLMAN QC

*Juta & Co Ltd, Cape Town, Wynberg, Johannesburg 1970; 169 pp. ·  
Price R5.75*

It is often stated that the art of batsmanship is one that cannot be completely taught to the aspiring cricketer. The gifted batsman is born, not made. By dint of assiduity and application an ambitious sportsman may become an adequate batsman, but he will never be in the same

class as that batting genius whose gifts were shaped in him without the aid of coach and practice.

Much the same has been said about the art of cross-examination. The born cross-examiner with the unerring and spectacular flair for finding chinks in the armour of a witness is a rare phenomenon; he seems to know instinctively when to probe, when to raise his voice and (most important) when to desist. The rest of us can merely hope to be adequate and competent cross-examiners. But how does one learn? It has been said that basically there are no more than two aims to cross-examination - to elicit evidence favourable to your client, and to weaken evidence unfavourable to him. That is all very well, but the application of these two basic rules to the complex and, often, unexpected situations encountered in the courts is one of the most challenging and formidable of tasks.

South African practitioners who have had the pleasure of appearing before Mr Justice Colman, or who have studied his judgments, will welcome the book which he chose to write about cross-examination. It was a happy choice, since it represents the meeting between so elusive and difficult a subject and an author with the ability of expressing himself clearly, cogently and with a felicity of language that makes the most abstruse of subjects practical and convincing. The choice of the sub-title "A Practical Handbook" is not accidental. This is not a legal textbook in the usual sense of the word; it is a handbook of practical information, to be consulted from time to time and to be digested at leisure.

Mr Justice Colman deals with a vast subject in sensible, common-sense fashion. Where it is practical to classify his material, or to lay down general rules of guidance, he has done so. The true wealth of the book lies in the help which it will give the practitioner, experienced or otherwise, in avoiding the dangers of inept cross-examination. What is more, there is a subtle emphasis placed upon rules of fair play. Law is not a game, but the serious and honourable business of arriving at the truth.

In regard to a book of this nature it would be superfluous and unwise to attempt an analysis of the author's classification and method of presentation. The book is a joy to read because it abounds with graphic examples and comments which have their foundation in practical good sense, presented in an easy and harmonious style. It is a book to read again and again, and to reflect upon at leisure. It illustrates how much preparation may sometimes be required for cross-examining witnesses, but also how often the elusive opening for which the practitioner must always be vigilant will present itself suddenly and unexpectedly, and must be seized at once without the opportunity for lengthy preparation. There are no tricks of the trade or shabby stratagems to be employed in the search for truth.

Though couched in a light-hearted and easy style, this book is a serious contribution to a much-neglected field of law. The practitioner who makes a conscientious study of its contents, though he may never quite rival the born cross-examiner, can train himself to be a competent and adequate contributor to the search for truth. Mr. Justice Colman is to be thanked for throwing light upon so vast a subject in such a stimulating manner.

H. J. PREISS  
*Member of the Pretoria Bar*

## THE LAW OF SURETYSHIP IN SOUTH AFRICA

Deur L. R. CANEY (met 'n hoofstuk oor die Romeinse reg deur R. O. DONELLAN)

*Juta & Kie Bpk, Kaapstad|Wynberg|Jobannesburg; 2de uitgawe, 1970; xxiii en 249 bl.; Prys R12.75*

Die eerste uitgawe van hierdie werk in 1936 het in die 1936 *SALJ* 459 die volgende woorde ontlok nl. „an extremely practical work . . . of great assistance to lawyers.” Die huidige uitgawe is nog steeds 'n praktiese werk wat van groot hulp vir regsgeleerdes kan wees. Die skrywer sê self in sy voorwoord:

„The book is intended for the use of the practical lawyer, whether judge, advocate, attorney or law student; the academic may be dissatisfied at the absence of erudite examination of the medieval writers, but that angle must be left to others in closer association with them.”

Die bogenoemde in ag geneem is ek van oordeel dat die werk geslaagd is en baie nuttig gebruik kan word. Daar is genoegsame verwysings na die ou skrywers om as aanknopingspunt te dien vir iemand op wie se weg dit val om 'n diepgaande ondersoek in te stel.

Die boek is in drie dele verdeel. Deel I handel oor die aard van die borgkontrak, sy totstandkoming en werking (98 bl.); deel II bevat 'n behandeling van die borg se regte (99-160) en deel III gaan oor die bevryding van die borg (161-214). In die laaste hoofstuk word aandag geskenk aan probleme in verband met die aanwysingsreg (215-219). Hierdie oorsig is heeltemal bevredigend hoewel enkele punte van kritiek aangestip kan word:

- (i) Bl. 216: Ter ondersteuning van die toepassing van die objektief bepaalde *proper law* by bevoegdheid kon verwys gewees het na *Powell v. Powell* 1953 (4) SA 380 (W) waar dié benadering *obiter* goedgekeur is.
- (ii) Bl. 216: Ten aansien van die gelding van die *lex rei sitae* kon eerder na *Ferraz v. D'Inhaca* 1904 TH 137 as na Halsbury en Dicey verwys gewees het.



- (iii) Bl. 218: Ten opsigte van formaliteite kon ook na die volgende Suid-Afrikaanse beslissings verwys gewees het - *Mitchell Cotts & Co. v. Commissioner of Railways* 1905 TS 349; *Ferraz v. D'Inhaca* 1904 TH 137, 142; *Hamburg v. Pickard* 1906 TS 1010 (PC) en *Roux v. Kuils River Syndicate* 1912 TPD 547.
- (iv) Bl. 219: Die skrywer handhaaf die onderskeid tussen formaliteite wat deel van die „proses” is en formaliteite wat op die kontrak self betrekking het. Miskien word sodoende 'n ongeregverdigde gelding aan die *lex fori* toegeken. Hierdie onderskeid het tot gevolg dat talle probleme veroorsaak word soos duidelik uit die Anglo-Amerikaanse regspraak blyk. (Vgl. *Cheshire Private International law* (7de uitg.) 581 e.v.)

In Hoofstuk I behandel R. O. Donellan die geskiedenis van borgtog in die Romeinse reg. Hoewel die skrywer nie bedoel het om 'n te diepgaande studie van die Romeinse reg te onderneem nie meen ek dat hy geslaag het om 'n sinvolle oorsig van die gebied te gee. Hierdie hoofstuk is na my oordeel 'n geskikte inleiding vir 'n werk van hierdie aard.

Hoofstukke 2 tot en met 16 handel eintlik oor die borgkontrak. Die skryfstyl is logies en die argumente van die skrywer word maklik gevolg. Miskien sou kantopskrifte dit vir die leser makliker maak om 'n spesifieke onderwerp waarin hy geïnteresseerd is, te vind. Die indeks (221-249) is bondig en volledig en maak die werk maklik toeganklik sodat die vereiste in bostaande opmerking miskien nie as absoluut gesien moet word nie.

Die skrywer verwys na die *Annual Survey*, o.a. 1956, 140; 1962, 203; 1963, 203; 1964, 135; 1966, 136, die *South African Law Journal*, o.a. 1926, 41 en 150; 1952, 367; 1954, 338; 1957, 130; 1959, 266; 1963, 16; 1964, 281; 1965, 355; 1968, 85 asook na enkele artikels in die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, o.a. 1964, 262; 1965, 30. Die regspraak word ook goed behartig. Dit is egter opvallend dat daar geen verwysing na De Wet en Yeats se *Kontraktereg en Handelsreg* (3de uitg. 311-317) is nie.

Die bespreking skyn my, alles in ag genome, goed te wees. Die boek is netjies gebind en die gehalte van die drukwerk is goed. Daar kom werklik min drukfoute voor.

Ek meen dat dit 'n baie bruikbare werk is wat die leser 'n begrip gee van die borgkontrak en as aanknopingspunt kan dien vir verdere en meer intensiewe navorsing oor bepaalde gebiede wat vir die leser ter sake mag wees.

D. F. MOSTERT  
Universiteit van Pretoria



## HYPOTHEEK OP ROEREND GOED (BEZITLOOS PANDRECHT)

door Mr. A. G. POS

*Kluwer, Deventer 1970; xiv 318 pp. (tevens verschenen als dissertatie Leiden)*

De schrijver heeft zijn werk op de titelpagina de ondertitel *Enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen* gegeven. De wenselijkheid van het instituut bezitloze zekerheid op roerend goed behandelt hij niet, omdat er hierover naar zijn mening voldoende literatuur bestaat. De vragen die hij aan de orde stelt zijn die naar de juiste term voor een bezitloos zekerheidsrecht op roerend goed, namelijk hypotheek op roerend goed dan wel bezitloos pandrecht; die naar het voorkomen van een dergelijk recht en die naar het effect tegen derdenverkrijgers en krediteuren. Hij schrijft vanuit en met het oog op de positie in het Nederlandse recht, waar de wetgever van het Burgerlijk Wetboek van 1838 bezitloze zekerheid van roerende zaken uitdrukkelijk afgewezen heeft, maar waar het hoogste rechtskollege, de Hoge Raad, sinds 1929 de eigendomsoverdracht tot zekerheid, waarbij de eigendom *constituto possessorio* overgedragen is, erkent, en daarmee dus in wezen een bezitloos zekerheidsrecht op roerend goed gekreëerd heeft, terwijl het Ontwerp-B.W. de eigendomsoverdracht tot zekerheid verkregen door *constitutum possessorium* weer niet erkent, maar twee soorten bezitloos pandrecht kent, beide alleen op roerende zaken die tot een onderneming behoren.

Na een overzicht van het Romeinse recht tot omstreeks de 16e eeuw volgt een behandeling van twee rechtsstelsels die voor dit onderwerp rechtstreekse invloed op het Nederlandse recht uitgeoefend hebben, namelijk het Duitse en het Franse. Deze behandeling mondt uit in een bespreking van het Nederlandse recht. Alle drie rechtsstelsels worden besproken vanaf omstreeks de 16e eeuw tot heden. Hierna volgt een zuiver rechtsvergelijkend gedeelte, waarin tegenover de aarzelende toelating van bezitloze zekerheidsrechten in de besproken kontinentaal-Europese rechtsstelsels de regeling in het Amerikaanse recht gesteld wordt, dat deze rechten sinds lang kent.

In het slothoofdstuk volgen enkele konklusies de *iure constituendo*, uiteraard binnen het bestek van deze studie vallend, dat wil zeggen hoofdzakelijk van theoretisch-systematische aard. Op rechts-historische gronden geeft de schrijver de voorkeur aan de term hypotheek op roerend goed voor een bezitloos zekerheidsrecht op roerend goed, hoewel hij toegeeft dat de term bezitloos pandrecht te zeer ingeburgerd is om nog vervangen te kunnen worden, aldus de gedeelten van zijn werk over deze terminologische vraag wel erg theoretisch makend.

Op rechtssystematische gronden prefereert hij een afzonderlijke regeling van bezitloze zekerheid op roerend goed in de vorm van hypotheek op roerend goed, c.q. bezitloos pand, boven één in de vorm van eigendomsoverdracht tot zekerheid. Voor de uitwerking van een dergelijke regeling stelt hij de methode voor die het Amerikaanse recht gevolgd heeft in de Uniform Commercial Code, namelijk neerlegging van een aantal algemene regels voor zekerheidsrechten, die toegepast worden ongeacht de vorm van zekerheid die partijen gekozen hebben.

Met alle waardering voor de keuze van een belangrijk, aktueel en kontroversieel onderwerp als bezitloos pand, of, zo men wil, hypotheek op roerend goed, en voor de belichting van juist enkele rechtshistorische en systematische facetten, maakt dit werk toch een wat halfslachtige indruk, mogelijk ook door de combinatie rechtsgeschiedenis-rechtsvergelijking.

Een afgeronde, uitputtende, rechtshistorische behandeling vormt het werk niet en pretendeert het niet eens te vormen. De schrijver heeft zich in het algemeen tot gedrukte bronnen beperkt, teneinde, aldus de inleiding, omvang en voorbereidingstijd te beperken. Hierdoor stuit men keer op keer op gedeeltes waar de schrijver geen afdoende bespreking kan leveren, omdat dat een bronnenonderzoek gevraagd zou hebben. Om enkele voorbeelden te noemen, de hele Duitse rechtsgeschiedenis wordt, omdat dit land niet genoeg invloed op het Nederlandse recht gehad heeft, uitsluitend aan de hand van 19e en 20e eeuwse beschrijvingen van de rechtsgeschiedenis besproken. In het hoofdstuk over Frankrijk noemt de schrijver één theorie over het ontstaan van de hypotheek, met de namen van enkele auteurs die deze theorie aangevallen hebben, maar kan zelf geen standpunt kiezen. Als deze onderwerpen wel van belang zijn, moeten ze in een studie die, althans gedeeltelijk, rechtshistorisch opgezet is, adequaat behandeld worden. Als ze niet van belang zijn, is het niet nodig ze überhaupt ter sprake te brengen.

Eenzelfde indruk van karigheid krijgt men bijvoorbeeld ook in het hoofdstuk over de geschiedenis van het Nederlandse recht. De positie van de hypotheek op roerend goed in de 16e eeuw wordt op grond van welgeteld twee eigentijdse bronnen en enkele latere bronnen bepaald. Het stelsel tijdens de Republiek wordt hoofdzakelijk aan de hand van de Inleiding van de Groot beschreven, omdat de Groot voor dit onderwerp door moderne auteurs als de samenvatting van het geldende recht van die tijd beschouwd *wordt*.

De rechtshistorische gedeelten van dit werk zijn naar mijn mening, nogmaals, voor een studie met rechtshistorische opzet, te licht.

Voor het rechtsvergelijkende gedeelte kan men mijns inziens slechts waardering hebben, met name voor de beschrijving van het Amerikaanse stelsel, omdat dit zo principieel anders, zo men wil verder,

is, wat de geleentheid bied het funksioneren in de praktyk van bepaalde instellings soos byvoorbeeld registerpand te beskouwen.

MARIJKE REINSMA  
*Universiteit van Zuid-Afrika*

## LE DEFINIZIONI DEI GIURISTI ROMANI

deur ANTONIO CARCATERRA

*Jovene, Napoli, 1966, 247 bl.*

Hierdie werk van Carcaterra is 'n aanval op die tradisionele standpunt gehuldig deur Pringsheim en Schulz dat die Romeinse juriste hulle slegs met „case law” besig gehou het en teoretisering oor die reg vermy het. Volgens Pringsheim en Schulz het die Romeinse juriste slegs praktiese gevalle behandel en nooit oor teoretiese grondslae en stelreëls van die Romeinse reg bespiegel nie. Carcaterra voel dit sy taak om te bewys dat die juriste hul wel met hierdie abstrakte aangeleentheid bemoei het.

In die eerste hoofstuk ontleed die outeur die beroemde aanhaling van Javolenus in *D 50.17.202: omnis definitio in iure civili periculosa est*. Hierdie teks word dikwels aangehaal as bewys van die Romeinse juriste se antipatie teen abstrakte omskrywings.

Die outeur steun op die onderskeid wat in Cicero se *De Oratore* 2.108 aangetoon word tussen die gebruik van omskrywings met die doel om praktiese gevalle op te los en die gebruik van omskrywings in wetenskaplike gesprekke. Volgens die outeur is die betekenis wat Javolenus aan bogenoemde passasie heg 'n suiwer praktiese betekenis, naamlik dat definisies gevaarlik is wanneer 'n mens die positiewe reg, d.i. die reg wat in die praktyk toegepas word, formuleer. Javolenus dink glad nie aan omskrywings vir didaktiese of wetenskaplike doelstellinge nie.

In die tweede hoofstuk bewys Carcaterra dat die Romeinse juriste wel daartoe in staat was om te veralgemeen. Talle voorbeelde toon aan dat hulle wel aan 'n abstrakte en analitiese werkswyse gewoond was. Die outeur toon ook aan dat so 'n gedagtegang eie aan die Romeine was en nie noodwendig op Griekse lees geskoei was nie. Romeinse sosiale en religieuse lewe bevat talle voorbeelde van algemene stellings en omskrywings, soos die gebruik van definisie in die *sacra interpretatio* getuig (sien Macrobius III.3.1).

Hoofstuk drie word gewy aan die aard van die regsomskrywings wat in Cicero se *Topica* aangetref word. Hierdie werk van Cicero wat

geskryf is ter toeligtig van die juris Trebatius Testa het die latere regsleer baie beïnvloed.

In hoofstuk vier word van die talle definisies wat deur Romeinse juriste gebruik is, bespreek. Voorbeelde is die volgende: *possessio* (Aulus Gellius); *coniunctio* (D 50.16.29); *argentum* (D 34.2.27.6); *aqua pluvia* (D 39.3.1pr.); *mutuum* (Gaius III.90); *pactum* (D 2.14.1.1); *dolus malus* (D 4.3.1.2); *pauperies* (D 9.1.1.3); *noxales actiones* (D 9.4.1pr.); *magister navis* (D 14.1.1.1). Volgens Carcaterra is hierdie omskrywings om sowel wetenskaplike as didaktiese redes geformuleer.

In hoofstuk vyf word eie Justiniaanse interpretasie van D 50.17.202 bespreek. Volgens Carcaterra het Justinianus alle definisies as gevaarlik beskou omdat hulle die outoriteit van die *ius civile* soos gestandaardiseer in sy *Corpus Iuris* kon ondermyn.

Die werk word afgesluit deur vier losstaande studies naamlik die struktuur van die *definitio*; die hervorming van wetenskaplike definisies tot normatiewe definisies; die onderskeie soorte normatiewe definisies en die waarde van *definitiones*.

Hierdie werk is saam met die werk van Martini, *Le Definizioni dei Giuristi Romani*, en Stein se *Regulae Iuris* gesaghebbend op die gebied van die tegnieke wat deur Romeinse juriste gebruik is.

C. G. VAN DER MERWE  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## THE LAW OF PERSONS IN THE LATER ROMAN REPUBLIC

deur ALAN WATSON

*Oxford University Press* 1967 xii en 269 bl.

Hierdie werk van prof. Watson is die tweede in 'n reeks van drie volumes wat die ontwikkeling van die Romeinse reg in die laaste twee eeue van die Romeinse Republiek behandel. Die eerste werk in die reeks, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, het reeds in 1965 verskyn, terwyl die derde, *The Law of Property and Succession in the Later Roman Republic*, in 1968 verskyn het. Die outeur skryf ook 'n werk oor *Legal Science in the Later Roman Republic*, wat binnekort sal verskyn.

In die onderhawige werk word onderwerpe oor die familiereg en personereg behandel. Wat die familiereg betref, word onderwerpe soos *sponsalia*, die Romeinse huwelik, *divortium* en *dos* behandel, terwyl onderwerpe soos *patria potestas*, *tutela*, slawerny, die posisie van die *statuliber* en die *libertus* in die afdeling oor personereg behandel word.



Die boek word afgesluit met 'n bespreking van *postliminium*, wat meer publiekregtelike aspekte soos burgerskap en *domicilium* raak.

Kritiek mag teen die werk geopper word dat dit nie die Romeinse personereg van die onderhawige periode sistematies uiteensit nie. Geen algemene tendense word aangedui nie en groot gebiede soos die verskillende klasse persone wat gedurende die tyd bestaan het en die soorte *potestas* waaronder hulle geval het, word geheel en al buite bespreking gelaat. Die hele werk is 'n versameling van 20 losstaande studies oor die Romeinse personereg. Sulke kritiek sou egter ongeregverdigd wees omdat daar talryke verwysings na vorige en toekomstige hoofstukke in die werk is en die hoofstukke logies op mekaar volg. Verder stel die outeur ook duidelik in sy voorwoord (bl. vii) dat hy nie beoog om 'n sistematiese uiteensetting van die stof te gee nie. Sy hoofdoel is om die bronne wat op hierdie periode betrekking het, deeglik te ontleed en konklusies daaruit te trek. Dit is dus te verstane dat aan die instellings waaroor daar die meeste gegewens bestaan, die meeste aandag gewy sou word. Instellings waaroor geen inligting bestaan het nie, is buite rekening gelaat.

Die skrywer doen dan ook 'n baie deeglike bronnestudie. Elke teks wat lig kan werp op die periode van ondersoek word noukeurig ontleed. Standpunt word ingeneem ten opsigte van vorige besprekings van die onderhawige tekste. Volgens die register word meer as 300 tekste uit die *Digesta* behandel terwyl talle tekste uit ander regsbronne soos die *Gai Institutiones* ook onder die soeklig geplaas word. Watson het 'n baie konserwatiewe benadering t.o.v. interpolasies. Hy kies nie die „maklike uitweg” om moeilike tekste as interpolasies af te maak nie maar kom telkens met 'n oorspronklike verduideliking van 'n „moeilike” teks voor die dag. Uit sy werk blyk dat hy voorwaar 'n meester van teksontleding is. Hy behandel slegs tekste wat direk oor die betrokke periode handel. Dit beteken dat hy slegs tekste van die *veteres* soos Alfenus en Quintus Mucius bespreek. In sommige gevalle snuffel hy op meesterlike wyse standpunte van hierdie skrywers uit sonder dat die tekste by name na hulle verwys (sien o.a. bl. 242).

Die oorgrote deel van die bronnemateriaal in hierdie werk is nie regstekste nie, maar die geskrifte van letterkundige skrywers soos Cicero, Plautus, Varro, Terentius en Tacitus. Watson is baie versigtig om in elke geval te verduidelik waarom 'n bepaalde aanhaling ook vir die regsposisie ter sake is. So verduidelik hy (*Obligations* 46, 47) dat Cicero nie 'n *iusprudentes* was nie, maar wel 'n *avocatus* wat as gevolg van sy skoling onder Quintus Mucius 'n groot belangstelling in die reg gehad het. Plautus weer het sommige van die Attiese regsreëls wat in die oorspronklike Griekse blyspele wat hy aangepas het vir Romeinse gehore, voorgekom het, in Romeinse regsreëls verander om dit meer verstaanbaar vir sy gehore te maak. Baie min van Watson se verduidelikings kan as vérgesog beskou word.



Hierdie werk van Watson behoort ook by Latiniste en sosiologiese geskiedkundiges belangstelling te wek (sien o.a. sy behandeling van *concupinatus*). Vir die studie van die Romeinse reg en veral die historiese ontwikkeling van Romeinsregtelike instellings is dit van die allergrootste belang.

C. G. VAN DER MERWE  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## JEWISH AND ROMAN LAW - A COMPARATIVE STUDY

deur B. COHEN

*Jewish Theological Seminary of America New York 1966. 2 volumes, xxvii, 897 en 22 bl.*

Vanaf die tyd van die *Mosaicarum et Romanarum Collatio* is al ge-  
poog om die Hebreeuse reg met die Romeinse reg te vergelyk. Hierdie  
werk van Cohen verteenwoordig die heel nuutste bydrae op hierdie  
gebied.

Die werk is ingedeel in vier dele. In die eerste deel verskaf die  
outeur 'n algemene inleiding waarin hy sy doel en metode van onder-  
soek uiteensit, die verhouding tussen *scriptum* en *voluntas* bespreek en  
die maniere waarop reg van moraal onderskei en afgebaken kan word  
verduidelik. In die orige drie dele word afsonderlike instellings wat  
sowel in die Hebreeuse as in die Romeinse reg voorkom, behandel.  
Hier volg hy die sistematiek van die Institute van Gaius: *ius quod ad  
personas pertinet, ius quod ad res pertinet, ius quod ad actiones pertinet*.

In die afdeling oor personereg behandel hy o.a. slawerny, *pere-  
grinitas, peculium, sponsalia* en *dos*. In die afdeling oor vermoënsreg word  
'n regvergelykende studie van o.a. *contrectatio, antichresis, specificatio,  
traditio clarium* en *usufructus* gemaak. In die laaste afdeling volg 'n aantal  
prosesregtelike onderwerpe: eierigting, arbitrasie en die eed. Die werk  
is voorsien van 'n volledige register en word afgesluit met 'n afdeling  
oor Hebreeuse reg wat die posisie van die minderjarige kind en die  
instelling van *derelictio* bespreek.

Sonder om enigsins afbreuk aan die hoë gehalte van hierdie werk  
te doen, kan die volgende voorbehoude geopper word. Aangesien die  
werk 'n versameling van artikels is, is die geheel-indruk fragmentaries.  
Die inleidende hoofstukke, wat in sigself losstaande studies is, verskaf  
nie genoegsame saambindende krag nie. Verder maak die feit dat geen  
algemene handboeke oor die Hebreeuse reg bestaan nie (sien bl. ix),  
'n regsvergelykende studie moeilik. Die moderne tendens is om eers  
die kenmerke, struktuur, sistematiek en interne logika van 'n afsonder-  
like regstelsel te bestudeer voordat tot regsvergelyking oorgegaan

word. Breë veralgemenings en die aandui van toevallige raakpunte tussen twee regstelsels word nie van veel waarde geag nie. Daar heers onsekerheid oor die kontinuïteit van die Hebreeuse reg na die verwoesting van Jerusalem in 70 nC en die Joodse opstande van 122 nC en 131 nC. Voordat hierdie netelige kwessie opgelos is, is 'n ernstige histories-regsvergelykende studie van die Hebreeuse reg baie bespiegellend. Myns insiens neem die skrywer ook nie genoeg kennis van die feit dat die onderskeiding tussen *ius* en *fas* nie so sterk in die Hebreeuse reg as in die Romeinse reg aangedui is nie. Die ritueel-religieuse het ongetwyfeld 'n sterker rol in die Hebreeuse instellings van o.a. *sponsalia* en *traditio clavium* as in die soortgelyke Romeinsregtelike instellings gespeel.

Nieteenstaande hierdie kritiek, bly die werk van Cohen 'n voortrefflike werk wat by regsgeleerdes wat in Hebreeuse reg, Romeinse reg en Regsvergelyking belang stel, aanbeveel kan word.

C. G. VAN DER MERWE  
*Universiteit van Suid-Afrika*

THE LAWYER'S POCKETBOOK 1971. Edited by Adv. M. J. Irwin. Butterworth & Co. (S.A.) (Pty) Ltd, Durban. 282 pages and full diary. Price R6.00

This useful work contains a great deal of information, set out in a readily accessible manner which should prove very convenient to an attorney in everyday practice. The contents consist largely of extracts chosen with circumspection from legislation most prevalent in practice, while useful addresses and tariffs of fees (e.g. estate agents' fees) are also included. The addition of a new section on metrication is to be welcomed, though one finds it hard to believe that attorneys need to be advised of the phases of the moon.

The only objection to the work is the full diary at the end which takes up more than 100 pages. The space allotted to each day is insufficient and any improvement in this sphere is likely to take the book even more out of true pocket book proportion. A solution may be to drop the diary altogether.

S. W. L. DE VILLIERS

*Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so-called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, -and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference. But such a mode of looking at the matter stinks in the nostrils of those who think it advantageous to get as much ethics into the law as they can.*

O. W. Holmes

# Nuwe Wetgewing

'n Kort selektiewe oorsig van

## WETGEWING VAN DIE VYFDE SESSIE VAN DIE DERDE PARLEMENT, JANUARIE TOT FEBRUARIE 1970

### *Wysigingswet op Finansiële Verbodings*

11 van 1970

Paragraaf 20 van die tweede bylae by die *Konsolidasie en Wysigingswet op Finansiële Verbodings, 1945*, word deur 'n nuwe par. 20 vervang en magtig provinsiale rade om skemas te ontwerp en uit te voer vir die voorsiening van water en die beskikking oor rioolvuil en industriële afval. Die bevoegdheid word verleen om korporasies in te stel om sulke skemas te ontwerp en uit te voer, belasting vir die skemas op vaste eiendom te hef en om gelde ten opsigte van water of dienste voorsien, te bereken.

### *Wysigingswet op die Kieswette*

12 van 1970

Artikel 8 van die *Wet tot Konsolidasie van die Kieswette, 1946*, is gewysig ten opsigte van die datum van algemene registrasie van kiesers in die Republiek en Suidwes-Afrika. Sodanige registrasie sal in 1973 plaasvind en daarna hoogstens elke vyf jaar.

Artikel 42 word gewysig om voorsiening te maak dat iemand wat op die stembag te alle tye gedurende die stembag buite die Republiek sal wees, ingevolge a. 71ter as 'n spesiale kieser kan stem.

Die wet verander die diensure van voorsittende beamptes vir stemme van spesiale kiesers en wysig die bepalings ten opsigte van kiesers wat nie voor-

sittende beamptes kan besoek nie asook die bepalings met betrekking tot die oorweging van spesiale stemme deur kiesbeamptes. Die wysigings van artikel 8 van die hoofwet word geag met terugwerkende krag in werking te getree het.

### *Wysigingswet op die Konstitusie van Suidwes-Afrika*

13 van 1970

Artikel 14 van die *Wet op die Konstitusie van Suidwes-Afrika, 1968*, is gewysig ten einde voorsiening te maak vir die ontbinding van die wetgewende vergadering van Suidwes-Afrika gelyktydig met die ontbinding van die volksraad van die Republiek.

### *Wysigingswet op die Besoldiging en Pensioene van Regters*

16 van 1970

Die wet bevat allerlei bepalings met betrekking tot die besoldiging en pensioene van regters.

### *Algemene Regswysigingswet*

17 van 1970

Die wet wysig die *Drankwet, 1928*; die *Wet op Landdroshowe, 1944*; die *Wet op Hotelle, 1965*, en die *Wet op die Konstitusie van Suidwes-Afrika, 1968*.

*Wet op Anatomiese Skenkings en Nadoodse Ondersoek*

24 van 1970

Voorsiening word gemaak vir die skenking van menslike liggame en menslike weefsel vir geneeskundige of wetenskaplike doeleindes. Sodanige skenking kan gemaak word deur iemand wat bevoeg is om 'n testament te maak en kan by wyse van testament, 'n mondelinge verklaring voor twee persone wat minstens 18 jaar oud is of 'n skriftelike stuk geattesteer deur minstens twee bevoegde getuies, gemaak wees. Die eggenoot, meerderjarige kind, broer of suster van 'n oorledene kan ook so 'n skenking maak, tensy die oorledene 'n strydige opdrag gegee het. Waar geen van die persone opgespoor kan word nie, kan 'n distrikgeneesheer, onderworpe aan sekere voorbehoude, die verwydering van weefsel van 'n oorledene magtig.

Die landdros in wie se distrik iemand gesterwe het of die geneesheer in bevel van 'n dodehuis, hospitaal of gemagtigde inrigting waarin iemand gesterwe het, kan op versoek van 'n geneesheer of tandarts toestem tot die verwydering van bepaalde weefsel of tot 'n nadoodse ondersoek op die liggaam van so 'n oorledene voor die begraving of verassing daarvan. Waar oogweefsel deur of onder toesig van 'n geneesheer verwyder word, is geen sodanige magtiging nodig nie.

Verwydering van weefsel van 'n lewende persoon vir 'n geneeskundige of wetenskaplike doel is regmatig indien dit ingevolge die bepalings van a. 7 geskied. Verwydering van sodanige weefsel geskied slegs met skriftelike toestemming in die geval van 'n volwassene en in die geval van 'n minderjarige, behoudens die bepalings van a. 7 (3), met die skriftelike toestemming deur sy ouers of voog. Vir die verwydering van bloed, vel of ander weefsel wat deur natuurlike herstellingsprosesse vervangbaar is, word nie skriftelike toestemming vereis nie en kan enige persoon wat geldiglik aan sy wil uitdrukking kan gee daartoe toestem. Die ouers of voog van 'n per-

soon onder die ouderdom van 14 jaar moet namens hom ook in hierdie gevalle toestem.

Artikel 9 sluit die privaat- en strafregtelike aanspreeklikheid ten opsigte van handeling te goeder trou van 'n geneesheer, tandarts of landdros uit. Artikel 10 belet die verkoop van weefsel vir geneeskundige of wetenskaplike doeleindes. Gemagtigde inrigtings mag egter sulke weefsel koop. Artikel 14 verbied die publikasie van die identiteit van 'n skenker of ontvanger van die liggaam of weefsel van 'n oorledene. In bepaalde omstandighede kan skriftelike toestemming egter daartoe verleen word.

Verder maak die wet voorsiening vir strafbepalings en ander in verband staande aangelenthede.

*Wet op Burgerskap van Bantoetuislande*

26 van 1970

Burgerskap van sekere Bantoetuislande en uitreiking van sertifikate van burgerskap aan Bantoepersone word moontlik gemaak. Artikel 3 bepaal dat die volgende klasse persone burgers van 'n bepaalde gebiedsowerheidsgebied is, te wete-

- (a) elke Bantoepersoon in daardie gebied gebore;
- (b) elke Bantoepersoon in daardie gebied gedomisileer;
- (c) elke Bantoepersoon in die Republiek wat 'n Bantoetaal praat wat gebesig word deur die Bantoebevolking van daardie gebied;
- (d) elke ander Bantoepersoon in die Republiek wat aan 'n lid van die Bantoebevolking van daardie gebied verwant is of wat homself met 'n deel van daardie bevolking vereenselwig het of wat vanweë sy kultuur- of rasse-agtergrond aan 'n deel van daardie bevolking verbonde is.

Artikel 2 bepaal dat die burgers van die gebiedsowerheidsgebiede in die gebied stemreg en alle regte, voorregte en voordele het en onderhewig is aan die

pligte, verpligtinge en verantwoordelike hede van burgerskap van die gebied. So 'n burger word nie as 'n vreemdeling in die Republiek beskou nie en bly vir alle doeleindes 'n burger van die Republiek en volle beskerming ingevolge die internasionale reg word aan hom verleen.

Die wet bepaal hoe burgerskap verloor word en hoe die uitreiking van sertifikate van burgerskap moet geskied. Bepalings oor besware en appèlle, misdrywe en strawwe, regulasies en ander in verband staande aangeleenthede word voorts in die wet vervat.

*Die volgende wette van die vyfde sessie van die Derde Parlement is nie in bostaande seleksie ingesluit nie.*

- 1 van 1970: Addisionele Poskantoorbegrotingswet
- 2 van 1970: Gedeeltelike Poskantoorbegrotingswet
- 3 van 1970: Poskantoor-herreëlingswysigingswet
- 4 van 1970: Private Wysigingswet op Die Apostoliese Geloof Sending van Suid-Afrika
- 5 van 1970: Addisionele Begrotingswet
- 6 van 1970: Gedeeltelike Spoorweg- en Hawebegrotingswet
- 7 van 1970: Addisionele Spoorweg- en Hawebegrotingswet
- 8 van 1970: Wysigingswet op Pneumokoniosevergoeding
- 9 van 1970: Ongevallewysigingswet
- 10 van 1970: Wysigingswet op die Brandstofnavorsingsinstituut en Steenkool
- 14 van 1970: Gedeeltelike Begrotingswet
- 15 van 1970: Wet op die Bybelgenootskap van Suid-Afrika
- 18 van 1970: Wysigingswet op Beheer oor Wyn en Spiritualieë
- 19 van 1970: Wysigingswet op Bantowetgewing
- 20 van 1970: Wysigingswet op die Pensioenwette
- 21 van 1970: Wysigingswet op Nywerheidsversoening
- 22 van 1970: Wysigingswet op Nasionale Gedenkwaardighede
- 23 van 1970: Wysigingswet op Finansiële Instellings
- 25 van 1970: Finansiewet
- 27 van 1970: Tweede Wysigingswet op Bantowetgewing

## **WETGEWING VAN DIE EERSTE SESSIE VAN DIE VIERDE PARLEMENT, JULIE TOT OKTOBER 1970**

### *Wysigingswet op Bevolkingsregistrasie*

29 van 1970

Die *Bevolkingsregistrasiewet, 1950*, word gewysig ten einde die samestelling en instandhouding van die register van die bevolking van die Republiek verder te reël. Voorsiening word gemaak vir die uitreiking aan persone van identiteitsdokumente in plaas van persoonskaarte. Artikel 5 van die wet vervang a.7 van die hoofwet en bepaal watter besonderhede in die register opgeneem moet word. 'n Veertiental items word in die artikel gemeld en bevat onder andere besonderhede aangaande verpligte im-

munisering teen poliomiëlitis en pokkies, opvoedkundige kwalifikasies en beroep, bestuurderslisensies, ens.

Artikel 7 van die Wet wat a. 10 van die hoofwet vervang, vereis dat die sekretaris in kennis gestel moet word van die verandering van verblyfplek en posadres van iedere persoon wie se naam in die register opgeneem is.

Bepalings aangaande die vertoning van identiteitsdokumente in bepaalde omstandighede asook voorsiening vir ander in verband staande aangeleenthede word verder in die wet vervat.



*Wet op Argitekte*

35 van 1970

Die Suid-Afrikaanse Raad vir Argitekte wat met regs persoonlikheid bekleed is, word deur die wet ingestel. Die bevoegdheid van die raad word in a. 7 omskryf en die belangrikste daarvan is om: argitekte of argitekte-in-opleiding as sodanig te registreer; die minimum vereistes vir sodanige registrasie by die minister aan te beveel; by die minister aan te beveel watter soort werk wat by die argiteksberoep tuishoort, vir argitekte voorbehou moet word; minimum gelde waarop 'n argitek vir sy dienste geregtig is, aan te beveel; ens.

Die wet bevat voorts allerlei bepalings om die behoorlike funksionering van die raad moontlik te maak.

*Wet op Bourekenaars*

36 van 1970

Ingevolge artikel 3 van die wet word die Suid-Afrikaanse Raad vir Bourekenaars ingestel. Die raad wat met regs persoonlikheid bekleed is, het soortgelyke bevoegdhede as die Suid-Afrikaanse Raad vir Argitekte. Die *Wet op Bourekenaars, 1970*, stem ook in die meeste opsigte ooreen met die *Wet op Argitekte, 1970*.

*Wet op Identiteitsdokumente in Suidwes-Afrika*

37 van 1970

Die doel van die wet is om aan die inwoners van die gebied Suidwes-Afrika identiteitsdokumente uit te reik wat ooreenstem met die identiteitsdokumente soos voorgeskryf in die *Wysigingswet op Bevolkingsregistrasie, 1970*. Die bepalings van hierdie wet stem dan ook hoofsaaklik ooreen met die bepalings van die *Wysigingswet op Bevolkingsregistrasie, 1970*.

*Wysigingswet op die Hooggeregshof*

41 van 1970

Die bepalings in a. 10 van die *Wet op die Hooggeregshof, 1959*, dat 'n regter van

die Suidwes-Afrika-afdeling alleen na oorlegpleging met die administrateur van die gebied aangestel word, is geskrap. Die verwysing na 'n regter van die Suidwes-Afrika-afdeling in die ampseed is ook geskrap.

Artikel 19 (1) van die hoofwet word vervang deur 'n nuwe artikel 19 (1) ten gevolge waarvan 'n provinsiale of plaaslike afdeling regsbevoegdheid verkry oor 'n persoon wat buite sy regsgebied woon of is en wat gevoeg word as 'n party by 'n geding wat binne die regsgebied van die afdeling is of wat ingevolge 'n derde partykennisgewing 'n party by so 'n geding word, indien bedoelde persoon binne die regsgebied van 'n ander provinsiale of plaaslike afdeling is.

Die uitreiking van prosesstukke teen regters word verder gereël en voorsiening word gemaak vir 'n hoër strafbevoegdheid vir oortredings in verband met eksekusie.

*Hersieningswet op die Voor-Unie-Wette*

42 van 1970

'n 88-tal wette word herroep met die voorbehoud uiteengesit in a. 2. 'n Paar van die herroepde wette kan gemeld word:

The Governor's Salary Law of 1873, 10 van 1874, Natal;

To facilitate the Registration of Bantu Servants and Servants belonging to Uncivilised Races within the Boroughs of Pietermaritzburg and Durban, 21 van 1888, Natal;

Bekragtiging van „Zandrivier Conventie” van 1852, Volksraadsbesluit, 18 Maart 1852, Artikel 10;

Geen trems deur meganiese krag aangedryf te word nie, Eerste Volksraadsbesluit, 1 September 1898, Artikel 1055.

*Wysigingswet op Huwelike*

51 van 1970

Die uitvoering van die bepalings van die *Huweliks wet, 1961*, ten opsigte van

Bantoe in die Republiek en 'n lid van een of ander van die naturelle-volke in Suidwes-Afrika word aan die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling opgedra en voorsiening word gemaak dat die uitvoering van sekere ander wette ten opsigte van 'n Bantoe aan genoemde minister opgedra kan word.

Artikel 12 van die hoofwet word deur 'n nuwe a. 12 vervang waarvolgens geen huwelik bevestig mag word sonder die voorlegging van identiteitsdokumente uitgereik ingevolge die bepalings van die *Bevolkingsregistrasiewet, 1950*, of die *Wet op Identiteitsdokumente in Suidwes-Afrika, 1970*, of 'n voorgeskrewe bedigde verklaring nie.

Artikels 13-21 van die hoofwet word herroep en daarmee is die bepalings ten opsigte van huweliksgebooic, kennisgewings van voorneme om te trou en spesiale huwelikslisensies afgeskaf.

Artikel 26 van die hoofwet is gewysig sodat dit moontlik is vir meisies van die ouderdom van 15 jaar en ouer om sonder verlof van die minister te trou.

Die *Huweliks wet, 1961*, word van toepassing gemaak op die gebied Suidwes-Afrika.

*Wysigingswet op Landdroshowe*  
53 van 1970

Die *Wet op Landdroshowe, 1944*, word van toepassing gemaak op die gebied Suidwes-Afrika. Voorsiening word gemaak vir die vasstelling van 'n gebied in 'n distrik en 'n plek in so 'n gebied waar hofsittings vir daardie distrik gehou kan word. Die samestelling van die Adviseerende Raad op Aanstellings vir Streekafdelings is gewysig.

Die wet maak voorsiening vir die beskikking in sekere omstandighede oor goed ten opsigte waarvan 'n beslaglegging teruggetrek is. Verdere voorsiening vir die opskorting van vonnisse word gemaak en sekere verwysings na die register van siviele sake en na die reëls wat in die tweede bylae by die „Magistraatshoven Wet, 1917,” vervat

is, word geskrap. Verdere voorsiening word gemaak vir die oorpasing van verrigtinge na die hof van 'n streekafdeling, sekere strafbepalings word gewysig, die woord „Unie” word deur die woord „Republiek” in sekere bepalings vervang en voorsiening word gemaak vir bykomstige aangeleenthede.

*Wysigingswet op Huurgelde*  
56 van 1970

Die omskrywing van „redelike huur” is ietwat gewysig. Die omskrywing van „waarde” is gewysig deur 'n paragraaf (e) by die omskrywing te voeg waarvolgens 'n huurraad ook die huurwaarde van gekontroleerde persele van 'n soortgelyke klas, aard of ligging in die omgewing in ag moet neem ten einde die huurwaarde van die perseel of grond vas te stel.

'n Nuwe suba. (4) word by a. 21 van die hoofwet gevoeg en daarvolgens is 'n verhuurder van 'n woning wat die huurder dreig, hinder, geriewe ontsê of dienste opskort ten einde die huurder die vreedsame genieting van die bewoning van die woning te ontnem of hom te beweeg om die woning te ontruim, aan 'n misdryf skuldig en by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete van hoogstens R200.

Die bepalings van a. 26 ten opsigte van bewoning deur kinders van wonings wat nie onder huurbeheer is nie, geld ten opsigte van sulke wonings alhoewel die res van die wet nie op die wonings van toepassing is nie. Die bepalings ten opsigte van die restourasie van ou geboue is ook gewysig.

*Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes, Huwelike en Sterfgevälle*  
58 van 1970

Die *Wet op die Registrasie van Geboortes, Huwelike en Sterfgevälle, 1963*, word uitvoerig gewysig deur hierdie wet wat bestaan uit 52 artikels. Die hoofwet word onder andere gewysig met betrek-

king tot woordomsrywings; om die uitvoering van die Wet met betrekking tot Bantoes aan die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling op te dra; met betrekking tot die aanstelling van beamptes verantwoordelik vir die uitvoering van die bepalings van die wet; met betrekking tot die aanstelling en werksaamhede van registrateurs en assistent registrateurs van geboortes en sterfgevalle en die persone ten aansien van wie bedoelde werksaamhede verrig word.

Voorsiening word gemaak vir die verbod op die registrasie van 'n persoon se geboorte tensy 'n naam aan hom toegewys is. Wysigings ten opsigte van die bepalings met betrekking tot die persone wat verplig is om inligting ten aansien van sterfgevalle te verstrek word in die wet vervat. Verandering is aangebring aangaande die aanmelding van geboortes, sterfgevalle en doodgeboortes asook die persone deur wie begrafnisorders uitgereik word.

Die bepalings met betrekking tot die uitreiking van sertifikate en ander dokumente is gewysig. Die bevoegdheid om regulasies uit te vaardig is verander en veranderings is aangebring met betrekking tot strawwe en misdrywe. Die wet is van toepassing op Suidwes-Afrika. Enkele artikels van die *Wet tot Konsolidasie van die Kieswette, 1946*, die *Handelskeepvaartwet, 1951*, en die *Kinderwet, 1960*, is gewysig.

*Wet op Onderverdeling van Landbougrond*

70 van 1970

Die doel van die wet is om die onderverdeling van landbougrond te beheer. Alle grond is landbougrond behalwe grond geleë in die regsgebied van 'n munisipale raad, stadsraad, dorpsraad, plaaslike raad, ens. Grond wat aan die staat behoort of wat deel uitmaak van 'n afgesonderde Bantoegebied of waarop die bepalings van die *Wet op Landelike Kleurlinggebiede, 1963*, van toepassing is of wat vir 'n bepaalde doel afgesonder is kragtens 'n dorpsbeplanningskema wat ingevolge die een of ander wet van krag

is, is ook nie volgens die woordomsrywingsartikel van die wet by die begrip landbougrond ingesluit nie.

Artikel 2 van die wet sluit sekere handeling van die toepassing van die wet uit. Artikel 3 bepaal dat behoudens die bepalings van a. 2 landbougrond nie onderverdeel mag word nie tensy die minister skriftelike toestemming tot die betrokke onderverdeling verleen het.

Artikel 4 bepaal dat waar die minister in die geval van erfopvolging weier dat die landbougrond onderverdeel word, die eksekuteur die grond te gelde moet maak en oor die opbrings volgens die testamentêre beskikking of die reëls van die intestate erfreg moet beskik.

Die wet bevat verder allerlei bepalings om die behoorlike uitvoering van die wet moontlik te maak.

*Wysigingswet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad*

87 van 1970

Artikel 14 van die *Wet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad, 1964*, is gewysig om voorsiening te maak vir die verkiesing van 'n Voorsitter, Adjunk-voorsitter en Voorsitter van Komitees wat almal lede van die raad is. Artikel 15 van die hoofwet bevat nou ook die bepaling dat die minister die sessies van die raad kan bepaal wannער hy goedvind met dien verstande dat daar minstens een keer in elke jaar 'n sessie moet plaasvind.

Die wet maak ook voorsiening vir die bepaling van verskillende toelae aan lede en ampsdraers van die raad; vir die verrekening van sekere uitstaande bedrae in afkeurings-, afwagtings- en voorskotrekenings; en vir bykomstige aangeleenthede.

*Wet op die Bevoegdheids en Privilegies van die Verteenwoordigende Kleurlingraad*

91 van 1970

Die raad of 'n komitee behoorlik deur die raad daartoe gemagtig, kan ondersoek instel na enige aangelentheid wat

betrekking het op die werksaamhede van die raad. Die raad of daardie komitee kan vir die doel Kleurlinge as getuies oproep om getuienis af te lê voor die raad of om stukke, boeke, aantekeninge of dokumente oor te lê aan die raad of komitee.

Getuies kan gedagvaar word om voor die raad te verskyn. Die raad of komitee kan die getuie ondervra onder 'n eed opgelê deur die voorsitter of iemand aangewys deur die voorsitter. In plaas van die eed kan iemand wat aldus opgeroep is 'n plegtige verklaring in ooreenstemmende vorm aflê.

Indien iemand weier om 'n vraag te beantwoord of 'n stuk aan die raad of komitee oor te lê op grond daarvan dat dit privaat is en geen betrekking het op die onderwerp wat ondersoek word nie, kan die raad hom van die verpligting onthef of gelas dat dit van hom vereis word om dit na te kom. Ingevolge a. 8 geld dieselfde privilegie soos van toepassing op 'n getuie wat gedagvaar is om voor 'n provinsiale afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika getuienis af te lê of 'n stuk oor te lê.

Die wet maak ook voorsiening vir die aflê elders van getuienis van verrigtings voor die raad of 'n komitee; beskerming ten opsigte van raadspublikasies word verleen; lede en beamptes van die raad word van sekere verpligtings vrygestel. Artikel 15 bepaal dat niemand aanspreeklik is vir handeling op gesag van die raad verrig nie. Die bevoegdheid tot inhegtenisneming word aan die voorsitter van die raad verleen vir oortredings van a. 16 (9) van die wet.

*Verdere Algemene Regswysigingswet*

92 van 1970

Die wet wysig dertien verskillende wette. Artikel 15 van die wet bepaal dat wanneer die hou of reël van die een of ander optog sonder die toestemming, goedkeuring of verlof van 'n in a. 84 (1) (f) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1961*, bedoelde instelling of liggaam, ingevolge 'n bepa-

ling van die een of ander wet verbied word, word daar geag dat ondanks die verlening van daardie toestemming dit nie verleen is nie tensy die landdros van die distrik waarin die optog gehou staan te word, ook sy goedkeuring of verlof tot die hou of reël van daardie optog verleen het. Die landdros weier toestemming slegs as hy rede het om te vermoed dat die hou of reël van die optog die handhawing van wet en orde in gevaar kan stel.

*Wysigingswet op die Toelating van Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers*

93 van 1970

Die *Toelating van Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers Wet, 1934*, word op die gebied Suidwes-Afrika van toepassing gemaak.

Artikel 10 (a) van die hoofwet word vervang deur 'n nuwe a. 10 (a) waarvolgens niemand as prokureur toegelaat word nie tensy hy aan al die vereistes vir die graad *baccalaureus procuratoris* aan 'n universiteit in die Republiek voldoen het nadat hy vir daardie graad 'n studiekursus van minstens 4 jaar gevolg het wat deur die Raad vir die Erkenning van Regseksamens erken word of in 'n regseksamen geslaag het wat deur die raad as gelyk aan of hoër as die bedoelde *baccalaureus procuratoris* gesertifiseer is.

Die hoofwet is ook gewysig ten opsigte van die indiensneming van klerke onder leerkontrak. Die belangrikste wysiging in hierdie verband is dat 'n prokureur nou drie klerke gelyktydig onder leerkontrak mag hê.

*Wet op Beperking van Regsgedinge (Provinsiale en Plaaslike Besture)*

94 van 1970

Die wet stel tydsbeperking en ander vereistes vir die instel van regsgedinge teen provinsiale administrasies, die administrasie van die gebied Suidwes-Afrika, plaaslike besture en beamptes van so 'n liggaam. Die wet het slegs be-



trekking op regsgedinge wat uit delik ontstaan het en met betrekking tot 'n beamppte, 'n skuld van die beamppte

waarvoor die administrasie of plaaslike bestuur in wie se diens die beamppte is, regtens ook aanspreeklik is.

*Die volgende wette van die eerste sessie van die Vierde Parlement is nie in bostaande seleksie ingesluit nie.*

- 28 van 1970: Wysigingswet op Verdediging
- 30 van 1970: Wysigingswet op Volksgesondheid
- 31 van 1970: Wysigingswet op Verpleging
- 32 van 1970: Wysigingswet op Geestesgebreke
- 33 van 1970: Wet op Verryking van Uraan
- 34 van 1970: Wysigingswet op Atoomkrag
- 38 van 1970: Wysigingswet op Oorlogsgrafte
- 39 van 1970: Wysigingswet op Onderhoud
- 40 van 1970: Wysigingswet op Wederkerige Afdwinging van Onderhoudsbevele
- 43 van 1970: Spoorweg- en Hawebegrotingswet
- 44 van 1970: Wysigingswet op Bantoe-onderwys
- 45 van 1970: Poskantoor-begrotingswet
- 46 van 1970: Wysigingswet op Dieresiektes en -parasiete
- 47 van 1970: Wet op Beheer oor Wyn en Spiritus
- 48 van 1970: Wysigingswet op Nasionale Parke
- 49 van 1970: Derde Wysigingswet op Bantowetgewing
- 50 van 1970: Wysigingswet op Onderdrukking van Toorkuns
- 52 van 1970: Inkomstebelastingwet
- 54 van 1970: Boedelwysigingswet
- 55 van 1970: Wysigingswet op Vrederegters en Kommissaris van Ede
- 57 van 1970: Wysigingswet op Spoorweg- en Hawewette
- 59 van 1970: Wysigingswet op Landbouplae
- 60 van 1970: Wysigingswet op Misstawe, Veevoedsel en Middels
- 61 van 1970: Wet op Beheer van Eierproduksie
- 62 van 1970: Wysigingswet op Wyn, Ander Gegiste Drank en Spiritualieë
- 63 van 1970: Wet op Bergopvanggebiede
- 64 van 1970: Opmetingswysigingswet
- 65 van 1970: Wysigingswet op Landmetersregistrasie
- 66 van 1970: Wysigingswet op Landboukrediet
- 67 van 1970: Wysigingswet op Grondbesit
- 68 van 1970: Reëlingswet op die Nedersetting Vanwyksvlei
- 69 van 1970: Wysigingswet op Bemarking
- 71 van 1970: Wet op Ongemagtigde Uitgawes (1968-'69)
- 72 van 1970: Wysigingswet op Inkomstewette
- 73 van 1970: Wysigingswet op Behuising
- 74 van 1970: Wysigingswet op Gemeenskapsontwikkeling
- 75 van 1970: Tweede Wysigingswet op Finansiële Instellings
- 76 van 1970: Wysigingswet op Beperking en Bekendmaking van Finansieringskoste
- 77 van 1970: Wysigingswet op Standaard
- 78 van 1970: Wysigingswet op Mate en Gewigte
- 79 van 1970: Wysigingswet op Huurkoop
- 80 van 1970: Wysigingswet op Polisie
- 81 van 1970: Wet op die Nasionale Oorlogsfonds
- 82 van 1970: Wet op die Kommissie vir Varsproduktemarke
- 83 van 1970: Paarlbergwet
- 84 van 1970: Private Wysigingswet op die Randse Afrikaanse Universiteit



- 85 van 1970: Wysigingswet op Onteiening
- 86 van 1970: Tweede Wysigingswet op die Pensioenwette
- 88 van 1970: Wysigingswet op die Beheer van Medisyne
- 89 van 1970: Wet op die Verkryging van Landsvoorrade
- 90 van 1970: Wysigingswet op Nasionale Studieleninge en -beurse
- 95 van 1970: Wet tot Aanvulling van Pensioene
- 96 van 1970: Begrotingswet
- 97 van 1970: Tweede Finansiëlewet
- 98 van 1970: Wysigingswet op Doelwette en Aksyns

*Opgestel deur*  
A. H. BARNARD  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### **BUTTERWORTHS OF SOUTH AFRICA OVERSEAS STUDY TRAVEL GRANT**

Butterworth & Co. (S.A.) (Pty) Ltd, of Durban, have pleasure in announcing the introduction of an Overseas Study Travel Grant specifically for full-time teachers of law in any South African or Rhodesian University. The grant will be known as "Butterworths of South Africa Overseas Study Travel Grant" and will amount to R600 each alternate year commencing with the year 1972. It will be available for study travel to the Continent of Europe and the United Kingdom only and the duration of the stay overseas must be not less than six months. Applications for the grant should be addressed to the Editorial Director, Butterworths, P.O. Box 792, Durban, indicating the specific reasons for the visit overseas, the places to be visited and the year and period of absence from South Africa. □

### **BUTTERWORTH-PRYS**

Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eerstelingbydrae van 1970 toegeken is aan

dr. M. A. RABIE.

Die prys - regsboeke ter waarde van R60 - word deur die uitgewers van die Tydskrif beskikbaar gestel vir die outeur wat in die loop van 'n bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die *Tydskrif* aan die redakteur stuur.

Die artikel moet die eersteling wees wat die skrywer aanbied vir publikasie in 'n regs-wetenskaplike tydskrif. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die beoordeling geskied aan die einde van elke kalenderjaar deur die redaksiekomitee. Publikasie van 'n bydrae in die *Tydskrif* skep op sigself geen aanspraak op die prys nie; die redaksiekomitee behou hom die reg voor om die prys nie toe te ken indien die artikels wat ontvang is toekenning na sy mening nie regverdig nie. Bydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word met die oog op 'n toekenning. □

Now published

**Second (1970) Cumulative  
Supplement**

to

**Swift's Law of  
Criminal  
Procedure  
2nd edition**

By Advocates J. B. Talbot,  
J. van Rensburg, J. H. Combrink,  
A. Findlay.

General Editor:

A. B. HARCOURT, Judge of the  
Supreme Court.

The Supplement, which has been  
compiled by Advocate J. van  
Rensburg and Advocate P. W.  
Thirion under the general editor-  
ship of the Hon. Mr. Justice  
A. B. Harcourt, incorporates the  
Terrorism Act, No. 83 of 1967,  
as a new appendix and covers,  
inter alia, amendments effected by  
relevant sections from:

- Establishment of the Northern  
Cape Division of the Supreme  
Court of South Africa Act,  
No. 15 of 1969.
- Magistrates' Courts Amendment  
Act, No. 17 of 1969.
- Abolition of Juries Act, No. 34  
of 1969.
- General Law Amendment Act,  
No. 101 of 1969.
- Supreme Court Amendment  
Act, No. 41 of 1970.
- Magistrates' Courts Amendment  
Act, No. 53 of 1970.
- Justices of the Peace and Com-

- missioners of Oaths Amendment  
Act, No. 55 of 1970.
- General Law Further Amend-  
ment Act, No. 92 of 1970.
- Rules of the Appellate Division  
relating to Criminal Proceed-  
ings.
- Government Notices Nos. R929  
(1970) and R3002 (1969).

Case Law quoted is up until  
September 1970. Over 300 cases  
are cited in the supplement.

**Prices:**

Main work plus 1970 cumulative  
supplement - **R32.00**  
1970 cumulative supplement only -  
**R3.50**

**Butterworths**  
P.O. Box 792, Durban.

# Die gelykenis van die talente in die lig van die Romeinse reg

(Matt 25 14-30; Luk 19 12-27)\*

R. Dannenbring

Universiteit van Suid-Afrika

Die volgende bespreking is bedoel om 'n regshistoriese bydrae te lewer tot die kennis van die betrekkinge wat tussen die *Nuwe Testament* (NT) en die Romeinse reg bestaan.

---

\*Voordrag gelewer voor die fakulteit regsgeleerdheid van die Universiteit van Suid-Afrika op 13 Oktober 1970. Naas die bekende afkortings word ook die volgende gebruik:

- Buckland WW Buckland *The Roman Law of Slavery*. Reprinted from the edition of 1908, Cambridge (New York, NY).
- Haufe Günter Haufe *Vom Werden und Verstehen des Neuen Testaments. Eine Einführung* (Gütersloh 1968).
- Heumann-Seckel *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, in 9. Auflage neu bearbeitet von Emil Seckel 1907 (herdruk Graz 1958).
- Ind Itp *Index Interpolationum*.
- IJ *The Irish Jurist* new series (Dublin).
- IURA *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Napoli).
- Kaser Max Kaser *Römisches Privatrecht* 6e uitg (München en Berlyn 1968) = Max Kaser *Roman Private Law*, vertaal deur R Dannenbring 2e uitg (Durban 1968).
- Kaser I Max Kaser *Das römische Privatrecht* band I (München 1955).
- NDI *Novissimo Digesto Italiano* diretto da A Azara e E Eula 3e uitg (Torino 1957).
- Schelkle Karl Hermann Schelkle *Das Neue Testament. Seine literarische und theologische Geschichte* 3e uitg (Kevelaer 1966).
- SZ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte romanistische Abteilung* (Weimar).
- Voigt Moritz Voigt *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer* in *Abhandl d KS Gesellsch d Wiss* XXIII (1887).
- Vööbus Arthur Vööbus *Early Versions of the New Testament. Manuscript Studies in Papers of the Estonian Theological Society in Exile* vol 6 (Stockholm 1954).
- ZNW *Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der älteren Kirche* (Berlin).

Soos algemeen bekend, stel die hedendaagse Romanistiek nie uit-sluitlik belang in dié kenbronne van die Romeinse reg wat van skrywers oor dié reg afkomstig is of in die vorm van ontstaansbronne van die reg aan ons oorgelewer is nie. Uiters belangrik vir die kennis van die Romeinse reg is benewens die regsbronne ook die sg „nie-juridiese” bronne: geskifte van digters, redenaars en historici soos Cicero, Varro, Gellius, Plautus, wie se werke dikwels belangwekkende insigte in die regstoestande van hulle tyd moontlik maak, maar wat nie in hoofsaak geskryf is met die doel om iets oor die reg mee te deel nie. Die kring van hierdie nie-juridiese bronne sluit egter nie net die Romeinse literatuur in nie, maar volgens L Wenger se bekende uitbreiding van die Romeinse regs-geskiedenis tot ’n antieke regs-geskiedenis as ’n deel van die algemene geskiedenis van die antieke wêreld soos dit op die bodem van die *Imperium Romanum* bestaan het, feitlik die hele antieke literatuur.<sup>1</sup>

Vanselfsprekend maak ook die Heilige Skrif deel uit van hierdie antieke literatuur en kan dit - ja, volgens Wenger, moet dit - by die studie van die antieke regs-geskiedenis betrek word.

Hierdie stelling geld veral vir die *NT*, wat in sy geheel nie net op die bodem van die Romeinse Ryk tot stand gekom het nie, maar ook in ’n tydvak ontstaan het toe die land van sy oorsprong, Palestina, ’n vaste bestanddeel van die ryk gevorm het.<sup>2</sup>

Dit is daarom ook nie verbasend nie dat regsprobleme uit die *NT* ook buite die grense van die teologie reeds vroeg en herhaaldelik belangstelling uitgelok het en soms deeglik in die nie-teologiese literatuur behandel is. Op die voorgrond staan hier die publiekreg, veral die straf- en strafprosesreg.

Straf- en strafprosesreg speel ’n betekenisvolle rol veral in die verhoor van die Here Jesus Christus. Oor en weer is hierdie onderwerp bespreek. Dit lok nog steeds wye belangstelling uit.<sup>3</sup> Ook die apostel Paulus kom herhaaldelik in aanraking met die Romeinse strafregs-pleging in die provinsies en teen die einde van sy lewe ook in Rome. Sy geval verkry nog ’n besondere aspek deur die feit dat die apostel ’n Romeinse burger was en ook verskeie kere van sy burgerreg gebruik gemaak het soos toe hy na die keiserlike *cognitio* appelleer. Die verhaal van hierdie gebeure in *Handelinge* laat ’n uitmuntende kennis van die reg by die skrywer daarvan blyk.<sup>4</sup>

Reeds hierdie enkele verwysings en voorbeelde wat nog vermenigvuldig kan word, laat ’n besliste indruk van die betekenis van die *NT*

<sup>1</sup>L Wenger *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien 1953) 27 ev 46 ev.

<sup>2</sup>Wenger (*supra* n 1) 286.

<sup>3</sup>Literatuur by Wenger (*supra* n 1) 286; sien verder AN Sherwin-White *Roman Society and Roman Law in the New Testament* (Oxford 1963) 24-47.

<sup>4</sup>Ook hieroor Wenger (*supra* n 1) 290 ev Sherwin-White (*supra* n 3) 48 ev.

as 'n kenbron van die Romeinse reg, altans sekere gebiede van die publiekreg. Die huidige bespreking is egter nie bedoel om meer in besonderhede hieroor uit te wei en reeds bewerkte grond weer te betree nie. Die bedoeling is veeleer om die blik op 'n ander regsgebied te werp wat tot dusver nog nie genoem is nie, die privaatreë.

Weliswaar het die *NT* ook t.o.v. sy privaatreëtelike inhoud reeds heelwat aandag getrek, alhoewel beslis in 'n mindere mate as t.o.v. die publiekreg. Die resultate van ondersoek na die privaatreë in die *NT* het egter meermale laat blyk hoe moeilik die probleme is waarmee die eksegeet rekening moet hou, die oplossing waarvan dikwels nooit die gebied van die suiwer hipotetiese kan oorskry nie.

Die *NT* is vol van 'n beeldspraak wat uit die regswêreld geneem is, en veral die gelykenisse is 'n voorbeeld hiervan; maar op geen plek word in die *NT* met 'n genoegsame mate van duidelikheid gestel watter reg of regstelsel die betrokke evangelis of apostel in gedagte gehad het nie. Die hoofprobleem wat die regshistorikus by die aandurf van Nuwe-testamentiese tekste in die gesig staar, is derhalwe die aanknopingspunt wat hom in staat behoort te stel om die toepaslike reg, dié reg wat op die stel feite soos in die bron vermeld, toegepas moet word, vas te stel.

Betreklik onlangs het D Nörr die regshistoriese agtergrond van die evangelies waaroor dit vervolgens in ooreenstemming met die huidige onderwerp uitsluitlik sal gaan, in 'n diepgaande studie in oënskou geneem.<sup>5</sup>

Die skrywer gaan uit van die aanname dat die teks van die evangelies of dié van hulle onmiddellike voorganger, die sg spreuke-bron, uit die Joodse sfeer in Palestina afkomstig is. Die geskiedkundige ontwikkeling van Palestina laat volgens hom blyk dat verskillende kulturele lae waaruit die Palestynse beskawing bestaan het, in aanmerking geneem moet word. Dus is daar drie faktore wat vir die ontwikkeling van die reg in Palestina verantwoordelik gehou moet word, ten eerste die nasionale reg van die Jode, tweedens die invloede van die Oosterse omgewing en derdens die uitwerking van die Hellenistiese beskawing.<sup>6</sup>

Die opvallende gevolgtrekking hieruit - en ook die skrywer maak hierdie afleiding - is dat geen Romeinse privaatreë in die evangelies aangetref word nie.<sup>7</sup> Die vraag wat hom nou voordoet en wat 'n antwoord verg voordat met 'n gedetailleerde bespreking van die gelykenis begin kan word, is derhalwe of hierdie gevolgtrekking absoluut gebiedend is. Is ons genoodsaak om by die soektoeg na die reg in die

<sup>5</sup>Die *Evangelien des Neuen Testaments und die sogenannte hellenistische Rechtskoine* SZ 78 (1961) 92 e.v. D Nörr *Civil Law in the Gospels* IJ 1(1966) 328 e.v.

<sup>6</sup>IJ 328; sien ook SZ 94 e.v.

<sup>7</sup>IJ 339.



evangelies uitsluitlik by Oosterse stelsels aan te knoop omdat die verhaal van die evangelies in die Palestynse gebied gesetel is, of kan ook aan 'n veel wyer omgewing gedink word? Tegelykertyd moet ons poog om die vraag ivm die tydperk wat vir ons ondersoek in aanmerking kan kom, te beantwoord. Sal ons genoodsaak wees om alleen Jesus se tyd en die toestande van sy tyd of miskien dié van die eerste eeu in oënskou te neem of sal aan 'n later tydperk of groter tydvak in die geskiedenis gedink kan word? Ten slotte sal ons met die vraag moet besig hou of nie met vrug na die antieke Latynse teks van die evangelies gekyk kan word om die betrekkinge tussen *NT* en Romeinse reg ook van die kant van die taalgebruik in 'n nuwe lig te sien nie.

Die antwoord op hierdie vrae vereis 'n bronne-historiese ondersoek na die ontstaansgeskiedenis van die evangelies. So 'n onderneming gaan egter die perke van die regshistorikus se vakgebied te buite; hy moet derhalwe staatmaak op die resultate van die hedendaagse histories-tekstkritiese Nuwe-testamentiese navorsing.

## I

Die gelykenis van die talente kom tot ons in twee van die kanonieke, sinoptiese evangelies, in die evangelie van Matthéüs (*Matt*) en dié van Lukas (*Luk*). Die onderhawige bespreking kan derhalwe gerieflik beperk word tot die twee genoemde geskrifte.

Die evangelies van Matt en Luk het volgens die oorheersende mening soos in die Nuwe-testamentiese literatuur vervat, gedurende die tweede helfte van die eerste eeu ontstaan, die Matthéüs-evangelie ongeveer in die jare tagtig en die Lukas-evangelie ietwat later teen die einde van die eeu.<sup>8</sup>

Volgens 'n ou kerklike tradisie is die evangelie van Matt deur die evangelis in die Hebreeuse (Aramese) taal geskryf en later „deur almal so goed as moontlik vertaal.”<sup>9</sup> Vandag staan dit egter vas dat die kanonieke Matthéüs-evangelie geen vertaling is nie, maar van die begin af in Grieks gekonsipieer is.<sup>10</sup> Aan die ander kant is dit duidelik dat die skrywer van die evangelie in 'n sterk Joods-Christelike tradisie staan, baie meer as wat dit by Markus en Lukas die geval is. Nietemin het die evangelie vermoedelik nie in Palestina ontstaan nie, maar binne 'n Joods-Christelike gemeenskap wat sterk onder hellenistiese invloed gestaan het soos dit in Sirië voorgekom het.<sup>11</sup>

<sup>8</sup>Haufe 67, 71; Schelkle 59, 80.

<sup>9</sup>Schelkle 53.

<sup>10</sup>Haufe 66; Schelkle 53/54.

<sup>11</sup>Haufe 67; Schelkle 59.

Die *Lukas-evangelie* is volgens dieselfde ou kerklike tradisie van die begin af vir gekerstende heidene in Griekeland geskryf.<sup>12</sup> Lukas is die enigste evangelis wat 'n voorrede in sy boek ingesluit het waaruit blyk dat reeds „baie onderneem het om 'n verhaal op te stel oor die dinge wat onder ons al vervul is” (*Luk* 1 1). Die evangelis beklemtoon verder dat hy „van voor af alles noukeurig ondersoek het, om dit in volgorde . . . te skrywe” (*Luk* 1 3). Die evangelie laat ook duidelik blyk dat die skrywer daarvan sy plan uitgevoer en alle gegewens nagegaan het. Nadere ondersoek bring aan die lig dat hy net soos Matt hoofsaaklik afhanklik is van Markus, maar, belangrik vir ons huidige doel, laat hy sommige van Markus se perikope eenvoudig weg, veral dié wat verwysings na die Joodse wet bevat, soos die gebooie ten opsigte van reinheid en onreinheid (*Mark* 7 1–23). In die plek van dergelyke weglatings kom omvangryke invoegsels bestaande uit materiaal wat volkome eie aan Lukas self is. Uiteraard belangrik is verder dat die skrywer, soos ook uit die genoemde voorbeeld blyk, taamlik selfstandig teenoor die oorlewering van die stof staan en deur sy verwerking daarvan sy eie stempel daarop afdruk met die oog duidelik op die verkondiging aan nie-Jode.<sup>13</sup> Die evangelie is klaarblyklik en opsetlik nie net aan sekere groepe mense gerig nie, maar aan die breë publiek, en is bedoel om deel van die tydgenootlike literatuur te word. Formeel word hierdie doelstelling aangedui deurdat die boek opgedra word aan die „hooggeagte Theofilus” (*Luk* 1 3); materieel deur die Bybelse heilsgeskiedenis in verband met die wêreldgeskiedenis te bring, met gebeurtenisse van die Romeinse geskiedenis soos in 2 1 waar die geboorte van die Here met die regering van Augustus verbind word, om maar net hierdie voorbeeld te noem.<sup>14</sup>

In Lukas se tyd is die Christelike leer nie meer 'n aangeleentheid van 'n beperkte groepie mense nie, maar een van die hele wêreld. Die rigting van sy gang is 'n uitwaartse, iets wat nog duideliker deur Lukas in *Handelinge* uitgedruk word waar in 1 8 van die getuieis „tot aan die uiterste van die aarde” gepraat word. Hierdie „uiterste van die aarde” is niks anders nie as die Weste met die stad Rome in die middelpunt; en uiteindelik, teen die einde van sy sendingreise, staan Paulus dan ook waar hy nog altyd wou kom: hy verkondig die boodskap van die Ryk van God en van Christus in Rome.

Hierdie doel kon beswaarlik bereik word deur te vas aan Joodse eienaardighede te klou. Hierbo is reeds opgemerk dat Lukas verwysings na die Joodse wet deur Markus in sy evangelie sonder meer weglaat. Maar ook Matthéüs met sy sterk Joods-Christelike agtergrond

<sup>12</sup>Haufe 70; Schelkle 79/80.

<sup>13</sup>Schelkle 73; Haufe 67 ev. Sien ook H Frh von Campenhausen *Die Entstehung der christlichen Bibel* (Tübingen 1968) 149.

<sup>14</sup>Schelkle 74; Haufe 68.

weet dat die kerk die Palestynse bodem reeds verlaat het en sluit sy evangelie af met die sending- en doopbevel: „Gaan dan heen, maak dissipels van al die nasies, en doop hulle in die Naam van die Vader en die Seun en die Heilige Gees” (*Matt* 28 19).

Hierdie grepe uit die ontstaansgeskiedenis van die evangelies wat die gelykenis van die talente bevat, laat blyk dat die evangeliste ’n toehoorder- en leserskring in gedagte het wat die omstandighede van die oergemeente te Jerusalem reeds ver agter hom gelaat het. Die taak is nou om die boodskap te aktualiseer, om dit so te stel dat almal, „al die nasies, van Jerusalem af en verder” (*Luk* 24 47), dit kan begryp. Hierdie oogmerk word dan ook bereik deur sentrale begrippe en idees wat die Nuwe-testamentiese oorlewering kenmerk, soos die paasgeskiedenis, die christologiese probleem van die titel *Seun van God* en die doopsdoop, by die begripsvermoë van alle toehoorders aan te pas.<sup>15</sup> Dit is nie die taak van die juris om verdere ondersoek na hierdie teologiese probleme in te stel nie. Nietemin kan die feit dat ’n aktualiseringsproses ten opsigte van sekere sentrale begrippe en idees plaasgevind het, tog aanleiding gee tot die gevolgtrekking dat ’n soortgelyke proses ook ten aansien van verwysings na regstoestande in die *NT* gebeur het. Die aanname is derhalwe miskien nie ongegrond nie dat die beskrywing van regstoestande wat soos in die onderhawige geval die agtergrond van bv ’n gelykenis vorm, by die begripsvermoë van gemeentelidmate in die hele wêreld, dws in die hele Romeinse Ryk, sodoende aangepas is dat die ryksreg as ’n grondslag dien behalwe waar teologiese redes vereis dat na die Joodse wet verwys word.

In hierdie verband moet ook in gedagte gehou word dat sowel die *Matthéüs-* as die *Lukas-evangelie* na die verowering en verwoesting van Jerusalem deur Titus in die jaar 70 geskryf is; albei evangelies verwys na die ondergang van dié stad.<sup>16</sup> Die einde van Jerusalem het beteken dat ook die Joodse staat as gevolg van *debellatio* vernietig is en die Jode in die oë van die Romeinse reg geen nasie meer gevorm het nie. Die Joodse burgers het *peregrini dediticii* geword wat nòg ’n eie regstelsel nòg ’n eie regspleging kon hê.<sup>17</sup> Die Joodse reg het, altans amptelik, opgehou om te bestaan. Om by die verkondiging van die boodskap nog daarna te verwys, sou derhalwe moontlik ondoenlik gewees het.

Uit ons oorwegings tot dusver het geblyk dat die evangeliste, veral Lukas, wat uit die staanspoor vir gekerstende heidene skryf, goeie redes kon gehad het om in hulle verhaal van Jesus Christus nie

<sup>15</sup>vgl Haufe 110 e.v.

<sup>16</sup>*Matt* 22 7; *Luk* 19 43–44.

<sup>17</sup>vgl L Mitteis *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (Leipzig 1891; herdruk Hildesheim 1963) 34; Kaser I 243; Kaser 3 III 2b.

te vas aan Palestynse regsopvattinge te kleef nie. Met die oog op die uitbreiding van die heilsboodskap was dit heel moontlik ondoenlik. Ter wille van die uitbreiding van die boodskap is die tradisionele materiaal dan ook gedurig verander. Bewys daarvoor lewer die ontstaansgeskiedenis van die evangelies self.

Hierdie veranderingsproses het ook na die opskrifstelling van die evangelies nog nie tot 'n einde gekom nie, altans nie vóór die kanonisering van die Heilige Skrifte nie, waarby ons vervolgens nog kortliks moet stilstaan.

Gedurende die eerste eeue van ons jaartelling brei die Christelike geloof en godsdiens uit oor die hele antieke wêreld. Dit word aan die einde van hierdie tydperk onder Konstantyn die Grote ook deur die staat erken. Staat en wêreld was in daardie dae egter Romeins en die Romeinse invloed het hom op alle gebiede van die lewe en kultuur laat geld, ook natuurlik op regsgebied. Die Romeinse reg is orals in 'n sterker of mindere mate geresipieer, alhoewel die volksregte, veral in die Oostelike, Hellenistiese provinsies nooit geheel en al verdring is nie. Nietemin is Romeinse reg die reg van dié gemeenskap wat die wêreld oorheers en is dit, waar die Romeinse amptenare dit nodig geag het, ook afgedwing. Hierdie soort resepsie kom tot 'n einde met die afkondiging van die *const Antoniniana* van 212 ingevolge waarvan die Romeinse burgerskap aan alle vrye inwoners van die Ryk verleen word, wat beteken dat, altans in teorie, die Romeinse reg orals deurslaggewend word.<sup>18</sup>

Die jaar van die *const Antoniniana* dui naastenby ook die slotpunt van die ontwikkeling van die Christelike Bybel aan; die kanonisasie van die Nuwe-testamentiese geskrifte in die vorm en volgorde wat hulle nog vandag in ons Bybel het, is min of meer tydens die leeftyd van die groot Griekse kerkvader Origenes (*ca* 185–253) afgesluit. Gedurende hierdie tydperk het die mening onder Christene posegevat dat hulle orals dieselfde Bybel gebruik.<sup>19</sup> Vóór die tyd van Origenes, gedurende die eerste twee eeue, het daar onder Christene nog geen sekerheid oor die omvang en daarmee ook die inhoud van die *NT* bestaan nie. Dit staan vas dat ook katolieke kringe tydens die vorming van die kanon taamlik vry oor die tradisionele materiaal beskik het en nie daarvoor teruggedeins het om woorde van die Here Jesus eenvoudig selfstandig te skep en mondeling of skriftelik na goeddunke en behoeftes te versprei nie.<sup>20</sup>

<sup>18</sup>Kaser I 191 e v; Kaser 3 III 4.

<sup>19</sup>Die begrip „Bybel” is egter nog nie vóór die 4de eeue vir die kanonieke geskrifte gebesig nie; vgl von Campenhausen (*supra* n 13) 377 n 1.

<sup>20</sup>Von Campenhausen (*supra* n 13) 168.



Die oorlewering van die Woord was nog oop vir allerlei invloede en aanpassings aan die behoeftes van die gemeente. Hieruit volg dat ons ook met die oog op die beoordeling van regstoestande wat in die Nuwe-testamentiese geskryfte beskryf word, na 'n veel wyer gebied mag kyk as net Palestina. Verder beteken dit dat ons gesigskring ook ten aansien van die tydsfaktor aansienlik verruim word. Nie bloot die reg van Jesus se tyd kom vir ons doel in aanmerking nie, maar die reg van amper die hele tydperk van die Prinsipaas wat met die oog op die regsgegeskiedenis as gevolg van die bekende periodisering die tydperk van die klassieke Romeinse reg genoem word.

Die betoog sover lewer 'n grondslag vir die toepassing van die Romeinse reg en wel die klassieke reg op die feite van die gelykenis. Hierdie resultaat wat in teenstelling met Nörr se reeds genoemde artikels bereik is,<sup>21</sup> moet egter deurgaans met 'n mate van voorbehoud aanvaar word. Daar moet beklemtoon word dat die onsekerheidsfaktor groot bly. Die evangelies wat ons nader bekyk het, is wel nie op Palestynse bodem op skrif gestel nie, maar hulle verhaal wortel tog in dié landstreek. Die boodskap aan die ander kant is gerig tot die wêreld. Oorsprong en aanspraak van die leer is die oorsaak van 'n spanning wat moeilik oorbrug kan word en dit noodsaaklik maak om met die hulp van taamlik algemene argumente tot 'n slotsom met betrekking tot die regsagtergrond in die tekste te kom.

Een laaste vraag van meer algemene aard vereis nog bespreking voordat 'n begin gemaak kan word met die regswetenskaplike ontleding van die gelykenis, en dit is die taalvraagstuk. In hierdie stadium is die onderhawige bespreking reeds geheel en al losgemaak van die tyd en plek van die ontstaan van die Christelike leer. Hierdie losmaking sal voorts ook op taalgebied plaasvind. Met die oog op die uitbreiding van ons kennis van die betrekkinge tussen *NT* en Romeinse reg is dit miskien nie sonder wetenskaplike waarde nie om ook ten aansien van die taal los te staan van die Ooste en veeleer te kyk na die antieke Westerse vorm van die evangelies in die sogenaamde *Vetus Latina versio* van die *NT*. Die Weste is in 'n aansienlik groter mate geromaniiseer as die Ooste, nie bloot wat die gebruik van die Latynse taal betref nie, maar ook ten opsigte van die Romeinse reg wat orals in die Westelike provinsies van die ryk meer en makliker ingang gevind het as in die Ooste.<sup>22</sup>

Weliswaar is die *NT* oorspronklik in Grieks geskryf, en in sy Griekse gedaante het dit ook na Rome gekom. Hierdie oorplanting van die *NT* na die hoofstad van die ryk kon maklik gebeur aangesien 'n groot deel van die hoofstedelike bevolking gedurende die middel van

<sup>21</sup>*Supra* n 5.

<sup>22</sup>Kaser I 192; Kaser 3 III 4 b, c.



die eerste eeu Griekssprekend was.<sup>23</sup> Die behoud van Grieks sou egter in die pad van die uitbreiding van die boodskap gestaan het. Die behoefte is dus blykbaar taamlik vroeg gevoel om ook 'n Latynse *versio* van die Heilige geskrifte voor te berei. Die aanduiding is dat 'n nasionale, Latynse bewuswording reeds gedurende die tweede eeu in verband met die optrede van Tatianus en Markion plaasgevind het.<sup>24</sup> Reeds teen die einde van die bekende klassieke juris Gaius se leeftyd ná die jaar 178 word in die Weste oorgeslaan na die gebruik van Latyn in die kerk. 'n Westerse uitgawe van die *NT* sien die lig.<sup>25</sup> Die Latynse *NT* word die medium waardeur die boodskap verder na die Weste uitgebrei word, veral na die Romeinse provinsies in Afrika, Gallië en Spanje tot na Brittanje en Ierland.<sup>26</sup> Die *Vetus Latina* het 'n geweldige invloed uitgeoefen; dit is nie net ver oor die Westelike deel van die Romeinse Ryk versprei nie, maar het later ook die grondslag gevorm van 'n nuwe Latynse uitgawe van die *NT* wat met amptelike kerklike gesag beklee is, die *Vulgata* wat in opdrag van pous Damasus na 382 deur die bekende Latynse kerkvader Hieronymus geskep is.<sup>27</sup>

Die huidige leser van die *Vetus Latina* word getref deur die aansienlike verskeidenheid van lesings en vorms van, en annotasies en interpolasies in die tekste. Ook in hierdie verband moet terdeë onthou word dat die boeke van die *NT* in die onderhawige tydperk nog eensins as onaantasbaar beskou is nie. Hulle is sekerlik geag kosbare dokumente bevattende die belangrike feite van die Christelike *Kerygma* te wees, maar ondanks hierdie feit het Christene nie geskroom om aanpassings en wysigings te maak nie.<sup>28</sup> Klaarblyklik word hier ten opsigte van die tekstuele verwerking van die heilige skrifte dieselfde posisie aangetref as wat reeds in verband met die kanoniseringsproses kortliks geskets is.

Die gevolgtrekking wat nou hieruit gemaak kan word, is dat die Latynse teks vermoedelik ook rekening hou met die agtergrond en begripsvermoë van die Latynsprekende hoorders van die Woord. Uit die volgende ondersoek wat van die *Vetus Latina* as grondslag gebruik maak, sal blyk in watter mate die Ou Latynse taalgebruik nie net eie is aan die evangeliese tekste nie, maar ook kenmerkend is van die taalgebruik in ons bronne van die Romeinse reg.

Daar moet in gedagte gehou word dat die *Vetus Latina* deel uitmaak van die antieke literatuur en hoogs waarskynlik kulturele toestande van sy eie tyd veronderstel. In hoever hierdie toestande wat die

<sup>23</sup>vgl Vööbus 33.

<sup>24</sup>Vööbus 36, 44, 45.

<sup>25</sup>Vööbus 43, 47.

<sup>26</sup>Vööbus 52.

<sup>27</sup>Vööbus 56-57.

<sup>28</sup>Vööbus 45.

agtergrond van die feite soos verhaal in die gelykenis van die talente uitmaak, 'n Romeinsregtelike interpretasie toelaat, sal ons vervolgens besig hou.

## II

Die tekste van die gelykenis lui soos volg:<sup>29</sup>

*Matt 25 14-30*

Sicut enim homo peregre afuturus vocavit servos suos et tradidit illis bona sua. 15 Et uni dedit quinque talenta, alii autem duo, alii vero unum, unicuique secundum propriam virtutem, et profectus est. 16 Continuo abiit qui quinque talenta acceperat et operatus est in eis (et lucratus est)<sup>30\*</sup> alia quinque. 17 Similiter qui duo accepit, lucratus est in eis alia duo. 18 Qui autem unum talentum accepit fodit in terram et abscondit pecuniam domini sui. 19 Post multum vero tempus venit dominus servorum illorum et posuit rationem cum eis. 20 Et accedens qui quinque talenta acceperat optulit alia quinque talenta dicens: Domine, quinque talenta mihi dedisti, ecce alia quinque superlucratus sum. 21 Ait illi dominus eius: Euge, bone serve et fidelis, quia super pauca fuisti fidelis, super multa te constituam, intra in gaudium domini tui. 22 Accessit autem qui duo talenta acceperat et ait: Domine, duo talenta tradidisti mihi, ecce alia duo lucratus sum. 23 Ait illi dominus eius: Euge, serve bone et fidelis, quia super pauca fuisti fidelis, super multa te constituam, intra in gaudium domini tui. 24 Accedens autem qui unum talentum acceperat ait: Domine, scio, quia homo austeris es, metis, ubi non seminasti, et congregas, ubi non sparsisti. 25 Et timens abii et abscondi talentum tuum in terra; ecce habes, quod tuum est. 26 Respondens autem dominus eius dixit ei: Serve nequa et piger, sciebas, quod meto, ubi non semino, et congrego, ubi non sparsi. 27 Oportuit ergo te committere pecuniam meam nummulariis et veniens

*Luk 19 12-27*

Dixit ergo: Homo quidam erat dives, is abiit in regionem longe accipere regnum et reverti. 13 Et vocavit decem servos et dedit illis decem mnas et ait ad illos: Negotiamini, dum venio. 14 Cives autem oderant illum et miserunt legationem post illum dicentes: Nolumus hunc regnare supra nos. 15 Et factum est, dum rediret accepto regno, et iussit vocari servos, quibus dedit pecuniam, ut sciret, quantum quisque negotiatus esset. 16 Venit autem primus dicens: Domine, mna tua decem mnas adquisivit. 17 Et ait illi: Euge, bone serve, quia in modico fidelis fuisti, eris potestatem habens supra decem civitates. 18 Et alter venit dicens: Domine, mna tua fecit quinque mnas. 19 Ait et huic: Et tu esto supra quinque civitates. 20 Et alter venit dicens: Domine, ecce mna tua, quam habui reposita in sudario. 21 quia timui te, quod homo austeris es; tollis, quod non posuisti, et metis, quod non seminasti. 22 Et dixit ei: De ore tuo te iudico, o infidelis serve, sciebas, quod ego homo austeris sum, tollo, quod non posui, et meto, quod non seminavi. 23 Et quare non dedisti pecuniam meam ad mensam? Et ego veniens cum usuris utique exegissem illum? 24 Et adstantibus dixit: Auferte ab illo mnam et date illi, qui habet decem mnas. 25 Et dixerunt ei Domine, habet

<sup>29</sup>Die teks wat weergegee word, is dié van die sg *Itala* volgens die *recensio* deur A Jülicher in A Jülicher *ITALA, Das Neue Testament in altlateinischer überlieferung* band I *Matthäus-Evangelium* (Berlin 1938); band III *Lucas-Evangelium* (Berlin 1954).

<sup>30\*</sup>Hierdie lesing kom net in enkele mss voor.

ego (cum usuris utique)<sup>30\*</sup> recepissem quod meum est. 28 Tollite itaque ab eo talentum et date ei, qui habet decem talenta. 29 Omni enim habenti dabitur, et abundabit; ei autem qui non habet, et quod habet, auferetur ab eo. 30 Et nequam servum proicite foras in tenebras exteriores; illic erit fletus et stridor dentium.

decem mnas<sup>30</sup>. 26 Dico autem vobis, omni habenti dabitur; ab eo autem, qui non habet, et quod habet, auferetur ab eo. 27 Verumtamen inimicos meos illos, qui noluerunt me regnare super se, adducite huc et interficite ante me.

Aangesien ons hier slegs in die ontleding van die aangehaalde tekste met die oog op die regsposisie belang stel, kan die volgende bespreking die juridies irrelevante materiaal, veral die allegorie van die man van hoë geboorte by *Lukas* wat die koningskap ontvang, agterweë laat. Die feite waaroor dit gaan, kan gerieflik in twee afdelings onderverdeel word: in die gebeure vóór en ná die terugkoms van die man wat op reis gaan; en soos volg opgesom word:

- (a) Die heer is besig om van sy huis af te vertrek.<sup>31</sup> Hy oorhandig geld aan drie van sy slawe.<sup>32</sup> Die instruksie lui dat die slawe daarmee handel moet dryf (*Luk* v 13) of die heer veronderstel dat hulle daarmee moet werk (*Matt* v 16, 17). Twee van die drie gedra hulle volgens die instruksie of die verwagting van hul heer, maar die derde steek die geld wat hy ontvang het, weg in plaas van daarmee te werk.
- (b) Die heer kom terug en reken met sy slawe af (*Matt* v 19). By *Lukas* oortuig hy homself van die vordering van die besigheid. Dit blyk dat die eerste twee die geld vermeerder het. Die derde slaaf het egter geen wins gemaak nie. Die heer loof die eerste twee slawe, maar wys die derde tereg en bestraf hom deur die geld van hom weg te neem en hom, volgens *Matt* v 30, in die duisternis weg te werp. Die teregwysing gaan gepaard met 'n opmerking oor die optrede wat van die slaaf verwag kon word; hy kon die geld by die bankiers gestort het en die heer sou dit by sy koms met rente terugontvang het.

Die regsaspekte van hierdie feite het tot dusver nog maar weinig literatuur opgelewer. Die mees resente bespreking is vervat in 'n artikel van J Duncan M Derrett.<sup>33</sup>

<sup>30v</sup> 25 ontbreek in die *Itala*; die teks is die van die *Vulgata*.

<sup>31</sup>*Homo* in die inleidende verse, Grieks *ánthropos*, kan ook na 'n slaaf of na 'n ondergeskikte vry persoon verwys; in die volgende verse word die man egter die heer, *dominus*, Grieks *kyrios*, genoem.

<sup>32</sup>By *Matt* v 14 word van die heer se besittings (*bona sua*) gepraat; maar uit v 15 e v blyk dat kontant gegee word, nl talente.

<sup>33</sup>*Law in the New Testament: The Parable of the Talents and Two Logia* ZNW 56 (1965) 184 e v. Sien 184 n 1 vir verdere literatuur.

Die skrywer beklemtoon tereg dat die gelykenis van die talente sonder tegniese inligting nie volkome verstaanbaar is nie. Uitgangspunt van sy bespreking is die regs kennis wat by die toehoorders van die Here Jesus en hul tydgenote veronderstel moet word. Regstreekse informasie oor die reg van Jesus se tyd ontbreek egter, en derhalwe knoop die skrywer aan Babiloniese, Talmoediese en vroeë Islamitiese materiaal aan om sodoende deur van albei eindpunte na binne voort te skry, met genoegsame duidelikheid te kan vasstel met welke gewoontes Jesus en sy tydgenote vertrouwd was.<sup>34</sup>

Die skrywer beweeg gevolglik geheel en al op die bodem van die Semitiese reg sonder om die vraagstuk van die toepaslike reg verder te ondersoek. Hy verkondig op grond van die Semitiese reg dan die opvatting dat die *servi* nie slawe is nie, maar afhanklike persone wat met die heer 'n vennootskap aangaan.<sup>35</sup>

Ons hoef nie verder by Derrett se ontleding van die tekste stil te staan nie. Ook die Semitiese reg kan nie sonder meer as die toepaslike reg aanvaar word nie, soos duidelik uit dié skrywer se konstruksie blyk. Slegs indien ons inligting oor die reg regstreeks uit Jesus se tyd sou gehad het, sou ons op vaste grond staan, merk hy uitdruklik op.<sup>36</sup> Oor die probleme wat die privaatregtelike kwalifikasie van die Nuwetestamentiese verhaal oplewer, het ons reeds die nodige, met die oog op die Romeinse reg, aangedui.

Ingevolge die Romeinse reg moet die feite, in ooreenstemming met die taalgebruik in die tekste (*doúlos* - *servus*; *kyrios* - *dominus*), in die lig van die betrekkinge tussen here en slawe gesien word. Die heer in die gelykenis voorsien sy slawe van geld om handel te dryf, en hy maak sodoende gebruik van die slawe se werksvermoë.

Hierdie toedrag van sake is kenmerkend van die antieke ekonomie op die gebied van landbou, handel en nywerheid, selfs vir die antieke kultuur in sy geheel. Die antieke wêreld maak ruimskoots gebruik van slawearbeid. Slawe word nie bloot as bediendes aangehou nie maar ook en veral as 'n middel om 'n inkomste vir hulle here te verdien. Vanselfsprekend was slawe nooit regs subjekte nie, maar hulle verdienvermoë is tog op so 'n manier benut dat hulle regte vir hulle here kon verkry en ook, onderworpe aan sekere voorbehoude, oor regte van hulle here kon beskik.<sup>37</sup> Hierdie bevoegd hede is afgeleide bevoegd hede, afgelei van die bevoegd hede van die heer as 'n vry persoon en *paterfamilias*. Die posisie van slawe in die privaatre g is gekenmerk deur hul regs onbevoegd hede en hul onderworpenheid aan die *dominica potestas*.<sup>38</sup>

<sup>34</sup>184.

<sup>35</sup>185 e v.

<sup>36</sup>184.

<sup>37</sup>Kaser I 244 e v; Kaser 15 I. Sien ook Buckland 73 e v.

<sup>38</sup>vgl Kaser I 247; Kaser 15 I 3, 4.



Met hierdie algemene opmerkings as agtergrond kan die besonderhede van die feite onder bespreking nou in oënskou geneem word; eerstens die gebeure vóór die heer se terugkoms.

1 Die betrekking tussen heer en slawe soos in die tekste meege-deel, kan ingevolge die Romeinse reg in drie kategorieë val: (a) die slawe word doenig op grond van 'n magtiging gegee deur die heer (*iussu domini*), (b) hulle tree op as bestuurders van 'n sakeonderneming of 'n winkel (*institores*) onder die toesig van hul heer, of (c) hulle is houers van 'n *peculium* wat hulle met toestemming van die heer as grondslag vir 'n selfstandige sakeonderneming gebruik.

Aangesien die tekste geen regstreekse uitsluitel oor die aard van die betrekkinge tussen heer en slawe gee nie - by *Matt* v 15 word slegs gepraat van *dare talenta* en by *Luk* v 13 van *dare minas* met die byvoeging van *negotiamini, dum venio* - sal dit vervolgens nodig wees om al die genoemde moontlikhede na te gaan.

(a) Die heer kan sy slaaf opdrag gee om regshandelinge aan te gaan wat teen hom, die heer, geldig sal wees indien magtiging daartoe verleen is (*iussum*).

Die tekste laat duidelik blyk dat magtiging verleen word om handel te dryf met die geld wat gegee word, of ten minste daarmee te werk (*operari*). In hierdie verband is die vraag egter opgewerp of die magtiging aan die slaaf self of aan die derde persoon waarmee die slaaf regshandelinge sal moet aangaan, gegee moet wees. Hierdie twisvraag wat die Romanistiek vir 'n geruime tyd besig gehou het, is vandag met verwysing na *D* 15 4 1 en *G* 4 70 sodanig beantwoord dat die magtiging aan die derde persoon moet gaan.<sup>39</sup> Sommige skrywers neem egter ook aan dat dit voldoende behoort te wees as die *iussum* tot die kennis van die derde party kom.<sup>40</sup> Buitendien kan die magtiging ook *ex post* verleen word.<sup>41</sup> Uit *Luk* v 13 blyk egter duidelik dat slegs die slawe gemagtig word, want slegs aan hulle is die woorde *negotiamini, dum venio* geadresseer. Aangesien die tekste ook nie die gevolgtrekking toelaat dat derde partye van die *iussum* kennis geneem het of dat dit *ex post* verleen is nie, kan ons hierdie geval buite rekening laat en oorgaan tot die tweede, die aanstelling van 'n slaaf as *institor*.

(b) *Institor* is die bestuurder van 'n sakeonderneming of winkel wat deur die eienaar daarvan aangestel word. 'n Sodanige aanstelling bring mee dat regshandelinge, veral kontrakte, deur die *institor* met

<sup>39</sup>vgl Kaser I 508; *NDI* sv *Iussum* 2 D (Bonifacio); Kaser 49 II 3. Sien ook Buckland 166 e.v.

<sup>40</sup>*NDI loc cit* (n 39) met verwysing na *D* 14 6 12.

<sup>41</sup>Kaser I 508; Kaser 49 II 3 Buckland 166.



derde persone aangegaan mag word. Die heer bly in sulke gevalle aanspreeklik met die *actio institoria*.<sup>42</sup>

Die woorde *negotiamini, dum venio* kan lei tot die aanname dat die slawe hier as *institores* aangestel word. Nietemin laat geen van die twee tekste blyk dat die slawe handel en hulle heer se saak dryf nie. Dit lyk derhalwe hoogs onwaarskynlik dat die slawe as *institores* beskou moet word.

Eerder moet aan die derde moontlike soort betrekking tussën heer en slaaf gedink word, nl aan dié geskep deur die verlening van 'n *peculium*.

'n *Peculium* word toegestaan om wins te maak, en 'n handelsaak bied 'n goeie geleentheid daartoe. Slawe kan derhalwe hulle *peculium* ook vir dié doel gebruik. Dienooreenkomstig besig die bronne die woord *negotari* (handel dryf) ook in verband met die *peculium: servus peculiarii merce negotiari*.<sup>43</sup> Die geld wat die slawe in die gelykenis ontvang, kan as *merx peculiaris* beskou word, die bedryfskapitaal van 'n handelsaak wat deur middel van 'n *peculium* gevoer word.<sup>44</sup> Vervolgens sal ons derhalwe die posisie nog nader in die lig van die bestaan van 'n *peculium* moet bekijk.

(c) Soos reeds aangestip, het die lede van die Romeinse *familia* wat onder die *potestas* van die *paterfamilias* staan, geen vermoënsregtelike bevoegdhede nie. Die vermoë van die gesin behoort aan die vader wat uitsluitlik daarvoor beskik. Hierdie posisie word egter in die praktyk aansienlik verlig deur die gewoonte om aan *filiifamilias* en slawe, ongeag die voortdurende bestaan van die gesagsverhouding tussen hulle en die *paterfamilias*, 'n mate van ekonomiese selfstandigheid te verleen. Die middel wat gebruik word om hierdie doel te bereik, is die *peculium*, 'n deel van die vader se *patrimonium* wat die persoon onder vaderlike

<sup>42</sup>vgl D 14 3 3 (Ulpianus 28 ad edictum) *Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet; nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi* - An agent is so called because he interposes in the transaction of business, and does it make much difference whether he is appointed to conduct a shop, or to engage in any other kind of employment: (Scott *The Civil Law* vol 4 213). G 4 71 . . . *institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum, sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit. . . .* - The formula *institoria* applies when a man has put his son or slave, or a stranger whether slave or free, in charge of a shop or other business, and some transaction arising out of the business over which he has been put has been entered into with that person (De Zulueta *The Institutes of Gaius Part I* Oxford 1946). Vgl ook Kaser I 508; Kaser 49 II 5; *NDI sv Institore* (Cervenca); Buckland 169 ev.

<sup>43</sup>Ulp D 1441 pr.

<sup>44</sup>Kaser I 507; Kaser 49 II 2. *NDI sv Peculium* (1) (La Rosa). Sien ook Buckland 233.

gesag administreer en die opbrengs waarvan die gesagsonderworpene toekom.<sup>45</sup>

Gedurende die ekonomiese opbloei van die klassieke tydperk van die Romeinse reg is op groot skaal van die moontlikheid om 'n *peculium* aan slawe toe te staan, gebruik gemaak; die reg het van hierdie ontwikkeling deeglik kennis geneem, en die betrekkinge tussen heer en slaaf ten aansien van die *peculium* is uitvoerig gereël.<sup>46</sup> Die volgende tekste beskryf die grondslag van die instelling:

*D 15 1 4 pr* (Pomponius 7 ad Sabinum) *Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens: nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit.\**

*D 15 1 5 3* (Ulpianus 29 ad edictum) *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. 4 Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatam a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.\*\**

Die egtheidsprobleem lewer nie veel moeilikhede op nie. Sommige beskou *animadvertere* en *fecerit* in *D 15 1 4 pr* as nie-klassiek; maar dat die teks in sy geheel klassieke reg weerspieël, val nie te betwyfel nie.<sup>47</sup> *D 15 1 5 3* en 4 is volkome onverdag.

Uit die twee tekste volg dat 'n *peculium* uit die vermoë van die heer bloot ekonomies afgesonder word, wat beteken dat dit in die oë van die reg nog steeds 'n bestanddeel van dié vermoë bly. Die slaaf verkry dus ook waar 'n *peculium* aan hom toegeken is, geensins enige eie vermoënsregtelike bevoegdheid nie.<sup>48</sup>

Die heer in die gelykenis oorhandig geld aan sy slawe wat voldoende is om 'n *peculium* tot stand te bring vir sover die *peculium* alle

<sup>45</sup>Kaser I 55; Kaser 15 I 3. Sien verder uitvoerig G Micolier *Pécule et capacité patrimoniale* (Lyon 1932) wat vir my egter slegs in die vorm van 'n opsomming deur M Kaser in sy bespreking van die werk in *SZ* 54 (1934) 392 e.v. beskikbaar was.

<sup>46</sup>Kaser I 248.

\*The *peculium* is not what the slave keeps an account of separately from his master, but is what the master himself has set aside, keeping a distinct account from that of the slave; for since the master can take away the entire amount of *peculium* from the slave, or increase or diminish it, the question to be considered is not what the slave, but what the master has done for the purpose of creating a *peculium* for the slave. (Scott *The Civil Law* vol 4 237.)

\*\* (3) The *peculium* is so called on account of its being a trifling sum of money or a small amount of property. (4) Tubero, however, defines *peculium* to be (as Celsus states in the Sixth Book of the Digest) what the slave has separate and apart from his master's account with the permission of the latter, after deducting therefrom anything which may be due to his master. (Scott *The Civil Law* vol 4 238.)

<sup>47</sup>Sien *Ind Itp*; Beseler *SZ* 57 (1937) 5.

<sup>48</sup>vgl *NDI loc cit* (*supra* n 44).

soorte bates, sake en regte, kan bevat.<sup>49</sup> 'n Ander vraag is of die ver-eiste ekonomiese afsondering plaasgevind het, of die slaaf iets *separatum a rationibus dominicis habet* soos dit in *D 15 1 5 4* hierbo uitgedruk word.

Die uitdrukking *ratio separata* staan in verband met die gewoonte dat elke *paterfamilias* oor die algemeen sy ontvangstes en uitgawes in boekhouboeke aanteken.<sup>50</sup> Al na gelang die omvang van die ekono-miese bedrywighede van die *paterfamilias* is sy boekhouding minder of meer ingewikkeld. 'n Huisvader wat welvarend genoeg is om *peculia* aan sy slawe toe te staan, hou stellig boeke waarin al sy transaksies aan-geteken word. *Ratio* is 'n rekening wat in so 'n rekeningboek opge-teken word en ook die rekeningboek self, bv die *ratio frumentaria, vinaria, olearia*; die graanrekening, die wyn- en olierekening. Die *peculium* word nou nie net liggaamlik op die een of ander manier aan die slaaf oorgedra nie, maar ook rekenkundig uit die heer se vermoë afgeskei. Die slaaf wat 'n *peculium* ontvang, begin 'n eie rekeningboek oor die inkomste en uitgawes in verband met die *peculium* te hou. Na hierdie posisie verwys die eerste gedeelte van *D 15 1 4 pr* waar ver-klaar word dat 'n *peculium* dit is wat die heer self afgesonder het om wat syne is van die rekening van die slaaf te skei. Daarmee word duidelik te kenne gegee dat die slaaf selfstandig oor sy *peculium* beskik, onaf-hanklik van die heer se eie rekeninge.

Die gelykenis-tekste bevat geen onmiddellike aanduiding dat 'n dergelyke *separatio rationum* tussen heer en slawe plaasgevind het nie. Nietemin kan tog daaruit afgelei word dat dit die geval is. By *Matt* word dit klaarblyklik aan die slawe oorgelaat hoe om met die geld wat hulle ontvang het, te werk. Die uitkoms, veral die feit dat die derde slaaf die geld wegsteek en daarvoor gestraf word, laat blyk dat van die slawe onder alle omstandighede verwag word om met die geld te werk, elkeen na sy vermoë, *univique secundum propriam virtutem* (v 15). Soos reeds opgemerk, is dit juis die doel van 'n *peculium* om aan seuns en slawe 'n mate van ekonomiese selfstandigheid te verleen, 'n doel wat natuurlik nie bereik kan word deur die geld waaruit die *peculium* be-staan, waar ook al weg te bêre nie.

Die uitkoms is by *Lukas* dieselfde. Dat in teenstelling met *Matt* by *Lukas* uitdruklik opdrag gegee word om handel te dryf, staan nie in die pad van dieselfde afleiding waartoe *Matt* aanleiding gee nie. Die verlening van 'n *peculium* kan ook gepaard gaan met 'n instruksie wat bedoel is om die aard van die gebruik van die *peculium* te bepaal. Hiermee word 'n verdere kant van die reg insake die *peculium* aange-roer, naamlik die wilsuiting wat nodig is om 'n *peculium* in die lewe te roep.

<sup>49</sup>Kaser I 248; Kaser 15 I 3; Buckland 197.

<sup>50</sup>Uitvoerig daaroor Voigt 529-535. Sien ook Heumann-Seckel *sv Ratio* (1); verder A Pernice *Labeo* Neudruck der Ausgabe Halle 1873 (Aalen 1963) 127/128.

Ingevolge *D 15 1 5 4* bo bestaan 'n *peculium* slegs dan wanneer die slaaf iets *domini permissu habet*. Die *peculium* word toegestaan deur die *concessio peculii*. Hierdie *concessio* magtig die slaaf om alle regshandeling aan te gaan wat betrekking het op die *peculium* en die administrasie daarvan, insluitende die beskikking oor regte wat deel uitmaak van die *peculium*. Slegs die beskikking *donandi causa* of die vrylating van slawe van die *peculium* of die uiterste wilsbeskikking oor bestanddele van die *peculium* is hiervan uitgesluit en vereis 'n spesiale toestemming van die kant van die heer.<sup>51</sup>

Die *peculium* of 'n deel daarvan kan egter die besondere doel dien om 'n handelonderneming aan die gang te hou. Soos uit die vereistes van die *actio tributoria* blyk, veronderstel so 'n gebruik van die *peculium* die toestemming of minstens die medewete van die heer. Sodoende ontstaan dan 'n sg handels*peculium*, *cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur* (*G 4 72*).<sup>52</sup> Die *peculium* vorm dan as *merx peculiaris* die bedryfskapitaal van so 'n onderneming.

Uit die tekste van die gelykenis kan afgelei word dat die slawe die geld as 'n *merx peculiaris* ontvang met die doel om 'n handelsaak te begin. Besonder duidelik is Lukas met sy woorde *negotiamini, dum venio*. Die heer gee uitdruklik opdrag met die verlening van die *peculium* aan die slawe - *negotiamini* is gebiedende wys - dat hulle handel moet dryf.

Matt is op die oog af minder duidelik. Hy gebruik die woord *operari* in v 16 om te beskryf wat die slaaf met die vyf talente moet doen. *Operari* beteken in die regsbronne eenvoudig „werk” of „'n diens lewer,” en in verband met laasgenoemde betekenis staan *operari* gelyk aan *operas praestare*. Hierdie woordverbinding en die woord *opera* as 'n versamelwoord dien by uitstek om na die dienste te verwys wat slawe en vrygelatenes verplig is om te lewer.<sup>53</sup> Die bronne gebruik ook die begrip *operae fabriles* om spesifiek na dienste van ambagsmanne, toneelspelers, asook bestuurders van 'n handelsaak te verwys, soos hierdie dienste op grond van kontrakte aangegaan in die besigheid of andersins deur slawe gelewer word.<sup>54</sup>

Die gebruik van die woord *operari* maak, soos ons sien, die pad oop vir 'n reeks assosiasies wat die hoorders of lesers van Matt maklik aan die vergunning van 'n handels*peculium* aan die slawe in die gelykenis kan laat dink.

Hiermee is die gebeure wat vóór die heer se terugkoms plaasgevind het, in hoofsaak behandel. Die bespreking het lig gewerp op die ekonomiese betrekkinge tussen heer en slawe en tegelykertyd duidelik

<sup>51</sup>*NDI loc cit (supra n 44)*; Kaser I 248 n 31; Buckland 204.

<sup>52</sup>*NDI loc cit (supra n 44)*; Kaser I 507; Kaser 49 II 2; Buckland 233.

<sup>53</sup>vgl Heumann-Seckel *sv Operari* (1) (a, b); *Opera* (1).

<sup>54</sup>vgl Heumann-Seckel *sv Fabrilis*.



gemaak van watter aard die bedrywighele van die slawe is. Die slotsom is dat ons hier met 'n *peculium* te doen het, meer bepaald met 'n handels-*peculium* wat deur die twee eerste slawe behoortlik en winsgewend geadministreer word.

Vervolgens moet nog aan die bedrywighele van die derde slaaf aandag gegee word.

(d) Die derde slaaf steek die geld weg; by *Matt* deur dit in die grond te begrawe (v 18) en by *Luk* deur dit in die sweetdoek weg te bêre (v 20).

*Matt* vertel van die slaaf: *Fodit in terram et abscondit pecuniam domini sui*. Die woord wat in hierdie sinsnede veral ons aandag trek, is *abscondere*. Ook dié woord is bekend aan die Romeinse regsbronne en beteken dat iets weggesteek of verheimlik word.<sup>55</sup> Nou verwant aan hierdie woord is *condere*, wat in die bronne die betekenis van „verberg” of „bêre” en „bewaar,” maar sonder die element van verheimliking, aanneem.<sup>56</sup>

Laasgenoemde woord *condere* maak in die bronne ook sy verskyning in verband met die wegbêre van geld in die grond: *in terra condere pecuniam*, waar dit oor die verkryging en verlies van besit ten opsigte van 'n skat (*thesaurus*) gaan: *peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat . . .*<sup>57</sup>

Soos uit hierdie aanhaling blyk, was dit soms gebruiklik om geld vir veilige bewaring (*custodiae causa*) in die grond weg te bêre wanneer iemand op 'n lang reis buite die land wou gaan (*peregre*). Terwyl die slaaf by *Matt* sorg dra vir hierdie metode van veilige bewaring, bêre die slaaf by *Luk* (v 20) die geld nie eers in die grond nie, maar in sy sweetdoek, wat sekerlik 'n minder veilige aard van bewaring genoem moet word.

Vir antieke hoorders of lesers van die gelykenis is dit egter baie duidelik dat nie een van die twee slawe aan die verwagting voldoen wat die heer in hulle koester nie, want die geld is sekerlik nie aan die slawe oorhandig vir veilige bewaring nie maar is bedoel om vir 'n winsgewende bedryf gebruik te word.

Hiermee is dan die eerste gedeelte van die feite afgehandel. Ons kan vervolgens oorgaan tot 'n bespreking van die tweede gedeelte wat die gebeure ná die koms van die heer behels.

(Slot volg)

<sup>55</sup>vgl Heumann-Seckel *sv Abscondere*.

<sup>56</sup>Heumann-Seckel *sv Condere* (1).

<sup>57</sup>Pap D 41 2 44 *pr*.



# Geld die gewone reëls van uitleg by belastingwette?

AF van Niekerk

*Universiteit van Suid-Afrika*

## INLEIDING

Die taak van die wetsuitlegger is om die bedoeling, dws die wils- of gedagte-inhoud van die wetgewer vas te stel.<sup>1</sup> Vir die uitvoering van hierdie taak is die uitlegger op bepaalde hulpmiddels aangewys, waarvan die woorde van die wet die belangrikste is.<sup>2</sup>

Hoewel algemeen erken en aanvaar word dat die woorde van die wet die eerste en hoofbron van inligting aangaande die werklike inhoud van die wetgewende wil is, skyn daar, veral wat belastingwette betref, onduidelikheid te bestaan oor die vraag of, en indien wel, in hoever, daar van die letterlike betekenis van die woorde van die wet afgewyk mag word ten einde aan die *bedoeling van die wetgewer* gevolg te gee.

## AFWYKING VAN LETTERLIKE UITLEG

Steyn verwys na die reëls mbt letterlike uitleg<sup>3</sup> wanneer hy verklaar:

„Soos egter opgemerk kan dit lig gebeur dat die letter van die wet nie die bedoeling van die wetgewer weergee nie, en dat die uitlegger, by 'n onbuigsame toepassing van hierdie reëls, gevolge sal teweegbring wat die wetgewende gesag nie beoog nie.”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>LC Steyn *Die Uitleg van Wette* 3e uitgawe 2-4.

<sup>2</sup>Steyn aw 4; P St J Langan *Maxwell on the Interpretation of Statutes* 12e uitgawe (1969) 28 e.v. Sien ook HS Cilliers *Die Betekenis van Vermoedens by Wetsuitleg* 1962 *SALJ* 189 en 203.

<sup>3</sup>Steyn behandel die volgende reëls: woorde moet volgens hul gewone betekenis verstaan word; algemene woorde moet algemeen verstaan word; die uitlegger mag nie buite die woorde van die wet gaan nie; die regter mag nie wysig of 'n *casus omissus* aanvul nie; aan elke woord moet 'n betekenis toegeskryf word (aw 4-20).

<sup>4</sup>aw 21.

Hy behandel dan in hoofstuk 2 die vraag wanneer en in hoever die uitlegger van die woorde van die wet kan afwyk om gevolg te gee aan die bedoeling. Uit hierdie behandeling blyk dat sowel ons gemeenregtelike skrywers as ons howe ekstensiewe, restriktiewe en woordwysigende uitleg in beginsel onderskryf, maar dat wat laasgenoemde betref, daar nog tweespalt in ons regspraak bestaan, terwyl analogiese interpretasie nie in ons praktyk ingeslaan het nie.

Dit wil egter voorkom asof die opvatting bestaan dat by belastingwette besonder streng aan die woorde van die wet gehou moet word en dat afwyking van letterlike uitleg nie geredelik geskied nie. Steyn<sup>5</sup> maak melding van die besondere letterdienstigheid wat hy meen te vind in die formulerings wat ons Appèlhof uit Engelse vonnisse oorgeneem het.<sup>6</sup> Dit is ook op gesag van dieselfde Engelse vonnisse dat Langan homself soos volg uitlaat:

„Statutes which impose pecuniary burdens are subject to the same rules of strict construction. It is a well-settled rule of law that all charges upon the subject must be imposed by clear and unambiguous language, because in some degree they operate as penalties:<sup>7</sup> the subject is not to be taxed unless the language of the statute clearly imposes the obligation, and the language must not be strained in order to tax a transaction which, had the legislature thought of it, would have been covered by appropriate words.”<sup>8</sup>

Die opvatting dat die gewone reëls van uitleg nie by belastingwette geld nie word ook by Van Houtte<sup>9</sup> gevind.

„The general rules of interpretation which we have just summarised cannot be applied in tax matters except with many major restrictions. The interpretation of tax laws . . . raises various special questions.”<sup>10</sup>

Die besondere vrae waarna hy verwys, het egter net betrekking op analogiese interpretasie<sup>11</sup> en die outonomie van die belastingreg.<sup>12</sup>

## DIE HOWE EN LETTERLIKE UITLEG

In Suid-Afrika was daar 'n aantal beslissings wat die indruk wek dat by die uitleg van belastingwette, in teenstelling met ander wette,

<sup>5</sup>aw 110.

<sup>6</sup>aw 109-110 en die sake daar aangehaal. Die Engelse vonnisse waarna verwys word, is *Partington v AG* 21 LT 370 en *Cape Brandy Syndicate v Inland Revenue Commissioners* 1921 1 KB 64.

<sup>7</sup>Sien *infra* vir enkele opmerkings in verband met die opvatting dat 'n belasting tot 'n mate as 'n boete beskou kan word.

<sup>8</sup>aw 256.

<sup>9</sup>Jean van Houtte *Principles of Interpretation in Internal and International Tax Law, Part II of Developments in Taxation since World War I* International Bureau of Fiscal Documentation.

<sup>10</sup>aw 9.

<sup>11</sup>Sien *infra* ivm analogiese interpretasie.

<sup>12</sup>aw 9-10.

besonder streng aan die woorde van die wet gehou moet word. Dit is veral die uitsprake in *CIR v George Forest Timber Co Ltd*<sup>13</sup> en *CIR v Simpson*<sup>14</sup> wat hier van belang is, want dit is in hierdie twee sake dat die reëls van uitleg van belastingwette uit Engelse vonnisse aangehaal is.

In eersgenoemde saak word verklaar:

„I apprehend the rule of construction of taxing statutes is as stated by Lord Cairns in *Partington v The Attorney-General* (21 LT 370 at 375).”<sup>15</sup>

Die volgende formulering van lord Cairns word dan aangehaal:

„I am not at all sure that, in a case of this kind - a fiscal case - form is not amply sufficient, because as I understand the principle of all fiscal legislation, it is this: If a person sought to be taxed comes within the letter of the law, he must be taxed however great the hardship may appear to the judicial mind to be. On the other hand, if the Crown, seeking to recover the tax, cannot bring the subject within the letter of the law, the subject is free, however apparently within the law the case might otherwise appear to be. In other words if there be an equitable construction, certainly such a construction is not admissible in a taxing statute, where you can simply adhere to the words of the statute.”<sup>16</sup>

In die *Simpson*-saak is die volgende gesê:

„In construing the definition regard must be had to the cardinal rule laid down by Rowlatt J in *Cape Brandy Syndicate v Inland Revenue Commissioners* (1921 1 KB 64 at 71) and approved by Simon VC in *Canadian Eagle Oil Co Ltd v The King* (1946 AC 119 at 140). That rule was as follows: ‘[It simply means that in] a taxing act one has to look merely at what is clearly said. *There is no room for any intendment.*’<sup>17</sup> There is no equity about a tax. There is no presumption as to a tax. Nothing is to be read in, nothing to be implied. One can only look fairly at the language used.’”<sup>18</sup>

Daar is enkele aspekte van die betrokke Engelse vonnisse waarna verwys moet word. Die aanhaling uit die *Partington*-saak bevat die woorde „equitable construction” terwyl in die geval van die *Cape Brandy Syndicate*-saak van „equity” gepraat word.

Die betrokke aanhaling uit die *Partington*-saak wil niks meer sê nie as dat ’n „equitable construction” nie toelaatbaar is nie. Die vraag is egter wat met „equitable construction” in die verband waarin dit gebruik is, bedoel word.<sup>19</sup> Indien bloot bedoel word dat ’n billikheidsinterpretasie nie toelaatbaar is nie, is daarmee, ook wat ons reg betref,<sup>20</sup>

<sup>13</sup>1924 AD 516; SATC 1 20.

<sup>14</sup>1949 4 SA 678 (A), SATC 16 268; sien ook *Dibowitz v CIR* 1952 1 SA 55 (A), 61G; SATC 18 11.

<sup>15</sup>Op 531.

<sup>16</sup>tap

<sup>17</sup>Die gekursiveerde woorde is uit die reël soos in hierdie saak aangehaal, weggelaat.

<sup>18</sup>Op 695.

<sup>19</sup>Sien Langan aw 236 ev.

<sup>20</sup>vgl *CIR v Delfos* 1933 AD 242 en veral die uitspraak van ar Beyers op 268; SATC 6 92.

geen fout te vind nie, maar dan bied dit ook geen bevestiging vir die opvatting dat 'n streng letterlike uitleg by belastingwette gevolg moet word nie. Langan verklaar egter met beroep op 'n saak<sup>21</sup> wat in 1758 beslis is, dat die regters soms met „equitable construction” niks meer bedoel het nie as uitleg in ooreenstemming met die bedoeling van die wetgewer.<sup>22</sup> Indien die betrokke aanhaling nou te kenne wil gee dat uitleg met verwysing na die bedoeling van die wetgewer nie by belastingwette toelaatbaar is nie, strook dit in elk geval nie met die opvatting van ons howe nie, soos later sal blyk.

Dit wil voorkom asof die reël uit die *Cape Brandy Syndicate*-saak enigsins uit verband aangehaal is. Indien gelet word op die woorde wat die reël, soos aangehaal, voorafgaan dan blyk dit dat die regter eerder teen 'n oordrewe letterlike benadering wou waarsku. Die reël soos in die *Simpson*-saak aangehaal word deur die volgende woorde voorafgegaan:

“The respondent's contention involves an extremely artificial construction of the words and imports into the expression 'pre-war standard' something having no connection with anything to which the term 'pre-war' can properly be employed. It is urged by Sir William Finlay that in a taxing act clear words are necessary in order to tax the subject. *Too wide and fanciful a construction is often sought to be given to that maxim, which does not mean that words are to be unduly restricted against the Crown,*<sup>23</sup> or that there is to be any discrimination against the Crown in these acts.”

Dan volg die woorde: “It simply means that in a taxing act,” en wat daarop volg.<sup>24</sup>

Die formulering van die reël soos dit in die *George Forest Timber Co Ltd*-saak en die *Simpson*-saak uit die Engelse vonnisse oorgeneem is, is dikwels in latere beslissings herhaal, terwyl ook in enkele ander beslissings klem gelê is op letterlike uitleg.<sup>25</sup> Hierdie beslissings wek die indruk dat eerder 'n woordelike benadering as 'n benadering vanuit die oogpunt van bedoeling by die uitleg van belastingwette gevolg word en dat afwyking van die letterlike uitleg nie plaasvind nie. Ten spyte van die *allgesetzlichkeits*dogma wat uit hierdie sake blyk, wil dit by verdere ontleding tog voorkom asof die benadering by belastingwette weinig of glad nie afwyk van die gewone reëls van uitleg nie.

<sup>21</sup>*R v Williams* (1758) 1 W Bl 93. Die *Partington*-saak is in 1869 beslis.

<sup>22</sup>aw 236.

<sup>23</sup>My kursivering.

<sup>24</sup>In die *Simpson*-saak word die betrokke reël ook afgewater deur byvoeging van die volgende woorde: „I shall assume that the above rule should be qualified by saying that even in taxing statutes something may have to be implied by necessity.”

<sup>25</sup>Sien by *Dibowitz v CIR* 1952 1 SA 55 (A) 61G, SATC 18 11; *CIR v Delfos* 1933 AD 242 254, SATC 6 92; *New Era Consolidated Ltd v CIR* 1951 3 SA 211 (T), 215, SATC 17 450.

Steyn<sup>26</sup> wys telkens daarop dat afwyking van letterlike uitleg slegs geregverdig is indien die bedoeling van die wetgewer sonder twyfel uit ander bronne vasgestel kan word. Hierdie vereiste loop trouens soos 'n goue draad deur sy behandeling van die opvattinge van sowel ons gemeenregtelike skrywers as ons howe met betrekking tot afwyking van letterlike uitleg. Ons volstaan met enkele voorbeelde:

„Nie bloot 'n veronderstelde bedoeling nie, maar alleen die ontwyfelbare bedoeling van die wetgewer kan 'n afwyking van die gewone betekenis van woorde regverdig.”<sup>27</sup>

„Solank daar dus redelike twyfel omtrent die bedoeling bestaan, bied die woorde self die sekerste houvas. Alleen waar die wetgewende wil volkome seker en duidelik is, kan op die grondslag daarvan inkortend uitgelê word.”<sup>28</sup>

„Die vereiste dat daar by woordwysigende uitleg geen twyfel omtrent die bedoeling mag bestaan nie, word tereg deur ons howe beklemtoon.”<sup>29</sup>

Ook wat analogiese en inbegrypende interpretasie betref, moet volgens ons skrywers die bedoeling van die wetgewer vasstaan.<sup>30</sup>

'n Studie van belastingsake toon dat daar by die uitleg van belastingwette, soos by ander wette, ook gesoek word na die bedoeling van die wetgewer.<sup>31</sup> Indien daar twyfel omtrent die bedoeling bestaan, is die howe nie bereid om van die letterlike uitleg af te wyk nie,<sup>32</sup> maar indien die bedoeling ontwyfelbaar vasstaan, word daaraan gevolg gegee.<sup>32</sup>

Dit is betekenisvol dat Steyn<sup>33</sup> vir die sienswyse dat die bedoeling van die wetgewer altyd die deurslag moet gee, juis bevestiging vind in 'n belastingsaak, nl. *Farrar's Estate v CIR*,<sup>34</sup> waarin soos volg verklaar is:

„The governing rule of interpretation - overriding the so-called 'golden rule' - is to endeavour to ascertain the intention of the law-maker from a study of the provisions of the enactment in question, and there is no doubt that the literal, grammatical meaning of the words must give way to that rule.”<sup>35</sup>

In hierdie saak is woordwysigende uitleg toegepas om gevolg te gee aan die bedoeling van die wetgewer.<sup>36</sup>

<sup>26</sup>aw hoofstuk II.

<sup>27</sup>aw 22-23 ivm dubbelsinnige woorde.

<sup>28</sup>aw 32, ivm restriktiewe interpretasie. Sien ook 34-35 en 40.

<sup>29</sup>aw 64 ivm woordwysigende uitleg. Sien ook 55, 58, 59, 61, 62, 63 n 39 en 69.

<sup>30</sup>Sien aw 41-55 en *infra* ivm analogiese interpretasie.

<sup>31</sup>Sien *supra* wat ivm die aanhaling uit die *Partington*-saak gesê is.

<sup>32</sup>Soos die geval by ander wette ook is.

<sup>33</sup>aw 3.

<sup>34</sup>1926 TPD 501, SATC 2 81.

<sup>35</sup>Op 507.

<sup>36</sup>Steyn aw 59-60.



Bevestiging vir die sienswyse dat die howe bereid is om van 'n letterlike uitleg af te wyk indien die bedoeling maar vasstaan, is te vind in 'n onlangse belastingsaak<sup>37</sup> waar regter Van Winsen hom soos volg uitlaat:

„It is the Court's duty to expound the words of the statute in their ordinary and natural sense and not to seek to read into the enactment words that are not present therein *unless it is necessary to do so to give effect to the undoubted intention of the legislature.*”<sup>38</sup>

Daar is talle voorbeelde van belastingsake waar die howe restriktiewe en woordwysigende uitleg toegepas het om aan die ontwyfelbare bedoeling gevolg te gee. Die volgende is slegs enkele voorbeelde.

In *CIR v South African Fire and Accident Insurance Co Ltd*<sup>39</sup> is woordwysigende uitleg toegepas. Die woorde „within the Union” in a 4(b) van die eerste bylae tot wet 31 van 1941, is gelees as „in the Union,” sodat die omskrywing van „received in the Union” toegepas kon word. „‘Within’ means ‘in’ and ‘in’ was intended.”<sup>40</sup>

'n Voorbeeld van inbegrypende interpretasie met toepassing van die stelreël *expressio unius est exclusio alterius* word gevind in *SA Estate and Finance Corporation Ltd v CIR*.<sup>41</sup> Op 236 word verklaar:

“The maxim *expressio unius est exclusio alterius* is one which must at all times be applied with great caution. But here its application appears to me to be legitimate. That the Legislature has expressly excepted from the dividend tax<sup>42</sup> the case where the dividend distributed represents the distribution of capital assets but only where such distribution takes place on the winding-up of a company, shows conclusively that the Legislature intended to include in the tax the payment of money representing capital assets.”<sup>43</sup>

Restriktiewe interpretasie om gevolg te gee aan die bedoeling van die wetgewer is in *M v COT*<sup>44</sup> toegepas.

„The conclusion to which I have come is that unless the phrase ‘tax payable by the company’ in sec 30<sup>45</sup> is given the meaning of tax paid by the company, and not the meaning it bears elsewhere in the statute, the whole purpose of

<sup>37</sup>ITC 1137 (1969), SATC 32 1 op 2. Die *stare decisis*-beginsel is nie van toepassing by beslissings van die spesiale hof vir die verhoor van inkomstebelastingappèlle nie en die betrokke saak word hier slegs gebruik ter illustrasie van die gedagterigting wat by die howe gevind word.

<sup>38</sup>My kursivering.

<sup>39</sup>1960 3 SA 1 (A), SATC 23 367.

<sup>40</sup>Per ar Schreiner op 9.

<sup>41</sup>1927 AD 230, SATC 2 193.

<sup>42</sup>a 38 wet 41 van 1917.

<sup>43</sup>vgl ook *Loewenstein v COT* 1956 4 SA 766 (FC) 770, SATC 21 121; *SBI v Lourens Erasmus Bpk* 1966 4 SA 434 (A) 441H, SATC 28 233.

<sup>44</sup>1956 4 SA 197 (SR), SATC 21 16.

<sup>45</sup>Wet 15 van 1948.

sec 30 as contemplated by the Legislature is defeated and an unintended and absurd consequence results.”<sup>46</sup>

Nog ’n geval van restriktiewe interpretasie het voorgekom in *Commissioner of Customs v Joffe*.<sup>47</sup> Op 12 word verklaar:

„ . . . it seems to me that the wide meaning of the word ‘objectionable’ should be cut down by the words that precede it, and I think that the ejusdem-genesis doctrine is applicable in interpreting the present section.”

Waar die bedoeling van die wetgewer nie *manifestum* was nie, wou die hof by die uitleg van belastingwette, soos trouens by ander wette ook, nie van die letterlike uitleg afwyk nie. Hier volg enkele voorbeelde.

In *Loewenstein v CIR*<sup>48</sup> word verklaar:

„Only on clear proof that the Legislature cannot possibly have had an intention to exclude super tax liability is the Court justified in disregarding these words.”<sup>49</sup>

As die bedoeling vasgestaan het, sou die hof dus bereid gewees het om van die letterlike uitleg af te wyk.

Baie duidelik is ook die houding in *SCB Investments (Pty) Ltd v COT*.<sup>50</sup>

“This court is not at liberty, in the construction of a taxing statute, to seek out a *probable intention*<sup>51</sup> of the Legislature and to disregard words, which have a meaning to bring it about.”<sup>52</sup>

Steyn verklaar in verband met restriktiewe interpretasie:

“*Commissioner for Inland Revenue v Galena Oil Co* 1931 TPD 123 lewer ’n illustrasie van die beginsel dat daar, by inkortende uitleg, geen twyfel omtrent die wil van die wetgewer moet bestaan nie. As daar na alle kante anomalieë en onaanneemlikhede is, moet die woorde hul gewone betekenis behou.”<sup>53</sup>

Die onvermydelike gevolgtrekking waartoe hierdie ontleding van enkele belastingsake lei, is dat daar in ons regspraak oor die algemeen weinig te bespeur is van die *allgesetlikheidsdogma* wat gesoek word in die reëls wat in ’n paar belastingsake<sup>54</sup> uit Engelse beslissings aangehaal is. Ook in hierdie sake is daar in die eerste instansie na die bedoeling van die wetgewer gesoek.

<sup>46</sup>Per r Murray op 201H. Vgl ook *C Ltd v COT* 1962 1 SA 42 (SR), SATC 24 392.

<sup>47</sup>1934 WLD 8. Sien ook ITC 551, SATC 13 204.

<sup>48</sup>1956 4 SA 766 (FC) 772; SATC 21 121.

<sup>49</sup>Die woorde „and his liability to income tax shall be calculated accordingly.”

<sup>50</sup>1960 2 SA 841 (FC), SATC 23 416.

<sup>51</sup>My kursivering.

<sup>52</sup>Op 847.

<sup>53</sup>aw 34.

<sup>54</sup>*CIR v George Forest Timber Co Ltd*, *supra* n 13, *CIR v Simpson*, *supra* n 14 en n 24.

## ANALOGIESE INTERPRETASIE

Volgens Steyn het analogiese interpretasie nie in ons praktyk ingeslaan nie,<sup>55</sup> terwyl die standpunt van ons ou skrywers was dat dit slegs met belangrike beperkings toegepas moet word.<sup>56</sup> So word dit sover moontlik vermy by oa wette wat laste of strawwe oplê.<sup>57</sup>

Die stelling dat analogiese interpretasie nie in ons praktyk ingeslaan het nie, is ongetwyfeld waar wat betref die uitleg van belastingwette. In *Commissioner of Customs and Excise v Randles Bros & Hudson Ltd*<sup>58</sup> word toepassing van analogiese interpretasie met beroep op *Dadoo Ltd and others v Krugersdorp Municipal Council*<sup>59</sup> verwerp. Dit was ook die houding in *Badenhorst & Others v CIR*<sup>60</sup> waar op 215 verklaar word:

“ . . . if a person is liable to tax in a specified set of circumstances, he must not be held liable in different though analogous circumstances merely for the reason that because he is liable in the one case he should also be liable in the other.”

## DIE CONTRA FISCUM-REËL

Toepassing van hierdie reël hou in dat waar dubbelsinnigheid bestaan en daar twyfel is oor wat die presiese bedoeling van die wetgewer was, die belastingpligtige altyd die voordeel van die twyfel gegee moet word. Hierdie reël word vryelik in ons howe toegepas<sup>61</sup> en is heel onlangs nog soos volg gestel deur hoofregter Steyn in *SIR v Raubenheimer*<sup>62</sup>:

„Dit wil my bygevolg voorkom dat, hoewel die voorskrif in par (e) vatbaar is vir 'n engere betekenis, 'n wyere nie uitgesluit kan word nie. Dit is gemene saak dat by meer as een moontlike betekenis, die uitleg teen die fiscus moet gaan.”

Die gevolgtrekking waartoe hierdie oorsig van ons regspraak lei, is dat die opvatting as sou 'n streng letterdienstigheid by die uitleg van belastingwette gehandhaaf word, nie geregverdig is nie. Waar die bedoeling *manifestum* is, word by die uitleg van belastingwette, soos by

<sup>55</sup>aw 47.

<sup>56</sup>aw 44.

<sup>57</sup>aw 45.

<sup>58</sup>1941 AD 369.

<sup>59</sup>1920 AD 530.

<sup>60</sup>1955 2 SA 207 (N), SATC 20 39.

<sup>61</sup>Sien by *Israelsohn v CIR* 1952 3 SA 529 (A) 540, SATC 18 247; *CIR v Widan* 1955 1 SA 226 (A) 235, SATC 19 341; *Badenhorst & Others v CIR* 1955 2 SA 207 (N) 215, SATC 20 39; *Estate Reynolds v CIR* 1937 AD 57 61, SATC 8 203.

<sup>62</sup>1969 4 SA 314 (A) 322, SATC 31 208.

ander wette, van die letterlike uitleg afgewyk. Wat analogiese interpretasie betref is die posisie by belastingwette ook nagenoeg dieselfde as by ander wette. Selfs die toepassing van die *contra fiscum*-reël by die uitleg van belastingwette kan streng gesproke ook nie as 'n afwyking van die gewone reëls van uitleg beskou word nie, want dit is eerder 'n toepassing by belastingwette van die reël „*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.*”<sup>63</sup> In hierdie verband kan ook gelet word op die uitspraak van regter Milne in die *Badenhorst*-saak<sup>64</sup> waar hy op 215 verklaar:

„Where there is an ambiguity which is manifest without resorting to considerations of inequity, supposed or real, the court will no doubt, interpret a taxing statute, *as it does others*<sup>65</sup> favourably to the subject and so, *contra fiscum.*”

Appèlregter Hoexter twyfel ook of ander beginsels in belastingwette geld as hy in *New Union Goldfields Ltd v CIR*<sup>66</sup> verklaar:

“It has often been said that unless one is virtually compelled to do so the words used by Parliament should be read in the light of their ordinary and natural sense, and in a taxing statute there is *perhaps*<sup>67</sup> less justification than in other measures for departing from that sense.”

Die opvatting dat by die uitleg van belastingwette, in teenstelling met ander wette, streng aan die woorde van die wet gehou moet word, hou klaarblyklik verband met die opvatting dat 'n belasting tot 'n mate as 'n boete beskou moet word,<sup>68</sup> want soos Adriani en van Hoorn tereg beweer<sup>69</sup> word die metode van interpretasie ook deur die insig in die wese van belastingheffing beheers. Indien dit dan so is, moet 'n mens ook baie versigtig wees watter karakter jy aan belastingheffing toeken.

Belastings in een of ander vorm word reeds sedert die oudheid gehê en is so oud soos gemeenskapsvorming self. Die opvatting dat belasting 'n boete-karakter dra, kan dan ook volgens Adriani en van Hoorn<sup>70</sup> teruggevoer word na die oudheid en selfs die middeleeue toe die regsgedagte by belastingheffing nog ontbreek het. Hierdie beskouing omtrent die aard van 'n belasting is vandag nie meer geregtig nie. Betaling van 'n belasting is 'n maatskaplike plig wat op elke lid van die maatskappy rus, en dit is verkeerd om 'n belasting as 'n boete te beskou. Weliswaar word 'n persoon wat aan 'n misdryf in ver-

<sup>63</sup>D 50 17 56. Sien ook Steyn aw 111 waar hy verklaar dat hierdie reël ook aanwending vind by nie-beswarende bepalings.

<sup>64</sup>n 60.

<sup>65</sup>My kursivering.

<sup>66</sup>1950 3 SA 392 (A) 403, SATC 17 1.

<sup>67</sup>My kursivering.

<sup>68</sup>Sien n 7 hierbo.

<sup>69</sup>Adriani en Van Hoorn *Het Belastingrecht* deel II 132.

<sup>70</sup>aw Deel I 183, 205.

band met sy belastingaanspreeklikheid skuldig bevind word met 'n boete of gevangenisstraf<sup>71</sup> gestraf, maar die boete is ewemin as die gevangenisstraf 'n belasting.

Hoewel daar dus 'n tyd mag gewees het toe 'n belasting met 'n boete vergelykbaar was, is dit vandag nie meer die geval nie en vereis die aard van belastingheffing nie 'n streng letterlike uitleg van belastingwette nie. Adriani en van Hoorn verklaar in hierdie verband:

“In een tijd, waarin de belastingheffing werd gezien als een van het individu geëist offer, als een inbreuk op zijn persoonlijkheid, het bloed der ingezetenen, stond men anders tegenover het ‚woord’ dan thans, al was toen ook interpretasie van dat ‚woord’ nodig. Maar de houding tegenover dat ‚woord’ was een andere.”<sup>72</sup>

Die algemene opvatting in lande soos België, Nederland, Italië, Switserland, Frankryk en Duitsland skyn te wees dat die gewone reëls van uitleg ook by belastingwette geld, behalwe dat analogiese interpretasie nie toelaatbaar is nie.<sup>73</sup> Soos hierbo reeds aangetoon, word in Engeland oënskynlik streng aan die woorde van die wet gehou. In die VSA word ekstensiewe interpretasie, wat selfs analogiese interpretasie nie uitsluit nie, vryelik toegepas.<sup>74</sup>

#### SUMMARY

#### ARE THE USUAL RULES OF INTERPRETATION APPLICABLE TO TAX LEGISLATION?

Although it is generally accepted that the words of the act are the main source from which the true intention of the legislature must be deduced, there appears to be some obscurity concerning the question whether and to what extent departure from the literal meaning of the words of a tax act is admissible.

The prevailing view appears to be that in the interpretation of tax acts the court is bound to adhere to the strict words of the act. This view finds support in rules of interpretation formulated in English cases and cited with approval in a number of South African cases. A closer examination, however, reveals that these rules were cited out of context in the South African cases. An analysis of South African tax cases furthermore shows that the general rules of interpretation are used in the construction of tax acts. Even the *contra fiscum* rule is nothing more than the application in tax acts of the rule “*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.*” □

<sup>71</sup>a 75 van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962.

<sup>72</sup>aw deel II 132.

<sup>73</sup>Van Houtte aw 31–35; Adriani en Van Hoorn aw 137–140 en 146–147.

<sup>74</sup>Van Houtte aw 35.



# The Leviathan - a legal fiction of today

George Findlay QC

*Member of the Pretoria Bar*

In a general way today we think of legal fictions as something of the past. They are the pretences upon which the courts of Rome may have carried on, but surely, we may say, they are unworthy of the clarity and candour of the modern mind.

Of course we have our statutory “deemings” but we do not persuade ourselves into thinking they are true. We know they are arbitrary suppositions made for a particular purpose, and the courts will confine them to the purpose for which they are introduced. So we “deem,” but do not for a moment “believe,” that the wife’s income vests in the husband simply because the Income Tax Act says so.

However when a legal fiction does present itself it is most important that it should be unmasked. That is necessary to bring us back to truth and clarity. The statutory deemings need not be unmasked, for they bear their falsity upon their forehead. But there are fictions that go deeper. There is one that goes very deep indeed, so deep that like the misguided Roman jurists we think it true. That is a very dangerous position - but it does exist.

One fairly recognised fiction - we may call it a half-buried fiction - is involved in the pretence that the courts never *make* the law. Basically you never know what the law is until the court tells you. But of course it disowns making it. The court may “find” the law by diligent search. It will “interpret” it with the aid of dictionaries and the aid of generalities of which it takes judicial notice; and it will “apply” it as though it were there all along. But the court scouts the notion that it is “making” law. However as soon as its pronouncement has been made the fiction is summarily dropped. The judgment is now a source of new law. It is “judge-made” law.

We may think, maybe, that when these pretences have fallen away we need not bother with them any longer; that they have been introduced *pro hac vice* while the investigation has been going on. However these pretences cannot be dismissed as easily as that. They are imme-

diately followed by a new pretence - that the delivered judgment, the utterance of the court, "is" the law. It is my purpose to show that these expressed utterances, however useful they may be to the courts, are not in themselves "the law."

It is easy to understand the reasons for the fiction that the court "finds" but does not "make" the law. The citizen who comes to court demands to be treated like everybody else. There is nothing that a court fears more than that a litigant will complain that it has dealt less favourably with him than with others in the same position. So not only must the court follow precedent but it must also act on the pretence that the litigant's rights are known - or at any rate knowable - in advance. He must not get the impression that a new view of the law is being "cooked-up" specially to deal with him - even if that is the case - and he must have a guarantee, as it were, that the court is not going to discriminate against him.

It is hardly necessary to point out that nothing could be more disruptive of law and order than a notion in the minds of citizens that the courts are, or are likely to be, partial. Of course if they carry out their duties on newly invented principles or discretionary lines, that, to the litigant, amounts to exactly the same thing.

The boring repetition with which judges assert that they are not making the law but following some absolutely pre-determined line as a matter of duty does serve to fend off attacks upon their impartiality. These assertions therefore have a function. Indeed it is vital to the maintenance of law and order that citizens should respect and therefore willingly obey the orders of the judges.

However it is not necessary for the legal analyst to be taken in by the fiction that there always is a pre-existing law. He knows perfectly well that the courts "develop" the law, even when they purport not to "make" it. He feels in fact that the repeated assertions of the courts that they could not dream of making law stir up the suspicion that "the lady doth protest too much," for the courts in fact do make law. The fact that the legal analyst sees through this pretence does not disrupt law and order. It remains a half-buried fiction.

It is curious that the language of the courts should be untruthful in this connection, but it is understandable just because it is part of their primordial function of maintaining "law and order." Indeed they cannot hope to maintain order, or obedience to their decrees, unless the public respects these decrees; and the public - or at least the general run of the public - must be assured that the courts are not making up the law for each case, but merely applying it, and doing so consistently for all citizens.

We must make no mistake about the true function of courts of law. Indeed, what are the obvious functions bestowed upon them by

history and by the march of social development? In our curious combined phrase it is, as I have indicated, to preserve "law and order"; and an ordering of affairs voluntarily accepted at that.

We may well recall one of the earliest pictures of a lawsuit - the picture set out upon Achilles' shield, as described by Homer. Here two young men lay claim to a fleece. Words pass and they are about to draw their swords, when there passes by an aged and respected man (not necessarily a Prince, or a King, be it noted). He steps forward and allays the difference between them - on the inspiration rather than the dictates of Diké - and so the swords go back into their sheaths.

The issues that come before courts of law still are clashes of will. Sometimes this is not quite the case. Where there is acquiescence on one side the court merely intervenes because there has been a potential clash of wills. In essence one side wants one thing, and the other side wants, or potentially may claim, the opposite. Then the court determines who shall have his way, and in what way he shall have it.

The will of the claimant may be that of an organisation, a club, a company - and so also the will of the State. The State exercises a collective will also when it demands punishment of an offender against its expressed wishes in the criminal field as much as when it claims on the basis of civil rights. The courts deal, of course, exactly as they would with any other litigant; sometimes more critically. Indeed the favouring of the fiscus is a long forgotten precept.

Lawsuits are these clashes of will and in these the court tells us what is the law. It is the law carried out that is the law. It is a fallacy to think that it is a mere announcement. It is what the court *does*, not what it *says*, that really matters. The adjudication must be effective - accepted or enforced. It is bad law if it doesn't maintain "order" for that is its aim and function. It is this actual "order" that resolves the clash of wills.

In short, the immediate *result* of what the court says, that is the law. The reasons, the grounds adduced in the judgment, are a guide, a precedent, by which the future courts will be well-advised to act. But we shall find that these judgments will have to be interpreted, construed, appropriately trimmed and adapted in application, and indeed often disregarded. The reflections are *obiter dicta*, pious advisory reflections, if they are not in direct relation to what the court then did, or to what the court is now about to do.

When the client consults his lawyer he usually wants to know what the court will order, not the long string of pretexts in which that order will be enmeshed; for it is the order which provides the basis upon which the conflicting wills must be reconciled.

In stressing that what the court does is the law, and not the string of supposed reasons for its action, I am approaching my main thesis: that statute law is not "the law"; that it is a statement of the will of a particular constitutional group; that it is one of the elements in the clash of wills with which the court has to deal.

In connection with statute law the court is at once involved in difficulty. It cannot renounce its search for peace-engendering solutions of all clashes of will; and the will of the legislature is a statement of will of impressive importance because of the powerful source from which it comes. Often the court can combine its duty of finding a solution to the clash of will in a spirit of subservient and literal obedience to the legislators. And that is what it always pretends to do. In fact this is precisely the legal fiction - the fiction that legislative enactments *are* the law.

Notoriously however the courts in dealing with pronouncements of the legislature sometimes extend and amplify them. Think for a moment of the enormous body of law that has by extensive interpretation grown out of the simple phrases of the Lex Aquilia. Sometimes our courts will restrict and modify the scope of statutes. Occasionally they will annul them altogether, or alter, add or disregard words in them. But are they the "law" to begin with?

If the court performs its true function all this modification is most necessary; but I wish to suggest that it is done under cover of fiction. The will of the legislature is not just a will that it must recognise as such. On the contrary the court pretends that it must obey statute law absolutely - if only it could say exactly what the law was!

LC Steyn, our learned Chief Justice, now alas retired, in his book "Die Uitleg van Wette," usefully assembles the authorities for dealing with statutes in courts of law. The various ways of doing so are strikingly different.

- (1) First there is the *literal* and exact interpretation of statutory pronouncements.
- (2) Then there is the *restrictive* interpretation in which the court limits the scope of the words to some purpose, or sometimes to some meaning definitely less than what a dictionary would say.
- (3) Then there is the *extensive* interpretation when words grow into far wider fields of reference than one might expect; and
- (4) finally there is the outright process of amending, ignoring, deleting, substituting and inserting words "to make sense" out of the pronouncements of the legislature, or treating it as obsolete.

One may very well enquire why the court should elect to do one of these things rather than another? Unfortunately there are no rules to

guide us in this choice. The reason is the shallow pretence that the court is simply getting at the true intention of the legislature.

At the end of his searching scrutiny of the grounds on which the court does now this, now that, but with no real guide as to when it does one thing rather than another, the learned author remarks (3d ed 68) -

“Die vonnisse hierbo aangehaal toon duidelik aan dat daar nog steeds ’n tweespalt in ons regspraktyk bestaan. Dit is geen oordrywing nie om te beweer dat hierdie tweespalt tot ’n regsonsekerheid lei wat dit moeilik maak om te weet wanneer ons howe woordwysigende uitleg sal toepas, en wanneer nie. Dit is noodsaaklik dat hierdie inkonsekwensies van ons praktyk opgelos word.”

The measure of disquiet felt by the learned author is of importance in the legal field. There is no rule that on one particular occasion you must restrict interpretation and that upon another you must extend it. How indeed are we to know what to do? And if I may criticise the learned author’s wording (“tweespalt”) there are not only two alternatives but at the very least four. The decision to stick to a literal interpretation must not be omitted; nor the decision to make sense of the law by innovation.

In choosing between these methods of supposed “interpretation” the court purports by some necromancy to divine “the true intent of the legislature” when we know that the legislature never really faced the problem at all. Whatever the court’s decision, a cloud of reasons are adducible one way as much as another. We are left with the persuasion that they are all pretexts, pretences, legal fictions to explain and justify a proper decision.

It is time to put forward, for the purposes of discussion, a suggested basis on which a court should act, or upon which legal advisers may expect it to act in any particular case. When for example the court is confronted with a municipal by-law, *intra vires* and otherwise in order, but propounded in the loose and slovenly language of our eager local authorities, what must it do? Extend? Restrict? Correct? Or reject as unworkable? It is interesting to note that in “construing” such important things as acts of Parliament - where slovenly wording also is by no means unknown - a great deal of lip-service to our sovereign legislature is thought necessary; in dealing with the enactments of municipalities the court betrays a much easier approach. But whatever the case may be, the court gets on with its duty - literal, restrictive, extensive or restorative (if I may so call it) - and the pretexts for deciding to do what it decides to do are always abundant.

The learned author of “Die Uitleg van Wette,” in the context of the above quoted passage, feels that the modern decisions leave us rudderless in this sea of pretexts. His tentative solution is that we must simply go back, cap-in-hand, to Donellus, Christinaeus, Averanius,



Maestertius and the other "Manfred Nathans of the Middle Ages." Of course not many lawyers and few scholars will laboriously follow us on these routes. Our decisions are unlikely to be open to challenge. They will have that merit. However, in my respectful opinion, this will leave us still rudderless and in troubled waters. Upon our main question we are still unguided and uncomforted. Indeed it is not a mere question of "inkonsekwensies van ons praktyk." We are floundering in a legal fiction. We must go forward into the future; not flounder back into the past. To me, unlike the learned author, our Roman-Dutch past is for these purposes a valley of despondency; to him, on the other hand, it is a vale in which he fears no evil and is strangely comforted.

I may be forgiven, I hope, if I take the view that our common law authorities, our Voets, Van Leeuwens and Bynkershoeks, are friendly, experienced fellows who have much advice to give us as to how to frame peace-keeping and acceptable judgments and upon whose advisory material we may still and frequently do draw with satisfaction.

In a recent and inspiring inaugural address to the law faculty at the Witwatersrand University Professor John Dugard makes a strong appeal for a new approach to our law - the approach of the legal realist. It certainly is time we passed to something more than a dictated jurisprudence - a jurisprudence wrapped up in a number of forgotten textbooks and founded on the will of an imaginary Austinian Sovereign. The courts in fact no longer go down on their knees simply because of the source from which an expression of will appears to come. They still perform their real function of resolving clashes of will - or they would not be there.

However if I construe the address of Professor Dugard correctly, he senses that there is some unexpressed background in what our courts do. As in this they appear to be unguided, he identifies it (he does not use the term) as "bias." Of course no system of law is without little indices of bias here and there, but with respect, in the present context, that would be too disapproving a term. Bias surely is a tendency towards decision in which the effort to be fair and impartial fails. These are weeds that to some extent present themselves in any garden. But in deciding whether to interpret a statute literally, restrictively, extensively or amelioratively we ordinarily see in our courts the finest impartiality and equitable balance. We have to complain not that they act with the improper preferences of biassed minds, but that, maintaining the fiction of interpretation, they do not know or say why they do one thing rather than another. They pretend to be interpreting merely. The curious thing is that it is precisely this obscurantism that enables them to be fair - while paying lip-service to the supposed sovereignty of a co-equal branch of the State, the legislature. The bias

is toward an integrity of spirit, a preference for the age-old function of the courts of preserving law and order.

The Austinian concept of sovereignty puzzles the student who has the slightest realism in his approach, for the sovereign will is unplaceable, indeterminable. It is a facile error to look to the legislature and ignore the executive, and the judicature, in our search for the non-existent sovereign. One sympathises with the student who, after serious study of the constitution in his search for the sovereignty says despairingly to his professor: "Ja, maar waar *sit* die ding?"

In the separation of function between the legislature and the judicature it is surely implied that the legislature expresses a will, and the judicature reconciles that will, as much as any other, with wills that clash with it in the structure of society. The testament of the deceased is another example of a will expressed in words; a contract is the communal will of the parties so expressed when entered into; so also are club rules and company constitutions and resolutions; and finally in a contract-of-record, in a pleaded issue, we have the divergent wills of parties put forward for adjudication. These are the expressions of will with which our courts must deal from day to day.

It is the function of the legislature to formulate and express the will of the constitutional group it represents. That will so expressed is of course of the greatest importance and weight in any clash. But lavishing upon it words of elevation, - "overriding," "supreme," "sovereign," "volkswil," and the like - is a reconstruction of Austinian jurisprudence. It is also a fanciful underlying concept that the State, or the legislature, has a monopoly of violence. It suggests that the court must truckle to this monopoly, and go on its knees to Leviathan. Meanwhile, on the contrary, we know that the orderly solution of a clash of wills lies far away from the route of subservient obedience when the court performs its real function.

Nothing lies further from the truth, under any system, than that the monopoly of violence belongs to the legislature. The owner who ejects a trespasser or the person who vindicates his possession directly, or avenges an insult with his fists, disproves any such monopoly. Indeed ownership and other basic legal rights are a recognition of a widespread power of persons other than the state to do what they will without waiting for the Austinian sovereign to say they may. When clashes of wills arise the court resolves them with a sure sense that parties will do what they wish - and in violence - unless it finds for them an acceptable solution. That is what gives a court its value.

If an act of Parliament is not "the law" but the expression of will of a very powerful organism, capable of, if not apt to resort to, violence, then the court must deal with it as such. And that is what courts in fact

do - under the guise of interpretation. Nor need we say that "interpretation" is only called for rarely, for we must remember that the decision to apply a literal interpretation is also an interpretative process.

It may, to some, seem surprising to contend that acts of Parliament - not to mention the duly authorised acts of lesser bodies - are not in themselves "the law." The importance of the will of a constitutional authority seemingly invites one to take a contrary view. But in truth acts, proclamations, by-laws and the rest are but the subject-matter of the law. They pronounce what their promoters wish should happen, just as do testaments, contracts, bills of exchange, and the rest. What people want, and for peace-sake ought to be allowed to have, that is the subject-matter of the law.

A precise assessment of the potentialities of violence, of a breakdown of law and order, in any particular case, calls for experience and an insight into human affairs assisted by the wisdom accumulated in our rules of law. The potentiality of violence is not to be estimated by the power of one party compared with another - by the power of the state as compared with the individual. We all know that the individual, however weak he may be, is likely in general to resort to violence for the sake of his "little ewe lamb," and will never take some judgments "lying down." But in a general way it is the function of the court to find the kind of solution that will carry peaceful acceptance in a wide social sense.

The ancient rights of violence, in the *paterfamilias*, the owner, the individual, are in all legal systems widely dispersed. Constitutions may concentrate more of them in one place than another but they cannot eliminate the spread in its entirety. The permanence and validity of constitutions also depend in the long term on their recognition of this state of affairs. It also lies behind the basic precept that government ultimately can only take place with the consent of the governed.

Turning to statute law the court must give it the weight that it really carries as the will of a particular organised group and in the course of its peace-engendering decisions the court must apply it literally, or restrictively, or extensively, or with appropriate improvements. The ancient function of the court of finding an acceptable balance in the clash of wills cannot be renounced. □

# Patentreg: vanselfsprekendheid van uitvindinge

TH van Reenen

*Senior Advokaat te Pretoria*

## INLEIDING

Een van die gronde waarop 'n patent vir 'n beweerde uitvinding geweier kan word is dat die uitvinding vanselfsprekend is, dws dat dit „met die oog op wat tydens die geldingsdatum van die aansoek algemeen in die bedryf bekend was, geen trap van uitvinding behels nie” (a 23(1)(d) van die Wet op Patente 37 van 1952).

Vanselfsprekendheid is dan ook een van die gronde waarop 'n verweer teen 'n eis van inbreuk baseer kan word, en ook waarop 'n aansoek (of teeneis) om intrekking van 'n patent baseer kan word (a 43(1) en 53(a).)

By die oorweging van die vanselfsprekendheid van 'n uitvinding ontstaan twee vrae:

- (a) wat is „algemene kennis in die bedryf” en
- (b) hoe word dit bewys?

## ALGEMENE KENNIS

Die Afrikaanse teks van a 23(1)(d) fundeer vanselfsprekendheid op „wat algemeen in die bedryf bekend was.” Die Engelse teks (die ondertekende een) stel dit dat ag geslaan moet word op „what was common knowledge in the art.”

Gerieflikheidshalwe maak ons dan gebruik, ook in Afrikaans, van die begrip „algemene kennis in die bedryf” (of kortweg „algemene kennis”), ipv „wat algemeen bekend was.”

As ons die Suid-Afrikaanse regspraak nagaan dan is daar 'n mate van onduidelikheid oor presies wat onder hierdie begrip „algemene kennis” verstaan moet word en, voortvloeiend daaruit, hoe bepaal moet word wanneer 'n uitvinding vanselfsprekend is.

So bv sê regter Millin in *Ex parte Schneider* 1943 TPD 84 99 (kursivering myne):

„Common knowledge, or public general knowledge, is that *in fact* possessed by all duly qualified persons in the art or science . . . Proof of common knowledge is usually given by persons properly informed in the art who state what they have acquired in the ordinary practice of it; and the Court has to be satisfied that they speak of what may be expected to be known to all such persons and not only to those who have peculiar or special knowledge.”

Verder in die saak trek die regter 'n verskil tussen „public knowledge” en „public general knowledge.” Vir hom is „public general knowledge” dieselfde as „common knowledge.”

In *Transvaal and OFS Chamber of Mines v Hukki* 1964 2 SA 518 (T) sê regter Galgut op bl 521G:

„a specification is addressed to persons *having* the common knowledge in the art and possessed of ordinary skill therein.”

Maar dan, verder aan, op bl 527, nadat verwys is na sekere artikels oor die betrokke „bedryf,” sê hy:

„It was common cause that the publications of White and of Fahrenwald and Lee were well known to all persons engaged in the art,”

maar die regter bevind dat voor sulke kennis deel van die algemene kennis kan word,

„it must be accepted by the bulk of those engaged in the art, in the sense that ‘it becomes part of their common stock of knowledge relating to the art.’ ”

Met alle respek, 'n mens vind dit moeilik om te verstaan hoe iets wat by vooropstelling reeds goed bekend is aan almal in 'n bepaalde bedryf, slegs „algemene kennis” kan word as dit deur die meerderheid aanvaar word as deel van hulle algemene kennisvoorraad.

Hierdie *dicta* is egter nie te rym nie met ander, veral in die toonaangewende saak van *Veasey v Denver Rock Drill and Machinery Co Ltd* 1930 AD 243:

„When we speak of common knowledge we do not necessarily mean widespread knowledge, because the particular art or craft with which we are dealing may be very restricted in locality, eg, the cutting of diamonds. Common knowledge is the knowledge which *ought* to be known to persons qualified in the technique of the art or science to which the patent refers . . . By such common knowledge is meant the information which at the date of the patent in question is common knowledge in the art or science to which the alleged invention relates *so as to be known to duly qualified* persons engaged in the art or science.”

Hier word daarop gedui dat „algemene kennis” nie noodwendig dit is wat inderdaad algemeen bekend is nie, maar wat vir behoorlik onderlegde persone beskikbaar is.

En veral in ons hedendaagse wêreld met sy snelle ontwikkeling op wetenskaplike en nywerheidsgebied, met snelle verbindingsmedia en groot verskeidenheid van bronne vanwaar inligting bekom kan word,



is dit die enigste logiese en praktiese benadering. Van geen enkele persoon kan verwag word om alles op 'n bepaalde terrein te weet nie, maar van die onderlegde persoon kan verwag word-

(a) om te weet waar die inligting wat hy soek te vinde is, en

(b) om daardie inligting na behore te kan verwerk en aanpas.

As analogie kan ons na die reggeleerde verwys. Hy word geag die reg te ken, maar ons weet almal hoe die regspraktisyn afhanklik is van sy gesagsbronne en hoeveel navorsing hy inderdaad moet doen alvorens hy 'n oorwoë mening oor 'n bepaalde aspek kan uitspreek.

Die stelling dat die „algemene kennis” die werklike kennis van onderlegde persone moet wees, blyk geheel en al foutief te wees wanneer 'n mens te doen kry met sulke „bedrywe” soos die hof mee te doen gehad het in die saak van *Transvaal and Orange Free State Chambers of Mines v General Electric Co* 1967 2 SA 32 (T). Die saak het gegaan oor die maak van sintetiese diamante. Dit was 'n heeltemal nuwe „bedryf.” By die oorweging van vanselfsprekendheid, moes die hof 'n hipotetiese diamantmaker veronderstel, en aan hom sekere kennis toedig:

„It is obvious that there is not a class of “synthetic diamond-makers” which can be looked to to establish common knowledge, therefore a person has to be assumed. Such a person would be one who has the scientific qualifications which would be required by persons engaged in trying to make diamonds . . . our hypothetical diamond-maker would be part physicist, part mineralogist and part engineer, part chemist and part crystallographer.”

Die hof slaag daarin om so 'n persoon saam te stel en vas te stel wat hy sou gewet het, en na aanleiding daarvan word beslis dat die uitvinding vanselfsprekend was.

Met die toenemende ingewikkeldheid van die moderne nywerheid sal ons meermale tot hierdie fiksie moet oorgaan, want geen een van die groot nywerheids- of wetenskaplike ontwikkelings van vandag kan die werk van een persoon wees nie. Hulle is die vrug op die gesamentlike arbeid van talle (soms duisende) mense van verskillende dissiplines.

Dit volg dus dat die „algemene kennis” waaraan vanselfsprekendheid beoordeel moet word, nie kan wees die werklike kennis wat deur die grootste deel van die betrokke geskoolde persone besit word nie.

Waar word daardie „algemene kennis” dan gevind? Presies waar die hof dit in die diamant-saak gevind het: in die stand van die betrokke bedryf op daardie betrokke tydstop.

Daar is heelwat in ons gewysdes wat daarop dui dat ons howe nie onbewus hiervan was of is nie. So het regter Williamson in *Drummond-Hay v Fram & Co (Pty) Ltd* 1963 3 SA 490 (A) 504 gesê:

„I leave out of consideration one other possible source of the common knowledge of those skilled in the art at the material time. I refer to Fussels Patent

specification . . . it seems to me that it possibly might have been regarded as part of such common knowledge in the light of the remarks of Lord Watson in the House of Lords in the appeal in the Scottish case of *King, Brown & Co v The Anglo American Brush Corporation* 30 SLR 21 at 24-5; 9 RPC 313 at 320, 115-25. These remarks are summed up in the latter report as follows:

‘It is right to assume that the skilled workman in interpreting a specification, has the knowledge of a specification published the previous year on the same subject matter, even although two eminent scientific witnesses give evidence that they were not aware of the previous specification for two or three years afterwards.’”

Ma w, die regter wil as „algemene kennis” neem, nie werklike nie, maar gewaande kennis. Ons kan hierdie stelling vergelyk met wat regter Wessels op bl 274 van *Veasey* se saak gesê het:

„That specifications of patents analogous to the patent in question can be used as proof of common knowledge is undoubted.”

Ten spyte van die duidelike stelling van ons reg in *Veasey* se saak, wil dit voorkom asof daar ’n vertroebeling van hierdie begrip ingetree het; en die rede daarvoor is duidelik.

Om te kan sê dat ’n uitvinding vanselfsprekend is, moet bevind word dat daar geen trap van uitvinding was met die oog op wat algemeen bekend was nie. Hierdie vereiste is vertolk as sou dit beteken dat die betrokke stap wat met die uitvinding gedoen is, vir die gewone geskoolde beoefenaar van die „bedryf” vanselfsprekend was, of geen uitvinding geverg het nie. Daar word algemeen aanvaar dat dit die reg is: as die uitvinding sodanig is dat die gewone geskoolde werker daardie stap sou gedoen het, met die oog op wat „algemeen bekend” was, is dit vanselfsprekend. Maar, ongelukkig is die beredenering ’n stap verder geneem en is die standpunt ingeneem dat dit vir die gewone geskoolde werker met sy algemene kennis (of liever met die kennis van die grootste gros van werkers in daardie bedryf) vanselfsprekend sou wees.

So sê regter Millin in *Vine and Another v Barrat and Pillans Ltd* 1939 WLD 238 241:

„I have to *estimate* from the evidence the common knowledge in the art at the time the Plaintiff made his application and . . . say whether he has taken an inventive step.”

In die praktyk vind ons gedurig die betoog dat die uitvindingstap vir die gewone geskoolde werker *met sy kennis* vanselfsprekend moet wees voor die patent ongeldig kan wees.

’n Juiste lees van veral *Veasey* se saak toon dat dit nie so is nie:

„You must consider whether, *with the knowledge available*, an ordinary mechanic skilled in the trade who uses his intelligence could easily have taken the step taken by the patentee - whether such a person would be able to effect the desired result from what was generally known.” (Appèlregter Wessels in *Veasey* se saak op bl. 270-271.)

Daar word dus aan die hand gedoen dat die regte benadering tot die bepaling van die vanselfsprekendheid van 'n uitvinding die volgende vrae behels:

- (1) wat is die stand van inligting en kennis wat beskikbaar is in die bedryf, en
- (2) sou, met daardie kennis, die gewone geskoolde werker in daardie bedryf die besondere stap kan gedoen het, sonder om uitvindingsvernuf aan die dag te lê?

Hierdie benadering is in ooreenstemming met dié wat in ander regstelsels geformuleer is:

(a) So formuleer *Walker on Patents* Deller-uitgawe II par 105 19 die reg in Amerika:

„Obviousness is a legal conclusion which the Court is required to draw from facts appearing on record or of which judicial notice may be taken. Thus, before it can conclude that any disclosed invention is obvious it must evaluate facts from which to determine (1) what was *shown* in prior art at the time the invention was made, and (2) the knowledge which a person of ordinary skill in the art possessed at the time the invention was made.”

(b) 'n Soortgelyke gedagte is in die Engelse reg uitgespreek:

„The matter of obviousness is to be judged by reference to the 'state of the art' in the light of all that was previously known by persons versed in that art derived from what was practically employed, as well as from the contents of previous writings, textbooks and other documents” - *Allmana Svenska Elektriska AB v Bruntisland Shipbuilding Co Ltd* 69 RPC 63 69.

Na aanleiding van bostaande word aan die hand gedoen dat die volgende nodig is om die vanselfsprekendheid van 'n uitvinding al dan nie te bewys:

- (1) bepaling van die „stand van die bedryf” op die bepaalde datum;
- (2) vasstelling of die uitvinding dan gemeet teen daardie stand, vir die gewone deursnee geskoolde werker in daardie bedryf voor die handliggend sou wees of nie; hierdie benadering verg 'n dubbele ondersoek:
  - (a) wat was die stand van die bedryf op die betrokke datum?
  - (b) sou die gewone bedrewe werker in die bedryf, gesien die stand van die bedryf, die trap van uitvinding sonder meer kan gedoen het?

Dit volg dus dat die hof nog steeds sal moet bepaal watter intelligensie (kennis, vernuf, noem dit wat 'n mens wil) van die gewone bedrewe en geskoolde werker in die bedryf verwag sou kan word, maar *nie* om daardeur te bepaal wat die „algemene kennis” in die bedryf is nie. Hierdie bepaling is nodig om vas te stel of daardie werker in staat sou wees om vanuit die stand van die bedryf die verdere stap vorentoe te doen.

Die stand van die bedryf word bepaal deur -

- (a) die werklike kennis en ondervinding van werkers in die bedryf,
- (b) inligting wat tot hulle beskikking is, deur middel van:
  - (1) handboeke en handleidings;
  - (2) patentspesifikasies;
  - (3) artikels in tydskrifte, vakblaai, handelsbulletins, ens;
  - (4) werklike gebruike hier te lande en elders.

Wat die stand van die bedryf is, is klaarblyklik 'n objektiewe vraag, wat die hof moet vasstel na aanleiding van bogenoemde.

Is die stand vasgestel, ontstaan die verdere vraag: sou die gewone werker, met sy kennis (wat ook weer objektief vasgestel moet word) sonder die gebruik van die uitvindersvernuf die verdere stap kan gedoen het?

Dit is duidelik dat op baie, indien nie alle, gebiede die werklike stand van 'n bedryf bokant die begrip van die gewone, gemiddelde werker sal wees, want daardie stand moet, by vooropstelling, die bydrae van selfs die vernuftigste werkers insluit. Verder kan dit gebeur dat die kennis in 'n mate empiries is, en dat die gewone geskoolde werker nie weet „hoe dit werk nie.” Dit kan wees dat, gegee daardie gevorderde inligting of kennis, die gewone werker die verdere stap kan doen. Dan sou die uitvinding vanselfsprekend wees. Maar dit kan gebeur dat, selfs al sou die gewone werker kennis dra van die gevorderde inligting, die verdere stap vir hom, met sy meer beperkte kennis, nie ooglopend sou wees nie. Dan sou die uitvinding nie vanselfsprekend wees nie.

Hierdie benadering is, met beskeidenheid, die regte, want daardeur word-

- (a) geen geweld gedoen aan die werklik bestaande kennis op 'n bepaalde gebied nie;
- (b) die bewys van die „algemene kennis” 'n algeheel objektiewe saak wat nie afhang van die besondere kennis of ywer van 'n bepaalde persoon nie; kennis wat *beskikbaar* is, hoe ook al, is dan algemene kennis in die bedryf;
- (c) tog ruimte gelaat vir die vereiste dat die trap van uitvinding nie gemeet moet word aan die kennis en vernuf van die besonder begaafde persoon nie, maar aan die kennis en vernuf van die gemiddelde geskoolde werker op die gebied;
- (d) die toets gestel in *Veasey* se saak (wat vry algemeen aanvaar word as een van die uitmuntendste uitsprake op die gebied van die patentereg, sowel hier te lande as elders) volkome nagekom word, nl dat vanselfsprekendheid bepaal word deur te vra of die gewone werker, be-



drewe in die bedryf, met toepassing van sy vernuf *en* die beskikbare inligting, die stap deur die uitvinder gedoen, sou kan gedoen het.

Met hierdie benadering kan vanselfsprekendheid bewys word selfs sonder enige verwysing na „algemene kennis” soos algemeen verstaan. So is dit bv gedoen in die onlangs gerapporteerde saak van *Seiller's Application* 1970 RPC 103. Hier was daar hoegenaamd geen getuienis oor algemene kennis nie. Die hele saak van die opponent het berus op die vertoon van 'n stuk speelgoed wat met een enkele uitsondering soortgelyk was aan dié waarvoor 'n patent aangevra was. Die verskil was dat die ou voorbeeld 'n vierkantige naaf gehad het en die nuwe een 'n ronde naaf. Die hof (*per* regter Graham) beslis dat die nuwe een vanselfsprekend is met die oog op die oue. Hier het die ou voorbeeld gedien bloot as bewys van die stand van die bedryf en is op grond daarvan beslis dat die nuwe een vanselfsprekend is.

So ook het dieselfde regter in *Angar AG's Application* 1970 RPC 113 126 beslis dat die gewraakte uitvinding nie vanselfsprekend was nie omdat die opposisie verkeerdelik aanvaar het: „The instructed reader of the German Patent . . . at the relevant date would have appreciated that . . .” Dit was 'n geval waar die hof van mening was dat die *rede* vir die sukses van die vroeëre Duitse uitvinding nie deur die gewone geskoolde persoon begryp sou word nie. Die vraag van vanselfsprekendheid word dan hier beantwoord volgens die begrip wat die gewone geskoolde werker van die betrokke dokument sou gehad het.

Hierdie benadering maak dit ook onnodig om allerhande vermoedens te skep, soos regter Galgut in die tot nog toe ongerapporteerde saak van *Firestone (SA) Ltd v Gentruco AG* gedoen het. Hier is sekere kennis aan die geskoolde werker toegedig op grond van sy verantwoordelikheid. So sê regter Galgut:

„In each case it remains a question of fact. The type of addressee is obviously a most important factor. In some arts the addressee may be an artisan. In others the addressee may be a skilled scientist. In some cases the addressee may be a rare personality, as for example the maker of synthetic diamonds; see *Transvaal and OFS Chamber of Mines v General Electric Co* 1967 2 SA at p 38. In such a case the addressee has to be an assumed person. Hence in each case the Court will have regard to the class of addressee, his training, the need for him to keep abreast of any teachings in the art, the need for him to do research work and to ensure that he, (or if he is an employee of a firm that he or his firm), can continue to compete with his competitors. These factors are all of great significance in this case. The addressees in the present case fall within a very highly skilled but also very limited class. They are rubber chemists and rubber compounders. The former are highly trained scientists who on the evidence do considerable research. The latter are charged with the duty of producing a rubber compound which will comply with the requirements of the tyre manufacturer. The rubber chemist and compounder with whom we are concerned falls as stated in a very limited class. He must from the nature of things be in the employ, as scientist, consultant or compounder, of a large corporation of which there cannot be many, even in the USA. He may be



concerned only with research or with other aspects of technology as well. One must also remember that even after a patent has run its course and is free to the world the only class of persons who in practice could use it would be the large tyre and rubber manufacturers. We are concerned with a small, highly skilled type of addressee who would, in the ordinary course of events, take note of all the teachings which are disseminated. It would be his duty so to do and he would remember teachings which appeared in responsible Journals. . . . „As will be seen later if I place myself in the shoes of the rubber chemist or compounder of 1950 I find that I would have had to keep abreast of all these teachings and if I failed to do so would have been failing in my job. All these teachings would in the circumstances outlined be part of the mental equipment of the representative of the class to whom the specification is addressed.”

Indien die benadering hier voorgestaan gebruik was, sou dit nie nodig gewees het om hierdie fiksie toe te pas nie. Uit al die bronne waarna verwys is, sou kan geput gewees het om die stand van die bedryf vas te stel *debors* die werklike of gewaande kennis van enige persoon. Is daardie stand bepaal, sou dan bepaal moes word of daardie werkers waarna verwys is, die trap van uitvinding ooglopend sou gevind het al dan nie.

Ek moet egter daarop wys dat, ten spyte van hierdie *dicta*, die regter tog voortgaan om die stand van die bedryf te bepaal na aanleiding van artikels, spesifikasies en ander dokumente, en besluit dat, gemeet teen daardie stand, die betrokke uitvinding vanselfsprekend was.

Die verskil in benadering is dit: hier het die hof van 'n fiktiewe geskoolde persoon uitgegaan en bepaal dat hy al die dinge sou weet wat geskryf en geleer is. My benadering is: alles wat geskryf en geleer is, bepaal die stand van die bedryf. Dan vra ek myself af: sou die gemiddelde geskoolde werker in daardie bedryf, deur intelligente gebruik te maak van die stand van kennis, die betrokke stap kan gedoen het sonder om uitvindingsvernuf aan die dag te lê?

Daar word geredelik toegegee dat 'n mens in die praktyk waarskynlik altyd by dieselfde resultaat sal uitkom, maar die benadering hier bepleit is, so wil dit voorkom, juister en behoort die taak van sowel praktisyn as hof aansienlik te vergemaklik.

In baie gevalle kom die geldigheid van 'n patent eers jare na die geldingsdatum in gedrang. In uiterste gevalle kan dit so lank as 30 jaar wees. Alhoewel dit dan betreklik maklik is om die stand van die bedryf by die geldingsdatum aan die hand van die geskrewe woord te bewys, is dit 'n haas onbegonne taak om met behulp van die betrokke geskooldes die destydse „algemene kennis” te bewys. Om van 'n persoon te verwag om nou te sê wat hy toe geweet het, is om die bomenslike van hom te verwag.

Die gevaar van bevooroordeelde getuienis word ook deur hierdie benadering verminder, indien nie heeltemal uitgeskakel nie. Dit bly

maar altyd betreklik maklik om verskillende „deskundiges” te kry wat ewe oortuigend teenoorgestelde standpunte kan handhaaf.

Waar die stand van die bedryf dan hoofsaaklik aan die hand van die geskrewe woord bepaal moet word, sal ons minder geneig wees om die fout waarteen so dikwels gewaarsku word te begaan, nl om die vanselfsprekendheid met agternabeskouing te beoordeel. Die benadering hier bepleit leen homself tot die mees objektiewe beoordeling van hierdie netelige vraagstuk, en dit is myns insiens te verwelkom. In die praktyk word gewoonlik gepoog om te bewys dat ’n uitvinding nie nuut is nie, juis omdat die bewys van vanselfsprekendheid so moeilik sou wees. Reg benader kan hierdie grond van ongeldigheid sy regmatige plek in ons patentreg inneem. Dit is nie altyd moontlik om absolute gebrek aan nuutheid te bewys nie, weens die hoogs tegniese aard waarin hierdie verweer verval het, met die gevolg dat daar baie patente op die register is wat nie daar behoort te wees nie.

„The design of the Patent Laws is to reward those who make some substantial discovery or invention which adds to our knowledge and makes a step in advance in the useful arts. Such inventions are worthy of all favour. It was never the object of those laws to grant a monopoly for every trifling device, every shadow of a shade of an idea which would naturally and spontaneously occur to any skilled mechanic or operator in the ordinary progress of manufacturers” - uit ’n Amerikaanse saak aangehaal in *Veasey* 270.

Deur vertroebelde aanpassing van die betrokke regsbegrippe ontstaan juis die toestand waarteen hier kapsein gemaak word.

Ten besluite, miskien ’n onnodige waarskuwing: dit is nie deel van die reg ivm vanselfsprekendheid dat enige werker soos dié na wie ons verwys het inderdaad die stap moet gedoen het nie! In die voorstelling het ons by die oorweging van vanselfsprekendheid te doen met ’n *nuwe* stap. Die vraag is of die nuwe stap vanselfsprekend was al dan nie. Was die stap inderdaad alreeds gedoen, het ons nie te doen met vanselfsprekendheid nie, maar met ’n uitvinding wat nie nuut is nie - ’n geheel en al ander vraagstuk.

#### SUMMARY

In deciding whether an invention is “obvious” in terms of s 23(1)(d) of the Patent’s Act 37 of 1952, the following questions must be asked: (1) what is the position in respect of the information and knowledge which is available to the art; and (2) would this knowledge enable a workman of average skill in the art to emulate the patentee without him having to manifest creative talent in so doing? This approach conforms to the test formulated in *Veasey v Denver Rock Drill and Machinery Co Ltd* 1930 AD 243, and obviates the use of fictions which are sometimes adopted by the courts. □

# Die „rule of law” - ’n gemeenskaplike westerse gedragskode

AJGM Sanders

*Universiteit van Suid-Afrika*

Tot betreklik onlangs was die *rule of law* ’n vae versamelbegrip vir ’n aantal beginsels, instellings, tegnieke en prosedures wat as onmisbare waarborge vir die fundamentele regte en vryhede van die mens beskou is. Juriste uit die verskillende regsferes het van mekaar van mening verskil oor watter beginsels, instellings, tegnieke en prosedures inderdaad sodanige onmisbare waarborge is. Vooroordele en futiele pogings om aan te toon dat die eie nasionale benadering beslis beter is as dié wat in ander lande gevolg word, het die begripsverwarring slegs aangewakker.

In 1952 egter het ’n welkome gas tot die debat toegetree, die Internasionale Kommissie van Juriste. Die kommissie beywer hom om die verskillende *rule of law*-beskouings met mekaar te versoen en in ’n dinamiese, supra-nasionale konsep saam te snoer. Deur middel van sy publikasies en samekomste het die kommissie reeds ver in sy doel geslaag en hom bowendien van wye internasionale steun verseker.

In die onderstaande word in belangrike mate op die kommissie se gevolgtrekkings staatgemaak.

’n Gerieflike uitgangspunt vir bespreking vind mens in die kommissie se verklaring van Nieu-Delhi (1959) waarin die *rule of law* gekarakteriseer word as „a dynamic concept for the expansion and fulfilment of which jurists are primarily responsible and which should be employed not only to safeguard and advance the civil and political rights of the individual in a free society, but also to establish social, economic, educational and cultural conditions under which his legitimate aspirations and dignity may be realized.”<sup>1</sup>

Hierdie aanhaling gee ’n aanduiding van sowel die aard as die funksie van die *rule of law*.

---

<sup>1</sup>*The Rule of Law and Human Rights* IKJ 1966 3.

Met betrekking tot die *aard* van die *rule of law* moet in die besonder op drie aspekte in die so juis genoemde omskrywing gelet word. In die eerste plek is daar nêrens sprake van dat die *rule of law* 'n reël van positiewe reg sou wees nie. Tweedens word daar 'n regstreekse verband gelê tussen die *rule of law* en die fundamentele regte van die mens. En ten slotte word die *rule of law* dinamies van geaardheid genoem.

Wat die eerste aspek betref kan sonder aarseling opgemerk word dat dit vandag *communis opinio* is dat die *rule of law* nóg die sinoniem is vir 'n reël van die positiewe reg nóg die volkome weergawe van 'n heersende toestand. Die *rule of law* moet dan ook in sy algemeenheid verstaan word as 'n regs-politieke gedragskode wat die owerheid teenoor die onderdane behoort te volg en wat op sekere konkrete maar veranderlike beginsels, instellings, tegnieke en prosedures gebaseer is.<sup>2</sup> Dit moet egter onthou word dat hierdie gedragskode in die meeste westerse lande tot op groot hoogte in die positiewe reg geïnkorporeer is, en tot die mate van sy inkorporasie dus meer as net 'n beginselverklaring of ideaal is.<sup>3</sup>

Wat die tweede aspek betref: die verband tussen die *rule of law* en menseregte blyk duidelik uit die geskiedenis, waar bewegings vir die *rule of law* steeds hand in hand gaan met die bewegings vir mense-regte ten einde die verworwe regte teenoor die owerheid veilig te stel en die implementering van die nog nie-beskermdede aansprake te verkry. Die ervaring het geleer dat die implementering van mense-regte slegs afdoende gewaarborg is, wanneer dit deur 'n *rule of law* wat in die positiewe reg opgeneem is, onderskraag word.<sup>4</sup>

Dit lei tot die vraag wat onder *menseregte* verstaan moet word.

Empiries beskou is menseregte aansprake wat die individu as onderdaan van 'n staat teen die owerheid van die staat het, dat laas-

<sup>2</sup>Sien die werkdefinisie van die *rule of law* in *The Rule of Law in a Free Society* IKJ-publikasie 197. Vir soortgelyke omskrywings van die *rule of law* deur Suid-Afrikaanse skrywers sien AS Mathews „A Bridle for the Unruly Horse” 81 (1964) *SALJ* 321; D Molteno „The Rules Behind the Rules of Law” 1965/66 *Acta Juridica* 138-139; B Beinart „The Rule of Law” 1962 *Acta Juridica* 131.

<sup>3</sup>Die opvatting wat in JP VerLoren van Themaat *Staatsreg* 2e uitg (bewerk deur M Wiechers) op 124 vermeld staan, dat die *rule of law* nie 'n juridiese begrip is nie, maar eerder by die staatsleer tuishoort, gaan vir die meeste westerse lande gelukkig nie op nie. Die skrywer se gevolgtrekking word egter beter verstaanbaar as in aanmerking geneem word dat hy die Diceyaanse *rule of law*-beskouing blykbaar nog steeds as aktueel aanvaar.

<sup>4</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 3; Norman S Marsh „The Rule of Law: New Delhi-Lagos-Rio de Janeiro” IV 2 (1963) *Journal of the ICJ* 262; René Cassin „Reflections on the Rule of Law” IV 2 (1966) *Journal of the ICJ* 225; Molteno a w 136; TRH Davenport „Civil Rights in South Africa, 1910-1960” 1960 *Acta Juridica* 11.



genoemde iets doen, nie doen nie of gedoog. Indien hierdie onderdaans-aansprake deur die objektiewe reg beskerm word, dit wil sê tot *regte* in eintlike sin uitgegroeï het, het ons te doen met publieke subjektiewe regte, ditsy publieke persoonlikheidsregte, ditsy publieke vermoëns-regte. Dit wil sê dat hulle geld teenoor die owerheid; verder, dat in die geval van die gepositiveerde menseregte steeds die bestaan van 'n beskermde regsbetrekking aanwysbaar is tussen die mens as regsobjek, as draer van menseregte, aan die een kant, en die een of ander persoonlikheidsgoed of vermoënsbestanddeel, as objek van sy reg, aan die ander kant.<sup>5</sup> Die regs-karakter oftewel algemeenbindende karakter van die geïmplementeerde onderdaans-aansprake word egter nie algemeen aanvaar nie. Daar bestaan die opvatting dat die geïmplementeerde onderdaans-aansprake blote gunste van die owerheid aan die onderdane is. Die owerheid is immers by magte om na willekeur op hierdie aansprake inbreuk te maak of om hulle selfs geheel en al te veronagsaam. Hierdie siening kom daarop neer dat mag reg is en dat die swakkere geen regte het nie. Hierteenoor staan die mi korrekte opvatting dat daar in der waarheid slegs een heersende mag is en dit is die mag van die reg. Die bestaanskriterium van die geïmplementeerde onderdaans-aansprake is dan nie die grotere wilsmag van die reghebbende nie, maar die beskerming wat die positiewe reg aan die aansprake verleen. Die geïmplementeerde onderdaans-aansprake is dus nie gunste nie, maar aansprake wat van objektiewe regsreëls afgelei is en deur die objektiewe reg teen die owerheid beskerm word.<sup>6</sup> Waaraan die belende objektiewe norme dan wel hulle verbindende krag of regs-krag ontleen, is 'n ou stryd-vraag. Die aanhangers van die natuurregskool sal afhangende van hul oortuiging beweer dat die verbindende krag van die objektiewe norme insake menseregte òf in die goddelike openbaring òf in die menslike rede of menslike natuur setel. Hierdie onveranderlike data sou dan sekere konstante voor-positiewe regsbegin-sels postuleer wat op hulle beurt die onveranderlike fondament vir die menseregte daarstel. Ofskoon die tradisionele opvatting was dat die

---

<sup>5</sup>Die bewering dat die sg publieke vryhede (*libertés publiques*), indien geïmplementeer, geen publieke subjektiewe regte sou daarstel nie, maar wél bevoegdhede, omdat 'n aanwysbare regsgoed sou ontbreek, is mi foutief. So het die reg op godsdienstvryheid en die stemreg wel deeglik op 'n regsgoed betrekking, naamlik die psigiese integriteit. Hierdie objek is nie net genoegsaam bepaal om genot daarvan moontlik te maak nie, maar het bowendien ongetwyfeld tog minstens 'n *pretium affectionis*. Vergelyk egter M Wiechers *Die Siste-matiek van die Administratiefreg* LLD-proefskrif Universiteit Pretoria 1964 155-162, wat van mening is dat (1) die subjektiewe regte wat die onderdaan in die privaatreëling het en wat ook deur die staat gerespekteer moet word in die verhouding staat-onderdaan nie daardeur publieke subjektiewe regte word nie, (2) dat die onderdaan geen regsbeskermde belange het wat ekonomies waardeerbaar is, wat net ten opsigte van die staat geld nie; en ten slotte (3) dat die *libertés publiques* of openbare vryhede slegs bevoegdhede daarstel.

<sup>6</sup>Vgl Wiechers a.w. 156.



voor-positiewe beginsels absoluut en universeel geldend is, word in die jongste tyd egter deur sommige aanhangers van die natuurreg erken dat die kompleks van voor-positiewe beginsels in 'n mate na tyd en plek aanpasbaar is.<sup>7</sup> Hierdie relativering doen egter niets af aan die feit dat 'n simpatiebetuiging met die natuurregler 'n geloofsdaad bly. Teenoor die min of meer statiese en universele natuurreg-teorieë staan die beter hanteerbare positivisme, wat deur die historiese skool ingelui is, en wat die titel van die objektiewe regsnorme se verbindende krag in die na tyd en plek bepaalde gemeenskapsopvatting soek.<sup>8</sup>

In hierdie artikel word van die positivistiese benadering uitgegaan. Eerder in hierdie artikel is menseregte vir doeleindes van 'n bespreking van die *rule of law* omskryf as aansprake wat die individu as onderdaan van 'n staat teen die owerheid van die staat het, dat laasgenoemde iets doen, nie doen nie of gedoog. Om die omskrywing van menseregte *vir doeleindes van die rule of law* te voltooi moet opgemerk word dat hulle *fundamentele onderdaansaansprake* is. Hulle hoef nie noodwendig ook beskermde belange te wees nie. Die *rule of law* het dus betrekking op daardie onderdaansaansprake wat, al dan nie regtens beskerm, as fundamenteel deur die gemeenskap aanvaar word. Die term mense-„regte” word dus in 'n enigins losse betekenis gebruik.

Op die volgende moet in die besonder gelet word:

- (i) Die onderdaansaansprake kom aan die individu as lid van die gemeenskap toe en is as inherente attribute van sy sosiale bestaan on-vertreembaar.
- (ii) Hulle is nie absoluut nie; hulle inhoud word beperk deur die gelykgerigte aansprake van die medemens en die geregverdigde eise van die owerheid.<sup>9</sup>
- (iii) Hulle hou direkte verband met die geaardheid van die betrokke staatsgemeenskap. Hulle evolueer saam met en binne die gemeenskap en is dus wisselend van gemeenskap tot gemeenskap en van tyd tot tyd.<sup>10</sup> Die ondersoek na die ontwikkeling van onderdaansaansprake behoort streng gesproke tot die studieveld van die historikus, die

<sup>7</sup>Vgl Frede Castberg „Natural Law and Human Rights” 1 (1968) *Human Rights Journal* 14 e v.

<sup>8</sup>Vgl L J van Apeldoorn *Inleiding tot de Studie van het Nederlands Recht* 16e uitg 1966 67

<sup>9</sup>Vgl René Marcic „Duties and Limitations Upon Rights” IX 1 (1968) *Journal of the ICJ* 59 e v.

<sup>10</sup>R B Bilder „Rethinking International Human Rights, Some Basic Questions” 1969 *Wisconsin Law Review* 175: „As our societies, technology, problems, attitudes, and expectations change, there is bound to be a corresponding change in the claims we view as basic, in the order of importance in which we rank these claims, and in the things we expect governments to do or not to do.”

ekonoom, die sosioloog en die staatkundige. 'n Korte opmerking in hierdie verband mag egter wenslik wees vir 'n betere begripsvorming. In die verhouding onderdaan-owerheid was dit nog altyd die onderdaan se wens om as 'n waarnemende, voelende, oordelende en besittende wese erken te word. Aanvanklik was die onderdane se aansprake teen die owerheid slegs gerig op die verkryging of behoud van 'n gesagsvrye sfeer. Hulle wense was gerig op liggaamlike, geestelike en staatkundige vryheid en eerbiediging van privaatgoed. Van die owerheid is verlang om hom te dien effekte van optrede te onthou. Met die opkoms van die moderne welsynstaat egter word nou nie langer van die owerheid net die erkenning van die tradisionele „vryhede,” soos die reg op lewe, op vryheid en op goed, verlang nie, maar daarbenevens ook positiewe optrede. Aansprake soos dié op werkgeleentheid en op mediese sorg en onderwys deur middel van die openbare diens maak hulle verskyning.<sup>11</sup> Die vraag presies watter onderdaansaanprake die benaming fundamenteel verdien en wat hulle presiese inhoud is, hang egter steeds af van die besondere opvattinge en omstandighede wat in 'n gegewe gemeenskap heersend is. Die antwoord op hierdie vraag sal steeds opnuut geformuleer moet word; ook in daardie lande wat in die trotse besit van menseregverklarings is.

Ten slotte is daar die derde aspek met betrekking tot die aard van die *rule of law*, waarop in die verklaring van Nieu-Delhi gewys word, naamlik dat die *rule of law* 'n dinamiese en wêreldwye begrip is. Dit spreek vanself dat in die lig van die evoluerende karakter van die onderdaansaanprake en die veranderende bedreigings van en inbreuke op hierdie aansprake, die *rule of law* dinamies van aard moet wees. Sy beginsels, instellings, tegnieke en prosedures moet blywend hersien word en indien nodig aangevul word. Hierdie aanpassingsproses is veral binne die raamwerk van die moderne welsynstaat besonder aktueel.<sup>12</sup> Die *rule of law* is dus geen absolute begrip nie, eerstens omdat dit van gemeenskap tot gemeenskap en van tyd tot tyd veranderlik na inhoud is en tweedens omdat dit nie volkome toereikend is nie, aangesien sy samestellende komponente die produk van die gebrekkige menslike gees is. Hulle is op ervaring in die verlede gebaseer en word dikwels eers in reaksie op reeds gepleegde inbreuke deur die owerheid op fundamentele onderdaansaanprake geformuleer.

---

<sup>11</sup>Al na gelang die gedraging wat van die owerheid verlang word, word die onderdaansaanprake in die literatuur dikwels ingedeel in die sogenoemde burgerlike regte of vryhede, politieke regte of vryhede, ekonomiese regte, sosiale regte en kulturele regte. Vgl Beinart „The Liberty of the Subject” 16 (1953) *THRHR* 30-31. Dogmaties is hierdie onderskeid van min belang en behoort die enigste wesentlike onderskeid dié tussen geïmplementeerde en nie-geïmplementeerde onderdaansaanprake te wees.

<sup>12</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 2; Molteno a.w. 142 145-146.

Behalwe 'n dinamiese, is die *rule of law* ook 'n wêreldwye verskynsel.<sup>13</sup> Verskillende omstandighede in verskillende lande sal egter tot gevolg hê dat die inhoud van die *rule of law* van land tot land in 'n mate variëer. Wat die Westerse samelewing betref het hierdie verskille steeds meer vervaag en kan reeds van 'n Westerse *rule of law*-beskouing gepraat word. Die verskille wat nog bestaan, is met mekaar versoenbaar, soos later aangetoon sal word.

Dit is veral die verdienste van die Internasionale Kommissie van Juriste dat dit by die formulering van sy standpunte met die betreklikheid van die *rule of law*-begrip rekening hou.

Omtrent die *funksie* van die *rule of law* kan ons kort wees.

Nieteenstaande inhoudsverskille as gevolg van omstandighede en benaderings wat verskil na plek en tyd, is die doelstelling van die *rule of law* orals en altyd dieselfde, naamlik om aan die individu die maksimale genot en waarborg van sy fundamentele onderdaansaansprake te verskaf.

Die voorafgaande samevattend word die volgende *definisie* van die *rule of law* aan die hand gedoen: *die rule of law is daardie regspolitieke gedragskode vir die staatsowerheid wat op 'n gegewe tydstip die beste vermag om aan die individu die maksimale genot te verskaf en te waarborg van daardie onderdaansaansprake wat in die lig van die heersende omstandighede van die betrokke staatsgemeenskap as fundamenteel beskou word, met inagneming van die gelykgerigte aansprake van die ander lede van die staatsgemeenskap en die gereverdigde eise van die staatsowerheid.*

Of hierdie kode ook inderdaad in 'n staat gevolg word en of die fundamentele onderdaansaansprake gevolglik maksimaal geïmplementeer en gewaarborg word, berus in laaste aanleg by die onderdane self.<sup>14</sup> In 'n demokratiese staatsgemeenskap sal die gelding al dan nie van die *rule of law* uiteindelik deur die kiesers se wense bepaal word, terwyl vir die nie-demokratiese gemeenskap geld dat die geleentheid vir die owerheid om op fundamentele onderdaansaansprake inbreuk te maak in omgekeerde verhouding staan tot die weerstand wat die owerheid van die kant van die onderdane ondervind. Die geskiedenis het aangetoon dat ofskoon outokratiese regerings 'n aansienlike mate van weerstand die hoof kan bied, geen owerheid blywend teen die wil en belange van die geregerdes kan handel nie.

Nadat gepoog is om die onderwerp van bespreking in 'n werkformule vas te pen, is dit nou die geleentheid om die *oorsprong en*

<sup>13</sup>Vgl Donald Thompson „The Rule of Law - Anglo-Saxon or World Wide?” V 2 (1964) *Journal of the ICJ* 303 ev; ECS Wade inleiding tot AV Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 10e uitg 1965 cvii-cx.

<sup>14</sup>Vgl Marcic aw 72; FA Hayek *The Constitution of Liberty* Routledge & Kegan Paul Londen 1963 206.

ontwikkeling van die *rule of law* in die Westerse nasionale samelewing na te gaan om dan ten slotte die inhoud van die moderne *rule of law*-begrip te kan bepaal.

Vir die verkryging van 'n juiste beeld van die komponente waaruit die moderne, Westerse *rule of law*-begrip saamgestel is, is 'n terugblik in die geskiedenis inderdaad onontbeerlik.

Die strewe na die *rule of law* wat, soos gesê, hand in hand gaan met die strewe na die erkenning van onderdaansaansprake, kan terugherlei word na die bewegings teen die absolutistiese monargieë wat in die vyftiende en sestiende eue in Europa ontstaan het en in toenemende mate op die vryheid van die individu inbreuk gemaak het.<sup>15</sup> In die stryd teen die absolutisme is steun gesoek by die natuurreg, en klassieke skrywers soos Plato, Aristoteles en Cicero word dikwels aangehaal. Vanuit klassieke begrippe soos die Griekse *isonomia* (gelykheid voor die reg), die *leges legum*-konsep, die idee „omnes legum servi sumus ut liberi esse possumus,” „magistratum legem esse loquentem” en andere, gesien teen die agtergrond van 'n mensbeskouing wat in die Stoa sy voltooiing gevind het, word deur skrywers soos Hobbes, Milton, Harrington, Voltaire, de Montesquieu en Rousseau geleidelik 'n teoretiese *rule of law*-begrip geformuleer wat uiteindelik 'n praktiese ontwikkeling aan die gang gesit het tot in die hede. Hierdie ontwikkeling voltrek hom op verskillende hooffronte, naamlik Groot-Brittanje, die Verenigde State van Amerika, die Europese Vasteland en ten slotte binne die geledere van die Internasionale Kommissie van Juriste.

### GROOT-BRITTANJE<sup>16</sup>

Spoedig na die dood van Elizabeth I het daar tussen die Engelse parlement en die Engelse howe aan die een kant en die koning aan die ander kant 'n stryd losgebrand oor die vraag of die koning aan die reg gebind is. Die germaansregtelike beginsel, soos uitgebou deur die natuurreg, dat die vors aan die reg gebind is, het die koning se uitgesproke en toegepaste voorkeur vir die laat-Romeinse leerstuk „*princeps legibus solutus est*” weerstaan en die oorwinning aan die kant van die howe en die parlement gelaat.<sup>17</sup> Ook word die ou strydvraag by wie die binnestaatlike soewereine gesag berus, by die koning as gevolgsheer of by die volk as genootskap, besleg. Sinds die Glorious Revolution van 1688 is dit die opvatting dat, ofskoon die oppergesag in die staat in teorie by die koning berus, hy in die praktyk sy uitvoerende

<sup>15</sup>Vgl Hayek a w hoofstuk XI *The Origins of the Rule of Law* 162-167.

<sup>16</sup>Vgl Hayek a w hoofstuk XI *The Origins of the Rule of Law* 167-175; RFV Heuston *Essays in Constitutional Law* 2e uitg Stevens Londen 1964 hoofstuk 2 *The Rule of Law*; VerLoren van Themaat a w 120-125; Molteno a w 144-145.

<sup>17</sup>Vir 'n opsomming van die resultate van hierdie stryd sien sir Ivor Jennings *The Law and the Constitution* 5e uitg University of London Press 1964 158-159.



gesag op advies van die leiers van die parlement (sy ministers) uitoefen, hom met betrekking tot wetgewing met die parlement vereenselwig, en die regspraak aan onafhanklike howe oorlaat.<sup>18</sup> Die idee van die skeiding van regeringsmagte, of beter, balans van regeringsmagte, as 'n waarborg vir die regte en vryhede van die individu het sy intree gemaak, sy dit slegs in 'n gematigde vorm.<sup>19</sup> Die onafhanklike howe is die sterkste uiting daarvan. Tog het hierdie waarborg as gevolg van die leerstuk van die wetgewende soewereiniteit van die parlement, wat reeds uit die sewentiende eeu dateer, nie tot 'n egte waarborg kon ontwikkel nie. Tot die formulering van hierdie leerstuk het die Universiteit van Oxford in die persone van Hobbes, Blackstone en Dicey 'n groot bydrae gelewer. Genoemde skrywers bestempel die parlement se wetgewende gesag as onbeperk ten opsigte van onderwerp, gebied en persone<sup>20</sup> en wek die indruk dat die parlement nie regsgebonde is nie.<sup>21</sup> Dit is veral die verdienste van sir Owen Dixon dat die idee posgevat het dat daar wel 'n band tussen die soewereine wetgewende parlement en die geldende reg bestaan en dat die parlement se wetgewende soewereiniteit „legal sovereignty” is. Volgens hierdie opvatting is die parlement gebind aan daardie regsnorme wat sy bestaan en prosedure reël.<sup>22</sup> Die Suid-Afrikaanse juris, professor B. Beinart, verklaar hierdie reggebondenheid op die grondslag van Hans Kelsen se leer van die „Grundnorm.” Daaronder word verstaan 'n primêre regsreël wat nie self aan die reg ontleen is nie, maar wel aan 'n feitlike gegewe, naamlik die wil van hulle wat op 'n sekere tydstip die mag en die vermoë gehad het om hul wense aan die gemeenskap op te lê. Waar dit by die soewereine wetgewer kom, is die Grundnorm dat die soewereine wetgewer gehoorsaam moet word.<sup>23</sup> Inherent aan hierdie Grundnorm is die regsnorme wat die soewereine wetgewer en sy bevoegdhede daargestel het en definieer („the law behind Parliament”). Hulle gaan aan die bestaan van die parlement vooraf („the law anterior to Parliament”) en staan gevolglik bo die parlement („the law superior to Parliament”). Die wetgewer moet aan hulle gevolg gee om geldige wetgewing te kan daarstel.<sup>24</sup> Hierdie norme lê uiteraard nie

<sup>18</sup>Vgl CP Joubert „Die Gebondenheid van die Soewereine Wetgewer aan die Reg” 15 (1962) *THRHR* 40.

<sup>19</sup>Vgl Beinart „Parliament and the Courts” 1954 *Butterworths South African Law Review* 159; B W Schaper *Tussen Machtstaat en Welvaartsstaat* van Gorcum Assen 1963 38.

<sup>20</sup>Vgl Jennings a w 144-145; Beinart „Sovereignty and the Law” 1952 *THRHR* 125, „Parliament and the Courts” 138-142.

<sup>21</sup>Vgl Jennings a w 147-149; Beinart „Sovereignty and the Law” 107.

<sup>22</sup>Vgl die beslissing van sir Owen Dixon in *Attorney-General for New South Wales v Trethowan* 1932 AC 526, 44 CLR 394; sir Owen Dixon „The Law and the Constitution” 50 (1935) *Law Quarterly Review* 604; Jennings a w 156.

<sup>23</sup>Vgl Beinart „Sovereignty and the Law” 108-109.

<sup>24</sup>Vgl Beinart „Sovereignty and the Law” 109-110; „Parliament and the Courts” 142.



'n beperking aan die parlement se wetgewende soewereiniteit op nie, aangesien ook hulle die voorwerp van wetgewing kan uitmaak. Hulle werking bestaan daaruit dat hulle die fundamentele voorskrifte vir die uitoefening van die wetgewende soewereiniteit voorsien, waarsonder geen wette tot stand kan kom nie. Fundamenteel is alle voorskrifte met betrekking tot interne prosedure wat nie binnekant die parlementêre privilegie val nie.<sup>25</sup> Ofskoon ten opsigte van die Engelse reg direkte gesag ontbreek, het die Engelse houe volgens Beinart die bevoegdheid om wette aan genoemde regsnorme te toets en om 'n „wet” ongeldig te verklaar indien die parlement nie volgens daardie norme opgetree het nie. Sodanige toetsingsreg is volgens Beinart in ooreenstemming met die tradisionele posisie wat die Engelse houe inneem,<sup>26</sup> en daar is niks in die begrip wetgewende soewereiniteit en in die outoriteite wat dit verhoed nie.<sup>27</sup> Beinart se opvatting het in Engeland byval gevind.<sup>28</sup>

Dit behoef geen betoog dat selfs indien aanvaar word dat die parlement in die uitoefening van sy wetgewende soewereiniteit aan die regsvoorskrifte in verband met sy samestelling en interne prosedure gebind is, en die houe bevoeg is om 'n beweerde wet op grond van nie-nakoming deur die parlement van hierdie voorskrifte ongeldig te verklaar, dit geensins 'n waarborg vir die individu se fundamentele regte en vryhede inhou nie. Hulle staan en val by die gracie van die soewereine parlement. Dit strek die Engelse samelewing en sy wetgewer tot eer dat niteenstaande die gebrek aan 'n ware konstitusionele waarborg vir die beskerming van menseregte, nogtans met trots gepraat kan word van „the security given under the English Constitution to the rights of the individual,” deur AV Dicey in 1885 die *rule of law* genoem. Volgens Dicey sou hierdie Engelse *rule of law* 'n fundamentele beginsel van die Britse konstitusie wees en het dit die volgende drie verskillende maar samehangende betekenis:<sup>29</sup>

<sup>25</sup>Vgl Beinart „Parliament and the Courts” 142-154: GN Barrie „Die Bevoegdheid van die Houe om Wette van die Parlement te Toets” 32 (1969) *THRHR* 216-221.

<sup>26</sup>Vgl Beinart „Parliament and the Courts” 157.

<sup>27</sup>Vgl Beinart „Parliament and the Courts” 142.

<sup>28</sup>Heuston, wat sy erkentlikheid aan Beinart betuig (aw 8 n 19) som die nuwe soewereiniteitsleer soos volg op (6-7): „(1) Sovereignty is a legal concept: the rules which identify the sovereign and prescribe its composition and functions are logically prior to it. (2) There is a distinction between rules which govern on the one hand, (a) the composition, and (b) the procedure, and, on the other hand, (c) the area of power, of a sovereign legislature. (3) The Courts have jurisdiction to question the validity of an alleged Act of Parliament on grounds 2(a) and 2(b), but not on ground 2(c). (4) This jurisdiction is exercisable either before or after the Royal Assent has been signified - in the former case by way of injunction, in the latter by way of declaratory judgment.”

<sup>29</sup>Vgl AV Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 10e uitg 187 e v met 'n opsomming op 202-203.

(a) Die eerste en vernaamste betekenis is dat die „gewone” reg soos toegepas deur die „gewone” howe oppermagtig is.<sup>30</sup> Dit sluit die bestaan van arbitrêre mag, en selfs wye diskresionêre bevoegdhede aan die kant van die administrasie, uit. Dit impliseer verder dat die Engelse onderdane slegs deur die reg geregeer word en niemand tensy vir ’n oortreding van die reg strafbaar is nie.

(b) Verder beteken die *rule of law* gelykheid voor die reg in die sin van gelyke onderwerping van iedereen, ongeag sy posisie, aan die gewone reg soos toegepas deur die gewone howe.

(c) Ten slotte kan die *rule of law* gebruik word in die betekenis dat die algemene beginsels van die Britse konstitusie met sy erkenning van menseregte die resultaat is van regterlike beslissings wat die regte en vryhede van die individu van geval tot geval bepaal het.

Dicey se weergawe van die posisie soos dit in sy tyd gegeld het en basies nog steeds in Engeland geld, moet egter met ’n korreltjie sout geneem word, aangesien dit nie vry is van ’n oordrewe nasionalisme en ’n voorliefde vir die liberale gees van sy dae nie. Met name sy implisiete veroordeling van die stelsel van administratiewe howe en sy summiere afwysing van diskresionêre magte, hou geen steek nie.<sup>31</sup>

Nieteenstaande alle geregverdigde besware teen Dicey se gebruikmaking van die *rule of law*-begrip, is dit nogtans moontlik om die

<sup>30</sup>Die begrip „gewone” reg moet in teenstelling met administratiefreg gesien word, en „gewone” howe in teenstelling met administratiewe howe.

<sup>31</sup>Jennings se bekende kritiek op Dicey se uiteensetting word kortliks in herinnering geroep: (a) die *rule of law* en diskresionêre bevoegdhede is geensins teenstrydig met mekaar nie. Reeds in Dicey se dae het sodanige bevoegdhede ruimskoots bestaan, sowel aan die kant van die uitvoerende gesag as van die regsprekende gesag, om van die soewereine wetgewende gesag nog te swyg (a w 54-60); (b) met gelykheid voor die reg bedoel Dicey klaarblyklik niks anders nie as dat ’n owerheidsdienaar in die gewone hof beregbaar is. Om hieraan die predikaat *rule of law* te heg, is oordadig. Bowendien is die beginsel van gelykheid voor die reg in formele sin heeltemal versoenbaar met die stelsel van administratiewe regspraak, soos toegepas op die Vasteland (312); (c) dit is ewe korrek om te sê dat die reg van die land die produk van die konstitusie is, aangesien albei een geheel vorm (314); (d) Dicey maak hom skuldig aan politieke wensdenkery, met name met betrekking tot die aangeleentheid van diskresionêre bevoegdhede (308) en die geaardheid van die konstitusie (314-317). Jennings is verder van mening dat as mens die begrip *rule of law* gebruik soos Dicey dit doen, dit neig om ’n „unruly horse” te wees, en dat dit dan beter is om te sê dat dit staan vir „law and order” en dus eerder ’n politieke begrip is. Wat Engeland betref sou die *rule of law* in die sin van „law and order” dan ’n demokratiese regeringsvorm inhou wat deur ’n algemene stemreg en ’n vry verkose parlement gekenmerk word, waaruit dan noodwendig ’n skeiding van regeringsmagte, gelykheid voor die reg, regsektheid en ander waarborge vir die regte en vryhede van die individu voortvloei (60-62). Mathews a w 314-315 en Molteno a w 138 trek Jennings se kritiek nie substansieel in twyfel nie, maar haal nogtans die onnodig skerpe kantjies daarvan af.

volgende nog steeds geldende waardes uit Dicey se *rule of law*-beskouing af te lei en in die formulering van die moderne westerse *rule of law*-beskouing in te pas:<sup>32</sup>

- (a) Die beginsel van regsekerheid;
- (b) Die beginsel van beperkte regeeringsgesag;
- (c) Die beginsel van gelykheid voor die reg;
- (d) Die idee dat effektiewe regs middels belangriker vir die beskerming van menseregte is as blote verkларings van menseregte.

Oor die Engelse stelsel bly egter die skaduwee hang dat dit 'n gebrekkige basis vir die beskerming en uitbou van menseregte verskaf. 'n Waardevolle instelling soos die onafhanklike regsprekende gesag en remedies soos aksies vir skadevergoeding, interdikte en die *habeas corpus*-bevelskrif staan die individu slegs ten dienste vir sover en solank die soewereine wetgewer dit toelaat.<sup>33</sup>

(word vervolg)

“... it is a settled rule of interpretation that a legislative intention to authorise expropriation without compensation will not be imputed in the absence of express words or plain implication. I do not consider that an implication can be said to be plain if it has to be astutely winkled from contextual crevices.”

ar Holmes in *Belinco (Pty) Ltd v Bellville Municipality* 1970 4 SA 589 (A) 597C

<sup>32</sup>Vgl Beinart „Administrative Law” 11 (1948) *THRHR* 217; Molteno a.w. 136; Harry W Jones „The Rule of Law and the Welfare State” 58 (1958) *Columbia Law Review* 143.

<sup>33</sup>Vgl Beinart „The Liberty of the Subject” 34; Molteno a.w. 147. Die *common law*-tegniek van restriktiewe wetsuitleg (Beinart „Administrative Law” 217 219-220) bring slegs min verligting in hierdie verband.

# Aantekeninge

## FUNCTUS OFFICIO TEN AANSIEN VAN VERBANNE PUBLIKASIES?

Ten spyte daarvan dat die Raad van Beheer oor Publikasies en Vermaaklikhede self al sekere publikasies van die sg verbanningslys afgehaal het,<sup>1</sup> huldig die raad nogtans die mening dat hy *functus officio* is nadat hy 'n publikasie ongewens verklaar het ingevolge a 8(1) van die betrokke wet.<sup>2</sup> Omdat die raad homself as *functus officio* beskou, voer hy aan dat hy nie weer 'n aangeleentheid waaroor hy alreeds 'n beslissing gegee het, in heroorweging kan neem nie.

Artikel 14(1) van die wet bepaal:

„ . . . iemand wat hom deur 'n beslissing van die raad ingevolge artikel 8 (1) (a) of (e) verontreg ag, kan binne dertig dae nadat die beslissing van die raad gegee is, by wyse van aansoek by kennisgewing van mosie teen daardie beslissing by 'n provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika appèl aanteken.”

Die vraag ontstaan nou: Wat gebeur as 'n boek deur die raad verban word en daar nie binne die voorgeskrewe tydperk geappelleer word nie? Kan die raad in 'n later stadium weer die boek *mero motu* of op aansoek „ontban”? Soos reeds vermeld, is die raad se houding dat hy *functus officio* is en dat hy dus nie weer sy aandag aan die saak kan skenk nie. Is die standpunt van die raad te regverdig, gesien in die lig van die toepaslike administratiefregbeginsel?

Die howe huldig die mening dat 'n liggaam wat 'n *quasi*-judisiële funksie uitoefen *functus officio* is nadat hy 'n besluit geneem het.<sup>3</sup> Aangenome dat die raad 'n *quasi*-judisiële funksie uitoefen as hy 'n boek

---

<sup>1</sup>Kyk in dié verband die artikel deur Ellison Kahn 1966 *SALJ* 278 307 waar 'n hele aantal van hierdie „ontbannings” aangehaal word.

Kyk in dié verband ook MJ Strydom 28 (1965) *THRHR* 55 n 10.

<sup>2</sup>Die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede 26 van 1963.

<sup>3</sup>Rose-Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* 1963 98 ev; *Minister of Agricultural Economics and Marketing v Virginia Cheese and Food Co (1941) (Pty) Ltd* 1961 4 S.A. 415 (T) en *Bronkborstspruit Liquor Licensing Board v Rayton Bottle Store (Pty) Ltd* 1950 3 SA 598 (T).

verban,<sup>4</sup> sal dit dan beteken dat hy nooit 'n besluit wat hy eenmaal geneem het in heroorweging kan neem nie.

Die howe handhaaf die mening dat 'n liggaam wat 'n *quasi-judisiële* funksie uitoefen, *functus officio* is as daardie funksie uitgeoefen is, om verskillende redes: (a) die liggaam word weens die judisiële geaardheid van die funksie wat hy uitoefen, sover dit die finaliteit van sy bevinding betref, aan 'n hof gelykgestel; (b) die openbare beleid verg so 'n standpunt; (c) die feit dat die owerheidsorgaan die skepping van die wetgewer is, beteken dat hy slegs daardie bevoegdhede het wat deur die wetgewer in die betrokke statuut aan hom toegesê is.<sup>5</sup>

Die howe het in dié verband al verklaar:

„The reason on which the general rule prohibiting the alteration of a judgment by the authority which pronounced it rested, was that the judge who had once given a final order was *functus officio*. His jurisdiction having been fully exercised his authority over the subject matter ceased.”<sup>6</sup>

Ook uit die saak *Minister of Agricultural Economics and Marketing v Virginia Cheese and Food Company (1941) (Pty) Ltd*<sup>7</sup> is dit duidelik dat die regspraak dieselfde beginsels toepas op die amptenaar wat sy beslissing gee as op 'n regter wat uitspraak lewer.<sup>8</sup>

Daar bestaan egter 'n kwalifikasie op die *functus officio*-reël, nl dat 'n owerheidsorgaan slegs ten opsigte van 'n *geldige* handeling *functus officio* kan wees en nie ook ten opsigte van 'n *ongeldige* handeling nie. Die ongeldige beskikking (eensydige administratiewe handeling) kan altyd deur sy outeur verander word.<sup>9</sup>

Indien die Publikasieraad 'n geldige besluit (dws een nie onderworpe aan die gemeenregtelike hersieningsgronde nie) neem, is die raad dus, so word aangevoer, *functus officio*.

Die houding dat die raad na 'n geldige beskikking *functus officio* is, sal noodwendig lei tot 'n starheid van die administrasie. Die primêre doel van die raad is stellig om beheer uit te oefen oor publikasies (onder andere deur ongewenste publikasies te verban), en so doende tree die raad op as die *custos morum*.

<sup>4</sup>*Publications Control Board v William Heinemann Ltd* 1965 4 S.A. 137 (A); *Publications Control Board v Central News Agency* 1970 3 SA 479 (A); en Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* 1968 90.

<sup>5</sup>Vergelyk hieroor meer volledig Kachelhoffer 29 (1966) *THRHR* 159.

<sup>6</sup>*Rand Estate Ltd v New Zealand Insurance Company Ltd* 1926 AD 173 178; kyk ook 186 en 187 van die beslissing.

<sup>7</sup>*Supra*.

<sup>8</sup>Op 424H. Vergelyk ook: *Estate Garlich v Commissioner for Inland Revenue* 1934 AD 499 502.

<sup>9</sup>*Garment Workers' Union (WP) v Industrial Tribunal and Minister of Labour* 1963 4 SA 775 (A). Vergelyk in dié verband ook die artikel van Kachelhoffer 28 (1966) *THRHR* 159.



Die probleem met enige sodanige verbanning is egter dat omstandighede in so 'n mate kan verander dat die publikasies wat vandag as skadelik vir die gemeenskap beskou word, môre, oormôre, nie meer as sodanig beskou word nie.<sup>10</sup> Onthou moet word dat, hoewel die raad of die hof van appèl self moet beslis wat pornografiese of ongewenste literatuur is, daardie beslissing gebaseer moet wees op die gemeenskapsopvatting van die tyd.

Die gemeenskapsopvattinge omtrent sekere onderwerpe kan verander en verander inderdaad. As omstandighede en opvattinge wat daartoe gelei het dat 'n bepaalde werk verban word, verander, dan moet daar tog 'n metode wees om die werke wat verban is, te heroorweeg en te „ontban.” En as die Publikasieraad (soos hy beweer) *functus officio* is, kan hy en sy opvolgers die aangeleentheid met betrekking tot sekere publikasies nie heroorweeg nie.

Om nou te beweer dat die raad *functus officio* is na aanleiding van die reëling dat 'n regter *functus officio* is nadat hy 'n uitspraak gelewer het, is mys insiens nie korrek nie.

Daar bestaan tog fundamentele verskille tussen die uitspraak van 'n hof en die beskikking van 'n administratiewe orgaan wat saamhang met die verskil in aard van die juridiese proses en die aard van die administratiewe proses. Fölscher<sup>11</sup> gee 'n duidelike uiteensetting van hierdie verskille met verwysing na onder andere Wolff, Forsthoff en Giacometti.

Terwyl die funksie van die hofuitspraak is om 'n geskil tussen die partye op te los, is die beskikking 'n middel om die belange van die gemeenskap op 'n gegewe oomblik so goed as moontlik te reël. Die hof oordeel wat die regsposisie is, sonder om 'n belang by die geskil te hê, terwyl die administrasie dikwels gemoed is by die behoud van die regstoestand. Die hof het bowendien te doen met feite wat hoofsaaklik tot die verlede behoort en dus onveranderlik is, terwyl die administrasie voortdurend met die toekoms en met veranderlike omstandighede moet rekening hou.<sup>12</sup>

Die administratiewe orgaan behoort dus nie sonder meer gelykgestel te word aan 'n hof nie. Nog minder behoort daar ogv sodanige

<sup>10</sup>Sien die voorbeelde van sulke boeke aangehaal deur Kahn (*supra*).

<sup>11</sup>Fölscher *Die Finaliteit van Eensydige Administratiewe Handelinge* LLM-verhandeling Universiteit van Suid-Afrika, Februarie 1967 28.

<sup>12</sup>Vergelyk verder ook Von Turegg *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* 3e uitgawe 127 waar hy verwys na Hess: „Die Aufgabe der Verwaltungstätigkeit besteht nicht darin, Rechtsgewissheit zu verschaffen . . ., sondern einen materiellen, dem Staat nützlichen Erfolg innerhalb der Schranken des Rechts zu erreichen . . . Was heute dem Gemeininteresse frommt, kann ihm schon nach kurzer Zeit schädlich sein, weil die Umstände sich inzwischen verändert haben.”

Kyk ook na Vegting *Het Algemeen Nederlands Administratiefrecht* 1e uitgawe 293.

gelykstelling verklaar te word dat die orgaan *functus officio* is na die gee van sy beskikking.

Om te bepaal of 'n uitvoerende orgaan geregtig is om 'n beskikking in te trek in die afwesigheid van duidelike magtiging daartoe, moet elke besondere geval na eie meriete oorweeg word. Normaalweg sal die uitvoerende orgaan deur 'n afweging van die regsekerheid aan die een kant en die behoeftes van die samelewing aan die ander kant vasstel of 'n bepaalde beskikking in heroorweging geneem kan word. Aangeleenthede soos die openbare beleid en die verderé ontwikkeling daarvan, die behoud van die staatsgesag, die regte van ander onderdane en die implikasies van die geval gesien binne die raamwerk van die staatsadministrasie sal almal 'n rol speel.<sup>13</sup>

Wolff<sup>14</sup> wys daarop dat daar heelwat vir en teen die selfherroeping van sy beskikkinge deur 'n administratiewe orgaan te sê is. Volgens hom gaan dit hoofsaaklik om 'n afweging tussen regsekerheid en inbreukmaking op reeds verworwe regte ingevolge 'n beskikking aan die een kant en die openbare belang in die „Bewegungsfreiheit der öffentlichen Verwaltung” aan die ander kant.

Die Vastelandse skrywers is dit redelik eens dat die herbeskikkingsbevoegdheid van 'n owerheidsorgaan nie beteken dat 'n owerheidsorgaan willekeurig sy eie beskikkinge kan intrek nie. Daar word aangevoer dat hy dit veral nie mag doen in gevalle waar die beskikking neerkom op 'n begunstigde beskikking<sup>15</sup> nie.<sup>16</sup> Dit bring dus mee dat die Publikasieraad nie bevoeg is om 'n boek wat hy eenmaal goedgekeur het later op die verbanningslys te plaas nie.<sup>17</sup>

Myns insiens is die verbanning deur die Publikasieraad 'n belastende beskikking, dws 'n gebod of 'n verbod.<sup>18</sup> Daar sal dus op geen bestaande regte, voorregte, bevoegdhede of vryhede inbreuk gemaak word, indien die aansoek om die boek van die verbanningslys af te haal, toegestaan word nie.

<sup>13</sup>Vergelyk Giacometti *Allgemeine Lehren des Rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht* 1e uitgawe 405: „Dabei betrachtet man im allgemeinen die rechtmässigen Verwaltungsakte im Rahmen des Willkürverbotes prinzipiell als frei widerruflich, wenn ein öffentliches Interesse dies verlangt und die Rechtsordnung nicht das Gegenteil statuiert.”

<sup>14</sup>*Verwaltungsrecht* 6e uitgawe 316.

<sup>15</sup>Met 'n begunstigende beskikking word hier bedoel daardie beskikking waardeur 'n reg, voorreg of bevoegdheid of 'n vryheid aan die individu verleen word. (Fölscher aw 12.)

<sup>16</sup>Forsthoff *Lehrbuch des Verwaltungsrecht* 9e uitg 255; Wolff *Verwaltungsrecht* 6e uitg 315-316; De Laubadère *Traite Élémentaire de Droit Administratif* 3e uitg 274.

<sup>17</sup>Vir die teenoorgestelde standpunt, kyk Strydom 1965 *THRHR* 51 55.

<sup>18</sup>Fölscher aw 12.

Wanneer redes wat daartoe gelei het dat die raad 'n boek verban het, genoegsaam verander of die raad nuwe gesigspunte verkry omtrent die werk, behoort dit die raad vry te staan om op aansoek sy vorige beskikking (die verbanning) in heroorweging te neem en die boek te ontban. Anders as wanneer 'n boek goedgekeur is, behoort die raad nooit *functus officio* te wees ten opsigte van 'n boek wat hy verban het nie.<sup>19</sup>

Word hierdie gevolgtrekking aanvaar, doen die volgende vraag hom voor: Is die *hof* waarheen geappelleer word ingevolge a 14(1) van die wet, *functus officio* nadat die hof die publikasie verban het?

Soos reeds aangetoon, staan ons reg op die beginsel dat 'n geregs-hof *functus officio* is nadat die uitspraak gelewer is. Maar die vraag ontstaan of die hooggeregshof waarheen geappelleer word, wel 'n geregs-hof in die gewone sin van die woord is as hy die appèl verhoor.

Wanneer die hooggeregshof die appèl aanhoor, tree die hof mi op as 'n hoër appèlriggaam binne die hiërargie van uitvoerende organe en is die hof in dié geval nie 'n hersieningstribunaal nie.

Die howe het self al hulle rol in dié verband so ingesien. Die appèlhof het by monde van hoofregter Steyn in *The Publications Control Board v William Heinemann*<sup>20</sup> op 147D-G daarop gewys dat die appèl nie 'n appèl in die gewone betekenis van die woord is nie. Dit is veral in die minderheidsuitspraak van appèlregter Rumpf op 156G-H dat op die aard van die hof se funksie gewys word:

„The Supreme Court is enjoined to function purely as an *administrative body* whose opinion may be substituted for that of the Publications Control Board. The duty to perform purely *administrative functions* is, fortunately, seldom if ever entrusted to the Supreme Court. The performance of such administrative work is the privilege of the Executive Government and is intrinsically alien to the character of the Supreme Court.”<sup>21</sup>

Ook appèlregter Williamson verklaar in sy minderheidsuitspraak dat die hof waarheen geappelleer word ingevolge a 14(1) van die Wet: „... acts as it were, as a type of super censorship board” (162G).

Die mening uitgespreek in die minderheidsuitspraak van appèlregter Rumpf word daarna ook gehuldig in *Lindberg v Publications Control Board* 1968 4 SA 311 (W). In dié saak verklaar die regter:

<sup>19</sup>Vergelyk in die algemeen wat die herbeskikkingsbevoegdheid betref: Von Turegg aw 126; De Laubadère aw 274; Stellinga *Grondtrekken van het Nederlands Administratiefrecht* 1e uitgawe 226-227; Vegting aw 293 ev. Ook Kachelhoffar op 161 van sy gemelde vonnisbespreking verklaar met verwysing na Wiechers *Die Sisteem van die Administratiefreg* (proefskrif UP 1964) 235, dat die orgaan altyd die regmatige beskikking kan intrek as dit tot verdere voordeel van die gemeenskap is.

<sup>20</sup>1965 4 SA 137 (A).

<sup>21</sup>Ek kursiveer.

„It is common cause that in hearing this matter, I am sitting not as a court of appeal, or as a judge of review, *but as an administrative officer, dealing with a matter as if it had been brought before me at first instance.*” (Ek kursiveer.)

Ook in *Marshall Cavendish Ltd v Publications Control Board* 1969 4 SA 1 (C) verklaar regter Diemont op bl 2: „The decision of this Court is in the nature of an administrative decision . . .” (vergelyk ook bl 3, die laaste paragraaf, en bo aan bl 4, asook die mening van wr Tebbutt op bl 8).

Die feit dat die hof van appèl sy beslissing in die plek van die raad se beslissing stel, is nie ’n aanduiding dat die raad se beskikking in die eerste plek onregmatig was nie. Daar is bloot ’n vervanging van een subjektiewe oordeel (dié van die een administratiewe orgaan) deur die subjektiewe oordeel van ’n ander administratiewe orgaan, naamlik dié van die hof. Wiechers toon in sy artikel in die 1966 *THRHR*70 aan dat die meerderheid van die regters in die *William Heine-mann*-saak die mening huldig dat die hof selfstandig moet besluit oor die moontlike skadelike uitwerking van die publikasie.

Dit blyk dus dat die hooggeregshof as ’n administratiewe orgaan optree wanneer dit ’n appèl ingevolge a 14(1) van die wet verhoor.

Soos reeds gesien is my gevolgtrekking dat die Publikasieraad ’n herbeskikkingsbevoegdheid behoort te hê onder sekere omstandighede. Sowel Kahn as Strydom in hulle artikels hierbo aangehaal, huldig die mening dat hoewel die Publikasieraad se beskikking nie noodwendig finaal is nie, die howe se uitspraak by appèl wel finaal is. Strydom verklaar op bl 55 van sy artikel dat dit die geval is omdat die hof ’n regsprekende funksie uitoefen.

Wat presies ’n regsprekende funksie is, is ’n baie moeilike vraag om te beantwoord. Daar is al verklaar dat die vasstel van die grense en die inhoud van die verskillende funksies „a highly acrobatic part of the law” is.<sup>22</sup> Menings verskil oor presies wat bedoel word met „judisiële funksie.”

Op grond van die bostaande houding van die howe oor hulle geaardheid by die aanhoor van dié tipe appèl, word die gevolgtrekking gemaak dat die hof as ’n hoër gerangskikte administratiewe orgaan bokant die raad optree. Die hof se optrede as owerheidsorgaan hou in dat hy die beskikkinge van die raad in sekere gevalle moet oorweeg. Daar word aangevoer dat die hof se bevoegdhede en pligte dan dieselfde is as dié van die raad en dat die hof as ’n soort super-publikasieraad optree.

Die hof beslis dus oor publikasies in die algemene belang en sodoende besleg hy nie ’n dispuut tussen die raad en die persoon wat

<sup>22</sup>Willis in 53 (1940) *Harvard Law Review* 281.



homself deur die raadsbeskikking „veronreg” voel nie. ’n Analogie kan getrek word met die lisensieraad wat nie ’n geskil besleg tussen die aansoekdoener om ’n lisensie en die beswaarmaker nie, maar slegs in die openbare belang en na toepassing van die *audi alteram partem*-reël sy diskresie vir of teen die aansoekdoener uitoefen.<sup>23</sup>

Die appèlhof het in *Publications Control Board v Central News Agency* 1970 3 SA 479 (A) beslis dat die *audi alteram partem*-reël nie op die Publikasieraad van toepassing is nie, omdat die „ander party” die geleentheid kragtens die wet het om sy saak voor die hooggeregshof te stel.

„The fact that this type of appeal has been provided for indicates that Parliament intended to give a person affected by a decision of the Board an opportunity to place his case before a tribunal, a Court of Law, which takes the place of the Board and which, subject to an appeal to the Appellate Division finally decides the issue.”

Die appèlhof gebruik die woord „tribunal” en daar word gepraat van „finally decide.” Nogtans kan geargumenteer word dat „tribunal” saamhang met die feit dat daar van die hooggeregshof gebruik gemaak word en dat dit nie beteken dat die hof nou ’n judisiële funksie uitoefen nie. Die hof neem die plek in van die Publikasieraad, wat ’n *quasi*-judisiële funksie uitoefen, en dus oefen die hof ook ’n *quasi*-judisiële funksie uit. Oor die gedagte dat ’n administratiewe orgaan se beslissing finaal is, is alreeds heelwat hierbo gesê.

Dit kan dus moontlik aangevoer word dat ook ’n hofuitspraak ingevolge waarvan ’n boek op die verbanningslys bly, nie finaal sal wees in die sin dat die aangeleentheid *nooit* weer voor die raad geopper kan word nie. Dit sou immers eienaardig wees as ’n boek wat veertig jaar gelede deur ’n hof as ongewens bestempel is, verban bly, al verander omstandighede en die gemeenskapsopvatting ook, en dit net omdat ’n hooggeregshof destyds die boek as sodanig bestempel het.

#### *Slotsom*

- (1) Wanneer ’n boek deur die Publikasieraad verban word, is die raad nie *functus officio* nie en behoort hy by veranderde omstandighede en nuwe feite sy beskikking in heroorweging te kan neem.
- (2) Dit is argumenteerbaar dat ook die hooggeregshof wat ’n uitspraak lewer ingevolge a 14(1) van die wet, se uitspraak nie later by ’n nuwe aansoek as *res judicata* sal geld nie.

CF ECKARD  
*Universiteit van Suid-Afrika*

<sup>23</sup>SA de Smith *Judicial Review of Administrative Actions* 1e uitgawe 39.



## OPMERKINGS OOR AUTREFOIS ACQUIT

Die feite van *S v Gabriel* 1971 1 SA 646 (RA) is soos volg: Die appellant is in die streekhof skuldig bevind op 'n klag van poging tot moord. Die omstandighede was dat hy sy vrou aangerand het deur haar met 'n mes te steek; tydens sy verhoor het sy nog geleef. Twee jaar en drie dae na die aanranding sterf sy vrou. Hierop word hy in die Rhodesiese hoërhof van moord aangekla en skuldig bevind.

By appèl het die Rhodesiese appèlhof *mero motu* die vraag geopper of die hoërhof hoegenaamd die appellant op die aanklag van moord kon verhoor. Die vraag word bevestigend beantwoord met verwysing na Voet 48 2 12, *R v Stuurman* (1863) 1 Roscoe 83 en *R v Dayzell* 1932 WLD 157. Die ter sake beginsel is dat die pleit van *autrefois convict* nie sal slaag nie indien dit ten tyde van die vorige verhoor onmoontlik was om van die ernstiger misdaad aan te kla. Vgl Gardiner & Lansdown *South African Criminal Law and Procedure* (1957) bd I 372. Dieselfde beginsel word soos volg deur Archbold *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* 37e uitgawe (1969) gestel: „As a general rule a person who has been acquitted or convicted of a minor offence cannot be charged again on the same facts in a more aggravated form . . . ; but this rule does not apply when the subsequent charge is that of murder or manslaughter” (§ 439).

Die vraag wat nou by 'n mens opkom is of hierdie beginsel slegs geld indien daar by die eerste verhoor 'n *skuldigbevinding* was. Indien daar in *Stuurman* 'n onskuldigbevinding ipv 'n skuldigbevinding aan gewone aanranding was, of in *Dayzell* 'n onskuldigbevinding ipv 'n skuldigbevinding aan nalatige bestuur, sou die betrokke beskuldigdes ná die dood van hul slagoffers ook weer aangekla kon word van strafbare manslag?

In *S v Ndou and Others* 1971 1 SA 668 (A) word *obiter* op 676D-E aanvaar dat die beginsel ook sal geld waar daar by die eerste verhoor 'n *onskuldigbevinding* was:

„That the plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict* (as the case may be) is not available to an accused charged with murdering A on a stated occasion notwithstanding that he has previously been acquitted or convicted, as the case may be, of assaulting A on that occasion - a case frequently mentioned in the books - constitutes an exception to the general rule more apparent than real. For such a case postulates that the victim only dies after the first conviction or acquittal.”

Daar word telkens van 'n voorafgaande skuldigbevinding *of vryspraak* gepraat. Voet 48 2 12 beperk egter die reël deur te verklaar:

„It would be otherwise (dws, 'n tweede verhoor is nie toelaatbaar nie) if the one who was accused of wounding a person has not been convicted by the judgment, but has been acquitted, since his innocence has already been approved by the judge in respect of the very act from which the ensuing charge also is bound to flow” (Gane se vertaling).

In die Engelse saak *R v Hilton* (1895) 59 JP Jo 778, is die beskuldigde aangekla van manslag na 'n vorige vryspraak op 'n klag van aanranding. Sy pleit van *autrefois acquit* slaag. 'n Beslissing wat oënskynlik steun aan die teenoorgestelde opvatting verleen, is *R v De Salvi* (1857) 10 Cox CC 481 (voetnoot); 46 Central Crim Ct (Sess Papers) 884: Nadat die beskuldigde onskuldig bevind is op 'n aanklag van verwonding met die doel om te vermoor, sterf sy slagoffer. Hy word van moord aangekla en skuldig bevind. Met Voet se opmerking voor oë vra 'n mens jousef af hoe De Salvi skuldig bevind kon word aan moord indien hy onskuldig bevind was aan verwonding? Friedland *Double Jeopardy* (1969) 125-126 verklaar die beslissing soos volg: Die ontslag op die eerste aanklag was om 'n tegniese rede, nl om dit moontlik te maak om hom te verhoor op 'n klag van gewone verwonding. (Hierdie prosedure was destyds algemeen en Pollock CB wat die hoofuitspraak gelewer het, het by verskeie geleenthede daarvan gebruik gemaak.) En op dié klag is De Salvi inderdaad *skuldig* bevind. Die aanklag van moord (waarvoor die opset om te vermoor destyds nie hoof bewys te gewees het nie - Morris & Howard *Studies in Criminal Law* (1964) 255) het dus gevolg op 'n skuldigbevinding aan gewone verwonding (wat nie duidelik uit die verslag blyk nie) plus 'n (tegniese) onskuldigbevinding aan verwonding met die doel om te vermoor. *De Salvi* bots in werklikheid nie met *Hilton* nie.

Die antwoord op die vraag wat hierbo na aanleiding van *Stuurman* en *Dayzell* geformuleer is, sou dus in die algemeen ontkennend beantwoord word: dit sou sinneloos wees om 'n persoon weer aan te kla op grond van 'n handeling waaraan hy reeds onskuldig bevind is. Dit sal bv waar wees in die geval van 'n onskuldigbevinding in die *Stuurman*-tipe geval op grond van noodweer, of in die *Dayzell*-tipe geval omdat nie bewys kon word dat die beskuldigde „bestuur” het nie. Maar sal die beskuldigde in lg geval, indien sy slagoffer sterf, ook van 'n vervolging ogv strafbare manslag vrygestel wees as hy by die eerste verhoor onskuldig bevind was *omdat die handeling nie op 'n openbare pad plaasgevind het nie?*

In so 'n geval sou dit nie met my billikheidsgevoel bots om hom weer aan te kla nie. Daar moet met Friedland *op cit* 96 saamgestem word dat „no general statement can be made about whether a prosecution for manslaughter can follow a prosecution for assault without taking into account the result of the previous proceeding and the reason for that result.” Die invloed van die gesonde logika agter die reëls van geskilpunt-estoppel („issue estoppel”) is duidelik waarneembaar wanneer só geanaliseer word (wat ook al die posisie mbt die leerstuk van geskilpunt-estoppel in ons strafreg is ná *R v Manasewitz* 1933 AD 165; vgl *Gabriel* 661-662 en Hoffmann *South African Law of Evidence* 2e uitg (1970) 246-247.

Opsommenderwys kan dus betoog word dat (a) waar 'n beskuldigde aan 'n geringer misdaad *skuldig* bevind is, hy van 'n ernstiger misdaad wat uit dieselfde handeling voortvloei aangekla mag word mits die ernstiger aanklag nie ten tyde van die eerste verhoor ingebring kon word nie (die implikasies van hierdie reël en metodes om dit prakties te hanteer vorm die onderwerp van *Gabriel supra*); (b) waar 'n beskuldigde aan 'n geringer misdaad *onskuldig* bevind is, geld die stelling wat Voet 48 2 12 maak nie ongekwalifiseerd nie, maar kan 'n vervolging ogv 'n ernstiger misdaad wat uit dieselfde handeling voortvloei wel onder sekere omstandighede ingestel word, nl wanneer die onskuldigbevinding nie gebaseer was op 'n grond wat weer relevant gaan wees by die tweede aanklag nie (die passasie op 676D-E van *Ndou* wat hierbo aangehaal is, moet gevolglik ook in hierdie lig gelees word); voorts geld die algemene voorbehoud dat dit ten tyde van die eerste vervolging nie moontlik moet gewees het om die ernstiger klag in te bring nie; (c) die voorgaande reëls (a) en (b) geld slegs wanneer die ernstiger klag moord of strafbare manslag is.

J H VAN ROOYEN  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### OPSETLIKE STRAFBARE MANSLAG?

Die Appèlhof het nou uiteindelik (weliswaar moontlik *obiter*) strafbare manslag omskryf as die wederregtelike, nalatige veroorsaking van die dood van 'n medemens. In *S v Mtshiza* 1970 3 SA 747 (A) 752 verklaar appèlregter Holmes naamlik dat,

„inasmuch as it is better to define a crime by reference to what it is than to what it is not, I consider it appropriate to adopt the statement of *De Wet and Swanepoel* . . . that culpable homicide is the unlawful negligent causing of the death of a fellow being.”<sup>1</sup>

Dit is natuurlik bloot 'n bevestiging, enersyds, van die vereiste dat 'n skuldverband in die vorm van nalatigheid ten aansien van die dood noodsaaklik is by strafbare manslag, in ooreenstemming met *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A), en, andersyds, van die logiese beginsel dat die enigste onderskeid tussen strafbare manslag en moord geleë is in die verskil in skuldvorms wat by elk vereis word. Nogtans is dit bekend dat daar 'n reeks beslissings bestaan waarin ons howe strafbare manslag bevind het in gevalle waar die skuldvorm aan die kant van die beskuldigde nie nalatigheid was nie, maar opset. Aannemende dat *De Wet en Swanepoel* se definisie van strafbare manslag, wat nou deur die

<sup>1</sup>Byna gelyktydig het ar Botha in *S v Thenkwa* 1970 3 SA 529 (A) 534E verklaar: „Strafbare manslag is vir sover in 'n geval soos die onderhawige ter sake, die wederregtelike en nalatige doodslag van 'n ander.”

Appèlhof onderskryf is, korrek is, behoef dit geen betoog nie dat die formulering van strafbare manslag in hierdie beslissings 'n anomalie in ons reg betreffende moord en strafbare manslag daarstel. Nalatigheid en opset sluit mekaar immers onderling uit.<sup>2</sup> Daar word egter hier aan die hand gedoen, om die redes wat volg, dat die meeste van hierdie oënskynlike uitsonderingsgevalle in werklikheid geen ware uitsonderingsgevalle is nie aangesien dieselfde eindresultaat bereik kan word deur gebruik te maak van die erkende grondbeginsels van die strafreg, en sonder om die definisie van strafbare manslag geweld aan te doen deur naas die erkende skuldelement, te wete nalatigheid, ook nog opset in buitengewone gevalle te erken as 'n moontlike skuldvorm by dié misdaad.<sup>3</sup> Terselfdertyd sal aangetoon word dat hierdie einste grondbeginsels egter in sekere gevalle kan lei tot ander resultate as wat howe tans bereik.

Na die gevalle wat hier behandel sal word, is al verwys as die „partial excuse cases,”<sup>4</sup> en doelmatigheidshalwe sal daar in hierdie bespreking na hulle verwys word as die „gedeeltelik verskoonbare” gevalle van strafbare manslag. Die redes vir hierdie benaming sal later duideliker blyk. Wesenlik het 'n mens hier te doen met gevalle waar die perke van 'n regverdigingsgrond oorskry word en die beskuldigde skuldig bevind word aan strafbare manslag ten spyte van 'n bevinding dat die beskuldigde die dood oënskynlik opsetlik veroorsaak het. Vir die doeleindes van hierdie bespreking kan hierdie gevalle in twee groepe verdeel word.<sup>5</sup> Eerstens is daar die betreklik afgebakende gevalle volgens artikel 37 van die Strafproseswet 56 van 1955 van doodslag tydens verset teen inhegtenisneming. Tweedens is daar die meer bekende gevalle van oorskryding van die perke van noodweer. Hierdie twee groepe sal agtereenvolgens behandel word.

<sup>2</sup>Sien veral *R v Nsele* 1955 2 SA 145 (A) 151B, *R v Nkosi* 1928 AD 488-489 en *S v Sigwabla* 1967 4 SA 566 (A) 570D.

<sup>3</sup>Soos gedoen word in *South African Criminal Law and Procedure (formerly Gardiner and Lansdown)* vol 2 deur Hunt te 373, waar verklaar word: „Culpable homicide consists in the unlawful killing of another person either negligently or intentionally but in circumstances of partial excuse.” Hierdie omskrywing rym klaarblyklik nie met dié van ar Holmes hierbo genoem nie.

<sup>4</sup>*South African Criminal Law and Procedure* vol 1 deur Burchell en Hunt 278 en vol 2 (Hunt) 383 en 388.

<sup>5</sup>In *R v Hercules* 1954 3 SA 826 (A) 382, verwys ar Van den Heever na wat beskou kan word as 'n moontlike derde geval van 'n „hybrid or middle situation where there is an intention to kill, but where that intention is not entirely but to some extent excusable.” Dit is naamlik die volgende geval: „A husband who surprises his wife in the act of adultery and forthwith kills her paramour may be found guilty of culpable homicide although he intended to kill.” Hierdie gevalle sal egter nie hier bespreek word nie want 'n bevinding van strafbare manslag (bv in *R v Pascoe* 2 SC 427, *R v Dibau Moboso* 1944 OPD 192 en *R v Blokland* 1946 AD 940) is meestal te verklaar op grond van ons howe se reëls omtrent provokasie - 'n onderwerp wat ook nie hier bespreek sal word nie.



1. Artikel 37 van die Strafproseswet bied statutêre magtiging aan sekere persone om iemand straffeloos te dood wat vlug of weerstand bied teen inhegtenisneming, mits aan sekere vereistes voldoen word. Onder andere sal iemand wat hom op die beskerming wat hierdie artikel bied, beroep, moet bewys (die bewyslas rus op hom) dat die persoon wat gevlug het of weerstand gebied het nie op 'n ander wyse in hegtenis geneem kon word en verhinder kon word om te ontsnap nie as deur hom te dood. Voorheen het artikel 29 van die ou Gevangeniswet 13 van 1911 in 'n mate 'n analoë bepaling bevat om gevangenisbêampptes te beskerm. Hierdie artikel is egter nie in die nuwe Gevangeniswet van 1959 opgeneem nie, en aangesien die ou Gevangeniswet deur artikel 95 van die huidige wet (8 van 1959) herroep is, is bewaarders nou ook aangewese op artikel 37,<sup>6</sup> wat dus blykbaar nou die enigste wetteregtelike bepaling op hierdie gebied is.

Nou word beweer<sup>7</sup> dat as die geweld buitensporig is, wat in die konteks van artikel 37 beteken dat daar ander maniere is waarop die ontvlugting verhoed kan word as om summier te dood, moet 'n bevinding van strafbare manslag aangeteken word ten spyte van die feit dat die beskuldigde opsetlik die dood veroorsaak het. Hierdie opvatting het sy ontstaan hoofsaaklik te danke aan *R v Koning* 1953 3 SA 220 (T), 'n beslissing wat later dikwels nagevolg is as gesag vir die bestaan, oor die algemeen, van die „gedeeltelik verskoonbare” gevalle van strafbare manslag selfs in gevalle wat niks met hierdie wetteregtelike bepalings te doen het nie. Koning, 'n bewaarder van 'n span bandiete, het gedink dat een van hulle ontsnap en hom doodgeskiet. Op 'n aanklag van moord beroep hy hom op die hierbo vermelde artikel 29 van die vorige Gevangeniswet, maar sy beroep slaag nie omrede dit nie vir hom noodsaaklik was om nou juis die oorledene te skiet soos hy gedoen het ten einde die ontsnapping te voorkom nie. Hy kon eers geskreeu het, of sy fluitjie geblaas het, of 'n waarskuwingskoot geskiet het, of die oorledene te perd ingehaal het. Die beskuldigde het in die hitte van die oomblik nie aan hierdie dinge gedink nie. Regter Ramsbottom bevind dat die beskuldigde wederregtelik gehandel het en bevind ook uitdruklik dat die beskuldigde die opset gehad het om die bandiet dood te skiet. Hy gee toe dat die uitspraak in hierdie geval logies „skuldig aan moord” behoort te wees. Nogtans word Koning aan strafbare manslag skuldig bevind, want

„[t]here is one class of case in which unlawful, intentional killing can be culpable homicide . . . That is the case where a man, lawfully defending himself against an unlawful attack by another, kills intentionally in order to resist the attack which has been made upon him but kills at a time when it was not necessary for him to do so, where, though justified in using violence in his own self-defence, he has exceeded that which the circumstances rendered necessary and has killed intentionally through using excessive force” (231-232).

<sup>6</sup>Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 44.



Daar word aan die hand gedoen dat alhoewel nie fout gevind kan word met die eindresultaat van strafbare manslag wat die hof hier bereik het nie, die hof se motivering vir hierdie slotsom, met respek, foutief is. Met die bevinding dat die beskuldigde wederregtelik opgetree het, kan nie fout gevind word nie. Dat die beskuldigde onder 'n dwaling verkeer het en *bona fide* gedink het dat daar geen ander manier is om die ontsnapping te voorkom as om te dood nie, is nie ter sake by die vraag of hy wederregtelik opgetree het nie. Die toets vir wederregtelikheid is immers in beginsel objektief. Sy dwaling ten aansien van die wederregtelikheid het egter tot gevolg dat opset om te moor ontbreek het. Vir sover hy die oorledene opsetlik gedood het, het hy slegs 'n kleurlose opset gehad, aangesien die opset wat deur die reg vir die doeleindes van aanspreeklikheid erken word, ook wederregtelikheidsbewussyn moet omvat, en dit was nie hier die geval nie. Strafbare manslag is egter wel moontlik, nie bloot omdat die handeling wederregtelik was nie, maar omdat die beskuldigde nalatig was ten aansien van die oorledene se dood. Nalatigheid kan in hierdie saak afgelei word uit die omringende omstandighede wat in die verslag geskets word, en op bl 229 van die verslag bevind die hof trouens uitdruklik dat die beskuldigde nalatig was. Die slotsom aangaande die reg wat die hof op bl 232-3 bereik, naamlik „I have come to the conclusion . . . that in law, although there was intentional killing, the verdict is not necessarily one of murder,” berus myns insiens op 'n miskenning van die wederregtelikheidsbewussyn as 'n element van opset, en die daarmee-gepaardgaande verwarring tussen kleurlose opset en wat genoem kan word regsopset. Laasgenoemde het by Koning ontbreek.<sup>8</sup> Afgesien hiervan val dit buitendien te betwyfel of *Koning* se saak vandag nog as gesag kan dien vir die bestaan van „opsetlike strafbare manslag” indien in gedagte gehou word dat die hof se uitgangspunt nog die ou omskrywing van ons howe van strafbare manslag is,<sup>9</sup> wat nie meer aanvaar kan word na die *Bernardus*-saak *supra* nie - net soos die hof nog gewerk het met die uitgediende *versari*-leerstuk wat eweneens in *Bernardus* verwerp is.<sup>10</sup>

In alle gevalle waar 'n beroep op artikel 37 misluk omdat daar 'n ander metode was waardeur die beskuldigde die ontsnapping kon verhoed dan deur te dood, is dit 'n feitlike vraag of die beskuldigde onder die waan verkeer het dat doodslag die enigste middel was. Hiervan hang af (aannemende dat sy handeling nie geregverdig word

<sup>7</sup>Hiemstra *ibid.*

<sup>8</sup>Dit word geïmpliseer in die hof se verklarings op 227B-C, 229B, 233E-F en 232C. Omtrent wederregtelikheidsbewussyn as 'n onmisbare element van opset sien De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafbreg* 2e uitg 135 e v en *Burchell and Hunt* a w 132 e v, veral 135.

<sup>9</sup>„The unintentional unlawful killing of a human being” - 231 G-H.

<sup>10</sup>vgl 229G: „ . . . The Crown has proved that the killing was unlawful and consequently the Crown has proved that the accused committed an offence.”

deur 'n ander regverdigingsgrond en sy skuld nie geaffekteer word deur 'n moontlike skulduitsluitingsgrond nie) of hy opset gehad het of nie. Indien die beskuldigde besef het - al was dit net kennis by moontlikheidsbewussyn - dat doodslag nie noodsaaklik was nie - dat daar ander minder gevaarlike metodes was om ontsnapping te verhoed - maar nogtans voortgegaan en doodgeskiet het, is dit (onder dieselfde aannames as pas hierbo genoem) moord. Daar word aan die hand gedoen dat wederregtelikheidsbewussyn, en dus opset om te moor, ontbreek, nie slegs waar die beskuldigde, soos in *Koning* se saak,<sup>11</sup> ten onregte meen dat dit noodsaaklik is om te dood nie, maar ook waar die beskuldigde die ontvlugter *bona fide* maar ten onregte verdink van die pleeg van 'n *Eerste Bylae*-misdryf, of waar hy hom verdink sonder dat hy redelike grond vir so 'n geloof het (sien die omskrywing van artikel 37). Indien opset om te moor om enige van hierdie redes ontbreek, volg dit natuurlik nie outomaties dat 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag aangeteken moet word nie. Dit sal ingevolge *Bernardus* se saak natuurlik slegs die geval wees indien skuld (*culpa*) ten aansien van die dood bewys is. Daar dien egter op gelet te word dat bogenoemde verwere die beskuldigde slegs kan help indien dit gaan om 'n *feitdwaling*. Indien dit sy kontensie is dat sy voorstelling van die feite korrek was maar dat hy ten onregte gedink het dat hy gemagtig was om te arresteer, of dat die misdryf waarvoor hy wou arresteer onder die *Eerste Bylae* val, dan het hy onder 'n dwaling ten aansien van die reg verkeer. Dit behoort geen verskoning te wees nie.<sup>12</sup> Slegs die wederregtelikheidsbewussyn ten aansien van die feitlike kant van die beskuldigde se gedrag word deur sy opset gedek en nie ook dié ten aansien van die geoorlooftheid of ongeoorlooftheid van sy gedrag nie, in ooreenstemming met die reël *ignorantia iuris neminem excusat*.<sup>13</sup>

2. Daar is 'n reeks sake waarin verklaar is dat strafbare manslag gepleeg word waar die perke van noodweer - hetsy ter beskerming van die beskuldigde self of van iemand anders - matiglik oorskry word. Word dit oormatiglik oorskry, is die misdaad moord. In die geval van 'n matige oorskryding, waar dit strafbare manslag is, maak dit nie saak

<sup>11</sup>*R v Britz* 1949 3 SA 293 (A) en *R v Arlow* 1960 2 SA 449 (T) is identiese gevalle. Hier is ook strafbare manslag bevind ten spyte van die feit dat die beskuldigde die „opset om te dood” gehad het. Hulle het egter gemeen dat dit noodsaaklik was om te skiet. In *R v Metelerkamp* 1959 4 SA 102 (OD), ook 'n geval van doodslag tydens verset teen inhegtenisneming, is 'n beroep op a 37 ook nie gehandhaaf nie, dog die hof het bevind (110C) dat die beskuldigde in elk geval nie die bedoeling gehad het om te dood nie. Dieselfde was die posisie in *S v Gumbi* 1962 1 SA 188 (N). Die meeste ander sake in verband met a 37 is vir die huidige bespreking nie van verdere belang nie, aangesien die ontvlugter nie gedood is nie maar slegs gewond is.

<sup>12</sup>Behalwe waar die beskuldigde optree kragtens 'n gebrekkige lasbrief maar meen dat dit regsgeldig is, soos uiteengesit in a 32 van die *Strafproseswet* - hierdie artikel bepaal uitdruklik „onkunde aangaande die reg is in so 'n geval 'n verskoning.”

<sup>13</sup>Burchell and Hunt a w 135 e.v. *Contra* De Wet en Swanepoel a w 135 e.v.

dat daar in werklikheid opset was om te moor nie.<sup>14</sup> Hierdie gevalle is identies met dié wat in die vorige groep behandel is, behalwe dat waar mens in die vorige groep te doen gehad het met die wetteregtelike regverdigingsgrond geskep deur artikel 37 van die Strafproseswet, mens hier te doen het met die regverdigingsgrond noodweer. Die beginsel dat die opset om te dood, ten spyte van ons howe se formulering, in werklikheid ontbreek waar die beskuldigde nie daarvan bewus is dat hy onregmatig optree nie, en dat hy inderdaad dan slegs 'n kleurlose opset het, is dieselfde as hierbo uiteengesit by die behandeling van die eerste groep gevalle. Vir sover 'n beskuldigde by hierdie „gedeeltelik verskoonbare” gevalle uiteindelik skuldig bevind word aan strafbare manslag, kan dit alleen geskied op grond van bewese nalatigheid van die beskuldigde ten opsigte van die dood van die oorledene.

Teen die formulering in die onderhawige beslissings van die verskil tussen moord en strafbare manslag, moet ten sterkste beswaar aangeteken word. In *R v Detsera supra* het die destydse Federale Hooggeregshof na aanleiding van *R v Koning supra* beslis (767D-E):

„We hold therefore that a killing by an excess in the use of lawful force is culpable homicide unless the excess is so unreasonable as to justify a verdict of murder.”

Dit is onmiddellik opmerklik dat die grens tussen moord en strafbare manslag wat, soos reeds aangetoon, slegs geleë is in die subjektiewe skuldvereiste, hier bepaal word aan die hand van 'n objektiewe maatstaf, naamlik die redelikheid of onredelikheid van die oorskryding van die perke van „lawful force.” Die skuldvereiste word hier geheel en al verontagsaam.<sup>15</sup> Hierdie formulering is deur ons eie Appèlhof nagevolg in *R v Krull supra* waarin appèlregter Schreiner te bl 399 verklaar het:

„If you kill intentionally within the limits of self-defence, you are not guilty. If you exceed those limits moderately you are guilty of culpable homicide; if immoderately, you are guilty of murder.”

In *R v Mblongo supra* het dieselfde regter albei hierdie *dicta* weer eens nagevolg en verklaar dat daar geen verskil in uitwerking tussen die twee stelling is nie. Dit is dikwels al moeilik genoeg om te bepaal of die perke van noodweer oorskry is of nie. Hoe presies bepaal 'n mens nog verder of dit matiglik („moderately”) of oormatiglik oorskry is? Die matigheid van die oorskrydings van die perke van noodweer sê

<sup>14</sup>*R v Molife* 1940 AD 202 204-5, *R v Hercules* 1954 3 SA 826 (A) 832, *R v Detsera* 1958 1 SA 762 (F) 767D-E, *R v Matblau* 1958 1 SA 350 (A) 355H en 360A, *R v Mblongo* 1960 4 SA 574 (A) 580H, *R v Krull* 1959 3 SA 392 (A) 399C-D; *R v Malindisa* 1961 3 SA 377 (T) 380-381, *R v Tenganyika* 1958 3 SA 7 (F) 13A.

<sup>15</sup>Dit blyk verder veral uit die volgende stelling wat r Tredgold net hierna maak: „This principle is equally applicable where the accused meant to kill the deceased and where he did not mean to kill him but death accidentally followed the use of justifiable force.”

buitendien nog niks omtrent die beskuldigde se gesindheid, sy skuld, nie (behalwe dat dit moontlik kan dien as een faktor in die bewysmateriaal waaruit 'n afleiding omtrent die beskuldigde se gesindheid gemaak kan word). 'n Mens kan die opset hê om te dood, sonder dat die oorskryding noodwendig oormatiglik geskied. 'n Mens kan eweneens die perke oormatiglik oorskry terwyl jy slegs *culpa* het ten aansien van die dood van jou slagoffer. Bowendien kan hierdie toets aanleiding gee tot 'n skuldigbevinding aan moord sonder dat die gesindheid van die beskuldigde hoegenaamd ondersoek word - soos dan ook inderdaad gebeur het in *Mhlongo* se saak. Nêrens in die uitspraak word bevind dat die beskuldigde die opset gehad het om te moor nie, en nêrens is hierdie aangeleentheid ondersoek nie. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie toets vir strafbare manslag en moord, waarvolgens gelet moet word op die oorskryding van die noodweersgrense en die matigheid of redelikheid van die oorskryding, ná die *Bernardus*-saak nie meer navolgenswaardig is nie weens die miskenning van die basiese strafregbeginsel *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

Daar moet toegegee word dat indien die howe se hier gemelde opvatting verwerp word ten gunste van die suiwer siening dat opset ontbreek as wederregtelikheidsbewussyn ontbreek en strafbare manslag slegs moontlik is as die dader nalatig was, die praktiese verskil telkens, wat die uiteindelijke skuldigbevindings betref, nie juis noemenswaardig sal wees nie. In die meeste gevalle waar ons howe op grond van „gedeeltelike verskoning” strafbare manslag bevind bloot weens die matige oorskryding van noodweer, sal dit myns insiens wel by nadere ondersoek blyk dat wederregtelikheidsbewussyn ten aansien van die feitlike kant van die beskuldigde se gedrag tog by hom ontbreek het en dat daar om daardie rede dus nie gepraat kan word van opset aan die kant van die beskuldigde nie. Ook sal dit in die meeste van hierdie gevalle duidelik wees dat die beskuldigde wel nalatig was.<sup>16</sup> In dié gevalle waar ons howe, daarenteen, moord bevind op grond van die oormatige oorskryding van noodweer, sal wederregtelikheidsbewussyn myns insiens eweneens meestal, naas die ander vereistes vir die bestaan van opset, afgelei kan word uit die feite van die saak. By die eersgemelde gevalle van strafbare manslag ontbreek wederregtelikheidsbewussyn en dus opset meestal as gevolg van die kort tydsverloop tussen die noodweersituasie en die oorskryding van noodweer, gepaard met die opgewondenheid en oorywerigheid van die beskuldigde. Waar 'n persoon valslik glo (al is sy geloof ongegrond of onredelik)

<sup>16</sup>In *S v Bernardus supra* verklaar hr Steyn te 297F-G: „Waar 'n aanranding op die dood uitloop, is dit meesal van so 'n aard dat daar weinig twyfel omtrent skuld ten aansien van die gevolg bestaan.” Sien ook ar Holmes se uitspraak op 307 en ar Rumpff se uitspraak, waarin die regter selfs so ver gaan om te sê dat 'n normale mens *moet* kan voorsien dat deur 'n ligte aanranding 'n ongewone en onverwagte dood kan intree (304E).



dat hy ernstig liggaamlik aangerand sal word en sy „aanvaller” dood, ontbreek wederregtelikheidsbewussyn, aangesien ’n mens geregtig is om iemand in noodweer selfs te dood ter afwering van ernstige liggaamlike leed.<sup>17</sup> Onthou moet word dat alhoewel die wederregtelikheid van die beskuldigde se gedrag ’n objektiewe faktor is, die wederregtelikheidsbewussyn ’n subjektiewe faktor is wat vasgestel moet word deurdat die beoordelaar hom moet plaas in die posisie en gemoed van die beskuldigde in die omstandighede en ten tye van die gebeure en „[o]ne must not expect flawless behaviour from a man in such circumstances.”<sup>18</sup>

In *Phiri*, byvoorbeeld, het die beskuldigde, wie se getuienis deur die hof van appèl aanvaar is, juis verklaar „that he stabbed the deceased because he was afraid of being stabbed by him” (163A-B). In *Detsera* is die saak uitgewys op die veronderstelling dat „in the stress of the moment, a man’s judgement is seriously at fault . . .” (765B) en „his fault lay in an excess of zeal or an error of judgement in his pursuit of his legitimate rights . . .” (765D-E) en: „He has no time for consideration. He has to meet sudden emergency” (766H). Beteken dit alles nie maar dat die kennis by die beskuldigde ontbreek het dat sy handeling die noodweersgrense oorskry het nie? In *Mathlau* is daar ’n gebrek aan definitiewe uiteindelijke feitebevindinge; tog aanvaar appèlregter De Beer in sy meerderheidsuitspraak dat die beskuldigde nie besef het dat die oorledenes onder die invloed van drank was nie en dat hy dus nie besef het dat hy kon weghardloop sonder om te steek nie (359A), en (op 360A) dat die beskuldigde „did not have sufficient time for full reflection . . .” Dit dui alles daarop dat wederregtelikheidsbewussyn ontbreek het.<sup>19</sup> In *Mhlongo*, waar die appellant se skuldigbevinding aan moord gehandhaaf is, kon die appellant van ander metodes gebruik gemaak het om sy broer uit die noodweersituasie te help as om sy vader goedsmoeds in die rug te steek, en die hof bevind ook spesifiek (580F): „[T]his must have been obvious to the appellant.” Aangenome dat met die woorde „must have been” die regter bedoel het, „was in fact (by inference),” is die afleiding geregverdig dat die appellant dit wel besef het en dat hy dus die wederregtelikheidsbewussyn en opset om te moor gehad het.

Daar word benadruk dat hier nie voorgegee word dat die eindresultaat in alle gevalle dieselfde sal wees indien met die toets soos hier voorgestel gewerk word nie. Die paar voorbeelde van gerapporteerde

<sup>17</sup>*S v Jackson* 1963 2 SA 626 (A).

<sup>18</sup>*R v Phiri* 1958 3 SA 161 (A) 166A-B.

<sup>19</sup>*Mathlau* se saak word in 1958 *THRHR* 146 deur HL Swanepoel gekritiseer, ’n kritiek wat onderskryf word deur SA Strauss in 1959 *THRHR* 26. Die howe se standpunt word egter goedgekeur deur AV Lansdown in 1958 *SALJ* 154 (ten opsigte van die *Detsera*-saak) en EM Burchell in 1958 *SALJ* 156 (ten opsigte van die *Mathlau*-saak).



sake pas bespreek is natuurlik maar 'n druppel in die emmer van die groot getal dergelike sake wat byna daaglik in Suid-Afrika se straf-howe dien. Die vraag na die bestaan van wederregtelikheidsbewussyn en dus opset is 'n feitlike vraag wat aan die hand van die omstandig-hede van elke saak bepaal moet word.

Ons howe erken juis dat hulle toets by die „gedeeltelik verskoonbare” sake van strafbare manslag onlogies is.<sup>20</sup> As die twee verskillende standpunte hier gestel in elk geval nie veel uiteindelige praktiese verskil gaan maak aan die meeste skuldigebevindings by hierdie sáke nie, waarom dan nog aan die onlogiese hou, terwyl die ander standpunt (wat inhou dat strafbare manslag beperk word tot die wederregtelike *nalatige* veroorsaking van iemand anders se dood) logies inpas by die grondbeginsels van ons strafreg?

CR SNYMAN

*Randse Afrikaanse Universiteit*

## ARTIKEL 257 VAN DIE STRAFPROSESWET - 'N DOOIE LETTER

Daar bestaan geen eerbaarheid onder skurke nie. Hierdie gesegde is veral toepaslik wanneer die een getuienis moet lewer teen die ander. Dit is so menslik dat waar persone gesamentlik 'n ongeoorloofde bedrywigheid verrig het en die gevolge van hul optrede later aan die kaak gestel word, iedereen straf wil vryspring deur met 'n verwronge verhaal die skuld op die ander te pak. En nou is dit so dat die deelgenoot vanweë sy deelneming goed vertrou is met die omstandighede waar- onder die wandaad gepleeg is. Hierdie kennis stel hom juis in staat om dikwels 'n meer oortuigende verhaal te fabriseer as wat 'n toevallige getuie sou kon doen. Hy is *ex hypothesi* 'n misdadiger en sal nie skroom om iemand wat in sy weg staan valslik te beskuldig nie.

Dit is derhalwe voor die hand liggend dat die getuienis wat so 'n persoon teen die beskuldigde lewer, met die uiterste agterdog bejeën moet word. Daar behoort gevolglik 'n waarborg te wees ter versekering daarvan dat die beskuldigde werklik die skuldige persoon is en dat hy werklik die handeling verrig het wat hom ten laste gelê word. Die getuienis van sy deelgenoot kan dus slegs aanvaar word onderworpe aan onafhanklike bewys van die pleging van die misdaad deur die beskuldigde, wat bestaan in ander bevoegde getuienis as die onbekrag- tigde getuienis van die deelgenoot.

<sup>20</sup>*R v Koning supra* te 231H; *R v Mathlau supra* te 355H en 360A.

Die gevaar verbonde aan die getuienis van 'n deelgenoot is in die Romeinse<sup>1</sup> en Romeins-Hollandse<sup>2</sup> reg as so groot beskou dat die *socius criminis* hoegenaamd geen getuienis kon lewer teen sy deelgenoot wat die beskuldigde in 'n strafszaak was nie. Matthaeus<sup>3</sup> voer as rede die volgende aan: *est enim suspicio, aut omnino elisurum crimen, aut derivaturum, esse in socium solum*. Geen uitsonderings is op hierdie reël toegelaat nie, selfs nie waar die *socius* se getuienis die enigste sou wees op grond waarvan die beskuldigde aan die kaak gestel kon word nie.<sup>4</sup>

In Engeland is die „accomplice” voor die einde van die 18e eeu reeds as 'n bevoegde getuie teen sy deelgenoot in 'n strafszaak aanvaar, maar teen dié tyd het die praktyk reeds inslag gevind dat 'n regter die jurie moes waarsku teen die gevaar verbonde aan skuldigbevinding op grond van die getuienis van 'n „accomplice,” tensy daar bekragtiging was wat die beskuldigde met die misdadpleging verbind het, wat die beskuldigde ma w inkrimineer.<sup>5</sup>

Die vroegste Suid-Afrikaanse wetgewing in hierdie verband is te vinde in ordonnansie 72 van 1830 (Kaap). In teenstelling met die posisie in die gemene reg, word die „accomplice” nou as 'n bevoegde getuie beskou (a 9). Aan die ander kant word ook van die Engelse reg afgewyk aangesien nie vereis word dat daar bekragtiging van die mededader se getuienis moet wees wat die beskuldigde inkrimineer nie. Ten opsigte van skuldigbevinding op grond van die „accomplice” se getuienis bevat a 12 die volgende bepaling:

„And be it further enacted and declared, that it shall and may be lawful and competent for any court or jury in any case which shall and may be lawfully tried by such Court or jury respectively, to convict any person who shall be so tried before any such court or jury, of any crime or offence charged in the indictment, information or complaint under trial on the single evidence of any such accomplice as aforesaid. Provided always, that such crime or offence shall by competent evidence other than the single and unconfirmed evidence of such accomplice be proved to the satisfaction of such court or jury respectively to have been actually committed.”

Nadat die Transvaal en die Oranje-Vrystaat onder Britse bewind gekom het ten gevolge van die Engelse oorlog, is in hierdie gebiede voorskrifte verorden wat feitlik ooreenstem met a 12 van die Kaapse ordonnansie.<sup>6</sup> In Natal is die Engelse reg in hierdie verband egter reeds so vroeg as 1859 van toepassing gemaak.<sup>7</sup>

<sup>1</sup>D 55 5 10 en C 4 20 10.

<sup>2</sup>Matthaeus *De Criminibus* 48 15 2 3, 4 en Voet *Commentarius ad Pandectas* 22 5 10.

<sup>3</sup>48 15 2 4.

<sup>4</sup>vgl *R v Jansen* 1937 CPD 294 297.

<sup>5</sup>Wigmore *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* 3e uitg (1940) par 2056; Phipson *Evidence* 11e uitg deur Buzzard, Amlot & Mitchell (1970) par 1571; Cross *Evidence* 3e uitg (1967) 169; *R v Baskerville* 1916 2 KB 658 667 en *Davies v DPP* 1954 AC 378.

<sup>6</sup>art 10 prokl 16 van 1902 (Tvl) en a 13 ord 11 van 1902 (OVS).

<sup>7</sup>art 1 wet 17 van 1859 (Natal). Vgl *R v Muka*, *R v Sitimela* 1913 AD 290 294.

Na Uniewording is die posisie in a 285 wet 31 van 1917 gereël, wat in wese dieselfde bepalinge as a 12 van die Kaapse ordonnansie bevat het. Tans word die aangeleentheid gereël deur a 257 wet 56 van 1955 wat die ou a 285 herverorden en soos volg lui<sup>8</sup>:

„'n Hof kan 'n beskuldigde weens enige misdryf wat hom in die aanklag ten laste gelê word, op die enkele getuienis van 'n mededader skuldig bevind, mits dit deur ander bevoegde getuienis as die enkele en onbekragtigde getuienis van die mededader tot voldoening van die hof bewys word dat die misdryf werklik gepleeg is.”

Nogtans is hierdie reëling as ondoeltreffend beskou omdat dit die beskuldigde nie genoegsaam beskerm nie, sodat daar in ons howe 'n praktyksreëling ofte wel „judge-made law”<sup>9</sup> naas a 257 ontstaan het. Hierdie praktyksreëling is gegiet in die vorm van 'n waarskuwing aan die regter (voor afskaffing van die jurie, ook aan dié liggaam), dat selfs al word voldoen aan die vereistes wat a 257 vir skuldigbevinding op grond van die getuienis van 'n mededader stel, sy getuienis nogtans met 'n buitengewone versigtigheid, as 't ware met agterdog, bejeën moet word. Die versigtighedsreël van die praktyk geld dus bo en behalwe die bepalinge van a 257. Daarom dan ook dat Hoffmann<sup>10</sup> verklaar: „The treatment of accomplice evidence in South African law is unusual in that it has, so to speak, to be put through two separate hoops.” Ten eerste is daar die voorskrifte van a 257, maar daarbenewens moet die versigtighedsreël ook nog toegepas word. Die doel van die versigtighedsreël is om te verseker dat selfs indien aan a 257 se voorskrifte voldoen is, daar 'n verdere waarborg is dat die beskuldigde die persoon is wat die misdaad gepleeg het.<sup>11</sup>

In a 257 is daar slegs sprake van die mededader. Daar kan egter ook ander persone wees wat saam met die beskuldigde aan dieselfde misdaadpleging deelgeneem het. So is daar die medepligtige, uitlokker of uitgelokte en selfs die begunstiger, wat streng gesproke nie as 'n deelnemer beskou kan word nie.<sup>12</sup> Hierdie persone mag net soveel rede hê om die skuld op die beskuldigde te pak. Die dader self word ook nie in a 257 vermeld nie. Hy kan bv getuienis lewer teen die medepligtige en dieselfde motief as bogemelde persone hê. Die dader word nie 'n mededader bloot omdat hy deur 'n medepligtige bygestaan word nie. Die uitdrukking „mededader” veronderstel vanselfsprekend dat daar minstens twee daders is. Na 'n lang en moeisame stryd in ons praktyk ter bepaling van wie presies mededaders is, het die Appèlhof uiteindelik, met respek, tereg beslis dat die uitdrukking „mededader”

<sup>8</sup>Na wysiging deur a 23 wet 34 van 1969, wat slegs verwysings na 'n jurie uit die artikel verwyder het.

<sup>9</sup>Sien *Q v Bitterbosch* (1885) 3 HCG 495 496.

<sup>10</sup>*South African Law of Evidence* 2e uitg (1970) 397.

<sup>11</sup>Sien *R v Mpompotshe* 1958 4 SA 471 (A) 476.

<sup>12</sup>*R v Mlooi* 1925 AD 131.

in a 257 ook 'n medepligtige insluit.<sup>13</sup> Maar dit is so ver as wat die uitleg van hierdie artikel kan gaan. Waar die bewoording van die artikel sodanig is dat dit aldus beperkend is, staan vas dat dit nie sy agterliggende *ratio*, soos hierbo uiteengesit, genoegsaam dien nie. Die versigtighedsreël van die praktyk, wat juis ontstaan het omdat aangevoel is dat a 257 gebrekkige beskerming aan die beskuldigde bied, gaan veel wyer en sluit blykbaar almal in wat 'n motief het om die beskuldigde te inkrimineer.<sup>14</sup>

Die voorbehoudsbepaling tot a 257 lui dat daar deur ander bevoegde getuienis as die enkele en onbekragtigde getuienis van die mededader bewys moet word dat die misdaad werklik gepleeg is. Hierdie voorbehoudsbepaling is in 1830 in die Kaap vir die eerste keer verorden. Daar is blykbaar gepoog om 'n meer definitiewe reëling in die plek van die Engelse praktykreëling te formuleer. Die voorbehoudsbepaling is sinneloos: „mededader” veronderstel, soos reeds aangedui, dat daar 'n ander dader is en daar kan slegs van 'n dader sprake wees as daar 'n misdaad gepleeg is. Volgens *S v Kellner*<sup>15</sup> sluit die woord „mededader” ook 'n medepligtige in. Die aksessoriteitsbeginsel wat op medepligtiges van toepassing is, veronderstel dat die pleeg van 'n misdaad eers bewys moet word alvorens iemand as medepligtige skuldig bevind kan word.<sup>16</sup> Daar kan ma w nie van 'n mededader of medepligtige<sup>17</sup> sprake wees alvorens die pleeg van 'n misdaad reeds bewys is nie.<sup>18</sup>

Afgesien daarvan dat die voorbehoudsbepaling slegs 'n vanselfsprekende vereiste vir mededaderskap of medepligtigheid bevestig, bied dit geen beskerming aan 'n beskuldigde om *aliunde*-bewys dat die misdaad gepleeg is te vereis waar sy mededader of medepligtige teen hom getuig nie. Soos O'Dowd<sup>19</sup> tereg opmerk het die wetgewer die klem in a 257 op die verkeerde plek geplaas, want die werklike gevaar is nie daarin geleë dat 'n persoon hom as mededader of medepligtige sal

<sup>13</sup>Vgl Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafbreg* ongepubliseerde LLD-proefskrif 1969 457 ev.

<sup>14</sup>Vgl *R v Brewis* 1945 AD 261 270 en *Yazini v The State* 1964 1 PH H9 (OK).

<sup>15</sup>1963 2 SA 435 (A).

<sup>16</sup>Vgl 1970 *THRHR* 244 ev.

<sup>17</sup>Die uitdrukking „mededader” en, by implikasie, „medepligtige,” dra mi in a 257 dieselfde betekenis as wat hulle in die materiële strafreg dra. Daar sou weliswaar miskien betoog kan word dat a 257 'n bewysregtelike aangeleentheid reël en dat die uitleg daarvan 'n suiwer formeelregtelike kwessie is wat nie noodwendig met die materiële reg verband hou nie. Hierdie betoog gaan egter glad nie op nie. Daar is geen aanduiding in die Strafproseswet self dat 'n besondere betekenis aan die woord „mededader” of „medepligtige” geheg moet word nie. 'n Mens kan ook aan geen rede dink waarom aan die wetgewer 'n bedoeling toegedig sou moes word dat hierdie woorde uitgelê moet word sonder inagneming van die materiële strafreg nie.

<sup>18</sup>Vgl. Hoffmann 398.

<sup>19</sup>*The Law of Evidence in South Africa* (1963) 138-139.



voordoën in 'n misdaad wat nooit gepleeg is nie, maar wel dat iemand wie se aandadigheid in 'n misdaad ontdek is, sal probeer om valslik 'n ander te inkrimineer.<sup>20</sup>

Weer eens is dit duidelik dat a 257 nie slaag in sy doel om die beskuldigde te beskerm nie. In die praktyk is hierdie artikel dan ook aangevul deur die voorskrifte van die versigtigheidsreël wat lui dat 'n hof hom moet vergewis van omstandighede wat die risiko verminder dat die verkeerde persoon skuldig bevind word, dat die beskuldigde ma w inderdaad die persoon is wat die misdaad gepleeg het.<sup>21</sup> Die gróot gevaar verbonde aan die getuienis van 'n deelgenoot in misdaad is juis, soos aangetoon, dat hy met 'n verwronge verhaal sal probeer om die skuld op die beskuldigde te pak.

Die voorskrifte van a 257 is dus ontoereikend as beskerming vir die beskuldigde en word bowendien deur die versigtigheidsreël lamgelê, sodat die artikel 'n dooie letter geword het. Daar bestaan dus, soos Hoffmann<sup>22</sup> ook betoog, sterk oorwegings vir sy herroeping. Die voorskrifte van die versigtigheidsreël is vandag duidelik en bevredigend genoeg, sodat dit onnodig is om dit in wetgewing te probeer formuleer. Hoewel dit 'n praktyksreëling is, het die versigtigheidsreël m i die krag van 'n regsreël: 'n hof het nie 'n diskresie nie maar is verplig om die reël toe te pas. Waar die hof nagelaat het om hierdie reël in ag te neem, kan die beslissing by appèl tersyde gestel word.<sup>23</sup>

MA RABIE

*Universiteit van Suid-Afrika*

## OPSKORTING VAN GEVANGENISSTRAF OPGELEË INGEVOLGE ARTIKEL 335A VAN DIE STRAFPROSESWET

In *S v Oosthuizen* 1970 3 SA 323 (N) beslis die hof dat gevangenisstraf wat ingevolge artikel 335A van die Strafproseswet 56 van 1955 opgelê is, in sy geheel opgeskort kan word.

Ter motivering van die hof se standpunt verklaar regterpresident James op bl 324F van die verslag die volgende:

<sup>20</sup>Ook lord MacDermott maak in *Tumabole Bereng v R* 1949 AC 253 265, 'n saak wat gehandel het oor 'n gelykluidende bepaling van die *Basutoland Criminal Procedure and Evidence Proclamation*, die volgende opmerking: „False evidence given by an accomplice is commonly regarded as more likely to take the form of incriminating the wrong person than of imagining the crime charged.”

<sup>21</sup>Vgl *R v Mpompotshe* 1958 4 SA 471 (A).

<sup>22</sup>399.

<sup>23</sup>*R v Owen* 1942 AD 389 en *R v Mbonambi* 1957 3 SA 232 (A). Vgl Schmidt in 1966 *THRHR* 267 269.

„In my judgment once the magistrate has exercised his powers under section 335A the punishment prescribed under either s 334*ter*, 334*quat* or 335 ceases to be prescribed in that particular case and in its place a sentence of imprisonment must be imposed. In respect of that imprisonment a maximum and not a minimum period is prescribed by s 335A. It follows from this that in my view the accused has not been convicted of an offence specified in the Fourth Schedule or an offence in respect of which the imposition of a prescribed punishment is compulsory and that consequently the magistrate had an untrammelled discretion to impose a wholly or partly suspended sentence by virtue of the provisions of s 352(1)(b).”

Die hof beslis gevolglik dat gevangenisstraf na luid van artikel 335A van die Strafproseswet nie ’n voorgeskrewe straf is soos bepaal in artikel 352(1) van dieselfde wet nie en dus in sy geheel opgeskort kan word ingevolge artikel 352(1)(b).

Daar word ter oorweging gegee dat hierdie beslissing aanvegbaar is omdat gevangenisstraf wat ingevolge artikel 335A opgelê word inderdaad ’n *voorgeskrewe straf* is en artikel 352(1) van die Strafproseswet die algehele opskorting daarvan verbied.

Die kernvraag is gevolglik: wat is ’n *voorgeskrewe straf* ingevolge artikel 352(1) van die Strafproseswet? Artikel 352(1) maak dit baie duidelik dat *voorgeskrewe strawwe* nie in die geheel opgeskort mag word nie. ’n Sodanige straf mag, ingevolge artikel 352(2), slegs gedeeltelik opgeskort word.

In *R v Keschner* 1961 3 SA 309 (A) 313A en in *S v Letswalo* 1961 4 SA 350 (T) word beslis dat die woorde „*voorgeskrewe straf*” in artikel 352 na ’n straf verwys wat deur die Strafproseswet self voorgeskryf is - kyk ook die woordoms krywing van „voorgeskryf” in artikel 1(xxi) van die wet en Ferreira *Strafprosesreg in die Landdroshof* 556. Die voorgeskrewe strawwe in die Strafproseswet is oa die volgende: Artikels 39, 334*ter*, 334*quat* en 335.

Ter oorweging word gegee dat die gevangenisstraf wat ’n hof ingevolge artikel 335A kan oplê, om die volgende redes ’n *voorgeskrewe straf* is:

1. Die *soort straf* tw gevangenisstraf, word voorgeskryf.
2. ’n Boete mag nie as alternatief tot die gevangenisstraf opgelê word nie - *S v Gumede* 1969 4 SA 562 (N) 563H.
3. Lyfstraf mag nie aan die gevangenisstraf gekoppel word nie - kyk *S v Gumede supra*.
4. Die gevangenisstraf mag nie sekere maksimum periodes oorskry nie; naamlik
  - (i) ten opsigte van artikel 334*ter*, nie meer as 2 jaar nie;
  - (ii) ten opsigte van artikel 334*quat*, nie meer as 5 jaar nie;
  - (iii) ten opsigte van artikel 335, nie meer as 9 jaar nie.

Die enigste verskil tussen hierdie straf en 'n voorgeskrewe straf ingevolge bv artikel 334ter is daarin geleë dat artikel 334ter ook nog 'n minimum tydperk vir die gevangenisstraf vasstel. Hierdie verskil verander mi nie die prentjie in so 'n mate dat gevangenisstrafingevolgeartikel 334ter net *om daardie rede* die straf 'n voorgeskrewe straf maak nie.

*Voorgeskrewe straf* volgens artikel 352(1) is, soos die naam aandui, 'n straf wat deur die Strafproseswet vir 'n oortreding voorgeskryf is. Die wetgewer het mi in artikel 335A so 'n straf voorgeskryf. Gevolglik verbied artikel 352(1) die algehele opskorting daarvan.

CF KLOPPER  
*Justisie-opleiding*

*The central problem is that throughout the development of company law in England and the U.S.A., the promoter has had no express recognition, nor has his relationship to the corporate body he forms. He is the illegitimate child of the law - actively known, and formally ignored. This situation leads to a complex, and for the promoter, risky situation; for example:*

- (a) *The law provides no way for him to be remunerated for his services; and*
- (b) *he cannot claim his expenses from the company which is not yet in existence.*

*He is thus forced to seek his profit in a hidden manner; simply because the only contract he can make pending the organisation of the company is a personal one. He must buy in his own right and then sell to the company. Commercially, this apparatus is unsound; no businessman can be expected to take the whole risk of a transaction without the legally protected power to make a profit from it. However, that is the present situation, and it has persisted over many years. The legacy is an Anglo-American legal literature brimming with the scandalous doings of promoters, their skullduggery and their "secret" profits.*

J. H. GROSS  
1970 *LQR* 494-5

# Vonnisse

## BROOKLYN HOUSE FURNISHERS (PTY) LTD v KNOETZE AND SONS 1970 3 SA 264 (A)

### *Verryking - Saakwaarneming - „Ten koste van”*

Hierdie saak is in 'n onlangse bydrae van professor W de Vos uitvoerig bespreek en gekritiseer as synde 'n „ongelukkige een” („Retensieregte weens Verryking” *THRHR* 33 (1970) 357 367). Om verskeie redes kan ek egter, met alle eerbied, nie akkoord gaan met al prof De Vos se gevolgtrekkings ten opsigte van die beslissing nie.

Die feite is kortliks dat X van A meubels op huurkoop gekoop het. In die huurkoop-ooreenkoms was 'n klousule wat X verbied het om die meubels te berg sonder A se toestemming. In stryd met hierdie klousule het X tog die meubels by B laat opberg. A eis toe die meubels van B op, maar B beroep hom op 'n retensiereg toe sy vervoer- en bewaringskoste. Om die meubels te bevry, betaal A die vereiste bedrag, maar eis dit nou terug op grond daarvan (a) dat A nie deur die vervoer en opberging verryk is nie, en (b) dat, indien die hof sou beslis dat daar wel verryking was, dit nie ten koste van B was nie.

Die appèlhof verwerp beide hierdie gronde. Teen die verwerping van die eerste grond het De Vos geen beswaar nie (aw 359): uit die feite moet afgelei word dat A wel ongeregverdig verryk is. Wat betref die tweede grond, kan De Vos (359 ev) nie saamstem nie, en wel omdat A nie ten koste van B verryk sou wees nie, maar wel ten koste van X.

Die kern van die hof se standpunt om die tweede grond te verwerp, lui soos volg (273 ev van die verslag):

„Dat verryking van die eienaar ten koste van die besitter wat die noodsaaklike of nuttige uitgawes aangegaan het, 'n vereiste vir die totstandkoming van so 'n retensiereg is, moet toegegee word. Dit is byna vanselfsprekend dat verryking van die eienaar deur die besteding van nuttige of noodsaaklike uitgawes aan die saak, ten koste is van die persoon wat die uitgawes aangegaan het, en na my oordeel is dit met betrekking alans tot die bestaan, al dan nie, van so 'n retensiereg, nie ter sake nie dat die uitgawes aangegaan is ingevolge 'n geldige kontrak met 'n derde teen vergoeding. . .

„Gewoonlik sou die besitter wat die saak verbeter of dit teen beskadiging bewaar het uit hoofde van 'n ooreenkoms wat hy met 'n derde aangegaan het, vir die skuld wat uit die kontrak ontstaan, op 'n retensiereg („debtor and



creditor lien") teenoor daardie derde persoon geregtig wees om besit van die saak te behou totdat hy volgens ooreenkoms betaal is. Het hy geen retensiereg teenoor die eienaar nie, en is hy verplig om die saak aan die eienaar af te gee sonder vergoeding vir sy noodsaaklike of nuttige uitgawes, verloor hy, tot sy nadeel (*detrimento*), sy retensiereg teenoor die derde persoon met wie hy gekontrakteeer het, terwyl die eienaar verryk is. So 'n reëling sou in stryd wees met die eerste beginsel waarop retensieregte gefundeer is, nl dat *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiozem*. Dit sou dus, met betrekking tot die vraag of 'n retensiereg teen die eienaar tot stand gekom het, nie verkeerd wees nie om te aanvaar dat, totdat die besitter deur òf die eienaar òf die derde persoon behoorlik vergoed word, die verryking van die eienaar in werklikheid ten koste van die besitter is wat die saak verbeter of bewaar het. In iedere geval, 'n besitter wat, ingevolge so 'n ooreenkoms met 'n derde, besit van die saak vir verbeterings of bewaring kry, kom nie op onregmatige wyse in besit daarvan nie, en bewaar of verbeter hy die saak ten voordele van die eienaar, voldoen hy aan al die vereistes vir die totstandkoming van 'n retensiereg teen die eienaar."

Methierdie uitspraak van appèlregter Botha moet ek my, met eerbied, volkome vereenselwig, soos blykbaar ook gedoen word deur regter Human in die jongste beslissing oor retensieregte, *Ploughball (Edms) Bpk v Rae* 1971 1 SA 887 (T), waar hy vertel (890 van die verslag):

„'n *Jus retentionis* is die reg wat die besitter van 'n saak van iemand anders, waaraan hy geld of arbeid bestee het, verkry om die saak in sy besit te hou totdat hy volgens ooreenkoms of, waar daar geen ooreenkoms was nie, vir sy werklike uitgawes of arbeid, maar hoogstens tot die mate van die eiendom se verrigting (*sic* vir verryking), behoorlik vergoed is."

De Vos opper die beswaar (359) dat die *Brooklyn House*-beslissing dan teenstrydig sou wees met die beslissing in *Goimvs v Jester Pools (Pty) Ltd* 1968 3 SA 563 (T), waarin 'n aksie onder soortgelyke omstandighede geweier is omdat die eienaar nie ten koste van die derde party verryk was nie. Soos ek reeds aangetoon het (sien my proefskrif *Die Saakwaarnemingsaksie as Verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse Reg* 167 ev), kan ek nie saamstem met die *Goimvs*-beslissing nie, en wel omdat ons hier te doen het met 'n geval van onegte saakwaarneming wat gieflikheidshalwe as „indirekte verryking" omskryf kan word, en waarvoor die uitgebreide saakwaarnemingsaksie, 'n verrykingsaksie, aangewend kan word. In sulke gevalle word die derde party, B, en nie die tussenpersoon, X, nie, as „onegte" saakwaarnemer beskou, en dan kan hy sonder meer met die „onegte" of uitgebreide saakwaarnemingsaksie van *D* 3555 (sien my proefskrif 22 ev) of *D* 3548 (proefskrif 29 ev) optree. In nòg die Romeinse reg, nòg die latere ontwikkeling (waarby ons insluit die Nederlandse skrywers van die 17e en 18e eeue) word daar enige „ten-koste-van"-vereiste gestel. Uit die feite alleen word 'n onegte saakwaarneming gekonstrueer - trouens, die enigste vereiste wat gestel word, is dat daar inderdaad 'n ongeregverdigde verryking moet plaasgevind het.

Hoewel dit in die *Brooklyn House*-saak gaan om die toestaan van retensieregte, meen ek dat die verarmde party B ook 'n verrykingsaksie

teen A sou hê in die onderhawige feitestel, en wel die uitgebreide saakwaarnemingsaksie wat ook in *Goems v Jester Pools* toegestaan behoort te gewees het.

Soos ek in my proefskrif aangetoon het (sien samevatting 170 ev), word in gevalle waarin daar nie aan die gewone vereistes vir saakwaarneming voldoen is nie, tog 'n aksie aan die *gestor* (hetsy *bona fide* of *mala fide*) toegestaan. Hierdie aksie word egter beperk tot die verhaal van die verryking alleen, en as sodanig is dit niks anders as 'n gewone verrykingsaksie nie, hoewel hierdie besondere vorm van verrykingsaksie (wat ons weens gebrek aan 'n beter naam die „uitgebreide saakwaarnemingsaksie” noem) nog nie veel erkenning deur ons howe geniet het nie (sien egter *Odendaal v Van Oudtsboorn* 1968 3 SA 433 (T)). In die Romeinse reg is die vernaamste verskyningsvorme van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie die verrykingsaksie wat aan die *mala fide negotiorum gestor* slegs in sy eie belang (*D* 3555) toegestaan word, en die aksie van die *bona fide gestor* wat 'n ander se sake behartig menende dis sy eie (*D* 3548). Die glossatore het die gebruik van hierdie aksies uitgebrei en toegestaan ook aan *mala fide* of *bona fide* besitters wat verbeterings op 'n ander se eiendom aangebring het. (Sien proefskrif 42 ev 45 ev. Veral die glossator Martinus, met sy *utilis actio negotiorum gestorum*, het baanbrekerswerk op hierdie gebied verrig.) Die kommentatore het ook sonder meer die uitgebreide saakwaarnemingsaksie aan *possessores bona* of *mala fide* toegestaan (proefskrif 57 ev). Interessant is dat Salycetus (proefskrif 60 ev) die aksie ook toestaan in gevalle van „indirekte verryking” soos in die *Brooklyn House*-beslissing voorkom, dit wil sê waar X in sy eie naam met 'n derde, B, 'n verbintenis aangaan waardeur die eienaar, A, bevoordeel is; indien dit vir B onmoontlik word om X aan te spreek, laat Salycetus hom toe om direk teen A met die *utilis actio negotiorum gestorum* op te tree. Onder die Franse skrywers (proefskrif 66 ev) word die uitgebreide saakwaarnemingsaksie aan besitters wat verbeterings aangebring het, toegestaan deur Boerius, Argentraeus, Cujacius, Molinaeus, Pothier en andere. Dieselfde remedies word deur Bachovius, Lauterbach, Schaumburg en Goeddaeus van die skool van die natuurreg en *usus modernus pandectarum* (proefskrif 77 ev) toegestaan. Net soos Salycetus onder die kommentatore, gee ook Leyser, Stryk en Cocceius 'n aksie aan die verarmde party teen die eienaar in gevalle van indirekte verryking: Cocceius noem dit 'n *actio negotiorum gestorum utilis*, terwyl Stryk en Leyser praat van 'n *actio de in rem verso (utilis)* (proefskrif 80 ev). Die pandektiste soos Witte, Glück, Windscheid en von Jhering sit hierdie ontwikkeling voort, met Puchta, Chambon en Lenel, wat ook by indirekte verryking 'n uitgebreide saakwaarnemingsaksie of analoë aksie beskikbaar stel (proefskrif 85 ev). Kenmerkend by die Nederlandse skrywers van die 17e en 18e eeu is dat hulle byna sonder uitsondering die geval van die *mala fide negotiorum gestio* behandel in verband met die besitsremedies. De Groot (*Inleiding* 3115) gee aan

sowel die *bona fide* as die *mala fide* besitter 'n aksie, Van der Keessel aan die *bona fide* besitter. Volgens Huber, Wissenbach, Kinschot en andere, is hierdie aksie die *actio negotiorum gestorum utilis* - ons uitgebreide saakwaarnemingsaksie (sien proefskrif 91 e v). In gevalle van indirekte verryking gee Westenberg en Schraessert 'n *utilis actio de in rem verso*, Huber en Van Bijkershoek 'n aksie *ex aequitate* - hulle benaming vir die saakwaarnemingsaksie wat die funksie het van 'n verrykingsaksie.

Dit is duidelik dat in al hierdie gevalle waar 'n aksie aan 'n besitter vir verbeterings gegee is, of teen iemand wat indirek verryk is, ons gemene reg geen uitdruklike „ten-koste-van“-vereiste stel nie. Dat dit in gevalle van onegte saakwaarneming hoegenaamd nie 'n rol gespeel het nie, behoef geen verdere betoog nie. Dit op sigself laat my onwillekeurig 'n groot vraagteken plaas agter die betoog dat dit wel 'n vereiste is by ander verrykingsaksies. Ek sou veel eerder wou sien dat die „ten-koste-van“-oorweging slegs bygebring moet word om te bepaal of daar volgens die feite inderdaad 'n ongeregverdigde verryking plaasgevind het, en nie as 'n afsonderlike, noodsaaklike vereiste vir die bestaan van 'n verrykingsaksie nie. By die uitgebreide saakwaarnemingsaksie is dit beslis in elk geval oorbodig.

Die enigste beswaar wat myns insiens teen die beslissing in die *Brooklyn House*-saak opgewerp kan word, is dat die indruk geskep word dat *alle* saakwaarnemingsaksies verrykingsaksies is. So verklaar die hof (272 van die verslag):

„Waar, byvoorbeeld, die eenaar van 'n saak dit in die sorg van 'n opsigter laat wat teenoor die eenaar teen vergoeding kontraktueel verbind is om dit te bewaar, en in gebreke bly om sy verpligtings behoorlik na te kom, met die gevolg dat die saak aan beskadiging blootgestel word, kan die eenaar klaarblyklik nie teenoor die *negotiorum gestor*, wat die saak in bewaring neem en uitgawes aangaan vir die behoud en beskerming daarvan, aanvoer dat hy nie deur die bewaarneming van die saak deur die *gestor* verryk is nie aangesien hy die opsigter, wat kontraktueel verplig was om die saak teen beskadiging te bewaar, reeds ten volle vir sy bewaarneming vergoed het.” (Sien ook 147 e v van my proefskrif en n 4 aldaar.)

Ten slotte moet ek die hoop uitspreek dat ons howe sal voortbou op die beslissings in *Odendaal v Van Oudtshoorn* en *Brooklyn House*, ten einde uiteindelik volle erkenning te verleen aan die uitgebreide saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie.

DH VAN ZYL  
Randse Afrikaanse Universiteit

[I]t must be borne in mind that this Court is a human institution, which does not purport to administer perfect justice, but only justice to the best of its ability . . .

Regterpresident Greenberg in *R v Frankel* 1940 TPD 159 161.

**S v COOMER 1971 1 SA 543 (K)***Bedrog - Wanvoorstelling - Opset om te mislei*

Die feite van hierdie saak was die volgende:

1. Mev Stanford was die geregistreerde eienares van 'n huis in Die Strand.
2. Op 1 8 1968 teken sy 'n geskrewe koopkontrak waarvolgens sy haar huis vir 'n bedrag van R6 200 aan die beskuldigde verkoop. Om redes wat nie uit die verslag blyk nie, teken die beskuldigde die voormelde koopkontrak eers 8 maande later, nl op 8 4 1969. Hy ontvang egter nooit transport nie.
3. Op 25 5 1969 reël mev Stanford 'n onderhoud met suster Van Midden, 'n voornemende huurder en/of koper, by haar huis. Die beskuldigde is ook teenwoordig.
4. In die teenwoordigheid van mev Stanford doen die beskuldigde hom aan suster Van Midden as eienaar van die huis voor en sluit hy met suster Van Midden 'n huurkontrak tov die huis van mev Stanford en verleen hy ook aan die huurder 'n opsie om die huis te koop.
5. Nadat suster Van Midden die huis vir 'n geruime tyd bewoon en haar huurverpligtings gereëld nagekom het, stel mev Stanford haar in kennis dat sy inderdaad eienares van die huis is en gee sy haar opdrag om die huis te ontruim. Suster Van Midden ontruim die huis en word daardeur benadeel. (Hoekom die huurder nie geweier het om die huis te ontruim en op *estoppel* gesteun het nie, blyk nie uit die verslag nie.)

Op grond van hierdie feite word die beskuldigde in die Kaapse Streekhof weens bedrog veroordeel. Sy appèl na die Kaapse Hooggereshof word deur regter Banks gehandhaaf omdat „the State failed to prove an intent to defraud on the part of the appellant” (536A). Onder „intent to defraud” bedoel die regter skynbaar twee dinge, nl „that the State has not established that when appellant told Sister Van Midden that he was the owner he intended to make a misrepresentation or intended to deceive” (547H).

Daar word, met respek, ter oorweging gegee dat alhoewel die hoërhof se uitspraak korrek is, die hof tog plek-plek in die toepaslike regsterminologie onklaar getrap en sommige beginsels met mekaar verwar het.

In *South African Criminal Law and Procedure (formerly Gardiner and Lansdown)* vol II 714 omskrywe Hunt die misdadig bedrog soos volg:

„Fraud consists in unlawfully making with intent to defraud, a misrepresentation which causes actual prejudice or which is potentially prejudicial to another.”



Hieruit volg dat die misdaad bedrog uit die volgende elemente bestaan:

1. Die handeling, dws die wanvoorstelling.
2. Wederregtelikheid tov die wanvoorstelling.
3. Skuld (*mens rea*).
4. Benadeling: werklik of potensieel.

Ontleed 'n mens die feite in die gewysde onder bespreking aan die hand van die regsposisie dan blyk die volgende:

- (a) Die beskuldigde het aan suster Van Midden die wanvoorstelling gemaak dat hy, en nie mev Stanford nie, eienaar van die perseel was wat later aan haar verhuur is. Die hof kom op 545B ook pertinent tot hierdie slotsom. (Dit is nie duidelik waarom die hof (tap) in die onderhawige geval 'n onderskeid tussen „registered owner” enersyds en „owner” andersyds trek nie. 'n Mens is regtens tog slegs *eienaar* van onroerende goed na transport daarvan. En die beskuldigde het nie transport ontvang nie!)
- (b) Die beskuldigde se wanvoorstelling was wederregtelik. Die verdediging het geen regverdigingsgronde na vore gebring wat die wederregtelikheid van die handeling uitsluit nie.
- (c) Suster Van Midden, die klaagster in die saak, is ongetwyfeld in die onderhawige omstandighede benadeel. Die feit dat sy die huurperseel moes ontruim en vir haar oues van dae (vergelyk 544B) 'n ander heenkome moes soek en boonop die kans ontnem is om die huis kragtens die opsieooreenkoms te koop, moet haar sonder enige twyfel benadeel het.
- (d) Die enigste vraag wat nog beantwoord moet word is of die beskuldigde die opset gehad het om bedrog te pleeg. Die hof beslis: nee (546A). In die proses gebruik die hof egter skynbaar die terme „intention to deceive” en „intention to defraud” as ekwivalente - vergelyk 545H en 546A met 547H. Hierdie terme is nie sinonieme nie en die hof het hulle verwar.

Daar word ter oorweging gegee dat die bedoeling om te mislei („intention to deceive”) op die wanvoorstelling slaan en dat die bedoeling om te bedrieg („intention to defraud”) op die bedoeling om te benadeel betrekking het.

Die persoon wat 'n ander deur 'n wanvoorstelling mislei sonder die bedoeling dat die misleide tot sy nadeel of potensieële nadeel daarop moet handel, is wel 'n misleier, maar beslis nog nie 'n bedrieër nie. Regter Buckley stel dit soos volg in *In re London and Globe Finance Corporation Ltd* 1903 1 Ch 729 732-3 (soos aangehaal in 1954 *SALJ* 175):

„To deceive is, I apprehend, to induce a man to believe that a thing is true which is false, and which the person practising the deceit knows or believes

to be false. To defraud is to deprive by deceit: it is by deceit to induce a man to act to his injury. More tersely it may be put, that to deceive is by falsehood to induce a state of mind; to defraud is by deceit to induce a course of action."

Prof EM Burchell laat hom in 1954 *SALJ* 175 hieroor soos volg uit:

„There seems then to be a distinction between an intention to defraud and an intention to deceive, the former being an intention to cause another economic loss by deceit, the latter being merely an intention to induce another to believe something to be other than what it is in fact, without intending to cause him economic loss."

Om gevolglik te bepaal of 'n wederregtelike wanvoorstelling wat inderdaad die bedroëne benadeel het, bedrog uitmaak, moet twee vrae gestel word:

1. het die bedrieër opsetlik die waarheid verdraai, maw het hy 'n „intention to deceive" gehad?; en
2. het die bedrieër die opset gehad dat die misleide as gevolg van die wanvoorstelling tot sy nadeel moes handel, maw het hy 'n „intention to defraud" gehad?

Die *Strafproseswet* 1955 maak dit deur die bepalings van artikel 280*bis* vir die staat makliker om vereiste nommer een hierbo te bewys. Hierdie artikel lui soos volg:

„Wanneer by die verhoor van iemand op 'n aanklag weens 'n misdryf waarvan 'n valse voorstelling 'n bestanddeel is, dit bewys word dat die valse voorstelling deur so iemand gemaak is, word dit geag, tensy die teendeel bewys word, dat hy die voorstelling gemaak het met die wete dat dit vals is."

Op bl 545G beslis die hof in die onderhawige saak dat die beskuldigde, tov die wanvoorstelling wat hy aan suster Van Midden gemaak het, hom nie van die bewyslas wat artikel 280*bis* op hom plaas, gekwyt het nie. Die hof sê pertinent: „. . . it must therefore be deemed that he made the representation to Sister Van Midden that he was the owner *knowing it to be false*. . . ." (my kursivering).

Hieruit blyk ondubbelsinnig dat die hof tot die konklusie kom dat die beskuldigde die wanvoorstelling *bewustelik* gemaak het. Beteken dit nou dat 'n persoon wat bewustelik 'n wanvoorstelling aan 'n ander maak noodwendig die bedoeling om te mislei het? Die hof se antwoord is skynbaar ontkennend, want op 545H verklaar die regter: „. . . he never intended to make a misrepresentation to Sister Van Midden."

Nou is dit moeilik om 'n mens gevalle voor te stel waarin 'n beskuldigde bewustelik die waarheid verdraai met die bedoeling dat die misleide op die wanvoorstelling moet handel en 'n mens desnietemin kan konkludeer (soos die hof doen) dat die beskuldigde nie die bedoeling gehad het om 'n wanvoorstelling te maak nie. Ter oorweging word gegee dat 'n beskuldigde wat bewustelik 'n wanvoorstelling maak altyd opsetlik die waarheid verdraai en dat so 'n beskuldigde gevolglik die opset het om te mislei.

Dit beteken egter nog nie dat die beskuldigde die wanvoorstelling gemaak het met die opset om te bedrieg nie. Dit wil voorkom of die beskuldigde in die onderhawige geval *bona fide* in die waan verkeer het dat hy eienaar van die huurperseel was en gevolglik nie die moontlikheid voorsien het dat suster Van Midden enigsins as gevolg van die sluiting van die huurkontrak benadeel kon word nie. Sy feitedwaling sluit gevolglik opset om te benadeel uit. Hunt (aw 727) stel dit so: „Where as a result of a mistake of fact X supposes that he is entitled to make the misrepresentation, he lacks *mens rea*.”

Daar kan natuurlik ook geargumenteer word dat die beskuldigde nie ten opsigte van die feite gedwaal het nie, maar dat sy dwaling 'n regsdwaling was en dat die *adagium ignorantia iuris neminem excusat* hier aanwending vind. Ter oorweging word egter gegee dat die beskuldigde nie wederregtelikheidsbewussyn gehad het nie, dit wil sê dat hy nie daarvan bewus was dat wat hy gedoen het regtens ongeoorloof was nie.

Daar kan verder gevra word of die beskuldigde so onkundig omtrent die regsposisie was as uit die hofverslag blyk. Alhoewel hy reeds 83 jaar oud was, was hy desnietemin 'n „business man” (545C) en dit is gevolglik hoogs twyfelagtig dat hy in die waan kon verkeer het dat 'n persoon eienaar van onroerende goed word voor transport daarvan. Vir die doeleindes van hierdie bespreking word egter aanvaar dat die hoërhof se bevinding hieromtrent korrek is.

Ten slotte kan dus gekonstateer word dat die beskuldigde wel die opset om te mislei gehad het, maar desnietemin nie aan bedrog skuldig was nie, omdat hy nie die opset gehad het om suster Van Midden te benadeel nie - met ander woorde, sy dwaling sluit opset om te bedrieg uit.

CF KLOPPER  
*Justisie-opleiding*

## S v HAARMEYER 1970 4 SA 110 (0)

### *Kousaliteit - Versari in re illicita*

In hierdie uitspraak word verklaar (116B-C):

„Mnr Yutar [die Prokureur-generaal] het voorts die stelling in sy hoofbetoog gemaak dat 'n persoon wat deur 'n nalatige handeling, 'n bydrae' gelewer het tot die dood van die oorledene, regtens skuldig aan die misdaad van strafbare manslag is, al is daar geen oorsaaklike verband tussen sy nalatigheid en die dood van die oorledene nie. . . .”

Die Prokureur-generaal het blykbaar bedoel dat, omdat daar bewys was dat die beskuldigde aan die nalatige bestuur van 'n motorvoertuig skuldig was en noodlottige gevolge daaruit voortgevloei het, die be-

skuldigde noodwendig aan strafbare manslag skuldig moet wees. Regter Erasmus stem nie met hierdie stelling saam nie en wys tereg op die verskil tussen nalatige bestuur *simpliciter* en strafbare manslag (116G).

Alhoewel die juistheid van hierdie beslissing geensins in twyfel getrek word nie, is die gesag wat daarvoor aangehaal word, merkwaardig. Die hof bevind dat

„dit korrek is om vas te stel: of die nalatigheid van die respondent die ‚*proximate cause*‘ van die dood van die kinders was volgens Macintosh and Scoble *Negligence in Delict* 4e uitg 391 tot 392, of die ‚*proximate and efficient cause*‘ volgens Gardiner and Lansdown *South African Criminal Law and Procedure* 6e uitg vol I 122 tot 124; of die nalatigheid ‚*causatively*‘ met hulle dood geassosieer kan word volgens dieselfde skrywers in dieselfde bron, vol II 1563; of die respondent ‚*skuld het*‘ aan die kinders se dood volgens De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafbreg* 144; of daar ’n ‚oorsaaklike verband‘ tussen die respondent se nalatigheid en die kinders se dood bestaan het volgens Isaacs and Levison *Law of Collisions in South Africa* 273 en die dood ‚veroorzaak is‘ deur die gesamentlike en gelyktydige nalatigheid van die respondent en die kinders volgens Cooper and Bamford *South African Motor Law* 322” (116C-F).

Daar word egter geen verwysing hoegenaamd na die gekletter van die beendere van *versari*, wat so duidelik in die aangehaalde stelling van die Prokureur-generaal gehoor word, gemaak nie. Met eerbied moet opgemerk word dat dié versuim grotendeels te wyte is aan die feit dat die hof nie duidelik tussen die begrippe *skuld* en *kousaliteit*, soos hulle in die strafbreg gebesig word, onderskei het nie.

Kousaliteit het betrekking op die verwantskap tussen die beskuldigde se *handeling* of *gedraging* en die *gevolg*. Alhoewel daar nie onder juriste eensgesindheid heers oor die maatstaf wat aangewend behoort te word om dié verwantskap te bepaal nie,<sup>1</sup> ondervind die howe normaalweg nie veel moeite om vas te stel of ’n bepaalde handeling *die*, of ’n, oorsaak van ’n sekere gevolg was nie. Aldus het daar in die onderhawige geval blykbaar geen twyfel daaroor bestaan dat die beskuldigde se handeling, nl sy bestuur van die voertuig, ’n oorsaak van die dood van die kinders was nie. Word daar dan nog aan die onregmatigheidsvereiste voldoen, soos bepaald ook hier die geval was, moet verder vasgestel word of daar *skuld* aan die kant van die beskuldigde was. Waar die skuldvorm nalatigheid is, moet die beskuldigde se gesindheid *met betrekking tot die gevolg* eerstens aan die hand van die voorsienbaarheidstoets, soos helder in *S v Bernardus* 1965 3 SA 278 (A) uiteengesit, getoets word en vervolgens, soos duidelik in *S v Motau* 1968 4 SA 670 (A) gestel, moet bepaal word of die beskuldigde in die omstandig-

<sup>1</sup>Sien oa: NJ van der Merwe en PJJ Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 1e druk 111–126, De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafbreg* 2e druk 57–62, Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd II 325–343 en 386–388; en ADJ van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige daad* (proefskrif 1970).



hede anders moes gehandel het om die gewraakte gevolg te vermy. Sy werklike gedrag word dus aan die norm gemeet.

Dié stelselmatige benadering van die probleem verskaf ook sonder moeite die antwoord op regter Erasmus se hipotetiese vraag (117B-C), nl of iemand aan strafbare manslag skuldig bevind moet word as hy teen vyf-en-veertig myl per uur kruis en dwars in 'n straat ry en so-doende iemand dood wat van 'n steierplank bokant die straat plotseling voor sy motor val. Alhoewel daar ontwyfelbaar 'n kousale verband tussen die beskuldigde se handeling en die dood sou wees, sou die beskuldigde, weens die afwesigheid van skuld,<sup>2</sup> nie aan strafbare manslag skuldig wees nie. Hy sou waarskynlik wel aan nalatige bestuur skuldig wees. Dit is na my eerbiedige mening onjuis om van „'n kousale of oorsaaklike verband tussen die beskuldigde se nalatigheid en die oorledene se dood” (116H) te praat. Die kousaliteitsleer dui oorsaak en gevolg aan. Die blote opset of gesindheid van die beskuldigde kan nooit oorsaak van 'n sekere gevolg wees nie; slegs die handeling of versuim waarmee die skuld gepaard gaan, kan juridies veroorsaak.

Die versuim om laasgenoemde feit in gedagte te hou lei tot die volgende wanbegrip. Die hof verklaar (117F-G):

„As dit egter duidelik is dat alleenlik die bydraende nalatigheid van 'n oorledene ook die oorsaaklike nalatigheid van sy dood is, volg dit dat die beskuldigde geen oorsaaklike nalatigheid met betrekking tot die dood gehad het nie, maar dat sy nalatigheid *in abstracto* was, dws met betrekking tot die oorledene se dood nie *causa causans* nie, maar *causa sine qua non*.”

Dit is duidelik dat as daar *gedrag*, dws 'n handeling of versuim, aan die kant van die oorledene<sup>3</sup> was wat 'n *actus novus interveniens* daarstel, dit die kousale reeks tussen die handeling van die beskuldigde en die gewraakte gevolg sal onderbreek; maar dit is die gedrag of gebeurtenis wat die *actus novus* uitmaak, en vir die doeleindes van die strafreg is dit volkome irrelevant of daardie gedrag of gebeurtenis met skuld, bv nalatigheid, gepaard gegaan het al dan nie. Want net soos skuld aan die kant van die beskuldigde geen gevolg kan veroorsaak nie, dog slegs 'n gedraging, so ook is slegs 'n gedraging van die *oorledene* en nie sy skuld nie relevant by beoordeling van die vraag of die kousale verband verbreek is. Daar kan „bydraende” *gedrag* aan die kant van die oorledene wees in dié sin dat die een of ander handeling van hom mede- of middellike oorsaak van sy eie dood is, maar van „bydraende nalatigheid” kan daar, in die strafreg, nie sprake wees nie, want die nalatigheid van die slagoffer is nie ter sake nie.

AJ MIDDLETON  
*Universiteit van Suid-Afrika*

<sup>2</sup>In die afwesigheid van omstandighede wat hierdie gebeurtenis waarskynlik sou maak, voel ek dat met veiligheid gekonstateer kan word dat die „redelike man” nie sou voorsien het dat iemand uit die lug uit voor sy motor sou val nie.

<sup>3</sup>Of enige ander persoon, of enige ander gebeurtenis.

# Boeke

## SCHETS DER UITWENDIGE GESCHIEDENIS VAN HET ROMEINS RECHT

deur BHD HERMESDORF

*6e druk 1970; Dekker en Van de Vegt, Nijmegen; 344 bl.*

Die eerste druk van hierdie werk het in 1936 verskyn, en ten opsigte daarvan het wyle professor JC van Oven in sy resensie (1 (1937) *THRHR* 139) gesê: „Dit boek van mijn Nijmeegsch-Leuvenschen collega verdient de aandacht niet alleen van den Nederlandschen en Vlaamschen, doch vooral niet minder van den Zuid-Afrikaanschen jurist . . .”

Hierdie gedagte kan myns insiens vandag nog met ewe veel oortuiging verkondig word. Dat die boek reeds baie sukses beleef het, spreek uit die feit dat dit reeds in sy sesde druk verskyn. Dit kan met vrymoedigheid naas werke soos dié van Kaser (*Römische Rechtsgeschichte* 2. Aufl. Göttingen 1967) en Kunkel (*Römische Rechtsgeschichte, Eine Einführung* 5. Aufl. Köln-Graz 1967) as handleiding vir studente aanbeveel word. Net soos genoemde werke, val die klem in Hermesdorf se boek op die geskiedenis en ontwikkeling van die Romeinse reg vanaf die vroegste tye tot en met die wetgewing van Justinianus. Van groot waarde is egter die laaste hoofstuk, „Enkele grepen uit de verdere lotgevallen van het Romeins recht,” waarin die na-Justiniaanse ontwikkeling in Europa tot ongeveer die tydperk van die kodifikasies bespreek word, 'n bespreking wat in 'n paar bladsye deur Kaser en Kunkel afgehandel word. Veral vir die Suid-Afrikaanse juris is hierdie oorgangstydperk van die ontwikkeling van die Romeinse reg tot vandag toe van besonder groot belang. Natuurlik aspireer Hermesdorf in hierdie hoofstuk hoegenaamd nie na 'n volledige beeld van die latere ontwikkeling nie. Dáárvoor moet die student hom wend na die werke van skrywers soos Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 2. Aufl. Göttingen 1967), Koschaker (*Europa und das römische Recht* 4. Aufl. München und Berlin 1966), Calasso (*Medio Evo del Diritto I, Le Fonti*, Milano 1954) en natuurlik die klassieke Von Savigny (*Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, herdruk van 2e druk (Wiesbaden-Biebrich 1834, Bad Homburg 1961).

Hoewel die titel van die werk 'n „uitwendige geskiedenis” be-  
loof, gee die skrywer tussen die reëls interessante inligting oor die  
faktore wat tot die ontwikkeling van die reg bygedra het, byvoorbeeld  
die sosiologiese, ekonomiese, godsdienstige en staatkundige invloede  
(sien sy motivering op bl 32 ev). Hierdeur word die waarde van die  
werk ongetwyfeld verhoog.

Die werk word in vyf hoofstukke verdeel. Die eerste bevat 'n  
baie nuttige algemene inleiding, terwyl die tweede die ontwikkeling  
van die Romeinse reg in die koningstydperk en ongeveer die eerste  
helfte van die republikeinse tydperk behandel (die sg „tydperk van het  
nationale recht”). Die derde hoofstuk beskryf die ontwikkeling in die  
„klassieke” tydperk - in die ruimste sin, nl vanaf 300 vC tot 350 nC.  
Hierdie besonder ruim skatting van die strekking van die klassieke  
tyd het reeds van resensente van vroeëre uitgawes kritiek ontlok (sien  
Van Oven 1 (1936) *THRHR* 139; De Villiers 24 (1961) *THRHR* 297;  
Van Warmelo 30 (1967) *THRHR*, 80), myns insiens tereg. Die alge-  
mene opvatting oor die „klassieke” reg is dat dit strek vanaf ongeveer  
die begin van ons jaartelling tot ongeveer 200 of 250 nC (sien Kaser a w  
170 ev; Kunkel a w 103 ev), toe juriste soos Paulus, Ulpianus en  
Papinianus die studie van die reg tot 'n hoogtepunt gevoer het. Wat  
Hermesdorf dan in hoofstuk 4 as „byzantijnse recht” beskryf (300-565  
nC) sou dan miskien as „na-klassieke” reg beskou kan word. Die skry-  
wer se motivering van hierdie indeling (38 ev) is nie volkome oortui-  
gend nie.

Die algemene inleiding is besonder interessant en lesenswaardig,  
hoewel die filosofiese beskouing oor die wese van die reg miskien  
ietwat oorbodig is (10 ev), veral byvoorbeeld wanneer dit gaan om 'n  
etimologiese verklaring van *ius* (13) en 'n aantal ander fyn onderskei-  
dings wat eerder sou pas in 'n inleiding tot 'n leerboek oor die materiële  
reg.

By sy behandeling van die „Nationale Recht” (40 ev), is die by-  
komende bespreking van ekonomiese, maatskaplike, wysgerige en  
godsdienstige faktore in die ontwikkeling van die reg buitengewoon  
insiggewend. Miskien sou hy minder kon gesê het oor die Griekse en  
Etruskiese invloed, veral omdat soveel van ons afleidings hieroor  
suiwer hipoteties is, en ongeveer so gesaghebbend soos die vele gis-  
sings oor etimologie. Besonder nuttig is weer die verwysing na die  
bronnewaarde van sekere nie-regskrywers, soos Livius, Plinius,  
Plautus en Terentius (134 ev; sien ook 217 ev).

Die student van Romeinse reg behoort myns insiens 'n deeglike  
kennis te hê van die Romeinse geskiedenis as sodanig, minstens ten  
opsigte van die staatkundige en literêre aspekte daarvan. Wat dit be-  
tref, slaag die skrywer nogal daarin om die verband tussen die regs-  
geskiedenis en die breëre geskiedenis aan te dui. Oor die waardevolle

bydrae wat Cicero gelewer het by die bestendinging van die klassieke Romeinse reg, sou daar miskien nog heelwat meer gesê kon word.

In 'n werk van hierdie aard moet daar noodwendig 'n mate van herhaling wees, soos in hoofstuk 3, waar al die regsbronne herhaal word, of daar nou enige noemenswaardige ontwikkeling was of nie. Dit is 'n vraag of die inventaris van *leges* en *plebiscita* (132 ev; 199 ev) en van *senatus consulta* (205 ev) nodig is. Dit maak die werk enigszins uitvoeriger as wat 'n handboek vir studente hoef te wees.

'n Besondere nuttige bespreking is dié van die „Vulgarrecht” (219 ev), 'n gebied wat in die afgelope dekade of so geweldige belangstelling gaande gemaak het. Die voornemende student van vroeg-middeleeuse regsontwikkeling vind hier 'n goeie weergawe van die beskikbare literatuur oor die onderwerp.

Die tydperk van die Bisantynse reg wat die skrywer in hoofstuk 4 behandel, val ongeveer saam met die tydperk van die *dominatus* of absolute monargie (vanaf 284 nC). Soos hierbo reeds opgemerk, sou ons na hierdie ontwikkeling meer treffend as dié van die na-klassieke reg kon verwys, in teenstelling met die „klassieke” reg wat in hoofstuk 3 behandel word. Te verwelkom is die skrywer se sistematiek in hoofstuk 4, waar hy die *Codices Gregorianus* en *Hermogenianus* (263 ev) behandel as werke van individuele juriste, en die *Codex Theodosianus*, *Edictum Theodorici* en *Leges Romanae Barbarorum* (270 ev) as amptelike verwerkinge en versamelinge van die reg vóór Justinianus.

Wat betref die laaste hoofstuk kan, in aansluiting by wat reeds in die inleidende paragrawe hierbo gesê is, gewys word op die besonder nuttige oorsig oor die werk van die Nederlandse skole (314 ev). Bespreking hiervan ontbreek in die bekender werke van Koschaker (*Europa und das römische Recht*) en Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*) behalwe vir sover Nederlandse juriste 'n rol gespeel het by die ontwikkeling van die *usus modernus pandectarum* en die natuureg (sien bv Wieacker a w 222 en 287 ev). Net so nuttig is die kort bespreking van die skrywers oor die kanonieke reg (299 ev). Die belangrikheid van hierdie deel van die *utrumque ius* behoort deur die navorser oor die vroeg-middeleeuse reg nooit uit die oog verloor te word nie (vgl Koschaker *Europa* 76 ev). Terselfdertyd is dit goed om die kanoniek-regtelike ontwikkeling afsonderlik te bestudeer en nie as 'n integrerende deel van die wêreldlike reg ten tye van die glossatore en *ultramontani* nie, al val die vernaamste ontwikkeling op hierdie twee gebiede kronologies saam. Die verteenwoordigende bibliografie oor die middeleeuse skole (294 ev; sien ook bylae 2 330 ev) sowel as die kort aantekening oor die totstandkoming van die vroegste universiteite in Europa (302 ev) is te verwelkom.

Enkele punte van meer formele kritiek dring na vore wanneer bylae 1, die lys van geraadpleegde werke en afkortinge (324 ev) nader



beskou word. Hoewel die skrywer in sy voorwoord beklemtoon dat ons hier met 'n studente-handboek te doen het, sou 'n meer volledige en konsekwente bronnelys te verwelkom gewees het. Van die student wat 'n navorsingsprojek aanpak, word dit immers verwag! Verwysings na bronne en literatuur is nie konsekwent nie: soms word die skrywer se voorletters genoem, soms nie, terwyl die plek en jaar van publikasie skynbaar na willekeur ingevoeg of weggelaat word. Steurend is ook die willekeurige afkortings in die teks, bv „romeins recht” tot „rom. recht” (5), „schrijver” tot „schr.” (6), „comitia centuriata” tot „com. centur.” (76). Verder word kursivering nie konsekwent gebruik nie, bv (78) *com. trib* (sic) maar *comitia tributa* en *concilium plebis*, terwyl op bl 79 *concilium plebis* teenoor *comitia centuriata* staan. 'n Vinnige steekproef bring ook 'n aantal setfoute na vore (sien bl 5 n 5; bl 10 n 3; bl 38, 46, 327 en 331).

Miskien moet ook genoem word dat dit jammer is dat die sesde uitgawe 'n onveranderde weergawe is van die vyfde, sonder inagneming van 'n groot hoeveelheid literatuur wat sedert 1965 die lig gesien het. Nogtans doen hierdie kritiek hoegenaamd geen afbreuk aan die algemene bruikbaarheid van die werk nie.

DH VAN ZYL

*Randse Afrikaanse Universiteit*

## INDEX

### Quaderni camerti di studi romanistici International Survey of Roman Law

Sotto gli auspici della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento in Diritto civile della Università di Camerino

*Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli; vol I 1970: p xi & 400. Price L 10 000.*

This is the first number of a new periodical edited by the eminent romanist prof L Labruna of the University of Camerino, Italy.

The object of *INDEX* is, as we may gather from prof Labruna's introduction, not so much to add another journal of Roman law to the already existing periodicals on this subject, but to afford an opportunity to promote contact between those engaged in the study and teaching of Roman law.

In order to reach this end, the editor invited reports (*rapporti*) from scholars from all parts of the world on publications relating to Roman law which might be inaccessible to other romanists, either by reason of the language in which they are written or for any

other reason. These reports are not so much intended to review the present state of the science of Roman law in different countries, but more to provide critical and systematic reviews of publications which might supplement the existing bibliographies by permitting the reader to follow easily and continuously the development of historiographic thinking in the field of Roman law all over the world.

The present volume covers the years 1967-8, containing reports on 21 countries, including the Republic of South Africa or possibly the whole of Southern Africa (*Sud Africa*), prepared by prof P van Warmelo (97-104). It seems that this report contains all articles and notes which appeared in journals edited in the Republic during 1967 and 1968, including *Codicillus* and *Responsa Meridiana*. In addition to this one book is listed, RA Bauman *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate* (Johannesburg 1967). The second edition of Kaser's *Roman Private Law* (Durban 1968) does not appear on the list, most probably because the author of the report failed to make use of the scheme proposed to contributors. The book then would have come under the heading *Trattati, Manuali, Opere Generali*, as in the case of the report on the Netherlands where the Dutch version of prof Kaser's textbook is welcomed as a valuable aid in the teaching of Roman law (53).

The purpose of the new journal is further promoted by another rubric called "problems" (*problemi*) which serves to analyse scientific and didactic experience as seen by romanists of any background and nationality, the first contribution being devoted to the socialist countries, and submitted by the Hungarian romanist E Pólay: *L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti* (The Teaching of Roman Law in the Socialist Countries) (130 sq).

Other rubrics cover original contributions, book reviews, notes and a so-called "sixth page" (*sesta pagina*) containing one small contribution in a lighter vein.

INDEX is multilingual, which is a well-known feature of many journals of legal history. The emphasis is on Italian, but contributors also avail themselves of English, French, German and Spanish.

In conclusion it might be stated that the new journal admirably serves its purpose, and it is recommended that university law libraries subscribe to it.

R DANNENBRING  
*University of South Africa*

## ACTA JURIDICA 1968

Published under the auspices of the Faculty of Law University of  
Cape Town

*Juta, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg, 1970; 259 bl. Prys R6,50*

Ook hierdie nommer van die aangekondigde tydskrif bevat net soos in die verlede weer 'n groot verskeidenheid artikels op 227 bladsye oor onderwerpe uit die publiek- en privaatreë.

Die reeks artikels word ingelei met 'n toespraak gelewer deur S Ed regter MA Diemont by geleentheid van die *Annual Law Inter-Varsity* van die Universiteite Kaapstad en Stellenbosch in April 1968 oor die onderwerp *Law Teachers and the Law* (1 ev).

Die privaatreë word oa verteenwoordig deur 'n verdere bydrae uit die pen van DF Mostert oor uitwinning by die koopkontrak, 'n onderwerp wat reeds in die vorige uitgawe van *Acta Juridica* deur die skrywer behandel is. Hierdie keer gaan dit egter oor die posisie in die Suid-Afrikaanse reg (5 ev).

Ook die skrywer van die volgende bydrae tot die privaatreë, A Ranjit B Amerasinghe, sluit weer by 'n onderwerp aan wat hy reeds tevore in die tydskrif behandel het: *iniuria*. Hierdie keer bespreek hy *Adultery as an Injuria in South African and Ceylon Law* (111 ev).

Sekere aspekte van die erfreg geniet aandag in 'n artikel oor *Fideicommissum and Modus* deur B Beinart (157 ev), en in 'n artikel oor *Die Conductio Indebiti van Eksekuteurs, Skuldeisers en bevoordeeldes in die hedendaagse praktyk* deur Wouter de Vos (220 ev).

Die publiekreg word verteenwoordig deur drie artikels wat onderskeidelik geskryf is deur D Welsh oor *The State President's Powers under the Bantu Administration Act* (81 ev), deur DJ Devine oor *International Law Implications of the Commonwealth Immigrants Act 1968* (101 ev), en deur DB Molteno oor *A Surprising Decision* wat sekere aspekte van die staatsreg van die VSA behandel (141 ev).

Die reeks artikels word afgerond deur 'n aantal boekbesprekings waarvan een as 'n besprekingsartikel geskryf is. Na aanleiding van *Die Privaatreë van die Suid-Afrikaanse Bantoe* deur NJJ Olivier (Butterworth & Co Durban 1969) spreek RS Suttner hom uit oor *The Study of "Bantu Law" in South Africa* (147 ev).

Nie al die onderwerpe waaroor die medewerkers van *Acta Juridica* 1968 geskryf het, sal die belangstelling van elke leser uitlok nie, maar elke leser sal tog iets vind waarvan hy met vrug kennis sal wil neem.

R DANNENBRING  
*Universiteit van Suid-Afrika*

# Redaksioneel

## „THE OLD ORDER CHANGETH . . .”

Die *Tydskrif* is verheug. Hy het onverwagte steun gekry wat hom nuwe moed gee op die pad wat hy al etlike jare moedig maar versigtig bewandel. Sy eerbiedwaardige en deur hom gewaardeerde ouer suster, die *SALJ* (ons noem haar al sedert jare nie meer S.A.L.J. nie), gebore onder die bewind van koningin Victoria, het skielik 'n sewentiger geword en die *mini* aangetrek (sien, of „kyk,” as u wil, 1971 *SALJ* 117). Met 'n *maxi*-sprong het sy haar tot ons vreugde aangepas by die eise van die sg ruimte-era deur, in haar eie woorde, nuwe onderklere aan te skaf nadat sy 'n jaar tevore 'n splinternuwe broek-en-baadjie-pak aangetrek het. Die *THRHR* (hy noem hom lankal nie meer *THR-HR* nie) het hierdie sprong ongeveer 1967 begin waag en verwelkom dus die ondersteuning van sy tydgenoot van harte. In die woorde van 'n bekende Franse motor-advertensie (*mut mut*): dit was 'n prestasie om tweede te kom na die *Tydskrif*!

Versigtig, het ons gesê, het die *Tydskrif* sy nuwe huisstyl indertyd begin ontwikkel. Of jy wisselende kleure vir jou omslag gebruik en of jy op 'n bepaalde plek 'n punt of 'n komma of geen van beide nie inspan, is dikwels so onverskillig as die keuse van 'n klassifikasiesetel in die regsbiblioteek (of die voorskrifte van *de gustibus . . .*); en as die grille (met respek gesê) van die Taalkommissie van die SAAWK 'n mens soms herinner aan die wisselende voetmate van die Engelse Lord Chancellors, dan kies jy maar jou eie koers. Noudat die *SALJ* hom in beginsel by ons aangesluit het, tree ons bemoedig voort. Dit is as 't ware uit die verre verlede dat die kritiek weerklink van 'n resensent van 'n tans baie bekende regsboek, toe hy nog in 1968 (85) S.A.L.J. 212 („as she then was”) die woorde gebruik het: „The . . . unorthodox method of citation of cases, e.g. WLD instead of W.L.D., v (*versus*) instead of v., and the general absence of commas and full stops . . . If this method of citation is intended to be an innovation, it may be doubted whether it is a wholly desirable one.” Die outeurs van die betrokke boek het hulle - en ons stel hul raadpleging van destyds met ons hoog op prys - in 'n groot mate by ons nuwe huisstyl aangesluit; hulle was saam met ons inderdaad die tyd vooruit. Die *All ER* skyn dit sedert 1970 met ons in beginsel eens te wees ('n onverdiende pluimpie, want wie is ons dat ons aan sy redakteurs bekend kan wees?).



Met die hulp van 'n kundige drukker het die *Tydskrif* in 1967 met tegniese vernuwing begin. Kleur vir elke jaargety is ingevoer; „perfect” bindwerk was sy deel toe tydgenote darem nog baie moeilik oopgevou het as 'n mens naweeksaande (soos my kollega in die redaksie) met die pyp in die ander hand jou ontspanningsliteratuur voor die kaggel wou lees: „stop-gaps,” soos ons uitgewer hulle noem, kom al 15 jaar by ons op half-leë bladsye voor (hulle word nie noodwendig, of selfs dikwels, uit Engelse hofrapporte gekies nie); moderne uitleg van bladsye en opskrifte (laasgenoemde a-simmetries geset) het in die kring van regspublicasies in ons land nogal 'n voorbeeld gestel.

'n Ingrypende verandering was egter die geleidelike oorskakeling na 'n moderne, vereenvoudigde skryfwyse, veral in voetnote. (Die saadjie is ongeveer 1966 by die redakteur geplant deur die bekende Afrikaanse taalkundige, professor GS Nienaber.) Punte, kommas, hakies ens is op groot skaal oorboord gegooi. Die drukwerk het veel mooier begin lyk, die bladsye skoner. Of hulle ook makliker gelees het? Die ervaring het spoedig geleer dat dit wat vandag snaaks voorkom, môre doodnatuurlik lyk wanneer die oog daaraan gewoon geraak het. Maar prof Schmidt en ek het baie sielswroeginge beleef. Kritiek van die ouer geslag het nie uitgebly nie. Ander tydskrifte het nog die ouderwetse styl bly volg. Ons moes dus stadig beweeg. Dikwels het ons gesoek, dikwels geëksperimenteer. Die ys was egter gebreek. Noudat die *SALJ* eensklaps nog radikaler as die *Tydskrif* te werk gaan, is ons gerusgestel.

Goeie nuus is dit ook dat die *Annual Survey*, om maar één te noem, hom met die moderne styl vereenselwig. Met die *Journal* en die *Survey* nou saam met ons op die pad, is daar minstens vyf regsperiodieke wat die nuwe weg bewandel. In 'n soort persoonlike unie met die *Tydskrif* verbind, is daar *Codicillus* (daardie klein publikasie wat 'n unieke plek en die grootste leserskring onder regstydskrifte in die land geniet, en aan wie 'n pluimpie of twee toekom vir wat hy gedoen het ter verfrissing van regs- en semi-regsliteratuur) en *CILSA*. Hierdie vyf sal seker nog dikwels aparte sypaadjes kies, maar kan met goeie samewerking aan regsuitgewers 'n diens bewys, hul bladsye vir lesers vervrolik en, les bes, die lot van armsalige redakteurs verlig!

## LEIDRADE VIR ONS SKRYWERS

Die nuwe vere wat ons sedert 1967 begin kweek het, het al min of meer vorm gekry. Ons vat nou enkele van die hoofpunte in die vorm van leidrade saam. Die valkoog van die leser sal ongetwyfeld elders in hierdie uitgawe nog menige afwyking ontdek van die styl wat ons nou probeer konsolideer. Tekort aan tyd het dit onvermydelik gemaak. Ons bepaal ons hoofsaaklik by die hooftaal van die blad, Afrikaans, maar die meeste van die aanwysings is ook op Engels toepaslik.

## I Algemeen

- 1 Geen punt na syfer in opskrif of opskrif self nie.
- 2 Gebruik so min moontlik afkortings in die *teks* van volwaardige artikels; in voetnote soveel moontlik.
- 3 Voetnote behoort in beginsel slegs in volwaardige artikels voor te kom; nie in aantekeninge, boek- en vonnisbesprekings nie.

## II Afkortings

Vermy punte (*pace* die Akademie!). Aanmekaar geskrewe woorde word sonder spatie afgekort: bv; asb. Afkortings van aparte woorde verskyn sonder punte maar met haarspasia: tap; tov; aub (outeurs laat op hul tikmasjiene gewone spasies). Maar: VSA, *THRHR*, SA, BA, MA, LLB, BCom ens. (Haarspasia dus net om verwarring te voorkom, dus by kleinletter-afkortings: tap sou as 'n woord gelees word, tap onderskei homself.)

A (a) vir artikel(s), bl vir bladsy(e), p (nie pp nie), e, v, f (nie ff nie), s vir section(s), par vir paragraaf(we).

2e uitg, nie 2 uitg nie omdat dit die lees sou bemoeilik; 3d ed, 4th ed ens.

Regters: wr (haarspasia), ar, rp, hr, war ens (kleinletters soos by mnr, dr, prof ens). Waar die Engelse styl in Engels gevolg word, behou J, JJ, JA ens.

## III Aanhalingstekens

Gebruik die dubbele, met die enkele *binne* 'n aanhaling: „Die regter het verklaar: „die beskuldigde is aangekla. . . ’ en ek vind hom derhalwe onskuldig.” Die aanhalingstekens *altyd* ná die punt, komma ens - ons volg die gerieflike stelsel, nie die logiese nie!

Maar hou steeds in gedagte -

It is remarkable in an age peculiarly contemptuous of punctuation marks that we have not yet had the courage to abolish inverted commas . . . . Yet inverted commas live on and thrive, an unnecessary puzzle to the writer and an eyesore to the reader. After all, they are a modern invention. The Bible is plain enough without them; and so is the literature of the eighteenth century. Bernard Shaw scorns them. However, since they are with us, we must do our best with them, *trying always to reduce them to a minimum . . . .\**

Treble and Vallins *ABC of English Usage*

## IV Kursief Tekste Titels

Ander tale as dié van die artikel: altyd kursief, tensy in aanhalings-tekens: the editor wrote: *geleende vere . . .* (In manuskrip, onderstreep).

---

\*Kursivering spesiaal vir ons medewerkers.

Titels van boeke en tydskrifte *kursief*; titels van artikels in aanhalingstekens: De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg 1964; maar „Quo Vadis Iurisprudentia?” 1980 *Tydskrif vir Oud-Hollandse Reg* 13. Die gebruik van kleinletters ipv hoofletters in titels is fakultatief; ter wille van eenvoud word hoofletters egter verkies, selfs in Latyn: Groenewegen *De Leg Abrog ad C* 173. Onnodige punte word dus vermy: *D* 6 4 24 *pr* (let op die kursivering van Latynse afkortings).

## V Aanhaling Vonnisse ens

Pas ons styl toe in aanhalings, sonder om die woorde van die skrywer te verkrag. Bv, die verkeerde skryfwyse (Edms.) Bpk. word (Edms) Bpk; and another . . . NO . . . ens word by vonnisse weggelaat. Hierdie sjibbolets dra niks by tot die identifisering van die vonnis nie; indien die betrokke inligting verstrekkend moet word, kan dit in die teks geskied. Die *v* (vir *versus*) in vonnisverwysings behoort, streng genome, nie kursief te wees nie maar word tog kursief gedruk ter wille van gerief en eenvoud: *Smit v Botha* 1978 2 SA 321 (K) 329. Let daarop: die hakies word slegs gebruik waar die letter of syfer die rol van 'n voetnoot vervul (dus addisionele inligting verstrekkend) en nie benodig word vir die verwysing nie; daarom geen hakies om die 2 nie; die 2e bladsy syfer verskyn sonder „op.” En ons skok die House of Lords tot in sy fundamente deur die onnodige vierkantige hakies - doring in die vlees van elkeen wat tik! - heeltemal te verwerp: nie *Talbot v. von Boris*, [1911] 1 K.B. 854, nie, dog *Talbot v Von Boris* 1911 1 KB 854. En *Welton v Saffery* 1897 AC 299 (HL); *Re Waxed Papers Ltd* 1937 2 ALLER 481 (CA). Maar *Re South London Fish Market Co* (1888) 39 ChD 334 (want die datum is hier terloopse inligting, nie essensiële deel van die verwysing nie). Let op ChD: geen spasie nie, want dit is onnodig; ALLER sou sonder haarspasie snaaks lyk (die Frans vir om te gaan?) en word dus 'n onlogiese uitsondering.

By tydskrifte: 1971 (34 1) *THRHR* 12, of 34 1 (1971) *THRHR* 12 is fakultatief, *maar* ons gebruik die eenvoudige 1971 *THRHR* 12 - die jaargang verskaf al die nodige inligting, die bandnommer is oortollig. (Taalkundige opmerking: Die puriste wil 'n koppelteken tussen 1971 en *THRHR* hê, of anders *THRHR*1971; ons het ook vroeër so gevoel, maar per slot van sake gaan dit hier eenvoudig om syfers en letters wat nie grammatikaal of sintakties met mekaar verbind is nie.)

Ander voorbeelde van verwysings: *R v Jordaan* 1937 CPD 294 297; *Wigmore A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* 3e uitg (1940) par 2056; a 10 prokl 16 1902 Tvl; ens. Anders as die *SALJ* verkies ons die komma-punt tussen vonnisse wat in 'n reeks aangehaal word omdat dit duideliker is en die gebruik van 'n komma soms daartoe sal lei dat 'n komma-punt na ingewikkelde (veral Amerikaanse) vonnisverwysings tog ingespan sal moet word

waar gewoonlik 'n komma sou verskyn—dit sou 'n lastige inkonsekwensie kan word.

## VI Hoofletters

Die hoofpyn van elke skrywer, miskien nog meer in Engels as in Afrikaans. Soos in Afrikaans gebruiklik, word hulle soveel moontlik beperk. Ons is bly dat die *Journal* dieselfde beleid vir Engels aankondig. Sowel in Afrikaans as in Engels sal voorlopig nog 'n groot mate van onsekerheid bestaan en sal aanvoeling 'n rol moet speel. Die Hoofregter (maar erkende styl: hoofregter Innes); die regter, die landdros, die Prokureur-generaal van die Transvaal, die aanklaer, die Volksraad, die staat - wat 'n plesierige spel! (Net nie die geleerde of die belese regter nie - in Afrikaans geld die eerbiedige vermoede dat elke regter geleerd én belese is.) Die wet en ('n waagstuk?) the act; die Minister van Justisie, maar die minister.

Ons stem met die *Journal* saam dat afkortings soos die volgende aan die begin van voetnote met 'n kleinletter begin (dit is skaars moontlik om 'n volledige lys daar te stel): bl, p, bv, a w, d w s, eg, ie, loccit, opcit; maar Vgl (Cf) omdat dit 'n imperatief is wat eintlik 'n sin inlei.

## VII Wette ens

Ons handhaaf die styl van die afgelope tyd, behalwe dat die naam van die wet nie meer kursief gedruk word nie: die Maatskappywet 46 van 1926. Verwysings na wette in die loop van die teks van 'n artikel kan egter ook informeel wees: die Maatskappywet van 1926, die 1802-Diamantwet ens. Ons skryf: a 2(*bis*), a 2(1) (b). (Die *bis* kursief omdat dit Latyn is, maar waarom wetboeke die (b) kursief druk, verstaan ons nie.)

Ons bedank graag ons outeurs vir hul samewerking in ons poging van 'n paar jaar om 'n eenvoudige, moderne en gerasionaliseerde skryfwyse te bereik. Die laaste woord is sekerlik nog lank nie gespreek nie!

WA JOUBERT  
*Redakteur*

*Pro captu lectoris habent sua fata libelli*



# Aankondiging

## BUTTERWORTH SE REISBEURS

Butterworth & Kie (SA) (Edms) Beperk van Durban kondig met genoeë die instelling aan van 'n hulptoelae wat aan voltydse dosente in die regte aan 'n Suid-Afrikaanse of Rhodesiese Universiteit beskikbaar gestel word vir studiereise in die buiteland. Die hulptoelae, wat R600 bedra, sal met ingang van 1972 al om die ander jaar toegeken word. Dit sal „Butterworth van Suid-Afrika se Hulptoelae vir Studiereise in die Buiteland” genoem word en die beursgeld mag slegs vir studiereise na en in die vasteland van Europa en die Verenigde Koninkryk gebruik word. Die besoek aan die buiteland moet minstens vier maande duur. Aansoeke om die hulptoelae moet aan die Direkteur, Redaksie-afdeling, Butterworth, Posbus 792, Durban, gerig word, met uitdruklike vermelding van die redes vir die besoek aan die buiteland, die plekke wat besoek gaan word, die jaar waarin die studiereis onderneem gaan word en hoe lank die applikant voornemens is om in die buiteland te bly. □

## STUDENTE-REGSVERENIGINGS

Die volgende mededeling is ontvang van die sekretaris van die aksiekomitee saamgestel met die oog op die stigting van 'n federasie van studente-regsverenigings. Die sekretaris is

Mnr MB Potgieter  
Fakulteit Regsgeleerdheid  
Universiteit van Suid-Afrika  
Posbus 392  
PRETORIA.

1. Op 27 en 28 November 1970 is 'n kongres aan die Universiteit van Port Elizabeth gehou wat bygewoon is deur verteenwoordigers van die regsverenigings van die volgende universiteite: Port Elizabeth, Kaapstad, OVS, Potchefstroom, RAU, SA en Witwatersrand. Daar is oorgegaan tot die samestelling van 'n aksiekomitee om 'n konstitusie op te stel vir 'n federasie van regsverenigings van Suider-Afrika wat na verwagting in Junie 1971 gestig sal word.
2. Die beoogde doelstellings van die organisasie is om die belange van alle regstudente van Suider-Afrika te behartig en om respek vir nakoming van die reg te bevorder. Om hierdie doelstelling te bereik, beoog die federasie -
  - (a) om regshulp aan verdienstelike gevalle te voorsien in samewerking met die regshulp-skema so pas deur die Regering ingestel. Hiermee word veral beoog om voltydse studente met die regspraktyk in aanraking te bring;

- (b) om 'n uitruilingskema vir regstudente van verskillende universiteite in te stel. Hierdie skema sal in oorleg met die betrokke universiteitsowerhede gereël moet word;
  - (c) standardisering van regs kursusse sover dit prakties deurgevoer kan word;
  - (d) om simposiums oor aktuele regsprobleme te reël. Deskundiges sal uitgenooi word om aan sulke simposiums deel te neem. In samehang hiermee word die moontlikheid voorsien dat die federasie in die toekoms 'n regstydskrif die lig kan laat sien;
  - (e) fondsinsameling ten einde beurse en lenings aan regstudente beskikbaar te stel en algemene administrasiekoste te dek.
3. Lidmaatskap van die federasie sal oop wees vir elke outonome regsvereniging van elke universiteit of universiteits-kollege in Suider-Afrika in ooreenstemming met die betrokke regsvereniging se besondere verhouding tot sy universiteitsowerheid.
4. Die ontwerp-grondwet van die beoogde liggaam sal binnekort voltooi wees en die stigtingskongres sal in Julie vanjaar gehou word, waarna meer besonderhede voorsien sal word. □

## REGISTER      OU NOMMERS

Daar word gehoop dat 'n register wat die eerste dertig jaargange van die *Tydskrif* dek, binnekort beskikbaar sal wees. Dit word voorberei deur die Fakulteit Regsgeleerdheid van die Universiteit Pretoria. Besonderhede sal binnekort verstrek word.

Intussen bly die aanvraag na verskene nommers van die *Tydskrif* steeds groot. Slegs weinige nommers is nog by die uitgewer verkrygbaar. Daar word oorweeg of dit die moeite en koste sou loon om die hele reeks, of die uitverkoopte nommers, te reproduseer. Die aanvraag daarna kan deurslaggewend wees. Die skatting is dat 'n herdruk ongeveer R8.00 per jaargang (of R2.00 per nommer) sal kos, ofschoon 'n prys nie bepaal kan word voordat die aanvraag by benadering vasgestel is nie.

Belangstellendes word dus dringend versoek om mee te deel watter nommers, indien nie die hele reeks van 33 jaargange (tot einde 1970) nie, hulle graag sou wil aanskaf. Skryf asb aan -

Die Sekretaris  
 Fakulteit Regsgeleerdheid  
 Universiteit van Suid-Afrika  
 Posbus 392  
 PRETORIA

---



# Bantoe-ontwikkeling - wat kan juriste daaraan doen?<sup>1</sup>

R. verLoren van Themaat

*Universiteit van die Noorde*

Toe ek aangebied het om hier 'n referaat te lewer, was ek van plan om een of ander kernbegrip van die reg van die Bantoe te bespreek, waarskynlik die begrip familie-eiendom, wat deur professor Allott genoem word „the central institution of African family law.”<sup>2</sup> Maar àl meer het ek tot die oortuiging gekom dat wat ons hier moet bespreek nie 'n kernbegrip is nie, maar die *kernprobleem*, naamlik wat ons as juriste, en meer besonder ons as akademiese juriste, moet doen in verband met die hele reg van die Bantoe.

Ek wil die Raad van ons Vereniging bedank dat hulle 'n volle oggendsitting aan hierdie bespreking afgestaan het, en die hoop uitspreek dat dit nie net by 'n bespreking sal bly nie, maar dat ons ook die saak verder sal kan voer. In 1962, by die Noordelike Streekskonferensie van ons Vereniging, is die rol van Bantoe-reg by regsopleiding bespreek.<sup>3</sup> Hierdie keer wil ek die klem graag 'n bietjie anders laat val, naamlik op die dringende behoefte op hierdie tydstip om die reg van die Bantoe wetenskaplik en sistematies te orden. As die behoefte bestaan, dan is dit eintlik vanselfsprekend dat ons as regsdosente ook 'n belangrike aandeel in die werk moet neem.

---

<sup>1</sup>Referaat gelewer by die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte, Buffelspoort, 19 - 23 Julie 1971. By die kongres is die volgende besluit geneem:

- (a) dat hierdie vereniging aanbeveel dat die juridiese verwerking van die hele reg van die Bantoe op sistematiese en gekoördineerde wyse aangepak word;
- (b) dat die vereniging die saak onder die aandag van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing bring en die hulp van sy lede aanbied;
- (c) dat 'n afskrif van hierdie referaat en, indien moontlik, 'n opsomming van die bespreking daarvan by die kongres, ook aan genoemde raad voorgelê word;
- (d) dat 'n komitee van die vereniging benoem word om die saak verder te voer.

<sup>2</sup>Allott AN *Family Property in West Africa: Its juristic basis, control and enjoyment*, in Anderson (ed) *Family law in Asia and Africa* George Allen and Unwin Ltd London 1968 121.

<sup>3</sup>1962 *THRHR* 295.



Want uit my navorsing en uit my werk by Turfloop het ek tot drie oortuigings gekom, naamlik -

*ten eerste:* dat die reg van die Bantoe besondere regs-wetenskaplike probleme bied wat nog lank sal bestaan;

*ten tweede:* dat dit nou, op hierdie stadium, dringend noodsaaklik is dat hierdie probleme aangepak word. Ons is besig om 'n nuwe stadium van Bantoe-ontwikkeling en Bantoe-regsontwikkeling in te gaan, wat alleen tot sy reg kan kom met 'n behoorlike juridies-wetenskaplike agtergrond;

*ten derde:* dat ons in Suid-Afrika nog maar aan die begin staan van die sistematiese juridiese bewerking van die regsprobleme van die Bantoe.

As u hiermee saamstem dan volg dit dat ons moet bespreek wat ons aan die saak moet doen.

1 Ten eerste dan, die stelling dat die reg van die Bantoe in Suid-Afrika aparte regs-wetenskaplike behandeling verg. Dit lyk of hierdie stelling eintlik afhanklik is van die vraag of Bantoe-gewoontereg enige betekenisvolle rol sal speel in die toekomstige regsontwikkeling van die Bantoe, dus, soos Schiller dit noem, „the ‘hackneyed question’ of the ‘future of customary law’.”<sup>4</sup> As die regstoekoms van die Bantoe geleë is in twee regstelsels wat naas mekaar bestaan, of in een regstelsel wat gegroei het uit die twee verskillende regstelsels, met elemente van albei, of as een regstelsel vir die verwesterde Bantoe in die toekoms sal geld, maar 'n ander vir die Bantoe wat nog in die Bantoe-gebiede en op die plattelandse gebiede lewe, dan moet die reg van die Bantoe afsonderlik bestudeer word. As ons daarenteen kan aanneem dat die Suid-Afrikaanse gemene reg binne die afsienbare toekoms die enigste algemeengeldende reg ook van al die Bantoe in die land sal wees, dan is so 'n studie oorbodig.

Nou was daar vanaf die vroegste tye toe die Blanke en die Bantoe kontak gemaak het, 'n sterk oortuiging dat die reg van die Bantoe iets is wat tydelik is, wat vanself sal oorgaan tot die Westerse reg soos die lewenswyse van die Bantoe verander. In 1835, in die tyd van sir Benjamin D'Urban, was die voorneme al, nadat die gebied tussen Keiskamma en Kei tydelik geannekseer was, „to frame a simple code which would work progressively from the Kafir up to the British law . . . ,”<sup>5</sup> en volgens die aanhef van die Kaapse anneksasie-wette van die Transkei van 1877 tot 1894 word Bantoe-reg alleen erken „in

<sup>4</sup>Schiller AA in *Africa and Law: Developing Legal Systems in African Commonwealth Nations*, aangehaal deur RS Suttner in 1968 *Acta Juridica* 229.

<sup>5</sup>Aangehaal in die verslag van die Kaapse Native Law and Custom Commission 1881/83 par 10.

consequence of the said territories being for the most part occupied by natives who are not sufficiently advanced in civilization and social progress to be admitted to the full responsibility granted and imposed, respectively, by the ordinary laws and upon other citizens thereof." Dieselfde oortuiging van die tydelikheid van die reg van die Bantoe is ook nog te vind in die huidige tydperk, in die jaar 1970, wanneer WOH Menge, 'n voormalige president van een van die afdelings van die Bantoe-appèlhof, aan die *Tydskrif* skrywe:

„Watter vooruitsig bestaan daar eintlik vir die ‚ontwikkeling‘ van Bantoe-reg? Daardie reg het ontstaan in en het sy nering gevind in 'n ekonomiese milieu en onder omstandighede wat iets van die verre verlede is en glad nie meer pas of tuishoort in die moderne samelewing selfs in die Bantoegebiede nie. Enige ontwikkeling kan tog seker net in die rigting van die land se gemene reg en regsreëls strek.”<sup>6</sup>

Ek dink dat dit baie wenslik is dat ons regsgeleerdes in Suid-Afrika ons eerlik rekenskap gee van ons standpunt in verband met hierdie saak. Is die regstelsel van die Bantoe, in sy geheel, alleen gebonde aan 'n sekere ontwikkelingsfase, en sal dit natuurlikerwys oorgaan in 'n ander regstelsel, in ons algemene Suid-Afrikaanse reg, sodra die Bantoe verder ontwikkel? Of is dit eintlik 'n geval dat enige regstelsel self deur verskillende stadiums van ontwikkeling gaan, en dat 'n eie regstelsel van die Bantoe of vir 'n deel van die Bantoe nog heel waarskynlik herkenbaar sal voortbestaan, ook al moet dit verander en ontwikkel om aan te pas by veranderde omstandighede, en ook al word dit sterk beïnvloed deur die Westerse reg, die algemene Suid-Afrikaanse reg, wat in dieselfde land toegepas word?

Ons wat belas is met die regsopleiding van die Bantoe in Suid-Afrika, moes wel op hierdie vraag 'n antwoord vind, en het ook probeer om ons standpunt in publikasies uiteen te sit.<sup>7</sup> Ek wil nie alles herhaal nie. My eie standpunt is dat die inheemse reg van Afrika, en ook die reg van die Bantoe, 'n inherente vermoë het om te ontwikkel en om hom aan te pas by veranderde omstandighede. Wat die Westerse reg betref, word algemeen erken dat dit 'n groot rol moet speel in die ontwikkeling van die reg ook van die Bantoe, maar daardeur word nie beweer dat die reg van die Bantoe nie ook 'n rol sal speel nie, veral ten opsigte van dié dele van die reg wat nou met hulle kultuur verweef is. Soos De Villiers dit stel met verwysing na die nuwe Bantoe-state wat in en om Suid-Afrika geleidelik hulle beslag kry: „Op sy beurt sal dié Suid-Afrikaanse Romeins-Hollandse reg egter as tesis

<sup>6</sup>1970 *THRHR* 217.

<sup>7</sup>VerLoren van Themaat R „Die bepaling van Rigting by die Regsopleiding van die Bantoe” 1968 *THRHR* 40; De Villiers FA „Die regsposisie van in owerspel verwekte Bantoe,” in *Huldigingsbundel Daniel Pont* 1970 28; VerLoren van Themaat R *Brief* in 1970 *THRHR* 318.

moet dien, die verskillende Bantoregstelsels as antiteses, tot uiteindelijke sintese-regstelsels van die betrokke nuwe state."<sup>8</sup>

Dit is ook die geval in die res van Afrika. Allott sien „the trend of contemporary law reform in English-speaking Africa . . . to mould the customs of the country to the general principles of English, or at least Western, law . . . But the contrary movement though less publicized, is no less important: the principles of English law are being moulded to the general principles of African law.”<sup>9</sup> Weer die begrip van ’n wisselwerking tussen die twee regstelsels waaruit uiteindelik een regstelsel te voorskyn sal kom.

Op die oomblik is die inheemse gewoonereg, die aparte reg van die Bantoe, nog ’n sterk faktor in die regswese van die Bantoe. Nadat ek vonnisse, wetereg en publikasies in verband met die reg van die Bantoe vir die afgelope drie jaar redelik deeglik nagegaan het, is ek wel hiervan oortuig. In verreweg die meeste van die gerapporteerde vonnisse van die Bantoe-appèlhowe was die dagvaardings gegrond op Bantoreg, naamlik 40 uit 68, terwyl 14 ander op beide regstelsels gegrond was.<sup>10</sup> Die feit dat die stelsel van Bantoe-owerhede, in ’n groot mate gegrond op Bantoe-bestuurstelsels, nog lewenskragtig is in Bantoegebiede, word tog wel bewys deur die groot aantal stamme, streke en gebiede wat aansoek gedoen het om die instelling van sulke owerhede. Aan die einde van 1969 was volgens ons berekening 466 stam- en gemeenskapsowerhede, 52 streeksowerhede en 6 gebiedsowerhede geskep.<sup>11</sup> Alhoewel ander faktore waarskynlik ook ’n rol gespeel het, was dit tog heeltemal onmoontlik dat die Bantoe-owerheidstelsel so kon uitbrei sonder aanvaarding deur die Bantoe self. Aan die end van 1969 was daar net ongeveer 120 stamme in die Bantoegebiede wat nie ingeskakel was by die sisteem nie.<sup>12</sup> Die tradisionele Bantoe-huwelik, die sogenaamde gebruiklike verbinding, het ook meer erkenning gekry. Drie wette van die sestigerjare gee verdere erkenning daaraan, naamlik die Onderhoudswet 1963 (artikel 5(6)), die Wysigingswet op Bantowetgewing 1963 (artikel 31), en die Groepsgebiedewet 1966 (artikel 1(1) (xvi) (ix)). Goewermentskennisgewing R1970 van 25 Oktober 1968 maak voorsiening vir die vrywillige registrasie van gebruiklike verbindings. Wel alles ’n bewys dat hierdie tipesereginstelling van die tradisionele Bantoreg nog nie uitgedien is nie.

Miskien die mees sprekende bewys van die praktiese betekenis van Bantoreg vandag, in 1971, dus 136 jaar nadat dit geleidelik moes

<sup>8</sup>De Villiers FA a w 28.

<sup>9</sup>Allott AN „The future of African law” in Kuper & Kuper (Eds) *African Law: Adaptation and Development* University of California Press Berkeley and Los Angeles 1965 240.

<sup>10</sup>Syfers uit 1969 *THRHR* 146 en 377; 1970 *THRHR* 393.

<sup>11</sup>1968 *THRHR* 366.

<sup>12</sup>*Ibid.*

verdwyn en vervang word deur „British law,” is die publikasie deur die twee bekendste uitgewers van regsboeke in ons land van twee deeglike werke oor die reg van die Bantoe. In 1969 het ’n heeltemal nuwe werk oor die reg van die Bantoe van meer as 600 bladsye, die werk van professor Olivier, en in 1970 ’n derde en veel uitgebreide uitgawe van 400 bladsye van die gesaghebbende bestaande werk van Seymour oor Bantoereg, by Butterworths en Juta onderskeidelik verskyn. Dit is ’n teken dat ons nog nie naby die einde staan van ’n aparte regsbedeling vir die Bantoe nie.

Hierdie reg van die Bantoe bied baie probleme wat regs wetenskaplik benader moet word. Nou weet ek dat daar heelwat juriste is wat glo dat die bestudering en ontleding van ’n ongespesialiseerde regstelsel nie binne die vakgebied van die regs wetenskaplike val nie, maar tuishoort by die volkekundige. Ek kan dit nie aanvaar nie. Ek kom later op enkele probleme terug wat suiwer juridiese probleme is en alleen deur juriste aangepak kan word. Maar die juris moet besef dat hy ’n nuwe en andersoortige regsisteem bestudeer, met noodsaaklikheid van eie begrippe, eie klassifikasies en eie woordgebruik. Soos Van Vollenhoven dit stel heel aan die begin van sy drie dele oor die adatreg van Indonesië: „Wie, na het recht van Nederland, het recht van Nederlandsch-Indië in studie neemt komt een nieuwe wereld binne.”<sup>13</sup> Om hierdie wêreld reg te beoordeel en ’n aanvoeling te kry vir die agtergrond, is ’n kennis van volkekunde en van ’n Bantoetaal baie wenslik.<sup>14</sup> Vir veldwerk in verband met die gewoontereg is volkekunde en ’n Bantoetaal seker noodsaaklik, maar dit lyk my korrek dat, soos Myburgh dit stel, die teoretiese agtergrond, en, mag ek byvoeg, die hele wetenskaplike benadering tot die reg van die Bantoe in die algemeen, juridies moet wees, en volkekunde meer die feite en die agtergrond moet verskaf.<sup>15</sup> Met ’n goeie juridiese agtergrond en ’n onbevange gemoed kan mens baie bydra tot die kennis van die reg van die Bantoe, ook sonder taalkennis en ’n spesialisasie in volkekunde.

2 Dit bring my by die tweede stelling, naamlik die dringendheid dat die wetenskaplike verwerking van die reg van die Bantoe onmiddellik aangepak moet word.

Ek meen dat algemeen aangeneem word dat die snelle ontwikkeling van alle rassegroepe in Suid-Afrika, dus ook van die Bantoe, die belangrikste taak van die sewentigerjare in Suid-Afrika moet wees.

<sup>13</sup>Van Vollenhoven C *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië* EJ Brill Leiden 1918 I 3.

<sup>14</sup>Myburgh AC „Perspectives of SA Bantu Law” *Codicillus* September 1965 6, noem die studie van die tradisionele reg van die Bantoe „juristic anthropology” en is van oordeel dat dit nou verbonde is met vier verskillende vakrigtings: regte, volkekunde, taalkunde en administrasie.

<sup>15</sup>*Ibid.*



Ontwikkeling moet op alle gebiede plaasvind, dus op regsgebied, waaroor weldra iets meer, maar ook op staatkundige, landboukundige, ekonomiese, sosiologiese en alle ander gebiede.

Wat Bantoe-ontwikkeling betref, is dit die huidige beleid dat, veral wat die Bantoegebiede betref, die Bantoe self die leiding moet neem met sy eie ontwikkeling. In die Bantoegebiede woon volgens die jongste sensus ongeveer 50% van die Bantoebevolking van Suid-Afrika; veel meer het daar hulle domisilie en geestelike tuiste.

Alle ontwikkeling, dus nie net regsontwikkeling nie, moet stewig op 'n regsgrondslag berus. Vir staatkundige ontwikkeling is 'n behoorlik verantwoorde juridiese staatstruktuur nodig, vir landboukundige ontwikkeling 'n juridiese sisteem van grondbesit wat deur die mense aanvaar word, en wat lei tot die beste benutting van die grond. Ekonomiese ontwikkeling verg behoorlike bepaling van die regte van persone of groepe persone op die goedere wat hulle op ekonomiese gebied verwerf, en die behoorlike beskerming van sulke regte. Op sosiologiese gebied is dit onder meer nodig om die huwelik as regsinstelling en die ouerlike gesag op 'n behoorlik aanvaarbare grondslag te plaas. So sou ons ook ander terreine kan noem - op elke gebied waar ontwikkeling moet plaasvind is 'n regsgrondslag onmisbaar. Hierdie regsgrondslag moet aangepas wees by die besondere behoeftes van die Bantoe, moet rekening hou met sy agtergrond en met die ontwikkelinge in ander dele van Afrika.

Die finale besluit van hoe hierdie ontwikkeling moet plaasvind, en hoe die regsgrondslag daarvoor moet wees, berus by die Bantoe self. Maar die regsgrondslag kan alleen bepaal word na 'n behoorlik wetenskaplike bewerking van die regstelsels waaruit die Bantoe sy finale keuse moet maak - en dit kan ons nie aan die Bantoe oorlaat nie. Hulle het net nie die opgeleide mense nie.

Hierdie nadruk op ontwikkeling van die Bantoe deur die Bantoe self het in die afgelope tien of vyftien jaar ontsaglik toegeneem in Suid-Afrika. Dit word goed geïllustreer deur die posisie in verband met die ontwikkeling van die regswese van die Bantoe, en geld in minder of meerdere mate op ander gebiede van ontwikkeling.

Op regsgebied kan ons drie stadiums van ontwikkeling onderskei. Ons staan nou aan die begin van die derde stadium. Die eerste stadium was die tradisionele stadium, voor administrasie deur die Blanke, toe die reg van die Bantoe hoofsaaklik as gewoontereg gegroei het en toegepas is in volkshowe in redelik klein, geslote, homogene groepe, wat ook die reg as gemeenskap nagelewe het. Uit hierdie tydperk het 'n regstelsel ontstaan wat alle verskillende fasette van die destydse lewe van die Bantoe beheers het, en wat besonder aangepas was by die hele lewenswyse van die besondere groep. Dit was onge-



skrewe, ongespesialiseerde gewoontereg. Dit was 'n skepping van die Bantoe self.

Die tweede stadium kom toe die Blanke verantwoordelikheid begin aanvaar vir die administrasie van die Bantoe. Dit het 'n sterk tweeslagtige karakter gehad. Aan die een kant het die tradisionele regsvoorming, regsadministrasie en regspleging deur die Bantoe self bly voortbestaan. Dit het op tradisionele vlak gebly en het 'n neiging gehad om in stygende mate ondergeskik te word. Aan die ander kant het die Blanke, as wetgewende gesag, as regsplegende amptenaar en as administrateur, al meer die wetgewende, uitvoerende en regsplegende gesag oor die Bantoe oorgeneem. Die Blanke se bydrae tot die regswese van die Bantoe was op professionele vlak, en dit het ingepas by die hele regswese van die land. Dit was geskrewe reg, redelik maklik beskikbaar vir die juris. Dit het die stempel gedra van sy skeppers, Blanke, heeltemal westers opgeleide professionele juriste. Daar was 'n neiging om dit te beskou as die enigste reg van die Bantoe.

Uit hierdie tweede stadium het tipiese regsinstellings ontwikkel. In die eerste plek het twee heeltemal aparte regstelsels gegeld wat die Bantoe betref, naamlik die algemene Suid-Afrikaanse reg en die Bantoe-reg of -stelsels, en nie één regstelsel met elemente van beide regstelsels of regsfamilies nie. In die tweede plek is die een regstelsel die primêre reg vir alle persone in Suid-Afrika, „the law of the land,”<sup>16</sup> dus ook vir die Bantoe, terwyl Bantoeereg alleen as subsidiêre reg gegeld het. 'n Bantoeeregstelsel het alleen gegeld as dit uitdruklik erken is, hetsy omdat 'n statutêre bepaling 'n spesiale reëling getref het vir die Bantoe oor 'n spesiale onderwerp; hetsy omdat 'n hof spesiaal gemagtig is om 'n Bantoe-regstelsel toe te pas in paslike omstandighede; hetsy omdat, volgens die beginsels van die algemene Suid-Afrikaanse reg, Bantoeereg toegepas word as 'n vreemde regstelsel omdat die partye dit gewil het.<sup>17</sup> Die enigste hof waar Bantoeereg as primêre regstelsel beskou is, was die hof van die kaptein en hoofman wat ingevolge die Bantoe-administrasiewet erken is, en by wie dit as vanselfsprekend aangeneem is dat hy Bantoeereg sal toepas.<sup>18</sup>

Die derde gevolg van hierdie bestel is dat 'n verbasend onegalige, gebroke en ongebalanseerde regstelsel vir die Bantoe geld. 'n Voorbeeld is die instelling van *lobolo* of *bogadi*. Dit is 'n familie-regtelike

<sup>16</sup>*Ep Minister of Native Affairs: In re Yako v Beyi* 1948 1 SA 388 (A) 394.

<sup>17</sup>Sien resensie FD Holleman van Kerr *The Native Law of Immovable Property in South Africa* 1954 *THRHR* 165-167 en JF Holleman „Die Bantoehuwelik op die Kruispad” 1960 *THRHR* 82, 92.

<sup>18</sup>Vgl a 11(1) en 12(1) van die Bantoe-administrasiewet 1927. In eersgenoemde word uitdruklik bepaal dat die hof van die Bantoesake-kommissaris 'n diskresie het om Bantoeereg toe te pas; in laasgenoemde word niks gesê in verband met 'n regstelsel wat die kaptein of hoofman moet toepas nie.

instelling, deur FD Holleman „the keystone of all Bantu marriages”<sup>19</sup> genoem. Dit word uitdruklik erken in artikel 11(1) van die Bantoe-administrasiewet, omdat dit beskou word as uiters belangrik. Dit het onder andere direk te doen met die oordrag van die baarvermoë van die vrou vanaf haar familie na die familie van haar man en bepaal dus onder meer die reg op die kinders by ontbinding van die huwelik. Hierdie reg word dan ook by die tradisionele Bantoehuwelik, die sogenaamde gebruiklike verbinding, erken. Maar nie by die gemeenregtelike huwelik van die Bantoe nie. Hier word, op grond van die uitgangspunt dat die gemene reg ten opsigte van die Bantoe-geld tensy uitdruklik anders bepaal is, en dat die gemeenregtelike huwelik ’n Westerse instelling is, die uiters belangrike Bantoe-reginstelling van *lobolo* van sy hele werklike betekenis beroof; dit word glad nie in ag geneem by bepaling van wie op die kinders geregtig is nie, dit word ’n losstaande verbintenisregtelike ooreenkoms.<sup>20</sup> So kan heelwat voorbeelde gegee word.

Ek kan nie help om die volgende aanhaling van Allott volledig te gee nie, omdat dit vir my enigsins ’n beeld gee van die reg van die Bantoe in Suid-Afrika op hierdie stadium:

„The legal scene in former British West Africa is reminiscent - if you will permit the fancy - of a wide beach from which the tide has receded. The eye notices, stranded upon the shore, deposits of extraneous material left behind on the ebb of colonial overrule. Here one sees substantial portions of the English Law (such as the law of crimes) torn away from the main body of our legal system; battered and chipped on their journey, it is true, but still recognizably English. There are less substantial fragments, half-buried in the enveloping sand - the law of monogamous marriage, for instance. Scattered everywhere is the detritus of English legal terminology; often strangely out of fit with the beds upon which it rests. Underneath all is the broad, variegated, primeval beach solid in some places, in other contorted by the waves - the traditional social and legal institutions of the peoples of West Africa.”<sup>21</sup>

Wat opval van hierdie tweede stadium is dat dit so lank geduur het - in sommige dele meer as 100 jaar - en dat daar gedurende die hele tydperk geen enkele Bantoe was wat in ’n professionele hof reg gespreek het nie, terwyl die wetgewende en uitvoerende magte van die Bantoe ten opsigte van hulle eie mense uiters beperk was.

Dit bring my by die derde stadium, waar in die Bantoegebiede die begrippe selfbestuur, selfregering en uiteindelik onafhanklikheid

<sup>19</sup>FD Holleman „The recognition of Bantu customary law in South Africa” in *Simposium, Afrika-Instituut*, Leiden, oor *The Future of Customary Law in Africa* Universitêre Pers Leiden 1955, 235, 251.

<sup>20</sup>Vgl *Mahlangu v Nblapo* 1968 BAH 35(NO) (gebruiklike verbinding) met *Sekupa v Jonkman* 1966 BAH 20 (C) (gemeenregtelike huwelik) wat die verskil mooi uitbring.

<sup>21</sup>Allott AN *Family Property* 121.

basiese begrippe word. As noodsaaklike uitvloeisel van hierdie beleid word die ontwikkeling van die Bantoegebiede op alle terreine 'n basiese doelwit, en word 'n gesonde regsgrondslag vir daardie ontwikkeling basies belangrik.

In die Bantoegebiede word wetgewende, uitvoerende en regsplegende bevoegdheid met bekwame spoed aan die Bantoe oorgedra. Aan die begin van 1960 was daar heel beperkte wetgewende bevoegdhede vir die Bantoe, feitlik beperk tot die Transkei; nou is daar in elk van die Bantoegebiede 'n wetgewende liggaam, alhoewel die omvang van die wetgewende magte wissel. Dit is baie duidelik dat hierdie wetgewende magte so gou moontlik verder uitgebrei sal word. In 1960 was daar geen administratiewe instellings van die Bantoe self nie; nou het elk van die Bantoegebiede sy eie administrasie met verskillende departemente, onder andere 'n departement van justisie. In 1960 was daar geen Bantoe wat regsplegende bevoegdhede gehad het nie; nou is daar 'n hele aantal. Die presiese aantal op die oomblik is my onbekend; by die Lebowa-gebiedsowerheid alleen is daar vier, in die Transkei is minstens twee landdroskantore uitsluitlik deur Bantoe beman. Deur wetgewing is hoërhowe, met dieselfde status as die Hooggeregshof, aan die verskillende Bantoegebiede belowe. Orals is dit die begin van verdere uitbreiding. Dit geld netsowel vir ander departemente as die departement van justisie. En orals is 'n stewige regsgrondslag nodig vir die ontwikkeling.

Ons, aan die universiteite vir die Bantoes, moet mense oplei met 'n deeglike agtergrond vir die taak wat hulle wag. Hierdie saak is dus iets wat ons as regsdosente direk raak. Ek dink dat die vermeerdering van regstudente by elk van ons universiteite groot is. By die Universiteit van die Noorde het ek in 1964 met vyf studente met regte as hoofvak begin, nou is daar tussen 80 en 90. Sowel volgens die Departement van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling, as volgens my eie inligting, sal dit nie moeilik wees om vir hierdie mense werk te vind nie - ons bedien 'n bevolking van tussen vyf-en ses-miljoen.

Vir die opleiding van bekwame Bantoe-juriste is die wetenskaplike verwerking van die reg van die Bantoe belangrik. Vir die ontwikkeling wat in die verskillende departemente van justisie moet plaasvind, is dit net so belangrik. Die hele hofstelsel moet waarskynlik hersien word, waarmee die nog ongepubliseerde verslag van die Coertze/Mostert-kommissie gehandel het. Daar moet waarskynlik een regstelsel in 'n Bantoegebied kom, gegroei uit die wisselwerking van die twee regsisteme, en die huidige bedeling van een primêre regstelsel - die algemene Suid-Afrikaanse reg - en 'n subsidiêre regstelsel, Bantoreg, moet wegval. Maar die ontwikkeling in Bantoegebiede moet ook rekening hou en in verband bly met die ontwikkeling van die reg van die Bantoe in die res van Suid-Afrika.

'n Gesonde regsgrondslag op alle gebiede kan alleen gekry word deur 'n sistematies-wetenskaplike verwerking van die geheel van die reg van die Bantoe, wat sal insluit die tradisionele gewoontereg en die Westerse algemene Suid-Afrikaanse reg.

Elke regstelsel het sy tydperk van intensiewe juridiese verwerking gehad. Ons ken die goue tydperk van die Romeinse reg, en ons teer nou nog op die arbeid van die Romeins-Hollandse skrywers vir ons Suid-Afrikaanse reg. Dit lyk my dat nou, met die begin van werklike deelname aan die regswese deur die Bantoe, die aangewese tyd is dat die reg van die Bantoe op intensiewe skaal sistematies-wetenskaplike aandag kry.

Daar is heelwat analogie wat regsontwikkeling betref tussen hierdie tydperk en die „independent era” by ander Afrikastate. Dáár word onderskei tussen die „pre-colonial era,” die „colonial era” en die „independent era.”<sup>22</sup> In laasgenoemde tydperk het ook dáár die bevolking self effektiewe beheer oor regsontwikkeling gekry. Dit was die aanleiding tot veel aktiwiteit in verband met hulle regswese - sowel om alles te heroorweeg, as om hulle reg wetenskaplik te ondersoek. Hiermee word hulle gehelp deur baie persone buite Afrika. In die afgelope 15 jaar is buite Afrika baie leerstoelers wat in verband staan met die reg van Afrika ingestel, baie publikasies uitgegee en samesprekings oor die onderwerp gehou. Dwarsdeur Afrika is die ideaal nou 'n intensiewe bewerking van die reg.

3 Die vraag is dan, hoe staan dit nou met die wetenskaplike bewerking van die reg van die Bantoe in Suid-Afrika? Dit is waar dat ons seker oor meer geskrewe bronne oor die reg van die Bantoe beskik as enige ander land in Afrika. Ons het gerapporteerde vonnisse van spesiale howe vir die Bantoe vanaf 1894. Daar is deeglike en sorgvuldige werke oor die reg van die Bantoe soos op die oomblik toegepas in ons howe. Ons beskik oor die verslae van enkele regeringskommissies, alhoewel nie een van die latere kommissies se verslae so omvattend en oorspronklik as dié van die Kaapse kommissie van 1881-83 was nie. Ons het waardevolle publikasies en navorsing van volkekundiges. Maar tog is daar die algemene gevoel dat dit nie genoeg is vir hierdie nuwe stadium van Bantoe-regsontwikkeling wat ons nou betree nie.

Ek wil hier aanhaal uit 'n resensie van elk van die twee boeke oor Bantoreg waarna ek tevore verwys het. Suttner skryf na 'n waarderende bespreking van Olivier se boek in *Acta Juridica*: „The role of the academic lawyer, it is submitted, is far wider than that presented by Professor Olivier. He must be prepared to examine and if necessary criticize the entire judicial structure. He must be prepared to question the future and adequacy of legal rules against the demands

<sup>22</sup>Allott AN *Future of African Law* 220 - 222.



of social utility,"<sup>23</sup> en Van Niekerk sluit sy gunstige resensie van die derde uitgawe van Seymour af met die opmerking: „Vir die ernstige student van die Bantoereg is dit egter nie langer voldoende om die tallose reëls van die naturellereg slegs te memoriseer soos dit in die praktyk toegepas word nie. Dit word noodsaaklik om die tradisionele regstelsels van die Bantoe juridies te sistematiseer en te verklaar. Eers wanneer 'n regstelsel as 'n samehangende geheel voorgestel word, word dit begryplik en kan die toekomstige ontwikkeling daarvan langs gesonde kanale plaasvind. Aan 'n werk van hierdie aard bly daar steeds nog 'n groot behoefte.”<sup>24</sup>

Elkeen voel uit sy eie oogpunt die behoefte aan 'n basis vir toekomstige uitbreiding. Hierdie opmerkings word nie aangehaal om die skrywer van die boeke te kritiseer nie, want die kommersiële behoefte wat die uitgewer in ag moet neem is aan 'n handboek vir die praktyk. Maar die regsboeke oor die reg van die Bantoe is feitlik uitsluitlik ingestel op die positiewe reg van die Bantoe soos dit nou toegepas word in die houe wie se vonnisse gerapporteer word (dus nie die kapteinshoue nie). Dit is die reg wat, soos Olivier dit in sy voorwoord stel, „aan judisiële beregting blootgestel is,”<sup>25</sup> of, soos Seymour dit in sy voorwoord tot die tweede uitgawe van sy boek stel: „The bulk of the material of this book has been obtained from the authoritative pronouncements of the Native Appeal Court . . . As far as the general principles of Native Law are concerned . . . the judgments of the Native Appeal Court cover the field as fully as can be desired . . .”<sup>26</sup>

Dit gaan dus hier hoofsaaklik oor die sistematisering van die positiewe reg van die Bantoe soos dit bestaan in die tweede stadium van ontwikkeling. Dit gee nie die hele reg van die Bantoe nie, dit bespreek nie die baie basiese probleme in verband met dié reg krities nie. Dit is dan ook opvallend dat die volkekundige dikwels 'n heeltemal ander beeld van die reg van die Bantoe gee. Die indruk ontstaan dat juriste die reg van die Bantoe behandel sonder inagneming van volkekundige bronne, en dat volkekundiges weer dié reg behandel asof 'n juridiese tradisie gegrond op die toepassing van die reg van die Bantoe in professionele houe gedurende meer as 'n eeu geen invloed op regsontwikkeling gehad het nie. Dis jammer, want die ontwikkeling van die reg van die Bantoe kan alleen geskied deur samewerking tussen juriste en volkekundiges.

<sup>23</sup>Suttner RS „The study of 'Bantu law' in South Africa: a Review Article” *Acta Juridica* 1968 147 156.

<sup>24</sup>Boekbespreking BJ van Niekerk *Bantu Law in South Africa* by SM Seymour (third edition) 1970 *THRHR* 307, 309.

<sup>25</sup>Olivier NJJ *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* Butterworths Durban 1969.

<sup>26</sup>Seymour SM *Native Law in South Africa* (2e uitg) Juta & Kie Kaapstad 1960 xi.

Wat moet dan nog in verband met die reg van die Bantoe gedoen word? Ek kan slegs enkele voorbeelde gee:

(a) In die eerste plek is 'n sistematiese bewerking van die tradisionele reg van die Bantoe nodig. Ons verwag in die derde stadium 'n wisselwerking tussen twee regsisteme. Die een regsisteam, die algemene Suid-Afrikaanse reg, is reeds gesistematiseer, juridies bewerk en uit sy bronne opgebou tot 'n logiese, harmonieuse sisteem. Die ander, die tradisionele regstelsel of regstelsels van die Bantoe, sowel in sy oorspronklike vorm as soos aangepas by veranderde omstandighede, is grotendeels nog nie sistematies op skrif gestel en juridies bewerk nie. 'n Voorbeeld van wat gedoen behoort te word is die werk van Schapera oor die reg van die Tswana van Botswana,<sup>27</sup> 'n werk wat terselfdertyd wetenskaplik, deeglik en volledig is, maar ook so geskryf is dat dit vir die juris prakties bruikbaar is. Ek glo nie dat ons 'n soortgelyke werk oor die reg van enige Bantoevolk in Suid-Afrika het nie.

In ander dele van Afrika word ook aan die herformulering van die tradisionele gewoontereg vir juridiese doeleindes gewerk. Die School of Oriental and African Studies van die Universiteit Londen het 'n „Restatement of African Law Project” waaraan hulle al jare werk.<sup>28</sup> Sover ek kan vasstel is drie volumes reeds gepubliseer, naamlik oor die huweliksreg van Kenia en oor die erfreg van Kenia deur Cotran, en oor die huweliksreg van Malawi deur Ibik.<sup>29</sup> Die behoefte aan soortgelyke herformulerings van die gewoontereg word ook in Suid-Afrika gevoel, en die Universiteit van die Noorde het reeds 'n versoek van die Venda-gebiedsoowerheid ontvang om daarmee behulpzaam te wees. As dit, soos verwag word, ook deur ander gebiedsoowerhede verlang word, is dit nodig dat gekoördineerd opgetree word. In elk geval is behoorlike beplanning en besinning nodig voor so iets aangepak word.

(b) Met die nasporing van die bronne van die tradisionele reg van die Bantoe moet 'n ander vraag ook deeglik aangepak word. Het ons in Suid-Afrika te doen met een basiese tradisionele regstelsel van die Bantoe met plaaslike variasies of dialekte, of het ons te doen met aparte regstelsels wat apart aangepak moet word, alhoewel hulle tot dieselfde familie van regstelsels behoort?

In die praktyk van die tweede stadium van Bantoe regsontwikkeling, en in die boeke oor Bantoe reg vir die praktyk, is ongetwyfeld

<sup>27</sup>Schapera *I A Handbook of Tswana Law and Custom* 2e uitg OUP London 1955.

<sup>28</sup>*The Future of Law in Africa; Record of Proceedings of the London Conference* 28/12/59-8/1/60 Butterworths London 1960 16.

<sup>29</sup>*Restatement of African Law: Vol I: Kenya I: The Law of Marriage and Divorce* by Eugene Cotran 1968 xxxiv & 213; Vol 2: *Kenya II: The Law of Succession* by Eugene Cotran 1969 xxxi & 191; Vol 3: *Malawi I: The Law of Marriage and Divorce* by JO Ibik 1970 xviii & 214. Sweet & Maxwell London.

uitgegaan van die veronderstelling dat ons te doen het met een basiese regstelsel. Seymour en Olivier behandel nie die verskillende etniese groepe apart nie. In sy aantekening oor die stamgroepe meld Seymour:

„The Bantu peoples of the Republic may be divided into four main groups. Although there are important differences between these groups in language, culture, law and custom, in broad principle their laws are recognizably similar.”<sup>30</sup>

Aan die ander kant het taalkundiges en volkekundiges dit nog altyd in hulle wetenskaplike navorsing nodig gevind om die verskillende Bantoevolke in Suid-Afrika apart te behandel. Ook Van Vollenhoven onderskei negentien „rechtskringen” in Indonesië, en behandel hulle apart in meer as 600 bladsye van sy werk, waarna hy die adatreg as geheel behandel.<sup>31</sup>

In Suid-Afrika is, sover my bekend, die vraag nog nooit wetenskaplik aangepak nie, maar aan die begin van die derde stadium van Bantoeeregsonwikkeling lyk dit ’n basiese vraag.

(c) Die toekoms van die reg van die Bantoe verg aandag. Buite Suid-Afrika is in simposia en publikasies ernstig aandag gegee aan die toekoms van die reg van die inheemse bevolking in soveel verskillende lewensomstandighede, gewoonlik met spesiale verwysing na die toekoms van die tradisionele gewoontereg. In Suid-Afrika is hieraan nog weinig gedoen,<sup>32</sup> en kritiese bespreking van die toekoms van die reg van die Bantoe deur juriste lyk dringend noodsaaklik.

(d) Terselfdertyd moet al die verskillende onderafdelings van die reg van die Bantoe sistematies aangepak word met inagneming van beide regstelsels. Onderafdelings wat nie gewoonlik voor die houe kom nie, soos grondreg, staatsreg, strafreg en prosesreg, het nog weinig regs-wetenskaplike aandag gekry, maar is nou vir regsontwikkeling en algemene ontwikkeling van groot belang.

(e) Ook die gedeeltes van die reg van die Bantoe wat wel gereeld voor die houe kom vereis nog veel meer juridiese bewerking. Ek noem twee voorbeelde:

(i) Ek het aan die begin van die referaat gemeld dat Allott familie-eiendom „the central institution of African family law” noem. Dit is

<sup>30</sup>Seymour a w (derde uitg) xxiii.

<sup>31</sup>Van Vollenhoven a w Deel 1 Tweede Afdeling 133-755.

<sup>32</sup>Suttner RS in sy resensie van „Africa and Law: Developing Legal Systems in African Commonwealth” *Nations Acta Juridica* 1968 229-230 merk op: „He (di Schiller) goes on to describe what he calls the ‘hackneyed’ question of the ‘future of customary law.’ That this question can be so described by a leading scholar on African law should give South African academics in this field some cause for reflection, since to the reviewer’s knowledge, there have only been a handful of papers which touch on this issue in South Africa.”

'n begrip wat wel in sommige van sy praktiese toepassings in ons positiewe reg van die Bantoe erken word, maar sover my bekend is dit nooit as begrip in al sy konsekwensies deur iemand bespreek nie. Nou is dit maar 'n heel enkele maal dat 'n saak van die Bantoe-appèlhof by die appèlhof uitkom, en mens hoop dan op 'n rigtinggewende vonnis. In die drie jare 1967, 1968 en 1969 was *Mgozha v Mgozha* 1967 2 SA 436 (A) die enigste sodanige saak. Dit het duidelik met die begrip familie-eiendom te doen gehad, en met die ewe belangrike vraag van regsconflik. 'n Vader wou sy seuns afsit van grond wat hy volgens Bantoreg van die grootvader van die seuns geërf het, grond wat die grootvader in eiendom gehou het volgens kaart en transport, dus volgens die algemene Suid-Afrikaanse reg. In die beredenering van die saak voor die Bantoe-appèlhof word die begrip familie-eiendom nooit genoem nie, en volgens die toegelate gronde van appèl, wat heeltemal tegnies was, kon dit ook nie deur die appèlhof in behandeling geneem word nie. Die gevolg is dat alhoewel die Hoofregter bevind dat „the heir ‘steps into the shoes of his predecessor,’ inherits all his rights, and also his liabilities,” en dat „it is not clear, on the information before this court, that the court a quo did not go too far . . . in grant[ing] an order for ejectment . . .,” die appèlhof verhinder is om hierdie hele aspek van die saak in oorweging te neem. Nòg die verpligting van die erfgenaam volgens Bantoreg teenoor ander familieleden ten opsigte van familie-eiendom as opvolger van die persona van die erflater, nòg die aspekte van regsconflik tussen die twee regstelsels kon in die appèlhof behandel word. Ek is oortuig dat dit anders sou gewees het as die begrip familie-eiendom in Bantoreg al behoorlik ontleed was.

(ii) Ook in die onderwerp waaroor ek persoonlik nou navorsing doen, die gemeenregtelike huwelik van die Bantoe, is daar veel aspekte wat nie krities verwerk is nie. Soos die naam aandui, word dit geheel deur die algemene Suid-Afrikaanse reg beheers, maar dit verskil in belangrike opsigte van die huwelik van die ander volksgroepe. In Transvaal en Natal word dit ten dele beheers deur wetgewing wat voor Unie aanvaar is, terwyl die Bantoe-administrasiewet die algemene Suid-Afrikaanse reg in belangrike opsigte wysig. Artikel 22 gee 'n eie vermoënsregtelike bedeling vir die huwelik van die Bantoe, en probeer die posisie bepaal in geval van 'n vorige tradisionele huwelik - die sogenaamde gebruiklike verbinding - van een van die partye met iemand anders. Regulasies ingevolge dié wet bepaal dat die boedel van 'n persoon wat gemeenregtelik getroud is, gewoonlik volgens Bantoreg vererf. Ook word egskeidings gewoonlik in besondere Bantoe-egskeidingshowe behandel, met aparte omskrywing van jurisdiksie en aparte reëls.

Behalwe die statutêre bepaling bied die gemeenregtelike huwelik van die Bantoe ook eiesoortige probleme omdat dit steeds gesien moet word teen die agtergrond van die tradisionele Bantoehuwelik. 'n Groot



aantal gemeenregtelike huwelike is oorspronklik aangegaan as tradisionele huwelike en later omskep in gemeenregtelike huwelike, dikwels om godsdienstige of administratiewe doeleindes. In die meeste gevalle word die vormvereistes van die tradisionele huwelik én die vormvereistes van die gemeenregtelike huwelik beide in ag geneem en word nog *lobolo* betaal<sup>33</sup> . . . en die Bantoe self beskou dit ongetwyfeld nie altyd as 'n suiwer gemeenregtelike instelling nie.

Volgens getalle is die gemeenregtelike huwelik van die Bantoe ook belangrik. In 1968, die laaste jaar waarvoor ek vergelykende syfers het, is 48 834 gemeenregtelike huwelike voltrek tussen Bantoes in Suid-Afrika (met inbegrip van die Transkei, wat 'n eie registrasiesisteem het), teenoor 36 788 tussen blankes. Van die totaal vir alle rasse vir 1968 van 102 681 was die Bantoehuwelike ongeveer 48%.<sup>34</sup>

Die gemeenregtelike huwelik van die Bantoe bied baie eiesoortige probleme. Wie moet toestemming gee tot die huwelik van 'n minderjarige wat gebore is uit 'n tradisionele huwelik, 'n gebruikelike verbinding? Volgens bestaande praktyk is dit die vader van die bruid.<sup>35</sup> Wat gebeur met die vorige tradisionele huwelik van een van die partye met 'n ander persoon? Volgens Holleman „verdamp” dit as dit met die gemeenregtelike huwelik in botsing kom,<sup>36</sup> 'n taamlik onseremoniële manier om 'n egverbintenis wat ook 'n regsverbintenis is met verreikende gevolge vir die partye en hulle kinders te beëindig. Al wat oorbly is die taamlik leë dop van die beskerming van die materiële regte van die ander party en die kinders. Ook die vermoënsregtelike posisie, die regte op die kinders by ontbinding en die betekenis van *lobolo* gee baie probleme. Egskeidings word verhoor deur 'n hof wat bestaan uit lede van die Bantoe-appèlhof in 'n ander hoedanigheid, maar hulle mag in die Bantoe-egskeidingshof feitlik geen gebruik maak van hulle kennis van Bantoeereg nie. Hulle moet in beslissings oor regs vrae waar *lobolo* in Bantoeereg 'n groot rol sou speel, die al dan nie betaling van *lobolo* heeltemal buite rekening laat, en hulle het geen reg om in hierdie hof oor *lobolo* te bereg nie. En 'n mens is dikwels pynlik bewus dat die reg wat die hof toepas totaal verskil van die reg wat die partye nalewe.

In sy geheel is die gemeenregtelike huwelik van die Bantoe 'n regsinstelling wat die lewe van miljoene Bantoe ten nouste raak, en

<sup>33</sup>Holleman JF „Die Bantoehuwelik op die Kruispad” 1962 *Tydskrif vir Rasse-aangeleenthede* 102.

<sup>34</sup>Gegewens ten opsigte van die Bantoe verkry van die Bantoebewysburo, Pretoria, en van die Sekretaris van Binnelandse Sake van die Transkeise Regering, en ten opsigte van die ander groepe uit *Bulletin van Statistiek* Vol 4 No 3 Sept 1970 Tabel A6.

<sup>35</sup>*Handboek vir Huweliksbevestigings* Dept van Binnelandse Sake: Voorskrifte aan Huweliksbevestigings 6(3).

<sup>36</sup>Holleman JF a w 95.

wat sorgvuldige aandag en oorweging verdien ook in sy verhouding tot die tradisionele Bantoehuwelik. Tog soek mens byna tevergeefs na 'n kritiese ontleding deur juriste van hierdie regsinstelling. Hahlo behandel in sy uitstekende boek oor familiereg dit terloops en nie sistematies in al sy konsekwensies nie. Seymour en Olivier behandel dit net in verband met die huidige positiewe reg. 'n Omvattende kritiese ontleding, so nodig in die derde stadium van Bantoe regsontwikkeling, ontbreek.

So is daar baie ander probleme in verband met die reg van die Bantoe wat nog wag op juridiese navorsing. Van Vollenhoven bevind dat die teenstelling tussen sakereg en verbintenisreg aan die adatrek van Indonesië vreemd is.<sup>37</sup> Wat is die posisie met die gewoontereg van die Bantoe? Ek glo nie iemand weet nie. Het iemand al ooit ondersoek in hoever die verskil in die inhoud van regsbegrippe soos koop en huur van grond of ruil van roerende sake tussen die twee regsisteme, en die botsings wat uit misverstand hieroor gebore is, ons hele geskiedenis beïnvloed het?

In Suid-Afrika is daar op hierdie tydstip 'n dringende behoefte aan 'n omvattende, sistematiese, wetenskaplike bewerking van die hele reg van die Bantoe. Dit is een van die belangrikste bydraes wat die juris kan lewer tot ontwikkeling en vooruitgang van die Bantoe, wat 70% van ons totale bevolking vorm.

(4) Wat moet ons in verband met hierdie saak doen? Dié vraag wil ek graag aan bespreking deur u oorlaat; ek gee net enkele gedagtes.

Ek glo nie dat dit 'n saak is wat deur ons Vereniging self aangepak moet word nie. Ons moet duidelik die aandag vestig op die noodsaaklikheid en ons hulp aanbied. Die samewerking van volkekundiges, die Bantoe self en die verskillende Bantoe-owerhede en die persone belas met Bantoe regspleging en ander belangstellendes moet verkry word. Die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing lyk die aangewese liggaam om die werk te koördineer en administratiewe en finansiële hulp te verskaf. Ek sou graag sien dat dit val onder 'n spesiale komitee van die raad, klein maar verteenwoordigend, met 'n algemeen erkende juris wat nie noodwendig met Bantoe reg gemoeid is nie as voorsitter. Dit sal vertroue skep in die onderneming, nie alleen by die juriste nie, maar ook by die Bantoe. Die komitee moet ook sorg dra dat werk van gehalte gelewer word. Die onderneming kan later moontlik tot 'n instituut uitgebou word.

Wie gaan die werk aanpak? Dit moet seker nie net deur persone uit ons geledere gedoen word nie. Maar ek sien ook moontlikhede

---

<sup>37</sup>Van Vollenhoven a w II 579.

van spanwerk uit ons geledere. Aan die universiteite vir die Bantoe in ons land is op die oomblik al meer as 20 regsdosente. By die meeste ander universiteite is daar ten minste een dosent wat spesialiseer in Bantoereg. As hierdie mense gemotiveer en tyd en geld aan hulle vergun kan word om 'n bydrae te lewer, kan hulle veel vermag. Enkele voltydse navorsingsposte kan geskep word. Ander regsdosente kan veel doen om te help en te lei met hulle wye ervaring. Ek is oortuig dat as die saak vir ons werklik erns is, dit gedoen kan word, en daardeur 'n bydrae gelewer kan word tot die vooruitgang en ontwikkeling van die Bantoe.

### SUMMARY

#### **Bantu development - what can lawyers contribute?**

Bantu law in South Africa presents interesting jurisprudential problems, for not only does it encompass the moulding of Bantu customary law to the general principles of South African law, but it possibly entails the moulding of South African law to the principles of Bantu law as well.

Allott, in his work on African law, submits that its development can, in general, be demarcated into three stages, *viz.* the "pre-colonial", "colonial" and "independent" eras. It appears that substantially the same can be said of Bantu law in South Africa.

The Bantu territories in South Africa are on the threshold of significant constitutional, agricultural, economic and social development and it is imperative that the development in these fields must take place within the framework of an adequate legal system. If it is accepted that Bantu law can make a contribution to these "emergent" legal systems then it becomes essential for jurists not only to take cognisance of the existing Bantu positive law, but also to systematize and explain its fundamental concepts and to enquire, *inter alia*, whether a common basis for the law of the various ethnic groups does not perhaps exist. Although a knowledge of anthropology and a Bantu language will facilitate the task of the jurist, the problem is, strictly speaking, a jurisprudential one. □

# Enkele gedagtes oor die juridiese aard en inhoud van menseregte en fundamentele vryhede

J Neethling

*Universiteit van Suid-Afrika*

Die ontstaan van die begrip „menseregte” word vandag algemeen toegeskryf aan ’n reaksie teen totalitêre staatsoorheersing en die arbitrêre optrede van staatsorgane. So verklaar Moskowitz:<sup>1</sup> „Human freedom and liberty are the fruits of the struggle against the authority of the state.” Die filosofiese grondslag van menseregte is dat daar sekere Godgegewe of aangebore regte<sup>2</sup> bestaan wat aan die individu in persoonlike hoedanigheid toekom en fundamentele en onvervreem-

---

<sup>1</sup>*Human Rights and World Order* (New York 1958) 159; sien ook Bettermann KA Neumann FL en Nipperdey HC *Die Grundrechte* (I) (Berlyn 1966) 5 e.v.; Storey RG *Our Unalienable Rights* (Springfield 1965) 17 e.v.; Müller JP *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts* (Bern 1964) 5 verklaar ook: „Die Freiheitsrechte . . . erscheinen unmittelbar als Reaktionen auf die Verletzungen elementarer Lebensfreiheiten im absolutistischen Staat. In den verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheitsrechten hat der Bürger eine Waffe geschmiedet zur Abwehr schrankenloser politischer Macht, die seinen Eigenwert missachtete und ihn der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit beraubte.”

<sup>2</sup>Oor die filosofiese dispuut of natuurreg dan wel Goddelike reg die grondslag van hierdie regte is, wil ek my nie uitlaat nie, maar volstaan deur te verwys na enkele opvattinge in dié verband. Die Portugese Konstitusie (a 359) omskryf menseregte as „the rights which are inherent in man and which the Civil Law recognizes and protects as the source and origin of all other rights” - *Yearbook on Human Rights - First Supplementary Volume* (New York 1959) 196; a 72 van die Turkse Konstitusie omskryf persoonlike vryheid as ’n „natural right” - *Yearbook on Human Rights* - FSV a w 222; Klenner H *Studien über die Grundrechte* (Berlyn 1964) 13 praat van „das geschichtliche Recht, das mit uns geboren ist”; In Nederland is by die oorweging van die konsep van die Europese Konvensie tot die Beskerming van die Regte van die Mens die standpunt gestel dat daarin erkenning gegee word aan die feit dat menseregte hulle diepste fundering vind in die ordening deur God van Sy Skepping. Desnieteenstaande is dié erkenning tog weggelaat by die ondertekening van die Konvensie - sien hieroor Schermers HG *Het Europese Verdrag tot Bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (Amsterdam 1964) 10; sien ook in die algemeen Beinart B „Liberty of the Subject” 1953 *THRHR* 27.



bare attribute van sy sosiale bestaan uitmaak.<sup>3</sup> Jefferson<sup>4</sup> skryf in hierdie verband:

„The God who gave us life gave us liberty at the same time . . . The sanctity of these rights is evident from the fact that Congress did not create the rights, but the language<sup>5</sup> is emphatic that the objective was to secure those fundamental rights of man . . . Hence it is evident that the objective was not to ‘create’ but to ‘secure.’ This implies protection, preservation, guarantee.”

As met menseregte bedoel word natuurlike regte (aangebore of Godgegewe), dan is hul beliggaming in morele norme nog nie bewys van hul juridiese bestaan nie.<sup>6</sup> Vir doeleindes van my bespreking sal ek nie verder op die filosofiese grondslag van menseregte ingaan nie. Wél is van belang die positiefregtelike betekenis van menseregte, di naamlik welke menseregte regtens erken en beskerm moet word. Drost<sup>7</sup> verklaar:

„In our conception the recognition of human rights is the answer and solution to the claims and possibilities of the individual in society. Human rights are based on the positive acknowledgement by organised society of the social conditions of the individual necessary to accomplish communal ends . . . We want to know which human rights should be observed and enforced in positive law regardless of their existence in natural law.”

Om die positiefregtelike betekenis van menseregte te bepaal, moet onderskei word tussen state waar menseregte konstitusioneel verskans of gewaarborg is en state waar sodanige verskansing nie bestaan nie. Suid-Afrika en Brittanje kan as voorbeeld van laasgenoemde state dien. Enersyds word menseregte positief in hierdie state gemeenregtelik en wettereglik erken.<sup>8</sup> Andersyds geskied die erkenning deur die werking van ’n vermoede.<sup>9</sup> Daar bestaan naamlik ’n vermoede dat alle persone ’n aanspraak op bv vryheid van spraak het vir sover daar geen regsreël bestaan wat vryheid van spraak inperk of aan bande lê nie. Anders gestel, inbreukmaking deur die staat op vryheid van spraak is ongeoorloof behalwe vir sover daar ’n regsreël bestaan wat die inbreukmaking veroorloof.<sup>10</sup> Vryheid van spraak word dus erken, al is dit op negatiewe wyse deur die werking van die vermoede.

<sup>3</sup>Sien Beinart a w 27; sien ook Szabo I en Kovacs I *Socialist Concept of Human Rights* (Boedapest 1966) 27.

<sup>4</sup>Soos aangehaal deur Storey a w 4.

<sup>5</sup>Van die sogenaamde *Bill of Rights* wat deel vorm van die Amerikaanse Konstitusie. Sien VerLoren van Themaat *Staatsreg* (Durban 1967) 127 oor die inhoud van die *Bill of Rights*.

<sup>6</sup>Fitzgerald PJ *Salmond on Jurisprudence* (Londen 1966) 218-9 toon die onderskeid tussen morele norme en juridiese norme duidelik aan; sien ook Jennings WI *The Law and the Constitution* (Londen 1948) 242.

<sup>7</sup>*Human Rights as Legal Rights* (Leiden 1965) 163-4; sien ook Beinart a w 27.

<sup>8</sup>Sien VerLoren van Themaat a w 129-30 en 319 e v spesifiek oor stemreg.

<sup>9</sup>Jones RH *Constitutional and administrative law* (Londen 1968) 112 verklaar: „Liberty is not guaranteed in Britain, it is residual and presumed to exist unless a specific rule of common law or statute encroaches on it.”

<sup>10</sup>Sien Jennings a w 243; Beinart a w 32-4 en Szabo en Kovacs 65-9.

Die posisie is anders in state soos die VSA en Duitsland waar menseregte op positiewe wyse in 'n konstitusie verskans of gewaarborg is.<sup>11</sup> Hierdie verskansing bring mee dat menseregte in dié state waarskynlik meer doeltreffend beskerm word as in state soos Suid-Afrika en Brittanje.<sup>12</sup> Ten spyte van die verskansing geld menseregte in hierdie state nooit absoluut nie maar word deurgaans die kwalifikasie gestel dat daar regmatig op so 'n reg inbreuk gemaak kan word vir sover dit in ooreenstemming met die reg geskied.<sup>13</sup>

Omdat menseregte en fundamentele vryhede, vir sover hulle positiefregtelike betekenis het, gaan om die handhawing daarvan teen arbitrêre staatsoptredes, is 'n bepaling van die regsverhouding wat bestaan tussen die onderdaan en die staat waarbinne hierdie regte geld, noodsaaklik. Hierdie regsverhouding impliseer dat die staat aan die reg gebonde is en die regte en vryhede van die onderdaan moet respekteer vir sover die objektiewe reg nie daardie beskerming teenoor die staat ingekort het nie.<sup>14</sup> Van Apeldoorn<sup>15</sup> stel dié gebondenheid soos volg:

„En aan het recht is ook de overheid gebonden; zelfs in die mate dat zij geen enkel bindend bevel mag uitvaardigen hetwelk niet steunt op het recht, m a w op generlei wijze in de bijzondere belangen der burgers ingrijpen dan krachtens het recht.”

Die elemente van hierdie regsverhouding kan vasgestel word deur gebruik te maak van Hohfeld en andere se skema van die eenvoudigste gemene faktore wat in regsverhoudings teenwoordig is.<sup>16</sup> Soos Hahlo

<sup>11</sup>Sien VerLoren van Themaat a w 127.

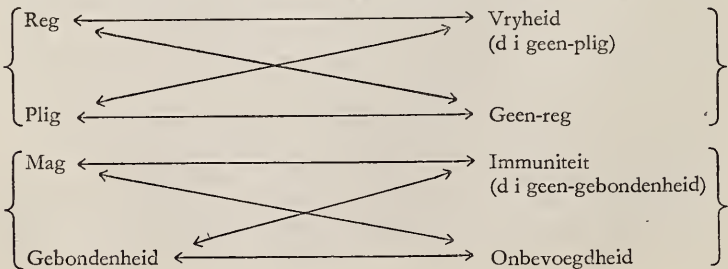
<sup>12</sup>Beinart a w 34; sien ook Hiemstra VG „Constitutions of Liberty” 1971 *SALJ* 53 e.v.

<sup>13</sup>Sien Jennings a w 243-4; a 2 (2) van die Konstitusie van Wes-Duitsland lui bv soos volg: „Everyone shall have the right to life and to inviolability of his person. The freedom of the individual shall be inviolable. *These rights may be infringed only pursuant to a law*” (my kursivering) - vertaling uit Hiemstra VG „Constitutions of Liberty” 1971 *SALJ* 47.

<sup>14</sup>Sien Wiechers M *Die Sisteematiek van die Administratiefreg* (Proefskrif Universiteit Pretoria 1964) 160; Forsthoef E *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* (Berlyn 1966) 177.

<sup>15</sup>LJ *Inleiding tot de Studie van Het Nederlandse Recht* (Amsterdam 1959) 129.

<sup>16</sup>Sien Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System and its Background* (Kaapstad 1968) 80-2; Paton GW *A Text-Book of Jurisprudence* (Oxford 1964) 254-8; Fitzgerald a w 224 e.v. Die uiteensetting sien skematies soos volg daaruit:



en Kahn<sup>17</sup> dit stel is die voorafgaande ontleding nie alleen van belang om 'n suiwer gedagte- en begrippe-uitdrukkingsvermoë te bekom nie, maar ook om in 'n gegewe geval die elemente van 'n bepaalde regs-verhouding konkreet vas te stel.

Die regsverhouding tussen staat en onderdaan met betrekking tot menseregte en vryhede kan nou soos volg gestel word: Waar die onderdaan 'n bepaalde reg het, bv eiendomsreg, het die staat 'n korrele plig om nie daarop inbreuk te maak nie. Dié reg impliseer verder dat die staat geen vryheid het om daarop inbreuk te maak nie, asook die afwesigheid van 'n geen-reg by die onderdaan. Het die onderdaan 'n bepaalde vryheid, bv vryheid van spraak, is die staat se geen-reg om op die vryheid inbreuk te maak die korreleat daarvan. Die vryheid veronderstel verder die afwesigheid van 'n plig by die onderdaan en impliseer die afwesigheid van 'n reg by die staat om daarop inbreuk te maak. Nou ontstaan daar 'n probleem: die verhouding tussen staat en onderdaan, soos hierbo uiteengesit, veronderstel dat die onderdaan en die staat op 'n gelyke vlak teenoor mekaar staan. Die staat het egter uit hoofde van sy grotere wilsmag<sup>18</sup> die mag om die onderdaan se regte en vryhede te beperk. Die onderdaan weer is gebonde aan hierdie beperkings en is nie immuun nie. Die verhouding staat-onderdaan vertoon dus 'n tweeledige karakter: enersyds is die staat gebonde tot respektering van onderdaans-regte en vryhede en andersyds is die staat uit hoofde van sy mag bevoeg om die onderdaansregte en vryhede aan bande te lê. Die vraag ontstaan nou of hierdie verhouding privaat-regtelik of publiek-regtelik van aard is.

### ONDERSKEID TUSSEN PUBLIEK- EN PRIVAATREG

Die onderskeid tussen publiek- en privaatreg word vandag deur vele verwerp.<sup>19</sup> Nieteenstaande hierdie verwerping, kan tog nie ontken word nie dat die belange wat deur die reg gereël word, van tweërlei aard

---

Volgens dié uiteensetting bestaan daar agt fundamentele elemente. Die hakies verbind die korrele, bv die aanwesigheid van 'n reg by A korreleer altyd met die aanwesigheid van 'n plig by B. Die kruislyne verbind die teenoorgesteldes, bv die aanwesigheid van 'n reg by A dui altyd op die afwesigheid van 'n geen-reg by A. Die horisontale lyne dui op die teenstrydiges, bv die aanwesigheid van 'n reg by A dui op die afwesigheid van 'n vryheid by B. 'n Reg word hier gebruik in die betekenis van 'n juridies afdwingbare eis; 'n vryheid beteken dat iemand iets mag doen of nie doen nie sonder om andere se regte te affekteer - Pound R *Jurisprudence* (IV) 1959 114; Hahlo en Kahn a w 82; 'n mag beteken dat iemand deur sy doen of late regsverhoudinge tussen homself en derdes of tussen derdes alleen tot stand kon bring; immuniteit is 'n negatiewe begrip - dit beteken dat iemand onaantasbaar is om sy regsverhoudinge deur 'n ander te laat affekteer - Hahlo en Kahn a w 82.

<sup>17</sup>a w 82.

<sup>18</sup>Wiechers a w 20.

<sup>19</sup>Van Apeldoorn a w 126.

is, te wete algemene of publieke belange en besondere of private belange.<sup>20</sup> Soos Van Apeldoorn<sup>21</sup> aantoon, is algemene belang asook private belang by alle regsreëls betrokke. Die kriterium vir die onderskeid tussen privaat- en publiekreg is egter nie geleë in hierdie betrokkenheid nie, „maar wél hierin dat het publiekrecht *regelt* algemene belangen, het privaatrecht *regelt* private belangen.” Die algemene belang is óf aktief óf passief by alle regsreëls betrokke. ’n Aktiewe rol vervul die algemene belang by alle regsreëls omdat dit eerstens die bestaan van die reg self eis en tweedens omdat dit eis dat die inhoud van die reg sodanig moet wees dat dit sy funksie van regverdige en vreedsamê ordening van die gemeenskap so goed moontlik vervul - dus ook van private belange. Die algemene belang vereis egter nie slegs ’n afbakening en beskerming van individuele belange nie, maar ook dat die behartiging daarvan nie tot nadeel van die gemeenskaps- of algemene belang strek nie. Laasgenoemde word verleen by die publiekreg aangesien die algemene belang behalwe aktief, ook passief hier betrokke is: dit is met ander woorde hier ook die objek van die reëling.<sup>22</sup>

By die privaatreëling, daarenteen, is die voorwerp van die reëling die private belang en speel die openbare belang slegs ’n aktiewe rol vir sover dit eis dat private persone hulle private belange moet *kan* behartig - met ander woorde dat hulle in staat moet wees daartoe. Maar die algemene belang eis nie dat die reëls van die privaatreëling inderdaad gehandhaaf *word* nie.<sup>23</sup> Handhawing van die reëls van die privaatreëling word dus aan die individu self oorgelaat.

Strauss<sup>24</sup> beskou Van Apeldoorn se uiteensetting as onloënbaar aangesien dit berus op ’n onderskeiding tussen die algemene belang as beïnvloedende faktor by die afbakening van private belange en die algemene belang as die voorwerp van die reëling van sekere regsnorme. Alhoewel ’n skerp grens tussen algemene en private belang nie altyd moontlik is nie, maak dit nie die kriterium onbruikbaar by die onderskeid tussen privaat- en publiekreg nie.

Die mens is tegelykertyd individu en lid van ’n gemeenskap, maar dit maak onderskeiding tussen die mens as individu en as sosiale wese nie onmoontlik nie. Private en algemene belange kan dus onderskei word en op hierdie onderskeiding berus die onderskeid tussen publiek- en privaatreëling.<sup>25</sup>

<sup>20</sup>t a p; sien ook Strauss SA *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreg en die Deliktereg* (Universiteit Suid-Afrika 1963) 268 e v, waar hy die onderskeid tussen publiek- en privaatreëling behandel.

<sup>21</sup>a w 127.

<sup>22</sup>a w 128; Strauss a w 269-70.

<sup>23</sup>Strauss a w 27.

<sup>24</sup>t a p.

<sup>25</sup>Van Apeldoorn a w 130-1.



Soos hierbo gestel, vertoon die verhouding staat-onderdaan 'n tweeledige karakter - enersyds is die staat gebonde tot respektering van regte en vryhede en andersyds kan die staat hom van hierdie gebondenheid onthef. Die vraag ontstaan nou of hierdie verhouding, in die lig van die uiteensetting hierbo, privaatregtelik of publiekregtelik van aard is. Vir sover individuele regte en vryhede, dws die private belang, voorwerp van die regsreëling is en die staat gebonde is tot respektering daarvan, is die verhouding staat-onderdaan privaatregtelik van aard. Die openbare belang is hier nie voorwerp van die regsreëling nie maar is, soos hierbo aangedui, slegs aktief by die regsreëling betrokke. Hierdie betrokkenheid van die openbare belang by die reëling van die private belang vereis die gebondenheid van die staat tot respektering van onderdaansregte en vryhede om sodoende die regverdigte en vreedsame ordening van die gemeenskap so goed moontlik te vervul. Vir sover die staat in openbare belang die regte en vryhede beperk en die openbare belang voorwerp van die regsreëling is, is die verhouding staat-onderdaan publiekregtelik van aard. Hierdie beperking impliseer nie dat die staat nou nie meer gebonde is tot respektering van individuele regte en vryhede nie, maar beteken dat die staat nie gebonde aan die regte en vryhede is nie slegs vir sover die beperkings in openbare belang hom nie meer gebonde maak nie. Ook hier vereis die aktiewe betrokkenheid van die openbare belang by dié regsreëling dat die staat onderdaansregte en vryhede slegs ooreenkomstig die regsreëling van die openbare belang mag beperk.<sup>26</sup>

By menseregte vertoon die verhouding staat-onderdaan dus aan die eenkant 'n publiekregtelike karakter en aan die anderkant 'n privaatregtelike karakter. Privaatreg en publiekreg, of private en openbare belang, ontmoet hier en kan tot 'n konflik van belange lei. Om hierdie belangebotsing te vermy, is 'n versoening en afweging van belange noodsaaklik.<sup>27</sup> Die afbakening van die grense tussen wat die mens as individu vrystaan en die mens as sosiale wese nie vrystaan nie, moet bewerkstellig word. Soos Van Apeldoorn aanvoer:

---

<sup>26</sup>Hier kan daarop gewys word dat volgens die moderne twintigste-eeuse opvatting die staat en sy aktiwiteite „as 'n omvattende eenheid gesien word waarbinne die individu as kollektiewe wese sy besondere plek het en inskakeel by 'n groter regsorde. Die groter regsorde se regsgrondslae is die openbare belang en staatsveiligheid en vind sy vervulling in die moderne welvaartstaat” (Wiechers M *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* (Universiteit Suid-Afrika 1969) 7-8). Die posisie van die individu moet dus gesien word in die lig van die openbare belang en so 'n benadering negeer geensins individuele regte en vryhede nie „dog erken individuele vryhede en regte as essensiële gegewe vir die verwesenliking van die groter staatswelvaart” (a w 8; sien veral ook n 20).

<sup>27</sup>Drost a w 168; Moskowitz a w 160; Abraham HJ *Freedom and the Court* (Londen 1967) 3; Street H *Freedom, the Individual and the Law* (1963) 13; en Denning A *Freedom under the Law* (Londen 1949) 4.

„Het is dan ook een onderscheiding die niet enkel opgaat voor het Nederlandse recht of voor het positieve recht van een bepaald volk of een bepaalden tijd, maar zij ligt ten grondslag aan *elke* rechtsordening.”<sup>28</sup>

Die afbakening van belange impliseer enersyds dat die staat nie onderdaansregte en vryhede willekeurig of arbitrêr kan beperk nie omdat hy die regte en vryhede moet respekteer. Andersyds moet die staat sy taak om die openbare belang te orden, d w s om vrede, orde en stabiliteit in die staatsgebied te handhaaf, volvoer. Versoening en afweging van individuele en openbare belang is 'n vereiste vir geregtigheid, aangesien nòg ongebondenheid, nòg absolute gebondenheid tot regverdigde resultate kan lei. Daarom verklaar Brunner:<sup>29</sup>

„Rechtlich gesehen, is *Gerechtigkeit* das Ergebnis des Ausgleichs zwischen *rechtlicher Freiheit* und *rechtlicher Gebundenheit*.”

Die wyse waarop hierdie belange-afweging moet geskied, sal van staat tot staat en geval tot geval beslis moet word. Dit is 'n vraag waarop ek in hierdie bespreking nie verder ingaan nie.<sup>30</sup>

Soos gestel, is die verhouding staat-onderdaan, vir sover die staat gebonde is tot respektering van individuele regte en vryhede, privaatregtelik van aard aangesien die private belang hier voorwerp van die regsreëling is. Menseregte en vryhede verteenwoordig hier die private belang. Die vraag ontstaan nou na die juridiese aard van menseregte en fundamentele vryhede. Volgens Wiechers<sup>31</sup> moet onderskei word tussen subjektiewe regte, bevoegdhe<sup>32</sup> en die sogenaamde publieke vryhede.<sup>33</sup> Voorbeelde van laasgenoemde is vryheid van beroep, van kontraksluiting, ens - kortom „*die vryheid om in 'n regsbetrekking met ander persone of die administrasie te tree waaruit daar subjektiewe regte (bv vorderingsregte uit kontrak) of bevoegdhede (bv stemreg) voortvloei.*”<sup>34</sup> Daar is egter 'n aantal besware teen hierdie stelling in te bring. In die eerste instansie staan die onderdaan, soos hierbo aangevoer, reeds in 'n bepaalde regs-betrekking teenoor die staat ten aansien van sy vryheid. Die staat het

<sup>28</sup>a w 131; sien ook Von Hippel E *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte* (Berlyn 1965) 23.

<sup>29</sup>*Rechtsstaat gegen Totalstaat* (Zürich 1948) 49.

<sup>30</sup>Die probleem van belange-afweging is vandag akuit in die demokratiese state. So verklaar Cohen W, Schwartz M en Sobul D *The Bill of Rights - A Source-book* (New York 1968) 155: „The judicial enforcement of the Constitutional guarantees with respect to arrest [en so meer] has put in sharp focus the modern dilemma of the conflict between the protection of individual rights and the enforcement of the law. On the one hand there is the value of protecting the individual from arbitrary police conduct; on the other hand, the value of solving crimes and convicting criminals”; sien ook Abraham a w 101.

<sup>31</sup>a w 315.

<sup>32</sup>Sien ook Joubert WA *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (Kaapstad 1953) 119.

<sup>33</sup>Publieke vryhede is miskien 'n ongelukkige terminologie aangesien dit hier gaan om individuele vryheid.

<sup>34</sup>Wiechers a w 316.

geen reg tot aantasting van die vryheid nie en daar bestaan 'n vermoede van vryheid vir sover die staat nie in openbare belang die vryheid ingeperk het nie. Tweedens is dit goed in te dink dat 'n persoon bevoeg is om sy vryheid uit te oefen sonder om daardeur 'n subjektiewe reg of bevoegdheid te verwerf. Laastens kan subjektiewe regte natuurlik ook ontstaan sonder dat daar in 'n regsbetrekking met ander persone of die administrasie getree word, bv persoonlikheidsregte, immaterieël-goedereregte, eiendomsreg deur verjaring, ens.

Die publieke vryheid is 'n algemeen menslike kenmerk<sup>35</sup> wat by die regsobjektiewiteit self hoort, nie die gevolg van die een of ander regshandeling is nie en die hele gebied van menslike wilsuiging en self-uitlewing binne die grense van die reg omvat - in kort „die selfbestemmingsvryheid van die mens in die samelewing.”<sup>36</sup> Soos hierbo aangetoon, geniet hierdie vryhede positiefregtelike erkenning in Suid-Afrika en Brittanje deur die werking van 'n regsvermoede. Die rede waarom dit belangrik is om publieke vryhede as menseregte te handhaaf, is omdat dit nie nodig is vir die individu om te bewys dat hy reeds 'n bepaalde reg of bevoegdheid verkry het nie, maar slegs dat hy vry is om op 'n bepaalde wyse op te tree.<sup>37</sup> Hieruit kan dan regte of bevoegdhede vir hom voortspruit.

Vir sover menseregte op 'n regsobjek betrekking het, is hulle privaatregtelike subjektiewe regte.<sup>38</sup> 'n Regsobjek kan alles wees wat vatbaar is vir ekonomiese waardering (wat nie sinoniem aan geldelike markwaarde is nie, maar ook 'n *pretium affectionis* insluit). „Die feit dat bv by die skending van die goeie naam genoegdoening in die vorm van 'n geldbedrag betaal word, bewys dat hier ekonomiese belang in bogenoemde wye sin van die woord aanwesig is.”<sup>39</sup> Beskou mens nou bv die reg op persoonlike vryheid as mensereg, dan is dit duidelik dat dié reg betrekking het op 'n ekonomies waardeerbare regsgoed, nl die fisiese vryheid van die onderdaan. Die ekonomiese waarde daarvan in bogenoemde wye sin blyk bv uit die feit dat genoegdoening weens onregmatige arrestasie van die staat verhaal kan word. Die reg op persoonlike vryheid is dus 'n subjektiewe reg, te wete 'n persoonlikheidsreg.<sup>40</sup>

Sekere skrywers, soos Forsthoff,<sup>41</sup> voer aan dat waar die onderdaan aansprake teenoor die staat het wat deur die staat gerespekteer

<sup>35</sup>tap.

<sup>36</sup>Joubert a w 127; Wiechers a w 316.

<sup>37</sup>Wiechers a w 316.

<sup>38</sup>Joubert a w 119.

<sup>39</sup>a w 119-20.

<sup>40</sup>a w 131; Sien ook verder Joubert WA „'n Realistiese Benadering van die Subjektiewe Reg” 1958 *THRHR* 114-5 vir 'n kort samevatting van die momente van die subjektiewe regsbegrip.

<sup>41</sup>a w 181-4.

moet word, dié aansprake publieke subjektiewe regte is. Aan die publieke subjektiewe regte ontleen die onderdaan dan die vermoë om van die staat 'n spesifieke doen of late te verlang. Die belang van die onderdaan, wat van geval tot geval bepaal moet word, is dan die objek van hierdie publieke subjektiewe reg. Hierdie argumente gaan myns insiens nie op nie. In die eerste instansie ontken dit die prinsipiële onderskeid tussen vryhede, subjektiewe regte en bevoegdheid. Die blote feit dat die onderdaansbelange teen onregmatige aantasting van die staat beskerm word, plaas dit nie binne die kader van die publiekreg nie, aangesien dit steeds gaan om die reëling van private belange. Vir sover die publieke subjektiewe regte alle aansprake van die individu teenoor die staat omvat, is die benaming publieke *subjektiewe reg* onhoudbaar aangesien dit nie rekening hou met die basiese aard van die subjektiewe reg nie, nl die regsbetrekking tussen 'n subjek en 'n ekonomies-waardeerbare regsobjek.<sup>42</sup> Waar die regsobjek ontbreek, bestaan daar geen subjektiewe reg nie.

Soos hierbo aangevoer, kan 'n persoon uit hoofde van sy publieke vryheid in 'n regsbetrekking met die administrasie tree waaruit daar vir hom subjektiewe regte of bevoegdheid kan voortvloei<sup>43</sup> - dié bevoegdheid onderskei hulle van die subjektiewe regte vir sover hulle geen betrekking op 'n ekonomies-waardeerbare regsobjek het nie.<sup>44</sup> Wel verteenwoordig die bevoegdheid 'n belang van die onderdaan - 'n belang wat egter minder konkreet as die regsobjek is aangesien die ekonomiese waardeerbaarheid ontbreek.<sup>45</sup> Aangesien die staat 'n plig het om die bevoegdheid van die onderdaan nie op onregmatige wyse aan te tas nie, sal die onderdaan enige onregmatige aantasting kan betwis, maar sal hy nòg skadevergoeding, nòg genoegdoening kan verhaal.<sup>46</sup>

Ons kan nou tot 'n nadere omskrywing van menseregte probeer kom:

Menseregte, vir sover hulle regtens erkenning geniet, is òf publieke vryhede, òf subjektiewe regte òf bevoegdheid binne die kader van die privaatreë wat die individu teen ongeoorloofde aantasting deur die staat beskerm. Waar die staat in openbare belang menseregte

<sup>42</sup>Wiechers a w 160.

<sup>43</sup>Ter illustrasie kan stembevoegdheid geneem word: Voordat 'n onderdaan die bevoegdheid het om te stem, moet hy hom as kieser laat registreer. Die onderdaan besit die vryheid tot registrasie en, soos gesien, staan hy m b t sy vryheid reeds in 'n regsbetrekking teenoor die staat. Na registrasie staan hy in 'n ander regsbetrekking teenoor die staat aangesien hy nou die bevoegdheid het om te stem. (Bevoegdheid is hier identies aan reg in die uiteensetting hierbo - n 18 - gegee).

<sup>44</sup>Joubert a w 119.

<sup>45</sup>Wiechers a w 161.

<sup>46</sup>Wiechers a w 160-1 - die juridiese aard van bevoegdheid is steeds gegrond op die reëling van die private belang en val dus binne die kader van die privaatreë.



beperk, moet die beperking op sodanige wyse geskied dat 'n harmonieuse versoening van private teenoor openbare belang bewerkstellig kan word.

#### SUMMARY

##### **Some thoughts on the juridical nature and content of human rights and fundamental freedoms**

Human rights and freedoms protect the individual against arbitrary action of the state. In countries such as South Africa and Britain the rights and freedoms are recognized in law either positively or negatively, *ie* by the operation of a legal presumption. In certain other countries, such as the USA, the rights and freedoms are positively guaranteed in a constitution with the result that they are probably more adequately protected than in South Africa and Britain.

Human rights must be respected by the state and the state is not bound in this regard only in so far as these rights are restricted by the objective law. The legal relationship between the citizen and the state with regard to human rights has thus a dual character. This dual character is represented on the one hand by the rules of private law, *ie* where the private interest is the object of the legal regulation; and on the other hand by the rules of public law, *ie* where the rights are restricted in the public interest, and public interest is the object of the legal regulation.

There is therefore in this area a conflict between private law and public law or between private and public interests. If justice is to be done, these interests must be harmonized.

Human rights and freedoms, in so far as they are the objects of legal regulation and thus pertain to private law, can be divided into public freedoms, subjective rights and capacities. Public freedom is a general human characteristic and, as stated above, is recognized by a legal presumption in South Africa. Human rights exist, in the form of subjective rights, only if they stand in relation to an object of economic value (which can also be a *pretium affectionis*). Where human rights are capacities, these capacities are also protected by law as an interest of the individual, but they differ from the subjective rights in that the protected interest has no economic value.

□

*“It is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law . . .”*

Universal Declaration of Human Rights 1948

*Random thoughts and observations on*

# The history and fundamental constitutional law of the Irish Republic and Northern Ireland

*with special reference to South African parallels: a study of common elements in diverse constitutional entities*

GN Barrie

*Rand Afrikaans University*

“ . . . A page of history is worth a volume of logic.”

Oliver Wendell Holmes in *NY Trust Co v Eisner* 256 US 345 349

“The life of the law has not been logic, it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories; intentions of public policy avowed or unconscious . . . have had a great deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.”

Oliver Wendell Holmes *The Common Law* (1881) 1

## I

To trace the history of the Irish people remains an unenviable task. Any attempt to do so immediately leaves one wallowing in a quagmire of legend and romance.<sup>1</sup> It can be accepted however that the Irish are descended from one of the Celtic tribes which occupied Gaul and Britain. But these early years are of little significance for the purposes of this brief review. It would, in fact, be not inappropriate to

---

<sup>1</sup>Since a large part of this article is historical, references to the sources of all the facts would result in a plethora of footnotes. I have therefore taken the liberty of dispensing with this formality and of rather giving, at the outset, a list of all the sources from whence the historical facts emanate. The works which follow, and many more on the same subject, are all available in the library of the Rand Afrikaans University: TB Macaulay *History of England* (1849) vol I; D Hume *Illustrated History of England* (1854) vol V; JA Hamilton *Life of Daniel O'Connell* 1888; WH Maxwell *The Irish Rebellion* (1891); R Dunlop *Daniel O'Connell* (1900); EA D'Alton *History of Ireland* (1912) vols I-VIII; AF Pollard *The British Empire* (1909); An Irishman *Is Ulster Right?* (1913); GW Southgate *A Text Book of Modern English History* (1929); Earl of Middleton *Ireland Dupe or Heroine* (1932); RB McDowell *Irish Public Opinion 1750-1800* (1944); K Feiling *History of England* (1950); M Powicke *The Thirteenth Century* (1926); WS Churchill *A History of the English Speaking Peoples* (1965) vol I; RB McDowell *The Irish Convention 1917-1918* (1970).

commence with St Patrick. Born in Scotland, carried as a slave to Ireland, escaping to Rome where he became one of the leading luminaries in the church, he eventually returned to Ireland and succeeded in converting the whole island to Christianity. The island at that time was divided into different clans, each clan owing allegiance to the chief king. The land was held by the clans for the benefit of the people. Feudalism was as yet unknown. Until the middle of the seventeenth century the Brehon laws comprised the legal system. The Brehon laws received their name from the *breitheamhuin* who were hereditary judges and administered justice on the hillsides upon the members of their tribe.<sup>2</sup>

Ireland, originally, was divided into five kingdoms - Leinster, Connaught, Meath, Ulster and Munster. One of the five sovereigns was chosen king of Ireland in some general meeting, the composition of which still remains vague. The king of Ireland was the head in the defence of the country against any invasion; the constitution however was federal, each king being an independent ruler.<sup>3</sup>

By the end of the eleventh century slavery was universal, the people superstitious, the clergy numerous and independent of Rome, the government aristocratic. In this atmosphere - with many attributes of barbarism - the Norman invasion of Ireland took place in 1169 with the landing of FitzStephen and Fitzgerald. Richard de Clare (referred to by novelists as the famous "Strongbow") followed in 1170 and Henry II completed the conquest in 1172. Pope Adrian IV thereupon issued a bull authorising Henry to assume authority over Ireland, hoping that in this way Ireland could be brought under the ecclesiastical power of Rome. Henry - much in the manner of those days - introduced his own system of government and courts of justice. He also made large grants of land to his Norman barons and divided Ireland into counties. Although Henry allowed the natives to keep their Brehon laws, the English ignored the rights of the different clans and from that time, it appears, the feud between the English and the Irish dates. King John sent the Great Charter to Ireland and Anglo-Irish colonists brought the whole English common law with them. The chief towns were granted charters of privilege and various parliaments were assembled. As time passed the English regarded the Irish as aliens and beyond the pale of English justice. English settlers soon, however, became assimilated to the Irish way of life and - as was natural - started copying Irish speech, manners and mode of dress. Intermarriage followed and the denationalisation of the English was on its way - so much so that an Irish statute (25 Henry VI) was passed to attempt to put a stop to this trend.

---

<sup>2</sup>Portions of these Brehon laws are preserved in the libraries of the Royal Irish Academy, the Bodleian, Oxford and the British Museum.

<sup>3</sup>G Barnett Smith *History of the English Parliament 1892* vol II 375.

In 1295 one Wogan summoned the first properly constituted parliament of Ireland to Kilkenny - the same year that Edward's Model Parliament was summoned. This parliament competently weighed public grievances, provided remedies for redress and had a meritorious debut. Many of the excellent enactments were however defeated by the king's servants in Ireland. At the express order of Edward it was ordered that all Englishmen should conform to the dress and hair-style of Englishmen - this was to prevent any future mistaken identities in the event of an uprising. There was no punishment for killing an Irishman!

In 1341 burgesses were admitted to the Irish parliaments for the first time and it was hoped that the dominance of the Anglo-Irish lords would be broken down. Many of these lords refused however to attend this Parliament, which was to be held in Dublin, and the lords held an assembly of their own at Kilkenny. This gathering of rebel lords set forth their rights and claims to royal favour and protection and grants. Edward III confirmed these demands and so let a golden opportunity to get the support of the greatest number of the populace in Ireland, slip by. The old order thus continued and in 1367 the Duke of Clarence held a parliament at Kilkenny where the famous Statute of Kilkenny was passed. The purpose of this statute was to prohibit marriages between the English and the Irish; prevent the adoption of the Brehon laws by the English; forbid the English to assume Irish names, dress, language or customs and forbid the Irish to pasture their cattle on English ground or enter a religious house. The penalty for breaching any of these provisions was the same as for high treason.

Richard II - after the demoralisation of great parts of Ireland subsequent to the invasion by Edward Bruce of Scotland - decided to give Ireland more of his attention and all persons who possessed lands in Ireland were forced to return and reside there. Robert de Vere - very much in the king's favour - became duke of Ireland with absolute dominion. In 1465, 5 Edward IV was passed declaring that any Irishmen found without "a faithful man of good name in his company in English apparel" - and whom an Englishman should suspect of being a thief or an "intended" thief - might be slain.<sup>4</sup> In 1475 it was enacted that any Englishman who suffered injury from a native Irishman belonging to an independent tribe might reprise himself on the whole tribe. In 1438 an English law was passed stating that all persons born in Ireland were to leave England whilst another statute in Ireland prevented Irishmen from emigrating to England. If these two acts did not foster hostility nothing would. Poyning's Act<sup>5</sup> twenty years later pro-

---

<sup>4</sup>*Ibid* 381.

<sup>5</sup>Named after Sir Edward Poyning's who was lord deputy of Ireland and succeeded in quelling the Irish rebels in Ulster.



vided, *inter alia*, that all existing English laws should apply to Ireland and that no parliament could be held in Ireland without the king's sanction. It further provided that the king and his council could disallow statutes passed by the Irish parliament. These provisions existed for three centuries and proved to be a powerful means of maintaining the subordination of Ireland.

In 1536 Henry VIII was declared supreme head of the church in Ireland, all appeals to Rome in spiritual cases were removed and the Reformation in England was introduced to Ireland. Six years later Henry VIII was declared king (instead of lord) of Ireland and further acts were passed prohibiting intermarriage with the Irish. During the reign of Edward VI the Reformation legislation continued and the English liturgy was imposed by royal proclamation. The existing constitutional dominance was now joined by religious intolerance and this naturally caused Irish Catholic opposition. Elizabeth, after firmly establishing the protestant faith in England, turned her endeavours to Ireland and catholic opposition increased.

In 1641 the rebellion ensued. According to most historians the primary causes of the rebellion were to be found in the two great sins of the English governments, *ie* religious intolerance and systematic inequity. The Irish thus endeavoured to enforce by arms that justice which had been denied them. After a long and fierce struggle Cromwell succeeded in subduing the country "with such bloodshed and rigour that the sufferings of the Irish nation during this strife of eleven years had never been surpassed save by those inflicted by Titus in his destruction of the Jews."<sup>6</sup> It also appears to be accepted that the rebellion was a religious war entered into for the purpose of securing toleration and the establishment of a religion for the Irish people.

The Cromwellian settlement of 1652 and acts passed by the English parliament only aggravated the position and caused a deep and lasting division between the 'haves' (the proprietary) and the 'have nots' (the tenants) which have lasted up to the present day and can be laid at the root of all the political and social evils today existent in Northern Ireland and existent in the whole of Ireland before the constitution of the Irish Free State. The following examples should suffice: All land of the Irish in Ulster, Munster and Leinster was confiscated. It was decreed that the Irish must be transplanted to the province of Connaught within seven months under penalty of death. There - 850 000 people on 800 000 acres - they were to be enclosed by a cordon of soldiers. Any transplanted catholic who might be found in the forbidden provinces without a passport might be slain without a trial. Any catholic priest found in Ireland after a period of twenty days was held

---

<sup>6</sup>Barnett Smith *op cit* 391.

to be guilty of high treason and liable to be hanged, drawn, and quartered. A sum of five pounds was set on his head - the same amount paid for the destruction of a wolf.

The position under Henry - son of Cromwell - and Charles II did not give the Irish much cause for jubilation though the lot of the catholics was improved in certain respects. On May 8th, 1661, the first Irish parliament to be held for twenty years was convened. The House of Commons of this parliament consisted of two hundred and sixty members who, with the exception of sixty-four, represented the burgeses and consequently represented the favoured ones. The accession of James II attempted to improve the lot of the catholics but by so doing caused the protestants to lose ground and caused protestant dissent. In 1689 the Irish parliament declared its own legislative independence and repealed Poyning's law. It also established religious equality. The revolution under William of Orange and the victory at Boyne - still celebrated annually - let the cause of protestantism triumph once more and during the reign of William III and Anne unparalleled oppressive statutes against the catholics were passed.

It was also during this period that the legislative independence of Ireland was mooted and the authority of the English parliament repudiated. As early as 1641 the constitutional claims of an independent Irish parliament were asserted but according to Coke English statutes would be binding on Ireland if express words to that effect were employed. The English Commons also condemned the practice of the Irish parliament of re-enacting laws made in England and stated to be binding on Ireland. In 1719 the Irish parliament once more made an effort to assert its own supremacy. A case decided by the Irish Court of Exchequer was reversed by the Irish House of Lords. The English House of Lords however affirmed the Irish Exchequer decision. The Irish House of Lords thereupon resolved that no appeal lay from the Irish Court of Exchequer to the English House of Lords. The English parliament then passed a statute enabling it to legislate for Ireland and thereby secured Irish dependency on the English crown. Whilst this constitutional tussle continued the last vestiges of the constitutional rights of the catholics were removed when an English act was passed in 1727 forbidding catholics to vote at parliamentary elections - the franchise was thus denied to five-sixths of the people. The American war - and the parallel conditions in America - caused an upsurge in Irish sentiment and in 1780 this question was brought before the Irish parliament. Mr. Grattan moved a resolution to the effect that no powers on earth save that of the King, Lords and Commons of Ireland had a right to make laws for Ireland. In a debate lasting all through the night Mr. Grattan further stated: "I wish for nothing but to breathe in this our land, in common with our fellow subjects, the air of liberty. I have no ambition unless it be the ambition to break your

chain and contemplate your glory; I never will be satisfied as long as the meanest cottager in Ireland has a link of the British chain clanking against his rags. He may be naked; he shall not be in irons: and I do see the time is at hand, the spirit is gone forth, the declaration is planted, and though great men should apostatise, yet the cause will live; and though the public speaker should die, yet the immortal fire shall outlast the organ which conveyed it, and the breath of liberty, like the word of a holy man, will not die with the prophet, but survive him." Grattan's words were soon, to a certain extent, to have the necessary effect and in 1782 parliament in London made unconditional concessions to Ireland. Act 6 George I ("for the better securing the dependency of Ireland upon the Crown of Great Britain etc") was repealed and the legislative and judicial authority of the British parliament renounced.

Legislative independence did not however mean that the Irish parliament itself was in a satisfactory state of affairs, and the question of parliamentary reform was raised. The catholics, four-fifths of the population, were still unrepresented. Even though catholics were admitted to the elective franchise in 1793 the religious strife continued and a confrontation between the protestant Orange Society and the catholic "Defenders" continued. This confrontation culminated in a pitched battle in 1795. This confrontation plus party strife led to the rebellion of 1798 and although the leaders of the rebellion were protestants the whole catholic body were denounced as rebels.<sup>7</sup>

The rebellion was crushed and British opinion was that only the "mild and impartial rule of British statesmen and a united parliament" could save Ireland. The view was also held that self-government had become impossible. Ireland was not likely, however, to surrender her independence or to abandon the liberties conceded in 1782. A union of Ireland and England was mooted and Pitt persuaded the British parliament to recognise such a union. After many sessions and arguments - in both the Irish and British parliaments - the Articles of Union were passed. The Act of Union came into operation on January 1st, 1801, and on that date the incorporate Union of Great Britain and Ireland became an accomplished fact. Under the Act of Union Ireland was to be represented in the imperial parliament by four bishops, twenty-eight temporal peers and one hundred members of the House of Commons.

This Union was definitely to Ireland's advantage. The means by which the Union was brought about however leaves one in doubt as to the integrity of the then British parliament; it doomed the Union to an ultimate failure. One can but refer to two respected historians Barnett Smith and Lecky. According to Barnett Smith large sums were paid

---

<sup>7</sup>For an excellent description of the Irish rebellion see Maxwell *The Irish Rebellion* 1891.

for the purchase of votes in favour of the Union in the Irish parliament, Irish peers were promised English peerages and commoners were made peers. Lord Cornwallis was so disgusted with this type of manipulation that he wrote: "My occupation is now of the most unpleasant nature: negotiating and jobbing with the most corrupt people under heaven."<sup>8</sup> Lecky states:

"Scarcely any element or aggravation of political immorality was wanting, and the term 'honour,' if it be applied to such men as Castlereagh or Pitt, ceases to have any real meaning in politics. Whatever may be thought of the abstract merits of the arrangement, the Union as it was carried was a crime of the deepest turpitude, a crime which, by imposing, with every circumstance of infamy, a new form of Government on a reluctant and protesting nation, has vitiated the whole course of Irish opinion."<sup>9</sup>

It must be stated however that since Union the imperial parliament effected many reforms making civil liberty and religious equality a possibility, reforms which - to get the historical perspective correct - should be kept in mind.

## II

The beginning of the nineteenth century thus saw Ireland with two legacies of the previous century - the Union and the separatist movement. Between these two poles Irish politics were to be concentrated the following century and thereafter. Home rule became the catch-phrase to compromise the two opposing views. An Irish legislative assembly and an Irish executive were to manage purely Irish affairs, the United Kingdom parliament was to conduct affairs common to both, *eg* defence and foreign affairs. Various home rule bills were introduced and it clearly emerged that the Ulster problem needed special attention. Before the introduction of the third home-rule bill Lloyd George and Churchill advocated that Ulster be excluded from its scope. The majority of their colleagues felt however that it should apply to Ireland as a whole. It was also during this time that the pro-Union Ulstermen, with Edward Carson as their leader, held various meetings in which thousands signed a Solemn League and Covenant pledging themselves to defend their "cherished position of equal citizenship with the United Kingdom."<sup>10</sup> They also formed a volunteer force organised on military lines and made preparations for constituting a provisional government which could take over the administration of Ulster if the home-rule bill came into operation. It was clear to all that home-rule in Ireland was not to be an easy operation and that

<sup>8</sup>*Ibid* 418.

<sup>9</sup>Lecky *Leaders of Public Opinion in Ireland* as quoted by Barnett Smith *op cit* 421. For the progress of the debates in the Irish and British Houses of Commons and a summary of the opinions in favour of, and in opposition to, the Union see Maxwell *op cit* 355-398.

<sup>10</sup>RB McDowell *The Irish Convention 1917-18 1970* 29.



Northern Ireland was determined to decide its own political fate, *ie* to separate from the South and link up with Britain. The dilemma before the British was clear. To pass the bill would cause widespread rioting in the North; to drop the bill would inflame nationalist feelings in the South. The advent of the First World War, at first, overshadowed the Irish problem but as the war continued the Irish problem demanded still more attention with Irishmen of both factions supporting the war effort but also demanding that the Irish question be solved as soon as possible. War matters demanded immediate attention from the war cabinet and at the same time the Irish problem hovered in the background.

During May 1917 the British Prime Minister announced in the Commons that the government had decided that Ireland must try her own hand at "hammering out an instrument of government for her own people" and intended to summon a representative convention for this purpose. Needless to say, this idea was received with mixed feelings amongst Irishmen, but nevertheless by July 1917 the arrangements were completed and on 25th July the convention met for the first time. This convention lasted until March 1918 but on the day the convention was to consider the problem of preparing a report the great German attack on the West started. On the 24th March the convention adjourned with the British army struggling to re-form. On the 9th April, the day the convention approved its report, the British army was desperately struggling to save its defences in Amiens. Circumstances were thus not conducive for parliament to consider constitutional change in Ireland, and at the end of March the Irish situation became more involved when the question arose whether to extend conscription to Ireland together with the granting of home rule (which the convention seemed to decide upon - albeit that everyone differed on exactly what home rule entailed). The dilemma now confronting the British government was: home rule followed by conscription was unacceptable to the Irish nationalists; conscription followed by home rule was unacceptable to the Irish Unionist faction; and home rule granted simultaneously with conscription was unacceptable to both groups. By the Spring of 1918 however it was decided to follow a policy of home rule and conscription. The summer of 1918 saw the tide beginning to flow rapidly in favour of the allies and the Irish question once again could be viewed in its true perspective.

### III

In 1920 a measure was introduced in the British parliament "to provide for the better government of Ireland."<sup>11</sup> Ireland was to be politically divided into two areas, Southern Ireland and Northern

<sup>11</sup>"A statutory abortion of December, 1920 . . ." per Gavan Duffy J in *Cogan v Minister of Defence* 1941 IR 389 402. *The Times* of 24 December 1920 declared that "few indeed believed or believe that this bill will prove in itself a final settlement of the Irish question."

Ireland (the latter comprising the six north-east counties). This act (the 1920 act) provided for government in two phases: Initially there were to be parliaments in Northern and Southern Ireland each empowered to legislate for its own area in all matters except the crown, defence, foreign affairs, external trade, lighthouses, cables, currency, aerial navigation and certain services such as the police, postal service, the registry of deeds and the public record office. The main unifying organ however was to be a Council of Ireland. This council had certain limited powers transferred to it and could make orders for private bill legislation for the whole of Ireland and some of the powers reserved to Westminster could be transferred to this council after agreement between the parliaments of North and South Ireland. The latter also had the power to establish a parliament for the whole of Ireland in place of the council. It seems that this was the ideal that everyone had in mind and that the council was but an interim measure before the ideal was achieved. The transitional government in a 'temporarily partitioned' Ireland followed by a 'government for the whole of Ireland' never materialised and it was clear to all that the ideal was as unacceptable to the North as it was to the South. The tremendous gains by the Sinn Feiners saw a rejection of the purpose of the 1920 act and the establishment of an illegal and separate legislature ostensibly for the whole of Ireland. The ensuing civil disorder ended with the treaty of December 6, 1921, an entirely new settlement which was later enshrined in the Irish Free State (Agreement) Act, 1922.

The treaty is nothing more, nor less, than a revolutionary settlement. It clearly embodies the formal acceptance of the most fundamental aspiration of the Irish revolution - unfettered national statehood for the whole of Ireland. This is however qualified by articles 11 and 12 of the treaty which provide for the self-exclusion of Northern Ireland and had the effect that the provisions of the 1920 act (*supra*) became applicable to Northern Ireland only. Sections 11 and 12 read as follows:

11. Until the expiration of one month from the passing of the Act of Parliament for the ratification of this instrument, the powers of the Parliament and Government of the Irish Free State shall not be exercisable as respects Northern Ireland, and the provisions of the Government of Ireland Act, 1920, shall, so far as they relate to Northern Ireland, remain of full force and effect, and no election shall be held for the return of members to serve in the Parliament of the Irish Free State for constituencies in Northern Ireland, unless a resolution is passed by both Houses of the Parliament of Northern Ireland in favour of the holding of such elections before the end of the said month.

12. If before the expiration of the said month, an address is presented to His Majesty by both Houses of the Parliament of Northern Ireland to that effect, the powers of the Parliament and Government of the Irish Free State shall no longer extend to Northern Ireland, and the provisions of the Government of Ireland Act, 1920 (including those relating to the Council of Ireland), shall so far as they relate to Northern Ireland, continue to be of full force and effect, and this instrument shall have effect subject to the necessary modifications . . .

The treaty was ratified by the Irish Free State Constitution Act, 1922 (Session 2) and Northern Ireland immediately withdrew under sections 11 and 12. The treaty quite emphatically recognised the inherent unity of Ireland (under sections 11 and 12 Northern Ireland was under no compulsion to opt out of the provisions of the treaty) and as regards the southern part of Ireland (now the Irish Free State) the Act of Union was dissolved and a constitutional structure based on the revolutionary will of the Irish people came into being.

#### IV

Although "dominion status" was accepted by the Irish Free State the exact interpretation of that status caused misgivings and from its very inception the Free State government concentrated on its removal. Article 1 of the Irish constitution (The Constitution of the Irish Free State (Saorstát Eireann) Act, 1 of 1922) declares that the Irish Free State is a *co-equal* member of the community of nations forming the British Commonwealth of Nations. Article 2 declares that all powers of government and all authority legislative, executive, and judicial in Ireland, are *derived from the people of Ireland*. It became clear however that a redefinition of dominion autonomy was needed to settle the question finally and such a reinterpretation became the object of Irish efforts at successive imperial conferences. Finality was attained at the imperial conference of 1926 after support from Canada and the Union of South Africa, who insisted that clarity be obtained:

"They (Great Britain and the Dominions) are autonomous communities within the British Empire, equal in status, and in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations."<sup>12</sup>

It is interesting to note that a reference is made to the "*British Empire*" and also to the "*British Commonwealth of Nations*." Would the following be the correct interpretation: Great Britain and the dominions are sovereign independent states within a commonwealth and are associated and known under the description British Commonwealth of Nations; the British Empire includes dependent British colonies, whereas the British Commonwealth of Nations includes only Great Britain and the dominions and excludes the dependent colonies the British Commonwealth of Nations is not a subject of international law; Great Britain and her dependent colonies constitute a subject of international law and the different dominions each are separate and individual subject of international law? Hoops favours this interpretation:

"Das 'British Empire' und das 'British Commonwealth of Nations' sind heute zwei streng zu unterscheidende Einheiten geworden. Der erste Gruppe

<sup>12</sup>The Report of the Inter-Imperial Relations Committee, Imperial Conference 1926 par 1.

gehören das Vereinigte Königreich und alle non-Dominions an, während die zweite sich nur aus den Mitgliedern des Commonwealth zusammensetzt.”<sup>13</sup>

## V

The general design and meaning of the constitution, as set out above, had a strange formal self-contradiction which appeared to be inherently repugnant to the “independence” concept of the constitution. This was art 66 which provided that a decision of the Supreme Court was, in all cases, to be “final and conclusive” and not “capable of being reviewed by any other Court, Tribunal or authority whatsoever,” but added that nothing in the constitution, however, was to “impair the right of any person to petition His Majesty for special leave to appeal from the Supreme Court to His Majesty in Council or the right of His Majesty to grant such leave”!

The nearest parallel, if it can be called a parallel, was the provision of section 106 of the South Africa Act of 1910 which excluded any appeal as of right to the Privy Council (except under the Colonial Courts Admiralty Act), but maintained the right of the King-in-Council to grant special leave of appeal subject to the proviso that the Union parliament might limit the matters in respect of which application for special leave could be made. It was also declared in the Irish Free State that “the preservation of the prerogative would be very much more a theory than a fact and a practice” and that “the practice that would be observed in relation to the Irish Free State would be strictly analogous to the practice observed in the case of South Africa . . .”<sup>14</sup>

<sup>13</sup>*Der Status der “Sudafrikanischen Union”* 1937 140.

<sup>14</sup>Kohn, *The Constitution of the Irish Free State* 1932 357. Section 106 of the South Africa Act declared:

“There shall be no appeal from the Supreme Court of South Africa or from any division thereof to the King-in-Council, but nothing herein contained shall be construed to impair any right which the King-in-Council may be pleased to exercise to grant special leave to appeal from the Appellate Division to the King-in-Council, Parliament may make laws limiting the matters in respect of which such special leave may be asked, but bills containing any such limitation shall be reserved by the Governor-General for the signification of His Majesty’s pleasure: Provided that nothing in this section shall affect any right of appeal to His Majesty-in-Council from any judgment given by the Appellate Division of the Supreme Court under or in virtue of the Colonial Courts Admiralty Act, 1890.

For rules governing appeals to the King-in-Council see GN 771 of 1911 (Gazette 9th May 1911 p 900). See further the Royal Instructions §VII attached to the South Africa Act as a schedule.”

Section 106 of the South Africa Act was substituted by s 1 of the Privy Council Appeals Act 16 of 1950 and read:

“There shall be no appeal to the King-in-Council -

- (a) from any judgement or order of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa given on an appeal from any court in the Union or the territory of South West Africa; or



Furthermore that an "appeal would not lie in the case of ordinary routine domestic legislation, but only in cases where international issues were raised."<sup>15</sup>

Even though it was stated in *Hull v McKenna*<sup>16</sup> that it was "quite plain upon the face of it that as far as possible, finality and supremacy" was to be given to the Irish courts, and that any appeal as of right was excluded, the article remained an obnoxious feature and incompatible with the underlying conceptions of the treaty. This was proved when in 1925 the judicial committee of the Privy Council granted leave of appeal in a case concerning a purely domestic matter which centred on the construction of an Irish statute, the Land Act of 1923.<sup>17</sup> To show their displeasure at this the Irish legislature passed the Land Act of 1926 declaring that the construction of the Land Act of 1923 adopted by the High and Supreme Courts was, and always had been, the law.<sup>18</sup> A simultaneous admission of an appeal to the Privy Council in a case concerning the interpretation of the treaty was however unopposed<sup>19</sup> - a sign that the Free Irish Government were not acting in open defiance and that they intended holding to their principle that matters of purely domestic import fell solely within Free Irish jurisdiction.

In *Performing Rights Society v The Bray Urban District Council*<sup>20</sup> the right of the Privy Council to admit appeals from the Irish Free State was once again challenged. The case concerned the interpretation of the British Copyright Act 1911 which, in terms of a proviso, *excluded* its application to the dominions and had been held by the Irish Supreme Court to have ceased to be in force in the Free State when the latter achieved dominion status. It was pleaded that inasmuch as article 66 of the constitution declared that "nothing in the Constitution shall impair *the right* of any person to petition His Majesty for special leave to appeal from the Supreme Court to His Majesty in Council or the right of His Majesty to grant such leave," and as *no such right* had ever existed in Ireland the judicial committee had no competence to admit appeals from the Irish Free State. The judicial committee rejected the plea as a misinterpretation of the proviso of article 66 and held that according to article 2 of the treaty the position of the Irish Free State was the same as that of the Dominion of Canada, and consequently involved the acceptance of the appellate jurisdiction of the Privy Council. This

---

(b) from any judgement or order of any court in the Union or the said territory, other than such Appellate Division."

<sup>15</sup>*Ibid*, quoting from the *Dáil Debates* Vol 14 cols 116-117.

<sup>16</sup>1926 IR 402.

<sup>17</sup>*Lynham v Butler* 1925 2 IR 231.

<sup>18</sup>The petitioners thereupon withdrew their appeal.

<sup>19</sup>*Wigg and Cochrane v The Attorney-General of the Irish Free State* 1925 1 IR 149, 1927 IR 285, 1927 AC 674.

<sup>20</sup>1930 IR 509.

was quite clearly contrary to earlier opinions that the South African precedent was to be followed - where the practice had become increasingly strict and only exceptional cases were admitted for appeal.<sup>21</sup>

During the imperial conference of 1930 the Irish plea for the elimination of the appeal met with more sympathy than had previously been the experience and this prompted professor Keith to declare that

“if the pressure continues the appeal must be renounced formally as it probably has been in practice. It is clearly inconsistent with autonomy, if that is pressed to its logical conclusion, and, while the other Dominions may not deem it wise or desirable thus to stress the point, they cannot be held to fetter the action of a Dominion that entertains a strong dislike to the Court.”<sup>22</sup>

In 1933, after the passing of the Statute of Westminster, the Free Irish Parliament repealed s 2 of the Constituent Act,<sup>23</sup> amended article 50 of the constitution by deleting the words “within the terms of the scheduled Treaty”<sup>24</sup> and further amended article 66<sup>25</sup> of the constitution so terminating the right of appeal to His Majesty in Council. The validity of these measures was challenged before the Privy Council in *Moore v Attorney-General for the Irish Free State*<sup>26</sup> - a case which featured quite prominently in our own Coloured Vote cases.

The Privy Council upheld the validity of the amendments and reasoned as follows: The Constituent Act, the constitution and the treaty were all parts of an act of the imperial parliament and by reason of that fact, had force of law. By abolishing the right of appeal to the Privy Council the Free Irish parliament amended the constitution *repugantly* to the Constituent Act and to the treaty. Consequently it

<sup>21</sup>See n 14 *supra*.

<sup>22</sup>*The Sovereignty of the British Dominions* 1st ed 262.

<sup>23</sup>Some elucidation may be necessary: In September 1922 an Irish constituent assembly passed a Constituent Act, appended to which in the form of schedules were (i) the Irish Constitution and (ii) the Anglo-Irish Treaty. Thereafter the Constituent Act was submitted to the British parliament which passed the Irish Free State Constitution Act. Section 2 of the Constituent Act provided that any amendment of the constitution repugnant to the treaty was to be *void and inoperative*.

<sup>24</sup>Article 50 of the constitution gave the Irish parliament power to amend the constitution provided that the amendments were “within the terms of the scheduled Treaty.”

<sup>25</sup>Article 66 (see *supra*) provided that “nothing in this Constitution shall impair the right of any person to petition His Majesty for special leave to appeal from the Supreme Court to His Majesty in Council, or the right of His Majesty to grant such leave.” This provision was inserted to make explicit what was implicit in article 2 of the treaty, namely that the right of appeal to His Majesty in Council should not be abolished.

<sup>26</sup>1935 AC 484. See further Cowen *Parliamentary Sovereignty and the Entrenched Sections of the South Africa Act* 1951 37-39; *Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A); Barrie *Die Soewereiniteit van die Parlement* 1969 (unpublished thesis, University of South Africa) 204-207.

was repugnant to an act of the imperial parliament (see note 23 *supra*). Prior to the Statute of Westminster no such repugnant law could be passed.<sup>27</sup> This fetter was however removed by the Statute of Westminster and there was thus no impediment on the Free Irish legislature to pass measures repugnant to the imperial act. This was exactly what was done by the Free Irish parliament exercising their "extended" *area of power*.<sup>28</sup> This was aptly set out by Centlivres CJ as follows:

"Once the Statute of Westminster removed the Colonial Laws Validity Act and empowered the Irish Parliament to pass acts repugnant to the United Kingdom acts extending to Ireland, the provision in art 50 that amendments to the Constitution had to be in terms of the Treaty fell away. That provision was an external limitation resting only upon the inviolability of United Kingdom statutes at the hands of Colonial Legislatures and it disappeared when that inviolability was removed in the case of the Dominions. That was, as I see it, the basis of the decision in *Moore's case*."<sup>29</sup>

The dissatisfaction that clung to the words stated in *McKenna's case*<sup>30</sup> that "as far as possible" finality and supremacy was to be given to Irish courts now disappeared. The arguments that the Statute of Westminster intended to make law and fact coincide and that *in fact* dominion parliaments were capable - before the passing of the Statute of Westminster - to pass acts repugnant to British acts applicable in the dominion, were of little value to the Free Irish when one surveys the history of their "independence" and previous experiences with the imperial parliament.<sup>31</sup> Only a decision such as that in *Moore* would put the issue beyond all doubt, push autonomy to its logical conclusion and remove the inherent repugnancy of article 66. *Moore's case* clearly placed the logical seal on the intense democratic radicalism which permeated the framework of the Irish constitution and imbued the Irish national movement from its early origins.

## VI

A reading of the last paragraph brings one back to that so-called fundamental principle of the constitutional structure of the Commonwealth, *autonomy*. To many members of the Commonwealth it was, and still is, not enough to say that their government is in no way subordinate to the government of the United Kingdom. They wished to

<sup>27</sup>This fetter emanated from the Colonial Laws Validity Act 28 and 29 Vict, C63 1865.

<sup>28</sup> Marshall *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth* 1957 145.

<sup>29</sup>*Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A) 465.

<sup>30</sup>See n 16.

<sup>31</sup>VerLoren van Themaat *Staatsreg* 1967 215: „Indien reg beskou word as die in 'n gemeenskap erkende bindende reëls, is die opvatting aanvaarbaar dat die onafhanklikheid van die vrygeweste reeds voor 1931 meegebring het dat hul parlemente nou enige wetgewing kon aanneem, met inbegrip van wetgewing wat Engelse wette wat in die kolonie geld, wysig." See further *Ibralebbe v The Queen* 1964 AC 900.

assert the principle of something more than autonomy, of something stronger and more self-sufficient. They wished to say that their constitution was supreme law within their territory through its *own* force of law, that it was home grown and not an imported article, that it was "sprung from the land itself." This idea finds expression and content in the principle enunciated as constitutional *autochthony*.<sup>32</sup> In other words a *new Grundnorm* was sought as the *common Grundnorm* was becoming unpopular. This idea gained much support and was of some importance in the making of the constitutions of India and Pakistan (*infra*).

Did this idea of autochthony not have its roots in those early days of the Irish Free State? The Irishmen who framed the constitution in 1922 were of the opinion that they were acting on behalf of the *people* and that this constitution was to obtain its *force of law* through being approved by the representatives of the *people*. The preamble of the Constitution of the Irish Free State Act passed by the representatives of the people read:

"Dáil Eireann sitting as a Constituent Assembly in the Provisional Parliament, acknowledging that all lawful authority comes from God to the people . . . hereby proclaims the establishment of the Irish Free State . . ."

The parliament of the United Kingdom however held a different view, *viz* that the power to establish the Irish Free State and to give it a constitution with *force of law* lay with the parliament of the United Kingdom alone; that the Dáil Eireann merely prepared a constitution in accordance with the background of the South Africa Act and that the imperial parliament was to take the necessary steps to *legalise* the constitution.

These irreconcilable views persisted throughout the history of the Irish Free State until Eire succeeded the Free State in 1937 and the preamble of the new constitution - which was submitted to the people in a referendum - declared:

"In the name of the Most Holy Trinity, from whom is all authority and to whom, as our final end, all actions both of men and states must be referred, We, the people of Eire . . . do hereby adopt, enact, and give to ourselves, this Constitution."

Note that it is not the Dáil that enacted or purported to enact the 1937 constitution - a Dáil which owed its authority either to the people or to the parliament of the United Kingdom - but the *people*. A break in Irish constitutional history took place, a break with the past which amounted to a constitutional revolution in law; a "home grown" constitution was adopted, a new *Grundnorm* came into being.

<sup>32</sup>According to the Oxford English Dictionary *Autochthon* means "sprung from the land itself"; *Autochthony*: "aboriginal occupation."



The series of events sketched above and the desire to have an autochthonous constitution clearly had an effect on the constitutions of India and Pakistan. The Indian constitution *eg* declares that the source of legal authority is declared to be the *people*, who, in their constituent assembly, did adopt, enact, and give to themselves the constitution; that the limitations the constitution imposed upon the organs it created, may be altered or abolished only in the manner prescribed by the *people*. The Pakistan constitution in its preamble also declares that the *people* of Pakistan assembled in the Constituent Assembly adopted, enacted and gave to themselves a constitution.

Whether India and Pakistan evolved new *Grundnorms* or not with their constitutions of 1950 and 1956 respectively is still a matter of some dispute and is ably discussed elsewhere.<sup>33</sup> The point however remains that Free Irish experience and practice undoubtedly brought the idea of an autochthonous constitution to the fore and undoubtedly influenced the course of Commonwealth constitutional development. It is also clear that this influence is not exhausted.

The question arises whether it really was necessary for Eire and India to adopt such measures as set out above to achieve autochthony. Did the Union of South Africa not accept the view that their South Africa Act was rooted in South African soil - and can the same be said for Australia, Canada, and New Zealand? Dr DV Cowen,<sup>34</sup> in dealing with the South African instance, wrote:

"People have regulated their lives under the South Africa Act; they have elected parliaments in accordance with its provisions; these parliaments have been constituted and have functioned in terms of it. And, finally, the courts in their day to day work, have acted, and continue to act, on the assumption that the South Africa Act is South African Law. In short, the South Africa Act continues in force in the Union by the habit of observance."

He goes on, quoting with approval Bryce's comment:

"The question, Who is legal Sovereign? stands quite apart from the questions, Why is he Sovereign? and Who made him Sovereign? The historical facts which have vested power in any given Sovereign, as well as the moral grounds on which he is entitled to obedience, lie outside the questions with which law is concerned; and belong to history, or to political philosophy, or to ethics; and nothing but confusion is caused by intruding them into purely legal questions of the determination of the Sovereign and the definition of his powers."<sup>35</sup>

Whatever the legal origins of the South Africa Act may have been, it was thoroughly domiciled in the country where it found its applica-

<sup>33</sup>Where *Constitutional Structure of the Commonwealth* 1960 94-105.

<sup>34</sup>*MLR* (1952) 295.

<sup>35</sup>*Studies in History and Jurisprudence* Vol II 57. See also Barrie *op cit* 2; Marshall *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth* 1957 3: "Wherever the sovereign capacity of legislatures is debated, theoretical issues lie very close to the surface and political philosophy keeps breaking in."

tion. It was South Africa's act and we could do what we wish with it (following the correct '*manner and form*' of course (*infra*)). It was practically unalterable from outside. It did not matter how it came to be law. It was law because *South Africa accepted it as law*. In any event the *Statute of Westminster* formally severed the ties between Westminster and Cape Town and any so called "British quality" of all future acts of South African parliaments disappeared.<sup>36</sup> There was nothing - if extreme South African nationalism so demanded - preventing the Union Parliament from re-enacting the South Africa Act or enacting a brand new act, and furthermore submitting either of these to the people by a referendum. This was not done. The reason why not? Because it did not matter how it came to be law. It was law because it was accepted as being law.

## VII

It seems impossible for a constitutional lawyer to refer to Kelsen's *Grundnorm* without making some observation about it, however brief. Although this concept serves a useful purpose in explaining certain constitutional developments, *eg* those in Ireland referred to above, it has always seemed to me to have an exaggerated following - and that too little thought is devoted to its detrimental facets. For all its impressiveness it differs little from Austin's sovereign and is open to the same objections.

The problem, as Kelsen sees it, is not why men are moved to lay down or follow rules of law, but why these rules have validity as law. This validity must be found *in the law itself* and not in some extra-legal sphere. Law can thus only be begotten by law - the validity of one rule can be derived only from another. This regress from one legal rule to another must end somewhere and there must be some ultimate proposition from which the whole legal system can be traced. The law has its origin in such an ultimate proposition, a proposition so exclusive and independent that as the *fons et origo* of all legal rules, it need not justify its existence by reference to an extra legal-standard. By ascending the legal pyramid we eventually arrive at the summit and there we find the *fons et origo* of every legal system. There we find a rule providing that the final legislative organ, in whatever form it may from time to time take, is to have the power of determining the process by which all other rules are to be born. This supreme rule could never be contradicted because it *is* the supreme rule.

Such positivism, and positivism it is whether we call it neo-positivism or critical positivism, can lead by an extreme interpretation of

---

<sup>36</sup>Cowen *op cit* 294 n 47: "There is little doubt that in the eyes of the South African Courts the Statute of Westminster has resulted in a formal break in the continuity of the South African legal system . . ." See also Centlivres, n 29 *supra*.

Kelsen to an acceptance of despotism. This extreme interpretation of Kelsen's positivism could have disastrous consequences as man-made law would be the equivalent of *right, Gesetz* would of necessity be *Recht*.

This observation has previously been forcefully made by Gottfried Dietze - but unfortunately seldom repeated. Dietze declared:

"Having arrived at this state of nihilism the final phase of the tragic development can only appear natural. The statement of a Frenchman warning of the 'legality that kills' has found its tragic confirmation . . . Under the norms of the liberal written constitutions of Italy, Germany and France supreme power was transferred to dictators, who later, in a very legal manner, could proceed to purge the laws of their liberal and democratic features. The continuation of dictatorship was, in turn, facilitated by a legal profession which had been brought up in a tradition of subservience to legislator and his written norms."<sup>37</sup>

"Pure" legality could swamp legitimacy. There would be no "ethical minimum" to which all laws have to subscribe - a minimum which Jellinek considered the essence of law.<sup>38</sup> Kant's idea of a right of resistance against the obviously unjust norm would be denied. To quote Dietze once more: "The words *summum ius summa iniuria* [would reveal] their truth in a most terrible way."<sup>39</sup>

It is in no way contended that Kelsen ever envisaged that his theory of law would amount to a denial of ethical values and I have no doubt he sincerely believed that a "wrong of the State" was a contradiction in terms.<sup>40</sup> Was it thus not indeed ironical that Kelsen should have been one of the first to feel the "wrong of the State" of the Third Reich. And was not more ironical even the thoroughness with which post-war German judges developed judicial review - not only maintaining that statutes could be void because they conflicted with the constitution but also testing the constitutional norms themselves for their compatibility with *natural law*.<sup>41</sup>

## VIII

As stated in chapter III Northern Ireland opted out of the treaty (under sections 11 and 12) and consequently the provisions of the 1920 act became applicable to Northern Ireland only.<sup>42</sup> In 1949 the Ireland Act was passed by the British parliament, recognising the republican status of Southern Ireland and also its complete cessation from the crown's dominions. It further declared in section 1(2) that

<sup>37</sup>"America and Europe - Decline and Emergence of Judicial Review" 1957 *SALJ* 398 418.

<sup>38</sup>*Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* 1908 45.

<sup>39</sup>Dietze *op cit* 418.

<sup>40</sup>*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* 1923 249.

<sup>41</sup>Dietze "Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany" 1956 *Virginia LR* 42 1.

<sup>42</sup>See chapter III.

Northern Ireland was to remain part of His Majesty's dominions and of the United Kingdom *and that this state of affairs would not cease without consent of the parliament of Northern Ireland*. Northern Ireland possesses her own executive, governor, cabinet and a legislature of two houses. Northern Ireland has however retained representation in the United Kingdom parliament and is subject to its *legislative supremacy*.<sup>43</sup> One could quite safely state that the relationship thus established is not unlike a federal one - the difference being that the United Kingdom parliament can legislate in "amplification or in derogation" of the powers of the parliament of Northern Ireland.<sup>44</sup> The latter two statements can only be understood if the Act of Union (Ireland) of 1800 is kept in mind. This act made Northern Ireland part of the United Kingdom when it provided that the kingdoms of Great Britain and Ireland *shall for ever* be united into one kingdom.

The following questions now arise: Can the United Kingdom parliament repeal either or both the Act of Union and the Ireland Act of 1949 *without reference* to the parliament of Northern Ireland? What is the legal significance of these two acts? Are the "area of power" and "manner and form" arguments applicable here?<sup>45</sup> Did the United Kingdom parliament redefine itself in section 1(2) of the Ireland Act?

Much has been written in recent years concerning the "area of power" and "manner and form" propositions and it would not be expecting too much to assume that the reader is fully conversant with the line of reasoning. Mitchell goes to the root of the matter when he states: "The distinction which, it is suggested, must be made is one between Parliament incapacitating itself and Parliament imposing limitations which do not incapacitate."<sup>46</sup>

It is in these words that the answers to the above questions lie: The words "shall for ever" in the Act of Union can be interpreted as a limitation on the sovereignty of the United Kingdom parliament which in substance can amount to a deprivation of power and a renunciation of legislative competence. Such a limitation is untenable. Section 1(2) of the Ireland Act 1949 imposes a limitation - but a procedural one. It *redefines* the parliament of the United Kingdom requiring an additional stage for certain legislation. The Northern Ireland parliament becomes a part of the United Kingdom parliament

<sup>43</sup>Certain subjects such as laws in respect of the crown, treaties and foreign relations generally, defence, foreign trade and coinage are reserved for the United Kingdom parliament.

<sup>44</sup>ECS Wade and G Phillips *Constitutional Law* 1970 417.

<sup>45</sup>Cowen *Parliamentary Sovereignty and the Entrenched Sections of the South Africa Act* 1951 4-8, Heuston *Essays in Constitutional Law* 2nd ed 23-30, Barrie *op cit* 144 *et seq.*

<sup>46</sup>Mitchell *Constitutional Law* 1968 81.



for the purpose of enacting legislation severing the Union. It is a limitation which does not incapacitate. As stated recently:

“Geen afbreuk word aan die soewereiniteit van die parlement gedoen nie. Al wat vereis word is dat die parlement - wanneer hy sy wetgewende soewereiniteit uitoefen - in sekere gevalle 'n sekere prosedure moet uitoefen. Hierdie prosedure is deel van die bestaande reg en die parlement moet daarvolgens optree. Daar moet beklemtoon word dat die hele aangeleentheid . . . van die *definisie* van die parlement afhang . . . Die opvatting dat die parlement sy opvolgers kan bind wat die prosedure van die aanneem van wette betref is volkome in ooreenstemming met ons opvatting dat die wetgewende oppergesag van die parlement nie afbreuk doen aan die vereiste dat die parlement altyd volgens die bestaande reg moet optree nie. Die parlement funksioneer eenvoudig nie as hy nie die *voorgeskrewe procedure* soos deur die bestaande reg bepaal, volg nie. As die een parlement dus sekere reëls voorskryf waaraan toekomstige wetgewing moet voldoen, dan moet toekomstige parlemente daarvolgens optree.”<sup>47</sup>

All this reminds one of the celebrated vote cases<sup>48</sup> in South Africa during the early 1950's where-in it was said:

“It is the [South Africa] Act which prescribes the manner in which the constituent elements of Parliament must function for the purpose of passing legislation . . . Parliament means Parliament functioning in accordance with the South Africa Act.”<sup>49</sup>

In the same way the United Kingdom parliament acting to sever the Union with Northern Ireland would, under section 1(2), “mean parliament *acting with the consent of the parliament of Northern Ireland*” - a parliament functioning in accordance with the Ireland Act of 1949. It also brings to mind the words in *The Bribery Commissioner v Ranasingh*:

“A legislature has no power to ignore the conditions of lawmaking that are imposed by the instrument which itself regulates its power to make law.”<sup>50</sup>

Dicey and his disciples would undoubtedly not go along with the propositions enunciated above. According to Dicey limited sovereignty is a contradiction in terms. It is logically and practically impossible to combine supreme legislative authority with restrictions on that authority.<sup>51</sup> Dicey's view is but Austin's “Law is the command

<sup>47</sup>Barrie *op cit* 151-152; Beinart “Sovereignty and the Law” 1952 *THRHR* 101 127: “There is indeed a growing body of authority . . . that the component elements even of a sovereign legislature . . . must observe all laws touching on the manner and form of legislating.”

<sup>48</sup>*Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A) (the first Harris case); *Minister of the Interior v Harris* 1952 4 SA 769 (A) (the second Harris case).

<sup>49</sup>The second Harris case 1257-9. Here the Court was referring to s 152 of the South Africa Act 1909 which required a two thirds majority of parliament at a joint sitting of both houses.

<sup>50</sup>1964 2 All ER 785 791.

<sup>51</sup>Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 1956 68.

of the sovereign, therefore the sovereign cannot be bound by the law,"<sup>52</sup> couched in other terms. These views have however, it is submitted, been ably and authoritatively challenged. The orthodox view that parliament cannot bind itself as to "manner and form" requirements stands on vacillating foundations. There is now considerable authority for the proposition that parliament may not evade the requirements of a special legislative process prescribed by the law.<sup>53</sup>

If the view is correct that parliament is legally bound to observe procedural legislative processes, what would the position be were parliament to ignore the requirements? Could the courts review the validity of such statutes? Could the United Kingdom parliament ignore section 1(2) of the Ireland Act of 1949? Again the traditional view is that no such review is possible. Traditionalists still adhere to Lord Mackenzie's view, expressed in 1842, that:

"We sit here as a Court created by Parliament, the organ of Parliament, and must judge according to what appears to be the will of Parliament, or resign our office. I have felt no call to any such martyrdom and shall certainly adhere to my duty of obedience to Parliament."<sup>54</sup>

Recent patterns of thought together with the acceptance of these "unorthodox" views, *eg* in the South African vote cases and *The Bribery Commissioner v Ranasinghe*,<sup>55</sup> appear however to be in greater accordance with a strict legal interpretation of constitutional law *viz*:

"It is an inherent function of the courts to interpret and apply the law. Parliament, the supreme legislature, is subject to the ordinary law of the land - not only those laws relating to the structure of parliament, but also those laws relating to the *functioning* of parliament.

Unless there is a rule to the contrary, it is presumed that the courts have the power of refusing to apply unconstitutional laws. Since the courts apply

<sup>52</sup>Austin *The Province of Jurisprudence Determined* 1954 254: "If the sovereign for the time being were legally bound to observe it [the law] the present sovereign would be in a state of subjection to a higher or superior sovereign." See however ECS Wade's Introduction to the above edition of Dicey.

<sup>53</sup>See however the view of HWR Wade "The Legal Basis of Sovereignty" 1955 *Cam LJ* 172 and also Calvert *Constitutional Law in Northern Ireland* 1968 32: "These issues have been rarely touched upon in the history of our jurisprudence and, technically, the field is open. If a note of grave caution as to their prospects of success has to be sounded, it is because they are novel ideas and, with us, novel ideas take time to gain acceptance.

Finally, it will be appreciated that should the issue ever arise, it is likely that considerations of legality will play but a small part in the determination of it."

<sup>54</sup>*Middleton v Anderson* 1842 4 D 957 1010. See also *Lee v Bude and Torrington Ry* 1871 LR 6 CP 576; *Edinburgh and Dalkeith Railway Co v Wauchope* (1842) 8 Cl and F 710; *Hoani Te Heuheu Tukino v Aotea District Maori Land Board* 1941 AC 308; *Ndlwana v Hofmeyr* 1937 AD 229.

<sup>55</sup>*Supra*.

the *laws* they necessarily have to investigate whether a rule proposed for application as law by parliament, really has the nature of a *valid* law.”<sup>56</sup>

The Separate Representation of Voters Act of 1951 passed by the South African parliament was not a *valid act*. An “act” purporting to sever the present relationship existing between Northern Ireland and the rest of the United Kingdom, and “passed” without the prior consent of the Northern Ireland parliament would thus also not be a *valid act*. The courts - if a forensic challenge were to be mounted - would be bound to declare that no law was made. The “appropriate combination” required by law in the particular circumstances was not complied with - there was no “authentic expression of the will of Parliament.”<sup>57</sup>

The above submissions are all made with the assumption that section 1(2) of the Ireland Act of 1949 is not repealed by the United Kingdom parliament. As the section is in no way “entrenched” there is nothing to prevent its being repealed. Such an entrenchment would prevent the possibility of any argument about implied repeal if, for example, the United Kingdom parliament were to pass a measure tomorrow severing the existing relationship. It is in any event to be doubted if the United Kingdom parliament could by implication repeal section 1(2) - that is if we accept the submission that parliament is bound by procedural enactments. The enacted procedural requirements are existing law and the courts would not lightly assume that parliament by implication intended to sweep away “manner and form” rules<sup>58</sup> - such rules being fundamental to the functioning of parliament.

The question arises whether section 37(3) of the Transkei Constitution Act of 1963 - a near but not full parallel to section 1(2) - imposes a limitation on the sovereignty of the South African parliament. This section declares:

“No law made after the commencement of this Act . . . which related to any matter referred to in subsection (1) [*ie* legislative matters falling within the competence of the Transkeian Legislative Assembly] shall apply in the Transkei or in relation to any citizen of the Transkei in respect of which the Legislative Assembly [of the Transkei] is empowered to make laws<sup>59</sup> in so far as that matter is concerned.”

<sup>56</sup>Barrie “The Competence of the Courts to Review Acts of Parliament” 1969 *THRHR* 209 224. Mitchell *op cit* 82-91. Gough *Fundamental Law in English History* 1961 223: “The ultimate fundamental law . . . is the law which legislators who accept obedience must themselves obey . . .”

<sup>57</sup>Heuston *op cit* 15.

<sup>58</sup>Kahn “Some Thoughts on the Competency of the Transkeian Legislative Assembly and the Sovereignty of the South African Parliament” 1963 *SALJ* 473 481.

<sup>59</sup>*Inter alia* direct taxation on Transkeian citizens and property situated in the Transkei; Bantu education; agriculture; inferior courts; protection of life, persons, property and animals; public works; labour matters; criminal sanctions for breach of laws; all matters held by the South African State President to be of a merely local or private nature in the Transkei; etc.

This section - like section 1(2) of the Ireland Act of 1949 - is not entrenched. Could the South African parliament by implication - or expressly - pass an enactment encroaching on matters exclusively reserved for the Transkeian legislature? As section 37(3) is not entrenched and there is no indication that the South African parliament ever intended to divest itself of its sovereignty over the Transkei, the South African parliament can expressly legislate on any matter relating to the Transkei.<sup>60</sup> Regarding an implied repeal the answer, it is submitted, would be much the same as that expounded above in relation to section 1(2) of the Ireland Act of 1949. Kahn gives the following answer:

“As section 37(3) is not entrenched, on this approach its provision precluding the application of certain future Acts to the Transkei amounts only to a *rule of construction* of enactments of Parliament. It would, no doubt, be a particularly *strong rule of construction*. The courts would not likely *assume* that Parliament by implication intended to sweep away the avowal of absence of intention as to the application of its laws.”<sup>61</sup>

## IX

This article was written with a primarily legal-historical aim. Its concluding chapters were humbly intended to be a contribution to discussions by present-day legal writers about the meaning of parliamentary sovereignty. The intention was not only to show that the concept of sovereignty has some meaning to jurists - but also that it is of great relevance to the peoples who live under that sovereign. Whenever the sovereign capacity of legislatures is debated, history and political philosophy keep breaking in. The violent constitutional history and questions emerging out of the Irish situation seemed an apt illustration of this.

The application of constitutional parallels - *eg* those of South Africa whilst still a Commonwealth nation (and thereafter), and other Commonwealth nations - helps one to trace out the common elements in these diverse constitutional entities. It also indicates the influence of history and politics on legal theory and judicial practice.

What emerges quite clearly is that English constitutional law does not consist of mathematical formulas having their essence in their form, and that the institutions that have been transplanted from English soil are organic living entities. Their significance is vital and not formal and can only be understood and applied by first considering “their origin and the line of their growth.”<sup>62</sup> □

<sup>60</sup>See VerLoren van Themaat *op cit* 455-457.

<sup>61</sup>Kahn *op cit* 481. The italics are mine. VerLoren van Themaat, *op cit* 457, states that a strong implication (“sterk implikasie”) would be sufficient to apply a South African enactment (touching on the powers reserved to the Transkeian legislature) to the Transkei. He does not however enter into a discussion of how a “strong implication” would manifest itself.

<sup>62</sup>Oliver Wendell Holmes in *Gompers v US* 233 US 604, 610 (1913).



# Die gelykenis van die talente in die lig van die Romeinse reg

(*Matt* 25 14–30; *Luk* 19 12–27)  
(*Slot*)

R. Dannenbring  
*Universiteit van Suid-Afrika*

2 Na sy terugkoms ontbied die heer sy slawe en reken hy met hulle af (*Matt* v 19). *Luk* vertel nie uitdruklik van 'n afrekening nie, maar dit is tog duidelik dat die heer te wete wil kom wat elkeen met die handel verdien het (v 15). Die eerste twee slawe het met hulle handel 'n groot sukses behaal terwyl die derde slaaf niks bereik het nie. Hy word gestraf deurdat die geld van hom weggeneem word; by *Matt* word hy buitendien in die duisternis uitgewerp. Die teregwysing gaan gepaard met 'n opmerking van die kant van die heer oor die gedrag wat van hom verwag kon gewees het. Die derde slaaf kon die geld aan 'n bankier gegee het sodat die heer dit by sy koms met rente terug kon ontvang het (*Matt* v 27; *Luk* v 23).

Hierdie feite sal vervolgens behandel word op die grondslag van die bestaan van 'n *peculium* gehou deur die slawe. Die eerste punt wat aandag verg, is die afrekening.

(a) Soos reeds aangetoon, administreer die slawe hul *peculium* as 'n handels*peculium* vir eie rekening, wat natuurlik beteken dat hulle eie rekeningboeke hou waarin die inskrywings gemaak word soos die gewone loop van die besigheid meebring. Aangesien die *peculium* nog steeds deel uitmaak van die heer se vermoë, al word die *peculium* ook as die *de facto*-vermoë van die houer daarvan beskou, is dit te verstane dat die heer hom van tyd tot tyd van die doeltreffendheid van die slaaf se administrasie daarvan wil oortuig. Dit geskied dan deur die opmaak van 'n rekening, *ponere rationem* soos by *Matt* v 19 in ooreenstemming met die taalgebruik van die Romeinse regsbronne uitgedruk, of *reddere rationem* soos dit ook in die bronne genoem word.<sup>58</sup>

*Luk* gebruik wel geen van hierdie tegniese terme nie, maar die woorde *ut sciret, quantum quisque negotiatus esset* (v 15) laat sonder twyfel

---

<sup>58</sup>Vgl Heumann-Seckel *sv ponere* (1)(f); *reddere* (3).

blyk dat die heer te wete wil kom hoe die handelssaak gedurende sy afwesigheid gevorder het, iets wat net bereik kan word deur die rekening na te gaan.

Die regsbronne lewer 'n uitstekende voorbeeld van die aard en wyse waarop by die nagaan van slawe se rekening te werk gegaan is, en wel in 'n fragment van een van Callistratus se werke waarin dit oor 'n testamentêre vrylating op die voorwaarde *si rationes reddiderit* gaan. Die opmerkings oor die regsposisie ten opsigte van die voorwaarde hoef ons hier nie te behandel nie; belangrik is dié deel van die fragment waarin die juris hom oor die aard en wyse van die lewering van 'n rekening deur 'n slaaf uitlaat. Die uittreksel lui soos volg:

*D 35 1 82 (Callistratus 2 quaestionum) . . . non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offere rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte: ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. inest his verbis etiam heredes notitia instrui rationum, ut sciant, quid in quaque ratione scriptum sit, nam quod ipse vivus facturus erat, ab heredibus suis fieri iussisse intellegitur: ille autem utique non sic solebat servo suo ostendenti reliqua rationes subscribere, sed ita, ut legeret examinaret exciperet. . . . \**

Die egtheid van hierdie uittreksel staan nie onder verdenking nie.<sup>59</sup>

Volgens Callistratus is die prosedure gewoonlik dat slawe die rekening eerstens indien om gelees te word; daarna om nagereken te word sodat uitgevind kan word of die rekeningsposte en die ontvangstes behoorlik en korrek geboek is al dan nie. Dit is die begin van die prosedure wat dan later by die geld uitkom, die oorbetalings van die balans verskuldig. Na die erflater se dood kan ook die erfgename insae in die rekenings neem om te wete te kom wat in elkeen van die rekeninge geskryf is, omdat, so sê die juris voorts, aangeneem moet word dat die erflater opdrag aan sy erfgename gegee het om te doen wat hy

---

\*. . . this was not the intention of the testator, but he wished him to render his accounts in the way in which a slave usually does so: that is to say, that if he should first show the accounts to the heir, and then the calculations, in order that it may be ascertained whether they are correctly or incorrectly made out, and whether the receipts which have been taken correspond with the statement, or not. In this way the investigation begins with an act, and finishes with the payment of money. These words also mean that the heirs can ascertain from the examination of each item what is contained in the several accounts, for the heir is understood to have ordered the same thing to be done by his heirs which he himself would have done if he had been living. For he was certainly not accustomed to sign accounts, where the slave merely showed him the balance which was due, but he was accustomed to read them, scrutinize them, and take exception to them; . . . (Scott *The Civil Law* vol 7 325).

<sup>59</sup>Vgl D Liebs *Index, International Survey of Roman Law* 1(1970) 162 n 8. Oor die inhoud van die teks in meer besonderhede P Jouanique „Rationem reddere” *Bull Assoc G Budé* 20 (1961) 228-233, waarvan ek egter slegs in die vorm van 'n opsomming deur N Palazzolo in *IURA* 13 (1962) 622 kennis kon neem.

self sou gedoen het indien hy nog in die lewe was. Hy sou die rekeninge van die slaaf wat aan hom die restant of die oorskot (*reliqua*) toon, gewoonlik onder geen omstandighede sonder meer onderskryf het nie, maar hy sou die rekeninge gelees, ondersoek en eventueel beswaar teen hulle gemaak het.

Hierdie beskrywing van 'n afrekening tussen heer en slaaf lewer 'n besonder lewendige beeld ook van die gebeure wat in die gelykenis verhaal word. Die moontlikheid van 'n afrekening beteken dat die slaaf verplig word om sy rekeninge ter insae te lê, iets wat met die woorde *ponere rationem* kort en pittig aangedui word (*Matt* v 19). By *Luk* (v 15) word taal gebruik wat ook van die erfgename by Callistratus gebesig word. In albei gevalle word *ut sciret* geneem, om te wete te kom, nl wat die slawe met die handel uitgerig het en wat die slaaf in die juridiese teks in die rekeninge geskryf het. Dit val derhalwe nie te betwyfel dat *Luk* en *Matt* presies dieselfde voorval beskrywe nie.

Afrekening beteken verder dat die slaaf die restant of oorskot, d w s die balans, moet toon (*ostendere reliqua*), iets wat *Matt* v 20 kortliks met die woorde *offere alia quinque talenta*, ander vyf talente toon, beskryf. *Luk* beskryf hierdie procedure nog korter met die woorde *mnas tua decem mnas adquisivit* (v 16).

Klaarblyklik kon die Latynsprekende hoorder of leser van die ewangeliës hom baie goed verbeel wat hier gebeur en ook baie goed begryp dat die heer die eerste twee slawe loof terwyl hy alle rede het om die derde slaaf sy optrede te verwyf. Dié slaaf is in die oë van sy heer (*Matt* v 26 30) sleg en nutteloos (*nequam*) en lui (*piger*), of ontrou (*infidelis*) by *Luk* v 22.

Begryplik is dan ook dat die heer sy nuttelose slaaf straf. Hiermee sal die ondersoek vervolgens voortgesit word.

(b) In sowel *Matt* as *Luk* gee die heer opdrag om die geld van die derde slaaf weg te neem en aan die eerste slaaf, wat die beste presteer het, te oorhandig: *Tollite itaque ab eo talentum et date ei, qui habet decem talenta* (*Matt* v 28) en *auferte ab illo mnas et date illi, qui habet decem mnas* (*Luk* v 24).

Die gerieflike aanknopingspunt by die juridiese interpretasie van hierdie gebeure is die twee werkwoorde *tollere* en *auferre*. Albei hierdie woorde word in die Romeinse bronne gebruik om aan te toon dat iets regtens van 'n persoon weggeneem word, of 'n saak of 'n reg, bv die boedel van die onwaardige erfgenaam (*indignus*), of 'n saak deur van die *ius tollendi* gebruik te maak.<sup>60</sup> *Tollere* word daarbenewens ook gebesig om na die opheffing of beëindiging van 'n regsverhouding soos 'n

<sup>60</sup>Heumann-Seckel *sv auferre* (2); *tollere* (2).

kontrak te verwys.<sup>61</sup> Wat volgens die tekste weggeneem word, is duidelik; die vraag wat nog 'n antwoord verg, is op grond van welke reg dit gebeur.

Die antwoord is geleë in die verhouding wat tussen heer en slaaf bestaan kragtens die *peculium* deur laasgenoemde gehou.

'n Slaaf is in alle opsigte afhanklik van die wil van sy heer; hy het geen regte teenoor sy heer nie en kan derhalwe ook nie regtens ver wag dat die *peculium* nie weer van hom weggeneem word nie. In hierdie verband kan nog opgemerk word dat die verskoning wat die slaaf vir sy optrede aanbied, nl dat hy uit vrees vir sy heer die geld weggesteek het, om genoemde redes vanselfsprekend juridies vokome irrelevant is (*Matt* v 25; *Luk* v 21).

Volgens die reëls wat die *peculium* beheer, is die heer by magte om die goed te eniger tyd weer van die slaaf weg te neem soos uit *D* 15 1 4 *pr* bo blyk: *nam cum servi peculium totum adimere . . . dominus possit*.

Besluit die heer om die *peculium* weer weg te neem, dan beteken hierdie *ademptio peculii* nie net dat die sake en regte waaruit die *peculium* bestaan, weer weggeneem word nie, maar tegelykertyd ook die herroeping van die *concessio peculii*, die magtiging om regshandeling ten aansien van die *peculium* aan te gaan.<sup>62</sup>

Weliswaar het die gebooue van die goeie sedes in Rome oor die algemeen in die pad van 'n *ademptio peculii* gestaan, en was dit nie gebruiklik om die *peculium* sonder baie goeie redes van 'n slaaf weg te neem nie.<sup>63</sup> In die onderhawige geval, soos in die gelykenis verhaal, het die heer egter goeie redes om van die moontlikheid van die *ademptio peculii* gebruik te maak.

Net soos die heer by magte is om die *peculium* as geheel weg te neem, kan hy dit ook vermeerder of verminder: *nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit . . .* (*D* 14 1 4 *pr* bo). Dit is presies wat in die geval van die eerste slaaf gebeur: sy *peculium* word vermeerder deur die geld wat van die derde slaaf weggeneem word. Buitendien behou hy sowel as die tweede slaaf, soos algemeen gebruiklik, die opbrengs van hul *peculia*.

By *Matt* word die derde slaaf egter nie bloot met die *ademptio peculii* gestraf nie; 'n nog swaarder straf word hom opgelê wat ons vervolgens sal besig hou.

(c) Die slaaf word by *Matt* in die buitenste duisternis uitgewerp (v 30). Die heer raak gevolglik van sy slaaf ontslae.

<sup>61</sup>Heumann-Seckel *sv tollere* (3).

<sup>62</sup>Sien Kaser I 248; NDI I c (*supra* n 44); Buckland 205.

<sup>63</sup>Vgl Kaser I 55; *idem* SZ 58 (1938) 85; NDI I c (*supra* n 44).



By die juridiese ontleding van hierdie strafmaatreël sal dit nodig wees om aan dié kant van die slaaf se regspisio te dink waarvan tot dusver nog nie sprake was nie, nl die sakeregtelike kant. Tot dusver het geblyk dat die slaaf as 'n menslike wese sekere bevoegdhede kan hê al word hulle ook geheel en al van die heer se bevoegdhede afgelei. Slawe is egter *personae* en *res* tegelykertyd. As 'n saak, 'n *res Mancipi*, is die slaaf vatbaar vir die eiendomsreg wat in sy heer setel.<sup>64</sup> Dit beteken dat die eiendomsreg oor slawe ingevolge die sakereg verkry of verloor kan word, bv deur *mancipatio*.

Die verhaal van die gelykenis laat nou aan 'n besondere geval van die verlies van die eiendomsreg dink, nl aan *derelictio*.

Gedurende die klassieke tydperk en ook nog onder Justinianus is here toegelaat om hulle slawe prys te gee.<sup>65</sup>

*Derelictio* is 'n komplekse regshandeling. 'n Saak word prysgegee wanneer die wil van die eienaar daarop gerig is om die saak nie meer as sy eie saak te hou nie (*animus derelinquendi*) en deur die beëindiging van die fisiese beheer oor die saak (*corpus*).<sup>66</sup> Slawe word geabandonneer deur hulle met *animus derelinquendi* uit die huis te jaag of hulle sonder hulp, veral sonder lewensmiddele, aan hulle lot oor te laat (*exponere*).<sup>67</sup>

Die effek van *derelictio* is die verlies van eiendomsreg. Die antieke twisvraag of dié reg in die geval van *res nec Mancipi* onmiddellik verlore gaan en in die geval van *res Mancipi* slegs wanneer die moontlike okkupeerder die saak deur *usucapio* verkry het, kan vir ons huidige doel buite bespreking bly.<sup>68</sup> Dit is voldoende om hier vas te stel dat die reg verlore gaan en alle betrekkinge tussen die eienaar en die saak verbreek word. Gevolglik raak die eienaar wat 'n saak prysgee, nie net ontslae van die saak self nie, maar tegelykertyd ook van alle verantwoordelikhede en laste wat die saak op hom geplaas het. Ten aansien van 'n slaaf het *derelictio* behalwe die verlies van die eiendomsreg dan ook die gevolg dat die heer nie langer aanspreeklik gehou kan word vir onregmatige handelingde deur die slaaf gepleeg nie. Aan die ander kant kan die voormalige eienaar wat 'n slaaf *pro derelicto habet* ook nie meer van die slaaf se dienste by die aangaan van regshandelingde gebruik maak nie.<sup>69</sup>

Met betrekking tot die slaaf as persoon het *derelictio* baie ernstige gevolge. Hy word *servus pro derelicto* of *servus sine domino*, wat egter nie

<sup>64</sup>Sien Kaser I 246; Kaser 15 I 2; Buckland 10.

<sup>65</sup>Vgl Buckland 274.

<sup>66</sup>NDI *sv Derelictio* (1) (Romano); Buckland 274/275.

<sup>67</sup>Vgl C 8 51 1, 2, 3.

<sup>68</sup>Hieroor Kaser I 359; Kaser 26 I 2; NDI (*supra* n 66) (3).

<sup>69</sup>Vgl Ulp D 9 4 38 1; Iav D 45 3 36. sien ook NDI I c (3) (*supra* n 66).

betekén dat hy vryheid verkry nie; hy bly slaaf.<sup>70</sup> (Slegs slawe wat weens sieklikeid prysgegee word, verwerf vryheid, en wel op grond van 'n edik van Claudius: *D* 40 8 2.) As *servus sine domino* bevind die slaaf hom derhalwe in 'n baie onbenydenswaardige posisie. Al die bevoegdhede wat hy van sy voormalige heer kon aflei, hou op om te bestaan; hy word die voorwerp van *occupatio* met al die gevare wat die verkryging van 'n nuwe heer mag inhou. Hy verkeer in elk geval as 'n blote regsobjek in 'n staat van volkome regteloosheid. Die geabandonneerde slaaf word eenvoudig aan sy lot oorgelaat.

Hierdie toestand is sonder twyfel ernstig genoeg om aanleiding te gee tot *fletus* en *stridor dentium* soos *Matt* dit baie treffend beskryf, en sy antieke hoorders of lesers was sekerlik ook terdeë bewus daarvan.

(d) Die laaste punt waarop die aandag vervolgens nog gevestig moet word, is die opmerking wat die heer maak oor wat die regte optrede van die derde slaaf sou gewees het. Die slaaf kon die geld - en dit kon van hom verwag word (*oportere*, *Matt* v 27) - aan 'n bankier toevertrou het sodat sy heer dit by sy koms met rente kon onttrek het: *Oportuit ergo te committere pecuniam meam nummulariis et veniens ego cum usuris utique recepissem quod meum est (Matt v 27); et quare non dedisti pecuniam meam ad mensam? Et ego veniens cum usuris utique exegissem illum? (Luk v 23).*

Dit is baie duidelik dat ons hier met banksake te doen kry. Die Romeinse bankwese is deur twee groepe sakelui beheer, waarvan die een, die *argentarii*, die ouer een en die ander, die *nummularii*, die jonger groep was.<sup>71</sup>

Die belangrikste en oorspronklik enigste bankiers in Rome is die *argentarii*, wat ongeveer in die jaar 330 vC in navolging van die voorbeeld van die bankiers in die Hellenistiese wêreld, die *trapezítai*, hulle verskyning in die stad maak.

Die besigheid van die *argentarii* omvat hoofsaaklik twee afdelings, die belangrikste bedrywighede van 'n bankier: eerstens die aan- en verkoop van valuta, en tweedens die kredietbesigheid, bestaande uit die gee van lenings en die aanvaarding van deposito's in die vorm van 'n gewone bewaargewing of as rentedraende deposito's asook die aanvaarding van gelddeposito's om vir rekening van die deponent teen rente uitgeleen te word. Die bankiersbesigheid sluit nog ander sake in soos beliggaam in die *receptum argentarii*, om net nog dié voorbeeld te noem; want aangesien die gelykenis klaarblyklik net na die rente-

<sup>70</sup>Slegs slawe wat weens sieklikeid prysgegee word, verwerf die vryheid op grond van 'n edik van Claudius; Mod *D* 40 8 2.

<sup>71</sup>Oor die geskiedkundige ontwikkeling van die Romeinse bankwese sien Voigt 515 e v; vgl ook NDI *sv Banca (Cenni Storici)* 5D (*Cibaudano*).

draende deposito's verwys, hoof ons vir ons huidige doel nie verder oor die ander bedrywighede van bankiers uit te wei nie.<sup>72</sup>

Die soorte deposito's wat volgens die gelykenis vir bespreking in aanmerking kom, word in die volgende uittreksel uit 'n fragment van Ulpianus genoem:

*D 16 3 7 2 (Ulpianus 30 ad edictum) Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. . . . \**

Ook hierdie uittreksel word nie as oneg beskou nie.<sup>73</sup>

In die teks gaan dit oor die voorkeurregte van deponente in die geval van insolvensie van die bankier. Die uitdrukking *foro cedere* verwys na 'n bankier wat, indien hy insolvent raak, sy *taberna* op die *forum* moet ontruim. Voorkeur geniet (*rationem habet*) die deponent wat geld in die vorm van 'n gewone *depositum* vir bewaring gedeponeer het, nie diegene wat geld teen rente belê of uitleen nie (*exercere*) en rente ôf by of saam met ôf deur die bankier trek.

Met genoegsame sekerheid kan op grond van hierdie teks gestel word dat die derde slaaf die geld op een van twee maniere by 'n bankier kon belê. Hy kon dit belê om regstreeks rente daarmee te verdien wat die bankier *qua* bankier verplig sou wees om te betaal, of hy kon die geld aan die bankier toevertrou om vir sy rekening deur die bankier rentedraend uitgeleen te word.

Hiermee is 'n gevolgtrekking bloot op grond van taamlik algemene oorwegings bereik, op grond van 'n interpretasie van die gelykenis-tekste wat saam met die bepaling van die relevante feite vooraf gegaan het, gesteun op die woorde *mensa*, *nummularius* en *usurae*. Hierdie begrippe, meer bepaald *mensa* en *nummularius*, verg egter nog 'n besondere opmerking wat in verband staan met die teksgeskiedenis van die *Vetus Latina*.

By *Matt v 27* is dit opvallend dat die woord *trapezitai* van die Griekse teks nie, soos verwag kon word, deur die Latynse *argentarii* weergegee word nie, maar in plaas daarvan deur *nummularii*.

By die kort blik op die organisasie van die Romeinse bankwese is reeds beklemtoon dat banksake in Rome hoofsaaklik deur *argentarii* gedoen is, wie se besigheid geskoei was op die lees van hulle Griekse

<sup>72</sup>Uitvoerig daaroor Voigt 524-528.

\*Whenever bankers become bankrupt, the accounts of the depositors must, in the first place, be considered; that is to say, those of such as have money on deposit which they have not placed at interest with the said bankers, or left with them to make use of (Scott *The Civil Law* vol 4 295).

<sup>73</sup>T a v die tweede sin sien *Ind Itp*.

voorbeelde, juis die *trapezitai*. Die *nummularii* daarenteen het oorspronklik geen deel in die bedrywighede van die *argentarii* gehad nie; hulle taak was die muntkontrole om muntvervalsings deur die sg *probatio nummorum* te ontdek en te voorkom.<sup>74</sup> Teen die einde van die Republiek begin die *nummularii* egter op die gebied van die behartiging van banksake met die *argentarii* meeding, alhoewel aanvanklik slegs ten opsigte van die wisselaarsbesigheid. Eers die tyd ná Hadrianus tot die *divi fratres* M Aurelius en L Verus, van 138 tot 169, lewer getuienis, in geskrifte van Pomponius en Scaevola, vir die feit dat die *nummularii* ook tot die kredietbesigheid toegetree het.<sup>75</sup> In navolging van die *argentarii* rig hulle ook hul *tabernae* op die *forum* op en doen besigheid op tafels soortgelyk aan dié gebruik deur die *argentarii*. Na hierdie tafel wat sy voorbeeld ook in die Griekse praktyk het, word by *Luk* v 23 verwys (*τράπεζα* in die Griekse teks). Die verwysing na die tafel met die woorde *dare pecuniam ad mensam* sou egter op sigself geen gevolgtrekking ten opsigte van die soort bankier waaraan dit behoort, moontlik maak nie, want die tafel wat die *argentarii* gebruik, heet *mensa argentaria* en dié van die *nummularii* word *mensa nummularia* en albei soorte kortweg *mensa* genoem.<sup>76</sup>

In teenstelling met *Luk* gebruik *Matt* v 27 die woord *nummularius*. *Nummularii* het egter, soos aangetoon, ten tyde van die opskrifstelling van die evangelies van *Matt* en *Luk* nog geen banksake van die aard waarvan in die gelykenis gewag gemaak word, behartig nie. Die gevolgtrekking wat noodwendig hieruit afgelei moet word, is derhalwe dat die Latynse vorm van die evangelies wat die woord *trapezitai* met *nummularii* weergee, gedurende 'n tydvak geskryf is toe die *nummularii* reeds met kredietverlenings besig was, dws nie vóór Hadrianus nie.

Hierdie gevolgtrekking bied verdere steun vir die resultate van die Nuwe-testamentiese manuskriptstudies wat die ontstaan van die Ou Latynse *NT* op ongeveer die jaar 180 dateer.<sup>77</sup> Miskien kan selfs nog verder gegaan word en dié datum nog met 'n aantal jare verminder word. Hierdie vraag kan egter in verband met die huidige bespreking nie verder opgevolg word nie.

Hiermee kom ons aan die einde van die betoog. In die slotopmerking sal gepoog word om die resultate van die voorafgaande oorewegings en gedagtes kortliks saam te vat.

### III

Die *NT* geniet reeds vir 'n geruime tyd groot aansien as 'n belangrike kenbron veral van die Romeinse publiekreg. Minder duidelik

<sup>74</sup>Hieroor en oor die volgende Voigt 518 e v; NDI I c (*supra* n 71).

<sup>75</sup>Vgl Voigt 521 n 26.

<sup>76</sup>Heumann-Seckel *sv mensa; argentarius* (1); *nummularius* (2).

<sup>77</sup>Vööbus 37.



is egter of dieselfde ook van die *NT* met betrekking tot die Romeinse privaatreë gesê kan word. Hoewel die tekste dikwels na toestande verwys wat 'n besliste privaatreëtelike agtergrond het, lewer die juridiese kwalifikasie daarvan tog meermale aansienlike probleme op, voortspruitende uit die feit dat die Nuwe-testamentiese tekste nooit 'n aanduiding gee van welke reë hulle outeurs in gedagte het nie. Hierdie moeilikheid word nog vererger deur die feit dat die *NT* vanselfsprekend 'n nie-juridiese kenbron is, nl een wat nie met die oog op mededelings uit die regslewe geskryf is nie.

Die regshistorikus wat in die privaatreë van die *NT* belang stel, word derhalwe genoodsaak om te bepaal welke regstelsel of regstelsels die grondslag vorm van die een of ander van die Nuwe-testamentiese verhale soos dié in die gelykenis onder bespreking.

Uit hierdie stellings volg onmiddellik die afleiding dat die *NT* beswaarlik as 'n betroubare kenbron van die privaatreë van 'n bepaalde regstelsel beskou kan word. Veleer moet regshistoriese kennis dien om 'n bydrae tot die uitleg van die Nuwe-testamentiese geskrifte te lewer deur teksgedeeltes met 'n juridiese agtergrond te verklaar en te verduidelik na aanleiding van die kennis wat ons van die een of ander van die antieke regstelsels het.

By 'n verduideliking van hierdie aard moet die regshistorikus hom vanselfsprekend tot sy vakgebied beperk en mag hy geen poging aanwend om tot teologiese gevolgtrekkings te geraak nie.

By die vasstelling van die regstelsels wat die privaatreëtelike agtergrond van Nuwe-testamentiese verhale vorm, is 'n betreklik wye keuse moontlik tussen Semitiese, veral Joodse, Hellenistiese en Romeinse reë.

By die eerste oogopslag wil dit voorkom asof Romeinse reë inderdaad as die laaste op die lys van moontlike keuses moet staan. Romeinse reë sal selfs uitgesluit wees indien 'n Semitiese of Hellenistiese agtergrond met voldoende sekerheid vasgestel kan word. Dit is egter nie deurgaans die geval nie. Skrywers wat Nuwe-testamentiese tekste teen die agtergrond van die genoemde stelsels ondersoek het, kom tot die slotsom dat hulle in baie gevalle beswaarlik die bodem van die hipotetiese mag verlaat. Ons was derhalwe in staat om 'n nuwe ondersoek na die Romeinse privaatreë in die *NT* te onderneem.

Hierdie ondersoek kan langs twee metodiese weë uitgevoer word. Die eerste lei van algemene oorewegings in die lig van resultate opgelewer deur die Nuwe-testamentiese navorsing, tot die gevolgtrekking dat die verkondiging van die evangelie aan die hele wêreld vereis het dat van toestande wat in Jesus se omgewing en in sy tyd geheers het, waar moontlik, afgesien word sonder om fundamentele geloofswaardede aan te tas of selfs op te offer. Dit is die geval gedurende die tyd-

perk van die wording van die sinoptiese evangelies van *Matt* en *Luk* waarin die gelykenis van die talente oorgelewer word, en selfs nog gedurende die tydperk van die wording van ons huidige Christelike Bybel.

Hierdie tydperk van die ontwikkelende kanon van die *NT* wat die tyd tot ongeveer die lewe en werk van Origenes, gevolglik tot naas-tenby die jaar 250, dek, kom taamlik presies ooreen met die klassieke tydperk van die Romeinse reg. Gedurende hierdie klassieke periode van die Romeinse reg, en wel ongeveer in Gaius se leeftyd (tot ná 178), het ook die Ou Latynse *NT* ontstaan wat sy beslag in die later sogenaamde *Vulgata* kry. Ons was in staat om in verband met die tydperk van die optrede van die *nummularii* as volwaardige bankiers, verdere getuienis te lewer wat die ontstaan van die Ou Latynse *NT* gedurende die genoemde tydperk waarskynlik maak.

In sy Latynse vorm is die evangelie aan die Latynsprekende inwoners van die Romeinse Ryk, veral in die Weste, verkondig.

Met die Latynse teks as uitgangspunt is die gelykenis van die talente in meer besonderhede behandel, en hiermee betree ons die tweede metodiese weg waarlangs die ondersoek na die Romeinse reg in die *NT* onderneem kan word. Dit lei van baie gespesialiseerde oorewegings tot die resultaat dat die juridies relevante feite soos in die gelykenis verhaal, wel aan die hand van die Romeinse reg, veral die slawereg, verklaar kan word, en dit nie bloot in breë trekke nie, maar ook ten opsigte van 'n hele aantal besonderhede. Herhaaldelik kon vasgestel word dat die tekste woorde en begrippe gebruik wat geensins aan die Romeinse regsbronne vreemd is nie.

Nietemin moet hierdie resultaat van die voorgaande bespreking tog met 'n mate van voorbehoud opgeneem word. Alhoewel die Romeinse reg in die onderhawige geval met welslae toegepas is, moet tog teen algemene gevolgtrekkings gewaak word. Die feit bly staan dat die skrifte van die *NT* as sodanig geen vaste en veilige aanknopingspunte vir 'n regshistoriese ondersoek met 'n bepaalde regstelsel as grondslag voorsien nie, altans nie ten opsigte van die privaatrek nie. Die regshistorikus wat na Nuwe-testamentiese tekste kyk, betree 'n gebied wat grotendeels buite die grense van sy vakgebied lê; hy kan derhalwe slegs hoop om 'n beskeie bydrae te lewer tot die kennis van privaatrekstoestande soos in die *NT* uitgebeeld.

#### SUMMARY

#### THE PARABLE OF THE TALENTS AND ROMAN LAW

The New Testament is a non-legal source of Roman law, especially with regard to public law. Texts showing a private law background give rise to problems since their authors never refer to the legal system they have in mind. Writers on the private law referred to in the New Testament generally assume that the legal system

which was in force at the time of, and in the surroundings of, Jesus' activities, must be taken into account. There is a choice between Semitic, especially Jewish, Hellenistic and Roman law.

According to some writers the Roman legal system ranks last among the possible systems as it played no considerable part in Palestine during the life of Jesus. However, the picture changes if the history of the origin of the synoptic gospels by Matthew and Luke and the history of the canon of the New Testament are taken into account.

It is contended that during the course of time biblical references to Jewish peculiarities and legal notions were deliberately neglected with a view to the preaching of the gospel in the Latin-speaking West of the Roman empire.

During the period of the development of the canon of the New Testament a Latin version of the New Testament, the so-called *Vetus Latina*, originated. In this version the gospels are preached to the Latin-speaking population of the empire with their Roman legal background. In the search for Roman law in the New Testament, therefore, the *Vetus Latina* might well be used as a starting-point.

With reference to the legally relevant points in the parable of the talents, the relationships between master and slave with regard to their economic activities have to be considered. The slaves in the parable may act *iussu domini*, as *institores* or as holders of a commercial *peculium*.

It is shown that the legally relevant material of the parable fits best into the Roman law of *peculium*. □

„I am not prepared to . . . go so far as to say that a reasonable man ought not to have come to that conclusion on the evidence. All that I can say is that I do not think I would have come to that conclusion”-

Curlewis JA in *R v Kumalo* 1930 AD at 204.

# Die „rule of law” - 'n gemeenskaplike westerse gedragskode

(Slot)

AJGM Sanders

Universiteit van Suid-Afrika

## DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA<sup>34</sup>

Sedert die begin van die agtiende eeu was dit nie langer die Engelse koning nie, maar wel die Engelse parlement wat outokratiese neigings toon en homself onder andere bevoegdhede ten aansien van die kolonies toe-eien. Toe die Engelse parlement, in stryd met die Engelse konstitusie, ten behoeve van die Engelse genootskap aan die Amerikaanse kolonies wat afsonderlike genootskappe was, belastings opgelê het en die Amerikaanse koloniste se beroep op die Britse konstitusie by die houe tevergeefs was, is tot rebellie oorgegaan. Daar is besef dat, wil die fundamentele regte en vryhede van die individu gewaarborg wees, die onderskeie regeringsmagte, ook die wetgewende gesag, beperk behoort te wees. In die Amerikaanse grondwet van 1787 is die idee van die soewereine wetgewende parlement dan ook prysgegee in ruil vir die idee van 'n oppermagtige geskrewe grondwet, waarin veral in navolging van baron de Montesquieu se idees voorsiening gemaak word vir 'n skeiding van regeringsmagte.

Sekere fundamentele regte en vryhede van die individu is later ten einde hulle teen die groeiende regeringsmag te beskerm in die vorm van 'n *bill of rights* in die grondwet verskans. Hiermee is nie beoog om 'n volledige lys van die fundamentele menseregte te verskaf nie, maar wel om daardie regte te beskerm wat as gevolg van die noodwendig toenemende regeringsinvloed moontlik in gedrang kon kom. Die stelsel van beperkte regeringsmagte is ten slotte in 1803 afgerond toe hoofregter Marshall in *Marbury v Madison* 5 US (1 Cranch) 137, beslís het dat die houe bevoeg is om wetgewing aan die „super law” of „fundamental law” van die grondwet te toets en by onverenigbaarheid

---

<sup>34</sup>Vgl Hayek a.w hoofstuk XII *The American Contribution: Constitutionalism*.



met die grondwet ongeldig te verklaar.<sup>35</sup> Hierdie toetsingsreg van die howe waarvoor in die grondwet eienaardig genoeg geen uitdruklike voorsiening gemaak word nie, vorm die sluitsteen van die Amerikaanse konstitusionalisme wat deur hoofregter Marshall in die so juis genoemde beslissing soos volg gekarakteriseer word:

„The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? . . . It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must of necessity expound and interpret that rule . . . This is the very essence of judicial duty . . . The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the Constitution.”

Die Amerikaanse konstitusionalisme is die uiting van ’n voorkeur vir ’n stelsel van voorafneergelegde en verankerde beginsels bo ’n stelsel wat willekeurige optrede van ’n tydelike parlementêre meerderheid, moontlik in stryd met die fundamentele menseregte, toelaat. Dit is hierin waar die groot bydrae van die Amerikaanse regstelsel tot die moderne westerse *rule of law*-beskouing geleë is.<sup>36</sup>

### DIE EUROPESE VASTELAND<sup>37</sup>

Die ontwikkelings in Engeland en die Verenigde State van Amerika het op die vasteland van Europa waar die belangrikste state toe reeds meer as twee eeue onder absolutistiese gesag gestaan het, die roep na die *rule of law* verder aangewakker. Die Franse rewolusie van 1789 is as „l’avenement de la loi” op die Vasteland begroet. Die rewolusionêre grondwet van 1791 het net soos die Amerikaanse ’n verklaring van menseregte bevat, die „déclaration des droits de l’homme et du citoyen,” maar het origins vanweë die beliggaming in die grondwet van die beginsel van volksoewereiniteit basies van die Amerikaanse grondwet verskil. Op grond van die voorkeur vir hierdie beginsel is aan die howe die toetsingsreg ontsê en is ’n ekstreemdeurgevoerde *trias politica* aanvaar. Die uitwerking hiervan was dat dit sowel die wetgewende as die uitvoerende gesag buitekant die bereik van die howe geplaas het. Die menseregbepalings was sodoende geen-

<sup>35</sup>Volgens Colin Rhys Lovell „The Growth of Judicial Review in the United States” 1955 *Butterworths South African Law Review* 110, volg die toetsingsreg noodwendig uit die geaardheid van die Amerikaanse grondwet, terwyl Beinart „Parliament and the Courts” 154-160, daarop wys dat dit ’n logiese uitvloeisel is van die posisie wat die howe onder die *common law* tradisioneel ingeneem het.

<sup>36</sup>Vir ’n kritiese noot sien Gottfried Dietze „America and Europe - Decline and Emergence of Judicial Review” 76 (1959) *SALJ*, veral op 430; sien verder Beinart „The Liberty of the Subject” 34-35; JJ Ross „Die Uitoeffening van Kontrole oor die Uitvoerende Mag in die Staat” 20 (1957) *THRHR* op 6-7.

<sup>37</sup>Vgl Hayek a w hoofstuk XIII *Liberalism and Administration*, the „Rechtsstaat.”

sins gewaarborg nie. Verder het die ekstreem-deurgevoerde skeiding van regeringsmagte onprakties geblyk. 'n Omvattende administrasie, die onvernietigbare erfstuk van die absolutistiese monargie, het dit onvermydelik gemaak dat die wetgewende gesag wetgewende, regsprekende en diskresionêre bevoegdhede aan die uitvoerende gesag moes toevertrou. 'n Administrasie toegerus met sodanige bevoegdhede en verskans as gevolg van die *trias politica*-beginsel, was die besondere probleemkind van die Europese vasteland. Sonder om die aan die administrasie verleende bevoegdhede te wil inkrimp (wat trouens met die opkoms van die sosiaal- en humanitêr-gerigte welsyn- of versorgingstaat nie langer wenslik was nie) is deur juriste op die Vasteland bepleit dat alle owerheidsoptrede aan die reg onderwerp moes word. Die sogenoemde legaliteits-beginsel het begin vorm aanneem.<sup>38</sup> Daar is tereg gevoel dat die vryheid van die individu afhanklik is van die mate waarin met name die optrede van die administrasie aan regsvoorskrifte gebind is. Die onderwerping van die uitvoerende gesag aan kenbare regsnorme is dan ook die vernaamste postulaat van die idee van die „Rechtsstaat,” ook wel bekend as „justicialism.” 'n Vername eksponent van die Rechtsstaat-idee was Julius F Stahl: „Der Staat soll Rechtsstaat sein . . . Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen . . .”<sup>39</sup> Tegelykertyd is besef dat judisiële kontrole onmisbaar sou wees om die legaliteitsbeginsel effektief te maak.<sup>40</sup> Die opvatting dat in hierdie verband die beste die administrasie self met al sy gespesialiseerde kennis gebruik kan word, het die pleit gewen, en daar is tot die instelling van 'n stelsel van administratiewe howe oorgegaan.<sup>41</sup>

<sup>38</sup>Vgl Fritz Gygi „The Rule of Law in the Contemporary Welfare State” IV 1 (1963) *Journal of the ICJ* 13; Hans Klécatsky „Reflections on the Rule of Law and in particular on the Legality of Administrative Action” IV 2 (1963) *Journal of the ICJ* 205 ev; Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg*, Mededelings Universiteit van Suid-Afrika, A 47 1969 1-4. In ons reg vind die legaliteitsbeginsel veral uiting in die sogenoemde vermoedens van wetsuitleg, die *ultra vires*-leerstuk en die reëls van natuurlike geregtigheid. Sien Ross aw 15; Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 13-15, en van dieselfde skrywer: „Die Kwasi-Judisiële Administratiewe Handeling” 29 (1966) *THRHR* 214-215.

<sup>39</sup>*Die Philosophie des Rechts* vol II: *Rechts- und Staatslehre* deel II 5e uitg 1878 352.

<sup>40</sup>Vgl Gygi aw 15.

<sup>41</sup>'n Belangrike voorstander van die administratiewe regspraak was Rudolf von Gneist *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* 1879. In verband met die stelsel van administratiewe howe, in die besonder in Frankryk, sien Maxime Letourneur „The French Conseil d'État” VIII 2 (1967) *Journal of the ICJ* 83 ev; B Schwartz *French Administrative Law and the Common Law World* New York University Press 1954

¶ In ons regsliteratuur word reeds geruime tyd gedebateer oor die voor- en nadele van administratiewe regspraak. Die volgende skrywers het hulle ten gunste van administratiewe regspraak uitgespreek: Wiechers 29 (1966) *THRHR* 72; Schreiner aw 78; Mathews aw 318; Ross aw 23; P J van R Henning *Die Ad-*

Die ontwikkeling van hierdie howe tot 'n waarlik onafhanklike en doeltreffende instelling was 'n moeisame proses as gevolg van die vinnige groei na die welsynstaat waarin die owerheid aanvanklik naartoe na skuiwergate gesoek het om vryer te kan optree. Dit was in hierdie moeilike jare van die administratiefreg dat Dicey sy minagting vir die stelsel van administratiewe howe op skrif verewig het. Dicey se kritiek het egter spoedig reeds sy bestaansreg verloor. Die stelsel van administratiewe howe het die toets van die tyd deurstaan. Dit het nie net gelei tot 'n ontwikkelde materiële administratiefreg nie, maar ook tot 'n vorm van regspleging wat binne die raamwerk van die moderne welsynstaat uitermate effektief blyk te wees om die individu teen willekeurige owerheidsoptrede te beskerm. Tewens het dit bewys gelewer van volkome onafhanklikheid.

Die gedagte om ook die verrigtings van die wetgewende gesag onder judisiële kontrole te plaas, het tot nou toe op die Vasteland minder entoesiasme uitgelok. Ofskoon die meeste Vastelandse grondwette aan die wetgewende gesag 'n hele aantal beperkings oplê, word slegs in die grondwette van die Duitse Bondsrepubliek en Italië vir 'n toetsingsreg deur die howe voorsiening gemaak.

'n Ander, minder belangrike Vastelandse bydrae tot die *rule of law* binne die sfeer van die administratiefreg is die Skandinawiese skepping van die ombudsman om die regte en vryhede van die individu teen magsmisbruik deur die uitvoerende gesag te beskerm. Swede het sy ombudsman reeds sinds 1809, terwyl die ander Skandinawiese lande in die jare '50 die stelsel ingevoer het. Ook in Engeland en Nieu-Seeland is hierdie instelling oorgeneem.<sup>42</sup>

In breë trekke behels die instelling die volgende: Die ombudsman wat buitekant die politiek staan en vokome onafhanklik optree, word deur die parlement aangewys. Dit is sy taak om die burger teen onreg as gevolg van beslissings van die administrasie of teen beamptes wat in dwaling of pligsversuim opgetree het, te beskerm. Elke burger, selfs dié wat aangehou word of 'n gevangenisstraf uitdien, kan kosteloos by die ombudsman 'n klag indien. Die ombudsman het toegang tot die

---

*ministratiewe Staat* 31 (1968) *THRHR* 15; J Raubenheimer *Kollegiale Administratiewe Howe in die Republiek van Suid-Afrika* proefskrif Potchefstroom 1962 193 e.v. Gekant teen 'n stelsel van administratiewe howe in Suid-Afrika is Beinart „The Rule of Law” 117.

<sup>42</sup>Vgl G C Kachelhoffer „Die Ombudsman, 'n Nuwe Konstitusionele Ontwikkeling?” 30 (1967) *THRHR* 339 e.v; van dieselfde skrywer m.b.t. Engeland: „First Four Reports of the Parliamentary Commissioner for Administration” 85 (1969) *SALJ* 289 e.v; GN Barrie „The Ombudsman: Governor of the Government” 87 (1970) *SALJ* 224 e.v; m.b.t. Nieu-Seeland: AG Davis „The Ombudsman in New Zealand” IV 1 (1963) *Journal of the ICJ* 51 e.v en vol IV 2 (1963) 316 e.v. Vir 'n regsvergelende studie sien die IKJ se *Review for the Rule of Law* nr 3, September 1969 39-43.

dokumente van die administrasie. Hy kan sowel feitlike as juridiese aangeleenthede ondersoek en 'n mening oor die betrokke owerheids-optrede gee. Die ombudsman is egter nie bevoeg om die betrokke aangeleentheid self te beslis nie. Ook val beslissings van die howe buitekant die ombudsman se kompetensie. Die optrede van die ombudsman sluit geensins die jurisdiksie van die howe uit nie. Die ombudsman se aansien en invloed dra seker by tot 'n betere beskerming van die individu teen die owerheid, maar slegs indirek en broksgewyse.<sup>43</sup> Bowendien skep die daarstelling van so 'n instelling probleme waar 'n land se bevolking nie homogeen is nie.

Die vernaamste bydrae van die Europese vasteland tot die moderne *rule of law*-beskouing is dus:

- (a) die legaliteitsbeginsel;
- (b) die judisiële kontrole oor administratiewe handelingde deur gespesialiseerde administratiewe howe; en
- (c) die instelling van die ombudsman.

Al hierdie bydraes is van besondere belang binne die raamwerk van die moderne welsynstaat waarin die administrasie in sy rol van sosiaal-ekonomiese voorsiener en ondernemer 'n oorheersende plek inneem en die beskerming van die onderdaan se regte teenoor die owerheid om gesofistikeerde metodes vra.

## DIE INTERNASIONALE KOMMISSIE VAN JURISTE

In die somer van 1952 het 'n aantal vooraanstaande juriste uit verskillende lande in Wes-Berlyn vergader om skendings van die *rule of law* in sekere dele van Europa te bespreek. Daar is toe besluit om die Internasionale Kommissie van Juriste op te rig om as 'n nie-politieke organisasie die wêreld se regsgeleerdes vir die beskerming van menseregte en die bevordering van die *rule of law* te mobiliseer. Die kommissie met hoofkwartier in Genève bestaan uit 25 lede wat in hul persoonlike hoedanigheid en op grond van hulle regs-bekwaamheid in die kommissie dien. Die kommissie geniet raadgewende status by die Verenigde Volke, die UNESCO en die Raad van Europa. Deur middel van sy nasionale afdelings staan die kommissie met juriste uit die verskillende wêrelddele in verbinding. In die vorm van internasionale kongresse, konferensies, sy tydskrif en spesiale verslae,<sup>44</sup> wat namate die kommissie se ondersteuning en ervaring groei,

<sup>43</sup>Vgl Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 11; Beinart „The Rule of Law” 137-138.

<sup>44</sup>In die publikasie *The Rule of Law and Human Rights* 1966 word die standpunte wat oor die jare deur die kommissie uitgewerk is, beknop en skematies saamgevat. Die kommissie se jongste verslag oor Suid-Afrika dra die opskrif *Erosion of the Rule of Law in South Africa* 1968.



in waarde styg, oefen die kommissie nie net groot invloed op die regs-professie uit nie, maar ook op regerings wat steeds gevoeliger vir die kommissie se kritiek word.<sup>45</sup> Na 'n aanvanklike kritiese ontvangs in hierdie tydskrif van die kommissie se publikasies (waar dit die vroeëre beriggewing omtrent Suid-Afrika betref, was hierdie kritiek dikwels geregverdig)<sup>46</sup> is 'n belangrike ommeswaai ten gunste van die kommissie in Suid-Afrika bewerkstellig deur Beinart in sy artikel „The Rule of Law” 1962 *Acta Juridica*, 99 ev, wat tot op groot hoogte 'n weergawe is van die kommissie se publikasie *The Rule of Law in a Free Society*. Sedertdien is deur 'n hele aantal Suid-Afrikaanse skrywers na die kommissie verwys.<sup>47</sup>

Die kommissie se belangrikste wetenskaplike oogmerk is om die verskillende konsepte van die *rule of law*, waarvan die belangrikstes in die korte geskiedkundige oorsig hierbo aangestip is, met mekaar te versoen en in 'n dinamiese supra-nasionale konsep saam te snoer. Die kommissie wil egter nie die waarde van verskillende beginsels, instellings, tegnieke en prosedures vir verskillende lande onder verskillende omstandighede betwis nie. Aan die ander kant maak die kommissie dit duidelik dat die verskille nie oordryf moet word nie; dit is meer 'n kwessie van verskille in metodes as van verskille in onderliggende beginsels. Die laaste blyk trouens duidelik uit die gemak waarmee state instellings, tegnieke en prosedures van mekaar oorneem en uit die wedersydse teoretiese beïnvloeding van mekaar.<sup>48</sup> Dit is gevolglik

<sup>45</sup>Vgl die Suid-Afrikaanse regering se publikasie *South Africa and the Rule of Law* April 1968 Staatsdrukker Pretoria.

Vir 'n kritiese reaksie op hierdie publikasie sien Arthur Suzman „South Africa and the Rule of Law” 85 (1968) *SALJ* 261 ev.

<sup>46</sup>Vgl Wiechers 24 (1961) *THRHR* 75 ev; VGH 24 (1961) *THRHR* 139 ev; MW 25 (1962) *THRHR* 67 ev; JFH 25 (1962) *THRHR* 264.

<sup>47</sup>Vgl OD Schreiner *The Contribution of English Law to South African Law; and the Rule of Law in South Africa* 1967 80-86; Mathews aw 323-324; Molteno aw 143; HR Hahlo en E Kahn *The South African Legal System and its Background* 1968 48; S Selikowitz „Defence by Counsel in Criminal Proceedings under South African Law” 1965/66 *Acta Juridica* 74-77; VerLoren van Themaat aw 126.

<sup>48</sup>'n Interessante voorbeeld is die gebruikmaking deur 'n hele aantal *common law*-lande van menseregverklarings (sien Gaius Ezejiolor *Protection of Human Rights under the Law* Butterworths Londen 1964). Vir die meeste Engelse juriste daarenteen was menseregverklarings nog altyd iets onverteerbaars. Vgl Dicey aw 203 en 199-200; Jennings *Approach to Self-Government* Cambridge University Press 1958 20; KC Wheare *Modern Constitutions* Oxford University Press 1966 49; JD Mabbott *The State and the Citizen* 2e uitg Hutchinson University Library Londen 1967 58.

Ander voorbeelde van oor-en-weer-beïnvloeding is die wisselwerking tussen Europa en die VSA waar dit die toetsingsreg van die howe betref (sien Dietze aw), die oorname in Angelsaksiese lande van die instelling van die ombudsman en die verskyning van 'n stelsel van administratiewe howe in die *common law*-lande.

moontlik om 'n algemene Westerse *rule of law*-begrip te formuleer waarbinne egter aksentverskille moontlik is.

Daar word aan die hand gedoen dat die onderstaande beginsels, instellings, tegnieke en prosedures die *inhoud* van hierdie moderne Westerse *rule of law* uitmaak.<sup>49</sup>

### DIE BEGINSEL DAT ELKE VORM VAN REGERINGSGESAG HOM IN SY OPTREDE LAAT LEI DEUR RESPEK VIR DIE FUNDAMENTELE MENSEREGTE

Dat staatsgesag op die grondslag van en in ooreenstemming met die geldende regsvoorskrifte uitgeoefen word, is volgens hierdie beginsel nie voldoende nie. Daar word meer vereis, naamlik, dat die positiese reg self op respek vir die onderdane se fundamentele aansprake teenoor die owerheid gebaseer moet wees en met dieselfde soort respek toegepas word.<sup>50</sup> Hierdie beginsel beliggaam die fondament van die rule of law.

### DIE BEGINSEL VAN GELYKHEID VOOR DIE REG

Volgens die Westerse mensbeskouing is alle mense gelykwaardig. Op hierdie uitgangspunt is die beginsel van gelykheid voor die reg gegrondves. Die beginsel het 'n formele en 'n materiële kant.

Gelykheid voor die reg in formele sin vereis die volgende:

- (a) dat almal geregtig is om die howe vrylik vir beskerming te nader;<sup>51</sup>
- (b) dat elke oortreder van die reg, ongeag sy posisie, voor die hof gebring moet kan word. Dit impliseer dat aan elke veronregte individu effektiewe regsmiddels ter beskikking gestel word, waarmee hy elke persoon, met inbegrip van die uitvoerende gesag,<sup>52</sup> wat op sy regte inbreuk gemaak het, voor 'n onafhanklike hof kan bring;<sup>53</sup>

<sup>49</sup>Die woord „Westers” word aangewend in onderskeiding van die kommunistiese benadering tot menseregte en die beskerming daarvan. Vgl J Halász *Socialist Concept of Human Rights* Akadémiai Kiadó Boedapest 1966; Edouard Zellweger „The Principle of Socialist Legality” V 2 (1964) *Journal of the ICJ* 163 e v; Norman S Marsh a w 260-261.

<sup>50</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 65-66; *Apartheid in South Africa and South West Africa* IKJ-publikasie 1967 3; Mathews a w 317-318; Beinart „The Rule of Law” 102.

<sup>51</sup>Vgl Beinart „The Rule of Law” 116.

<sup>52</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* par 6.

<sup>53</sup>Vgl Beinart *The Rule of Law* 121-124; Hahlo en Kahn a w 34.

(c) dat almal in die oë van die hof gelyk is en gelyke behandeling geniet.<sup>54</sup>

Gelykheid voor die reg in materiële sin veronderstel dat die inhoud van die reg self in ooreenstemming is met die beginsel dat alle mense gelykwaardig is. Hiervolgens moet die objektiewe reg op alle burgers gelyklik van toepassing wees en is elke vorm van irrelevant diskriminasie uit die bose. Anders gestel: die objektiewe reg moet algemeen wees. Die beginsel van gelykheid voor die reg in materiële sin word gevolglik ook wel die beginsel van algemeenheid genoem. Die beginsel van gelykheid voor die reg in materiële sin sluit nie elke vorm van diskriminasie uit nie, maar wel daardie vorme van diskriminasie wat nie deur die belange van die gemeenskap of van die betrokke persoon of persone teen wie gediskrimineer word, geregverdig word nie. So kan byvoorbeeld die beperkings wat op die handelings- en verskyningsbevoegdheid van minderjariges gelê word, nie irrelevant diskriminasie genoem word nie.<sup>55</sup>

### DIE BEGINSEL VAN REGSEKERHEID

Behalwe gelykwaardig word die mens volgens Westerse beskouings ook vry gebore. Ewemin as sy gelykheid behoort sy vryheid absoluut vertolk te word, want die mens is 'n sosiale wese. Oor die verhouding van die individu tot die gemeenskap bestaan daar uiteenlopende sienswyses. Dit word vandag egter vrywel eenstemmig aanvaar dat die dogmatiese individualistiese siening van die negentiende eeuse liberalisme nie langer met die eise van die moderne samelewing en die verwesenliking van die fundamentele onderdaans aansprake teenoor die owerheid versoenbaar is nie. In toenemende mate is dit vir die owerheid noodsaaklik om in die gedragspatroon van die individu in te gryp, en om die taak van die administrasie te vergemaklik word omvattende wetgewende, regsprekende en diskresionêre bevoegdhede deur die wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag verleen.<sup>56</sup> Vir 'n samelewing wat die vryheid van die individu as 'n fundamentele waarde aanvaar, hou hierdie ontwikkeling nieteenstaande sy sosiale verdienstes, ontenseglike gevare in. Die beginsel van regsekerheid

<sup>54</sup>Vgl Beinart *The Rule of Law* 118.

<sup>55</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 10; Beinart „Administrative Law” 226 en „The Rule of Law” 106-107; Hahlo en Kahn aw 34-35.

<sup>56</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 11; Hayek aw 213; Heuston aw 41; Ross aw 22; Schreiner aw 78; Beinart „The Rule of Law” 107, Molteno aw 142; Mathews aw 314; P Henning „Administratiefregtelike Diskresie-uitoefening en Geregte Hersiening” 31 (1965) *THRHR* 157. Diskresie-aanwending word deur Wiechers, proefskrif 158-159, omskryf as „die toepassing en konkretisering van algemene en abstrakte wetlike voorskrifte op die besondere omstandighede van die geval” . . . (192) „dit is 'n bevoegdheid wat die reg ten opsigte van sekere omstandighede verleen en wat uitgeoefen word in ooreenstemming met die reg.”

dien om teen hierdie gevare wal te gooi. Trouens alleen 'n toestand van regsekerheid maak dit vir die individu moontlik om die omvang van sy regte en verpligtings te ken en dienoooreenkomstig sy gedragings sonder risiko in te rig. Regsekerheid beskerm die individu teen willekeurige owerheidsoptrede.<sup>57</sup> Die beginsel van regsekerheid vereis (a) dat die objektiewe reg kenbaar en toeganklik is. Met name vir wette wat op die regte van die individu beperkings oplê, geld dat hulle in duidelike en noukeurige omlynde bewoordings gestel moet wees.<sup>58</sup>

(b) Verder word dit verlang dat genoemde soort wetgewing nie tot nadeel van die onderdane met terugwerkende krag van toepassing gemaak word nie.<sup>59</sup>

Dat die beginsel van regsekerheid in die strafreg en die strafproses-reg besonder aktueel is, het geen verduideliking nodig nie. Die betekenis vir die *rule of law* van die *nulla poena sine lege*-beginsel, van duidelike en noukeurige omlynde misdadomskrywings en van die reël teen retrospektiwiteit kan nie genoeg beklemtoon word nie.<sup>60</sup>

## DIE MINIMUMSTANDAARDE VAN GEREGTIGHEID<sup>61</sup>

Die minimumstandaarde van geregtigheid wat vir die behoorlike uitoefening van judisiële en kwasi-judisiële bevoegdhede in ag geneem behoort te word, is vir 'n regsbedeling wat op respek vir die individu se fundamentele regte gebaseer is, van so 'n onmisbare belang, dat hulle 'n integrale deel van die *rule of law* vorm.

Die vernaamste standaard is, dat 'n persoon van alle omstandighede wat teen hom tel of van besware wat teen hom ingebring is, in kennis gestel word; dat aan hom geleentheid gegee word om sy saak behoorlik voor te berei, wat impliseer dat hy tot die relevante gegewens toegang moet hê; dat aan hom die geleentheid gegee word om sy saak te stel (die *audi alteram partem*-reël); dat hy geregtig is om deur 'n raadsman bygestaan te word; dat hy nie gedwing kan word om homself te

<sup>57</sup>Vgl *The Rule of Law in a Free Society* 53; Hayek a w 208-209; Hahlo en Kahn a w 65; Beinart „The Rule of Law” 106.

<sup>58</sup>Vgl Hayek a w 208; Hahlo en Kahn a w 37-38 en 166; Beinart „The Rule of Law” 106. Mbt delegerende wetgewing: „The Rule of Law and Human Rights” 11 en 16; Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 9.

<sup>59</sup>Vgl Beinart „The Rule of Law” 106.

<sup>60</sup>Vgl *The Rule of Law in a Free Society* 53; *The Rule of Law and Human Rights* 26; Beinart „The Rule of Law” 106; SA Strauss „Sabotasje, Artikel 21 van die Algemene Regswysigingswet, 1962” 25 (1962) *THRHR* 241.

<sup>61</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 12-13 en 21; Hahlo en Kahn a w 48-52 en 61; Beinart „The Rule of Law” 118-120; Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 18.



inkrimineer of erkennings te maak nie; dat niemand as regter in sy eie saak mag optree nie; dat beslissings geneem word met inagneming van behoorlike bewysregtelike standaarde en nadat behoorlike aandag aan die saak gegee is (die laaste impliseer dat 'n behoorlike ondersoek gehou is, dat behalwe die openbare belang ook die private belange van die betrokke na waarde in aanmerking geneem is en dat die beslissing nie deur kwade trou, irrelevante motiewe, partydigheid of vooroordeel geïnspireer is nie); dat aan die betrokke van die beslissing en van die redes vir die beslissing kennis gegee word; en ten slotte dat aan die betrokke die geleentheid gegee word om teen die beslissing in beroep te gaan.

In die strafprosesregtelike sfeer is minimumstandaarde aktueel<sup>62</sup> en behoort as algemene reël te geld dat op die fundamentele regte van die individu slegs inbreuk gemaak mag word vir sover dit vir 'n doeltreffende proses noodsaaklik is en dat die individuele regsgoedere wat opgeoffer word in gepaste verhouding moet staan tot die regsgoedere wat deur die misdadiger aangetas of bedreig is. Behalwe op die hierbo genoemde standaarde moet in die strafprosesregtelike sfeer veral ook op die volgende gelet word: dat die betreding van persele, die beslaglegging op voorwerpe, die deursoeking, inhegtenisneming en ondervraging van verdagtes en die verlening van borgtog op die grondslag van 'n reëling wat op 'n regverdige afweging van die individuele en openbare belang gebaseer is, plaasvind; dat 'n persoon wat in hegtenis geneem is binne 'n vasgestelde redelike tyd voor die hof gebring word; dat „qui allegat, probat,” oftewel dat 'n beskuldigde vermoed word om onskuldig te wees en dat die bewyslas op die staat rus; dat die strafverhoor, die bevinding van die hof en die oplegging van die vonnis in die openbaar en in die teenwoordigheid van die beskuldigde of sy raadsman plaasvind; dat geen persoon meer as een keer vir dieselfde misdaad gestraf word of meer as een keer die gevaar moet loop om op grond van dieselfde misdaad verhoor en skuldig bevind te word nie. Ten slotte verlang die *rule of law* 'n humane stelsel van strawwe en strafvoltrekking.

### DIE BEGINSSEL VAN DIE BEPERKING VAN ALLE REGERINGSGESAG<sup>63</sup>

Dat magkonsentrasie 'n wesenlike bedreiging vir die regte en vryhede van die individu inhou, is 'n bekende ervaringsfeit. Mag is geneig om te ontaard in brute tirannie wanneer dit nie behoorlik gedentraliseer en aan beperkings onderworpe gestel word nie.

<sup>62</sup>Vgl *The Rule of Law in a Free Society* 8-11, 102-128 en 247-248; *The Rule of Law and Human Rights* 23-29; Strauss *Nuwe Weë in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* Mededelings Universiteit van Suid-Afrika A 15 1961 6-7.

<sup>63</sup>Vgl Hayek *aw* 205 en 210-215.

Die beginsel van die beperking van alle regeringsgesag wil geensins die noodsaak van 'n effektiewe owerheidsgesag, waarsonder trouens menseregte nie afdoende beskerm sou wees nie, ontken nie, maar vereis wel 'n demokratiese regeringsvorm wat deur 'n skeiding van magte, naamlik in 'n wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag, gekenmerk word.<sup>64</sup> Verder vereis dit 'n beperking van elk van daardie magte, omdat geen skeiding effektief kan wees indien een mag die ander sou oorheers nie. Die laaste het tot gevolg dat 'n skeiding van regeringsmagte nie té doktrinêr opgevat moet word nie, aangesien onderlinge kontrole vir 'n beperking van elk van die regeringsmagte noodsaaklik is.<sup>65</sup> Bowendien is 'n ekstreem-deurgevoerde skeiding van regeringsmagte prakties onmoontlik.

Dat beperkings op die uitvoerende gesag vir die beskerming van menseregte onmisbaar is, word allerweë gretig erken. Dit is juis in hierdie verband dat die legaliteitsbeginsel waarvolgens owerheids-optrede alleen op basis en binne die perke van die geldende regsvoorskrifte regsgeldig kan geskied, sy vernaamste toepassingsveld vind<sup>66</sup> en dat ter versekering van legaliteit 'n stelsel van parlementêre, interne administratiewe maar veral judisiële kontrole, ditsy deur die gewone howe, ditsy deur middel van 'n stelsel van administratiewe howe, bepleit word.<sup>67</sup>

Ook die noodsaak van beperkings op die regsprekende gesag word algemeen onderskryf.<sup>68</sup>

Die gedagte dat beperkings op die wetgewende gesag ewe noodsaaklik kan wees, vind egter minder algemene byval. Dat 'n demokraties verkose parlement met miskenning van die *rule of law* sou optree, klink vir baie ongeloofwaardig. Tog bestaan daardie moontlikheid en die geskiedenis is beslis nie arm aan voorbeelde wat aantoon dat 'n ongekontroleerde wetgewende gesag geen waarborg vir die implementering van menseregte is nie. So 'n waarborg moet buitekant die sfeer waarin impulse en emosies 'n gemaklike prooi kan vind, gesoek word, naamlik in 'n geskrewe onbuigsame grondwet waarin die basiese beginsels, instellings, tegnieke en prosedures van die *rule of law* tesame met die fundamentele regte en vryhede van die mens verskans word, en waarvan die howe die regsgeldigheid van wetgewing kan toets. Die wenslikheid van konstitusionalisme geld veral ten opsigte van state wat met

<sup>64</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 15; Molteno a w 137 en 143; Schreiner a w 73-74.

<sup>65</sup>Vgl Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 13.

<sup>66</sup>Vgl *The Rule of Law in a Free Society* 53; Hayek a w 211; Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 4.

<sup>67</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 15-19; Wiechers *Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg* 10-13.

<sup>68</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 30; Beinart *Administrative Law* 218.

ernstige strukturele probleme van politieke, sosiale en ekonomiese aard te kampe het of waar 'n demokratiese tradisie nog in wording is.<sup>69</sup>

### 'N ONAFHANKLIKE REGSPREKENDE GESAG<sup>70</sup>

Vir die bestaan van die *rule of law* is 'n onafhanklike regsprekende gesag wat uit bevoegde persone saamgestel is, 'n onmisbare instelling. Die begrip onafhanklikheid behoort breed vertolk te word en beteken behalwe onafhanklikheid van die wetgewende en uitvoerende gesag ook dat die regter hom op geen onbehoorlike wyse mag laat beïnvloed nie. Ten einde die onafhanklikheid van die regsprekende gesag te help verseker is dit wenslik dat regters op 'n toereikende vergoeding vir hulle dienste en op onverwyderbaarheid kan staat maak.

Slegs in lande waar die beginsel van die beperking van alle regeeringsgesag ten volle deurgevoer is en die howe bevoeg is om wetgewing aan die beginsels van 'n oppermagtige grondwet, waarin die basiese komponente van die *rule of law* saam met die fundamentele menseregte beliggaam is, te toets, is die regsprekende gesag in die posisie om sy rol as beskermmer van die fundamentele menseregte ten volle uit te oefen.

### 'N ONAFHANKLIKE REGSPROFESSIE<sup>71</sup>

'n Onafhanklike en bekwame regsprofessie wat in die tradisie van die *rule of law* geskool is en homself aktief en onbevrees vir die verwesenliking van die *rule of law* diensbaar maak, is ten slotte 'n onontbeerlike element van die *rule of law*-staat. Die owerheid behoort die bestaan van 'n sodanig-georiënteerde regsprofessie steeds te bevorder.

Bogenoemde beginsels, instellings, tegnieke en prosedure, vorm in onderlinge verband met mekaar die kerninhoud van die moderne Westerse *rule of law*-begrip.

\* \* \*

'n Bespreking van die *rule of law* sou onvoltooid wees as dit nie ook rekening hou met die verskynsel van *openbare noodtoestand*<sup>72</sup> nie. Soos Molteno tereg opmerk: „the Rule of Law implies a balance between individual liberty and public order - and, I might add, secu-

<sup>69</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 8-9; Beinart „The Rule of Law” 132-137 en „The Liberty of the Subject” 36-37; Schreiner a w 76-77; Molteno a w 148.

<sup>70</sup>Vgl *The Rule of Law in a Free Society* 133 en 157; *The Rule of Law and Human Rights* 30-32; Hayek a w 211; Marcic a w 72; Beinart „The Rule of Law” 110-116 en 138; Hahlo en Kahn a w 38 en, i v m die wyse van aanstellings van regters, 41-47.

<sup>71</sup>Vgl *The Rule of Law in a Free Society* 280-281; *The Rule of Law and Human Rights* 33-42; Mathews a w 325; Beinart „The Rule of Law” 117-118; Hahlo en Kahn a w 48.

<sup>72</sup>Vgl *The Rule of Law and Human Rights* 13-15; vir 'n regsvergelijkende studie sien Harry E Groves „Emergency Powers” III 2 (1962) *Journal of the ICJ* 1 ev.

rity.”<sup>73</sup> In die definisie van die *rule of law*, wat eerder in hierdie artikel aan die hand gedoen is, is dan ook ruimte gelaat vir die verskynsel van openbare noodtoestand.

Van ’n openbare noodtoestand is sprake wanneer die openbare orde en veiligheid ontwrig is of onmiddellik dreig om ontwrig te word. Die faktore wat tot noodtoestand aanleiding mag gee, kan uiteenlopend van aard wees. Oorlog, terrorisme, oproer, ernstige ekonomiese krisis, epidemies en natuurrampe, reeds ingetree of onmiddellik dreigend, is seker die bekendstes onder hulle. ’n Noodtoestand hoef nie noodwendig landswyd te wees nie, maar kan tot sekere gebiede beperk wees.<sup>74</sup> Dit is die owerheid se taak om in geval van noodtoestand orde te handhaaf, indien nodig selfs met inbreukmaking op die *rule of law*. Sodanige inbreukmaking is egter slegs geregverdig indien daar inderdaad ’n toestand van nood bestaan, en vir solank en vir sover hierdie inbreuke inderdaad vir die beskerming van die staatsgemeenskap noodsaaklik is.<sup>75</sup> Die erns en omvang van die spesifieke noodtoestand sal bepaal watter optrede noodsaaklik is om die belange van die gemeenskap te beskerm en in watter mate daar van die *rule of law* afgewyk moet word. Soms is vinnige en drastiese optrede noodsaaklik, soos in die geval van oorlog en oproer. (So is dit in ons reg ’n normale gevolg van krygswet dat die howe se jurisdiksie oor handeling van die uitvoerende gesag opgeskort word tot tyd en wyl rus en orde herstel is.) Waar die gevaar egter minder akuut is en die owerheid oor voldoende tyd en kontrole beskik, hoef die optrede minder drasties te wees en bestaan daar geen regverdiging om byvoorbeeld aan die howe hulle normale funksie te ontnem nie. Daar moet steeds in gedagte gehou word dat afwykings van die *rule of law* nie geregverdig is bloot omdat dit vir die handhawing van orde en veiligheid gerieflik sou wees nie. Soos Schreiner dit kernagtig gestel het: „[t]he maintenance of law and order is of crucial importance, but almost equally important are the methods of maintenance.”<sup>76</sup>

In tye van noodtoestand sal daar onvermydelik op die wetgewende gesag, maar veral op die uitvoerende gesag staatsgemaak moet word, dat die *rule of law* minimaal aangetas sal word. Soms sal net die uitvoerende gesag oor die kennis omtrent die erns en omvang van die noodtoestand beskik en handel die parlement in vertroue op die uitvoerende gesag. In omstandighede soos hierdie rus die verantwoorde-

<sup>73</sup>a w 139.

<sup>74</sup>Vgl Georges Levasseur „Justice and State Security” V 2 (1964) *Journal of the ICJ* 237; Groves a w 1. Die stelling van AS Mathews en RC Albino „The Permanence of the Temporary” 83 (1966) *SALJ* 42 dat „unless emergency is confined to open and widespread disorder and lawlessness, or to conditions of war, it is a term of no real meaning,” is mi té eng.

<sup>75</sup>Vgl Schreiner a w 101.

<sup>76</sup>A w 101; sien ook Mathews a w 324-325.



likheid vir die handhawing van die rule of law hoofsaaklik by die uitvoerende gesag. Indien omstandighede dit toelaat behoort die afkondiging van noodtoestand vooraf deur die parlement gemagtig te word of andersins so gou moontlik na die afkondiging goedgekeur te word. Verder is dit verkieslik dat vooraf gespesifiseerde regsvoorskrifte daargestel word wat die voorwaardes neerlê waaronder sekere vorme van noodtoestand afgekondig mag word en wie die afkondiging maak. Ook behoort daarin voorsiening gemaak te word vir die duur van die noodtoestand en vir die moontlikheid om owerheidsoptrede te toets.<sup>77</sup>

Wat in die voorafgaande oor die *rule of law* gesê is en alles wat by implikasie, nie in die laaste plek nie ook vir hierdie Westerse land suid van die Sahara, bepleit is, is gedoen in 'n gees van gematigde optimisme, gedagtig aan die waarskuwing waarmee sir Ivor Jennings sy boek *The Law and the Constitution* afsluit, naamlik „[t]he ‘principles’ of constitutional lawyers are always a dangerous formulation for the formation of policy.”

#### SUMMARY

##### THE RULE OF LAW - A COMMON WESTERN CODE OF CONDUCT

The rule of law is that politico-legal code to be applied by the government, which is best suited to securing the highest possible enjoyment by the individual subject of those claims of his, which in the light of the prevailing conditions of the particular state in which he resides, are to be considered as fundamental, due regard being had, of course, to the identical claims of the other members of the society and the justifiable claims of his government.

The rule of law, as understood today, developed through the centuries in the various parts of the Western world, and has recently been restated by the International Commission of Jurists as a supra-national and dynamic concept. Its leading principles, institutions, techniques and procedures amount, for the present time at least, to the following:

- 1 the principle that any branch of government must be guided in its actions by respect for the fundamental human rights;
- 2 the principle of equality before the law, both in the formal and material sense of the word;
- 3 the principle of legal certainty;
- 4 the principle that minimum-standards of justice be applied in the exercise of judicial and quasi-judicial functions;
- 5 the principle of the limitation of all state power, which implies a democratic form of government and an effective separation of powers;
- 6 the existence of an independent and properly qualified judiciary;
- 7 the existence of an independent and properly qualified legal profession.

Infringements of the rule of law can only be justified on the ground of necessity. □

---

<sup>77</sup>Vgl Groves a w 2; Levasseur a w 237.

# Aantekeninge

## ARTIKEL 71 VAN DIE MAATSKAPPYWET 46 VAN 1926

Reeds voordat 'n maatskappy opgerig word, bestaan daar somtyds die behoefte om sekerheid te hê dat die maatskappy, na inkorporasie, in staat sal wees om bepaalde bates aan te koop. Die promotors van die te stigte maatskappy wil naamlik nie die koste wat aan inkorporasie verbonde is aangaan om daarna uit te vind dat die bepaalde bates nie meer beskikbaar is nie. Die promotors kan nie as verteenwoordigers van die te stigte maatskappy kontrakkeer nie, want gemeenregtelik kan daar geen sprake wees van verteenwoordiging namens 'n nie-bestaande prinsipaal nie.<sup>1</sup> Sou die oprigters nogtans probeer om as verteenwoordigers van die te stigte maatskappy op te tree, sal die maatskappy hieraan geen regte en verpligtings ontleen nie en sou selfs latere ratifikasie geen invloed hê nie.<sup>2</sup> Onder sulke omstandighede word beweer dat die promotors persoonlik aan die kontrak gebonde is<sup>3</sup>.

Voordat artikel 71 op die wetboek geplaas is, was gebruikmaking van 'n beding ten behoeve van 'n derde die enigste wyse waarop die promotors van 'n te stigte maatskappy sekerheid kon verkry dat die maatskappy na inkorporasie die voordele van 'n bepaalde kontrak kon bekom. So 'n kontrak sal natuurlik moet voldoen aan al die vereistes wat gestel word vir die geldigheid van 'n beding ten behoeve van 'n derde. Onder andere sal die promotors in eie naam moet kontrakkeer en bestaan die gevaar dat die promotors en die ander kontraksparty, deur onderlinge ooreenkoms, die maatskappy die bevoegdheid kan ontnem om die voordele onder die kontrak te bekom.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>Cilliers & Benade *Maatskappyereg* 1968 24, De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uit 1964 464 en *Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk v NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk* 1970 3 SA 367 (A) 390.

<sup>2</sup>*McCullogh v Fernwood Estates Ltd* 1920 AD 204, met goedkeuring aangehaal in die *Sentrale Kunsmis-saak supra*.

<sup>3</sup>Cilliers & Benade a w 24, De Wet & Yeats a w 464, De Villiers & Macintosh *The Law of Agency in South Africa* 2e uitg 288 en *Peak Lode Gold Mining Co Ltd v Union Government* 1932 TPD 48. Waar albei partye weet dat die prinsipaal nie bestaan of nog nie bestaan nie, en hul kontrakkeer nogtans, word die bedoeling om persoonlik gebonde te wees aan hul toegeskryf. Waar die verteenwoordiger of ander kontraksparty egter te goeie trou van mening was dat die prinsipaal wel bestaan, behoort daar geen sprake te wees van gebondenheid *ex contractu* van die verteenwoordiger nie.

<sup>4</sup>Sien in die algemeen hieroor JC de Wet *Die Ontwikkeling van die Ooreenkoms ten Behoeve van 'n Derde*.

Artikel 71 stel nou 'n eenvoudiger middel tot die beskikking van die partye. Dit lui soos volg:

„Enige skriftelike kontrak aangegaan deur iemand wat beweer te handel as verteenwoordiger of kurator van 'n nog nie opgerigte, geïnkorporeerde of geregistreerde maatskappy, kan bekragtig of aangeneem word deur, of andersinds verbindend teenoor, en afdwingbaar deur die maatskappy gemaak word nadat hy behoorlik geregistreer is, asof hy behoorlik opgerig, geïnkorporeer en geregistreer was op die tydstip toe die kontrak aangegaan is en die kontrak aangegaan was sonder sy magtiging, mits die akte van oprigting, as een van die doeleindes van die maatskappy bevat die aanneming en bekragtiging van die kontrak of die verkryging van regte en verpligtinge in verband daarmee, en mits twee kopieë van die kontrak waarvan een deur 'n notaris of deur 'n ondertekenaar van die akte van oprigting gesertifiseer is tesame met die aansoek om registrasie van die maatskappy by die Registrateur ingelewer is.”<sup>5</sup>

Gebruikmaking van artikel 71 het tot gevolg dat 'n maatskappy wat tydens kontraksluiting nog nie bestaan het nie, tog die geleentheid gebied word om na inkorporasie te besluit of dit die kontrak wat namens hom gesluit is wil ratifiseer. Ratifiseer die maatskappy die kontrak, is die posisie asof die maatskappy alreeds op die tydstip van kontraksluiting geregistreer was en die verteenwoordigers die nodige volmag gehad het om namens hom te kontrakteer. Ongeag of die maatskappy die kontrak ratifiseer of nie, doen die verteenwoordigers geen aanspreeklikheid ingevolge die kontrak op nie.<sup>6</sup> Deur gebruikmaking van artikel 71 impliseer die partye immers dat hul geen bedoeling het om 'n regsband tussen die promotors en die ander kontraksparty te skep nie. Weier die maatskappy na inkorporasie om te ratifiseer, word die aanvanklike bedoeling geensins beïnvloed nie. Selfs al sou ratifikasie regtens ontoelaatbaar wees, omdat sommige van die voorskrifte van artikel 71 nie nagekom is nie, behoort die promotor nog geen persoonlike aanspreeklikheid *ex contractu* op te doen nie.

Aangesien artikel 71 die gemene reg sodanig wysig dat gebruikmaking hiervan 'n maatskappy in staat stel om 'n kontrak te ratifiseer wat namens hom gesluit is, ten spyte van die feit dat dit op die oom-

<sup>5</sup>Die wysiging van hierdie artikel deur wet 46 van 1952 en wet 14 van 1963 het slegs betrekking op die laaste voorbehoudsbepaling. Artikel 71 het geen eweknie in die Engelse maatskapperyeg nie.

<sup>6</sup>*Peak Lode*-saak *supra*. Het die verteenwoordigers egter gewaarborg dat die maatskappy die kontrak sal ratifiseer en weier die maatskappy na inkorporasie om te ratifiseer, kan die verteenwoordigers op grond van verbreking van die waarborg aanspreeklik gehou word. Van aanspreeklikheid op grond van die verbreking van die sogenaamde „implied warranty of authority” kan daar in elk geval nie sprake wees wanneer die partye van artikel 71 gebruik maak nie (*Peak Lode*-saak *supra*). Die gevalle waar die verteenwoordigers persoonlik aan die kontrak gebonde gehou is, is almal dié waar dit geblyk het dat hy in eie naam gekontrakteer het en artikel 71 derhalwe nie van toepassing is nie. (Sien bv *Ex parte Elands Properties* 1945 TPD 37, *Siemer v Retief* 1948 1 SA 182 (K) en *Martian Entertainments (Pty) Ltd v Berger* 1949 4 SA 583 (OD).

blik van kontraksluiting nog nie geïnkorporeer was en derhalwe nog geen bestaan gevoer het nie, sou 'n mens verwag dat die artikel slegs toegepas kan word as al die vereistes streng nagekom is.<sup>7</sup> Nietemin blyk dit dat ons howe by verskeie geleenthede afgesien het van 'n strenge nakoming van hierdie voorskrifte. Die eerste vereiste, naamlik dat die kontrak op skrif gestel moet wees, word streng gehandhaaf, maar die-selfde kan nie van die ander voorskrifte van artikel 71 gesê word nie.

Die tweede vereiste is dat die kontrak aangegaan word deur iemand wat beweer te handel as verteenwoordiger of kurator van 'n nog nie opgerigte maatskappy. Word nou aanvaar dat artikel 71 dit vir 'n maatskappy moontlik maak om 'n kontrak te ratifiseer wat voor inkorporasie *namens* hom gesluit is, val die gebruik van die woord kurator (trustee) snaaks op. In die *McCullogh*-saak verklaar hoofregter Innes:

„The term 'trustee' comes from the English law; I do not propose to attempt a definition; but clearly it is not identical with 'agent.' Speaking generally it implies that the person described is the *dominus* of the relative subject matter, which the term 'agent' does not imply.”<sup>8</sup>

As hierdie betekenis aan kurator toegeskryf word, sou dit beteken dat selfs in die gevalle waar die promotor in eie naam kontrakteer, en die partye die bedoeling het om van 'n beding ten behoewe van 'n derde gebruik te maak, die voorskrifte van artikel 71 nogtans van toepassing sal wees - iets wat al by herhaling deur ons howe ontken is.<sup>9</sup> Artikel 71 is op die wetboek geplaas slegs ter wysiging van die gemeenregtelike reël dat nie namens 'n prinsipaal wat (nog) nie bestaan nie, gekontrakteer kan word nie. Dit is geen poging om 'n beding ten behoewe van 'n derde ongeldig te maak of voorskrifte daarvoor uit te vaardig nie. Om hierdie rede beskryf die wet so 'n persoon as „iemand wat beweer te handel . . . as kurator,” alhoewel hy dit nie werklik is nie. Hy het immers geen bedoeling om hom persoonlik te bind nie.<sup>10</sup> Hieruit blyk dit dat die benaming wat gebruik word nie deurslaggewend is nie. Die omstandighede van die geval moet in ag geneem word om uit te maak in welke hoedanigheid iemand gekontrakteer het. Voor 1926 toe slegs van 'n beding ten behoewe van 'n derde gebruik gemaak kon word, het ons howe ligtelik, met beroep op die reël *ut res magis valeat quam pereat*, tot die gevolgtrekking gekom dat die persoon in eie naam gekontrakteer het en daar derhalwe 'n beding ten behoewe van 'n derde tot stand

<sup>7</sup>Steyn *Die Uitleg van Wette* 3c uitg (1963) 44.

<sup>8</sup>p 209 van die verslag. Sien ook *Ex parte Elands Properties (Pty) Ltd supra* 39 & 40 en *Ackerman NO v Burland & Milunsky* 1944 WLD 172 175.

<sup>9</sup>NKP-Kunsmisverspreiders (*Edms*) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (*Edms*) Bpk 1969 3 SA 82 (T) 86 (hierna aangehaal as *Kunsmisverspreiders (2)*), *Ex parte Vickerman* 1935 CPD 429 430, *Martian Entertainments*-saak *supra* 593, maar *contra Peak Lode*-saak *supra* 52.

<sup>10</sup>*Sentrale Kunsmis*-saak *supra* 397.



gekom het.<sup>11</sup> Selfs vandag nog word hierdie benadering gevolg waar gebruikmaking van artikel 71 onmoontlik is weens nie-nakoming van sommige van die voorskrifte daarvan.<sup>12</sup> Dit geskied ten spyte van die feit dat die verteenwoordiger klaarblyklik geen bedoeling gehad het om persoonlik aan die kontrak gebonde te wees nie.

Die derde vereiste is dat die aanneming en bekragtiging<sup>13</sup> van die kontrak in die akte van oprigting opgeneem moet word as een van die doelstellings van die maatskappy. (Hierna sal na hierdie vereiste verwys word as die eerste voorbehoudsbepaling.) Dikwels gebeur dit dat die oprigters van 'n maatskappy nalaat om aan die voorskrifte van die eerste voorbehoudsbepaling te voldoen. Artikel 71 is nou nie beskikbaar nie. Soos hierbo aangetoon het ons howe by verskeie geleenthede, onder sodanige omstandighede, bevind dat die persoon in eie naam gekontrakteer het en dat daar derhalwe 'n beding ten behoeve van 'n derde was. In gevalle waar hierdie konstruksie nie moontlik was nie, is wysiging van die doelstellingsklousule toegelaat ten einde die bevoegdheid tot ratifikasie te verleen.<sup>14</sup> Die vraag ontstaan egter of artikel 71 vatbaar is vir 'n uitleg ten gevolge waarvan 'n latere wysiging van die doelstellingsklousule ook as behoorlike nakoming van die eerste voorbehoudsbepaling beskou kan word.<sup>15</sup> In die *Sentrale Kunsmissaak* (*supra*) betwyfel appèlregter Holmes (wat 'n minderheidsuitspraak lewer) egter die geldigheid van so 'n latere wysiging.

Hy bevind dat die beslissings waarop gewoonlik as gesag vir 'n latere wysiging gesteun word, verkeerdlik beslis is.<sup>16</sup> Alhoewel al drie hierdie sake onbestrede was, hulle baie kort gerapporteer word, in geen een 'n diepgaande ondersoek ingestel is oor die doel van artikel 71 nie en *Ex parte Universal Properties* (*supra*) eintlik 'n geval was waar die persoon in eie naam opgetree het en die bedoeling gehad het om persoonlik aan die kontrak gebonde te wees, moet aanvaar word dat die bevoegdheid tot 'n latere wysiging van die doelstellingsklousule deel

<sup>11</sup>*McCullogh*-saak *supra*. *Peak Lode*-saak *supra* en sien ook De Villiers & Macintosh a w 109 & 287.

<sup>12</sup>*Kunsmisverspreiders* (2), *Ex parte Elands Properties* *supra* en *Martian Entertainments (Pty) Ltd v Berger* *supra*.

<sup>13</sup>Die Afrikaanse teks bevat die woorde aanneming en bekragtiging in teenstelling met die Engelse teks „adoption or ratification.” (Die Engelse teks is die ondergetekende weergawe).

<sup>14</sup>*Ex parte Central Properties* 1930 CPD 360, *Ex parte Universal Properties (Pty) Ltd* 1947 4 SA 12 (N) en *Ex parte Harmathall (Pty) Ltd* (2) 1952 2 PH E11.

<sup>15</sup>Die vraag is hier slegs of 'n maatskappy wat nie aan die eerste voorbehoudsbepaling voldoen het nie, maar wel aan die ander voorskrifte van a 71, deur wysiging van sy doelstellingsklousule kan voldoen aan die aanvanklike nie-nakoming daarvan. Later sal aangetoon word dat waar versuim word om albei die voorbehoudsbepalings na te kom, die bevoegdheid om deur latere wysiging van die doelstellingsklousule van 71 gebruik te maak, in elk geval ontnem is.

<sup>16</sup>p 393 van die verslag.

vorm van ons positiewe reg. In die *Sentrale-Kunsmis*-saak (*supra*) het die meerderheid van die Appèlhof dan ook aanvaar dat 'n latere wysiging toelaatbaar is.<sup>17</sup> As verdere argument voer regter Holmes aan dat dit die bedoeling van die wetgewer was dat hierdie bevoegdheid tot ratifikasie reeds by registrasie deel moet uitmaak van die doelstellingsklousule. Hierdie bedoeling sou blyk uit (i) die feit dat artikel 11(1) van die Maatskappywet nie voorsiening maak vir wysiging van die doelstellingsklousule om ratifikasie moontlik te maak nie en (ii) uit die tweede voorbehoudsbepaling van artikel 71.<sup>18</sup> Wat (i) betref, is die regter van mening dat artikel 11(1) restriktief uitgelê moet word en dat die wysigingsbevoegdheid ingevolge hierdie artikel nie onnodiglik uitgebrei moet word nie. Hierdie argument is, met respek, onaanvaarbaar. By verskeie geleenthede het ons howe al beslis<sup>1</sup> dat artikel 11(1) liberaal uitgelê moet word.<sup>19</sup> Ook die tweede rede wat aangevoer word, lyk met respek nie juis nie. Volgens regter Holmes sou die woorde „tesame met die aansoek om registrasie” in die tweede voorbehoudsbepaling 'n aanduiding wees dat die wetgewer bedoel het dat die betrokke doelstelling alreeds in die oorspronklike akte van oprigting moet wees. In die lig van die geskiedenis van artikel 71 is hierdie afleiding te betwyfel. Voor die wysigingswet van 1952 was dit 'n algemene gebruik van ons howe om wysiging van die doelstellingsklousule toe te laat ten einde ratifikasie ingevolge artikel 71 moontlik te maak. Daar moet aanvaar word dat die wetgewer bewus was van dié gebruik en dat hy die bestaande reg so min as moontlik wou wysig. Indien dit die wetgewer se bedoeling was om die bevoegdheid tot latere wysiging van die doelstellingsklousule te ontnem, sou 'n mens verwag dat dit in duideliker taal gedoen sou word, deur byvoorbeeld die woorde „by inkorporasie” na die woorde „akte van oprigting” in die eerste voorbehoudsbepaling in te voeg. Dit is nie gedoen nie. Die tweede voorbehoudsbepaling waarin die woorde „tesame met die aansoek om registrasie” voorkom is eers deur wet 46 van 1952 ingevoeg. Deur wet 14 van 1963 is hierdie bepaling verder gewysig ten einde die indiening van twee kopieë, een waarvan behoorlik gesertifiseer moet wees, verpligtend te maak. Die eerste voorbehoudsbepaling is geensins deur enigeen van hierdie wysigingswette beïnvloed nie, en die woorde „tesame met die aansoek om registrasie” verwys slegs na die tweede voorbehoudsbepaling.

Die wetgewer stel dit as 'n vereiste dat die bevoegdheid tot ratifikasie van die besondere kontrak in soveel woorde in die doelstellingsklousule uiteengesit moet word. Die kontrak moet so beskryf word

---

<sup>17</sup>p 387 van die verslag.

<sup>18</sup>p 391 e v van die verslag.

<sup>19</sup>Vergelyk bv die uitspraak van ar Trollip in die *Sentrale Kunsmis*-saak (*supra*) 399 en die gewysdes daar aangehaal.

„dat dit met sekerheid uitgeken sou kon word as die onderwerp van die bevoegdheid.”<sup>20</sup> Hierdie vereiste het niks te doen met die *ultra vires*-leerstuk nie. Hedendaagse doelstellingsklousules is gewoonlik so wyd bewoord dat bykans enige bevoegdheid daaronder tuisgebring kan word - ook die bevoegdheid om pre-inkorporasie-kontrakte te ratifiseer. ’n Doelstellingsklousule wat in die algemeen magtiging verleen tot ratifikasie van pre-inkorporasie-kontrakte sal nie aan die vereistes wat deur artikel 71 gestel is voldoen nie. Aangesien artikel 71 ’n wysiging van die gemene reg daarstel, moet die voorskrifte van hierdie artikel streng nagekom word en moet die betrokke doelstelling magtiging tot ratifikasie van die *spesifieke* kontrak verleen. Die wetgewer laat egter na om die tydstop te bepaal waarop aan hierdie voorskrif voldoen moet word. Alhoewel dit verkieslik is dat die doelstellingsklousule alreeds by registrasie van die maatskappy aan artikel 71 voldoen, behoort ’n latere wysiging hiervan heeltemal in orde te wees. So ’n wysiging moet egter aangebring word voordat die maatskappy die kontrak ratifiseer en aan die voorskrifte van die tweede voorbehoudsbepaling moet alreeds op die datum van die aansoek om registrasie voldoen gewees het.<sup>21</sup>

Die vierde vereiste (die tweede voorbehoudsbepaling) is dat twee kopieë van die kontrak, een waarvan deur ’n notaris of deur ’n ondertekenaar van die akte van oprigting gesertifiseer is, *tesame met die aansoek om registrasie van die maatskappy* by die registrateur ingelewer moet word. In die *Sentrale Kunsmis*-saak kry die Appèlhof die eerste keer die geleentheid om hierdie bepaling te oorweeg. Die feite was kortliks die volgende:

Gedurende 1965 is ’n skriftelike kontrak aangegaan tussen S-korporasie en vier persone wat opgetree het „in hul respektiewelike persoonlike hoedanighede en in hul hoedanigheid as trustees van ’n maatskappy (N) wat geregistreer staan te word.” Ingevolge hierdie kontrak sou N, na inkorporasie en ratifikasie van die kontrak, die bevoegdheid verkry om in ’n sekere aantal gebiede kunsmis wat deur S-korporasie bemark is, te verkoop. ’n Paar maande later word N as ’n maatskappy geïnkorporeer, maar daar word nagelaat om in die akte van oprigting ’n doelstelling in te sluit wat magtiging tot ratifikasie van die kontrak verleen. Ook word nagelaat om ooreenkomstig die voorskrifte van artikel 71 twee afskrifte van die kontrak, een waarvan deur ’n notaris of ’n ondertekenaar van die akte van oprigting gesertifiseer is, *tesame met die aansoek om registrasie* in te dien. Na inkorporasie bekragtig N hierdie kontrak, maar die S-korporasie voer aan dat hul nie aan die kontrak gebonde is nie aangesien die doelstellingsklousule van N nie die nodige bevoegdheid tot ratifikasie bevat nie.

<sup>20</sup>per hr Steyn p 385 van die verslag.

<sup>21</sup>Sien die bespreking van die tweede voorbehoudsbepaling onmiddellik hieronder.

Die doelstellingsklousule van N word derhalwe gewysig en weer eens ratifiseer N hierdie kontrak. S-korporasie weier steeds om die kontrak as 'n bindende kontrak te beskou, want, voer hulle aan, daar is nie aan die verdere vereiste van artikel 71 dat twee afskrifte van die kontrak by registrasie ingelewer moet word, voldoen nie. Toe hierdie gewysigde doelstellingsklousule gedurende 1967 geregistreer is, is naamlik net een ongesertifiseerde afskrif van die kontrak by die registrateur ingelewer. N doen by wyse van 'n kennisgewing van mosie aansoek om die uitreiking van 'n verklarende bevel ten effekte dat hy bevoeg is om hierdie kontrak aan te neem en te ratifiseer. Die Transvaalse Provinsiale Afdeling beslis (*per* regter Claassen) dat die voorskrifte in verband met die indiening van twee kopieë van die kontrak gebiedend is.<sup>22</sup> Daaraan moet voldoen word òf by die aansoek om registrasie van die maatskappy òf by die registrasie van die spesiale besluit wat die doelstellingsklousule wysig. Aangesien hierdie voorskrif in die onderhawige geval nie nagekom is nie, word die aansoek van die hand gewys. By appèl na die volbank van die TPA word die standpunt van die hof *a quo* bevestig en bevind dat die partye nie op artikel 71 kan steun nie.<sup>23</sup> Nietemin bevind die hof dat hier 'n beding ten behoeve van 'n derde is en dat deur aanvaarding van die voordele deur N daar 'n geldige kontrak tussen S-korporasie en N tot stand gekom het.<sup>24</sup> Teen hierdie beslissing word appèl aangeteken. Die Appèlhof beslis by monde van hoofregter Steyn dat die voorskrifte van die tweede voorbehoudsbepaling slegs aanwysend is en dat nie-nakoming daarvan nie noodwendig die geldigheid van 'n latere ratifikasie ingevolge artikel 71 affekteer nie.

„[In] hierdie geval [is] een afskrif luidens die doelstellings self daarby aangeheg en is dit ingelewer. Wat ontbreek, sou op aanvraag deur die Registrateur ingelewer moet word en sou ook daarsonder ingelewer kan word. Daar skyn geen doel te wees wat die afskrifte moet dien, wat deur die vertrapte inlewering van die tweede afskrif verrydel sou word nie.”<sup>25</sup>

<sup>22</sup>NKP *Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk* 1969 1 SA 362 (T) 364 (hierna aangehaal as *Kunsmisverspreiders* (1)).

<sup>23</sup>*Kunsmisverspreiders* (2) *supra* 86.

<sup>24</sup>p 88 van die verslag. Die juistheid van hierdie bevinding kan myns insiens betwyfel word. Soos hierbo aangetoon, moet die partye in geval van 'n beding ten behoeve van 'n derde in eie naam kontrakteer en die bedoeling hê om persoonlik aan die kontrak gebonde te wees. Ongelukkig kan uit die gerapporteerde feite nie afgelei word of dit inderwaarheid die partye se bedoeling was nie. Die feit dat beide partye hul eis en verweer geheel en al op 71 gebaseer het, en daarmee geïmpliseer het dat die 4 persone opgetree het as verteenwoordigers van die te stigte maatskappy, is myns insiens 'n aanduiding dat 'n bedoeling om in eie naam te kontrakteer ontbreek en dat hier geen sprake kan wees van 'n beding ten behoeve van 'n derde nie. (Sien ook die minderheidsuitspraak van ar Trollip in die *Sentrale Kunsmis-saak* (*supra*) 404.)

<sup>25</sup>p 388 van die verslag.



Appèlregter Trollip, in 'n minderheidsuitspraak, is egter oortuig dat hierdie voorskrif gebiedend is. Die inlewering van die twee afskrifte, een waarvan 'n gesertifiseerde afskrif moet wees, is 'n voorvereiste vir die ratifikasie van 'n andersins nietige kontrak. Daaraan moet voldoen word enige tyd voor ratifikasie van die kontrak en nie noodwendig op die tydstip van registrasie van die maatskappy nie.<sup>26</sup> Appèlregter Holmes neem oor die gebiedenheid al dan nie van hierdie voorskrif geen standpunt in nie, maar aanvaar eenvoudig vir doeleindes van die uitspraak dat die voorskrif aanwysend is.

Derhalwe kan gekonstateer word dat ons regspraak op hierdie punt alles behalwe eenvormig is.

Hoofregter Steyn is van mening dat daar geen besondere rede vir hierdie voorskrif is nie en derhalwe kan dit ook nie gebiedend wees nie. Sou dit as gebiedend beskou word, sou inbreuk gemaak word

„op 'n lang gevestigde wetterereglike reëling op 'n wyse wat herstel van die versuim om aan die vereiste te voldoen sou uitsluit in omstandighede waarin 'n rede daarvoor stellig nie geredelik te vinde is nie.”<sup>27</sup>

Buitendien, voer die Hoofregter aan, is die tweede voorbehoudsbepaling se voorskrifte nie op 'n beding ten behoeve van 'n derde van toepassing nie. Word van 'n beding ten behoeve van 'n derde gebruik gemaak, hoef twee afskrifte van die kontrak nie ingedien te word nie.

„Om wat in die een geval sonder enige uitwerking op geldige aanvaarding van die kontrak kan ontbreek, in die ander geval gebiedend te maak vir die bestaan van die bevoegdheid om die kontrak aan te gaan, sou 'n ongerymdheid in ons reg invoer.”<sup>28</sup>

Hierdie argument gaan, met respek, nie op nie, want anders sou dit ook op die eerste voorbehoudsbepaling van toepassing wees. By gebruikmaking van 'n beding ten behoeve van 'n derde is dit geen vereiste dat die doelstellingsklousule van die te stigte maatskappy in soveel woorde 'n magtiging tot aanvaarding van die voordele onder 'n spesifieke kontrak moet bevat nie. Solank dit maar net uit die interpretasie van die doelstellingsklousule as 'n geheel blyk dat die maatskappy die bevoegdheid het om voordele onder sodanige kontrak te aanvaar - iets wat gewoonlik deur die doelstellingsklousule gedek word - sal daar van 'n beding ten behoeve van 'n derde gebruik gemaak kan word. Ten aansien van hierdie voorvereiste (eerste voorbehoudsbepaling)

<sup>26</sup>p 401 van die verslag. In *Kunsmisverspreiders* (1) *supra* 364 en *Kunsmisverspreiders* (2) *supra* 86 is beslis dat die datum van registrasie van die spesiale besluit ter wysiging van die doelstellingsklousule die laatste tydstip is waarop aan hierdie voorskrif voldoen kan word.

<sup>27</sup>p 387A van die uitspraak. (Ek kursiveer.)

<sup>28</sup>p 386H.

is hoofregter Steyn egter oortuig dat dit onder artikel 71 gebiedend is.<sup>29</sup>

Myns insiens is die voorskrifte vervat in die tweede voorbehoudsbepaling gebiedend. Die wetgewer het in 1952 die indiening van een afskrif en in 1963 die indiening van twee afskrifte van die kontrak, een waarvan 'n gesertifiseerde kopie moet wees, as voorvereiste vir gebruikmaking van artikel 71 gestel.<sup>30</sup> Hierdie artikel is 'n voorskrif ter aanvulling van die gemene reg en gevolglik kan die bevoegdheid tot ratifikasie van pre-inkorporasie-kontrakte alleen regsgeldiglik uitgeoefen word indien aan al die vereistes van die artikel voldoen word. Derhalwe moet met respek verskil word van die bevinding van die Hoofregter dat hierdie voorskrif slegs aanwysend is.

Word aanvaar dat die voorskrifte van die tweede voorbehoudsbepaling gebiedend is, ontstaan die vraag op welke tydstip daaraan voldoen moet word. Artikel 71 bevat in hierdie verband 'n duidelike voorskrif: „mits twee kopieë van die kontrak . . . *tesame met die aansoek om registrasie* van die maatskappy by die Registrateur ingelewer is” (ek kursiveer). 'n Letterlike uitleg van hierdie voorskrif kom daarop neer dat, vanaf die inwerkingtreding van die wysigingswet van 1952, 'n maatskappy slegs van artikel 71 gebruik kan maak indien die nodige kopie van die kontrak tesame met die aansoek om registrasie ingedien is. Geen voorsiening word gemaak vir latere indiening nie. Dit is die duidelike woorde van die wet en hieraan moet gevolg gegee word.

So 'n uitleg raak egter ook gedeeltelik die eerste voorbehoudsbepaling. Alhoewel die maatskappy nie deur die wysigingswette van 1952 en 1963 verbied word om sy doelstellingsklousule te wysig en die kontrak ingevolge artikel 71 te ratifiseer nie, sal hierdie bevoegdheid slegs tot beskikking van maatskappye wees wat tesame met die aansoek om registrasie van die maatskappy die nodige kopieë ingedien het. 'n Maatskappy waarvan die doelstellingsklousule nie die nodige bevoegdheid tot ratifikasie bevat nie en wat nie die vereiste kopieë op datum van registrasie ingedien het nie, sal nog altyd die doelstellingsklousule kan wysig ten einde aan die eerste voorbehoudsbepaling te voldoen,<sup>31</sup>

<sup>29</sup>p 385A van die verslag.

<sup>30</sup>Deur wet 46 van 1952 en wet 14 van 1963 onderskeidelik. Blykbaar wou die wetgewer hiermee verseker dat die kontrak op die datum van registrasie van die maatskappy in sy oorspronklike vorm by die registrateur ter insae beskikbaar sal wees. Dit sou, in die geval van 'n wesenlike kontrak, ook vir doeleindes van par 19 van die sesde bylae van die Maatskappywet, van belang wees dat 'n gesertifiseerde kontrak by die registrateur beskikbaar is.

<sup>31</sup>In die *Sentrale Kunsmis*-saak wek hr Steyn op p 387 die indruk dat so 'n interpretasie 'n maatskappy die bevoegdheid ontnem om sy akte van oprigting te wysig. Dit is, met respek, nie die ware posisie nie. Die maatskappy kan nog altyd sy akte van oprigting wysig, maar in gevalle soos hier onder bespreking, sal dit van geen waarde wees vir doeleindes van a 71 nie.

maar dit sou, weens nie-nakoming van die tweede voorbehoudsbepaling, vrugtelos wees.

Daar kan aangevoer word dat 'n uitleg soos hier voorgestaan nie strook met die ware bedoeling van die wetgewer nie.<sup>32</sup> Dit is 'n erkende reël van wetsuitleg dat die bedoeling van die wetgewer in die eerste plaas afgelei moet word uit die woorde wat gebruik is en dat hiervan slegs afgewyk kan word indien die wetgewer se ware bedoeling vasstaan.<sup>33</sup> *In casu* kan die ware bedoeling van die wetgewer nie met sekerheid vasgestel word nie. Was dit miskien sy bedoeling dat die tweede voorbehoudsbepaling bloot aanwysend is - was dit die bedoeling dat slegs die tydstip waarop aan die tweede voorbehoudsbepaling voldoen moet word aanwysend is - of was dit die bedoeling dat die tydstip slegs vir maatskappye wat nie aan een van die twee voorbehoudsbepalings voldoen het nie, aanwysend moet wees? Indien die eerste vraag bevestigend beantwoord word, sou dit beteken dat die tweede voorbehoudsbepaling geheel en al sinneloos is. Dit is die interpretasie wat die Appèlhof voorstaan.<sup>34</sup> 'n Bevestigende antwoord op die tweede vraag sou daarop neerkom dat die voorskrif in verband met die tydstip waarop aan die tweede voorbehoudsbepaling voldoen moet word net sowel weggelaat kon gewees het. Word die derde vraag bevestigend beantwoord,<sup>35</sup> ontstaan die verdere vraag waarom maatskappye wat nie aan een van die twee voorbehoudsbepalings voldoen het nie, beter behandel word as maatskappye wat wel aan die eerste of albei voorbehoudsbepalings voldoen het.

In die lig van hierdie onsekerheid oor die wetgewer se sogenaamde ware bedoeling, moet gevolg gegee word aan die bedoeling soos blyk uit die woorde van artikel 71 en moet 'n letterlike interpretasie toegepas word.

So 'n uitleg lei nie tot 'n onbillike resultaat nie. Dit kom slegs daarop neer dat 'n maatskappy wat nie aan een van die twee voorbehoudsbepalings voldoen het nie, nie die geleentheid gebied word om van artikel 71 gebruik te maak nie, terwyl 'n maatskappy wat die tweede voorbehoudsbepaling nagekom het, wel die geleentheid kry om, deur wysiging van sy doelstellingsklousule, ook aan die eerste voorbehoudsbepaling en derhalwe aan al die voorskrifte van artikel 71 te voldoen.

MJ OOSTHUIZEN

*Randse Afrikaanse Universiteit*

<sup>32</sup>*Kunsmis*-saak 387.

<sup>33</sup>Steyn a w 4 & 22.

<sup>34</sup>*Kunsmis*-saak *supra* 388.

<sup>35</sup>Die argument is dat 'n maatskappy wat nie die eerste voorbehoudsbepaling nagekom het nie nou die geleentheid kry om deur wysiging van sy doelstellingsklousule hieraan te voldoen en derhalwe die geleentheid moet kry om die vereiste kopieë na registrasie van die maatskappy in te dien.

## DIE WYSIGINGSWET OP VERDELING VAN SKADEVERGOEDING 58 VAN 1971

Hierdie wet wysig die gemene reg ingrypend, veral wat die regsposisie van partye getroud in gemeenskap van goed betref. Hoewel, soos aangetoon sal word, die reëling in hierdie wet vervat nie in alle opsigte bevredigend is nie, moet nietemin beklemtoon word dat die wetgewer darem daarin geslaag het om op die gemene reg te verbeter. In sekere opsigte verteenwoordig die huidige wetteregtelike reëling 'n stap vooruit vergeleke met die minder geslaagde wetsontwerpe wat aanvanklik voorgestel is en waaraan die meerderheid van die Regshersieningskomitee sy steun toegesê het.<sup>1</sup> Al die belangrikste bepalings is vervat in artikel 1, wat soos volg bewoord is:

1 Artikel 2 van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding, 1956 (hieronder die Hoofwet genoem), word hierby gewysig - (a) deur na subartikel (1) die volgende subartikels in te voeg:

„(1A) Behoudens die bepalings van die eerste voorbehoudsbepaling by subartikel 6(a), word 'n persoon by die toepassing van hierdie artikel geag 'n mededader te wees indien hy 'n mededader sou gewees het as dit nie was vir die feit dat hy binne gemeenskap van goedere met die eiser getroud is nie.

(1B) Behoudens die bepalings van die tweede voorbehoudsbepaling by subartikel 6(a), indien dit beweer word dat die eiser skade gely het as gevolg van die besering of dood van 'n ander persoon en dat sodanige besering of dood deels aan die skuld van die beseerde of oorlede persoon en deels aan die skuld van 'n ander persoon te wyte was, word sodanige beseerde persoon of die boedel van sodanige beseerde persoon, na gelang van die geval, en sodanige ander persoon, by die toepassing van hierdie artikel geag mededaders te wees.”; en

(b) deur die volgende voorbehoudsbepalings by subartikel 6(a) te voeg:

„Met dien verstande dat die bedrag van die skadevergoeding wat deur die in subartikel (1A) bedoelde eiser van 'n mededader teen wie die vonnis gegee is, verhaal word, vir die doel van die verhaal van 'n bydrae van die persoon in laasgenoemde subartikel bedoel, nie geag word deel van die gemeenskaplike boedel van sodanige persoon uit te maak nie behalwe vir sover so 'n bedrag betrekking het op 'n bate van die bedoelde gemeenskaplike boedel: Met dien verstande voorts dat indien die hof by die vasstelling van die volle bedrag van die skade wat die in subartikel (1B) bedoelde eiser gely het, die waarde van 'n voordeel wat die eiser uit die boedel van sodanige oorlede persoon verkry het, aftrek van die geraamde waarde van die onderhoud wat die eiser ontnem is weens die dood van 'n persoon, geen bydrae wat die bedoelde mededader van die boedel van die bedoelde oorlede persoon aldus kan verhaal, die eiser daardie voordeel of enige gedeelte daarvan mag ontnem nie.”

Hieruit blyk dus dat artikel 2 van die hoofwet nou verryk is deur subartikels 1(A) en 1(B) en dat subartikel 6(a) van die hoofwet met

---

<sup>1</sup>Sien verklaring van Minister van Justisie tydens Tweede-lesingdebat in Senaat, *Debatte van Senaat* 13 van 1971 kol 3288.



twee voorbehoudsbepalings versier word. Voorts is dit duidelik dat subartikels 1(A) en 1(B) steeds met respektiewelik die eerste en tweede voorbehoud tot subartikel (2)(6)(a) saamgelees moet word. Hierdie subartikels en vermelde voorbehoude word nou om die beurt oorweeg: Subartikel 1(A) stel 'n ingrypende wysiging van die gemene reg daar. 'n Eggenoot getroud in gemeenskap van goed word nou vir die doeleindes van artikel 2 van die hoofwet as mededader teenoor die ander eggenoot-eiser beskou, mits natuurlik eersgenoemde, hierna die skuldige eggenoot genoem, aan al die vereistes van daderskap teenoor die eggenoot-eiser voldoen. Word die ander mededader - in die praktyk word gewoonlik 'n motorversekeringsmaatskappy in plaas van die mededader gedagvaar en so 'n maatskappy het dan, soos bekend, die bevoegdheids van 'n dader ingevolge artikel 2 - aangespreek, het hy, hierna die derde genoem, ooreenkomstig die bepaling van artikel 6(a) van die hoofwet, 'n regresreg teen sy mededader. Hierdie regresreg geld nou ook teen die skuldige eggenoot getroud in gemeenskap van goed met die eggenoot-eiser, met die belangrike voorbehoud dat die bates van die gemeenskaplike boedel wat onderhewig aan die regres is, beperk word deur die eerste voorbehoud tot artikel 6(a). Om hierdie beperking te verstaan, moet onderskei word tussen 'n eis om genoegdoening en 'n eis om skadevergoeding ingestel deur die eggenoot-eiser.<sup>2</sup>

Spreek die eiser slegs die derde aan om genoegdoening en betaal laasgenoemde ten volle, kan die derde 'n regreseis teen die skuldige eggenoot instel in die lig van laasgenoemde se *pro rata* verantwoordelikheid vir die benadeling van die eiser en dit ook waar die eiser en die skuldige eggenoot in gemeenskap van goed met mekaar getroud is. In laasgenoemde geval word die bedrag wat die eiser as genoegdoening op die derde verhaal het, nie vir die doeleindes van die regreseis as deel van die gemeenskaplike boedel beskou nie. Die bedoeling van die wetgewer is klaarblyklik om nie dit wat hy met die een hand by wyse van genoegdoening aan die eiser gegee het, gedeeltelik te laat verdwyn deur die derde se regreseis teen die skuldige eggenoot nie. Aan die ander kant het die wetgewer ook probeer om die onbillike resultaat van die beslissings *Kleinbans v African Guarantee and Indemnity Co Ltd*<sup>3</sup> en *Tomlin v London and Lancashire Insurance Co Ltd*,<sup>4</sup> ingevolge waarvan die derde ten volle aanspreeklik gehou is sonder enige verhaal by wyse van regres teen die skuldige eggenoot, sover as moontlik te vermy. Dadelik dien egter daarop gelet te word dat die bedrag wat die eiser op die derde verhaal slegs vir doeleindes van die derde se regreseis

<sup>2</sup>Dat die woord „skade” in die Wet op Verdeling van Skadevergoeding ook op persoonlikheidsnadeel slaan, val nie te ontken nie. Sien bv *South British Insurance Co Ltd v Smit* 1962 3 SA 826 (A) 838.

<sup>3</sup>1959 2 SA 619 (OK).

<sup>4</sup>1962 2 SA 30 (D).

nie as deel van die gemeenskaplike boedel geag word nie. Dit is jammer dat die wetgewer nie verder gegaan het deur te bepaal dat hierdie bedrag vir alle doeleindes hoegenaamd nie deel van die gemeenskaplike boedel vorm nie. Soos die subartikel nou lui, gaan die skuldige eggenoot bevoordeel word deurdat helfte van die bedrag wat die eiser verhaal eersgenoemde ten goede gaan val ten spyte daarvan dat hy as mededader aangemerkt moet word. Hierdeur word die eiser verkort ten gunste van 'n mededader.

Om die uitwerking van die onderhawige subartikel te illustreer, moet die volgende drie moontlikhede oorweeg word:

- 1 Waar die gemeenskaplike boedel geen ander fondse het waaruit die derde se regreseis bevredig kan word nie.
- 2 Waar die derde se regreseis slegs ten dele bevredig kan word.
- 3 Waar daar voldoende bates in die gemeenskaplike boedel is waaruit die derde sy regresreg volkome kan bevredig.

Die volgende feitekompleks dien as voorbeeld van geval no 1: Die vrou is 'n passasier in die voertuig bestuur deur haar man met wie sy in gemeenskap van goed getroud is. Weens die nalatigheid van die man en die bestuurder van 'n ander voertuig bots die voertuie. In 'n eis van die vrou teen die assuransiemaatskappy van die ander voertuig, blyk dat die man en die derde elk 50% nalatig was. Die vrou se eis om genoegdoening beloop R50 000 wat sy ten volle op die derde kan verhaal. Die gemeenskaplike boedel het geen fondse waaruit die derde se regreseis teen die skuldige eggenoot, die man, bevredig kan word nie. Die derde is dus alleen aanspreeklik net soos in die *Tomlin-* en *Kleinbans-*sake, omdat die derde ingevolge die eerste voorbehoudsbepaling tot artikel 6(a) nie die R50 000 wat die vrou ontvang het, mag aanraak nie. Vir doeleindes van die derde se regreseis vorm dit geen deel van die gemeenskaplike boedel nie. Ook is dit nie suiwer om te sê dat die vrou volle genoegdoening gekry het nie. In der waarheid het sy slegs R25 000 ontvang, omdat die ander R25 000 haar man ten goede val weens die bestaan van boedelgemeenskap.

Van der Merwe en Olivier het reeds geargumenteer<sup>5</sup> dat dit ondoenlik is om eggenotes getroud in gemeenskap van goed as mededaders teenoor mekaar aan te merk en het derhalwe 'n proporsionele vermindering van die eiser se eis, hetsy om skadevergoeding, hetsy om genoegdoening, voorgestel, na gelang van die skuldige eggenoot se skuldgraad. Die vraag is nou of vermelde skrywers se benadering prakties 'n ander en billiker resultaat sou bewerkstellig het as die huidige reëling van die wet.

<sup>5</sup>Die *Onregmatige Daad in die SA Reg 2e* uitgawe 311 e.v., veral 315.

Volgens Van der Merwe en Olivier se benadering sou die vrou in die onderhawige voorbeeld slegs R25 000 op die derde kon verhaal het, welke R25 000 dan buite die gemeenskaplike boedel sou geval het.

In beide gevalle, ingevolge die wet sowel as ingevolge die standpunt deur Van der Merwe en Olivier bepleit, kry die vrou dus R25 000. Van der Merwe en Olivier se standpunt benadeel dus nie die vrou nie, maar is billiker teenoor die derde wat dan nie die volle skadelas moet dra nie, en bevoordeel ook nie die skuldige eggenoot met 'n bedrag van R25 000 nie.

As voorbeeld van geval no 2 kan weer eens van bostaande feitekompleks gebruik gemaak word met die enkele verskil dat afgesien van die R50 000 wat die vrou by wyse van genoegdoening verhaal, die gemeenskaplike boedel R20 000 bedra. Van die R50 000 wat die vrou verhaal het, is slegs R25 000 hare. Die derde se regres teen die man put die gemeenskaplike boedel vir doeleindes van die regres heeltemal uit. Die vrou, die eiseres, boet dus R10 000 in synde haar helfte van die gemeenskaplike boedel wat deur die derde se regres opgeslurp word. Die vrou se uiteindelijke ekonomiese posisie is R25 000. Die derde is met R5 000 verkort. Die skuldige eggenoot is bevoordeel *vis-à-vis* sy mededader.

Volgens Van der Merwe en Olivier se standpunt sou die vrou haar R10 000, synde haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel, behou het en R25 000 op die derde kon verhaal het, welke bedrag buite die gemeenskaplike boedel sou val. Die vrou se uiteindelijke ekonomiese posisie sou dus R35 000 gewees het. Sy sou dus beter af gewees het, die derde sou nie onderdeur gewees het nie en die skuldige eggenoot sou nie bevoordeel gewees het *vis-à-vis* die derde nie.

Ter illustrasie van die derde geval kan nogmaals van dieselfde feitekompleks gebruik gemaak word, met die enigste verskil dat die gemeenskaplike boedel wat vir die derde se regres vatbaar is, R40 000 bedra. Van die R50 000 wat die vrou verhaal is slegs R25 000 hare. Die derde verhaal volle R25 000 regres op die gemeenskaplike boedel. Die vrou verloor dus dadelik R12 500. Die restant van die gemeenskaplike boedel beloop R15 000 waarvan die vrou se aandeel R7 500 is. Die vrou se uiteindelijke posisie is dus R32 500. Hoewel die derde hier nie benadeel is nie, is die man ten koste van die vrou bevoordeel soos dadelik sal blyk wanneer Van der Merwe en Olivier se benadering met dié van die huidige wet vergelyk word.

Volgens vermelde skrywers moet die vrou se eis met die helfte verminder word, dws tot R25 000, welke bedrag dan buite die gemeenskaplike boedel moes val. Die vrou sou dan nog haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel behou het, dws R20 000. Haar uiteindelijke posisie sou dus  $R25\ 000 + R20\ 000 = R45\ 000$  gewees het. Hiervolgens sou die vrou nie alleen meer tegemoetkomend behandel

gewees het nie, maar die skuldige eggenoot sou ook nie ten koste van die onskuldige gebaat het nie.

Omdat die skuldige eggenoot vir doeleindes van artikel 2 as mededader teenoor die ander eggenoot beskou moet word ook waar die huwelik in gemeenskap van goed gesluit is, volg dit dat die onskuldige eggenoot, bv die vrou, haar man ipv die derde kan aanspreek. Die absurde gevolg hiervan sou egter wees dat alles wat die vrou op die man verhaal, d w s op die gemeenskaplike boedel, dadelik weer in die gemeenskaplike boedel sou terugval. Spreek sy haar man en die derde gesamentlik aan, kan sy R25 000 op die derde verhaal,<sup>6</sup> maar niks op haar man nie. Die voeging van die man is wat die vrou betref 'n klugspel. Van die R25 000 wat sy op die derde verhaal het, is slegs R12 500 hare. Weer eens moet voorkeur aan die benadering van Van der Merwe en Olivier gegee word waarvolgens eise tussen man en vrou getroud in gemeenskap van goed nie eers teoreties moontlik sou wees nie. Steeds moet in gedagte gehou word dat die skuldige eggenoot ingevolge die huidige wetteregtelike reëling party tot die geding kan word al het die vrou hom nie aanvanklik aangespreek nie.<sup>7</sup>

Wat eise om genoegdoening betref, ingestel deur 'n benadeelde eggenoot waar die ander eggenoot en 'n derde beide te blameer is, het die wetgewer nou in sommige gevalle effense verligting vir die derde gebring vergeleke met sy gemeenregtelike posisie. 'n Maatskaplik billiker en juridies meer houdbare reëling sou egter gewees het om 'n eggenoot se eis in die onderhawige gevalle waar met 'n huwelik in gemeenskap van goed te doen gekry word, proporsioneel te verminder.

Waar dit gaan om die verhaal van vermoënskade deur die gemeenskaplike boedel gely, is die posisie heel anders. Eerstens moet die geval waar die man medewerkend nalatig was oorweeg word, waarna tweedens aandag gegee word aan 'n feitekomples waar die vrou op skuldige wyse medeverantwoordelik was vir die skade aan die gemeenskaplike boedel.

Eerstens dus waar die man die motor van die gemeenskaplike boedel in 'n botsing „afgeskryf” het, terwyl die bestuurder van die ander voertuig ewe veel as die man te blameer was. As beheerder van die gemeenskaplike boedel moet die man die skadevergoedingseis van sê R4 000 instel. Omdat hier 'n geval van medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiser is, word sy eis ooreenkomstig artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding verminder en kom artikel 2, soos gewysig, glad nie ter sprake nie.

Neem tweedens egter 'n geval analoog aan *Van Zyl v Gracie*.<sup>8</sup> Die vrou en die derde is albei 50% nalatig en die gemeenskaplike motor

<sup>6</sup>Om getrou aan ons aanvanklike voorbeeld te bly.

<sup>7</sup>Sien Van der Merwe en Olivier a w 265 ev.

<sup>8</sup>1964 2 SA 434 (T).



bly in die slag. As beheerder van die gemeenskaplike boedel eis die man nou R4 000 van die derde. In *Van Zyl v Gracie* is beslis dat die man se eis ooreenkomstig artikel 1(1)(a)<sup>9</sup> proporsioneel verminder moet word. In ons voorbeeld kan hy dus slegs R2 000 verhaal. Volgens die huidige wetteregtelike reëling kan die man die volle R4 000 op die derde verhaal, maar omdat die vrou as mededader met die derde teenoor die gemeenskaplike boedel beskou word, kan die derde 'n regreseis ten bedrae van R2 000 teen die boedel instel. Die R4 000 wat die man verhaal het, kan egter dien as bron waaruit regres geput kan word omdat, in die taal van die eerste voorbehoud tot artikel 6(a), die bedrag betrekking het op 'n bate, tw die motorvoertuig, van die gemeenskaplike boedel. In effek verhaal die gemeenskaplike boedel slegs R2 000 en is die resultaat dieselfde as dié wat in *Van Zyl v Gracie* bereik is. Slegs die metode verskil. In *Van Zyl v Gracie* is die resultaat deur aanwending van artikel 1(1)(a) bereik, terwyl die onderhawige wet dit deur middel van artikel 2, soos gewysig, vermag. Hiermee kan 'n mens dan ook vrede hê, en die posisie klop dan ook met dié soos deur Van der Merwe en Olivier<sup>10</sup> voorgestaan.

Waar 'n huwelik buite gemeenskap van goed voorhande is, bly die gemeenregtelike posisie onveranderd.<sup>11</sup> Hier kan 'n mens slegs dankbaar wees dat die wetgewer nie gehoor gegee het aan die oproep van sommige juriste om 'n proporsionele vermindering van die onskuldige eiser se eis te gelas nie.

Vervolgens reël die wetgewer in subartikel 1(B) die geval waar 'n eiser vermoënskade ly as gevolg van die dood of besering van iemand anders, welke persoon tesame met 'n derde skuld het aan die eiser se benadeling. Die persone waarom dit in die reël hier sal gaan, is die afhanklikes, dws gewoonlik die vrou en kinders van die beseerde persoon. Dat die afhanklikes nie die enigste persone is wat skade kan ly uit die dood of besering van iemand anders nie, blyk uit 'n feitekompleks soos dié wat in *Saitowitz v Provincial Insurance Co Ltd*<sup>12</sup> voorgekom het. Daar het dit gegaan om 'n vader se eis weens mediese uitgawes wat hy as gevolg van sy seun se besering moes aangaan. Die hof se houding daar dat die seun nie as mededader teenoor die vader beskou kan word nie, is nou ooreenkomstig die betoog van Van der Merwe en Olivier<sup>13</sup> deur die wetgewer die nek ingeslaan. Broodwinner teenoor afhanklike en seun teenoor vader kan nou in gepaste gevalle as daders aangemerkt word. 'n Billike en byna vanselfsprekende reëling is dié vervat in die tweede voorbehoudsbepaling tot artikel 6(a).

<sup>9</sup>Waarmee nie te kenne gegee word dat die hof uitdruklik na hierdie subartikel verwys het nie.

<sup>10</sup>A w 306 e.v.

<sup>11</sup>Sien hieroor Van der Merwe en Olivier a w 315 e.v.

<sup>12</sup>1962 3 SA 443 (W).

<sup>13</sup>A w 260 e.v.

Hiervolgens moet enige voordeel wat die eiser uit die boedel van 'n oorlede persoon verkry het en wat in aanmerking geneem is by die berekening van die omvang van die eiser se skadevergoeding, gevrywaar word teen die derde se regreseis. Die „voordeel” waarom dit hier gaan, is nie 'n voordeel ingevolge die Wet op die Berekening van Skadevergoeding 9 van 1969 nie, omdat dergelike voordele juis nie van die geraamde waarde van die onderhoud wat die eiser ontnem is, afgetrek mag word nie. Die „voordeel” waarom dit tans gaan, sal in die praktyk gewoonlik op 'n erfregtelike bevoordeling neerkom. Om met 'n voorbeeld te illustreer:

'n Vader sterf in 'n botsing met die voertuig van 'n derde. Die vader en die derde was albei 50% nalatig. Die afhanklike, A, se verlies aan onderhoud bedra R50 000. Hy erf egter uit sy vader se boedel R30 000. Gevolglik beloop sy skade slegs R20 000 wat hy dan ook op die derde kan verhaal. Die derde se regreseis vir R10 000 teen die vader se boedel mag nie uit die R30 000 kom nie. Is A dus sy vader se universele erfgenaam en maak die boedel geen voorsiening vir legatê nie, kan die derde nie met 'n regreseis slaag nie, vir sover daar geen bates in die bestorwe boedel is waaruit hy sy regreseis kan bevredig nie. Is daar egter ander boedelbates wat nie by wyse van erfopvolging of andersins na afhanklike A toe kom nie, kan die derde sy regreseis daaruit put. So bv sal die erfposies van meerderjarige nie-afhanklike kinders in 'n toepaslike geval die regreseis ten prooi kan val.

Dit is jammer dat die wetgewer nie ook die tweede voorbehoudsbepaling tot artikel 6(a) op beserings ingeval van 'n huwelik buite gemeenskap van goed of die eis van iemand anders, bv 'n kind, van toepassing verklaar het nie. Dit sou die afhanklike groter beskerming verleen het. Wat egter wel te verwelkom is, is die feit dat die onsimpatieke houding van *De Vaal v Messing*<sup>14</sup> teenoor afhanklikes se eise in geval van besering nou van die baan is. Ten einde die uitwerking van die huidige wetteregtelike reëling te begryp, moet onderskei word tussen 'n eis ingestel deur 'n eggenoot getroud in gemeenskap van goed weens die besering van die skuldige eggenoot aan die een kant en die eis van enige ander party wat benadeel is, ook dié van 'n eggenoot gehoud buite gemeenskap van goed, aan die ander kant.

Waar 'n huwelik in gemeenskap van goed voorhande is, moet ook onderskei word tussen die geval waar die man en die geval waar die vrou beseer is.

Neem eerste die geval waar die man beseer is, terwyl hy en die derde ewe nalatig was. Gestel die skade aan die gemeenskaplike boedel bedra R20 000. Hiervan sal die man slegs R10 000 kan verhaal omdat sy eis ooreenkomstig artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van

<sup>14</sup>1938 TPD 34.

Skadevergoeding proporsioneel verminder moet word. Was die vrou tweedens die skuldige en was haar skuldgraad vergeleke met die derde ook 50%, moet die man as beheerder van die gemeenskaplike boedel nog steeds die eis instel. Hy kan dan die volle bedrag op die derde verhaal, welke derde dan weer 'n regresreg het teen die gemeenskaplike boedel, ingevolge artikel 2, soos gewysig. Die uiteindelijke resultaat bly dus dieselfde - die gemeenskaplike boedel kan slegs R10 000 behou.<sup>15</sup>

Anders is dit in die geval van 'n huwelik buite gemeenskap van goed of waar iemand anders as 'n eggenoot, bv 'n kind, die eiser is. Oorweeg die volgende geval:

Die beseerde man en die derde het ewe veel skuld. Die man ly skade weens verlies aan inkomste tot 'n bedrag van R20 000. Hiervan kan die man ooreenkomstig artikel 1(1)(a) R10 000 verhaal. Die vrou, getroud buite gemeenskap van goed, en die kinders se verlies moet begroot word uit die R10 000 wat die man nie kan verhaal nie. Gestel hiervolgens word bereken dat die vrou R2 000 en die kinders R4 000 skade ly by wyse van verdwene onderhoudsvoordele. Hierdie bedrae kan dan ten volle op die derde verhaal word. Die derde het dan egter weer regres teen die man, wat meebring dat die vrou en kinders se verlies aan onderhoud weer vergroot word. Aldus kan in 'n bouse kringloop verval word. Om so iets te verhoed het, moes die wetgewer verorden het dat die tweede voorbehoud tot subartikel 6(a) ook in geval van besering geld. Trouens, die gedeeltelike sukses van die man se eis teen die derde verteenwoordig 'n voordeel wat die vrou en kind by wyse van onderhoud uit die man se boedel kry en dit is in ag geneem by die berekening van hulle verlies aan onderhoud. Om hierdie bedrag nou weer onderhewig aan die derde se regres te stel, gee die onbillike resultaat wat die wetgewer juis wou vermy, maar slegs in geval van dood effektief voorkom het.

Ten spyte van hierdie enkele opmerkings moet subartikel 1(B) van harte verwelkom word. Ewe lofwaardig is dat die wetgewer nou uiteindelik daarin geslaag het om die „laaste geleentheidsreël” ook in al die onderhawige gevalle finaal uit te wis,<sup>16</sup> en in dié opsig 'n einde gemaak het aan *Union Government v Lee*.<sup>17</sup>

NJ VAN DER MERWE  
*Justisie-opleiding*  
 SJ MYNHARDT  
*Universiteit van Suid-Afrika*

<sup>15</sup>Waarskynlik sal nie met welslae gargumenteer kan word dat die verlies van die man se inkomste nie 'n boedelbate ingevolge die eerste voorbehoudsbepaling tot a 6(a) verteenwoordig nie.

<sup>16</sup>Suba 1(A) en 2(A) saamgelees met suba 2(14).

<sup>17</sup>1927 AD 202.

# Vonnisse

## IN RE CARLTON HOLDINGS LTD 1971 1 WLR 918

*Company - Compulsory acquisition of shares - Offer consisting of a share exchange coupled with an alternative cash offer by a third party*

This English case is a very useful addition to the small but steadily growing body of case law relating to compulsory acquisition of shares pursuant to take-over offers. It is of particular importance in South Africa in view of the fact that -

- (a) section 103<sup>ter</sup> of our Companies Act 1926, as amended, and section 209 of the English Companies Act 1948 are very similar;
- (b) a number of offers coupled to an alternative cash offer by a third party (usually a merchant bank) have already been made here (*eg* the offer by Stewarts & Lloyds Ltd for JH Vivian & Co Ltd with a cash alternative offer by Central Merchant Bank Ltd).

In the case under review Slater Walker Ltd ("Slater") made an offer on behalf of Priam Investments Ltd ("Priam") to acquire the issued ordinary share capital of Carlton Holdings Ltd ("Carlton"). The terms of the offer were that Carlton shareholders were offered seven shares of 4s each in Priam in exchange for every six shares of £1 each which they held in Carlton. In addition, Slater made a cash alternative offer to Carlton shareholders, who accepted the share exchange offer of Priam shares, by offering to purchase for cash the Priam shares to which they become entitled if they did not wish to retain those shares. This alternative cash offer was specifically stated to be available only until a fixed date and to be conditional upon the share exchange offer becoming unconditional. In a letter accompanying the offer document the chairman of the board of Carlton emphasized that the present offer constituted a revised proposal for the take-over on improved terms "which, as your directors considered essential, included a cash alternative." This letter went further to say that the price of 70s per share in terms of the cash alternative offer was thought to be fair and reasonable, as was the offer as a whole and that the chairman himself intended to take up the cash offer. The share offer was subsequently



accepted by over 90 per cent of the Carlton shareholders of whom the greater majority also accepted the cash alternative offer.

A block of 10 000 Carlton shares was held in a deceased estate, the executors of which were totally unaware of the offer until the date for acceptance, which was also the last date for accepting the cash alternative offer, had passed. Priam decided to invoke the compulsory acquisition procedure set out in section 209 of the Companies Act 1948 and accordingly issued coercion and transfer notices to the executor in terms of section 209(1) and (2) advising him of Priam's intention to acquire the shares and that it had received transfer of 90 per cent of the shares of Carlton. In terms of section 209(2) the executor thereupon gave notice to Priam requiring it to acquire those shares in the estate. In the meantime, however, the market value of Priam's shares had fallen far below their value at the time the offer was made and it consequently became critical to establish whether the dissentient shareholder was entitled to the benefit of the cash alternative offer or not.

Brightman J delimited the dispute to four main questions -

- (a) Did "the terms on which, under the scheme or contract, the shares of the approving shareholders are to be transferred to the transferee company" under section 209(1), include the cash alternative offer by Slater or not?
- (b) If the terms included the cash alternative offer, was Priam obliged to give or procure the same offer for the dissentient shareholder?
- (c) If "the terms" did not include the cash alternative offer, should the court not exercise its discretion and "order otherwise" *ie* that Priam was not entitled to acquire those shares from the dissentient shareholder?
- (d) If the court's solution to the above questions left the dissentient shareholder as a holder of Carlton shares, and as he had given notice under section 209(2) to Priam requiring it to acquire his shares, Priam would be entitled and bound to acquire his shares "on such other terms as the court may think fit to order." What would these other terms then be?

The learned judge described the cash alternative offer as a "put option" exercisable against a third party and found that the "put option" was a term which constituted a most essential part of the take-over scheme, even though it did not directly affect Priam, which was only concerned with the share exchange offer. The "put option" in the offer document could also obviously not be exactly included in the terms on which Priam was entitled and bound to acquire the dissentient shareholder's shares under section 209(1) as it was exercisable only

against Slater and only before the final date for acceptance, which was long past. This did not, however, mean to say that a *comparable cash alternative offer* could not be made available to the dissentient shareholder. As the dissentient shareholder was required by section 209 to receive the same terms as those on which the approving shareholders had transferred their shares and the approving shareholder was entitled to a "put option," Priam had to ensure that a similar cash alternative offer was available to the dissentient shareholder. Brightman J further stated a number of factors he felt were relevant in construing section 209, which deserve to be repeated:

"First and foremost, the transferee company is given, under subsection (1), the right to acquire other people's property. The terms upon which that right is exercisable ought therefore, in my opinion, to be defined with some strictness. Secondly, the policy of the Act is, in my view, quite clearly that a dissenting shareholder is not to be penalised as a result of his dissent. The policy of the Act is that he shall receive no less favourable treatment than an approving shareholder. Thirdly, it is entirely a matter for the transferee company whether or not it exercises its powers of compulsory acquisition under subsection (1). It does not have to do so."

This judgment must be welcomed, not only as one of those rare instances where the dissentient shareholder emerges victorious, but because of the fairness of the court's approach. A couple of the practical consequences of the judgment do however give rise to concern. On the one hand, a cash alternative offer, which is subject to a number of conditions and time limitations and which is generally so technically drafted that the ordinary shareholder could easily lose his opportunity to accept it, will now be construed as part of the scheme and will still be available to him in comparable form if he does not accept the share exchange offer. On the other hand, the further availability of a comparable cash alternative offer could encourage shareholders to gamble on the share exchange offer. There would be no incentive for them to accept the cash alternative immediately as they would have the period it takes for the section 209 procedure to be implemented to see if the share exchange would not be more advantageous. If the shares offered in exchange did not show the expected gain, dissentients could always rely on the comparable cash alternative which the acquiring company must make available. The only risk dissentients run is that the acquiring company may decide not to proceed with the compulsory acquisition.

The judgment does not give any indication as to how or where the acquiring company must arrange for a comparable cash alternative offer for the dissentients. Where the cash alternative offer would clearly be to its detriment as a result of a fall in the price of shares of the acquiring company, it is unlikely that such an offer would be forthcoming from a third party. In South Africa a company could not itself make a cash offer in that exact form as a result of our section 86*bis* (2). In the present case, this difficulty was overcome as the dissentient had

given notice that he wished his shares to be acquired in terms of section 209(2) and the court could vary the terms on which his shares were to be acquired by Priam. The court in fact ordered that the dissentient should receive cash *instead of* and not for the shares in Priam to which he became entitled pursuant to the share exchange offer. Instances could however crop up in practice where the matter of raising or procuring a comparable cash offer might not so easily be disposed of.

Lastly, it must be said that the potentially detrimental consequences of this judgment could be alleviated to some extent if the period which is required for the compulsory acquisition procedure to run its course, could be reasonably reduced.

SWL DE VILLIERS  
*University of South Africa*

### S v THENKWA 1970 3 SA 529 (A)

#### *Moord en strafbare manslag - Ontbrekende kousaliteit*

Die feite van hierdie saak was kortliks soos volg: Die twee appellante het die oorledene aangerand, klaarblyklik om hom te dwing om erkennings in verband met 'n beweerde klag van diefstal te maak. In die loop van hierdie aanranding is hy oorlede. Sy dood is veroorsaak deur 'n hou teen die kop wat deur 'n skop met 'n geskoende voet toegedien is. Albei appellante het die oorledene tydens die aanranding met die geskoende voet geskop, maar daar kon nie bewys word wie se skop vir die hou teen die kop verantwoordelik was nie. Een van die appellante het dus die oorledene se dood veroorsaak, maar daar kon nie bewys word watter een van die twee dit was nie. Die vraag wat die Appèlhof moes beantwoord, was of albei appellante onder hierdie omstandighede vir die dood van die oorledene strafregtelik verantwoordelik was.

Ten eerste word ondersoek of hulle aan moord skuldig kan wees. Appèlregter Botha wys daarop dat hulle albei aan moord skuldig kan wees indien hulle vooraf sou afgesprek het om die oorledene om die lewe te bring, vermoedelik op grond daarvan dat elkeen dan deur middel van die afspraak kousaal sou bygedra het tot die slagoffer se dood. In die onderhawige geval was daar egter geen sodanige afspraak nie.

Vervolgens verklaar regter Botha dat albei ook aan moord skuldig sou kan wees, afgesien van wie die noodlottige wond toegedien het, „indien bevind sou kon word dat elkeen van hulle, wat saam aan die aanranding op die oorledene deelgeneem het, die moontlikheid van die doodslag inderdaad voorsien het en hom nogtans daarmee versoen het.”

Hulle sou dan volgens die regter aan die vereistes vir strafbaarheid weens moord voldoen het. Met respek moet egter daar op gewys word dat een van die vereistes van moord hier sou ontbreek: daar sou geen bewys wees dat elkeen kousaal bygedra het tot die slagoffer se dood nie, en volgens *S v Thomo* 1969 1 SA 385 (A) is kousaliteit 'n vereiste vir skuldigbevinding aan moord, ten minste as dader (vgl Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafreg* 418 ev). Die regter meen dat albei tot die dood van die slagoffer sou bygedra het met *dolus eventualis*. Dit beteken egter nie dat daar bewys is dat elkeen van hulle deur middel van hul handeling die slagoffer se dood medeveroorsaak het nie. (Terloops dien daarop gewys te word dat streng juridies gesproke 'n gevolg nie deur skuld nie, maar deur 'n handeling veroorsaak word: vgl Middleton in 1971 *THRHR* 206.) Die regter gee trouens self te kenne dat bewys van kousaliteit ontbreek: volgens mediese getuienis is die slagoffer se dood deur 'n skop veroorsaak en daar kon juis nie vasgestel word wie die noodlottige skop toegedien het nie; die ander beserings wat in die loop van die aanranding toegedien is, het nie tot die dood bygedra nie. Die oorledene het ook nie aan skok beswyk nie. Geen afspraak om die oorledene te dood kon bewys word nie, sodat kousaliteit ook nie op grond hiervan gevestig kon word nie. Indien geredeneer sou word - wat nie in die onderhawige beslissing gedoen is nie - dat die appellante se optrede as 'n gesamentlike of „kollektiewe” handeling gekonstrueer moet word en dat dít die oorsaak van die slagoffer se dood was, is ek van mening dat dit sou indruis teen die beginsel dat strafbaarheid van 'n individu beoordeel moet word op grond van sy eie individuele doensigheid (vgl Strauss in 1960 *THRHR* 103). Kousaliteit kon moontlik gevestig gewees het op grond daarvan dat die een se optrede aanleiding gegee het tot die optrede van die ander, dat hulle mekaar dus aangespoor het. Geen bewys hiervan is egter aangevoer nie en die hof bespreek gevolglik ook nie hierdie moontlikheid nie. Hoe dit ookal sy, daar word bevind dat die appellante nie die dood as 'n moontlikheid voorsien en hul daarmee vereenselwig het nie, en dat hulle daarom nie aan moord skuldig is nie.

Vervolgens word bespreek of hulle aan strafbare manslag skuldig kan wees. Appèlregter Botha verwys onder andere na *R v Geere* 1952 2 SA 319 (A), waarin beslis is dat iemand skuldig kan wees aan strafbare manslag indien hy tesame met andere 'n gemeenskaplike oogmerk gehad het ten opsigte van die aanranding wat tot die slagoffer se dood gelei het, sonder dat daar by hom enige skuld was met betrekking tot die dood. Hierdie beslissing was klaarblyklik gegrond op die destyds geldende *versari*-beskouing, dat al wat by strafbare manslag bewys moet word, 'n wederregtelike handeling is wat die dood veroorsaak het. Met die verwerping van die *versari*-leerstuk in *S v Van der Mescht* 1962 1 SA 521 (A) en in *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A), kan *Geere* en ander soortgelyke beslissings, soos appèlregter Botha, met



eerbied gesê, tereg aantoon, nie meer nagevolg word nie: daar sal nou ook bewys moet word dat die beskuldigde nalatig was met betrekking tot die slagoffer se dood. (In *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) is die moontlikheid egter weer geskep dat iemand in geval van dronkenskap aan strafbare manslag skuldig kan wees sonder dat nalatigheid met betrekking tot die dood bewys is.) Daar word dan bevind dat albei die appellante nalatig was ten opsigte van die slagoffer se dood en dat hulle gevolglik aan strafbare manslag skuldig is.

Maar ook by strafbare manslag stuit mens voor dieselfde probleem as wat pas by moord bespreek is: die bewys van 'n kousale verband tussen die appellante se handeling en die dood van die slagoffer ontbreek steeds, en hulle sou dus ook nie aan strafbare manslag skuldig kan wees nie. Die bewys van 'n kousale verband tussen die appellante se handeling en die slagoffer se dood, is tog ook by strafbare manslag 'n vereiste. Met die verskuldigde eerbied gesê, is dit jammer dat die regter in die onderhawige saak hom nie uitgelaat het oor die kousaliteitsvereiste by strafbare manslag nie.

MA RABIE

*Universiteit van Suid-Afrika*

### S v RESANT 1971 2 SA 97 (K)

#### *Berekening van gevangentyd*

Indien 'n skuldigbevindende persoon op die eerste dag van die maand tot sewe dae gevangenisstraf veroordeel word, mag die vraag ontstaan presies wanneer hy in die gevangenis opgeneem en weer daaruit ontslaan moet word. Indien hy op daardie selfde dag in die gevangenis opgeneem word, en die tydsberekenningsmetode in die Interpretasiewet 33 van 1957 soos gewysig vervat, ter berekening van dié sewe dae aangewend word, beteken dit dat sy gevangenisstraftermyn om middernag tussen die agtste en negende dag van daardie maand verstryk. Artikel 4 van die Interpretasiewet bepaal nl:

„Wanneer 'n bepaalde aantal dae vir die verrigting van 'n handeling of vir enige ander doel voorgeskryf word, geskied die berekening daarvan met uitsluiting van die eerste en met insluiting van die laaste dag, tensy die laaste dag op 'n Sondag of op 'n openbare feesdag val, in watter geval die tydvak bereken word met uitsluiting van die eerste dag en met uitsluiting ook van elke sodanige Sondag of openbare feesdag,”

en artikel 1:

„Die bepalings van hierdie Wet is van toepassing op die uitleg van elke wet . . . tensy daar iets in die taal of samehang van die wet . . . is wat strydig is met sodanige bepalings of tensy 'n ander bedoeling daaruit blyk.”

In die Wet op Gevangenis 8 van 1959 soos gewysig word egter spesifieke voorsiening betreffende die aanvang van gevangenisstrawwe gemaak. Artikel 32(1) bepaal nl:

„Behoudens die bepalings van subartikel (2) van hierdie artikel, artikel 39(a), artikel 48(2) en artikel 73(6), neem 'n vonnis van gevangenisstraf weens 'n veroordeling onder die gemeneg of onder 'n wetsbepaling 'n aanvang vanaf die dag waarop daardie vonnis gevel word, tensy dit kragtens die bepalings van 'n wet opgeskort word of tensy die oortreder onder borgtog vrygelaat word in afwagting van die beslissing van die afdeling van die Hooggeregshof wat regsbevoegdheid het oor 'n voorbehoue vraag, in welke geval die vonnis 'n aanvang neem vanaf die dag waarop hy hom oorgee of in bewaring geneem word om sy vonnis te ondergaan.”

Gevangenisstraf neem dus 'n aanvang gedurende die dag waarop die betrokke vonnis opgelê word, welke dag dan as die eerste dag van die betrokke gevangenisstraftermyn gereken word. Die „eerste dag” word dus nie, soos in die geval van die Interpretasiewet se metode, vir berekeningsdoeleindes „uitgesluit” nie, dog juis „ingesluit,” soos in die geval van die gewone gemeenregtelike tydsberekeningsmetode. Volgens laasgenoemde metode word die dag waarop die aanvangsmoment van die te berekene termyn voorkom, of die dag waarvandaan die betrokke termyn bereken moet word, vir berekeningsdoeleindes naamlik „ingesluit.” (Oor die aanwending van hierdie twee tydsberekeningsmetodes, kyk by *Holmes v North Western Motors (Upington) (Pty) Ltd* 1968 4 SA 198 (K), *Wulfes v Commercial Union Assurance Company of SA Ltd* 1969 2 SA 31 (N) en *South African Mutual Fire & General Insurance Co Ltd v Fouche* 1970 1 SA 302 (A).) Sewe dae vanaf die eerste dag van die maand, volgens dié metode bereken, sou dus om middernag tussen die sewende en agtste dae van daardie maand verstryk.

Volgens inligting van die Departement van Gevangenis bekome, is laasgenoemde die metode waarvolgens gevangenisstraftermyne bereken word. (Hierbenewens maak artikel 62 ev van die Wet op Gevangenis vir spesiale vrylatings en afslag van vonnisse voorsiening.) Volgens dié inligting word gevangenes egter nooit om middernag ontslaan nie, dog reeds om 0900 uur op die laaste dag van hulle gevangenisstraftermyn. Hierbenewens bepaal artikel 32(4) van die Wet op Gevangenis:

„'n Gevangene wie se termyn van gevangenisstraf op 'n Sondag of 'n openbare feesdag verstryk, kan met magtiging van die Kommissaris ontslaan word op so 'n uur op die dag wat daardie Sondag of openbare feesdag voorafgaan, as wat die Kommissaris goedvind.”

\* \* \*

In die onderhawige gewysde is die beskuldigde op 21 Oktober 1970 tot vyf maande gevangenisstraf veroordeel. By outomatiese hersiening het die betrokke regter egter gelas dat Resant „onmiddellik vrygelaat word hangende die finale afhandeling van die hersiening-

saak." Ten gevolge hiervan is Resant op 3 November 1970 op borg uitgelaat. Na oorweging van die landdros se redes vir vonnis, is sy uitspraak egter deur die hersienende regter bekragtig, en Resant moes dus in die gevangenis heropgeneem word.

Moes Resant toe opnuut vyf maande gevangenisstraf uitdien, of kon die tydperk waardurende hy reeds in die gevangenis aangehou was, daarvan afgetrek word? Die landdros kon niks in hierdie verband in die Wet op Gevangenisse vind nie, en het die kwessie na die hersieningshof verwys. (Waarskynlik in die lig van die beslissings in *R v Mnguni* 1960 2 SA 547 (N) en *R v Kheswa* 1961 1 SA 362 (T).) Die hersieningshof het die landdros gelyk gegee, en by monde van regter Van Zijl (met wie regter Steyn saamgestem het) is op 29 Desember 1970 soos volg beslis:

„Toe die hersiening bekragtig was, was daar geen bedoeling om die straf te verander nie. Die bedoeling van die hof was dat die reeds uitgediende 13 dae in berekening geneem moet word by die bepaling van hoe lank die beskuldigde nog moet sit om sy vonnis uit te dien. Hierdie is 'n geval van waar die Hof die magte onder die bepalings van art 98(2)(d)(vi) van Wet 32 van 1944 aan hom verleen, moet uitoeven in die belang van die regspleging. Daar word dus gelas dat die beskuldigde alleen die restant, dws die onuitgediende deel van sy vonnis nog moet uitdien, en dat die onuitgediende deel van sy vonnis 'n aanvang sal neem vanaf die dag waarop die beskuldigde hom oorgegee het of oorgee of in bewaring geneem was of in bewaring geneem word om die restant van sy vonnis te ondergaan.”

Vanaf die dag waarop Resant in die gevangenis heropgeneem is, sou 'n termyn van vyf maande, minus dertien dae, dus bereken moes word. Soos hierbo aangetoon, sou die eindmoment van so 'n termyn van vyf maande volgens die gewone gemeenregtelike metode bereken moes word. Van daardie „eindmoment” sou dertien dae dan eenvoudig afgetrek kon word om die werklike eindmoment van sy gevangenisstraftermyn vas te stel.

Ongelukkig het die hersieningshof verkeerdelik tot die gevolgtrekkig gekom dat Resant slegs dertien dae in die gevangenis aangehou is voordat hy op borg uitgelaat is. Indien Resant op die 21ste Oktober 1970 dertien dae, in plaas van vyf maande, gevangenisstraf opgelê sou gewees het, sou hy reeds gedurende 2 November 1970 ontslaan moes word. Hy is egter eers gedurende 3 November 1970 op borg uitgelaat, dit wil sê gedurende die veertiende dag van sy gevangenisstrafuitdiening. Die hersieningshof moes hom dus veertien dae, en nie dertien nie, „krediet” gegee het.

FA DE VILLIERS  
*Universiteit Fort Hare*

## S v A 1971 2 SA 213 (T)

Crimen iniuria - Inbreuk op *privaatheid* - Ernstige krenking van dignitas

Swartzberg was van sy vrou vervreem. Hy ontdek 'n oorsendings-toestel onder 'n kas in sy woonstel. Hierdie toestel het elke geluid wat in die nabyheid voorgekom het, opgevang en oorgesein na 'n radio wat op 'n ander plek geïnstalleer was. Privaatspeurders het die toestel in Swartzberg se woonstel versteek om na sy private gesprekke in te luister en sodoende getuieis in te win oor moontlike ontrouheid aan sy vrou. Die hof moes beslis of hierdie optrede van die privaatspeurders *crimen iniuria* was.

Regter Botha aanvaar die vereistes vir *crimen iniuria*<sup>1</sup> soos gestel in *Rex v Umfaan*:<sup>2</sup>

„The act complained of must be wrongful; it must be intentional, and it must violate one or other of those real rights, those rights *in rem*, related to personality which every free man is entitled to enjoy.”

Die persoonlikheidsgoedere wat dié regte tot objek het, is „the person, dignity or reputation.”<sup>3</sup> Die regter argumenteer dat, aangesien daar nòg 'n aantasting van die klaer se „person” nòg van sy „reputation” was, die enigste vraag is of daar 'n aantasting van sy „dignity” was. Hy aanvaar dat inbreukmaking op 'n persoon se *privaatheid* sonder meer *crimen iniuria* is, aangesien inbreukmaking op sy *privaatheid prima facie* 'n aantasting van sy waardigheid is. Die onregmatigheid is geleë in die versteking van die oorsendingstoestel in die klaer se kamer en die inluistering na sy private gesprekke.<sup>5</sup> Die skuld van die beskuldigdes neem die vorm aan van *dolus eventualis*.

„They must have foreseen the possibility that the complainant could or would be hurt and insulted by their conduct, but they acted in reckless disregard of his feelings.”<sup>6</sup>

Die beslissing is myns insiens, naas *O'Keefe v Argus Printing and Publishing Co Ltd*,<sup>7</sup> toonaangewend vir die erkenning van die reg op *privaatheid* as 'n selfstandige persoonlikheidsreg. Regter Botha verklaar in hierdie verband:

<sup>1</sup>bl 297 van die verslag.

<sup>2</sup>1908 TS 62, 66: sien ook De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (Durban 1960) 281.

<sup>3</sup>*Rex v Umfaan ibid.*

<sup>4</sup>bl 298 van die verslag.

<sup>5</sup>bl 299 van die verslag.

<sup>6</sup>*ibid.*

<sup>7</sup>1954 3 SA 244 (K); Mckerron *The Law of Delict* (Kaapstad 1965) 52 verklaar i v m die *O'Keefe*-saak: „The case goes further than any previous case in recognizing the existence of a right of privacy in South African law.”



„It seems to me that there can be no doubt that a person's right to privacy is one of, and I quote from *Umfaan's* case, 'those real rights, those rights *in rem*, related to personality, which every free man is entitled to enjoy.'"<sup>8</sup>

Uit die uitspraak is dit egter duidelik dat die regter *privaatheid* as persoonlikheidsgoed gelyk stel met *waardigheid* as persoonlikheidsgoed.

„Suffice it to say that I have no doubt that the right to privacy is included in the concept of *dignitas*.”

Hiermee volg die regter op die voetspoor van vorige beslissings<sup>9</sup> waarin die reg op *privaatheid* wel beskerm is, maar dan hoofsaaklik onder die dekmantel van die waardigheidsbegrip. In die *O'Keefe*-saak bv plaas regter Watermeyer die delik *iniuria* op 'n suiwer grondslag as hy 'n *iniuria* beskou as die onregmatige opsetlike aantasting van 'n ander se „person, dignity or reputation.”<sup>10</sup> Hy gee egter so 'n wye betekenis aan die begrip *dignitas* dat hierdie begrip die hele regtens beskermde persoonlikheid, dus ook die *privaatheid*, omvat, behalwe „person” en „reputation.”<sup>11</sup>

Dié gelykstelling van *privaatheid* en *waardigheid* is regtens onhoudbaar. Tereg wys Joubert<sup>12</sup> daarop:

„Indien die beskerming van die *privaatheid* tuisgebring moet word onder beskerming van die *waardigheid*, dan kan byna elke aantasting van 'n ander se regte opgevat word as 'n aantasting van sy *waardigheid* as mens.”

Die indeling van persoonlikheidsgoedere in *corpus*, *dignitas* en *fama* wat die persoonlikheid in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg voldoende beskerm het, gaan nie meer op in 'n ontwikkelde regsisteem nie.<sup>13</sup> Persoonlikheidsgoedere van die mens, soos sy *privaatheid*, is vandag in 'n hoogsontwikkelde samelewing, veral op tegnologiese gebied, beslis beskermingswaardig. Die inskakeling van nuwe persoonlikheidsgoedere onder 'n uitgediende stelsel kan tot die verydeling van regsontwikkeling lei.<sup>14</sup>

Die reg op *privaatheid* moet dus as selfstandige persoonlikheidsreg onderskei word van ander persoonlikheidsregte, veral die reg op *waardigheid*. By die vraag of die reg op *privaatheid* van 'n persoon aangetas is, is die vraag of hy daardeur in sy *waardigheid* gekrenk is,

<sup>8</sup>bl 297 van die verslag.

<sup>9</sup>Sien *R v Holliday* 1927 CPD 395 en die *O'Keefe*-saak *supra*; sien ook *Goodman v Van Moltke* 1938 CPD 153 waar die reg op *privaatheid* onder die dekmantel van die troubreuk-aksie by outeursreg beskerm is.

<sup>10</sup>bl 247 van die verslag; vgl ook die omskrywing van *R v Umfaan supra*.

<sup>11</sup>bl 248 van die verslag; dit lyk of regter Botha dieselfde wye betekenis aan die *dignitas*-begrip gee.

<sup>12</sup>„Die Persoonlikheidsreg” ens 1960 *THRHR* 40.

<sup>13</sup>*ibid* 42.

<sup>14</sup>Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die SA reg* (2e uitg Pretoria 1970) 394-5.

irrelevant. Die privaatheid van 'n persoon omvat primêr sy persoonlikheidsgoed om in sy private lewe in 'n mate afgesonderd van die inmenging van buitestaanders te leef. Die inbreukmaking op die reg op privaatheid word dan ook beperk „tot die krenking wat 'n persoon toegebring word deur onbevoegde inbreukmaking op die afsondering waarop hy in sy private lewe geregtig is . . .”<sup>15</sup> Gevalle van privaatheidskending analoog aan die feite van die saak onder bespreking is legio. 'n Paar voorbeelde uit die Amerikaanse praktyk is die volgende: waar na private gesprekke deur middel van 'n diktafoon<sup>16</sup> of 'n oorsendingsapparaat ingeluister word;<sup>17</sup> waar 'n vrou se slaapkamer binnegestorm word;<sup>18</sup> die meeluistering van die eiser se private telefoon-gesprekke.<sup>19</sup> In *Roach v Harper*<sup>20</sup> verklaar die regter ten aansien van die inluistering na private gesprekke:

„A person is entitled to the privacy of his home as against the unwarranted invasion of others, and a violation thereof will give rise to an action. It is the legal right of every man to enjoy social and business relations with his friends, neighbours and acquaintances and he is entitled to converse with them without molestation by intruders.”

In teenstelling met die privaatheid van 'n persoon omvat sy waardigheid as persoonlikheidsgoed die erkenning van die eie gevoelswaarde van die mens en sluit dit sy waardigheidsgevoel, kuisheidsgevoel, piëteitsgevoel en selfrespek in.<sup>21</sup> Krenking van 'n persoon se waardigheid bestaan in die minagting of belediging van daardie persoon.<sup>22</sup> Minagting of belediging speel geen rol by die skending van die privaatheid van 'n ander nie, maar staan voorop as 'n vereiste vir die krenking van 'n persoon se waardigheid.

Hiermee wil ek nie te kenne gee dat een en dieselfde handeling nie 'n skending van sowel privaatheid as waardigheid kan wees nie. Regter Botha kom myns insiens heeltemal tereg tot die gevolgtrekking dat die handeling van die beskuldigdes inderdaad 'n aantasting van die klaer se waardigheid was. Maar in die eerste instansie moes die regter die beskuldigdes se handeling as 'n skending van die klaer se privaatheid as sodanig beskou het. Deur die plasing van die oorsendingstoestel in die klaer se kamer en die inluistering na sy private gesprekke het die beskuldigdes op onbevoegde wyse, dus onregmatiglik, in die private lewe van die klaer ingedring en sy privaatheid geskend.<sup>23</sup> Waar die

<sup>15</sup>Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (Kaapstad 1953) 136.

<sup>16</sup>Sien Joubert a.w. 70 vir verdere voorbeelde.

<sup>17</sup>*Roach v Harper* Supreme Court of West Virginia 1958 143 WV a 869, 105 SE 2d 564.

<sup>18</sup>*Byfield v Candler* 1924 33 Ga 275, 125 SE 905.

<sup>19</sup>*Rhodes v Graham* Court of Appeals of Kentucky 1931 238 Ky 255, 337 SW 2d 46.

<sup>20</sup>*ibid*; sien ook Prosser en Smith *Cases and Materials on Torts* (Brooklyn 1962) 1082.

<sup>21</sup>Van der Merwe en Olivier a.w. 310.

<sup>22</sup>Joubert a.w. 131-2.

<sup>23</sup>Sien Joubert a.w. 136 en Van der Merwe en Olivier a.w. 395, waar hulle die kategorieë van inbreuk op die reg op privaatheid noem.

regter bevind het dat daar *dolus eventualis* ten aansien van die waardigheidskending aanwesig was, staan dit myns insiens bo twyfel dat die beskuldigdes ook nog die opset in die vorm van *dolus directus* gehad het om die privaetheid van die klaer te skend.

Indien privaetheid as 'n selfstandige persoonlikheidsgoed uitgesonder word en nie meer onder die wye begrip van *dignitas* of waardigheid tuisgebring word nie, kan mens ten slotte die vraag stel of daar nog van *crimen iniuria* sprake kan wees waar 'n persoon se privaetheid as sodanig aangetas word.<sup>24</sup>

J NEETHLING  
Universiteit van Suid-Afrika

*"Law needs all the time a compass to steer by. I hope that I do not say anything impertinent if I say that it is not lawyers themselves who are most conscious of this need. There is so much in the study or practice of the law to absorb the man of intellect, so much history, so much argument to engross the reason, so much of sheer professional expertise. Sometimes I have thought that there has come to be almost too much learning even for a learned calling and that principles of law, which are after all no more than generalizations relating to human conduct, cannot always sustain the weight of reasoning that is nowadays brought to bear upon them. At any rate it is possible to perceive that the lawyer often stands too close to his subject to see clearly in what direction he and his fellows are making. It is a tendency natural enough in so complex and developed a system that it should be content to aim at the internal perfecting of its own categories. What drives us back from time to time to search further to question outright what are our purposes, is the insistence of the layman, the man who is not versed in law, that it shall stand for something more, for some vindication of a sense of right and wrong that is not merely provisional or just the product of a historical process. He will not have it otherwise."*

LORD RADCLIFFE  
*The Law and Its Compass*

---

<sup>24</sup>Waarskynlik sal die howe beslis dat privaateidskending, sonder daarmee ge-  
paardgaande waardigheidskending, nie strafregtelike *iniuria* is nie as gevolg van  
die leerstuk *nullum crimen sine lege*.

# Boeke

## CONTRACT AND MERCANTILE LAW THROUGH THE CASES

By ELLISON KAHN

*Juta & Company Limited, Cape Town, Wynberg, Johannesburg, 1971;  
pp li & 1050. R22*

This is a case book, of some magnitude, on contract and mercantile law. Altogether there are seven hundred and eighty extracts from decided cases, not only of South Africa but also of other countries, the old authorities such as Pothier and Voet, and our statutes. Chapters III and IV of the Prescription Act 68 of 1969 and the Conventional Penalties Act 15 of 1962 have been set out in full. One cannot help but wonder if a résumé of these admittedly important acts as well as résumés of the extracts from the Deeds Registries Act 47 of 1937 and other legislation would not have been more than adequate thus leaving room for a chapter on insolvency which in this reviewer's opinion is an unfortunate omission in a book of this nature. In a somewhat ponderous foreword the author seeks to justify the omission by stating that the law of insolvency proved to be virtually a congeries of discrete dooms. Does the author seriously think that the average student enrolled for the Bachelor of Commerce degree or the Certificate in the Theory of Accountancy will know what this obscurely worded sentence means or that they will take the trouble to find out? Extracts from cases are quoted without any preliminary statements. It is submitted, with deference, that every case dealt with should be preceded by a short statement of the principle involved. When required the author adds short notes to the cases. Since these are learned and pertinent, albeit brief, it is suggested that they should be in larger print.

Enough of this cavilling. The book has been prepared with the precision and meticulousness that is a pleasing feature of the work of Ellison Kahn. Those reviewers who take delight in pointing out one error after the other, in the books they review, will find themselves in difficulties with this case book. Few if any errors are likely to escape the author's eagle eye.

The book consists of a bibliographical guide, table of enactments, table of cases and a table of old authorities quoted. A comprehensive



index at the end of the book will be of great assistance to all readers. The method adopted by the author is to deal seriatim with each aspect of the subject matter. On occasion a head-note couched in the author's own language and not taken from the head-note of the actual report precedes the quotation from the judgment. Would it not be an improvement if a short sketch of the factual background were to be included? Such a sketch, particularly in cases like *Bank of England v Vagliano Brothers* 1891 AC 107, which has many of the elements of a Victorian intrigue, would serve as a valuable memory guide to students and give a piquancy to what might otherwise be a rather prosaic exposition of the law.

To choose suitable material for a case book is a difficult task. What to include and what to exclude in a subject as vast as this must occasion the author considerable food for thought. This much can immediately be said - the author has shown a nice discrimination in his selection of cases. Offhand the reviewer can think of no case which should have been included and has not been. On the other hand there are a number of decisions which could have been excluded. However, it is the privilege of the author, having a close acquaintanceship with his subject, to make this decision.

#### BUTTERWORTH SE REISBEURS

Met genoeë maak Butterworth & Kie (SA) Edms Bpk bekend dat die eerste van sy aangekondigde reisbeurse toegeken is aan professor SWJ van der Merwe van die Randse Afrikaanse Universiteit. Professor Van der Merwe is van plan om in 1972 sy huidige navorsing oor die versekeringsreg in Hamburg, waar hy tevore gestudeer het, te gaan voltooi.

Die reistoelae bedra R600 en word om die ander jaar toegeken. Die volgende toekenning geskied vir 1974. Aansoeke daarom sal tot einde Maart 1973 ingewag word, en moet gerig word aan die Direkteur, Redaksie-afdeling, Butterworth, Posbus 792, Durban. Kandidate wat onderneem om minstens vier maande in Groot-Brittanje of op die Vasteland van Europa aan studie te bestee, geniet voorkeur.

This book is suitable for advanced students of law and will also be of considerable use to country practitioners who do not have fully stocked law libraries at hand. We are informed in the foreword, however, that it is chiefly designed to cater for the needs of students of commerce or accountancy. It is submitted that this book is far too detailed and involved for such students and that the cost of the book is

not justified as far as they are concerned. A book on the lines of Ivamy's *Casebook on Mercantile Law* would be more suitable.

CH SMITH  
*University of South Africa*

## BOEKAANKONDIGING

DIE ONREGMATIGE DAAD IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG deur NJ van der Merwe en PJJ Olivier, tweede uitgawe, Pretoria, JP van der Walt en Seun, 1970, 514 bladsye plus sakelys. Prys R14.00. Ek het die eerste uitgawe van hierdie werk in die 1970-jaargang van hierdie Tydskrif krities beskou. In die tweede uitgawe is 'n klompie foute waarop ek gewys het, verbeter, maar die fundamentele gebreke is nog daar. Net soos die eerste uitgawe is ook die tweede uitgawe goed afgewerk. Die druk is helderder en alhoewel dit die boek dikker gemaak het, bly dit nog goed hanteerbaar. –

JC DE WET

## DIE VERENIGING VAN UNIVERSITEITSDOSENTE IN DIE REGTE

'n Besonder geslaagde en goed bygewoonde kongres van die vereniging is in Julie te Buffelspoort, naby Rustenburg, gehou. Referate en korter inleidende lesings, almal van hoë gehalte, is gelewer, en die besprekings wat hierop gevolg het was deurgaans lewendig en aktueel. Een van die referate verskyn in hierdie nommer van die *Tydskrif*, en ander sal in volgende nommers en in ander regstydskrifte verskyn. 'n Verslag van die kongres word beoog vir ons volgende nommer.

Dit was vir lede 'n aangename verrassing dat die beskermheer van die vereniging, Sy Edele dr LC Steyn, en mev Steyn die hele week van die kongres met hulle deurgebring het. □

# Die saakwaarnemingsaksie as besitsremedie\*

DH van Zyl

*Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

Besit en besitsremedies is 'n omstrede onderwerp wat deur die eeue heen tot geweldige polemieë en teoretisering aanleiding gegee het. Die besitsremedie wat ek hier in gedagte het, is nie die spoliëbevel, interdik of dergelike remedie vir die herstel of handhawing van geskonde besit nie, maar wel die aksie vir verhaal van vergoeding vir verbeterings deur 'n *bona fide* of *mala fide* besitter aangegaan.

In sy proefskrif *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg*, die tweede uitgawe waarvan so pas die lig gesien het, behandel professor Wouter de Vos hierdie aksie as 'n verskyningsvorm van die algemene verrykingsaksie.\*\* Die appèlhof het egter in 1966 in die beslissing van *Nortje v Pool*<sup>1</sup> besluit dat die algemene verrykingsaksie nie deel van ons reg vorm nie. Die vraag ontstaan nou hoe ons hierdie aksie dan moet omskryf?

Dit is my oorwoë mening dat die besitsremedie onder bespreking inderdaad 'n verrykingsaksie is wat reeds in die Middeleeue sy ontstaan gehad het toe die *bona fide* en *mala fide* besitter gelykgestel is aan die onegte saakwaarnemer. Soos ek in my proefskrif<sup>2</sup> probeer aantoon het, is hierdie verrykingsaksie se bestaan onmiskenbaar en kan dit genoem word die „uitgebreide saakwaarnemingsaksie.” Ons kan die ontwikkeling van hierdie aksie in die volgende tydperke klassifiseer.

## DIE KLASSIEKE EN NA-KLASSIEKE ROMEINSE REG

Die saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie het sy ontstaan daaraan te danke dat die Romeinse reg onderskei het tussen twee vorms

---

\*Referaat gelewer op die derde agtienmaandelike kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte gehou te Buffelspoort vanaf 19-23 Julie 1971.

\*\*Die tweede uitgawe van De Vos se *Verrykingsaanspreeklikheid* was ten tye van te perse gaan ongelukkig nie vir my beskikbaar nie.

<sup>1</sup>1966 3 SA 96 (A).

<sup>2</sup>Van Zyl *Die Saakwaarnemingsaksie as Verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse Reg* proefskrif Leiden 1970.

van saakwaarneming of *negotiorum gestio*, naamlik „egte saakwaarneming” waarvan die wesentlikste kenmerk was die bedoeling om ’n ander se sake op ’n redelike wyse te behartig (*animus negotia aliena gerendi*), en „onegte saakwaarneming,” waar hierdie bedoeling gewoonlik nie aanwesig was nie. Die vernaamste bewysplase vir die bestaan van hierdie onderskeid is twee *Digesta*-tekste, naamlik *D* 3 5 5 5 en *D* 3 5 48. Die eerste teks lui soos volg:

*D* 3 5 5 5 (*Ulp* 10 *ad edictum*): „Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.”

Hier het ons die geval van die saakwaarnemer wat ’n ander se sake behartig suiwer in sy eie belang en tot sy eie voordeel (*sui lucri causa*). Ulpianus staaf die mening van Labeo wat geskryf het dat so ’n persoon, hoewel hy nie as ’n gewone saakwaarnemer beskou kan word nie, nogtans met ’n saakwaarnemingsaksie (*actio negotiorum gestorum*) aanspreeklik is en self ’n verrykingsaksie teen die *dominus* het vir onkoste wat hy aangegaan het. Hoewel daar baie teenstrydige menings oor hierdie teks bestaan,<sup>3</sup> is dit my mening dat die teks suiwer en onaangetas oorgelewer is<sup>4</sup> en dat ons hier te doen het met onegte saakwaarneming, waar die aksie die funksie het van ’n verrykingsaksie. Hierdie aksie kan gerieflikheidshalwe die „uitgebreide saakwaarnemingsaksie” genoem word.

Die tweede vername teks wat hier genoem moet word is:

*D* 3 5 48 (*Africanus* 8 *quaestionum*): „Si rem, quam servus venditus subripisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.”

Dit gaan hier om iemand wat ’n ander se sake waarneem terwyl hy ter goeder trou meen dat hy sy eie belange behartig. Net soos in die geval van *D* 3 5 5 5 is daar baie verskillende menings oor die teks<sup>5</sup> maar ’n

<sup>3</sup>Soos blyk uit die *Index Interpolationum* en skrywers soos Kaser *Das römische Privatrecht* I bl 491 n 17 en Seiler *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht* 29 n 36. Die vernaamste gedagterigtings t o v die eksegese van die teks is die van Segrè *Studi Scialoja* I 278 n 3; Pacchioni *Della gestione degli affari altrui* 363 e v en 317, 345; Ferrini „Appunti sulla dottrina romana della ‚negotiorum gestio” in *Opere di Contardo Ferrini* III 222 e v; Riccobono „Dal diritto romano classico al diritto moderno” in *Annali Palermo* 3/4 244 e v; Rabel „Negotium alienum und animus” in *Studi in Onore di Pietro Bonfante* IV 291 e v.

<sup>4</sup>Sien my proefskrif 26 e v.

<sup>5</sup>a w 29 e v.



logiese analise daarvan laat duidelik blyk dat dit hier ook om onegte saakwaarneming gaan en die *actio negotiorum gestorum de pretio* wat hier toegestaan word is ook 'n verrykingsaksie, die uitgebreide saakwaarnemingsaksie.<sup>6</sup> Die feite van die geval is dat A 'n slaaf aan B verkoop, maar dat die slaaf, toe hy nog by A was, iets van hom gesteel het. B neem nou die slaaf oor tesame met die gesteelde saak, wat hy, heeltemal *bona fide*, aan 'n derde verkoop. As die saak tot niet gaan (sodat geen *rei vindicatio* ingestel kan word nie) vertel Africanus dat A, die eienaar van die gesteelde saak, 'n saakwaarnemingsaksie vir verhaal van die prys van die saak teen B het. Hy verklaar, by wyse van analogie, dat dieselfde aksie gegee behoort te word teen iemand wat 'n ander se sake behartig het menende dat dit sy eie is. Net so, vertel hy verder, word 'n *actio contraria* verleen aan iemand wat glo dat hy die geregtigde is op 'n erfenis wat eintlik aan iemand anders toekom, en wat dientengevolge uit sy eie sak legatē (wat deel van die boedel gevorm het) uitbetaal het. Die rede vir laasgenoemde aksie, verduidelik Africanus, is dat die werklike erfgenaam deur die vermeende erfgenaam se uitbetalings van sy verpligtinge bevry word om self daardie legatē uit te betaal.

Waar lê dan die verband tussen hierdie uitgebreide saakwaarnemingsaksie van *D 3 5 5 5* of *D 3 5 48* en die besitsremedie vir verhaal van vergoeding vir verbeterings aangebring? Uit die Romeins-regtelike bronne blyk tog duidelik dat die *negotiorum gestor* nie normaalweg 'n besitter kon wees nie, maar hoogstens 'n *detentor*.<sup>7</sup>

Die antwoord hierop lê in die Middeleeuse ontwikkeling, toe die glossatore van die twaalfde eeu reeds die *mala fide gestor* van *D 3 5 5 5* as 'n *mala fide possessor* beskou het. Ons gaan vervolgens oor na die volgende stap van die ontwikkeling.

## DIE GLOSSATORE

Die gelykstelling van die *mala fide gestor* en die *mala fide possessor* kom helder na vore in die glos *actionem* op *D 3 5 5 5*:

„Collige hic secundum M[artinum] quod malae fidei possessor, etiam si suo nomine expensas fecit, habeat non solum retentionem: ut *infra de pet. here.* l. plane in fin (*D 5 3 38*) sed etiam actionem, ut hic: quia nemo debet locuple-

<sup>6</sup>Eksegese van die teks word vergemaklik deur dit saam te lees met *D 12 1 23* (*Africanus 2 quaestionum*): „Si eum servum qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.” Ook Mayer-Maly *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom Abt)* 86 (1969) 427 sien die aksie van *D 3 5 48* as 'n verrykingsaksie: „Doch dient die *actio negotiorum gestorum* von *D 3 5 48* in Wahrheit nur der Etablierung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs in einer für das Recht der *negotiorum gestio* völlig untypischen Situation.”

<sup>7</sup>Gai *Inst* 4 153; Kaser a w 329 e v; Jörs-Kunkel *Römisches Privatrecht* 125 e v.

tari, etc. ut *infra de cond. indeb. l. nam hoc natura* (D 12 6 14). Ioan[nes Bassianus] contra et B[ulgarus] . . .”<sup>8</sup>

Martinus, wat bekend was vir sy breë siening van die billikheid,<sup>9</sup> wil aan die *mala fide possessor* op grond van die algemene verrykingsbeginsel van D 12 6 14 ’n aksie, en nie slegs ’n *retentio* nie, toestaan. Die voor-die-handliggende aksie is vir hom die uitgebreide saakwaarnemingsaksie van D 3 5 5 5. Johannes Bassianus en Bulgarus weier dit egter, tensy die *gestor* namens die *dominus* opgetree het, ’n mening wat deur Azo en Accursius nagevolg word. Odofredus<sup>10</sup> wil ook geen aksie aan die besitter toestaan nie, omdat die besitter nie die bedoeling gehad het om iemand te verbind nie,<sup>11</sup> terwyl die *mala fide gestor* van D 3 5 5 5 wel so ’n bedoeling gehad het. Omdat laasgenoemde egter eerder in sy eie belang as in die van die *dominus* opgetree het, word sy eis, volgens Odofredus, tot die *dominus* se verryking beperk. Aan die ander kant, word beskou dat die *mala fide* besitter ’n skenking aan die eienaar van die grond gemaak het.<sup>12</sup>

Ten spyte daarvan dat Martinus taamlik alleen staan in sy benadering tot die remedie wat aan die *mala fide* besitter toekom, is die deurbraak gemaak deur die uitbreiding van die aanwendingsgebied van saakwaarneming as sodanig. Nie een van die skrywers wat teen Martinus standpunt ingeneem het, het enige beswaar teen die bespreking van saakwaarneming in verband met besit nie.

Die verband tussen die remedie van die besitter vir verbeterings wat hy op andermansgrond aangebring het, en dié van die *negotiorum gestor* vir uitgawes wat hy aangegaan het, kom nog sterker na vore by

<sup>8</sup>Volgens professor Feenstra in sy voordrag te Parys voor die *Institut de Droit Romain* (15 Maart 1968) is *et Bulgarus* ’n latere toevoeging aangesien dit nie in die oudste handskrifte van die *Glossa Ordinaria* verskyn nie.

<sup>9</sup>Sien Meijers *Études d'histoire du Droit IV, Le droit romain au moyen âge, deuxième partie* 149.

<sup>10</sup>Odofredus op D 3 5 5 5. Vgl Azo *Summa codicis* 2 18 no 3 en 2 32 no 26.

<sup>11</sup>Odofredus *loc cit*: „Sed Signori, secundum Ia[annem] et Azo[nem] et B[ulgarum], et nos, opinio Martini non est bona; quia leges sunt expresse, quibus resisti non potest, in contrarium, que dicunt: si impendo in area tua edificando de novo quam puto meam, quamdiu possideo consulitur mihi per retentionem: sed si a possessione cecidi, actionem non habeo sumptus recuperandos, quia neminem volui mihi obligari.”

<sup>12</sup>Odofredus *loc cit*: „Accessit gestor negotiorum meorum ad negocia mei domini gerenda et mei domini contemplatione et causa sui lucri et animo dominum deprelandi. unde quia hic voluit me dominum habere obligatum ego sibi teneor: sed quia potius causa sui lucri accessit ad negocia mea gerenda, habet me dominum obligatum in quantum sum factus locupletior tantum et non ultra: sed ubi edificasti in area aliena quam putabas tuam, nullum tibi voluisti obligare: igitur non habes actionem, ut supra dictum est. Item non ob[stat] quod nemo debet locupletari etc. quia fallit ubi non voluit aliquem sibi obligare, ut hic . . . et hoc sunt vera cum edifico in aliena area bona fide de novo quam puto meam. secus si mala fide: quia tunc videor donare.” Vgl *idem* op C 3 32 5.

beoordeling van die geval waar die *gestor* 'n ander se sake waarneem menende dat hy sy eie behartig - die voorbeeld van *D 3 5 48*.

Die glossatore het 'n nou verband gelê tussen die geval van die *bona fide gestor* van *D 3 5 48* en die *bona fide possessor* wat op 'n ander se grond verbeterings aangebring het. Soos blyk uit die *Dissensiones Dominorum*,<sup>13</sup> het die glossatore lustig getwis oor die remedies wat gegee moes word aan iemand wat op 'n ander se grond verbeterings aangebring het. Weer eens met sy wye sin vir billikheid, gee Martinus 'n *utilis actio negotiorum gestorum*.<sup>14</sup> Die ander *doctores*, Jacobus, Bulgarus en Hugo, stem egter nie met Martinus saam nie, en wel op grond van *D 10 3 14 1*, *D 44 4 14* en *C 3 32 2* en 5. Placentinus en Johannes Bassianus het hierdie mening gedeel<sup>15</sup> en so ook Hugolinus,<sup>16</sup> Odofredus,<sup>17</sup> en Azo.<sup>18</sup>

Nader aan 'n goue middeweg is Rogerius, wat minder huiwerig is om in gevalle waar die saak nie meer in die eiser se besit is nie, 'n *actio negotiorum gestorum* as verrykingsaksie ooreenkomstig *D 3 5 48* toe te staan.<sup>19</sup> Placentinus noem ook die aksie 'n *utilis actio negotiorum*

<sup>13</sup>*Dissensiones Dominorum* (ed Haenel) 173 e v, 565, 574 e v.

<sup>14</sup>Vgl ook die glos op die sg *Summa Vindobonensis* op *Inst 2 1 30*. Die glos word deur Meijers *Études d'histoire du Droit III 212* e v toegeskryf aan 'n leerling van Martinus.

<sup>15</sup>*Dissensiones Dominorum* 173 e v; Placentinus *Summa Institutionum* en sy kommentaar op die *Regulae Iuris* 206 (ed Beckhaus 156).

<sup>16</sup>*Dissensiones Dominorum* 565: „et nota, quod negotium, quod est re ipsa alienum, oportet quod sit gestum alterius contemplatione, sive illius, cuius est in veritate, sive alterius. Sed si non alterius contemplatione, sed putans meum esse, tunc haberem solam retentionem, non actionem, licet M[artinus] voluerit dare utilem actionem negotiorum gestorum -. Sed Nos non damus actionem.” Vgl Hugolinus *Distinctiones* 70 (Haenel 574).

<sup>17</sup>Odofredus op *D 12 6 33*: „sed certe secundum Io[annem] et Azo[nem] nos dicimus quod consulitur mihi per retentionem: non per actionem negociorum gestorum: quia neminem volui mihi obligare.” Hy onderskei die geval in *D 3 5 5 5*: „quia ibi accessi ad negocia tua gerenda animo depredandi: et sic non gratia tui commodi: sed potius mei. Sed hic accessi causa mei commodi unde non consulitur mihi per actionem. Unde non obst[at] quia nemo debet locupletari cum aliena iactura: quia verum est nullo extrinsecus accedente: sed hic tradidi insulam hereditariam quam reedificavi non deductis sumptibus et neminem volui mihi obligare.” Vgl *idem* op *D 5 3 38* en *D 3 5 5 5*.

<sup>18</sup>Azo op *C 3 32 3 cum malae fidei*: „nec dicas non debet locupletari cum aliena iactura, quia sibi debet imputare, non ergo habet repetitionem impensarum, nisi necessaria fecerit. sed quomodo repetet? numquid actione neg.gest.? Et sic hoc videtur falsum, quia lata sententia et restituere haberet actionem, quod nemo sani capitis diceret.” Vgl *idem*, *Summa Codicis* 3 32 n 26.

<sup>19</sup>Rogerius *Summa Codicis* 2 10 10. Hy bespreek verskillende wyses waarop saakwaarneming kan plaasvind, een waarvan is waar iemand 'n ander se sake voer asof dit sy eie is: „aut in re aliena ut in propria, et tunc conservabit sibi impensas, opposita exceptione doli, per retentionem, vel si non possidet, per actionem negotiorum gestorum, quae datur in defectum, quia iniquum est aliquem locupletari cum aliena iactura.”

*gestorum* en wil dit *in subsidium* gee, dit wil sê waar daar geen ander remedie beskikbaar is nie.<sup>20</sup> Vacarius is weer bereid om die aksie van *D 3 5 48* te steun, maar hy bly by die *retentio* as die enigste uitweg in geval van *D 12 6 33* (die geval van die *bona fide* besitter wat op 'n ander se grond verbeterings aanbring.)<sup>21</sup>

In sy glos op *D 3 5 48* sê Accursius weinig interessants vir ons doeleindes, maar uit sy glos op *D 5 3 38* blyk dat hy ook nie met Martinus saamstem nie.<sup>22</sup> Elders toon Accursius egter duidelik dat hy die *actio negotiorum gestorum de pretio* van *D 3 5 48* as 'n verrykingsaksie wat *ex aequitate* gegee word, sien.<sup>23</sup>

Ten spyte van die strydige menings in verband met die remedies wat aan 'n besitter gegee moet word vir verbeterings wat hy op 'n ander se grond aangebring het, is dit onweerlegbaar dat die saak-waarnemingsaksie 'n belangrike rol gespeel het in die glossatore se oorweging van hierdie saak.

## DIE ULTRAMONTANI

Van die skool van Orléans en ander Ultramontani is Révigny feitlik die enigste wat iets vertel oor die verband tussen die saak-waarnemingsaksie en besitsremedies. Anders as Martinus, wil hy nie die aksie van *D 3 5 5 5* aan die *mala fide* besitter vir verbeterings toestaan nie,<sup>24</sup> maar in sy kommentaar op *D 12 6 33* ('n teks wat

<sup>20</sup>Placentinus *Summa Codicis* 2 19 *de neg gest*: „Ecce enim, si quis rem meam vendidit nomine suo si eam rem vindicare non valeo extra ordinem faciens venditionem ratam utpote non meo nomine celebratam, in subsidium utili negot.gesto. contra primum venditorem ad pretium ago.” Vgl *Liber Iuris Florentinus* 4 4 9: „si in alienam ut in suam, si est in possessione, suum consequitur per retentionem. si non est in possessione, utilem habet actionem negotiorum gestorum.” Vgl ook *Lo Codi* 2 8 8.

<sup>21</sup>Vacarius *Liber Pauperum* 2 14 glos iii op *D 3 5 5 5* en op *D 3 5 48*: „Si tu vendidisti rem meam quam possidebas tuo nomine, ita demum habebis tecum acc. negotiorum gestorum, si res in rerum natura esse desiderit vel usucapta fuerit, quia tunc ad rem regressum non habeo.”

<sup>22</sup>Glos *desideratur* op *D 5 3 38*: „Et non quod subtiliter potest hic dici arg. contra M[artinum], qui dixit, dari actionem pro sumptibus: nam secundum eum exceptio doli debet dari . . . quod hic negatur. Sed ipse potest respondere, quod hic daretur: sed non est necessaria, cum iudicis officium locum habeat.” Vgl glos *ipso gestu* op *D 3 5 5 13*.

<sup>23</sup>Glos *condicere* op *D 12 1 23*; glos *melior sit* op *D 5 3 38* en glos *precium* op *C 4 5 1*, waar hy vertel dat die *actio negotiorum gestorum de pretio* van *D 3 5 48* *in subsidium* gegee word. Vgl Odofredus op *C 3 32 3* wat die *actio neg gest de pretio* 'n *utilis actio* noem.

<sup>24</sup>Révigny op *D 3 5 5 5* (MS D'Ablaing 2 fol 82, Rijksuniversiteit Leiden): „sed Martinus dicebat quod si edificam aream tuam male fidei, habeo actionem in hoc quod es locupletior ut hic. dicendum quod immo, et si bona fide, non habeo actionem pro impensis sed retentionem *infra de cond. inde. l. si in area in fine* (*D 12 6 33*); unde dicendum ad § istum quod loquitur hic ut ille qui accessit



slegs 'n retensiereg aan 'n *bona fide possessor* wil toestaan) vertel hy weer:<sup>25</sup>

„Dixit M[artinus] de equitate dabitur utilis actio neg. gest. ut supra de neg. gest. l. si pupilli § si quis (D 3 5 5 5) et supra eo. l. nam hoc natura (D 12 6 14). Hoc reprobant doctores quod detur sibi actio neg. gest. Verum est pro impensis quia non habuit animum sibi obligandi aliquem, datum actionem in factum ad estimationem materiae suae ad instar fermentorum arg. supra de rei vend. l. in rem actio § quaecumque (D 6 1 23 5). [datum moet gelees word as *dandam* en *fermentorum* as *ferruminatorum*].”

Hier neig Révigny na Martinus se billikheidsreëling om aan 'n *bona fide* besitter wat nie met 'n *condictio* sy uitgawes kon terugeis nie weens gebrek aan 'n *negotium*, 'n billikheidsaksie toe te staan. Weliswaar neem Révigny kennis van die ander *doctores* se beswaar teen die toestaan van 'n *actio negotiorum gestorum* en hy noem dus die aksie wat hy sou gee 'n *actio in factum ad estimationem materiae*.<sup>26</sup>

Van die ander Ultramontani, voel ook Guillelmus de Cuneo tot Martinus se denkwyse aangetrokke en is hy bereid om 'n *actio in factum* of *actio praescriptis verbis* te gee aan die eiseres in die feitestel van C 3 32 3, mits daar nie 'n ander aksie moontlik is nie. Hy val telkens terug op Révigny se kommentaar op C 3 32 3.<sup>27</sup> Hierdie aksie, wat hy subsidiêr wil toestaan, word skynbaar deur Guillelmus de Cuneo (en deur Révigny in sy kommentaar op C 3 32 3) teenoor die (gewone) saakwaarnemingsaksie gestel.

Bellapertica wyk weer af van die benadering van Révigny en Guillelmus de Cuneo en wil geen aksie, *utilis* of andersins, gee aan die

animo defraudendi gerebat non tamquam in re sua sed tamquam in re aliena habens animum obligandi alium. Sed ubi impendit quis tamquam in rem suam, habens bonam fidem vel malum (*sic*), non habet animum alium obligandi.”

<sup>25</sup>Révigny op D 12 6 33 (MS D'Ablaing 2 fol 205).

<sup>26</sup>Vgl Révigny op C 4 26 7 waar hy i p v 'n *actio negotiorum gestorum utilis* 'n *condictio ex equitate huius legis* of *actio institoriae utilis* toestaan. Vgl die vervolg van Révigny op D 12 6 33 (MS Napels) waar hy vertel dat indien A die vervalle huis van B herstel: „dabitur mihi actio negotiorum gestorum contra te quia est negotium tuum ad quod posses compelli . . .” Sien in verband hiermee Faber op *Inst* 2 1 30.

<sup>27</sup>De Cuneo op C 3 32 3: „sed doc[tores] reprobant istam distinctionem factam in ultimo membro et recurrunt ad equitatem Mar[tini]. et Iaco[bus] reprobat sic quod error iuris nocet ubi agitur de lucro captando non autem nocet ubi agitur de damno vitando . . . et hoc verum quando error iuris non nocet certanti de damno vitando . . . et licet uterque contendat de damno quia tunc nocebat sic in proposito quando filia petit rem ab emptione emptor certat de damno, sed ne perdat precium non nocet error . . . propter quod dicit Iac[obus] recurrendum est ad opinionem Mar[tini] quod filia agat ad precium contra matrem non actione nego. gest. et hoc probat quia nisi filia haberet precium, mater locupletaretur cum aliena iactura, quod est contra l. de condi. inde. l. nam hoc natura [D 12 6 14] et ideo datur praescrip. ver. vel actio in factum cum alia non habeat locum.”

*bona fide* besitter wat verbeterings op 'n ander se grond aangebring het nie.<sup>28</sup> Sy leerling, Lambertus de Salinis, weier eweseer 'n *actio negotiorum gestorum* onder sulke omstandighede.<sup>29</sup>

## DIE POSTGLOSSATORE

Die glossatore se toepassing van die aksie van die *gestor* wat *sui lucri causa* optree (*D* 3 5 5 5) op die geval van die *mala fide possessor*, is deur die post-glossatore of kommentatore aangegryp en sonder beswaar as die natuurlike remedie beskou vir die terugvordering van die waarde van verbeterings gemaak of ander uitgawes deur die besitter aangegaan. So vergelyk Cynus<sup>30</sup> die posisie van die *bona* of *mala fide* besitter met dié van die *gestor*, ook wat betref die uitgawes wat aangegaan is. Bartolus bespreek *D* 3 5 5 5 egter in verband met *D* 12 6 33, 'n teks wat gaan om 'n *bona fide possessor* wat op geen aksie aanspraak het nie, vanweë die gebrek aan 'n *negotium contractum*. Hierdie twee tekste sou dan in botsing met mekaar wees, 'n teenstrydigheid wat Bartolus - nie besonder oortuigend nie - probeer opklaar aan die hand van die partye se bedoeling: die *mala fide gestor* sou nog steeds die bedoeling gehad het om *nomine domini* op te tree, terwyl die besitter van *D* 12 6 33 *nomine suo* sou opgetree het.<sup>31</sup>

Volgens Baldus lê die billikheid van *D* 3 5 5 5 daarin dat die *mala fide gestor* self ten volle aanspreeklik is vir sy onregmatige optrede, terwyl sy aksie tot verryking alleen beperk word.<sup>32</sup> Oor die onderskeid

<sup>28</sup>Bellapertica *Quaestiones Aureae* 264 (272 in Basel-uitgawe). Vgl ook *idem*, *Repetitio* op *C* 4 26 7.

<sup>29</sup>Lambertus de Salinis *Distinctio* 84 (ed *Quaestiones* 84) op *C* 3 32 5: tensy die *gestor* die *animus obligandi alium* gehad het, het hy slegs 'n *ius retentionis vel exceptionis*: „Si quis possideat rem alterius, et in eam impensas facit. Nunquid possit repetere? Distingue. Aut habet animum sibi obligandi dominum. Aut non. Et sic potest dominum convenire actione negotiorum gestorum, quare res est melior facta, ut possedisti fundum meum, impensam fecisti, repetes actione negotiorum gestorum, et hoc supponit l. ista a contrario sensu ff De neg. gest. l. sed an ultro § 1 (*D* 3 5 9 1) et l. si pupilli § si quis (*D* 3 5 5 4). Aut impensam faciendo neminem tibi obligare voluisti, nec quia nomine tuo fecisti. Tunc, Aut quia impensas repetere potes iure actionis, Aut iure retentionis vel exceptionis.”

<sup>30</sup>Cynus op *C* 3 32 5.

<sup>31</sup>Bartolus op *D* 3 5 5 5. Vgl Fulgosius op *D* 3 5 5 5 wat skynbaar Bartolus se mening navolg en o a verwys na Cynus se Kommentaar op *D* 3 32 5 sonder om self daaroor standpunt in te neem.

<sup>32</sup>Baldus op *D* 3 5 5 5: „Qui accepit animo depredandi, tenetur actione neg. gest. sed non agit, nisi quatenus dominus est factus locupletior, et in hoc omnes domini sunt pares, sive pupilli, sive maiores . . . In text. ibi impenderit, meo nomine, quia si suo nomine nunquam repetit, et haec est veritas secundum glossam. Nota quod ille qui depraedandi causa accedit ad gerendum negocia mea suo lucro, non meo commodo studet, et ratione delicti sui claudicat actio, quia ipse tenetur mihi de qualibet culpa, ego non teneor sibi nisi tenus sum locupletior factus, quia non est iustum neque aequum quod improbus gestor in plus agat.”

tussen hierdie geval en die geval van *D 12 6 33* volg hy eenvoudig Bartolus se standpunt.<sup>33</sup>

Oor die aanwending van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie as remedie by besit, vertel Albericus de Rosate ons meer. Hy bespreek die strydpunt tussen Martinus en die ander glossatore en in antwoord op die vraag oor hoe 'n *contemplatio domini* gekonstrueer kan word, hou Albericus hom by die glos, maar verbeter op Johannes se argumente.<sup>34</sup> Ook Castrensis volg eerder die glos as Martinus se benadering.<sup>35</sup> In sy kommentaar op *D 3 5 48* en *D 12 1 23* laat Castrensis egter duidelik weet dat hy die uitgebreide saakwaarnemingsaksie sien as 'n *actio in actum ex aequitate*<sup>36</sup> wat hy ook noem 'n *actio utilis negotiorum gestorum*, konkurrerend met 'n *condictio sine causa*.<sup>37</sup>

### DIE FRANSE SKOOL: 1500-1800

Vir die Franse skrywers van die sestiende tot einde agtiende eeu was die aanwending van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie op gebied van *possessio* 'n heel natuurlike ontwikkeling. So gee Boerius aan die *mala fide* besitter van 'n erfenis 'n *actio negotiorum gestorum utilis* vir verhaal van sy uitgawes,<sup>38</sup> terwyl Argentré (Argentraeus) hom ook 'n verrykingsaksie gee, maar sonder om hom te veel oor die naam

<sup>33</sup>Baldus *loc cit*: „sic ergo et intrusi repetunt expensas, quod est verum, si faciunt nomine domini, secus si nomine proprio, quia tunc nulla est repetitio.” Vgl Salycetus op *D 12 6 33*.

<sup>34</sup>Albericus op *D 3 5 5 5*.

<sup>35</sup>In 'n woordeboek mening besluit Castrensis op *D 3 5 5 5* dat hy hom ook nie by Martinus kan aansluit nie. Volgens hom moet die *mala fide* besitter beskou word 'n skenking te gemaak het: „Nec ob iste tex. quia hic loquitur in eo qui non impendit in re mea tanquam sua, immo tanquam mea, et ita verbo assererat tamen hoc faciebat non propter me vel meam utilitatem, sed propter se et utilitatem suam. gerebat ergo negotium meum verbo, sed non mente, et habebat intentionem repetendi et me obligandi. Sed quando impendit, tanquam in re sua, si sciebat non esse suam, videtur donasse.”

<sup>36</sup>Castrensis op *D 3 5 48*: „ . . . quod immo habeam actionem etiam si non ratificem per l. si et me et Titium infra si cert. pet. (D 12 1 32). Solum actionem negotiorum gestorum non habeo si non ratifico, quia negotium non est meum, sed actionem in factum ex aequitate illius legis, ne locupletis cum mea iactura bene habeo, ut ibi.”

<sup>37</sup>Castrensis op *D 12 1 23*: „ . . . In ista ergo concluduntur per haec duo media, quia gessi negotium tuum, ex eo sim locupletior, in hoc ergo conveniunt condictio sine causa, et utilis negotiorum gestorum quia in utraque requiritur quod sim locupletior.” Wat betref die besitter se remedie vir uitgawes soos blyk uit *D 12 6 33* vertel Castrensis in sy kommentaar op *D 12 6 33* dat hy nie 'n *condictio indebiti* hier sal gee nie, maar wel 'n *actio in factum ex aequitate* o g v *D 12 1 32*.

<sup>38</sup>Boerius *Decisiones* 44 n 14: „et ubi fuisset malae fidei possessor postquam solvit de suo, seu pecunia sua, et ante litis contestationem, licet non habeat conditionem, quia scienter solvit; tamen incontinenti cum distinat in animo, ut cedat solutio commodo veri haeredis, acquirit eidem exceptionem, et sibi utilem negotiorum gestorum actionem contra verum haereditatem de iure . . .”

daarvan te bekommer.<sup>39</sup> Molinaeus<sup>40</sup> beklemtoon dat die remedie wat aan die *mala fide* besitter en *praedo* verleen word, *in illa sola aequitate naturali, ne quis aliena iactura locupletetur* berus.<sup>41</sup> Ook Cujacius verklaar dat daar geen verskil is tussen die *bona fide* en *mala fide* besitter wat betref hul vergoedingsreg op nuttige en noodsaaklike uitgawes nie.<sup>42</sup> Beide hoort met 'n *actio specialis in rem* te kan optree op grond van die verrykingsbeginsel. Hy verwys met goedkeuring<sup>43</sup> na Martinus se verlening van 'n *actio utilis negotiorum gestorum* aan die *mala fide possessor* en wil alternatiewelik 'n *condictio incerti* of *condictio possessionis* beskikbaar stel.<sup>44</sup>

Die identifisering van die *mala fide possessor* met die *mala fide gestor* van D 3 5 5 5 is verder algemeen aanvaar deur die latere skrywers soos Gothofredus,<sup>45</sup> Heraldus,<sup>46</sup> Faber<sup>47</sup> en Automne (Autumnus).<sup>48</sup>

<sup>39</sup>Argentré *Commentarius in consuetudines Brittanorum* 536 glos 1: „ferre non possunt, vulgata ratione usi, quod quemquam cum aliena iactura locupletari iniquum, et contra naturam sit, ideoque possessorem quantumlibet malae fidei perdere non debere quod aliena utilitate de suo impenderit . . . Nec laborandum quo actione experiri de ea oporteat conditione incerti in factum, condictio generali ex aequitate . . . actione negotiorum gestorum, mandati . . .”

<sup>40</sup>Molinaeus *De fiefs* 1 1 5 n 101 e v.

<sup>41</sup>Sien veral *eod* n 101: selfs die *mala fide possessor* het 'n reg op sy uitgawes, en verder: „imo constat de contrario, quod non vult donare, sed potius alienum usurpare, et sic non perdit sed debet recuperare, saltem quatenus dominus efficeretur locupletior tempore recuperationis rei suae: et hoc nedum per modum retentionis sed etiam via actionis.”

<sup>42</sup>Cujacius *Opera Omnia* III 251 e v (*Observation* 10 1).

<sup>43</sup>Cujacius *Opera Omnia* VI 12 e v (*Lib 3 dig Salv Jul ad D 3 5 5 5* (6 3)). Hier sê hy, in navolging van Martinus, dat aan die *mala fide possessor* wel 'n *actio neg gest* op verryking gegronde, toegestaan kan word. Alternatiewelik sou hy van 'n *condictio incerti possessionis* gebruik kan maak.

<sup>44</sup>Cujacius *loc cit*: „Certum est etiam malae fidei possessori, si rem domino per errorem restituerit, sive retentione sumptuum, competere non quidem certi conditionem . . . sed conditionem incerti, id est, conditionem possessionis, quam retinere potuit, donec sibi sumptus redderentur, et per errorem non retinuit.” Vgl *idem* a w 266 e v (*Lib 39 dig Salv Jul ad D 12 6 33*).

<sup>45</sup>Gothofredus *Opera Minora, de diversis regulis iuris* 206: „etiam praedonis qui necessarias et utiles quoque impensas repetit”. Hiervoor beroep hy hom op D 5 3 38 en D 3 5 5 5. Vgl Gothofredus *Corpus Juris Civilis ad D 5 3 38* noot p en x: die *mala fide possessor* het 'n aksie *ex sola aequitate*.

<sup>46</sup>Heraldus *De rerum iudicatarum auctoritate* 2 23 9 *ad D 5 3 38*: hy steun op D 3 5 5 5 vir die bestaan van 'n *locupletior*-aksie hier.

<sup>47</sup>Faber *Error pragmat* *dacad* 26 *error* 9 9; *idem*, *Rationalia ad D 3 5 5 5* (6 3): „Adeo ut praedoni quoque soleat ea res dare exceptionem doli si expensae necessariae, aut etiam utiles quas in rem alienam fecit ei, non restituantur . . . nec enim donandi animum habere videri potest qui habet animum depraedandi: Etsi autem difficilis est ut habeat etiam actionem, in proposito tamen habet contrarium in quantum ego locupletior factus sum.” Vgl *eod ad D 5 3 38*.

<sup>48</sup>Automne *Conférence, Omissions ad D 3 5 27*. Vgl *eod ad C 3 32*. Minder duidelik is sy *Censura Gallica ad D 3 5 18 3* (bl 23). Vgl Merilius *Expositiones in L Decisiones Just* 33 (op D 3 5 48), wat ook nie te duidelik is nie.



Oor die aanwending van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie van *D 3 5 48* op gevalle van *bona fide possessio* is daar sterk gesag, en dit veral na aanleiding van die oënskylike botsing tussen *D 3 5 48* en *D 12 6 33*. Laasgenoemde teks weier 'n *condictio* vir verhaal van uitgawes aan die *bona fide* besitter wat 'n gebou op 'n ander se grond opgerig het, en wel omdat daar *nullum negotium* tussen die partye sou gewees het nie. Volgens Molinaeus<sup>49</sup> kan die botsing daardeur verklaar word dat *D 12 6 33 de mero iure et rigore iuris civilis vel positivi* beslis is. Daarvolgens kon die *bona fide* besitter slegs op 'n *retentio* of *exceptio doli mali* aanspraak gemaak het. Maar, sê hy, hierdie reëling *non excludit illum a remedio aequitatis negotiorum gestorum sive in factum*. Hy noem verder dat Julianus homself dan sou weerspreek het indien dit nie die geval was nie, want dieselfde Julianus was ook die outeur van *D 3 5 5 5, ubi in multo fortioribus terminis, actionem negotiorum gestorum, vel in factum, nominatim concessit, etiam male fidei possessori et praedoni, et non propter aliam rationem, quam propter illam aequitatem naturalem, ne quis ex aliena iactura locupletetur* - des te meer moet dit dus aan die *bona fide possessor* toegestaan word. Hy maak egter die voorbehoud dat die *actio negotiorum gestorum* subsidiêre werking het, vir sover dit nie ingestel mag word waar 'n *condictio indebiti* of ander remedie van die *strictum ius* beskikbaar is nie.<sup>50</sup>

Ook Argentré huiwer nie om aan die *bona fide* besitter 'n *actio negotiorum gestorum* of *condictio incerti* of *actio in factum* te verleen nie,<sup>51</sup> 'n mening waarmee Automne<sup>52</sup> en Mornacius<sup>53</sup> akkoord gaan.

In aansluiting by sy mening oor *D 3 5 5 5*, wil Cujacius nie 'n aksie - verrykingsaksie of andersins - gee aan die *bona fide gestor* nie, en dus ook nie aan die *bona fide possessor* nie, vanweë die gebrek aan die

<sup>49</sup>Molinaeus *De fiefs* 1 1 5 n 105 e v.

<sup>50</sup>In dié verband meen hy ook *D 5 3 50 1* te verklaar (n 109). Volgens hom is die *actio neg gest* wat hier gegee word ook 'n *actio in factum ex aequitate* of 'n *actio utilis neg gest*. Vgl *eod* 1 1 5 n 82.

<sup>51</sup>Argentré *Comm in Consuet Britt* 536 glos 1: „Cum bona fide aedificavit, nemo negat talem, si possidet, retentione rei uti posse, quo ad utiles aedificationis impensae restituantur, si non possidet quin negotiorum actione aut conditione incerti persequi possit restitutionem, aut actione in factum.”

<sup>52</sup>Automne *Conférence ad D 12 6 33*: „L. si in area (*D 12 6 33*), bona fide impendentem et rem restituentem omni actione et remedio privat, excepta sola retentionis exceptione, quamdiu rem possidet, idque de rigore, ita non excludit illum a remedio aequitatis actionis negotiorum gestorum, sive in factum, nec excludit actionis alias ex variis causarum figuris.” Vgl *idem, Conférence, Ommissiones ad D 3 5 27, ad C 3 32*.

<sup>53</sup>Mornacius *Observationes ad D 12 6 33*: „Imo etiam per actionem in factum ex aequitate, ut late explicet Molinaeus.” Vgl Faber *Rationalia ad D 5 3 31* pr en *D 12 6 33; idem, Error pragmat, dec 26 error 8 e v*.

bedoelingsvereiste.<sup>54</sup> Hierdie beskouing word deur Donellus<sup>55</sup> gedeel, maar Pothier<sup>56</sup> sluit hom weer by Molinaeus aan, en meen ook dat Julianus homself sou weerspreek het („ce qu'il n'est pas permis de croire d'un si grand jurisconsulte") indien hy in *D 12 6 33* 'n *actio in factum* sou geweier het aan 'n *bona fide possessor*, maar dit wel aan die *mala fide gestor* van *D 3 5 5 5* toegestaan het. Wat die Franse reg van sy tyd betref, vertel hy:

„Dans notre jurisprudence française, qui n'admet pas les subtilités du droit romain, et qui regard la seule équité comme suffisante pour produire une obligation civile et pour donner une action, il ne doit pas être douteux que dans l'espèce des lois 33, de *condict. indeb. et 14 de dol. et met. except.* (*D 44 4 14*), comme dans celle de la loi 6 § 3 (*D 3 5 5 5*), celui qui a fait des impenses dont je profite doit avoir action contre moi, jusqu'à concurrence de ce que j'en profite."

Hieruit kan slegs afgelei word dat die billikheidsaksie van *D 3 5 5 5* as remedie aan die *bona fide* besitter 'n uitgemaakte saak was in pre-kodifikasie Frankryk.

## DIE USUS MODERNUS PANDECTARUM EN DIE NATUURREG

Op die vraag of die uitgebreide saakwaarnemingsaksie van *D 3 5 5 5* ook aan 'n *mala fide possessor* gegee kan word, is Bachovius se antwoord nee.<sup>57</sup> Goeddaeus<sup>58</sup> laat dit egter wel as 'n alternatief toe en dit skyn ook die posisie te wees volgens die Pruisiese reg.<sup>59</sup>

Die uitgebreide saakwaarnemingsaksie word ook op die *bona fide* besitter van toepassing gemaak. Op hierdie wyse is Goeddaeus<sup>60</sup> bereid om op grond van *D 3 5 5 5* 'n *actio negotiorum gestorum utilis* te

<sup>54</sup>Cujacius *op om I 1430* e v (*Ad Afr Tract 8, ad D 3 5 48*). Vgl egter *idem* op *D 44 4 14* (*Op Om VI p 523*) waar hy tog bereid is om aan sowel die *bona fide* as *mala fide* besitter 'n *condictio incerti possessionis* te gee.

<sup>55</sup>Donellus *Comm de jur civ 4 33 22* e v: „Actio vero negotiorum gestorum, quam quidam utilem dant, nulla hic adversus dominum soli esse potest, quoniam cum dominus soli aedificium in area sua ab alio positum vel recipit, vel occupat, intelligitur aedificium capere a solo suo, non ex negotio a possessore gesto." Dus geen aksie nie. *Vgl eod 20 7 23, 15 16 8*.

<sup>56</sup>Pothier *Appendice 191* e v. *Vgl eod 189*.

<sup>57</sup>Bachovius *Comm in D 3 5*: „Et malae fidei possessoris alia ratio est, qui pro domino gerens, omnia nomini proprio facit: ut proinde male quidam hinc indefinite colligant, quod possessor malae fidei negot. gestorum utilem actionem repetendis habeat." Vgl egter *idem, Notae ad disp Treutler 2 20 6 B*.

<sup>58</sup>Goeddaeus *Comm rep prael in D 50 16 79*: „Fit autem haec impensarum deductio aut per retentionem, aut per exceptionem vel etiam petitionem, hoc est per actionem negotiorum gestorum utilem; aut per implorationem officii iudicis." Vgl egter *idem, Comm rep prael in D 50 16 79 1* par 7.

<sup>59</sup>Bornemann *Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts 3 221* (p 265 n 3).

<sup>60</sup>Goeddaeus *Comm rep prael in D 50 16 79 pr*.

gee aan die *bona fide* besitter vir *impensae necessariae et utiles*, srydig met die bepaling van *D 12 6 33*:

„Cessat (in *D 12 6 33*) itaque conditio: sed et nullus contractus proprie hic versatur: tantum utilitatis causa ex aequo et bono utilis negotiorum gestorum datur. d.1.6 § sed et si quis (*D 3 5 5 5*). Quod ergo Julianus d.l. si in area (*D 12 6 33*) respondet, verum est, quoad conditionem indebiti, et directam ex aliquo contractu, qui specialiter non intercessit, actionem: secus vero quoad utilem ex quasi contractu, nempe ex negotio gesto, et in factum, actionem: quae prorsus ex alia causa, quam conditio est.”

Hierdie mening vind steun in Boehmer,<sup>61</sup> Leyser,<sup>62</sup> en Mevius.<sup>63</sup> Bachovius stem egter nie saam nie. Hy meen die *aequitas* laat hoogstens 'n *exceptio* toe.<sup>64</sup> Tog blyk dit dat die Pruisiese Landrecht ook die *bona fide* besitter aan die *bona fide gestor* van *D 3 5 48* gelykstel.<sup>65</sup> Die afleiding lyk dus geregverdig dat ons hier met 'n uitgebreide saakwaarnemingsaksie as 'n selfstandige verrykingsaksie te doen het.<sup>66</sup>

## DIE HISTORIESE REGSKOOL EN DIE PANDEKTEWETENSKAP

Wat betref die uitbreiding van die *mala fide gestor* se aksie om ook aan die *mala fide* besitter 'n remedie vir sy uitgawes te verskaf, ontken Witte<sup>67</sup> van die Historiese skool in Duitsland hierdie moontlikheid. Volgens hom is daar 'n wesentlike onderskeid tussen die *mala fide gestor* en die *mala fide possessor*, wat natuurlik uit suiwer Romeinsregtelike oogpunt nie te ontken is nie, maar in ooreenstemming met die Middeleeuse en latere ontwikkeling sou 'n dergelike uitbreiding ook in Duitsland van die negentiende eeu onvermydelik wees. Daarop word Glück<sup>68</sup> gedwing om te sê:

„Ob dem Besitzer deshalb auch eine Klage zustehe, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere glauben es, und zwar gestatten einige dem Besitzer eine *conditio incerti*, andere die *actio negotiorum gestorum utilis*. Noch andere eine *actio in factum*. Allein nach der Theorie lässt sich weder die eine noch die

<sup>61</sup>Boehmer *Doctrina de actionibus* 2 5 30: „Unde inepte haec actio institueretur si quis in alterius area aedificasset, ad repetendos sumtus, ubi potius negotiorum utilis actio vel potius in factum.”

<sup>62</sup>Leyser *Meditationes ad Pandectas* 3 sp 167 5.

<sup>63</sup>Mevius *Decisiones* 2 227; vgl *idem*, *Consilia* 9 42 e v.

<sup>64</sup>Bachovius *Notae ad Disp Treutler* 2 20 6 B: „Et aequitas illa . . . ne alter cum alterius damno locupletior fiat, potens quidem satis est ad producendam exceptionem, sed non ad dandam actionem.”

<sup>65</sup>Bornemann a w 3 221: die *bf gestor* word beskou as 'n *redlicher Besitzer* en het as sodanig dieselfde beskerming. Vgl Dernburg *Preussisches Privatrecht* 2 p 665.

<sup>66</sup>Vgl Kupisch *Die Versionsklage* 88 wat in hierdie gevalle (verbeterings deur *bona fide* of *mala fide* besitter op ander se grond, of die saai, plant of bou op vreemde grond) 'n *actio de in rem verso* wil gee.

<sup>67</sup>Witte *Die Bereicherungsklagen des Gemeinen Rechts* 22 e v.

<sup>68</sup>Glück *Erläuterung der Pandekten* 8 592 (p 309 e v.). Vgl Dernburg *Pandekten* 2 pp 335, 339 n 1; Windscheid *Pandekten* 2 431 (p 869).

andere Meinung rechtfertigen. Denn der Besitzer verwandte diese Unkosten *instar domini*. Man kann also nicht sagen, dass er *negotium alienum* gerirt habe. Sodann sagen es auch die Gesetze ganz klar, dass dem Besitzer deswegen keine Klage, sondern bloss eine Retention zustehe. Indessen räumt ihm doch die Praxis eine *actio negotiorum gestorum utilis* ein.”

Na aanleiding van *D 3 5 48*, het ’n beroemde polemiekie onder die pandektiste ontstaan, waaraan veral Windscheid,<sup>69</sup> Jhering,<sup>70</sup> Krüger,<sup>71</sup> en Eisele<sup>72</sup> aktief deelgeneem het. Die belangrikste afleidings uit hierdie polemiekie (ten opsigte van die eienaar se aanspraak op verhaal van die koopprys van sy vernietigde saak, teen die *bona fide* verkoper daarvan), is eerstens, die bevestiging daarvan dat die saakwaarnemingsaksie van *D 3 5 48* ’n verrykingsaksie is, en tweedens, die uitbreiding van hierdie remedie na gevalle van *bona fide* besit.<sup>73</sup>

### DIE ONTWIKKELING IN NEDERLAND: DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die Romeinsregtelike beginsel van *D 3 5 5 5* wat aan die *gestor animo depraedandi* ’n uitgebreide saakwaarnemingsaksie vir die verhaal van die *dominus* se verryking gegee het, is sonder meer in Nederland van die sewentiende en agtiende eeu aanvaar. Die kenmerkende aspek van hierdie geval is egter dat byna al die skrywers dit in verband bring met die besitsremedies. Die ontwikkeling wat in die glossatoretyd reeds begin het en deur die Franse en Duitse regshistoriese ontwikkeling gehandhaaf is, het in Nederland hoogty gevier.

Die vraag is of aan die *bona fide* en *mala fide* besitters wat verbeterings op ’n ander se grond aangebring het, hulle uitgawes by wyse van ’n aksie kan terugvorder. Ooreenkomstig *D 12 6 33* en ’n aantal ander tekste, aanvaar sommige skrywers slegs die moontlikheid van ’n *retentio*.<sup>74</sup> Ander neem kennis van die relatief streng beginsel van die Romeinse reg, maar neig na ’n billiker houding wat tog ’n aksie van die een of ander aard sou toelaat.<sup>75</sup> Van der Keessel gee wel aan die *bona fide* besitter ’n aksie, maar nie aan die *mala fide* besitter nie,<sup>76</sup> terwyl De

<sup>69</sup>Windscheid *Abhandlungen* 301 e v.

<sup>70</sup>Jhering *Jahrbuch* 16 (1878) 230 e v, veral 304 e v.

<sup>71</sup>Krüger, *Arch civ prax* 63 (1880) 379 e v.

<sup>72</sup>Eisele *Arch civ prax* 66 (1883) 1 e v.

<sup>73</sup>Hieroor ook Puchta *Vorlesungen* 327 e v; Windscheid *Pandekten* 2 431.

<sup>74</sup>Vinnius *Comm Inst* 2 1 30; *idem*, *Tractatus Quinque, Sel jur quaest* 1 24; Faber *Disp Anniv* 13 13; Sande *De Prohibita rerum Alienatione* 3 8 5 n 57 e v.

<sup>75</sup>Greve *Exerc ad Pand* 5 5: „Moribus pro impensis consequendis non tantum datur detentio, sed etiam actio”; eod 5 1. Verder Schultingius *Notae ad Pand* 12 6 33; Perezius *Expos Cod* 3 32 20 e v in n 24; *idem*, *Prael cod* 3 32 26 e v; *Comm in Pand* 12 6 33: „ita actione in factum praetoria saltem, impensarum Busius repetitionem fore”; Zypaeus *Notitia Juris Belgici lib 3 de rei vind ad Rigide*.

<sup>76</sup>Van der Keessel *Praelectiones* 2 10 8; *idem*, *Theses Selectae* 212 214. So ook Bronchorst *Enant* 3 17 wat die *condictio incerti* of *condictio possessionis* as ’n moontlike



Groot en andere aan beide 'n aksie gee.<sup>77</sup> Welke aksie presies aan die besitter gegee moet word, is moeilik om af te lei, maar Wissenbach meen dat dit 'n *actio negotiorum gestorum utilis* is,<sup>78</sup> 'n mening wat deur Kinschot<sup>79</sup> gedeel word. Geen van hierdie skrywers het vir hulle mening egter op 'n teks ten opsigte van saakwaarneming staatgemaak nie, sodat hulle beslissing om 'n saakwaarnemingsaksie te gee des te merkwaardiger is, en juis omdat die beroemde *D 3 5 5 5*, met sy verrykingsaksie aan die *mala fide gestor*, die middelpunt van die stryd was wat ten opsigte van besitsremedies ontbrand het.

In sy bespreking van *D 3 5 5 5*, ondersoek Noodt die vraag of die *dominus* die *actio negotiorum gestorum directa* teen die *praedo* het, en of die *praedo* self 'n *actio contraria* het. Hy besluit dat 'n *actio directa* wel toegestaan moet word, maar dat dit teen die *aequitas* sou wees om 'n *actio contraria* aan die *gestor* te gee. Volgens hom moes in plaas van die woord *actio*, die woord *exceptio*, *retentio* of *pensatio* gestaan het,<sup>80</sup> 'n syns in siens logiese verandering, veral omdat aan 'n *bona fide possessor* slegs 'n *retentio* toegestaan word: waarom sou die *mala fide possessor* beter behandel word?<sup>81</sup>

Voet<sup>82</sup> verwerp Noodt se voorgestelde wysiging, op grond daarvan dat dit in *D 3 5 5 5* nie om 'n *mala fide possessor* gaan nie. Indien die *mala fide gestor* wel as 'n besitter opgeneem word, sou dit beteken dat hy òf al sy uitgawes by wyse van 'n *retentio* sou kon opeis, mits hulle noodsaaklik was, òf, indien hulle slegs nuttig was, geen verhaalsreg sou hê nie, ook nie eers tot die mate van die *dominus* se verryking nie. Tog vertel Voet elders<sup>83</sup> dat, volgens geldende reg, 'n aksie, en nie slegs 'n *retentio* nie, aan die *mala fide* besitter vir verhaal van sy uit-

remedie noem. Vgl Borcholten *Comm Inst 2 1 ad Certe illud constat* (*Inst 2 1 30*) n 18 e v; Busius *Comm ad Pand 12 6 33*.

<sup>77</sup>De Groot *Inleidinge* 3 1 15: „Hier uit comt dat een bezitter, schoon ter quader trouwe, de begeben Zaecke wedergevende, mach eyschen de nodige kosten ende verbeteringen by hem gedaen.” Ook Schorer *Aantek op De Groot 2 10 9* wat die billikheidsgrondslag van hierdie reëling beklemtoon; Van Leeuwen *Cens For 2 5 10*; *idem*, *Rooms-Hollands Regt 2 6 4*; Groenewegen *Leg Abrog ad Inst 2 1 30* en *ad C 2 18 24*, *C 3 32 5*; Matthaeus II *De Auctionibus 1 18 16 e v*, *1 12 16 e v*; Zoësius *Comm ad D 41 1 51 e v*; *idem*, *Comm ad Inst 2 1 45 e v*.

<sup>78</sup>Wissenbach *Disp ad Inst Imp 10 20 e v*: „Aequius tamen esse et melius videtur ut bonae fidei aedificatori utili negotiorum gestorum actione, qua sumptus repetat, succurratur.” Aan die *m f* besitter wil hy egter geen aksie gee nie.

<sup>79</sup>H Kinschot *Responsa 105*: „nihilominus actione in factum, vel negotiorum gestorum eas recuperare possit.” So ook F Kinschot *Responsa 24 n 3* en 11.

<sup>80</sup>Noodt *Probabilia 3 9*.

<sup>81</sup>Hierdie mening word gesteun deur Reinoldus *Opusc Jurid ad tit D de acq rer dom c.IV*. Vgl Noodt *Comm ad D 3 5*.

<sup>82</sup>Voet *Comm ad Pand 3 5 9*.

<sup>83</sup>Voet *Comm ad Pand 5 3 23*. Vgl *idem*, *Elementa Juris 2 1 52* teenoor *Comm ad Pand 6 1 36* en *12 6 9*.

gawes gegee word,<sup>84</sup> en volgens die voorafgaande deel van sy argument<sup>85</sup> moet afgelei word dat die aksie wat hy op die verrykingsbeginsel grond, 'n saakwaarnemingsaksie is, en wel die uitgebreide saakwaarnemingsaksie van *D 3 5 5 5*.

Ook Huber verwerp Noodt se voorstel, en beklemtoon dat die verrykingsaksie wat gegee word 'n *actio negotiorum gestorum* is, en dat dit gegee word op grond van die beginsel in *D 12 6 14*.<sup>86</sup>

## DIE HEDENDAAGSE SUID-AFRIKAANSE REG

In ons betragting van die ontwikkeling van die Romeinse reg vanaf die twaalfde eeu, het ons daarop gewys dat die verrykingsaksie van die *mala fide gestor* wat in sy eie belang optree, en van die *bona fide gestor* wat 'n ander se belange behartig in die waan dat dit sy eie is, deurgaans ook aan besitters, *mala fide* of *bona fide*, toegestaan is vir verbeterings op andermansgrond aangebring. Hierdie myns insiens gesonde ontwikkeling het ook in die Suid-Afrikaanse reg weerklank gevind, maar aanvanklik met meer huiwering en minder helderheid.<sup>87</sup>

'n Interessante aanknopingspunt vir die verband tussen *negotiorum gestio* en *possessio* blyk daaruit dat ons hedendaagse skrywers aan die *gestor* 'n retensiereg vir sy verbeterings wil gee, na analogie van die *possessor* se retensiereg.<sup>88</sup> Waar hy egter besit verloor het en geen

<sup>84</sup>Voet *Comm ad Pand* 5 3 23: „Sed quod Romanis ita placuit in certis casibus, hodie ex naturale aequitate generaliter receptum est, ut scilicet non sola retentione, sed et actione consulatur non tantum bonae, sed et malae fidei possessoribus, pro recuperandis impensis illis, quarum deductionem iisdem concessam fuisse supra dictum est, necessariis scilicet, nec non utilibus quatenus inde res melior facta; ne alioquin domini rerum cum aliena iactura locupletarentur.”

<sup>85</sup>Voet *loc cit*: „Si tamen possessor malae fidei eo animo impenderit, ut domini, cuius res est, negotia gereret, ad impensas necessarias repetendas negotiorum gestorum actio non videtur deneganda.” Oor die skynbare weerspreking sien *Wipplinger v Wax* 1933 EDL 60 68, 71 e v, en die aantekening, „Condition, and Contradiction” in 29 (1912) *SALJ* 117 e v.

<sup>86</sup>Huber *Eumom Rom* op *D 3 5 5 5*: „ego vero ita existimo; Actionem in id quod locupletior est is, cuius negotia ab alio proprij lucris causa gesta sunt, esse ipsam et esse debere negotiorum gestorum actionem nec esse juris singularis, quod in locis supra citatisque de pupillis adfirmatur, quia naturalis aequitas jubet, ne quis cum aleina iactura fiat locupletior.”

<sup>87</sup>Ons Suid-Afrikaanse reg aanvaar die beginsel van sowel *D 3 5 48* (sien Rubin *Unauthorised Administration in South Africa* 38; Wessels *Contracts* 3573; *Klug and Klug v Penkin* 1932 CPD 401) as *D 3 5 5 5* (Rubin a w 42 e v; *Prince qq Dieleman v Berrange, alias Anderson* 1 Menzies 435 (1830); *Stoll's Trustee v Kriege and Bosman* 3 Menzies 448 (1835); *Harman's Estate v Bartholomew* 1955 2 SA 302 (N); *Turkstra v Massyn* 1959 1 SA 40 (T) en veral *Odendaal v Van Oudtsboorn* 1968 3 SA 433 (T). Verkeerd beslis (met ceerbied) is *Amod Salie v Ragoon* 1903 TS 100 103; *Bernstein v Tayler* 5 HCG 258 266; *Shaw v Kirby* 1924 GWL 33 36 en *Van Staden v Pretorius* 1965 1 SA 852 (T)).

<sup>88</sup>Rubin a w 64 e v; Wessels a w 3629; Lee and Honoré *Obligations* 185; De Vos

retensiereg kan uitoefen nie, sal hy natuurlik sy gewone saakwaarnemingsaksie uitoefen. Maar wat as die *possessor* sy besit verloor en geen retensiereg meer kan uitoefen nie? Rubin<sup>89</sup> huiwer nie om te sê dat hy die uitgebreide saakwaarnemingsaksie ter beskikking het nie:

„It seems to be clear that where a possessor who had improved the property of the *dominus* no longer had possession and was, therefore, deprived of the right of *retentio*, and the jurists wished to come to his assistance, they allowed him a *utilis actio negotiorum gestorum* which was based on the principle of enrichment.”<sup>90</sup>

Uit die regspraak blyk reeds vroeg dat die aksie van die besitter vir vergoeding van verbeterings sterk verband hou met dié van die *gestor* onder sekere omstandighede, maar ons howe wou nie die knoop deurhak en die uitgebreide saakwaarnemingsaksie toestaan nie - ten spyte van die oorweldigende getuienis van ons gemene reg.

In 1893 het hoofregter De Villiers in *De Beers Consolidated Mines v London and South African Exploration Company*<sup>91</sup> die Placaet van 16 September 1658 bespreek en gesê:

„The Placaet is silent also on the subject of improvements which were necessary for the protection or preservation of the land. Such improvements cannot, of course, be removed before the expiration of the lease, for the removal would be a direct and permanent injury to the land; but on the other hand there is ample authority for holding that compensation must be paid for such improvements, whether made by a possessor or lessee, in the same way as if such possessor or lessee had acted as *negotiorum gestor*.”

Dit is 'n onomwonde gelykstelling van die besitter met die saakwaarnemer, soos ook voorkom in *Wipplinger v Wax*,<sup>92</sup> waar die hof met goedkeuring vir Voet aanhaal ten opsigte van sy verlening van 'n saakwaarnemingsaksie aan die *mala fide* besitter.<sup>93</sup>

Die minderheidsuitspraak van appèlregter Rumpff in *Nortje v Pool NO*<sup>94</sup> is 'n groot deurbraak op gebied van die toepassing van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie as remedie by besit. Na 'n deeglike ondersoek van die bronne, vertel hy<sup>95</sup>:

„Die *bona fide possessor* word in die latere ontwikkeling wel die reg gegee om vergoeding te eis vir verbeterings - met inbegrip van die waarde van die

*Verrykingsaanspreeklikheid* 135 en *New Club Garage v Milborrow* 1931 GWL 86 100.

<sup>89</sup>Rubin a w 45.

<sup>90</sup>Vgl Rubin a w 71; Wessels a w 3565; Wille *Principles* 481, De Vos a w 215 e v, 135, 142 e v en 156 (oor die prekaris se eis as *negotiorum gestor*); *idem* 1965/66 *Acta Juridica* 282.

<sup>91</sup>10 SC 359 (1893) 369.

<sup>92</sup>1933 EDL 60.

<sup>93</sup>Vgl De Vos 1955 *Butterworths SA Law Review* 138 139.

<sup>94</sup>1966 3 SA 96 (A).

<sup>95</sup>Op 120 e v van die verslag.

*factum* - en sy aksie word 'n *utilis actio negotiorum gestorum contraria* . . . In die Suid-Afrikaanse reg word al die aksies van die Romeins-Hollandse reg terug gevind maar terselfdertyd vind lewendige ontwikkeling plaas . . .”

Hieruit kan alleen afgelei word dat die *utilis actio negotiorum gestorum*, oftewel die uitgebreide saakwaarnemingsaksie, vandag nog aan die *bona fide* besitter beskikbaar is. Natuurlik is dit so dat appèlregter Rumpff die bestaan van 'n algemene verrykingsaksie bepleit. Daarmee ontken hy egter hoegenaamd nie die bestaan van die gemeenregtelike aksies nie.

Hierdie standpunt word bevestig deur Scholtens<sup>96</sup> in sy bespreking van die *Nortje*-saak:

„As regards applying an existing action in the present case, it is somewhat surprising that the plaintiff sought an existing action on unjust enrichment only in the action of the *bona fide* occupier. The interpolated text of *D 3 5 5 5* (*D 3 5 6 3* in old editions) gives an action to a person who has managed another's affairs to his own advantage. In this case the *actio negotiorum gestorum* will lie, but only to the extent of the enrichment of the *dominus*.”

Die aksie uit *D 3 5 5 5* is die uitgebreide saakwaarnemingsaksie van die *mala fide* gestor wat *sui lucri causa* 'n ander se sake waarneem en dit is die aksie wat Scholtens (en appèlregter Rumpff) aan die *possessor* wil gee, en nie slegs aan die *possessor* nie, maar logieserwys ook aan die *detentor* of houer van 'n ander se sake.<sup>97</sup>

Die beslissing in *Gouws v Jester Pools*<sup>98</sup> is 'n herbevestiging van die standpunt so pas uiteengesit. Een van die vrae wat in hierdie saak na vore kom, is of die eiser die aksie van die *bona fide* *possessor* kan gebruik. Hierop beslis regter Jansen<sup>99</sup>:

„De Vos considers this a manifestation of a general action based on enrichment (*op cit* p 140-148), but it must now [in die lig van die beslissing van *Nortje v Pool*] be seen merely as a modern extension of the specific action given to the *bona fide* *possessor* in Roman-Dutch Law, which, in turn, according to De Vos (p 60), could be construed as “n uitgebreide *actio negotiorum gestorum*,” therefore based on *quasi negotiorum gestio*, in the terminology originally adopted above.”

Die hof aanvaar verder dat hierdie aksie ook aan die *bona fide* houer verleen moet word. Dit is weer eens 'n duidelike erkenning van die selfstandige bestaan van hierdie aksie, die uitgebreide saakwaarnemingsaksie, in ons moderne Suid-Afrikaanse reg.<sup>100</sup>

<sup>96</sup>Scholtens 83 (1966) *SALJ* 391 op 392. Sien ook De Vos 1965/66 *Acta Juridica* e v; Van der Walt 1966 *THRHR* 473 e v.

<sup>97</sup>Sien De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 142 e v.

<sup>98</sup>1968 3 SA 563 (T). Vgl die onlangse beslissing in *Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons* 1970 3 SA 264 (A).

<sup>99</sup>Op 575 van die verslag.

<sup>100</sup>Vgl *Rademeyer v Rademeyer* 1968 3 SA 1 (K) waar die hof die *actio negotiorum gestorum* as 't ware met 'n *condictio* laat konkurreer. Sien kritiek hierop van Scholtens, 1968 *Annual Survey of South African Law*, 202 e v.



Is die onderhawige aksie se aanwending beperk tot besit of houerskap? Volgens *Van Rensburg v Straughan*<sup>101</sup> kan dit ook moontlik as remedie by die lewering van dienste of verrigting van werk gebruik word,<sup>102</sup> en soos Scholtens sê<sup>103</sup>: „As a special application of the *actio negotiorum gestorum* this action would not be confined to the *bona fide* possessor or occupier, nor would it be limited to the recovery of tangible improvements.” Die aanwendingsmoontlikhede van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie is nog lank nie uitgeput nie.

Samevattend kan ons sê dat die *bona fide* en die *mala fide* besitter se eis om skadevergoeding op grond van verbeterings aangebring, gekonstrueer moet word as ’n uitgebreide saakwaarnemingsaksie, dit wil sê die verrykingsaksie wat voortspruit uit onegte saakwaarneming.

#### SUMMARY

##### The *actio negotiorum gestio* as a possessory remedy

Both the *bona fide* and *mala fide* possessors have recourse, in modern South African law, to the enrichment action arising from unauthorised administration (*negotiorum gestio*). This action dates from classical Roman law, as appears from the Digest texts *D* 3 5 5 5 (concerning the *mala fide negotiorum gestor* who manages the affairs of another in his own interests) and *D* 3 5 4 8 (concerning the *negotiorum gestor* who manages another’s affairs in the *bona fide* belief that they are his own). In the medieval development of Roman law the application of this enrichment action, which can be called the “extended *actio negotiorum gestorum*” (“uitgebreide saakwaarnemingsaksie”), was extended to the *bona fide* and *mala fide* possessors for recovery of compensation for improvements effected by them. Particularly Martinus, one of the twelfth century glossators, played an important part in this development. The novel application was maintained, if not further developed, by later generations of jurists among the Ultramontani, Post-glossators, French humanists and German jurists of the *Usus modernus pandectarum* and the historical school. The Roman-Dutch writers of the seventeenth and eighteenth centuries almost without exception availed themselves of the extended *actio negotiorum gestorum* in connection with possessory remedies and in modern South African law this view must be considered the prevailing one, as is amply proved, directly or indirectly, by legal writings and decisions dating back to 1893 (the most recent being the minority judgment in *Nortje v Pool* 1966 3 SA 96 (A) and the decision in *Gouws v Jester Pools* 1968 3 SA 563 (T)). The conclusion to be drawn from these facts is that the enrichment action arising from unauthorised administration (the extended *actio negotiorum gestorum*) is available to both *bona fide* and *mala fide* possessors for recovery of compensation for improvements effected by them. □

<sup>101</sup>1914 AD 317.

<sup>102</sup>Oor sodanige gevalle sien De Vos a w 157 e v. Ook die *quantum meruit*-sake sou op hierdie wyse opgelos kan word. Vgl John ’n Oorsig van Onregerdige Ver-ryking in die Suid-Afrikaanse Reg 119 e v; De Vos a w 161 e v.

<sup>103</sup>Scholtens 1966 *SALJ* 392.

# Capital punishment

Brian O Johanson

*Faculty of Divinity  
University of South Africa*

The role of the hangman or his equivalent in contemporary society has been the subject of a great deal of debate. Last year Great Britain finalised the decision to abolish capital punishment, so joining the ranks of the many countries that over the past two hundred years have been abandoning the practice of execution. Since we retain the death penalty in our country, it is inevitable that there should have been debate on the matter here too. Points of view obviously tend to polarise around "fors" and "againsts," but there are unquestionably many "undecideds," both within and without the Christian Church. It is therefore appropriate that we should look again at the evidence and see where it leads us. If we have a bias in our approach it will be fundamentally in favour of the preservation and protection of life, not the termination of it. It is obvious however that in a world where life is set against life in so many ways, an absolute ethic and a final decision will be impossible. All our decisions are provisional, since we are people "under way" - we have not yet "arrived."

Christian people have in common the desire to establish their beliefs and practices on Biblical injunctions and principles. In spite of this they frequently come to opposite conclusions on matters of principle. One such principle is capital punishment, and the arguments for and against it come as strongly from within the church as anywhere else. It is evident that the differences must arise from different ways of treating the Biblical data, and it becomes necessary again to endeavour to see the other man's approach in order to understand his position.

It is necessary to set out the Biblical data first, and then to consider the question of their interpretation. The Old and New Testaments differ markedly in this matter. The Old Testament elaborates fairly fully the judicial system pertaining to the nation of Israel, laying down strict limits to the number of crimes for which the death penalty was to be prescribed. The New Testament deals with the matter indirectly only, and mentions certain specific occasions when it was rightly or wrongly carried out.

The oldest demand for capital punishment is found in Genesis 9:6: "Whoever sheds the blood of man, by man shall his blood be shed; for God made man in his own image."

The range of offences carrying the death sentence is considerably extended in the further books of the Pentateuch. These can be conveniently summarised in four categories:

#### 1 Homicides:

intentional and treacherous killings;  
the owner of an ox, known to be prone to gore, and guilty of actually killing a person.

#### 2 Social offences:

kidnapping or "man-stealing;"  
cursing one's parents;  
being a "stubborn and rebellious son."

#### 3 Religious offences:

Blasphemy against God;  
the act of sacrificing to other gods;  
the act of enticing to follow other gods (so strict was this law that even if it should be "the wife of your bosom," "your hand shall be the first to put her to death");  
false prophets and dreamers of dreams whose intentions were to lead the people away from God;  
working in any way on the Sabbath;  
practicing as a sorcerer, wizard or medium.

#### 4 Sexual offences:

of these there were five basic types, which included adultery, prostitution, and incest.

This is not the place to enter into a discussion of the dates to which these laws can be ascribed, but it is evident that the Old Testament gives comparatively little evidence of their being applied. This may have been either by default, or because some of the laws were not yet formulated. The decision in this regard rests with the Old Testament scholars. A few instances of the execution of the death penalty can however be cited. There is the terribly severe case in Numbers 15, where a man was stoned to death for gathering sticks on the Sabbath day. In Joshua chapter 7 Achan and his whole family, with all his possessions, were stoned, for taking "some of the devoted things." In Kings the story is recorded of how Naboth was executed on charges, which were false in his case, of "cursing God and the king." In the story of Esther, Haman is hung from his own gallows, ostensibly for plotting the death of many Jews, but actually, one feels, to bring about

the "abatement of the king's anger." There are in addition to these, numerous assassinations, murders, manipulated murders, violent deaths and revenges recorded in the Old Testament. Most of these represent emergency situations of various kinds and cannot be treated within the formal legal framework of the nation.

These then, in briefest summary, were the circumstances under which a man might be deprived of his life in Old Testament times. The evidence would not be complete however without taking note of certain exceptions to the rule.

The most striking fact about the first murder recorded in the Scriptures is that God was the only judge, and He did not pass the death sentence. When Cain was told, "The voice of your brother's blood is crying to me from the ground," the judgment passed upon him was that the ground would withhold its productivity, and he would be "a fugitive and a wanderer on earth." This punishment he felt to be unbearable, and feared that enemies would find and kill him. So far from allowing this to happen as his "just desserts," God set a protecting mark on Cain to preserve his life. No major deductions should be drawn from this incident, but it does serve to call for caution in the use of other material from the book of Genesis.

A second incident, equally well known, is the story surrounding David's taking of Bathsheba to be his wife. Being indirectly responsible for the death of her husband, and guilty of adultery with her, he was liable to the death penalty, and knew it. Once again God is the judge, and speaking through Nathan, says, "The Lord also has put away your sin; you shall not die" (II Samuel 12:13). However, it was predicted that the child would not survive. Once again, generalised deductions should not be drawn from the story, but its significance should not be overlooked, especially in the light of the striking parallel in the New Testament, where the woman taken in adultery is brought to Jesus (John 8:1-11).

If we add to these isolated instances the sixth commandment, "Thou shalt not kill," we can begin to understand why the death penalty was used so little amongst the people of Israel. While the law obviously gives exceptions to the general command, "Thou shalt not kill," these were not intended in any way to diminish its over-riding authority. So deeply ingrained did the respect for life become in the Jewish tradition, that extreme precautions were taken in later years when it came to applying the death penalty. In an article on Judaism and the death penalty, Israel J Kazis lists thirteen safeguards that had to be observed when a man was on trial for his life. Mention can be made of several: The trial was conducted before a court of twenty-three qualified members; trustworthy evidence had to be presented by two qualified *eye-witnesses*; circumstantial evidence was not admitted;



testimony of those related by blood or marriage was not admitted; witnesses were interrogated separately, and were asked if they had warned the accused that he was about to commit a crime punishable by death; false accusers were warned that they were liable to the same penalty which the accused would suffer if he were convicted on the basis of their testimony; on the way to execution a herald would precede the condemned man announcing his name, crime, etc, and inviting any evidence favourable to the condemned; if the accused was acquitted he could not be placed in jeopardy a second time regardless of what new evidence might be forthcoming. Obviously the intention was to make the sentence of death almost impossible to apply, and there was a strong feeling of horror when it did occur. "The sentiment against capital punishment is expressed in the Mishnah in an opinion which maintains that a court which executes one man in seven years is a destructive one" (*The Death Penalty in America* 171-174). At a very early stage the Rabbis interpreted the law of retaliation, "Eye for an eye . . ." in terms of monetary compensation.

To attempt to reconcile the uncompromisingly clear demands of the Mosaic law with the actions of God Himself, and the interpretations of the Rabbis, would be both futile and unnecessary. All that we need observe at this point is that the law would not appear to have the last word in terms of strict and literal application. There are apparently other ways of maintaining a just and well-ordered society than killing members guilty of serious crimes!

The evidence of the New Testament is even more uncertain. In the Sermon on the Mount Jesus refers to several capital crimes. It is true that the right of capital punishment at this time was in the hands of the Roman overlords, but his comments are nevertheless instructive. In each case to which he refers, Jesus gives an intensified interpretation of the offence. Murder, he declares, is but the ultimate consequence of anger, insult and scorn. These are therefore just as bad as murder, in his judgment. Is it conceivable that he therefore envisages the death penalty for anger, insults, and scornful abuse? Similarly with adultery. He traces it back to the thoughts and desires. Are these therefore punishable by death? The answer to these questions is obviously "no." In a similar category is his attitude towards the Sabbath, on which he did not hesitate to perform deeds which the scribes and lawyers interpreted as a breach of the law. Was there any substantial difference between the action of the man picking up sticks on the Sabbath, and the action of the disciples in picking ears of corn and rubbing them out in their hands?

In fact, on two occasions Jesus took the whole issue of capital punishment out of men's hands. The first concerns the woman caught in the act of adultery - what became of the man who was with her we are not told, but she at any rate was brought as a type of "test-case."

Jesus grants that her offence is punishable by death, and invites the innocent to execute her by stoning. His principle would appear to be that only the guiltless are free to take another's life. The second occasion was when he was on trial for his life. Pilate claims the power to take or preserve his life, and Jesus discounts his claims completely, telling him that in this matter he was acting entirely, willingly or unwillingly, under God's direction. To say that Jesus suffered capital punishment is technically correct, but not actually true. On many occasions he expressly states that "no man takes his life" from him; he "lays it down" of his own accord. Pilate, the Jews, the world, were simply the agents and the occasion of *his* action.

In no way can Jesus be cited in favour of capital punishment. His ethical standards are higher and more demanding than any that the Old Testament knew; his warnings of the consequences of evil more far-reaching and severe. But his whole approach to men is not that of threat and punishment; it is an invitation to renewal. His evaluation of a man is not in terms of his past, but in terms of his future.

There are a few further aspects of the New Testament evidence that should be mentioned. No deductions can be drawn from the execution of the two criminals crucified with Jesus, or from Herod's action in executing James, or the execution of John the Baptist and the stoning of Stephen. These reflect the processes of justice and injustice of the times. More difficult to interpret is the event described in Acts 5. Ananias and Sapphira, for the crime of deception, hear Peter's words of condemnation, and die. It is not implied that Peter took their lives, but it is not surprising that great fear came over the Christian community. If church discipline had continued in that way one wonders what kind of church the church would have become - that is if there had been one at all.

The purpose of this analysis is to show that it is extremely difficult, and questionable, to attempt to make categorical statements regarding the Scriptural teaching on capital punishment. In fact, it might even seem to some that the evidence is so ambiguous that it is futile to attempt to formulate a Christian view of the matter at all. Reference to the history of the church does nothing to clarify the issue. The church has invariably approved the death penalty, and at times in its history has used it as the only cure for heresy. It is striking that the church in this way used the death penalty against people whose thoughts and words were wrong, but whose lives were invariably irreproachable. The state on the other hand has usually allowed people almost unlimited freedom in their words and thoughts, but for deeds they must die!

Contemporary Christian writers are still divided on the matter of capital punishment, although obviously the church has long since abandoned its active part in it. Biblical interpreters however usually

take Genesis 9:6 as their point of reference. It seems so unambiguous and final. "Whoever sheds the blood of man, by man shall his blood be shed; for God made man in his own image." The motivation here would seem to be that the murderer in his attack on his fellow-man has destroyed the life of man in community. In doing so he has attacked man in his relationship with God, in this act simultaneously destroying his own relationship with God. He therefore has no further basis for his own existence. If this relational concept of the image of God is valid, however, it is precisely this broken relationship that is restored in God's act of reconciliation in Christ.

The simplicity of the rule in Genesis 9:6 is beguiling. There is considerable doubt amongst scholars as to whether it is to be understood as a command or a comment. If it is a command then it could be argued that it is absolute; if it is simply a grim comment, the element of absoluteness goes. But those who treat it as a command are immediately in a difficult position, because it envisages no extenuating circumstances. The killer of man shall be killed by man. In order to escape its unrelieved severity recourse must then be taken to other aspects of the later Mosaic legislation. Such, for example, as the cities of refuge which were provided for those guilty of accidental killing. Then too there are all the saving provisos which could be called upon to avert the death penalty. But this method of interpretation soon runs into the problem of selection, for obviously only certain aspects of the legal code will be useful. On what grounds can the provisions regarding the death penalty in one connection be taken as authoritative, and those in another be relegated to ancient Judaism and therefore be regarded as no longer relevant?

In view of the inconclusive nature of the Biblical evidence, and the absence of a clear, permanent and binding demand that the death penalty shall be applied, the Christian must look for a different approach to the problem. Christians seldom have the privilege of "the easy option."

The fundamental and major premiss on which all our thinking must rest is that life does not belong to man. It is not his to do with as he pleases. Jesus said, "I am . . . the life." "In him was life and the life was the light of men." This is the principle underlying the account that God breathed into man's nostrils the breath of life. The point is that man does not live autonomously and independently. He lives from God. Our life is therefore not our own with which we can do as we please. Our life is the continuing gift of God. On this basis, and only on this basis, can we talk of the sanctity of life. Apart from this basis there is no inherent reason why life should be regarded as sacred. It is simply a very civilised statement, which however does not command universal respect - witness the horrors of the wars of our own lifetime.

God is the basis of the sanctity of life, and God is the reason why "Thou shalt not kill."

From this it follows too that society as such has no autonomous rights. An abstract and impersonal concept called "society" can have no more vested authority than the doubtful concept of "natural law." A society of men and women can however act, consciously or unconsciously, under the command and direction of the living God. But then its actions must always be recognised as tentative and provisional, since to claim any degree of final authority would be to usurp God's position. The ordering of the life of the community then will always be on the pattern of the divine community, the Trinity, and that is best defined as freedom in love.

The protection of the freedom of life of men and women in community is consequently a responsibility entrusted to the community by God. In a world where evil is present to such a degree that there is a Judas or a Hitler in every one of us it is necessary that restraint be placed upon us. These usually come through education and religious instruction, but where these are insufficient, laws have to be framed and in their proper time invoked. On this basis, known murderers, with an unquenched blood-lust, would not be left free to roam the streets. To mention two other extreme cases which could constitute the exception to the arguments which follow, we could cite tyrants and traitors. These persons are a threat to the society as a whole and given their life and freedom might destroy unlimited numbers of people.

Our concern now is with the normal course of events in every-day peaceful society. For centuries it was felt that death had to be freely inflicted on people in order to preserve the purity of their religion, the security of their possessions and the protection of their lives. These measures reached their climax in the so-called "Bloody Code" of England, scarcely two hundred years ago, when well over two hundred offences carried the death penalty. A gradual revulsion against both the hangings and the gruesome ways in which they were performed began to be felt amongst the more sensitive members of society, and juries in particular used every device at their disposal to avoid finding the accused guilty of an offence that carried a mandatory death sentence. If for example it was punishable by death to steal forty shillings, they would find the accused guilty of stealing thirty nine shillings. So it was that during the reign of Queen Victoria the number of crimes carrying the death penalty was reduced to fifteen; public hangings gave way to hangings in prison and reprieves after the sentence of death became increasingly frequent. A similar trend has taken place in the United States, where, even though three-quarters of the states still have the death penalty in force there have been no executions since



1968, and there are over four hundred prisoners whose lives are in the balance.

In the light of these trends throughout the Western world, what are we to make of the situation in South Africa? Apart from one or two African states and the unknown quantity of the totalitarian world, we are alone in a number of respects: The number of persons executed has risen sharply over the past twenty years; the percentage of condemned people who have been reprieved has decreased sharply; the range of offences for which the death penalty can be imposed has widened considerably.

It is striking that these opposite trends can be found in countries which have in common a professed adherence to the Christian faith. Are the trends because of this, or in spite of it? Which trend is more the result of Christian influences - the diminishing trend in the rest of the world or the increasing trend in South Africa? Or has Christianity relatively little to do with it? Or, again, is it the ambiguity in the document at the basis of the Christian faith which can explain both trends? Does a Christian need to make a decision on the matter, and if so in what direction?

There are those who would argue that no decision is called for because the number of actual executions is so small in relation to the number of offences which could carry the death penalty that capital punishment is on its way out in any case. This is true, and it is probable that not many years will pass before it either simply falls into disuse or is actually removed from our statute books. If this is the case, however, is it not reasonable to ask, why not sooner than later? If there is a case for its ultimate removal, is there a case for deferring its removal? What of those who will be executed in the meanwhile, even if it is only eighty or so a year out of a possible five to six thousand?

In order to arrive at a decision we will review briefly the purpose of punishment and its applicability to capital punishment, and conclude with a consideration of a few practical problems.

Theories of punishment distinguish at least three possible objectives: The first, as outlined above, has in mind the protection of society from the violence of evil men. By removing the criminal from the possibility of wrongdoing this end is achieved, and other would-be imitators are warned that they will suffer similar consequences.

The second theory has in mind the principle of retribution, or even revenge. The emotional element is removed however in that it is not the person who actually suffered that is allowed to exercise retribution, but duly appointed representatives. This is in contrast to the early principle in the Bible where "the avenger of blood" would be one very closely involved. This view of punishment focuses on the

past, and aims at the maintenance of an equilibrium in the scales of justice. Both Kant and Hegel viewed punishment in this light. The former enunciated the principle: "Should a man suffer what he did, justice would be done."

The third theory has in mind the correction of the criminal and his ultimate restoration to society. While clearly laudable, this last concept has earned the reputation amongst its opponents as having more concern for the criminal than his victims. Nevertheless, the principle of the correction of the criminal is one that is widely acknowledged today. One of the most graphic illustrations of this principle, although not primarily due to the system in operation but almost in spite of it, is the case of Caryl Chessman. Previous to his commitment to prison he was a wild and dangerous member of society, but during the twelve years he spent in prison awaiting his execution he became a writer of considerable skill and perception, and made a material contribution to the debate on capital punishment.

To apply these principles to capital punishment and starting with the third, it is clear that there can be no possibility of correcting the criminal who is executed, or of restoring him to society. One of the arguments against capital punishment however is that murderers are frequently the criminals most amenable to correction. This is because most murders are done by people on the spur of the moment, under the pressure of strong emotion. They are not normally habitual criminals. Capital punishment however assumes that these men are incapable of improvement or rehabilitation.

With regard to the second theory the Christian must ask very serious questions. Quite apart from the many warnings against vengeance and revenge in the New Testament, the concept of retribution for a crime calls into question the fundamental meaning of the cross of Christ. "In the Christian view the retributive justice of God has already found full and final expression, the expiation demanded by him for all human transgression has already been made, the death sentence imposed on human criminals has already been executed" (Barth: CD III/4 442).

This is not to suggest that crimes should therefore go unpunished, but that the criminal must be punished "in such a way that his life is affirmed and not denied as in capital punishment" (*ibid*).

This leaves the first theory which is the most commonly advanced in favour of capital punishment; that is, that it protects society and acts simultaneously as a deterrent. "From the standpoint of the self-defence of society more cannot be said at root than that capital punishment is an infallibly effective means of preventing the criminal from continuing or repeating his outrages and thus of rendering him completely

harmless" (Barth *ibid* 444). It has surely been sufficiently demonstrated by this time, however, that society can protect itself equally effectively by less drastic means. The deterrent value of capital punishment has been minutely examined, and the findings are almost uniformly negative. Wherever statistics are available for comparable areas, such as in adjoining states in America, they show a fractional drop in the incidence of capital crimes in states which have abolished the death sentence. They show too that members of the police force are in no greater danger where there is no death penalty than in areas where there is. Psychologically it is almost certain that a man is not deterred from murder by the knowledge that he will die for it. Those who commit murder are in no state usually to care about the consequences, and the hardened criminal regards the death penalty as an occupational hazard which with luck and alertness he will continue to avoid. In fact, if he knows he is going to die whether for armed robbery or murder he might very well murder simply in order to ensure his getaway. One thing that is certain is that there has never been a marked increase in capital crimes after the abolition of the death sentence.

There are two further considerations which should be remembered when considering society's act of self-defence through the execution of its criminals. The first concerns the identity of the criminal. He is an internal enemy of society. "He has become a criminal even as and although he belongs to it. He is a member of it. He is its child. In large part, indeed, he is its product, a result of the conditions obtaining in it" (Barth *ibid*). In this light, society is defending itself against itself. Ought this not to suggest that a closer sense of identity with him, and thus of magnanimity towards him would be more appropriate than death?

The second consideration concerns the identity of the executioner. In ancient Israel the people offended acted as executioner. The community was to take up stones and kill the condemned man. Later in public executions, which continued until 1868 in Great Britain, the public acted through the hangman, although there was a growing disinclination to identify themselves with him. Dickens observed that the public would often shake hands with the criminal, but never with the hangman. Today the public does not know who the hangman is. In various American states his identity is concealed in such a way that the man himself is not sure whether or not he was the executioner. One device used is that there are three switches controlled by three men, but through only one does the current flow to the electric chair - and not one of the three knows which is the one that pulls the fatal switch. The reason for this gradual withdrawal of the public from the act of execution is not difficult to guess. The active participation, changing to horrible fascination, and becoming an ultimate revulsion is closely comparable with the changes in relation to torture. But can the public

be content with a simple withdrawal from direct involvement? Can we, because we do not participate in the act of execution, disclaim responsibility for it? What is involved here is the principle of delegation. This principle however, so far from absolving the individual of responsibility rather increases it, for he is part of that society which decides the fate of the accused. In fact ". . . the relation of delegation means that every individual who belongs to a lawfully constituted society has a share which he cannot delegate to others in the pronouncement and execution of a capital sentence and even in the fact that it is provided for and practised in this society . . . We think responsibly only if we realise and accept the fact that it is we ourselves who do it all in the person of these others" (*ibid* 439). This fact of social solidarity both with the condemned and the executioner demands that we think with great care and seriousness about what is done with the lives of our fellow-citizens.

One cannot conclude without reference to two perennial problems which are always present in some degree. The first is the problem of financial resources for an adequate defence. It has been established both in America and in our country that the one common factor amongst virtually all who suffer the death penalty is that they are poor. This is not to suggest a prejudice on the part of the bench against poor people, but judges are guided in their judgment by the arguments advanced by the defence, and if this is not the best the accused can suffer as a result. One American writer has commented that it might be difficult for a rich man to enter the kingdom of heaven, but it is virtually impossible for him to enter the death chamber. The second problem concerns the risk which is often present of sending an innocent man to his death. Because the sentence is so utterly irreversible, nothing can be done about it. Naturally the courts exercise the greatest possible care in this regard, and it is almost miraculous how few these cases seem to be. That they have occurred however no one could deny. When innocent men do die at the hands of the executioner what are we to say? What could a private person plead in a court of law if he deliberately, but mistakenly, killed another?

In the light of the principles which we have proposed from a consideration of the Biblical evidence, and the comments that have been offered on the nature of punishment, is it possible for the Christian to offer any worth-while concept in place of capital punishment? Obviously it is impossible to offer any definitive principle for that is the prerogative of the legal fraternity. A happy combination of the principles of law and grace however is expressed in the suggestive idea of "redemptive justice." It has close associations with the corrective concept, but is grounded deeply in that total concern of God for man which is expressed in the word "redemption." If God's goals are the pardon, renewal and freedom of man, and the fulfilment of his life in



community, then these are the goals to which a Christian concept of justice will direct itself.

### BIBLIOGRAPHICAL NOTES

Barth *Church Dogmatics III/4* paragraph 55 "Freedom for Life." The subsection entitled "The Protection of Life," pages 397-470, includes a treatment of capital punishment on pages 437-450. All quotations from Barth come from these pages.

*The Death Penalty in America* ed Hugo Adam Bedau (Anchor Books 1964).

*Capital Punishment* ed Thorsten Sellin (Harper and Rowe 1967). These two books are collections of essays in which the "pros and cons" of capital punishment are carefully weighed. Essays are included from both retentionists and abolitionists.

EG Block *And May God have Mercy . . .* (Fearon 1962). A very readable book which sets out the case for abolition and surveys the movement in this direction throughout the world.

*An Eye for an Eye* ed HJ Griswold and others (Holt, Rinehart & Winsston 1970). This collection of essays is of interest because all of them are written by men serving long-term sentences in the Indiana State Prison. The essay on capital punishment is on pages 173-179.

Peter Randall *The Death Penalty and the Church in South Africa* (SA Council of Churches 1970). This is a brief study document which sets out the basic facts and statistics of the situation in South Africa in regard to capital punishment.

The principle Biblical references in the Old Testament are: Genesis 9:6; Exodus 21:12-29; 22:18-20; 35:2; Leviticus 20:9-18 27; 24:16-21; Numbers 35:16-31; Deuteronomy 13:1-10; 17:2-7; 18:20; 19:11-13; 21:18-23; 22:21-27; 24:7; Joshua 7:10-26; I Kings 21:10-13; Esther 4:11 - 5:2; 7:7-10. □

*In O'Connor's case Maule J said: "A rule may be a very good rule, though the reason on which it is founded may not be applicable to every case which is governed by the rule." As Lord Sumner once observed in Jones v Jones: "principles are like that."*

Lord Goddard CJ in *R v Algar* 1954 1 QB 279 286

# Uitdruklike regskeuse in die internasionale kontraktereg<sup>\*</sup>

JCW van Rooyen

*Universiteit van Pretoria*

Die internasionale privaatreë word dikwels bestempel as die mees omstrede gebied van die reg. Beskou mens die polemieë wat daar bestaan oor die funksie van regskeuse in die internasionale kontraktereg,<sup>1</sup> word so 'n standpunt onmiddellik bevestig. Daar word gevra of daar dan nie wetgewende bevoegdheid aan die partye op hierdie wyse verleë word nie en indien die keuse wel erken word, of dit die imperatiewe reëls of slegs die vergunnende reëls van die objektief toepaslike regstelsel kan vervang (die sg *kollisionsrechtliche* in teenstelling met die *materiellrechtliche Verweisung*), of daar 'n feitlike kontak tussen die kontrak en die gekose land moet wees, of 'n post-kontraktuele regskeuse effek het en watter regstelsel die geldigheid van die regskeuse-beding self moet beheers.

## I

Alhoewel die erkenning van die outonomie van die kontraktante in embriovorm reeds te vinde is in 'n dekreet van koning Euergetes II in 118 v C,<sup>2</sup> Bartolus en ons ou skrywers na die bedoeling en vermoedelike bedoeling verwys<sup>3</sup> en Molinaeus<sup>4</sup> gewoonlik as die vader van die outonomie van die partye beskou word, het outonomie, in sy ware

---

\*Referaat gelewer voor die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte op 21 Julie 1971 te Buffelspoort.

<sup>1</sup>n Benaming wat bloot om doelmatigheidsredes hier gebruik word - vgl Deelen *Rechtskeuze in het Nederlands internationaal contractenrecht* (Amsterdam 1965) en Vischer *Internationales Vertragsrecht* (Bern 1962).

<sup>2</sup>Vgl Taubenschlag *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri* (Warszawa 1955) 20; Batiff *Festschrift Lewald* (Basel 1953) 219.

<sup>3</sup>Bartolus *Commentariae in codicem* lib 1 tit *De summâ trinitat* (Basel 1952) §43; P Voet *De statutis eorumque concursu* (Amsterdam 1661) 9 2 10; J Voet *Commentarius ad Pandectas* (Den Haag 1698-1704) 1 4 *pars altera* 19; Huber *Heedensdaegse regsgeleertheit . . .* 1686 (Amsterdam 1742) 1 3 52; Van der Keessel *Praelectiones . . .* (uitgawe Van Warmelo en andere Pretoria 1961) 107-108; *Theses selectae . . .* (uitgawe Meijers Haarlem 1939) §§43-44; Matthaëus II *De auctionibus . . .* (Antwerp 1680) 1 21 37 e v.

<sup>4</sup>*Omnia quae extant opera* vol 3 (Parys 1581) 554 e v.

kollisieregtelike vorm, eers heelwat later erkenning verkry. Hierdie ouere skrywers het slegs na die bedoeling verwys as 'n *ex post facto*-fundering vir die toepassing van 'n objektief bepaalde regstelsel<sup>5</sup> of dit in elk geval beperk tot die vergunnende reëls van die objektief toepaslike regstelsel.<sup>6</sup> Ook in die werke van von Savigny<sup>7</sup> en von Wächter<sup>8</sup> was daar nog nie sprake van die erkenning van 'n ware kollisieregtelike keuse nie. Dit was eers Mancini, wat met sy klem op territorialiteit, nasionaliteit en wilsvryheid, die weg vir hierdie tipe regskeuse geopen het.<sup>9</sup> Na die eerste wêreldoorlog het die staat al hoe meer begin ingryp in die private handelsfeer, met die gevolg dat die vraag pertinent ontstaan het of die partye onder sekere omstandighede vry was om hierdie dwingende bepalinge te vervang deur 'n regskeuse. Hieronder word beoog om die funksie van uitdruklike regskeuse in veral die Franse, Nederlandse, Duitse, Engelse, Amerikaanse en die Suid-Afrikaanse reg kortliks na te gaan en uiteindelik rigsnoere in dié verband aan te dui.

## II

√ *Frankryk*.<sup>9a</sup> Vanaf die einde van die negentiende eeu is daar 'n reeks Franse skrywers<sup>10</sup> wat beswaar maak teen die keusevryheid van kontraktante. Volgens hulle is dit uitsluitlik die taak van die objektiewe reg om die toepaslike regstelsel aan te dui.

In die regspraak maak die outonomieleer eers gedurende die twintigste eeu sy verskyning, wanneer die *Cour de Cassation*<sup>11</sup> hom in 1910 duidelik ten gunste van die outonomie van die partye uitspreek. Hierdie benadering word vandag nog deur die Franse howe gevolg.<sup>12</sup>

<sup>5</sup>Gewoonlik die *lex loci contractus* of die *lex loci solutionis*; vgl Gamillscheg *Der Einfluss Dumouilins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts* (Tübingen 1955) 115.

<sup>6</sup>J Voet *Commentarius* 1 4 2 18-21; Van der Keessel *Praelectiones* 107-108 (*Th* 43); vgl ook Meijers *Tractatus Baldi et Van der Keessel de vi et potestate statutorum* (Haarlem 1939) xv.

<sup>7</sup>*System des heutigen römischen Rechts* vol 8 (Berlyn 1849) 206-208.

<sup>8</sup>1841 *AcP* 266; vgl Vischer a w 31; Neumann „Vertragsgültigkeit und Parteiwille“ in *Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts* (Heidelberg 1930) 27 e v.

<sup>9</sup>Vgl Gutzwiller 1929 1 *Recueil des Cours* 291 370.

<sup>9a</sup>Die *Code Civil* swyg op hierdie punt.

<sup>10</sup>o a Caleb *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé* (Parys 1927) 86; Niboyet *Cours de droit international privé française* (Parys 1949) 590 e v; Pillet *Principes de droit international privé* (Parys 1903) 437; vir nog verwysings sien Batiffol *Droit international privé (Traité)* (Parys 1967) 617 n 4; en oor die algemeen vgl. Batiffol „L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française“ *Festschrift Lewald* (Basel 1953) 219.

<sup>11</sup>*Sirey* 1911 1 129; Batiffol *Traité* 623 beskou egter regskeuse slegs as een van die faktore wat ter lokalisering van die kontrak dien.

<sup>12</sup>Vgl civ 6 Jul 1959, 1959 *Revue critique de droit international* 708; Batiffol *Traité* 619 12, „Public policy and the autonomy of the parties . . .“ *The conflict of laws and international contracts* (Ann Arbor 1951) 68 e v.

Oor die algemeen wil dit voorkom asof die Franse howe 'n vryer keuse as die Engelse en Amerikaanse howe toelaat.<sup>13</sup> Die grense wat aan die keuse gestel word is, soos in die meeste ander lande, egter vaag. By bloot nasionale kontrakte word regskeuse deur *frans legis* beperk.<sup>14</sup> Verder word openbare orde as beperking gestel, maar dit speel nie so 'n groot rol soos in die familie- en erfreg nie.<sup>15</sup> Die Amerikaanse vereiste, dat daar 'n wesenlike verband tussen die gekose regstelsel en die kontrak moet wees, is ook al gestel.<sup>16</sup> Dan is daar 'n tendens om sekere kontrakte aan spesiale wetgewing te onderwerp en in sodanige gevalle speel regskeuse geen rol nie.<sup>17</sup>

Ten spyte van die benadering van die howe, bly die skrywers maar skepties en volgens Delaume<sup>18</sup> word regskeuse in die konsepkode beperk tot die vervanging van bloot vergunnende reëls. Hierdie beperking is volgens hom te vinde in die huidige<sup>19</sup> konsep-artikel 3, wat bepaal dat „Les lois de police et de sûreté s'appliquent à l'exclusion des lois étrangères.” Alhoewel hierdie beperking beslis imperatiewe reëls omvat, lyk dit onrealisties om *alle* imperatiewe reëls onder hierdie afdeling van die publiekreg tuis te bring en is die *Exposé des motifs* tot die konsepkode (1967)<sup>20</sup> en prof Foyer,<sup>21</sup> wat 'n lid van die hersieningskommissie was, skynbaar onbewus van so 'n algehele beperking. Inteendeel, die genoemde *Exposé* laat die ontwikkeling van die internasionale kontraktereg in 'n baie groot mate aan die howe oor.<sup>22</sup>

B *Nederland*. Net soos in Frankryk het uitdruklike regskeuse aanvanklik sterk teenkating ondervind,<sup>23</sup> maar vandag word dit deur die *Hoge Raad*<sup>24</sup> en die meeste skrywers<sup>25</sup> as primêre verwysingsreël aanvaar.

<sup>13</sup>Vgl Delaume *American French private international law* (New York 1961) 120.

<sup>14</sup>Vgl Batiffol *Traité* 628; civ 28 Mei 1963 *Dalloz* 1963 677.

<sup>15</sup>Vgl Batiffol *Ann Arbor* 79, *Traité* 409; Delaume a w 120-121.

<sup>16</sup>App Rennes 26 Jul 1926, 1927 *Clunet* 659.

<sup>17</sup>bv Dienskontrakte wat in Frankryk uitgevoer moet word, word aan bepaalde reëls onderwerp sonder verwysing na regskeuse - vgl Batiffol *Traité* 629-30; Niboyet *Traité de droit international privé français* (Parys 1938-52) 60 e v.

<sup>18</sup>*American-French* 124, 1951 *CBR* 721 738.

<sup>19</sup>Sy kommentaar gaan oor die eerste konsepkode, wat 'n soortgelyke beperking gestel het.

<sup>20</sup>Vervat in 1971 *Clunet* 50 e v; sien ook 1970 *AJCL* 614.

<sup>21</sup>1971 *Clunet* 31.

<sup>22</sup>Vgl die algemeenheid van art 2313 van die konsepkode.

<sup>23</sup>O a Scholten *Asser se Algemeen Deel* (Zwolle 1934) 208; Hijmans *Algemeene problemen van internasionaal privaatrecht* (Zwolle 1937) 164; Eras *De overeenkomst in het internasionaal privaatrecht* (Utrecht 1928) 137; Levelt *Correspondentieovereenkomsten in het internasionaal privaatrecht* (Amsterdam 1925) 77 e v; Van Brakel *Grondslagen en beginselen van Nederlands internasionaal privaatrecht* verwerk deur Kisch (Zwolle 1953) 237; Van Oven 3915 *WPNR* 33.

<sup>24</sup>Sien hieronder.

<sup>25</sup>O a Deelen a w 221 e v; De Winter 1964 *NTIR* 329, 1966 *NJBI* 933; Donker Curtius 1950 *Revue critique de droit international* 6; Offerhaus 1953 *NTIR* 33; Sauveplanne 1967 *RM (Themis)* 102 104; Kosters en Dubbink *Algemeen deel*



Die redetwis gaan egter nog om die grense van die keusevryheid, alhoewel die *Hoge Raad* darem al sterk riglyne aangedui het.

In die *Nicolaas*<sup>26</sup> het die kontraktante die Engelse reg aangedui as die regstelsel wat hul versekeringskontrak moes beheers. Die versekerars ontken aanspreeklikheid op grond daarvan dat die kontrak volgens die Engelse reg nietig is. Die *Hoge Raad* handhaaf egter die kontrak omdat die „Nederlandse wet hare werking uitoefent” op die kontrak wat ’n eng verbondenheid met Nederland vertoon het vanweë die feit dat ses van die elf versekeraars in Nederland gevestigde Nederlanders is. Hiermee negeer die *Hoge Raad* nie regskeuse nie, maar dui dit aan dat daar vanweë enge verbondenheid met ’n ander regstelsel beperkings op die regskeuse gestel kan word. Aan die anderkant kan niks definitiefs uit die beslissing afgelei word nie, maar sluit die *Hoge Raad* darem skynbaar nie sy deure vir ’n kollisieretelike keuse nie.<sup>27</sup>

In die *Solbanderra*<sup>28</sup> het die *Hoge Raad* beslis dat die blote feit dat ’n kontrak ’n aanknopingspunt met Nederland vertoon, nog geensins die moontlikheid om die kontrak geheel en al aan die ander regstelsel te onderwerp, uitskakel nie. *In casu* was daar egter ’n reël van Nederlandse internasionale privaatreë wat dwingend aangedui het dat die Nederlandse reg ten opsigte van inkomende en uitgaande skeepsverkeer geld en was die keuse van Engelse reg in soverre nietig.

Alhoewel Van Brakel<sup>29</sup> betoog dat die *Hoge Raad* hier voortgegaan het met sy objektiewe lokaliseringbeleid, is die meerderheid skrywers<sup>30</sup> dit eens dat die regskeuse hier nie net beperk is tot ’n materiële verwysing nie; ’n dwingende reël van Nederlandse internasionale privaatreë het egter die regskeuse lamgêl.<sup>30a</sup>

*van het Nederlandse internationaal privaatrecht* (Haarlem 1962) 218 e v; Kollewijn o a in 4983 *WPNR* 94 e v - hy beskou dit egter slegs as een van die faktore wat in ag geneem moet word; Lemaire *Nederlands internationaal privaatrecht* (Leiden 1968) 246 e v.

<sup>26</sup>HR 13 Jun 1924 NJ 1924 859.

<sup>27</sup>Die skrywers is verdeeld oor die effek van hierdie uitspraak - sien Deelen a w 23 e v en Offerhaus 1953 *NTIR* 37; die standpunt van Offerhaus, dat die *Hoge Raad de iure constituto* teenoor die probleem vrystaan, lyk juis.

<sup>28</sup>HR 12 Des 1947 NJ 1948 no 608.

<sup>29</sup>Noot *ad* NJ 1948 no 608.

<sup>30</sup>Kosters en Dubbink a w 224 e v; Offerhaus 1953 *NTIR* 33 38; Kollewijn 1965 *NTIR* 386; Deelen a w 40 e v; Lemaire a w 249; De Winter 1964 *NTIR* 329.

<sup>30a</sup>Sien nou ook die uitspraak van die *Hoge Raad* in die *Katsedijk-arrest*, waar beslis is dat dit ’n ongeskrewe reël van Nederlandse internasionale privaatreë is dat ’n ooreenkoms tot seevervoer per cognesement beheers word deur die reg van die land van inlading. Hiermee word die kontraktante (anders as in *Vita*, hieronder n 55) die bevoegdheid ontnem om die Haagse Reëls van die hawe van inlading te vervang deur ’n regskeuse. Sien Haak 1971 *RM (Themis)* 84.

In die *Alnati*<sup>31</sup> word 'n kollisie-regtelike keuse egter onomwonde erken. Die enigste beperking wat gestel word is dat 'n dwingende reël van Nederlandse internasionale privaatreëg voorrang sal geniet en dat

„het . . . kan voorkom dat voor een vreemde staat bij de inachtneming van bepaalde van die staat afkomstige voorschriften ook buiten zijn territorium zo grote belangen zijn betrokken dat ook de Nederlandse rechter daarmee behoort rekening te houden en . . . voorrang moet geven boven het . . . gekozen . . . recht.”

Hiermee aanvaar die *Hoge Raad* dan ook die standpunt van Deelen en De Winter<sup>32</sup> dat 'n regskeuse gevolg moet word tensy 'n dwingende reël van 'n derde regstelsel (wat ook die *lex fori* insluit) kragtens sy sosiale funksie redelikerwys aanspraak maak op gelding. Hierdie redelikheid kan dan sterk beïnvloed word deur die feit dat die kontrak slegs in 'n geringe mate aan die gekose regstelsel verbonde is;<sup>33</sup> en dit gebeur selfs wanneer die Nederlandse reg die gekose regstelsel is.<sup>34</sup>

In die lig van hierdie beperkings is dit ook duidelik dat artikel 17 van die *Eenvormige Wet* 1951 en ook artikel 13 van die nuwe *Eenvormige Wet* 1969 nie 'n juiste weergawe van die regspraak is nie. In die eerste *EW* word die regskeuse beperk deur die dwingende reëls van die engste verbonde regstelsel terwyl die nuwe *EW* dit beperk deur die reëls van die engste verbonde regstelsel wat vanweë hul besondere geaardheid aanspraak maak op gelding.<sup>35</sup> Volgens die *Alnati* kan ook die reëls van *ander* regstelsels as die engste verbonde regstelsel, 'n beperkende invloed hê.<sup>36</sup>

*Duitsland*.<sup>37</sup> Alhoewel die skrywers<sup>38</sup> tot in die helfte van die negentiende eeu slegs aan 'n regskeuse gevolg gegee het vir sover dit die

<sup>31</sup>HR 13 Mei 1966 NJ 1967 no 3; vgl hieroor Deelen 1968 *NTIR* 92; Van Rooyen 1970 *THRHR* 202 205.

<sup>32</sup>Deelen *Rechtskeuze* . . . 171 e v; De Winter 1964 *NTIR* 329 veral vanaf 344. Vir kritiek sien Kisch 1970 *NTIR* 275 290.

<sup>33</sup>Vgl Deelen *Rechtskeuze* . . . 24, 1968 *NTIR* 88.

<sup>34</sup>Vgl die sg *werknemersarrest* HR 5 Jun 1953 NJ 1953 no 613; en ook Kantongerecht Amsterdam 24 Aug 1955 NJ 1956 no 115.

<sup>35</sup>Die *Eenvormige Wet* is 'n verdrag tussen die Benelux-lande t a v sekere aspekte van die internasionale privaatreëg. Die *EW* van 1951 is nooit deur Nederland bekragtig nie. Die nuwe *EW* is in 1969 onderteken en sal ses maande na bekragtiging deur al drie state van krag word. Die *EW* beoog ook 'n reëling vir gevalle waar *ander* regstelsels as dié van België en Luxemburg betrokke is en is dus ook vir *ander* lande van belang. Vgl Nadelmann 1970 *AJCL* 406; De Winter 4989-90 *WPNR*.

<sup>36</sup>Vgl Deelen 1968 *NTIR* 94; De Winter 4990 *WPNR* 170; kontrasteer Lemaire a w 251.

<sup>37</sup>Die *EG BGB* bevat slegs bepalinge m b t bevoegdheid en formaliteite vir sover dit die kontraktereg betref.

<sup>38</sup>Vgl Von Wächter 1841 *AcP* 266.

vergunnende reëls van die *lex fori* betref, is dit die heersende mening<sup>39</sup> dat 'n *kollisionsrechtliche Verweisung* erken moet word en blyk so 'n erkenning ook uit die regspraak.<sup>40</sup>

Die beperkings op die regskeuse word gevind in die openbare orde van artikel 30 *EG BGB* en die vereiste dat die gekose regstelsel „irgendein anerkennenswertes Interesse“ moet hê,<sup>41</sup> of soos Wolff<sup>42</sup> dit stel, moet slegs die „ungehörige Rechtswahl“ verontagsaam word. Feitlike kontak is dus onnodig.<sup>43</sup> Volgens Moser en Gamillscheg<sup>44</sup> kan daar by 'n suiwer binnelandse geval nooit aan 'n „kollisionsrechtliche Verweisung“ gevolg gegee word nie. Ander skrywers<sup>45</sup> is egter van mening dat daar onder uitsonderlike omstandighede wel so 'n behoefte kan bestaan. Dan is daar skrywers wat betoog dat die dwingende reëls van 'n ander regstelsel as die gekose regstelsel onder bepaalde omstandighede beperkend kan inwerk op die regskeuse.<sup>46</sup> Hierdie benadering het dan ook die Nederlandse skrywers, Deelen en De Winter,<sup>47</sup> beïnvloed, wat weer op hulle beurt as gesag vir die *Alnati*<sup>48</sup> gedien het.

*Engeland*. Alhoewel daar voor die twintigste eeu dikwels na die bedoeling of vermoedelike bedoeling van die partye verwys is, was daar nog geen beslissing oor 'n uitdruklike regskeuse nie en het die toepaslike regstelsel bowendien meesal ooreengestem met die *locus contractus* of *solutionis*.

Die eerste stap in die rigting van die erkenning van 'n uitdruklike regskeuse is te vinde in *Hamlyn & Co v Talisker Distillery*,<sup>49</sup> waar die

<sup>39</sup>Kegel *Internationales Privatrecht* (München 1964) 227; Raape *Internationales Privatrecht* (Berlyn 1961) 455 e v; Haudek *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht* (Berlyn 1931) 46; Wolff *Das internationale Privatrecht Deutschlands* (Berlyn 1954) 139; Kreuzer *Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung* (Frankfurt 1964) 50 e v; Steindorff *Sachnormen im internationalen Privatrecht* (Frankfurt 1958) 241; Reithmann *Internationales Vertragsrecht* (Köln 1963) 2; Neuhaus *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts* (Berlyn 1962) 169.

<sup>40</sup>Vgl Kreuzer a w 231 234; Reithmann a w 4 en die regspraak daar.

<sup>41</sup>Vgl Kegel a w 227; Raape a w 461; Gamillscheg 1958-59 *AcP* 303 312; Neuhaus a w 173.

<sup>42</sup>*IPR* 139.

<sup>43</sup>Vgl Kreuzer a w 51-52 233.

<sup>44</sup>Moser *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht* (St Gallen 1948); Gamillscheg 1958-59 *AcP* 313.

<sup>45</sup>Kreuzer a w 52-53; Kegel a w 227; Raape a w 462.

<sup>46</sup>Wengler 1941 *ZvglRW* 168; Zweigert 1942 *RabelsZ* 283; Neumayer 1957 en 1958 *Revue Critique de DIP* 579 en 53 onderskeidelik; Gamillscheg *Internationales Arbeitsrecht* (Berlyn 1959) 193 e v; Reithmann a w 42 e v, 1968 *CILSA* 90; Steindorff a w 227 e v; kontrasteer, die Switser, Vischer *Internationales Vertragsrecht* (Bern 1962) 198 e v.

<sup>47</sup>Sien hierbo n 32.

<sup>48</sup>Sien hierbo n 31.

<sup>49</sup>1894 *AC* 202.

keuse van 'n Engelse arbiter as 'n keuse van die Engelse reg beskou is.<sup>50</sup> In *British Controlled Oilfields v Stagg*<sup>51</sup> is dan ook gevolg gegee aan 'n uitdruklike regskeuse, en in *The Torni*<sup>52</sup> het die omvang van die partye se keusevryheid pertinent onder die aandag van die *Court of Appeal* gekom: hier is 'n vragbrief vir die vervoer van lemoene op 'n Estlandse skip na Engeland in Palestina onderteken. Die kontrak is uitdruklik aan die Engelse reg onderwerp. Kragtens Palestynse wetgewing moes elke vragbrief 'n beding ter inlywing van die Haagse Reëls bevat en by gebrek daaraan sou die teenwoordigheid daarvan veronderstel word. Die beding word weggelaat en nou word geargumenteer dat 'n vrywaringsbeding, wat geldig is volgens die Engelse reg, maar ongeldig is volgens die Haagse Reëls, beheers moet word deur die Engelse reg. Die hof verwerp hierdie argument en ag die Haagse Reëls toepaslik omrede die Palestynse wetgewing juis gemik is teen sodanige omseiling, die wetgewing betrekking het op die *legality* van die kontrak,<sup>53</sup> die eenvormigheid van vragbriewe swaarder weeg as die absolute vryheid van die partye en dit strydig met die *comitas*<sup>54</sup> sou wees om die bepaling van 'n internasionale verdrag, waaraan ook Engeland onder bepaalde omstandighede gebonde is, te ignoreer. Hiermee word die objektief toepaslike regstelsel aangewend ten opsigte van die geldigheid van die kontrak.

In die volgende belangrike vonnis, *Vita Food Products Inc v Unus Shipping Co Ltd*,<sup>55</sup> het die Geheime Raad egter onder soortgelyke omstandighede wel gevolg gegee aan 'n regskeuse. 'n Vragbrief vir die vervoer van haring vanaf Newfoundland na New York het nie 'n beding ter inlywing van die Haagse reëls bevat nie (iets wat kragtens Newfoundlandse wetgewing in so 'n kontrak vervat moes wees) en is aan die Engelse reg onderwerp. Vanaf Nova Scotia, waar die internasionale privaatreëls ooreenstem met sy Engelse eweknie, word na die Geheime Raad geappelleer. Die Geheime Raad verwerp die beslissing in *The Torni* en gee gevolg aan die regskeuse; en dit ten spyte van die feit dat die kontrak geen feitlike verband met Engeland gehad het nie. Al wat vereis is, is dat die keuse *bona fide and legal* moes wees. Die Raad gee toe dat 'n Newfoundlandse hof so 'n omseiling waarskynlik sou negeer het, maar beslis dat 'n hof van Nova Scotia (wat die Geheime

<sup>50</sup>'n Keuse van 'n arbiter word gewoonlik as 'n sterk aanduiding van 'n stilswyende keuse van die arbiter se regstelsel beskou - vgl Cheshire *Private international law* (Londen 1965) 196; Dicey-Morris (Kahn-Freund) *The conflict of laws* (Londen 1967) 1046-7; Wolff *Private international law* (Oxford 1954) 437; *Compagnie d'Arment*-saak 1970 3 All ER 71 (HL).

<sup>51</sup>(1921) 66 SJ (WR) 18; vgl Graveson *Ann Arbor* 18.

<sup>52</sup>1932 P 27 (Probate) 78 (CA); 1932 All ER 374 (Probate) 384 (CA).

<sup>53</sup>Op 388.

<sup>54</sup>Op 390.

<sup>55</sup>1939 AC 277, 1939 1 All ER 513; vgl ook die *obiter*-erkenning van 'n regskeuse in *R v International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft* 1937 AC 500 529.



Raad *in casu* is) die regskeuse in 'n internasionale geval as van hoër waarde beskou.<sup>56</sup>

Die Raad gaan dus hier van 'n ware *kollisionsrechtliche Verweisung* uit: selfs al is die Haagse Reëls dwingend vir 'n Newfoundlandse hof, is dit vergunnend in sy internasionale milieu en ondergeskik aan die keusevryheid van die partye. Die breë verband met die beslissing van die Hoge Raad in die *Alnati*<sup>57</sup> word duidelik: ook in die *Alnati* is 'n dwingende reël van die andersins toepaslike regstelsel ondergeskik gestel aan 'n regskeuse in 'n internasionale kontrak.

Al is die *Vita*-beslissing nie bindend op die Engelse howe nie, geniet dit veel aanhang en is daar baie *obiter dicta*<sup>58</sup> wat dui op 'n erkenning van 'n regskeuse en het die *House of Lords* in 'n onlangse beslissing<sup>59</sup> onomwonde verklaar dat 'n uitdruklike regskeuse die kontrak beheers en is die benadering in *Vita obiter*<sup>59a</sup> bestempel as „a leading authority on the question to what extent parties to a contract are free to select for themselves the law which is to govern it.” Ongelukkig was daar 'n feitlike verband met die gekose regstelsel en het die *House of Lords* nie ingegaan op moontlike beperkings op die regskeuse nie.

Daar heers egter nog 'n tweespalt onder die skrywers oor die effek van 'n regskeuse - daar is naamlik skrywers soos Cheshire<sup>59b</sup> wat die totstandkoming van die kontrak alleen aan die objektief toepaslike regstelsel wil toets, maar onmiddellik toegee dat die howe by 'n arbitrasieklausule dikwels 'n stilswyende regskeuse sonder beperkings navolg.<sup>59c</sup>

<sup>56</sup>Op 522G en 524H per lord Wright.

<sup>57</sup>Hierbo n 31.

<sup>58</sup>Vgl *Ocean Steamship Co v Queensland State Wheat Board* 1941 1 KB 402 (CA); *Bonython v Commonwealth of Australia* 1951 AC 201; *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd* 1958 1 Ch 724; 1960 2 ALL ER 214 (CA); r McNair in *Rossano v Manufacturers Life Assurance of Canada* 1963 2 QB 352; 1962 2 All ER 214; *Miller v Whitworth Street Estates* 1970 1 All ER 796 (HL).


<sup>59</sup>*Compagnie d'Armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de Navigation SA* 1970 3 All ER 71 (HL).

<sup>59a</sup>*Compagnie d'Armement* hierbo 87; *obiter* aangesien hierdie lord nie 'n regskeuse bevind het nie - vier van die ander vyf lords het wel 'n regskeuse bevind en dit gevolg.

<sup>59b</sup>Cheshire a w 197 *International contracts* (Glasgow 1948) 28 waar hy regskeuse slegs as een van die faktore, nes Kolllewijn en Batiffol, beskou; Falconbridge *Essays on the conflict of laws* (Toronto 1954) 411-2; Morris 1950 *ILQ* 197 201; lord Denning in *Boisvain v Weil* 1949 1 KB 482 (CA)-*obiter* en in *The Febmarn* 1958 1 WLR 159 (CA) 162; en in Australië in *Kay's Leasing Corporation v Fletcher* 1965 ALR 673; vgl egter Dicey-Morris (Kahn-Freund) a w 700; Scrutton *Charterparties and bills of lading* (Londen 1964) 485; Graveson *The conflict of laws* (Londen 1970) 430; Wolff *PIL* 420; Webb 1958 *ICLQ* 599 609; Mann 1950 *ILQ* 60.

<sup>59c</sup>In die *Compagnie d'Armement*-saak hierbo is beslis dat 'n arbitrasieklausule 'n sterk aanduiding is van die keuse van die arbiter se regstelsel, maar dat dit nie

Verder heers daar nog onsekerheid oor die beperkings dat die keuse *bona fide and legal* moet wees.<sup>60</sup> Ook die beperking van *public policy* is vaag. Aan die anderkant is *Vita darem* 'n voorbeeld van 'n geval waar 'n regskeuse gevolg is en so ook die vermelde beslissing van die *House of Lords*. Op hierdie manier sal daar mettertyd nadere formuleringe geskied en sal die regsposisie, binne die raamwerk van die gemelde beperkings, uitkristalliseer. Dit sou ook nie onvanpas wees om, in die lig van beslissings<sup>61</sup> waarin ander regstelsels naas die „proper law” toegepas is, die algemene beperking van derdelandsreg, wat redelikerwys op gelding aanspraak maak, te stel nie. Dis wel waar dat die eerste beslissing verklaar word as 'n toepassing van die Engelse reg (wat die *proper law* was) ten aansien van *frustration* en dat die ander beslissings met *public policy* werk.<sup>61a</sup> Maar daar is soos Kahn-Freund aantoon,<sup>61b</sup> 'n ware gees van internasionalsisme in wording in die Engelse internasionale privaatreë en skrywer hiervan betoog dat die Nederlandse benadering in die *Ahnati*, slegs in *vorm* van die benadering in hierdie sake verskil.

 Die Verenigde State van Amerika. Beale het in die eerste *Restatement* (1934)<sup>62</sup> geen bevoegdheid aan kontraktante verleen om uitdruklik of stilswyend die toepaslike regstelsel te kies nie, aangesien dit, volgens hom, wetgewende bevoegdhede aan hulle sou gee. Alhoewel Goodrich<sup>63</sup> en regter Learned Hand<sup>64</sup> hierdie benadering gesteun het, was dit strydig met die standpunt van die meeste ander skrywers<sup>65</sup> en die regspraak.<sup>66</sup>

Oor die algemeen sal die howe gevolg gee aan 'n uitdruklike regskeuse mits daar 'n redelike verband tussen die kontrak en die gekose

---

konklusief is nie - in dié saak is dan ook bevind dat die Franse reg die gekose reg is, ten spyte van die keuse van Engelse arbiters.

<sup>60</sup>Vgl Morris en Cheshire 1940 *LQR* 320; Cheshire a w 197; Graveson *Ann Arbor* 22; Dicey-Morris (Kahn-Freund) a w 700; Falconbridge a w 400; Cook *The logical and legal bases of the conflict of laws* (Harvard 1942) 419-32; Anton *Private international law* (Edinburgh 1967) 191; Wolff *PIL* 420.

<sup>61</sup>Vgl *Ralli Bros v Compania Naviera Sota Y Aznar* 1920 2 KB 287 (CA); *Regazzoni v KC Sethia (Ltd)* 1958 AC 301; *Foster v Driscoll* 1929 1 KB 470 (CA); in dié gevalle was daar egter nie 'n regskeuse nie.

<sup>61a</sup>Mann 1937 *BYBIL* 110 e v; Cheshire a w 212-3; Falconbridge a w 392-3; Rabel *The conflict of laws: a comparative study* vol 2 (Chicago 1960) 536 e v; egter Graveson a w 447.

<sup>61b</sup>*The growth of internationalism in English private international law* (Jerusalem 1960) 59-61.

<sup>62</sup>§ 332, 358.

<sup>63</sup>*Handbook of the conflict of laws* (1949) 326-7.

<sup>64</sup>In *Gerli & Co v Cunard SS Co* (1931 2d) 48 F 2d 115 117.

<sup>65</sup>Vgl Nussbaum 1941-42 *YLJ* 893 e v; Cook a w 347 e v; Ehrenzweig 1959 *CLR* 973 e v; 2 Rabel 376.

<sup>66</sup>Vgl Nussbaum hierbo n 65.

regstelsel bestaan en dit nie strydig met die openbare orde is nie.<sup>67</sup> Volgens Ehrenzweig<sup>68</sup> word ook nie gevolg gegee aan 'n regskeuse by die sogenaamde *adhesion contracts* nie, tensy die partye op gelyke basis kontrakteer of as die gekose regstelsel voordelig vir die verleë kontraktant is.

Die tweede *Restatement*<sup>69</sup> is 'n beter weergawe van die regspraak as sy voorganger en gee volle vryheid vir sover dit die reëlende reëls van die andersins toepaslike regstelsel betref. By imperatiewe regsreëls word egter twee beperkings gestel:

(a) die gekose staat moet wesenlik verband hou met die kontrak of die kontraktante òf 'n ander redelike grond vir die keuse moet teenwoordig wees; en

(b) die toepassing van die gekose regstelsel moet nie strydig met 'n *fundamental policy* van die andersins toepaslike regstelsels wees nie.

*Ander oorsese regstelsels van belang.* In Oostenryk, Pole, Portugal, Griekeland, Italië, Tsjeggo-Slowakye, Sjina, Japan, Quebec, Brasilië en Meksiko word die outonomie by wyse van wetgewing erken. Soms word die keuse beperk tot bepaalde regstelsels<sup>70</sup> of gevalle<sup>71</sup> of tot die reëlende reëls van die objektief toepaslike regstelsel, maar meesal word die reël sonder enige beperking gestel.<sup>72</sup>

*Suid-Afrika.* Terwyl Johannes Voet<sup>73</sup> en Van der Keessel<sup>74</sup> regskeuse beperk tot die vergunnende reëls van die andersins toepaslike regstelsel, blyk dit nie uit die werke van die ander skrywers<sup>75</sup> watter beperkings hulle stel nie.<sup>76</sup>

In ons regspraak is daar talle *obiter dicta* waarvolgens 'n uitdruklike regskeuse, skynbaar sonder beperking, nagevolg sal word.<sup>77</sup> In 'n paar

<sup>67</sup>Vgl Yntema 1952 *AJCL* 341, 1957 *CLR* 553; Delaume *American-French private international law* (New York 1961) 120; Ehrenzweig 1959 *CLR* 990; op die gebied van die internasionale kontraktereg het openbare orde egter sy belang grootliks verloor - vgl Ehrenzweig *Private international law, general part* (New York 1967) 156; Goodrich-Scoles *Handbook of the conflict of laws* (St Paul 1964) 198.

<sup>68</sup>1953 *CLR* 1072 (oortuigend) - sien die regspraak daar.

<sup>69</sup>Vir bespreking vgl Cavers *XXth century comparative and conflicts law* (Leiden 1961) 349; Reese 1960 *ICLQ* 531.

<sup>70</sup>Soos in die Poolse wet van 1926.

<sup>71</sup>Sien in die Brasiliaanse wet van 1916.

<sup>72</sup>Vir 'n oorsig van dié bepalinge, sien Yntema 1952 *AJCL* 342 345 e v.

<sup>73</sup>*Commentarius* 1 4 2 18-21.

<sup>74</sup>*Praelectiones* 107-108 (*Tb* 43).

<sup>75</sup>Huber *Heedensdaegse Regsgeleertheit* 1 3 52; P Voet *De Statutis* 9 2 10.

<sup>76</sup>Vgl De Vos 1961 *AJ* 1 2-3.

<sup>77</sup>Vgl o a *Guggenheim v Rosenbaum* (2) 1961 4 SA 21 (W) 31; *Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965 3 SA 410 (W) 417; *Standard Bank of South Africa*

beslissings het 'n uitdruklike regskeuse<sup>78</sup> egter voorgekom en hulle word hieronder behandel.

In *in re Ernestine*<sup>79</sup> het die partye die York-Antwerpen-reëls gekies en dit het die objektief toepaslike regstelsel (die reg van die vlag) vervang; daar was egter slegs reëlende reg betrokke. In *Searight & Co v Marchussen*<sup>80</sup> is die Engelse reg gekies, maar hoofregter De Villiers verwys nie eens daarna nie en bevind op grond van die kontrak se enge verbondenheid met Engeland dat die partye *stilswyend* die Engelse reg gekies het - terwyl die regter tog met die subjektiewe teorie gewerk het, kon hy maar net sowel die toepaslikheid van die Engelse reg op die *uitdruklike* keuse van die partye baseer het. Weer eens was slegs reëlende regsreëls betrokke. In *Joffe v African Life Assurance Society Ltd*<sup>81</sup> is die kontrak uitdruklik aan die Rhodesiese reg onderwerp. Aangesien Kaapstad die plek van betaling was het die hof geweier om kennis te neem van 'n Rhodesiese devaluasie van die pond. Hiermee het die hof 'n ongeregverdigde waarde verleen aan die *lex loci solutionis* naas die gekose regstelsel. Alternatiewelik, en ietwat teësinnig, het die regter egter ook beslis dat selfs al was die Rhodesiese reg die toepaslike regstelsel, dieselfde beslissing nog bereik sou word. Dit word hier aan die hand gedoen dat slegs die alternatiewe oplossing juis is. Die probleem is een van uitleg en slegs die uitlegreëls van die *lex causae* behoort aangewend te word by die bepaling van die betekenis van die begrip *pond*.<sup>82</sup>

In *Commissioner of Inland Revenue v Estate Greenacre*<sup>83</sup> was imperatiewe regsreëls betrokke. Hier het 'n Nataller in Londen 'n trust opgerig ten gunste van sy seun en skoondogter. Die Engelse reg is gekies om die kontrak te beheers. By sy afsterwe eis die Suid-Afrikaanse Ontvanger kragtens Suid-Afrikaanse wetgewing, wat *donationes (propriae) inter vivos* belas, boedelbelasting van die verweerder. Die regter pas die Engelse reg toe en bevind dat die *donatio* daarvolgens nie *propria* was nie en dus nie belasbaar is nie. Alternatiewelik word die Suid-Afrikaanse reg toegepas en daarvolgens kom die hof tot dieselfde konklusie. Aangesien die hof 'n Suid-Afrikaanse wet moes uitlê, lyk 'n toepassing

---

*Ltd v Efroiken and Newman* 1924 AD 171 185-6; *Gonubie Park Estate Ltd v Leopold Pearlman* 27/4/1934 TPA appèl no 159 (ongerapporteerde).

<sup>78</sup>In *Stretton v Union Steam Ship Co (Limited)* 1881 EDC 315 en *The Cape Colonial Government Railways v Green & Co* (1894) 1 OR 320 was een van die partye nie bewus van die regskeuse op die kaartjie nie; as hy daarvan bewus was sou dit gevolg gewees het, al het dit nie na die objektief toepaslike regstelsel verwys nie (tweede saak); dwingende reëls was egter nie betrokke nie.

<sup>79</sup>(1895) 12 SC 27.

<sup>80</sup>(1897) 14 SC 94.

<sup>81</sup>1933 TPD 189.

<sup>82</sup>Vgl verder hieroor Van Rooyen *Die kontrak in die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreg* (Kaapstad 1971) 186 e.v.

<sup>83</sup>1936 NPD 225.



van die Engelse reg hier onjuis en is slegs die alternatiewe oplossing juis.<sup>84</sup> Die regskeuse is lamgelê deur 'n Suid-Afrikaanse regsreël wat, so word aan die hand gedoen, redelikerwys aanspraak gemaak het op gelding. Die hof dui egter *obiter* aan dat die kontrak andersins<sup>85</sup> deur die Engelse reg beoordeel moet word: dit beteken dat selfs dwingende reëls wat betrekking het op die totstandkoming van die kontrak en deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg, wat myns insiens die objektief toepaslike regstelsel was,<sup>86</sup> deur die regskeuse vervang kon word. Hiermee word in baie duidelike taal 'n erkenning verleen aan 'n *kollisionrechtliche Verweisung*. Die hof dui egter aan dat die partye nie alle dwingende reëls van die Suid-Afrikaanse reg kan vervang nie. Dit sou nie onvanpas wees om hier die perke van die redelikheid as maatstaf vir die gelding van die Suid-Afrikaanse reël te sien nie - en daarmee vind die *Alnati* reeds dertig jaar vroeër 'n voorloper in Suid-Afrika! Dat derdelandsreg onder bepaalde omstandighede op die *lex causae* kan inwerk, blyk ook na my mening uit *De Wet v Browning*,<sup>87</sup> waar 'n regskeuse egter nie teenwoordig was nie.

In *Federal Development South Africa (Pty) Ltd v Fienberg*<sup>88</sup> is die Engelse reg gekies om 'n kontrak wat in Engeland gesluit is, maar in Suid-Afrika nagekom moes word, te beheers. Sonder bespreking van die vraag of daar nie eerder na die objektief toepaslike regstelsel gesoek moet word nie en of daar dwingende reëls betrokke is, word die Engelse reg toegepas. Dwingende reëls was egter, na my mening, nie betrokke nie.

In *Premier Wire and Steel Co Ltd v Maersk Line*<sup>89</sup> was daar dwingende reëls betrokke, maar daar word aan die hand gedoen dat die gekose regstelsel (Japanse reg)<sup>90</sup> ook die objektief toepaslike regstelsel was. Indien die partye 'n ander regstelsel gekies het, sou die dwingende reëls van die Japanse reg opgeweeg moes word teen die sekerheid wat

<sup>84</sup>Vgl Van Rooyen a w 191 n 109; sien ook die *Montelindo*-saak hieronder n 87.

<sup>85</sup>„The parties could not by contract declare that no provision thereof should render any party thereto liable to obligations to the Union Government imposed by any Union Statute . . . If the trustees had . . . to enforce . . . the covenants . . . this Court would have had to interpret the contract according to the law of England. For example, if interested parties had taken proceedings in Natal to have the deceased's covenant avoided on *any ground* this Court would have determined such a matter by the law of England” - op 47 *per r* Matthews (ek benadruk).

<sup>86</sup>Die *situs* van die vorderingsreg was Suid-Afrika en die skenker was 'n Suid-Afrikaner; dis albei baie belangrike faktore, vgl Van Rooyen a w 99 n 520.

<sup>87</sup>1930 TPD 409; vgl Van Rooyen a w 165; sien ook *Montelindo Compania Naviera v Bank of Lisbon and SA Ltd* 1969 2 SA 127 (W) 136.

<sup>88</sup>1967 PH A9 (N).

<sup>89</sup>1969 3 SA 488 (R).

<sup>90</sup>Die partye het slegs bepaal dat die reg van enige land wat verpligtend van toepassing is op die kontrak, moet geld. Die Japanse reg het sodanige reëls bevat en in werklikheid is dus gevolg gegee aan 'n regskeuse.

deur 'n regskeuse bereik word en die nadele wat splitsing van die kontrak teweegbring; eers as dit swaarder weeg as hierdie faktore, behoort dit te geld ter beperking van die gekose regstelsel.<sup>91</sup> Het ons hier te doen gehad met skeepsverkeer vanaf 'n Suid-Afrikaanse hawe, sou die regskeuse ook nie gevolg kon word nie, aangesien ons Wet op Handelskeepvaart<sup>92</sup> 'n dwingende reël van internasionale privaatreë bevat waarvolgens die Suid-Afrikaanse reg in sodanige gevalle geld.

Hier word dus aan die hand gedoen dat daar voldoende gesag in die Suid-Afrikaanse regspraak is vir die erkenning van 'n regskeuse, wat selfs die dwingende reëls van die objektief toepaslike regstelsel kan negeer. Dwingende reëls van 'n ander regstelsel (ook die *lex fori*<sup>93</sup>) kan egter, waar dit redelikerwys op gelding aanspraak maak, die gekose regstelsel lamlê; ook dwingende reëls van internasionale privaatreë geniet voorrang bo 'n regskeuse.<sup>94</sup>

### III

'n Verdere vraag is aan watter regstelsel die geldigheid van die regskeuse getoets moet word.<sup>95</sup> Die heersende mening is dat regskeuse 'n kontrak is.<sup>96</sup> Daar bestaan egter 'n polemieë oor die regstelsel wat hierdie kontrak moet beheers. Sommige ag die *lex fori* toepaslik<sup>97</sup> terwyl ander weer die gekose regstelsel aanwend.<sup>98</sup> Teen die eerste

<sup>91</sup>Daar word dus met die *Alnati* (hierbo n 31) en ook die beginsel in *Greenacre* en *Montelindo* (hierbo n 83-4) saamgestem.

<sup>92</sup>Wet 57 van 1951; vergelykbaar met *Solbanderra* (hierbo n 28).

<sup>93</sup>Sonder om nou hierop in te gaan, word betoog dat die openbare orde na positiewe en negatiewe sy altyd die toepassing van 'n regsreël tot gevolg het en dat die gelding van derdelandsreg dus die openbare orde-eksepsie omvat en dat dit dus onnodig is om die openbare orde-eksepsie te behou - vgl Van Rooyen a w 171.

<sup>94</sup>De Vos 1961 *AJ* 1 13 betoog, met verwysing na Van Brakel en Eras, dat slegs die reëlende reëls van die objektief toepaslike regstelsel deur 'n regskeuse vervang kan word. Soos dit hierbo geblyk het, is die opvatting van Van Brakel en Eras egter verouderd in die lig van die regspraak. Oor die keuse van meerdere regstelsels, vgl Van Rooyen a w 197 e v.

<sup>95</sup>Dis een van De Vos (hierbo n 94) se besware teen regskeuse in kollisieregtelike sin.

<sup>96</sup>*Niederer Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts* (Zürich 1954) 197; Raape a w 467; Vischer a w 66; Moser *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiville . . .* (St Gallen 1948) 227 e v; Haudek *Die Bedeutung des Parteivillens im internationalen Privatrecht* (Berlyn 1931) 88; Lorenz *Vertragsabschluss und Parteiville im internationalen Obligationenrecht Englands* (Heidelberg 1957) 188; vgl egter Batiffol *Traité* 626-7; vir ander skrywers sien Niederer a w 197.

<sup>97</sup>Raape a w 467 e v; Moser a w 232; Kreuzer a w 54; Niederer a w 197; Haudek a w 88 e v; Restatement (2) § 187, komm a; Gamillscheg 1958-59 *AcP* 303, 306; Deelen a w 269.

<sup>98</sup>Vischer a w 69; 2 Rabel a w 369; Lemaire a w 256; 1964 *AJ* 11 22-3; Lorenz a w 204; Haagse ontwerp t o v koopkontrakte 1951 art 2(3); Melchior *Die*

standpunt kan geopper word dat die geldigheid dus afhanklik sal wees van 'n toevallige element, naamlik die jurisdiksie van 'n hof; en teen die laaste, dat dit reeds vooraf aanvaar word dat die regskeuse geldig is, deurdat die regskeuse-kontrak juis getoets word aan die *gekose* regstelsel. Alhoewel dit besonder moeilik is om tussen hierdie twee standpunte te kies, word hier aan die hand gedoen dat die gekose regstelsel oor die geldigheid van hierdie kontrak moet beslis. So 'n benadering is eerder op praktiese as op juridiese gronde gebaseer, aangesien dit nuttig is dat die kontraktante *vooraf* weet volgens welke regstelsel die geldigheid van die regskeuse-kontrak beoordeel sal word.<sup>99</sup>

## IV

'n Ander belangrike vraag is of die kontraktante ná sluiting van die kontrak 'n ander regstelsel as die oorspronklik gekose of objektief toepaslike regstelsel kan kies. Dit kan vóór of gedurende die proses geskied, maar dis juis die prosessuele keuse wat dikwels ter sprake kom. Indien so 'n keuse veroorloof word, ontstaan die verdere vraag of die oorspronklike kontrak nie verval nie en of ingetrede gevolge, waaronder die gevestigde regte van derdes, nou van regsrag ontbloom word.

In Switserland het die *Bundesgericht* in 1953, strydig met die vroeër heersende mening, beslis dat die *lex causae* verander kan word deur 'n prosessuele keuse. Dié keuse is onderhewig aan dieselfde beperkings as 'n oorspronklike keuse en die gevestigde regte van derdes word beskerm.<sup>100</sup> Dieselfde standpunt word deur die Duitse regspraak en skrywers ingeneem,<sup>101</sup> maar 'n post-kontraktuele regskeuse word volgens Kreuzer<sup>102</sup> oor die algemeen nog met versigtigheid bejeën. In die Nederlandse regspraak is daar *rationes decidendi* en *obiter dicta* ten gunste van 'n prosessuele keuse. Die Rotterdamse Rechtbank<sup>103</sup> het dan ook voldoen aan 'n versoek van die partye om hulle „onderhavig geschil uitsluitend te beslissen op de grondslag van Nederlands

---

*Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts* (Berlyn 1932) 519 (met voorbehoud).

<sup>99</sup>Billikheid verg egter dat die persoonlike reg van die geadresseerde sal bepaal of 'n bepaalde optrede van die geadresseerde op 'n aanname neerkom - vgl Raape a w 468.

<sup>100</sup>Vgl Homberger *Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts* (Bern 1925) 18; Stauffer „Bundesgericht und Parteiautonomie . . .” *F Lewald* (Basel 1953) 395-6; Vischer a w 83; Schnitzer *Handbuch des internationalen Privatrechts* (Basel 1957) 652-4; Niederer a w 199.

<sup>101</sup>Vgl Raape „Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts” *F Boebmer* (Bonn 1954) 111 e v; Kegel a w 228; Lorenz a w 103 e v; Neuhaus a w 176; Gamillscheg *Internationales Arbeitsrecht* (Berlyn 1959) 101; Reithmann a w 6.

<sup>102</sup>a w 60.

<sup>103</sup>Vermeld en bespreek deur Kollwijn 1964 *NTIR* 225.

recht." So is die toepassing van Nigeriese reg vermy. Met verwysing na hierdie beslissing doen Kollwijn die volgende konstruksie aan die hand: die partye beoog gewoonlik nie om deur hul prosessuele keuse die kontrak te laat verval nie; hulle wil slegs vir die beslissing van 'n bepaalde aspek hul aan 'n bepaalde regstelsel onderwerp; hulle kies dus slegs 'n *beslissingsreg* en hierdie keuse is, met die behoud van die gevestigde regte van derdes, dan onderhewig aan dieselfde beperkings as 'n aanvanklike regskeuse. Hiermee bly die aanvanklik toepaslike regstelsel naas die beslissingsreg staan.<sup>104</sup>

In die Suid-Afrikaanse regspraak was daar al 'n aantal gevalle waar daar, sonder verwysing na die internasionale kontraktereg, volgens die Suid-Afrikaanse reg beslis is.<sup>105</sup> Uit hierdie beslissings kan geensins afgelei word dat die partye stilswyend die *lex fori* gekies het nie. Hulle kan eerder toegeskryf word aan die feit dat die toepaslike regstelsel nie in geskil gebring is nie. In ander beslissings<sup>106</sup> word verklaar dat die advokate toegee het dat 'n bepaalde regstelsel toepaslik is. Ook in hierdie gevalle is daar nie werklik sprake van 'n prosessuele keuse nie; die punt word net nie in geskil gebring nie. Uit twee beslissings<sup>107</sup> kan egter met meer vrymoedigheid afgelei word dat die partye tog 'n prosessuele keuse gedoen het. Uit die een saak<sup>108</sup> kan verder afgelei word dat dit geskied het vir doeleindes van beslissing; die hof toets ook nie die partye se keuse aan die objektief toepaslike regstelsel nie, alhoewel dit waarskynlik ooreengestem het met die prosessueel gekose regstelsel.

Skrywer hiervan doen aan die hand dat 'n post-kontraktuele regskeuse besonder nuttig kan wees; veral word daar gedink aan 'n keuse van die *lex fori*, wat dan bewysprobleme sal uitskakel. So 'n benadering behoort ook nie veel teoretiese probleme op te lewer nie: saam met Deelen<sup>109</sup> word aan die hand gedoen dat die ou kontrak bly voortbestaan, al is dit dan in gewysigde vorm. Of die latere keuse nou beskou word as 'n keuse van 'n beslissingsreg of 'n post-kontraktuele keuse onder ander omstandighede, maak geensins saak nie. Dieselfde beperkings as by 'n aanvanklike keuse moet geld en die gevestigde

<sup>104</sup>Vgl Kollwijn n 103 hierbo 239; vgl egter Lemaire a w 266; Deelen a w 274 wil die keuse van 'n beslissingsreg slegs binne die grense van die *lex causae* toelaat; volgens Deelen a w 272 e v sal dit afhang van die bedoeling van die partye of hulle wel so 'n beslissingsreg beoog, dan wel of hulle die hele kontrak wil onderwerp aan die nuut gekose regstelsel; volgens hom ondergaan die kontrak wel 'n verandering, maar verval dit nie. Vir 'n oorsig van die Engelse reg, vgl Lorenz a w 103 e v.

<sup>105</sup>Vir verwysings vgl Van Rooyen a w 76.

<sup>106</sup>Vir verwysings vgl Van Rooyen a w 76.

<sup>107</sup>*Griffin v The Rhodesian Border Concession Ltd* 1927 SR 176; *Dempster v Addington Football Club (Pty) Ltd* 1967 3 SA 262 (D).

<sup>108</sup>*Dempster* hierbo n 107.

<sup>109</sup>a w op 273.



regte van derdes moet behoue bly. Indien die kontrak egter reeds nietig was volgens die aanvanklik toepaslike regstelsel, kan dit egter nou nie weer nuwe lewe ingeblaas word deur 'n latere keuse nie.<sup>110</sup>

## V

Soos dit hierbo geblyk het, is skrywer hiervan basies 'n outonomis. Ter afsluiting moet egter op sommige van die besware van die anti-outonomiste geantwoord word en ook riglyne aangedui word ten aansien van die beperkings wat aan 'n regskeuse gestel behoort te word.

Die outonomiste betoog dat regskeuse regsekerheid tot gevolg het, dat dit inkonsekwent is om 'n stilswyende regskeuse van die arbiter se regstelsel in 'n arbitrasi eklousule gewoonlik na te volg en nie ook by 'n gewone geval van 'n uitdruklike regskeuse nie, dat die partye deur 'n manipulasie van aanknopingspunte die „objektief” toepaslike regstelsel in werklikheid kan kies en dat daar op hierdie wyse 'n gaping vir die listiges, maar nie vir die oningewydes gelaat word nie (selfs die oningewyde kan van die eenvoudige middel, regskeuse, gebruik maak), dat die subjektiewe benadering dit vir die hof moontlik maak om van die partye se motiewe kennis te neem en dat dit inkonsekwent is om 'n stilswyende regskeuse gedurende die proses te volg, maar nie 'n aanvanklike keuse te volg nie.<sup>111</sup>

Hierteenoor antwoord die anti-outonomiste<sup>112</sup> dat sekerheid een van die belangrikste funksies van die reg is, maar dat vae toetse dikwels aangewend word op ander terreine van die reg en dat 'n vae toets by die internasionale kontraktereg dus nie onvanpas sou wees nie. Mens wonder net of 'n vae toets 'n sekere toets moet vervang? Die anti-outonomiste gee verder toe dat die arbitrasi eklousules 'n inkonsekwensie tot gevolg het, maar sê dat dit te laat is om hierdie euwel uit te skakel. Verder sê hulle dat die manipulasie van aanknopingspunte nooit in die praktyk plaasvind nie. Hierteenoor kan geantwoord word dat die feit dat dit nog nooit voorgekom het nie, nie beteken dat die teorie nie sodanige gevalle behoort te voorsien nie; dis juis die taak van die regswetenskap om toekomstige probleme te voorsien en dit op te los. Verder word betoog dat daar 'n objektiewe regstelsel moet wees vanwaar die kontraktante hul bevoegdheid verkry om 'n regskeuse uit te oefen en dat 'n regskeuse gevolglik altyd binne die grense van

<sup>110</sup>Vgl Kollwijn 1964 *NTIR* 225 241. Die blote feit dat partye gedurende die proses na dieselfde regstelsel verwys, is nog glad nie afdoende bewys dat hulle 'n regskeuse gedoen het nie. Die hof sal hom ook uit ander faktore moet vergewis dat so 'n keuse gedoen is - vgl Kollwijn 239; Lemaire a w 268; Vischer a w 78; Kreuzer a w 61.

<sup>111</sup>Vgl oor die algemeen Mann 1950 *ILQ* 60.

<sup>112</sup>Vgl hieroor Morris 1950 *ILQ* 197.

die eerste regstelsel se dwingende reëls moet geskied; hulle verwerp die argument dat dit die internasionale kontraktereg van die forum is wat dit veroorloof, aangesien 'n reël van die internasionale privaatreëgie kan sê of 'n bepaalde kontrak (die regskeuse-kontrak) geldig is nie, maar slegs die regstelsel kan aantoon wat dit moet beslis. Hierteenoor kan geantwoord word dat die feit dat regskeuse 'n kontrak is (wat buitendien deur sommige ontken word<sup>113</sup>) 'n blote toevalligheid is en dat dit in elk geval die taak van die internasionale kontraktereg is om verwysingsreëls, waarvan regskeuse een is, aan te duif. Verder word so graag gesê dat daar aan die partye wetgewende bevoegdheids op hierdie manier verleen word - weer eens is my antwoord dat die internasionale kontraktereg van die forum dié bevoegdheid verleen.

Skrywer betoog dus, in navoring van die meerderheid skrywers, kodes en beslissings, vir 'n verlenging van 'n primêre funksie aan regskeuse. Dit sou egter, in die lig van die sosio-ekonomiese wetgewing en die nodigheid vir die vloeï van die internasionale handelsverkeer, onrealisties wees om 'n absolute gelding aan regskeuse te verleen. Dit is dan ook onmiddellik duidelik dat die huidige praktyk nie die gekose regstelsel op alle aspekte van die kontrak toepas nie: so word die *lex domicilii*, *lex loci contractus* of objektief toepaslike regstelsel op handelingsbevoegdheid, na gelang van die besondere benadering, toegepas; so word die *lex actus* of gemeenskaplike domisilie op formaliteite toegepas; en so word die *lex loci solutionis* ten opsigte van die detail van die wyse van prestasie toegepas. Waarom kan dieselfde moontlikheid nie ook by die ander aspekte, soos die geoorlooftheid, bestaan nie? Onmiddellik moet egter bygevoeg word dat 'n splitsing van die kontrak inbreuk maak op die sekerheid wat deur die regskeuse bereik word en dat dit ook die materiële harmonie tussen die partye se verpligtings versteur. Wanneer hierdie faktore in ag geneem word en die sosiale funksie van die besondere verbandhoudende regsreël ondersoek is en daar dan bevind word dat die nadeel van die nie-toepassing van die derdelandsreël groter is as die genoemde voordele, dat dit dus internasionaal onredelik is om die derdelandsreël nie toe te pas nie, moet die derdelandsreël toegepas word. Hierdie benadering is na my mening nie alleen in die *Almati* te vinde nie, maar bestaan ook in die Suid-Afrikaanse regspraak, die Engelse regspraak en vind ook sterk aanhang onder die Duitse skrywers.

Nou kan daar wel gevra word of regskeuse nog so nuttig is as al hierdie beperkings in ag geneem moet word. Afgesien van die feit dat die beperkings by handelingsbevoegdheid, formaliteite en detail van wyse van prestasie goed bekend is, word dit verder aan die hand gedoen

<sup>113</sup>Sien hierbo n 96.

<sup>114</sup>Die blote feit dat daar meerdere *loci solutionis* is, is egter m i nog nie afdoende rede vir 'n splitsing nie - vgl Van Rooyen a w 196 e v.

dat daar mettertyd, met die redelikheid as rigsnoer, nadere afbakenings sal uitkristalliseer.<sup>114</sup> Verder het regskeuse so 'n hoë waarde dat dit slegs in uitsonderlike omstandighede nog verder beperk moet word.

So word daar dan gestreef na 'n internasionaal redelike oplossing vir 'n kontrak, wat deur die kontraktante in 'n internasionale milieu ingebed is.

#### SUMMARY

##### Choice of law in international contracts

The main issue is whether the parties to an international contract may oust the imperative provisions of the objective proper law by a choice of law.

Despite strong opposition from the authors, the French courts allocate a primary function to a choice of law and the new draft of the *Code Civil* certainly does not limit the choice to a replacement of the permissive rules of the objective proper law (*contra* Delaume). The *Hoge Raad* of the Netherlands settled all disputes in 1966 when it clearly decided that choice of law has a primary function and that the only limits are to be found in imperative provisions of Dutch private international law (*Solbanderra*) and imperative provisions of third systems which *reasonably* claim application *in internationalibus*. The German courts also recognise a so-called *kollisionsrechtliche Verweisung*, limiting it only by public policy. The English courts generally tend to give effect to all choice of law clauses. That even the imperative rules of the objective proper law could be replaced by a choice, was clearly decided by the Privy Council, on appeal from Nova Scotia (where English private international law prevailed), in *Vita*; this decision being contrary to an earlier decision of the Court of Appeal (*The Torni*). Despite opposition, *Vita* is generally regarded as good English private international law (see n 59 above). According to *Vita* the choice must, however, be "bona fide and legal." In the United States the courts and the *Restatement (2)* require only a reasonable connection with the chosen state and, generally, that the choice should not be contrary to a fundamental policy of the objective proper law.

Our Roman-Dutch authorities, as far as can be ascertained, limit the choice to a replacement of the permissive rules of the objective proper law. The *obiter dicta* of our decisions seem to favour an unlimited choice. In those decisions where a choice was present, there were, however, either permissive rules to take into account or, in the remaining two decisions, factual connections with the country of the chosen law; in the one decision the chosen law was also the objective proper law, but in the other it was substituted by a chosen law. It is submitted that our courts should - following the reasoning of the *Hoge Raad* - only limit a choice where the imperative rules of a third system (including the *lex fori*) reasonably claim application *in internationalibus*. It is further submitted that this was the basis of the decision in *Greenacre* (n 83 above).

For a more detailed summary in English, see Van Rooyen *Die kontrak in die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë* (Cape Town 1971). □

# Die opsie: 'n voorwaardelike reg?

David Joubert

*Universiteit Wes-Kaapland*

Die opsie is 'n bekende en nuttige regsfiguur. Dit kan gebruik word om voorlopige kontraktuele reëlings te tref waarvolgens die een party binne 'n bepaalde tyd mag kies of hy wil voortgaan met 'n besondere transaksie met 'n besondere inhoud terwyl die ander party daaraan gebind is indien eersgenoemde wel sou besluit om daarmee voort te gaan; dit sou 'n voornemende koper in staat stel om vir homself die geleentheid te beding om onder bepaalde voorwaardes, bedinge en terme te koop indien hy so sou verkies terwyl die voornemende verkoper verbind is om onder daardie voorwaardes, bedinge en terme te verkoop indien die voornemende koper wil koop en die opsie uitoefen. Die algemene reëls insake die werking van hierdie figuur is goed bekend maar oor die juridiese konstruksie daarvan bestaan daar verskillende menings. Omdat hierdie meningsverskil ter sake mag wees wanneer nuwe probleme in verband met die opsie ter sprake kom, moet 'n mens daarop bedag wees. Hierdie bydrae is nie bedoel om die hele onderwerp van die regsraad van die opsie te behandel nie, dog slegs om die aandag te vestig op twee besondere verklarings van die opsie en sekere van hulle konsekwensies.

Die konstruksie van die opsie wat gewoonlik voorgehou word, is dat daar 'n substantiewe aanbod is wat, na aanvaarding daarvan, aanleiding sal gee tot 'n kontrak met 'n bepaalde inhoud, gekoppel met 'n ooreenkoms om hierdie aanbod vir 'n bepaalde tyd oop te hou.<sup>1</sup> Voor die verstryking van die ooreengekome termyn kan die geadresseerde (opsiehouer) die opsie uitoefen en die beoogde kontrak tot stand bring; na die verstryking van die termyn verval die substantiewe aanbod en is dit nie vir aanneming beskikbaar nie. Hierin is niks buitengewoons geleë nie aangesien iedere geadresseerde deur die aanname van die aanbod aan hom gerig 'n kontrak tot stand kan bring en die aanbieder, wat kan voorskryf op welke wyse 'n aanbod aangeneem moet word, ook kan voorskryf binne welke termyn dit beskikbaar is

---

<sup>1</sup>*Boyd v Nel* 1922 AD 414. Sien ook B Beinart „*Offers stipulating a period for acceptance*” 1964 *Acta Juridica* 200-207.



vir aanneming.<sup>2</sup> Om die onderskeidende van die opsie te vind, moet ons verder delf.

Die grondslag van die opsie is die ooreenkoms wat die opsiegewer verbind om sy aanbod nie te herroep nie. Normaalweg kan iedere aanbod deur die aanbieder herroep word<sup>3</sup> tot op die stadium waarop die moontlikheid van herroeping uitgesluit word.<sup>4</sup> Die opsiegewer, egter, het onderneem om dit nie te doen nie en deur die ooreenkoms word sy bevoegdheid tot herroeping aan bande gelê. In hierdie opsig lê die opsie die opsiegewer sekere verpligtings op en moet dit *ex necessitate* vir die opsiehouer die ooreenstemmende regte skep. As die opsiegewer sy aanbod strydig met die ooreenkoms sou herroep, sou die opsiehouer die herroeping kon negeer en die opsie desnieteenstaande uitoefen.<sup>5</sup> Deur die uitoefening van die opsie sou die opsiegewer verbind word om die ooreenkoms wat daardeur tot stand gekom het, uit te voer of andersins die gevolge van sy kontrakbreuk te dra. Die opsiehouer sou ook die herroeping kon aanvaar en daardeur, in beginsel, 'n eis vir skadevergoeding op grond van die opsiegewer se kontrakbreuk verwerf. Hierdie eis sou hom geregtig maak op vergoeding van sy onkoste in verband met die opsie en wat hy ter verkryging daarvan presteer het.<sup>6</sup>

Voortvloeiende uit hierdie ooreenkoms is die opsiegewer verder verplig om soos 'n redelike man op te tree en nie die uitoefening van die opsie waardeloos te maak nie.<sup>7</sup> As die opsie byvoorbeeld betrekking het op 'n saak, sou die opsiegewer dit nie opsetlik of nalatiglik mag vernietig of aan 'n derde vervreem voordat die opsie verval het nie. Die opsiehouer sou desnoods 'n interdik kon verkry om sulke optredes

<sup>2</sup>Sien Ellison Kahn in Hahlo & Kahn *South Africa: the Development of its Laws and Constitution* 451.

<sup>3</sup>Sien Kahn a w 453.

<sup>4</sup>Sien De Wet & Yeats *Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg* (3e uitg) 30 daarvoor.

<sup>5</sup>Kahn tap.

<sup>6</sup>Sien *Boyd v Nel supra*. Die vraag of die opsiehouer in hierdie geval enige aanspraak het op vergoeding ten opsigte van die verlies van die geleentheid om te presteer, is onbeslis gelaat. 'n Moontlike argument teen die toelaatbaarheid van so 'n eis is dat die opsiehouer self gekies het om die geleentheid om te kontrakteer te laat verbygaan, want dit het hom mos vrygestaan om die opsie uit te oefen en dan skadevergoeding te eis as die opsiegewer nie presteer nie. Waarom moet die opsiegewer behandel word asof die opsie alreeds uitgeoefen was? Aan die ander kant kan weer gesê word dat dit sinneloos is om 'n aanname te vereis waar die opsiegewer alreeds te kenne gegee het dat hy nie sal presteer as die opsie uitgeoefen word nie. Maar dan ontnem jy die opsiegewer die geleentheid om van plan te verander.

<sup>7</sup>Sien *Van der Merwe v Scheepers* 1964 TPD 147; *Le Roux v Odendaal* 1954 4 SA 432 (N); *BP South Africa (Pty) Ltd v Dresden Properties (Pvt) Ltd* 1964 2 SA 21 (SR); De Wet & Yeats a w 30; Kerr *Principles of the South African Law of Contract* 185-6.

te verhinder. Die opsie skep dus vir die opsiegewer sekere verpligtings met betrekking tot die voorwerp waarop die substantiewe aanbod betrekking het en ook die ooreenstemmende regte vir die opsiehouer.

'n Ander kenmerk van die opsie is dat die opsiehouer dit aan 'n ander mag oormak tensy 'n uitdruklike of stilswyende verbod daarop geplaas is.<sup>8</sup> Gewoonlik is 'n aanbod alleen oop vir aanname deur die geadresseerde, wie hy ook al mag wees.<sup>9</sup> Die verklaring van die oordraagbaarheid van die opsie lewer dan ook probleme op. Indien ons aanneem dat die opsie 'n gewone aanbod as grondslag het, dan kan die opsiehouer ewe min as enige geadresseerde sy aanbod tot die beskikking van 'n ander stel vir aanname sodat daar 'n kontrak tussen die ander en die aanbieder tot stand kom. 'n Moontlike verklaring van die oordraagbare opsie is dat dit stilswyend 'n magtiging aan die opsiehouer inhou om dieselfde aanbod namens die aanbieder aan 'n ander te maak en om aan hom 'n opsie te verleen vir die onverstreke gedeelte van die opsietermyn. Wanneer die verdere opsie verleen word, verloor die opsiehouer sy eie bevoegdheid om die opsie aan hom verleen aan te neem.<sup>10</sup> Die enigste ander verklaring is dat die oorspronklike aanbod sodanig bewoord is dat dit oop is vir aanname deur die opsiehouer en ook enige ander persoon wat hy mag aanwys. Hierteen sou mens verskeie besware kan noem. Die bevoegdheid om 'n verdere geadresseerde aan te wys moet ook van die aanbieder afkomstig wees en hierdie geval is slegs in 'n geringe mate van die voorgaande te onderskei. Die persoon aan wie die opsie oorgemaak is, sou self nie in die posisie van 'n opsiehouer verkeer nie (omdat geen opsie-ooreenkoms met hom gesluit is nie) alhoewel hy as sessionaris van die opsiehouer se regte tog sekere bevoegdhede mag hê. Dit is ten slotte 'n eienaardige verskynsel dat 'n aanbod aan persone in 'n bepaalde volgorde gemaak word.

'n Verbandhoudende kenmerk van die opsie, volgens algemene beskouing, is dat dit by die dood van die opsiehouer en/of opsiegewer oorgaan op hulle boedels.<sup>11</sup> Die argument lui dat die opsie, anders as

<sup>8</sup>*Hersch v Nel* 1948 3 SA 686 (A).

<sup>9</sup>Sien die uitspraak van ar Schreiner in *Hersch v Nel supra* 692: „In the great majority of cases an offer made by A to B is intended by A to be open to acceptance by B and no one else, but there is no notional or juristic obstacle to an offer addressed to B being accepted by C; it is simply a question in interpretation of the offer. So if an offer is made by A to B and he assigns, A's intention is clear that B may pass the offer on to C, who may make a binding contract with A by notifying his acceptance to the latter . . . And the position would be the same if, for instance, the offer is contained in a letter which nowhere states that the offer is to the addressee and he assigns or that it is assignable but which on its proper construction shows that the offer is intended to be, and therefore is, assignable.”

<sup>10</sup>Dit spreek vanself dat die opsiegewer slegs een uiteindelijke kontrak beoog.

<sup>11</sup>Sien Kahn aw 452; De Wet & Yeats aw 31-2. Vgl *Naude v Malcolm* 19 SC 482; *Major's Estate v De Jager* 1914 TPD 96; *Stofberg v Estate Van Rooyen* 1928 OPD 38; *Costain & Partners v Godden* NO 1960 4 SA 456 (SR).

die gewone aanbod, regte en verpligtings skep wat by die dood van die skuldeiser en/of skuldenaar kan oorgaan. Hierbo het ons reeds verwys na die regte van die opsiehouer met betrekking tot die oophouding van die aanbod en die bewaring van die saak waarop die aanbod betrekking het. Maar hierdie regte is van geen betekenis indien die aanbod self nie vir aanneming beskikbaar is na die dood van die opsiehouer en/of opsiegewer nie. As die basis van die opsie 'n gewone aanbod is gekoppel aan 'n ooreenkoms dan behoort daardie aanbod soos enige ander aanbod te verval by die dood van die aanbieder en/of die geadresseerde. Die regte en verpligtings wat uit die ooreenkoms ontstaan is wel in beginsel vatbaar vir vererwing, maar het alleenstaande geen betekenis na die dood van die opsiehouer en/of opsiegewer nie en sterf daarom saam met hulle. Dit sou wel anders wees as daar uit die opsie 'n reg tot aanname voortvloei, maar dan is daar geen gewone aanbod nie.

Die gevolgtrekking waartoe die aanwending van die bovermelde konstruksie van die opsie ons bring is dat die opsiehouer voor uitoefening van die opsie sekere regte het wat die reg sal beskerm; dat die opsie self nie *inter vivos* oordraagbaar is nie maar dat die opsiehouer 'n volmag mag hê om verdere opsies te verleen; en dat die opsie verval by die dood van die opsiehouer en/of opsiegewer. Die gevolge hiervan is dat wanneer die kontrak waarop die substantiewe aanbod betrekking het aan sekere vormvereistes moet voldoen, die aanbod in so 'n vorm moet wees dat geen verdere samewerking van die opsiegewer nodig is om daaraan te voldoen nie;<sup>12</sup> dat die opsie-ooreenkoms self nie aan die vormvereistes hoef te voldoen nie;<sup>13</sup> en dat in daardie gevalle waar 'n skriftelike volmag nodig is om iemand in staat te stel om as verteenwoordiger 'n bindende aanbod te maak, die opsie-ooreenkoms wel op skrif moet wees sodat dit duidelik is van waar die opsiehouer sy reg verkry om verdere opsies namens die opsiegewer aan ander te maak.<sup>14</sup>

Hierdie gevolgtrekkings en gevolge kom nie ooreen met die werklike of begeerde kenmerke van die opsie nie. Dit is veral die opvatting dat die opsie onder lewendes *oordraagbaar* is wat hiermee strydig is. Hierdie eienskap kan alleen aanwesig wees indien die opsie aan die opsiehouer iets bied wat regtens oordraagbaar is: daar moet die een of ander reg uit die opsie voortvloei. Uitgaande hiervan kom daar 'n ander moontlike verklaring by mens op, nl dat ons hier 'n ooreenkoms onderworpe aan 'n opskortende potestatiwew voorwaarde het.<sup>15</sup> Die uiteindelijke verbintenis is afhanklik van 'n onsekere toekomstige

<sup>12</sup>*Brand v Spies* 1960 4 SA 14 (OK).

<sup>13</sup>*Ibid.*

<sup>14</sup>Soos vereis by die koop en verkoop van onroerende goed.

<sup>15</sup>Sien Wille se *Principles of South African Law* (6e uitg deur JTR Gibson) 338; De Wet & Yeats a w 32.

gebeurtenis, nl die uitoefening van die opsie deur die opsiehouer, wat gesien kan word as 'n potestatiewe voorwaarde. Die werking daarvan is opskortend omdat die ooreenkoms nie sy volle werking kan hê tot dat die opsie uitgeoefen is nie.

Na aanleiding van hierdie stellings kan ons weer eens die werking van die opsie ondersoek. Die opsiegewer sou homself nie eensydiglik van die opsie kon bevry deur dit te „herroep” nie, omdat die partye by so 'n voorwaardelike ooreenkoms, uitgesonder die party van wie se wil die ooreenkoms afhanklik is, hulle nie eensydiglik aan die ooreenkoms kan onttrek nie. Uit hierdie voorwaardelike ooreenkoms ontstaan daar voorwaardelike regte en verpligtings wat die howe sal beskerm of afdwing, en die opsiehouer sou dienooreenkomstig geregtig wees op 'n interdik om die opsiegewer van vervreemding of vernietiging van die saak te weerhou.<sup>16</sup> Repudiëring van die opsiehouer se voorwaardelike verpligtings sou kontrakbreuk wees en die voorwaardelike skuldeiser sou dit kon aanvaar en aldus uit die ooreenkoms tree of dit negeer en die ooreenkoms in stand hou.<sup>17</sup>

Belangriker nog is dat voorwaardelike regte oorgedra kan word deur middel van 'n regshandeling onder lewendes;<sup>18</sup> dienooreenkomstig sou die opsiehouer sy voorwaardelike regte *inter vivos* kan oordra aan iemand wat in sy plek voorwaardelike skuldeiser sou word. Die opsie maak gewoonlik voorsiening vir 'n tweesydigte (koop-)kontrak. Onmiddellik moet 'n mens dink aan die posisie aangaande die oordrag van die opsiehouer se voorwaardelike verpligtings. Die oordrag van verpligtings kan in ons reg alleen geskied met die toestemming van die skuldeiser. Indien die opsiehouer sy voorwaardelike regte alleen met die verlof van die opsiegewer kon oordra en die opsiegewer sou in 'n bepaalde geval nie toestemming daartoe verleen nie, byvoorbeeld omdat hy nie gevra is nie of omdat hy dit geweier het, sou daar by die uitoefening van die opsie 'n onhoudbare toestand ontstaan: die opsiehouer sou die onvoorwaardelike skuldenaar van die opsiegewer wees terwyl die sessionaris die onvoorwaardelike skuldeiser van die opsiegewer sou wees. Omdat daar by kredietgewing gewoonlik 'n *dilectus personae* is, en daarom 'n stilswyende verbod op die oordrag van die opsie,<sup>19</sup> sal die oordrag van 'n opsie gewoonlik ter sprake kom by kontantransaksies, maar selfs dan is benadeling van die opsiehouer nie uitgesluit nie. Weliswaar sou die sessionaris by 'n kontantransaksie namens die opsiehouer kan presteer ten einde prestasie van die opsiegewer te verkry, maar dit kan nie uitgesluit word dat die opsie uitgeoefen word in 'n geval waar die sessionaris nie in staat is om te presteer

<sup>16</sup>Vgl De Wet & Yeats aw 102.

<sup>17</sup>Dit volg uit algemene beginsels.

<sup>18</sup>De Wet & Yeats tap.

<sup>19</sup>*Hersch v Nel supra*; Kahn aw 445.



nie en dat die opsiehouer dan deur die opsiegewer aangespreek word vir prestasie nie. Die vlot werking van die opsie vereis dat so iets nie mag gebeur nie en dat die opsiehouer in staat moet wees om sy voorwaardelike verpligtings aan die sessionaris oor te dra sonder enige verdere samewerking van die opsiehouer nadat die opsie verleen is. Ons moet dus 'n voorafgaande en onherroeplike toestemming konstrueer in elke geval waar die opsie uitdruklik of stilswyend oordraagbaar is sodat die opsiehouer nie nodig het om met die opsiegewer in verbinding te tree wanneer hy die opsie wil oordra nie.<sup>20</sup> Verder moet die bevoegdheid om die opsie uit te oefen ook as oordraagbaar beskou word, want anders sal die opsiehouer alleen die sessionaris kan aanstel as sy gevolmagtigde om die opsie uit te oefen, iets wat weer allerlei lastige gevolge kan hê.<sup>21</sup> Miskien sou 'n mens kan redeneer dat dit wel so oordraagbaar is na analogie van gevalle waar die reg om 'n keuse uit te oefen oorgaan op die boedel van die keusegeregtigde.<sup>22</sup>

Voorwaardelike regte en verpligtings (nie van 'n persoonlike aard nie) kan vererf<sup>23</sup> en die voorwaardelike regte en verpligtings van die opsiehouer en opsiegewer sal derhalwe ook by hulle dood vererf. Soos reeds vermeld, is daar analoë gevalle waar die reg om 'n keuse te maak na die dood van die keusegeregtigde oorgaan op sy boedel. Hiervolgens sou die eksekuteur van die oorlede opsiehouer se boedel die opsie kon uitoefen indien dit wenslik is.

Die eienskappe van die opsie gesien as ooreenkoms onderhewig aan 'n opskortende potestatiwe voorwaarde is die volgende: voor uitoefening van die opsie het die opsiehouer sekere voorwaardelike regte wat hy regtens kan beskerm; die opsie is onder lewendes oordraagbaar sodat die sessionaris voorwaardelike skuldeiser en skuldenaar word en ook die reg verkry om die opsie uit te oefen (mits ons sekere veronderstellings maak); die opsie kan na die dood van die opsiegewer en opsiehouer uitgeoefen word. Die uitoefening van die opsie is die vervulling van die voorwaarde en daarna is die ooreenkoms onvoorwaardelik. Die gevolge van hierdie konstruksie is dat waar daar van regsweë vormvereistes gestel word vir die besondere soort kontrak, die hele ooreenkoms op skrif moet wees en deur die partye geteken moet word.<sup>24</sup> Die potestatiwe voorwaarde (die opsie-ooreenkoms) moet ook in die skrif vervat wees tensy die standpunt ingeneem word dat die *parol evidence*-reël nie die bewys van opskortende voor-

<sup>20</sup>Ons dink hier aan die geval waar 'n huurkontrak „assignment” toelaat en die huurder ooreenkomstig die bedoeling van die kontrak homself kan laat vervang as skuldenaar en skuldeiser.

<sup>21</sup>bv dat die bevoegdheid sal verval by die dood van die volmaggewer.

<sup>22</sup>Sien *Hersch v Nel supra*. By die genuskoop gaan die bevoegdheid om te individualiseer ook oor op die boedel van die oorlede verkoper.

<sup>23</sup>De Wet & Yeats a w 102.

<sup>24</sup>Soos waar grond verkoop word. *Contra: Brand v Spies supra*.

waardes (en dus van die opsie) uitsluit nie,<sup>25</sup> en in daardie geval sal mondelinge getuienis ten opsigte daarvan ontvanklik wees alhoewel dit nie in die skrif ingesluit is nie, indien een van die partye voor vervulling van die voorwaarde sou ageer asof die ooreenkoms onvoorwaardelik is (dws asof die opsie uitgeoefen was). Die opsiehouer sou die opsie uitoefen deur die opsiegewer (of die eksekuteur van sy boedel) in kennis te stel van die uitoefening en nie deur die „aanbod” van die opsiegewer of die ooreenkoms te teken en die opsiegewer daarvan in kennis te stel nie. In die geval van ’n oordrag van die opsie sou enige statutêre bepalings wat eers registrasie van grond (as dit die voorwerp van die ooreenkoms is) in die naam van die sedent en eers daarna in die naam van die sessionaris vereis, van toepassing wees.<sup>26</sup>

Die verklaring dat die opsie eintlik ’n ooreenkoms onderworpe aan ’n opskortende potestatiewe voorwaarde is, bied wel ’n grondslag om die begeerde kenmerke van die opsie, nl sy oordraagbaarheid onder lewendes en sy oorganklikheid by die dood van die opsiehouer en opsiegewer, te verklaar as ’n mens sekere assumpshies maak. Daar kan egter nie gesê word dat ons regspraak die opsie as ’n voorwaardelike ooreenkoms sien of dat dit die bogemelde gevolge aan die opsie heg nie. Hierdie verklaring is dus geen verklaring van die opsie soos dit in ons regspraak bestaan nie. Die basis van die positiefregtelike oplossings is dat die opsie ’n aanbod bevat met ’n meegaande ooreenkoms wat die opsiehouer in ’n beter regsposisie as die van die gewone geadresseerde stel. Hy kry nie slegs die geleentheid om die aanbod aan te neem nie, maar die reg om dit aan te neem.<sup>27</sup> Hierdie reg kan ’n ekonomiese waarde hê en is onder lewendes oordraagbaar, sodat die persoon aan wie dit oorgedra word alle regte en voorregte van die opsiehouer self kan geniet en uitoefen. Die onvermydelike gevolgtrekking is dat die opsie-ooreenkoms iets meer is as net ’n ooreenkoms insake die instandhouding van die aanbod wat vir ’n tydlank onherroepelik gemaak is. Alhoewel ’n mens kan sê dat die verpligtings van die opsiegewer potestatief voorwaardelik opgeskort is, sien die howe nie die transaksie self as ’n voorwaardelike ooreenkoms nie. □

<sup>25</sup>Sien de Wet & Yeats aw 71 ev vir kritiek.

<sup>26</sup>Sien a 14 van die Akteswet 47 van 1937.

<sup>27</sup>Sien *Hersch v Nel supra*; Kahn aw 445; PM Nienaber 1964 *THRHR* 45-7. NJ van der Merwe 1964 *THRHR* 246 ontken die bestaan van ’n reg in die sin van ’n *ius in personam* en meen dat die opsiehouer ’n kompetensiebevoegdheid (*capacity*) het. Dit lyk nie juis nie. Die opsiehouer mag van regsweë ’n bevoegdheid om aanbiedinge te aanvaar hê en dit sal hom in staat stel om die opsie uit te oefen. Die opsie gee hom egter die geleentheid om sy bevoegdheid te gebruik. Dit verleen hom verder sekere regte wat hy regtens kan afdwing en hierby moet ons voeg ’n reg tot aanname wat hy kan oormak aan andere. Ons onderskei dus tussen die geleentheid om te kontrakteer en die bevoegdheid om die geleentheid te gebruik. Eersgenoemde openbaar by die opsie die kenmerke van ’n reg en kan ’n ekonomiese waarde hê.

167-288 4/20  
287 -

# Dwaling by onderwing

(Slot)\*

CP Joubert

Senior Advokaat te Pretoria

## VII

In Suid-Afrika is die legitieme porsie deur wetgewing afgeskaf.<sup>220</sup> Dit het meegebring dat die uitgangspunt van die Suid-Afrikaanse reg, net soos dié van die Engelse reg, algehele testeervryheid is sodat 'n erflater sy nalatenskap by wyse van testament kan bemaak aan wie hy wil. Hy is nie regtens verplig om 'n deel van sy nalatenskap aan enige van sy bloedverwante in sy testament te bemaak nie. Dit staan hom vry om sy kinders of enige ander bloedverwante uitdruklik te onderf sonder om enige rede vir die onderwing te vermeld. Insgelyks kan hy sy kinders of enige ander bloedverwante eenvoudig stilswyend onderf deur hul oor die hoof te sien of verby te gaan in sy testament.<sup>221</sup>

Voor die inwerkingtreding van wet 7 van 1953 op 1 Januarie 1954 was die holografiese testament (*testamentum holographum* of *testamentum parentis inter liberos*) erken as 'n gemeenregtelike bevoorregte testament in die Kaap-Provinsie, die Vrystaat, Transvaal en Suidwes-Afrika.<sup>222</sup> In Natal was dit egter nie erken nie weens die bevoording van artikel 1 wet 2 van 1868 (N).<sup>223</sup> Die holografiese testament was 'n testament wat die erflater self geskryf het en onderteken het en waarin hy sy nalatenskap aan sy afstammeling bemaak het.<sup>224</sup> Dit was nie nodig dat dit deur getuies attesteer word nie.<sup>225</sup> Volgens die Romeins-Hollandse reg kon 'n holografiese testament ook mondeling voor twee getuies verly word<sup>226</sup> maar dit is te betwyfel of 'n

\*Sien 1970 *THRHR* 1 167 268 402.

<sup>220</sup>a 2 van wet 23 van 1874 (K), a 2 van proklamasie 28 van 1902 (T), a 128 van ordonnansie 18 van 1905 (O), a 3 van wet 28 van 1863 (N) en wet 7 van 1885 (N).

<sup>221</sup>*Vimpany v Attridge* 1927 CPD 113 118-119.

<sup>222</sup>a 3 van ordonnansie 15 van 1845 (K), a 1 van Ordonnansie 11 van 1904 (O), a 1 van ordonnansie 14 van 1903 (T) en a 1 van proklamasie 23 van 1920 (SWA).

<sup>223</sup>*In re Springorum's Estate* 32 NLR 16, *In re Estate Lalla* 1922 NPD 18.

<sup>224</sup>De Groot 2 17 28, Van Leeuwen *RHR* 3 2 13, *CF* 1 3 2 19-21, Groenewegen *ad Cod* 6 23 21 1, Voet 28 1 15.

<sup>225</sup>Voet 28 1 15, 1 *Hollandsche Consultation* c 93.

<sup>226</sup>Voet 28 1 15, Van Leeuwen *CF* 1 3 2 19, Vinnius *ad Inst* 2 10 4 nr 2, 1 *Observationes Tumultuariae* 136.

mondelinge holografiese testament ooit in Suid-Afrika erken is. Anders as in die voor-Justiniaanse Romeinse reg was 'n soldate-testament wel in die Romeins-Hollandse reg aanvegbaar deur die *querella inofficiosi testamenti*.<sup>227</sup> Dat die holografiese testament ook in die Romeins-Hollandse reg aanvegbaar deur die *querella inofficiosi testamenti* was, blyk duidelik uit Voet 28 1 17 waar hy verkondig dat 'n holografiese testament *imperfecta* is indien 'n erflater daarin 'n kind van hom stilswyend onterf of oor die hoof sien.<sup>228</sup> Voet gaan trouens verder en verklaar dat 'n holografiese testament nie gebruik kan word deur 'n erflater om sy kind uitdruklik te onterf selfs met vermelding van die rede vir onterwing nie.<sup>229</sup> Ofskoon 'n erflater nie verplig was om aan sy kinders gelyke erfporisies in sy holografiese testament te bemaak nie moes hy wel aan elke kind minstens sy legitieme porsie bemaak om te voorkom dat sy holografiese testament na sy dood met die *querella inofficiosi testamenti* aangeveg word.<sup>230</sup> Dit is immers logies, anders sou die holografiese testament by uitnemendheid misbruik kon word om die Romeins-Hollandsregtelike beginsels met betrekking tot die legitieme porsie en onterwing maklik te omseil.

Soos 'n mens kan verwag, het die vraag ontstaan wat die effek van die afskaffing van die legitieme porsie op die holografiese testament was toe 'n geldige holografiese testament nog in Suid-Afrika gemaak kon word. Die Transvaalse hof het in *In re Ebrahim's Estate*<sup>231</sup> beslis dat 'n erflater in sy holografiese testament minstens die legitieme porsie aan elk van sy kinders moet bemaak voordat dit as 'n bevoorregte testament geldig kan wees. Daarenteen het die Kaapse hof in *Basson v Van Jaarsveld*<sup>232</sup> beslis dat dit nie nodig is vir die geldigheid van 'n holografiese testament sedert die afskaffing van die legitieme porsie dat 'n erflater daarin aan elke kind van hom nie minder as sy legitieme porsie moet bemaak nie. Die benadering van die Kaapse hof is na ons

<sup>227</sup>Voet 5 2 21, Van Leeuwen *CF* 1 3 4 30, Groenewegen *ad Cod* 3 28 9.

<sup>228</sup>„In like manner dispositions of parents among their children ought to be deemed to be incomplete in respect of wishes when a parent has passed over certain of his children in silence” (Gane se vertaling van Voet 28 1 17).

<sup>229</sup>„But if a father has by such an informal will disinherited one of his children, with the addition of a genuine and just cause for the disherison, the position is rather that the disherison is considered ineffective. Such a freedom of disherison is nowhere vouchsafed by the laws which deal with privileged last wills; nor are disherisons to be assisted by any interpretation. Moreover it is expressly required in the passage cited below (Novel 107 ch 1) that ‘the names of the children and the quantities in which the father writes them down as heirs are announced in his own hand.’ Such a requirement is by no means fulfilled when a son is shut out from the inheritance to his father and no share at all bequeathed him.” (Gane se vertaling van Voet 28 1 17).

<sup>230</sup>Lybrechts *Redenerend Verhoog over 't Notaris-Ampt* deel 1 hoofstuk 19 nr 21-22, Wassenaar *Practyck Notariael* cap 18 nr 16.

<sup>231</sup>1936 TPD 60.

<sup>232</sup>1958 1 SA 418 (K).



mening korrek dat die bemaking van minstens die legitieme porsie aan elke kind van die erflater nie 'n formaliteitsvereiste vir die geldigheid van 'n holografiese testament was nie maar 'n materiële vereiste solank die legitieme porsie nog in swang was. Met die afskaffing van die legitieme porsie het hierdie materiële vereiste verdwyn. Na ons mening was die vereiste dat 'n erflater in sy holografiese testament al sy kinders moes bevoordeel insgelyks 'n materiële vereiste wat voortgevloei het uit die legitieme porsie en die daarmee verbandhoudende beginsels van onderwing. Aangesien 'n erflater in Suid-Afrika algehele testeervryheid geniet en sy holografiese testament nie met die *querella inofficiosi testamenti* aangeveg kan word nie volg dit na ons mening dat hy slegs in sy holografiese testament 'n kind stilswyend kan onderf deur hom oor die hoof te sien. Insgelyks kan hy daarin 'n kind van hom uitdruklik onderf. Hierdie aspek is nog van belang vir Rhodesië waar die legitieme porsie wel afgeskaf is maar waar die holografiese testament nog as bevoorregte testament behou word.<sup>233</sup> Of daar nog in Suid-Afrika holografiese testamente gaan opduik wat voor 1 Januarie 1954 verly is, sal die tyd alleen leer.

As 'n ongetroude erflater 'n testament maak maar later in die huwelik tree en kinders word uit sy huwelik gebore, dan was die posisie in die Romeins-Hollandse reg dat sy testament deur die geboorte van sy kinders stilswyend herroep word.<sup>234</sup> Deur die afskaffing van die legitieme porsie het hierdie gemeenregtelike beginsel egter verval,<sup>235</sup> behalwe in Natal waar artikel 8 van wet 2 van 1868 (N) verorden het dat 'n erflater wat later trou se testament deur sy huweliksluiting stilswyend herroep word, tensy sy testament na sy toekomstige huwelik verwys, of tensy hy in sy testament oor vermoë beskik wat nie op sy eggenote of sy afstammeling sou vererf het indien hy intestaat sou gesterf het nie, of tensy dit 'n gesamentlike testament is en die erflater as langsliewende eggenoot later weer sou trou.<sup>236</sup> Artikel 7 van wet 7 van 1953 het egter wet 2 van 1868 (N) in sy geheel herroep ten aansien van testamente wat op of sedert 1 Januarie 1954 verly word.

Wat wel interessant is, is om te sien hoe in ons regspraak gebruik gemaak word van 'n vermoede teen onderwing van 'n erflater se kinders of verdere afstammeling ten einde stilswyende onderwing van hulle te voorkom waar dit te wyte is aan dwaling aan die kant van die erflater toe hy sy testament gemaak het. Die Romeins-Hollandse reg het geen behoefte aan 'n algemene vermoede teen onderwing van kinders of verdere afstammeling gehad nie aangesien 'n erflater sy kinders of verdere afstammeling uitdruklik moes onderf ten aansien

<sup>233</sup>Vergelyk *Ross v The Master & Another* 1958 3 SA 380 (SR) 382.

<sup>234</sup>Voet 4 2 8, Van der Linden 1 9 11, Van der Keessel *Theses Selectae* 306.

<sup>235</sup>*Shearer v Shearer's Executors* 1911 CPD 813.

<sup>236</sup>*Ex Parte De Swardt* 1951 3 SA 469 (N), *In re Estate Reynolds* 1956 1 SA 1 (N).

van hul legitieme porsies met vermelding van 'n erkende regsgrond. Regter Wessels het dit tereg besef toe hy homself soos volg uitgelaat het in *Ex Parte Oakesbott*:<sup>237</sup>

„We cannot expect to find any definite authority in our law to help us in a case like the present, because both by the Roman and by the Roman-Dutch law parents were required specifically to disinherit their children. We are therefore entitled to go to other systems of law, in order to ascertain how other judges have interpreted similar words. The English cases are clear and reasonable . . .”

In *Michau v Michau's Executor*<sup>238</sup> het hoofregter De Villiers verwys na 'n duidelike vermoede teen 'n bedoeling van 'n erflater om sy kleinkinders te onterf waar die erflater se een seun oorlede is selfs voordat die erflater sy testament gemaak het en waar die oorlede seun wel 'n kind agtergelaat het. Later het regter Laurence in *Neveling's Estate v Estate Neveling*<sup>239</sup> 'n beroep gedoen op Voet 36 1 17 as gesag vir 'n vermoede teen die onterwing van 'n erflater se kleinkinders. Voet behandel die geval waar 'n erflater 'n nalatenskap bemaak aan sy seun wat kinderloos is onderworpe aan 'n *fideicommissum* waarvolgens dit by die dood van sy seun aan 'n derde party as fideicommissaris uitgekeer moet word. Volgens Voet is die bemaking aan die seun onderworpe aan 'n stilswyende voorwaarde, naamlik dat die nalatenskap aan die derde party uitgekeer moet word indien die erflater se seun sonder kinders te sterwe sou kom (*si sine liberis decesserit*). Die relevante passasie uit Voet, soos vertaal deur Gane, lees soos volg:

„Such an heir will not appear to have been put under obligation to hand over in accord with the wish of his parent unless he dies without children. The ground for that is that it is not likely that the father, if he had thought of grandsons, would have made such a substitution, or would have put the succession before that of his own family.”

Sterf die seun as fiduciarius met agterlating van kinders dan erf sy kinders as stilswyende fideicommissarisse en verval die *fideicommissum* ten gunste van die derde party as uitdruklike fideicommissaris. Verder moet 'n mens in gedagte hou dat Voet dit hier het oor die onterwing van 'n erflater se kleinkinders by die bemaking van 'n *fideicommissum* en nie oor die onterwing van 'n erflater se kinders by 'n gewone bemaking nie.

Soos 'n mens kan verwag, was die volgende stap in ons regspraak om die vermoede teen onterwing van kleinkinders uit te brei na 'n erflater se kinders aangesien die basis daarvoor dieselfde is, naamlik die natuurlike toegeneentheid of liefde (*natural affection*) wat 'n ouer vir sy kinders en verdere afstammeling koester. Dit het gebeur in *Ex parte*

<sup>237</sup>1910 TPD 895 900.

<sup>238</sup>11 SC 362.

<sup>239</sup>26 SC 196.

*Oakesbott*<sup>240</sup> waar 'n egpaar in 1903 'n gesamentlike testament gemaak het toe hulle reeds drie kinders gehad het. In die gesamentlike testament is onder andere soos volg beskik: „And these testators declare to nominate, institute and appoint the survivor of them, together with the child or children which shall or may hereafter be begotten by them during their marriage, to be the sole and universal heirs of the first deceased of his or her estate, goods,” ens. Daarna is 'n vierde kind uit die huwelik gebore en die testateur is as eerssterwende oorlede. Die vraag ontstaan toe of die drie kinders wat voor die maak van die testament uit die huwelik gebore is, geregtig was om onder die testament te erf saam met die langsliewende ouer en die vierde kind wat na die maak van die testament gebore is. Die volle regsbank van Transvaal bestaande uit regter-president De Villiers en regters Wessels en Mason het dit bevestigend beantwoord. Die beredenering van regter Wessels is interessant omdat hy spesifiek verwys na die vermoede teen onderwing van 'n erflater se kinders (te 900):

„Now parents do not, as a rule, deliberately intend to disinherit the children who are born in order to pass their estate to children yet to be born. Again, it has been, and is, a constant practice in wills to mention both classes of children - those born, and those to be born - so as to prevent any possible mistake and to include all possible children. In wills, therefore, *liberi procreati* and *liberi procreandi* become almost a formula; and, like all formulae, a portion may easily be forgotten or omitted, without the effect being duly appreciated. The usual intention of testators is not to omit either part of the formula, but to require both to be inserted. The presumption against disinheritance is immensely strong. Therefore the courts have come to the aid of children accidentally omitted, and have determined that the words 'to be begotten' shall include the words 'have been begotten.'”

In *Ex Parte Muller NO*<sup>241</sup> kry ons die geval waar 'n erflater Johannes Andries Muller op 22 November 1905 'n testament gemaak het waarin hy sy ses kinders spesifiek by hul name tesame met die kinders wat daarna uit sy huwelik verwek mag word as sy universele erfgename benoem het. Hy het egter die naam van sy sewende kind, Dorothea Louisa Muller, wat sewe weke voor die maak van sy testament uit sy huwelik gebore is, uit sy testament weggelaat. Na die dood van die erflater ontstaan die vraag of hierdie sewende kind van die erflater wat hom oorleef het 'n mede-erfgename onder die testament is of nie. Regter-president De Villiers en regter Bristowe beslis dat sy wel geregtig was om as mede-erfgename onder die testament te erf en dat dit nie die bedoeling van die erflater was om haar te onterf nie. Regter Bristowe beroep hom op die vermoede teen onderwing:<sup>242</sup> „Applying that test in the present case, it is difficult to believe that this child was intended to be excluded. The presumption is all the other way.” Ver-

<sup>240</sup>1910 TPD 895.

<sup>241</sup>1910 TPD 1128.

<sup>242</sup>Te 1131.

der wys hy daarop dat daar klaarblyklik dwaling aan die kant van die erflater was toe hy sy testament gemaak het:<sup>243</sup> „Here is a little girl who comes in the middle of the family. The children up to the date at which she was born are included in the terms of the will, and children afterwards to be born are also included. She was seven weeks old when the will was executed, and the inference, I think, is that there was a mistake on the part of the testator. Probably when he gave instructions for the will the child was not born, and by mistake it was not altered so as to include her name expressly. Seeing that the Court has held that words referring to future procreation may be construed to include children already born, I think this is a case in which that rule should be followed.”

Regter De Waal het in *In re Estate Erasmus*<sup>244</sup> hom by die vertolking van 'n gesamentlike testament en kodusil beroep op die reël „dat, tensy dit klaar en duidelik uit die bewoording van sodanige dokumente anders blyk, die presumpsie bestaan, dat dit die wens van 'n testateur is dat al sy kinders gelykop moet erf, sonder enige verskil, en dat 'n billike verdeling moet plaasvind ten voordele van almal oor die algemeen (Halsbury vol 28 sec 1285).” Hierdie verwysing skyn egter foutief te wees aangesien dit nòg in die eerste nòg in die tweede uitgawe van Halsbury se *Laws of England* opgespoor kon word.

Verder het regter Millin in *In re Mac Gillivray's Will*<sup>245</sup> gewag gemaak van die „presumption against the complete disinheritance by a father of one of his children, and, particularly, of a young child.”

Die vermoede dat 'n erflater sy kinders of verdere afstammeling nie wou onterf in sy testament nie vorm ongetwyfeld deel van die Suid-Afrikaanse reg.<sup>246</sup> Streng tegnies kan 'n vermoede by die vertolking van 'n testament slegs aangewend word waar die bewoording van die testament onduidelik of dubbelsinnig is.<sup>247</sup> Of hierdie vereiste vir die toepassing van 'n vermoede egter altyd voor oë gehou is by die aanwending van die vermoede teen die onderwing van 'n erflater se kinders is, soos uit sommige van die aangehaalde gewysdes blyk, hoogs te be-

<sup>243</sup>Te 1131-1132.

<sup>244</sup>1925 TPD 673 678. Die stelling wat regter Hiemstra in sy artikel „Die opkoms van Afrikaans in die regspleging” in Jaargang 10 Nommer 4 van die *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* te 253 maak as sou *Ex Parte Faul* 1947 1 SA 390 (T) die eerste gerapporteerde uitspraak in Afrikaans in Transvaal na die totstandkoming van Unie gewees het, is nie korrek nie. Regter de Waal se uitspraak in die *Erasmus*-saak was in Afrikaans en dit is reeds in 1925 gerapporteer!

<sup>245</sup>1943 WLD 29 35.

<sup>246</sup>Steyn *Law of Wills in South Africa*, 2e druk 54, *Ex Parte Van Nieuwenhuizen* 1954 2 SA 336 (T) 338B, *Atkins v Atkins* 1963 2 SA 291 (W) 294, *Hughes v Estate Hughes* 1941 NPD 1 5.

<sup>247</sup>*Havemann's Assignee v Havemann's Executors* 1927 AD 473 475, *Ex Parte Mouton* 1955 4 SA 460 (A) 465E-F.



twyfel. Die onderwing van 'n kind, veral 'n jong kind, deur sy ouer bly maar steeds iets „haatlik” soos Schorer<sup>248</sup> dit gestel het en uit hoofde van billikheid is dit te verwag dat 'n hof geneë sal wees om 'n onderfde minderjarige kind te help deur die aanwending van die vermoede teen onderwing.

Die Engelse reg daarenteen skyn geen vermoede te erken dat 'n erflater sy kinders in sy testament gelyk wou behandel en nie wou onderf nie. Soos Halsbury<sup>249</sup> dit stel:

„There is no presumption in the case of a will, that the children of the testator are intended to be provided for or to have equal benefits. In construing a will the only guide is the language of the testator, and there is no supposition that any person is intended to take except those who are described as takers.”

Desnietemin maak die Engelse howe van allerlei spitsvondighede gebruik by die vertolking van testamente om testamente op so 'n wyse te vertolk dat al die kinders of afstammeling van 'n erflater begunstig word. Die neiging van die Engelse howe is om sover moontlik al die kinders of afstammeling van 'n erflater as sy testamentêre begunstigdes te probeer betrek. Rondborstig stel lord Hatherley LC dit in *Williams v Haythorne*, *Williams v Williams*<sup>250</sup> soos volg:

„I should have been very glad, if possible, to have let in the larger class of children, which the Court is always anxious to do. In the first place, it may be noticed, as the Vice-Chancellor observed in *Farrer v Barker* 9 Hare 737, that the Court has pushed some of its conclusions to the extreme length for the purpose of including as many children as possible, first upon settlements, on the ground that a settlement is itself an indication of all children being intended to be provided for; and then in wills, it has followed the same rule, where a father is providing for all his children, or where any person, who has placed himself *in loco parentis*, is providing for the family. In such cases, if there is a single link wanting in the chain of referential words connecting and identifying the children who are being spoken of with those comprised in a description requiring them to survive a given period, the Court will take advantage of this to let in all the children, whether they survive that period or not.”

Insgelyks waar 'n erflater in sy testament kinders van homself of iemand anders begunstig deur na hulle by getal te verwys terwyl dit na sy dood blyk dat hy gedwaal het ten aansien van hul getal toe hy sy testament gemaak het, aanvaar die Engelse howe in die praktyk dat dit sy bedoeling was om al die kinders te begunstig en word sy „numerical mistake” ignoreer.<sup>251</sup>

<sup>248</sup>*ad Gr 2 18 14 nr 21.*

<sup>249</sup>*Laws of England 3e uitgawe band 39 s v Wills par. 1511.*

<sup>250</sup>(1871) 6 Ch Appeal Cases 782 784-785. Raadpleeg ook Cotton LJ in *In re Hamlet*, *Stephen v Cunningham* (1888) 39 Ch D 426 CA 433-434 en Halsbury *Laws of England 3e uitgawe band 39 s v Wills par 1511.*

<sup>251</sup>Raadpleeg hieroor veral *Jarman on Wills 8e uitgawe band 3 p 1702-1707.*

Wat ons regspraak betref, blyk dit uit die voorgaande dat waar 'n erflater in sy testament *per errorem* sy ongebore kind of 'n kind - veral 'n jong kind - oor die hoof gesien het en sodoende stilswyend onterf het, ons howe hul bedien met die vermoede teen onterwing van kinders sonder om regsreëls met betrekking tot dwaling in hierdie verband te bepaal. Trouens op die gebied van ons testate erfreg is die benadering van ons regspraak ten aansien van dwaling aan die kant van 'n erflater hoofsaaklik daarop toegespits om gevolg te gee aan die bedoeling van die erflater soos dit uit sy testament waarneembaar en vasstélbaar is volgens die erkende beginsels van uitleg van testamente. Gevolglik waar 'n klaarblyklike fout (*obvious mistake*), 'n klaarblyklike verkeerde opvatting (*obvious misapprehension*) of 'n klaarblyklike vergissing (*obvious oversight*) homself in 'n testament voordoën, word dit deur 'n hof reggestel ooreenkomstig die bedoeling van die erflater.<sup>252</sup> Insgelyks gebeur dit dat 'n hof 'n bepaalde woord in die testament met 'n ander woord vervang,<sup>253</sup> of dat 'n hof 'n testament rektifiseer deur bepaalde woorde te skrap wat *per errorem* in die testament opgeneem is<sup>254</sup> of dat 'n hof 'n testament rektifiseer deur bepaalde woorde in die testament te voeg waar sodanige woorde *per errorem* weggelaat is.<sup>255</sup>

Ons kon geen gerapporteerde gewysde vind wat pertinent handel met die geval waar 'n testament uitdruklik 'n *falsa causa* vermeld waarom 'n erflater sy kind onterf en iemand anders as erfgenaam benoem nie. Ons het reeds aangetoon dat die regsbeginself in die Romeinse reg dat 'n *falsa causa* wat bestaan in dwaling in die beweegrede vir die bemaak van 'n legaat in die reël geen effek op die regsgeldigheid van die legaat gehad het nie (*falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi ratio non cohaeret*).<sup>256</sup> Dog hierdie regsbeginself moes wyk voor die werklike bedoeling van die erflater indien bewys kon word dat die erflater nie die legaat sou bemaak het as hy van die waarheid of werklike toedrag van sake bewus was nie. Die benadering van Kersteman, Pothier en Voet in hierdie verband is ook om hier met die bedoeling van die erflater rekening te hou, soos ons reeds aangetoon het.<sup>257</sup> Dit sluit aan by die algemene benadering van ons regspraak om gevolg te gee aan die bedoeling van die erflater soos dit uit sy testament waarneembaar en vasstelbaar is volgens die erkende beginsels van uitleg van testamente. Waar die legitieme porsie in Suid-Afrika deur wetge-

<sup>252</sup>Vergelyk *Tredgold v Estate Arderne* 1926 CPD 25 30, *Ex Parte Botha* 1924 TPD 423 425, *Ex Parte Adams* 1946 CPD 267 270, *Alexander NO v Perdicologou* 1966 3 SA 454 (R) 458, *Ex Parte Van der Spuy NO* 1966 3 SA 169 (T) 174, *Ex Parte Dison* 1968 3 SA 368 (W).

<sup>253</sup>Voorbeelde is te vind by Steyn *Law of Wills in South Africa*, 2e uitgawe 48-49.

<sup>254</sup>*Rens v Esselen NO* 1957 4 SA 8 (T) 17.

<sup>255</sup>*Ex Parte van der Spuy* 1966 3 SA 169 (T).

<sup>256</sup>*D* 35 1 72 6 soos meer volledig aangehaal in 1970 *THRHR* 2-3.

<sup>257</sup>1970 *THRHR* 410-411.

wing afgeskaf is en die *querella inofficiosi testamenti* sodoende verdwyn het as 'n regsmiddel waarmee onterfde kinders op hul legitieme porsies aanspraak kan maak, is die standpunt wat Voet 35 1 10 ingeneem het des te meer betekenisvol vir ons aangesien Voet in die betrokke pasasie wat gebaseer is op *D 28 5 93 (92)* dit juis het oor die geval waar die legitieme porsie nie ter sprake was nie.<sup>258</sup>

As ons die voorbeeld waarmee ons hierdie ondersoek begin het volgens die Suid-Afrikaanse reg moet oplos dan sou ons aan die hand doen dat dit klaarblyklik 'n geval is waar die erflater nooit die erinstelling van sy enigste seun as sy universele erfgenaam sou herroep het indien hy bewus daarvan was dat sy seun inderdaad in lewe was en dat sy seun nie in die vliegtuigongeluk omgekom het nie. Volgens gesag wat in die Romeinse reg en in die Romeins-Hollandse reg voor hande is, is die erflater se enigste seun derhalwe sy enigste testamentêre erfgenaam. Dit kan ook langs 'n ander weg benader word, naamlik dat die erflater se bedoeling, soos uit sy tweede testament blyk, by wyse van noodsaaklike implikasie was dat hy sy seun slegs *voorwaardelik* onterf het vir die geval dat die vermelde *causa* juis is,<sup>259</sup> d w s indien sy seun inderdaad in die vliegtuigongeluk omgekom het, en dat hy insgelyks sy getroue vriend X slegs *voorwaardelik* as erfgenaam benoem het vir die geval dat die vermelde *causa* juis is, d w s indien sy seun inderdaad in die vliegtuigongeluk omgekom het. Langs hierdie weg sal legatêre en ander bemakings wat in die erflater se tweede testament gemaak is as regsgeldig bly staan en ooreenstem met die effek van die keiserlike beslissing waarvan *D 28 5 93 (92)* melding maak. Dit is wel so dat die tweede testament nie uitdruklik vir die erflater se seun as erfgenaam benoem nie, maar 'n mens moet in gedagte hou dat volgens ons reg dit nie nodig is dat 'n erinstelling in 'n bepaalde vorm moet wees nie.<sup>260</sup> Dit is ook nie nodig dat 'n erinstelling uitdruklik gemaak word nie. Dit kan selfs stilswyend geskied.<sup>261</sup> Vir 'n erinstelling is dit immers voldoende indien dit uit die testament se bewoording blyk dat dit die erflater se bedoeling was om 'n bepaalde persoon of 'n bepaalbare persoon as sy erfgenaam te benoem, hetsy onvoorwaardelik hetsy voorwaardelik. Waar die erflater bedoel het om in sy tweede testament sy getroue vriend X slegs *voorwaardelik* as sy enigste erfgenaam te benoem vir die geval dat die vermelde *causa* juis is, d w s indien sy seun inderdaad in die vliegtuigongeluk omgekom het, moet by wyse van noodsaaklike implikasie ook aanvaar word dat dit die erflater se be-

<sup>258</sup>1970 *THRHR* 411.

<sup>259</sup>In *Arderne v Estate Arderne* 1926 CPD 36 het regter Watermeyer 'n testament vertolk waarvolgens dit die erflater se bedoeling was om sy oudste seun se oudste seun slegs voorwaardelik te onterf. Dit was egter nie 'n geval waar die testament 'n *falsa causa* bevat het nie.

<sup>260</sup>De Groot 2 16 2, 2 18 19, Van Leeuwen *RHR* 3 6 1, *CF* 1 3 5 1, Huber *HR* 2 16 5, Voet 28 5 2, Van der Linden 1 9 6.

doeling was dat sy enigste seun sy enigste erfgenaam moet wees indien die vermelde *causa* onjuis is, d w s indien sy seun nie in die vliegtuigongeluk omgekom het nie. Dit is immers die keersy van die noodsaaklike implikasie<sup>262</sup> dat hy sy seun slegs *voorwaardelik* onterf het vir die geval dat die vermelde *causa* juis is, d w s indien sy seun inderdaad in die vliegtuigongeluk omgekom het. Alles draai immers om die bedoeling van die erflater soos dit uit sy tweede testament waarneembaar en vasstelbaar is en sy bedoeling was dat sy getroue vriend X sy erfgenaam moet wees indien dit waar is dat sy enigste seun in die vliegtuigongeluk omgekom het, maar indien dit onwaar is dat sy seun in die vliegtuigongeluk omgekom het dan moet sy seun sy enigste erfgenaam wees.

Na ons mening behoort die slotsom presies dieselfde te wees indien die erflater slegs een testament agtergelaat het waarin hy verklaar het dat *aangesien sy seun in 'n vliegtuigongeluk omgekom het* hy sy getroue vriend as sy enigste erfgenaam benoem. Ook hier vermeld die testament uitdruklik 'n *falsa causa* waarom die erflater sy enigste seun nie uitdruklik as sy erfgenaam benoem het en waarom die erflater uitdruklik vir sy getroue vriend X as sy enigste erfgenaam benoem. Ook hier is dit by wyse van noodsaaklike implikasie duidelik dat die erflater sy getroue vriend X slegs *voorwaardelik* as sy enigste erfgenaam benoem het vir die geval dat die vermelde *causa* juis is en dat die erflater hom nooit as sy erfgenaam sou benoem het nie indien hy daarvan bewus was toe hy sy testament gemaak het dat sy enigste seun nog in lewe was, d w s dat die vermelde *causa* onjuis was. Die erflater se bedoeling was by noodsaaklike implikasie dat sy enigste seun sy enigste erfgenaam moet wees indien die vermelde *causa* onjuis is en waar dit na die erflater se dood blyk dat dit 'n *falsa causa* was, volg dit dat sy enigste seun sy testamentêre erfgenaam by noodsaaklike implikasie is terwyl die voorwaardelike erfinstelling van sy getroue vriend X verval het omdat die vermelde *causa* onjuis is. Legate en ander bemakings wat in die testament gemaak is sal regsgeldig wees en bly staan.

Hierdie oplossing van die voorbeeld waarmee ons hierdie ondersoek begin het, is in ooreenstemming met die beginsels van die Ro-

<sup>261</sup>Per regter de Waal in *In re Estate Erasmus* 1925 TPD 673 678: „Al het die testateurs Erasmus nou nie uitdruklik en by name in die kodusil die kinders uit die eerste huwelik saam met die kinders uit die tweede as erfgename aangestel nie, blyk dit tog voldoende dat sulks hul intensie en uiterste wens was.” Sien ook *Ex Parte Van Nieuwenhuizen* 1954 2 SA 336 (T) 338.

<sup>262</sup>Aangaande noodsaaklike implikasie raadpleeg mens: *Herold v Visser* 1937 CPD 67 74, *Ex Parte Paley* 1943 CPD 181 186 187, *Ex Parte Estate Graaff* 1947 4 SA 496 (C) 502, *Ex Parte Sampson* 1955 3 SA 228 (E) 231, *Ex Parte Estate Bouton* 1958 4 SA 439 (C) 442, *Estate Greenacre v Brett* NO 1956 4 SA 291 (N) 295A-F, Steyn *op cit* 52-53. In die algemeen gestel geld dieselfde beginsels om 'n stilswyende bepaling in 'n testament in te lees as om 'n stilswyende bepaling in 'n kontrak in te lees. *CIR v Sive's Estate* 1955 1 SA 249 (A) 260.



meinse reg en die Romeins-Hollandse reg ten aansien van dwaling ten opsigte van onderwing en ten opsigte van erfinstelling wat nie op die legitieme porsie betrekking het nie. Indien die voorbeeld waarmee ons hierdie ondersoek begin het egter sou handel oor 'n testament waarin die erflater nooit 'n *falsa causa* vermeld het vir die erfinstelling van sy getroue vriend X nie dan sou dit nie uit die testament blyk dat die erflater hom nie as sy erfgenaam sou benoem het indien die erflater daarvan bewus was dat sy enigste seun nie in die vliegtuigongeluk omgekome het nie. In so 'n geval sal X dan die erflater se onvoorwaardelike testamentêre erfgenaam wees tensy dit bewys kan word dat daar by die opstel van die testament per abuis woorde weggelaat is wat op 'n *falsa causa* dui sodat die hof die testament kan rektifiseer deur die betrokke woorde in te voeg na aanleiding van die beslissing in *Ex Parte van der Spuy NO*.<sup>263</sup>

Ten slotte wil ons daarop wys dat die Engelse reg ook in beginsel die standpunt skyn in te neem waar 'n bemaking of 'n onderwing gemaak word met vermelding van 'n *falsa causa*, dat sodanige bemaking of onderwing deur die erflater *voorwaardelik* gemaak is op die veronderstelling dat die betrokke *causa* juis is. Gevolglik verval die bemaking of onderwing waar die betrokke *causa* na die dood van die erflater onjuis blyk te wees maar waar die erflater onbewus daarvan was toe hy sy testament gemaak het.<sup>264</sup>

#### SUMMARY

##### *Disherison per errorem*

This inquiry deals with the legal effect of disinheritance *per errorem* of a child by its parent, e.g. a father impliedly or expressly disinherited his only son and instituted a friend as his universal heir due to a mistaken belief (*falsa causa*), expressed in his will, that his son had died in an accident. The father would never have instituted his friend as his universal heir and thereby impliedly disinherited his only son had he known that the report concerning the death of his son was in fact false or untrue.

In general Roman law seems to have disregarded error of motive on the part of a testator in bequeathing legacies in his will (*falsa causa legato non obest*). There is, however, also authority in texts such as *D* 35 1 72 6, *D* 35 9 2 7 and *Cod* 6 44 1 to indicate that effect was given to the real intention of the testator, *viz* that such legacies were void if it were proved that the testator would not have made the bequest had he known the true state of affairs when he executed his will. Roman law did not evolve general legal principles to deal with the effect of an erroneous or mistaken reason for disinheritance (*falsa causa exheredationis*) which had expressly been stated in a will. The practical needs were largely met by the legitim (*portio legitima*)

<sup>263</sup>1966 3 SA 169 (T).

<sup>264</sup>*Jarman on Wills* 8e uitgawe band 1 204-205 met 'n beroep op *Campbell v French* (1797) 3 Ves 321, 30 ER 1033 LC en *Doe d Evans v Evans* (1839) 8 L J Q B 284, 113 ER 88. Dog in *Re Churchill*, *Taylor v Manchester University* 1917 1 Ch D 206 211 het regter Neville hierdie gewysdes gekritiseer as sou hul te ver gegaan het. Raadpleeg ook Halsbury *op cit* band 39 s v *Wills* par 1369

and the protection afforded by the *querella inofficiosi testamenti*. Where the latter legal remedy was not available because the *falsa causa exheredationis* related to the disinheritance of a *heres extraneus* the solution was found in imperial decisions (*D* 28 5 93 (92)) and enactments (*Cod* 6 21 9, 10).

The medieval Commentators attempted to formulate a general theory on error which was to be applicable to contracts and testamentary dispositions. Unfortunately their theory on error was based on subtle but rather vague distinctions between various categories of *falsa causa*. They were moreover unable to distinguish in clear and definite terms between *causa finalis* and *causa impulsiva*.

The Roman institution of the legitim was introduced into the Netherlands with the reception of Roman law. The basic idea of the legitim was that certain relatives of a testator were entitled to a fixed minimum portion of his estate of which he could not deprive them save upon certain grounds of disinheritance based on Justinian's legislation which he had expressly recited in his will. A testator therefore enjoyed limited freedom of testation in regard to that portion of his estate which was subject to the legitim. But as regards the "disposable" residue of his estate which was not subject to the legitim he enjoyed complete freedom of testation. Owing to the protection afforded by the *querella inofficiosi testamenti* and the rules relating to disinheritance of the legitim, Roman-Dutch law like Roman law did not develop general principles concerning *falsa causa exheredationis*. But where the *querella inofficiosi testamenti* was inapplicable so that a testator enjoyed complete freedom of testation, Voet 35 1 10 applied *D* 28 5 93 (92).

The legitim has been abolished by legislation in South Africa so that a testator enjoys complete freedom of testation. Our courts avail themselves of a rebuttable presumption against the disinheritance of a child in order to prevent the disinheritance of children - especially young children - where testators when appointing their children as their heirs by reference to their names or their numbers impliedly disinherited a child *per errorem*. This approach which is based on the natural affection of parents for their children is certainly equitable and commendable but does not assist in the development of general legal principles to deal with *falsa causa exheredationis* which is expressly stated in a will. In this connection Voet 35 1 10 could play an important role in the future development of South African case law. As a matter of construing such a will which contains an expressly stated *falsa causa exheredationis* it would seem correct to hold, as English law does, that the testator did not intend to disinherit absolutely but conditionally in the event of the stated *causa* being true. Such a construction is permissible where it is obvious or clear that the testator would never have made the express or implied disinheritance had he known the true state of affairs. □

"Natural law theories are inevitably contentious and unstable; and to identify the Rule of Law with any one of them is to make it, even if unintentionally, a weapon in the war of political and moral ideas . . ."

"It is certainly true that the question whether any society should be governed according to the requirements of the Rule of Law involves a political and moral decision. But once that decision has been taken, certain rules and principles inherent in legal ordering come into operation. Law is not so barren a branch of learning as to be wholly determined by political and moral decisions extraneous to itself. It is a discipline, like any other, which generates its own rules, principles and distinctions . . ."

AS Mathews *Law, Order and Liberty in South Africa*

# Aantekeninge

## SUBJEKTIEWE REGTE EN MENSEREGTE\*

### I

In 1958 het WA Joubert sy artikelreeks oor die subjektiewe regs-begrip (1958 *THRHR* 12-15 98-115) ingelui met die stelling dat die subjektiewe reg „ . . . indien realisties opgevat, . . . van buitengewone betekenis is by die hantering van die privaatreë . . . ” en dit voorop gestel „dat dit tyd geword het om in ons eie regs wetenskap, wat . . . vry staan van die belemmering van ’n wetboek, meer aandag te gee aan die werklikheid van die subjektiewe reg” (a w 14 15). In hierdie stadium is die belangrikste resultaat van die aandag wat sedertdien op die subjektiewe regs begrip toegespits is, die feit dat die begrip aan ’n hele aantal regs fakulteite as bruikbare grondbegrip aangewend word by die bestudering van privaatreëtelike verhoudings vir so ver dit betrekking het op onderlinge aansprake tot prestasie, stoflike, im-materiële en persoonlikheids goedere.

Oor die aard en die grondslag van die subjektiewe regs begrip bestaan daar nie slegs ’n menigte teorieë nie, maar daar bestaan ook nie eenstemmigheid oor die karakterisering en indeling van die bestaande teorieë nie. Die tradisionele onderskeid was tussen die *wilsmag-* (von Savigny en Windscheid), *belange-* (von Jhering) en *kombinasieteorieë* (Bekker, Georg Jellinek en Regelsberger), die *skeptici* (Dernburg, Brinz en Schlossman) en die *loënaars* (Duguit, Kelsen en Schwarz). Meer onlangs was daar ook groeperings na gelang die begrip aange-wend is as *normmotiverend* of as *normsistematiserend* of as *normbandhawend* (Franz Kasper *Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit* (1967) 126 e v). Interessant is ook die indelings wat die ge-daantewisselings aantoon wat die begrip ondergaan aan die hand van die wêreld- en lewensbeskouing van elke formuleerder (Kasper a w 96 e v en sien ook Peter Thoss *Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung - zum Verhältnis von National-sozialismus und Privatrecht* (1968)).

Daar word volstaan met ’n verwysing na enkele van die bestand-dele van die subjektiewe regs begrip waarsonder, volgens Joubert, die

---

\*Kort referaat gelewer by die kongres van *Die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte*, Buffelspoort Julie 1971.

begrip „òf niksseggend òf onhanteerbaar is” (a w 100 114): die subjektiewe reg kom ter sprake by *regsverhoudinge* tussen *regssubjekte*; daarbenewens gaan dit om ’n betrekking tussen *regssubjek* en *regsobjek*; die *inhoud* van die subjektiewe reg bestaan in ’n *genots-* en *beskikingsbevoegdheid* van die subjek oor die objek van sy reg ooreenkomstig die norme van die objektiewe reg wat daardie genot en beskikking reguleer deur ’n balansering van belange van regssubjekte onderling; die bevoegdhedes wat uit die subjektiewe reg voortspruit moet van *kompetensiebevoegdhedes* onderskei word, wat nie betrekking het op ’n subjek-objekverhouding nie.

## II

Die term *reg* (*right*), is natuurlik geen onbekende in die publiekreg nie. Samuel S Wyer begin sy ietwat oordrewe genealogie van die VSA se *Bill of Rights* (*Struggle for a Bill of Rights* (1945) 4) by die sg *Tale of the Eloquent Peasant* van ongeveer 2300 v C waarin ’n Egiptiese Farao gesmeek word om die regte van sy onderdane te erken en te beskerm. Dit is egter veral sedert die Tweede Wêreldoorlog dat begrippe soos *menseregte*, *burgerregte* en *grondregte* nie net in die internasionale politiek nie, maar ook in publiekregtelike publikasies deel geword het van die daaglikse gebruikstaal en volgens huidige vooruitsigte het dit gekom om te bly.

Kommentatore voer die begrippe terug tot natuurreggedagtes deur die eeue (Gerhard Oestreich, AP d’Entrèves), of tot middel-eeuse regsopvattinge (Otto Vossler), of tot die Engelse *Common Law* (Roscoe Pound, Otto Vossler), of tot die Hervorming (Georg Jellinek, Heinrich Kipp), of tot die Franse verligte skrywers van die agtiende eeu (Emile Boutmy), of tot blote rewolusionêre egoïsme (Gerhard Ritter). Wat ook al die oorsprong daarvan en wat ook al die betekenis is wat daaraan geheg word, staan dit vas dat filosofe en juriste van hierdie uitdrukkings gebruik maak by die aanbieding van hul bepaalde oplossings van die eeu-oue onderdaan-staatsgesagproblematiek.

Gewoonlik word gesê dat dit hier gaan om die beskerming van die individu en begrippe soos die menslike persoonlikheid, vryheid, waarde en waardigheid speel ’n sleutelrol. Daar kan dus verwag word dat beskouinge oor menseregte sal saamhang met die beoordelaar se opvattinge van die mens, sy opdrag en bestemming en sy plek in alle samelewingsverbande. Die probleem wat uit hierdie feit spruit word soos volg deur Jacques Maritain (*Man and the State* (1951) 79) saamgevat:

„On the level of rational interpretations, on the speculative or theoretical level, the question of the rights of man brings into play the whole system of moral and metaphysical (or anti-metaphysical) certainties to which each individual subscribes. As long as there is no unity of faith or unity of philosophy



in the minds of men, the interpretations and justifications will be in mutual conflict."

Met 'n identifikasie van die opvattinge wat filosofe huldig ten opsigte van menseregte kan die juris egter nie volstaan nie. Daar moet ook nagegaan word tot welke mate die ideale verwesenlik is in die positiewe reg van state en tot welke mate dit noodwendig gekwalifiseer is deur werklikheidsomstandighede. In hierdie opsig is daar 'n toenemende aantal state waarvan die positiewe staatsreg uitdruklik melding maak van menseregte of burgerregte en 'n interessante spektrum doen sig voor: daar is die klassieke VSA se *Bill of Rights* - voorloper van die negentiende eeuse individualistiese regstaatopvattinge, die gees waarvan saamgevat kan word in die woorde van Greta Garbo: *Leave me alone*; daar is die *Grundrechtskatalog* van die Duitse Bondsrepubliek as spieël van die sosiale regstaat; daar is die kommunistiese *bills of rights* waarvan die ooreenkoms met Westerse naamgenote tot die aangewende terminologie beperk is en daar is die lotgevalle van die bruidskat - *bills of rights* van Afrika.

Hierteenoor is daar die state waarin die beskerming wat die individu geniet, nie die vorm aanneem van verskanste burgerlike regte en vryhede nie en die terme, anders as in die kontemporêre gesprek, nie deel vorm van die algemene gebruikstaal van juriste nie. In die Verenigde Koninkryk en die Republiek van Suid-Afrika moet die blote terminologiese leemte in die eerste plek toegeskryf word aan die afwesigheid van die positiefregtelike vermelding daarvan; in Suid-Afrika moontlik ook aan 'n reaksie teen die aanwending van die begrippe in die hitte van die internasionale politiek. Wanneer die vraag egter gevra word: wat staan ons in die weg om die begrip *reg (right)* deel te maak van die hantering van ons publiekreg? dui alles moontlik eerder op 'n gesindheid wat ons geërf het uit die Engelsregtelike agtergrond van ons staatsreg. RFV Heuston tipeer hierdie gesindheid soos volg (*Essays on Constitutional Law* (1964) 55):

„After-dinner speeches by eminent judges often contain emphatic warnings against academic subtleties and too much reliance on logic." Elders verklaar dieselfde skrywer (a w 30) ten opsigte van persone wat binne Engelse konteks *bills of rights*, fundamentele regte en judisiële hersiening bespreek het: „Those who have written on the topic seem to be mainly speculative jurists trained in Germany or North America; there is something about their writings which is peculiarly irritating to an English lawyer; he cannot explain very clearly why this should be, but so it is."

Op die gevaar af dat die spekulasie mag irriteer, word die vraag in die midde gelê of die subjektiewe regsbegrip, wat ons in die private reg van nut vind, nie ook van betekenis kan wees by die hantering van die publiekreg nie.

## III

Hierdie is geen nuwe gedagte nie. Alreeds in 1852 het CF Gerber (*Über öffentliche Rechte*) van die privaatregtelike subjektiewe regsbegrip gebruik gemaak om publiekregtelike verhoudings te omskryf. Hierin is hy deur talle skrywers gevolg (om slegs Otto Sarwey, Georg Jellinek, Ottmar Bühler, Fritz Fleiner, Walter Jellinek en Otto Bachof te noem), en die begrip word steeds gebruik in die meeste algemene werke oor die Duitse staats- en administratiefreg. Die teorieë is talryk en uiteenlopend maar die basiese elemente sal na die voorbeeld van Joubert, geïdentifiseer kan word en die wentelinge van die begrip onder die invloed van die negentiende eeuse individualisme, nasionaal-sosialisme en na-oorlogse sosialisme sal nagespeur kan word.

In Suid-Afrika het M Wiechers van die begrip gebruik gemaak in sy proefskrif (*Die Sistematiek van die Administratiefreg* (1964) 155-165) en onlangs het AJGM Sanders (1971 *THRHR* 166) menseregte in soveel woorde as publieke subjektiewe regte bestempel.

Dat daar uiters versigtig te werk gegaan moet word by die aanwending van 'n privaatregtelike begrip in die publiekreg, spreek van self. Voortdurend sal byvoorbeeld in gedagte gehou moet word:

- (1) die ongelyksoortigheid van die regsobjekte tussen wie verhoudings gereël word - die sterke staat teenoor die individu-onderdaan;
- (2) die tradisionele soewereiniteitsbegrip sal veral by hierdie konstruksie in 'n nuwe lig beskou moet word;
- (3) 'n oop gemoed wat nagehou sal moet word ten opsigte van die objekte van die ter sake subjektiewe regte - aspekte van bv die persoonlikheidsgoedere van die onderdaansubjek mag veel meer in die brandpunt staan as in die privaatreë - aspekte mag dalk blootgelê word wat nooit in die privaatreë ter sprake kom nie, bv die aanspraak op 'n raadsman vanaf die oomblik van inhegtenisneming.

## IV

Ten slotte is daar twee vrae wat moontlik mag hinder: *Welke doel dien dit om te werk met 'n begrip wat vreemd is aan ons gemene reg?* Indien die aanwending van 'n vreemde begrip kan lei tot 'n beter insig van die bestaande gemeenregtelike beginsels, is dit slegs belemmerende tradisionalisme wat die implementering daarvan kan verhinder. By die 1970-kongres in Kaapstad het een van die referente dit gestel dat „regsbeginsele en die verteoretisering van daardie beginsele twee dinge is wat mekaar kan weersprek, hoewel hulle in waarheidsgetroue wetenskap tot sintese gebring behoort te word” (sien JD van der Vyver *Die Juridiese Grondslag van Besitbeskerming* 1970 *THRHR* 242).

*Welke doel dien dit om te werk met 'n begrip wat so onlosmaaklik verbind blyk te wees met die wêreldbeskouing en ideologie van elke formuleerder?*

Dit wil voorkom asof die formulering van enige regsbeginnel (welke uitgangspunt ook al gevolg word), hierdie resultaat tot gevolg sal hê; *maar* intussen bestaan daar in die Suid-Afrikaanse publiekreg 'n dringende behoefte aan 'n behoorlike sisteem. Die volgende opmerkings van David W Mundell (*Ottawa Commonwealth and Empire Law Conference* (1960) 2) is na my mening ook van toepassing op Suid-Afrika: „If one recalls the chaotic condition of the Common Law 100 years ago, the useful purpose that analytical jurisprudence has served in producing the modern comparatively symmetrical and understandable system permitting a study of the essential social purposes of the law must be recognised. The analysis has, however, been largely confined to the fields described as Private Law. Public Law has not been the subject of analysis in the same detail.” Aan die hand van die basiese elemente van die *subjektiewe regsbegrip* sal ons verplig wees om spesifiek te vra na die *regsubjekte* (hul aard, samestelling en bevoegd-hede om die onderlinge verhoudings te wysig), die *regsobjekte* (en die inhoudsbevoegd-hede wat vir die subjekte ten opsigte daarvan voortvloei) en na die stand van die *objektiefregtelike belange-afgrensing* soos dit op 'n bepaalde stadium daar uitsien.

IGNUS RAUTENBACH  
*Randse Afrikaanse Universiteit*

### HEARSAY: STATEMENTS MADE IN THE PRESENCE OF THE ACCUSED

During fairly extended and extensive wanderings through many courts during the past few years I have noticed a procedure which, if correct, indicates the beginning of a wonderful era during which only the investigating officer need be called as a witness for the state. The benefits (to the state) of such a situation need hardly be spelled out.

The procedure, although containing many variations in style and content, may be briefly set out as follows: The investigating officer testifies that a non-witness, say X, told him that the accused performed a certain act. A look of horror crosses the face of the presiding officer which is only dispelled by the quick question “Was the accused present?” If the answer is in the affirmative the evidence is admitted and everyone, except possibly the hapless accused, is happy. If this procedure is correct then all the investigating officer need do in future is to cart the suspect/accused along with him on his investigations and ensure that he is present when the prospective witnesses tell their tales and, hey-presto, those witnesses will no longer be required in court.

Unhappily, as is so often the case, this is all too good to be true. One must investigate the grounds for admitting this evidence.

Hearsay evidence has been described as follows:

“Statements made by non-witnesses are not always hearsay. Whether or not they are hearsay depends upon the purpose for which they are tendered as evidence. If they are tendered for their testimonial value (ie as evidence of the truth of what they assert), they are hearsay and are excluded because their truth depends upon the credit of the asserter which can be tested only by his appearance in the witness-box.”<sup>1</sup>

On the basis of this definition it should be clear that if the statement made in the presence of the accused is tendered for its “evidential value” then it is hearsay and should be excluded unless it falls within one of the exceptions. If it is not tendered for its “evidential value” but for some other purpose, then the presence of the accused is irrelevant.

Having established that most if not all the statements of this nature which are led in evidence are hearsay, the remaining question is whether they fall within one of the accepted exceptions to the rule excluding hearsay. In this connection it is as well to keep in mind the provisions of s 241 of the Criminal Procedure Act 56 of 1955, which reads:

“No evidence which is in the nature of hearsay evidence shall be admissible if such evidence would have been inadmissible on the thirtieth day of May, 1961.”

There are many exceptions to the hearsay rule which could allow the admission of statements made in the presence of an accused, but in only one of them is the presence of the accused in any way relevant. In regard to the other exceptions such as dying declarations, spontaneous exclamations, etc, the presence of the accused is not necessary: such evidence is admissible because of independent rules of evidence. Assuming that the statement in question falls within none of these general exceptions, the only remaining one under which it could possibly fall is that relating to admissions.<sup>2</sup>

It is undeniably true that admissions need not be made verbally, but can be made by conduct.<sup>3</sup> If an accused, when confronted by a story told by a prospective witness, so conducts himself as to justify an inference against him, that *conduct* is an admission and may be proved. Hoffmann<sup>4</sup> states the rule as follows:

“Any circumstances which may explain the conduct, demeanour or silence of a party so as to make it relevant to an issue are admissible in evidence. This is the principle upon which statements made in the presence of a party are admitted. Such statements are not evidence of the truth of the facts stated

<sup>1</sup>per Watermeyer JA in *R v Miller* 1939 AD 106 119; see also *Estate De Wet v De Wet* 1924 CPD 341, *International Tobacco Co v United Tobacco Co* 1953 3 SA 343 (W).

<sup>2</sup>The law relating to confessions is the same except insofar as s 244 act 55 of 1956 may be applicable.

<sup>3</sup>See Hoffmann *South African Law of Evidence* 2d edition 140.

<sup>4</sup>*op cit* 144.



except so far as the party by his words, conduct or demeanour or silence accepts them as true.”

This statement was accepted as being a correct statement of our law in *S v Qolo*,<sup>5</sup> in which case it was also said that for this rule to apply at all, proof must be given that the accused in fact heard the statement. His mere physical presence at or near the scene is clearly irrelevant.

If the accused reacts orally to a statement made in his presence it is clearly his statement which is admissible and the original statement is merely led to cast light on what he says. For instance if someone says, in the presence of an accused, that the murder weapon is the accused's property and the accused says “No, I only borrowed it,” it is the latter statement which is an admission by him and the original statement is merely used to make it intelligible. If the accused denies the truth of the statement when it is made, it is again clear that the statement may not be tendered as evidence.

If the accused reacts to the statement by, for instance nodding his head, this fact may be held against him. Again it is his reaction that is held against him and not the contents of the statement. Care must be taken not to hold an ambiguous reaction against the accused. If the accused's reaction can have both an innocent and a guilty explanation one will have to give the accused the benefit of the doubt.<sup>6</sup>

In most cases the reaction of the accused is one of silence. This situation is also the most tricky to deal with in practice. It is trite law that in our system of criminal procedure a person is not obliged to say anything when he is accused of criminal conduct. Should he now react to an accusation by silence, that fact can usually not be held against him.<sup>7</sup> In *R v B*<sup>8</sup> one finds the following passage:

“Dit is nodig hier om ook weer sterk onder die aandag van landdroste te bring dat wanneer 'n beskuldigde sy regte uitoefen onder ons regspleging deur niks te sê nie, dit verkeerd is om dan daarvan die afleiding te maak dat dit 'n mate van skuldgevoel aan sy kant korroboreer.”

This does not mean however that an accused's silence can never be held against him. There are situations where an innocent person, falsely accused, will always react and where his failure so to react would justify an inference of guilt. The rule can thus be stated that if a reasonable innocent man would definitely react to a false accusation, the failure by the accused so to react justifies the inference that he did not regard the accusation as false and therefore adopted it as his own.

<sup>5</sup>1965 1 SA 174 (A) 179.

<sup>6</sup>*R v Patel* 1946 AD 903 907.

<sup>7</sup>*Ibid* 908.

<sup>8</sup>1960 2 SA 424 426.

In *R v Barlin*,<sup>9</sup> for example, the facts were that detectives found recently stolen shirts from which the name tabs had been removed, in the accused's shop. When the accused was asked for an explanation he remained silent. It would seem from a reading of the case that the court was prepared to pay some attention to the accused's silence, although it is not clear how much weight was attached to it.

In *R v Kaufman and Perreira*<sup>10</sup> the accused was confronted by an accusation of having sold liquor illicitly. He remained silent. The court said:<sup>11</sup>

"I do not say that a man is bound in every case to make a reply. There are cases when a person is entitled to refrain from making a statement. One would have expected the accused, if he knew nothing about the sale of the liquor to have denied it, but he did nothing of the kind."

The court regarded this silence as corroboration of the evidence of an accomplice.

Hoffmann<sup>12</sup> suggests that there may be a difference when the accusation is made by a private individual rather than by the police. This is undoubtedly true in so far as a reasonable man would be expected more readily to refute false allegations made by a private person than those made by police officials. In civil cases this is particularly true.<sup>13</sup>

Lord Devlin wrote:<sup>14</sup>

"While the English system undoubtedly does give the accused the right to say nothing, it does nothing to urge him to take advantage of his right or even to make that course invariably the attractive one . . . A man who keeps silent, by doing so, often eliminates or weakens the defence which he wants to raise."

In many cases the accused raises a defence for the first time when he appears in court. This he is undoubtedly entitled to do even in cases where a statute obliges him to give an explanation, as for example when s 36 act 62 of 1955 is applicable.<sup>15</sup> Without derogating from this right, it is however fair to say that taking advantage of it is not always the wise course for an accused.

For example, an accused is found in possession of goods suspected to be stolen and when asked for an explanation he remains silent, and then raises a defence in court, which, had it been given at the time of being found in possession, could easily have satisfied the police with

<sup>9</sup>1926 AD 459.

<sup>10</sup>1920 TPD 223.

<sup>11</sup>at 226.

<sup>12</sup>*op cit* 142.

<sup>13</sup>*Jacobs v Henning* 1927 TPD 324.

<sup>14</sup>*The Criminal Prosecution in England* 50, quoted by Hoffmann 142.

<sup>15</sup>*R v Zulu* 1951 3 SA 44 (N).

the result that they would then not have arrested and charged him. The court would be entitled, it is submitted, to consider this fact in determining the credit to be given to the defence.

So, too, if the defence is an alibi and the accused raises it for the first time in court when the state can no longer check it, the court may draw an adverse inference regarding the weight to be attached to the defence.<sup>16</sup>

Returning now to the question of statements made in the presence of an accused: it is submitted that such statements are relevant and therefore admissible only in so far as an inference can be drawn from the accused's reaction or lack of it. It is therefore essential that when such evidence is led it must be accompanied by evidence of the accused's reaction. Only if that reaction justifies an inference against the accused will the evidence be admissible. It is further submitted that it is incumbent on the person leading this evidence to satisfy the court that such an inference can in fact be drawn.

JH HUGO  
*Justice Training*

*“ . . . if the promotion of marital peace, and the apprehension of marital dissension, are the ultimate ground of the privilege (to exclude matrimonial communications), it is an overgenerous assumption that the wife who has been beaten, poisoned, or deserted, is still on such terms of delicate good feeling with her spouse that her testimony must not be enforced lest the iridescent halo of peace be dispelled by the breath of disparaging testimony. And if there were, conceivably, any such peace, would it be a peace such as the law could desire to protect ?”*

*Wigmore on Evidence* par 2239

---

<sup>16</sup>*R v Masilela* 1944 AD 571 585.

# Vonnisse

**SIR v GEUSTEYN, FORSYTH AND JOUBERT 1971 3 SA 567 (A), SATC 33 113**

*Belastingreg - Belastingvermyding - Toepaslikheid van artikel 103 van die Inkomstebelastingwet*

Geustyn, Forsyth en Joubert wat as raadgewende ingenieurs praktiseer, het in 1966 hul vennootskap tot onbeperkte maatskappy omskep. Die maatskappy is gestig met 'n gemagtigde kapitaal van R5 000, verdeel in 5 000 aandele van R1 elk wat in gelyke dele aan die drie voormalige vennote, wat ook die enigste direkteure was, toegeken is. By die oordrag van die vennootskapsbesigheid aan die maatskappy is die klandisiewaarde op R240 000 gestel. Hierdie bedrag is in gelyke dele na die leningsrekenings van die voormalige vennote oorgedra. Rente teen  $8\frac{1}{2}\%$  per jaar op die uitstaande balanse word elke jaar gekrediteer. Hierbenewens ontvang elke direkteur 'n salaris van R10 000 per jaar. Vir die jaar van aanslag geëindig 28 Februarie 1967 het elke direkteur ook direkteursvergoeding ten bedrae van R7 500 ontvang.

Vir die jaar van aanslag tot 28 Februarie 1967 was die maatskappy se belasbare inkomste R72 480 en die normale maatskappybelasting hierop sou R29 136 bedra het. Die Sekretaris van Binnelandse Inkomste was egter van mening dat die stigting van die maatskappy 'n skema behels het wat aangegaan is met die doel om die belastingaanspreeklikheid van die vennote te verminder. Op grond hiervan het hy die bepalings van artikel 103(1) van die Inkomstebelastingwet toegepas, die hele belasbare inkomste van die maatskappy in gelyke dele aan die vennote toegedeel en 'n aanslag aan die maatskappy uitgereik wat toon dat dit vir die betrokke jaar geen belasbare inkomste gehad het nie. Respondente is deur die spesiale hof vir die verhoor van inkomstebelastingappèlle gelyk gegee dat die bepalings van artikel 103 nie van toepassing is nie. Teen hierdie bevinding het die Sekretaris van Binnelandse Inkomste by wyse van gestelde saak direk na die Appèlhof geappelleer.

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

(1) Waar 'n transaksie, handeling of skema tot gevolg het dat aanspreeklikheid vir betaling van belasting vermy, uitgestel of ver-



minder word en die Sekretaris met inagneming van die omstandighede van mening is:

- (a) dat sodanige transaksie, handeling of skema op abnormale wyse aangegaan is *of*
  - (b) dat sodanige transaksie, handeling of skema abnormale regte of verpligtinge geskep het, m a w dat uiterste voorwaardes nie beding is nie, *en*
- (2) die Sekretaris verder van oordeel is dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofogmerke van die transaksie was, dan stel hy die belastingaanspreeklikheid vas asof daardie transaksie nie aangegaan was nie.
- (3) Indien bewys word dat die transaksie belastingvermyding tot gevolg sou hê, word vermoed, totdat die teendeel bewys word, dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofogmerke was.

Die spesiale hof het bevind dat die omskepping van die vennootskap tot 'n onbeperkte maatskappy en die betaling van R240 000 vir klandisiewaarde nie abnormaal was nie en ook dat die vermindering of uitstel van belastingaanspreeklikheid nie 'n oorweging was by die besluit om as onbeperkte maatskappy te praktiseer nie.

Ingevolge artikel 86(1) van die Inkomstebelastingwet is daar geen reg van appèl teen 'n beslissing van die spesiale hof op 'n feitevraag nie, maar waar 'n appèl deur die spesiale hof uitgewys is, kan die appellant of die Sekretaris, as hy teen die gewysde die beswaar voel dat dit regtens onjuis is, van die hof verlang dat hy 'n saak stel vir 'n appèl na die hooggeregshof.

In hierdie saak waar die beslissing van die spesiale hof met betrekking tot feitevrae aangeval is, kon die appellant dus net slaag indien hy kon aantoon dat die spesiale hof se bevinding sodanig is dat geen redelike persoon tot daardie gevolgtrekking sou geraak nie, of soos dit soms gestel word, „that the true and only reasonable conclusion contradicts the determination.”

Dit was gemene saak dat 'n transaksie, handeling of skema soos in artikel 103(1) bedoel, wel aangegaan is en dat sodanige transaksie, handeling of skema die uitwerking het om aanspreeklikheid vir die betaling van belasting te vermy, uit te stel of om die bedrag daarvan te verminder. Die punte in geskil was dus die vraag of die betrokke skema op abnormale wyse aangegaan is; of dit regte of verpligtinge geskep het wat nie normaalweg tussen persone wat by 'n transaksie van die aard van die onderhawige transaksie, die uiterste voorwaardes beding, geskep sou word nie; en die vraag of belastingvermyding die enigste of een van die hoofogmerke van die transaksie was.

Wat betref die middele waardeur en die wyse waarop die transaksie aangegaan is, kom die Appèlhof tot die gevolgtrekking dat die bevin-

ding van die spesiale hof dat die betrokke transaksie nie abnormaal is nie, nie 'n bevinding is wat nie redelikerwys deur die spesiale hof bereik kon word nie en wel om die volgende redes:

- (a) Algemeen gesproke is daar niks abnormaal in die omskepping van 'n bestaande vennootskap tot maatskappy nie, en sulke transaksies kom inderdaad dikwels voor in die besigheidswêreld.
- (b) Hoewel dit met die eerste oogopslag ietwat vreemd mag lyk dat professionele mense wat hul professie in vennootskap beoefen, hul praktyk aan 'n onbeperkte maatskappy oordra, gee die onbetwiste feite 'n ander kleur aan die saak. Die Suid-Afrikaanse Vereniging van Raadgewende Ingenieurs het aan sy lede uitdruklike toestemming verleen om hul praktyke deur middel van onbeperkte maatskappye te beoefen en meer as die helfte van die Vereniging se lede het reeds maatskappye gestig. Meer as die helfte van die raadgewende ingenieurs wat nie lede van die Vereniging is nie, is ook geregistreerde maatskappye. Hierdie situasie is ook nie eie aan die Republiek nie want die meerderheid van raadgewende ingenieurs in Engeland, Kanada, Frankryk, Switserland en Japan praktiseer ook in maatskappyvorm.
- (c) Die gestelde saak toon dat die voormalige vennote die voordeel van inkorporasie as aansienlik beskou het. Hierdie voordele sluit o m in die feit dat 'n maatskappy, anders as 'n vennootskap, nie by die dood of uittrede van 'n vennoot ontbind word nie; deelneming in konsortiums word vergemaklik; groter deelname in winste kan aan gekwalifiseerde werknemers gegee word terwyl die noodsaaklikheid om die getal vennote tot twintig te beperk, terselfdertyd uitgeskakel word. In hierdie verband is ook genoem dat die drie oorspronklike aandeelhouers op 1 Maart 1967 1 500 van hul aandele aan ses nuwe aandeelhouers wat gekwalifiseerde werknemers van die maatskappy was, verkoop het. Die toelating as aandeelhouers van meer werknemers word oorweeg en die verwagting is dat die getal aandeelhouers in die afsienbare toekoms tot vyftien sal styg.
- (d) Behalwe 'n salaris van R10 000 per jaar het elk van die drie voormalige vennote vir die betrokke belastingjaar ook direkteursvergoeding van R7 500 en rente op hulle onderskeie leningsrekenings teen  $8\frac{1}{2}\%$  ontvang. Al hierdie ontvangstes was natuurlik belasbaar.
- (e) Die bedrag van R240 000 vir klandisiewaarde is verkry deur drie jaar se winste saam te voeg. Die afwesigheid van sowel sekerheidsstelling vir terugbetaling van die leningsrekenings as enige dienskontrakte tussen die voormalige vennote en die maatskappy word verklaar deur die inherente omstandigheid dat die voormalige vennote in volle beheer van die maatskappy bly.

Met die tweede been van artikel 103(1), wat die vraag stel of regte of verpligtinge geskep is wat nie normaalweg tussen persone wat uiterste voorwaardes beding, geskep sou word nie, het die hof meer probleme ondervind soos blyk uit die volgende woorde van hoofregter Ogilvie Thompson:

„Section 103(1) is couched in very comprehensive terms, but, in forming his opinion in relation to sub-paragraphs (i) and (ii) of the section, the Secretary is required to have regard ‘to the circumstances under which the transaction, operation or scheme was entered into or carried out.’ The criterion of ‘persons dealing at arm’s length’ mentioned in s 103(1) (ii) is, however, not easy of application in a case such as the present. For the section enjoins the application of that criterion in relation to a transaction, operation or scheme ‘of the nature of the transaction, operation or scheme in question.’ Yet the court is in the present case *ex hypothesi* concerned with partners who have, in the circumstances outlined above, made over their practice, not to an independent third party with whom they would ordinarily deal ‘at arm’s length,’ but to an unlimited company of which they are the sole shareholders and directors and whereof they have full and complete control. However, inasmuch as it is not essential for the decision of this case to pronounce upon this particular aspect of the matter (which was not exhaustively argued before us), I prefer to express no conclusion upon the point. I shall accordingly assume, without deciding, in favour of the Secretary that, despite the Special Court’s aforesaid conclusion that the transaction was ‘not abnormal as contemplated by s 103 of the Act,’ it erred in law in not finding that the transaction in issue ‘created rights or obligations which would not normally be created between persons dealing at arm’s length within the meaning of these words as they occur in s 103(1) (ii) of the Act.’”<sup>1</sup>

In die gerapporteerde sake is nog maar min leiding verskaf m b t die vraag wat die aard moet wees van regte of verpligtinge wat nie op uiterste voorwaardes beding is nie.

Mens sou geneig wees om te dink dat „uiterste voorwaardes” verwys na voorwaardes wat gewoonlik tussen vreemdelinge beding word. Die saak is egter nie so eenvoudig nie want artikel 103(1) bepaal dat die Sekretaris sy oordeel moet vorm met inagneming van die omstandighede waaronder die transaksie aangegaan is. Die vereiste m b t uiterste voorwaardes aan die een kant en die vereiste dat die omstandighede waaronder die transaksie aangegaan is, by die beoordeling in ag geneem moet word, skyn met mekaar te bots. Kan die regte en verpligtinge wat tussen die drie voormalige vennote en hul maatskappy geskep is, beskou word buite die bepalings van artikel 103(1)(ii) te val slegs indien hulle die geaardheid het van regte en verpligtinge wat gewoonlik tussen persone en ’n onafhanklike maatskappy (d w s ’n maatskappy wat nie deur sodanige persone beheer word nie) geskep sou word? Dit is blykbaar die interpretasie wat die Sekretaris aan die betrokke bepaling wil gee soos blyk uit die volgende opmerkings van die hoofregter:<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Appèlhofverslag 574-5.

<sup>2</sup>Appèlhofverslag 573.

„ . . . counsel for the Secretary criticized the formation of a company by the partners and pointed to various features of the case, more especially the following: the disparity between the partnership's earnings and the salary of R10 000 p a which each of the partners accepted from the respondent; the R240 000 goodwill; the absence of any service contracts binding the former partners to continue to work for respondent. The cumulative effect of these considerations is such - so the submission ran - as irresistibly to reveal the transaction in issue as being both abnormal in terms of s 103(1)(i) and establishing rights or obligations 'which would not normally be created between persons dealing at arm's length' within the meaning of these words as they appear in s 103(1)(ii) of the Act.”

Meyerowitz en Spiro<sup>3</sup> skyn ook te twyfel omtrent die betekenis wat gegee moet word aan die vereiste dat die omstandighede waaronder die transaksie aangegaan is, in ag geneem moet word. Hulle verklaar in dié verband:<sup>4</sup>

„The test propounded here appears to be an objective one, without regard to the relationship or circumstances of the parties to the transaction, but the section also refers to abnormality 'having regard to the circumstances under which the transaction etc was entered into or carried out.' This suggests that the test may also be subjective by taking into account not only the nature of the transaction but also the existing circumstances.

„Among the relevant circumstances, it is suggested, will be the relationship between the partners, their previous dealings, etc, and if this is so then it would appear that where, for example, there is a sale between father and son, or a sale to a company in which the seller is the sole shareholder, the normality of the transaction may have to be judged not only by reference to what is normal in sale, but what is normal in a sale to a son or such company.”

Die vereiste m b t die inagneming van die omstandighede waaronder die transaksie aangegaan is, is versoenbaar met die bepalings van artikel 103(1)(i) wat handel met die middele waardeur en die wyse waarop, 'n transaksie aangegaan is. Hierdie vereiste is egter nie te rym met die betekenis wat gewoonlik aan „die bedinging van uiterste voorwaardes” gegee word nie.

By 'n onbestaanbaarheid soos hierdie moet die gewone interpretasiereëls toegepas word om die werklike bedoeling vas te stel.<sup>5</sup> Indien die vraag of uiterste voorwaardes inderdaad beding is, beantwoord moet word met inagneming van bv familie-verband of maatskappyverband, word die krag en doeltreffendheid van hierdie bepaling ernstig

<sup>3</sup>*Permanent Volume - Income Tax in South Africa.*

<sup>4</sup>*Ibid* 487.

<sup>5</sup>LC Steyn *Die Uitleg van Wette* 3e uitgawe 175. Steyn haal hier die volgende aan uit *R v Brenner* 1932 OPD op 51: „Where two inconsistent sections or provisions appear in a statute, the later one is usually taken to govern, but in the present case the two inconsistent sets of words appear in the same sentence and are thus simultaneous. In such a case it should be held, in my opinion that the process of elimination should be applied to that set of words against which a presumption exists, or which is less in harmony with the intention of the lawgiver as appearing from the section as a whole or from the statute as a whole.”



aangetas. Hoewel die vereistes met betrekking tot normaliteit ingevoeg is om die trefwydte van artikel 103 enigszins te beperk, was dit sekerlik nie die wetgewer se bedoeling om 'n oneffektiewe bepaling te maak nie. Dit wil dus voorkom asof die vermoede teen kragteloosheid<sup>6</sup> hier toegepas moet word.

Daar heers nog groot onsekerheid oor die trefwydte van artikel 103 en onsekerheid met betrekking tot die betekenis en toepassing van die reg het geen plek in 'n goeie belastingstelsel nie. Dit is dus jammer dat dit nie vir die Appèlhof nodig was om hom oor hierdie aangeleentheid uit te spreek nie. Dit is nietemin verblydend dat die Appèlhof weggebreek het van die neiging wat daar by ons howe was om die tweeledige toets wat in artikel 103(1)(i) en (ii) vervat is as 'n enkele toets te behandel<sup>7</sup>.

Ten spyte van die veronderstelling dat die spesiale hof gefouteur het deur nie te bevind dat die betrokke transaksie regte of verpligtinge geskep het wat nie normaalweg tussen persone wat uiterste voorwaardes beding, geskep sou word nie, kon die Sekretaris slegs slaag indien die vierde vereiste van artikel 103, nl dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofmerke van die transaksie was, ook aanwesig was. Aangesien reeds bewys is dat die betrokke transaksie 'n vermindering van belastingaanspreeklikheid tot gevolg sou hê, het die vermoede ontstaan dat belastingvermyding die enigste of een van die hoofmerke van die transaksie was. Die onus om die teendeel te bewys, was dus op die belastingpligtiges.

Die bevinding van die spesiale hof was dat die belastingpligtiges daarin geslaag het om te bewys dat belastingvermyding nie die enigste of een van die hoofmerke van die transaksie was nie. Die omskepping van die vennootskap tot maatskappy het verskeie voordele ingehou, soos hierbo aangetoon is. Die maatskappy is om hierdie redes gestig en nie met die oog op vermindering van belasting nie. Regter Hill wat die eenparige beslissing van die spesiale hof gelever het, verklaar in dié verband soos volg:

„The question of possible tax savings was discussed with Mr Johnson before the partners decided to form a company, but both Mr Forsyth and Mr Johnson testified that the saving of income tax was not a factor in deciding to convert the partnership into a company. In fact Mr Johnson advised the partners that any immediate tax advantages should be disregarded as such would merely be of a temporary nature. This evidence was unchallenged

<sup>6</sup>Sien Steyn a.w 115-116.

<sup>7</sup>Sien DM Stewart: „The Prohibition of Tax Avoidance: An Evaluation of s103 of the South African Income Tax Act” *CILSA* 168. Dit is moontlik dat die onduidelikheid m.b.t. die betekenis van „die bedinging van uiterste voorwaardes” in die samehang waarin dit hier gebruik word, aanleiding gegee het tot die samevoeging van die twee afsonderlike toetse.

and we can find no reason to doubt the truthfulness of the two witnesses. We also agree with the submission that it would be unreasonable to suppose that three professional men, each earning in excess of R30 000 per annum, would have regarded one year's tax saving of R1 456 as a prime motive for changing their partnership into a company with all the attendant costs."<sup>8</sup>

In hierdie omstandighede was dit nie vir die Appèlhof moontlik om te sê dat die bevinding van die spesiale hof 'n bevinding is wat nie redelikerwys bereik kon word nie. Die appèl word dus van die hand gewys.

Artikel 103 plaas 'n baie swaar bewyslas op die belastingpligtige. Hoewel die beslissing in belastingvermydingsgeskille oënskynlik op die doel of motief van die belastingpligtige steun, word die stryd maar selde op daardie gronde gevoer. Die gewone benadering, soos in hierdie saak ook gebeur het, is om die ontleding te rig op die vraag of enige nie-belastingoorwegings of funksies die betrokke handeling kan verklaar. Daar word gevra of iemand in die belastingpligtige se posisie op redelike gronde kan glo dat 'n beweerde nie-belastingoogmerk deur die handeling gedien sou word, m a w daar word met die hipotetiese redelik man gewerk.

Die opmerkings van regter Hill wat hierbo aangehaal is, vestig ook die aandag op 'n ander swakheid of gebrek van die onderhawige toets. Artikel 103 verwys na die „enigste of een van die hoof-oogmerke” van die transaksie. Dit bring mee dat die relatiewe belangrikheid van verskeie oogmerke teen mekaar afgeweg moet word en die vraag ontstaan of daar by die afweging van oogmerke rekening gehou moet word met die geldwaarde van sowel die belastingvoordeel as die ander voordele van die transaksie of skema. Sekerlik ja, maar die probleem is dat terwyl die belastingvoordeel gewoonlik maklik gekwantifiseer kan word, dit nie die geval met ander oorwegings is nie. Gewoonlik word dan ook gevind dat die belastingvoordeel gekwantifiseer word, terwyl geen poging aangewend word om 'n geldwaarde op die nie-belastingvoordele van 'n skema te plaas nie. Die gevolg is dat die beslissing rakende die hoofoogmerk van 'n transaksie sterk beïnvloed word deur die omvang van die belastingbesparing. Dit het in hierdie saak ook gebeur soos blyk uit die laaste sin van regter Hill se aangehaalde woorde. 'n Mens wonder wat die uitslag sou gewees het as die verhouding van belastingbesparing tot jaarlikse inkomste toevallig aansienlik hoër was. Sou dit as blote toeval aanvaar gewees het of sou die beslissing teen die belastingpligtiges gegaan het?

Artikel 103 in sy huidige vorm bring 'n groot mate van regsónsekerheid mee, soos die geval noodwendig moet wees met enige regsreël wat met verwysing na die doel of bedoeling van die belastingpligtige geformuleer word, en daar bowendien nog teenstrydigheid in

<sup>8</sup>Soos aangehaal op bladsy 575 van die Appèlhofverslag.

dieselfde artikel voorkom. Die onsekerheid wat artikel 103 meebring, word vererger deur die feit dat dit etlike jare mag duur voordat finale uitsluitel verkry word. Intussen is die belastingpligtige nie alleen onseker wat betref sy uiteindelijke belastingaanspreeklikheid nie maar ook wat betref die toekoms van sy onderneming. In die saak onder bespreking is die maatskappy op 25 Mei 1966 geïnkorporeer en finale uitsluitel met betrekking tot belastingaanspreeklikheid is eers op 15 Mei 1971 (dus 5 jaar later) verkry.

Terwyl maatreëls om vermyding van belasting te bekamp as onvermydelike euwel aanvaar moet word, moet terselfdertyd gewaak word teen wetgewing wat in sy praktiese toepassing tot onsekerheid en onbillikheid kan lei. Reëls moet so ingeklee word dat subjektiewe maatstawwe geen of 'n baie geringe rol speel. In dié verband kan verwys word na die *Income and Corporation Taxes Act 1970*, van die Verenigde Koninkryk. Die aangeleentheid met betrekking tot belastingvermyding word in 37 artikels (vier hoofstukke) gereël, nl artikels 460 tot 496. Die opvallendste kenmerk van hierdie bepalinge is die breedvoerige wyse waarop die hele aangeleentheid gereël word klaarblyklik met die doel om die reëls tot groot mate objektief te maak. Daar is weliswaar etlike artikels wat na die oogmerk van die belastingpligtige verwys maar die omstandighede waarin die betrokke reëls toegepas kan word, word breedvoerig beskryf.<sup>9</sup> Daar is ook etlike artikels wat suiwer objektief ingeklee is. As voorbeeld kan genoem word artikels 483 en 484 wat die teenhangers is van ons artikel 103(2).

AF VAN NIEKERK  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## HERON INVESTMENTS (PTY) LTD v. SECRETARY FOR INLAND REVENUE 1971 (4) SA 201 (A), SATC 33 181

### *Belastingreg - Uitgawes van kapitale aard*

Die appellant-maatskappy was die eienaar van vaste eiendom en sy inkomste het hoofsaaklik uit huurgelde bestaan. Een van die verhuurde eiendomme het uit 'n kelderverdieping en nege ander verdiepings bestaan. Drie verdiepings van hierdie gebou en sekere ander akkommodasie is in 1956 aan Price Forbes (Africa) Ltd („Price Forbes”) verhuur vir 'n termyn van 9 jaar en 11 maande. In 1964 toe nagenoeg 2 jaar van die huurtermyn nog onverstreke was, het die huurder gevra om van sy kontrak onthef te word aangesien hy ander akkommodasie aangebied is. Appellant wou egter vir Price Forbes as huurder behou en het aan-

<sup>9</sup>Vgl hiermee die onduidelikheid in verband met die betekenis van „die bedinging van uiterste voorwaardes” van ons a 103.

gebied om sekere veranderinge aan die gebou aan te bring sodat dit beter sou voldoen aan die behoeftes van Price Forbes. Die aanbod is aanvaar en 'n nuwe huurkontrak vir 'n termyn van 9 jaar en 11 maande is aangegaan. Die nuwe ooreenkoms was egter onderworpe aan die voorwaarde dat Price Forbes een-derde van die koste van die veranderinge sou betaal indien hy die gebou voor die verstryking van 15 jaar vanaf die begin van die nuwe huurkontrak sou ontruim.

Die appellant het gedurende die jaar van aanslag geëindig 30 Junie 1965 R36 548 aan die veranderinge bestee en R7 302 in die daaropvolgende belastingjaar. Die Sekretaris van Binnelandse Inkomste wou hierdie uitgawes nie as aftrekkings van inkomste toelaat nie en die appellant het na die spesiale hof vir die verhoor van inkomste-belastingappèlle geappelleer. Die spesiale hof het die appèl van die hand gewys op grond daarvan dat die betrokke uitgawes van 'n kapitale aard is en dus ingevolge artikel 11(a) van die Inkomstebelastingwet (58 van 1962) nie toelaatbare aftrekkings is nie. Die appellant het by wyse van gestelde saak direk na die Appèlhof geappelleer.

Die Appèlhof bevind dat die betrokke uitgawes van 'n kapitale aard is en dat die beslissing van die spesiale hof dus korrek was. Die betrokke uitgawes is ongetwyfeld van 'n kapitale aard en verskil trouens geensins van die uitgawes wat met die oprigting van 'n nuwe gebou aangegaan sou word nie. (Hier is mure, deure, vensterrame, elektriese installasie, rakke, verf, plakpapier, paneelwerk, vloere, lugreëlingapparaat, ens, opgerig.)

Die Appèlhof het wel tot die regte resultaat gekom maar die uitspraak gaan mank aan dieselfde gebreke as wat gevind word in die sake waarop gesteun word, naamlik *New State Areas Ltd v CIR*,<sup>1</sup> *SIR v Cadac Engineering Works (Pty) Ltd*<sup>2</sup> en *SIR v John Cullum Construction Co (Pty) Ltd*.<sup>3</sup> In hierdie sake, soos in talle ander en ook in die saak onder bespreking, word gepoog om tussen kapitaaluitgawes en inkomste-uitgawes te onderskei met verwysing na die doel waarvoor die uitgawe aangegaan is. In die *New State Areas*-saak verklaar hoofregter Watermeyer:<sup>4</sup>

„The true nature of each transaction must be inquired into in order to determine whether the expenditure attached to it is capital or revenue expenditure. Its true nature is a matter of fact and *the purpose of the expenditure is an important factor*;<sup>5</sup> if it is incurred for the purpose of acquiring a capital asset for the business it is capital expenditure . . . ; if on the other hand, it is in truth no more than part of the cost incidental to the performance of the income-pro-

<sup>1</sup>1946 AD 610, SATC 14 155.

<sup>2</sup>1965 2 SA 511 (A), SATC 27 61.

<sup>3</sup>1965 4 SA 697 (A), SATC 27 155.

<sup>4</sup>Op bladsy 627 van die Appèlhofverslag.

<sup>5</sup>My kursivering.



ducing operations, as distinguished from the equipment of the income-producing machine, then it is revenue expenditure . . . ”

In die saak onder bespreking verklaar hoofregter Ogilvie Thompson<sup>6</sup> „ . . . the true view appears to me to be that appellant incurred the expenditure in question *in order to equip*<sup>7</sup> its income-earning structure . . . ”

Die hele aangeleentheid word verder vertroebel deur die gebruik van uitdrukkings soos „once and for all”<sup>8</sup> en „an advantage for the enduring benefit of trade.”<sup>9</sup> Hierdie uitdrukkings is deur ons howe uit twee Engelse beslissings oorgeneem.<sup>10</sup> In *Vallambrosa Rubber Co v Farmer*<sup>11</sup> word die volgende toets aan die hand gedoen:

„In a rough way it is not a bad criterion of what is capital expenditure - as against what is income expenditure - to say that capital expenditure is a thing that is to be spent once and for all, and income expenditure is a thing that is going to recur every year.”

Hierdie is ’n swak toets wat geen lig op die onderhawige probleem werp nie. ’n Stuk grond of moontlik ’n gebou, kan „once and for all” verkry word, maar sekerlik nie ’n afleweringsfiets nie, tog is albei kapitaal-uitgawes.

Die tekortkominge van hierdie toets word blykbaar in *British Insulated & Helsby Cables Ltd v Atherton*<sup>12</sup> besef en die „once and for all” word gekwalifiseer. Wanneer ’n uitgawe gemaak word „ . . . not only once and for all, but with a view to bringing into existence an asset or an advantage for the enduring benefit of a trade . . . ,” dan is dit ’n kapitaaluitgawe. Die „enduring benefit” het die howe wat hierdie toets wou toepas, baie probleme besorg.<sup>13</sup> Wat moet byvoorbeeld die lewensduur van ’n bate wees voordat van ’n „enduring benefit” gepraat kan word? Soos hieronder sal blyk, raak hierdie vraag die kern van die onderhawige probleem.

Die probleme wat die howe met die onderskeiding tussen kapitaal-uitgawes en inkomste-uitgawes ondervind, moet in die eerste plek toegeskryf word aan die neiging om die bedoeling waarmee ’n bate verkry is as onderskeidingsnorm te gebruik. *Hierdie onderskeiding kan en moet egter gemaak word sonder verwysing na die bedoeling waarmee die uitgawe aangegaan is.*

<sup>6</sup>Op bladsy 207H van die Appèlhofverslag.

<sup>7</sup>My kursivering.

<sup>8</sup>Op bladsy 207F van die Appèlhofverslag.

<sup>9</sup>Op bladsy 208A van die Appèlhofverslag.

<sup>10</sup>Sien die *New States Areas*-saak.

<sup>11</sup>1910 SC 519 525.

<sup>12</sup>1926 AC 205 213.

<sup>13</sup>Sien by die opmerkings in hierdie verband in *Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd v COT* 1926 1 SA 381 (FC), SATC 24 469.

Uit 'n rekeningkundige oogpunt beskou, ontstaan die noodsaaklikheid om tussen kapitaal- en inkomste-uitgawes te onderskei omdat die leeftyd van 'n onderneming in finansiële periodes verdeel word; uit 'n belastingoogpunt beskou, omdat die leeftyd van 'n onderneming in belastingjare verdeel word. Was dit dus nie nodig om winste of belasbare inkomste jaarliks te bepaal nie, sou die probleem wat hier ter sprake is, nooit ontstaan het nie en sou die verwysing in artikel 11(a) na onkoste en verliese van 'n kapitale aard geen sin gehad het nie.

Alle uitbetalings wat 'n onderneming maak, kan in twee groepe verdeel word, nl (a) die verkryging van hulpbronne en (b) die betaling of delging van skulde. Laasgenoemde wat o m die betaling van krediteure, delging van lenings, dividendbetalings en onttrekkings deur die eienaar insluit, is nie ter sake nie en word daargelaat. Die eerste groep, die verkryging van hulpbronne, word gewoonlik uitgawes genoem en sluit o m die aankoop van geboue, masjinerie, meubels, handelsware en die betaling van salarisse, rente, huurgelde, advertensies, ens, in. In ruil vir elkeen van die uitgawes verkry die onderneming 'n hulpbron waarmee die inkomste verdien word, bv die gebruik van geboue vir die aankoop of huur van geboue, die dienste van werknemers vir die betaling van salarisse, ens. In die proses van inkomsteverkryging word hierdie hulpbronne opgebruik, of anders gestel, die hulpbronne word in inkomste omskep. Die snelheid waarteen die onderskeie hulpbronne in inkomste omskep word, wissel na gelang van die aard van elke hulpbron. Sommige hulpbronne, byvoorbeeld die dienste van werknemers, word binne die finansiële jaar of belastingjaar verbruik, terwyl andere, byvoorbeeld masjinerie, oor 'n aantal jare verbruik word, terwyl 'n derde groep, byvoorbeeld grond, nie opgebruik kan word nie.

Die uitgawes (verkryging van hulpbronne) word nou weer in twee groepe verdeel, nl (a) kapitaal-uitgawes en (b) inkomste-uitgawes. Wil 'n mens nou tussen die twee groepe onderskei, moet jy 'n bepaalde datum in gedagte hê. Vir doeleindes van winsberekening is die bepaalde datum die laaste dag van die finansiële jaar; vir die bepaling van belasbare inkomste is die bepaalde datum die laaste dag van die belastingjaar. Slegs met verwysing na daardie bepaalde dag kan noukeurig onderskei word tussen kapitaal- en inkomste-uitgawes.

Daardie uitgawe of hulpbron of gedeelte daarvan wat op die laaste dag van die finansiële jaar (of belastingjaar) reeds verbruik of in inkomste omskep is, word 'n inkomste-uitgawe genoem, terwyl daardie uitgawe of hulpbron of gedeelte daarvan wat op die betrokke dag nog nie verbruik is nie, 'n kapitaaluitgawe genoem word. Dit is die kern van die onderskeiding en op hierdie stadium is dit hoegenaamd nie nodig om die bedoeling waarmee 'n uitgawe aangegaan is as onderskeidingsbasis by te bring nie. Dit kan slegs lei tot die verwarring waarin die regspraak so dikwels verval het en waarna hierbo reeds verwys is.

Op hierdie wyse, en slegs op hierdie wyse, kan 'n duidelike lyn tussen kapitaaluitgawes en inkomste-uitgawes getrek word. In die geval van sommige hulpbronne is daar natuurlik die praktiese probleem om te bepaal watter deel van die uitgawe in 'n bepaalde jaar verbruik is, bv motorvoertuie, masjinerie, meubels, ens. Dit is egter nie 'n gebrek van die onderskeidingsbasis nie, maar 'n probleem wat uit die aard van die betrokke bate voortspruit. Vir doeleindes van die bepaling van belasbare inkomste, berus dit in die diskresie van die Sekretaris watter deel hy as inkomste-uitgawe sal beskou, terwyl hy geen waardevermindering mag toelaat in die geval van geboue of ander bouwerke of werke van 'n permanente aard nie (a 11(e)).

Die bedoeling waarmee 'n bate verkry is of gehou word, kom eers ter sprake wanneer daar, wat kapitaaluitgawes (d w s bates) betref, tussen vaste bates en vlottende bates onderskei moet word. Bedoeling is hier deurslaggewend. Die aard van die bate self kan nie as grondslag vir die onderskeiding dien nie want dieselfde soort bate kan vir een onderneming 'n vaste bate, en vir 'n ander 'n vlottende bate wees.

Die verontagsaming van die dubbele onderskeiding - Kapitaaluitgawes/inkomste-uitgawes en vaste bates/vlottende bates - het reeds tot baie verwarring en wanopvattinge aanleiding gegee. Om maar enkeles te noem: In die *New State Areas*-saak is die opvatting verkondig dat die woorde „van 'n kapitale aard” in a 11(a) en (b) slegs betrekking het op vaste kapitaal (vaste bates); in *Sub-Nigel Ltd v CIR*<sup>14</sup> is opmerkings gemaak waaruit afgelei moet word dat onverkoopte voorraad nie by die bepaling van belasbare inkomste in berekening gebring kan word nie.

Word die Inkomstebelastingwet in sy geheel beskou, is dit duidelik dat dit ontwerp is om die belastingpligtige se inkomste vir die belastingjaar te belas.<sup>15</sup> Hierdie feit steun ook die opvatting dat die onderskeiding tussen kapitaaluitgawes en inkomste-uitgawes 'n funksie van tyd is. Hierdie opvatting word ook in ander regstelsels gevind. Die „Internal Revenue Service” van die VSA verklaar op bladsy 62 van *Your Federal Income Tax*: „Business and professional men may not deduct the cost of equipment books or instruments *having a useful life of longer than one year*<sup>16</sup> . . . These are regarded as capital items, and depreciation may be taken on them over their useful life.” Op bladsy 63 verskyn die volgende: „The reason capital expenditures are not deductible is that they are not operating expenses applicable solely to the taxable year in which they are made.” Selfs vooruitbetaalde huurgelde en assuransiepremies word as van 'n kapitale aard beskou,<sup>17</sup> en heeltewel tereg ook.

<sup>14</sup>1948 4 SA 580 (A), SATC 15 381.

<sup>15</sup>Soos ook tereg verklaar is deur ar Stratford in *CIR v Delfos* 1933 AD 242 264.

<sup>16</sup>My kursivering.

<sup>17</sup>Sien Harvard Law School: *World Tax Series - United States* 399.

Artikel 7(1) van die belastingkode van Duitsland wat met waardevermindering handel, bepaal dat die koste van 'n bate waarvan verwag word dat die lewensduur langer as een jaar sal wees, oor die leeftyd van die bate van inkomste afgetrek moet word. „While the wording of this provision merely prohibits the immediate charge-off of an expenditure whose beneficial effects to the enterprise *are not exhausted in the current year*<sup>18</sup> its interpretation by the courts and the government has been much more specific.”<sup>19</sup> Dieselfde gedagte word in die definisie van 'n bate gevind. „According to this definition, the term 'asset' is not limited to tangible or intangible property such as leasehold improvements, but includes secret data or processes, privileges, concessions, rights under a contract which eliminates competition . . . It also includes other expenses which benefit more than one business year . . . ”<sup>20</sup>

In Australië is die volgende betekenisvolle opmerking in verband met die onderskeiding tussen inkomste-uitgawes en kapitaaluitgawes in *Sun Newspapers Ltd and Associated Newspapers Ltd v FC of T*<sup>21</sup> gemaak: „The latter (d i inkomste-uitgawes) can be considered, estimated and determined only in relation to a period or interval of time, the former (d i kapitaaluitgawes) as at a point of time.”

AF VAN NIEKERK  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## PANORAMA DEVELOPMENTS (GUILDFORD) LTD v FIDELIS FURNISHING FABRICS LTD 1971 3 ALL ER 16

### *Company-Secretary's power to contract on behalf of company*

The courts have always regarded a company secretary as being a rather inferior person in the company hierarchy. Lord Esher MR (in *Barnett, Hoares and Co v South London Tramways Co* (1887) 18 QBD at 817) described a secretary as a mere servant, stating that no one could assume that he had any authority to represent anything at all. In the case under discussion the Court of Appeal saw fit to recognise the considerable enhancement the status of a company secretary has undergone since 1887.

B, the company secretary of Fidelis Furnishing Fabrics Ltd (“fidelis”) ordered “self-drive” cars, *i e* cars which the hirers drive themselves, on various dates for business purposes from Panorama

<sup>18</sup>My kursivering.

<sup>19</sup>Harvard Law School: *World Tax Series - Germany* 350.

<sup>20</sup>*Ibid* 297.

<sup>21</sup>(1938) 61 CLR 337 360.



Developments (Guildford) Ltd (“Panorama”) which conducted a car-hire business. The orders were in the form of letters on Fidelis’ notepaper and were signed by B as company secretary. After checking its creditworthiness, Panorama delivered cars on credit to Fidelis’ premises on dates specified by B in the correspondence. With each car Panorama sent a printed form of hiring agreement and proposal for insurance, which was completed by specifying B as hirer, as the driver was always required to be named as hirer for insurance purposes in self-drive transactions. B used the cars but the hire was never paid. When Panorama sent Fidelis accounts for the car hire, the latter knew nothing of the transactions. Panorama thereupon sued Fidelis for payment of the hire. Judgment was given in favour of Panorama.

On appeal, counsel for Fidelis contended that the contracts for hire were with B personally and not with Fidelis, which was not liable on them. The court found that the contracts were in fact contained in the correspondence and not in the hiring agreements, which were merely the machinery for carrying the correspondence into effect. Accordingly, the contracts were with Fidelis and not with B.

The second point made by counsel for Fidelis was that B, as company secretary, fulfilled a very humble role and that he had no authority to make any contracts or representations on behalf of Fidelis. On this count the court, in dismissing the appeal, held that the secretary was capable of binding his company. In the words of Lord Denning MR (at 19a):

“He is an officer of the company with extensive duties and responsibilities . . . He is no longer a mere clerk. He regularly makes representations on behalf of the company and enters into contracts on its behalf which come within the day-to-day running of the company’s business. So much so that he may be regarded as held out as having authority to do such things on behalf of the company. He is certainly entitled to sign contracts connected with the administrative side of a company’s affairs, such as employing staff, and ordering cars and so forth. All such matters now come within the ostensible authority of a company’s secretary.”

Salmon LJ, in a separate judgment, described the secretary as the chief administrative officer of the company, having ostensible authority to sign contracts on behalf of the company in so far as administrative matters, such as the hiring of cars in the present case, were concerned.

While such recognition of the status of the company secretary is long overdue and thus to be welcomed, one can but wonder whether his authority to contract on behalf of the company in administrative matters should not be implied from his position as chief administrative officer, rather than be construed as an ostensible authority.

SWL DE VILLIERS  
*University of South Africa*

**COOPER BROTHERS & CO v BOTTRIELL & CO LTD**  
**1971 1 SA 22 (R)**

*Internasionale privaatreë - Publiekreg - Sessie*

In hierdie beslissing het interessante vrae van internasionale kontraktereg na vore gekom. Ongelukkig het die hof dit onnodig geag om die toepaslike regstelsel te bepaal.

A, 'n Zambiese maatskappy, het aan B, 'n Rhodesiese maatskappy, 'n vorderingsreg teen C, 'n Zambiese maatskappy, in Zambië oorgedra. C se verweer teen B se eis is dat die sessiekontrak strydig met Zambiese valutabeheermaatreëls is. Ter ondersteuning hiervan betoog C ook dat die Zambiese reg, by gebrek aan 'n regskeuse, die toepaslike regstelsel is, aangesien tipies Engelsregtelike (dus Zambiese) begrippe in die kontrak gebesig is, die sessiekontrak in Zambië gesluit is, die betaling daarvoor in Zambië plaasgevind het en die vorderingsreg in Zambië ontstaan het.

Regter Davies beslis egter dat aangesien die feite nie binne die bestek van die Zambiese maatreël val nie, dit onnodig is om die toepaslike regstelsel te bepaal en dat die eiser gevolglik slaag.

Alhoewel die standpunt soms ingeneem word dat indien daar geen „botsing” tussen die moontlik toepaslike regstelsels is nie, dit onnodig is om die toepaslike regstelsel te bepaal,<sup>1</sup> word dit deur skrywer aan die hand gedoen dat so 'n benadering onrealisties is. Voordat bepaal kan word of daar 'n verskil tussen die moontlik toepaslike regstelsels is, moet hierdie reëls tog ondersoek word en moet dit, in elk geval wat Suid-Afrika betref,<sup>2</sup> altyd deur deskundige getuienis bewys word. Om die bepaling van die toepaslike regstelsel onnodig te ag om die praktiese rede dat daar in so 'n geval dan nie bewys van 'n vreemde regstelsel gebring hoef te word nie, is dus slegs 'n gespeel met woorde. Dit is meer realisties om die toepaslike regstelsel te bepaal en dan daarvolgens te beslis. In werklikheid het regter Davies dan ook die Zambiese reg as toepaslike regstelsel beskou, want hy toets tog die feite aan die Zambiese maatreël en bevind dat dit nie toepaslik is nie; met ander woorde, die ongeskrewe Zambiese reg, wat so 'n sessiekontrak veroorloof, word toegepas. Die feit dat die ongeskrewe Zambiese reg met die Rhodesiese reg op hierdie punt ooreenstem, is dan irrelevant.

'n Tweede interessante punt is dat regter Davies heeltemal bereid was om die Zambiese maatreël, wat as 'n publiekregtelike bepaling

<sup>1</sup>Vgl bv Ehrenzweig *Private International Law (general part)* (1967) 82, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1962) 493 met betrekking tot uitleg.

<sup>2</sup>Vgl *Schlesinger v CIR* 1964 3 SA 389 (A); 'n bewys van Zambiese reg word in Rhodesië as onnodig beskou.

beskou kan word, toe te pas indien die feite maar daarbinne geval het. Soms word beweer dat die publiekreg van 'n vreemde toepaslike regstelsel nie toegepas sal word nie. Daar word dan geargumenteer dat sodanige reëls alleen die beskerming van die vreemde staat ten doel het en dus 'n streng territoriale werking het; verder word gesê dat die internasionale *privaatreg* slegs na die *privaatreg* van 'n ander regstelsel verwys.<sup>3</sup> Hierteenoor kan egter geopper word dat, waar die staat al hoe meer ingryp in gebiede wat gewoonlik as *privaatreg* beskou word, die onderskeid tussen *privaat-* en *publiekreg* nie altyd so maklik te bepaal is nie.<sup>4</sup> 'n Weiering om vreemde publiekreg toe te pas kan ook daartoe lei dat dieselfde geskil verskillend bereg word na gelang van die besondere hof wat jurisdiksie het se opvatting van wat publiekreg is<sup>5</sup> - en so 'n gevolg is juis strydig met die internasionale harmonie van beslissings waarna deur vele internasionaliste gestreef word.

Die meerderheid skrywers<sup>6</sup> en howe is vandag ten gunste van 'n toepassing van vreemde publiekreg mits dit nie strydig met die openbare orde van die forumland is nie. Om bang te wees dat die soewereiniteit van die land van die toepaslike regstelsel op hierdie manier na die forumstaat uitgebrei sal word, is soortgelyk aan die vrese van die middeleeuse vaarders dat hulle van die aarde sou kon afval: die toepassing van vreemde reg geskied juis omdat daartoe „toestemming” gegee word deur die internasionale *privaatreg* van die forum - sprake van 'n uitbreiding van soewereiniteit kan daar dus nie wees nie. Aan die anderkant is dit waar dat ons howe weier om vreemde belastingvonnisse af te dwing.<sup>7</sup> Na my mening is die motivering vir hierdie weiering egter geleë in 'n traagheid van ons howe om as funksionaris vir 'n vreemde regering op te tree; dit gaan dan nie om 'n verwysingsvraag nie, maar wel om die feit dat die hof nie jurisdiksie het nie.<sup>8</sup>

Derdens kan gemeld word dat 'n toepassing van die Zambiese reg op die sessiekontrak ook in ooreenstemming is met die reël dat die *situs* van die oorgedraagde vorderingsreg deurslaggewend is by die bepaling van die toepaslike regstelsel.<sup>9</sup>

KOBUS VAN ROOYEN  
*Universiteit van Pretoria*

<sup>3</sup>Vgl vir verwysings De Winter 1964 *NTIR* 335 ev; sien oor die algemeen Mann 1956 *Rabels Z* 1 ev.

<sup>4</sup>Vgl Riphagen 1961 *Recueil des Cours* 219.

<sup>5</sup>Tensy 'n vergelykende kwalifikasie-teorie gebruik word.

<sup>6</sup>Vgl hiervoor De Winter 1964 *NTIR* 336 n 18 en 19.

<sup>7</sup>In *Commissioner of Taxes, Federation of Rhodesia v McFarland* 1965 1 SA 470 (W); *Jones v Borland SSC* 1969 4 SA 29 (W).

<sup>8</sup>Vgl Kahn-Freund *The Growth of Internationalism in English Private International Law* (1960) 58 ev; Batiffol *Droit International Privé* (1967) 659-60.

<sup>9</sup>Vgl *Mitchell Cotts & Co v Commissioner of Railways* 1905 TS 349; *Rothschild v Lowndes* 1908 RS 493 498.

# Boeke

## THE 1971 INCOME TAX AND ESTATE DUTY LEGISLATION

by AS Silke MCom PhD (Cape) CA (SA) FCA

*Juta and Co Ltd, Cape Town, Wynberg, Johannesburg, 1971; 368 pp;  
R9.50*

It is stated in the preface of this publication that the purpose of the book is to explain fully the practical effect of the new amendments (introduced by the Income Tax Act 1971 and the estate duty provisions of the Revenue Laws Amendment Act 1971) with numerous illustrations and tax tables, and to provide the reader with completely up-to-date consolidated (*sic*) Income Tax and Estate Duty Acts incorporating all the new amendments.

The Income Tax Act undergoes multifarious amendments and additions every year and even the Estate Duty Act 1955 has been amended, rather surprisingly, on no less than eleven occasions since the date of its promulgation.

It goes without saying that the task of any person, whether layman or practitioner, who has to grapple with the *verba ipsissima* of taxing statutes is made considerably lighter when there is at his disposal a completely annotated version of the relative act, *a fortiori* if the dates of coming into operation of the amendments and additions or dates of withdrawal of certain provisions are included in the publication.

*In casu* the publication scores highly in this respect. The relative acts, annotated in a manner enabling the maximum information to be gleaned with a minimum of effort, are contained in Appendix IV which is covered by pages 140 to 338 of the publication. A fairly comprehensive index of the Income Tax Act is provided at pages 339-368: the levying of taxation by different countries on the same income is for instance indexed, perhaps too elaborately, under headings such as "Agreements for relief from double taxation;" "Avoidance of double taxation;" "Bilateral agreements for the avoidance of tax;" "TAX, relief from double;" "Reciprocal agreements for avoidance of double taxation."



A further entry under the heading "Conventions for the avoidance of double income tax" would seem to be indicated since it is customary nowadays for countries to enter into conventions for this purpose.

The numerical references in the index are those of the act itself: references to page numbers in the book would have enhanced the usefulness thereof.

It is not clear why a reference to "Commissioner" appears twice at page 365 of the index.

The text of the book is divided into five parts, *viç-*

*Part I Abatements and Tax Rates 1971/72* (pp 1-14)

Apart from a reprint of the Schedule to the Income Tax Act 1971 (rates of normal tax) this part contains a resumé of the abatements applicable to persons other than companies, and of various matters which are linked with the normal tax rates applicable to both natural persons and companies - even the rates of Bantu taxation (under Act 92 of 1969) receive mention!

In those cases where the period of assessment is less than a full year, certain abatements are subject to a proportionate reduction and these are rather elaborately narrated more or less in the phraseology of the act at pages 2 and 21. An asterisk placed opposite those items which are liable to the proportionate reduction, with a footnote succinctly worded to this effect, would facilitate the location of such items to a great extent.

It is probably correct to say that while the various abatements as described at page 1 are readily identifiable, the description "Single persons wholly or mainly maintaining one or more children" is an oversimplification for "A taxpayer who is not married and entitled to a child abatement for a child wholly dependent upon him, from the taxpayer's resources other than alimony received from the child's other parent, and where the taxpayer's other income has not been reduced by the maintenance payments under section 21, is allowed, irrespective of the number of children, an additional . . . R400."

*Part II Amendments affecting the taxation of persons other than companies* (pp 15-48)

This part is richly illustrated with hypothetical examples which give effect to the main purpose of the book. However, it is submitted that the more affluent taxpayer - who is the person most directly concerned with the practical effects of the 1971 act - is sorely interested in the quantum of the tax liability he has to meet in respect of the 1972 year of assessment. While, therefore, it may, academically speaking, be

highly interesting to calculate and accentuate the not so apparent but phenomenal increase in the effective rate of the surcharge (page 18) and the loan portion of the normal tax (pages 27-28), the fact remains that taxpayers are at this stage saddled with a *fait accompli*, and whether they like it or not they have no option but to pay what is demanded by the Revenue. Such an exposition of the confiscatory effect of the percentage additions to the normal tax would seem to serve no purpose when exposed *ex post facto* in a publication which especially the practitioner acquires as an aid in translating the provisions of the act into figures. Criticism of the effect of the percentage increases in normal tax can only serve a purpose when voiced in the press during the passage of the relative bill through the committee stage in the House of Assembly.

It would seem to serve no purpose, also, to point out, as is done at page 19, that a married person with four children now pays the same amount of tax as a married man with no children where both have the same taxable income of R20 750 or more. Taxpayers in these income brackets live comfortably anyway, regardless of relatively minor income tax concessions as respects one, two or perhaps three children.

If the cause of taxpayers must be championed in a publication of this nature it would seem that more attention could have been given to the case of a divorced person whose divorce proceedings were instituted after 21 March 1962. See page 30 where it is mentioned merely that very material advantages are enjoyed by persons who had their divorce proceedings instituted before 21 March 1962. The fact of the matter is that the post 1962 divorced person is treated as an unmarried person, yet his financial commitments are greater than those of a married person in view of the fact that he is required to maintain two homes. It would seem to be absurd to mulct him in tax at the unmarried rate merely because on paper he enjoys the status of an unmarried person.

Discussion of the position in regard to lump-sum payments from pension, provident or retirement annuity funds is limited to a narration of the increases in concessions and a number of examples of a hypothetical taxpayer who retires from a retirement annuity fund upon his retirement.

The provisions relating to the taxation of benefits from these funds are couched in a legal phraseology which does not lend itself to easy interpretation and one would have preferred to find in a book dealing with the practical effects of the amending legislation a resumé of the relative provisions, giving in columnar form under the headings pension fund, provident fund and retirement annuity fund a comparison of the deductions permitted to be set off against amounts received from the various funds in the following circumstances:

- (i) upon retirement
- (ii) upon death before retirement
- (iii) upon death after retirement
- (iv) upon withdrawal or resignation from the fund or the winding up of the fund.

*Part III Amendments affecting the taxation of companies (pp 49-68)*

The discussion of these provisions is very constructive and the notes and illustrations will be of considerable assistance to all persons who are concerned with company taxation.

*Part IV Other amendments (pp 69-89)*

This part likewise provides valuable notes on divers other amendments contained in the Income Tax Act, notably the taxation of life insurance business, the development allowance for industrialists in economic development areas, the deduction of legal costs under section 11(c) and donations to universities, colleges etc under section 18A.

As regards the deduction of legal costs under section 11(c) - from which the payment of damages arising out of the same law suit is now effectively excluded - a fuller discussion of the effect of a claim for deductions of damages, now relegated to sections 11(a) and 11(b), would seem to be indicated. Effectively the amendment places the onus on a taxpayer claiming the deduction to prove that the damages were incurred in the production of income. Apart from the straightforward case of the newspaper company to which reference is made at page 81, an adumbration of the position of a taxpayer engaged in the more common forms of trade and industry would have been most welcome. It should be remembered, though, that each such case must perforce be decided on its own merits. It would not seem to be impossible, however, to formulate some of the guiding principles laid down by the courts in regard to the kind of causal link one has to prove in order to persuade the court that any damages paid were incurred in the production of income.

A feature in connection with the deduction of donations to universities, colleges etc which could have received attention in a publication of this nature is the position of a taxpayer other than a company. In the case of such taxpayers the deduction is limited to the greater of R500 or 2% of the taxable income, before allowing the deduction. The man in the street ought to know that the deduction is not limited to income from "trade" and that persons who derive income entirely from sources such as interest, a pension, and annuity or dividends also qualify therefor.

Another feature which is of importance is that whereas an individual who has an assessed loss is entitled to the deduction up to a limit

of R500, the deduction allowable to companies is measured against taxable income.

Since the book will not be used by lawyers alone, the legal position in regard to the question when a donation is to be regarded as a donation for the purposes of section 18A could have been included in the notes on the section, *viz* that the donation is accepted as having been made when the subject matter has been delivered, apart from the prior completion of the legal formalities required for a valid donation. This means that if a taxpayer undertakes to donate R100 000 to a university in ten equal annual instalments, each instalment of R10 000 is looked upon as a separate instalment for purposes of section 18A.

The position of partnerships should also have received mention in the discussion of section 18A since if the donation is made in the name of the partnership the donation falls to be apportioned among the individual partners in the ratio in which they share profits. A feature which is not so evident from the wording of the act and which received no mention in the publication is what amount may be deducted under section 18A by a partner whose share of the partnership donation is, say, R600, and whose 2% share of his partnership profits plus other taxable income exceeds R600. It would seem that in such case the deduction must be limited to R600.

*Part V Estate duty amendments (pp 90-97)*

The amendments introduced by the Revenue Laws Amendment Act 92 of 1971 are concerned mainly with the introduction of new rates of estate duty and a system of abatements.

These and other ancillary matters, notably the increased deduction in respect of insurance policies and government stocks and bonds, the right of recovery of the estate duty by the executor, the proceeds of insurance policies to be included in the dutiable estate in terms of section 3(3)(a) and shares held in family companies which are roped into the dutiable estate under section 3(4)(d) of the act, as amended, are dealt with fully in part V which is covered by pages 90-97 of the publication.

Appendices I and II contain explanations, illustrations and different sets of tables from which respectively the amount of the normal tax on various taxable amounts and the estate duty on the net value of an estate may be readily determined.

In Appendix III appears a list of the recommendations contained in the three reports of the Commission of Enquiry into Fiscal and Monetary Policy in South Africa (the Franzsen Commission).

In general this publication, which appeared speedily after the enactment of the relative amending statutes, contains a wealth of in-



formation on taxing measures which herald the beginnings of radical changes in the basis of income tax and estate duty assessment in South Africa and will be of great value to practitioners and students.

CH VAN WIJK  
*University of South Africa*

## THE LAW OF PARTNERSHIPS AND VOLUNTARY ASSOCIATIONS IN SOUTH AFRICA

by Brian Bamford

*2nd ed 1971; Juta & Co Ltd, Cape Town, Wynberg, Johannesburg; R15*

A second edition of Bamford's *The Law of Partnership and Voluntary Associations in South Africa* became necessary, the author explains in the preface, ". . . owing to the considerable legislative, judicial and academic activity in the fields of partnership and voluntary association since the first edition was published in 1958." The second edition is, however, more than a mere updating of the first edition.

Readers will recall that in the first edition the texts of the Co-operative Societies Act, Friendly Societies Act and Building Societies Act appeared therein as separate chapters. This was not a satisfactory feature and did not meet with the approval of reviewers (see *e.g.* the remarks by Kahn 1959 *SALJ* 106). Happily these texts have now been replaced by a more orthodox presentation of the subject matter.

The material on voluntary associations also has a new look. The coverage is more comprehensive and is enhanced, *inter alia*, by the addition of short, but informative and interesting, chapters on the contractual, delictual and criminal liability of voluntary associations. Meetings of voluntary associations, which was somewhat neglected in the first edition, is afforded more attention this time.

On the strength of the various improvements which have been effected, coupled with the author's lucid style and the attention which he affords English and American decisions in the field of voluntary associations, the hope expressed by him that the book will prove of interest outside this country is not a forlorn one. However, it is the South African practitioner, student and layman (especially if he is a member of a club or association) who will derive most benefit from Bamford's work.

No one, I believe, will seriously dispute the fact that on all round merit the second edition eclipses the standard set in the first. Nevertheless even in a carefully researched work it can be expected that certain matters will evoke dissident comment albeit of a minor nature. Consider, for instance, the statement (at 26): "Every partner is en-

titled to participate in the management of the partnership business, *and may not be excluded therefrom*" (italics supplied). It is submitted that the italicized words permit the sentence being interpreted in a way which the author probably did not intend. This can be gleaned from the fact that in *Setzkorn v Wessels* 1962 2 SA 218 (D), the case cited by the learned author in support of his contention, Wynne J said (at 224): "It is a fundamental principle that, in the absence of agreement to the contrary, every partner has a right to take part in the management of the partnership business." Clearly the *dictum* of Wynne J differs materially from the author's proposition.

Bamford also suggests (at 27) that ". . . a partner may deal freely with his own share of the partnership property, except perhaps in so far as such dealing may tend to interfere with the operations of the partnership." With respect, a sounder view would appear to be that a partner cannot deal freely with his own share of the partnership property even if such free dealing would not interfere with the operations of the partnership. In *Sacks v Commissioner for Inland Revenue* 1946 AD 31, a case which appears to have escaped the attention of the author, Watermeyer CJ said (at 40): "It is clear that during the subsistence of a partnership agreement the partnership property is owned in common in undivided shares." I am unable to reconcile the idea of "free dealing" with a common ownership in *undivided* shares and feel that, although they do not refer specifically to the *Sacks* case, the learned authors De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3d ed 1964 560 correctly reflect the position in South African law when they state that the contributions which partners make to the partnership business ". . . afgesonder [moet] word van die private boedel van die bydraende vennoot en aan die risiko van die onderneming blootstaan."

Throughout this work the emphasis is primarily on positive law and the approach is pragmatic. It is therefore a little surprising to find that "buy and sell" agreements between partners were ignored. Upon the death of a partner the surviving partners could be confronted with various difficulties, *e g* the threat of liquidation or the problem of reorganization which might entail accepting as a new partner a stranger who purchased the deceased's business interest from his heirs. Prudent businessmen strive to obviate these problems and in fact do so effectively by entering into what is called a "buy and sell" agreement which is properly funded with life assurance. As Miller *Life Assurance in South Africa* 1968 94 points out, the most common form of this agreement is for each partner to take out a policy on his own life and cede it to the remaining partners. In the event of one of the partners dying, the surviving partners are obliged, in terms of the agreement, to pay the proceeds to the deceased's estate in part or full payment of the deceased's share. In this way the interests of the various parties are afforded a considerable measure of protection.

The author, with commendable thoroughness, makes frequent references to our various law journals but can perhaps be faulted for not giving, in most instances, the name of the writer and the title of the article to which he refers.

In an era of spiralling costs the book's price of R15 is reasonable, especially if one takes into account that thirteen years ago it sold for not much less than R10.

PEJ BROOKS  
*University of South Africa*

## BOEKAANKONDIGING

THE LAW OF BUILDING CONTRACTS AND ARBITRATION IN SOUTH AFRICA by H McKenzie assisted by G P SHAPIRO, 2d ed 1970, Juta & Co, Cape Town, p XXVIII, 255. Prys R14.50.

Die eerste edisie van hierdie werk is in 1966 in die Tydskrif (bl 292) aangekondig en die beste aanduiding van sy nut lê seker hierin dat dit na vyf jaar 'n tweede edisie beleef. Wanneer die twee uitgawes vergelyk word blyk dit dat hulle in 'n groot mate met mekaar ooreenstem. Die inhoud en die indeling is grotendeels dieselfde. Deur dit te sê word egter nie op die belangrike meriete van die tweede uitgawe gewys nie. Want die skrywers het waardevolle werk gelewer deur wat op die gebied van regspraak en wetgewing voorgeval het in die nuwe edisie in te werk. Ten eerste is daar seker 'n tagtig of meer hofsake verwerk as gevolg waarvan die uitbreiding van die voetnote opvallend en waardevol is. Wat wetgewing betref is dit opvallend dat daar 'n aansienlike ontwikkeling was. As gevolg daarvan is in die uitgebreide aanhangsel van die tweede edisie die ou Argitekte en Kwantiteitsopnames (Private) Wet 18 van 1927 en die regulasies daarkragtens nie weer gepubliseer nie. Wel word dele van die Wet op Professionele Ingenieurs 81 van 1968 en regulasies ingevolge daarvan asook dele van die Wet op Argitekte 35 van 1970 en die Wet op Bourekenaars 36 van 1970 en regulasies ingevolge beide wette weergegee.

Hierdie uitbreiding het sy effek op die teks ook gehad. So het die beslissing *Hall-Thermotank Natal (Pty) Ltd v Hardman* 1968 4 SA 818 (D) 'n nuwe rigting aangedui betreffende die onmoontlikheid van restitusie deur die werkgewer by *locatio conductio operis*, en dit moes in die teks verwerk word (bl 27). Eweneens, as gevolg van die nuwe Verjaringswet 68 van 1969 moes hierdie gebied oorgeskryf word (bl 55 e v); so ook wat betref die Wet op Argitekte 35 van 1970 (bl 59 e v). Die wysigings in 1967 op die Wet op Outeursreg 63 van 1965 het 'n soortgelyke invloed gehad (bl 75 e v) en eweneens het die nuwe Wet op Bourekenaars 36 van 1970 dit nodig gemaak om veranderinge aan te bring (bl 77 e v). Om dieselfde rede het die nuwe Wet op Professionele Ingenieurs 81 van 1968 (bl 82 ev) 'n soortgelyke gevolg gehad.

Dit is nie nodig om meer voorbeelde aan te haal nie. Dit sal wel duidelik wees dat die nuwe uitgawe 'n aansienlike verbetering op die vorige is en die werk weer behoorlik op datum gebring het. Die skrywers en uitgewers kan geluk gewens word met 'n waardevolle bydrae op die gebied van die reg wat seker in belangrikheid sal toeneem.

PAUL VAN WARMELO  
*Universiteit van Pretoria*

So pas verskyn

## **Die Kontrak in die Suid-Afrikaanse Internasionale Privaatreg**

deur JCW van Rooyen  
BA LLB LLD

Hiermee verskyn die eerste boek oor die internasionale kontraktereg in Suid-Afrika. Dit is dan ook die eerste boek wat volkome gewy word aan die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë.

Alhoewel die internasionale kontraktereg tot nou toe 'n relatief onbelangrike rol in ons regslewe gespeel het, kan met sekerheid voorspel word dat dit met die uitbouing van die handelsverhoudings met Afrikastate noodsaaklik sal word om te bepaal watter regstelsel toepaslik is op 'n kontrak met internasionale elemente. In Europa en Amerika het dit reeds duidelik geword dat hierdie vakgebied, vanweë die enge handelsverbondeheid van die state, een van die belangrikste studievelds is.

Die boek gaan in die eerste plek oor kontrakte in die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë, maar daar word ook baie aandag gegee aan die Franse, Nederlandse, Duitse, Engelse en Amerikaanse internasionale privaatreë op hierdie gebied: so word daar geput uit die breë ervaring in hierdie lande.

Die boek beslaan meer as 200 bladsye en die Suid-Afrikaanse regspraak strek vanaf 1841 tot 1971.

**Hardeband met goue  
belettering - 200 bladsye.  
Prys: R17.50 (Posgeld 30c ekstra)**

Uitgegee deur

**Juta & Kie Bpk**

Kaapstad - Wynberg - Johannesburg.









